

Conseil général
des mines

Conseil général
des ponts et chaussées

Inspection générale
des finances

Rapport

sur

le renouvellement des concessions hydroélectriques

Etabli par

Jean-Pierre LETEURTROIS, Ingénieur général des mines
Jean-Louis RAVARD, Ingénieur général des Ponts et Chaussées
Georges ROZEN, Ingénieur général des Ponts et Chaussées
Bertrand SCHNEITER, Inspecteur général des finances
Laurent WINTER, Ingénieur général des Ponts et Chaussées

NOVEMBRE 2006

SOMMAIRE

Introduction	2
I. La situation	
1.1. Les concessions hydroélectriques dans le système électrique français	3
1.1.1 La production des concessions	3
1.1.2 Le parc des concessions	4
1.2. Le cadre juridique	5
1.3. Le renouvellement des concessions	7
1.3.1 La procédure de renouvellement des concessions	7
1.3.2 Les critères de sélection et de choix des pétitionnaires	10
1.3.3 La durée des opérations de renouvellement des concessions	11
II. Analyse et propositions	
2.1. Analyse de la procédure de renouvellement	14
2.1.1 Un nouveau titre et non une simple prorogation	14
2.1.2 La confusion des aspects patrimoniaux et réglementaires	15
2.1.3 Une procédure partiellement déconcentrée	16
2.1.4 Une procédure lourde et interminable	17
2.1.5 Un bien concessible insuffisamment défini	18
2.1.6 La multiplication des surenchères	19
2.1.7 Les chaînes d'aménagements	20
2.1.8 Les charges du concessionnaire	22
2.1.9 La durée des concessions renouvelées	23
2.1.10 Les concessions échues sous le régime du droit de préférence	23
2.1.11 La reprise des personnels	24
2.2. Analyse des critères de choix	25
2.2.1 La capacité technique et financière	25
2.2.2 La sélection du candidat	26
III. Synthèse et conclusions	
3.1. Muscler et encadrer la procédure de renouvellement	32
3.2. Définir des critères objectifs et consensuels	34
3.3. Permettre à la collectivité de bénéficier de la rente hydroélectrique	36
Sommaire des annexes	38

Introduction

Le directeur de l'eau au ministère de l'écologie et du développement durable et le directeur de la demande et des marchés énergétiques au ministère de l'économie, des finances et de l'industrie ont, par note du 31 mars 2006 jointe en annexe 1, chargé le Chef de service de l'Inspection générale des finances, le Vice Président du Conseil général des mines et le Vice président du Conseil général des ponts et chaussées de diligenter une mission d'expertise relative à la mise en concurrence des renouvellements des concessions hydroélectriques.

L'effet conjugué de la perte pour Electricité de France (EDF) de son statut d'établissement public opérée par la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 et de la suppression, suite aux demandes de la Commission européenne, du droit de préférence dont jouissait le concessionnaire sortant au titre de l'article 13 de la loi du 16 octobre 1919 conduit désormais à l'organisation systématique de la mise en concurrence dans la procédure de renouvellement des concessions hydroélectriques.

La mission confiée aux signataires du présent rapport visait à identifier les critères techniques et financiers structurants sur lesquels le concédant fondera son choix pour attribuer les concessions mises en concurrence conformément aux dispositions de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Selon la lettre de mission, cette réflexion devait prendre en compte le fait que, dans le cadre de la délégation de service public, la mise à disposition d'installations déjà amorties justifie une rémunération du concédant. Elle devait également examiner l'articulation entre les critères techniques et financiers au regard desquels seront appréciées les offres des pétitionnaires et les éléments détaillés en découlant qui seront, in fine, intégrés dans le cahier des charges de la concession.

La mission a travaillé selon trois axes. Dans un premier temps, après avoir rencontré les directions à l'origine de la mission, elle s'est attachée à l'analyse de la réglementation en vigueur. La Direction des Affaires Juridique du MINEFI a été consultée dans ce cadre. Ses conclusions figurent en annexe 2. La mission a ensuite entendu les "acteurs du jeu", en particulier les exploitants de concessions hydroélectriques, EDF, la CNR, Electrabel et les producteurs indépendants, ainsi que leurs organisations professionnelles. Elle s'est enfin rendue sur le terrain, en régions Limousin et Provence-Alpes-Côte d'Azur, pour s'informer auprès des services instructeurs, les Directions régionales de l'industrie, de la recherche et de l'environnement, des pratiques effectivement suivies pour le renouvellement des concessions hydroélectriques et des difficultés rencontrées. Elle a pris l'attache des Directions Régionales de l'Environnement et des Agences de l'eau pour s'informer de leurs préoccupations. La liste des personnes rencontrées figure en annexe 3.

Le présent rapport expose les constatations et recommandations de la mission.

Il comporte 3 parties. La première vise à établir un état de la situation des concessions hydroélectriques et des procédures de renouvellement en vigueur. La seconde présente une analyse critique de cette situation et les recommandations de la mission. La troisième rassemble enfin les conclusions.

* *

I. La situation

Après avoir succinctement resitué la place des concessions hydroélectriques dans le parc français de production d'électricité, le présent chapitre rappelle le cadre juridique dans lequel s'inscrit le renouvellement des concessions hydrauliques et présente le dispositif actuellement en vigueur.

1.1 Les concessions hydroélectriques dans le système électrique français

1.1.1 La production des concessions hydroélectriques

Selon l'Observatoire de l'Energie, la production d'électricité d'origine hydraulique¹ de la France est retracée par le tableau suivant :

Année	2000	2001	2002	2003	2004	2005 ²
Production nationale d'électricité	541		559	567	574	575
Production totale d'électricité d'origine renouvelable	71,9	79,4	66,1	64,8	65,8	58,2
Production hydraulique	68,7	76,1	62,3	60,7	61,4	53,2

Source : Observatoire de l'Energie

en TWh

Il ressort de ces données que l'hydraulique contribue pour environ 10 % à la production nationale totale d'électricité. Bien évidemment, cette production varie selon les années en fonction de l'hydraulicité. On constate néanmoins depuis l'année 2000 une tendance à la baisse de la production qu'il semble difficile d'imputer uniquement aux variations de la pluviosité.

Malgré le développement de la filière éolienne, la production hydraulique représente encore en 2005 plus de 90 % de notre production totale d'électricité d'origine renouvelable.

Selon l'Observatoire de l'Energie, les installations hydroélectriques concessibles, c'est-à-dire celles dont la puissance est supérieure à 4,5 MW, contribuent pour environ 95 % à notre production d'électricité d'origine hydraulique. Les 5 % restant sont produits par des installations de petite dimension (moins de 4,5 MW de puissance) placées sous le régime de l'autorisation.

La loi d'orientation de la politique énergétique du 13 juillet 2005³ a retenu l'objectif indicatif d'atteindre une production intérieure d'électricité d'origine renouvelable de 21 % de la

¹ Hors pompage, mais y compris la production de l'usine marémotrice de la Rance.

² Provisoire

³ Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, JO du 14 juillet 2005.

consommation intérieure d'électricité totale à l'horizon 2010. La réalisation de cet objectif est très largement dépendante de la production des centrales hydroélectriques concessibles. Si l'on en juge par la tendance constatée ces dernières années, cet objectif apparaît particulièrement difficile à atteindre.

Au-delà du quantitatif, les concessions hydroélectriques fonctionnant en écluse se distinguent des autres moyens de production par leur capacité à stocker l'énergie. Le parc français de ces concessions à retenues dispose d'une puissance totale d'environ 13 GW. Cette aptitude au stockage permet de produire "en pointe" pour faire face aux pics de consommation. Pouvant fournir de la puissance au réseau en quelques minutes, ces concessions disposent également de la capacité particulièrement précieuse de contribuer à la constitution de la réserve de secours primaire dont le réseau électrique français doit pouvoir disposer en permanence au titre de ses obligations européennes pour faire face à une éventuelle défaillance des moyens de production en service ou à une augmentation imprévue de la consommation.

En l'absence de moyens hydrauliques de production de pointe, le système électrique devrait faire appel à des centrales thermiques à flamme, généralement des turbines à gaz, génératrices de pollutions atmosphériques (NOx, ...) et de gaz à effet de serre (CO2). Les niveaux d'émission des polluants atmosphériques sont encadrés au niveau national par des accords internationaux et une directive européenne. La France s'est engagée par ailleurs à maintenir au niveau de 1990 ses émissions de gaz à effet de serre à l'horizon 2010 et s'est donnée pour objectif de les diviser par 4 à l'horizon 2050. Le respect de ces engagements suppose le maintien, voire le renforcement de notre parc hydroélectrique.

1.1.2 Le parc des concessions hydroélectriques.

Selon le groupe de travail "Hydroélectricité" de l'Union Française de l'électricité (UFE), le parc français des installations hydroélectriques concessibles, c'est-à-dire celles dont la puissance est supérieure à 4,5 MW, s'élève aujourd'hui à 399 ouvrages se répartissant ainsi qu'il suit :

Puissance en MW	EDF	Groupe Suez	Autres producteurs	Total
4,5 < P ≤ 50	246	28	30	304
50 < P ≤ 100	30	6		36
P > 100	46	13		59
Total	322	47	30	399

Source : UFE

Ce parc de 399 installations dispose d'une puissance nominale totale de 23,5 GW et d'un productible total de 62,6 TWh.

A lui seul EDF exploite 80 % des installations concessibles. Les autres producteurs ont appelé l'attention de la mission sur la nécessité d'un rééquilibrage si l'on souhaite véritablement libéraliser le marché français de l'électricité. Ils estiment en effet n'être en mesure d'exercer dans de bonnes conditions la fonction de distributeur d'électricité auprès des clients éligibles que s'ils disposent d'un volume significatif de moyens de production. Selon eux, la construction de nouveaux moyens de production à court terme n'étant pas économiquement envisageable compte tenu du parc existant, le renforcement de leurs capacités de production passe par l'obtention de concessions hydroélectriques.

85 % des titres sont relatifs à des aménagements dont la puissance est inférieure à 100 MW. La responsabilité de conduire les opérations de renouvellement de ces concessions a été confiée à l'autorité préfectorale. L'action des préfets est donc déterminante pour le devenir de nos moyens hydroélectriques.

La durée des concessions hydroélectriques est généralement de 75 ans. Selon les recoupements opérés par la mission, il semble que le rythme des renouvellements auxquels les autorités compétentes auront à faire face, en régime de croisière et après résorption des retards accumulés, dans les prochaines années devrait être de l'ordre d'une dizaine par an.

Rappelons que, malgré les aménagements récemment apportés au cahier des charges de la concession octroyé à la Compagnie Nationale du Rhône (CNR), la durée de cette concession n'a pas été modifiée. Elle arrivera à échéance en 2023.

1.2 Le cadre juridique

Le cadre législatif et réglementaire du renouvellement des concessions hydroélectriques est défini par trois sources de droit.

a) **La première résulte de la loi du 16 octobre 1919⁴ relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique.** Elle établit que l'énergie contenue dans les chutes d'eau est un bien national dont l'Etat se réserve l'usage. Elle place sous le régime de la concession les entreprises dont la puissance excède 4500 kilowatts et les autres sous celui de l'autorisation. Elle fonde la qualification de service public pour les concessions hydroélectriques. Elle organise les conditions d'octroi des concessions et fixe les droits et obligations des concessionnaires.

Pris en application de cette loi, le décret du 13 octobre 1994⁵ relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique fixe les modalités d'instruction des demandes de concessions hydroélectriques⁶. Il stipule notamment que l'instruction des demandes de concession relève de la compétence du préfet de département, à l'exception de celles relatives à des aménagements dont la puissance est égale ou supérieure à 100 MW qui relèvent de la compétence du ministre chargé de l'électricité.

Ont également été pris en application de cette loi, le décret du 11 octobre 1999⁷ approuvant le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées, ainsi que le décret du 25 mars 1987⁸ relatif à l'énergie réservée.

Enfin, la loi de 1919 sert par ailleurs de base juridique, sans doute abusivement⁹, aux dispositions adoptées en matière d'inspection et de surveillance des barrages en vue d'assurer la sécurité des personnes et des biens. Le projet de loi sur l'eau et les milieux aquatiques

⁴ Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique (JO du 16 octobre 1919) modifiée à diverses reprises et en dernier lieu par la loi n°2005-781 du 13 juillet 2005 (JO du 14 juillet 2005).

⁵ 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 par le décret n° 99-225 du 22 mars 1999.

⁶ Les modalités d'instruction des demandes relevant du régime de l'autorisation sont fixées par le décret n° 95-1204 du 6 novembre 1995 relatif à l'autorisation des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique.

⁷ Décret n° 99-872 du 11 octobre 1999 approuvant le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées (JO du 14 octobre 1999)

⁸ Décret n° 87-214 du 25 mars 1987 relatif aux réserves en force et énergie prévues à l'article 10 de la loi du 16 octobre relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, modifié par le décret n° 93-1015 du 17 août 1993.

⁹ Voir le rapport de MM. F.Barthelemy, X.Martin et JL Nicolazo sur la réglementation en matière de sécurité des barrages et des digues, juillet 2004.

actuellement en cours d'examen par les Assemblées comporte diverses dispositions visant à compléter la loi de 1919 en matière de sécurité.

b) **La seconde source de droit résulte de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.** Elle stipule en son article 38 que les délégations de service public des personnes de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. Son article 41 précise toutefois que cette obligation de mise en concurrence ne s'applique pas lorsque ce service est confié à un établissement public.

L'Assemblée générale du Conseil d'Etat, dans un avis prononcé le 28 septembre 1995, déclare que les concessions hydroélectriques présentent effectivement le caractère de délégation de service public au sens de cette loi.

L'article 13 de la loi de 1919 susmentionnée stipule que lors de l'établissement d'une concession nouvelle, le concessionnaire actuel a un droit de préférence s'il accepte les conditions du nouveau cahier des charges définitif.

L'action conjuguée de ce "droit de préférence" avec l'exception à la mise en concurrence au profit des établissements publics instituée par l'article 41 de la loi du 29 janvier 1993 conduisait jusqu'à ces derniers mois à ce que le renouvellement des concessions hydroélectriques se fasse très majoritairement au profit d'EDF, alors établissement public à caractère industriel et commercial, titulaire de 80 % des concessions existantes.

Cependant, la loi du 9 août 2004¹⁰ a prévu la transformation d'EDF en société anonyme. En outre, la Commission européenne a exigé la suppression du "droit de préférence" dont bénéficiait le concessionnaire sortant au motif qu'il engendrait une distorsion de la concurrence jugée incompatible avec la libéralisation du marché intérieur de l'électricité en cours de réalisation.

Dès lors le régime de la concurrence entre opérateurs s'impose désormais sans réserve dans le renouvellement des concessions hydroélectriques.

Enfin, l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 fixe les grandes lignes de la procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. Il précise que *"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 La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations"* Le décret¹¹ du 24 mars 1993 précise les modalités de cette procédure de publicité.

c) **La troisième source de droit repose sur le Code de l'environnement.**

Son article L 214-5 précise que les règlements d'eau des entreprises hydroélectriques sont pris conjointement au titre de la loi du 16 octobre 1919 et des articles L 214-1 à L214-6 qui définissent le régime applicable aux installations entraînant une modification du niveau ou du

¹⁰ Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières.

¹¹ Décret n° 93-471 du 26 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relatif à la publicité des délégations de service public (JO du 26 mars 1993).

mode d'écoulement des eaux. Bien qu'annexé au cahier des charges des concessions, les règlements d'eau ne présentent pas pour autant, selon la direction des affaires juridiques du MINEFI consultée à ce sujet par la mission, un caractère contractuel. Ils doivent être considérés, selon cette direction, comme des mesures de police prises par le préfet en vue d'assurer l'ordre public.

Toutefois, l'application conjuguée des articles 21 et 5 du cahier des charges type des entreprises hydroélectriques concédées annexé au décret du 11 octobre 1999 sus mentionné peut conduire à l'indemnisation du concessionnaire si une modification du règlement d'eau remet en cause l'équilibre général de la concession.

Le règlement d'eau définit en particulier " *les mesures intéressant la navigation ou le flottage, la protection contre les inondations, la salubrité publique, l'alimentation et les besoins domestiques des populations riveraines, l'irrigation, la conservation et la libre circulation du poisson, la protection des paysages, le développement du tourisme ...*". Cette définition très large offre des marges de manœuvre considérables aux autorités réglementaires, en l'espèce le préfet.

Le règlement d'eau gouverne pour une large part le fonctionnement des ouvrages concédés dans la mesure où il fixe notamment le débit réservé, c'est-à-dire le débit à laisser dans le lit du cours d'eau et par différence la quantité d'eau que le concessionnaire est autorisé à prélever, et les modalités de remise dans la rivière des eaux turbinées. Il peut encore imposer d'autres obligations, par exemple : la réalisation de "passes à poisson", le soutien d'étiage, l'entretien du lit du cours d'eau, des périodes de chômage ..., toutes mesures qui ont un impact sur le productible de l'aménagement et donc sur sa rentabilité.

Par ailleurs, l'article L 432-5 du Code de l'environnement issu de la loi pêche du 29 juin 1984 a institué de nouvelles obligations en matière de débits réservés. Pour les ouvrages à construire et pour ceux faisant l'objet d'un renouvellement de concession, le débit minimal à laisser dans le lit du cours d'eau (le débit réservé) ne doit pas être inférieur au dixième du module au droit de l'ouvrage. Depuis le 30 juin 1987, en application du même article, le débit réservé ne peut être inférieur au 1/40^{ième} du module. Cette disposition conduit à ce que chaque renouvellement de concession s'accompagne d'une dégradation significative du productible de l'aménagement au profit du milieu aquatique. Cette dégradation, dont les conséquences sont variables selon les concessions, peut être significative et dépasser 10 % du productible.

