

Contrats Publics

L'actualité de la commande et des contrats publics

Dossier

Concessions hydroélectriques : les enjeux du renouvellement

ANALYSE

Qualification des concessions

MISE EN CONCURRENCE

Que change le décret du 26 septembre 2008 ?

DÉVELOPPEMENT DURABLE

Comment concilier efficacité énergétique et usages de l'eau ?

VIE DES CONTRATS

NORMES APPLICABLES

DSP : le Conseil d'État admet que le juge contrôle le choix du cocontractant

Concession de travaux et marché public :
quelle distinction en droit communautaire ?

CONTRÔLE

Le pouvoir de modulation des pénalités de retard définitivement confirmé

L'arrêt Smirgeomes vu d'Espagne

GRUPE MONITEUR

editionsdumoniteur.com

Avec ou sans service public ?

La production d'électricité est libre depuis 2000, mais l'État n'en conserve pas moins un pouvoir considérable à travers diverses procédures d'autorisation dont, en théorie, le but n'est pas d'organiser le marché de l'électricité. Un de ces moyens d'intervention est la concession délivrée en application de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique et du décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique. La loi et le décret ont défini une procédure complexe et bureaucratique étrangère à la transparence. Il a fallu une forte pression de la Commission européenne pour que le principe de transparence soit appliqué en la matière; cette résistance pouvant, sans doute, être expliquée par le fait que 80% des aménagements concessibles sont concédés à EDF. La transparence supposait la suppression du droit de préférence reconnu par la loi de 1919⁽¹⁾ au concessionnaire sortant. De manière étrange, le Conseil d'État ne l'avait pas trouvé incompatible avec la procédure de délégation de service public qu'il considérait comme applicable aux concessions d'énergie hydraulique dans la mesure où l'exploitation a pour objet « la fourniture de l'électricité produite au public ou au service public »⁽²⁾. Il a fallu un recours en manquement de la Commission pour que la suppression du droit de préférence soit opérée par l'article 7 de la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques.

La transparence impliquait aussi l'obligation de respecter une procédure de publicité préalable permettant la candidature d'entreprises nouvelles. Dans un premier temps, le décret n° 94-894 du 13 octobre 1994, modifié par le décret n° 99-225 du 22 mars 1999, a renvoyé de manière implicite et *a contrario* à la loi Sapin en prévoyant un renouvellement sans mise en concurrence lorsqu'est

en cause « une concession qui relève des dispositions de l'article 41 de la loi du 29 janvier 1993 », c'est-à-dire une concession que la loi Sapin dispense de procédure. Il est mis fin à ce clair-obscur par le décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008 qui modifie une fois de plus le décret de 1994: dorénavant, la procédure d'attribution des concessions d'énergie hydraulique est régie par la loi du 29 janvier 1993.

Est-ce à dire que ces concessions sont des délégations de service public, alors que la loi du 10 février 2000 ne laisse subsister comme mission de service public en matière de production d'électricité que la mission de développement équilibré de l'approvisionnement à laquelle les producteurs contribuent, sans en être pour autant chargés⁽³⁾? On pourrait concevoir que le décret ne tranche pas et se contente de rendre applicable la procédure « loi Sapin » sans se préoccuper de qualifier le contrat, mais cette interprétation ne cadre pas avec la référence qu'il fait à l'article 38 selon lequel « la collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public ». Voilà en tout cas EDF exposée à perdre des concessions à leur expiration. L'État concédant y trouvera sans doute un bénéfice. Pour le consommateur, l'avantage est moins clair, puisque la perte de la concession aura probablement pour conséquence d'accroître les charges au titre de l'obligation d'achat. ■

Laurent Richer

Professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne,
avocat au Barreau de Paris

(1) Art. 13 de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique.

(2) CE avis du 28 septembre 1995 : EDCE, n° 47, p. 402.

(3) P. Sablière, « Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu'ils le soient ? », AJDA, 2005. 2324.

Les concessions hydroélectriques

La production d'origine hydroélectrique constitue actuellement plus de 12% de la production d'électricité totale, et l'objectif affiché tant sur le plan communautaire que national est d'en accroître encore l'importance.

Les ouvrages hydroélectriques qui fournissent cette électricité, sont, pour certains d'entre eux, soumis à concession, qui arriveront à terme d'ici à 2040. Leur procédure de renouvellement a été revue par le décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008, dans le sens d'une concurrence accrue entre les candidats.

Tout l'enjeu réside désormais dans la conciliation entre efficacité énergétique, gestion durable de la ressource en eau en conciliant les différents usages, et intérêt économique et financier des pouvoirs publics.

Les concessions hydroélectriques aux sources du contrat de partenariat

Xavier Bezançon 32

La qualification des concessions hydroélectriques

François Brenet 36

L'ouverture des concessions hydroélectriques à la concurrence

Christophe Barthélemy et Vanessa Rambaldi 41

Les aspects financiers de la mise en concurrence des concessions hydroélectriques

Pierre Pintat 46

Les conditions d'une gestion durable de la ressource en eau

Françoise Labrousse et Élodie Simon 50

Énergie hydraulique et concessions hydroélectriques

Didier Meyerfeld et Bruno de Chergé 54

DOSSIER

Les concessions hydroélectriques aux sources du contrat de partenariat

- Si l'histoire des concessions offre une place de choix aux ouvrages hydrauliques, celle des concessions hydro-motrices nous renvoie à la source de l'actuel contrat de partenariat.
- C'est en effet sur cette base que s'élaborent de nombreuses concessions ici détaillées, dont le cadre sera ensuite formalisé par une loi *ad hoc*, celle du 16 octobre 1919 sur l'hydroélectricité.

Auteur

Xavier Bezançon, délégué général d'EGF-BTP

Référence

Loi du 16 octobre 1919

Mots clés

Concession • Concession hydro-motrice • Contrat de partenariat • Énergie • Hydroélectricité • Expropriation • Délégation • Distribution de l'eau • Autorisation d'exploitation • Indemnité • Utilité publique • Cahier des charges •

POUR ALLER PLUS LOIN

X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, thèse LGDJ, tome 206, 1999.

C'est le 23 décembre 1888 qu'à Dieulefit et Valréas dans la Drôme, les municipalités inaugurèrent l'éclairage à l'électricité, devenant les premières villes françaises à être dotées de l'éclairage électrique à distance. Par cette première concession française d'électricité, la Société Lombard Gérin construisit sur l'emplacement d'un ancien moulin à farine une usine alimentée par le Lez, amenant l'eau à une chute de 25 mètres⁽¹⁾ ; ce contrat préfigurait des centaines du même genre⁽²⁾. Si l'histoire des concessions offre une place de choix aux ouvrages hydrauliques, celle des concessions hydro-motrices nous renvoie à la source de l'actuel contrat de partenariat. La France s'est développée au XIX^e siècle sur la base du partenariat public-privé au sens large, véritablement érigé en règle, et c'est naturellement par ce contrat qu'apparaissent les premières concessions d'énergie et d'éclairage public, lesquelles vont trouver un cadre répétitif dans « la charte de la houille blanche », la loi de 1919 sur l'hydroélectricité adoptée pour développer la nouvelle énergie. Les deux origines de ce contrat : les contrats de concessions d'eau au sens large de l'Ancien Régime sont tout d'abord décrites (I), puis les premières concessions d'énergie au XIX^e siècle (II). Nous examinerons ensuite la loi de 1919 (III) et un premier contrat important, la concession du barrage de Kembs en 1929 (IV).

(1) Avec son petit réservoir de 13000 m³, la capacité de la chute alimentait deux turbines horizontales de 50 CV qui actionnaient chacune une machine à courant alternatif et une dynamo de 3000 watts. Ainsi les deux villes avaient leur propre réseau depuis la petite usine de Béconne (commune de la Roche Saint Secret). Dieulefit comptait 115 lampes : 16 pour l'éclairage public, 99 pour l'éclairage privé ! Valréas en avait 66 en éclairage public et 167 lampes privées.

(2) Indiquant que la commune : « Concède le droit exclusif d'établir sur ou sous les voies publiques [...] tous appareils conducteurs quelconques permettant la distribution de l'électricité, soit pour l'éclairage public ou particulier soit pour tous usages quelconques auxquels peut être employée l'énergie électrique [...]. Pendant cette durée de cinquante ans, la ville s'interdit de donner des autorisations en vue de l'établissement de tout autre mode d'éclairage. »

I. Les concessions de canaux et de distribution d'eau⁽³⁾

A) La concession du canal d'Adam de Craponne en 1554

La concession du canal d'Adam de Craponne en 1554 constitue la première grande concession des temps modernes et elle est « hydro-motrice » ! Avant elle, on ne compte que la concession de la canalisation de la Vilaine aux bourgeois de Rennes ou celle de l'Ourcq à Denis de Foligny et la concession faite par François I^{er} en 1537 aux habitants de Cavaillon pour construire un canal dérivé de la Durance. Elle comporte des étapes de procédure et un contenu juridique qui préfigurent de façon stupéfiante les concessions de canaux en fief des XVII^e et XVIII^e siècles et les concessions de travaux publics des XIX^e et XX^e siècles. Les deux licences, délivrées l'une à Adam de Craponne le 17 août 1554 et l'autre aux frères Ravel le 24 mai 1581 par les Maîtres Rationaux, qui étaient les fonctionnaires royaux chargés de la gestion du Domaine Royal, forment les deux actes — rédigés en français — de concession au sens plein du terme : actes administratifs d'autorisation de travaux, d'autorisation d'occupation du domaine public et d'exploitation des ouvrages et de l'eau de cet ensemble de canaux, utiles à la Provence⁽⁴⁾. Ces actes établissent que le concessionnaire pouvait prendre l'eau de la Durance dans un canal d'amenée qui s'achevait dans l'étang de Berre afin d'alimenter la Provence en eau et de faire fonctionner des moulins à farine et à sciage communaux et individuels⁽⁵⁾.

B) Le canal de Briare, structure définitive du contrat de concession

Un canal passant par Briare est lancé par Sully en 1604 pour relier les bassins de Loire et de Seine. Dans sa déclaration de septembre 1638, le roi relance les travaux initiés et inachevés en régie, pour l'achèvement en concession du canal de Briare. Celle-ci constitue la trame définitive des contrats de concession avec une structure en cahier des charges et la mention du service public. Elle charge deux fermiers des gabelles de la réalisation de l'ouvrage « (2) mettant et subrogeant pour ce regard lesdits Bouteroue et Guyon en nostre lieu et place ». L'utilisation des mots « en nostre lieu et place » caractérise parfaitement le sens du mot concession⁽⁶⁾. Le principe de l'expropriation apparaît clairement : « (3) payeront la valeur au dire de gens à ce cognoissants » pour les terrains utilisés. La liberté de construction des ouvrages y figure : « (8) Et où il sera besoin de construire

des aqueducs [...] ils le pourront faire [...] en dédommageant de même sorte. » Le contrat comporte une obligation très forte de résultat : « (11) Si lesdits Bouteroue et Guyon ne rendent lesdits ouvrages faits et parfaits dans lesdites quatre années, ils demeureront deschés du don que nous leur faisons par ces présents. » Au-delà de la réalisation de l'infrastructure, le « contrat-déclaration » obligeait les fermiers à mettre en place un service de transport : « (14) Ils mettront donc nombre suffisant de batteaux et de voituriers sur ledit canal pour voiturier lesdites marchandises », selon un second tarif fixé par le Roi, empêchant ainsi des prix trop élevés tels que « le public n'en recevrait pas grand soulagement ». Enfin, la déclaration porte anoblissement des deux concessionnaires en raison du service public qu'ils rendent : « (25) Et mettant en considération le service que lesdits Bouteroue et Guyon rendront au public faisant réussir un dessein si utile à notre bonne ville de Paris et plusieurs provinces de ce royaume nous les avons anoblis et anoblissons. » Le canal de Briare construit dans les délais sera une réussite qui inspira Riquet, également fermier des gabelles, pour la construction du canal du Languedoc⁽⁷⁾. De nombreux autres canaux furent réalisés en concession par la suite⁽⁸⁾.

C) La concession du canal royal du Languedoc

La concession du canal du Languedoc ou du Midi présente un intérêt historique certain. Par ailleurs, elle constitue un PPP au sens moderne du terme, car ce contrat de concession est cofinancé par l'État. Les lettres patentes d'octobre 1666 sont d'une grande originalité dans l'histoire administrative, dans la mesure où l'ensemble du canal de 250 km de long est concédé à perpétuité à une personne privée ; ses travaux sont attribués au moins disant, mais toutefois négociés par « l'adjudicataire, concessionnaire » et très largement financés par l'autorité publique qui supporta les deux tiers de la dépense. Le roi explique dans la lettre patente : « Mais comme un ouvrage de cette importance ne peut être fait sans une dépense fort considérable, nous avons fait examiner en notre Conseil les propositions qui nous ont été faites pour trouver des fonds sans charger nos sujets de nos provinces de Languedoc et de Guienne de nouvelles impositions, quoiqu'ils fussent obligés d'y contribuer, puisqu'ils en recevront les premiers et les plus considérables avantages ; et nous nous sommes arrêtés à celles qui nous ont paru les plus supportables et les plus innocentes. » Les ventes du fief et du péage se déroulèrent séparément en adjudication au feu des chandelles (1668 et 1677). Le prix d'acquisition du fief de 400 000 livres fut utilisé à la construction de l'ouvrage. La lettre prévoit que le péage était fixé précisément à 6 deniers par quintal et par lieue ou distance de 1/49^e de la longueur totale du canal, le péage devait permettre le remboursement de l'investissement et couvrir les frais d'entretien. Un service de transport monopolisé au profit

(3) X. Bezançon, Essai sur les contrats de travaux et de services publics, thèse LGDJ, tome 206, 1999.

(4) À partir de l'ordonnance de François I^{er} d'août 1539 à Villers-Coterets sur le fait de la justice, les textes publics sont en français : « Nous voulons d'oresnavant que tous arrests, ensemble toutes autres procédures, soit de nos Cours souveraines et autres suhaliernes et inférieures, soient prononcées, enregistres, enquêtes, contrats, commissions, sentences [...] soient prononcées, enregistres et délivrés aux parties en langage maternel François et non autrement » (art. CXI).

(5) L'acte de 1554 précise : « Et considéré mesmes l'augmentation et accroissement, prouffit et utilité de la chose publique. » Les Maîtres Rationaux permettent à de Craponne « de fere et construire de la dicte eau [...] moulins, engins d'eau [...] et pour le service et commodité des dites communes généralement et particulièrement. »

(6) Concedere en latin veut dire céder et mettre en place de.

(7) Riquet connaît Bouteroue et le visita préalablement au lancement du canal du Languedoc.

(8) Voir X. Bezançon, Services Publics en France, tome I, Presses de l'École nationale des ponts et chaussées, 1995, p. 210. Signalons par exemple les concessions suivantes : par édit de mars 1644 au Sieur Jacques Brun, de Brignoles, la construction d'un canal navigable du Rhône, près de Beaucaire, aux salines de Peccais et au port d'Agde ; par lettres patentes d'octobre 1655, aux Sieurs Hector Bouteroue et Pierre Barillot, de rendre navigables et flottables les rivières et ruisseaux de Marne, Blaise, Saur et Rougnon et autres de la généralité de Champagne.

du concessionnaire fut institué. M. d'Aguesseau réceptionna les ouvrages en mars 1683, il remonta du port de Sète à Toulouse en 75 heures en franchissant les 75 écluses.

D) Les pompes à eau déléguées à Paris au XVII^e siècle

La ville de Paris, confrontée à plusieurs années de sécheresse (1667-1669), voulut se doter également d'une machine élévatrice des eaux de Seine. Denis Jolly, en charge de la pompe du Louvre surnommée la samaritaine, offrit de réaliser deux machines hydrauliques, ce qui fut adopté le 21 décembre 1669 par le Bureau de la ville⁽⁹⁾. Par un autre contrat passé avec Jacques de Manse du 31 mars 1670, le prévôt des marchands s'engageait à verser pendant 10 ans une somme de 2000 livres par an si l'eau élevée était de 50 pouces et 3000 livres si elle était de 100 pouces. Les machines élévatoires étaient dotées de pompes aspirantes et refoulantes de 2000 m³ par jour. Ces deux contrats, qui fonctionnèrent jusqu'à leur terme, consistaient en de vraies délégations de service public rémunérées par la collectivité.

E) La concession d'adduction d'eau des frères Périér

Les frères Jacques-Constantin et Augustin-Charles Périér offrirent de desservir en eau la ville de Paris par des machines à vapeur⁽¹⁰⁾. Ils proposèrent en novembre 1775 à Trudaine, intendant général des finances et directeur des ponts et chaussées, de fournir l'eau au prix de 100 livres « la ligne », en installant des pompes à vapeur. Les lettres patentes obtenues le 7 février 1777⁽¹¹⁾ par les frères Périér, prévoyaient « d'établir et de faire construire à leurs frais, dans cette ville de Paris, es lieux qui seront jugés par nous convenables, des pompes et machines à feu propres à eslever l'eau de la Seine et la conduire dans les différents quartiers de la ville et de ses faubourgs pour être distribuée aux porteurs d'eau dans les rues et dans les maisons au prix qui sera réglé de gré à gré ». Le 8 août 1781, la pompe à feu de Chaillot fut mise en exploitation. L'eau était livrée tous les deux jours à heure fixe au pied des maisons dans des réservoirs.

