UNIVERSITE D'ORLEANS

ECOLE DOCTORALE SCIENCES DE LA SOCIETE : TERRITOIRES, ECONOMIE ET DROIT

CENTRE DE RECHERCHE JURIDIQUE POTHIER

Thèse présentée par Fanchon ROLET

Soutenue le 15 novembre 2019

Pour obtenir le grade de Docteur de l'université d'Orléans
Discipline / Spécialité : Sciences juridiques / Droit public

LE RENOUVEAU DES CONCESSIONS HYDROELECTRIQUES

Jury :

M. Florent BLANCO,
Professeur à l'Université d'Orléans, **Directeur de thèse**,

Mme Claudie BOITEAU,
Professeure à l'Université Paris Dauphine, **Rapporteur**,

M. Bernard KIEFFER,
Consultant en droit de l'eau et hydroélectricité,

M. François PRIET,
Professeur à l'Université d'Orléans, **Co-directeur de thèse**,

Mme Paule QUILICHINI,
Professeure à l'Université d'Orléans,

M. Arnaud SEE
Professeur à l'Université Paris Nanterre, **Rapporteur**.

L’université d’Orléans n’entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à exprimer ma reconnaissance au Professeur Florent BLANCO, à Monsieur Nicolas FURET ainsi qu'à la CNR, sans lesquels cette aventure n'aurait pas été possible. Ils m'ont accordé leur confiance en me permettant de commencer ma thèse dans le cadre d'une Convention Industrielle de Formation par la Recherche.

Je remercie particulièrement le Professeur Florent BLANCO qui m'a accompagné dans ce marathon, comme il me l'a souvent présenté, ainsi que le Professeur François PRIET qui a accepté de co-diriger cette thèse.

Un grand remerciement à mes collègues de travail qui ont toujours été à l'écoute, m'ont soutenu et assisté, Vincent DEMOLE, Jean-Christophe GIRE, Mathieu JANNOT, Svetla KARABONEVA, Vincent LAURAY, Florence LEGAY, Paul POMMEPUY et Thomas SERVANT. Je tiens aussi à remercier spécialement mon directeur actuel M. Philippe MAGHERINI, qui a pris le temps nécessaire pour relire cette thèse, dans une période particulièrement rythmée par le projet de prolongation de la concession du Rhône.

Je souhaite enfin remercier mes parents, mes frères, mes amis et surtout mon ami qui ont été présents, m'ont encouragé et soutenu. Ils ont aussi et surtout été là pour me divertir quand cela était nécessaire.

Sommaire

Introduction *1*

Partie 1 – Le renouveau de la relation entre le concessionnaire et les acteurs historiques du contrat *41*

Titre 1 : Un renouveau de la relation concessionnaire - concédant _____ **45**

Chapitre 1 : L'apparition souhaitable d'une pluralité de concessionnaires _____ 47

Chapitre 2 - Un nécessaire renforcement du rôle de l'Etat concédant avec le renouvellement des contrats _ 93

Titre 2 Un possible renouveau des relations partenariales avec les acteurs historiques _____ **139**

Chapitre 1 : Le concédant actionnaire, un partenaire du concessionnaire _____ 141

Chapitre 2 : L'affirmation du rôle des collectivités territoriales _____ 175

Partie 2 : Le renouveau des missions du concessionnaire à travers la prise en compte de nouvelles attentes *203*

Titre 1 : L'apparition de nouvelles formes d'intervention au profit des acteurs préexistants __ **205**

Chapitre 1 : Une nouvelle légitimité pour les collectivités territoriales dans le développement des énergies renouvelables _____ 209

Chapitre 2 : La consolidation de la place des riverains _____ 239

Titre 2 : Le renouveau du service concédé _____ **277**

Chapitre 1 : La recherche d'un périmètre géographique pertinent _____ 279

Chapitre 2 : La multiplication des missions du concessionnaire _____ 335

Conclusion générale - un nouveau modèle : la « concession hydraulique ».....*387*

Liste des principaux sigles et principales abréviations

AAE	Accords d'Achats d'Electricité
AAPC	Avis d'Appel Public à la Concurrence
ADEME	Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Energie
AGE	Assemblée Générale Extraordinaire
AJDA	Actualité juridique – Droit administratif
AJCT	Actualité juridique – Collectivité territoriales
Al.	Alinéa
AN	Assemblée Nationale
APE	Agence des Participations de l'Etat
Art.	Article
ARENH	Accès Régulé à l'Energie Nucléaire Historique
ATMB	Autoroutes et Tunnel du Mont Blanc
BJCP	Bulletin Juridique des Contrats Publics
BPI	Banque Publique d'Investissements
CAA	Cour Administrative d'Appel
CC	Conseil Constitutionnel
CCG	Cahier des Charges général
CCS	Cahier des Charges Spécial
CDC	Caisse des Dépôts et Consignations
CEE	Communauté Economique Européenne
C. Energie	Code de l'Energie
C. Env	Code de l'Environnement
CFBR	Comité Français des Barrages et Réservoirs
CGCT	Code Général des Collectivités Territoriales
CGI	Code Général des Impôts
CJEG	Cahiers Juridiques de l'Electricité et du gaz
CLE	Commission Locale de l'Eau
CIP	Conseiller en Investissement Participatif

CMP	Code de la Commande Publique
CNDP	Commission Nationale du Débat Public
CNR	Compagnie Nationale du Rhône
CoDERST	Conseils Départementaux de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques
CRE	Commission de Régulation de l'Energie
CTPBOH	Comité Technique Permanent des Barrages et Ouvrages Hydrauliques
DGEC	Direction Générale Energie et Climat
DREAL	Direction Régionale Energie, Aménagement et Logement
EDCE	Etudes et Documents du Conseil d'Etat
EDF	Electricité De France
EDP	Energias de Portugal
EPL	Etablissement Public Local
EPTB	Etablissement Public Territorial de Bassin
GAJA	Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative
GDF	Gaz De France
GEDRE	Gestion Equilibrée et Durable de la Ressource en Eau
GEMAPI	Gestion des Milieux Aquatiques et la Prévention des Inondations
IFP	Intermédiaire en Financement Participatif
JCP A	La Semaine Juridique – Administration
JORF	Journal Officiel de la République Française
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
kw	Kilowatt
LEMA	Loi sur l'eau et les milieux aquatiques
LFH	Loi sur les Forces Hydrauliques
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LTECV	Loi de Transition Energétique pour la Croissance Verte
MAPTAM	Modernisation de l'Action Publique Territoriale et d'Affirmation des Territoires
NOTRe	Nouvelle Organisation Territoriale de la République
p.	page
PLF	Projet de Loi de Finances
PPP	Partenariat Public Privé

PPPi	Partenariat Public Privé institutionnalisé
préc.	précité
QM	Question Ministérielle
Rec.	Recueil Lebon
REN	Rede Elétrica National
RDP	Revue du Droit Public et de la science politique
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RTE	Réseau de Transport d'Electricité
SA	Société Anonyme
SCP	Société du Canal de Provence
SEMAOP	Société d'Economie Mixte A Opération Unique
SEMCA	Société d'Economie Mixte de Concession Autoroutière
SEMOp	Société d'Economie Mixte A Opération Unique
SNCF	Société Nationale des Chemins de Fer français
SRADDET	Schéma Régional d'Aménagement, de Développement Durable et d'Egalité des Territoires
SRCAE	Schéma Régional Climat-Air-Energie
UE	Union Européenne
s.	et suivants
S	Recueil Sirey
SEM	Société d'Economie Mixte
SEMH	Société d'Economie Mixte Hydroélectrique
Semmaris	Société du marché international de Rungis
SFTRF	Société Française du Tunnel Routier de Fréjus
SHEM	Société HydroElectrique du Midi
T.	Tome
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
V.	Voir
VPP	Virtual Power Plants

INTRODUCTION

« Les barrages sont des ouvrages dont l'origine se perd dans la nuit des temps. On en retrouve des restes dans toutes les civilisations dont beaucoup n'avaient aucun contact entre elles ni dans le temps, ni dans l'espace ». Ces quelques mots de J.-L. Bordes attestent du caractère quasi universel et intemporel de ces constructions humaines ancestrales, assimilables à des ouvrages d'art, que constituent les barrages[1]. Ces aménagements ont été installés partout dans le monde, à des époques différentes. En France, les barrages à vocation hydroélectrique se sont perfectionnés à partir des Temps Modernes, particulièrement à partir du règne de Louis XIV[2]. Depuis, les évolutions de la société ont nécessité d'assurer une augmentation des capacités de production, notamment par le développement de l'hydroélectricité. Au vu des contraintes qui existaient alors, l'Etat a fait le choix de s'approprier la force motrice de l'eau et d'en confier la construction et l'exploitation par des contrats de concession ou d'autorisation, dès 1919[3].

Le contrat de concession hydroélectrique, lors de sa création, a fait l'objet de plusieurs études juridiques dans les années 1920[4]. L'objet juridique avait alors suscité l'intérêt de différents auteurs, du fait de la nationalisation de la force motrice de l'eau. En revanche, depuis cette époque, le contrat de concession hydroélectrique n'a pas fait l'objet de recherche juridique d'ensemble, à l'exception d'une thèse suisse[5]. On trouve uniquement, de temps à autre, des

---

[1] BORDES (J-L), « Les barrages en France du XVIIIè à la fin du XXè siècle. Histoire, évolution technique et transmission du savoir », *Pour Mémoire*, n° 9, hiver 2010, pp. 70-120 (p. 70). Il s'agit de la revue du comité d'histoire du ministère de l'Ecologie, du Développement durable, du Logement et du Transport.

[2] Le barrage se définit comme « toute structure en travers d'un cours d'eau ou fermant une dépression, ayant pour but de retenir de l'eau soit pour la stocker pendant une durée fonction de la finalité, et/ou de créer une chute » : BORDES, *op. cit*., p. 71.

[3] Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique (*JORF* du 18 octobre 1919, p. 11523).

[4] V. notamment, EUSTATZIU (E), *Le fondement juridique et la législation des chutes d'eau*, Thèse, Paris, PUF, 1922, 155 p. ; GARNIER (P.), *Le cahier des charges des concessions de chute d'eau*, Thèse, Paris, Ed. Rousseau, 1931, 353 p. ; GERIN (R), *Les forces hydrauliques au point de vue économique et juridique*, Thèse, Lyon, Association typographique lyonnaise, 1921, 189 p. ; GUILHON (R), *Etude au point de vue civil de la loi du 16 octobre 1919*, Thèse, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1921, 166 p. ; HAURIOU (A), *La mainmise de l'Etat sur l'énergie des cours d'eau non-navigable, ni flottables*, Thèse, Toulouse, 1921, 112 p. ; POL (F), *La houille blanche : sa réglementation envisagée au point de vue de l'intérêt social*, Thèse, Lyon, Imprimerie de la Revue judiciaire, 1912, 278 p.

[5] FOURNIET (J), *Vers un nouveau droit des concessions hydroélectriques*, Thèse, Fribourg, Ed. universitaire fribourg suisse, 2002, 441 p.

articles de doctrine, lorsqu'une modification législative ou réglementaire s'applique aux concessions hydroélectriques.

Toutefois, malgré l'intérêt ponctuel de la doctrine pour ce sujet, nous sommes convaincue que l'objet « contrat de concession hydroélectrique », après tant d'années, est un sujet d'étude pertinent. Cet intérêt est lié à l'évolution de son régime, mais aussi et surtout à l'évolution du contexte social et juridique qui l'entoure.

Selon nous, l'ensemble de ces évolutions nécessite donc aujourd'hui de repenser ce contrat. On pourra observer dans nos développements qu'une adaptation de tels contrats a d'ores et déjà eu lieu depuis 1919. Toutefois, celle-ci nous apparaît insuffisante au regard des enjeux qui sont liés à leur exécution. Après différentes recherches, nous avons donc pris le parti d'étudier les concessions hydroélectriques sous l'angle de leur renouveau. L'emploi du terme « renouveau » nous a conduit à effectuer une recherche assez approfondie sur l'histoire de ces contrats. En effet nous sommes convaincue que ces contrats retrouvent, avec les évolutions actuelles, leurs racines historiques, notamment par un renforcement du rôle des acteurs décentralisés. Comme nous l'avons indiqué, le sujet a trouvé son sens autour de l'adoption de la loi de 1919 relative à la nationalisation de la force motrice de l'eau. Depuis, le sujet a largement évolué avec l'histoire de ces contrats, et notamment avec la nationalisation de l'électricité (Section 1). De plus, le contrat de concession, outil de droit commun, a subi plusieurs évolutions depuis le début du XXème siècle (Section 2). Le choix du terme « renouveau », qui a un sens fort, a été mûrement réfléchi. Son choix résulte en effet, au-delà des aspects historiques de ces contrats, de nos différentes lectures, de la mise en pratique de l'exécution des concessions hydroélectriques et de l'observation de l'environnement de ces ouvrages (Section 3). Enfin, il résulte de notre sentiment profond que ces contrats ont l'opportunité d'évoluer et qu'il serait profitable à tous qu'ils le fassent (Section 4).

Section 1 – Les fondements historiques de l'hydroélectricité en France

Le développement de l'hydroélectricité en France est intrinsèquement lié aux développements des industries électrochimiques et électro métallurgiques, notamment dans la

région des Alpes[6]. Cette énergie permettait de garantir un approvisionnement pérenne à des conditions tarifaires acceptables pour les entreprises. En effet, son coût résultait quasi-exclusivement de la création de l'infrastructure (coût de construction), contrairement à l'énergie thermique, qui subissait les prix, très volatiles, du charbon ou du pétrole. La construction des premières centrales hydroélectriques résultait donc des besoins d'autoconsommation des industriels et n'avait pas vocation à assurer la distribution de l'énergie, d'autant plus qu'à cette époque il existait peu de réseaux, notamment du fait de l'absence de technologies efficaces, permettant de transporter l'électricité. Il faudra donc attendre 1906 pour que les technologies de transport d'énergie permettent de développer l'hydroélectricité pour les besoins de la distribution[7]. Toutefois, jusqu'à la Première Guerre mondiale, deux tiers de la production hydroélectrique étaient uniquement affectés aux industriels. Cette période a d'ailleurs connu une forte expansion du nombre d'aménagements hydroélectriques. Ainsi, de 1910 à 1921, la part d'électricité tirée de l'exploitation de l'eau en France est passée de 10,3% à 17,5%[8]. Le développement de l'hydroélectricité était alors beaucoup plus marqué dans le sud, pour une raison physique assez simple : les mines de charbon, situées dans le nord, ont conduit au développement du thermique, alors que le sud, qui disposait peu de cette matière première, bénéficiait en revanche de fleuves plus propices à l'aménagement hydroélectrique, notamment dans les zones montagneuses. La multiplication des ouvrages hydroélectriques a été facilitée par la nationalisation de la force motrice de l'eau (§ 1). L'hydroélectricité a ensuite fait l'objet d'un regain d'intérêt, suite à la nationalisation de l'électricité, qui a permis de financer la création de nouveaux ouvrages (§ 2).

§ 1 La nationalisation de la force motrice de l'eau

En 1914, la Première Guerre mondiale est déclarée. Elle sera un facteur déterminant du développement de la production hydroélectrique en France. La houille blanche des montagnes a trouvé, dans cette situation économique et politique, l'opportunité de son développement. En effet, les besoins de l'industrie de guerre étaient particulièrement importants. Or, l'époque a

[6] Une autre industrie, celle de la papeterie, a participé au développement de l'hydroélectricité, mais les ouvrages étaient d'une envergure plus petite. On peut toutefois citer l'équipement du lac de Girotte en 1904.

[7] On note toutefois la création d'une usine avant cette date, dont l'objet était d'assurer la distribution de l'énergie en 1888, à Roche sur Foron. V. LEVY-LEBOYER (M) et MORSEL (H) (sous la direction de), *Histoire générale de l'électricité en France*, Paris, Fayard, Tome premier - 1919-1946, p. 520.

[8] V. annexe 1 : Evaluation de la puissance hydraulique mondiale installée et disponible en 1910 et en 1920.

connu une forte pénurie de charbon et cette industrie faisait notamment appel à l'électrochimie et à l'électrométallurgie, principalement situées dans la région alpine. Pendant la guerre, de nombreux ouvrages de production d'hydroélectricité vont donc être construits afin de pouvoir assurer la production des biens nécessaires à la poursuite du conflit[9]. Le thermique n'est pourtant pas abandonné pendant cette période et l'on rénove un certain nombre de centrales afin d'assurer un meilleur rendement au vu des prix très élevés du charbon.

La Première Guerre Mondiale marque, ainsi, un nouvel essor des ouvrages hydroélectriques, même si celui-ci est contraint, notamment par les difficultés d'approvisionnement des matériaux sur le territoire. Ainsi, la construction des chutes les plus faciles, celles qui étaient les plus rapides à aménager durant le conflit, fut entreprise avant-guerre, alors que l'après-guerre a été l'occasion de profiter au mieux de l'utilisation de cette énergie en la rationalisant[10].

A la fin du premier conflit mondial, l'Etat s'est donc concentré sur l'essor de cette nouvelle énergie et ses facultés de développement, ce qui permettra à la France d'assurer son indépendance énergétique. Plusieurs tentatives avaient déjà été menées antérieurement, afin de saisir l'opportunité que présentait le développement de l'exploitation de la force motrice de l'eau, mais elles avaient toutes échoué[11]. La fin de la guerre devait être une occasion de favoriser le développement de l'hydroélectricité. Une telle nécessité, propre au contexte de l'immédiat après-guerre, était alors parfaitement exposée par Raymond GUILHON : « souhaitons qu'après sa glorieuse victoire militaire, la France, grâce à la loi sur l'utilisation de l'énergie hydraulique, trouve dans les chutes d'eau, les rivières et les fleuves à courant rapide dont elle est si admirablement pourvue, les éléments de sa victoire économique »[12].

---

[9] V. annexe 2 : Evolution de l'équipement hydroélectrique de la France de 1914 à 1926.

[10] GERIN (R), *Les forces hydrauliques au point de vue économique et juridique*, thèse, Lyon, Association typographique lyonnaise, 1921, pp. 41-52.

[11] Projet JOUART du 3 mars 1898 ; Projet Baudin du 6 juillet 1900 qui a été repris par Messieurs BAUDIN et MILLERAND le 30 mai 1903 ; Projet GUILLAIN du 23 juin 1903 ; projet du ministère de l'agriculture engagé avant la guerre. Sur ces projets, v. HAURIOU (A), *La mainmise de l'Etat sur l'énergie des cours d'eau non-navigables, ni flottables*, Thèse, Toulouse, 1921. Plus précisément, sur le projet de loi de 1900 et pour une explication succincte des différents autres projets, voir COIGNET (J-M), *Rapport sur la législation des chutes d'eau, présenté à la Chambre de commerce de Lyon*, 22 janvier 1903, Lyon, 1903, A. Rey, 46 p.

[12] GUILHON (R), *Etude au point de vue civil de la loi du 16 octobre 1919*, thèse, Paris, 1921, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. 164.

L'hydroélectricité était toutefois confrontée, au-delà des contraintes techniques et contextuelles déjà évoquées, à des difficultés d'ordre administratif. En effet, pour construire leurs usines, les industriels devaient disposer de la maîtrise foncière et des droits d'eaux (attachés au droit de propriété). Ils devaient donc procéder aux acquisitions des parcelles riveraines du lieu où ils souhaitaient implanter leur usine. Certains spéculateurs, appelés les « barreurs de chute », ont vu dans cette situation l'opportunité d'une nouvelle manne financière. Le procédé consistait à précéder l'industriel dans l'acquisition de certaines parcelles nécessaires à la réalisation de son projet, ce qui leur permettait de les revendre à prix d'or. Le « barreur de chute » a ainsi été défini comme « le propriétaire riverain qui soit par malveillance, soit par cupidité, refuse de traiter de ses droits, et empêche l'usinier de s'établir, en le tenant sous la menace permanente d'une saignée en amont de son barrage »[13]. Le procédé fut si utilisé qu'il a conduit à restreindre et à retarder de manière significative la construction des usines par les industriels. En effet, avant la loi du 16 octobre 1919, qui a permis de créer un bien nouveau distinct du droit des riverains, le droit spécial sur la force motrice de l'eau, l'utilisation de cette énergie était soumise à deux régimes distincts, en fonction du statut juridique du cours d'eau. Ainsi, sur les cours d'eaux navigables et flottables, la propriété du lit appartenait à l'Etat. Ces rivières ont été intégrées au domaine de la Couronne par l'édit d'août 1669 de Louis XIV, leur régime ayant été maintenu pendant la période révolutionnaire avec la loi des 22 novembre et 1er décembre 1790. L'exploitation de la force motrice de l'eau sur les cours d'eaux domaniaux appartenait donc à l'Etat. Ainsi, une loi a confié le droit d'exploiter la force motrice du Rhône à la société Lyonnaise des Forces motrices du Rhône, en créant la dérivation du Rhône à Jonage[14]. Des concessions ont aussi été octroyées sur la Basse-Isère en 1914, le Drac Inférieur en 1916 et la Vienne en 1917[15]. Le droit d'exploiter était alors confié à des entreprises privées qui, en contrepartie, versaient une redevance au Trésor et octroyaient des réserves en eau et en énergie aux grands services publics. En revanche, la rivière et le lit des cours d'eaux non-domaniaux appartenaient aux riverains. Avant 1919, l'Etat attribuait alors une autorisation d'exploiter au titre de la loi du 8 avril 1898 sur la police des eaux. Toutefois, les riverains, qui bénéficiaient du droit à l'usage de l'eau, ne pouvaient pas facilement exploiter sa force, du fait

[13] CARPENTIER (A) et al., *Répertoire général alphabétique du droit français : contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence*, Paris, 1924, Tome 33, Fuzier-Herman, § 183.

[14] V. lois du 9 juillet 1892 (*JORF*, 10 décembre 1892, p. 3561) et 13 décembre 1893 (*JORF*, 14 décembre 1893, p. 6125).

[15] Source : débat à la Chambre des députés du 15 avril 1919 (*JORF*, 16 avril 1919).

du morcellement de la propriété le long du cours d'eau. Les installations d'importance étaient donc uniquement réalisées par des industriels, qui procédaient à l'acquisition de ces droits sur une surface suffisante. C'est dans ce contexte que les barreurs de chute disposaient d'un pouvoir de nuisance important.

Les industriels se sont donc rapprochés de l'Etat afin de surmonter cette difficulté. De plus, comme nous l'avons noté, ce dernier avait conscience de la nécessité de favoriser le développement de cette énergie afin d'assurer l'indépendance énergétique et la reconstruction de la France, notamment pour les besoins des industries à cette époque. Une Commission extraparlementaire a donc été constituée en 1917, avant même l'achèvement du conflit, et une Commission spéciale sur l'énergie hydraulique a été créée par la Chambre des députés en 1918, avec Léon PERRIER comme rapporteur. L'objectif était, comme l'a indiqué ce dernier lors des débats du 15 avril 1919 sur le projet de loi relatif à l'utilisation de l'énergie hydraulique, de « donner par une loi nouvelle, d'une part à l'Etat, d'autre part aux industriels, l'instrument nécessaire qui permettra le plein aménagement, l'entière utilisation de nos chutes avec toutes les conséquences heureuses et fécondes qui en découlent pour le pays »[16].

La nationalisation de la force motrice de l'eau se justifiait alors par le fait que l'énergie hydraulique était une richesse nationale[17]. Cette position était aussi partagée par la doctrine. Ainsi, Florent POL indiquait dès 1912, dans sa thèse de doctorat, qu'une future loi était nécessaire pour organiser l'utilisation de la force hydraulique de l'eau. La nationalisation devait alors permettre d'« éviter d'immobiliser entre les mains des particuliers une richesse qui doit influer d'une manière aussi pressante sur la vie économique de la nation, réserver à l'intérêt social la plus grande partie de cette source d'énergie et la soustraire aux spéculations privées, qui ne manqueraient pas d'y chercher des bénéfices dont seuls les contribuables et consommateurs feraient tous les frais »[18]. La voie de la nationalisation réduisait au surplus les contraintes liées aux barreurs de chute. René SAVATIER résumait parfaitement, sur ces questions, les enjeux en présence : « comment arriver à exploiter l'énergie hydraulique, si

[16] Débats à la chambre des députés sur le projet de loi relatif à l'utilisation de l'énergie hydraulique du 15 avril 1919, p. 1959 (*JORF. Débats parlementaires. Chambre des députés*, 16 avril 1919, p. 1959)

[17] Débats à la chambre des députés sur le projet de loi relatif à l'utilisation de l'énergie hydraulique du 9 avril 1919, p. 1809 (*JORF. Débats parlementaires. Chambre des députés*, 10 avril 1919, p. 1801)

[18] POL (F), *La houille blanche, sa réglementation envisagée au point de vue de l'intérêt social*, Thèse, Lyon, Imprimerie de la Revue judiciaire, 1912, p. 78.

l'exploitant n'est pas libre de faire empiéter l'eau de sa chute sur les terrains d'un grand nombre d'autres propriétaires, même malgré ceux-ci, et de faire passer ses lignes sur ou sous leur sol ? Prérogative qui est, encore ici, une prérogative de droit public appartenant à l'Etat. Voilà pourquoi la loi du 16 octobre 1919 a déclaré que l'énergie hydraulique en France appartenait, comme les chemins de fer comme les mines, au domaine public et que les particuliers même possédant des rivières et des lacs, ne pourraient bénéficier, sur cette énergie que de concessions »[19].

La loi du 16 octobre 1919 a donc nationalisé la force motrice de l'eau et a permis de faciliter le développement de l'hydroélectricité en France. Elle marque un changement de paradigme et une césure entre une période où l'Etat n'intervenait pas dans la production de richesse et le moment où il se l'approprie, notamment avec la nationalisation de la force motrice de l'eau, mais aussi avec la loi du 8 septembre 1919 sur les concessions de mines. Ce changement de paradigme se justifie par les tendances étatistes résultant notamment des conséquences de la guerre, mais aussi par la nécessité de trouver de nouvelles ressources financières pour l'Etat[20]. La notion, forte de sens, de « mainmise de l'Etat » est d'ailleurs utilisée par au moins deux auteurs de l'époque. Il s'agit, en premier lieu, d'André HAURIOU, pour qui « la nouvelle situation des riverains porte maintenant l'empreinte de la mainmise de l'Etat : la force motrice a été rendue indisponible entre leurs mains depuis le 16 octobre 1919 et le jeu de la loi de l'offre et de la demande a été modifié dans un sens favorable aux usiniers dont les entreprises feront plus tard retour à l'Etat »[21]. Tel est le cas, aussi, d'Emile EUSTATZIU, qui considère, dans sa thèse de doctorat, que la loi du 16 octobre 1919 « institue une mainmise incontestable sur les droits des riverains »[22]. Cette mainmise s'exprime alors tant dans l'exploitation du contrat que lors de son échéance, dans la mesure où l'Etat peut résilier un contrat avant son échéance par la déchéance du concessionnaire, le racheter notamment dans

---

[19] SAVATIER (R), *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ, 2ème édition, 1950, p. 44.

[20] Voir HAURIOU (A), *La mainmise de l'Etat sur l'énergie des cours d'eau non-navigables, ni flottables*, thèse, Toulouse, 1921, pp. 43-64.

[21] HAURIOU (A), thèse préc., p. 42

[22] Celui-ci semble donc, comme André Hauriou, plus favorable à une solution de liberté industrielle plutôt qu'à une forme de régulation de l'Etat dans ce secteur : « nous aurions aimé voir ces droits respectés, l'initiative privée encouragée et fortifiée ; l'intervention de l'administration réduite seulement à la limite de ses droits de police ; veiller à ce que cette importante richesse qui constitue la houille blanche ne reste pas inutilisée ou ne soit pas gaspillée. Un pareil système aurait été conforme aux vieilles traditions juridiques françaises et, nous le croyons également, à l'intérêt économique du pays » : EUSTATZIU (E-A), *Le fondement juridique et la législation des chutes d'eau*, thèse, Paris, PUF, 1922, p. 151.

l'hypothèse de concessions rentables, alors qu'il bénéficie par ailleurs d'un droit de retour automatique des biens construits par le concessionnaire en fin de contrat[23]. On peut comprendre la position des auteurs de l'époque, dans la mesure où le recours à la gestion déléguée avait été abandonné à cette période de l'histoire française. Or, cette mainmise conduisait à un interventionnisme plus poussé de l'Etat face à la liberté des industriels : André HAURIOU va d'ailleurs jusqu'à utiliser la notion d'Etatisme[24]. Cette loi avait alors été initiée à la demande des professionnels, mais ceux-ci se sont toutefois trouvés dans l'obligation de partager la richesse liée à l'exploitation de cette énergie. En effet, les titres octroyés par l'Etat les conduisaient notamment à verser une redevance pour les contrats de concession, proportionnelle aux bénéfices ou dividendes des entreprises[25]. De plus, la loi conduisait aussi à restreindre le droit des propriétaires riverains des cours d'eaux non-domaniaux, avec le recours possible à l'expropriation.

D'autres auteurs étaient toutefois plus mesurés dans leurs propos et considéraient que cette législation permettait de limiter les barrières administratives en octroyant des droits aux concessionnaires[26]. Pour René GERIN, ce choix était une nécessité liée à l'évolution de la vie économique française : « quoi qu'il en soit, et tout en reconnaissant les imperfections de la législation nouvelle, il faut néanmoins relever, qu'attendue depuis longtemps, elle marque un progrès considérable sur les projets antérieurs, et que, destinée – cela n'est pas douteux – à provoquer un nouvel essor de l'industrie hydraulique, elle vient à son heure pour pallier, dans une certaine mesure, à la crise économique actuelle »[27]. Cette position est aussi soutenue par Raymond GUILHON, selon lequel l'utilité publique justifie cette intervention de l'Etat[28]. Le

---

[23] Voir HAURIOU (A), thèse préc. A notre connaissance, aucune procédure de rachat n'a toutefois été mise en œuvre dans le cadre des concessions hydroélectriques en application du cahier des charges. En revanche, des dispositifs semblables ont été mis en œuvre suite à la loi de nationalisation.

[24] Thèse préc., p. 51 : « Dans l'atmosphère de cette loi, saturée de fiscalité et d'Etatisme, c'est à chaque article du texte et à chaque paragraphe du cahier des charges que l'on voit éclore de nouvelles charges ».

[25] Concernant l'article 9 de la loi du 16 octobre 1919, préc., v. André HAURIOU, qui indique que « cette clause est extrêmement grave ». « C'est, qu'en effet, cette disposition n'entraîne pas seulement une nouvelle charge financière pour les entreprises qui y sont soumises, elle entraîne aussi et par voie de conséquence, un droit de regard de l'Etat sur la gestion de l'entreprise. Si l'Etat partage dans les bénéfices, il faut bien qu'il sache à combien ils s'élèvent » (thèse préc., p. 48).

[26] V. GERIN (R), thèse préc.

[27] GERIN (R), thèse préc, p. 178

[28] GUILHON (R), *Etude au point de vue civil de la loi du 16 octobre 1919*, thèse, 1921, Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, p. 103 : « Aucun jurisconsulte n'a jamais prétendu appliquer la notion de domanialité publique soit aux mines, soit à la houille blanche. En réalité, l'intervention de l'Etat en notre matière se justifie sans qu'il soit nullement besoin de faire appel à son rôle d'administrateur du domaine. Il suffit de considérer l'évidente utilité publique de cette intervention ».

contrat de concession permet en effet de faciliter l'aménagement d'ouvrage hydroélectrique, notamment en octroyant aux concessionnaires des prérogatives de puissance publique. En contrepartie de cet avantage, le concédant contrôle de manière stricte la réalisation de ces aménagements. Ainsi, l'Etat approuve le programme des aménagements, participe aux opérations de récolement des ouvrages et suit l'exécution du contrat de concession. De plus, l'ensemble des ouvrages réalisés dans le cadre du contrat de concession, sous réserve qu'ils soient indispensables à l'exécution du contrat, lui reviennent gratuitement à l'échéance de la concession.

Les deux positions se sont aussi affrontées sur le continent européen. Des pays comme la Norvège, la Suède, l'Angleterre et l'Allemagne ont fait le pari d'une doctrine individualiste, où la propriété de la force motrice était privée. En revanche, la doctrine étatiste, choisie par la France, n'est pas isolée : l'Italie et la Suisse ont eu recours au même système pour assurer le développement de l'hydroélectricité sur leurs territoires, en recourant à la technique du contrat de concession[29].

La loi de 1919 a donc instauré deux régimes distincts en fonction de la puissance des aménagements. Les ouvrages d'une puissance inférieure à 500 kW et ceux d'une puissance inférieure à 150 kW, si leur objet est de fournir de l'électricité au service public, sont exploités sous le régime de l'autorisation. Dans cette configuration, les ouvrages sont donc la propriété de la personne autorisée, qui dispose d'un droit d'exploiter pendant une durée déterminée[30]. Les ouvrages plus importants font, quant à eux, l'objet d'un contrat de concession[31]. Les aménagements sont alors construits par le concessionnaire et exploités par lui pendant la durée du contrat, mais ils appartiennent à l'Etat dès leur construction.

Le choix du recours à la concession s'expliquait par l'absence de capitaux suffisants dans les mains de l'Etat pour assurer le développement de la production de l'énergie hydroélectrique. Ce mode de gestion a d'ailleurs vécu ces périodes les plus fastes lors de la réalisation des grands aménagements. Il a par exemple été utilisé pour la construction des

---

[29] Sur ce point, v. EUSTATZIU (E), *op. cit*., pp. 151-160.

[30] Article 2 de la loi du 16 octobre 1919, préc.

[31] V. *infra*, Section 2.

chemins de fer ou des réseaux électriques[32]. Ces ouvrages ont donc été construits par des entités distinctes de l'Etat, opérateurs privés ou non, pour le compte de l'Etat, en échange d'un droit d'exploiter ces aménagements, ce qui correspond à la définition même de la concession : selon Jean L'HUILLIER, celle-ci constitue en effet « un acte de puissance publique associé à un contrat », par lequel « l'autorité administrative attribue discrétionnairement à un particulier ou à une collectivité l'exercice de certains droits », sous certaines conditions, et « l'assujettit à certaines obligations, soit envers l'autorité concédante, soit à l'égard des tiers »[33]. La loi de 1919 a donc conduit l'Etat à confier à différents opérateurs privés, notamment des industriels, la construction d'ouvrages hydroélectriques. A compter de 1946, le recours à la concession a été maintenu, mais ce contrat ne pouvait être confié qu'à un opérateur : EDF.

§ 2 La nationalisation de l'électricité

La Seconde Guerre mondiale a été beaucoup plus destructrice pour la France que la Première. Elle a notamment conduit à la démolition de nombreux actifs de production d'électricité et par ailleurs causé des dégâts importants. En parallèle, la consommation d'électricité en France a commencé à se développer durant la guerre, mais surtout après, au regard des besoins de la reconstruction et de la modification des modes de consommation. A l'issue du conflit, il fallait donc trouver les dispositifs nécessaires à la reconstruction et à la relance de l'économie.

Au vu de l'ampleur des difficultés et de l'insuffisance des ressources privées, l'Etat a fait le choix de la nationalisation dans un certain nombre de secteurs stratégiques, et notamment dans le secteur de l'électricité. Cette idée a été évoquée par le Général de Gaulle dès 1945 : « Le Gouvernement a décidé de mettre à la base de la reconstruction française – pour qu'elle soit réalisée dans un délai minimum – la mobilisation de l'ensemble des moyens dont dispose le pays. Pour cela, l'Etat doit tenir en main les leviers essentiels qui commandent l'activité économique. Celle-ci devant comporter un secteur nationalisé, un secteur contrôlé et un secteur libre. Le secteur nationalisé comprendra notamment : [les industries] dont dépend la production de l'énergie (charbonnage, électricité) » [34]. Cet objectif a aussi été évoqué par Pierre Mendès France en mars 1945, afin de prendre en compte un « double impératif, économique et

[32] V. *infra*, Section 2, § 1.