Enfin, le projet de loi sur l'eau et les milieux aquatiques, en cours d'examen par les assemblées, comporte diverses dispositions susceptibles d'impacter le règlement d'eau annexé au cahier des charges des concessions renouvelées, notamment en ce qui concerne le régime des éclusées (les variations de débit dans les cours d'eau doivent permettre la préservation des espèces migratrices) et le débit réservé susceptible d'être complété par un "débit affecté" à certains usages pendant la période d'étiage.

1.3 Le renouvellement des concessions

1.3.1 La procédure de renouvellement des concessions

La loi de 1919 modifiée opte clairement, non pas pour un renouvellement au sens de "prorogation", mais pour la délivrance d'un nouveau titre, une nouvelle concession sans rapport avec la précédente. Il résulte de cette décision que la procédure de renouvellement est quasi-identique à celle définie pour l'instruction du titre initial.

Les enjeux sont pourtant différents dans la mesure où une concession initiale implique la construction d'ouvrages importants assortie fréquemment d'une déclaration d'utilité publique pour obtenir la maîtrise des terrains nécessaires à sa réalisation, alors que le renouvellement ne consiste le plus souvent qu'en un changement d'exploitant. En outre, les conditions économiques d'exploitation de l'aménagement sont connues lors du renouvellement à la lumière de 75 ans d'expérience, alors qu'elles n'étaient qu'estimées lors de la délivrance de la concession initiale.

Par ailleurs, la mission observe que cette option conduit à soumettre à enquête publique, non pas la construction d'un nouvel ouvrage ou les modifications que l'on se propose d'apporter aux installations existantes, mais bien la délivrance d'un nouveau titre. Ce qui pourrait en théorie conduire, en cas de conclusion négative, à la destruction de l'aménagement et donc à priver l'Etat, redevenu propriétaire du bien à l'échéance de la concession, d'une partie de son patrimoine.

La procédure est fixée par 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 par le décret n° 99-225 du 22 mars 1999. Elle comprend les 12 phases résumées ci-après :

1. La lettre d'intention du concessionnaire sortant.

Avant la 11^{ème} année précédant la date d'expiration de la concession, le concessionnaire adresse une lettre d'intention. S'il sollicite l'octroi d'une nouvelle concession, il présente un dossier identique à celui prévu pour une première concession, ainsi qu'un dossier comportant :

- Un bilan économique d'exploitation portant sur les 10 dernières années (soit de n-22 à n-12);
- Un rapport faisant état des effets constatés sur le milieu au cours de la concession, notamment en ce qui concerne le débit maintenu dans la rivière, la circulation des poissons, les éventuels incidents survenus et, le cas échéant, les modalités de réalisation des opérations de vidange.

2. La décision de renouveler la concession

Au plus tard 5 ans avant l'expiration de la concession, l'administration prend la décision soit de mettre fin définitivement à cette concession à son expiration normale, soit d'instituer une concession nouvelle à compter de l'expiration. Cette décision est notifiée au concessionnaire.

3. Le dossier de fin de concession.

Deux ans avant la fin de la concession, le concessionnaire doit fournir un dossier dit "de fin de concession" comportant :

- Un état de la production de chacune des dix dernières années;
- Un dossier de bornage;
- Une note sur l'état des ouvrages et équipements concédés;
- La liste des travaux de remise en état en cours ou envisagés avant la fin de la concession et ceux qui ont été effectués durant la dernière décennie;
- Une copie des accords en cours (usage touristiques ou sportifs, convention de soutien d'étiage, occupation du domaine concédé ...)

4. La mise en concurrence.

Au cours de la 6^{ième} année qui précède la date normale de fin de concession, il est procédé aux formalités de publicité prévues par le décret 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 délégations de service public.

5. La lettre d'intention des autres pétitionnaires.

La personne désireuse d'obtenir une concession adresse une lettre d'intention comportant notamment les caractéristiques de l'aménagement, la durée de la concession, les plans sommaires des aménagements, une note précisant ses capacités techniques et financières.

6. Sélection des pétitionnaires admis à présenter une offre.

Sur la base des capacités techniques et financières des pétitionnaires, l'autorité concédante détermine les candidats admis à présenter une offre.

7. Le dossier de sélection.

Les candidats admis à présenter une offre sont invités à transmettre un dossier de sélection comportant notamment:

- Les plans sommaires des ouvrages projetés si des modifications substantielles aux ouvrages existants sont envisagées;
- L'appréciation sommaire des dépenses et recettes d'exploitation, des dépenses d'établissement ...
- Une indication des réserves en eau et en énergie et les principales mesures compensatoires proposées pour remédier aux atteintes portées à l'environnement;
- Un avant projet de cahier des charges.

8. La sélection du candidat.

L'autorité administrative compétente désigne, au vu des dossiers présentés, le candidat admis à présenter la demande de concession.

9. La demande de concession.

L'autorité concédante invite le pétitionnaire retenu à lui adresser un dossier complet comportant notamment :

- Une étude d'impact
- Un projet de cahier des charges
- Un avant projet de règlement d'eau

10. L'instruction de la demande.

Le préfet procède aux opérations de publicité (affichage de la demande dans les communes riveraines) et consulte les services déconcentrés et les conseils municipaux. Il procède également aux consultations prévues à l'article 11 du décret du 13 octobre 1994 (chambres de commerce, d'agriculture, commission départementale d'aménagement foncier, ...). Le DRIRE fait la synthèse de ces consultations.

Si le préfet décide de poursuivre l'instruction de la demande, il est procédé à l'ouverture de l'enquête publique.

Le préfet procède également aux consultations du Conseil général, du Conseil régional, du Conseil départemental d'hygiène

Le DRIRE adresse au préfet le dossier de l'enquête accompagné de ses propositions ainsi que des réponses du pétitionnaire. Il y joint un projet de cahier des charges.

11. L'octroi de la concession.

S'il s'agit d'un aménagement dont la puissance maximale brute est inférieure à 100 MW, la concession est accordée par arrêté préfectoral. Dans le cas contraire, elle est accordée par décret en Conseil d'Etat. L'arrêté ou le décret approuve le cahier des charges qui peut renvoyer à un règlement d'eau.

12. Le règlement d'eau.

Dans le respect de l'équilibre général de la concession, le règlement d'eau est établi par arrêté préfectoral, à l'issue d'une conférence administrative regroupant les services intéressés et après consultation de la commission de l'eau si l'ouvrage est situé dans le périmètre d'un SDAGE.

1.3.2 Les critères de sélection et de choix des pétitionnaires

La loi de 1919 et son décret d'application du 13 octobre 1994 sont particulièrement discrets sur les critères au regard desquels l'autorité concédante exerce ses choix parmi les pétitionnaires. Ce silence s'explique sans doute par la volonté du législateur de laisser aux autorités concédantes la plus grande marge de manœuvre possible dans le choix des concessionnaires, comme il est de règle pour les délégations de services publics.

Un avant projet de circulaire du ministre délégué à l'industrie aux préfets sur la procédure de mise en concurrence des candidats à un titre de concession d'ouvrage hydroélectrique daté de septembre 2005 et dont la mission a eu connaissance n'est guère plus explicite à cet égard.

a) S'agissant de la sélection à opérer au terme de la mise en concurrence (phase 4 de la procédure), il apparaît à l'examen de la composition de la lettre d'intention fixée par l'article 2.2 du décret du 13 octobre 1994 que **la liste des candidats admis à présenter une offre est dressée sur la seule base des capacités techniques et financières des pétitionnaires.**

Mais aucune précision n'est donnée sur les exigences minimales requises. Le projet de circulaire sus mentionné se limite à préciser que : "une candidature ne pourra être retenue que dans le cas de situation économique et fiscale régulières au regard des lois et règlements en vigueur".

b) En ce qui concerne la sélection du candidat (phase 8), l'article 2-5 du décret du 13 octobre 1994 est totalement muet sur les critères à prendre en compte et se limite à stipuler que : *"l'autorité administrative compétente désigne, au vu des dossiers présentés dans les conditions des articles 2-2 à 2-4 ci-dessus, le candidat admis à présenter la demande de concession"*.

Certes, dans le cas d'une délégation de service public, l'autorité administrative dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Mais force est de constater que les textes en vigueur ne donnent aucune orientation aux autorités concédantes sur les critères à considérer pour exercer leur choix. La procédure étant déconcentrée pour les aménagements de moins de 100 MW, on peut craindre que les préfets, laissés sans instructions, adoptent des attitudes divergentes.

Le projet de circulaire aux préfets susmentionné avait notamment pour objet de combler, avec un succès limité selon la mission, ce vide en donnant deux indications :

- En premier lieu, elle stipule que les mesures prises pour satisfaire les lois et règlements en vigueur, qui s'impose à tous les candidats, n'ont pas vocation à les départager. La mission s'interroge sur la question de savoir, si dans l'esprit des rédacteurs, le règlement d'eau est inclus ou non dans ces lois et règlements, compte tenu de l'ambiguïté du projet de circulaire à cet égard ;
- En second lieu, elle précise que, d'une part, "la finalité énergétique de la procédure aura naturellement pour conséquence de retenir le meilleur projet dans ce domaine" et, d'autre part, "la négociation (avec les candidats admis à déposer une offre) ne pourra porter que sur des aspects énergétiques, les autres aspects (mesures compensatoires, et sécurité notamment) ne pouvant donner lieu à négociation.

La mission observe que, curieusement, la contribution que le pétitionnaire pourrait verser à l'autorité concédante en contrepartie de la mise à sa disposition d'installations généralement amorties de longue date n'a pas été retenue comme l'un des critères de sélection possibles.

1.3.3 La durée des opérations de renouvellement des concessions

La durée "normale" de la procédure de renouvellement des concessions hydroélectriques, c'est-à-dire celle fixée en application de la loi de 1919 est de 11 ans à compter du dépôt du dossier d'intention par le concessionnaire actuel.

Pour évaluer la durée effective de cette procédure au cours de ces dernières années, faute de pouvoir réaliser dans les délais impartis une étude exhaustive, la mission s'est limitée à l'examen de la situation du renouvellement des concessions accordées à EDF, retracée par le tableau ci-après :

Durée de la procédure en années	11	12	13	16	17	18	19	20	21	22
Nombre de concessions renouvelées	1	2	3	2	2	8	9	4	1	4

Source : EDF

Il ressort de l'examen des 36 renouvellements dont a bénéficié EDF que **la durée moyenne de la procédure de renouvellement des concessions s'établit à 18 ans**, soit un dépassement moyen de l'échéance de 7 ans.

Il est vrai que ces renouvellements sont intervenus avant l'institution de l'obligation de mise en concurrence. Les retards étaient alors sans conséquence en raison, d'une part, du "délai glissant" institué par l'article 13 de la loi de 1919 et qui autorisait le concessionnaire sortant à poursuivre l'exploitation au-delà de l'échéance du titre et, d'autre part, du "droit de préférence" qui assurait à EDF le bénéfice du renouvellement de la concession.

Par ailleurs, selon EDF, au 1^{er} janvier 2006, **41 de ses concessions étaient arrivées à échéance** sans que le renouvellement soit intervenu. 19 titres étaient échus depuis plus de 12 ans. Ces

concessions sont prorogées de facto en bénéficiant du régime des "délais glissants" qui autorise l'exploitant initial à poursuivre l'exploitation de l'aménagement dans les conditions prévues par l'ancien cahier des charges jusqu'à la désignation du nouveau concédant.

Force est à la mission de constater à l'examen de ces données, les manquements graves des autorités concédantes qui ont laissé dériver la procédure de renouvellement au-delà du raisonnable.

Dans les délais impartis, la mission n'a pas pu réaliser une évaluation factuelle des causes à l'origine de ces retards dans le renouvellement des concessions dont disposait EDF. Au terme des auditions auxquelles elle a procédé et de ses visites sur le terrain, elle s'est toutefois forgée la conviction que, outre la complexité de la procédure, ces retards sont imputables à trois causes principales :

- En premier lieu, **les difficultés que rencontrent les autorités préfectorales pour effectuer les arbitrages entre les différents usages de l'eau**, agriculture, tourisme, environnement, sport, pêche, alimentation en eau des agglomérations ... et électricité. Chacun entendant tirer parti du renouvellement de la concession pour modifier à son profit l'équilibre antérieurement défini. Chaque phase de la procédure est utilisée pour émettre de nouvelles exigences. Les questions environnementales à caractère local (fixation du débit réservé, passes à poisson, modalité des éclusées,) sont au centre du débat et conduisent parfois à des situations de blocage. Confrontée à des exigences incompatibles, soutenues par les élus locaux, le préfet éprouve les plus grandes difficultés pour trancher, et finit par surseoir à toute décision ;
- En second lieu, force est de constater que, avant sa transformation en société anonyme, **EDF n'avait pas intérêt à accélérer les opérations de renouvellement de ses concessions**, en raison des dispositions de la loi pêche qui augmentent automatiquement les débits réservés lors des renouvellements. Assuré de sa reconduction en tant que concessionnaire, EDF trouvait avantage à la prorogation de la concession aux conditions antérieures prévue par la loi de 1919 en cas de "délais glissants";
- Enfin, **la faiblesse quantitative et qualitative des moyens des services instructeurs**, les divisions "énergie" des Directions Régionales de l'Industrie de la Recherche et de l'Environnement (DRIRE). Ces divisions sont issues des anciennes "circonscriptions électriques" relevant du ministère chargé de l'équipement et qui ont été rattachées aux DRIRE au début des années 80. Certaines sont encore constituées d'agents d'origine "équipement" en poste depuis plusieurs décennies et dont le dynamisme n'a pu que s'éteindre. Le remplacement de ces agents mis à disposition par le ministère de l'équipement s'avère difficile et entraîne des vacances pouvant durer plusieurs mois. Pour les agents d'origine industrie, la durée moyenne d'affectation dans un poste en DRIRE (3 à 5 ans) est incompatible avec la longueur de la procédure, ce qui implique plusieurs rapporteurs successifs pour un même dossier avec d'inévitables pertes de compétence et de mémoire. L'absence d'instructions de l'Administration centrale qui jusqu'à ces derniers mois ne plaçait pas le renouvellement des concessions hydroélectriques parmi ses priorités concourrait à allonger les délais d'instruction des renouvellements¹².

¹² Au titre des priorités fixées aux DRIRE pour 2006 par le Directeur général de l'énergie et des matières premières (circulaire aux préfets du 19 janvier 2006) figure "la résorption des dossiers en délais glissants de sorte que la quantité de dossiers en attente soit significativement réduite en fin d'année".

La procédure de renouvellement des concessions se heurte par ailleurs à un obstacle structurel. Certaines vallées sont équipées d'une série d'aménagements hydroélectriques enchaînés. Le fonctionnement des usines "aval" est parfois totalement dépendant de celui de l'ouvrage de tête. Selon les usages de l'époque, les ouvrages d'une même chaîne sont concédés au fur et à mesure de leur conception. Les dates d'échéance des concessions, en règle générale de 75 ans, sont donc également échelonnées. Les ouvrages de la Durance reliés par un canal horizontal commandé par le barrage de tête de Serre-Ponçon illustrent ce phénomène. Dans cette situation, l'autorité concédante peut former, à juste raison, le projet de regrouper en une seule concession les aménagements enchaînés. La méthode utilisée consiste alors à attendre, parfois plus d'une décennie, l'échéance des autres concessions pour former l'ensemble cohérent recherché.

Le cas de deux concessions s'appuyant sur une même retenue et attribuées à deux concessionnaires différents à des dates distinctes a ainsi été signalé à la mission.

Les retards apportés dans le renouvellement des concessions, voire le recours systématique à la prorogation entraînée par une absence délibérée de décision grâce aux "délais glissants" étaient finalement sans conséquence significative lorsque le concessionnaire sortant, EDF dans 80 % des cas, était assuré du renouvellement de sa concession. Ils contribuaient même à la non dégradation du productible hydroélectrique en évitant l'augmentation du débit réservé prévue par la loi "pêche".

La libéralisation du marché intérieur de l'électricité, le changement de statut d'EDF et l'arrivée sur le marché de nouveaux distributeurs soucieux de se doter de moyens de production créent un contexte concurrentiel nouveau incompatible avec le laisser aller actuel en matière de renouvellement de concessions. On peut craindre que l'absence de décision dans l'instruction des renouvellements des concessions hydroélectriques engendre insécurité juridique, contentieux et dégradation des aménagements, faute d'investissements appropriés.

* *

II Analyse et propositions

Le présent chapitre procède à une analyse critique du dispositif mis en œuvre pour renouveler les concessions hydroélectriques, et notamment des critères au regard desquels sont examinées par les autorités concédantes les demandes de renouvellement des concessions, et expose les aménagements que la mission suggère d'apporter à ce dispositif pour en améliorer l'efficacité.

2.1 Analyse de la procédure de renouvellement

2.1.1 Un nouveau titre et non une simple prorogation.

Le principe retenu par le législateur ne consiste pas à se contenter de "proroger" le titre existant moyennant quelques ajustements, mais au contraire, de délivrer un nouveau titre au terme d'une procédure identique à celle prévue pour un premier aménagement à construire. Dès lors, le renouvellement n'est pas une simple formalité administrative, mais une opération lourde et complexe qui malheureusement semble ne pas être totalement maîtrisée par les autorités concédantes, comme le montre le nombre d'affaires laissées en l'état de déshérence pendant de longues années.

Faut-il alors revenir sur cette orientation et proposer pour le renouvellement des concessions un régime simplifié ?