F) Naissance de la Compagnie générale des eaux

Le traité conclu entre la ville de Paris et la compagnie générale des eaux pour la distribution de l'eau dans les territoires récemment annexés à cette ville date du 11 juillet 1860 et comprend 29 articles. La compagnie devait verser une annuité de 1 160 000 francs pendant 50 ans à partir de 1861 et elle se voyait confier « la régie intéressée de ses eaux de toute provenance [...] pendant cinquante années, pour le service des concessions particulières ». La compagnie remplissait un rôle commercial en se chargeant de « pourvoir au placement de l'eau mise à sa disposition par la ville » par « des abonnements », selon un tarif annexé au traité.

(9) E. Belgrand, Les Travaux souterrains de Paris, 4 tomes, Dunod, 1882, voir partie sur les eaux de Paris, qui détaille complètement l'histoire des ouvrages.

(10) La première machine élévatrice refoulant l'eau par pression de la vapeur avait été construite en 1712 par Thomas Newcomen. Cette machine fut améliorée ensuite par Watt, qui inventa en 1765 le condenseur.

(11) Lettres patentes, sur arrêt du conseil, qui accordent des privilèges aux Frères Périér, pour l'établissement des pompes à feu dans Paris. - Versailles, 7 février 1777 - Reg. au parl. le 16 juillet (R.S.).

II. Les concessions d'énergie à paiement public

Les contrats de concession à paiement totalement public au XIX^e siècle proviennent de lois et de la jurisprudence.

A) Le traité d'éclairage au gaz de 1870

En 1870, la ville de Paris signa un traité d'éclairage au gaz de 1870 avec la compagnie parisienne d'éclairage et de chauffage par le gaz. Ce contrat de concession de dix-huit ans prévoyait que la compagnie recevrait de la ville les sommes nécessaires aux frais de fourniture et d'établissement des ouvrages. Le concessionnaire recevait un paiement de la part de la ville de 0,15 fr par mètre cube de gaz consommé par la ville de Paris. Le tarif pour les particuliers était de 0,30 fr puis fut ramené à 0,25 fr par avenant du 7 avril 1882. Les contrats gaziers n'allaient pas tarder à être remplacés par ceux d'énergie électrique, ce qui provoqua une crise de transition dans les contrats de concession.

B) Le cahier des charges des concessions d'énergie électrique de 1888

Alors que l'électricité apparaît modestement à Paris en 1878 à l'occasion de l'exposition universelle (éclairage de l'avenue de l'Opéra par une soixantaine de lampes), l'incendie de l'Opéra en 1887, à cause du gaz, décide la ville à rédiger un cahier des charges prévoyant six concessions concurrentes qui devraient fournir Paris en éclairage public et domestique pendant une durée de dix-huit ans (1888 à 1907). Les tarifs étaient fixés étroitement et trop limitativement pour une telle innovation aux résultats incertains. Les compagnies devaient verser des redevances à la ville. L'absence de protection des six concessionnaires par des clauses de non-concurrence au sein des « secteurs », ralentit considérablement l'investissement des compagnies qui ne se fit que très partiellement.

C) La notion de délégation au XIX^e siècle

Le très grand développement des contrats de concession dans la seconde partie du XIX^e siècle repose en large part sur des concessions à paiement public dans les aménagements urbains, l'assainissement et les chemins de fer. D'une façon générale, les concessions à paiement public ou à co-paiement public rentraient parfaitement dans les modes usuels de contrats publics à cette époque⁽¹²⁾. Une jurisprudence du Conseil d'État allait consacrer cette approche concessionnaire à paiement public : il s'agit de l'arrêt Pasquet du 8 février 1878 de la Haute Assemblée. Naturellement, les contrats d'éclairage public étaient rémunérés par la puissance publique et la célèbre définition du contrat de concession apportée par le commissaire Chardenet dans l'affaire du gaz de Bordeaux se référait principalement à un usager public, la ville de Bordeaux⁽¹³⁾, représentant la collectivité

(12) La tour Eiffel, choisie après un concours concepteur-construteur, fut exécutée sous forme d'un contrat de concession de vingt ans financé, selon les prévisions initiales, pour 2/5^e par l'État.

(13) Conclusions sous CE 30 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, DP 1916.3.25. On appelle concession « le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un

des consommateurs... La construction des barrages ne devait pas échapper à ce type de concession à paiement public, mais, auparavant, la loi sur l'hydroélectricité allait être adoptée.

III. Loi de 1919 sur l'énergie hydraulique

Le début du XX^e siècle fut l'occasion de remettre en ordre plusieurs législations entérinant une séparation entre la distribution de l'eau⁽¹⁴⁾ d'une part et la production des nouvelles énergies⁽¹⁵⁾ dont l'énergie hydraulique d'autre part, avec la loi du 16 octobre 1919⁽¹⁶⁾. Celle-ci pose le principe du pouvoir concédant de l'État sur l'énergie hydraulique dépassant une certaine puissance et institue deux régimes : l'un de concession, l'autre d'autorisation. L'article 1 déclare que « nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une autorisation de l'État ». L'article 3 prévoit que la concession est instituée par décret après avis du Conseil d'État. L'éviction des droits particuliers à l'usage de l'eau peut donner ouverture à une indemnité et l'expropriation est possible si la concession est déclarée d'utilité publique. La loi fut suivie par l'adoption en septembre 1920 d'un cahier des charges type en 61 articles des entreprises hydrauliques concédées par l'État sur les cours d'eau et les lacs⁽¹⁷⁾. Cette loi et une seconde loi de 1922 sur le transport de l'électricité permirent de passer de l'économie initiale des petites usines hydrauliques à faible rayon de distribution aux réseaux interconnectés de la fin des années 1930 (le réseau à 220 000 volts) grâce aux progrès réalisés dans les techniques de transports à grande distance.

Le titre III de la loi est consacré aux entreprises autorisées, à savoir les chutes d'eau d'une puissance inférieure ou égale à 500 kw. Les autorisations d'exploitation, qui pouvaient atteindre 75 ans, étaient accordées par arrêté préfectoral quel que soit le classement du cours d'eau.

La distribution d'électricité avait auparavant été organisée par la loi du 15 juin 1906⁽¹⁸⁾ qui conférait le pouvoir concédant non à l'État mais aux communes. Cette disposition a été confirmée par la loi de nationalisation du 8 avril 1946⁽¹⁹⁾ qui imposait toutefois un concessionnaire unique les établissements publics régionaux d'EDF. Le cahier type des distributions d'électricité fut adopté le 17 janvier 1928⁽²⁰⁾. À partir de la loi de 1946, le service public de

service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public, avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage public ou sur ceux qui bénéficient du service public ».

(14) Eau (loi du 15 février 1902), canaux d'irrigation (loi du 3 mai 1921, DP 1923-4-184, canaux de navigation (loi du 26 décembre 1908, DP 1909-4-1.

(15) Législation sur le Pétrole : loi du 16 décembre 1922 (DP 1924-4-363), décret du 31 août 1920.

(16) DP 1921-4-81.

(17) Un décret n° 67-885 du 6 octobre 1967 compléta son régime.

(18) DP 1907-4-64, modifiée par la loi du 16 avril 1939 et un décret du 9 septembre 1971.

(19) Loi du 8 avril 1946 de nationalisation de l'électricité et du gaz (D, 1946, 161) et la loi 8 août 1946 modifiée le 2 août 1949.

(20) BLD 1928, 39 puis concession à EDF de distribution : décret n° 60-1288 du 22 novembre 1960, JO du 6 décembre 1960. Concession aux organismes

l'électricité fut organisé autour de deux types de concessions : l'une délivrée par l'État pour l'alimentation générale, le transport de haute tension, les autres délivrées par les communes et les départements, pour la distribution publique d'énergie et la fourniture de la moyenne tension (de 10 000 à 45 000 volts), le concessionnaire unique étant EDF.

IV. La concession internationale du canal du Rhin et du barrage de Kembs en 1927, véritable contrat de partenariat

La loi du 28 juillet 1927 confia à la société des forces motrices du Haut Rhin le soin de construire et d'exploiter par concession le barrage de Kembs⁽²¹⁾, les travaux du barrage lui-même étant entièrement financés par l'État malgré une avance de la société. La préparation des projets, ainsi que leur exécution, furent confiées à la Société concessionnaire, qui en était indemnisée. La convention consacrée au barrage se rattachait totalement au régime d'une concession de travaux publics rémunérée par la puissance publique comme l'indiquent les points suivants contenus dans la convention et le cahier des charges :

- la société concessionnaire était tenue d'acquiescer à ses frais les terrains nécessaires à l'établissement du barrage⁽²²⁾ et de ses ouvrages accessoires, et elle prenait à sa charge les dommages qui pourraient résulter de la surélévation du plan d'eau, elle supportait donc un important transfert de responsabilité ;
- elle était tenue, pour la passation des marchés de fournitures et les entreprises relatifs à ces travaux, de procéder par voie de concours ou d'adjudication restreinte ;
- enfin, l'exploitation, l'entretien et la conservation de ces ouvrages étaient assurés exclusivement par la Société concessionnaire et à ses frais pendant toute la durée de la concession.

La société concessionnaire pouvait être tenue, si l'administration le souhaitait, de faire à l'État l'avance de tout ou partie des fonds nécessaires à la construction du barrage et des ouvrages accessoires, dans la limite d'un maximum de 65 millions, l'État versant dans ce cas à la société concessionnaire les annuités correspondant au service de l'intérêt et de l'amortissement des emprunts contractés par celle-ci pour constituer les fonds nécessaires comme cela s'était pratiqué dans les chemins de fer. Une fois de plus, la notion de concession ne renvoyait pas aux seules modalités financières du contrat mais à la délégation d'un ensemble d'opérations complexes, préfigurant ainsi le futur contrat de partenariat. ■

mentionnés à l'article 23 de la loi de 1946 : décret n° 62-652 du 23 mai 1962, JO du 6 juin 1962.

(21) Selon l'article 1^{er} de la convention : « Le ministre des Travaux publics concède, au nom de l'État, à la société des forces motrices du Haut-Rhin, qui accepte, la dérivation, dans un canal navigable, d'un débit maximum de 850 mètres cubes par seconde, qui sera emprunté au Rhin ... avec mise en jeu d'une usine hydroélectrique, dans les conditions déterminées par le cahier des charges annexé à la présente Convention. »

(22) Elle était investie, pour l'acquisition des terrains et droits réels nécessaires sur les deux rives, des droits conférés au gouvernement français par les lois et règlements, ainsi que par l'article 358 du traité de Versailles.

La qualification des concessions hydroélectriques

- Selon une présentation classique, les concessions hydroélectriques sont considérées comme ayant d'abord été qualifiées de concessions de travaux publics (en 1928) avant de devenir des délégations de service public en 1995.
- Il est aussi possible de développer une autre lecture de l'évolution du droit. Celle-ci conduit à montrer que la qualification initiale de concession de travaux publics était incomplète et que la qualification actuelle de délégation de service public est peut-être trop simplificatrice.

Auteur

François Brenet, professeur à l'université Paris VIII

Références

- Loi du 16 octobre 1919
- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993
- CE 22 juin 1928, Époux de Sigalas
- CE avis 28 septembre 1995
- Décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008

Mots clés

Concession hydroélectrique • Délégation de service public • Concession de travaux • Service public • Intérêt général • Autorisation • Service public •

POUR ALLER PLUS LOIN

F. Sabiani, « La mise en concurrence du renouvellement des concessions hydroélectriques au milieu du gué », *Dr. adm.* 2008, chron. n° 12.
P. Sablière, « La mise en concurrence des concessions de force hydraulique », *ADA* 2007, p. 2012

Commentant l'arrêt Époux de Sigalas du Conseil d'État du 22 juin 1928⁽¹⁾, Maurice Hauriou relevait dès les premières lignes de sa note de jurisprudence que la question de la qualification des concessions hydroélectriques, aussi appelées concessions de force motrice ou concessions hydroélectriques, était une « grosse question »⁽²⁾, autrement dit une question difficile à régler. La difficulté paraît au premier abord s'être estompée et a peut-être même totalement disparu puisque le décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008⁽³⁾ soumet la passation de ces concessions aux règles applicables aux délégations de service public fixées par la loi Sapin du 29 janvier 1993 et par son décret d'application du 24 mars 1993 relatif aux modalités de publicité des avis de passation des délégations de service public⁽⁴⁾. La question était d'ailleurs peut-être même déjà réglée avant l'intervention de ce texte attendu avec une certaine impatience par les autorités communautaires⁽⁵⁾ car le Conseil d'État avait explicitement qualifié les concessions hydroélectriques de délégations de service public dans un avis du 28 septembre 1995⁽⁶⁾.

(1) CE 22 juin 1928, Époux de Sigalas c/Sté hydroélectrique et métallurgique du Palais, S. 1928, III, p. 113, concl. L. Josse, note M. Hauriou.

(2) M. Hauriou, note sous CE 22 juin 1928, Époux de Sigalas c/Sté hydroélectrique et métallurgique du Palais, préc.

(3) Décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008 modifiant le décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 modifié relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique et le décret n° 99-872 du 11 octobre 1999 approuvant le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées, JO du 28 septembre 2008, p. 15006. Sur ce décret, voir E. Delacour, Contrats marchés publ. 2008, comm. 273; O. Sachs, « La mise en concurrence des concessions hydroélectriques », *RJEP* 2008, repère n° 11.

(4) Décret n° 93-471 (JO du 26 mars 1993, p. 4773).

(5) Rappelons en effet que la Commission européenne avait décidé de saisir la Cour de justice d'un recours contre la France en raison de l'article 29 du décret du 13 octobre 1994 qui octroyait une préférence au concessionnaire sortant lors du renouvellement des concessions hydroélectriques et portait ainsi atteinte à la liberté d'établissement: voir Comm. CE, communiqué de presse n° IP/08/862 du 5 juin 2008.

(6) CE ass. 28 septembre 1995, n° 357262 et 357263: Rapport public du Conseil d'État pour 1995, *EDCE*, n° 47, p. 402.

Faut-il en déduire que la « grosse » question de la qualification des concessions hydroélectriques n'a aujourd'hui plus aucun intérêt ? Sans doute pas car l'analyse montre que deux conceptions peuvent s'opposer quant à l'interprétation de l'évolution du droit sur cette question. Selon une présentation que l'on peut qualifier de classique, le droit positif est considéré comme ayant évolué en deux temps bien distincts, les concessions hydroélectriques ayant d'abord été qualifiées de concessions de travaux publics par le Conseil d'État en 1928 dans l'arrêt Époux de Sigalas avant d'être ensuite requalifiées en délégations de service public par le juge administratif en 1995. À celle-ci, on peut être tenté d'opposer une présentation moins traditionnelle selon laquelle le droit positif n'aurait finalement été marqué par aucune rupture. Le Conseil d'État aurait en 1928 qualifié les concessions hydroélectriques de concessions de travaux publics sans jamais exclure qu'elles puissent se doubler d'une concession de service public⁽⁷⁾. Partant de ce constat, on est alors conduit à constater que l'avis du Conseil d'État de 1995 s'inscrit dans la continuité de l'arrêt Époux de Sigalas car les concessions hydroélectriques, désormais classées dans la famille des délégations de service public, restent susceptibles de revêtir la double nature de concessions de travaux et de service publics.

Il pourrait être tentant de considérer que ce choix entre une présentation classique et une lecture moins traditionnelle de l'évolution du droit sur la question de la qualification des concessions hydroélectriques ne présente qu'un intérêt historique puisque la question semble être désormais réglée : les concessions hydroélectriques sont des délégations de service public et soumises, à quelques détails près⁽⁸⁾, au régime juridique correspondant. Il n'en est rien car l'analyse de la qualification retenue par le Conseil d'État en 1995 et de la solution adoptée par le décret du 26 septembre 2008 à la lumière de l'arrêt Époux de Sigalas et des conclusions prononcées par L. Josse sur cette affaire montre au contraire que la qualification retenue initialement, celle de concessions de travaux publics, était très certainement incomplète (I). Elle montre aussi, que la qualification aujourd'hui retenue par le droit positif, celle de délégation de service public, est quelque peu simplificatrice et peut-être même inappropriée, pour une partie au moins des concessions hydroélectriques (II).

I. Une qualification initiale incomplète : l'assimilation des concessions hydroélectriques à des concessions de travaux publics

L'arrêt Époux de Sigalas a été perçu comme une avancée en ce qu'il a permis, en apparence au moins, de réunifier les concessions hydroélectriques (B) alors qu'elles étaient initialement scindées (A).