[33] L'HUILLIER (J), *Législation des forces hydrauliques*, Albin Michel, 1936, p. 16.

[34] Charles De Gaulle, Décision du 16 mars 1945, Archives de la Présidence. Archives nationales, AG/3(4)/26.

politique ». C'est bien toutefois le premier volet qui retenait alors tout particulièrement son attention : « économiquement, l'État ne pourra organiser et diriger la Reconstruction nationale […] que s'il dispose sans réserve des grands moyens […]. Il appartient à l'état de mettre en commun les ressources vitales et de décider de leur affectation. Lui seul peut éviter les doubles emplois, la dispersion et surtout le gaspillage de ressources précieuses qui doivent être réservées aux travaux d'intérêt général, dans le cadre du Plan »[35]. En 1946, ces sujets sont également évoqués dans le rapport établi par Paul Ramadier au nom de la Commission de l'équipement national et de la production industrielle sur le projet de loi relatif au monopole et à la nationalisation de l'électricité et du gaz, ainsi que dans les débats de l'Assemblée nationale constituante sur le projet de loi de nationalisation de l'électricité et du gaz du 8 avril 1946. Paul Ramadier évoquait ainsi l'incapacité du secteur privé à répondre à l'importance des besoins en électricité : « l'expérience a montré que les besoins augmentent plus vite que les possibilités de l'industrie privée, dont le crédit est solide mais limité » ; « pour renaître, la France a besoin de faire appel à des capitaux considérables. Il s'agit de savoir s'il existe une puissance économique autre que celle de la Nation qui puisse faire cet appel, envisager des problèmes aussi étendus et les solutions aussi vastes que ceux qui s'avèrent indispensables »[36].

Au vu de cette situation, l'Etat a pris la décision de nationaliser le secteur de l'électricité et a créé à cet effet un opérateur unique, Electricité de France (EDF), qui disposait d'un monopole dans le domaine du transport de l'énergie et d'un quasi-monopole dans le domaine de la distribution et de la production[37]. Le monopole est défini par Madame ISIDORO comme « le privilège exclusif que possède une entité de vendre un bien, de fabriquer un produit, de gérer un service : nul autre organisme ou entreprise ne doit être capable d'offrir dans les espaces géographiques les mêmes biens ou services »[38]. EDF a donc été le seul bénéficiaire des concessions hydroélectriques attribuées après 1946. L'établissement s'est aussi substitué à la plupart des concessionnaires préexistants[39]. La nationalisation a donc conduit à développer les aménagements hydroélectriques en France, mais elle explique aujourd'hui les oppositions entre

---

[35] Mendès-France Pierre, *Les Réformes de structure*, p. 7. Archives nationales, AG/3(4)/26.

[36] Paul RAMADIER, 2ème séance du 22 mars 1946, débats de l'Assemblée nationale constituante, *Journal Officiel*, p. 1012.

[37] Ces éléments sont développés dans la Partie 1 de cette thèse.

[38] ISIDORO (C), *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie et Royaume-Uni)*, L.G.D.J., 2006, p. 38.

[39] Voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, B.

l'Etat français et l'Union européenne, notamment au regard des objectifs portés par cette dernière, comme la création du marché intérieur.

Au-delà des raisons économiques et politiques, qui ont conduit au choix du recours au contrat de concession pour le développement de l'hydroélectricité, il est nécessaire d'évoquer plus spécifiquement cette catégorie de contrat. En effet, le contrat de concession hydroélectrique fait l'objet de spécificités par rapport au droit commun des concessions.

Section 2 – L'objet de l'étude : le contrat de concession hydroélectrique

Nous avons fait le choix d'étudier uniquement le contrat de concession dans la gestion de la force motrice de l'eau. Ce choix a été fait au vu de la place de l'Etat, concédant, dans la gestion des contrats de concession. Son rôle de concédant lui permet d'avoir une influence sur la gestion des contrats, contrairement à l'autorisation. En effet, cette dernière n'est qu'une autorisation de faire. L'utilisation de l'outil concessif doit, au contraire, permettre à l'Etat de réaliser ses ambitions. Nous allons donc revenir sur le contrat de concession, qui est un outil aux mains de l'Etat depuis l'Ancien régime (§ 1), qui fait désormais l'objet d'un régime unifié sous l'influence du droit de l'Union européenne (§ 2). Toutefois, le contrat de concession hydroélectrique a auparavant fait l'objet de plusieurs qualifications depuis sa création, notamment du fait des évolutions des missions du concessionnaire, mais aussi des contraintes énergétiques du moment (§ 3).

§ 1 L'histoire de la gestion déléguée

Le mot commun « concession », issu de la forme latine *concedere* qui signifie « mettre à la place de », a fini par revêtir un sens juridique majeur avec le contrat de concession. Ces contrats sont définis par Xavier BEZANCON comme « les contrats comportant délégation d'une mission publique qui font s'obliger un tiers vis-à-vis d'une personne publique ». Ils « sont le support d'un investissement permettant la réalisation d'un ouvrage public ou d'un service public par un financement privé » et sont caractérisés par leur durée longue et leur complexité du fait de « leurs nombreuses fonctions (conception, construction, financement, entretien, service géré) ». L'auteur précise en outre que ces contrats ont vocation à associer les titulaires « à l'organisation du service public » et à leur confier, « parfois, des pouvoirs

régaliens ». De ce fait les concessionnaires sont donc choisis en « considération de leur personnalité »[40].

Le régime juridique et le recours à ces outils ont fait couler beaucoup d'encre, et cela pour plusieurs raisons. Tout d'abord parce que « l'histoire de la concession a un caractère cyclique et sectoriel »[41]. Ainsi, le recours à ce type de contrat est changeant en fonction des conditions économiques des époques, la sphère du secteur public ayant largement évolué au fil du temps, qu'elle se soit réduite à une peau de chagrin ou qu'elle ait englobé la majeure partie des activités de la société. En parallèle de l'évolution de cette sphère publique, les modalités de gestion des services, l'exécution des travaux, en somme les contrats publics qui contribuent à encadrer les activités exercées par des personnes privées pour le compte de personnes publiques, ont fortement évolué : « la relation entre l'Etat et le marché est le moteur de l'histoire de la concession ; tantôt l'Etat poussé par le besoin fait appel aux entreprises, tantôt se repliant sur lui-même, il gère directement »[42]. Finalement, on observe un réel « effet de mode », en fonction des époques, s'agissant du recours à la gestion déléguée[43].

Le recours à la gestion déléguée apparaît sous l'Ancien régime. Différents types de contrat existaient alors. On peut ainsi citer le bail décennal, avec la concession du canal pour les besoins d'irrigation de la Durance, dit canal d'Adam de Craponne en 1554. Il existait aussi des contrats de fiefs en terre, qui conduisaient à autoriser l'occupation du domaine public en échange de la construction d'un ouvrage, le contrat fixant le délai de construction ainsi que le prix des péages. L'exemple du canal de Briare, permettant de relier la Loire et la Seine, qui a fait l'objet d'une adjudication en 1604, en est la version la plus aboutie au regard de la description des droits et obligations du preneur. Avec le temps et peu avant la fin de l'ancien régime, les caractéristiques des fiefs évoluent en limitant les droits du preneur. Le contrat a désormais une durée limitée. Par conséquent, la cession du domaine n'est plus une condition du contrat : c'est l'exemple de la concession des frères Perier attribuée par Louis XVI, qui leur permettait de construire des canalisations enterrées pour amener l'eau dans les habitations.

---

[40] BEZANCON (X), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, Paris, 1999, pp. 577-578.

[41] RICHER (L), *La concession en débat*, LGDJ, mai 2014, p. 11.

[42] *Ibid*, p. 19

[43] Sur l'histoire des contrats de concession, voir notamment BEZANCON (X), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, *op. cit.*

A compter de la Révolution et jusqu'à la Première Guerre mondiale, le modèle concessif continue toutefois à être largement utilisé. Le XIXème siècle est la période de triomphe du contrat de concession, marquée par différentes phases, parfaitement identifiées par Xavier BEZANCON[44]. En effet, suite aux lois libérales révolutionnaires, notamment la loi des 2 et 17 mars 1791 portant suppression des jurandes et établissant la liberté du commerce et de l'industrie, la gestion en régie avait été interdite, sous réserve de quelques exceptions qui devaient être justifiées. L'intervention des personnes publiques dans le domaine industriel et commercial était alors réduite pratiquement à néant, comme l'a souligné le Conseil d'Etat dans son avis des 1er et 15 mars 1900[45]. Le recours aux concessions de travaux publics se développe alors pour assurer l'aménagement des villes, avec les traités de voirie sous Hausmann, ou pour permettre la création des grandes infrastructures, comme les voies ferrées. Initialement, les contrats de concession avaient vocation à faire financer la construction d'un ouvrage uniquement par le preneur. Au XIXème siècle, cette règle évolue. Ainsi, le développement des canaux, qui fait suite au Plan Becquey[46], et qui a conduit à l'adoption des lois des 5 août 1821 relative à la création du canal de Saint-Quentin et 14 août 1822 concernant le canal de Bourgogne, fut à l'origine des premiers dispositifs de co-financement public-privé[47].

A partir du début du XXème siècle, particulièrement à la suite du premier conflit mondial, la gestion déléguée ne sera toutefois plus érigée en principe, contrairement à ce qui était prévu par les lois révolutionnaires. Comme le souligne Xavier BEZANCON, « les contrats publics vont exprimer, ce qui est nouveau, un véritable choix entre la régie et la délégation, cette dernière n'étant plus naturelle comme au cours des époques précédentes »[48]. La régie et l'économie mixte deviennent les modes de gestion les plus courants à partir des décrets-lois des 5 novembre et 28 décembre 1926[49]. De plus, l'achèvement des grandes infrastructures (voies ferrées, autoroutes, ouvrages hydrauliques, …) a conforté l'essoufflement des concessions de

---

[44] BEZANCON (X.), « Histoire du droit concessionnaire en France », *Entreprises et histoires*, 2005/1, n°38, pp. 24-54

[45] *Rev. Gén. D'administration*, 1900, 1, pp. 433-435.

[46] Louis BECQUEY était alors directeur général des Ponts et Chaussées.

[47] Loi du 5 août 1821 (v. *Bulletin des lois de la République française*, n°470, 1821, p. 206) ; Loi du 14 août 1822 (v. *Bulletin des lois de la République française*, n°571, 1822, p. 597).

[48] BEZANCON (X), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, *op. cit.*

[49] Décret-loi du 5 novembre 1926 (*JORF*, 7 novembre 1926, p. 11894) ; Décret-loi du 28 décembre 1926 (*JORF*, 31 décembre 1926, p. 13744).

travaux. Toutefois, le XXème siècle voit se développer la notion de service public, qui se différencie de la notion de travail public, et qui permet au contrat administratif, assorti d'un tel objet, de connaître un nouvel essor[50].

Le XXème siècle sera aussi marqué par une évolution dans la perception même du contrat. La caractéristique principale du contrat était attachée jusque-là à son caractère *intuitu personae*[51]. Le caractère *intuitu personae* de la délégation était d'abord lié à un élément de droit, la nécessité d'être fidèle au Roi, mais aussi à des considérations de fait, au vu de la complexité, du coût et de la durée du projet. Toutefois, la volonté de régir de plus en plus précisément l'organisation de la gestion déléguée a conduit à faire du cocontractant un partenaire contraint de l'administration. Ainsi, le caractère spécifique de chaque contrat de concession s'efface avec l'instauration de cahiers des charges types auxquels doivent recourir les personnes publiques[52], le développement des sociétés d'économie mixte locales pour la gestion des services publics, ou, de manière encore plus radicale, avec le recours à la nationalisation après la Seconde Guerre mondiale. Ainsi, si le contrat de concession consiste à créer un équipement, à l'entretenir et à le gérer, l'Etat a commencé, à partir du début du XXème siècle, à intervenir de plus en plus dans les modalités de la gestion déléguée, notamment en instaurant des moyens de contrôle. Cette évolution marque donc le début du déclin du contrat de concession, tel que conçu historiquement, puisqu'un contrat qui a pour objet de confier la création, la gestion et l'exploitation d'un ouvrage à une personne privée ne peut « vivre pleinement » lorsque la puissance publique intervient et contrôle strictement le prestataire.

De plus, le contrat de concession évolue. Il était auparavant pour le concessionnaire la garantie de l'exploitation de la ressource dans des conditions prédéfinies, sans risque de connaître de nombreuses modifications à la demande du concédant. Mais, suite à la Première Guerre mondiale, le Conseil d'Etat remet en cause le principe d'intangibilité du contrat, à travers les notions de mutabilité et d'imprévision[53].

---

[50] CE, sect., 20 avr. 1956, *Époux Bertin*, *Rec.* 167 ; CE, sect., 20 avr. 1956, *Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard*, *Rec.* 168, *RDP* 1956, p. 1058, concl. Long, note M. Waline. Sur ces deux arrêts v. *GAJA*, 21ème éd., 2017, pp. 436-463. V. CE, Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, *Rec.* 401 ; *RD publ.* 1963, p. 1186, note M. Waline. Sur des éléments de définition du service public, v. BOITEAU (C), « Vers une définition du service public ? », *RFDA*, juillet 2007, pp. 803-811.

[51] ANTOINE (A), « *L'intuitus personae* dans les contrats de la commande publique », *RFDA*, 2011, n°5, pp. 879-892.

[52] Décret du 20 août 1908 portant approbation du cahier des charges type pour la concession d'une distribution publique d'énergie électrique par l'Etat (*JORF* n°230 du 23 août 1908, p. 5982).

[53] La notion d'imprévision a été consacrée par le Conseil d'Etat par l'arrêt du 30 mars 1916, *Compagnie d'éclairage de Bordeaux* (*Rec.* 125, concl. Chardenet ; *S.* 1916.3.17, concl., note Hauriou). V. notamment, CLOUZOT (L), « La théorie de

Enfin, les investissements, qui représentent des sommes colossales, demeurent à la charge du concessionnaire, alors que le contexte économique s'avère moins favorable. L'heure est alors à la bonne gestion des deniers publics et de fortes critiques s'élèvent contre les concessionnaires (ou délégataires) qui tirent des bénéfices des aménagements publics.

Ainsi, en fonction des époques, et notamment des périodes marquées ou non par la crise, la gestion déléguée a été plus ou moins utilisée. Pour autant, les motifs conduisant à la délégation sont « éternellement les mêmes : inventivité des personnes privées, nécessité d'équipement, absence d'intérêt public ou de financement public »[54]. Par conséquent, alors que les périodes postérieures aux deux guerres ont été propices à la gestion des services en régie, la gestion déléguée a au contraire été promue dans les périodes plus fastes de notre histoire.

Les règles du contrat de concession ont toutefois récemment fait l'objet de nombreuses évolutions, qui ont connu un aboutissement récent dans l'adoption du code de la commande publique.

§ 2 Le régime unifié du contrat de concession sous l'influence du droit européen

Comme le rappelle Hélène HOEPFFNER, « la transposition de la directive n°2014/23 du 26 février 2014 a été l'occasion de rationaliser le droit national en définissant un socle juridique commun à tous les contrats de type concessif »[55]. A l'échelle du droit européen, la directive de 2014 permet ainsi de créer un régime unifié applicable aux contrats de concession, qu'ils soient de travaux ou de services[56]. En effet, antérieurement à cette directive, il fallait différencier deux régimes.

---

l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude », *RFDA*, 2010, pp. 937-948 ; REINE (P), « La théorie de l'imprévision est-elle toujours applicable ? », *Contrats publics*, n° 183, janvier 2018, pp. 27-30. La notion de mutabilité a, quant à elle, été consacrée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 11 mars 1910, *Compagnie générale française de tramways*, (*Rec*. 216, concl. Blum ; *S*. 1911.3.1 concl., note Hauriou). V. notamment, UBAUD-BERGERON (M), *La mutabilité du contrat administratif*, thèse, Montpellier I, 2004, dactyl., 709 p.

[54] BEZANCON (X), « Histoire du droit concessionnaire en France », *Entreprises et histoires*, 2005/1, n°38, pp. 24-54 (p. 24).

[55] HOEPFFNER (H), *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2016, p. 148.

[56] Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution du contrat de concession (*JOUE* du 28 mars 2014, L. 94/1). Sur cette directive et ses suites, v. notamment, Colloque IGD, *Les concessions : rénovation ou révolution ? Transposition de la directive 2014/23/UE*, 24 septembre 2015 ; BRACONNIER (S), « Regards sur le nouveau droit des concessions », *JCP G*, n°14, 04 avril 2016, pp. 698-706 ; FRACKOWIAK (C), « Le droit des concessions : ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre ... L'ordonnance et le décret relatifs aux contrats de concession », *BJCP*, n°104, janv. fév. 2016, pp. 5-12 ; HOEPFFNER (H), « La nouvelle directive concessions – Sécuriser le cadre juridique des concessions et préserver la liberté des concédants : une conciliation impossible ? », *Revue Europe*, n°6, juin 2014, étude 5, pp. 9-16 ; NOGUELLOU (R), « Les nouvelles

La définition des concessions de travaux est apparue dans la directive relative aux marchés publics dès 1993, laquelle définit ce contrat comme un marché public « à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix »[57]. Cette directive ne prévoyait alors que quelques règles de publicité. En 2004, la nouvelle directive marchés publics reprenait par la suite la définition des concessions de travaux et fixait des règles de publicité plus précises, mais toutefois moins contraignantes que pour les marchés[58].

En revanche, les concessions de service sont présentées pour la première fois en droit communautaire, dans la directive 2004/18/CE, comme des marchés publics de services « à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix »[59]. Toutefois, ces contrats étaient des marchés exclus de l'application de la directive[60]. Ainsi, les concessions de services n'étaient soumises qu'aux principes généraux des traités jusqu'en 2014[61].

Le droit de l'Union européenne a mis du temps à encadrer de manière unifiée le régime des concessions, malgré la volonté pourtant affichée dès le début des années 2000. La Commission indiquait alors qu'« étant donné le recours de plus en plus fréquent à cette forme d'association avec les opérateurs, notamment pour les grands travaux d'infrastructures ainsi que pour certains services », il était nécessaire d'assurer « l'information des opérateurs concernés et des pouvoirs publics quant aux dispositions qu'elle estime applicables aux concessions, en l'état actuel du droit communautaire » [62]. Les nombreux débats autour de cette

directives et l'exécution des contrats », *AJDA*, avril 2014, pp. 853-859 ; PELISSIER (C), « Définition de la concession de services et catégories juridiques existantes en droit français », *BJCP*, n° 95, 07 août 2014, pp. 246-253.

[57] Article 1er, d, Directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (*JOUE* n° L 199 du 09 août 1993, p. 54). La directive a intégré cette définition en précisant que « considérant que, compte tenu de l'importance croissante des concessions dans les travaux publics et de leur nature spécifique, il est opportun d'inclure dans la présente directive des règles de publicité en la matière ».

[58] Les règles étaient fixées aux articles 56 à 65 de la 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 (*JOUE*, L 134 du 30 avril 2004, p. 114). Bien que les concessions soient intégrées dans la directive marchés publics, elles faisaient l'objet d'un régime distinct, avec notamment des règles de passation plus souples.

[59] Article 1er, 4 de la directive 2004/18/CEE préc.

[60] Article 17 de la directive 2004/18/CEE préc.

[61] CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, C-324/98, (*Rec.* 2000 page I-1074). V., sur ce point, CANTIER (B) et TROIZIER (A), « Droit communautaire des concessions ; un pas décisif vers la mise en concurrence européenne », *LPA*, 30 avril 2001, n° 85, pp. 13-17 ; RICHER (L), « Concessions de service public », *AJDA*, n° 1, 20 janvier 2001, pp. 106-112.

[62] §1, 4 de la Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire (*JOUE*, 29 avril 2000, n°2000/C 121/02). Sur cette question, voir BETTINGER (C), « Réflexions sur le premier texte d'harmonisation sur les concessions dans le droit communautaire », *Revue des concessions et des délégations de service public*, n°8, 1er mars 2000, pp.

question, au vu notamment des différences de régime applicables à ce type de contrat dans les Etats membres, expliquent que la création de dispositions unifiées concernant les contrats de concession ait pris du retard[63].

Contrairement au droit de l'Union européenne, le droit français a encadré très tôt le contrat de concession[64]. La notion de concession est d'ailleurs « bien antérieure à la formation même du droit administratif »[65]. En 1910, le juge associe les notions de « concession » et de « service public »[66]. Mais la première tentative de définition apparaît dans les conclusions du Commissaire de gouvernement CHARDENET sur l'arrêt du Conseil d'Etat *Gaz de Bordeaux*[67].

Les premiers encadrements législatifs, au-delà des dispositions spécifiques en fonction de l'objet des concessions, apparaissent en 1993[68]. Le législateur crée alors une catégorie spécifique de concession de service public : la délégation de service public[69]. Toutefois, il s'est

---

63-107 ; MATTERA (A), « La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique : un instrument de transparence et de libéralisation », *Revue du droit de l'Union européenne*, n°2, 1er avril 2000, pp. 253-311.

[63] Voir FRIBOULET (A), « Eclairages sur le processus d'adoption du nouveau droit européen des marchés publics et des concessions », *CMP*, n°6, 1er juin 2014, pp. 8-11 ; DE LA ROSA (S), « Enjeux et négociations de la directive sur l'attribution des contrats de concession », *JCP A*, 5 mai 2014, n°18, pp. 10-14.

[64] GUGLIELMI (G.), « La concession française et l'émergence de nouvelles formes contractuelles », *JCP A*, n°16-18, 16 avr. 2007, étude n°2098, pp. 23-25 ; MORAND-DEVILLER (J.), *Droit administratif des biens*, Montchrestien, Paris, 2010, 6ème éd., pp. 710-716 ; RICHER (L) et LICHERE (F), *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 2016, 10ème éd., pp. 567-642 ; WALINE (J.), *Droit administratif*, Précis, Dalloz, 2018, 27ème éd. , pp. 435-448.

[65] BETTINGER (C.), *La concession de service public et de travaux publics*, Berger-Levrault, Coll. L'administration nouvelle, 1978, (p. 1). Voir sur l'histoire de la concession, v. *supra* §1.

[66] CE, 4 mars 1910, *Thérond*, *Rec*. 193, concl. PICHART ; *S*. 1911.3.17 concl., note HAURIOU. Voir, sur cet arrêt, DE LAUBADERE (A), *Traité de droit administratif*, LGDJ, 1976, pp. 626-639 ; *GAJA*, 21ème éd., 2017, pp. 111-114.

[67] CE, 30 mars 1916, *Compagnie d'éclairage de Bordeaux*, préc., concl. Chardenet, *RD publ*., 1916, p. 213 : le contrat de concession est alors défini comme un « contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et qui l'en rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage public ou sur ceux qui bénéficient du service public ».

[68] En effet, avant cette date, il existait des législations en fonction de leur objet, comme les concessions hydroélectriques avec la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique (*JORF*, 18 octobre 1919, p. 11523), les concessions de distribution d'électricité avec la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie (*JORF*, 17 juin 1906, p. 4105), et de tramways avec la loi du 11 juin 1880 relative aux chemins de fer d'intérêt local et aux tramways (*JORF*, 12 juin 1880, p. 1).

[69] 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 (*JORF*, n°25 du 30 janvier 1993 p. 1588).

La doctrine sur la délégation de service public est abondante : voir, notamment, AUBY (J.-B.) et MAUGUË (C.), « Les contrats de délégation de service public », *JCP G*, 1994 -1, n°9, doctrine, n°3743, pp. 115-124 ; AUBY (J.-F.), « La délégation de service public. Premier bilan et perspectives », *RDP*, 07-08/1996, n°4, pp. 1095-1115 ; BRACONNIER (S.), *Droit des services publics*, Themis, PUF, Paris, 2003 (pp. 413-482) ; CHENUAUD-FRAZIER (C.), « La notion de délégation de service public », *RDP*, janv. Fevr. 1995, n°1, pp. 175-199 ; DELACOUR (E), « Les évolutions du droit des délégations de service public depuis dix ans », *Contrats et marchés publics*, mai 2003, chron. n°6, pp. 3-8 ; DELVOLVE (P.), « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 1996, n°9, pp. 675-691 ; DOUENCE (J.-C.), « Les contrats de délégation de service public », *RFDA*, 1993, n°5, pp. 936-951 ; PLATON (S.), « Délégation de service public et concession de services en droit de l'Union Européenne », *AJDA*, 2013, n°25, pp. 1448-1455 ; RICHER (L.), « Que reste-t-il de la délégation de service public ? », *AJDA*, 3 décembre 2007, n°41/2007, tribune, p. 2225.

contenté de définir un cadre relatif aux règles d'attribution de ces contrats, sans procéder à une définition de la notion. Il faudra attendre l'intervention du juge en 1994 pour voir émerger une définition de la délégation de service public, qui sera reprise par le législateur[70]. La loi MURCEF prévoit ainsi qu'« une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service », tout en précisant que le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service »[71].

La dernière modification du régime des contrats de concession a été impulsée par la transposition de la directive concession en droit interne. Celle-ci a ainsi permis d'atténuer un certain nombre de spécificités, par exemple en abrogeant le décret relatif aux concessions de travaux publics et en soumettant les concessions d'aménagement et les concessions hydroélectriques au droit commun des concessions, à l'exception de certaines dispositions spécifiques prévues respectivement dans le code de l'urbanisme et le code de l'énergie[72]. Cette évolution est aujourd'hui parfaitement présentée par Xavier MATHARAN : « fondé historiquement sur la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, véritable monument législatif, le nouveau droit des concessions d'énergie hydraulique s'efforce d'en conserver les héritages et les spécificités, tout en respectant les exigences du nouveau droit des concessions, ainsi que celles qui tiennent à l'importance croissante des préoccupations environnementales et des usages de l'eau »[73].

---

[70] CE, 15 mai 1994, *Synd. Inter. des transports publics de la région de Douai*, *Rec.* T. 1033.

[71] Article 3, insérant un nouvel alinéa à l'article 38 de la loi n°93-122, préc. et à l'article L. 1411-1 du CGCT, de la loi MURCEF n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (*JORF* n°288 du 12 décembre 2001, p. 19703). V., sur ce point, DREYFUS (J.-D.), « La définition légale des délégations de service public », *AJDA*, 2002, n°1, pp. 38-41 ; Institut de la gestion déléguée, « La nouvelle définition légale de la délégation de service public », Conférence-débat du 5 mars 2002.

[72] Sur la concession de travaux, v. ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics (*JORF* n°0162 du 16 juillet 2009, p. 11853). V., sur cette question, COSSALTER (P.), « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité, ni souhaitable », *AJDA*, 2009, n°34, pp. 1882-1888.

Sur la concession hydroélectrique, v. décret n°2016-530 du 27 avril 2016 relatif aux concessions d'énergie hydraulique et approuvant le modèle de cahier des charges applicable à ces concessions (*JORF* n°0102 du 30 avril 2016).

Sur la concession d'aménagement, v. DOURLENS (N), « Concessions d'aménagement : fin de la spécificité et application du droit commun », *Décideurs juridiques et financiers*, 1er novembre 2016, pp. 18-19 ; LLORENS (F), « Concessions d'aménagement : la fin d'une exception », *CMP*, 1er juillet 2016, pp. 1-2.

[73] MATHARAN (X), « Le cahier des charges des nouvelles concessions d'énergie hydraulique », *ACCP*, n°168, 1er septembre 2016, pp. 23-26 (p. 23). V. également, LE BIHAN-GRAF (C), « Le nouveau régime des concessions hydroélectriques », *Energie-env-infra*, 1er juillet 2016, n°7, pp. 32-34.

Le code de la commande publique, entré en vigueur le 1er avril 2019, s'aligne donc sur le régime européen, en distinguant désormais deux catégories de concession, que sont les concessions de service et de travaux[74]. Les notions de service public et de travaux publics disparaissent, même si la catégorie spécifique de la délégation de service public est maintenue, tout en étant dorénavant réservée aux seules collectivités territoriales[75]. Désormais, le contrat de concession est défini comme « un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exécution de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix »[76].

La définition prévue par l'article L. 1121-1 du Code de la commande publique (CCP) reprend presque mot pour mot le texte de la directive. On y retrouve d'ailleurs les cinq critères préexistants dans le droit interne.

Le premier critère est formel. Il nécessite la conclusion d'un contrat par écrit, qui doit être au moins bilatéral, mais qui peut aussi être pluripartite.

Le deuxième critère est organique. Le contrat doit être conclu par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice. La transposition de la directive a conduit à faire évoluer la définition, puisqu'avant seule une personne publique pouvait décider de conclure une délégation de service public en droit interne[77]. Le concessionnaire est, quant à lui, un opérateur

---

[74] La directive 2014/23/UE a été transposée en droit français par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (*JORF* n°0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66) et le décret n°2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession (*JORF* n°0027 du 2 février 2016, texte n° 20). Ces textes ont été codifiés dans le code de la commande publique par l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique (*JORF* n°0281 du 5 décembre 2018, texte n° 20). Le droit interne crée, au-delà des concessions de service et de travaux, une catégorie supplémentaire, avec le contrat de concession de défense (article L. 1120-1 du Code de la commande publique), que nous n'étudierons pas dans notre propos.

[75] Articles L. 1411-1 à L. 1411-19 du Code général des collectivités territoriales.

[76] Article L. 1121-1 du Code de la commande publique. Les deux alinéas suivants précisent cette définition : « La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés ».

[77] En effet, seules les personnes publiques sont naturellement et initialement détentrices de missions de service public. Pour autant des personnes privées peuvent être chargées d'une mission de service public par une personne publique. V. sur cette question : CE, 20 décembre 1935, *Etablissements Vezia*, *Rec.* 1212 ; CE, ass., 2 avr. 1943, *Bouguen*, *Rec.* 86, *GAJA*, 21ème éd., 2017, pp. 313-317. Il faut cependant apporter deux précisions sur ce point : d'une part tous les services publics ne sont pas délégables ; d'autre part, aucune distinction ne s'impose entre services publics administratifs et services publics industriels et commerciaux. En revanche, il convient de distinguer entre services publics régaliens ou non régaliens. Ainsi, les services publics régaliens ne peuvent être délégués à une personne privée. En effet, la nature même de ces pouvoirs explique l'impossibilité de les transférer, c'est le cas des pouvoirs de police.

économique, que ce soit une personne publique ou une personne privée. Tant qu'elle n'utilise pas les moyens du service pour se procurer un avantage, la personne publique est d'ailleurs considérée comme un candidat, au même titre que toute société de droit privé.

Le troisième critère est d'ordre matériel. L'objet du contrat de concession doit ainsi résider soit dans l'exécution de travaux, soit dans la gestion d'un service. Ce critère évolue aussi avec la directive puisque, comme nous l'avons vu, les notions de travail public et de service public disparaissent.

Le quatrième critère est financier, dans la mesure où la rémunération du concessionnaire doit être tirée soit de l'exploitation de l'ouvrage ou du service, soit de ce droit assorti d'un prix[78]. Ce critère permet de différencier la concession du marché. Ainsi, Paul GARNIER définissait le contrat de concession comme « un contrat administratif par lequel l'autorité publique détache une fraction de ses droits pour en donner la jouissance temporaire au concessionnaire, à charge pour ce dernier d'effectuer certaines prestations »[79]. Le Conseil d'Etat a ainsi estimé qu'un contrat relatif à l'exploitation, la maintenance et l'entretien du mobilier urbain destiné notamment à l'information municipale devait être qualifié de contrat de concession. Cette qualification est fondée dès lors que la rémunération du titulaire était tirée de la vente d'espaces publicitaires et qu'il supporterait le risque lié à la demande. De plus, en aucune manière le contrat ne prévoyait une prise en charge totale ou partielle des pertes par la collectivité[80].

Ainsi, l'ultime critère est celui du risque supporté par le concessionnaire[81]. Le contrat de concession, qui a fait couler beaucoup d'encre (tantôt pour en faire son procès, tantôt sa promotion), a aussi conduit beaucoup d'auteurs à se positionner sur sa définition, dans laquelle le critère du risque est essentiel. Un tel critère apparaît en jurisprudence avec la définition proposée par l'Avocat Général LA PERGOLA, dans ses conclusions dans l'affaire C-360/96,

---

[78] Le critère du paiement par l'usager n'est toutefois pas un critère exclusif. V. sur ce point, CE, 8 février 1878, *Pasquet*, *Rec.* 128, *D.* 1878, III, 59 ; LLORENS (F), « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la DSP », in *Mélanges en l'honneur de Jean WALINE. Gouverner, administrer, juger*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 301-318.

[79] GARNIER (P), *Le cahier des charges des concessions de chute d'eau*, Thèse, Paris, 1931, éd. Rousseau, p. 9.

[80] CE, 25 mai 2018, n° 416825, 416947, Société Philippe Védiaud Publicité et Commune de Saint-Thibault-des-Vignes,

[81] Voir, notamment, BRACONNIER (S.), « La consécration du critère du risque opérationnel dans la directive « concession » », *Contrats publics*, n°141, mars 2014, pp. 26-31 ; LAFITTE (O), « Les nouveaux paramètres financiers des contrats de concession », *Revue contrats publics*, n°164, avril 2016, pp. 61-64 ; LOMBARD (F.), « La codification du critère de distinction marché / concession : le critère du risque opérationnel », *JCP*, n°18-19, 5 mai 2014, pp. 15-18 ; PEZ (T), *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 2013, pp. 136-174 ; TROGER (F), « La notion de risque au centre de la définition de la concession de services », *Complément commande publique, Le Moniteur*, novembre 2017, pp. 8-12.

dite *BFI* du 10 novembre 1998[82]. En revanche, dans l'arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000, la notion de risque n'apparaît pas : c'est le critère de la rémunération qui est retenu pour la qualification du contrat de concession[83]. Cette solution n'applique cependant pas strictement les conclusions de l'avocat général FENNELLY, qui indique que le concessionnaire a l'obligation « de supporter le risque économique principal, ou en tout cas substantiel, associé à la prestation de service concerné »[84]. On voit ensuite apparaître dans les décisions de la Commission le caractère déterminant du critère de risque économique dans la qualification du contrat de concession[85]. La jurisprudence française a finalement suivi cette analyse, en mettant au cœur de la qualification du contrat de concession la notion de risque, qui est intrinsèquement liée au critère de la rémunération[86]. Le Conseil d'Etat a ainsi fait apparaître cette notion dans sa décision *Département de la Vendée* du 7 novembre 2008[87]. Si la transposition en droit interne de la directive concession de 2014 diffère légèrement de la rédaction européenne, le sens de la définition est toutefois le même, dans la mesure où le risque existe dès lors que le concessionnaire n'est pas certain d'assurer l'amortissement des investissements qu'il réalise.

L'ordonnance de 2016 relative aux contrats de concession a été codifiée dans le code la commande publique par l'ordonnance n°2018-1074[88]. Elle distingue dorénavant, conformément au droit de l'Union Européenne, trois types de concession : les concessions de service, les concessions de travaux et celles qui sont mixtes.

---

[82] CJCE, 10 nov. 1998, *BFI holding BV*, Aff. C-360/96, *Rec.* 1998 I-06821. V. Conclusions de l'avocat général La Pergola, *Rec.* 1998 I-06824.

[83] CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria*, Aff. C-324/98, *Rec.* 2000, p. I-10745. V. Conclusions de l'avocat général Fennelly, *Rec.* 2000, p. I-10747.

[84] Conclusions de l'avocat général Fennelly, *op. cit.*, p. I-10761.

[85] CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03, *Rec.* 2005 I-08585.

[86] Voir, sur ces développements, RICHER (L), *La concession en débat*, Lextenso, 2014 ; PEZ (T), *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 2013, pp. 85-136.

[87] CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, *Rec.* T. 805.