On pourrait, par exemple, s'inspirer du mécanisme de type "appel d'offres" mis en œuvre par la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE) pour sélectionner les projets de centrales éoliennes bénéficiant de tarifs préférentiels d'achat de l'électricité produites. Ces appels d'offres concernent des parcs de production d'électricité disposant d'une puissance du même ordre de grandeur que celle des aménagements hydroélectriques concédés. La durée de cette procédure est de l'ordre d'une année.

Au terme de sa réflexion, **la mission n'est pas favorable à une telle évolution**. Elle considère en effet que la qualification de délégation de service public accordée aux concessions hydroélectriques et qui a justifié des facilités hors du droit commun, comme la déclaration d'utilité publique, lors de la construction des ouvrages, perdure au-delà de la concession initiale et justifie les principes posés par la loi de 1919 en matière de renouvellement des concessions. Elle observe par ailleurs que la politique de regroupement des concessions des aménagements d'une même chaîne conduit à la création d'un nouvel ouvrage et justifie également le recours à cette procédure. Elle estime enfin qu'il n'y a pas lieu de revenir sur le principe posé par la loi de 1919 du caractère national de l'énergie contenue dans les cours d'eau.

Mais, l'option de recourir aux dispositions de la loi de 1919 et donc de renouveler totalement la concession n'est pas sans incidence sur le devenir de l'aménagement :

- Elle conduit tout d'abord à **remettre en cause l'existence même de l'aménagement** dont la concession est à renouveler et cela à deux niveaux. En premier lieu, l'autorité concédante peut décider (phase 2 de la procédure) de mettre fin à la concession à son expiration. L'impact sur l'environnement de l'aménagement peut être jugé inacceptable au regard des exigences de protection du milieu qui résultent du renforcement des préoccupations écologiques, des prescriptions des SDAGE et des SAGE et de la politique de restauration des milieux aquatiques inspirée notamment par la directive cadre sur l'eau

du 23 octobre 2000. La décision de ne pas renouveler la concession peut résulter également de considérations purement économiques et notamment de la constatation de l'absence de rentabilité de l'aménagement compte tenu des contraintes de fonctionnement qui lui seraient désormais imposées. En second lieu, l'enquête publique organisée dans le cadre de l'instruction de la demande (phase 10) pourrait conduire en théorie, en cas de conclusions fortement négatives, les autorités concédantes à ne pas poursuivre les opérations de renouvellement de la concession et à détruire l'aménagement. ;

- **Elle incite à de nouveaux investissements énergétiques.** Les pétitionnaires sont en effet invités par la procédure elle-même à repenser les installations existantes et à réfléchir aux aménagements susceptibles d'y être apportés pour en améliorer l'efficacité ou pour augmenter le productible (rehaussement de l'ouvrage, adductions complémentaires, turbinage des débits réservés ...);
- Mais, c'est aussi **l'occasion de renégocier les conditions d'exploitation** sans être contraint par les arbitrages passés, non seulement pour les mettre en conformité avec les lois et règlements en vigueur (débit réservé, régime des éclusées), mais aussi pour réexaminer le partage des eaux entre les différents utilisateurs et l'insertion de l'ouvrage dans son environnement. Ces négociations sont souvent difficiles et génératrices de délais. Elles peuvent conduire à des situations de blocage.

Si la mission se prononce finalement pour le renouvellement des concessions hydroélectriques en faveur d'une procédure conduisant à la délivrance d'un nouveau titre, et non à une simple prorogation ou au changement de l'exploitant, c'est-à-dire pour une procédure impliquant une réflexion sur la consistance, voire l'existence même de l'aménagement, elle estime nécessaire de veiller, dans les modalités d'application de la procédure, à en atténuer les conséquences pour préserver nos capacités hydroélectriques.

2.1.2 La confusion des aspects patrimoniaux et réglementaires.

L'originalité de la procédure de renouvellement des concessions hydroélectriques instituée par la loi de 1919 tient également au fait que les aspects patrimoniaux, avec l'attribution de la concession, et réglementaires, avec la définition du règlement d'eau, sont traités concurremment.

Il ressort clairement de l'analyse juridique de la Direction des Affaires Juridiques du MINEFI que *"le règlement d'eau résulte d'un acte unilatéral de l'autorité administrative et qu'il ne peut donc pas présenter un caractère contractuel qui suppose la rencontre de deux volontés"*. Cette Direction observe néanmoins qu'aux termes de l'article 3 du décret du 13 octobre 1994 *"l'autorité administrative invite le pétitionnaire retenu à lui adresser un dossier de demande de concession comportant [...] l'avant projet de règlement d'eau [...]"*.

On pourrait imaginer, qu'à l'exemple du droit minier, une séparation soit opérée entre la procédure, contractuelle, conduisant à l'attribution de la concession et celle, unilatérale, imposant au concessionnaire des mesures de police relatives à la sécurité des ouvrages et à la protection de l'environnement.

Au terme de sa réflexion, tout en étant sensible à la logique administrative qui s'y attache, **la mission se déclare défavorable à une telle disjonction** dans le contexte actuel pour les motifs suivants :

- Dans l'état actuel du droit, l'autorité administrative fixe les prescriptions du règlement d'eau sans contrainte. Aucune limite technique n'encadre son pouvoir décisionnel. Le

pétitionnaire ne dispose donc a priori d'aucune information sur les contraintes de fonctionnement et les aménagements qui lui seront prescrits à ce titre ;

- Les auditions auxquelles la mission a procédé sur le terrain montrent que certains acteurs locaux ont des exigences en matière de règlement d'eau incompatibles avec la réalité industrielle. En outre, l'expérience montre que le processus de renouvellement de plusieurs concessions a été retardé, voire bloqué, par les difficultés que rencontre l'autorité administrative pour définir le règlement d'eau ;
- Or, l'impact du règlement d'eau sur l'équilibre économique d'une concession hydroélectrique est tel qu'il n'apparaît pas envisageable d'en négocier le cahier des charges sans en avoir connaissance ;
- L'expérience du code minier montre qu'une concession peut être accordée par l'autorité concédante, alors qu'ultérieurement l'autorité administrative refuse l'ouverture des travaux ;
- La définition du règlement d'eau nécessite la réalisation préalable d'une étude d'impact. Elle ne peut donc intervenir à l'amont du processus de renouvellement des concessions.

Dès lors, le dispositif en vigueur actuellement et consistant à élaborer conjointement le cahier des charges de la concession et le règlement d'eau apparaît être à la mission la meilleure des solutions de compromis.

2.1.3 Une procédure partiellement déconcentrée.

Les préfets de département ont la responsabilité de l'instruction et de la délivrance des concessions pour les ouvrages dont la puissance est comprise entre 4,5 et 100 MW, soit 85 % des ouvrages existants concessibles.

La décision de déconcentrer la procédure de renouvellement des concessions hydroélectriques au niveau départemental a une triple conséquence :

- L'échelon local n'est pas nécessairement le plus adapté pour apprécier les conséquences des décisions à prendre sur le système électrique national, l'organisation du marché intérieur de l'électricité ou la mise en place dans notre pays d'un ensemble cohérent et compétitif d'opérateurs électriciens. A titre d'exemple, la mission s'interroge sur l'aptitude de l'échelon local à prendre pour les grands ouvrages qui ont un impact sur le système électrique national, les décisions appropriées en matière de regroupement des concessions de chutes liées dans une même chaîne d'aménagements ;
- L'instruction au niveau départemental privilégie nécessairement les préoccupations locales au détriment des politiques nationales. Ainsi par exemple, l'instruction locale donnera toute l'importance qu'il mérite à l'impact de l'aménagement sur le milieu aquatique, mais aura tendance à négliger les conséquences de ses décisions sur les émissions de polluants atmosphériques et de gaz à effet de serre ;
- Enfin, la pluralité de centres de décision risque d'entraîner, dans le temps et dans l'espace, l'apparition de pratiques divergentes dans les procédures d'instruction et d'éléments de doctrine incompatibles dans la sélection des candidats.

Face à ces inconvénients, sans envisager le recentralisation du dispositif, la mission recommande aux administrations en charge des politiques de l'énergie et de l'eau d'encadrer les autorités concédantes et les services instructeurs, d'une part, en leur donnant des instructions précises par circulaire interministérielle sur les modalités d'instruction de la procédure de renouvellement et, d'autre part, en leur fournissant tout les éléments de doctrine, de jurisprudence et d'information nécessaires à l'exercice de leurs responsabilités.

2.1.4 Une procédure lourde et interminable.

Dans sa forme actuelle et dans l'hypothèse favorable où elle ne se heurte à aucune difficulté majeure, la procédure de renouvellement des concessions hydroélectriques nécessite au minimum 11 ans (pour le concessionnaire sortant et 4 ou 5 ans pour les autres pétitionnaires) et comporte 12 phases successives comme le montre le chapitre précédent.

Force est à la mission de constater que cette complexité administrative et les délais qu'elle entraîne sont incompatibles avec les exigences d'une économie moderne.

Dans une économie de l'énergie désormais ouverte à la concurrence, le délai nécessaire à la délivrance d'un titre relatif à un aménagement dont les caractéristiques essentielles sont connues depuis des décennies doit pouvoir être compatible avec le rythme des décisions des acteurs industriels.

L'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 impose une procédure à triple détente : mise en concurrence, sélection des pétitionnaires admis à présenter une offre et sélection du candidat. Il n'apparaît à la mission ni possible, ni souhaitable de remettre en cause cette obligation d'ordre général pour le cas particulier du renouvellement des concessions hydroélectriques. Dès lors, la simplification de la procédure doit être recherchée dans un assouplissement de ses modalités de mise en œuvre.

Dans cet esprit, la mission suggère de simplifier, sans la dénaturer, la procédure qui connaît des lourdeurs, à son avis, excessives. Elle préconise les mesures suivantes :

- Le délai de 11 ans avant expiration de la concession donné au titulaire pour présenter sa demande de renouvellement (article 13 de la loi de 1919) est manifestement excessif. L'administration n'a pas besoin d'un délai de 6 ans pour décider s'il convient ou non de mettre fin définitivement à cette concession; quelques mois devraient suffire. Plus généralement, elle suggère que l'Etat prenne les commandes de la procédure sans attendre d'être sollicité par le concessionnaire sortant ;
- **Le dossier exigé du concessionnaire sortant apparaît inadapté.** Il comporte des pièces manifestement superflues, telles que celles prévues pour la demande de première concession et le rapport "faisant état des effets constatés sur le milieu au cours de la concession" (article 29 du décret de 1994) qui s'avère superfétatoire dès lors qu'une étude d'impact doit être réalisée par le pétitionnaire retenu. Ces obligations peuvent être supprimées sans inconvénient. En revanche, le concessionnaire sortant devrait être astreint à fournir à l'autorité concédante, 6 ans avant l'échéance du titre pour permettre le lancement de la procédure, tous les éléments nécessaires à la définition technique et économique de l'aménagement.
- **La disposition** (article 13 de la loi de 1919) **instituant le "délai glissant"** qui prolonge le titre jusqu'au moment où est délivrée la nouvelle concession **pourrait être abrogée.** Cette mesure vise à peser sur le comportement des autorités concédantes pour les inciter

à rendre les arbitrages nécessaires dans les délais requis. A défaut, la concession reviendrait à l'Etat. La mission est consciente de l'ampleur des difficultés que ne manquerait pas de poser aux autorités concédantes l'application de cette mesure. En pratique, les DRIRE auraient à assurer la gestion des installations hydroélectriques non concédées. Elles n'ont ni les moyens, ni les compétences pour assumer cette tâche. Il leur resterait la possibilité d'amodier, momentanément, la concession à un gestionnaire d'expérience. Mais, l'utilité de la présente proposition résulte du caractère dissuasif de ses conséquences. Toutefois, cette abrogation pourrait être accompagnée de **la création d'une procédure formelle de prorogation du titre** pour une période limitée, par exemple 5 ans, et destinée à n'être mise en œuvre que dans des situations particulières conduisant au blocage de la procédure de renouvellement de la concession, comme par exemple : le désistement du candidat retenu au terme de la phase d'instruction de la demande, rejet ou report du projet en conclusion de l'enquête publique, La délivrance d'un acte formel de prorogation par l'autorité concédante contribuerait à asseoir la sécurité juridique du concessionnaire sortant dans ces circonstances difficiles.

2.1.5 Un bien concessible insuffisamment défini.

L'aménagement dont le titre est à renouveler n'est finalement bien connu que du concessionnaire sortant. Dans la perspective du renouvellement de la concession et de la mise en concurrence, les principes de transparence et d'égalité des chances exigent que la consistance du bien concessible soit connue le mieux possible de toutes les entreprises désireuses de se porter candidate. Or, dans la procédure en vigueur différents éléments d'incertitude subsistent :

- Il est fréquent que durant les 75 ans du titre, le concessionnaire sortant ait apporté au fil du temps des aménagements aux ouvrages concédés sans que le cahier des charges ait été modifié en conséquence : certains ouvrages prévus au cahier des charges n'ont pas été construits, d'autres différent dans leurs caractéristiques des clauses du cahier des charges ou ont été construits sans autorisation explicite ;
- Le concessionnaire sortant doit remettre à l'Etat un aménagement "en bon état d'entretien" s'il respecte les clauses le cahier des charges. Dans l'état actuel des pratiques, qui reposent pour une large part sur la confiance entre le concessionnaire sortant (EDF pour l'essentiel) et le service de contrôle (la DRIRE), **un doute subsiste sur l'état réel des équipements**. En effet, le dossier de fin de concession se limite à énumérer les ouvrages et équipements concédés à remettre à l'Etat sans donner, si l'on en juge par les dossiers examinés par la mission, aucune précision sur l'état de ceux-ci ou sur les dernières opérations de maintenance effectuées. Le récent incident intervenu sur le barrage de la Tuilières conforte les inquiétudes de la mission sur l'état réel de l'entretien des ouvrages. Bien que ni la réglementation, ni le cahier des charges ne l'exige, il est d'usage que le service de contrôle établisse au terme d'une visite de l'aménagement, un rapport sur l'état des installations dans la perspective du renouvellement de la concession. Mais les rapports examinés par la mission sont succincts, et ne sauraient être considérés comme dressant un véritable "état des lieux" de la concession. En outre, à la connaissance de la mission, cet usage n'est pas toujours respecté ;
- Le règlement d'eau est fixé au dernier stade de la procédure. Or, il gouverne pour une part significative les conditions d'exploitation de l'ouvrage et donc sa rentabilité. Le contenu du règlement d'eau n'est défini que de manière très générale par les textes, ce que la mission regrette. En pratique, il fixe au moins le débit réservé et les modalités des éclusées. Il peut en outre prescrire des obligations complémentaires en terme d'aménagements (passe à poissons) de transit de charges, d'essartement, de modalité des chasses, ...qui influent sur l'exploitation et donc sur la rentabilité de l'aménagement.

Devant l'ampleur des incertitudes pesant sur la consistance même du bien concessible dans la phase de mise en concurrence en amont du dispositif, les entreprises intéressées ne peuvent déposer qu'une pétition de principe, ce qui complique et allonge inutilement la procédure. Elles subissent en outre un handicap par rapport au concessionnaire sortant qui se porterait candidat à sa succession.

Pour contribuer à remédier à cette situation d'incertitude, et respecter les principes de transparence et d'égalité des chances qui doivent présider lors de la mise en concurrence, la mission suggère de mieux définir dès l'amont de la procédure la consistance du bien concessible. A cet effet, elle suggère les mesures suivantes :

- **Elle propose tout d'abord la mise en place d'une procédure formelle de liquidation des concessions.** Il s'agit de consacrer la liquidation de la concession. Cette procédure pourrait s'inspirer des procédures minières. Elle comporterait ainsi, un premier "donné acte" de la réception du dossier de fin de concession qui prescrirait les mesures jugées nécessaires au respect du cahier des charges, puis un second "donné acte", après récolement par le service de contrôle, du respect du cahier des charges et de la réalisation des mesures prévues par le concessionnaire et prescrites par le service de contrôle. Pour faciliter la tâche des services de contrôle, le titulaire sortant devrait avoir l'obligation de présenter dans son dossier de fin de concession un rapport d'expertise de l'état des biens concédés émis par un organisme tiers agréé à cet effet par l'Etat ;
- Elle estime que **le concessionnaire sortant devrait avoir l'obligation de fournir 5 ans avant l'échéance du titre un rapport de fin de concession** précisant la consistance réelle des aménagements (qui diffèrent souvent de ceux définis par le cahier des charges), l'état d'entretien effectif des équipements concédés et la production au cours des 10 dernières années. Ces éléments sont nécessaires pour définir le bien concessible.
- **Elle suggère par ailleurs, de définir dès la phase de mise en concurrence, les principales règles d'exploitation que l'autorité réglementaire entend instituer sur la concession**, notamment en ce qui concerne : les éventuels équipements de sécurité à installer, le débit réservé, les modalités d'écluse, les obligations en matière de transit des matériaux, ... Bref, **de définir le fonctionnement "nominal" de l'aménagement** de manière à ce que les pétitionnaires puissent disposer d'une base commune pour établir leurs dossiers de sélection. Bien évidemment, ces règles pourraient être ultérieurement modifiées au terme de l'enquête publique et des consultations requises par la procédure, mais les candidats seraient alors en mesure de pétitionner loyalement sur une base commune.

2.1.6 La multiplication des surenchères.

La procédure de renouvellement des titres comporte 7 étapes successives au cours desquelles l'autorité concédante est conduite à recueillir les revendications des partenaires, utilisateurs locaux de l'eau (agriculture, tourisme, pêche, sport, réseau de distribution d'eau, ...) et défenseurs de l'environnement : décision de renouveler la concession, sélection du candidat, consultations prévues dans le cadre de l'instruction de la demande, enquête publique, examen du projet de cahier des charges, définition du règlement d'eau sur la base de l'étude d'impact.