A) La division primitive

Avant la loi du 16 octobre 1919, deux types bien différents d'usines hydrauliques étaient identifiés. Par principe, l'État n'intervenait sur les cours d'eau du domaine public que pour en autoriser l'occupation en octroyant une permission. Comme le note L. Josse dans ses conclusions précitées, « l'empreinte administrative était encore moins marquée » pour les cours d'eau non navigables ni flottables puisque l'État n'intervenait qu'en vertu de ses pouvoirs généraux de police. Dans tous les cas, l'usine construite restait la propriété des personnes privées et relevait du droit commun.

À côté de ces permissions, on retrouvait un second type d'usines hydrauliques trouvant leur fondement dans de véritables concessions, qualifiées de concessions de travaux publics par le Conseil d'État en 1924⁽⁹⁾, par lesquelles des entreprises privées exploitaient les chutes d'eau en vue de la satisfaction d'intérêts généraux tels que la distribution à des collectivités publiques et au public de l'énergie produite.

La loi du 16 octobre 1919 a alors modifié le droit positif en disposant que la houille blanche, c'est-à-dire l'énergie électrique produite à partir de l'eau, appartenait à la collectivité et que nul ne pouvait en disposer sans une concession ou une autorisation de l'État dont la durée ne pouvait, dans l'un et l'autre cas, excéder soixante-quinze ans. Partant de ce constat, le législateur a considéré que les travaux effectués pour l'exploitation de l'eau devaient obligatoirement faire retour à l'État, gratuitement dans le cadre d'une concession et avec indemnité dans le cadre d'une simple autorisation. Parallèlement, les usines constituées avant la loi du 16 octobre 1919 restaient soumises aux anciennes règles et cela pour une durée maximale de soixante-quinze ans.

B) Une réunification seulement apparente

La loi du 16 octobre 1919 a donc entendu procéder à l'unification des concessions hydroélectriques en les soumettant à un régime juridique unique placé sous l'angle du droit public et le Conseil d'État a tiré les conséquences de l'évolution de la législation dans son arrêt Époux de Sigalas du 22 juin 1928. En l'espèce, le juge administratif a en effet pris appui sur les règles applicables aux concessions hydroélectriques, règles posées par la législation de 1919, pour considérer qu'elles étaient des concessions de travaux publics. Se situant clairement dans le cadre jurisprudentiel relatif à la définition de la notion de travail public posée par l'arrêt Commune de Monségur du 10 janvier 1921⁽¹⁰⁾, le Conseil d'État a considéré, comme son commissaire du gouvernement le lui proposait, que les concessions hydroélectriques donnaient lieu à l'exécution de travaux immobiliers exécutés pour le compte d'une personne publique dans un but d'utilité générale. Les travaux du concessionnaire étaient des travaux publics dès lors que les ouvrages construits par

(7) En ce sens, voir F. Sabiani, « La mise en concurrence du renouvellement des concessions hydroélectriques au milieu du gué », Dr. adm., 2008, chron. n° 12.

(8) Comme le note O. Sachs, directeur juridique adjoint d'Électricité de France (RJEP 2008, repère n° 11), le décret du 26 septembre 2008 « édicte des règles de mise en concurrence qui, tout en appliquant les préceptes majeurs de la loi Sapin, n'en sont pas un simple décalque ».

(9) CE 2 mai 1924, Sté des grands travaux de Marseille : Lebon p. 435 ; D. 1926, III, p. 65, note A. Pépy. André Pépy soulignait dans sa note au Dalloz 1926 que la qualification opérée par cet arrêt ne correspondait pas à une solution « définitive » car la concession en cause avait été conclue sur le fondement d'une législation autre que celle découlant de la loi du 16 octobre 1919.

(10) CE 10 janvier 1921, Cne de Monségur : Lebon, p. 573 ; D. 1922, III, p. 26, concl. Corneille ; S. 1921, III, p. 49, concl. Corneille, note M. Hauriou ; RDP 1921, p. 361, concl. Corneille, note G. Jéze ; GAJA n° 38 ; GDJA 628.

lui devaient faire retour à l'État à l'expiration de la concession et que la loi de 1919 avait créé au profit et à la charge du concessionnaire un système de droits et d'obligations destinés à assurer le respect dans le présent et dans l'avenir du meilleur emploi de la richesse naturelle des cours d'eau dont la puissance publique concédait l'usage en vue de pourvoir aux besoins de la collectivité. Plus précisément, et concernant ce dernier point, le Conseil d'État a souligné que la loi du 16 octobre 1919 faisait obligation au concessionnaire de constituer des réserves en force et en eau à destination des services publics selon les conditions inscrites au cahier des charges et en vue desquelles il devait effectuer les travaux nécessaires pour leur utilisation. De plus, la loi de 1919 prévoyait que des tarifs maxima seraient arrêtés tant pour les réserves que pour les ventes d'énergie au public. À la suite de cet arrêt, lequel ne faisait que tirer les conséquences de la loi du 16 octobre 1919, les choses paraissent entendues : les concessions hydroélectriques sont des concessions de travaux publics.

Mais il faut immédiatement noter que des conséquences excessives ont parfois été tirées de cette solution. Une partie de la doctrine a considéré que les concessions hydroélectriques étaient des concessions de travaux publics « sèches » (ou pures), c'est-à-dire n'emportant pas délégation de la gestion d'une mission de service public. Pourtant, à y regarder de plus près, l'arrêt Époux de Sigalas n'avait pas entendu consacrer une telle solution. Il ressort en effet des conclusions de L. Josse que la question de la qualification des concessions hydroélectriques ne se posait pas en 1928 dans les termes où elle se pose aujourd'hui.

À l'époque, le débat n'était pas de savoir si elles étaient des concessions de travaux doublées d'une concession de service public (ou d'une délégation de service public pour employer le vocabulaire actuel). Il était de savoir si les concessions hydroélectriques étaient toutes des concessions de travaux publics (et la question de savoir si elles étaient doublées d'une concession de service public ne se posait pas), auquel cas leur contentieux relèverait alors des seuls conseils de Préfecture, ou si elles se partageaient entre des concessions de travaux publics (relevant de la compétence des conseils de Préfecture) et des concessions par lesquelles l'État confierait une activité « privée » à une personne privée (relevant de la compétence du Conseil d'État). Et en considérant que les concessions hydroélectriques donnaient toujours lieu à l'exécution de travaux publics, le Conseil d'État est parvenu à unifier leur régime contentieux comme la loi du 16 octobre 1919 avait entendu unifier leur régime juridique.

De ce constat, il ne faut cependant pas conclure qu'il n'existait pas au sein des concessions hydroélectriques, qui étaient toutes au minimum des concessions de travaux publics, deux catégories bien distinctes.

Ainsi que cela ressort des conclusions prononcées sur cette affaire, il est évident que les concessions hydroélectriques, bien qu'emportant toutes concessions de travaux publics, pouvaient être classées en deux catégories. Il y avait d'un côté les concessions de travaux publics pures dans lesquelles l'énergie électrique produite par la force de l'eau était destinée aux besoins d'activités industrielles exercées par le concessionnaire (électrochimie, papeterie, électrometallurgique,

etc.)⁽¹¹⁾. Il s'agissait de concessions de travaux publics parce « qu'il y a toujours dans l'équipement même de la chute, cette question des réserves en eau et en force pour les collectivités, pour les services publics, qui suffit à elle seule pour qu'il y ait bien pour partie ouvrage exécuté en vue d'une affectation à l'utilité générale. [...] Il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait organisation d'un service public »⁽¹²⁾. Mais il y avait aussi à côté de ces concessions de travaux publics « sèches » des concessions hydroélectriques possédant tout à la fois les caractères d'une concession de travaux et de service publics. Tel était le cas des concessions hydroélectriques dont l'objet consistait en la réalisation de travaux publics et en la gestion d'une mission de service public comme la « distribution d'énergie au public ou l'équipement d'une voie ferrée »⁽¹³⁾. Au total, on peut considérer que si le Conseil d'État n'a pas pris soin dans l'arrêt Époux Sigalas de souligner, contrairement à son commissaire du gouvernement, que certaines concessions hydroélectriques étaient des concessions de travaux et de service publics, c'est parce que cela ne lui était pas nécessaire pour régler le litige qui lui était soumis et que la notion attractive de travail public suffisait à elle seule à unifier le régime juridique et contentieux des concessions hydroélectriques. Dès lors, on ne doit pas se méprendre sur la portée de l'arrêt Société d'aménagement et d'exploitation du ruisseau des Ondes du 10 mars 1994 par lequel la Cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que « la concession accordée à la Saecro a pour objet la production d'énergie électrique et non la distribution de l'électricité produite ; que, par suite, elle constitue une concession de travaux publics et non de service public »⁽¹⁴⁾. Il ne signifie pas que les concessions hydroélectriques sont toujours et nécessairement des concessions de travaux publics pures. Il signifie simplement qu'en l'espèce la convention litigieuse était une concession de travaux publics simple parce que son objet portait sur la production d'électricité qui ne constitue pas une activité de service public, à la différence de sa distribution. En définitive, l'arrêt Époux de Sigalas doit donc être interprété comme posant le principe selon lequel les concessions hydroélectriques sont des concessions de travaux publics mais il n'exclut pas qu'elles puissent parfois se doubler d'une concession de service public. On comprend mieux alors que le Conseil d'État ait clairement opté à partir de 1995 pour une solution identique, même si elle a pu être masquée par la notion de délégation de service public consacrée par la loi Sapin du 29 janvier 1993.

II. Une qualification positive simplificatrice : l'assimilation des concessions hydroélectriques à des DSP

En qualifiant les concessions hydroélectriques de délégation de service public dans son avis du 28 septembre 1995, le Conseil

(11) On retrouve cette idée de façon très nette dans la note précitée d'André Pépy (D. 1926, III, p. 65), même si celui-ci assimilait, abusivement sans doute, les concessions de travaux publics aux concessions de service public.

(12) L. Josse, concl. préc., p. 118.

(13) L. Josse, concl. préc., p. 117.

(14) CAA Bordeaux 10 mars 1994, Sté d'aménagement et d'exploitation du ruisseau des Ondes, req. n° 90BX00645, 90BX00646, 91BX00655.

d'État n'a fait que tirer les conséquences de l'apparition dans notre droit de cette notion et a considérablement simplifié l'état du droit (A). Il reste que la qualification ainsi opérée peut être discutée car il n'est pas certain que toutes les concessions hydroélectriques emportent dévolution de la gestion d'une mission de service public (B).

A) La qualification de délégation de service public par l'avis du Conseil d'État du 28 septembre 1995

Saisi par le ministre de l'Industrie de la question de savoir si les concessions hydroélectriques entraient dans le champ d'application de la toute récente loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique des procédures publiques (loi Sapin), l'Assemblée générale du Conseil d'État a répondu par l'affirmative par un avis du 28 septembre 1995. Le raisonnement développé par la Haute assemblée pour parvenir à cette solution est celui-là même qu'avait développé L. Josse et que l'on pouvait lire entre les lignes de l'arrêt Époux de Sigalas. Le Conseil d'État considère en effet que les concessions hydroélectriques sont des délégations de service public dès lors que l'énergie électrique produite est destinée au public ou aux services publics et dans la mesure où la loi du 16 octobre 1919 fixe un régime juridique caractéristique d'une véritable mission de service public. Le Conseil d'État relève en effet que ladite loi met à la charge du concessionnaire, en vue d'assurer le meilleur emploi de l'énergie naturelle des cours d'eau et la satisfaction des besoins de la collectivité, un certain nombre d'obligations en matière de fourniture du courant, de tarifs maxima, de réserves d'énergie à tenir à des tarifs préférentiels à la disposition des services publics et de certaines activités d'intérêt général et de travaux à réaliser dans ce but. Elle confère également au concessionnaire diverses prérogatives en matière d'occupation temporaire ou définitive des propriétés privées et d'éviction des droits particuliers à l'usage de l'eau. Elle permet même dans certains cas une participation de l'État à la concession et prévoit que les ouvrages doivent faire retour à l'État en fin de concession.

On ne doit pas être induit en erreur par cette qualification de délégation de service public. Il faut se garder en effet de tirer une conclusion trop rapide qui serait celle consistant à affirmer que les concessions hydroélectriques ont perdu leur caractère de concessions de travaux publics. Elles peuvent en effet se doubler d'une concession de travaux publics (hypothèse dans laquelle le concessionnaire doit construire de nouveaux ouvrages) même si cela n'a rien de systématique compte tenu du fait que certaines concessions hydroélectriques peuvent être réattribuées sans qu'un travail public ne soit nécessaire⁽¹⁵⁾.

Cette qualification de délégation de service public est aujourd'hui clairement confirmée par le décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008 qui soumet les concessions hydroélectriques à un régime juridique fortement calqué sur celui fixé par la loi Sapin du 29 janvier 1993, même s'il comporte aussi des particularités. Il reste que si cette solution a le mérite de simplifier l'état du droit

et de répondre aux attentes des autorités communautaires en matière de respect des obligations de publicité et de mise en concurrence, elle peut aussi être discutée.

B) La qualification de délégation de service public est-elle pleinement satisfaisante ?

Est-il vraiment certain que toutes les concessions hydroélectriques soient toujours et nécessairement des délégations de service public ? Peut-être pas si l'on s'en tient à la lettre de l'avis du Conseil d'État de 1995. Sauf erreur de notre part, l'assemblée générale n'a pas indiqué que les concessions hydroélectriques étaient toujours des délégations de service public. Elle a seulement dégagé, et c'est très différent, les conditions dans lesquelles une concession hydroélectrique pouvait être qualifiée de délégation de service public⁽¹⁶⁾. Il faut pour cela que l'exploitation de l'énergie hydraulique ait « pour objet la fourniture de l'électricité produite au public ou aux services publics » et c'est seulement si cette condition est réalisée que l'on peut ensuite considérer que les dispositions de la loi du 16 octobre 1919 sont constitutives d'un régime juridique de service public. On doit d'ailleurs noter que dans les années qui ont suivi l'avis du Conseil d'État, aucun arrêt ne s'est explicitement prononcé sur la qualification des concessions hydroélectriques, un peu comme si la solution dégagée en 1995 ne faisait pas l'unanimité. Dans un arrêt Association « Les amis de Remiremont et sites des Hautes-Vosges » du 10 juillet 1996⁽¹⁷⁾, le Conseil d'État a ainsi évité la question tout en soulignant que la concession hydroélectrique litigieuse avait « pour objet la production d'électricité pour les usagers », formule qui pourrait être interprétée dans le sens de l'absence de service public si l'on considère que la production d'électricité n'est pas en elle-même et à la différence de sa distribution une mission de service public⁽¹⁸⁾. De la même façon, saisis d'un contentieux relatif au refus de renouveler une concession hydroélectrique, la Cour administrative d'appel de Nantes⁽¹⁹⁾ et le Conseil d'État⁽²⁰⁾ se sont gardés de préciser la nature exacte de la convention litigieuse.

Derrière cette question de savoir si toutes les concessions hydroélectriques sont nécessairement des délégations de service public, se cache une interrogation essentielle : quelle est la consistance du service public de l'électricité ? La jurisprudence administrative considère, ainsi qu'on l'a déjà souligné, que la production d'électricité ne constitue pas à elle seule une activité de service public⁽²¹⁾. C'est une solution tout à fait légitime car il y aurait sans doute quelque artifice à qualifier de service public l'activité consistant pour un particulier à produire de l'électricité (à l'aide de panneaux solaires, de systèmes éoliens ou thermiques)

(15) En ce sens, voir P. Sablière, « La mise en concurrence des concessions de force hydraulique », AJDA 2007, p. 2012 et spéc. p. 2017. On peut alors douter de la pertinence du recours à la notion de « concession ».

(16) En ce sens, voir L. Richer, Droit des contrats administratifs, 6^e éd., LGDJ, 2008, n° 871 : « Mais l'exploitation des ouvrages réalisés [pour la production d'électricité, l'irrigation, etc.] n'est pas un service public, du moins lorsque l'énergie produite n'est pas destinée au public ou aux services publics » (CE avis 28 septembre 1995, EDCE, n° 47, p. 402).

(17) CE 10 juillet 1996, Asso. Les amis de Remiremont et sites des Hautes-Vosges, req. n°s 128476 et 128717.

(18) En ce sens, voir CAA Bordeaux 10 mars 1994, Sté d'aménagement et d'exploitation du ruisseau des Ondes, préc.

(19) CAA Nantes 24 janvier 1996, SA Alabel, req. n° 93NT01194.

(20) CE 20 septembre 1999, SA Alabel, req. n° 179345.

(21) Par exemple CE 10 juillet 1996, Asso. Les amis de Remiremont et sites des Hautes-Vosges, préc. ; CAA Bordeaux 10 mars 1994, Sté d'aménagement et d'exploitation du ruisseau des Ondes, préc.

destiné à satisfaire ses propres besoins. De la même façon, la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ne range pas la production d'électricité dans ledit service public. Son article 1^{er} alinéa 1^{er} dispose que le service public de l'électricité a pour objet de garantir l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national et ce dans le respect de l'intérêt général. Comme le relève Géraldine Chavrier⁽²²⁾, « les producteurs privés étant de plus en plus largement amenés à produire de l'électricité dans un but strictement commercial, la production ne semble constituer elle-même le service public : c'est ce qu'elle permet de réaliser, soit un approvisionnement suffisant et sûr de l'électricité en France qui le constitue ».