[88] La codification a été faite à droit constant. Pour autant, nous devons noter une modification de la définition du contrat de concession dans le code de la commande publique. En effet, le caractère écrit et le caractère onéreux du contrat ont disparu dans la définition de l'article L. 1121-1 CCP. Toutefois, l'article L. 2 prévoit que l'ensemble des contrats de la commande publique sont conclus « à titre onéreux ». En revanche, le caractère écrit de ces contrats ne se retrouve ni dans le titre préliminaire du code, ni dans le titre deuxième relatif aux contrats de concession. Cette absence nous interroge : cela signifie-t-il que ces contrats ne doivent pas être nécessairement écrits ? Ou bien s'agit-il simplement d'une omission dans la rédaction du code ? Il nous semble donc nécessaire, pour clarifier cette question, que le juge ou le législateur intervienne.

La question de la qualification des concessions hydroélectriques a fait l'objet de doctrines divergentes en fonction des époques. Elle doit aussi être revue à la lumière du régime unifié, dorénavant inscrit dans le Code de la commande publique.

§ 3 La nature du contrat de concession hydroélectrique

Le contrat de concession hydraulique a pu être défini au début du XXème siècle, comme « le contrat par lequel la puissance publique concède à un particulier qu'elle choisit discrétionnairement, le droit d'utiliser temporairement à son profit, sous réserve de redevances en nature ou en argent, dans l'intérêt général, l'énergie d'une portion déterminée des cours d'eau, à charge par lui d'exécuter à ses frais, sous le contrôle et avec l'aide de l'administration, tous les ouvrages arrêtés d'un commun accord, et de les remettre gratuitement, en fin de contrat, à l'autorité concédante, francs et quittes de tous privilèges, hypothèques et autres droits réels »[89].

Cette définition semble tendre vers une qualification mixte de la concession hydroélectrique, entre travaux publics et services publics. L'auteur (G. TOCHON) fait référence dans sa définition à la construction de l'ouvrage, qui sera remis à l'Etat en contrepartie du droit d'exploiter la force motrice de l'eau. Les concessions accordées dans le cadre de l'utilisation de l'énergie hydraulique semblent donc pouvoir répondre alternativement ou cumulativement à ces deux qualifications[90].

Suite à l'adoption de la loi de 1919, les auteurs ne considéraient pourtant pas que ces concessions consistaient à exploiter un service public, puisque ces ouvrages étaient principalement créés par des industriels afin de satisfaire leurs besoins en énergie, notamment dans le domaine de la métallurgie ou de la papeterie[91]. En revanche, à la même période, René GERIN affirmait que « la houille blanche a l'importance d'un service public »[92]. Toutefois, cette position se justifiait sans doute davantage par la nécessité de nationaliser la force motrice

---

[89] TOCHON (G), *De l'utilisation des cours d'eaux non-navigables ni flottables en vue de l'établissement des usines hydrauliques*, Thèse, 1908, cité dans GERIN (R), préc., p. 109.

[90] Voir, sur ce point, CHAID-NOURRAI (N) et BERTHON (G), « La vraie nature des concessions hydroélectriques », *RFDA*, 2017, pp. 262-269.

[91] HAURIOU (A), thèse préc, p. 97 : « L'exploitation de cette énergie [hydraulique] n'est pas un service public ».

[92] GERIN (R), *Les forces hydrauliques au point de vue économique et juridique*, thèse, Lyon, Association typographique lyonnaise, 1921, p. 90.

de l'eau que pour des questions liées à la qualification du contrat de concession. Cet auteur considère en effet que les concessions de la loi de 1919 tiennent plus des concessions de travaux publics et des concessions minières. Cette analyse va d'ailleurs dans le sens de celle proposée par la commission extra-parlementaire, ayant rédigé le projet de texte en 1917, qui avait voulu qualifier les concessions hydroélectriques de concessions de travaux publics. Toutefois, cette qualification a disparu du texte lors des débats à la Chambre des députés. Ainsi, la question s'était posée, sans être tranchée, de savoir si ces concessions relevaient plus des concessions minières, des concessions de travaux publics ou même de simples concessions domaniales.

La nature juridique de la concession hydroélectrique, en l'absence de qualification expresse dans la loi, a donc fait l'objet de positions divergentes au sein de la doctrine[93]. Selon Achille MESTRE, celles-ci étaient des concessions de travaux publics lorsqu'elles avaient été délivrées sur le fondement de la loi de 1870, ou si elles étaient associées à la distribution d'électricité[94]. Dans les autres hypothèses, ces concessions devaient être considérées comme des travaux publics. Le Conseil d'Etat a donc considéré, dès 1924, que les travaux exécutés par le concessionnaire étaient des travaux publics[95]. Dans le cas d'espèce, le contrat de concession en cause n'avait pas été octroyé sur le fondement de la loi du 16 octobre 1919, mais sur celui de la loi du 27 août 1870, qui permettait de délivrer des contrats de concession pour les canaux de moins de 20 km. Ainsi, par décret du 25 octobre 1914, l'Etat avait confié la concession de l'usine de Beaumont-Montheux à la Société des grands travaux de Marseille[96]. La question de la qualification s'était ici posée afin de savoir si le concessionnaire était soumis au versement de la patente due par les personnes réalisant des travaux publics. Le Conseil d'Etat a considéré que, dans la mesure où les ouvrages devaient revenir à l'Etat et que l'obligation de vendre une partie de l'énergie à prix réduit pesait sur le concessionnaire, les travaux exécutés devaient être considérés comme des travaux publics. Conformément à cette solution, la haute juridiction a retenu la même qualification pour une concession attribuée sur le fondement de la loi du 16

---

[93] Voir, sur cette question, GARNIER (P.), *Le cahier des charges des concessions de chute d'eau*, thèse, Paris, 1931, Ed. Rousseau, pp. 9-16 ; GERIN (R), *Les forces hydrauliques au point de vue économique et juridique*, thèse, Lyon, 1921, Association Typographique lyonnaise, pp. 108-110 ; GUILHON (R), *Etude au point de vue civil de la loi du 16 octobre 1919*, thèse, Paris, 1921, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. 64-68.

[94] MESTRE (A), « Les travaux d'aménagement des chutes d'eau sont-ils des travaux publics ? », *Le Génie civil*, 9 août 1924, pp. 137-138.

[95] CE, 8 mai 1924, *Société des grands travaux de Marseille*, *Rec.* 425.

[96] Décret du 25 octobre 1914 en vue de l'établissement à Beaumont-Montheux d'une usine publique hydroélectrique (*JORF* du 31 octobre 1914, p. 8494).

octobre 1919, contrairement à la position défendue par Achille MESTRE[97]. Des propriétaires riverains de l'usine hydroélectrique de Sainte-Tulle, concédée à la société électrique du littoral méditerranéen, se plaignaient en l'espèce du tarissement de leur puit. Le litige a été porté devant le Conseil de Préfecture et, en appel, devant le Conseil d'Etat. A cette occasion, ni les parties, ni même les juges qui auraient pu soulever le moyen d'office, n'ont remis en cause leur compétence, ce qui conduit à supposer comme acquise la qualification de concession de travaux publics.

Finalement, il faudra attendre 1928 pour que le Conseil d'Etat qualifie explicitement une concession hydroélectrique, attribuée sous le régime de la loi du 16 octobre 1919, de concession de travaux publics, dans sa célèbre décision *Epoux de Sigalas*[98]. Les éléments fondant la décision sont sensiblement les mêmes que pour l'usine de Beaumont-Montheux. Le juge administratif s'appuie ici sur la jurisprudence *Commune de Monségur*, selon laquelle la qualification de travaux publics ressort du double critère suivant : les travaux sont effectués pour le compte d'une personne publique et ils sont accomplis dans un but d'intérêt général[99]. Le fait que l'administration puisse prélever de l'énergie constitue un but d'intérêt général. Cette décision est alors assez innovante : bien que les ouvrages ne contribuent pas à faire fonctionner un service public et qu'ils ne soient pas affectés à un usage direct du public, le juge reconnaît le caractère administratif du contrat, car la concession accordée permet de « pourvoir aux besoins de la collectivité »[100].

---

[97] CE, 5 août 1925, *Société de l'énergie électrique du littoral méditerranéen contre Lazare*, *Rec*. 1926, p. 65. V. MESTRE (A), « Les travaux d'aménagement des chutes d'eau sont-ils des travaux publics ? », *Le Génie civil*, 9 août 1924, pp. 137-138.

[98] CE, 28 juin 1928, *Epoux de Sigalas contre Sté hydroélectrique et métallurgique du Palais*, *Rec*. 1928, p. 49, concl. JOSSE, *Sirey*, 1928, 3, 113, note Hauriou. V., également HAURIOU (M), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Tome III, Paris, Sirey, 1929, pp. 790-800. Dans sa note, nous devons toutefois constater que Maurice HAURIOU s'est interrogé sur cette qualification. Selon lui, pour qu'une opération soit qualifiée de travaux publics, il est nécessaire qu'il y ait un ouvrage public. Or, l'arrêt du Conseil d'Etat ne qualifie pas expressément l'usine d'ouvrage public. Selon le célèbre arrêtiste, cette absence de qualification est cohérente avec le droit en vigueur, puisqu'à l'époque il était bien prévu que l'ouvrage fasse retour à l'Etat, mais sans préciser si celui-ci devait intégrer le domaine privé ou public de ce dernier. Cette position de Maurice HAURIOU semble, selon nous, s'expliquer par sa position vis-à-vis de la nationalisation de la force motrice de l'eau, qui relève selon lui de l'étatisme. Il défend ainsi qu'il « serait sage [...] de maintenir le plus possible dans le domaine de la vie privée l'exploitation des chutes d'eau » (p. 799).

[99] CE, 10 juin 1921, *Cne de Monségur*, *Rec*., p. 573 ; *S*. 1921, 3, p. 49, concl. Corneille et note Hauriou ; *GAJA*, 21ème éd., 2017, pp. 219-221.

[100] Cette analyse a été proposée par le commissaire du gouvernement Josse, qui considère qu'« il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait organisation d'un service public » pour qu'il y ait reconnaissance de travaux publics. Il indique en effet que « dans le cahier des charges de la concession accordée à la Société du Palais, nous trouvons bien, dans une certaine mesure, l'affectation à l'utilité générale. L'art. 1er reconnaît sans doute que l'entreprise a pour objet principal la fourniture de l'énergie à des établissements industriels exploités par le concessionnaire, mais il ajoute aussitôt qu'elle a aussi pour objet, dans la limite des disponibilités laissées par l'industrie, la vente de l'énergie au public » (conclusions Josse sur CE, 28 juin 1928, *Epoux de Sigalas*, *Rec*. 1928, pp. 49-54 (p. 53)). Cette solution a été reprise par le Conseil d'Etat : « [...] que la loi crée au profit et à la charge du

La doctrine a longtemps considéré que cette décision conduisait à qualifier l'ensemble des concessions hydroélectriques de concessions de travaux publics[101]. Cependant, cette solution jurisprudentielle ne semble pas sous-entendre une telle qualification de principe[102]. Les conclusions du Commissaire de Gouvernement prévoyaient en effet que les concessions hydroélectriques pouvaient être des concessions mixtes, si le concessionnaire avait pour mission la gestion de la « distribution d'énergie au public ou l'équipement d'une voie ferrée, qui doit être qualifiée de mission de service public »[103]. Comme le souligne François BRENET, « en définitive l'arrêt Epoux de Sigalas doit donc être interprété comme posant le principe selon lequel les concessions hydroélectriques sont des concessions de travaux publics mais il n'excluait pas qu'elles puissent parfois se doubler d'une mission de service public »[104]. Ces doutes ont été confirmés lorsqu'une Cour administrative d'appel a reconnu qu'une concession hydroélectrique ayant pour objet « la production d'énergie électrique et non la distribution de l'électricité produite » était une concession de travaux publics, dans la décision *SAECRO* de 1994[105]. Ainsi, l'absence de participation du concessionnaire au service public de distribution a contribué à une qualification unique du contrat de concession[106].

Un avis du Conseil d'Etat de 1995 est finalement venu clarifier la distinction entre les deux types de concession dans le cas des ouvrages hydroélectrique[107]. Cet avis envisage la qualification de concession de service public pour les concessions hydroélectriques « dans la mesure où cette exploitation a pour objet la fourniture de l'électricité produite au public ou aux services publics ». Une telle solution a depuis été appliquée à deux reprises par le juge, au moins de manière indirecte. Ainsi le juge administratif a reconnu l'existence de clauses réglementaires

---

concessionnaire un système de droits et d'obligations destinés à assurer dans le présent et dans l'avenir le meilleur emploi de la richesse naturelle des cours d'eau dont la puissance publique concède l'usage en vue de pourvoir aux besoins de la collectivité ».

[101] Achille Mestre a ainsi rédigé un nouvel article sur la qualification juridique des concessions hydroélectriques suite à la décision *Epoux de Sigalas*, afin de conclure que, par principe, les concessions hydroélectriques étaient des concessions de travaux publics : MESTRE (A), « La jurisprudence et la loi du 16 octobre 1919 sur l'énergie hydraulique », *Rec. Dalloz*, 1928, pp. 57-64 (pp. 60-62).

[102] Voir BRENET (F), « La qualification des concessions hydroélectriques », *ACCP*, n°86, mars 2009, pp. 36-40 ; SABIANI (F), « La mise en concurrence du renouvellement des concessions hydroélectriques au milieu du gué », *Dr. Adm.*, juin 2008, pp. 9-14 (pp. 10-11).

[103] Concl Josse sur CE, 28 juin 1928, *Epoux de Sigalas*, *S*. 1928 III, préc., p. 113.

[104] BRENET (F), *op. cit*., p. 38.

[105] CAA Bordeaux, 10 mars 1994, *Société d'aménagement et d'exploitation du ruisseau des Ondes (SAECRO)*, n°90BX00645.

[106] Décision précitée : « la concession accordée à la SAECRO a pour objet la production d'énergie électrique et non la distribution de l'électricité produite ; que, par suite, elle constitue une concession de travail public et non de service public ».

[107] CE, Section des travaux publics, Avis, 28 septembre 1995, n° 357262 et 357263, *EDCE*, 1995, 402.

dans le contrat de concession hydroélectrique sur la Moselotte[108], ce qui peut donc conduire à reconnaître l'existence d'une concession de service public. De la même manière, la Cour administrative d'appel de Nantes en appliquant, dans sa décision, des mesures de résiliation des contrats spécifiques aux concessions de service public, a reconnu une telle qualification à ce contrat. Cette décision a d'ailleurs été confirmée par le Conseil d'Etat[109]. Ainsi, la Cour aurait reconnu indirectement la qualification de concession de service public. Toutefois, cette analyse nous semble critiquable, dans la mesure où le juge n'analyse pas l'objet du contrat de concession hydroélectrique dans ces deux affaires. Nous reprenons ainsi pour nous la conclusion du Professeur BRENET, selon lequel « il n'existe pas une, mais des concessions hydroélectriques et le décret du 26 septembre 2008 n'épuise assurément pas la « grosse question » de la qualification des concessions hydroélectriques »[110]. Cette position nous semble d'autant plus d'actualité depuis la modification du régime applicable aux concessions hydroélectriques. En effet, depuis 2016, celles-ci sont rattachées au droit commun des concessions, aujourd'hui codifié dans le Code de la commande publique, transposant la directive concession[111]. Si la soumission à la loi Sapin conduisait à donner la qualité de délégation de service public, par principe, aux concessions hydroélectriques, le fait de leur appliquer le droit commun des concessions ne permet plus aujourd'hui de les qualifier. En effet, le code de la commande publique est applicable tant aux concessions de travaux que de service. La nouvelle notion de concession de service, qui ne nécessite pas l'existence d'un service public, repose le débat. Déjà, la qualification de délégation de service public conduisait à s'interroger sur les activités découlant du contrat de concession en 1994[112]. On voyait ainsi apparaitre dans les décisions de la fin des années 1990 le fait que la production d'électricité ne constituait pas, à elle seule, une activité de service public : il était nécessaire que cette production soit distribuée aux usagers pour emporter une telle qualification[113]. Il fallait donc que le concessionnaire participe au service public de l'électricité, tel que défini à l'article 1er de

---

[108] CE, 10 juill. 1996, *Association « Les amis de Remiremont et sites des Hautes Vosges » et autres*, n° 128476, inédit au *Rec.* ; *RDI* 1996. p. 563, note LLORENS et TERNEYRE.

[109] CAA Nantes, 24 janv. 1996, *SA ALABEL*, n° 93NTO11194 ; CE, 20 septembre 1999, *SA ALABEL*, n°179345, inédit au *Rec.*

[110] BRENET (F), étude préc., p. 40.

[111] Directive 2014/23/UE, préc.

[112] CAA Bordeaux, 10 mars 1994, *SAECRO*, préc. et CE, 10 juill. 1996, *Association « Les amis de Remiremont et sites des Hautes Vosges » et autres*, préc.

[113] SABIANI (F), « La mise en concurrence du renouvellement des concessions hydroélectriques au milieu du gué », *Dr. Adm.*, juin 2008, pp. 9-14 (p. 11) : « La production d'électricité constitue une mission de service public lorsqu'elle est destinée à alimenter un réseau public de distribution ».

la loi relative au service public de l'électricité[114], aujourd'hui codifié à l'article L. 121-1 du code de l'énergie, qui précise que « le service public de l'électricité a pour objet de garantir, dans le respect de l'intérêt général, l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national ». Aujourd'hui, la concession hydroélectrique nous semble donc pouvoir être qualifiée de concession de service exclusivement et, lorsque le concessionnaire doit réaliser des travaux, elle peut être doublée d'une concession de travaux. Toutefois, les aménagements hydroélectriques sont pratiquement achevés en France. Le renouvellement de ces contrats devrait donc plutôt conduire à confier l'exploitation des aménagements existants, et donc à qualifier les concessions hydroélectriques de concessions de service.

Section 3 – Le cadre de l'étude : l'évolution du contexte autour des concessions hydroélectriques

Aujourd'hui, de nombreuses questions subsistent autour des barrages créés spécifiquement pour les besoins de l'hydroélectricité. Les interrogations sur la conciliation des enjeux autour de l'eau sont permanentes. Comme cela a pu être souligné, « l'hydroélectricité est aujourd'hui à la confluence des grands enjeux de l'eau, de l'énergie, de l'environnement et du climat »[115]. La question demeure donc primordiale[116].

Comme nous l'avons étudié dans la section précédente, notre étude porte uniquement sur les contrats de concession hydroélectrique sur lesquels l'Etat garde la main. Pour ces contrats, ce dernier peut donc impulser un renouveau. Nous avons ainsi identifié trois principales évolutions des enjeux autour des concessions hydroélectriques, qu'il est nécessaire d'étudier afin de saisir l'opportunité de leur renouveau. Tout d'abord, nous observons une

---

[114] Loi n°2000-108, préc.

[115] GIRAUD (Y), « L'hydroélectricité, le mariage de l'eau et de l'énergie », *Responsabilité et environnement*, avril 2017, n°86, pp. 31-35 (p. 31).

[116] V. CGEDD, *Hydroélectricité, des acteurs sous tension*, Echos CGEDD, mai 2017, n°81, pp. 5-9 (p. 6) : « comment les nombreux « usages » de la ressource en eau peuvent-ils cohabiter et évoluer à l'avenir autour d'une même rivière lorsque celle-ci est déjà équipée de grands aménagements de production hydroélectrique concédés ?

La question est très actuelle. Des projets de plus en plus nombreux comptent exploiter pour d'autres usages une partie des volumes d'eau stockés par les barrages hydroélectriques.

La loi pour la reconquête de la biodiversité adoptée fixe de nouveaux principes et procédures pour équiper les ouvrages en rivière ou pour les gérer différemment. La programmation pluriannuelle de l'électricité vient de préciser les objectifs et orientations qui permettront de respecter les accords de Paris en matière de climat. Enfin, le renouvellement de nombreuses concessions hydroélectriques est en préparation pour les années à venir selon des procédures qui ont été précisées récemment par la réglementation ».

évolution du marché de l'énergie en Europe dans le cadre de la recherche d'un marché unique, qui induit nécessairement une concurrence dans les différents Etats membres (§ 1). Dans ce contexte, les concessions hydroélectriques semblent, selon certains Etats, devoir faire l'objet d'un traitement spécifique (§ 2). Dans tous les cas, celles-ci sont amenées à évoluer au vu de la nécessité, de plus en plus prégnante, de concilier les différents usages de l'eau (§ 3).

§ 1 Le marché de l'énergie en Europe

La Communauté européenne a été instituée autour de l'objectif de création d'un marché commun dès le Traité de Rome, avec notamment la constitution d'une union douanière et l'instauration d'une liberté de circulation des marchandises et des travailleurs[117]. Toutefois, la création de ce marché s'est heurtée à un certain nombre d'obstacles, identifiés dans le Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur[118]. Ce document a inspiré l'Acte Unique Européen, qui a donc relancé le projet d'achèvement du marché intérieur, « espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée », au 1er janvier 1993[119].

Toutefois, comme le Traité de Rome, l'Acte unique européen ne permet pas d'atteindre l'ambition affichée d'un marché intérieur unique et concurrentiel. D'un point de vue général, cet échec est dû à une mauvaise transposition des directives par les Etats membres, mais aussi à leur réticence à ouvrir leur marché dans certains secteurs. Ainsi, la Commission a lancé des enquêtes, afin d'identifier les barrières à l'ouverture, dont une dans le domaine de l'énergie, qui a fait l'objet d'un rapport publié le 10 janvier 2007[120]. Ce rapport met alors en exergue quatre obstacles à la création d'un marché intérieur dans le domaine de l'énergie :

« L'existence d'un degré élevé de concentration du marché

Les carences en matière d'accès aux infrastructures, qui empêchent l'arrivée de nouveaux entrants

---

[117] Le 25 mars 1957, l'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas signent à Rome le Traité instituant la Communauté Economique Européenne (CEE) et le Traité créant la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom).

[118] Commission européenne, *Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur*, 14 juin 1985, 54 p.

[119] L'Acte Unique Européen (AUE) est entré en vigueur le 1er juillet 1987.

[120] Enquête lancée par la Commission en juin 2005 sur le fondement de l'article 17 du règlement 1/2003 (voir Communiqué de presse de la Commission européenne n° IP/05/716 du 13 juin 2005).

La faiblesse des échanges énergétiques entre Etats membres, qui interdit, de fait, la constitution d'un marché véritablement intégré à l'échelle européenne

Le manque de transparence dans le mécanisme de formation des prix de l'électricité »[121].

Finalement, même si l'avènement d'un marché intérieur de l'électricité sectoriel a été tardif, l'application du principe de libre-circulation des marchandises a permis de lancer l'ouverture à la concurrence du marché[122]. En effet, l'électricité a été qualifiée comme une marchandise par la Cour de Justice de l'Union Européenne dès 1964 : on parle d'ailleurs du « bien électricité » [123]. Ainsi, l'obligation de concurrence a été initiée par l'application du principe de libre-circulation des marchandises, avant même l'achèvement du marché intérieur de l'électricité.

Cette situation est relativement surprenante, dans la mesure où la construction européenne s'est réalisée autour des questions énergétiques, notamment avec le Traité instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) du 18 avril 1951[124]. Ainsi, dans sa déclaration du 9 mai 1950, Robert SCHUMAN indiquait qu'il était nécessaire, pour construire une « Europe unie », de mettre en commun les productions de charbon et d'acier afin d'assurer « l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la Fédération européenne ». Pourtant ce traité, qui est échu depuis 2002 et qui n'a pas été renouvelé, a été vidé de son contenu, notamment parce que les hydrocarbures se sont rapidement substitués au charbon. En 1957, un nouveau rassemblement autour de l'énergie nucléaire a été envisagé avec la signature du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom), en parallèle de la conclusion du Traité de Rome[125]. De la même manière que le Traité CECA, celui-ci n'aura toutefois qu'un impact limité dans le contexte

---

[121] Mémo/07/15 de la Commission européenne du 10 janvier 2007.

[122] Sur l'ouverture du marché de l'électricité, voir ISIDORO (C), *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre* (Allemagne, France, Italie et Royaume-Uni), L.G.D.J., 2006, 663 p.

[123] CJCE, 15 juillet 1964, *Costa contre Enel*, 6/64, *Rec*. p. 1141. Cette solution a été confirmée par la Cour de justice : CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92, *Rec*. p. I-1477 ; CJCE, 23 octobre 1997, *Commission contre France*, C-159/94, *Rec*. p. 5815.

[124] Pour un aperçu du développement de la compétence énergétique de l'Union européenne, V. RISTORI (D), « 60 ans de politique énergétique », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2019, n°1/2019, pp. 17-38.

[125] Traité instituant la Communauté Economique Européenne (CEE) signé le 25 mars 1957 ; Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) du 25 mars 1957.

européen et mondial. Il faudra finalement attendre le traité de Lisbonne pour que la politique énergétique devienne une politique autonome, dont la compétence est partagée entre l'Union européenne et les Etats membres[126].

L'organisation de l'ouverture à la concurrence du marché de l'énergie a toutefois commencé dès 1996, avec le premier paquet énergie, afin de participer à la réalisation du marché intérieur prévu par le Traité de Rome. Une première tentative d'ouverture du marché de l'électricité avait auparavant été initiée par la Commission, à l'origine d'une procédure de recours en manquement contre les Etats disposant de monopoles d'importation et d'exportation. Dans une affaire C-159/94, la Cour de Justice avait ainsi considéré que les droits exclusifs d'importation et d'exportation d'EDF et de GDF étaient incompatibles avec les articles 30, 34 et 37 du Traité de Rome[127]. Toutefois, la voie prétorienne ne permettait pas de retenir une approche globale du secteur de l'énergie. Par conséquent, et malgré les difficultés auxquelles a été confrontée la Communauté européenne, une première directive a été adoptée le 19 décembre 1996[128]. Celle-ci affichait l'objectif d'une ouverture à la concurrence de 35% en 2003. Pour cela, elle s'est appuyée sur une libéralisation progressive de la demande, afin que l'offre soit concurrentielle. Elle a aussi prévu la séparation des activités de transport, de distribution et de production, qui étaient souvent dans les mains d'un même opérateur national dans les Etats membres. Cette « deverticalisation » devait permettre l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché. La directive prévoyait au surplus des règles pour la création de nouvelles installations. Les Etats membres pouvaient alors les attribuer selon deux méthodes distinctes : l'autorisation ou l'appel d'offres. Quelle que soit la procédure choisie, elle devait « obéir à des critères objectifs, transparents et non discriminatoires »[129], afin de garantir une concurrence effective entre les différents opérateurs. L'objectif initialement prévu sera finalement largement atteint, puisque l'on observe durant l'année 2000 une ouverture moyenne à 66% du marché des clients éligibles.

---

[126] Art. 194 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (*JOUE* n° C 326 du 26 oct. 2012, p. 1).

[127] CJCE, 23 oct. 1997, *Commission c/ France*, C-159/94, *Rec*. 1997 I-05815. V. CHEROT (J-Y), « L'article 90, paragraphe 2, du Traité CE après les arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) du 23 octobre 1997 sur les monopoles d'importation d'électricité », *RFDA*, 1998, n°1, pp. 135-146 ; HAMON (F), « Note sous un arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) », *AJDA*, 1997, n°12, pp. 991-1002.

[128] Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (*JOUE* n° L 027, 30 janv. 1997, p. 20).

[129] Directive préc., article 4.

Une nouvelle directive sera l'occasion de combler les lacunes du premier texte, notamment en termes de garantie de « conditions de concurrence équitables au niveau de la production »[130]. Elle a ainsi permis d'achever l'ouverture du marché de l'électricité, en libéralisant le choix de son fournisseur d'électricité aux professionnels au 1er juillet 2004 et aux particuliers au 1er juillet 2007.

Enfin, la directive 2009/72/CE[131] abroge la directive 2003/54/CE, en cherchant également à intensifier l'ouverture du marché de l'électricité. Elle doit ainsi permettre d'en combler ses défaillances, dans la mesure où « le marché intérieur de l'électricité souffre d'un manque de liquidité et de transparence qui entrave l'attribution efficace des ressources, la couverture des risques et l'entrée de nouveaux arrivants »[132] .

Malgré ces différentes directives, l'ouverture du marché de l'électricité semble limitée[133]. La France paraît d'ailleurs faire partie des mauvais élèves dans ce domaine. Ainsi, la directive de 1996 fut transposée avec deux années de retard[134]. Sa réticence s'expliquait alors par sa perception de l'électricité comme un bien stratégique, qui ne peut pas être stocké. L'Etat français arguait, dans ce contexte, que le monopole était la situation la plus facile pour assurer l'équilibre de l'offre et de la demande et donc du réseau, que les investissements étaient particulièrement lourds, et donc que leur rentabilité ne pouvait être assurée que sur du long-terme. Par conséquent, la France a été la cible de plusieurs actions en manquement.

§ 2 Les enjeux de l'hydroélectricité dans le marché de l'électricité

« En pratique, la possibilité d'accès d'autres opérateurs à ces concessions [les concessions hydroélectriques] devient extrêmement difficile sinon purement théorique car les candidats potentiels sont raisonnablement amenés à renoncer dès le départ à s'engager dans un travail technique complexe d'élaboration et de présentation d'offres pour participer à une

---

[130] Directive 2003/54/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (*JOUE* du 15 juillet 2003, L 176, p. 37).

[131] Directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE (*JOUE* du 14 août 2009, L 211, p. 55).

[132] Directive préc., point 39.

[133] Voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2.

[134] Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (*JORF* n°35, 11 février 2000, p. 2143).

compétition soumise à de telles conditions »[135]. Cette formule est tirée d'un communiqué de presse de la Commission Européenne annonçant la traduction de la France devant la Cour de justice dans le cadre d'une action en manquement. Selon la Commission, le décret n°94-894 qui prévoyait à son article 12 un droit de préférence en faveur des concessionnaires d'ouvrages hydroélectriques sortants conduisait « à une rupture d'égalité de traitement entre les différents opérateurs économiques »[136].

Cette action en manquement lancée contre la France met en évidence les restrictions à l'accès au marché de l'énergie et plus particulièrement de l'électricité. Ce marché se structure à travers trois espaces : la production, le transport et la distribution d'électricité. Les missions de transport et de distribution sont attribuées à deux entreprises, que sont respectivement Réseau de transport d'électricité (RTE) et Enedis. Ces deux sociétés bénéficient d'un monopole, qui n'est toutefois pas total pour Enedis, qui reste gestionnaire de 95% du réseau de distribution. Concernant les producteurs d'énergie, il n'existe pas de monopole en théorie. Cependant il y a un quasi-monopole de fait au profit d'Electricité de France (EDF). Cette situation est devenue paradoxale avec l'évolution du marché intérieur de l'électricité, qui s'est ouvert sous l'influence du droit de l'Union européenne (UE).

L'ouverture opérée par la France s'est toutefois révélée, en pratique, très limitée, puisque les moyens de production restaient en grande partie inaccessibles. Or, la procédure de mise en concurrence voulue par l'Union Européenne devait permettre aux opérateurs économiques des Etats membres d'accéder aux moyens de production français. Malgré la transposition des différentes directives en droit interne à travers six lois, la France n'a pas respecté ses obligations. Ces textes ont certes marqué la fin du monopole légal d'EDF[137], mais aussi sa transformation en société anonyme détenue majoritairement par l'Etat[138], et donc l'ouverture théorique à la concurrence de ce marché[139]. Toutefois, l'accès aux concessions hydroélectriques, en France comme dans de nombreux Etats membres, présente toujours des obstacles importants, au vu des enjeux de cette énergie dans le marché de l'électricité.

---

[135] Communiqué de presse IP/05/920 du 13 juillet 2005, « Liberté d'établissement : la Commission demande à la France, à l'Italie et à l'Espagne de modifier leurs législations en matière de concessions hydroélectriques ».

[136] Communiqué de presse, préc.

[137] Loi n°2000-108 préc.

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

[139] Loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie.

La Commission européenne a ainsi lancé une nouvelle mise en demeure, le 7 mars 2019, à l'encontre de huit Etats concernant les concessions d'énergie hydroélectrique[140]. Le communiqué de presse reprend les propos de la Commissaire pour le marché intérieur, l'industrie, l'entreprenariat et les PME : « nous construisons une Union de l'énergie pour garantir à tous une énergie sûre, abordable et durable. Un secteur hydroélectrique qui fonctionne correctement joue un rôle stratégique en augmentant la part des énergies renouvelables dans notre bouquet énergétique. C'est pourquoi nous devons assurer des conditions de concurrence équitables dans le marché unique et garantir que les entreprises peuvent fournir de l'énergie hydroélectrique dans l'ensemble de l'UE »[141].

Il nous semble donc que la mise en concurrence des concessions hydroélectriques est nécessaire afin de faire face à deux enjeux.

Le premier, mis en exergue par la Commission, est d'ordre énergétique. Cette concurrence doit participer en effet à la création d'un marché intérieur de l'électricité concurrentiel afin de diminuer les prix de l'électricité pour les usagers, mais aussi afin de participer aux objectifs de la transition écologique, en augmentant la part des énergies renouvelables consommées par ces derniers.

Le second enjeu du renouvellement des concessions hydroélectriques, qui nous semble important, réside dans la nécessaire prise en compte de la gestion multi-usage de l'eau. Cette gestion s'impose, en partie, à travers des dispositions autonomes au droit des concessions hydroélectriques. Toutefois, le renouvellement de ces contrats doit être l'occasion d'intégrer ces attentes dans l'exécution des obligations du concessionnaire.

§ 3 La conciliation des enjeux autour de l'eau

La force motrice de l'eau, qui ne représente qu'un des usages de l'eau, n'est pas prioritaire au titre de l'article L. 211-1, II du Code de l'environnement. Il existe, en effet, à ses côtés, de multiples usages qui ont pris une place de plus en plus importante au fur et à mesure des années. Ces utilisations ont été reconnues et protégées par les nombreuses lois successives relatives à l'utilisation de l'eau.

---

[140] Commission européenne, « Concessions en matière d'énergie hydroélectrique : la Commission demande à 8 Etats membres de se conformer au droit de l'Union », Communiqué de presse, IP/19/1477, 7 mars 2019.

[141] Communiqué de presse, préc.

La loi du 8 avril 1898, intitulée « loi sur l'eau », est tout d'abord venue encadrer juridiquement les chutes aménagées avant 1919. Cette loi a eu le mérite de poser quelques principes juridiques, mais elle n'était pas adaptée à l'évolution de l'industrie et à ses conséquences sur l'utilisation de l'eau. Elle s'appliquait à l'eau en général et non pas spécifiquement à son usage énergétique.

La loi de 1919 est donc venue par la suite compenser le retard accumulé au regard de l'évolution des besoins en électricité et de la réglementation en vigueur dans les pays étrangers. Elle crée un droit de propriété, au profit de l'Etat, sur la force de l'eau, aujourd'hui codifié à l'article L. 511-1 du code de l'énergie[142].

La loi du 15 juillet 1980 renforçait déjà la nécessité de concilier l'utilisation de l'eau pour la production d'électricité et pour la préservation de la nature[143]. Cette loi insère en effet un nouvel alinéa à l'article 2 de la loi de 1919, selon lequel « afin de protéger la nature, la faune et la flore, des dispositions réglementaires définiront les conditions techniques d'aménagement et de fonctionnement des centrales électriques »[144]. La préservation de la nature est ainsi dorénavant prise en compte lors de la délivrance du titre, et ce, depuis l'entrée en vigueur du décret d'application du 27 avril 1988[145].

La protection de l'environnement a par la suite vécu un nouveau tournant, avec l'avènement du principe de participation du public. La loi Bouchardeau[146] étendait alors le principe de l'enquête publique, au-delà des enquêtes préalables, à tout projet affectant l'environnement ainsi qu'aux projets faisant l'objet d'une déclaration d'utilité publique, telle que prévue par le décret de 1959[147]. Le principe de l'enquête publique est défini à l'article 2 de la loi : « l'enquête […] a pour objet d'informer le public et de recueillir ses appréciations, suggestions et contre-propositions, postérieurement à l'étude d'impact lorsque celle-ci est

---

[142] Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, art.1er.

[143] Loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur (*JORF* du 16 juillet 1980, p. 1783).