La somme des revendications exprimées par les partenaires, même si chaque revendication individuelle peut être jugée légitime, s'avère souvent incompatible avec une exploitation énergétique de la chute dans des conditions économiquement acceptables.

S'il est évidemment nécessaire et utile de consulter les partenaires et de prendre en compte leurs justes revendications dans la définition de la concession, le fait de les consulter, directement ou à travers leurs représentants lors des conférences administratives, à 7 reprises engendre des effets pervers, et notamment un processus de surenchères et d'exacerbation des négociations de nature à rendre les arbitrages de plus en plus difficiles à opérer, voire à conduire à des situations de blocage.

A cet égard, la mission suggère l'adoption de règles de conduite, qu'une circulaire interministérielle adressée aux autorités préfectorales concédantes officialiserait, ayant pour **objet de concentrer les négociations avec les partenaires lors d'une seule phase de la procédure**. Ces consultations trouvent naturellement leur place **lors de la phase d'instruction de la demande** (phase 10) qui comporte l'enquête publique et la saisine des collectivités territoriales. Il eût évidemment été préférable d'avoir les résultats de ces négociations le plus en amont possible dans la procédure pour pouvoir faire connaître aux pétitionnaires la nature et les modalités de fonctionnement du bien concessible. Mais la nécessité d'avoir connaissance de l'étude d'impact pour les conduire sur des bases factuelles impose qu'elles se déroulent lors de la phase de consultation. Ces "bonnes pratiques" de conduite de la procédure consisteraient à :

- Se déterminer sur la décision de renouveler ou non la concession (phase 2) au regard de l'impact des seuls lois, règlements et obligations (en matière de réserves d'eau) existants, sans ouvrir le débat sur les mesures complémentaires que les membres de la Conférence Administrative pourraient éventuellement souhaiter ;
- Examiner les dossiers de sélection transmis par les candidats admis à présenter une offre (phase 8) au regard du fonctionnement "nominal" défini lors de la phase de mise en concurrence évoquée ci-dessus, sans ouvrir non plus à ce stade les négociations avec les partenaires ;
- **Elaborer le règlement d'eau en tant qu'annexe au cahier des charges lors de la phase d'instruction de la demande** (phase 10) et non en tant que document de police en phase terminale de la procédure (phase 12). La mission estime que, s'agissant des concessions hydroélectriques, le règlement d'eau ne peut être élaboré indépendamment du cahier des charges en raison de son impact sur l'économie de la concession. Il ne peut donc être l'objet d'une instruction autonome.

L'objectif est de faire en sorte que l'écoute des partenaires et les éventuelles négociations avec le pétitionnaire retenu pour donner suite aux revendications jugées légitimes trouvent leur juste place dans cette phase d'instruction de la demande (phase 10), mais uniquement dans celle-ci.

2.1.7 Le cas des chaînes d'aménagements

La pratique suivie de longue date a consisté à concéder pour 75 ans les aménagements hydroélectriques au fur et à mesure de leur conception. Il en résulte que des ouvrages placés en série sur un même cours d'eau et dont la gestion est gouvernée par l'ouvrage de tête (on parle alors de chaînes d'aménagements) sont l'objet de concessions séparées arrivant à échéance à des dates différentes.

Cette pratique, qui n'est justifiée par aucune considération technique, était sans inconvénients significatifs lorsque les concessions étaient attribuées à un concessionnaire unique pour une vallée, voire un bassin versant. Elle devient réhivitoire dès lors que la mise en concurrence s'exerce concession par concession. Il est en effet difficilement envisageable de confier à des concessionnaires distincts et concurrents la gestion d'ouvrages hydrauliquement intimement liés.

En outre, le regroupement de ces ouvrages en chaîne au sein d'un titre unique présenterait de nombreux avantages : optimisation des conditions d'exploitation, simplification des procédures de renouvellement des concessions, amélioration de la protection des milieux que permet une vision globale des impacts environnementaux,

Force est à la mission de constater que, faute d'instruction, les autorités préfectorales placées devant l'échéance d'un titre relatif à un ouvrage d'une chaîne importante hésitent, à juste titre, à lancer la procédure de mise en concurrence et recourent aux "délais glissants" (cas des ouvrages de la Durance).

En pratique, les cas d'aménagements hydroélectriques en chaîne relèvent deux situations différentes :

- La première concerne un nombre limité de concessions (cas de deux concessions sur une unique retenue) ou d'ouvrages de dimension modeste.
- La seconde touche un nombre limité d'aménagements d'importance stratégique pour le système électrique français (par exemple : la Durance, la haute Dordogne ...), dont on ne saurait, sans risque, laisser le niveau local décider du devenir en raison de l'effet structurant sur le marché intérieur de l'électricité des décisions prises.

S'agissant de cette seconde catégorie, l'échéance du titre d'un des éléments de la chaîne ne paraît pas être le fait générateur approprié pour initier une réflexion stratégique sur les regroupements à opérer en raison des enjeux. Eu égard à la diversité des situations, tant en ce qui concerne l'imbrication des ouvrages que l'échelonnement des titres, et l'économie des concessions, la mission estime difficile de poser des règles générales. **Elle recommande aux ministres, en s'inspirant du précédent CNR, de prendre l'initiative de constituer une mission avec le mandat d'identifier les chaînes d'aménagements dont les concessions méritent d'être regroupées, de définir les contours des regroupements à opérer et de proposer les modes opératoires à employer pour procéder à l'attribution de la concession des ouvrages regroupés.**

Pour la première catégorie relevant de décisions locales, il est le plus souvent envisagé de renouveler le premier titre pour une durée telle que l'échéance des deux titres ait lieu à une même date de sorte que, à cette date, il soit possible de les réunir afin d'assurer l'harmonisation de la gestion hydraulique du tronçon concerné.

Cette pratique présente plusieurs inconvénients dans un contexte concurrentiel : elle reporte, parfois pour plusieurs décennies l'harmonisation souhaitée ; elle augmente le nombre de procédures de renouvellement de titres à gérer, elle est impraticable lorsque la chaîne d'aménagements comporte plus de deux titres. En outre, devant les difficultés rencontrées, les autorités concédantes ont tendance à y déroger en ayant recours aux "délais glissants" ce qui fragilise la sécurité juridique des concessionnaires.

Afin de remédier à ces inconvénients, **la mission recommande de recourir aux dispositions de l'article 60 du cahier des charges type qui autorise le rachat par l'Etat de la concession non échue.** Cette opération implique l'inscription au budget de l'Etat des moyens nécessaires aux opérations de rachat. Mais elle serait financièrement neutre pour le budget de l'Etat, le nouveau concessionnaire des deux aménagements ainsi regroupés serait en effet astreint au paiement d'un "droit d'entrée" égal au montant du rachat du titre non échu.

La création d'un tel "droit d'entrée" correspondant au remboursement des sommes réellement dépensées par la collectivité apparaît à la mission parfaitement conforme au droit général des délégations de service public.

2.1.8 Les charges du concessionnaire.

Les titulaires de concessions hydroélectriques sont astreints au paiement de redevances diverses : redevances fixe et variable d'occupation du domaine public, frais de contrôle, compensation pour dommages piscicoles... . Certaines de ces redevances sont d'un montant si faible que l'on peut se demander si les recettes qu'elles procurent sont supérieures au coût du recouvrement. Ainsi, les frais de contrôle et la redevance fixe sont le plus souvent d'un montant inférieur à 100 €.

La mission recommande une simplification de la nomenclature des charges des titulaires de concessions hydroélectriques par regroupement autour de la redevance proportionnelle.

Par ailleurs, les concessionnaires sont tenus de réserver une partie de l'énergie produite au profit de certains consommateurs. Il appartient aux conseils généraux de désigner les bénéficiaires qui peuvent être des personnes publiques, mais aussi des entreprises industrielles ou artisanales dont les caractéristiques sont par le décret du 25 mars 1987¹³. Ce rabais accordé sur la facture d'électricité à certains consommateurs pose aujourd'hui des difficultés d'ordre juridique et pratique :

- Le système électrique n'étant plus intégré, le concessionnaire peut n'avoir aucune activité de distribution. Dès lors, c'est une contribution financière qu'apporte le concessionnaire aux personnes désignées par le Conseil général.
- S'il apparaît légitime à la mission que les collectivités territoriales locales concernées puissent tirer profit, au-delà de la taxe professionnelle, des aménagements hydroélectriques dont leurs administrés subissent les contraintes et les nuisances, l'attribution d'une réduction de la facture d'électricité à une personne morale locale au seul motif de sa désignation par le Conseil général apparaît contestable à la mission. Une telle mesure est en outre contraire par son effet incitatif à la consommation énergétique à la politique d'économie d'énergie conduite de manière constante depuis 1974 par le gouvernement ;
- Enfin, bien que dotée d'un plafond, l'énergie réservée n'est pas proportionnelle à la production de l'aménagement. Dès lors, elle est épargnée en cas de déficit pluviométrique, mais aussi lorsque les collectivités territoriales contribuent par leurs positions à réduire le productible de l'aménagement.

La DAJ estime dans sa note du 11 octobre 2006 (annexe 2) que le dispositif de l'énergie réservée est compatible avec le droit communautaire et ne présente pas de difficulté au regard du droit applicable aux aides d'Etat.

Néanmoins, la mission considère que l'énergie réservée, héritage de la nationalisation des producteurs d'électricité, est aujourd'hui tombée en désuétude. Elle tend à compliquer inutilement tant les opérations de renouvellement des concessions par les négociations qu'elle entraîne, que la gestion des concessions par le saupoudrage des subventions qu'elle génère. L'impact de l'énergie réservée sur le développement des entreprises industrielles ou artisanales qui en bénéficient ne saurait être que purement marginal si l'on en juge par le faible montant des puissances accordées.

La mission préconise la suppression de l'énergie réservée. Toutefois, pour ne pas spolier les collectivités territoriales et les intéresser directement à l'optimisation du fonctionnement de l'aménagement, elle suggère de leur attribuer une part significative de la redevance proportionnelle évoquée ci-dessus.

¹³ 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.

2.1.9 La durée des concessions renouvelées.

L'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 stipule que les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, pour la détermination de la durée de la délégation, on 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.

L'application stricte de ces dispositions au cas du renouvellement des concessions hydroélectriques sans modification significative des aménagements conduirait à retenir des durées de l'ordre de la dizaine d'années.

Or, les concessions hydroélectriques sont généralement aujourd'hui renouvelées pour une durée de l'ordre de 30 à 40 ans. Cette durée est justifiée par l'importance et le coût des travaux d'entretien des aménagements, la durée d'amortissement des équipements (la turbine notamment) et la nécessité de laisser au concessionnaire les délais indispensables au lissage des aléas climatiques et des fluctuations du marché de l'électricité. La longueur des opérations de renouvellement des concessions et le coût direct et indirect de l'étude d'impact et de l'enquête publique laissés à la charge du concessionnaire justifient également une durée de l'ordre de 30 à 40 ans.

La DAJ estime qu'une durée de 40 ou 50 ans ne paraît pas impossible mais devra être justifiée de manière argumentée. Elle observe qu'il est laissé en ce domaine une grande marge d'appréciation à l'autorité concédante sous réserve de ne pas commettre d'erreur manifeste.

Les défenseurs de l'environnement plaident pour un raccourcissement de la durée des concessions de manière à ce qu'il soit tenu compte le plus rapidement possible des avancées de la réglementation et des pratiques écologiques.

Pour sa part, **la mission considère que la fourchette de 30 à 40 ans actuellement en vigueur constitue un juste compromis** entre, d'une part, les contraintes économiques et la nécessité de ne pas limiter les capacités d'initiative du concessionnaire et, d'autre part, les aspirations écologiques, à la condition que les délais d'instruction des demandes de renouvellement des concessions soient ramenés à un niveau raisonnable.

2.1.10 Les concessions échues encore sous le régime du droit de préférence

Il s'agit de se déterminer sur la procédure à appliquer aux concessions arrivées à échéance avant l'introduction de l'obligation de "mise en concurrence" et qui sont encore actuellement placées sous le régime des "délais glissants".

Si la procédure de renouvellement avait été conduite dans les délais requis, les dispositions législatives et réglementaires alors en vigueur auraient conduit en application du "droit de préférence" à reconduire le concessionnaire sortant, EDF doté du statut d'EPIC, pour la plupart d'entre elles. Au plan juridique, la décision de soumettre aujourd'hui ces concessions à la procédure de "mise en concurrence" apparaît devoir être considérée comme illégale au regard du principe général de non rétroactivité des lois. Tout laisse à penser que les concessionnaires sortants pourraient faire annuler par une action en contentieux toute décision conduisant à la mise en concurrence de la concession à renouveler.

Selon les informations recueillies par la mission, l'administration a récemment pris l'initiative d'engager une action en vue de résorber le stock de concessions non renouvelées relevant du "droit de préférence" dont le nombre est évalué à une quarantaine. Ces travaux devraient permettre de renouveler sans difficulté significative plus de la moitié des titres concernés dans les deux prochaines années.

Toutefois, certains titres, en nombre limité, relevant du régime antérieur à l'introduction de l'obligation de "mise en concurrence" concernent des ouvrages imbriqués dans des "chaînes d'aménagements". L'application du "droit de préférence" à ces titres ne manquerait pas de retarder de plusieurs décennies, d'une part, la constitution, souhaitable selon la mission, de "chaînes" de concessions cohérentes par regroupement des concessions relatives à des ouvrages hydrauliquement liés, et d'autre part, l'instauration de la concurrence dans le marché national de l'électricité et la structuration de notre appareil de production d'électricité d'origine hydraulique.

Pour résoudre ces difficultés, la mission recommande de surseoir à toute décision en ce qui concerne ces quelques concessions stratégiques dans l'attente des conclusions de la mission dont la création est proposée (chapitre 2.1.7) en vue de traiter les chaînes d'aménagements. Elle s'est interrogée sur la possibilité pour l'Etat de racheter les "droits de préférence" qui s'attachent à ces concessions stratégiques. Sans être en mesure, dans les délais impartis, d'apporter une réponse définitive à cette question, l'éventualité d'un tel rachat constitue à son avis un des éléments à prendre en compte dans les négociations avec le concessionnaire sortant.

Par ailleurs, la mission suggère que, dans l'hypothèse où il serait donné suite à sa proposition de créer une "redevance proportionnelle", les concessions placées sous le régime du "délai glissant" et non encore renouvelées à la date de création de cette redevance y soient assujetties. En l'absence de mise en concurrence, le montant de cette redevance ne peut être fixé que par négociation avec le concessionnaire sortant. L'autorité concédante dispose dans cette négociation de divers leviers pour qu'une part significative de la rente hydroélectrique puisse bénéficier à la collectivité, en particulier la durée de la concession, la constatation du non respect du cahier des charges

2.1.11 La reprise des personnels.

Dans le cas où le titulaire de la nouvelle concession est distinct du concessionnaire sortant, le code du travail lui fait obligation de reprendre ceux des agents de ce dernier, affectés à la concession, qui en expriment la volonté.

L'article L 122-12 du code du travail dispose en effet (alinéa 2) que *« s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »*

En outre, sauf dans des cas de règlement judiciaire, de liquidation de biens ou en l'absence de convention entre les deux employeurs successifs, *« le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, des obligations qui incombent à l'ancien employeur à la date de cette modification. »* (article L 122-12-1)

Dans la grande majorité des cas où le concessionnaire sortant est EDF, le nouveau concessionnaire pourra ainsi avoir à reprendre des contrats de travail, très protecteurs, d'agents d'EDF. La loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et le développement du service

public de l'électricité impose que les contrats de travail délivrés par le concessionnaire entrant quel qu'il soit, soient régis par le statut des industries électriques et gazières.

Les agents d'EDF affectés à une concession hydroélectrique disposent, pendant deux ans à compter de la modification de leur situation, d'un droit d'option entre leur réintégration dans d'autres structures d'EDF ou le maintien de leur affectation sur la concession, avec transfert de leur contrat de travail au nouveau concessionnaire. Placés devant une telle alternative, il est vraisemblable que la plupart opteront pour la poursuite de leur carrière au sein de l'entreprise publique, mais que les meilleurs d'entre eux, sollicités par le nouveau concessionnaire, attendront le dernier moment pour faire connaître leur décision.

En théorie, cette situation comporte pour le nouveau concessionnaire un avantage et un risque :

- Un avantage, qui consiste à opérer une sélection parmi le personnel en place sur la concession, en faisant des propositions financièrement attractives aux uns et en laissant les autres dans l'incertitude sur l'évolution à moyen terme de leur situation (ce qui conduira ces derniers à revenir vers EDF) ; la sélectivité du processus de recrutement chez EDF étant fonction de la disponibilité ou non, au sein de ses équipes internes, des compétences appropriées ;
- Un risque, dont l'enveloppe maximale serait la reprise de tous les contrats en y incluant les avantages associés. Il est à prévoir que les candidats à la concession autres qu'EDF procéderont dans leur proposition financière à un provisionnement total ou partiel de ce risque, en fonction de leur agressivité et de leur plus ou moins grande appétence pour le contrat en question.

En pratique, les conséquences économiques des dispositions de l'article L 122-12 du code du travail apparaissent devoir être marginales en raison du faible nombre d'agents employés de manière permanente à une concession.