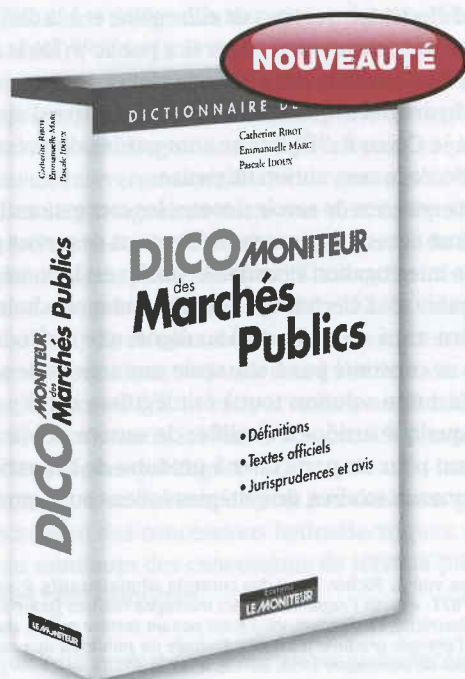
Ainsi, si l'on s'en tient à cette définition du service public de l'électricité et à la lettre de l'avis du Conseil d'État de 1995, il faut considérer que l'activité de production d'électricité développée par les titulaires d'une concession hydroélectrique n'est pas en elle-même constitutive d'un service public. On en vient alors à imaginer qu'il puisse exister deux catégories distinctes de concessions hydroélectriques, comme l'avait fait L. Josse dans ses conclusions sur l'arrêt Époux de Sigalas mais aussi A. Pépy dans sa note sous l'arrêt Société des grands travaux de Marseille du 8 mai 1924. Il y a d'une part les concessions

hydroélectriques, sans doute très nombreuses, dans lesquelles le concessionnaire produit de l'électricité dont une partie au moins est destinée au réseau de distribution et qui constitue sûrement des délégations de service public car elles contribuent à garantir l'approvisionnement de notre pays. Et il y a d'autre part les concessions hydroélectriques, sans doute rares en pratique, mais dont on ne peut pas ignorer l'existence, dans lesquelles le concessionnaire produit de l'électricité destinée à satisfaire ses propres besoins ou ceux d'industriels. Si le décret du 26 septembre 2008 soumet les unes et les autres à un régime juridique unique fortement calqué sur celui applicable aux délégations de service public, il n'est pas certain que l'on puisse assimiler les secondes à d'authentiques délégations de service public parce qu'il n'est pas certain qu'elles aient pour objet la dévolution de la gestion d'une mission de service public. Il nous semble en effet que ces concessions hydroélectriques ressemblent davantage à de simples concessions d'occupation du domaine public assorties d'obligations d'intérêt général qu'à de véritables délégations de service public⁽²³⁾.

Tout cela montre qu'il n'existe pas une, mais des concessions hydroélectriques et que le décret du 26 septembre 2008 n'épuise assurément pas la « grosse question » de la qualification des concessions hydroélectriques. ■

(22) G. Chavrier, Électricité, *Jurisqueleur administratif*, fascicule 154.

(23) En ce sens, voir P. Sablière, art. pr., *AJDA* 2007, p. 2017



Le seul dictionnaire professionnel pour maîtriser tous vos marchés publics

Vous êtes praticien privé de la commande publique, juriste de collectivité, élu ou agent territorial, entrepreneur ou maître d'œuvre et vous avez fréquemment besoin de la définition concise d'une notion courante sur les marchés publics ? Cet ouvrage, **conçu de façon didactique et synthétique**, est le seul dictionnaire des marchés publics de cette ampleur, proposé dans un **format de poche** pour un **usage immédiat** en toutes circonstances. Il vous garantit de trouver **la bonne et suffisante jurisprudence en vous référant directement au texte officiel utile**. L'analyse des différentes notions, la mention des principaux textes réglementaires et de la **jurisprudence essentielle** en font un outil sûr et indispensable, quel que soit le niveau de complexité recherché.

Catherine Ribot, Emmanuelle Marc et Pascale Idoux – Hors collection
2009 – 642 pages – 50 € – Réf. commande : 112678

Commander cet ouvrage sur editionsdumoniteur.com

EDITIONS
LE MONITEUR
editionsdumoniteur.com

L'ouverture des concessions hydroélectriques à la concurrence

- Si leur nature de délégations de service public implique que le renouvellement des concessions de production hydroélectrique soit soumis à une procédure de mise en concurrence, certaines dispositions de la loi du 16 octobre 1919, dont le droit de préférence du concessionnaire sortant, y constituaient un frein.
- L'ouverture des marchés de l'énergie à la concurrence a amené le législateur et le pouvoir réglementaire à revoir la procédure de renouvellement de ces concessions, afin de rechercher une plus grande efficacité énergétique, tout en garantissant le respect d'une gestion équilibrée et durable de la ressource en eau et l'intérêt économique et financier des pouvoirs publics.

Auteurs

Christophe Barthélemy, avocat associé, CMS Bureau Francis Lefebvre et **Vanessa Rambaldelli**, avocat, CMS Bureau Francis Lefebvre

Références

- Loi du 16 octobre 1919
- Loi n° 2006-1171 du 30 décembre 2006
- Décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008

Mots clés

Concession hydroélectrique • Délégation de service public • Droit de préférence • Délai glissant • Mise en concurrence • Renouvellement de concession • Soutte • Redevance • Concession de service public • Droit d'entrée • Procédure • Intérêt général

L'énergie hydraulique est, en France, la première source d'électricité d'origine renouvelable et la seconde de production d'électricité - environ 12 % de la production totale d'électricité⁽¹⁾. Lorsqu'elle est associée à un réservoir (cas de 70 % de la puissance installée), elle est la seule énergie renouvelable modulable, ce qui lui confère une importance toute particulière dans l'équilibre et la sécurité du système électrique français. Les installations de production peuvent en effet démarrer et donner leur pleine puissance en quelques minutes, puis conserver une grande stabilité de fonctionnement dans des situations très perturbées. Elles seules permettent enfin de «reconstituer» le réseau et le système électriques français en cas d'effondrement, c'est-à-dire de *black-out*.

399 ouvrages d'une puissance de plus de 4,5 mégawatts font l'objet d'une concession de force hydraulique⁽²⁾. Ils représentent près de 95 % du total de la puissance hydroélectrique installée (25,3 gigawatts) et réalisent environ 88 % de la production d'électricité d'origine renouvelable⁽³⁾. Les concessions en cours, délivrées par l'État, qui seul peut autoriser l'usage de l'eau à des fins de production d'énergie après avis des départements concernés, ont été accordées pour des durées allant jusqu'à 75 ans (durée la plus fréquente); 322 de ces ouvrages sont exploités par EDF et 47 par des sociétés du groupe Suez (SHEM et CNR). Ces concessions vont ainsi arriver peu à peu à échéance, jusqu'en 2040. La majorité des ouvrages concédés ont une puissance de plus de 12 MW, de sorte que les exploitants ne bénéficient pas du mécanisme de l'obligation d'achat:

(1) Source: Direction générale énergie et climat, MEEDDAT.

(2) Les ouvrages de moindre puissance sont soumis à une procédure d'autorisation.

(3) Observatoire de l'énergie (devenu la sous-direction de l'observation de l'énergie et des matières premières du MEEDDAT), année 2007.

la production doit être vendue sur le marché. Cela ne soulève pas de difficulté particulière, car les concessions sont généralement très rentables, notamment parce que les ouvrages sont pour l'essentiel amortis. Enfin, hors le cas des centrales au fil de l'eau, leur exploitation influence directement le niveau des lacs de retenue et le débit des rivières, avec des conséquences immédiates sur les autres usages de l'eau : navigation, irrigation, tourisme et nautisme, pêche, production d'eau potable..., ainsi que sur les écosystèmes lacustres ou fluviaux et sur la salinité des embouchures et des étangs.

On comprend donc aisément que le renouvellement de ces concessions constitue un enjeu important pour l'autorité concédante, à savoir l'État, pour les concessionnaires sortants et pour les candidats. À cet égard, sous la pression du droit communautaire, le maintien du *statu quo* était devenu impossible (I). Le choix qui a été fait n'est pas celui d'une réforme en profondeur du régime de renouvellement, mais celui d'une procédure formalisée et spécifique de mise en concurrence, qui tend à établir dans une plus large mesure l'égalité entre les candidats (II), dans un souci d'équilibre entre les différents usages de l'eau (III).

I. La nécessaire remise en cause du *statu quo*

Longtemps, la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique a avantagé les concessionnaires sortants, dans un contexte où EDF (pour les 4/5^e), la SHEM et la CNR s'étaient partagé la construction et l'exploitation des principaux ouvrages, pour plus de 90 % de la production⁽⁴⁾. Le décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique et pris pour l'application de la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau n'a pas modifié cet équilibre. Certes, prenant acte d'un avis du Conseil d'État qualifiant ces contrats de délégations de service public au sens de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993⁽⁵⁾, le décret n° 99-225 du 22 mars 1999 portant déconcentration en matière de concession et de déclaration d'utilité publique d'ouvrages utilisant l'énergie hydraulique avait posé le principe de l'application de la loi Sapin aux concessions hydroélectriques, en prévoyant le dépôt d'« actes de candidature concurrents du projet objet de la demande »⁽⁶⁾. Mais le droit de préférence⁽⁷⁾ et les « délais glissants »⁽⁸⁾ institués par l'article 13 de la loi de 1919 conti-

nuaient de privilégier la stabilité et laissaient peu de place à une mise en concurrence effective. Il s'agissait donc de permettre une éventuelle alternative au concessionnaire sortant plutôt que d'organiser une mise en concurrence égalitaire. Le décret réservait de surcroît, conformément à l'avis du Conseil d'État précité, le cas des concessions « qui relèvent des dispositions de l'article 41 de la loi du 29 janvier 1993 »⁽⁹⁾, en vertu desquelles les exigences de mise en concurrence des concessions de travaux et de service publics s'effacent lorsque le service public est assuré, conformément à ses statuts, par un établissement public. S'il était dépourvu de statuts, l'établissement public EDF exploitait directement la plupart de ces concessions en application du quasi-monopole de la production d'électricité que lui conféraient les dispositions du 5° de l'article 8 de la loi de nationalisation du 8 avril 1946, qui n'avaient exclu de la nationalisation que des catégories limitées d'ouvrages de production, dont les installations de la CNR, de la SNCF (confiées à la SHEM) et celles d'une puissance installée inférieure à 8 MW.

Il était dès lors inévitable que, dans le cadre de l'ouverture des marchés de l'énergie et notamment celui de la production d'électricité, la Commission européenne se préoccupât de ces entraves au libre jeu de la concurrence. Elle a invité la France à remettre en cause le droit de préférence, qui lui est apparu « incompatible avec la liberté d'établissement qui interdit les restrictions à l'exercice d'activités économiques sur le plan transfrontalier et notamment toute forme de discrimination directe ou indirecte entre opérateurs communautaires »⁽¹⁰⁾. Deux actions en manquement ont d'ailleurs été lancées pour des motifs identiques ou analogues contre l'Italie et l'Espagne⁽¹¹⁾. Les autorités françaises n'avaient guère de marge de manœuvre, d'autant qu'EDF est devenue une société. Elles ont d'abord supprimé le droit de préférence par la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques (loi « LEMA »). Le gouvernement a parallèlement confié une mission d'expertise sur la mise en concurrence des renouvellements de concessions hydroélectriques à trois corps d'inspection⁽¹²⁾, sous la direction de M. Leteurtre, dont le rapport lui a été remis le 8 novembre 2006. Enfin, dès lors que le principe était acquis, il y avait une certaine urgence à modifier le régime juridique du renouvellement de ces concessions. D'une part, treize se terminent en principe dès 2011 ou 2012⁽¹³⁾. D'autre part, des concessions représentant 5 GW de capacité (soit le cinquième de la capacité hydroélectrique française) arrivent à échéance entre 2020 et 2025. Or, aux termes de l'article 13 de la loi de 1919, le concessionnaire sortant doit engager la procédure de renouvellement

(4) La rédaction du premier alinéa de l'article 13 en témoigne : « Onze ans avant l'expiration de la concession, le concessionnaire présente sa demande de renouvellement. »

(5) Au moins en tant que l'énergie est fournie au public, aux termes d'un avis d'Assemblée générale en date du 28 septembre 1995, n° 357.262 et 357.263, EDC 1995, p. 402.

(6) Nouvel art. 2-3 du décret n° 94-894 du 13 octobre 1994.

(7) Ces dispositions offraient au concessionnaire sortant un droit de préférence s'il acceptait les conditions du nouveau cahier des charges définitif. Par l'avis précité en date du 28 septembre 1995, le Conseil d'État avait admis le droit de préférence, en soulignant toutefois que son existence devait être rappelée dans la procédure de publicité.

(8) Dans le cas où l'administration manquait à son obligation d'informer le concessionnaire de ses intentions cinq ans avant l'échéance de la concession, la concession était prorogée aux conditions antérieures « pour une durée équivalente au dépassement ». Mais en outre, si la nouvelle concession n'était pas instituée au jour de l'expiration du titre en cours, la validité de ce dernier était prorogée autant que nécessaire, afin d'assurer la continuité de l'exploitation du service public. EDF a d'ailleurs vu 36 concessions

renouvelées avant l'adoption des nouveaux textes, avec un retard moyen de sept ans : voir F. Sabiani, « La mise en concurrence du renouvellement des concessions hydroélectriques au milieu du gué », DA n° 6, juin 2008, étude 12.

(9) Actuel art. L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales.

(10) Voir le communiqué de la Commission européenne du 13 juillet 2005, IP/05/920.

(11) On peut par ailleurs considérer que les obligations de mise en concurrence découlant de la directive n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006 s'appliqueront à partir du 28 décembre 2009 à celles de ces concessions qui ne pourraient être qualifiées de concessions de travaux, faute d'investissements suffisants à la charge du concessionnaire.

(12) Conseil général des mines, conseil général des ponts et chaussées et inspection générale des finances.

(13) Les décisions de principe sur leur renouvellement ont donc été prises en 2006 et 2007, en application de l'article 13 de la loi du 16 octobre 1919.

onze ans à l'avance, l'administration choisissant de mettre fin à la concession ou de la renouveler cinq ans avant le terme.

II. Vers une mise en concurrence effective ?

Après que la loi de finances rectificative pour 2006 a clarifié les conditions financières de la concurrence, le gouvernement a pris le décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008, directement inspiré des conclusions du rapport Leteurtriois. Ce texte a modifié les décrets du 13 octobre 1994 précité et n° 99-872 du 11 octobre 1999 approuvant le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées⁽¹⁴⁾.

A) Les clarifications apportées par la loi du 30 décembre 2006 de finances rectificative pour 2006

Elles tiennent à deux séries de dispositions, qui sont cohérentes avec la disparition du droit de préférence et avec la libéralisation de la fourniture d'électricité. Elles sont de nature à rendre plus transparente et équitable la procédure de mise en concurrence.

1- Le droit d'entrée versé par le nouveau concessionnaire

Le 5° du I de l'article 33 de la loi de finances rectificative pour 2006, insérant un article 10-1 dans la loi de 1919, a prévu le remboursement au concessionnaire sortant évincé, sous certaines réserves, de la part des dépenses qu'il a exposées pour moderniser ou augmenter les capacités de production et qu'il n'a pu amortir. La somme correspondante est mise à la charge du nouveau concessionnaire par le 6° du même paragraphe, qui a modifié l'article 13 de la loi de 1919. On peut y voir un obstacle à la concurrence, d'autant que le législateur aurait pu choisir le mécanisme de l'amortissement de caducité. Toutefois, comme le fermier contribue par une soulte à l'amortissement des ouvrages antérieurement réalisés par la collectivité publique, comme les concessionnaires de la distribution publique de gaz naturel versent parfois une soulte lorsqu'ils succèdent à un autre opérateur, on ne voit pas pourquoi le nouveau concessionnaire, qui va bénéficier pendant un certain nombre d'années d'ouvrages récents qu'il n'aura pas eus à financer, devrait en être dispensé au détriment des finances publiques. Une dérive pourrait certes résulter d'un programme d'investissement artificiellement déporté en fin de concession; mais la loi a prévu que ce mécanisme est neutralisé pendant les dix dernières années de la concession.