[144] Art. 25 al. 4 de la loi du 16 octobre 1919 modifiée.

[145] Décret n°88-486 du 27 avril 1988 pris pour l'application de la loi du 16 octobre 1919 modifiée relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, en ce qui concerne la forme et la procédure d'instruction des demandes de concession et de déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique, l'instruction des projets et leur approbation.

[146] Loi n°83-630 du 12 juillet 1983 dite loi Bouchardeau relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement (*JORF* du 13 juillet 1983, p. 2156).

[147] Décret n°59-701 du 6 juin 1959 portant règlement d'administration publique relatif à la procédure d'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique, à la détermination des parcelles à exproprier, et à l'arrêté de cessibilité (*JORF* du 7 juin 1959, p. 5724).

requise, afin de permettre à l'autorité compétente de disposer de tous les éléments nécessaires à son information ». La loi Bouchardeau soumet donc à enquête publique l'instruction des demandes des chutes dont la puissance maximale brute est supérieure à 500 kW[148].

Ensuite, c'est vers la protection des espèces piscicoles que se tourne le droit de l'environnement, avec la « loi pêche » de 1984[149]. Ce texte impose lors de la construction d'un aménagement et de son exploitation la prise en compte des intérêts piscicoles, puisque, conformément à son article 2[150], « la préservation des milieux aquatiques et la protection du patrimoine piscicole sont d'intérêt général ». Ainsi, le concessionnaire doit éviter la pollution des eaux, la destruction des frayères et il doit respecter l'obligation de débits réservés, l'objectif poursuivi étant d'assurer la conservation des espèces.

L'eau va aussi faire l'objet d'un encadrement à l'échelle européenne, avec la directive cadre sur l'eau du 23 octobre 2000[151]. Celle-ci insiste sur la protection de cette ressource, en précisant qu'il est nécessaire « d'intégrer davantage la protection et la gestion écologiquement viable des eaux dans les autres politiques communautaires, telles que celle de l'énergie, celle des transports, la politique agricole, celle de la pêche, la politique régionale, et celle du tourisme »[152]. Cette directive a été transposée en droit interne par la loi du 21 avril 2004[153], qui prévoit ainsi que les usagers de l'eau supporteront la charge financière liée à sa protection[154].

Enfin, la loi sur l'eau et les milieux aquatiques de 2006 a imposé un débit minimal supérieur à ce qui était prévu par la « loi pêche », s'élevant désormais à 10 % du débit moyen interannuel[155], l'objectif étant d'assurer la protection des espèces, ce qui n'a pas été sans

---

[148] Conformément à l'article 35 du décret n°85-453 du 23 avril 1985 pris pour l'application de la loi n°83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement, préc. Sur les procédures actualisées, voir *infra*, Partie 2, Titre 1, chapitre 2.

[149] Loi n°84-512 du 29 juin 1984 relative à la pêche en eau douce et à la gestion des ressources piscicoles (*JORF* du 30 juin 1984, p. 2039).

[150] Aujourd'hui codifié à l'article L. 430-1 du Code de l'environnement.

[151] Directive 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau (*JOCE* n° L 327 du 22 décembre 2000, p. 1)

[152] Directive préc., point 16.

[153] Loi n° 2004-338 du 21 avril 2004 portant transposition de la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau (*JORF* n°95, 22 avril 2004, p. 7327).

[154] Art. L. 210-1 al. 3 C. env.

[155] Article 6 de la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, dite LEMA.

répercussions sur l'exploitation des ouvrages hydrauliques. Cette loi a aussi permis de moderniser l'encadrement juridique de l'eau, qui découlait auparavant de la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992.

La loi de 1992 a, au final, marqué un véritable tournant dans la prise en compte des intérêts écologiques, et non plus seulement économiques, conformément au principe de conciliation applicable à la ressource en eau. Ainsi, à propos de cette loi, Jean POIRET indique que « désormais les textes régissant ces ouvrages [ouvrages hydroélectriques] n'ont plus comme seule base légale principale une loi à visée économique mais également, à égalité, une loi de portée écologique »[156]. En effet, l'article 1er de la loi déclare que « l'eau fait partie du patrimoine commun de la Nation »[157]. Cette proclamation du législateur met donc en avant la nécessité du partage de la ressource en eau entre tous, afin de tendre vers une gestion équilibrée de cette ressource[158].

Section 4 : L'intérêt et la justification de l'étude : l'analyse du renouveau des concessions hydroélectriques

Les aménagements hydroélectriques ont été construits dans le contexte spécifique des années 1920, c'est-à-dire dans une période d'après-guerre, marquée au surplus par le développement des besoins en énergie, notamment du fait de la deuxième révolution industrielle et des changements de mode de consommation. Près d'un siècle plus tard, la situation a changé. Deux principales évolutions, que nous observerons dans nos développements, seront en particulier à l'origine d'un nécessaire renouveau des contrats de concession hydroélectrique.

Tout d'abord, nous notons une évolution de la relation entre les parties au contrat, due à l'évolution du contexte et notamment du marché de l'énergie. En effet, si le concédant le souhaite, son rapport avec le concessionnaire peut évoluer, en tendant vers un partenariat en lieu et place d'une relation exclusivement « hiérarchique ».

---

[156] POIRET (J), *Droit de l'hydroélectricité*, Economica, Tome 1, 2004, p. 309.

[157] Disposition aujourd'hui codifiée à l'article L. 110-1 du code de l'environnement.

[158] Loi n°92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, art. 2.

En parallèle, nous devons prendre en compte l'évolution des usages de l'eau depuis 1919. Les multiples attentes autour de l'eau ont déjà conduit à modifier les conditions d'exploitation des concessions hydroélectriques. Ces modifications doivent encore, selon nous, se renforcer dans l'avenir afin de prendre en compte les attentes des différentes parties prenantes. Cette situation devra d'ailleurs conduire à faire évoluer les priorités d'utilisation et donc à modifier les missions des concessionnaires.

Par conséquent, la prise en compte de l'évolution du contexte autour des concessions hydroélectriques doit conduire à modifier ces contrats. Cette évolution tient à la modification du rôle des acteurs dans la gestion de la force motrice de l'eau, mais aussi et surtout au développement des différents usages de la ressource en eau.

Dans ce contexte nouveau, l'obligation de mise en concurrence doit être un outil permettant aux concessions hydroélectriques de répondre à ces différents enjeux. Ainsi, le renouvellement de ces contrats doit être l'occasion de leur renouveau. A ce titre, la mise en concurrence apparaît comme une opportunité permettant de repenser les modalités d'attribution et les missions du concessionnaire. Comme cela a pu être souligné, « il faut donc espérer que l'existence de candidatures concurrentes dans le cadre d'un nouveau dispositif plus transparent aboutira à un optimum social supérieur à celui qui résultait de la reconduction des concessionnaires historiques »[159].

Nous ne partageons pas, à cet égard, la critique récurrente, dont la presse se fait l'écho, adressée à l'obligation de mise en concurrence des concessions hydroélectriques, qui consiste à qualifier cette procédure de « privatisation »[160]. Une telle qualification est aussi inadéquate qu'erronée. Comme le souligne le Professeur Laurent RICHER, « le terme « privatisation » en France désigne le transfert du capital et des actifs d'une entreprise du secteur public au secteur privé, ce qui ne correspond pas à l'opération de concession ou de délégation de service public, même si dans le vocabulaire syndical et politique les deux sont couramment assimilées pour les besoins du discours »[161]. Il nous semble, même, que la mise en concurrence est positive et qu'elle doit, comme le dit Benjamin THIBAULT, être « l'occasion d'un renouveau pour les

---

[159] BARTHELEMY (C) et RAMBALDELLI (V), « L'ouverture des concessions hydroélectriques à la concurrence », *ACCP*, n°86, mars 2009, pp. 41-45 (p. 45).

[160] Voir annexe 19 : articles de presse relatifs à la mise en concurrence des concessions hydroélectriques en France.

[161] RICHER (L), *La concession en débat*, Lextenso, 2014, p. 8.

territoires, via des recettes économiques nouvelles tant au niveau local et national, tout en donnant l'occasion de repenser la gouvernance de l'eau, bien commun ancré dans les territoires »[162].

Le terme « renouveau » fait référence à une saison, le printemps, où la nature se renouvelle. Il est aussi défini comme « un nouvel épanouissement », « un recommencement » ou une « renaissance »[163]. Nous avons donc inscrit ce terme au cœur même de l'intitulé de notre thèse, puisqu'il nous semble que les concessions hydroélectriques font aujourd'hui l'objet de nombreuses évolutions, tout en tirant partie de leur passé.

La Nation est en effet propriétaire de la force motrice de l'eau depuis la loi du 16 octobre 1919. Après près de cent ans d'aménagement et d'exploitation des concessions hydroélectriques, on pourrait supposer que les relations nées et éprouvées entre le concessionnaire et les différentes parties prenantes ne nous réservent aucune surprise. L'objet de la présente étude est donc de montrer les évolutions qui se font jour autour de l'exploitation des concessions hydroélectriques. Nous avons ainsi pu identifier une multiplication des rôles de l'Etat. Il est concédant, normateur, régulateur et même parfois actionnaire des sociétés concessionnaires, dans les configurations actuelles[164]. Il est donc nécessaire d'anticiper l'octroi des futurs contrats, en repensant les relations entre les acteurs, au vu de ces différentes interventions. La modernisation de la relation entre le concessionnaire et le concédant passe par de nouveaux rôles de l'Etat dans la production d'énergie hydroélectrique, permis par des outils de gestion déléguée innovants. Ainsi, la Société d'Economie Mixte Hydroélectrique (SEMH), nouvelle société ayant pour objet l'exécution d'un contrat de concession hydroélectrique, prévoit la participation de l'Etat a sa gouvernance (Partie 1).

---

[162] THIBAULT (B), « Le renouvellement des concessions hydroélectriques, une chance pour la France et ses territoires », *Droit de l'environnement*, n°257, juin 2017, pp. 218-222 (p. 221).

[163] Voir Rey (A) (sous la direction de), *Le dictionnaire universel d'Antoine FURETIERE*, Le Robert, 2001, p. 2214.

[164] « Il [l'Etat] est tantôt régulateur […], il est tantôt concédant, tantôt client, tantôt dirigeant et enfin tantôt actionnaire » : MALECKI (C), « L'Etat actionnaire, l'exemple atypique d'un grand actionnaire », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, septembre – octobre 2005, pp. 61-64 (p. 62). Voir aussi CARTIER-BRESSON (A), *L'Etat actionnaire*, LGDJ, Paris, 2010, 495 p., notamment le titre premier de la seconde partie. Cette ambiguïté autour des rôles de l'Etat est aussi exprimée par Claudie BOITEAU : « l'Etat, actionnaire et porteur de politiques publiques, montre une propension irrépressible à intervenir, parfois au mépris des intérêts patrimoniaux de l'entreprise, ce qui complique et nuit à la fonction de régulation, laquelle, doit-on le rappeler, relève également *in fine* de lui, même si elle est exercée par une autorité indépendante » : BOITEAU (C), « L'entreprise régulée », *RFDA*, 2018, pp. 469-478 (p. 472).

Toutefois, les évolutions s'observent aussi à l'échelle des collectivités territoriales et des citoyens. On voit ainsi apparaître de nouvelles relations avec ces acteurs, qui doivent nécessairement conduire à une modification des obligations du concessionnaire et de l'objet de la concession. En parallèle, l'évolution du contexte normatif autour de l'eau depuis 1920 a renforcé la nécessité de prendre en compte les différents usages de cette ressource, au détriment de la prépondérance historique qui avait été accordée à sa force motrice. Ces évolutions nécessitent donc la définition d'un nouveau périmètre, ainsi que de nouvelles missions et obligations à la charge du concessionnaire (Partie 2).

Première partie – Le renouveau de la relation entre le concessionnaire et les acteurs historiques du contrat.

Seconde partie - Le renouveau des missions du concessionnaire à travers la prise en compte de nouvelles attentes.

PARTIE 1 – LE RENOUVEAU DE LA RELATION ENTRE LE CONCESSIONNAIRE ET LES ACTEURS HISTORIQUES DU CONTRAT

Cent cinquante concessions arrivent à échéance d'ici 2023, soit 25% de la capacité de production hydroélectrique française[165]. Le renouvellement des contrats de concession devrait conduire à l'entrée de nouveaux acteurs et donc contribuer à un renouveau de la relation verticale créée entre le concédant et le concessionnaire. Il devrait aussi conduire à un renouveau de la relation existante entre le concessionnaire et les parties prenantes. Ce double renouveau de la relation liant les parties prenantes et le concessionnaire résulte de l'obligation de mise en concurrence, qui a notamment été impulsée par le droit de l'Union européenne.

Aujourd'hui, la grande majorité des concessions sont gérées par Electricité de France (EDF), créée en 1946, qui détient 75% de la production. Deux autres opérateurs se partagent une puissance relativement importante : la Société hydroélectrique du Midi (SHEM), fondée en 1929, et la Compagnie nationale du Rhône (CNR), constituée en 1934[166]. Les relations entre l'Etat concédant et ces trois concessionnaires historiques sont particulières. Elles sont fondées sur une habitude, une confiance historique qui s'est peu à peu établie, notamment avec EDF, ancien établissement public de l'Etat[167]. La Compagnie nationale du Rhône a, elle aussi, une relation spécifique avec l'Etat, qui tient à son histoire, la loi prévoyant que le concédant, qui n'est pas actionnaire de la société, serait représenté au sein de ses organes de décision[168].

---

[165] Réponse à la QM n°36812 de M. Luc CHATEL relative au renouvellement des concessions des barrages hydroélectriques (*JORF* du 27 mai 2015, p. 4277).

[166] D'autres exploitants, de manière plus marginale, exploitent également des concessions uniques. Tel est le cas, par exemple, sur le périmètre de la région Auvergne-Rhône-Alpes : Décret du 25 août 1966 déclarant d'utilité publique et concédant aux papeteries de France l'aménagement et l'exploitation des chutes du lac blanc de la Sitre, du Crozet et du Boussant, sur le cours supérieur des ruisseaux de Vorz et de la Combe-de-Lancey, dans le département de l'Isère (*JORF* du 16 septembre 1966, p. 8127). La concession a été reprise par la société houille blanche de Belledonne, suite à la faillite du concessionnaire initial, qui a mis en service en 2018 la dernière centrale prévue par le cahier des charges de la concession, la centrale du Boussant. V. « Centrale du Boussant », *Puissance hydro*, n°5, fév. et mars 2019, pp. 36-41 ; Décret du 14 novembre 1960 concédant à la société en nom collectif des Minoteries A. Convert et fils l'aménagement et l'exploitation de la chute de Saint-Rémy sur les ruisseaux de la frèche, du Gar et des Etaves, dans le département de la Savoie (*JORF* du 26 novembre 1960, p. 10564) ; Décret du 16 septembre 1974 relatif à l'aménagement et à l'exploitation de la chute des Moulins, sur le Breda et le Veyton, dans le département de l'Isère (*JORF* du 16 oct. 1974, p. 10618) ; Décret du 28 mars 1975 relatif à l'aménagement et à l'exploitation de la chute de la Motte, sur l'Ugine, dans la commune du Passy (Haute-Savoie) (*JORF* du 6 mai 1975, p. 4594).

[167] Sur les relations entre l'Etat et EDF, v. DE GRAVELEINE (F) et O'DY (O), *L'Etat EDF*, Paris, Ed. L'Harmattan, 1978, pp. 205-210. Dans cet ouvrage les auteurs font état des relations entre EDF et l'Etat et de l'absence de frontières entre ces deux entités qui s'illustre par les mutations de personnalités de postes à responsabilité au sein d'EDF vers les services de l'Etat, et notamment vers le Commissariat général au plan, ou inversement. Cette idée est confirmée par la préface de Paul DELOUVRIER, au livre de Jean JANIAUD, qui raconte son passage du poste de Préfet de la Région de Paris à celui de Président du Conseil d'Administration d'EDF. V. JANIAUD (J), *EDF et la main invisible*, Paris, Ed. l'Harmattan, 1990, pp. 9-14.

[168] La CNR est une société à statut particulier depuis sa création. Elle a été créée sous la forme d'une « société d'intérêt général ». Au vu de son statut et de son objet, elle est soumise à des dispositions dérogatoires au droit commun. L'article 21 des statuts approuvés par le décret du 5 juin 1934 prévoyait que l'Etat serait représenté au conseil d'administration et aux assemblées générales de la CNR [décret du 5 juin 1934 relatif au contrat de concession générale de l'aménagement du Rhône (*JORF* du 14 juin 1934, p. 5886)]. La CNR est une entreprise dont le capital a toujours, du fait de son histoire, été majoritairement public. Lors de l'entrée d'Electrabel au capital de la société, la loi MURCEF [article 21 de la loi n°2001-1168

L'apparition de nouveaux acteurs et la remise en cause des fondements des relations préexistantes qui en découlent vont imposer à l'Etat de repenser son rôle de concédant.

Le contrat de concession est fondé, en droit interne, sur l'importance du critère de l'*intuitu personae*[169]. La confiance ne sera donc pas complètement absente de la relation qui va se créer, le concédant ayant le libre-choix, dans le respect des principes de la commande publique, de l'opérateur qui sera sélectionné. Toutefois, il ne pourra plus se contenter de la confiance acquise avec les années. L'Etat va devoir instaurer un cadre fixant des objectifs de résultats ou de moyens, créant des outils de contrôle et de sanction, afin de s'assurer de la bonne exécution du contrat par le concessionnaire[170]. Le renouveau de la relation du concessionnaire avec les parties prenantes tient donc en premier lieu à celle qui le lie à l'Etat concédant (Titre 1).

De plus, les spécificités des concessions hydroélectriques ont conduit à l'instauration, dans le cadre de la loi sur la transition énergétique (LTECV), d'une possibilité pour l'Etat d'être actionnaire des sociétés titulaires du contrat de concession : les sociétés d'économie mixte hydroélectriques (SEMH)[171]. Cet outil sera l'occasion de repenser les dispositifs de contrôle des activités du concessionnaire. Dorénavant, dans l'hypothèse de la création d'une société d'économie mixte hydroélectrique, un contrôle *a priori* pourra être mis en place, mais aussi un contrôle d'opportunité puisque, en tant qu'actionnaire, l'Etat va intervenir dans la stratégie de l'entreprise. De plus, ce nouvel outil permettra de renforcer les relations existantes avec les

---

du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (*JORF* n°288 du 12 décembre 2001, p. 19703)] a instauré l'obligation de maintien d'une majorité de capitaux publics.

La modification des statuts adoptés par le décret du 16 juin 2003 [décret n°2003-512 approuvant les nouveaux statuts de la Compagnie nationale du Rhône et modifiant le décret n° 59-771 du 26 juin 1959 relatif à l'organisation et au fonctionnement de la Compagnie nationale du Rhône (publié au *JORF* n°138 du 17 juin 2003, p. 10102)] a modifié la gouvernance de la société en substituant au conseil d'administration un conseil de surveillance et un directoire. L'Etat est désormais représenté par 5 membres au sein du Conseil de surveillance. Le président du Directoire est nommé par décret en Conseil d'Etat sur proposition du Conseil de surveillance.

[169] ANTOINE (A), « *L'intuitus personae* dans les contrats de la commande publique », *RFDA*, 2011, n°5, pp. 879-892.

[170] Ces dispositifs pourront être des contrôles « classiques » du contrat de concession, qui s'effectuent notamment *a posteriori*. Il sera alors notamment possible de s'inspirer des concessions autoroutières pour lesquelles de nouveaux dispositifs ont été mis en place suite à la privatisation d'une partie des sociétés. Voir, notamment, Cour des comptes, *Les relations entre l'Etat et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, Communication à la Commission des finances de l'Assemblée nationale, juillet 2013. Les dispositifs de contrôle qui pourront être mis en place seront étudiés ultérieurement : v *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

[171] Loi n°2015-92 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (*JORF* n°0189 du 18 août 2015, p. 14263).

collectivités territoriales et les riverains du fleuve[172]. On pourrait donc assister à un renouveau des relations horizontales préexistantes (Titre 2).

[172] Cet aspect sera étudié dans la seconde partie.

Titre 1 : Un renouveau de la relation concessionnaire - concédant

Le renouvellement des concessions hydroélectriques n'est pas une nouveauté. Depuis de nombreuses années, l'Etat réattribue le contrat au concessionnaire sortant, dans le cadre d'une négociation de gré à gré. Dans la mesure où les concessions actuelles ont été attribuées au début du XXème siècle pour une durée de soixante-quinze ans, la plupart d'entre elles arrivent ou sont récemment arrivées à échéance. Le processus de renouvellement des contrats est donc en plein essor. Toutefois, l'application du droit de l'Union européenne de la commande publique, ainsi que l'ouverture des marchés et la pression de la Commission, exprimée par les différents recours en manquement exercés à l'encontre de la France, nécessitent un renouvellement des contrats dans un cadre concurrentiel. Il est ainsi indispensable que l'Etat régisse leur attribution par l'organisation d'une procédure formalisée de mise en concurrence (Chapitre 1).

Le recours à cette procédure conduira à l'apparition de nouveaux opérateurs exploitants des usines hydroélectriques et, par conséquent, à un renouveau de la relation classique concédant-concessionnaire dans l'exécution des contrats de concession.

La situation de renouveau est constituée lorsqu'une situation préexistante trouve une forme nouvelle[173]. Avant 1946, l'Etat a octroyé des concessions à de nombreux opérateurs. Le développement de l'hydroélectricité a été impulsé par une demande locale d'accès à l'énergie, chaque entreprise construisant une usine pour ses besoins propres[174]. Le concédant avait donc crée une multiplicité de relations et devait contrôler le respect du contrat par les différents concessionnaires. En 1946, la loi de nationalisation a conduit EDF, établissement public créé

---

[173] Le renouveau est défini comme « Renouvellement, retour : *mode qui connaît un nouveau succès. Litt.* Retour du printemps » (*Le petit Larousse illustré*, Paris, Larousse 100ème édition, 2004, p. 920).

[174] On peut prendre l'exemple de la chute de Bissorte qui a été construite pour les besoins de l'électrométallurgie. En 1929, une demande de concession a été déposée par la Compagnie des produits chimiques et électrométallurgiques Alais, Froges et Camargue auprès du Ministère des travaux publics. La concession a été attribuée par décret du 16 octobre 1932 (*JORF* du 25 octobre 1932, p. 11409) à la société hydroélectrique de Savoie, filiale de la Compagnie à l'origine de la demande de concession. L'article 1er du cahier des charges prévoit que l'objet principal de l'entreprise est « la fourniture d'énergie électrique aux usines électrochimiques appartenant à la compagnie de produits chimiques et électrométallurgiques Alais, Froges et Camargue, dans le département de la Savoie, et la vente des excédents disponibles aux services publics et au public ». Voir ONDE (H), « Chantiers de haute montagne : le barrage et la chute de Bissorte (Maurienne), *Revue de géographie alpine*, tome 21, n°3, 1933, pp. 623-633 ; PERIERES (M), « Une grande compagnie industrielle française : Péchiney », *Revue de géographie alpine*, tome 43, n°1, 1955, pp. 151-212.

pour gérer et exploiter les différents moyens de production et les réseaux de transport et de distribution d'électricité, à se substituer à la quasi-totalité des entreprises hydroélectriques existantes[175].

Dans la situation actuelle, l'Etat est confronté, en théorie, à plusieurs opérateurs. Dans la pratique, il entretient toutefois une relation quasiment exclusive avec EDF pour la gestion des contrats de concession. La donne devrait cependant changer dans les années à venir, avec l'apparition de nouveaux opérateurs et la multiplication du nombre de concessionnaires. L'Etat va alors être dans l'obligation de repenser la relation avec ces prestataires : c'est le renouveau de la relation verticale (Chapitre 2).

[175] Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz (*JORF* du 9 avril 1946, p. 2951), article 6 : « l'ensemble des biens, droits et obligations des entreprises qui ont pour activité principale la production, le transport ou la distribution de l'électricité ou du gaz sur le territoire de la métropole est intégralement transféré aux services nationaux sous réserve des dispositions de l'article 15 ».

Chapitre 1 : L'apparition souhaitable d'une pluralité de concessionnaires

L'obligation de mise en concurrence des contrats de concession en général, et hydroélectrique en particulier, résulte de la volonté initiale des pères fondateurs de l'Europe de supprimer les barrières à l'échange entre les différents Etats membres. La mise en place de ce marché commun s'est faite de manière progressive avec l'Union douanière[176], l'Acte unique européen[177], qui a fixé l'achèvement du marché intérieur au 1er janvier 1993, et le Traité de Maastricht[178], qui a instauré la monnaie unique. La création du marché intérieur a été permise par l'application de grands principes affirmés dans les Traités constitutifs des Communautés et de l'Union européennes, tels que le principe de libre-circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux, le principe de non-discrimination et le principe de liberté d'établissement. En parallèle, de nombreuses directives ont été adoptées afin de recréer une concurrence dans des secteurs qui faisaient souvent l'objet de monopoles nationaux[179].

L'ouverture du marché de l'électricité a été réalisée progressivement avec la publication et la transposition des directives des trois « paquets énergie »[180] (Section 1).

---

[176] L'Union douanière a été créée le 1er juillet 1968, fondée sur l'article 9 du Traité de Rome signé le 25 mars 1957 par la France, la République fédérale d'Allemagne, l'Italie, la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg.

[177] L'Acte unique européen a été signé les 17 et 28 février 1986.

[178] Le Traité sur l'Union européenne a été signé à Maastricht le 7 février 1992.

[179] C'est par exemple le cas du secteur postal dont la seule activité encore sous monopole est la distribution des courriers inférieurs à 50 grammes. Concernant le secteur ferroviaire, voir notamment VIDELIN (J-C) (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire : aspects juridiques*, 2013, Colloques & Débats, Lexis Nexis.

[180] Premier paquet énergie :

- Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (*JOCE* n°L 027 du 30 janv. 1997 p. 20).
- Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998 concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (*JOCE* n° L 204 du 21 juill. 1998, p. 1).

Deuxième paquet énergie :

- Règlement (CE) n°1228/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité (*JOUE* n° L 176 du 15 juill. 2003, p. 1).
- 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 (abrogeant la directive 96/92/CE) (*JOUE* n° L 176 du 15 juill. 2003, p. 37).
- Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (abrogeant la directive 98/30/CE) (*JOUE* n° L 176 du 15 juill. 2003, p. 56).

Troisième paquet énergie :

- Règlement (CE) nº 713/2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie (*JOUE* n° L 211 du 14 oût 2009, p. 1)

L'application des règles du marché intérieur de l'énergie aurait dû permettre à de nouveaux opérateurs d'accéder à des moyens de production nationaux. Cependant, dans la pratique, cette ouverture a été très marginale et n'a donc pas permis la mise en place d'une réelle concurrence sur le marché de l'électricité français. Par conséquent, la France est aujourd'hui contrainte, dans le respect de la réglementation européenne, d'ouvrir l'accès aux moyens de production hydroélectrique, par l'organisation d'une procédure de mise en concurrence pour attribuer les concessions. Cette situation peut alors être considérée, selon nous, comme une opportunité car elle permettra à l'Etat de choisir librement le concessionnaire, contrairement à la situation antérieure qui le conduisait à renouveler le contrat au profit de l'opérateur sortant, le plus souvent EDF (Section 2).

Section 1 : Une mise en œuvre temporisée des procédures de mise en concurrence

L'Etat français se trouve embrigadé dans un « marché de dupe », selon M. PONIATOWSKI[181]. Cette affirmation est fondée sur le fait que la France est contrainte d'ouvrir à la concurrence l'accès à ses concessions hydroélectriques, à la différence d'autres pays membres. Toutefois, cette affirmation est à relativiser selon nous, au vu de la situation des autres pays membres. Le fondement de l'ouverture est lié à la place prédominante d'EDF comme opérateur historique dans la production d'énergie par rapport aux autres pays membres de l'Union européenne. En effet, les opérateurs historiques ont été dans l'obligation de « partager » leur moyen de production par le biais de différents dispositifs. Ainsi, comme l'explique Maître BARTHELEMY, en Allemagne et en Espagne, la répartition des outils de production s'est faite naturellement avec la mise en concurrence des moyens de production, en Italie elle a résulté de

- Règlement (CE) nº 714/2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité (*JOUE* n° L 211 du 14 oût 2009, p. 15)
- Règlement (CE) nº 715/2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel (*JOUE* n° L 211 du 14 oût 2009, p. 36)
- Directive 2009/72/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (abrogeant la directive 2003/54/CE) (*JOUE* n° L 211 du 14 oût 2009, p. 55).
- Directive 2009/73/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (abrogeant la directive 2003/55/CE) (*JOUE* n° L 211 du 14 oût 2009, p. 94).

[181] Expression utilisée par Ladislas PONIATOWSKI, sénateur, rapporteur de la loi sur la transition énergétique pour la commission des affaires économiques, lors du débat au Sénat sur le chapitre II du 17 février 2015 (*JORF – Sénat* du 18 février 2015, pp. 1840-1954, (p. 1892)).

l'obligation pour l'opérateur historique de céder une partie de ses actifs[182]. La France se trouve donc contrainte d'ouvrir l'accès à ses moyens de production, par l'application des règles de l'Union européenne, contraignantes dans l'ensemble des Etats, par une lecture combinée des règles relatives à l'ouverture du marché de l'électricité et des grands principes de la commande publique (§ 1). L'application de ces différentes dispositions, notamment celles de la directive 2014/23/UE, oblige donc, et cela depuis plusieurs années, l'Etat à amender les dispositions relatives à l'octroi des concessions[183] (§ 2).

§ 1 L'obligation de mise en concurrence impulsée par les règles européennes

L'Etat français est contraint d'organiser une procédure de mise en concurrence pour l'octroi des concessions hydroélectriques. Cette obligation résulte de différents fondements qui ont évolué en même temps que les règles applicables au sein de l'Union européenne. En effet, l'Etat aurait dû permettre l'accès aux concessions hydroélectriques avant toute réglementation relative à ce type de contrats, les premiers recours en manquement étant fondés sur les principes du Traité (A). En 2014, l'Union européenne, après de nombreuses années de négociation, a finalement adopté une directive relative à la passation des contrats de concession. Celle-ci permet de renforcer les arguments avancés par la Commission dans le cadre des recours exercés à l'encontre de la France (B). Le fondement unique de l'application du principe d'obligation de mise en concurrence sera ensuite progressivement élargi par la mise en œuvre de directives sectorielles relatives à la création d'une Union de l'énergie (C).

A *Le principe de liberté d'établissement, fondement des recours en manquement exercés à l'encontre de la France en matière de concessions hydroélectriques*

Le principe de liberté d'établissement a été reconnu dès le Traité de Rome dans son article 52[184]. Le droit d'établissement peut être défini comme « le droit pour tout ressortissant

[182] BARTHELEMY (C) et al., « La loi de transition énergétique : déclaration d'intention ou socle d'une transformation dirigée de l'économie française ? », *Droit de l'environnement*, n°241, janvier 2016, pp. 27-39.

[183] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession (*JOUE* du 28 mars 2014, L 94/1).

[184] Initialement inscrit dans l'article 52 du Traité de Rome, le principe de liberté d'établissement a depuis été repris à l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex article 43 du Traité CEE).

d'un Etat membre de la C.E.E. (personne physique ou morale) de s'établir à titre principal ou à titre secondaire sur le territoire d'un Etat autre que son Etat d'origine dans les mêmes conditions que les nationaux du pays d'accueil »[185]. Cette liberté a été reconnue d'effet direct dans le droit interne des Etats membres[186], à l'expiration de la période de transposition prévue à l'article 8 du Traité de Rome, qui envisageait l'établissement du marché commun sur une durée de douze ans[187]. Ainsi, cette liberté devait permettre de participer à l'un des objectifs initiaux du Traité de Rome, qui était « d'établir des conditions favorables au développement des activités économiques communautaires et permettre ainsi la réalisation du Marché intérieur »[188]. La finalité recherchée justifie le fondement des premiers recours en manquement exercés par la Commission européenne à l'encontre de la législation française relative aux installations hydroélectriques : l'atteinte à la liberté d'établissement.

Dans le cadre du premier recours, la Commission a envoyé un avis motivé afin de demander à l'Etat la mise en conformité de sa législation avec le principe de liberté d'établissement prévu à l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)[189]. Selon les termes du communiqué de presse du 21 décembre 2004, « cette liberté fondamentale interdit les restrictions à l'exercice d'activités économiques sur le plan transfrontalier et notamment toute forme de discrimination directe ou indirecte entre opérateurs communautaires »[190]. Le non-respect de cette liberté est caractérisé en cas d'atteinte au principe de non-discrimination (article 18 alinéa 1er du TFUE). Ainsi, pour prouver que la législation française relative aux concessions hydroélectriques portait bien atteinte au principe de liberté d'établissement, la Commission européenne a mis en exergue l'existence d'une discrimination

---

[185] LOUSSOUARN (Y), « Le droit d'établissement des sociétés », *RTD Eur*., 1990, n°2, pp. 229-239 (p. 231).

[186] CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, Aff 2/74, *Rec. de jurisprudence* 1974, p. 631-657, §32 : « Depuis la fin de la période de transition, l'article 52 du traité est une disposition directement applicable, et ce nonobstant l'absence éventuelle, dans un domaine déterminé, des directives prévues aux articles 54 §2 et 57 §1 du traité ».

[187] Article 8 Traité CEE : « 1. Le marché commun est progressivement établi au cours d'une période de transition de douze années. […]

7. Sous réserve des exceptions ou dérogations prévues par le présent Traité, l'expiration de la période de transition constitue le terme extrême pour l'entrée en vigueur de l'ensemble des règles prévues et pour la mise en place de l'ensemble des réalisations que comporte l'établissement du marché commun ».

[188] SANTORO (G), « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt *Cartesio* », *RIDE*, n°2010/3, pp. 351-372 (p. 352).

[189] Le TFUE prévoit dans ses articles 258 à 260 une procédure de recours en manquement. Elle doit permettre de sanctionner les Etats membres qui ne respectent pas leurs obligations. L'initiative de la procédure peut appartenir à la Commission européenne ou à un Etat membre. La Commission doit alors faire parvenir un avis motivé à l'Etat en cause, qui peut présenter des observations. Toutefois, s'il ne se conforme pas à l'avis définitif, la Commission ou l'Etat membre ayant initié la procédure pourra saisir la Cour de justice de l'Union européenne.

[190] Communiqué de presse IP/04/1520 du 21 décembre 2004, « Services : procédures d'infraction contre l'Italie, l'Autriche, la France et le Luxembourg », p. 2.

entre les opérateurs en place et les sociétés qui souhaiteraient être candidates. Selon la Commission, la restriction à cette activité était fondée par le droit de préférence. En effet, celui-ci donnerait au concessionnaire en place la priorité lors du renouvellement du contrat[191]. Il permettait ainsi au sortant de se voir réattribuer le contrat sans mise en concurrence, dans la mesure où il acceptait les nouvelles conditions du cahier des charges. Le droit de préférence constituait donc une rupture du principe d'égalité de traitement entre les différents opérateurs intéressés par la reprise de la concession[192].

Toutefois, il est possible de restreindre la liberté d'établissement tout en respectant le droit de l'Union européenne. Cette restriction peut être fondée sur trois motifs : la soustraction de certaines activités professionnelles à la liberté d'accès (article 51 du TFUE), des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (article 52 du TFUE) et enfin l'application de dispositions nationales fondées sur l'intérêt général[193].

Dans un premier temps, la France a tenté de justifier l'atteinte à la liberté d'établissement par un motif de sécurité des installations et d'approvisionnement énergétique. Le droit de préférence permettait en effet d'assurer la sécurité publique liée à l'exploitation des concessions hydroélectriques. L'Etat considérait que seuls les concessionnaires en place étaient en mesure d'atteindre ces objectifs. Bien que la Commission ait reconnu les objectifs de la France, elle a toutefois considéré que la mesure était disproportionnée et qu'elle ne justifiait donc pas la restriction au principe de liberté d'établissement[194].