2.2 Analyse des critères de choix

2.2.1 La capacité technique et financière

La sélection des pétitionnaires admis à présenter une offre (phase 6) s'opère au regard de leurs capacités techniques et financières.

a) S'agissant des capacités financières, il s'agit pour le concédant de s'assurer que le pétitionnaire dispose des ressources financières nécessaires à la couverture des dépenses accompagnant le renouvellement du titre. Tous les documents fiscaux, financiers et comptables produits par le pétitionnaire sont utilisés pour apprécier cette capacité. Il est évident que le candidat doit apporter les preuves que sa situation économique et fiscale est régulière au regard des règlements en vigueur.

Il n'apparaît pas utile à la mission de fixer pour ce critère des exigences plus précises. Toutefois, pour que la concurrence puisse s'exercer sur des bases loyales, elle suggère qu'une norme soit élaborée pour établir les modalités de calcul du montant de la caution exigée au titre de l'article 40 du cahier des charges type et que les limites dans lesquelles le pétitionnaire peut faire appel à des sociétés tiers (établissements financiers ou sociétés de son groupe) soient fixées.

Elle observe que les textes en vigueur ne demandent pas au concessionnaire de disposer des capacités financières pour remettre le site dans l'état initial en fin de concession dans le cas où la décision de mettre fin à la concession serait prise, mais simplement de disposer des moyens d'assurer le bon entretien des ouvrages.

b) Pour ce qui concerne les capacités techniques, il s'agit de s'assurer que le pétitionnaire dispose des connaissances et de l'expérience indispensables à l'exploitation de l'aménagement, du point de vue énergétique et écologique, tout en assurant la sécurité des tiers et la sûreté des équipements. Cette capacité est examinée au vu de tous les documents fournis par le pétitionnaire attestant de son expérience, des compétences de ses agents, des appuis des éventuelles sociétés de son groupe, des conseils et bureau d'études aux services desquels il recourt, ...

Eu égard à la diversité des situations, la mission n'estime pas non plus utile d'assortir ces exigences de critères de sélection, sauf à préciser que le pétitionnaire doit disposer en propre d'un minimum de compétences techniques pour assurer la sécurité des ouvrages et la surveillance de la sous-traitance.

Toutefois, pour ces deux critères, elle recommande de constituer et de diffuser un recueil des positions prises par les différentes autorités concédantes de manière à ce qu'une "jurisprudence" s'élabore progressivement et à éviter l'apparition de positions départementales divergentes qui pourraient être à l'origine de contentieux. Cette "jurisprudence" pourrait en particulier porter sur la nature et la forme des cautions apportées par une société mère à sa filiale, l'attitude à adopter vis-à-vis des différents membres d'un Groupement d'intérêt économique (GIE), l'ampleur de la sous-traitance acceptable

2.2.2 La sélection du candidat

La mission ne partage pas la position exprimée par le projet de circulaire sur la procédure de mise en concurrence (version septembre 2005) évoqué précédemment qui invite à sélectionner le candidat sur l'unique base du meilleur projet énergétique.

Elle observe en effet que nombre des aménagements dont la concession est à renouveler sont amortis de longue date et sont de nature à procurer au détenteur du titre des profits significatifs, une véritable "rente hydroélectrique".

Elle estime que cette rente ne saurait être attribuée au concessionnaire du seul fait de sa désignation, ce qui pourrait être qualifié d'enrichissement sans cause. Elle ne saurait non plus être consacrée uniquement à l'augmentation de la production énergétique. En effet, si la sélection reposait sur le seul critère énergétique, les pétitionnaires auraient tendance à proposer des aménagements allant au delà du raisonnable économique en terme de ratio nombre de kWh supplémentaires produits sur investissement.

La mission considère que l'objectif que s'est fixé le gouvernement de produire par des sources d'énergies renouvelables 21 % de l'électricité consommée ne doit pas conduire à produire de l'électricité d'origine hydraulique à n'importe quel prix et ne justifie pas la réalisation d'aménagements produisant des kWh à des coûts manifestement excessifs.

Elle suggère aux autorités qui l'ont missionné de retenir, pour définir les critères au regard desquels seront appréciés les dossiers de sélection présentés par les pétitionnaires, trois principes : un principe d'équité, un principe d'équilibre entre les différents usages de l'eau et un principe d'égalité devant la réglementation.

a) le principe d'équité

Dans le système monopolistique antérieur, le faible prix de revient de l'électricité produite par les aménagements hydroélectriques concédés largement amortis bénéficiait principalement, à travers des tarifs administrés, à l'abonné d'EDF, établissement public à la fois concessionnaire et distributeur.

Aujourd'hui, les prix de l'électricité sont libéralisés pour les consommateurs éligibles et sont fixés par le marché. En pointe, ils atteignent des valeurs importantes : 150 € par MWh en moyenne pendant les 500 heures de pointes sur la bourse Powernext lors de l'hiver 2005-2006. Alors que les coûts de production sont faibles en raison de l'amortissement des investissements consentis, ce qui est généralement le cas pour des concessions renouvelées, il en résulte des marges significatives, voire considérables¹⁴.

Le principe d'équité plaide pour que ces marges reviennent pour partie à la collectivité, l'Etat et les collectivités territoriales concernées.

Il ne s'agit pas de porter atteinte au principe même de la concession de service public qui doit assurer au concessionnaire une certaine marge par rapport à ses charges et doit se traduire par un solde positif : "l'équilibre général de la concession", mais de faire en sorte que le surplus, quand il existe, bénéficie également pour partie à la collectivité nationale.

La mission suggère donc de retenir un critère à caractère économique basé sur la contribution que les pétitionnaires accepteront de verser à l'Etat.

Cette contribution pourrait prendre la forme d'une redevance proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité à l'exemple de ce qui a été retenu pour la CNR¹⁵. Cette disposition implique que chaque pétitionnaire s'engage à tenir une comptabilité ad hoc pour chaque concession.

Bien évidemment, la situation économique diffère d'une concession à une autre et avec elle le niveau de prélèvement à opérer. **Les candidats admis à présenter une offre, seraient alors invités à fixer dans le dossier de sélection le pourcentage de prélèvement qu'ils acceptent de consentir.**

Le candidat devrait également être invité à **compléter sa proposition par un "compte prévisionnel"**, sur 10 ans par exemple, pour permettre à l'autorité concédante de se forger une opinion sur l'ampleur des marges et le caractère réaliste de la contribution proposée. L'examen d'un tel compte prévisionnel doit permettre d'écarter les offres manifestement irréalistes ou excessives.

La mission suggère que les dossiers soient appréciés d'une part au regard du pourcentage de prélèvement que le pétitionnaire accepte de consentir, mais aussi de la vraisemblance de ce pourcentage dans le cadre de l'équilibre économique de la concession.

¹⁴ L'étude "coût de référence" de la DGEMP évalue à 30 €/MWh le coût de production, amortissements compris, d'une petite centrale hydraulique (800 KW) haute chute fonctionnant 6000 h. Les coûts de production d'un aménagement hydroélectrique relevant du régime de la concession peuvent être très sensiblement inférieurs.

¹⁵ Article 45 du cahier des charges de la CNR : Le concessionnaire est assujéti, pour l'ensemble des ouvrages hydroélectriques concédés, à une redevance égale à 24 % du produit du nombre de KWh générés par le prix moyen du KWh, tel qu'il résulte des ventes d'électricité issues de l'exploitation desdits ouvrages.

S'il s'avère, au cours de la phase d'élaboration du cahier des charges et du règlement d'eau, que des mesures complémentaires, non prévues dans le dossier de sélection, soient nécessaires, le pourcentage de prélèvement sera ajusté à due proportion.

Faut-il fixer un plancher et un plafond pour ce pourcentage ?

S'agissant du plafond, certains interlocuteurs de la mission ont fait valoir qu'un plafond était nécessaire pour éviter les surenchères qui s'avéreraient ruineuses pour la profession et conduiraient inévitablement les concessionnaires à négliger l'entretien des installations.

La mission n'est pas sensible à cette argumentation. Elle estime que la collectivité nationale doit tirer le meilleur profit de la rente hydroélectrique quant elle existe.

Elle n'exclue pas qu'un opérateur puisse biaiser la concurrence en présentant des offres d'un montant économiquement insupportable pour les autres opérateurs. Elle fait confiance aux autorités concédantes pour écarter, après examen des "comptes prévisionnels" présentés par les pétitionnaires, les offres manifestement excessives ou abusives.

Elle est toutefois consciente de la nécessité d'assurer un meilleur suivi de l'état d'entretien des aménagements concédés pour des raisons de sécurité, mais aussi pour des motifs de sauvegarde du patrimoine de la nation. A cet effet, elle suggère d'introduire dans le cahier des charges de la concession l'obligation pour le titulaire de faire appel périodiquement, par exemple tous les 3 ans, à un organisme tiers agréé par l'état pour auditer l'état des installations et de faire connaître au service de contrôle (la DRIRE) les résultats de ces expertises.

En ce qui concerne le plancher, la mission préconise la fixation d'une redevance minimale calculée de manière à ce que l'Etat et les collectivités territoriales ne perdent pas de ressources par rapport au régime antérieur, compte tenu notamment de la suppression de l'énergie réservée proposée par ailleurs.

En contre partie de la suppression de "l'énergie réservée", **la mission suggère une révision des critères de répartition de la redevance proportionnelle entre l'Etat et les collectivités territoriales, au profit de ces dernières.**

Elle estime en effet que, d'une part, les collectivités territoriales doivent, au-delà des droits historiques résultant de la captation par l'Etat de la force de l'eau (énergie réservée) recevoir une contre partie à la hauteur des contraintes et des inconvénients que leurs administrés subissent du fait de l'existence de l'aménagement, et d'autre part, celles-ci doivent être directement et substantiellement intéressées au bon fonctionnement de la concession pour peser dans les arbitrages présidant aux partages entre les différents usages de l'eau.

Il n'a pas été possible à la mission d'évaluer avec précision le montant des recettes qui pourrait résulter pour l'Etat de cette proposition. Toutefois, une toute première estimation qu'il convient de considérer avec circonspection, lui laisse à penser que la redevance proportionnelle proposée pourrait produire en moyenne de l'ordre de 20 M€ par MW concédé et par an.

b) Le principe d'équilibre entre les usages de l'eau.

L'alimentation en eaux des populations locales, l'irrigation des terres agricoles, le tourisme, les sports et la protection de la faune, de la flore et des paysages constituent pour notre pays des objectifs tout aussi importants que la production énergétique.

Les dossiers présentés par les pétitionnaires méritent donc, selon la mission, d'être appréciés également au regard des efforts qu'ils acceptent de consentir, au-delà des droits d'eau existants et des prescriptions résultant de la réglementation et de l'application des documents de planification dans le domaine de l'eau (SDAGE et SAGE) qui s'imposent à tous et qui ont été prise en compte dans la phase de "mise en concurrence" pour la définition du fonctionnement "nominal", **au bénéfice des usagers de l'eau** et pas seulement sous la seule dimension énergétique.

Se pose alors la question de savoir comment apprécier et comparer les efforts que se proposent de consentir les pétitionnaires en faveur de ces différents usages de l'eau. La mission écarte toute idée de hiérarchisation des usages qui ne saurait reposer que sur des a priori contestables.

Elle suggère une approche économique propre à permettre d'apprécier, le plus objectivement possible, la pertinence des mesures proposées par les différents pétitionnaires.

Cette approche consiste à faire systématiquement évaluer par le pétitionnaire le coût (ou éventuellement les recettes) des mesures proposées en terme monétaire et en variation du productible par rapport à la situation "nominale" définie lors de la mise en concurrence.

L'autorité concédante serait alors en mesure de porter un jugement sur l'intérêt pour la collectivité des dispositions proposées par les pétitionnaires en faveur des différents utilisateurs d'eau et d'écarter les projets manifestement abusifs par leur coût direct, ou leur impact sur le productible de l'aménagement.

La mission préconise également que, dans la phase de concertation inhérente à l'élaboration du cahier des charges, les aménagements proposés par les partenaires consultés fassent aussi systématiquement l'objet d'une évaluation en termes économiques et énergétiques.

c) Le principe d'égalité devant la réglementation.

Le fait de satisfaire les obligations réglementaires existantes constitue, de l'avis de la mission, un impératif qui s'impose de la même manière à tous les pétitionnaires. Au niveau des principes, la conformité à la réglementation doit donc être érigée en exigence éliminatoire en cas de non respect.

L'application de ce principe suppose que les obligations législatives et réglementaires qui s'imposent aux pétitionnaires soient clairement connues de ceux-ci et de l'autorité concédante avant le dépôt du dossier de sélection, c'est-à-dire très en amont de la procédure de renouvellement.

Curieusement, cela ne va pas de soi.

En matière de sûreté des ouvrages et de sécurité publique, il appartient au cahier des charges de fixer les mesures de prévention à mettre en œuvre par le concessionnaire. Les textes "réglementaires" en vigueur sont de simples circulaires, parfois non publiées, des ministres concernés aux préfets, définissant les modalités d'inspection et de surveillance des ouvrages par les services de contrôle. Si la mission estime hautement souhaitable compte tenu des risques

encourus, la réalisation d'un véritable code de sécurité des barrages, elle conçoit qu'une telle réglementation ne pourra être réalisée à court terme¹⁶.

S'agissant de la réglementation prise en matière de protection de l'environnement, si les obligations en matière de débits réservés sont fixées par l'article L 432-5 du code de l'environnement, celles résultant de la mise en conformité de l'aménagement avec les prescriptions des SDAGE et des SAGE peuvent donner lieu à interprétation. En outre, l'étude d'impact peut conduire le préfet à introduire dans le règlement d'eau des dispositions particulières. Or le règlement d'eau est édicté en fin de procédure.

Dés lors, en l'espèce, la réglementation s'élabore de fait en même temps que le cahier des charges. Cette caractéristique spécifique aux concessions hydroélectriques s'avère difficilement compatible avec l'impératif de transparence qui doit prévaloir lors de la mise en concurrence et pourrait être à la source de contentieux si l'on n'y prend pas garde.

Pour tenir compte de cette situation de quasi individualisation des exigences réglementaires, la mission préconise de retenir le mécanisme suivant :

- **Fixer, dès la phase de mise en concurrence, le fonctionnement "nominal" de l'aménagement**, c'est à dire les principales règles constructives et d'exploitation que l'autorité réglementaire entend instituer sur la concession, (notamment en ce qui concerne les éventuels équipements de sécurité à installer, le débit réservé, les modalités d'écluse, les obligations en matière de transit des matériaux, ...) en application de la réglementation existante et des éventuelles prescriptions des documents de planification dans le domaine de l'eau (SDAGE et SAGE);
- Sur cette base, les pétitionnaires pourront établir leurs propositions en terme d'aménagements énergétiques ou écologiques et fixer le taux de redevance proportionnelle qu'il accepterait de verser;
- S'il s'avérait nécessaire au cours de la procédure de modifier ces exigences, les conséquences économiques des aménagements exigés seraient évaluées et le taux de la redevance proportionnelle modifié en proportion afin de sauvegarder le principe d'équilibre de la concession.

d) La pondération des critères.

Dans la procédure d'appel d'offres lancé en application de la loi du 10 février 2000 par la Commission de Régulation de l'énergie (CRE) pour la construction de nouvelles installations de production d'électricité d'origine renouvelable, les dossiers de candidature sont jugés au regard de critères affectés chacun d'un coefficient de pondération. Le critère "prix de rachat de l'électricité produite" est assorti d'un coefficient de 12 sur 20 qui donne à ce critère un poids prépondérant.

Au terme de sa réflexion, la mission ne suggère pas de s'inspirer de cet exemple qui présente pourtant l'avantage de classer selon des critères chiffrés les dossiers des pétitionnaires, pour un triple motif. D'une part, le concept de délégation de service public, qui confère à l'autorité concédante un large pouvoir d'appréciation, s'accorde mal avec un système d'encadrement par trop rigide des choix. La conduite d'une politique de l'énergie, ainsi que la prise en compte des

¹⁶ Le projet de loi sur l'eau et les milieux aquatiques comporte diverses dispositions visant à compléter la loi de 1919 en matière de sécurité des barrages. Un groupe de travail a déjà été constitué pour préparer les textes d'application de cette future loi.

spécifications locales militent en faveur d'un mécanisme qui procure aux autorités concédantes des marges de manœuvre dans le choix du candidat. D'autre part, le nombre de pétitionnaires crédibles pour le renouvellement d'une concession reste limité à quelques entreprises et non à plusieurs dizaines comme dans les appels d'offre de la CRE. Un classement des dossiers résultant d'un examen personnalisé reste alors techniquement possible et juridiquement souhaitable. Enfin, eu égard à la diversité des critères, il serait illusoire d'espérer garantir le caractère objectif des notations.

Toutefois, la déconcentration de la procédure rend possible des divergences, dans le temps et dans l'espace, dans le traitement des candidats et l'appréciation des dossiers qu'il serait difficile de justifier et de nature à constituer de véritables "nids de contentieux". Pour éviter cette situation, la mission recommande d'encadrer par une circulaire interministérielle les marges de manœuvre des autorités concédantes et de tenir à la disposition des services instructeurs un état de la jurisprudence.

* *

III Synthèse et conclusions

Le présent chapitre vise à opérer la synthèse des analyses conduites par la mission et à présenter ses principales recommandations.

Au terme de sa réflexion et au regard des bouleversements de l'organisation du marché de l'électricité tel qu'ils ont été opérés par la voie législative depuis l'an 2000, **la mission n'estime ni nécessaire, ni souhaitable une réforme fondamentale du régime du renouvellement des concessions hydroélectriques** institué par la loi du 16 octobre 1919. Celle-ci fonde en effet un ensemble cohérent de principes, et notamment la nationalisation de l'énergie des chutes d'eau et la qualification de service public pour les concessions hydroélectriques, qui lui apparaît répondre aux préoccupations actuelles d'ouverture à la concurrence des moyens de production d'électricité et mérite d'être préservé.