Plus contestable en revanche est le report sur le nouvel opérateur des frais engagés par l'État au titre du renouvellement de la concession, qui s'ajoutent ainsi aux frais exposés par l'opérateur lui-même, en vertu de l'alinéa 5 nouveau de l'article 13 de la loi de 1919 et de l'article 30-1 du décret de 1994 modifié par le décret du 26 septembre 2008. Le coût de la fonction d'autorité concédante, s'il n'est pas conservé par la collectivité publique,

est habituellement réputé couvert au fil de l'eau (si l'on ose dire) par la redevance que lui verse le concessionnaire – ainsi par exemple dans les concessions de distribution publique d'électricité et de gaz⁽¹⁵⁾.

2- La disparition progressive de l'énergie réservée

Le I de l'article 33 de la loi de finances rectificative pour 2006 a également créé, dans la loi de 1919, un article 9-1, aux termes duquel 40 % du montant de la redevance proportionnelle aux recettes issues des ventes d'électricité, versée par le concessionnaire à l'État, sont reversés aux départements sur le territoire desquels coulent les cours d'eau autorisés. La répartition entre les départements est proportionnelle à la puissance hydraulique « rendue indisponible » sur leur territoire en raison de la création de l'ouvrage en amont. Ce dispositif, inspiré par le rapport Leteurtriois, a vocation à se substituer progressivement à celui de « l'énergie réservée »⁽¹⁶⁾, par lequel le producteur d'électricité d'origine hydraulique doit supporter un rabais⁽¹⁷⁾ sur le prix auquel il livre l'énergie à certains consommateurs publics et privés nommément désignés par les conseils généraux (les conseils régionaux outre-mer), jusqu'à un certain volume⁽¹⁸⁾. Le but est de valoriser localement l'utilisation de la ressource hydraulique, afin qu'elle n'y paraisse pas générer que des contraintes⁽¹⁹⁾. La compatibilité de ce dispositif avec la réglementation communautaire des aides d'État semble établie sur le fondement de l'exemption de *minimis*⁽²⁰⁾. La réponse est plus douteuse au regard de la directive qui organise la libéralisation de la fourniture d'électricité⁽²¹⁾.

B) Le décret du 26 septembre 2008 : vers une plus grande égalité entre les candidats

Cette procédure n'est pas ou pas strictement celle de la loi Sapin, en raison des spécificités des concessions hydroélectriques (durée, poids des investissements, complexité de la conciliation des multiples enjeux d'intérêt général et... longueur des procédures de renouvellement qui en découlent), mais peut-être aussi de la difficulté de qualifier ces concessions.

1 - Des concessions de service public ?

Le caractère évanescent du service public de « l'approvisionnement en électricité » (et non plus de la « production d'électricité »), aux termes de la définition qu'en donne le I de l'article 2

(14) À sa suite ont été adoptés le 23 décembre 2008 trois arrêtés qui apportent des précisions sur les éléments qui doivent figurer dans la lettre d'intention pour une demande d'installation nouvelle mentionnée à l'article 2-2 du décret de 1994, sur le contenu du dossier de demande de concession mentionné à l'article 3 du décret et sur les modalités de réalisation et de remise du dossier de fin de concession mentionné à l'article 29 du même décret.

(15) Voir art. 4 du modèle de cahier des charges de concession pour le service public du développement et de l'exploitation du réseau de distribution d'électricité et de la fourniture d'énergie électrique aux tarifs réglementés du 1^{er} juillet 2007 et art. 5 du modèle de cahier des charges de concession pour la distribution publique du gaz naturel, du 1^{er} juillet 2007 également.

(16) Art. 10 de la loi du 16 octobre 1919 et décret n° 87-214 du 25 mars 1987 relatif aux réserves en force et en énergie prévues par l'art. 10 de la loi du 16 octobre 1919.

(17) Généralement 25 %.

(18) Fixé à la fois globalement (le quart de l'énergie totale) et par bénéficiaire.

(19) Voir sur ce sujet P. Sablière, *Droit de l'électricité*, Dalloz, 2003, n° 25.13; p. 378 et sq.

(20) Voir la note de la DAJ du Minefi en date du 11 octobre 2006 annexée au rapport Leteurtriois. Le seuil a été porté à 200 000 euros sur trois exercices fiscaux par le règlement (CE) n° 1998/2006 du 15 décembre 2006.

(21) La liote employée par la note de la DAJ du Minefi annexée au rapport Leteurtriois traduit sur ce point une hésitation qui nous paraît pleinement justifiée.

de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000⁽²²⁾, et la circonstance que la production des concessionnaires autres qu'EDF est vendue sur le marché⁽²³⁾ pourraient conduire à se demander si ces concessions ne sont pas aujourd'hui réduites à leur volet « travaux publics »⁽²⁴⁾ lorsque des investissements substantiels sont mis à la charge du concessionnaire et, à défaut, à de simples concessions d'occupation domaniale⁽²⁵⁾.

Dans son avis précité du 28 septembre 1995⁽²⁶⁾, le Conseil d'État avait toutefois déduit l'existence d'un service public de trois séries de caractéristiques : les obligations du concessionnaire en matière de fourniture d'énergie, de tarifs maxima, de réserves d'énergie ; l'existence de prérogatives d'occupation temporaire ou définitive et d'éviction des droits particuliers à l'usage de l'eau ; une forme de participation de l'État à la concession et la qualité de bien de retour conférée aux ouvrages. Seule la première a disparu, à moins qu'elle n'ait subi une mutation : diverses missions d'intérêt général liées aux usages de l'eau seront en effet assurées par les concessionnaires, indépendamment de (voire contradictoirement avec) la production d'énergie, selon une logique voisine de celle de la concession historiquement confiée à la CNR. Même si les ouvrages ont pour l'essentiel été réalisés (sinon entièrement amortis), on peut donc soutenir avec une certaine force⁽²⁷⁾ qu'il s'agit toujours, sinon de concessions, du moins de délégations⁽²⁸⁾ de service public.

(22) À la lumière duquel il faut relire l'avis précité du Conseil d'État du 28 septembre 1995, antérieur à l'adoption de la première directive de libéralisation, aux termes duquel les activités concédées revêtaient le caractère d'un service public en vertu des dispositions de la loi du 16 octobre 1919 « et dans la mesure où cette exploitation a pour objet la fourniture de l'électricité produite au public ou aux services publics ».

(23) Obligatoirement au-delà d'une puissance de 12 MW, facultativement en deçà : décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000, fixant par catégorie d'installations les limites de puissance des installations pouvant bénéficier de l'obligation d'achat d'électricité. Rappelons également que l'article 54 de la loi n° 2000-108 a abrogé les dispositions de l'article 27 de la loi du 16 octobre 1919 qui prohibaient l'exportation de l'énergie hydraulique.

(24) Ce à quoi elles ont toujours été cantonnées, selon certains auteurs : voir par ex. B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Dalloz, 2004, p. 363.

(25) En ce sens, voir P. Sablière, « La mise en concurrence des concessions de force hydraulique », *AJDA*, 29 octobre 2007, p. 2012.

(26) Avis n° 357.262 et 357.263, EDCE 1995, p. 402.

(27) Ajoutons qu'EDF produit et fournit à des tarifs réglementés l'essentiel de l'électricité consommée en France dans le cadre de sa mission légale de fourniture d'électricité aux consommateurs n'ayant pas fait valoir leurs droits à l'éligibilité. L'électricité étant parfaitement fongible, il est toutefois impossible de distinguer entre l'énergie qui émanerait des ouvrages exploités à cette fin par EDF et celle qui irait sur le marché – sauf à utiliser le dispositif des garanties d'origine...

(28) La redevance versée à l'État et la « soulte » liée à l'existence préalable des ouvrages font plutôt songer, en effet, à des contrats d'affermage.

Extrait

Article 1er nouveau du décret du 13 octobre 1994

« Les concessions d'énergie hydraulique, les autorisations de travaux et les règlements d'eau qui font l'objet du présent décret doivent respecter les règles de fond prévues par les dispositions du titre I^{er} du livre II du code de l'environnement. Ces actes valent autorisations au titre des articles L. 214-1 et suivants de ce code. Les concessions d'énergie hydraulique régies par la loi du 16 octobre 1919 font l'objet d'une procédure régie par les articles 38, 40 et 40-1 de la loi du 29 janvier 1993 et le décret du 24 mars 1993, ainsi que par l'article 2 et les titres II et III du présent décret, qui vise à choisir le délégataire le mieux à même de garantir l'efficacité énergétique de l'exploitation de la chute d'eau, le respect des intérêts mentionnés à l'article L. 211-1 du code de l'environnement et les meilleures conditions économiques et financières pour le concédant. / Toutefois, notamment lorsque la complexité du projet ou de l'exploitation des ouvrages le justifie, l'autorité compétente peut décider de recourir à la procédure particulière régie par le titre I^{er} »

S'il a accéléré le processus, le décret du 26 septembre 2008 n'a pas bouleversé le régime antérieur d'octroi et de renouvellement des concessions hydroélectriques, dont il a conservé les deux temps : sélection des candidats admis à présenter une offre et choix du concessionnaire, puis élaboration du cahier des charges après enquête publique et consultations diverses.

2 - La première phase de la procédure comporte une alternative

L'article 1^{er} nouveau du décret du 13 octobre 1994 (voir encadré ci-dessous) prescrit :

– en principe, le choix du concessionnaire au terme d'une procédure « loi Sapin » adaptée (en raison de l'existence de nombreuses personnes publiques intéressées : collectivités locales, chambres consulaires, préfets) ;

– à titre exceptionnel, l'application d'une nouvelle procédure de choix du concessionnaire insérée au titre I^{er} du décret de 1994 (qui s'impose d'ailleurs lorsque l'administration est saisie du projet de créer une concession sur un périmètre qui n'en fait pas l'objet).

Cette procédure nouvelle de mise en concurrence est facultative et discrétionnaire. L'autorité concédante « peut » en effet y recourir, sans y être obligée. Mais elle peut le faire « notamment lorsque la complexité du projet ou de l'exploitation des ouvrages le justifie » : le « notamment » donne à penser qu'elle dispose d'un pouvoir entièrement discrétionnaire, ce qui ne laisse pas d'étonner. En tout état de cause, il semble que les deux conditions seront aisément remplies, car les projets de construction d'ouvrages hydrauliques comme les conditions de leur exploitation sont par nature complexes.

3 - La première phase spécifique de la procédure de renouvellement

Le titre I^{er} du décret de 1994 s'applique donc impérativement aux demandes de nouvelles concessions « sur des périmètres qui n'en font pas encore l'objet » et, à la discrétion de l'administration, aux renouvellements. Toute personne peut adresser à l'autorité compétente une lettre d'intention. L'administration procède alors à des formalités de publicité voisines de celles prévues par le décret n° 93-471 du 24 mars 1993 (d'application de la loi Sapin), qui permettent à d'autres candidats de se faire connaître ; elle sélectionne les candidats admis à déposer une offre et leur remet un dossier de consultation. Ce dernier comprend notamment un dossier de présentation des caractéristiques et exigences minimales de la concession, un document décrivant les caractéristiques de la concession venant à expiration, un document relatif aux enjeux de la gestion équilibrée et durable de la ressource en eau dans le périmètre du projet et la liste des critères de sélection des offres⁽²⁹⁾.

Les candidats admis à présenter une offre sont mis en mesure d'accéder aux installations et peuvent être invités à participer à une phase de « dialogue », qui peut elle-même déboucher sur des modifications des caractéristiques de la concession. Ces modifications sont toutefois strictement encadrées : elles ne

(29) À savoir : « Notamment l'efficacité énergétique de l'exploitation de la chute, au regard des objectifs fixés par l'article 1^{er} de la loi du 13 juillet 2005 susvisée, le respect d'une gestion équilibrée et durable de la ressource en eau permettant la conciliation de ses différents usages, tels qu'ils résultent des dispositions de l'article L. 211-1 du code de l'environnement, ainsi que les conditions économiques et financières pour l'Etat. »

peuvent être justifiées que par les objectifs mentionnés dans les critères de sélection des offres ; elles doivent demeurer de portée limitée ; elles peuvent consister en la suppression de variantes, ou tirer les conséquences d'éléments qui n'avaient pu être pris en considération lors de la conception du règlement ; enfin, elles ne doivent pas présenter un caractère discriminatoire entre les candidats. Ceux-ci remettent leur offre sous la forme d'un dossier de demande de concession. Après négociation avec les candidats et consultation des personnes concernées, l'autorité concédante désigne ainsi le meilleur candidat dans le respect des principes de transparence et d'égalité.

4 - L'instruction

Aux termes de l'article 2 du décret de 1994 et quel qu'ait été le choix de l'administration pour la première phase, l'instruction du dossier est ensuite effectuée par le préfet du département où sont situés les ouvrages (titre III du même décret) ou, lorsque la puissance maximale brute est supérieure à 100 MW, par le ministre chargé de l'Énergie (titre II). La procédure d'enquête publique est conservée, avec ses spécificités. À l'issue de l'instruction, la concession est accordée par un décret en Conseil d'État, qui approuve le cahier des charges, lorsque l'aménagement d'une puissance maximale brute égale ou supérieure à 100 MW, et sinon par arrêté préfectoral. Lorsque la procédure a fait l'objet de la publication d'un avis au *JOUE* en raison du montant des travaux, l'autorité compétente fait publier un avis d'attribution.

5 - La réduction des délais

Le concessionnaire sortant fournit à l'autorité concédante un dossier de fin de concession au plus tard cinq ans avant la date normale d'expiration. Les délais accordés aux collectivités, organismes publics et instances consultés sur le dossier de demande de concession sont impératifs : les avis doivent généralement être donnés dans les deux mois, à défaut de quoi ils sont pour la plupart réputés émis.

C) Nouvelles obligations du concessionnaire sortant et « droit d'entrée » du nouveau concessionnaire

Nous avons déjà évoqué plusieurs de ces obligations : la réduction à cinq ans avant le terme de la concession du délai imparti au concessionnaire sortant pour faire connaître ses intentions, le libre accès de ses concurrents aux ouvrages, l'obligation de produire un dossier détaillé de « fin de concession »⁽³⁰⁾. Le décret prévoit en outre qu'un an avant la fin de la concession, le concessionnaire remet au service de contrôle un dossier qui certifie le bon état de marche et d'entretien des dépendances de la concession et précise les conditions dans lesquelles il cessera l'exploitation. À l'issue, le concessionnaire sortant établit, contradictoirement avec l'État et, le cas échéant, en présence du futur concessionnaire, un procès-verbal dressant l'état des dépendances⁽³¹⁾. Le décret a enfin précisé les composantes du droit d'entrée prévu à l'article 13 de la loi de 1919. En définitive, il nous semble que ce nouveau dispositif contribue à rétablir

notamment l'égalité des candidats. Si le concessionnaire sortant reste sans nul doute objectivement avantagé, c'est par la connaissance approfondie et très concrète qu'il a de la concession, des interlocuteurs et des problématiques locales, souvent spécifiques et complexes. Mais, au-delà de l'exercice de la concurrence, le principal enjeu du renouvellement des concessions de production hydraulique est celui de l'équilibre délicat et chaque fois différent entre les multiples intérêts publics en cause : la concurrence doit être mise au service de cette recherche et non constituer une fin en soi.

III. Un équilibre délicat entre les divers intérêts publics

La procédure vise en effet à choisir le candidat « le mieux à même de garantir l'efficacité énergétique de l'exploitation de la chute d'eau, le respect des intérêts mentionnés à l'article L. 211-1 du code de l'environnement et les meilleures conditions économiques et financières pour le concédant »⁽³²⁾. Il s'agit donc de trouver la meilleure combinaison de trois aspects de l'intérêt général : la recherche de l'efficacité énergétique (propositions d'investissements de modernisation des installations existantes et de nouveaux équipements pour augmenter la performance énergétique de ces installations), le respect d'une gestion équilibrée et durable de la ressource en eau permettant la conciliation de ses différents usages (dont la protection des écosystèmes), et enfin l'intérêt économique et financier des pouvoirs publics (les candidats devront notamment proposer le taux de la redevance proportionnelle au chiffre d'affaires de la concession qui sera versée à l'État et aux collectivités locales). C'est un apport essentiel du décret du 26 septembre 2008, tant il est vrai que la ressource hydroélectrique a été sacrifiée depuis de nombreuses années aux autres enjeux d'intérêt public local. De l'équilibre, évidemment délicat, entre ces modalités de l'intérêt général, résultera le succès ou l'échec de la réforme. Le choix a été fait de laisser l'initiative aux candidats, plutôt que de poser *a priori* des éléments de pondération entre les critères : il doit être approuvé, non seulement parce qu'aucun cours d'eau ne ressemble à un autre, mais également en raison de la complexité de la problématique et de la diversité des combinaisons possibles. La très grande liberté ainsi laissée à l'État aura nécessairement pour contreparties la rigueur dans le processus de décision et la transparence quant aux motifs du choix. À la lumière des objectifs très ambitieux que la France a acceptés dans le cadre du « paquet énergie-climat » (impliquant un doublement de la consommation d'électricité d'origine renouvelable d'ici 2020), le potentiel de production hydroélectrique doit sans aucun doute être préservé et même accru, à hauteur de ce que ne pourront fournir, dans des conditions économiques raisonnables, les autres sources d'énergie renouvelable. Il faut donc espérer que l'existence de candidatures concurrentes dans le cadre d'un nouveau dispositif plus transparent aboutira à un optimum social supérieur à celui qui résultait de la reconduction des concessionnaires historiques. ■

(30) Art. 29, complété par un arrêté du 23 décembre 2008.