Il était donc nécessaire pour la France de modifier sa législation afin d'assurer le respect du principe de non-discrimination entre les entreprises et donc du principe de liberté d'établissement dans l'accès aux concessions hydroélectriques. La suppression du droit de préférence a alors été annoncée par l'Etat, qui s'est engagé à ne plus appliquer ce dispositif, figurant dans les contrats, dans l'attente des modifications législatives. Cependant, la France a

---

[191] Pour plus d'information, voir *infra*, A, §2 de la présente section.

[192] Le Conseil d'Etat dans son avis du 28 septembre 1995 (*EDCE*, 1995, p. 402) avait d'ailleurs considéré que le droit de préférence prévu par la loi du 16 octobre 1919 prévalait sur les dispositions de la Loi Sapin. En effet, la loi Sapin en instaurant l'obligation de mise en concurrence des contrats à leur échéance, aurait dû conduire à supprimer la portée du droit de préférence octroyé au concessionnaire sortant.

[193] Ce motif est reconnu par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Il est alors nécessaire que l'exception à la liberté d'établissement soit justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elle soit appliquée de manière non-discriminatoire, qu'elle garantisse la réalisation de l'objectif poursuivi et enfin qu'elle soit limitée à ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. L'application de ces critères se retrouve dans plusieurs décisions de la Cour de justice des communautés européennes. Voir, par exemple, CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, Aff. C-19/92, *Rec*. p. 1663, pt 32.

[194] Communiqué de presse IP/05/920 du 13 juillet 2005, « Liberté d'établissement : la Commission demande à la France, à l'Italie et à l'Espagne de modifier leurs législations en matière de concessions hydroélectriques ».

été traduite devant la Cour de justice au vu des retards pris dans l'exécution de ses engagements. Le droit de préférence avait certes été supprimé dès la loi de 1919, mais il avait été maintenu dans le décret de 1994 relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique [195].

L'analyse des différents recours en manquement formés à l'encontre de la France montre que l'incompatibilité de la législation française avec le droit de l'Union européenne est fondée sur le non-respect du principe de liberté d'établissement prévu à l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne[196]. Par conséquent, l'obligation d'ouvrir à la concurrence l'accès aux concessions hydroélectriques résulte, dans un premier temps, de l'application des principes du Traité, notamment ceux relatifs à la commande publique, et non-pas des directives sectorielles prévoyant la création d'un marché intérieur de l'électricité.

B *La mise en œuvre du droit de la commande publique*

L'obligation d'ouverture du marché de l'électricité a certes favorisé l'obligation de mise en concurrence dans l'attribution des concessions hydroélectriques, mais de manière plus indirecte dans un premier temps[197]. En effet, les différentes procédures en manquement ont été fondées sur l'obligation de libre-accès inscrite dans le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), et non-pas sur l'ouverture du marché de l'électricité[198]. Initialement, l'attribution de concessions de service était simplement soumise aux principes du Traité, notamment les principes de liberté d'établissement, d'égalité de traitement et de non-discrimination.

---

[195] 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 (*JORF* du 18 octobre 1994, p. 14768).

[196] Communiqué de presse IP/04/1520 du 21 décembre 2004, « Services : procédures d'infraction contre l'Italie, l'Autriche, la France et le Luxembourg » ; Communiqué de presse IP/05/920 ; Communiqué de presse IP/06/889 du 29 juin 2006, « Libre prestation de services et liberté d'établissement : procédures d'infraction à l'encontre de l'Allemagne et de l'Autriche et nouveaux développements dans les procédures à l'encontre de la France et de l'Italie » ; Communiqué de presse IP/08/862 du 5 juin 2008, « Liberté d'établissement : la Commission conteste le régime français des concessions hydroélectriques » ; Communiqué de presse IP/19/1477, « Concessions en matière d'énergie hydroélectrique: la Commission demande à 8 États membres de se conformer au droit de l'Union ».

[197] Voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2.

[198] Le libre-accès au territoire est une des composantes de la libre-circulation des opérateurs économiques. La seconde est la liberté d'exercer des activités économiques sur l'ensemble des territoires des Etats membres. Ainsi, en principe toute personne (physique ou morale) doit pouvoir s'installer sur le territoire d'un Etat membre pour exercer une activité économique. Voir par exemple, pour un panorama de la libre-circulation dans le marché de l'Union européenne, NOURISSAT (C), *Droit des affaires de l'Union européenne*, Dalloz, Hypercours, 2010, 3ème édition, (notamment Partie 1, Titre 1).

Dorénavant, les contrats de concession sont soumis à un régime propre instauré par la directive 2014/23/UE[199]. La nouvelle réglementation uniformise ainsi les règles applicables à l'ensemble des concessions de travaux et de service, hormis les quelques exceptions qu'elle prévoit (par exemple pour le secteur de l'eau[200]). Ce dispositif modifie peu la situation en France. En effet, notre pays avait déjà instauré, à partir des années 1990, un régime de publicité et de mise en concurrence pour l'octroi des contrats de concession de travaux et des délégations de service public[201]. Il était toutefois prévu des exceptions, qui ne sont plus applicables aujourd'hui au regard des dispositions de la directive 2014/23/UE, notamment pour les concessions hydroélectriques. Celle-ci a été transposée par l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et le décret n°2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession qui ont été codifiés dans le code de la commande publique entré en vigueur au 1er avril 2019[202].

Aujourd'hui, les obligations de mise en concurrence sont donc renforcées par la création d'un régime relatif aux contrats de concession, plus contraignant que le simple respect des grands principes du Traité.

D'ailleurs cette conclusion est confortée par l'absence d'obligations de mise en concurrence pesant sur certains Etats membres de l'Union européenne, du fait du régime juridique d'exploitation des usines hydrauliques qu'ils ont mis en place. C'est notamment le

---

[199] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, (*JOUE* du 28 mars 2014, L94/1). Voir BRACONNIER (S), « La typologie des contrats publics d'affaire face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA*, 21 avril 2014, n°15, pp. 832-840.

Les directives antérieures relatives au marché public (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 ; 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) définissaient la concession de travaux publics comme « un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix » (article 1er, 3, directive 2014/18/CE). Il était prévu dans ces directives un titre relatif aux « règles dans le domaine des concessions de travaux publics ». En revanche, aucune disposition n'était prévue pour les concessions de service. Seules les concessions de travaux étaient soumises au respect d'obligations allant au-delà de l'application des grands principes des Traités.

[200] Le secteur de l'eau a été exclu du champ d'application de la directive 2014/23/UE par son article 12. Cette exclusion n'a pas été transposée dans le droit interne. Dans la mesure où les dispositions transposées peuvent être plus contraignantes que les dispositions du droit de l'Union européenne, le secteur de l'eau sera soumis aux dispositions relatives aux contrats de concession inscrites dans l'ordonnance et le décret concession.

[201] 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 (*JORF* n°25 du 30 janvier 1993, p. 1588).

[202] Ordonnance n°2016-65, préc. et décret n°2016-86 préc. Le code de la commande publique a été codifié par l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique (*JORF* n°0281 du 5 décembre 2018, texte n° 20) et le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique (*JORF* n°0281 du 5 décembre 2018, texte n° 21).

cas en Allemagne et en partie, en Autriche où un mécanisme d'autorisation est utilisé[203]. Dans cette situation, les installations sont la propriété de la personne autorisée. Par conséquent, l'obligation de mise en concurrence à l'échéance de l'autorisation administrative est beaucoup plus restreinte : il suffit de respecter les grands principes des Traités et non pas les dispositions spécifiques applicables aux contrats de concession, depuis l'adoption de la directive 2014/23/UE[204].

Cette situation a permis à l'Etat français de justifier ses réticences à l'ouverture de ses concessions. En effet, il considère qu'en l'absence de réciprocité, il ne peut pas être favorable à une mise en concurrence ouverte à des opérateurs étrangers, puisque les acteurs français ne disposeraient pas des mêmes chances dans les autres pays de l'Union[205].

Toutefois, la Commission ne partage pas la position de l'Etat français, puisque l'absence de renouvellement des contrats de concession hydroélectrique est incompatible avec la création du marché unique de l'électricité imposée par l'Union européenne. En effet, la France offre des opportunités restreintes d'installation aux nouveaux fournisseurs, du fait d'un accès marginal aux capacités de production, en refusant l'accès aux concessions hydroélectriques. Cette situation conduit donc à limiter l'épanouissement d'un marché concurrentiel sur son territoire[206]. La Commission européenne a d'ailleurs lancé une enquête en octobre 2015 sur l'abus de position dominante d'EDF, dans la mesure où sa surreprésentation en tant que producteur d'électricité lui donne un avantage notable pour l'accès aux autres activités de ce marché et notamment celle de fourniture.

La France a longtemps avancé l'argument selon lequel elle était traitée différemment des autres Etats membres, à propos de la mise en œuvre de l'obligation de mise en concurrence des contrats de concession hydroélectrique. Un tel argument a d'ailleurs encore été développé, fin 2018, lors de l'audition du directeur général adjoint en charge des affaires antitrust de la direction générale de la concurrence, M. MADERO, au sein de la Commission des affaires

---

[203] Voir BATTISTEL (M-N) et STRAUMANN (E), *Rapport d'information n°1404 du 7 octobre 2013 déposé par la Commission des affaires économiques en application de l'article 145 du règlement sur l'hydroélectricité*.

[204] V., en ce sens, Communiqué de presse IP/19/1477, « Concessions en matière d'énergie hydroélectrique : la Commission demande à 8 États membres de se conformer au droit de l'Union ».

[205] Cependant, l'outil de l'autorisation ne correspond pas nécessairement aux besoins de la France en matière d'hydroélectricité dans la mesure où la propriété des installations revient à l'opérateur autorisé et non à l'Etat.

[206] Pour comprendre la relation entre l'accès aux moyens de production et l'entrée de nouveaux fournisseurs, voir *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, B, 3.

économiques de l'Assemblée nationale[207]. Toutefois, il nous semble que cet argument, dont la portée était déjà limitée selon nous, est encore plus affaibli depuis le communiqué de presse du 7 mars 2019, dans lequel la Commission européenne a annoncé avoir mis en demeure plusieurs Etats membres d'ouvrir le secteur de l'hydroélectricité dans leurs pays respectifs, même pour le régime de l'autorisation[208]. Nous pouvons en plus noter que cette mise en demeure repose désormais sur un fondement supplémentaire, l'application de la directive concession. Ainsi, la Commission intensifie son action afin d'organiser une réelle concurrence sur le marché de l'électricité en Europe et notamment en France.

C *La libéralisation du marché de l'énergie*

Dans les autres pays de l'Union européenne, le marché de l'énergie est plus concurrentiel qu'en France. C'est d'ailleurs dans ce cadre que la Commission européenne a lancé une procédure d'enquête relative à l'abus de position dominante d'EDF[209]. En effet, il existe en France deux mécanismes qui conduisent à neutraliser l'accès aux marchés pour les fournisseurs.

Tout d'abord, la difficulté d'accès au nucléaire, qui représente le moyen de production le plus important en volume. En effet, l'impossibilité d'exploiter les installations de production d'énergie nucléaire conduit à limiter largement les possibilités d'accès aux actifs français[210]. Des dispositifs ont donc été envisagés afin d'accéder à la production sans être exploitant des ouvrages : l'accès régulé à l'énergie nucléaire historique (ARENH)[211] et les Virtual Power

---

[207] Séance de la Commission des affaires économiques du 21 novembre 2018 à 9h30. La séance est disponible en vidéo sur le site de l'assemblée nationale. Le Compte-rendu de la séance n'a quant à lui pas reproduit les échanges et l'intervention de M. MADERO.

[208] Communiqué de presse IP/19/1477 du 7 mars 2019, « Concessions en matière d'énergie hydroélectrique : la Commission demande à 8 États membres de se conformer au droit de l'Union ». Les huit Etats membres concernés sont : l'Allemagne, l'Autriche, la France, l'Italie, la Pologne, le Portugal, le Royaume-Uni et la Suède.

[209] La mise en demeure a été adressée à la France en octobre 2015 mettant en cause les « mesures étatiques qui, en faisant obstacle à l'entrée et à l'expansion de concurrents ont pour effet de maintenir ou de renforcer la position dominante d'EDF » (proposition de résolution n°1845 concernant l'avenir du secteur hydroélectrique enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 5 avril 2019, 8 p. (p. 3), disponible sur le site internet de l'Assemblée nationale, http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/propositions/pion1845.pdf).

[210] V. *infra* Section 2, § 2, A.

[211] Le dispositif de l'ARENH a été instauré par la loi n°2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité (*JORF* n°0284 du 8 décembre 2010, p. 21467).

Les dispositions ont été codifiées dans le code de l'énergie aux articles L. 336-1 s. V. article L. 336-1 du code de l'énergie : « Afin d'assurer la liberté de choix du fournisseur d'électricité tout en faisant bénéficier l'attractivité du territoire et l'ensemble des consommateurs de la compétitivité du parc électronucléaire français, un accès régulé et limité à l'électricité nucléaire historique, produite par les centrales nucléaires mentionnées à l'article L. 336-2, est ouvert, pour une période transitoire définie

Plants (VPP)[212]. Le second dispositif est arrivé à échéance en 2011 et l'ARENH a vocation à disparaître le 31 décembre 2025.

Le second mécanisme limitant la concurrence sur le marché français est celui des tarifs réglementés de vente. Ces tarifs, fixés par arrêté sur la base des coûts de production d'EDF, ont, historiquement, été proposés à l'ensemble des consommateurs d'énergie. Ces tarifs limitaient la concurrence dans la mesure où les fournisseurs autres qu'EDF devaient nécessairement proposer un prix inférieur pour obtenir un portefeuille client, ce qui est relativement complexe au vu des possibilités d'accès à la production de l'énergie. Depuis le 1er janvier 2016, les tarifs réglementés de vente sont maintenus uniquement pour les ménages, ce qui a permis l'apparition de nouveaux fournisseurs pour les plus gros consommateurs. On peut donc considérer que le marché est en cours d'ouverture[213]. Toutefois, l'état d'avancement de la concurrence est encore insuffisant, en l'absence de réelle maîtrise de la production par les fournisseurs. Ainsi, Dominique RISTORI, Directeur général à l'énergie à la Commission européenne, déclare que « la concentration du marché et la faiblesse de la concurrence demeurent un enjeu d'actualité »[214].

Les carences dans l'ouverture du marché français ont donc conduit la Commission à insister sur la mise en concurrence des concessions hydroélectriques, qui pourrait servir de déclencheur. Dans les autres pays de l'Union européenne, le marché de l'électricité est plus ouvert d'un point de vue global. En Allemagne, en 2012, quatre acteurs historiques (RWE, E.ON, Vattenfall et EnBW) prédominent avec 73% des capacités de production. Mais ces

---

à l'article L. 336-8, à tous les opérateurs fournissant des consommateurs finals résidant sur le territoire métropolitain continental ou des gestionnaires de réseaux pour leurs pertes.

Cet accès régulé est consenti à des conditions économiques équivalentes à celles résultant pour Electricité de France de l'utilisation de ses centrales nucléaires mentionnées au même article L. 336-2. »

Aujourd'hui le dispositif de l'ARENH a un intérêt limité dans la pratique puisque le prix du marché est inférieur au prix de l'ARENH. Les fournisseurs voulant accéder à une source d'énergie auront donc une tendance à acheter l'électricité sur le marché plutôt qu'auprès d'EDF dans le cadre du dispositif réglementé.

[212] Ils permettent à des opérateurs de participer à des « enchères de capacité ».

[213] Pour autant la CJUE a considéré que l'existence de TRV, sur le marché du gaz, constituait une entrave à la réalisation d'un marché concurrentiel (CJUE, C-121/15, 7 septembre 2016, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie c. Premier ministre e.a.). Cette conclusion n'est toutefois pas transposable au marché intérieur de l'électricité selon la décision du Conseil d'Etat du 18 mai 2018 (CE Ass., 18/05/2018, n°413688 et 414656, Sté Engie et Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE). En effet, le juge y considère que le premier critère, celui de l'objectif d'intérêt général, permettant de constituer une entrave à la réalisation du marché n'était pas remplit. En effet, le risque de volatilité des prix de l'électricité, sous réserve d'un réexamen périodique des TRV et d'une limitation des bénéficiaires, permet de justifier, selon le juge français, l'objectif d'intérêt économique général du dispositif.

[214] RISTORI (D), « 60 ans de politique énergétique », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2019, n°1/2019, pp. 17-38 (p. 29).

acteurs n'ont que 45% de part de marché dans le domaine de la fourniture[215]. En France, en 2015, trois producteurs disposent de 79% de la puissance installée (dont 75% exploitée par EDF)[216]. Les trois fournisseurs les plus significatifs (EDF, Engie et Direct Energie) détiennent 88% des parts de marchés en volume en 2014[217]. Seul EDF, en tant que fournisseur y détient une part de marché supérieure à 5% en volume[218].

Cette situation ne permet donc pas forcément à la France de refuser la mise en concurrence des concessions hydroélectriques, dans la mesure où celle-ci pourrait contribuer à l'ouverture du marché de détail, qui n'est pas encore aboutie[219]. L'Etat a cependant cherché à mettre en place des outils permettant de modifier les contrats en cours d'exécution qui pourraient, en théorie, contribuer au report de la mise en œuvre des procédures formalisées. L'analyse de ces outils conduira toutefois à mettre en avant la fragilité de leur compatibilité avec le droit de l'Union européenne. En parallèle, la France a aussi prévu l'organisation du renouvellement dans le cadre d'une mise en concurrence, afin d'être en conformité avec les attentes de la Commission. Le concédant a cependant considéré qu'il était nécessaire de mettre en place une procédure adaptée aux spécificités des concessions hydroélectriques.

§ 2 Une réforme nécessaire des dispositions relatives à l'attribution des concessions hydroélectriques

La plupart du temps, le renouvellement des contrats de concession a été négocié de gré à gré avec le concessionnaire en place. L'absence de mise en concurrence était conforme à l'ordre juridique interne alors en vigueur, que les dispositions soient propres aux concessions hydroélectriques ou applicables à l'ensemble des concessions (A). En revanche, ces dispositifs étaient incompatibles avec le droit de l'Union européenne. Ils neutralisaient l'application des principes du Traité et des procédures de mise en concurrence qui existaient pourtant en droit français. Suite à la suppression de l'effectivité des dispositifs neutralisant la mise en

[215] Source : *Rapport annuel 2015 de la Cour des Comptes*, p. 179.

[216] Source : CRE, *Bilan annuel. Rapport à la Commission européenne. Principaux développements des marchés français de l'électricité et du gaz naturel en 2015 et au premier semestre 2016*, 2016, p. 40. A titre d'information, nous n'avons trouvé aucune donnée actualisée depuis 2016 sur la répartition de la puissance installée dans les différentes publications de la Commission de Régulation de l'Energie.

[217] Source : *Rapport annuel de la Commission de Régulation de l'Energie à la Commission européenne*, 2015, p. 45.

[218] Source : *Rapport annuel de la Commission de Régulation de l'Energie à la Commission européenne*, 2015, p. 45.

[219] Le marché de détail est composé de l'activité de fourniture aux clients finaux.

concurrence, sous l'influence de la Commission européenne, l'Etat concédant a mis en place un nouveau régime permettant d'assurer un contrôle suffisant des futurs opérateurs. Pour cela, il a créé de nouveaux outils et rénové la procédure d'octroi des concessions hydroélectriques, dans le cadre de la loi sur la transition énergétique, et dans le respect du droit de l'Union européenne (B).

A *La suppression des dispositifs dérogeant à l'organisation d'une mise en concurrence*

Dans le droit interne, quatre dispositifs distincts ont conduit à limiter l'accès aux concessions hydroélectriques (1). Trois d'entre eux ont aujourd'hui été abrogés sous l'influence de l'Union européenne, notamment à la suite des procédures de recours en manquement lancées contre la France (2).

1. L'abrogation des avantages au concessionnaire sortant

La résistance de la France à une mise en concurrence s'est traduite par le refus de supprimer un certain nombre de dispositifs, historiquement prévus dans les cahiers des charges de concessions. Ils permettaient, malgré une apparente obligation de mise en concurrence imposée par les textes relatifs à la passation des contrats de concession et aux lois sur l'ouverture du marché de l'électricité, aux concessionnaires en place de ne pas y être soumis.

Le premier dispositif est propre aux concessions hydroélectriques. Il était envisagé dès 1919 et octroyait au concessionnaire un droit au renouvellement automatique de son contrat sous certaines conditions. L'article 13 alinéas 1 et 2 de la loi de 1919 prévoyait, à la charge de l'administration, l'obligation de notifier au concessionnaire sa décision de lui renouveler ou non la concession[220]. Si celle-ci ne l'avait pas fait au moins dix ans avant l'échéance, la concession était automatiquement renouvelée au profit du concessionnaire pour une durée de

[220] Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique (*JORF* du 18 octobre 1919, p. 11523), article 13 alinéas 1 et 2 : « Dix ans au moins avant l'expiration de la concession, l'administration doit notifier au concessionnaire si elle entend ou non lui renouveler sa concession. A défaut par l'administration d'avoir, avant cette date, notifié ses intentions au concessionnaire, la concession est renouvelée de plein droit aux conditions antérieures, mais pour une période de trente années seulement.

Les dispositions contenues dans le paragraphe précédent sont applicables avec les mêmes délais aux concessions renouvelées par tacite reconduction par période de trente années. S'il n'a pas été institué de concession nouvelle cinq ans au moins avant l'expiration de la concession, celle-ci se trouve renouvelée de plein-droit aux conditions antérieures, mais pour une période de trente années seulement. […]».

trente ans[221]. Ce système de reconduction conduisait à la création d'un nouveau contrat, et non à une simple prolongation, dans les conditions antérieures[222]. Cette situation donnait un avantage certain au concessionnaire en place, en maintenant à son profit des avantages « qui ne sont pas justifiés par une prise de risque équivalente »[223]. Ainsi, la reconduction conduisait la plupart du temps à « fournir au concessionnaire une rente de situation »[224]. Depuis la loi sur l'eau de 1992[225], l'absence de réponse de l'administration ne conduit plus à un renouvellement automatique pour une durée de trente ans, mais à une prorogation « aux conditions antérieures, mais pour une durée équivalente au dépassement » du contrat[226].

Le deuxième dispositif résulte donc de la modification de la rédaction de l'article 13 de la loi de 1919, qui a conduit à la suppression du droit au renouvellement automatique. En revanche, cette disposition a créé le système des délais glissants[227]. Ce système, codifié dans le code l'énergie à l'article L. 521-16, est toujours en vigueur[228]. Il permet aux concessions

---

[221] Sur les effets du silence de l'administration dans une telle hypothèse, v. GOUTTENOIRE (R), *Le silence de l'administration*, Thèse, Paris, P. Bossuet, 1932, pp. 183-184.

[222] Le Conseil d'Etat a en effet considéré que le contrat tacitement reconduit constituait un nouveau contrat : CE, 23 mai 1979, *Cne de Fontenay-le-Fleury*, n°00063, *Rec*. 1979, p. 226. La communication interprétative de la Commission européenne confirme cette analyse (JOUE n°C121 du 29 avril 2000, p. 2). V. également ARNOULD (J), « Le projet de communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire des marchés publics », *RFDA*, 2000, n°1, pp. 24-28.

[223] PRACHE (P), *Les fins de concession*, Thèse, Paris II, 2001, dactyl. Tome I, p. 43.

[224] *Eod. Loc*.

[225] Loi n°92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau (*JORF* n°3 du 04 janvier 1992 p. 187), article 47 ayant modifié la rédaction de l'article 13 de la loi du 16 octobre 1919.

[226] « Onze ans au moins avant l'expiration de la concession, le concessionnaire présente sa demande de renouvellement.

Au plus tard, cinq ans avant cette expiration, 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.

A défaut pour l'administration d'avoir, avant cette date, notifié sa décision au concessionnaire, la concession actuelle est prorogée aux conditions antérieures, mais pour une durée équivalente au dépassement.

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. Cette concession nouvelle doit être instituée au plus tard le jour de l'expiration du titre en cours, c'est-à-dire soit à la date normale d'expiration, soit si l'alinéa précédent est mis en œuvre à la nouvelle date déterminée selon les dispositions de cet alinéa. A défaut, pour assurer la continuité de l'exploitation, ce titre est prorogé aux conditions antérieures jusqu'au moment où est délivrée la nouvelle concession ».

[227] Ce système est d'ailleurs largement critiqué par un rapport rédigé conjointement par le Conseil général des mines, le Conseil général des ponts et chaussées et l'Inspection générale des finances. Dans ce rapport, la situation des concessions en délais glissants est qualifiée de « situation de déshérence » : LETEURTROIS (J-P) et al., *Rapport sur le renouvellement des concessions hydroélectriques*, novembre 2006, p. 2 (disponible sur le site de la documentation française https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000107.pdf).

[228] Ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2001 portant codification de la partie législative du code de l'énergie (*JORF* n°0108 du 10 mai 2011, p. 7954).

arrivées à échéance, mais qui n'ont pas été renouvelées, d'être prorogées, dans les conditions du contrat en cours, en attendant son renouvellement.

Le système des délais glissants, qui permet aux contrats arrivés à échéance de perdurer en l'absence de renouvellement, comporte deux intérêts pour l'Etat.

Il permet, en premier lieu, d'éviter un « vide juridique ». A l'échéance du contrat, en l'absence de délais glissants, le contrat de concession serait échu et le concessionnaire ne pourrait plus exploiter les installations. La situation serait particulièrement complexe actuellement, dans la mesure où de nombreux contrats de concession sont arrivés à échéance et n'ont pas été renouvelés[229].

En second lieu, le système des délais glissants permet à l'Etat de maintenir les concessionnaires historiques, ce qui conduit à une restriction de l'ouverture du marché prévue par le droit de l'Union Européenne. Cependant, cette situation ne peut être que temporaire.

Elle ne peut l'être, tout d'abord, parce que l'obligation de mise en concurrence nécessite que le contrat soit renouvelé. Elle ne saurait ensuite perdurer parce que la situation du concessionnaire, pendant la période des délais glissants, n'est pas confortable. La gestion des investissements et de la maintenance des ouvrages hydroélectriques nécessite en effet d'avoir une vision précise de la date de fin du contrat afin de pouvoir organiser les amortissements des investissements. Les cahiers des charges et le code de l'énergie prévoient toutefois des dispositions relatives à la période de fin de concession, avec la mise en place de différents registres en fonction des investissements effectués[230]. Ces registres permettent au concessionnaire sortant de se faire rembourser la part non-amortie s'il n'obtient pas le nouveau contrat.

Enfin, le maintien du concessionnaire en place dans les mêmes conditions que le contrat initial, alors que les ouvrages ont été amortis, est contraire au principe même de la concession[231]. En effet, il ne semble pas normal de permettre à un opérateur, quel qu'il soit,

---

[229] V. annexe 3 : Calendrier du renouvellement des concessions du programme « Dix chutes ». Ce calendrier permet d'identifier un certain nombre de concessions en phase de délais glissants

[230] L'article L. 521-15 du Code de l'énergie prévoit la mise en place d'un registre permettant d'inscrire « les dépenses liées aux travaux de modernisation , à l'exclusion des travaux qui auraient été nécessaires à la remise en bon état des ouvrages à la fin de la concession, ainsi que celles liées aux investissements permettant d'augmenter les capacités de production de l'aménagement, effectuées durant la deuxième moitié de la période d'exécution du contrat de concession, sans que cette durée puisse être inférieure à dix ans […] ». L'article R. 521-55 du Code de l'énergie prévoit la mise en place d'un compte particulier qui doit permettre d'inscrire les dépenses effectuées par le concessionnaire sur demande du Préfet dans les cinq dernières années du contrat. Ces registres étaient prévus aux articles 52 et 53 du cahier des charges type dans sa version de 1999 et ne sont plus inscrits dans le cahier des charges actuel.

[231] Ce maintien est aussi contraire au droit de la concurrence et au droit des aides d'Etat. Toutefois, nous n'abordons pas cet angle dans le présent paragraphe.

d'exploiter un bien public, la force motrice de l'eau, sans une compensation financière. Dans le contrat initial, la compensation se faisait par la construction des ouvrages. Une fois que les ouvrages sont amortis, et lors du renouvellement du contrat, la compensation doit se faire par d'autres moyens, tels que le versement de redevance[232]. La problématique de la clause de renouvellement, qui se pose de la même manière pour les délais glissants, avait d'ailleurs été mise en avant au début du XXème siècle. Paul GARNIER écrivait alors dans sa thèse, en 1931 : « nous avons la conviction que la clause de renouvellement n'aura guère l'occasion de s'appliquer : l'Etat ne sera pas souvent disposé à mettre, de façon gratuite s'entend, à la disposition d'un concessionnaire, les ouvrages d'aménagement de la chute, biens de son domaine. D'ailleurs voir un particulier profiter de façon privative et gratuite d'une fraction du domaine de l'Etat et en tirer bénéfice heurte nos conceptions modernes d'égalité »[233].

Le troisième dispositif neutralisant toute concurrence, lors de l'octroi du contrat, était prévu dès 1919 par le dernier alinéa de l'article 13 qui octroyait un droit de préférence au concessionnaire en place[234]. Ce droit permettait au sortant d'être prioritaire lors du renouvellement. Si le concessionnaire sortant acceptait le nouveau cahier des charges proposé par le concédant, le contrat était nécessairement renouvelé à son profit. Un tel dispositif a été modifié à deux reprises.

Tout d'abord, la charge de la notification du renouvellement de la concession a été transférée au concessionnaire par l'article 29 du décret n°94-894[235]. Le droit de préférence, dans sa version modifiée en 1994, permettait cependant toujours au concessionnaire en place de bénéficier d'une exonération à la mise en concurrence. Les dispositions relatives à la passation des délégations de service public instaurées par la loi Sapin de 1993 n'étaient donc pas applicables aux contrats de concessions hydroélectriques[236].

---

[232] D'autres dispositifs pourraient être envisagés selon nous. V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

[233] GARNIER (P.), *Le cahier des charges des concessions de chute d'eau*, Thèse, 1931, Ed. Rousseau, Paris, p. 331.

[234] Article 13 loi du 16 octobre 1919, préc., dernier alinéa : « […] Le concessionnaire actuel aura un droit de préférence s'il accepte les conditions du nouveau cahier des charges définitif ».

[235] 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 (*JORF* du 18 octobre 1994, p. 14768). Ainsi, celui-ci devait, avant la onzième année précédant l'échéance du contrat de concession, notifier sa volonté de continuer l'exploitation du contrat de concession. Cinq ans au moins avant l'échéance du contrat, l'administration devait lui faire connaître son intention : soit l'arrêt de l'exploitation sous le régime de la concession, soit la poursuite de la procédure en vue de la délivrance d'une nouvelle concession (article 30 du décret n°94-894 version initiale). Dans ce dernier cas, le concessionnaire devait alors transmettre un dossier de demande de concession dans les deux ans à compter de la notification de la décision de poursuite de l'administration.

[236] 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 (*JORF* n°25 du 30 janvier 1993, p. 1588).

Le droit de préférence a ensuite été modifié en 1999[237]. Dans la mesure où le contrat de concession était soumis aux dispositions de l'article 38 de la loi de 1993[238], il était nécessaire de respecter les procédures de publicité, de mise en concurrence et les dispositions de l'article 2-3 du décret de 1994 modifié[239]. Cependant, l'avis de mise en concurrence devait indiquer que le concessionnaire en place bénéficiait d'un droit de préférence dans la mesure où il acceptait les nouvelles conditions du cahier des charges, en application de l'article 13 de la loi de 1919. Si le contrat n'était pas soumis aux dispositions de l'article 38, c'est-à-dire aux obligations de publicité et de mise en concurrence, alors l'article 2-4 du décret s'appliquait. Cet article prévoyait une exception pour les concessionnaires relevant des dispositions de l'article 41 de la loi Sapin, exonérant les établissements publics des procédures formalisées, c'est-à-dire EDF. Dans ce cas, l'administration devait inviter le pétitionnaire, qui lui aurait préalablement transmis sa lettre d'intention, à lui remettre son dossier de demande de concession sans aucune publicité préalable.

Finalement, le droit de préférence instauré par l'article 13 de la loi de 1919 sera supprimé par l'article 7 de la loi n°2006-1772[240], suite à un recours en manquement lancé par la Commission européenne[241]. Cependant, pour voir une suppression complète du droit de préférence, il faudra attendre le décret de 2008[242], qui modifiera les dispositions de l'article 30 du décret de 1994. Ce même texte a aussi instauré une procédure dérogatoire, propre aux

---

[237] 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 (*JORF* du 24 mars 1999, p. 4415). Ce décret a depuis été abrogé. Les dispositions applicables sont désormais codifiées aux articles R. 521-6 et suivants du code de l'énergie.

[238] « Les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat.

La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager.

Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ».

[239] Décret n°94-894 modifié par le décret n°99-225, préc.

[240] Loi n°2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques (*JORF* n°303 du 31 décembre 2006, p. 20285).

[241] Voir communiqué de presse IP/06/889 du 29 juin 2006, « Libre prestation de services et liberté d'établissement : procédures d'infraction à l'encontre de l'Allemagne et de l'Autriche et nouveaux développements dans les procédures à l'encontre de la France et de l'Italie ».

[242] Décret n°2008-1009 du 26 septembre 2008 modifiant le décret n°94-894 du 13 octobre 1994 modifié relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique et le décret n°99-872 du 11 octobre 1999 approuvant le cahier des charges types des entreprises hydrauliques concédées (*JORF* n°0227 du 28 septembre 2008, p. 15006), article 28.

concessions hydroélectriques, à celle de la loi Sapin qui restait, quant à elle, la procédure de droit commun[243]. Ainsi, selon M. BRENET, ce décret « édicte des règles de mise en concurrence qui, tout en appliquant les préceptes majeurs de la loi Sapin, n'en sont pas un simple décalque »[244].

Le dernier dispositif prévoyait une exemption de procédure de mise en concurrence au profit des établissements publics, dont la mission était prévue par leurs statuts[245]. Ce dispositif conduisait donc à exonérer EDF de toute mise en concurrence lors du renouvellement de ses contrats de concession. Dans la pratique, cela a ainsi conduit à neutraliser de nombreuses mises en concurrence, puisqu'EDF exploite près de 80% des concessions en France, du fait de la nationalisation ayant eu lieu en 1946. Cette disposition ne s'applique toutefois plus depuis 2004, date à laquelle EDF a été transformée en société anonyme[246].

L'ensemble de ces dispositifs empêchait donc la mise en concurrence effective des concessions hydroélectriques. Ils ont certes été supprimés. Toutefois, leur utilisation dans les années 1990 a permis à EDF d'obtenir le renouvellement des contrats qui arrivaient à échéance à cette époque, le plus souvent, pour une durée de quarante ans[247].

2. Le défaut de mise en œuvre des procédures de mise en concurrence

Les dispositifs présentés, à l'exception de celui des délais glissants, ont été supprimés du droit interne sous la pression de la Commission européenne. Toutefois, nous n'assistons pas encore, pour autant, à une mise en concurrence automatique des concessions arrivant à échéance (a). A notre connaissance, une seule procédure de renouvellement a à ce jour été organisée dans

---

[243] Le programme de renouvellement annoncé par Jean-Louis BORLOO en 2010, le programme « Dix chutes », ayant vocation à renouveler 20% du parc hydroélectrique français, sera soumis à la procédure dérogatoire.

[244] BRENET (F), « La qualification des concessions hydroélectriques », *Contrats publics*, n°86, mars 2009, pp. 36-40 (p. 38).

[245] Loi n°93-122, préc., article 41. Voir DUFAU (V), « Loi Sapin : les régimes dérogatoires », *D. adm.*, 2001, n°5, chron. n°10, pp. 4-8.

[246] Loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières (*JORF* n°185 du 11 août 2004, p. 14256).

