

AJ Collectivités Territoriales 2016 p.623

Le nouveau régime des concessions hydroélectriques Au lendemain du décret n° 2016-530 du 27 avril 2016

**Gilles Le Chatelier, Avocat associé cabinet ADAMAS, professeur associé à l'ENS de Lyon
Romain Granjon, Avocat associé ADAMAS**

Le régime des concessions hydroélectriques a, de longue date, attendu son point d'équilibre. Alors que près de 80 % du parc français reste aujourd'hui exploité par EDF, la question de l'ouverture à la concurrence de ce secteur d'activité, dans lequel de nombreux contrats arrivent à expiration dans les années à venir, revêt une importance stratégique majeure. Les enjeux industriels, mais aussi environnementaux autour de la diversité des usages de l'eau ont pu aussi faire douter de l'intérêt d'une application généralisée d'une mise en concurrence, pourtant réclamée depuis de nombreuses années par la Commission européenne (1).

En droit, la question paraissait réglée, au moins s'agissant des principes. L'avis du Conseil d'Etat du 28 septembre 1995 (2) estimait que les concessions hydroélectriques étaient soumises pour leur attribution aux dispositions de la loi Sapin du 29 janvier 1993 (3). 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 avait, en conséquence, été modifié par le décret n° 99-225 du 22 mars 1999 portant déconcentration en matière de concession et de déclaration d'utilité publique d'ouvrages utilisant l'énergie hydraulique. Toutefois, EDF, tant qu'elle disposait du statut d'établissement public industriel et commercial, ne voyait pas ses concessions soumises à la concurrence, du fait de l'exception figurant à l'article 41 de la loi Sapin. Sa transformation en société anonyme par la loi du 9 août 2004 (4) renouvelait nécessairement la problématique.

Malgré la suppression du droit de préférence par la loi du 30 décembre 2006 (5) et la refonte du décret du 13 octobre 1994 par celui du 26 septembre 2008 (6), le débat restait aussi vif sur ces sujets.

Le décret n° 2016-530 du 27 avril 2016 vient parachever un nouveau dispositif applicable aux concessions hydroélectriques. Il intervient à la suite de plusieurs réformes d'ensemble qu'il convient de retracer, avant de décrire la nouvelle procédure d'attribution des contrats de concession, ainsi que le modèle de cahier des charges qui leur est applicable, en vertu du décret du 27 avril 2016, puis aborder la question particulière de la procédure de création des sociétés d'économie mixte (SEM) hydroélectriques, sujet d'intérêt majeur pour les collectivités territoriales.

Le cadre général du régime

La loi de transition énergétique du 17 août 2015 avait apporté des nouveautés importantes au régime des concessions hydroélectriques par ses articles 116 à 118 (7).

Chaîne d'aménagements hydrauliquement liés - L'article 116 entérine la notion de « chaîne d'aménagements hydrauliquement liés », pour laquelle l'autorité administrative peut décider de regrouper plusieurs concessions pour lesquelles il est d'intérêt général de convenir d'une date unique d'échéance des différents contrats couvrant ces ouvrages. Le nouvel article L. 521-16-1 ajouté au code de l'énergie vise la situation où un même opérateur est titulaire de l'ensemble des contrats sur une même chaîne. Un décret en Conseil d'Etat fixe une nouvelle date d'échéance pour chaque contrat concerné, avec pour objectif le maintien de l'équilibre économique de l'exploitation. L'article L. 521-16-2 vise la situation où les contrats de concession d'une même chaîne relèveraient d'opérateurs différents et pour lesquels une nouvelle échéance harmonisée pourrait être arrêtée. La loi prévoit, à cet égard, le principe d'une indemnisation des concessionnaires dont la durée des contrats serait réduite par ceux dont la durée des contrats serait allongée.

Prorogation de la durée - L'article L. 521-16-3 du code de l'énergie prévoit enfin la possibilité de proroger la durée des concessions en cours d'exécution pour la réalisation de travaux nécessaires à l'atteinte des objectifs de politique énergétique générale, tels que définis par les articles L.100-1, L. 100-2 et L. 100-4 du code de l'énergie. Conforme aux dispositions de l'article 43 de la directive européenne 2014/23/UE, cette possibilité ouvre de larges possibilités de prorogation, même s'il conviendra pour les services compétents de l'Etat de démontrer que l'atteinte desdits objectifs « exige » une telle extension de durée.

Redevance proportionnelle - L'article 116 adapte le régime de la redevance proportionnelle prévue aux articles L. 523-1 et L. 523-2 du code de l'énergie. L'article 117 prévoit une nouvelle répartition des recettes provenant de cette redevance : un tiers reste affecté au département, tandis qu'un douzième est attribué aux communes et un autre douzième aux groupements de communes territorialement concernés, en proportion de la puissance hydraulique.