(31) Art. 31.

(32) Art. 1^{er} du décret du 13 octobre 1994 modifié. Voir également, à l'art. 2-6, les critères de sélection des candidats.

Les aspects financiers de la mise en concurrence des concessions hydroélectriques

- Les concessions hydroélectriques connaissent actuellement une vague de renouvellements, dont le cadre juridique a fortement évolué ces dernières années, notamment par le biais de l'introduction, puis du renforcement, de la mise en concurrence.
- Si certaines charges financières liées à la concession restent inchangées, d'autres, issues notamment de la préoccupation croissante de protection des milieux aquatiques et des intérêts financiers de l'État, viennent s'y ajouter, remettant en cause les conditions de l'équilibre financier des nouvelles concessions.

Auteur

Pierre Pintat, avocat à la cour, cabinet Matharan-Pintat-Raymundie

Références

- Loi du 16 octobre 1919
- Loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006
- Loi n° 2006-1771 du 30 décembre 2006
- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993
- Décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008
- code de l'environnement

Mots clés

Renouvellement des concessions • Délégation de service public • Droits d'entrée • Redevance • Indemnités • Résiliation anticipée • Équilibre financier • Capacités financières • Obligation d'achat de l'électricité produite

Le projet de loi Grenelle I est actuellement en cours de discussion au Parlement⁽¹⁾. Il comporte des dispositions intéressant directement l'énergie hydraulique, et illustre ainsi l'actualité et les enjeux de la question du renouvellement des concessions de force hydraulique⁽²⁾. Cette source d'énergie fait l'objet du même engouement que l'ensemble des énergies renouvelables, dont elle bénéficie légalement du statut⁽³⁾. Mais surtout, les concessions de force hydraulique connaissent une vague de renouvellements, dont le cadre juridique a considérablement évolué ces dernières années, et en particulier ces derniers mois. La loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, modifiée notamment par la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, ainsi que par la loi de finances rectificative n° 2006-1771 du 30 décembre 2006, constitue le cadre légal de l'attribution des concessions, qui ne donne plus lieu à un droit de préférence au profit du concessionnaire sortant, EDF dans la très grande majorité des cas. C'est la loi de finances rectificative du 30 décembre 2006 qui comporte les principales dispositions légales relatives aux aspects financiers des concessions hydroélectriques. Le décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique, modifié notamment par le décret n° 2008-1009 du

(1) *Projet de loi de programmation relatif à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement*, déposé en deuxième lecture sur le bureau de l'Assemblée nationale le 10 février 2009.

(2) Les installations d'une puissance inférieure à 4,5 MW sont soumises à une simple procédure d'autorisation, mais les ouvrages hydrauliques d'une puissance supérieure à 4,5 MW sont, quant à eux, soumis à une procédure de concession.

(3) Art. 29 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique ; art. 10 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

26 septembre 2008, complète le dispositif, en particulier sur les aspects financiers. Il faut aussi prendre en compte le cahier des charges-type approuvé par décret n°99-872 du 11 octobre 1999 modifié en dernier lieu par le décret précité du 26 septembre 2008 dans la perspective des renouvellements. La loi Sapin et ses règlements d'application⁽⁴⁾ ont également vocation à s'appliquer, dès lors qu'il s'agit de délégations de services publics⁽⁵⁾, lorsqu'il n'est pas décidé par l'État de faire application des dispositions spéciales ci-dessus sur le fondement, notamment, de la complexité du projet ou de l'exploitation des ouvrages, ainsi que le prévoient les textes⁽⁶⁾. Enfin, on ajoutera que le 28 décembre 2009 au plus tard, date limite de transposition de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, le renouvellement des concessions devra respecter les exigences posées par ce texte, mais que d'ores et déjà, des exigences doivent être respectées eu égard aux jurisprudences *Telaustria* et *Coname*, qui prescrivent une « publicité adéquate » des projets de concessions de service. Ce cadre juridique européen n'impacte toutefois pas sensiblement les aspects financiers des concessions. Le régime des recettes dont bénéficient les exploitants de concessions hydroélectriques n'a pas été affecté par les dernières évolutions législatives et réglementaires relatives au renouvellement des concessions. Ces évolutions affectent en revanche le régime de certaines charges particulières, qui tendent à s'accroître. On examinera ainsi en premier lieu les principales charges financières caractéristiques de ces concessions (I), avant d'évoquer la question de l'équilibre financier des contrats (II).

I. Les principales charges financières caractéristiques des concessions de force hydraulique

Les droits d'entrée et la redevance proportionnelle aux recettes de ventes d'électricité constituent les principales nouveautés du cadre juridique du renouvellement des concessions hydroélectriques. D'autres charges particulières à ces concessions sont maintenues et méritent d'être rappelées.

A) Les droits d'entrée : indemnité de résiliation éventuelle et dépenses non amorties

Le cadre juridique renouvelé des futures concessions hydroélectriques comporte des dispositifs tendant à assurer des conditions satisfaisantes de transition entre l'ancien et le nouveau régime. Tel est le cas du mécanisme des droits d'entrée visant à couvrir d'éventuelles indemnités de résiliation anticipée des concessions en cours ou des dépenses non amorties. Dans l'hypothèse où l'État aurait procédé à la résiliation anticipée d'un contrat de concession afin de mettre simultanément en concurrence plusieurs exploitations situées, par exemple, sur le

même cours d'eau (« chaînes d'aménagements »), il a été prévu que le montant de l'indemnisation due⁽⁷⁾ soit mis à la charge du nouveau concessionnaire dans le cadre du mécanisme dit des « droits d'entrées ». La loi du 16 octobre 1919 (art. 13), telle que modifiée par la loi (n° 2006-1171) du 30 décembre 2006, prévoit que lors du renouvellement de la concession, il est institué, à la charge du concessionnaire retenu, un droit dont le montant est fonction des dépenses non amorties à rembourser par l'État au concessionnaire précédent en application de l'article 10-1 de la loi, ainsi que pour d'éventuels autres frais engagés par l'État au titre du renouvellement de la concession⁽⁸⁾. L'article 10-1 de la loi prévoit que lorsqu'elles ont été agréées par le préfet, les dépenses non amorties liées aux travaux de modernisation⁽⁹⁾ ainsi que la part non amortie de certains investissements⁽¹⁰⁾ sont remboursées au concessionnaire sortant et imputées sur le droit d'entrée. L'avis d'appel public à la concurrence doit notamment indiquer, parmi les caractéristiques essentielles de la concession envisagée, une estimation du droit d'entrée prévu par la loi du 16 octobre 1919⁽¹¹⁾.

B) Les redevances : la nouvelle redevance proportionnelle aux recettes de ventes d'électricité

1 - La redevance fixe

Les concessionnaires de forces hydrauliques doivent s'acquitter d'une redevance fixe fondée sur un indice de l'électricité à haute tension, perçue au profit de l'État⁽¹²⁾.

2 - La redevance proportionnelle aux kilowatts heures produits et/ou aux dividendes ou bénéfices répartis

Cette redevance prévue à l'article 9 de la loi du 16 octobre 1919 et à l'article 43 du cahier des charges type est proportionnelle soit au nombre de kilowatts heure produits, soit aux dividendes ou aux bénéfices répartis, ces deux redevances pouvant éventuellement se cumuler. Un tiers de la redevance proportionnelle est réparti par l'État entre les départements et les communes sur le territoire desquels coulent les cours d'eau utilisés. La moitié du produit de cette fraction de la redevance est attribuée aux départements; l'autre moitié est attribuée aux communes. La répartition est faite proportionnellement à la puissance hydraulique moyenne devenue indisponible dans les limites de chaque département et de chaque commune du fait de l'usine.

3 - La nouvelle redevance proportionnelle aux recettes de ventes d'électricité

Aux termes de l'article 9-1 de la loi du 16 octobre 1919, issu de la loi n° 2006-1771 du 30 décembre 2006, et tel que prévu à

(4) Art. 38, 40 et 40-1 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 (loi Sapin) et décret n°93-472 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relatif à la publicité des DSP.

(5) CE avis 28 septembre 1995, n°357262 et 357263: EDCE 1995, p. 402.

(6) Art. 1^{er} du décret n°94-894 du 13 octobre 1994 modifié relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique.

(7) Voir art. 60 du cahier des charges type.

(8) Art. 13 de la loi du 16 octobre 1919.

(9) « À l'exclusion des travaux qui auraient été nécessaires à la remise en bon état des ouvrages à la fin de la concession. »

(10) « Dépenses [...] liées aux investissements permettant d'augmenter les capacités de production de l'aménagement, effectuées durant la deuxième moitié de la période d'exécution du contrat de concession, sans que cette durée puisse être inférieure à dix ans. »

(11) Décret n°94-894 du 13 octobre 1994 modifié par le décret n°2008-1009 du 26 septembre 2008, art. 2-4.

(12) Art. 41 du cahier des charges type.

l'article 43-1 du cahier des charges type modifié, lors du renouvellement des concessions d'hydroélectricité, il est institué, à la charge du concessionnaire, au profit de l'État, une redevance proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité issues de l'exploitation des ouvrages hydroélectriques concédés. Le montant de cette redevance, fixé par l'acte de concession, ne peut excéder 25 % des recettes résultant des ventes d'électricité issues de l'exploitation des ouvrages hydroélectriques concédés. 40 % de la redevance sont affectés aux départements sur le territoire desquels coulent les cours d'eau utilisés, l'éventuelle répartition entre plusieurs départements étant proportionnelle à la puissance moyenne hydraulique devenue indisponible dans les limites de chaque département en raison de l'usine.

Dans le cadre du débat parlementaire relatif au projet de loi Grenelle I, l'Assemblée nationale a voté en première lecture, le 21 octobre 2008, une disposition déplaçant le montant de cette redevance⁽¹³⁾. Cette disposition a été supprimée par le Sénat dans le texte voté le 10 février 2009. Mais le projet de loi Grenelle II comporte une disposition laissant le taux de cette redevance proportionnelle à la négociation entre concédant et concessionnaire, étant entendu que l'exposé des motifs du projet prévoit un plafond relevé à 30 % et un reversement de 5 % aux communes⁽¹⁴⁾. Dans le cadre des contrats actuels, le concessionnaire est tenu de réserver à un tarif préférentiel une part de l'énergie produite à certains consommateurs publics ou privés désignés par les départements⁽¹⁵⁾. Ce régime a évolué sous la forme d'une compensation financière par le concessionnaire au département dont le montant, calculé sur des bases fixées par arrêté du ministre chargé de l'Énergie⁽¹⁶⁾, est équivalent à 25 % de la valorisation de cette quantité d'énergie sur la base des tarifs réglementés de vente de l'électricité. La redevance proportionnelle aux recettes de ventes d'électricité se substitue à ce régime pour les nouveaux contrats, étant entendu qu'ils les montants en jeu sont très différents.

C) Autres charges particulières à la concession

Il faut également évoquer la « redevance pour occupation du domaine public hydroélectrique »⁽¹⁷⁾, qui se distingue des redevances fixes et proportionnelles évoquées précédemment. Lors du renouvellement des concessions, le cahier des charges doit prévoir le cautionnement ou les garanties qui peuvent être exigées⁽¹⁸⁾, ainsi que le montant des frais de contrôle qui sont supportés par le concessionnaire⁽¹⁹⁾. Par ailleurs, aux termes du cahier des charges type, tous les impôts, taxes et redevances à percevoir par l'État ou ses établissements publics et par

les collectivités territoriales, y compris les impôts relatifs aux immeubles de la concession, sont à la charge du concessionnaire⁽²⁰⁾. La préoccupation croissante de protection des milieux aquatiques, génératrice de coûts supplémentaires, conjuguée à la libéralisation de la fourniture d'électricité, génératrice d'aléas, et à la volonté de l'État de mieux rentabiliser son patrimoine à travers la nouvelle redevance proportionnelle sur le chiffre d'affaires, conduit à s'interroger sur les conditions de l'équilibre financier des nouvelles concessions hydroélectriques.

II. L'équilibre financier des contrats de concessions de force hydraulique

Il existe un risque de dégradation de la rentabilité des concessions face auquel le droit au rétablissement de l'équilibre financier peut avoir à s'exercer. D'autres paramètres ou dispositifs ont vocation à contribuer à la recherche de cet équilibre, tels que la durée du contrat, l'obligation d'achat de l'électricité produite, la révision du contrat, voire le rachat de la concession.

A) Le risque de dégradation de la rentabilité des concessions et le droit au rétablissement de l'équilibre financier

Les entreprises candidates à l'octroi d'une concession de force hydraulique doivent présenter des capacités financières suffisantes, notamment pour faire face à des déficits d'exploitation conjoncturels. Il en est jugé par l'État dès le stade de la sélection des candidatures⁽²¹⁾. Pour autant, les entreprises ne sauraient s'engager sans s'assurer de l'équilibre financier global de la concession. Il leur revient au demeurant d'établir un compte prévisionnel d'exploitation sur la durée de la concession qui ne saurait apparaître structurellement déficitaire⁽²²⁾. Or, dans le cadre des nouvelles concessions, la loi impose de nouvelles obligations, par exemple en matière de débits réservés, c'est-à-dire de débit minimal à laisser dans le lit du cours d'eau, ce qui pèse sur le productible des ouvrages (art. L. 214-18 du code de l'environnement). Il existe également un risque d'accroissement des contraintes issues des règlements d'eau (réalisation de passes à poissons, soutien d'étiage, régime des éclusées, entretien du lit du cours d'eau...). Même s'il ne présente pas un caractère contractuel mais réglementaire, le règlement d'eau établi postérieurement à l'octroi de la concession, ayant vocation à donner lieu à une étude d'impact et à être joint au contrat de concession, doit être anticipé par les parties dans le cadre de la négociation, compte tenu de son impact sur l'équilibre économique de la concession. Il est important que l'État, maître de la procédure et de l'attribution des concessions, se comporte comme une autorité concédante responsable, dans la conduite des négociations, même si son statut particulier le conduit à s'efforcer de faire la synthèse de l'ensemble des intérêts qui s'expriment à l'occasion du renouvellement des concessions

(13) Art. 17 bis : « Afin de tenir compte et de limiter les dommages environnementaux causés par l'activité hydroélectrique sur les bassins versants sur lesquels les ouvrages sont installés, la taxe sur le chiffre d'affaires des concessions hydroélectriques pourra être déplafonnée au-delà de 25 % ».

(14) Art. 35 du projet de loi portant engagement national pour l'environnement.

(15) Décret n° 87-214 du 25 mars 1987 modifié relatif aux réserves en force et en énergie prévues par l'article 10 de la loi de 1919.

(16) Arrêté du 4 avril 2007 fixant les modalités de valorisation de l'énergie réservée prévue à l'article 10 de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique.

(17) Art. 42 du cahier des charges type.

(18) Art. 40 du cahier des charges type.

(19) Art. 47 du cahier des charges type.

(20) Art. 39 du cahier des charges type.

(21) Voir le dossier de demande de concession dont le contenu est fixé par un arrêté du 23 décembre 2008 (art. 1^{er} point 1).

(22) Voir le dossier de demande de concession dont le contenu est fixé par un arrêté du 23 décembre 2008 (art. 1^{er} point 5.h).

(agriculture, pêche, tourisme, sport et loisirs...). Ainsi, il doit mesurer l'impact des mesures souhaitées sur l'économie de la concession, et opérer les arbitrages permettant de trouver un juste équilibre en termes de rentabilité du contrat, tant pour le concessionnaire que pour lui-même. Le concessionnaire a droit à l'équilibre financier de la concession, ce qui implique que toute modification du règlement d'eau accroissant ses charges ou diminuant ses recettes ayant pour effet de remettre en cause l'équilibre financier de la concession lui ouvre droit à une indemnisation de la part de l'État.

Le cahier des charges type prévoit des cas particuliers de compensation ou d'indemnisation de certaines sujétions imposées au concessionnaire et réduisant la puissance disponible, par exemple liées à la navigation⁽²³⁾. Plus généralement, le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées stipule que si pour satisfaire un intérêt public, une modification était apportée unilatéralement par l'autorité concédante au cahier des charges ou à un texte pris pour son application et que le concessionnaire démontre qu'elle remet en cause l'équilibre général de la concession, la perte de puissance ou d'énergie, le surcoût d'exploitation qui en résulteraient seraient compensés ou, le cas échéant, indemnisé⁽²⁴⁾. Il doit être tenu compte de l'accroissement des charges de redevance proportionnelle, qui est très sensible.