[247] Dans les années 1990, EDF a donc demandé le renouvellement d'un certain nombre de ses contrats de concession sur le fondement du droit de préférence. Ceux-ci ont été renouvelés dans le courant des années 2000. Ainsi, par exemple, la concession de la chute du Drac aval (initialement octroyée dans le cadre de deux contrats de concession en 1918 pour la Chute du Pont-de-Claix et en 1930 pour la chute du Drac inférieur), a été renouvelée à la suite d'une demande d'EDF en date du 30 décembre 1998. Elle lui a été accordée par un arrêté préfectoral du 13 novembre 2007 (arrêté n°2007-09505 autorisant EDF-UP Alpes à exploiter la chute de Drac Aval sur le Drac dans le département de l'Isère, *Recueil des actes administratifs de la Préfecture de l'Isère, novembre 2007*, p. 40).

le respect des principes de mise en concurrence et a conduit à l'octroi de la concession à un nouvel opérateur au détriment du concessionnaire sortant, EDF (b).

a) La réalité de la mise en concurrence en France : une application différée des nouvelles dispositions

Les dispositions transitoires des lois, supprimant les dispositifs d'exonération de mise en concurrence, ont permis à EDF de bénéficier de leurs effets pendant encore plusieurs années.

En effet, depuis la suppression en 2008 du dernier obstacle à une mise en concurrence effective des contrats de concessions à renouveler, seulement deux procédures formalisées ont été mises en place. Cette situation résulte des dispositions transitoires prévues par le décret de 2008[248].

La première hypothèse amenait à exonérer des procédures de mise en concurrence l'octroi ou la négociation d'avenants des concessions hydroélectriques, si le dossier de demande de concession avait fait l'objet de l'accusé de réception prévu par les articles 4 ou 18 (instruction de la compétence du Ministre ou du Préfet du département) du décret avant sa publication[249].

La seconde hypothèse conduisait, elle, à exonérer certains contrats de concession des procédures de mise en concurrence lors de leur renouvellement. Pour cela, il était nécessaire que le renouvellement fût en cours au 28 septembre 2008 et que le concessionnaire eût été invité à déposer son dossier de demande de concession, conformément à l'article 30 du décret de 1994 modifié en 1999, lorsqu'il avait la qualité d'établissement public[250]. Cette hypothèse concerne

---

[248] Décret n°2008-1009, préc., article 36 : « Les dispositions 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 dans sa rédaction antérieure à la date de publication du présent décret restent applicables :

— aux demandes de concession et aux demandes d'avenant à la concession qui ont fait l'objet, à cette même date, de l'accusé de réception prévu par les articles 4 ou 18 du décret n° 94-894 précité dans sa rédaction antérieure à la date de publication du présent décret ;

— au renouvellement des concessions hydroélectriques en cours à la date de publication du présent décret au profit des concessionnaires qui avaient la qualité d'établissement public à la date à laquelle ils ont été invités à déposer un dossier de demande dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article 30 du décret n° 94-894 précité dans sa rédaction antérieure à la date de publication du présent décret ».

[249] Cette procédure était prévue par le décret n°94-894 tel que modifié par le décret n°99-872, préc.

[250] « Cinq ans au moins avant la date normale de la fin de la concession, l'autorité administrative fait connaître au concessionnaire sa décision de principe : soit l'arrêt de l'exploitation sous le régime de la concession hydroélectrique, soit la poursuite de la procédure en vue de la délivrance d'une nouvelle concession hydroélectrique.

Dans le premier cas, la décision de l'autorité administrative est motivée.

Dans le second cas, l'autorité administrative invite le pétitionnaire retenu à déposer un dossier de concession dans les formes prévues à l'article 3 ci-dessus.

exclusivement EDF, dans la mesure où c'est le seul concessionnaire ayant cumulé le statut d'établissement public et de titulaire de contrats de concession en cours de renouvellement en 2008. EDF a conservé la qualité d'établissement public jusqu'au 11 août 2004[251], date limite de réception des invitations, ce qui lui a permis d'être exonérée de l'application des dispositions du décret n°94-894 modifié en 2008. L'administration devait inviter le concessionnaire à déposer sa demande de concession « cinq ans au moins avant la date normale de la fin de la concession […] »[252]. L'exonération peut donc concerner l'ensemble des concessions attribuées à EDF qui sont arrivées à échéance avant le 11 août 2009.

Au vu de la durée de la procédure de renouvellement, la situation conduit à voir, encore aujourd'hui, des contrats renouvelés sans mise en concurrence. L'ensemble des concessions EDF arrivées à expiration avant le 11 août 2009, pour lesquelles l'administration l'a invitée à déposer son dossier de demande de concession avant le 19 novembre 2004, sont en effet exclues des procédures de mise en concurrence, selon l'interprétation de l'Etat français. En effet, pour la France, l'obligation, dans la mesure où la suppression du droit de préférence a été rendue effective par le décret n°2008-1009, pèse sur l'ensemble des contrats dont la demande de renouvellement a été réceptionnée après le 28 septembre 2008. En revanche, la Commission Européenne considère que les contrats arrivés à expiration à partir du 19 février 1999 auraient dû être soumis à une procédure de mise en concurrence pour leur renouvellement[253]. Aujourd'hui, la situation juridique de ces concessions, renouvelées hors de toute procédure de publicité et de mise en concurrence, ne semble pas sécurisée.

Faute pour le concessionnaire de fournir le dossier dans le délai de deux ans à compter de cette invitation, l'autorité administrative peut considérer que le concessionnaire renonce à demander une nouvelle concession ; elle l'en avise par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ».

[251] Loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières (*JORF* n°185 du 11 août 2004, p. 14256).

Article 24 : « Electricité de France et Gaz de France sont transformés en sociétés dont l'Etat détient plus de 70 % du capital. Sauf dispositions législatives contraires, elles sont régies par les lois applicables aux sociétés anonymes ».

Article 47 : « I. - La transformation des établissements publics Electricité de France et Gaz de France en sociétés anonymes est réalisée à la date de publication du décret […] ».

[252] Article 30 décret n°94-894, préc., dans sa version en vigueur avant la publication du décret du 28 septembre 2008.

[253] La date du 19 février 1999 correspond à la date limite de transposition de la directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (*JOUE* n° L 027 du 30 janvier 1997, p. 20). La France a d'ailleurs reçu une mise en demeure de la Commission européenne à la fin du mois d'octobre 2015 pour ne pas avoir favorisé la concurrence lors de l'attribution des concessions hydroélectriques.

C'est le cas par exemple de la chute d'Eylie. Elle a été concédée à l'Union pyrénéenne électrique par un décret du 14 novembre 1931[254]. Le cahier des charges prévoyait à son article 31 que la concession prendrait fin le 31 décembre de la soixante-quinzième année à compter de la date fixée pour l'achèvement des travaux. Au vu de ces dispositions il a été acté que ce contrat arriverait à échéance le 31 décembre 2011. EDF a été substituée au concessionnaire initial en application de la loi de 1946 et a donc repris l'exploitation de la chute d'Eylie. Au 31 décembre 2011, l'ensemble des dispositifs permettant d'éviter la mise en concurrence était supprimé du droit interne. Cependant, la concession expirée en 2011 a été renouvelée au profit d'EDF sans procédure de mise en concurrence. En effet, l'invitation à déposer la demande de concession a été adressée par le Préfet de l'Ariège à EDF le 5 novembre 2004[255].

Cette situation reflète les conditions de renouvellement d'un certain nombre de concessions. Toutefois, la situation était nécessairement différente pour l'octroi de nouvelles concessions. Ainsi, une procédure de mise en concurrence a été mise en place pour l'octroi d'une nouvelle concession, celle du Gâ, lancée en 2011, qui n'a pas encore été attribuée[256]. En effet, à ce moment, il n'existait aucun dispositif permettant à l'Etat français de s'exonérer de toute procédure. La seconde procédure formalisée a été organisée pour le renouvellement de la concession de la Séveraisse.

b) Une exception, le renouvellement de la concession de la Séveraisse à l'issue d'une mise en concurrence

La concession de la Séveraisse a été renouvelée en 2010 dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence qui a duré cinq années[257]. C'est, à notre connaissance, le seul renouvellement de concession hydraulique octroyé à ce jour à l'issue d'une procédure formalisée[258]. La concession initiale avait été attribuée en 1927 à la société anonyme de

[254] Décret du 14 novembre 1931 autorisant, déclarant d'utilité publique et concédant les travaux d'aménagement de la chute d'Eylie sur le Lez (*JORF* du 25 novembre 1931, p. 12105).

[255] annexe 4 : Invitation à déposer le dossier de demande de concession du Préfet de l'Ariège à l'attention d'EDF concernant la chute d'Eylie en date du 5 novembre 2004.

[256] L'AAPC relatif à l'attribution d'une concession de force hydraulique sur le torrent du Gâ a été publié le 26 mars 2011 au JOUE.

[257] Cette concession est composée des trois chutes existantes de Saint-Maurice, Saint-Firmin et la Trinité. Elle prévoit aussi la construction et l'exploitation des chutes de Saint-Firmin II et des Herbeys.

[258] Une autre procédure formalisée a été mise en place, mais pour l'octroi d'un nouveau contrat, la chute du Gâ. L'offre retenue a été celle du groupement SERHY-SCP en vertu de l'article 1er de l'arrêté préfectoral n°2014-331-0020 du 27 novembre 2014 portant désignation, au titre de l'article 2-10 alinéa III du décret n°94-894 modifié, du candidat retenu pour l'attribution de la concession hydroélectrique du torrent du Gâ – Commune de la Grave.

l'énergie électrique alpine[259]. L'entreprise a été nationalisée au profit d'EDF par le décret du 21 mai 1946[260]. L'échéance du contrat initial était fixée au 31 décembre 2010.

L'avis de mise en concurrence a été publié le 30 septembre 2005. Le renouvellement de la concession a donc été soumis aux dispositions du décret n°94-894 modifié par le décret n°99-872 et organisé autour de trois phases.

La première étape consistait à sélectionner les candidatures. Cinq entreprises ont candidaté à la phase de sélection, trois seulement ont été retenues. L'étude du rapport d'analyse des candidatures permet d'identifier les critères qui ont été contrôlés par le concédant : les capacités financières et les capacités techniques. Les capacités techniques ont été considérées satisfaisantes par le concédant lorsque l'entreprise candidate exploitait déjà des installations hydroélectriques. La deuxième phase consistait pour les candidats retenus à déposer un dossier de sélection. Seuls EDF et la société des forces hydrauliques de la Séveraisse y ont participé. Le concédant a choisi d'instruire, dans un troisième temps, la demande de concession de la société des forces hydrauliques de la Séveraisse. Son choix a notamment été fondé sur la proposition de suréquipement de la concession[261].

Le nouveau contrat de concession, le premier qui n'a pas été réattribué à EDF, a ainsi été octroyé, après une procédure de mise en concurrence, à la société des forces hydrauliques de la Séveraisse le 20 juillet 2010. Le titre arrivera à échéance le 31 décembre 2050.

Cet exemple permet d'analyser la mise en place d'une procédure concurrentielle visant à renouveler un contrat de concession hydroélectrique. Toutefois, les dispositions appliquées pour le cas d'espèce ont été modifiées à deux reprises depuis. Ainsi, en 2008, une procédure dérogatoire au droit commun a été prévue, mais elle n'a jamais été mise en place. Et, depuis 2016, un nouveau dispositif est entré en vigueur. La doctrine et les observateurs ont une vision relativement consensuelle de cette dernière réforme et considèrent que les concessions hydroélectriques ne bénéficient plus d'un régime spécifique à part entière, mais seulement de

---

[259] Décret du 6 novembre 1927 relatif à l'aménagement des chutes de Saint-Maurice, la Trinité et Saint-Firmin sur la Séveraisse (*JORF* du 13 novembre 1927, p. 11624).

[260] Décret n°46-1136 du 21 mai 1946 portant désignation d'entreprises soumises aux dispositions de l'article 6 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz (*JORF* du 22 mai 1946, p. 4439).

[261] Le suréquipement d'une installation consiste à augmenter sa puissance en modifiant les équipements ou les modalités d'exploitation de la centrale.

dérogations aux règles de droit commun. Ainsi, selon Maîtres LE CHATELIER et GRANJON, l'apport principal du décret du 27 avril 2016 est de soumettre la concession hydroélectrique « 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 1er février 2016 »[262].

Il existe toutefois des avis plus nuancés sur le sujet, comme celui de Maître MATHARAN qui écrit que la « nature juridique très particulière [de la concession hydroélectrique] a du mal à entrer totalement dans le cadre usuel des contrats de concession, bien qu'elle y soit formellement rattachée »[263]. Nous partageons, quant à nous, plutôt la thèse de Maître MATHARAN. En effet, même si le principe est le renvoi aux dispositions de droit commun, les dérogations semblent aller dans le sens d'une spécificité des concessions hydroélectriques. Ainsi, la procédure d'instruction du dossier de demande de concession, déposé par le candidat pressenti, conduisant à l'organisation de consultations préalables à l'octroi du contrat, n'existe, à notre connaissance, dans aucune autre procédure d'octroi d'un contrat de concession[264]. De plus, cette position nous semble renforcée par les anciennes dispositions applicables. En effet, avant la réforme de 2016, l'article 1er, al. 3 et 4 du décret n°94-894 modifié par le décret n°2008-1009 prévoyait déjà par principe l'application des procédures du droit commun (application de la loi dite « Sapin » du 29 janvier 1993) pour le renouvellement des concessions hydroélectriques sauf si le concédant faisait le choix de recourir à une procédure dérogatoire. Or, l'adoption de ces dispositions n'avait alors pas conduit à considérer que le régime de la concession hydroélectrique ne disposait plus de spécificités.

B *La rénovation des procédures de mise en concurrence des concessions hydroélectriques*

Les concessions hydroélectriques sont donc désormais soumises par principe au code de la commande publique, résultant de la transposition de la directive 2014/23/UE, qui a remplacé les dispositions de la loi Sapin[265]. A cette époque, la procédure de mise en concurrence

---

[262] LE CHATELIER (G.) et GRANJON (R), « Le nouveau régime des concessions hydroélectriques », *AJCT*, 12 décembre 2016, pp. 623- 625 (p. 624).

[263] MATHARAN (X), « Le cahier des charges des nouvelles concessions d'énergie hydraulique », *ACCP*, n°168, 1er septembre 2016, pp. 23-26 (p. 23).

[264] Article R. 521-10 et suivants du code de l'énergie. V. annexe 5 : Déroulement de la procédure de mise en concurrence prévue par le décret n°2016-530.

[265] Loi n° 93-122, préc.

pouvait alors être organisée selon les règles du droit commun, relevant de la loi n°93-122, ou selon une procédure particulière, en application du décret n°94-894 modifié.

Le principe d'une procédure spécifique a été maintenu par le décret n°2016-530[266]. Celle-ci a cependant fait l'objet d'une simplification et d'une uniformisation bienvenues. Dorénavant, l'article R. 521-6 du code de l'énergie prévoit que la procédure de droit commun s'applique sous réserve des spécificités prévues par les articles R. 521-7 à R. 521-11 du même code. Nous assistons donc à une simplification de la réglementation qui, désormais, ne prévoit plus qu'une seule procédure applicable à l'octroi des concessions hydroélectriques[267].

L'analyse de la procédure de mise en concurrence instaurée spécifiquement pour les concessions hydroélectriques permet d'illustrer le renouveau de ces contrats, notamment par l'organisation de nombreux dispositifs de concertation[268]. L'organisation d'une enquête publique dans le cadre de la procédure d'octroi du contrat de concession existait déjà dans l'ancienne procédure. Toutefois, celle-ci n'était pas applicable de plein-droit. A ce titre, on pouvait redouter que le concédant se tourne vers la procédure simplifiée, telle que prévue par la loi Sapin, notamment au vu de la complexité et de la durée consécutive à l'organisation d'une enquête publique. Le décret de 2016 a aussi instauré un nouveau dispositif, à mettre en place en amont du lancement de la procédure, visant à consulter les citoyens sur le projet d'octroi d'une concession sur un nouveau secteur géographique.

Au-delà du renouveau de la procédure, les nouvelles dispositions devaient aussi satisfaire aux exigences du droit de l'Union européenne[269]. Cet objectif nous semble respecté. En revanche, les difficultés, identifiées par l'Etat, inhérentes à la mise en concurrence, ne sont pas toutes résolues. Il s'agit notamment du problème de l'apparition de nouveaux opérateurs exploitant les installations existantes, qui suscite l'inquiétude[270]. Toutefois, l'application de la

---

[266] Décret n°2016-530 du 27 avril 2016 relatif aux concessions d'énergie hydraulique et approuvant le modèle de cahier des charges applicable à ces concessions (*JORF* du 30 avril 2016, texte n°7 sur 116). Le décret a abrogé les dispositions antérieures et a codifié la nouvelle réglementation dans la partie réglementaire du code de l'énergie aux articles R. 521-1 et suivants.

[267] V. annexe 8 : Déroulement de la procédure de mise en concurrence telle que prévue par le décret n° 2016-530.

[268] Sur les dispositifs de concertation V. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

[269] La nouvelle procédure n'est pas applicable « aux demandes de concession qui ont fait l'objet, à la date d'entrée en vigueur du présent décret, de l'invitation à fournir le dossier prévu à l'article R. 521-14 [dossier de demande de concession] » (article 7, I du décret n°2016-530 préc.).

[270] Cette inquiétude transparait, par exemple, dans la proposition de résolution n°1845 concernant l'avenir du secteur hydroélectrique enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 5 avril 2019, 8 p. (p. 4) : « nous considérons, en tout état de cause, que les opérateurs historiques que sont Electricité de France, la société anonyme d'intérêt général Compagnie

procédure, telle que prévue par le décret n°2016-530, permettra au concédant de choisir librement son concessionnaire, dans le respect des principes d'égalité de traitement entre les opérateurs. Par conséquent, si les dossiers de consultation sont établis de manière adéquate et que le concédant instaure des dispositifs de contrôles et de sanctions adaptés dans le cahier des charges, les risques d'un mauvais déroulement du contrat entre le concédant et le concessionnaire seront très faibles.

Section 2 : Le libre-choix du concessionnaire

Initialement, l'exploitation des usines hydrauliques était répartie entre de multiples opérateurs. Le contexte de la Seconde Guerre Mondiale a conduit l'Etat français à nationaliser le secteur de l'électricité, afin de faire face aux difficultés en résultant (§ 1). Après plus d'un demi-siècle d'un quasi-monopole octroyé à EDF, la France a ouvert l'accès à la production de l'électricité, du moins en théorie. En pratique, l'objectif de diversité des opérateurs n'est pas encore atteint (§ 2).

---

nationale du Rhône et à la Société hydroélectrique du midi, sont les seuls à offrir aujourd'hui des garanties suffisantes en matière de gestion des risques sécuritaires, de soutien à l'économie et à l'emploi et de prise en compte effective de la diversité des usages de la ressource en eau », disponible sur le site internet de l'Assemblée nationale, http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/propositions/pion1845.pdf.

Le refus de la mise en concurrence apparait aussi dans les conclusions de Mme Battistel du groupe de travail sur les concessions hydroélectriques qui ont été présentées à la Commission des affaires économiques du 30 mai 2018 (Compte-rendu n°89 disponible sur le site http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/cr-eco/17-18/c1718089.pdf, 18 p.) : « Troisièmement, l'ouverture à la concurrence des concessions est inéquitable et dangereuse, et j'insiste sur ces termes. [...]

Dangereuse ensuite pour de multiples raisons.

Elle introduit un risque sur la souveraineté énergétique et la maitrise de la production. En remettant en concurrence les concessions, l'État – actionnaire à plus de 80 % d'EDF – perd le contrôle sur la production d'électricité la plus compétitive du bouquet énergétique et l'une des plus flexibles, au moment où nous nous engageons dans la transition énergétique.

Elle introduit un risque sur la sécurité des installations. Si l'État reste propriétaire, l'exploitant sera responsable de la sécurité des barrages. Comment garantir que cet exploitant assume effectivement cette mission, alors que la logique de rentabilité peut conduire à des volontés d'économies en matière de maintenance voire de sécurité ? Il faudra alors que l'État se dote d'un outil de contrôle performant. Cela ne sera pas aisé.

L'ouverture à la concurrence introduit également un risque sur l'emploi local et l'activité des territoires. Certes, les salariés de l'exploitant initial seront probablement transférés au nouvel opérateur, mais que dire des sous-traitants locaux, ou itinérants de site en site ? Que dire de la pérennité ou de l'évolution de l'organisation humaine de ces entreprises ou du pôle ingénierie d'EDF, reconnu dans le monde entier, qui pourrait être menacé car la maille du parc ne serait plus suffisante pour le supporter ?

Elle introduit également un risque pour le service public de l'eau : comment garantir en effet que les acteurs étrangers qui viendront en France assureront également le service public, dans toutes ses dimensions, et non uniquement la production d'électricité ? C'est une question qui préoccupe fortement les élus. Comment intégrer cette notion, peu « palpable » et en constante évolution, dans des cahiers des charges qui ne pourront jamais tout prévoir ? Qui pourra garantir que la côte des lacs des retenues sera maintenue pour assurer la navigabilité et le tourisme estival, indépendamment du prix du kilowatt et des intérêts à court terme de l'entreprise exploitante ? De même, comment garantir que les nouveaux opérateurs assurent les missions inhérentes à la sûreté nucléaire, notamment si les centrales à proximité des ouvrages sont exploitées par un concurrent ?

Enfin, les conséquences sur les tarifs de l'électricité pour les consommateurs n'ont pas été étudiées, mais il me semble évident que toute concession perdue par l'opérateur historique se traduira probablement par une hausse de son coût de production moyen, donc une hausse du tarif réglementé » (p. 4-5).

§ 1 Une évolution historique conduisant à la disparition de la diversité des concessionnaires

La construction des ouvrages hydroélectriques a débuté à la fin du XIXème siècle, avant même la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique. Les aménagements ont principalement été construits par des industriels pour permettre d'approvisionner leurs usines en électricité (A). Cependant, cette configuration, avec une diversité des opérateurs et une usine hydraulique comme accessoire d'une activité industrielle, a disparu avec la création d'un quasi-monopole au profit d'EDF. L'établissement public avait alors pour objet principal la fourniture d'électricité aux usagers par la maîtrise de l'ensemble de la chaîne : production, transport et distribution (B).

A *La création des aménagements : la multiplicité des opérateurs*

L'industrialisation et les difficultés de transport de l'énergie ont conduit au développement de l'hydroélectricité. Cette technologie permettait aux industriels de construire leur propre usine de production à proximité du lieu de leur activité industrielle (1). La multiplicité des exploitants n'était pas remise en cause par la loi de 1919, puisqu'elle avait uniquement vocation à régir le développement de ces usines, sans limiter l'apparition de nouveaux acteurs (2).

1. Le contexte historique

L'aménagement hydroélectrique français a subi un essor majeur à la sortie de la première guerre mondiale, période durant laquelle il a été réglementé. Mais l'implantation des usines a marqué les territoires avant même de devoir compenser les conséquences de la guerre. Le Grand Sud-Ouest s'est ainsi développé avec l'édification de ses ouvrages hydroélectriques[271]. L'essor des usines hydrauliques a initialement été réalisé pour les besoins des lignes de chemin de fer. La Compagnie des chemins de fer du Midi cherchait à substituer l'énergie électrique à l'énergie thermique sur ses voies ferrées afin de pouvoir diminuer les coûts. Ainsi, la première centrale construite a été celle de Lacassagne, en 1902, qui va fournir

[271] Voir BONIN (H), *Les concessions hydroélectriques dans le Grand Sud-Ouest. Histoire et débats 1902-2015*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 2015.

du courant à la ligne reliant Villefranche-de-Conflent à Bourg-Madame dans les Pyrénées orientales[272]. Cette compagnie construira aussi les centrales d'Eget, de Fontpédrousse et de Soulom, respectivement mises en service en 1913, 1915 et 1919[273]. En parallèle du développement hydroélectrique pour les besoins du chemin de fer, de nombreuses autres sociétés, entre 1889 et 1910, ont construit leurs aménagements pour alimenter leurs industries ou des réseaux urbains de distribution[274].

La première guerre mondiale a été une période relativement paradoxale. Elle a vu un ralentissement du nombre de centrales mises en service, notamment du fait du manque de main d'œuvre. En parallèle, l'Etat a cependant porté et soutenu cette filière, ce qui a tout de même permis le développement des usines. Le soutien visait notamment à garantir l'approvisionnement en énergie des industries de guerre. La France avait perdu en grande partie l'usage de ses mines de charbon dans le Nord-Est et le prix de la houille avait augmenté de manière conséquente. L'énergie hydraulique était donc la solution pour fournir de l'électricité aux usines et, en plus, à un coût relativement faible. Finalement, le productible des usines hydrauliques a augmenté de 50% entre 1914 et 1922[275].

Le contexte historique explique la diversité des constructeurs et exploitants des usines hydroélectriques, qui étaient principalement des groupes industriels privés. En effet, chacun construisait son usine pour ses propres besoins : dans l'industrie (Aluminium du Sud-Ouest, Energie industrielle, Pennaroya), dans les transports (Compagnie du midi, Voies ferrées départementales), ou encore dans la distribution urbaine (Ville de Toulouse, Force et lumière des Pyrénées). L'ampleur du développement de la houille blanche ainsi que les sollicitations

---

[272] Le droit d'exploiter l'usine de Lacassagne a été accordé par la loi déclarant d'utilité publique, à titre d'intérêt général, le chemin de fer à voie de 1 mètre de Villefranche-de-Conflent à Bourg-Madame et d'approuver la convention passée avec la compagnie du Midi pour la concession définitive de ce chemin de fer, au lieu et place de la section comprise entre Villefranche-de-Conflent et Olette de la ligne à voie normale de Prades à Olette du 4 mars 1903 (*JORF* du 5 mars 1903, p. 1391).

[273] Le droit d'exploiter l'usine d'Eget a été accordé par la loi déclarant d'utilité publique, à titre d'intérêt général, l'établissement des chemins de fer d'Auch à Lannemezan de Castelnau-Magnoac à Tarbes et d'Arreau à Saint-Lary, ainsi que d'une usine hydroélectrique pour l'exploitation de divers chemins de fer, et approuvant une convention avec la compagnie des chemins de fer du Midi du 17 juillet 1908 (*JORF* du 26 juillet 1908, p. 5357).

[274] Voir BONIN (H), *op. cit.*, pp. 29-48.

[275] Le productible est passé de 3,6 millions de kWh à 5,5 millions de kWh entre 1914 et 1922. Source : LEVY-LEBOYER (M) et MORSEL (H) (sous la direction de), *Histoire générale de l'électricité en France*, Paris, Fayard, Tome premier - 1919-1946, p. 919.

des opérateurs ont conduit le législateur à s'emparer du sujet. Il souhaitait alors favoriser le développement de cette énergie et en encadrer l'utilisation[276].

2. *Le contexte légal*

Avant la loi du 16 octobre 1919, l'utilisation de la force de l'eau était partagée entre de multiples acteurs[277]. Sur les cours d'eaux ni-navigables, ni-flottables, la loi du 8 avril 1898 avait réaffirmé le droit d'usage dont disposaient les riverains des cours d'eau[278]. Or, ce droit d'usage entrainait un droit à l'utilisation de la force motrice. En théorie, un grand nombre d'acteurs pouvait donc exister[279]. Cependant, dans la pratique, les riverains ne disposaient que rarement de la surface de propriété nécessaire pour créer des ouvrages. Des industriels ont donc, la plupart du temps, procédé à la construction des ouvrages, après avoir acquis les droits de riveraineté. Le régime alors en vigueur ne permettait pas de faire bénéficier les entrepreneurs d'un droit d'expropriation. Ils devaient donc négocier directement avec les différents propriétaires. Cette situation a provoqué l'émergence des « barreurs de chute ». Ces personnes procédaient à l'acquisition de certains droits de riveraineté absolument nécessaires à l'opérateur pour lui revendre à « prix d'or »[280]. Les industriels ont donc sollicité l'Etat afin qu'il leur octroie des prérogatives permettant de contourner ces difficultés. Toutefois, à la lecture du projet de loi, les industriels se sont opposés à celui-ci en raison des contraintes et obligations qu'ils devaient porter[281].

---

[276] Voir HAURIOU (A), *La mainmise de l'Etat sur l'énergie des cours d'eau non-navigables, ni-flottables*, Thèse, Toulouse, 1921, pp. 28-35.

[277] Concernant les fondements et le contenu de la loi du 16 octobre 1919 dans sa version initiale, voir notamment : BOUGAULT (P), *La législation nouvelle des chutes d'eau. Loi du 16 octobre 1919 et règlements annexes. Le cahier des charges types*, Ed. Jules Rey, 1921 ; COIGNET (J-M), *Rapport sur la législation des chutes d'eau présenté à la Chambre de commerce de Lyon le 22 janvier 1903* ; EUSTATZIU (E), *Le fondement juridique et la législation des chutes d'eau*, thèse, PUF, Paris, 1922 ; GUILHON (R), *Etude au point de vue civil de la loi du 16 octobre 1919*, thèse, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1921, pp. 97-156 ; HAURIOU (A), thèse, *préc.* ; L'HUILLIER (J.), *Législation des forces hydrauliques*, Albin Michel, Paris, 1936, 2ème éd.

[278] Loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux (*JORF* du 10 avril 1898, p. 2226).

[279] Voir EUSTATZIU (E), *Le fondement juridique et la législation des chutes d'eau*, thèse, PUF, 1922, Paris, pp. 131-150.

[280] Voir GUILHON (R), *Etude au point de vue civil de la loi du 16 octobre 1919*, thèse, 1921, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, pp. 20-21.

[281] Voir, en ce sens, HAURIOU (A), *La mainmise de l'Etat sur l'énergie des cours d'eau non-navigables, ni-flottables*, Thèse, Toulouse, 1921, pp. 28-35.

Avant la loi du 16 octobre 1919, en théorie, toute personne le souhaitant pouvait ainsi créer un aménagement hydroélectrique[282]. La nouvelle loi n'a pas modifié cette situation, d'autant plus, qu'à l'époque, le développement de ces ouvrages était directement lié aux activités industrielles. L'usine hydroélectrique n'était que l'accessoire d'autres usines, notamment électro-chimiques ou électro-métallurgiques[283]. La loi du 16 octobre 1919 a pu décourager certains opérateurs, du fait des dispositions et des prérogatives importantes revenant à l'Etat[284]. Il était notamment prévu que les ouvrages reviendraient au concédant à l'échéance du contrat. Le développement de l'hydroélectricité en France a cependant perduré, dans les mêmes conditions, au vu des besoins en électricité pour les industriels et du coût de production plus faible de la houille blanche par rapport à la houille noire, notamment pour les régions éloignées des bassins miniers.

Cette situation ne changera qu'en 1946, lorsque sera instauré un quasi-monopole de la production d'énergie électrique au profit d'EDF.

B *La loi de nationalisation : la création d'un quasi-monopole de production*

En 1946, le contexte d'après-guerre conduit l'Etat à créer un opérateur unique, un établissement public de l'Etat, maîtrisant l'ensemble de la chaine de l'électricité, c'est-à-dire la production, le transport, la distribution et la fourniture. L'un des avantages avancés par les défenseurs du recours à un opérateur unique était de pouvoir compenser le développement d'infrastructures, qui généraient des pertes, par les revenus des activités rentables ou par les aides octroyées par l'Etat (1). Cependant, l'objectif de la nationalisation était avant tout que

---

[282] HAURIOU (A), *op. cit.*, p. 33 : « La situation de l'énergie avant la loi de 1919 se résumait donc dans le mot de liberté […] l'énergie hydraulique, avant la loi de 1919, était dans la pleine acception du terme dans le « commerce ordinaire des choses » ». Voir notamment concernant l'aménagement du Sud-Ouest : BONIN (H), *Les concessions hydroélectriques dans le grand Sud-Ouest. Histoires et débats (1902-2015)*, Septentrion, 2015. Concernant l'aménagement des Alpes, v. JOLY (H) et al., *Des barrages, des usines et des hommes. L'industrialisation des Alpes du Nord entre ressources locales et apports extérieurs*, presses universitaires de Grenoble, 2002.

[283] Voir HAURIOU (A), *op. cit.*, pp. 62-63.

[284] Cet état de fait se manifeste à travers les inquiétudes des juristes au début du XXème siècle. Dans sa thèse de 1921, André HAURIOU s'interrogeait ainsi sur l'avenir de ces industries à l'échéance des contrats de concession. V. HAURIOU (A), *op. cit.*, p. 63 « Que vont devenir, au bout de 75 ans, ces usines d'utilisation [usines électro-chimique ou électro-métallurgique] qui la plupart du temps ne doivent leur existence qu'au bon marché de la force électrique qui leur était fournie ? ». Les moyens de production nécessaires à leur activité deviendront finalement la propriété de l'Etat. Elles ne pourront donc plus bénéficier de l'énergie à moindre coût permise par l'exploitation de la houille blanche. Leur avenir paraissait donc relativement incertain, dans la mesure où les coûts de production augmenteraient nécessairement dans l'hypothèse d'une augmentation des coûts de l'électricité. André HAURIOU s'interrogeait même sur l'opportunité pour ces industries de recourir à la houille noire alors que le coût de cette énergie était bien plus élevé que la production d'électricité à partir de l'eau à l'époque. V., sur les raisons de la montée en puissance de l'Etat, *supra*, Introduction, Section 1, § 1.

l'ensemble des outils de la chaine de l'électricité soit dans les mains de la Nation. Par conséquent, le monopole octroyé à EDF n'a pas été total. La loi a notamment prévu des exceptions dans le domaine de la production[285] (2).

1. L'ambition d'un opérateur unique

Dans le contexte de sortie de la Seconde Guerre Mondiale, ayant conduit à des conditions politiques, sociales et économiques particulières, le Parlement a rapidement exprimé son souhait de procéder à la nationalisation de nombreuses industries[286]. Paul Ramadier affichait ainsi, lors de la séance du 13 mars 1946 à l'Assemblée nationale constituante, son refus du capitalisme dans les secteurs clés (les industries et les moyens de production d'énergie). Le capitalisme conduisait, selon lui, à une simple recherche du profit. Il a ainsi déclaré : « la souveraineté du peuple n'est plus absolue, quand les services essentiels du pays sont entre les mains des puissances d'argent et que leur pression peut s'exercer sur les Assemblées »[287].

Au-delà de la volonté de l'Etat de conserver sous sa coupe les industries essentielles, la nationalisation du secteur électrique se justifiait par des raisons propres[288]. La nationalisation, comme méthode de coordination, apparaissait alors comme la solution aux problématiques de l'énergie en France. En effet, à la sortie de la guerre, la consommation d'énergie croît avec la reconstruction du pays et la modification des modes de consommation. Mais, à ce moment, les moyens de production d'énergie sont limités pour deux raisons principales, que sont le ralentissement de la construction de nouveaux aménagements de production pendant le conflit et la probabilité très forte d'une pénurie de charbon (la matière provenait du nord-est de la France, zone particulièrement sinistrée) limitant les possibilités d'alimentation des centrales thermiques.

---

[285] Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz (*JORF* du 9 avril 1946, p. 2951), article 8, alinéa 3, qui prévoit de nombreuses exceptions au principe de la nationalisation dans le domaine de l'électricité, notamment pour les entreprises de faible importance (§ 3), les installations de production d'une puissance inférieure à 8000 kVA (§ 5), les ouvrages de production d'électricité utilisant les déchets (§ 6), les ouvrages de production d'hydroélectricité appartenant aux collectivités locales (§ 7).

[286] V., sur cette question, *supra*, Introduction, Section 1, § 2.

[287] RAMADIER (P), *Rapport fait au nom de la commission de l'équipement national et de la production industrielle sur le projet de loi relatif au monopole et à la nationalisation de l'électricité et du gaz*, n°655, 13 mars 1946 (reproduit dans SABLIERE (P), *La loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz commentée*, CJEG, hors-série, février 1993, p. 621 et s.).