Elle estime que la situation de déshérence dans laquelle se trouvent actuellement les concessions hydroélectriques arrivées à échéance ne justifie pas non plus une remise en cause des principes de la loi de 1919.

La procédure de renouvellement des concessions hydroélectriques dont les principes sont institués par la loi du 29 juillet 1993 fait appel à un mécanisme à trois phases (sélection des pétitionnaires admis à présenter une offre parmi ceux qui ont répondu à la mise en concurrence, sélection du candidat, élaboration du cahier des charges après enquête publique et consultations) qui ne nécessite pas non plus, selon la mission, d'aménagements particuliers. Elle est de nature à satisfaire les impératifs de transparence et d'égalité de traitement des candidats, tout en préservant la liberté des choix des autorités concédantes.

C'est donc essentiellement dans les modalités d'application de la procédure que la mission suggère aux autorités qui l'on mandaté d'intervenir pour accélérer et améliorer le fonctionnement du dispositif administratif de renouvellement des concessions hydroélectriques.

Les propositions d'aménagements retenues par la mission et décrites ci-après visent à satisfaire un triple objectif :

- **Muscler et encadrer la procédure** pour rendre les délais d'instruction compatibles avec les impératifs d'une économie moderne ;
- **Définir des critères de sélection objectifs et consensuels** ;
- Permettre à l'Etat et aux collectivités territoriales concernées **de bénéficier de la "rente hydroélectrique"** que procure les concessions dont les aménagements principaux sont amortis de longue date.

3.1 Muscler et encadrer la procédure de renouvellement des concessions

Les mesures proposées visent principalement à réduire la durée de la procédure de renouvellement des concessions hydroélectriques à 5 ans maximum et à faciliter les prises de décisions par les autorités concédantes en éliminant les occasions de surenchères et d'exacerbation des négociations qui conduisent à des situations de blocage tout en permettant aux différents partenaires et utilisateurs de l'eau de faire valoir leurs points de vue.

Elles ont aussi pour objet de permettre à l'Etat, responsable de la définition et de la conduite des politiques de l'énergie et d'environnement, de jouer pleinement son rôle eu égard aux enjeux qui s'attachent au renouvellement des concessions hydroélectriques pour le bon fonctionnement du système électrique français, l'ouverture du marché de l'électricité et la préservation des milieux. La mission estime en effet que l'Etat doit affirmer sa doctrine en encadrant le fonctionnement de la procédure aujourd'hui largement déconcentrée, afin de permettre aux préfets d'arbitrer les dossiers en inscrivant les considérations locales dans un cadre national clairement identifié.

A cet effet, la mission suggère de :

a) simplifier la procédure et éliminer les contraintes inutiles qui pèsent sur les pétitionnaires

- **Réduire de 11 à 5 ans le délai fixé pour renouveler la concession.** Le lancement de la procédure devrait revenir à l'autorité concédante et non au concessionnaire sortant. Dès lors que le "droit de préférence" est supprimé, le concessionnaire sortant devrait être traité comme les autres candidats. L'annexe 4 résume les étapes du processus proposé et estime les délais nécessaires à leur réalisation ;
- **Simplifier le dossier que le concessionnaire sortant doit présenter** à l'appui de sa demande de renouvellement, notamment en supprimant les obligations de remettre un dossier identique à celui prévu pour la première concession et un rapport faisant état des effets constatés sur le milieu au cours de la concession. Ces documents font double emploi avec les pièces à présenter ultérieurement dans le cadre de la procédure ;
- **Supprimer l'énergie réservée** et accorder parallèlement aux collectivités territoriales une part plus importante de la redevance proportionnelle ;

b) Encadrer la mise en oeuvre de la procédure par des instructions précises aux autorités concédantes

- **Donner par circulaire interministérielle aux préfets des instructions précises sur la conduite de la procédure de renouvellement des concessions.** Cette circulaire interministérielle, élaborée notamment par les ministères chargés de l'énergie et de l'écologie, devrait en particulier prescrire les modalités de mise en oeuvre de la procédure, fixer les critères au regard desquels seront appréciées les candidatures, préciser l'organisation de la phase d'écoute et de négociation avec les partenaires et définir les règles et les modalités de regroupement des concessions hydrauliquement liées d'intérêt local.

c) Encourager le regroupement des concessions constitutives de "chaînes d'aménagements" stratégiques.

- Confier à une mission constituée au niveau national le mandat d'identifier les chaînes d'aménagements dont les concessions méritent d'être regroupées, de définir les contours des regroupements à opérer et de proposer les modes opératoires à employer pour procéder à l'attribution de la concession des ouvrages regroupés.
- Doter le budget de l'Etat des moyens nécessaires au rachat de concessions non échues et au rachat des "droits de préférence" pour les concessions placées sous le régime des "délais glissants" de manière à disposer des moyens d'accélérer la constitution de chaînes d'aménagements stratégiques. Prévoir parallèlement la possibilité d'instituer un "droit d'entrée" égal au montant du rachat des titres non échus par le nouveau concessionnaire ;

d) Renforcer les moyens des services instructeurs

- La mise en œuvre des mesures susmentionnées n'exonèrera pas l'Administration, si elle souhaite que les retards constatés dans l'instruction des procédures soient résorbés, **du renforcement des moyens des services instructeurs**, les directions régionales de l'industrie de la recherche et de l'environnement (DRIRE), dont les divisions "énergie" sont dramatiquement en sous effectif dans les régions dotées d'équipements hydroélectriques. La mission préconise la constitution de quelques pôles interrégionaux dédiés aux concessions hydroélectriques constitués d'agents spécialisés hautement qualifiés.

e) Abroger les "délais glissants".

- La mission propose **d'abroger la procédure des "délais glissants"**, c'est-à-dire la prolongation dont bénéficie le concessionnaire sortant dans l'attente de l'attribution de la nouvelle concession. Cette disposition, dont la mission mesure les conséquences, car en cas de non décision la concession reviendrait à l'Etat, vise à mettre fin aux errements aujourd'hui constatés en obligeant les autorités concédantes à rendre les arbitrages nécessaires dans les délais requis. Tout laisse en effet à penser à la mission, qu'en l'absence d'une telle mesure, et quelle que soient les améliorations apportées aux procédures, les pratiques en vigueur d'absence de décision perdurent en raison des facilités qu'elles procurent ;

- Parallèlement, elle suggère **d'instituer une procédure formelle de prorogation des concessions** arrivant à échéance susceptible ne n'être mise en œuvre que dans des cas dûment identifiés de blocage de la procédure de renouvellement de la concession, tels que par exemple : désistement ou défaillance du candidat admis à présenter la demande de concession, rejet du projet lors de l'enquête publique,

3.2 Définir des critères de sélection objectifs et consensuels

Pour que les candidats potentiels puissent établir des propositions comparables, il importe en premier lieu que le bien concessible soit le mieux défini possible dès la phase de mise en concurrence.

a) Mieux définir la consistance du bien concessible

Pour réduire les incertitudes qui pèsent sur les caractéristiques réelles de l'aménagement dont la concession est à renouveler et sur les conditions de son fonctionnement, ainsi que pour améliorer la transparence du dispositif afin que les pétitionnaires disposent des mêmes informations que le concessionnaire sortant pour élaborer leurs offres, la mission recommande :

- **La mise en place d'une véritable procédure de liquidation de la concession**, inspirée des procédures minières, et propre à permettre de s'assurer que les clauses du cahier des charges ont été effectivement respectées et que l'installation est réellement " en bon état d'entretien" en fin de concession. L'obligation de l'intervention d'un organisme tiers agréé par l'Etat pour dresser un état des lieux de l'aménagement pourrait utilement être instituée ;

- **La définition et l'affichage par l'autorité concédante des conditions de fonctionnement "nominales" de l'aménagement** résultant de l'application de la réglementation en vigueur (débit réservé, modalités des éclusées ...), des prescriptions des documents de planification dans le domaine de l'eau et des engagements contractés (droits d'eau) dès la phase de mise en concurrence.

b) Afficher les critères de choix du concessionnaire.

La mission recommande de retenir 5 critères pour sélectionner le futur concessionnaire. Les deux premiers sont destinés à être utilisés pour sélectionner les candidats admis à présenter une offre, les trois autres pour désigner le candidat admis à présenter la demande de concession.

Deux critères pour le choix des candidats admis à présenter une offre :

•La capacité financière

Ce critère vise à s'assurer que le pétitionnaire dispose des ressources financières nécessaires à la couverture des dépenses accompagnant le renouvellement du titre dans les conditions prévues par son projet, et notamment, celles nécessaires au maintien en bon état de fonctionnement de l'aménagement jusqu'à la fin de la concession. Le pétitionnaire devra également apporter la preuve que sa situation économique et fiscale est régulière au regard des lois et règlements en vigueur.

Le non respect de ce critère entraîne, selon la mission, le rejet de la candidature.

•La capacité technique

Ce critère a pour objet de s'assurer que le pétitionnaire dispose des connaissances et de l'expérience indispensables à l'exploitation de l'aménagement du point de vue énergétique et écologique. Il devra démontrer également ses capacités techniques à assurer la sécurité des tiers et la sûreté des équipements.

Comme pour la capacité financière, le non respect de ce critère entraîne le rejet de la candidature.

Pour ces deux critères, la mission ne suggère pas l'établissement d'exigences ou de seuils particuliers. Elle recommande toutefois qu'un recueil de la "jurisprudence" des différentes autorités concédantes soit constitué et régulièrement mis à jour par l'administration centrale au profit des services instructeurs de manière à éviter les contentieux susceptibles de résulter d'approches locales divergentes.

Trois critères pour le choix du candidat :

• Un critère énergétique

Les dossiers de sélection devraient être appréciés au regard des investissements que le pétitionnaire se propose de consentir pour améliorer l'efficacité énergétique de l'aménagement sous tous ses aspects, à savoir : le productible, le rendement de l'installation, le renforcement des capacités de stockage, l'augmentation des capacités de démodulation, ...

Pour juger de la pertinence des projets d'aménagements complémentaires proposés, la mission recommande de s'appuyer sur le rapport efficacité énergétique/coût, exprimé en terme de MWh produits par € investis de chaque projet, de manière à évaluer l'intérêt collectif des aménagements proposés.

- **Un critère relatif au bon usage de l'eau autre qu'énergétique**

La mission suggère également la prise en compte des efforts que les pétitionnaires entendent consentir au profit des différents utilisateurs de l'eau au-delà des obligations de droit (réserves en eau, compensation des dommages piscicoles, débit réservé,...) rappelées par l'autorité concédante lors de la mise en concurrence.

Chacun de ces efforts, librement consentis pour mieux faire accepter l'exploitation de l'aménagement par les populations locales seront appréciés au regard de leur coût et des pertes énergétiques qu'ils engendrent. A cet effet, chaque mesure proposée devra être évaluée en terme de bénéfice espéré par rapport aux coûts de réalisation, ainsi que de perte d'exploitation et de production qu'elle engendre.

- **Un critère économique**

Enfin, la mission recommande de demander à chaque candidat de faire figurer dans son dossier de sélection la contribution qu'il accepterait de verser à l'Etat en contre-partie de la concession, ainsi qu'un "compte prévisionnel" de ses recettes et de ses dépenses sur 10 ans.

Cette contribution prendrait la forme d'une redevance proportionnelle aux recettes résultant de la vente d'électricité produite par la concession, à l'exemple de ce qui a été retenu pour la CNR, dont le taux serait proposé par chacun des pétitionnaires.

Le critère économique au regard duquel les dossiers seront appréciés serait constitué du pourcentage de prélèvement sur les ventes d'électricité que les pétitionnaires accepteraient de consentir, mais aussi de la vraisemblance de ce pourcentage au regard de l'équilibre économique de la concession jugée à la lumière d'un "compte prévisionnel" sur 10 ans établi par chaque candidat.

La mission propose de fixer un plancher, par exemple de 5 à 10 %, pour tenir compte de la suppression de l'énergie réservée suggérée par ailleurs. Elle n'estime pas nécessaire de fixer un plafond.

La mission n'estime pas souhaitable d'affecter à chacun des ces 3 critères des coefficients de pondération qui autoriseraient par leur application mécanique un classement des dossiers de sélection déposés par les pétitionnaires. Elle ne prône pas non plus une hiérarchisation des 5 critères proposés. Elle pense en effet que la délégation de service public confère à l'autorité concédante un large pouvoir d'appréciation qu'il convient de préserver.

3.3 Permettre à la collectivité de bénéficier de la rente hydroélectrique

Enfin, la mission considère que les marges résultant de l'effet conjugué de l'amortissement des ouvrages dont les concessions sont à renouveler et de la libéralisation du marché intérieur de l'électricité doivent aussi bénéficier à la collectivité nationale. Ces marges, variables selon les aménagements mais parfois considérables, ne sauraient, sans inconvénients économiques et moraux pour la collectivité, être captées par l'opérateur retenu ou gaspillées dans des aménagements énergétiques ou écologiques dispendieux.

Dans ce cadre, la mission recommande de :

- Faire jouer la concurrence entre opérateurs en demandant aux pétitionnaires de proposer dans leur dossier de sélection **le pourcentage de la recette résultant de la vente d'électricité qu'ils accepteraient de reverser à l'Etat** sous la forme d'une redevance proportionnelle. Cette disposition ne confère pas à la procédure de renouvellement des concessions hydroélectriques le caractère de "mise aux enchères" dans la mesure où ce paramètre économique ne constitue que l'un des 3 critères au regard desquels sont appréciés les dossiers déposés par les pétitionnaires.
- **Fixer à un niveau significatif le pourcentage de la nouvelle redevance proportionnelle à reverser aux collectivités territoriales.** Cette mesure vise à compenser la suppression de l'énergie réservée proposée par ailleurs, mais aussi à intéresser les instances délibérantes des collectivités territoriales concernées aux résultats d'exploitation des concessions hydroélectriques afin d'éviter qu'elles soutiennent des mesures de nature à les dégrader.

La mise en œuvre des mesures proposées ci-dessus suppose que des aménagements, finalement mineurs, soient apportées à la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique et à ses décrets d'application du 13 octobre 1994 relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique et du 11 octobre 1999 approuvant le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées.

Paris le 8 novembre 2006

L'Ingénieur général des mines



Jean-Pierre LETEURTROIS

L'Ingénieur général des Ponts et Chaussées



Jean-Louis RAVARD

L'Ingénieur général des Ponts et Chaussées



Georges ROZEN

L'Inspecteur général des finances



Bertrand SCHNEITER

L'Ingénieur général des Ponts et Chaussées



Laurent WINTER

Sommaire des annexes

		page
Annexe 1 :	Lettre de mission.	39
Annexe 2 :	Note de la Direction des Affaires Juridiques du MINEFI.	41
Annexe 3 :	Liste des personnes rencontrées.	51
Annexe 4 :	Estimation de la durée du mécanisme de renouvellement des concessions hydroélectriques proposé par la mission.	53

* *

004639-01



Direction de l'Eau
 Sous-direction des milieux aquatiques
 et de la gestion de l'eau
 Bureau de la Prévention contre les Inondations
 et de la Gestion des Rivières
 Affaire suivie par :
 Claire-Cécile Garnier
 Tél : 01 42 19 12 14 - Fax : 01 42 12 35
claire-cecile.garnier@ecologie.gouv.fr

Direction générale de l'énergie
 et des matières premières
 Direction de la demande et
 des marchés énergétiques
 Sous-direction du système électrique
 Affaire suivie par :
 Jean-Luc Perrin
 Tél : 01 44 97 09 59 - Fax : 01 44 97 09 56
Jean-luc.perrin@industrie.gouv.fr

2006 108 PIOR CCG Lettre mission concessions hydroélectriques.doc

31 MAR 2006

Le directeur de l'eau
 et
 Le directeur de la demande
 et des marchés énergétiques

à

M. le Chef de service de l'Inspection générale des finances
 M. le vice-président du conseil général des mines
 M. le vice-président du conseil général des ponts et chaussées

OBJET : Mission d'expertise relative à la mise en concurrence des renouvellements de concessions hydroélectriques

La loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières a prévu le changement de statut d'EDF d'établissement public à caractère industriel et commercial en société anonyme. Ce changement ne permet plus de déroger, en application du b) de l'article 41 de la loi no 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, aux procédures de mise en concurrence applicables aux délégations de service public. Par ailleurs la suppression, suite aux demandes de la Commission européenne, du droit de préférence dont pouvait bénéficier le concessionnaire sortant au titre de l'article 13 de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de la force hydraulique, conduira également à la systématisation des mises en concurrence. 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 précise à son article 2-3 la procédure à suivre pour l'application de la mise en concurrence aux concessions. Le 6° de cet article précise notamment que les candidats admis à déposer un dossier de demande de concession doivent proposer un projet de cahier des charges suivant les prescriptions du cahier des charges type annexé au décret n° 99-872 du 11 octobre 1999 approuvant le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées.

Par ailleurs, au delà de ces seuls critères techniques de jugement des réponses des candidats, la mise à disposition, dans le cadre de la délégation de service public, d'installations déjà amorties, nécessitera une rémunération du concédant dont les modalités restent à définir.

Aussi, nous souhaitons que vous puissiez diligenter une mission d'expertise sur les critères techniques et financiers structurant sur lesquels le concédant fondera son choix pour attribuer les concessions mises en concurrence dans le cadre fixé par la loi no 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. L'articulation entre ces éléments structurants et les éléments détaillés en découlant qui seront, in fine, intégrés dans le cahier des charges de la concession elle-même sera un élément central de la réflexion.