Comité de suivi - Enfin, l'article 118 de la loi de transition énergétique crée, à l'article L. 524-1 du code de l'énergie, un comité de suivi de l'exécution de la concession et de la gestion des usages de l'eau, notamment chargé de faciliter l'information des collectivités territoriales sur l'exécution de la concession et, en particulier, sur la mise en oeuvre de nouveaux investissements pouvant avoir un effet sur les usages de l'eau. Y participent des représentants des collectivités territoriales concernées. Toutefois, sa création est facultative, n'étant obligatoire que pour les concessions ou groupements de concessions d'une puissance supérieure à 1 000 MW.

Ordonnance du 28 avril 2016 - L'article 119 de la loi de transition énergétique avait également habilité le gouvernement à prendre par ordonnances diverses mesures d'adaptation du droit des concessions hydroélectriques. L'ordonnance n° 2016-518 du 28 avril 2016 procède à ces modifications.

Son article 1^{er} étend aux concessions hydroélectriques les sanctions pénales et administratives prévues aux livres I et III du code de l'énergie.

De même, l'article 2 de l'ordonnance renforce le régime de protection des concessions hydroélectriques en créant un dispositif spécifique de contraventions de grande voirie aux articles L. 513-1 et suivants du code de l'énergie. A cette occasion, apparaît une nouvelle définition du domaine public hydroélectrique comme constitué de « l'ensemble des terrains, ouvrages ou installations, cours d'eau et lacs compris dans le périmètre d'une concession hydraulique, sans

préjudice du classement de certains de ces éléments dans le domaine public fluvial » (8).

La procédure de mise en concurrence et le nouveau modèle de cahier des charges de la concession

Le décret du 27 avril 2016 à la fois définit la nouvelle procédure de passation des concessions hydroélectriques, mais approuve également un nouveau modèle de cahier des charges.

Régime des concessions - Le décret du 27 avril 2016 précise la procédure de passation plus qu'il ne la révolutionne. Son apport principal consiste à la soumettre clairement au régime des concessions, tel qu'il est défini par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 (9).

L'ancienne version de l'article R. 521-6 du code de l'énergie prévoyait ainsi, tout en soumettant l'attribution des contrats de concession au régime des délégations de service public que l'autorité compétente pouvait décider « notamment lorsque les caractéristiques du projet envisagé ou de l'exploitation des ouvrages le justifient », de recourir « en tout ou partie » à une procédure particulière prévue aux articles R. 521-7 et suivants. Même si cette dernière s'approchait du régime de droit commun des délégations de service public, cette possibilité de recourir à une procédure différente pouvait apparaître troublante et était source d'insécurité juridique.

Le nouveau régime issu du décret du 27 avril 2016 est plus clair. Le nouvel article R. 521-6 soumet l'ensemble la procédure de passation des concessions hydroélectriques au droit commun des concessions.

Ainsi, l'article R. 521-7 détermine la nature des documents de la consultation mentionnés à l'article 4 du décret du 1^{er} février 2016.

Le nouvel article R. 521-8 confirme cet alignement :

- la durée du contrat doit être calculée conformément aux dispositions de l'article 6 du décret du 1^{er} février 2016 (II) ;

- le règlement de la consultation doit prévoir une estimation des droits d'entrée (III) (10).

De même, le V de l'article R. 521-8 prévoit la possibilité pour l'autorité administrative compétente (11) d'inviter les candidats admis à présenter une offre à « participer à une phase d'échanges préliminaires » dans le respect du principe d'égalité et du secret des affaires. Enfin, le VII prévoit l'obligation de faire figurer les critères de sélection des offres « par ordre décroissant d'importance », conformément à l'article 27 du décret du 1^{er} février 2016, et énumère les critères devant obligatoirement figurer :

- l'optimisation énergétique de l'exploitation ;

- le respect de la gestion durable de la ressource en eau pour concilier ses différents usages ;

- le montant des redevances acquittées au bénéfice de l'Etat et des collectivités territoriales, conformément aux dispositions des articles R. 523-1 à R. 523-4 du code de l'énergie.

Spécificités des concessions hydroélectriques - Toutefois, compte tenu des particularités tenant aux spécificités du régime des concessions hydroélectriques, la procédure de passation des contrats comporte quelques originalités à signaler.

Tout d'abord, l'article R. 521-11 déroge aux dispositions du décret du 1^{er} février 2016 pour prévoir que l'autorité administrative peut décider que l'offre classée en deuxième position n'est pas définitivement rejetée, son auteur pouvant être substitué au concessionnaire pressenti en cas de non-conclusion du contrat avec ce dernier.