[288] V. *supra*, Introduction, Section 1, § 2.

Afin de résoudre ces difficultés, le législateur a donc décidé de créer une société qui se substituerait à l'ensemble des producteurs d'électricité, mais aussi aux gestionnaires des réseaux de distribution et de transport[289]. La création d'un opérateur unique était, selon le gouvernement en place, la solution pour assurer une uniformité de service. En bénéficiant de moyens de production rentables, il pouvait en effet financer des travaux à perte. L'Etat a donc créé un établissement public, EDF, afin de maîtriser l'intégralité du secteur électrique.

La nationalisation alors engagée n'était cependant pas totale. EDF bénéficiait d'un monopole d'importation et d'exportation, d'un quasi-monopole pour le transport, mais de nombreuses dérogations existaient pour la distribution et la production.

2. Des exceptions dans la pratique au monopole de production d'EDF

En principe, EDF devait se substituer automatiquement aux entreprises ayant pour objet principal la production, le transport ou la distribution d'électricité (article 6). Dans le cas contraire, le transfert des moyens, et uniquement s'ils avaient un intérêt pour la Nation, devait être prévu par décret (article 8)[290]. Dans le domaine de la production, la liquidation, et donc l'obligation de transfert du patrimoine à EDF des plus petites entreprises a toutefois été exclue. De la même manière, on a pu observer deux dérogations à la substitution de l'Etablissement public pour des ouvrages d'importance notable.

Le cas des ouvrages appartenant à des entreprises nationalisées (article 8, alinéa 8) mérite en premier lieu d'être abordé. Historiquement, la Société nationale des chemins de fer français (SNCF), notamment via sa filiale, la Société hydroélectrique du Midi (SHEM), exploitait des ouvrages hydroélectriques ayant vocation à assurer la production d'énergie nécessaire au fonctionnement du service public du transport ferroviaire. Lors des débats sur la loi de nationalisation, plusieurs solutions ont été envisagées. L'une d'entre elles consistait notamment à ce que ces moyens de production intègrent le patrimoine d'EDF. Finalement, la loi a maintenu ces ouvrages dans le patrimoine de la SNCF, mais elle a prévu la mise en place d'un comité de gestion mixte composé de représentants des deux entreprises. Cette solution

---

[289] Selon Paul RAMADIER, cette nationalisation était cohérente avec la situation juridique de l'époque, puisque « l'ensemble des moyens de production forme un bien public, affecté à un usage public et qui ne peut d'ailleurs être créé, ni exploité, que par des moyens de puissance publique » : voir SABLIERE (P), *op. cit.*, p. 623.

[290] Une mise en œuvre spécifique de la nationalisation a été prévue pour les électrochimistes et les électro-metallurgistes exploitant des usines hydroélectriques. Des comités mixtes EDF – industriels ont été mis en place afin d'assurer une participation de l'entreprise aux conditions d'exploitation de l'usine.

était conforme aux objectifs de la loi de nationalisation, qui devait permettre à l'Etat de contrôler l'ensemble des entreprises électriques. En effet, la SNCF, au vu de son statut, était considérée comme appartenant au secteur public. Il n'était donc pas nécessaire de transférer les ouvrages dans le patrimoine d'EDF pour qu'ils soient sous maîtrise de l'Etat[291].

Un régime identique a été mis en place au profit des industries houillères, pour des raisons analogues. La production de charbon a été considérée comme un secteur clé qui devait être nationalisé. La loi du 17 mai 1946 a donc créé un établissement public à caractère industriel et commercial, Charbonnage de France, fusionnant les entreprises préexistantes dans ce secteur d'activité[292].

La seconde dérogation observée, qui a conduit au maintien d'ouvrages de production importants aux mains d'un opérateur autonome, était plus inattendue, dans la mesure où la loi de nationalisation avait initialement prévu la liquidation des deux sociétés, exploitantes d'ouvrages hydroélectriques, la Compagnie Nationale du Rhône (CNR) et la Société Energie Electrique de la Moyenne Dordogne[293]. Conformément aux dispositions de la loi, cette dernière a été liquidée par un décret du 12 janvier 1947, qui prévoyait le transfert de l'ensemble de ses biens à EDF[294].

En revanche, le sort de la CNR a été différent du fait de l'adaptation du principe appliqué aux ouvrages de la SNCF et des Houillères. Pour comprendre cette situation, il est tout d'abord nécessaire de revenir sur la constitution du capital de la CNR avant la loi de nationalisation. A cette époque, 25% de son capital appartenait au secteur privé. Ces capitaux privés étaient alors partagés entre différentes entreprises de production et de distribution d'énergie. Mais, en 1947, EDF s'est substituée à ces opérateurs, en application des principes de la loi de nationalisation. L'Etablissement public est donc devenu propriétaire de cette proportion du capital de la CNR. L'entreprise rhodanienne était alors constituée d'un capital exclusivement public, réparti entre des collectivités territoriales, la SNCF et EDF. Par conséquent, la nationalisation de la CNR n'a

---

[291] La SNCF a été créée le 1er janvier 1938 sous le statut de société d'économie mixte. Le capital appartenant à 51% à l'Etat et à 49% aux anciennes entreprises ferroviaires. Voir décret-loi du 31 août 1937 approuvant et publiant la convention du 31 août 1937 réorganisant le régime des chemins de fer (*JORF* du 1er septembre 1937, p. 10067). Le capital de la SNCF devait être acquis progressivement par l'Etat jusqu'en 1983.

[292] Loi n°46-1072 du 17 mai 1946 relative à la nationalisation des combustibles minéraux (*JORF* du 18 mai 1946, p. 4272).

[293] Loi n°46-628, préc., article 41.

[294] Décret du 12 janvier 1947 déterminant, en application de l'article 6 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, les conditions de liquidation de la société « Energie électrique de la moyenne Dordogne » (*JORF* du 14 janvier 1947, p. 443).

pas été considérée comme utile, dans la mesure où la société était uniquement contrôlée par des personnes publiques[295]. Toutefois, comme pour la SNCF, un dispositif de gestion spécifique a été mis en place, avec la création d'un comité mixte. La CNR avait alors pour mission de construire les usines et EDF de les exploiter. L'entreprise historique devait en revanche assurer la construction et l'exploitation des ouvrages de navigation et d'irrigation[296].

Le marché de l'électricité voit donc apparaître un opérateur, EDF, qui n'est certes pas dans une situation de monopole total, mais qui se retrouve dans une position largement dominante. Cet opérateur historique s'est toutefois retrouvé confronté aux évolutions des politiques économiques. Ainsi, l'apparition de la Communauté européenne et son objectif de création d'un marché unique ont conduit à la remise en cause de cette position. L'adhésion de la France initialement au projet de la Communauté européenne, et, aujourd'hui, à celui de l'Union européenne l'oblige donc à mettre en œuvre les réglementations propres au secteur de l'électricité, qui doivent conduire à une ouverture à la concurrence de ce marché.

§ 2 Un retour de la diversité des concessionnaires sous l'impulsion de la construction européenne

La loi de nationalisation votée dans le contexte d'après-guerre a été remise en cause par les objectifs de l'Union européenne, et notamment celui visant à la création d'un marché unique. Afin d'instituer ce marché, le droit communautaire a fixé de grands principes limitant les restrictions d'accès aux différents secteurs de l'économie, tout en favorisant une ouverture à la

---

[295] V. GIANDOU (A), *La Compagnie Nationale du Rhône. 1933-1998*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1999, pp. 120-133.

[296] La CNR bénéficie d'une concession à buts multiples au titre de son article 1er : « La concession à laquelle s'applique le présent cahier des charges a pour objet :

L'établissement et l'exploitation des ouvrages nécessaires à l'aménagement du Rhône entre la frontière suisse et la mer au triple point de vue de l'utilisation de la puissance hydraulique, de la navigation, de l'irrigation et des autres emplois agricoles. Cette concession s'étend aux affluents du Rhône dans la partie de leur cours affecté par l'aménagement du fleuve ainsi qu'aux sections court-circuitées du fleuve.

Le programme des travaux concédés comprend :

1° L'aménagement du fleuve en vue de l'utilisation de la puissance hydraulique et l'exécution simultanée d'une voie navigable à réaliser progressivement sur toute son étendue ;

2° L'amélioration et, au besoin, la création d'ouvrages intéressant la navigation, en incluant l'aménagement et la gestion de ports fluviaux ;

3° La construction éventuelle d'ouvrages intéressant le rétablissement et le développement de la production agricole ; […] ».

concurrence, notamment dans les industries de réseau (transports, télécommunications ou énergie), par l'adoption de directives sectorielles. L'application de ces différentes normes a nécessité la refonte de la loi de 1946 (A). Dorénavant, le droit interne doit permettre l'implantation de multiples opérateurs sur les différents segments du marché de l'énergie, ce qui doit conduire au partage des actifs de production, aujourd'hui principalement dans les mains d'EDF. Cependant, dans la pratique, l'apparition de nouveaux acteurs est limitée, du fait des modalités de fonctionnement du secteur de l'électricité et de l'interdépendance des différentes activités, notamment entre celles de producteur et de fournisseur (B).

A *L'adaptation des normes internes aux principes du marché unique*

« L'objectif d'une Union de l'énergie solide, dotée d'une politique climatique ambitieuse, est que les consommateurs de l'UE (ménages et entreprises) puissent disposer d'une énergie sûre, soutenable, compétitive et à des prix raisonnables »[297]. La communication de la Commission européenne relative au marché de l'énergie de février 2015 réaffirme ainsi la nécessité d'un marché unique, permettant notamment aux consommateurs de bénéficier de prix plus attractifs[298]. Le communiqué de presse du 9 avril 2019 indiquait, quant à lui, la réussite de la mise en œuvre du marché de l'énergie[299].

L'ouverture du marché de l'électricité s'est faite de manière progressive et a débuté en 1996[300]. Ainsi, les premiers clients libres de choisir leur fournisseur d'électricité furent les clients industriels ayant une consommation supérieure à 100 GWh[301]. Les seuils d'éligibilité ont été progressivement abaissés afin d'offrir une liberté de choix pour l'ensemble des consommateurs au 1er juillet 2007. La finalité de l'ouverture du marché de l'électricité est de permettre à l'ensemble des consommateurs de choisir librement leur fournisseur, afin de faire jouer la concurrence, et donc de bénéficier de prix plus faibles.

---

[297] Commission européenne, Communication relative au « *Cadre stratégique pour une Union de l'énergie résiliente, dotée d'une politique clairvoyante en matière de changement climatique* », COM2015(80), 25 février 2015.

[298] COM2015(80), préc.

[299] Commission européenne, Communiqué de presse, IP-19-1876, « L'union de l'énergie, de la vision à la réalité », 9 avril 2019.

[300] Directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (*JOUE* n°L027 du 30 janvier 1997, p. 20).

[301] Ils ont été libres de le faire au plus tard le 19 février 1999, date à laquelle la directive 96/92/CE avait un effet direct dans le droit interne des Etats membres, puisqu'elle correspond à sa date limite de transposition.

Cependant, en France, le dispositif fonctionne mal. En effet, pour qu'il y ait une réelle concurrence entre les fournisseurs, il faut qu'ils puissent disposer de l'énergie nécessaire et à un coût anticipable afin de pouvoir satisfaire leurs clients, tout en assurant la rentabilité de leur activité. Cependant, EDF dispose d'un quasi-monopole dans le domaine de la production d'électricité, ce qui rend les fournisseurs dépendants de cet opérateur. A ce titre, la concurrence ne peut pas réellement jouer.

Pour un fournisseur autre qu'EDF, il existe quatre moyens d'accès à la production électrique, mais ceux-ci présentent tous des contraintes qui leur sont propres. Le premier tient à la possibilité d'importer de l'électricité. Cependant, les volumes pouvant être échangés sont relativement limités au vu des contraintes d'ordre technique relatives aux interconnexions[302]. Le deuxième accès se fait par l'achat d'électricité sur le marché de gros. Il présente une difficulté majeure car il est sensible à une forte volatilité des prix, alors même que l'énergie vendue aux clients est à un prix fixe. La sécurité économique des fournisseurs semble donc très limitée. Troisièmement, les fournisseurs peuvent acheter de l'électricité à EDF, qui a l'obligation de céder un certain volume de sa production. Le principal dispositif mis en place est celui de l'ARENH (Accès Régulé à l'Energie Nucléaire Historique). Les prix de vente sont fixés par les Ministres de la Transition écologique et solidaire et de l'Economie, suite à un avis de la Commission de Régulation de l'Energie (CRE). Ils sont basés sur les coûts de production de l'électricité du parc d'EDF. Il existe deux difficultés avec ce dispositif : l'absence de visibilité sur les prix et le fait que le coût de l'électricité par l'ARENH peut être supérieur au prix de vente sur le marché de gros. Le dispositif ne permet donc pas de répondre aux attentes des opérateurs. La dernière solution tient à ce que les fournisseurs disposent de leurs propres moyens de production. Ils pourront ainsi évaluer le coût de production de leur énergie et proposer une offre tarifaire en corrélation. Ainsi, ils ne dépendront plus entièrement de volumes de production qui leur sont étrangers et dont les prix ne sont pas négociables.

En France, les seuls moyens de production accessibles « à tous » sont les nouvelles énergies renouvelables (éolien, photovoltaïque et méthanisation) et les centrales thermiques. Or, l'énergie nucléaire représentait en 2014 77% de la production totale d'électricité[303]. Il ne

[302] Les volumes échangés sont limités afin d'assurer la sécurité du réseau.

[303] Réseaux de transport d'électricité, Rapport d'activité 2014, p. 41, disponible sur le site internet de RTE (http://www.rte-france.com/sites/default/files/rte-rapp-activite-2014.pdf).

reste donc qu'un accès potentiel à 23% de l'énergie produite par les autres moyens[304]. Ces sources d'énergie sont des énergies de pointe pour les centrales thermiques notamment, et des énergies fatales, pour l'éolien et le photovoltaïque. De surcroît, les énergies renouvelables exploitées sont intermittentes, à l'exception de l'énergie hydroélectrique, ce qui ne permet pas de disposer d'un parc fiable.

L'accès à la production nucléaire via une exploitation directe n'est cependant pas possible pour deux raisons : les centrales aujourd'hui en exploitation sont la propriété d'EDF et il paraît peu probable que de nouvelles centrales soient construites[305]. Ce dernier argument est fondé sur deux acquis : la difficulté de construire une centrale sur un nouveau site au vu des autorisations administratives nécessaires et surtout la réticence des citoyens. On peut rappeler au surplus que la loi sur la transition énergétique a affirmé le principe d'une diminution de l'énergie nucléaire dans le mix énergétique français[306].

Le second moyen de production le plus important en France est l'hydroélectricité. En 2014, 12,6% de l'électricité consommée était d'origine hydraulique[307]. L'accès à l'énergie hydraulique apparaît donc pour l'Union européenne comme le meilleur moyen d'ouvrir le marché de l'électricité français à la concurrence. C'est d'ailleurs ce qu'elle affirme dans le rapport établi pour la France, en annexe de la communication relative au marché intérieur de l'énergie : « tant le marché de gros que de détail de gaz naturel et d'électricité en France continuent à être très concentrés. Malgré certaines améliorations, notamment pour le gaz naturel, les tarifs réglementés continuent à empêcher des fournisseurs alternatifs d'entrer dans le marché de gros et de détail. Le renouvellement des concessions hydroélectriques apparaît comme une opportunité pour la création d'un environnement plus compétitif pour la production d'électricité en France » [308]. Or, la France n'avait conduit que deux procédures de mise en

---

[304] *Eod. Loc.*

[305] SABLIERE (P), « Production nucléaire d'électricité et monopole », *AJDA*, 2015, pp. 2076-2079.

[306] L'article L. 100-4, 5° du code de l'énergie (créé par l'article 1er de la loi n°2015-992) prévoit que la politique énergétique nationale a pour objectifs : « De réduire la part du nucléaire dans la production d'électricité à 50% à l'horizon 2025 ». Toutefois le projet de loi relatif à l'énergie et au climat, qui a fait l'objet d'un accord en commission mixte paritaire du 19 juillet 2019, prévoit de reporter cette obligation à 2035. La modification n'est donc pas encore entrée en vigueur, toutefois l'adoption de la loi relative à l'énergie et au climat, prévue en septembre 2019, devrait conduire à modifier l'article L. 100-4, I, 5°.

[307] Réseaux de transport d'électricité, Rapport d'activité 2014, p. 41, disponible sur le site internet de RTE (http://www.rte-france.com/sites/default/files/rte-rapp-activite-2014.pdf).

[308] COM/2014/634/final du 13 octobre 2014.

concurrence de concessions hydroélectriques au 31 décembre 2015[309]. Les autres ont principalement été renouvelées au profit d'EDF, de gré à gré, avant que les dispositions du droit français soient supprimées suite aux recours en manquement lancés par la Commission européenne.

Le monopole d'EDF a donc été aboli, mais de manière tardive, sous l'impulsion des réglementations de l'Union européenne. Sa fin, coïncidant avec son changement de statut, devait donc, entre autres choses, permettre l'accès de nouveaux opérateurs aux concessions hydroélectriques. En effet, la transformation de l'opérateur historique en société anonyme a conduit à l'inapplicabilité des dérogations à l'obligation de mise en concurrence prévues par la loi Sapin. La fin de la situation monopolistique légale d'EDF n'a cependant pas été suivie de réels effets dans la pratique. Cela a conduit l'Union européenne à faire parvenir une demande de renseignement à l'Etat français, le 22 octobre 2015, concernant la position d'EDF sur le marché de gros de l'électricité.

B *La fin de la situation monopolistique*

Le monopole peut se définir comme « le privilège exclusif que possède une entité de vendre un bien, de fabriquer un produit, de gérer un service : nul autre organisme ou entreprise ne doit être capable d'offrir dans le même espace géographique les mêmes biens ou services »[310]. Ainsi, la fin du monopole de droit d'EDF sera caractérisée par la possibilité, ouverte par la loi, pour de nouveaux opérateurs d'offrir les mêmes biens ou services qu'EDF sur le territoire national (1). Ces dispositions vont conduire à l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché de l'électricité en France (2).

1. La fin du monopole de droit d'EDF

Deux séries d'éléments sont à l'origine de la fin du monopole d'EDF, résultant de l'évolution de la législation nationale sur l'ouverture du marché de l'électricité.

---

[309] Une procédure de renouvellement pour la concession de la Séveraisse et l'octroi d'une nouvelle concession sur le Gâ. V. *supra*, Section 1, § 2, 2.

[310] ISIDORO (C), *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, L.G.D.J., 2006, p. 38.

Tout d'abord, la législation française a permis l'accès aux moyens de production à de nouveaux opérateurs[311]. L'article 1er de la loi du 8 avril 1946 instaurait la nationalisation de la production, du transport, de la distribution, de l'importation et de l'exportation d'électricité au profit d'EDF (article 2). La loi du 10 décembre 2000 prévoit désormais à son article 6 la possibilité d'accès aux nouveaux moyens de production par toute personne bénéficiant d'une autorisation d'exploiter[312]. Ce texte a donc supprimé le monopole de droit au profit d'EDF[313]. Cependant, dans les faits, la position dominante d'EDF mettra du temps à disparaître. Cette situation a d'ailleurs été identifiée par la Commission européenne, qui a lancé une enquête à l'encontre de l'opérateur sur le marché de détail de l'électricité en 2015. Cette absence d'ouverture à la concurrence tient au fonctionnement du marché de l'électricité et à la possibilité pour les fournisseurs d'accéder aux moyens de production afin de maîtriser le coût de l'énergie vendue aux consommateurs finals. L'absence d'accès aux moyens de production empêche donc l'accès au marché de détail pour les nouveaux entrants.

Le changement de statut d'EDF a été le second élément ayant contribué à la fin de son monopole. EDF avait été créée sous la forme d'un établissement public par la loi de nationalisation[314]. Cette structure se caractérise par certaines spécificités qui se sont avérées incompatibles avec l'ouverture du marché de l'électricité et le droit européen, et qui ont donc conduit au changement de statut d'EDF en 2004[315].

Tout d'abord, les établissements publics sont soumis à un principe de spécialité[316]. Ce principe « signifie que la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui

---

[311] Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (*JORF* du 11 février 2000, p. 2143).

[312] Antérieurement à la loi du 10 décembre 2000, il était possible pour d'autre entités qu'EDF de produire de l'énergie. C'est le cas de certaines installations, notamment en-dessous d'un certain seuil de puissance, qui n'avaient pas été absorbées par EDF ou qui ont été créées postérieurement. En revanche, l'énergie produite était utilisée pour les besoins propres de ses producteurs.

[313] Le monopole est caractérisé, selon Mme Isidoro, lorsqu'une seule personne peut offrir les mêmes services sur un territoire donné (thèse préc.). Par conséquent, dans le secteur de l'électricité, la fin du monopole d'EDF tient à la possibilité pour de nouveaux opérateurs de devenir fournisseurs d'énergie.

[314] Loi n°46-628, préc., article 2 : « la gestion des entreprises nationalisées d'électricité est confiée à un établissement public national de caractère industriel et commercial dénommé "Electricité de France (E.D.F.), Service National". […] ».

[315] Loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières (*JORF* n°185 du 11 août 2004, p. 14256).

[316] Le principe de spécialité a été défini par M. Dupiellet comme « un principe limitant la liberté d'action des établissements publics : leurs activités ne doivent pas excéder le domaine qui leur a été confié par la loi ou le règlement ; ils ne peuvent pas s'immiscer dans des domaines étrangers à leur vocation et affecter leur patrimoine à d'autres fins que celles qui leur ont été assignées » (DUPIELLET (G), « L'adaptation du principe de spécialité à l'évolution du secteur public », *CJEG*, 1985, p. 429). Voir notamment : CE, 3 décembre 1993, *Association de sauvegarde du site Alma – Champ-de-Mars*, n° 139021 : « Le principe de spécialité, qui doit s'entendre en ce sens qu'un établissement public ne peut se livrer à des activités excédant le cadre

a été confiée, n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission »[317]. La loi de nationalisation de 1946, créant EDF, prévoyait la publication d'un décret fixant les statuts des services nationaux. Toutefois celui-ci n'ayant jamais été publié, il n'existe pas à proprement parler de statut et donc d'objet attaché à l'établissement public EDF. La loi de 1946 avait cependant listé ses domaines d'intervention : elle lui confiait la production, le transport, la distribution, l'importation et l'exportation d'électricité. En application du principe de spécialité, EDF pouvait donc intervenir exclusivement dans ces domaines. Il faut toutefois noter au fil des années un assouplissement, sous l'influence de la jurisprudence et de la doctrine, des conséquences du principe de spécialité. Dorénavant, les établissements publics peuvent exercer des activités en-dehors de ce qui est strictement défini dans leur mission sous réserve que celles-ci répondent à trois critères : être en lien avec leur mission principale, être d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public[318].

Le législateur a souhaité, par l'article 44 de la loi du 10 février 2000, clarifier les domaines d'intervention d'EDF, en prenant en considération les activités prévues par la loi de 1946 et le principe de spécialité applicable aux établissements publics. Cet effort a toutefois été interprété de manière différente par la doctrine. Ainsi, selon Christophe BARTHELEMY, cette disposition traduisait une conception très restrictive du principe de spécialité[319]. Selon lui, l'article 44, III conduisait à limiter considérablement les possibilités d'intervention d'EDF vis-à-vis des clients non-éligibles et donc à contraindre le développement de l'établissement. *A contrario*, Arnaud LE GALL considère que les possibilités offertes à EDF sont plutôt extensives, puisque l'article 44, I lui permet de proposer une offre globale de prestation aux client éligibles[320]. A notre sens, la loi du 10 février 2000 n'a pas conduit à limiter

---

des missions qui lui ont été assignées par les textes qui l'ont institué, ne fait pas obstacle à ce que l'autorité compétente pour créer l'établissement public et définir ses règles constitutives modifie l'étendue de sa mission » ; BARTHELEMY (C), « Le principe de spécialité appliqué à EDF. Libre propos sur l'article 44 de la loi du 10 février 2000 », *CJEG*, 2002, n°591, pp. 507-532 ; BERGEAL (C), « La diversification des activités de Charbonnages de France et le principe de spécialité », Conclusions sur Conseil d'Etat, 9 juillet 1997, *Société Maison Balland-Brugneaux*, *RFDA*, 1998, pp. 53-60 ; FATOME (E), « Etablissement public et service public », *AJDA*, 1997, n° spécial « Service public », pp. 96-102 ; FERSTENBERT (J), *Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, thèse, Paris, Presses universitaires d'Orléans, 2009, pp. 127-220 ; LE GALL (A), « La loi sur les industries électriques et gazières : le changement dans la continuité », *JCP E*, n°45-46, nov. 2004, pp. 1770-1774 ; LOMBARD (M), « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA*, 2006, n°2, pp. 79-84.

Concernant les établissements publics voir par exemple GRANERO (A), *Les personnes publiques spéciales*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2016, (Partie 2).

[317] CE, Avis, 7 juillet 1994, *Spécialité des établissements publics (EDF-GDF)*, n°356.089, *Les Grands avis du Conseil d'Etat*, 3ème éd., 2008, pp. 287-296.

[318] Ces critères sont présentés dans l'avis du Conseil d'Etat du 7 juillet 1994, préc.

[319] BARTHELEMY (C), *op. cit.*

[320] LE GALL (A), *op. cit.*

considérablement la marge de manœuvre d'EDF. Toutefois, nous ne pouvons que constater que le principe de spécialité, inhérent au statut de l'établissement public, restreint ses possibilités d'intervention. Ainsi, le changement de statut d'EDF en société permettait de supprimer cette contrainte et d'assurer à EDF la capacité de se développer en-dehors de son champ de compétence initial.

Une seconde spécificité de l'établissement public est liée au fait qu'il est insusceptible de faire l'objet d'une procédure collective. En effet, l'Etat est le garant de ces entités publiques, qui ne sont donc pas soumises au risque économique. Cette garantie, qui a été considérée comme illimitée, tant dans sa couverture, que dans son montant ou dans le temps, dans le cadre d'une procédure formelle d'examen lancée à compter du 2 avril 2003, a été qualifiée par la Commission européenne d'aide d'état incompatible avec le marché[321]. L'Etat français s'est alors engagé à supprimer cette garantie au profit d'EDF en modifiant son statut au plus tard le 31 décembre 2004[322].

Enfin, la transformation en société anonyme devait permettre à l'entreprise d'assurer son auto-financement. En effet, l'Etat était limité dans ses possibilités d'apporter de nouvelles dotations à l'établissement, du fait des contraintes pesant sur les finances publiques et de la compatibilité de celles-ci avec le droit des aides d'Etat. La solution pour assurer le financement d'EDF était donc d'augmenter son capital en assurant son ouverture à de nouveaux opérateurs. L'ouverture du capital d'EDF ne pouvait ainsi se faire que par son changement de statut[323].

Le maintien du statut d'établissement public n'était donc pas directement en contradiction avec les obligations découlant des directives relatives à l'ouverture du marché de l'énergie[324]. Cette ouverture posait toutefois une question de réciprocité vis-à-vis des autres Etats membres, puisque la qualité d'établissement public d'EDF empêchait l'entrée de nouveaux actionnaires, alors qu'EDF, via ses filiales, intégrait le capital des opérateurs européens. Ainsi, le gouvernement italien a limité les droits de vote d'EDF à 2% dans la société Edison, alors que l'établissement disposait de 18% du capital, du fait de la non-réciprocité avec

---

[321] V. LOMBARD (M), *op. cit.*

[322] Commission européenne, « La Commission obtient la suppression de la garantie illimitée octroyée à EDF ce qui favorise la concurrence dans le secteur de l'énergie », Communiqué de presse, 16 déc. 2003, n° IP/03/1737.

[323] V. LE GALL, *op. cit.*

[324] V. ROBBE (F), « L'ouverture du marché de l'électricité et l'adaptation du service public », *CJEG*, juin 2000, n°566, pp. 211-234.

la France[325]. Finalement, l'Etat a fait le choix de modifier le statut de l'entreprise, pour des raisons économiques plus que juridiques[326]. EDF a donc finalement été transformée en société anonyme par la loi n°2004-803 (article 24)[327]. Cette disposition, dans sa version initiale, prévoyait que l'Etat devait *a minima* détenir 70% du capital d'EDF, qui devenait donc une société anonyme, tout en restant une entreprise publique. D'autres modifications ont par ailleurs été impulsées par le droit européen, notamment la séparation des différentes activités du groupe dans des filiales juridiquement distinctes[328].

Cette transformation conduira à moyen terme à la fin du monopole d'EDF, tout d'abord en tant que fournisseur d'électricité, avec l'ouverture progressive du marché pour l'ensemble des consommateurs, mais aussi en tant que producteur.

2. L'entrée de nouveaux acteurs

La modification de la réglementation relative à l'accès aux marchés de l'électricité pour les activités de producteurs ou de fournisseurs conduit à l'apparition de nouveaux acteurs en France. Cependant, la diversification reste marginale, dans la mesure où, dans la pratique, le monopole d'EDF a subi des atteintes minimes. En effet, l'article 7 de la loi de 2000 permet à toute personne bénéficiant d'une autorisation d'exploiter, de maîtriser de nouveaux moyens de production. Cependant, les outils de production nécessaires aux besoins énergétiques étaient antérieurs à 2000 et la loi ne prévoyait pas la cession par EDF d'une partie de ses actifs, afin de partager les outils entre différents acteurs. Dans une vision à moyen terme, le partage du parc de production devrait donc être plus équitable, d'autant que la loi sur la transition énergétique prévoit une diminution de la part du nucléaire dans le mix énergétique français. Il sera donc

---

[325] V. LE GALL, *op. cit.*

[326] Loi n°46-628, préc., article 32 : « Les activités mentionnées au 1° de l'article 1er sont exercées par Electricité de France et la société mentionnée à l'article 7 de 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, ainsi que par leurs filiales. Ces activités s'exercent dans les conditions fixées par la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précitée et la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 précitée ».

[327] Loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières (*JORF* n°185 du 11 août 2004, p. 14256). V. BARTHELEMY (C), « L'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité et la transformation d'EDF », *JCP A*, oct. 2004, n°10, pp. 7-11 ; LE GALL, *op. cit.*

[328] Ainsi, trois sociétés se répartissent les activités historiques d'EDF : Réseau de Transport d'Electricité (RTE) qui gère le transport, Enedis qui s'occupe de la distribution et EDF à la charge de la production et la fourniture. RTE et Enedis ont conservé leur monopole, qui n'est pas remis en cause par l'Union européenne car il répond à la qualification de monopole naturel.

nécessaire de créer de nouveaux actifs pour remplacer le volume d'électricité d'origine nucléaire non produit, ce qui pourrait ouvrir des opportunités à de nouveaux opérateurs[329].

A plus court terme, l'ouverture du parc devrait passer par la mise en concurrence des concessions hydroélectriques[330]. Il existe des acteurs français intéressés par ces aménagements : ce sont notamment des fournisseurs qui souhaitent avoir accès à un moyen de production (par exemple, *Total Direct Energies*)[331]. Ces actifs sont très intéressants puisqu'ils permettent de produire une énergie renouvelable, qui n'est pas intermittente. De plus, l'hydraulique peut être une énergie de base comme une énergie de pointe en fonction des caractéristiques techniques des usines[332].

Les concessions hydroélectriques intéressent aussi plusieurs opérateurs étrangers, notamment originaires des pays membres de l'Union Européenne[333]. Lors de l'annonce de la mise en concurrence des concessions hydroélectriques en France, plusieurs entreprises ont d'ailleurs ouvert des bureaux sur le territoire. Mais l'absence d'engagement des procédures par l'Etat concédant en a conduit certaines à se retirer. C'est notamment le cas d'*E.ON* et de *Vattenfall*. L'opérateur suédois, avec trois autres partenaires (Arcelor Mittal, Rhodia et SNCF), avait créé Force Hydro, une entreprise ayant vocation à candidater lors des différents appels d'offres. Finalement, *Vattenffal* a fermé ses bureaux à Paris en juillet 2013. Il existe

---

[329] Toutefois, le projet de loi relatif à l'énergie et au climat, qui a fait l'objet d'un accord en commission mixte paritaire du 19 juillet 2019, prévoit de reporter l'obligation de diminution de la part de nucléaire à 2035. La modification n'est certes pas encore entrée en vigueur, toutefois, l'adoption de la loi relative à l'énergie et au climat, prévue en septembre 2019, devrait conduire à modifier l'article L. 100-4, I, 5°.

[330] Voir par exemple sur cette question avant la transposition de la directive 2014/23/UE : BARTHELEMY (C) et RAMBALDELLI (V), « L'ouverture des concessions hydroélectriques à la concurrence », *ACCP*, n°86, mars 2009, pp. 41-45 ; MEDDEB (M), « La mise en concurrence des concessions hydroélectriques », *Lamy droit de la conc*, n°18, 1er mars 2009, pp. 91-99 ; RAVETTO (P) et GARDERES (N), « La nouvelle procédure de mise en concurrence des concessions hydroélectriques ? », *BDEI*, 1er novembre 2008, n°18, pp. 27-31 ; SABIANI (F), « La mise en concurrence du renouvellement des concessions hydroélectriques au milieu du gué », *Dr. Adm*., juin 2008, pp. 9-14. Après la transposition, v. : CABANES(C) et NEVEU (B), « Le renouvellement des concessions hydroélectriques après la loi de transition énergétique », *Contrats publics*, décembre 2015, pp. 48-51 ; FOURMON (A), « Vers la mise en concurrence des concessions hydroélectriques, *ACCP*, Septembre 2016, pp. 18-22

[331] Total Direct Energies résulte de la fusion de Total Springs et de Direct Energie.

[332] L'énergie de base est l'énergie qui est produite en permanence. Elle est fournie en France par le nucléaire et l'hydraulique « au fil de de l'eau ». L'énergie de semi-pointe et de pointe est mise en place lorsque la consommation est supérieure à l'offre de base. Elle provient de l'hydraulique de lac et de centrales thermiques.

[333] Il existe un certain nombre d'opérateurs préexistants dans les pays membres de l'UE dont la production d'énergie hydroélectrique est relativement importante. V. annexe 18 : La production d'hydroélectricité dans les Etats membres de l'UE.

cependant d'autres opérateurs étrangers qui restent intéressés par les usines hydroélectriques françaises, en particulier *Fortum* (Finlande), *Statkraft* (Norvège), *Alpiq* et *BKW* (Suisse) [334].

Les élus sont toutefois réticents à l'ouverture à la concurrence des concessions hydroélectriques. Leur position a été, à nouveau, exprimée récemment au sein de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale[335]. L'intervention du directeur général adjoint en charge des affaires antitrust de la direction générale de la concurrence, M. MADERO, a conduit à de nombreuses interventions de parlementaires qui ont exprimé leur désaccord sur le principe de la mise en concurrence. Selon eux, celle-ci n'est pas pertinente pour deux raisons principales.

La première est d'ordre interne : ils considèrent que les enjeux de sûreté liés à l'exploitation des ouvrages hydroélectriques justifient l'absence d'ouverture à la concurrence.

La seconde est externe à la France : ils voient ainsi une forme d'injustice dans l'obligation de mise en concurrence imposée à la France, alors qu'il n'existe selon eux pas de réciprocité à cette obligation dans les autres Etats membres. Cependant, cet argument nous semble critiquable.

Il n'est pas possible de se fonder sur un seul segment du marché, dans le cas d'espèce la production hydroélectrique, pour comparer la situation de la France avec les autres Etats membres. En effet, dans les autres Etats le marché de l'électricité est plus ouvert, dans la mesure où les fournisseurs ont accès à des outils de production (non-hydroélectriques au vu de l'absence d'ouverture à la concurrence)[336].

Il faut aussi noter que la Commission européenne a récemment adressé une mise en demeure à 8 Etats de l'Union européenne afin de leur demander de se conformer au droit européen dans l'organisation de la production d'hydroélectricité[337].