B) La question de la durée des nouveaux contrats

Dans le cadre du renouvellement des concessions, les candidats doivent adresser à l'État concédant une lettre d'intention comportant notamment une proposition de durée du futur contrat de concession. La loi Sapin pose le principe selon lequel la durée des conventions de délégation de service public doit être déterminée « en fonction des prestations demandées au délégataire », et « tient compte ... de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre »⁽²⁵⁾. Or s'agissant de la mise en concurrence de concessions existantes, les ouvrages sont pour l'essentiel amortis. Mais il convient également d'assurer l'amortissement des nouveaux investissements, y compris les droits d'entrée éventuels, et une rémunération raisonnable des capitaux investis, tout en assurant l'existence d'un risque d'exploitation pour le concessionnaire.

C) La question de l'obligation d'achat de l'électricité produite

Les installations d'une puissance installée inférieure ou égale à 12 MW utilisant l'énergie hydraulique des lacs et cours d'eau bénéficient de l'obligation d'achat⁽²⁶⁾. Le projet de loi Grenelle I prévoit que l'État étudiera les conditions dans lesquelles ces

unités de production d'hydroélectricité pourront bénéficier de l'obligation d'achat de l'électricité produite ou de son renouvellement dès lors qu'elles rempliront les critères environnementaux définis par les lois en vigueur et les normes techniques de production, sans contrainte supplémentaire⁽²⁷⁾.

Ce mécanisme vise à contribuer à l'équilibre financier des concessions hydroélectriques concernées, en fournissant aux exploitants qui en bénéficieront une garantie de recettes, en termes de durée et de prix de vente de l'électricité produite.

D) La révision du contrat et le rachat de la concession

Les parties peuvent réviser les clauses du contrat de concession dans la limite du droit des avenants aux contrats soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence. Le cahier des charges type en prévoit une hypothèse, mais qui ne saurait être limitative, s'agissant des sujétions liées à la navigation⁽²⁸⁾. Par ailleurs, si l'État dispose d'une faculté de rachat de la concession dans des conditions précisées par la loi du 16 octobre 1919, ce rachat suppose l'indemnisation du concessionnaire, sous déduction des sommes qui seraient le cas échéant dues par celui-ci pour la mise en bon état d'entretien des ouvrages de la concession. Dans le cadre du renouvellement des concessions, le cahier des charges doit préciser les conditions dans lesquelles peut s'exercer la faculté de rachat de la concession.

Le projet de loi Grenelle I souligne que la production d'électricité d'origine hydraulique dans le respect de la qualité biologique des cours d'eau fait partie intégrante des énergies renouvelables à soutenir⁽²⁹⁾. Le renouvellement des concessions hydroélectriques doit notamment s'efforcer de trouver un juste équilibre entre l'augmentation des charges d'exploitation (en particulier au regard des contraintes environnementales), et le montant de la redevance versée à l'État. Les textes sont silencieux sur les critères de jugement des offres dans le cadre du renouvellement des concessions. Leur définition relève donc du pouvoir discrétionnaire de l'État, étant entendu qu'ils doivent être définis dans le respect des principes qui gouvernent le droit de la commande publique. À ce titre, ils doivent être en lien avec l'objet du contrat, et présenter un caractère objectif.

Le montant de redevance versé par le concessionnaire à l'État concédant est bien entendu susceptible de figurer parmi les critères, à l'instar de ce qui se pratique dans bon nombre de délégations de service public. Pour autant, l'État concédant peut souhaiter privilégier d'autres critères tels que le niveau des investissements du concessionnaire, son action en faveur du milieu aquatique, etc. Ce choix peut s'opérer au cas par cas, en fonction des ouvrages et des cours d'eau concernés. ■

(23) Art. 32 : « Le concessionnaire pourra prétendre soit à une diminution ou exonération de la redevance fixe annuelle, ou de la part de redevance proportionnelle dévolue à l'État, soit en une indemnisation par application de l'article 5 du présent cahier des charges, soit au rachat de la concession. »

(24) Art. 5 : Équilibre de la concession.

(25) Art. 40 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993.

(26) Art 10-2° de la loi n° 2000-108 modifiée du 10 février 2000 et art 2-1° du décret 2000-1196 modifié du 6 décembre 2000.

(27) Art. 29-V de la loi n°2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, dans sa rédaction figurant dans le projet de loi Grenelle I tel que voté par le Sénat le 10 février 2009.

(28) Art. 32 du cahier des charges type.

(29) Art. 29-V de la loi n°2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique dans sa rédaction figurant dans le projet de loi Grenelle I tel que voté par le Sénat le 10 février 2009.

Les conditions d'une gestion durable de la ressource en eau

- Si l'augmentation de la part de l'hydroélectricité dans la production totale d'énergie fait partie des objectifs communautaires et nationaux, il convient de concilier les différents usages de l'eau afin d'assurer la compatibilité entre le développement de l'énergie renouvelable et la protection des milieux aquatiques.
- Comment assurer la mise en œuvre d'une gestion durable de la ressource en eau ?
- Entretien avec Françoise Labrousse et Élodie Simon, avocats à la Cour et membres du département Droit de l'environnement du cabinet Jones Day.

Auteurs

Françoise Labrousse et Élodie Simon,
avocats à la Cour, cabinet Jones Day

Références

- Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992
- Loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006
- code de l'environnement

Mots clés

Onema • Agences de l'eau • Gestion équilibrée de la ressource en eau • Sdage • Sage • Bassin hydrographique • Comité de bassin • Ouvrage hydraulique • Concession hydroélectrique • Autorisation hydroélectrique • Mise en concurrence • Gestion coordonnée des ouvrages hydrauliques • Énergie renouvelable • Fonds de compensation piscicole • Conférence de l'eau

CP-ACCP : L'Office national de l'eau et des milieux aquatiques (Onema) a été créé par la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006⁽¹⁾ pour garantir une gestion durable de la ressource en eau. Quelles sont ses attributions ? Dans quel cadre juridique les exerce-t-il ?

Françoise Labrousse et Élodie Simon : L'Onema a été créé par la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, ci-après « loi Lema », et se substitue au Conseil supérieur de la pêche. Les dispositions légales et réglementaires relatives à l'Onema sont codifiées aux articles L. 213-2 et suivants et R. 213-12 et suivants du code de l'environnement. L'Onema est un établissement public national à caractère administratif placé sous la tutelle du ministère chargé de l'Environnement. Il a pour mission de mener et de soutenir au niveau national des actions destinées à favoriser une gestion globale, durable et équilibrée de la ressource en eau, des écosystèmes aquatiques, de la pêche et du patrimoine piscicole. À cette fin, il est doté des attributions suivantes :

- participer à la connaissance, la protection et la surveillance de l'eau et des milieux aquatiques ainsi que de leur faune et de leur flore, et contribuer à la prévention des inondations ;
-] apporter son appui aux services de l'État, aux agences de l'eau et aux offices de l'eau dans la mise en œuvre de leurs politiques ;
- assurer la mise en place et la coordination technique d'un système d'information visant au recueil, à la conservation et à la diffusion des données sur l'eau, les milieux aquatiques,

(1) Loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques (loi « Lema »), JO du 31 décembre 2006.

leurs usages et les services publics de distribution d'eau et d'assainissement;

– garantir une solidarité financière entre les bassins; conduire ou soutenir des programmes de recherche et d'études qui sont communs à tous les bassins ou revêtent un intérêt général, en particulier sous la forme de concours financiers à des personnes publiques ou privées;

– mener et soutenir des actions nationales de communication et de formation.

L'Onema détermine les domaines et les conditions de son action dans un programme pluriannuel d'intervention qui indique les montants de dépenses et de recettes nécessaires à sa mise en œuvre. L'exécution du programme pluriannuel d'intervention fait ensuite l'objet d'un rapport annuel présenté par le gouvernement au Parlement. Son action s'exerce en collaboration étroite avec les services de l'État, aux niveaux national et local, et avec les autres établissements publics de l'État, notamment les agences de l'eau. Une convention a été conclue entre l'Onema et les agences de l'eau, puis approuvée par arrêté du 16 juin 2008⁽²⁾ afin de formaliser et renforcer la coopération entre l'Onema et les agences de l'eau.

CP-ACCP: Comment le schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux (Sdage) et le schéma d'aménagement et de gestion des eaux (Sage) sont-ils établis?

Françoise Labrousse et Élodie Simon: Le Sdage et le Sage ont été instaurés par la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau⁽³⁾ (codifiée pour partie aux articles L. 210-1 et suivants du code de l'environnement) afin de fixer pour chaque bassin hydrographique les orientations fondamentales d'une gestion équilibrée de la ressource en eau. Il s'agit d'outils de planification décentralisée, à portée réglementaire, applicables dans chacun des six bassins ou groupements de bassins hydrographiques⁽⁴⁾. Le principe est que chaque bassin ou groupement de bassins soit doté d'un ou de plusieurs Sdage déterminant des objectifs de qualité et de quantité des eaux à l'échelle de chaque bassin hydrographique. Afin d'atteindre les objectifs de qualité et de quantité des eaux qu'il fixe, le Sdage détermine les aménagements et dispositions nécessaires pour prévenir la détérioration et assurer la protection et l'amélioration de l'état des eaux et milieux aquatiques.

Les Sdage sont élaborés et mis à jour par le comité de bassin compétent dans chaque bassin ou groupement de bassin hydrographique. Le comité de bassin est compétent également dans le suivi et la mise en œuvre du Sdage⁽⁵⁾. Le projet de Sdage fait l'objet d'une double consultation par le comité de bassin qui recueille, dans un premier temps, les observations du public, puis, dans un second temps, les avis des collectivités territoriales. Le comité de bassin peut modifier le projet de

Sdage afin de tenir compte des différentes observations et avis formulés dans le cadre de cette double consultation. Le Sdage est ensuite adopté par le comité de bassin et approuvé par l'autorité administrative, qui est le préfet coordonnateur de bassin. Il est tenu à la disposition du public et est mis à jour tous les six ans. Le Sdage sert de cadre général à l'élaboration des Sage, ces derniers ayant en charge la définition des objectifs et des règles relatives à une gestion équilibrée de l'eau à l'échelle locale, conformément aux orientations générales définies dans le Sdage. Les Sage s'appliquent à l'échelle d'un sous-bassin hydrographique ou d'un ensemble de sous-bassins correspondant à une unité hydrographique cohérente. Le Sage a pour objectif de dresser un constat de l'état de la ressource en eau et du milieu aquatique et de recenser les différents usages qui sont faits des ressources en eau existantes. Il est élaboré, révisé et mis en œuvre par une commission locale de l'eau créée par le préfet.

CP-ACCP: Les Sdage doivent identifier les bassins où doit prévaloir une gestion coordonnée des ouvrages hydroélectriques. Comment garantir sa mise en œuvre à l'heure de la concurrence? Quels sont les contrôles prévus par la loi Lema?

Françoise Labrousse et Élodie Simon: L'article L. 212-1 IX du code de l'environnement, modifié par la loi Lema, prévoit que le Sdage identifie les sous-bassins ou parties de sous-bassins dans lesquels une gestion coordonnée des ouvrages, notamment hydroélectriques, est nécessaire. Cette gestion coordonnée se justifie dans la mesure où la quantité d'énergie qui peut être produite par un ouvrage situé en aval de la chaîne est directement conditionnée par le débit hydraulique libéré par ceux situés en amont. En pratique, cela signifie que l'exploitation d'ouvrages hydrauliques sur un même cours d'eau ne peut pas être envisagée ouvrage par ouvrage, mais plutôt d'une façon globale.

En l'état actuel du droit et au vu de la procédure de mise en concurrence, ces ouvrages peuvent être concédés à des opérateurs différents. Il revient donc au préfet de s'assurer que l'aménagement de l'ouvrage hydraulique envisagé est compatible avec les ouvrages hydrauliques préexistants, avant de délivrer son autorisation ou d'octroyer la concession hydroélectrique. C'est dans cet objectif que les Sdage doivent identifier les bassins où doit prévaloir une gestion coordonnée des ouvrages.

Concernant la mise en œuvre de ce principe de gestion coordonnée des ouvrages, l'article L. 212-5-2 du code de l'environnement créé par la loi Lema prévoit que «lorsque le schéma a été approuvé et publié, le règlement et ses documents cartographiques sont opposables à toute personne publique ou privée pour l'exécution de toute installation, ouvrage, travaux ou activité mentionnés à l'article L. 214-2» [c'est-à-dire les opérations soumises à autorisation ou déclaration au titre de la loi sur l'eau de 1992]. Il ressort de cet article que les Sdage, et en particulier leurs prescriptions relatives à la gestion coordonnée des ouvrages hydrauliques, sont opposables aux autorisations préfectorales relatives aux ouvrages hydrauliques délivrées au titre de l'article L. 214-2 du code de l'environnement. En conséquence, toute personne intéressée peut invoquer l'incompatibilité d'une décision administrative avec le Sdage, et

(2) Arrêté du 16 juin 2008 portant approbation de la convention type relative à la coopération entre l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques et les agences de l'eau (JO du 27 juin 2008).

(3) Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau (JO du 4 janvier 1992).

(4) Adour-Garonne, Artois-Picardie, Loire-Bretagne, Rhin-Meuse, Rhône-Méditerranée-Corse et Seine-Normandie.

(5) Art. L. 212-1 C. env.

en particulier avec ses prescriptions sur la gestion coordonnée des ouvrages hydrauliques.

CP-ACCP : À quelles obligations sont soumises les autorisations hydroélectriques ? les concessions ?

Françoise Labrousse et Élodie Simon : L'article 1^{er} de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique⁽⁶⁾ énonce le principe selon lequel « nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une concession ou une autorisation de l'État ».

Les entreprises dont la puissance de l'ouvrage hydraulique ne dépasse pas 4500 kilowatts sont soumises à autorisation au titre de la loi de 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique. Les autorisations sont accordées par arrêté préfectoral, quel que soit le classement du cours d'eau. L'arrêté préfectoral d'autorisation contient des prescriptions que l'entreprise doit respecter. L'autorisation ne peut être accordée pour une durée supérieure à soixante-quinze ans et ne fait pas obstacle à l'octroi de concessions nouvelles. La loi de 1919 prévoit également que le fait d'exploiter une entreprise hydraulique sans autorisation est puni d'une amende de 18000 euros.

Les entreprises dont la puissance de l'ouvrage hydraulique excède 4500 kilowatts sont soumises au régime de la concession. Le fait d'exploiter une entreprise hydraulique sans concession peut être puni d'une amende de 75000 euros. Le concessionnaire doit respecter les règles applicables aux entreprises hydrauliques prévues dans la loi de 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique ainsi que les prescriptions du cahier des charges, telles que le paiement de redevances, impôts, ou compensation des dommages piscicoles.

CP-ACCP : Comment concilier normes de protection du milieu aquatique et objectif de développement de la part des énergies renouvelables dans la production d'énergie ?

Françoise Labrousse et Élodie Simon : La question de la compatibilité entre le développement de l'énergie renouvelable et la protection des milieux aquatiques est une question récurrente. Dans son discours prononcé lors de la clôture du colloque « Développement durable : la réponse de l'hydroélectricité » en janvier 2007, la secrétaire d'État chargée de l'Écologie, Nathalie Kosciusko-Morizet, a indiqué « comprendre également que la compatibilité entre cette énergie renouvelable [c'est-à-dire l'hydroélectricité] et les autres intérêts environnementaux passe par un renforcement de l'analyse coût-bénéfice des divers projets d'installations ou de renouvellements, et plus particulièrement, par une meilleure valorisation économique des intérêts environnementaux ».

Actuellement, l'énergie hydraulique représente environ 12 % de la production nationale d'électricité. En raison de l'objectif ambitieux de 23 % d'énergies renouvelables d'ici 2020, le gouvernement français a décidé de mettre en œuvre un « grand plan de relance de la production hydraulique française », présenté par le

ministre de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement durables, Jean-Louis Borloo, le 23 juillet 2008. Parallèlement à la mise en œuvre de ce plan de relance, le ministre chargé de l'Écologie a décidé de modifier les règles en matière de mise en concurrence des concessions hydroélectriques. Cette modification a été concrétisée par le décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008 modifiant le décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique.

Désormais, « le respect d'une gestion équilibrée et durable de la ressource en eau permettant la conciliation de ses différents usages » est un critère de sélection des offres de concession au même titre que l'efficacité énergétique d'exploitation de la chute et les conditions économiques et financières. La prise en compte de la gestion équilibrée et durable de la ressource en eau dans la procédure de mise en concurrence des concessions hydroélectriques s'inscrit pleinement dans les objectifs du Grenelle de l'Environnement, dont le projet de loi de programme, dit Grenelle I, adopté en première lecture le 21 octobre 2008 par l'Assemblée nationale et le 10 février 2009 par le Sénat, prévoit expressément que « le développement des énergies renouvelables ne peut se faire au détriment des autres objectifs du développement durable, et en particulier des autres objectifs environnementaux ».

CP-ACCP : À quoi sert le fonds de compensation piscicole versé par les concessionnaires hydroélectriques ?