Une fois le concessionnaire choisi, s'ouvre une phase originale au regard du droit des concessions d'instruction de la demande du concessionnaire pressenti comportant la réalisation d'une enquête publique (12). Les collectivités territoriales intéressées sont associées à cette procédure (13). A l'issue de cette procédure, le cahier des charges de la concession peut être adapté, avec l'accord du concessionnaire, mais certainement sans bouleverser l'offre sur la base de laquelle il a été pressenti, sous peine de poser difficulté au regard du respect des règles de concurrence (14).

Si la procédure n'a pas été abandonnée à ce stade (15), la concession est alors attribuée, conjointement avec la déclaration d'utilité publique de l'opération si celle-ci est requise (16). La modification des stipulations du contrat en cours d'exécution est soumise aux règles prévues par les articles 36 et 37 du décret du 1^{er} février 2016 (17).

On notera enfin le régime particulier des fins de concession hydroélectrique. Le concessionnaire doit établir un dossier de fin de concession soit dans les quinze mois suivant la demande de l'autorité administrative en cas de résiliation avant terme, soit cinq ans avant la date normale d'échéance de la concession. L'article R. 521-52 détaille le contenu de ce dossier. Ce dossier est actualisé dix-huit mois avant la fin de la concession par un nouveau rapport qui doit notamment se prononcer sur l'état d'entretien des biens (18).

Les textes prévoient ici des dispositions détaillées sur l'évaluation des travaux non amortis de la concession et devant donner lieu à une indemnisation du concessionnaire sortant (19). La remise du dossier de fin de concession cinq ans avant l'expiration du contrat permet à l'autorité administrative de prescrire les travaux nécessaires à la « préparation et à l'aménagement » de la future concession.

Cahier des charges - Le décret modifie également le modèle de cahier des charges de la concession qui n'a qu'une force indicative, dès lors qu'il contient l'ensemble des rubriques prévues à l'article L. 521-4. A cet égard, la trame reproduite en annexe du décret correspond bien à l'équilibre classique d'une concession telle qu'elle est connue des praticiens.

La procédure de mise en place de la SEMH

L'article 118 de la loi de transition énergétique crée une nouvelle catégorie de sociétés d'économie mixte : les SEM hydroélectriques (SEMH).

Conçue sur le modèle de la SEMOP créée par la loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 (20), cette nouvelle SEM s'en

distingue en tant qu'elle relève de l'Etat qui, en tant qu'autorité concédante, doit obligatoirement figurer au capital de la société (21). Elle est constituée pour une durée limitée à l'exécution du contrat de concession pour lequel elle a été constituée (22). Les collectivités territoriales et leurs groupements territorialement concernés peuvent participer au capital, après accord de l'Etat (23). D'autres personnes morales de droit public ou des entreprises ou organismes dont le capital est exclusivement détenu par des personnes publiques peuvent également y participer (24), à l'exclusion des sociétés publiques locales (25). La SEM hydroélectrique doit comporter « au moins » un opérateur économique, qui doit détenir au minimum 34 % du capital et des droits de vote (26).

Un accord préalable doit être conclu entre l'Etat, les collectivités territoriales et les « partenaires publics » sur les principales caractéristiques de la future SEM et sur la contribution de chacune de ces personnes aux investissements à réaliser (27). La sélection de l'opérateur privé intervient selon une procédure de mise en concurrence au cours de laquelle l'Etat porte à la connaissance des candidats « les principales conditions qu'il a définies pour la conclusion du contrat de concession » avec la SEM (28).

Le décret du 27 avril 2016 prévoit ici les règles applicables à la constitution des SEM hydroélectriques.

Lorsque l'Etat souhaite constituer une telle SEM, le préfet doit en aviser les collectivités et groupements de collectivités riverains des cours d'eau. Ces derniers disposent de trois mois pour former une demande motivée de participation à la future société qui doit notamment comporter la part de capital souhaitée et une estimation provisoire du montant des investissements que la collectivité concernée envisage de financer (29). L'autorité administrative examine ces demandes en prenant en compte le respect des compétences que la loi leur donne en matière de gestion de l'eau et en matière énergétique, ainsi que leur capacité de financer les investissements envisagés (30).

Après sélection des collectivités, l'Etat établit un projet d'accord préalable qui sera soumis aux opérateurs privés candidats à la participation dans la SEM (31). A ce stade, on comprend des dispositions de cet article que l'Etat a également sélectionné les opérateurs publics ou détenus par des personnes publiques prévus à l'article L. 521-18, IV, sans que le texte ne donne aucune indication de la procédure suivie, ce qui revient à reconnaître à l'Etat un assez large pouvoir discrétionnaire à ce titre...