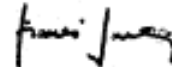
Le rapport devra être rendu fin avril 2006.

Le directeur de l'eau



Pascal Berteaud

Le directeur de la demande et des marchés
énergétiques



François Jacq

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE



DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

PARIS, LE 11 OCT. 2006

SOUS-DIRECTION DU DROIT PUBLIC ET INTERNATIONAL
SOUS-DIRECTION DU DROIT ÉCONOMIQUE
ET DE LA VALORISATION
BATIMENT CONDORCET
TELEDOC 363
6, RUE LOUISE WEISS
75703 PARIS CEDEX 13
TÉLÉCOPIE : 01 44 97 07 46

Bureau 3 A
Affaire suivie par
Eric REGAZZO
☎ 01 44 97 05 62
Serge MARASCO
☎ 01 44 97 34 03

Bureau 3 B
Frédéric FONT
☎ 01 44 97 23 12
Virginie PARIZOT
☎ 01 44 97 04 71

Bureau 4 B
Geneviève COUDERC
☎ 01 44 97 03 10
Sébastien MOUTON
☎ 01 44 97 32 73

N° 2006/0
063A0271

CAB N° 1 5 1 2

NOTE

POUR LE CONSEIL GÉNÉRAL DES MINES

à l'attention de **Monsieur Jean-Pierre LETEURTROIS**
Chargé de mission

Objet : Conditions de renouvellement des concessions hydroélectriques.

Référence : Notre réunion du 6 juillet 2006.

Lors de notre réunion du 6 juillet, vous avez saisi mes services de questions relatives au dispositif à mettre en place pour procéder au renouvellement des concessions hydroélectriques.

Vous vous interrogez notamment sur les éléments suivants :

- Le renouvellement d'une concession hydroélectrique peut-il être qualifié de délégation de service public et par conséquent être soumis à la loi Sapin ?
- Quelle durée la concession peut-elle revêtir ?
- Quelle forme convient-il de donner à la procédure de publicité, du point de vue du droit interne et du droit communautaire ?
- Quel régime s'applique aux biens de retour ?
- Le dispositif d'« énergie réservée » est-il compatible avec le droit communautaire ?
- Quelle est la nature juridique des règlements d'eau ?

Vos questions appellent les réponses suivantes.

1. Forme et durée de la nouvelle concession

1.1. Le renouvellement d'une concession hydroélectrique paraît entrer dans le champ de la loi Sapin.

Il semble difficile de pouvoir considérer qu'il ne s'agit pas d'une concession de service, au sens de la loi Sapin.

La seule incertitude relative provient de l'existence d'une législation spécifique bien antérieure à ladite loi (loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique¹), qui comprend un décret d'application (n° 94-894 du 13 octobre 1994) relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique, aux termes duquel « *lorsque la lettre d'intention concerne une concession qui relève des dispositions des articles 38 à 40 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993* » (loi Sapin), l'autorité administrative en « *accuse réception et procède aux formalités de publicité* » prévues par le décret d'application de ladite loi.

Une telle formulation semble induire que certaines des concessions ne rentrent pas dans le champ d'application de la loi Sapin. Une telle conclusion paraissant assez hétérodoxe par rapport au souci de développer la transparence dans le domaine des concessions, il serait opportun de vérifier la portée véritable de ces dispositions, issues de l'article 2-3 du décret modifié par le décret n° 99-225 du 22 mars 1999.

En tout état de cause, il ne semble guère envisageable de procéder au renouvellement des concessions en faisant abstraction des dispositions de la loi Sapin.

1.2. Une durée de 40 ou 50 ans ne paraît pas impossible mais devra être justifiée de manière argumentée.

Il est demandé si la durée de la concession renouvelée peut atteindre 40 ou 50 ans, même en l'absence de travaux lourds impliquant des amortissements longs, qui ont le plus souvent déjà été réalisés.

La question de la durée de la concession n'est précisément détaillée qu'en cas d'investissements importants de la part du concessionnaire, auquel cas la durée de la convention ne peut dépasser la durée normale d'amortissement des investissements.

Hors cette hypothèse, il est laissé une grande marge d'appréciation à la collectivité quant à la durée de la convention, sous réserve de ne pas commettre d'erreur manifeste d'appréciation, sous le contrôle du juge administratif (Conseil d'Etat, 23 juillet 1993, Compagnie générale des Eaux, rec. P 226).

Une durée de 40 ou 50 ans semble particulièrement longue par rapport aux durées préconisées par voie de circulaire dans d'autres domaines. Compte tenu notamment du fait que les nouveaux investissements seront limités, seules des circonstances particulières tenant à la nature de l'exploitation semblent susceptibles de justifier une telle durée. L'argumentaire devrait contenir des informations détaillées justifiant cette durée.

1.3. Les contraintes en droit communautaire sont liées à l'application du principe de proportionnalité.

¹ Loi du 16 octobre 1919, loi relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, JORF du 16 octobre 1919.

Ce principe général du droit communautaire s'impose aux institutions communautaires mais également aux autorités nationales lorsqu'elles appliquent le droit communautaire. Il exige que toute mesure choisie soit à la fois nécessaire et appropriée au but recherché.

Appliqué dans le domaine des concessions, le principe de proportionnalité empêchera par exemple un Etat membre d'exiger, lors de la sélection des candidats, des capacités techniques, professionnelles ou financières excessives par rapport à l'objet de la concession.

S'agissant de la durée des concessions, le principe de proportionnalité exige de concilier concurrence et équilibre financier. La durée de la concession devra donc être fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une rémunération raisonnable des capitaux investis, tout en maintenant un risque inhérent à l'exploitation pour le concessionnaire.

Dans ces conditions, il est évident que la durée d'une concession de services² sera plus courte que celle d'une concession de travaux. Les nouveaux contrats de concession semblent s'apparenter, à la lumière des informations dont nous disposons, à des concessions de services au sens du droit communautaire dans la mesure où ils ne portent pas à titre principal sur la construction de nouvelles infrastructures, mais sur l'exploitation d'infrastructures existantes.

2. Les mesures de publicité prévues par la loi Sapin ne semblent pas suffisantes au regard du droit communautaire.

2.1. En droit interne, l'article R. 1411-1 du CGCT prévoit que l'exigence de publicité est satisfaite « par une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné ». La liste des journaux d'annonce légale est fixée par le préfet, alors que la publication dans une publication spécialisée dépend du secteur concerné.

2.2. En ce qui concerne la forme à donner à la procédure de publicité permettant la présentation d'offres concurrentes du point de vue du droit communautaire :

Les concessions de services n'entrent pas dans le champ d'application des directives marchés publics. En effet, il est constant que les directives 2004/17/CE³ et 2004/18/CE⁴ ne comportent aucune disposition applicable aux concessions de services.

Le fait qu'à l'heure actuelle les concessions de services ne relèvent du champ d'application d'aucun texte communautaire sectoriel ne dispense pas l'autorité concédante de respecter certaines règles issues du traité lui-même. En particulier, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé, dans l'affaire « *Telaustria* » relative à une concession de services, que les pouvoirs adjudicateurs devaient, malgré l'absence de règle de droit dérivé en la matière, respecter une obligation de transparence impliquant un certain degré de publicité. Elle a ainsi précisé :

« Nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38⁵, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté.

Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture

² La notion communautaire de concession de services se rapproche de la notion d'affermage en droit français.

³ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

⁴ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Cette directive comporte des dispositions applicables aux concessions de travaux.

⁵ La directive 93/38/CEE a été remplacée par la directive 2004/17/CEE précitée.

*du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication*⁶ » (non souligné dans le texte original).

Des incertitudes importantes pèsent sur les conséquences à tirer de cet arrêt, notamment sur l'intensité des mesures de publicité à mettre en œuvre.

Si l'obligation de recourir à des mesures de publicité préalable est clairement affirmée par la Cour de justice à travers la notion de « degré de publicité adéquat », les modalités concrètes de cette publicité ne sont toutefois pas précisées. Cela laisse aux Etats membres une marge d'interprétation assez importante quant au niveau de publicité adéquate, à la nécessité de procéder à une publication ou encore sur le choix du support de publication⁷.

Toutefois, le fait que la Cour de justice ait employé, dans son arrêt, le terme « publicité » ne signifie pas que des mesures de publication ne s'avéreront pas dans certains cas nécessaires. En effet, les exigences de transparence impliquent, selon la Cour, que soit garanti « en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ». Il est bien évident que pour permettre à l'ensemble des « soumissionnaires potentiels » de faire une offre, l'organisation de mesures de publicité au journal officiel de l'Union européenne (JOUE) sera parfois indispensable.

Selon la Commission, le degré de publicité pourrait varier en fonction de l'importance de la délégation. Ainsi, dans un document de discussion⁸ du 12 novembre 2002 intitulé « Services d'intérêt général et aides d'Etat », la Commission, en ce qui concerne les modalités de sélection des entreprises en charge de services d'intérêt économique général, écrit : « Il appartient aux Etats membres de déterminer le degré de publicité adéquat en fonction de critères objectifs, par exemple, en fonction du montant des marchés en cause. Si le maximum de publicité doit être encouragé, il est constant que les exigences peuvent être plus limitées dans le cas de marchés de faibles montants, que dans le cas de marchés de montants importants, pour lesquels des entreprises installées dans d'autres Etats membres peuvent postuler. Les mêmes exigences doivent toutefois être appliquées aux marchés similaires ».

En l'espèce, si le chiffre d'affaires des concessions hydrauliques dépendra de la durée des contrats, il est cependant probable qu'il devrait être de plusieurs millions d'euros⁹. Etant donné les montants en jeu, les mesures de publicité prévues par le décret n° 93-471 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi Sapin (insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné) pourraient apparaître insuffisantes au regard des exigences de transparence issues du principe d'égalité de traitement.

Une telle incertitude quant à la portée à concéder à ces exigences de publicité est de nature à fragiliser la sécurité juridique des procédures de renouvellement des concessions. Dans ces conditions, afin d'assurer la sécurité juridique du dispositif, il conviendrait de prévoir la publication d'un avis au JOUE.

⁶ CJCE, 7 décembre 2000, « *Telasstra* », affaire C-324/98.

⁷ Dans l'arrêt « *Parking Brixen* » qui concernait des concessions de services de gestion de parking, la Cour a précisé : « Il appartient à l'autorité publique concédante d'apprécier, sous le contrôle des juridictions compétentes, l'adéquation des modalités de mise en concurrence aux spécificités de la concession de services publics en cause. Toutefois, l'absence totale d'une mise en concurrence dans le cas de l'attribution d'une concession de services publics telle que celle en cause au principal n'est pas conforme aux exigences des articles 43 CE et 49 CE non plus qu'aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence ». (CJCE, 13 octobre 2005, affaire C-458/03, point 50).

⁸ Ce document est un « non paper » qui vise à permettre un échange entre la Commission et les Etats membres sur le sujet considéré. Même s'il est préparé par les services de la Commission (en l'occurrence la DG concurrence), il n'engage pas la Commission.

⁹ Comme la concession hydraulique dépassera sans doute en toutes hypothèses les seuils prévus pour une publication au Journal officiel de l'Union européenne (5 270 000 euros pour les concessions de travaux), un avis dans cette publication, plus détaillé que ceux exigés par la loi Sapin, devra s'ajouter aux deux insertions susmentionnées.

Enfin, il convient de préciser que l'avis publié au JOUE devra préciser les critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur va se fonder pour sélectionner le concessionnaire.

3. Les biens de retour.

En principe, un inventaire détermine quels sont les biens de retour, les biens de reprise et les biens propres au délégataire, seuls les premiers revenant automatiquement à la collectivité.

Les biens de retour sont les biens indispensables au service, les biens de reprises étant utiles au service mais non irremplaçables, alors que les biens propres sont utilisés accessoirement pour les besoins du service (Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, n° 775).

Les biens de retour sont considérés comme appartenant ab initio à la collectivité publique, même s'ils ont été acquis par le délégataire.

4. En ce qui concerne la compatibilité du dispositif d'« énergie réservée » avec le droit communautaire :

4.1. Contenu du dispositif :

L'article 10, point 6° de la loi du 16 octobre 1919 prévoit que le concessionnaire doit prévoir des réserves en eau et en force, qui sont rétrocédées par le conseil général dont dépend la concession. En vertu des dispositions régissant ce mécanisme, le concessionnaire est dans l'obligation de vendre ces réserves à un taux préférentiel aux bénéficiaires choisis par le conseil général selon des modalités définies par décret¹⁰. Les modalités de calcul peuvent varier selon que l'on se situe en haute ou en basse tension, mais le taux du rabais dont les réserves font l'objet est en principe fixé à 25 %. La totalité de ces réserves ne peut représenter plus du quart de l'énergie dont le concessionnaire dispose.

En vertu de l'article 2 du décret n° 87-214 précité relatif aux réserves en force et énergie prévues par la loi du 16 octobre 1919, les entreprises industrielles ou artisanales qui peuvent, sur décision du conseil général, bénéficier des réserves en eau et en force sont celles qui, « *procédant à des investissements à l'occasion de créations d'activités, de reprises d'établissements en difficulté, d'extensions d'activités ou de conversions internes, s'engagent à créer ou à maintenir un nombre d'emplois permanents ou saisonniers au moins égal à celui déterminé périodiquement par le conseil général* ». Les « *entreprises qui appartiennent à un secteur manufacturier faisant l'objet d'une réglementation communautaire spéciale en matière d'aide d'Etat* » ne peuvent pas bénéficier de ces réserves.

Ces réserves constituent une obligation mise à la charge du concessionnaire. Ainsi, le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées¹¹ qui doit être appliqué pour tout contrat, prévoit qu'au sein du chapitre relatif aux charges et obligations du concessionnaire doivent être insérées des dispositions concernant les réserves en eau et l'énergie réservée.

Il semble donc que tout concessionnaire d'entreprise hydraulique soit dans l'obligation de constituer ces réserves, lesquelles sont ensuite rétrocédées à un taux préférentiel par le Conseil général.

4.2. Ce dispositif ne semble pas présenter de difficulté au regard du droit des aides d'Etat :

¹⁰ Décret n° 87-214 du 25 mars 1987 relatif aux réserves en force et énergie prévues à l'article 10 de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, JORF du 31 mars 1987 (modifié par le décret n° 93-1015 du 17 août 1993 ; JORF du 25 août 1993).

¹¹ Cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées, annexe au décret n°99-872 du 11 octobre 1999, JORF du 14 octobre 1999.

Le dispositif prévu à l'article 10 de la loi du 16 octobre 1919 et précisé par le décret n° 87-214 du 25 mars 1987 modifié, consiste à accorder à des entreprises, sur décision du Conseil général, des réductions sur leur consommation d'électricité, d'après des critères définis par ce décret.

Suite à une question parlementaire portant sur des aides à l'établissement d'entreprises industrielles à Modane, et du fait qu'elle n'obtenait pas de réponse des autorités françaises, la Commission a engagé une procédure formelle d'examen. Elle a alors examiné le dispositif d'énergie réservée, qu'elle a déclaré, sous conditions, compatible au regard du droit des aides d'Etat¹².

Dans cette décision, la Commission a considéré qu'un tel dispositif présentait le caractère d'une aide au fonctionnement, généralement non autorisée. Cependant, les autorités françaises avaient transmis à la Commission un projet de décret¹³ (dont les dispositions ont complété les articles 2 et 4 du décret n° 87-214) aux termes duquel :

- la réduction tarifaire consentie sur le prix de l'électricité ne pouvait excéder 350 000 F par entreprise et par période de trois ans ;
- étaient exclues du dispositif « *les entreprises appartenant au secteur manufacturier faisant l'objet d'une réglementation communautaire particulière en matière d'aide d'Etat* ».

Compte tenu de ces modifications, le dispositif a été estimé satisfaisant au regard de la règle dite de *minimis*, prévue au point 3.2 de l'encadrement des aides aux petites et moyennes entreprises en vigueur à l'époque¹⁴. La Commission avait également relevé qu'il était fortement improbable que « *des aides d'un si faible montant aient pu altérer les échanges entre les Etats membres dans une mesure contraire à l'intérêt commun* ». Elle a donc estimé que le décret n° 87-214 ainsi modifié était compatible avec le droit communautaire des aides d'Etat.

Les mesures mises en oeuvre en application du décret d'application n° 87-214 sont donc en principe légales, puisqu'authorisées par une décision explicite de la Commission.

Le décret n° 87-214 est toujours en adéquation avec le droit actuel.

L'encadrement communautaire relatif aux aides d'Etat aux petites et moyennes entreprises (précité) auquel se réfère la décision de la Commission n'est plus en vigueur. La décision se réfère précisément à la règle dite de *minimis* prévue au point 3.2. de cet encadrement ; il convient donc d'examiner la compatibilité du régime d'aides, tel qu'il a été autorisé par la Commission, avec l'encadrement communautaire relatif aux aides de *minimis* en vigueur actuellement¹⁵.

Une mesure entrant dans le champ d'application du règlement n° 69/2001 est exemptée de notification car elle est d'un montant trop faible pour affecter les échanges. Elle ne remplit donc pas les critères de l'aide d'Etat au sens de l'article 87 du traité CE.

Le règlement de *minimis* s'applique aux aides octroyées aux entreprises de tous les secteurs, à l'exception:

- des aides destinées au secteur du transport ;

¹² Décision 93/193/CEE de la Commission du 23 décembre 1992, concernant les aides à l'établissement d'entreprises industrielles à Modane (Savoie) au regard des articles 92 et 94 du traité CEE, JO L 85 du 6 avril 1993.

¹³ Il s'agit du décret n° 93-1015 du 17 août 1993, précité.