Françoise Labrousse et Élodie Simon : Le principe de la compensation piscicole est prévu à l'article 36 du cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées, annexé au décret n° 99-872 du 11 octobre 1999. En vertu de ce principe, le concessionnaire est tenu d'opérer la compensation des atteintes que la présence et le fonctionnement de l'ouvrage apportent à la vie, à la circulation et à la reproduction des poissons ainsi qu'au milieu aquatique. Cette compensation est réalisée dès la mise en service de l'ouvrage et peut prendre plusieurs formes, dont un versement au fonds de concours national. Le concessionnaire a la faculté de remplir son obligation de compensation par un versement annuel au Trésor, à titre de fonds de concours, ou directement à l'Onema. En outre, l'arrêté du 16 juin 2008 portant approbation de la convention type relative à la coopération entre l'Onema et les agences de l'eau prévoit que l'Onema maintient le soutien apporté aux associations de gestion des poissons migrateurs « via le fonds de compensation piscicole versé par les concessionnaires hydroélectriques, en complémentarité avec les interventions de l'agence ».

Le fonds sert donc en particulier à la mise en œuvre du principe de compensation piscicole et au soutien des associations de gestion des poissons migrateurs.

CP-ACCP : Quel est le rôle des « conférences de l'eau », organisées par le préfet avant l'arrivée à terme de la concession hydroélectrique ? Quels sont les acteurs concernés ?

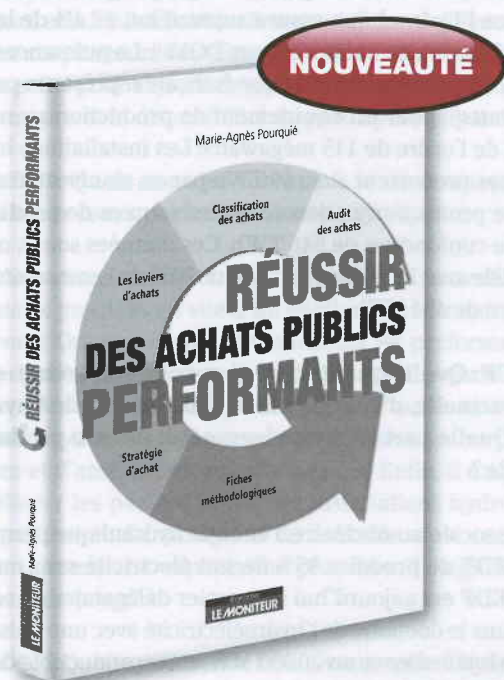
Françoise Labrousse et Élodie Simon : Les conférences correspondent à une nouvelle instance de dialogue entre les différents acteurs agissant dans le domaine de l'eau, à savoir en particulier les services de l'État (Ddass, Drire, etc.), les collectivités territoriales, les établissements publics tels que

(6) Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique (JO du 18 octobre 1919, p. 11523).

l'Onema, la commission locale de l'eau si l'ouvrage hydraulique envisagé est situé dans le périmètre d'un Sage, les associations de protection des consommateurs, les associations de protection de l'environnement, ainsi que les représentants des usagers.

La notion de « conférence de l'eau » n'est toutefois pas expressément visée par la loi Lema en ce qui concerne les concessions hydroélectriques. Il est vrai que, dans le cadre de la nouvelle procédure de mise en concurrence relative à la concession hydroélectrique, un projet initial tendait à l'organisation de « conférences de l'eau » regroupant notamment des collectivités territoriales, les commissions locales de l'eau et les candidats admis à présenter une offre afin de sensibiliser au mieux les candidats aux problématiques relatives à la gestion équilibrée de l'eau et celles relatives à la lutte contre la pollution de l'eau. Toutefois la conférence de l'eau n'a pas été retenue. L'autorité déléguée doit élaborer désormais un document destiné à informer l'ensemble des candidats sur les enjeux liés à la gestion équilibrée et durable de la ressource en eau dans le périmètre du projet afin de les sensibiliser sur ces problématiques.

La notion de « conférence » est visée par l'article R. 214-73 du code de l'environnement relatif à l'instruction de la demande d'autorisation ou d'une demande en concurrence relative à un ouvrage hydraulique ; ainsi, le préfet, par le biais d'une conférence, peut provoquer l'avis des services concernés sur la demande d'autorisation ou sur la demande en concurrence relative à un ouvrage hydraulique. La notion de « conférence » se retrouve également concernant l'élaboration du règlement d'eau. L'article 26 du décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 modifié par le décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008 prévoit en effet que « dans le respect de l'équilibre général de la concession, le règlement d'eau est établi par un arrêté préfectoral, à l'issue d'une conférence administrative regroupant les services intéressés et après consultation de la commission locale de l'eau si l'ouvrage concédé est situé dans le périmètre d'un schéma d'aménagement et de gestion des eaux ou porte ses effets dans le périmètre d'un tel schéma ». ■



Optimiser vos achats grâce à une méthode et des outils performants

Cet ouvrage répond aux questionnements des acheteurs : comment connaître ses besoins ? Quelles sont les familles d'achat pertinentes ? Quels sont les potentiels de productivité ? Comment préparer concrètement ses achats ? L'auteur expose une méthode expérimentée et des outils : **diagnostic, solutions et erreurs à éviter**. Cette approche, dont l'objectif est d'améliorer la performance économique, permet de **comprendre les enjeux de la fonction achat, d'améliorer son organisation et de professionnaliser ses pratiques**. Les exemples concrets, les schémas et les tableaux illustrent les étapes du processus achat et permettent d'en visualiser les écueils.

Marie-Agnès Pourquié – Hors collection – 2008 – 194 pages
40 € – Réf. commande : 112671

Commander cet ouvrage sur editionsdumoniteur.com

EDITIONS
LE MONITEUR
editionsdumoniteur.com

Energie hydraulique et concessions hydroélectriques

- Sur le plan européen, un objectif de 20% d'énergie renouvelable dans la consommation énergétique finale a été fixé d'ici 2020. En ce qui concerne l'hydraulique, principale filière de production d'énergie renouvelable, une mise en concurrence pour le renouvellement des concessions hydroélectriques a donc été introduite en 1999.
- Un nouveau décret est intervenu le 26 septembre 2008 pour renforcer cette concurrence.
- Quels sont les enjeux de la mise en concurrence? Est-elle effective? Comment augmenter la part de l'énergie hydraulique dans la production d'électricité totale? Éléments de réponse avec Didier Meyerfeld et Bruno de Chergé, d'EDF.

Auteurs

Didier Meyerfeld, responsable du renouvellement des concessions hydroélectriques à la direction de l'hydraulique d'EDF et **Bruno de Chergé**, conseiller juridique au service juridique production Ingénierie de la direction juridique d'EDF

Références

- Loi n°93-122 du 29 janvier 1993
- Décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008

Mots clés

Énergie hydraulique • Hydroélectricité • Énergie renouvelable • Parc hydroélectrique • Installation hydroélectrique • Développement durable • Normes de protection environnementale • Station de transfert d'énergie par pompage • Hydraulique de base • Hydraulique de pointe • Concession hydroélectrique • DSP • Mise en concurrence •

CP-ACCP : L'énergie hydraulique est à l'origine de plus de 10% de la production nationale d'électricité. Pouvez-vous préciser ce que cette part représente concrètement ?

EDF : Première filière de production d'énergie renouvelable en France, l'hydraulique assure aujourd'hui 12,4% de la production d'électricité nationale hors DOM⁽¹⁾. La puissance totale installée du parc hydroélectrique français représente près de 25 térawatts⁽²⁾ pour un équipement de production au niveau national de l'ordre de 115 mégawatts. Les installations hydroélectriques produisent ainsi 69 TWh par an au niveau français pour une production nationale toutes sources de production d'énergie confondues de 546 TWh. Ces données sont à mettre en parallèle avec le chiffre estimé pour 2008 de la consommation intérieure de 494 TWh.

CP-ACCP : Quelle quantité votre entreprise produit-elle, à l'heure actuelle, d'énergie électrique à partir de l'hydraulique ? Quelle part cela représente-t-il dans la production nationale ?

EDF : Associée au nucléaire, l'énergie hydraulique permet au groupe EDF de produire 95% de son électricité sans émettre de CO₂. EDF est aujourd'hui le premier délégataire de service public dans le domaine de l'hydroélectricité avec une puissance installée totale d'environ 20 000 MW et un productible de l'ordre de 45 000 GWh. Les aménagements hydroélectriques dont EDF est le concessionnaire représentent 85% de la puissance

(1) Source : RTE 2008.

(2) 1 térawatt = 1 000 mégawatts.

installée et 72 % du productible hydroélectrique en France métropolitaine.

CP-ACCP : Est-il possible d'augmenter la production hydraulique française ? Par le biais de nouveaux sites ou grâce au renforcement des exploitations existantes ?

EDF : La très grande majorité des sites exploités par EDF est déjà équipée en moyenne et grande hydraulique. Il reste bien évidemment des sites en France, mais ceux-ci demandent des investissements très importants ; ils sont économiquement moins favorables et doivent intégrer des normes de protection environnementale plus complexe. En effet, les exigences en matière de protection environnementale des rivières se sont considérablement accrues avec le classement des cours d'eau, la protection des sites, les obligations liées aux débits réservés, etc. Ainsi, face à ce constat et dans un souci de développement durable, EDF met actuellement l'accent sur la modernisation ou le suréquipement des sites existants. Pour mémoire, EDF exploite plus de 500 sites de production à travers toute la France. Néanmoins, il reste quelques possibilités d'équipements hydrauliques de moyenne importance dans des sites vierges. EDF étudie aussi quelques projets de STEP⁽³⁾, très utiles pour disposer d'énergie de pointe aux moments cruciaux de consommation tout en limitant l'impact environnemental.

CP-ACCP : Les ouvrages existants nécessitent-ils d'importants investissements de modernisation et de renouvellement ?

EDF : EDF a un gros programme d'investissements pour l'entretien lourd et la modernisation de ses installations. Ce programme représente plusieurs centaines de millions d'euros d'investissements et a pour objectif de garantir à long terme la sûreté, la performance et la disponibilité du parc hydraulique d'EDF.

CP-ACCP : Quels sont les travaux à réaliser susceptibles d'améliorer leurs performances énergétiques ?

EDF : Des changements de machines avec de nouvelles turbines mieux profilées en vue d'un meilleur rendement peuvent intervenir. On peut également améliorer les performances en suréquipant avec de nouvelles machines qui permettront de turbiner plus d'eau en même temps. Il est aussi envisagé des travaux de génie civil qui permettent de diminuer les pertes de charges et d'améliorer les performances. Enfin, il est possible d'améliorer les performances des installations hydroélectriques par des outils modernes de contrôle et de commande qui permettent une exploitation plus fine. Il s'agit d'un vrai gisement de progrès.

CP-ACCP : Quelle différence faites-vous entre l'hydraulique de base et l'hydraulique de pointe ?

EDF : La France ne manque pas de base avec le nucléaire et l'hydraulique au fil de l'eau. L'hydraulique de pointe est,

quant à elle, réalisée par des retenues qui permettent de stocker l'énergie pour des moments de pointe de consommation. L'hydraulique apporte un véritable « plus » au mix énergétique français, caractérisé par des moyens de production diversifiés et complémentaires, répartis sur tout le territoire. Elle a permis de faire face aux records de consommation liée à la vague de froid de ce début d'année ou encore d'éviter un effet domino sur le réseau européen lors de l'incident du 5 novembre 2006. Il ne faut pas oublier qu'un degré de moins par rapport aux températures moyennes, c'est 2 000 MW de consommation supplémentaire. L'hydraulique constitue donc un parfait complément du nucléaire.

CP-ACCP : Combien exactement de concessions hydroélectriques arrivent à terme dans les années à venir ?

EDF : EDF est concessionnaire de 280 concessions hydroélectriques qui arrivent à échéance 75 ans après leur signature avec l'État. Dans les toutes prochaines années, une dizaine de concessions arrivent à échéance, ces aménagements hydroélectriques ayant été construits dans les années 1930.

CP-ACCP : Une mise en concurrence au niveau national avait été introduite, en 1999, mais elle semblait manquer d'effectivité. Pourquoi ?

EDF : En effet, le décret du 22 mars 1999 a mis en œuvre l'avis du Conseil d'État de 1995 sur la qualification des concessions hydroélectriques en délégation de service public. Cette qualification entraîne en théorie l'application de la loi Sapin du 29 janvier 1993. Cependant, cette loi n'a pas trouvé à s'appliquer aux concessions hydroélectriques confiées à EDF car l'entreprise avait le statut d'établissement public jusqu'à fin 2004.

CP-ACCP : Comment justifier ces dispositions qui favorisaient indéniablement le concessionnaire sortant ?

EDF : Cette disposition, voulue par le législateur, donnait la préférence aux entreprises de statut public, qui ne s'applique plus à EDF depuis 2004, compte tenu de son changement de statut. Elle a peut-être également été une façon de reconnaître les très lourds investissements consentis par EDF pour l'aménagement d'un bien public. Enfin, l'État n'a mis fin que très récemment au monopole d'EDF sur la production d'électricité issu de la loi de nationalisation du 8 avril 1946.

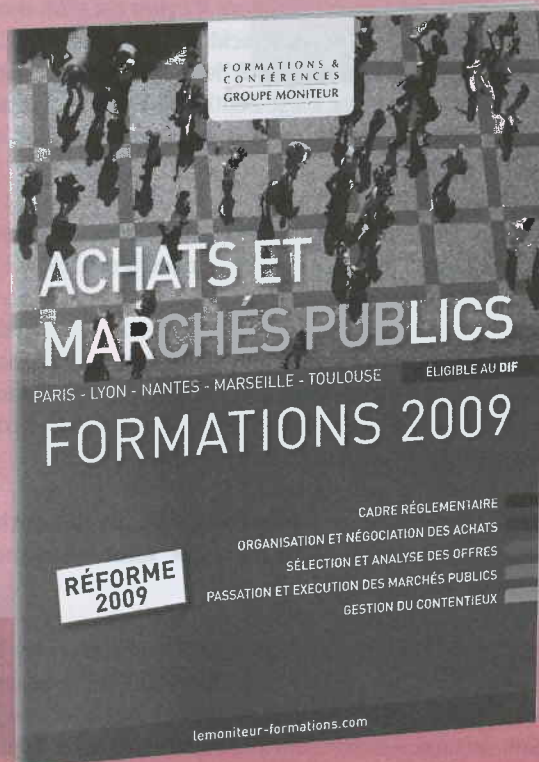
CP-ACCP : Quels sont les apports essentiels de la procédure fixée par le décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008 ? En quoi peut-on considérer que cette procédure s'inscrit dans une logique de développement durable ?

EDF : L'intérêt de ce décret du 26 septembre 2008 est de permettre l'adaptation du dispositif connu de la mise en concurrence des délégations de service public aux concessions hydroélectriques. Il permet ainsi de prendre en compte la complexité liée à cet outil de production qui est une délégation de service public un peu particulière dont l'objet essentiel est de produire de l'énergie et de répondre aux exigences de base et de pointe de la consommation d'électricité tout en respectant son environnement naturel.

(3) Stations de transfert d'énergie par pompage.

GROUPE MONITEUR

VOTRE PARTENAIRE FORMATION



**Vous recherchez des formations
opérationnelles et à jour
de la réforme 2009
des marchés publics ?**

**DÉCOUVREZ NOTRE OFFRE
DE FORMATIONS DÉDIÉES :
la réponse concrète
à vos besoins.**

GROUPE MONITEUR
Service Formations & Conférences
17, rue d'Uzès - 75108 Paris Cedex 02
Tél. : 01 40 13 37 07
formations@groupemoniteur.fr

ations.com - www.lemoniteur-formations.com

Par ailleurs, ce décret définit le contenu des dossiers à fournir à l'autorité concédante et fixe un échéancier à la procédure d'instruction administrative.

CP-ACCP: Quelles sont les entreprises susceptibles de candidater ?

EDF : La loi Sapin exige que les candidats à une délégation de service public présentent des garanties techniques et financières en adéquation avec le service public à confier. Il en va de même avec les concessions hydroélectriques. Il sera sans doute nécessaire pour l'autorité concédante que les candidats présentent toutes ces garanties au regard des enjeux de chaque concession. Pour ce qui concerne EDF et sa stratégie de mix énergétique, l'entreprise compte bien être présente sur toutes les concessions en concurrence.

CP-ACCP: Peut-on considérer que la procédure mise en place par le décret du 26 septembre 2008 et les arrêtés du 23 décembre 2008 assurent l'égal accès des opérateurs ?

EDF : Tout laisse à penser que la concurrence sera très ouverte. Cependant, il convient d'ajouter ici qu'il existe une différence importante entre la mise en concurrence de grands aménagements et celle de petits aménagements. Les exigences en matière de sûreté sont de nature différente, par exemple.

CP-ACCP: L'égalisation des conditions et des informations disponibles entre le concessionnaire sortant et le candidat est-elle satisfaisante ?

EDF : Il n'y a pas à douter des capacités de l'État à veiller à ce que ce soit le cas et les arrêtés d'application du décret du 26 septembre 2008 ont bien encadré la chose. ■