La procédure de sélection de l'opérateur privé suit les règles décrites précédemment en matière d'attribution des contrats de concession, puisque, comme en matière de SEMOP, la sélection de l'opérateur privé actionnaire se fait concomitamment à la mise en concurrence pour l'attribution du contrat de concession qu'exploitera la future SEMH (32). Les offres des opérateurs privés peuvent ici contenir des propositions de modification des statuts de la SEM, ainsi que du pacte d'actionnaires et du projet de contrat de concession (33).

Une fois l'opérateur sélectionné, un comité de préfiguration de la SEMH est créé auquel participent les futurs actionnaires de la société pour la conduite de la phase d'instruction. Renvoyant au régime de passation, on comprend qu'à l'issue de la phase d'instruction, les actionnaires publics de la SEM pourraient finalement décider d'écarter l'opérateur pressenti (34).

Les changements apportés au régime des concessions hydroélectriques sont loin d'être mineurs, encadrant de manière à la fois plus stricte et plus précise la procédure de passation des contrats, dans le respect du régime européen du droit des concessions. Ils offrent également une place renouvelée aux collectivités territoriales sur ces sujets qui comportent souvent des enjeux en termes de développement économique et d'environnement, loin d'être négligeables au plan local. La création des SEMH continue de reconnaître le rôle croissant des collectivités territoriales dans le domaine de la production d'énergie. Toutefois, la place qui leur sera en pratique réservée dépendra aussi largement du bon vouloir de l'Etat à initier ce type de projets.

Mots clés :

ENERGIE * Transition énergétique * Energie hydraulique * Concession hydraulique * Electricité * Concession hydraulique * Société d'économie mixte hydraulique
ACTION ECONOMIQUE LOCALE * Société d'économie mixte * Société d'économie mixte hydroélectrique

(1) Dans le sens d'une interrogation sur les « bénéfiques » attendus de l'ouverture à la concurrence, v. Rapp. AN par M.-N. Battistel et E. Straumann, 7 oct. 2013. Sur les exigences en ce domaine de la Commission européenne, v. communiqué Commission IP/05/920, 13 juill. 2005.

(2) CE, avis, 28 sept. 1995, n^{os} 357262 et 357263, EDCE 1995. 402.

(3) Loi n^o 93-122 du 29 janv. 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

(4) Loi n^o 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières.

(5) Loi n^o 2006-1772 du 30 déc. 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques.

(6) Décr. n^o 2008-1009 du 26 sept. 2008.

(7) Loi n^o 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, sur laquelle v. le dossier spécial AJCT 2016. 10 s.

(8) C. énergie, art. L. 513-1, II.

(9) V. le dossier spécial sur les concessions, AJCT 2016. 236 s. et AJDA 2016. 992 s.

(10) L'art. R. 521-58 précise de manière détaillée les montants susceptibles d'être pris en charge au titre du droit d'entrée prévu à l'article L. 521-17.

(11) Le préfet en règle générale, sauf si la puissance maximale brute de l'installation dépasse 100 MW auquel cas la compétence revient alors au ministre en charge de l'Energie (art. R. 521-1).

(12) C. énergie, art. R. 521-12 s.

(13) C. énergie, art. R. 521-17.

(14) C. énergie, art. R. 521-18. Dans le cas du renouvellement de la concession sans modification majeure des ouvrages, la procédure d'instruction est simplifiée (art. R. 521-22).

(15) C. énergie, art. R. 521-24.

(16) C. énergie, art. R. 521-26.

(17) V. R. Granjon et G. Le Chatelier, La commande publique peut-elle être un moyen de favoriser la transition énergétique ?, AJCT 2016. 10 s.

(18) C. énergie, art. R. 521-56.

(19) C. énergie, art. R. 521-54.

(20) Loi n° 2014-744 du 1^{er} juill. 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, sur laquelle v. G. Eckert, La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ?, AJDA 2014. 1941 s., R. Noguellou, La « SEMOP » : analyse de la loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, RDI 2014. 561 s.

(21) C. énergie, art. L. 521-18, I.

(22) C. énergie, art. L. 521-18, VI.

(23) C. énergie, art. L. 521-18, III.

(24) Tels que, par ex., la Caisse des dépôts et consignations.

(25) C. énergie, art. L. 521-18, IV.

(26) C. énergie, art. L. 521-18, V.

(27) C. énergie, art. L. 521-19.

(28) C. énergie, art. L. 521-20.

(29) C. énergie, art. R. 521-67.

(30) C. énergie, art. R. 521-68.

(31) C. énergie, art. R. 521-69.

(32) C. énergie, art. R. 521-70.

(33) C. énergie, art. R. 521-70.

(34) C. énergie, art. R. 521-71.

Copyright 2016 - Dalloz – Tous droits réservés