¹⁴ Communication de la Commission, encadrement communautaire des aides aux petites et moyennes entreprises, JO C 213 du 19 août 1992. Aux termes du point 3.2. de cet encadrement, étaient exemptées de notification les aides versées à une entreprise pour chaque grande catégorie de dépense (investissement, formation), qui ne dépassaient pas 50 000 écus sur une période de trois ans.

¹⁵ Règlement (CE) n° 69/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides de *minimis*, JO L 10 du 13/01/2001.

- des aides liées à la production, à la transformation ou à la commercialisation des produits énumérés à l'annexe I du traité CE (i.e. produits agricoles) ;
- des aides liées à l'exportation ;
- des aides subordonnées à l'utilisation de produits nationaux plutôt qu'aux produits importés.

Le montant total des aides ne peut dépasser 100 000 € sur une période de trois ans. Il convient de cumuler les différentes aides reçues par l'entreprise au cours de cette période. L'entreprise doit être informée du caractère *de minimis* de l'aide qu'elle reçoit.

Ainsi, le seuil fixé par la décision de la Commission dans sa décision est inférieur à celui qui est applicable actuellement. Le dispositif est donc tout à fait conforme au règlement *de minimis*.

4.3. Ce dispositif doit être justifié sur la base de l'article 3 paragraphe 2 de la directive électricité :

La Commission, dans sa décision précitée au point précédent, n'a pas soulevé d'incompatibilité entre le dispositif découlant du décret d'application n° 87-214 et les autres règles relatives au marché intérieur. A priori, s'il y avait eu une incompatibilité entre le système des réserves et les règles relatives au marché intérieur, elle aurait dû la soulever d'office. Cependant, postérieurement à cette décision ont été adoptées les directives sectorielles concernant le marché intérieur de l'électricité¹⁶.

Ce texte semble applicable en l'espèce puisque son article 1^{er} prévoit qu'il établit des « règles communes concernant la production, le transport, la distribution et la fourniture d'électricité », et « définit les modalités d'organisation et de fonctionnement du secteur de l'électricité, l'accès au marché, les critères et les procédures applicables en ce qui concerne les appels d'offres et l'octroi des autorisations ainsi que l'exploitation des réseaux ».

Le 4^e considérant de cette directive indique parallèlement que :

« Les libertés que le traité garantit aux citoyennes européennes - libres circulations des marchandises, libre prestation de services et liberté d'établissement - ne peuvent être effectives que dans un marché entièrement ouvert qui permet à tous les consommateurs de choisir librement leur fournisseur et à tous les fournisseurs de délivrer librement leurs produits à leurs clients » (Souligné par nous)

Le dispositif d'énergie réservée est susceptible de porter atteinte à ces principes, en tant que l'obligation de réserves mise à la charge du concessionnaire est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice de l'activité. En effet, ce dispositif revient à contraindre le concessionnaire à vendre une partie substantielle de sa production (les réserves peuvent atteindre le quart de l'énergie dont l'entreprise dispose) à un prix réduit. Cela affecte donc directement ses conditions d'exploitation et son profit éventuel.

L'article 3 point 2 de la directive 2003/54/CE prévoit cependant qu'il est possible de mettre à la charge des entreprises des « obligations de service public » si elles satisfont certains critères. Or, la décision précitée de la Commission 93/193/CEE a tiré de la loi du 16 octobre 1919 que la part de puissance disponible devant être réservée aux collectivités locales était une « charge de service public »¹⁷.

Il devrait alors être établi que cette « charge de service public » répond aux critères fixés par l'article 3 point 2 de la directive qui prévoit que « (...)les Etats membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la

¹⁶ Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, JO L 176 du 15 juillet 2003.

¹⁷ Les termes « charges de service public » n'apparaissent cependant pas dans les textes de droit interne afférant à ce dispositif.

régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique et la protection du climat. Ces obligations sont clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantissent aux entreprises d'électricité de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs nationaux ».

S'il ne fait pas de doute que le dispositif d'énergie réservée est non discriminatoire dans la mesure où il s'impose de la même manière aux entreprises nationales et communautaires, il n'est pas possible de déterminer avec certitude, au vu des éléments dont nous disposons, si ce dispositif peut être considéré comme une obligation de service public répondant à l'ensemble des exigences fixées à l'article 3 paragraphe 2 de la directive.

5. Nature des règlements d'eau : les règlements d'eau ne sont pas des documents contractuels, il s'agit de mesures de police administrative.

- S'agissant de l'utilisation de l'énergie hydraulique, la notion de règlement d'eau est ancienne.

L'article 10 de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique dispose, depuis l'origine¹⁸, en ce qui concerne les entreprises hydrauliques placées sous le régime de la concession que :

« Le cahier des charges détermine notamment : [...]

2° Le règlement d'eau [...]».

Bien qu'incluses dans le cahier des charges de la concession traditionnellement considéré comme un document contractuel, les dispositions du règlement d'eau d'une concession hydraulique déterminées par le cahier des charges ne présentaient pas un caractère contractuel.

En effet, aux termes de l'article 10 de la loi du 16 octobre 1919 susvisé, le règlement d'eau comporte « [...] *en particulier les mesures intéressant la navigation ou le flottage, la protection contre les inondations, la salubrité publique, l'alimentation et les besoins domestiques des populations riveraines, l'irrigation, la conservation et la libre circulation du poisson, la protection des paysages, le développement du tourisme [...]* ».

Le règlement d'eau fixait ainsi des mesures propres à prévenir les risques d'accident, les dommages aux personnes et aux biens, à préserver les besoins des populations, à veiller à la salubrité publique. Il s'agit de mesures destinées à assurer l'ordre public.

De telles règles ressortent non du domaine contractuel mais du seul domaine réglementaire. Le Conseil d'Etat admet que les tiers peuvent s'en prévaloir (21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli) et il admet aujourd'hui qu'elles puissent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE, 10 juillet 1996, M. Cayzele, req. n° 138536).

- Aux termes de l'article L.214-1 du code de l'environnement issu de l'article 10. I. de la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 : « *Sont soumis aux dispositions des articles L. 214-2 à L. 214-6 les installations ne figurant pas à la nomenclature des installations classées, les ouvrages, travaux et activités réalisés à des fins non domestiques par toute personne physique ou morale, publique ou privée, et entraînant des prélèvements sur les eaux superficielles ou souterraines, restitués ou non, une modification du niveau ou du mode d'écoulement des eaux, la destruction de frayères, de zones de croissance ou d'alimentation de la faune piscicole ou des déversements, écoulements, rejets ou dépôts directs ou indirects, chroniques ou épisodiques, même non polluants* ».

¹⁸ Il est à noter que l'existence des règlements d'eau est antérieure à la loi de 1919, il est ainsi fait mention, dans une décision du Conseil d'Etat, d'un règlement d'eau du 13 octobre 1860 (17 novembre 1978, Ministre de l'agriculture, req. n° 00238).

Les installations hydroélectriques entrent donc indiscutablement dans le champ d'application de ces dispositions.

L'article L. 214-5 du code de l'environnement issu de l'article 10. V. de la loi du 3 janvier 1992 sur l'eau prévoit que :

« Les règlements d'eau des entreprises hydroélectriques sont pris conjointement au titre de l'article 10 de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique et des articles L. 214-1 à L. 214-6. Ces règlements peuvent faire l'objet de modifications, sans toutefois remettre en cause l'équilibre général de la concession [...] ».

L'article 26 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 précise la procédure selon laquelle les règlements d'eau sont établis. Il dispose 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.

Le cas échéant, il fixe les moyens d'analyse, de mesure et de contrôle des effets de l'ouvrage sur l'eau et le milieu aquatique.

En cas de révision du règlement d'eau, si le préfet estime que les modifications envisagées ont un effet sur la santé publique ou la protection sanitaire de l'environnement, il saisit, en outre, le conseil départemental d'hygiène après avoir notifié au concessionnaire le projet de révision du règlement. Le concessionnaire a la faculté de se faire entendre par le conseil ou de désigner à cet effet un mandataire. Il doit être informé par le préfet au moins huit jours à l'avance de la réunion du conseil. ».

Désormais, le règlement d'eau résulte d'un arrêté préfectoral, c'est à dire d'un acte unilatéral. Par hypothèse, il ne peut donc présenter un caractère contractuel qui suppose la rencontre de deux volontés.

Il est vrai qu'aux termes de l'article 3 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 : *« L'autorité administrative invite le pétitionnaire retenu à lui adresser un dossier de demande de concession qui comprend, en tant que de besoin :*

6. L'avant-projet de règlement d'eau, notamment en cas de crue [...] ».

Cette circonstance ne permet cependant pas de considérer le règlement d'eau comme étant de nature contractuelle. Les propositions de l'exploitant ne constituent qu'un avant projet qui ne lie en rien le préfet auquel il appartient, sous le contrôle du juge administratif, de déterminer les prescriptions utiles.

• En définitive, le règlement d'eau d'une concession hydroélectrique constitue une mesure de police prise en application des articles L. 214-1 et suivants du code de l'environnement (cf. CE, 31 mars 2004, M. et Mme Gaston, req. n° 250378 en matière d'autorisation de centrale hydroélectrique). Une telle mesure est par essence hors du champ contractuel¹⁹.

¹⁹ Article 6 du code civil : *« On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».* Il en résulte que l'administration ne peut pas, par voie contractuelle, déterminer l'étendue de ses pouvoirs de police.

Il est d'ailleurs énoncé dans l'article 1^{er} 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 que :

« 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 la loi du 3 janvier 1992 susvisée.

Ces actes valent autorisations au titre de l'article 10 de cette loi ».

R. Le directeur des affaires juridiques
Le Chef de centre

Marie-José PALAS

Personnes rencontrées

Ministère de l'économie des finances et de l'industrie

Cabinet du ministre délégué à l'industrie

M. Christophe BEAUX	Directeur du Cabinet
M. Philippe DUPUIS	Directeur adjoint
M. Bruno BENSASSON	Conseiller technique

Direction de le Demande et des Marchés Energétiques (DIDEM)

M. François JACQ	Directeur
M. Pierre FONTAINE	Sous-directeur du système électrique
M. Jean-Luc PERRIN	Chef du Bureau de la production électrique
M. Francis GRIFFE	Bureau de la production électrique
M. Jean-Marc KAHAN	Directeur, Service technique de l'énergie électrique et des grands barrages
M. Philippe CRUCHON	Président de la Commission des Grands Barrages

Direction des Affaires Juridiques

M Philippe LOGAK	Sous-directeur du droit public et international
M. Eric REGAZZO	Chef du Bureau droit public général
M	

Ministère de l'écologie et du Développement Durable

Direction de l'eau

M. Pascal BERTEAUD	Directeur
M. Noël GODARD	Sous-directeur des milieux aquatiques et de la gestion de l'eau
Mme Claire-Cécile GARNIER	Bureau de la prévention des inondations et de la gestion des rivières

Direction des études économiques et de l'évaluation environnementale

M. Daniel DELALANDE	Chef du Bureau de l'énergie, de l'agriculture et de l'industrie
M. LESIEUR	

Région Limousin

M. Alby SCHMITT	Directeur régional de l'Industrie, de la Recherche et de l'Environnement (DRIRE)
M. Jean-Claude DEVOS	Chef de la division "énergie", DRIRE Limousin

M. De GALBERT
M. WIBAUX
M. Jean-Antoine FABY
Mme Gaëlle NION

Directeur adjoint DIREN Limousin
Agence de l'Eau Adour-Garonne
Office International de l'eau
Office International de l'Eau

Région Provence-Alpes-Côte d'Azur

M. Philippe LEDENVIC
M. Jean-Christian PUJET
M. Marc HEVERS

Directeur régional DRIRE et DIREN
Chef de la division énergie DRIRE PACA
Division énergie DRIRE PACA

Electricité de France

M. Jean-François ASTOLFI

M. Jean-Yves DELACOUX
M. Bruno de CHERGE
M. Didier MEYERFELD

Directeur de la division production et ingénierie
hydraulique (DPIH)
Directeur délégué, DPIH
Direction juridique
Chef de la mission "titres hydroélectriques"

ELECTRABEL

M. Jean-Baptiste SEJOURNE
M. Alexandre JOLY

M. Bernard KIEFFER
M. Philippe de CACQUERAY
M. Nicolas BAVEREZ

Directeur général des opérations, Electrabel
Directeur général, Compagnie Nationale du
Rhône (CNR)
Secrétaire général CNR
Chargé de développement, Energie du Rhône
Avocat

Autres organismes

Mme Anne PENALBA

Mme Anne-Mary ROUSSEL
M. Philippe GRAMMONT
Mme Soizic HEMION
M. Paul BOUVAREL
M. Vincent WIESROK

Présidente, Groupement des Producteurs
Autonomes d'Energie Hydroélectrique (GPAE)
Déléguée général Electricité Autonome Française
Electricité Autonome Française
Déléguée générale adjointe, UFE
SHEM
Vice-président du Syndicat des Energies
Renouvelables

* *

Estimation de la durée du mécanisme de renouvellement des concessions proposé par la mission

La présente annexe vise à estimer le délai nécessaire au déroulement de la procédure de renouvellement des concessions hydroélectriques telle qu'elle est proposée par la mission.

Etape 1 : dossier de fin de concession

5 ans avant l'expiration de la concession, le concessionnaire sortant est tenu de fournir un "**dossier de fin de concession**" ayant un triple objet :

- servir de base aux opérations qui seront réalisées par le service de contrôle pour vérifier que le concessionnaire sortant a effectivement respecté les clauses du cahier des charges ;
- recueillir les informations nécessaires à l'autorité concédante pour se déterminer sur l'opportunité de renouveler la concession (et éventuellement procéder à des regroupements) ;
- élaborer le dossier de mise en concurrence.

Le dossier de fin de concession comprend des informations sur l'ouvrage (plans, dossier de bornage, actes de propriété, état des servitudes, ...), sur son potentiel (productible, capacité de stockage, ...) sur la concession (acte de concession, règlement d'eau, accords en cours ...), sur l'état effectif des installations concédées (nature des travaux de remise en état en cours ou prévus, ...), et sur la production au cours des 10 dernières années.

Etape 2 : décision de renouveler la concession.

A réception du dossier de fin de concession, l'autorité concédante se détermine sur l'opportunité de renouveler ou non la concession et de procéder à des regroupements de concessions (modalités des opérations à définir).

Sur la base de ses conclusions, elle procède ensuite à l'élaboration du **dossier de mise en concurrence** qui précise notamment la consistance du bien concessible (nature et état des installations, le productible et la production au cours des 10 dernières années, ...), les éventuelles contraintes d'exploitation (droits d'eau, accords à reconduire, ...) et le "fonctionnement nominal" de l'installation (débit réservé, contraintes d'éclusées, modalités de vidange, ...) tel qu'il résulte de l'application de la réglementation et des documents de planification dans le domaine de l'eau en vigueur.

Ce dossier est établi par l'autorité concédante après avis d'une conférence administrative réunissant les représentants des départements ministériels concernés, mais sans consultation des partenaires à ce stade.

Les délais nécessaires à cette étape sont estimés à **3 mois dans le cas d'un simple renouvellement et à 9 mois en cas de regroupement de concessions** (délai nécessaire à la constitution des dossiers de fin de concession des ouvrages regroupés).

Les éventuelles opérations de rachat des concessions regroupées sont conduites en parallèle et ne nécessitent pas de délais supplémentaires.

Etape 3 : mise en concurrence

Délai administratif de publication (1 mois) et délai de réponse (1 mois); **soit un total de 2 mois.**

Etape 4 : sélection des candidats admis à présenter une offre.

Opération simple (élimination des candidats qui ne disposent pas des capacités techniques et financières) qui devrait pouvoir être réalisée **dans un délai inférieur à 1 mois.**

Etape 5 : élaboration des offres des candidats.

Il apparaît raisonnable de laisser aux candidats admis à présenter une offre **un délai de 3 mois** à compter de la notification des résultats de la mise en concurrence pour élaborer leurs propositions.

Etape 6 : sélection du candidat admis à présenter la demande de concession.

Délai : **1 mois** consacré essentiellement à la réunion du comité de sélection.

Etape 7 : élaboration du projet par le candidat.

En raison de la nécessité pour le candidat de faire réaliser une étude d'impact et de prendre l'attache des partenaires pour élaborer un projet de cahier des charges et un projet de règlement d'eau, il apparaît souhaitable **de laisser deux ans (maximum) au candidat pour constituer son projet.** Si celui-ci est défaillant, il convient de reprendre la procédure au stade de la mise en concurrence, près de trois ans sont alors perdus.

Etape 8 : instruction de la demande.

La DRIRE PACA estime, à la lumière de son expérience, que la phase d'instruction de la demande telle qu'elle est prévue par les textes en vigueur (consultations diverses, enquête publique, finalisation du cahier des charges et en parallèle élaboration du règlement d'eau) **nécessite 76 semaines, soit 18 mois.**

Il devrait toutefois être possible de réduire ce délai de quelques semaines en conduisant en parallèle les consultations préalables à l'enquête publique (3 mois selon la DRIRE PACA).

Conclusions :

Selon les estimations présentées ci-dessus, la durée de la procédure de renouvellement des concessions hydroélectriques **devrait être de l'ordre de 4 ans et demi (cas simples) à 5 ans (regroupement de concessions)**.

Ces délais pourraient ne pas être respectés dans trois circonstances :

- défaillance du candidat admis à présenter la demande de concession ;
- résultats négatifs de l'enquête publique ou refus par le candidat du cahier des charges résultant des consultations par le candidat ;
- contentieux avec les concessionnaires à l'occasion du rachat des concessions non échues à regrouper.

* *