Enfin, il nous semble important de rappeler qu'EDF s'est largement développée à l'international, et notamment dans les pays de l'Union européenne, dès l'ouverture du

---

[334] Ces entreprises sont respectivement une entreprise finlandaise détenue à 50,8% par l'Etat finlandais, une entreprise norvégienne détenue à 100% par l'Etat, une entreprise suisse et une autre entreprise suisse détenue à 52,54% par le canton de Genève.

[335] Séance de la Commission des affaires économiques du 21 novembre 2018 à 9h30. La séance est disponible en vidéo sur le site de l'assemblée nationale. Le Compte-rendu de la séance n'a quant à lui pas reproduit les échanges et l'intervention de M. MADERO.

[336] V. *supra*, Section 1, § 1, B et C du présent chapitre.

[337] Commission européenne, Communiqué de presse, IP-19-1876, « L'union de l'énergie, de la vision à la réalité », 9 avril 2019.

marché. Il semble donc relativement surprenant que la France refuse l'entrée d'acteurs originaires de pays où EDF s'est implantée depuis de nombreuses années. On peut ainsi prendre l'exemple de la prise de contrôle par EDF de l'entreprise italienne EDISON en mai 2012, dont le capital appartient aujourd'hui à 97.45% à l'opérateur français[338]. La production d'EDF représente 7% de la production totale en Italie[339]. Si l'on se concentre sur les pays d'origine des futurs candidats au renouvellement des concessions, on peut prendre l'exemple de la Suisse, où EDF détient une participation au sein de la société Alpiq Holding à hauteur de 25% et des participations dans certains ouvrages de production hydraulique transfrontaliers[340].

En parallèle de cette présence d'EDF à l'international, la restriction de l'ouverture à la concurrence pourrait être néfaste en France. En effet, l'entrée de nouveaux acteurs va obliger l'Etat à repenser la relation concessionnaire-concédant et à étudier de nouvelles propositions d'exploitation des aménagements hydroélectriques. Auparavant, la production appartenait aux opérateurs historiques et notamment à EDF. La relation et les pratiques étaient donc établies sur une habitude. L'apparition de nouveaux acteurs pourrait être l'occasion d'un renouveau des concessions hydroélectriques, notamment dans la manière de les concevoir. Il serait aussi possible de voir apparaître de nouvelles catégories de parties prenantes impliquées dans les concessions hydroélectriques, permettant de réfléchir à une approche nouvelle et enrichie. Cette approche sera fondée sur l'implication des concessionnaires, du concédant, des collectivités territoriales, mais aussi des riverains ou encore des industriels intéressés par le cours d'eau exploité.

---

[338] EDF, *Document de référence. Rapport financier annuel 2018*, déposé auprès de l'Autorité des marchés financiers le 15 mars 2019, p. 426.

[339] EDF, *op. cit.*, p. 67.

[340] EDF, *op. cit.*, p. 71. EDF est présente au capital de la société concessionnaire de l'aménagement du Châtelot à hauteur de 50% et détient 10% du capital de la société concessionnaire de l'aménagement du Mauvoisin.

Conclusion Chapitre 1

Avant-guerre, les concessions hydroélectriques ont initialement été attribuées à une multiplicité d'opérateurs en France pour les besoins de développement de l'industrie. Puis, les dégâts de la seconde guerre mondiale et la demande croissante en électricité des ménages ont conduit à la création de l'établissement public EDF, bénéficiant d'un quasi-monopole dans la production, le transport et la distribution d'électricité. Désormais, sous l'influence du droit de l'Union européenne, l'octroi des contrats de concession hydroélectrique, outils de production d'électricité, devrait conduire à l'apparition de nouveaux acteurs. Ainsi, la France s'est vu imposer l'obligation d'ouvrir l'accès à son marché de l'électricité sur le fondement du principe d'une libre-concurrence, qui devait permettre de créer une Union de l'énergie[341]. Cette obligation a été accentuée par l'application récente des dispositions relatives à la commande publique, qui ont été largement renforcées avec l'adoption de la directive 2014/23/UE relative aux contrats de concession, transposée en droit français[342].

Toutefois, l'obligation de mise en concurrence, qui doit conduire à l'apparition de nouveaux acteurs, est perçue de manière négative au niveau national, comme on peut l'observer dans les nombreux articles de presse publiés, notamment par les personnels des concessions hydroélectriques et un certain nombre d'élus[343]. Ainsi, aujourd'hui et au vu des nombreuses réticences exprimées, l'application des procédures de mise en concurrence n'a pas encore conduit à l'ouverture du marché de l'électricité par le renouvellement des contrats de concession hydroélectriques.

Cette situation nous semble préjudiciable. En effet, selon nous, cette ouverture à la concurrence pourrait être l'occasion d'un renouveau des concessions hydroélectriques. L'obligation de mise en concurrence devrait permettre de repenser le modèle des contrats

---

[341] Directive 96/92/CE, préc.

[342] La directive a été transposée par l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique (*JORF* n°0281 du 5 décembre 2018), qui a notamment codifiée l'Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (*JORF* n°0025 du 30 janvier 2016, texte n°66) et le décret n°2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession (*JORF* n°0027 du 2 février 2016, texte n°20).

[343] Voir annexe 19 : Articles de presse relatifs à la mise en concurrence des concessions hydroélectriques.

existants et ainsi faire évoluer la perception et même la conception de ces concessions. Il serait notamment possible de repenser les modalités d'exécution des contrats dans le cadre de l'évolution de la relation entre concédant et concessionnaire.

Chapitre 2 - Un nécessaire renforcement du rôle de l'Etat concédant avec le renouvellement des contrats

Les concessions hydroélectriques pourront être attribuées selon deux configurations. La première, prévue par la loi sur la transition énergétique, est une innovation : c'est la société d'économie mixte hydroélectrique. La seconde configuration est « classique », dans la mesure où elle consiste pour le concédant à choisir un opérateur privé pour exploiter, rénover et parfois construire, les ouvrages concédés[344]. Quel que soit le choix effectué par l'Etat, qui sera seul décisionnaire, nous devrions assister à un renouveau de la relation entre le concessionnaire et le concédant. Dans la première configuration, le renouveau sera un principe. En effet, la société concessionnaire sera une entité à capital mixte constituée avant l'attribution du contrat de concession. Elle sera créée à l'issue d'une procédure de mise en concurrence visant à sélectionner un actionnaire privé et à octroyer le contrat à la société. Les relations entre le concessionnaire et le concédant vont donc évoluer durant la période d'exploitation (Section 1). En revanche, si l'Etat faisait le choix de recourir à la configuration traditionnelle, la relation n'évoluerait pas naturellement. Il nous semble que le recours à cette solution, faisant l'impasse création d'une société avec des capitaux publics, sera le plus fréquent, et ce malgré les intérêts de la SEMH, au vu des contraintes de sa mise en œuvre. Pour que la relation entre le concédant et le concessionnaire change, il sera alors nécessaire que le concédant modifie les modalités de gestion du contrat, en instaurant notamment des dispositifs de contrôle, qui permettront d'encadrer et de mesurer l'exécution des obligations du concessionnaire (Section 2).

Section 1 - Une innovation dans l'économie mixte française : la SEMH

La loi sur la transition énergétique prévoit à son article 118 la possibilité de créer des sociétés d'économie mixte hydroélectriques (SEMH)[345]. Elles sont un nouvel outil à disposition de l'Etat afin d'assurer sa compétence d'exploitation de la force motrice. Ces sociétés doivent

[344] Le potentiel de nouveaux ouvrages est faible. On estime globalement à 480 MW, les sites vierges qui pourraient être équipés dans le cadre d'un contrat de concession. Toutefois, ce potentiel n'a pas été analysé à l'aune de l'ensemble des contraintes environnementales. V. Projet de Programmation pluriannuelle de l'énergie, disponible sur le site www.écologie-solidaire.gouv.fr, 368 p. (p. 100).

[345] Loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (*JORF* n°0189 du 18 août 2015, p. 14263).

permettre de répondre aux inquiétudes exprimées par différents élus du fait de la mise en concurrence des concessions hydroélectriques, en ajoutant un niveau supplémentaire de contrôle des futurs concessionnaires. Cela correspond en partie à une formule connue et utilisée en France : l'économie mixte[346]. L'économie mixte est encore largement utilisée par les personnes publiques, même si l'on doit noter une baisse du nombre de sociétés créées depuis quelques années (§ 1). Mais cette formule a aussi fait l'objet d'une modernisation, dans la mesure où la mise en concurrence permet aujourd'hui de créer une société dédiée qui sera bénéficiaire du contrat de concession (§ 2).

§ 1 La société d'économie mixte, un outil traditionnel

Les sociétés d'économie mixte (SEM) qui disposent d'un cadre juridique depuis le début du XXème siècle, ont été largement utilisées par les collectivités territoriales pour la gestion de leurs compétences[347]. Les avantages juridiques octroyés à ces sociétés ont été restreints, ce qui a conduit les collectivités à les délaisser (B). L'Etat intègre aussi des entreprises dont le capital est réparti entre personnes publiques et privées. Cependant, les participations minoritaires ou majoritaires de l'Etat ont tendance à se modifier et la notion de société d'économie mixte pour les entreprises dont l'Etat est actionnaire a été complétement abandonnée (A)[348].

A *Un outil devenu obsolète au niveau central*

L'économie mixte a d'abord été un privilège de l'Etat, qui a eu recours à cette modalité de gestion afin d'assister le secteur privé avec des conditions économiques favorables (1)[349]. Les SEM, créées à l'initiative de l'Etat, ont disparu au profit de la participation minoritaire ou majoritaire de celui-ci à des sociétés anonymes (SA) de droit commun. La tendance actuelle

---

[346] La société d'économie mixte a été définie comme « une forme spéciale de société qui comprend une participation financière et administrative de l'autorité concédante à la société, de telle sorte que, par cette double participation, l'autorité concédante se trouve faire partie de la société, suivant des règles spéciales qui diffèrent du droit commun commercial appliqué aux associés des sociétés ordinaires », BONNARD (R), *Précis de droit administratif*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1940, 3ème édition, p. 710.

[347] Voir, par exemple, BIZET (J-F), *Entreprise publiques locales*, Lamy, 2ème édition, 2012 ; DELION (A), *Le droit des entreprises et participations publiques*, LGDJ, coll. Systèmes, 2003.

[348] Voir DELION (A), « Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? », *RFDA*, 2005, pp. 977-984.

[349] Concernant les SEM d'Etat voir COLSON (J-P) et IDOUX (P), *Droit public économique*, 7ème édition, LGDJ, Paris, 2014, notamment le Titre III sur « Les entreprises publiques ».

consiste à un retrait de l'Etat du milieu économique dans la plupart des situations. Il est de plus en plus un actionnaire minoritaire. On parlera alors d'entreprises privées à capitaux publics (2).

1. Les SEM nationales : un outil abandonné

Le droit de l'Union européenne tend à la limitation de l'actionnariat public et donc des entreprises publiques dans les Etats membres[350]. Cette situation résulte de deux mouvements : l'ouverture à la concurrence par les directives sectorielles (relatives aux domaines de l'électricité, du transport ferroviaire, des télécommunications, …) et les principes généraux de l'Union européenne (les principes de liberté d'établissement, de libre-circulation, de création d'un marché unique, …). La seconde cause expliquant ce phénomène est relative à la réglementation des aides d'Etat, dont le périmètre d'application se développe de manière conséquente, tant du fait de la pratique que de la jurisprudence[351].

Ce phénomène n'était pas forcément anticipé initialement, dans la mesure où il était prévu depuis l'origine que « les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les Etats membres »[352]. Pour autant, on observe une modification des modalités d'intervention de l'Etat dans le cadre de l'exécution des missions de service public. Initialement, elles étaient organisées soit en régie, soit sous la forme de concession. Ces modalités ont évolué et ont conduit à l'apparition de formes hybrides. L'Etat a en effet, pendant une certaine période, confié l'exécution des missions de service public à des établissements publics ou des SEM[353]. Le recours à la SEM a été particulièrement important avant le phénomène de nationalisation, dans la mesure où les sociétés d'économie mixte constituaient « une solution de relais entre la

---

[350] Voir par exemple : FOURNIER (J), « Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union européenne », *RJEP*, avril 2005, n°619, pp. 135-143 ; BAZEX (M) et BLAZY (S), « La « banalisation » du statut des entreprises publiques par le droit communautaire », *D. adm.*, n°8/9, août 2005, commentaire 118, pp. 26-29 ; DOUSTE-BLAZY (P), *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision* , AN, n°1004, 03/07/2003, tome I (notamment la première partie).

[351] Voir *infra*, 2, du présent paragraphe.

[352] Article 345 TFUE (ancien article 295 TCE et ancien article 222 du Traité de Rome).

[353] La SEM était une solution pour l'Etat qui ne souhaitait pas « abandonner à des organismes exclusivement privés la mission de gérer certains services publics concédés ou certaines entreprises d'intérêt général qu'il ne voulait pas non-plus organiser en régie » : MONSEGUR (M), *Aux confins du service public et de l'entreprise privée : les entreprises privées d'intérêt public et les sociétés d'économie mixte*, Thèse, 1942, Toulouse, Imprimerie du Sud, p. 15.

Les SEM et les établissements publics ne correspondent pas à une nouvelle modalité de gestion à disposition des personnes publiques pour exercer leurs missions. En effet, quelle que soit la structure choisie, celle-ci sera titulaire d'un contrat de concession pour exécuter la mission qui lui sera confiée.

nationalisation et l'entreprise privée »[354]. Nous pouvons notamment citer les exemples du secteur ferroviaire, avec la création de la SNCF, et du secteur autoroutier[355].

L'exemple de la SNCF est relativement probant dans le cadre de l'interventionnisme de l'Etat. La création des chemins de fer a débuté à la fin du XIXème siècle, époque où les infrastructures étaient concédées par tronçons de taille relativement réduite à des personnes privées[356]. Ce système a fonctionné pour les premiers tronçons, qui étaient rentables à court terme. Cependant, lorsque l'Etat a souhaité développer d'autres voies, une partie des concessionnaires s'est retrouvée en difficulté financière. Cette situation résultait de deux évolutions. Tout d'abord, les nouveaux tronçons avaient une rentabilité bien moindre, au vu de leur fréquentation et des coûts d'infrastructures. Ensuite, le contexte a conduit à une transformation de l'organisation du réseau ferroviaire du fait de l'intensité de la concurrence routière, des exigences des voyageurs, de l'augmentation des charges liées aux réformes sociales de 1936 et de l'arrivée au gouvernement du Front Populaire, qui prévoyait de nationaliser les Chemins de fer. La refonte du régime aurait pu être initiée par le rachat des concessions ou à leur déchéance. Ces solutions n'ont toutefois pas été retenues car elles étaient, pour la première, trop coûteuse, et pour la seconde juridiquement non-sécurisée. L'Etat a alors fait le choix de faire jouer son droit de rachat des différentes concessions, mais avec une application originale de la clause. Une société anonyme a été constituée, dont le capital appartenait à 49% aux différentes compagnies ferroviaires fusionnées et à 51% à l'Etat. L'opération d'acquisition des actions des anciens concessionnaires était étalée sur une durée relativement longue. L'Etat devait finalement devenir actionnaire unique en 1983, date à laquelle l'amortissement des actions des concessionnaires s'achevait. La société créée a été qualifiée de société d'économie mixte par le Conseil d'Etat dès 1951[357]. Un certain nombre d'auteurs ont cependant critiqué cette position. Selon eux la présence de l'Etat en tant qu'actionnaire majoritaire conduisait à la constitution d'une régie : il n'y avait pas de réel

---

[354] AUBY (J-M) et DUCOS-ADER (R), *Grands services publics et entreprises nationales*, vol.1, PUF, Themis, Droit, 1ère éd., 1969, p. 63. La société d'économie mixte a aussi été qualifiée de « procédé de gestion intermédiaire entre gestion publique et gestion privée » : MONSEGUR (M), *Aux confins du service public et de l'entreprise privée : les entreprises privées d'intérêt public et les sociétés d'économie mixte*, Thèse, 1942, Toulouse, Imprimerie du Sud, p. 281.

[355] Pour approfondir le sujet, voir AUBY (J-M) et DUCOS-ADER (R), *Grands services publics et entreprises nationales*, vol. 2, PUF, Themis, Droit, 1ère éd., 1973.

[356] Concernant l'historique de la gestion des voies ferrées voir AUBY(J-M) et DUCOS-ADER (R), *op. cit.*, pp. 9-59.

[357] CE, 26 octobre 1951, *Ortolan*, *Rec*. p. 505.

transfert de l'activité à une autre personne que l'Etat[358]. La SNCF a toutefois conservé le statut de SEM jusqu'en 1983, date à laquelle l'Etablissement public industriel et commercial *Société nationale des chemins de fer français* a été créé[359]. L'Etat est donc devenu l'actionnaire unique de la société, qui a alors été qualifiée d'entreprise nationale.

L'étude du cas de la SNCF peut expliquer une partie des difficultés liées aux sociétés d'économie mixte (SEM) nationales, alors que la notion même de SEM a fait réagir la doctrine[360]. En effet, selon celle-ci, la SEM ne pouvait exister que si l'Etat était minoritaire, ce qui n'est pas en cohérence avec le régime des sociétés d'économie mixte locales, qui sera mis en œuvre dès 1926[361]. Il était alors prévu qu'il ne pouvait y avoir création d'une société d'économie mixte locale que si la collectivité était présente au capital à plus de 50%. L'interprétation de la doctrine concernant le cas de la SNCF a finalement été infirmée par la jurisprudence du Conseil d'Etat, la haute juridiction considérant qu'il ne peut exister une SEM d'Etat que si la participation publique est majoritaire[362].

La SNCF est une entreprise emblématique du régime des SEM nationales, notamment concernant l'évolution qu'elles ont subie pour la plupart d'entre elles. C'est le même régime qui a été appliqué à une partie des sociétés d'énergie hydraulique, qui avaient été créées sous la forme de SEM et qui ont en partie été nationalisées en 1946, et dont les moyens ont été absorbés par l'établissement public EDF[363].

Toutefois, d'autres sociétés d'économie mixte ont connu un sort différent. C'est en particulier le cas des sociétés d'économie mixte de concessions autoroutières (SEMCA) prévues par la loi du 18 avril 1955[364]. Cette loi a permis de 1956 à 1963 la création de cinq sociétés bénéficiant d'un contrat de concession, dont l'Etat était l'actionnaire majoritaire[365].

---

[358] Voir en ce sens JEZE (G), « La réorganisation des chemins de fer d'intérêt général », *RDP*, 1937, pp. 536-569 ; RODIERES (R), *Droit des transports*, Sirey, Paris, I, 1953, p. 72.

[359] Article 18 de la loi d'orientation des transports intérieurs, n°82-1153 du 30 décembre 1982 (*JORF* du 31 décembre 1982, p. 4004) : « Il est créé, à compter du 1er janvier 1983, un établissement public industriel et commercial qui prend le nom de « Société nationale des chemins de fer français » ».

[360] V. AUBY (J-M), *op. cit.* et JEZE (G), *op. cit.*

[361] Décrets-lois des 5 novembre et 28 décembre 1926, dits Décrets « Poincaré » (*JORF* du 31 décembre 1926, p. 13742).

[362] CE, 24 novembre 1978, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique CFDT et sieur Schwartz*, *Rec*, p. 465, *AJDA*, mars 1979, p. 42.

[363] C'est le cas par exemple de l'Union hydraulique armoricaine, qui s'est vu confier l'exploitation de la chute de Guerlédan. V. Convention de concession, article 6, approuvée par le décret du 30 août 1923 (*JORF* du 5 septembre 1923, p. 8713).

[364] Loi n°55-435 du 18 avril 1955 portant statut des autoroutes (*JORF* du 20 avril 1955, p. 4023), article 4. Sur la réglementation applicable aux autoroutes voir, Statut des autoroutes, Paris, n°1096 (*JORF* éd. mise à jour 1957).

[365] La société de l'autoroute Esterel / Côte d'Azur, Alpes (ESCOTA) en 1956 ; la société des Autoroutes du sud de la France (ASF) en 1957 ; la société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône (SAPRR) en 1961 ; la Société des autoroutes Paris-Normandie

Ces sociétés d'économie mixte ont progressivement été privatisées à partir de 2002, notamment pour s'adapter au contexte d'ouverture à la concurrence. Cependant, entre-temps, des concessions avaient été attribuées à des sociétés à capitaux privés et d'autres SEMCA avaient été créées. C'est le cas notamment de la société du tunnel routier sous le Mont-Blanc, créée en 1958, ayant obtenu la concession de l'autoroute A40 en 1977 et qui est alors devenue la société des autoroutes et du tunnel du Mont Blanc (ATMB)[366]. On peut aussi citer l'exemple de la Société française du Tunnel routier de Fréjus (SFTRF), créée en 1962, qui a obtenu la concession de l'A43 en 1993. Ces deux SEMCA sont des cas particuliers, dans la mesure où elles sont encore aujourd'hui des sociétés dénommées sociétés d'économie mixte nationales et qu'elles ne sont plus que trois, encore identifiées comme telles, avec la Société du marché international de Rungis (Semmaris)[367]. Ce bilan illustre la fin des SEM nationales dans le paysage d'intervention économique de l'Etat[368].

Dans la doctrine et la législation actuelle, on retrouve donc peu la notion de société d'économie mixte nationale. Il n'existe plus que trois entreprises bénéficiant de cette dénomination, qui n'emporte pas un statut unique à leur profit. La notion de société d'économie mixte nationale, qui se réduit aujourd'hui à une peau de chagrin, n'occupe plus ainsi qu'une place marginale dans le paysage français, ce dont témoigne le désintérêt actuel de la doctrine et l'absence de référence récente à ces sociétés dans la législation. Une telle évolution atteste d'une modification des modalités d'intervention de l'Etat dans le secteur économique, qui trouve sa traduction dans l'évolution de la dénomination de ces sociétés. Dorénavant, on parle d'« entreprises publiques » lorsque des personnes publiques sont présentes à hauteur de plus de 50% dans le capital d'une société et de « participations publiques » si elles sont minoritaires. Dans tous les cas, quelles que soient les modalités d'intervention de l'Etat dans le secteur économique en tant qu'actionnaire, on peut observer que celui-ci a plutôt tendance à se désengager dans le contexte actuel.

(SAPN) en 1963 ; la Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF) en 1963. Sur la question des concessions d'autoroute, voir ALLIEZ (Q), « Le rachat des concessions autoroutières : une impasse financière ? », *Contrats et marchés publics*, 2017, n°4, pp. 6-13.

[366] Voir BERTHEREAU (D), « Le contrôle d'une entreprise concessionnaire par la Commission de vérification des comptes des entreprises publiques : le cas du tunnel du Mont-Blanc (1965-1971) », *Ent. et Hist.*, 2005/1, n°38, pp. 84-95.

[367] Agence des participations de l'Etat, *Rapport annuel sur l'Etat actionnaire de 2014-2015*, p. 88.

[368] La notion de SEM nationale est encore parfois utilisée. Pour autant elle ne reflète pas un statut unique, contrairement au statut des sociétés d'économie mixtes locales. V., par exemple, DUFAU (J), *Les entreprises publiques*, Paris, Le Moniteur, 1991, pp. 92-100.

2. *Le mouvement de retrait de l'Etat actionnaire*

L'actionnariat de l'Etat suit deux mouvements différents, voire opposés aujourd'hui. Ainsi, on observe un désengagement durable au sein de l'actionnariat des entreprises (a) et, en parallèle, une intervention plus fréquente, mais ponctuelle, dans certaines situations (b).

a) Un désengagement durable de l'Etat

L'actionnariat étatique se caractérise tout d'abord par une phase de retrait, l'Etat se désengageant de plus en plus des sociétés dans lesquelles il est actionnaire. Comme le souligne certains auteurs, « […] l'Etat demeure un désinvestisseur durable », la tendance étant « clairement à un désengagement du capital des entreprises pour leur permettre de faire face à la concurrence, de se développer à l'international, d'augmenter leur flexibilité stratégique […] »[369]. Ce mouvement s'explique notamment par le contexte actuel d'ouverture à la concurrence et d'évolution de la situation économique et financière.

Les entreprises publiques sont définies par le droit de l'Union européenne à travers deux critères : l'exercice d'une activité économique et le contrôle exercé par des pouvoirs publics[370]. Ces entreprises avec un actionnariat étatique sont confrontées à deux difficultés principales dans le cadre de l'ouverture à la concurrence : la difficulté de diversifier leurs activités et le risque de faire l'objet d'une procédure initiée par la Commission européenne. En effet, ces entités disposent d'avantages, notamment par la pratique des subventions croisées ou par l'utilisation de ressources liées à l'activité de service public pour le développement de leurs activités concurrentielles[371].

Cependant, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit à son article 345 que « les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété des Etats membres »[372]. A ce titre, les Etats peuvent librement décider d'être actionnaires majoritaires et donc de créer des entreprises publiques. Toutefois, la Commission est particulièrement méfiante envers les entreprises publiques, ce qui conduit à leur imposer un strict respect des règles de l'Union

---

[369] BEZARD (B) et PREISS (E), « L'agence des participations de l'Etat », *RFAP*, 2007/4, pp. 601-613 (p. 613).

[370] Sur ces deux critères et leur contenu, v. ECKERT (G), « Entreprise publique », § 5-10, in SIMONS (D) et POILLOT-PERUZZETTO (S) (sous la direction de), *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2014, ressource dématérialisée ; FOURNIER (J), « Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union européenne », *RJEP/CJEG*, 2005, n°619, pp. 135-143.

[371] V. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 2, B, 1.

[372] Article 345 TFUE (ancien article 295 TCE et ancien article 222 du Traité de Rome).

européenne afin d'assurer une concurrence fiable sur les marchés avec les entreprises privées[373]. Cette règle ressort de l'article 106, § 1er du TFUE, qui prévoit que ces entreprises ne peuvent bénéficier de mesures édictées par l'Etat qui seraient contraires aux règles des traités. Ainsi, elles sont soumises au droit de la concurrence et notamment au respect des dispositions du traité concernant les aides d'Etat, tout comme, pour leurs achats, aux règles issues des directives.

Ces mêmes entreprises sont aussi confrontées à une difficulté de gestion de leur activité, du fait de la compétence technique parfois limitée de l'Etat actionnaire. De nombreux rapports ont conduit à mettre en exergue les manquements de l'Etat dans son rôle d'actionnaire, notamment parce que celui-ci a tendance à opérer un contrôle restreint sur les activités de l'entreprise, mais sans donner une vision stratégique à la société[374]. L'entreprise a donc des difficultés à identifier la politique à tenir, ce qui la ralentit dans ses projets.

Les manquements de l'Etat actionnaire tiennent aussi à ses carences dans le domaine technique, même si l'on peut noter de réelles améliorations depuis la création de l'Agence des participations de l'Etat (APE) et la formation des représentants de l'Etat présents au sein des organes de décision des sociétés[375].

De plus, il existe un manque de clarté certain entre les différents rôles que l'Etat peut jouer au sein de ces entreprises : actionnaire, régulateur, normateur, voire autorité de tutelle lorsque l'entreprise publique exerce une mission de service public qui lui a été confiée par l'Etat. Ce phénomène est par exemple observable au sein de l'entreprise Engie[376]. Gaz de France (GDF) a été créé par la loi de nationalisation du 8 avril 1946 sous le statut d'établissement public industriel et commercial. On a parlé de « nationalisation-dissolution », dans la mesure où l'entreprise a absorbé l'ensemble des sociétés privées exerçant une activité

---

[373] Concl sous CJCE, 6 juill. 1982, *France-Italie et Royaume-Uni c/ Commission*, aff. Jointes 188 à 190/80, *Rec*. 2545 : « en principe toutes les règles du traité doivent s'appliquer de la même manière à toutes les entreprises tant privées que publiques dans tous les Etats membres ».

[374] « En greffant des contrôles administratifs sur ses prérogatives d'actionnaire, l'Etat n'a fait que contrarier la logique de la société anonyme » : CARTIER-BRESSON (A), *L'Etat actionnaire*, L.G.D.J., Paris, 2010 (p. 269). En ce sens, voir *infra*, les développements de la Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

[375] V., par exemple, BEZARD (B) et MUNIESA (L), « L'exercice de la mission de l'Etat actionnaire dans la gestion de ses participations financières : de la « tutelle » à l'actionnaire », *Revue gestion et finances publiques*, mars-avr. 2009, pp. 323-325 ; ECKERT (G), « Réflexions sur l'Etat actionnaire et la gestion des entreprises publiques », in « Chronique de droit public financier », *RFDA*, 2015, pp. 1041-1047 ; JACQUOT (D), « Une formation pour les représentants de l'Etat actionnaire », *RFAP*, 2007, pp. 615-618.

[376] Engie est la nouvelle dénomination sociale de la société Gaz de France (GDF) depuis avril 2015 et depuis son regroupement avec différentes activités Energie du groupe Suez.

de production, de transport ou de distribution de gaz. L'Etat étant propriétaire de l'établissement public, on ne peut pas parler d'actionnariat au sens du droit des sociétés. Dans le cadre des privatisations lancées au début des années 2000, sous le gouvernement de Jean-Pierre RAFFARIN, GDF a été transformé en société anonyme, dont 30 % du capital avait été acquis par des actionnaires privés[377]. En 2006, la participation minimale de l'Etat est réduite au tiers du capital[378], mais il dispose d'une action spécifique justifiée par la nécessité d'assurer la continuité et la sécurité d'approvisionnement en énergies[379].

Le désengagement de l'Etat résulte aussi de la situation économique et financière actuelle[380]. L'Etat procède à la vente d'une partie de ses actions, ce qui lui permet de tirer des recettes financières importantes. Ainsi, entre juin 2014 et avril 2015, l'Etat a procédé à des cessions de ses actions dans trois sociétés (GDF Suez, Aéroport de Toulouse-Blagnac et Safran), pour une valeur de 2,8 milliards d'euros[381]. L'adoption de la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE, pérennise ce choix[382]. Cette loi prévoit notamment la privatisation d'Aéroport de Paris, de la Française des jeux et la possibilité pour l'Etat de céder ses actions au capital d'Engie[383]. Le projet de privatisation d'Aéroport de Paris doit ainsi permettre à l'Etat d'approvisionner un fond pour « l'innovation de rupture », et d'accélérer le désendettement de la France[384].

---

[377] Loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, (*JORF* n°185 du 11 août 2004, p. 14256), article 24 : « Electricité de France et Gaz de France sont transformés en sociétés dont l'Etat détient plus de 70 % du capital. Sauf dispositions législatives contraires, elles sont régies par les lois applicables aux sociétés anonymes ».

[378] Loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie (*JORF* n°284 du 8 décembre 2006, p. 18531), article 39 : « I. - L'article 24 de 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 est ainsi rédigé :

« Art. 24. - Electricité de France et Gaz de France sont des sociétés anonymes. L'Etat détient plus de 70 % du capital d'Electricité de France et plus du tiers du capital de Gaz de France ». Cette disposition a été codifiée aux articles L. 111-67 et L. 111-68 du code de l'énergie.

[379] Les actions spécifiques sont des « actions introduites par certaines législations nationales relatives au régime de la privatisation des entreprises publiques et qui ouvrent au bénéfice de l'État vendeur des privilèges exorbitants, notamment un droit de veto sur certaines des décisions intéressant l'avenir d'une société privatisée » : *Droit public des affaires*, Lamy, 2015, § 1860.

[380] BERNARD (S), « L'actionnariat public et la crise », *RFDA*, 2010, pp. 756-759.

[381] Agence des participations de l'Etat, *Rapport annuel sur l'Etat actionnaire de 2014-2015*, p. 8.

[382] Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (*JORF* n°0119 du 23 mai 2019, texte n°2). Cette loi a fait l'objet d'une décision du Conseil Constitutionnel (n°2019-781 DC du 16 mai 2019).

[383] Sur ce sujet, v. par exemple NICINSKI (S), « Les privatisations dans la loi PACTE », *AJDA*, 2019, pp. 1261-1271.

[384] Sur les objectifs des cessions des participations de l'Etat, v. l'étude d'impact du projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises, 20 juin 2018, p. 432.

b) Des participations ponctuelles de l'Etat au capital d'entreprises

Le second mouvement de l'Etat se traduit par des interventions ponctuelles de sa part malgré une tendance générale à son retrait. En effet, le contexte économique peut expliquer autant le désengagement de l'Etat que le retour de son intervention pour certaines entreprises. Un tel constat est aujourd'hui souligné : « alors que l'État a constamment réduit le niveau de sa participation dans plusieurs entreprises, il vient de l'augmenter dans deux grandes sociétés, Renault et Air‑France‑KLM, d'une façon qui symbolise sans doute une nouvelle politique de l'État actionnaire, en vue de sauver à l'avenir des sites industriels menacés de fermeture ou de cession, mais jugés rentables »[385]. La cession de ses actions lui permet de financer ses nouvelles acquisitions. Ainsi, sur la même période, l'Etat a pu intégrer le capital de trois sociétés (Aéroport de Marseille-Provence, Sté aéroportuaire de Guadeloupe Pôle Caraïbe, STX France) et renforcer sa participation dans trois autres (Areva, Renault et Air-France KLM). Le montant de ces opérations s'est élevé à 1,588 Md€[386].

Mais l'entrée au capital de l'Etat n'est pas forcément compatible avec le droit de l'Union européenne, notamment au regard de la réglementation relative aux aides d'Etat. La qualification d'aide d'Etat est retenue lorsque l'entreprise qui en bénéficie tire un avantage économique de l'intervention de la personne publique. Pour rechercher l'existence de cet avantage, des critères ont été posés par le Commission européenne et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Ces dernières utilisent la notion d'« investisseur privé en économie de marché », définie initialement dans l'affaire *Meura*[387]. L'attitude de l'autorité publique doit être semblable à celle d'un associé privé qui recherche une rentabilité. Dans le cas d'espèce, le gouvernement belge souhaitait apporter du capital à une société en difficulté. La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) considère qu'« […] un associé privé peut raisonnablement apporter le capital nécessaire pour assurer la survie d'une entreprise qui connaît des difficultés passagères, mais qui, le cas échéant après une restructuration, serait en mesure de retrouver sa rentabilité » (point 15)[388].

---

[385] DELION (A), DURUPTY (M), « Chronique du secteur public économique », *Revue française d'administration publique* 2015/2 (n° 154), pp. 573-581 (p. 574).

[386] APE, *Rapport annuel sur l'Etat actionnaire*, préc, p.8.

[387] CJCE, Aff. C234/84, 10 juillet 1986, *Royaume de Belgique contre Commission des communautés européennes*, *Rec*. 1986, p. 2263.

[388] La CJCE avait alors une attitude relativement stricte sur la notion de prise de risque et a élargi sa position sur le sujet dans l'affaire C-303/88 (CJCE, C-303/88, 21 mars 1991, *République italienne contre Commission des Communautés européennes*,

La notion d'aide d'Etat a aussi été légèrement amendée par la Cour de Justice dans la mesure où la comparaison entre opérateurs publics et privés a ses limites, notamment au vu des contraintes de service public. Ainsi, dans sa décision *Altmark*, la Cour a considéré qu'il n'y avait pas d'aides d'Etat si les financements publics étaient destinés à compenser des obligations de service public, à certaines conditions[389]. En général, ces interventions ont vocation à rester sur une durée limitée. En effet, une fois que le plan de restructuration de l'entreprise aura fonctionné, l'Etat pourra revendre ses actions, puisqu'il n'a pas vocation à être actionnaire de sociétés, notamment de celles qui n'ont aucune obligation de service public.

Nous observons donc une évolution certaine du rôle de l'Etat actionnaire, qui tend à recentrer son action en étant de plus en plus présent pour aider les grandes entreprises en difficulté, dans le respect du droit de l'Union européenne. En contrepartie, on observe un désengagement de l'Etat des grandes entreprises publiques, dont la santé financière est bonne (comme l'illustre le cas d'Engie). Cette situation peut donc sembler, à première vue, en contradiction avec la volonté de créer les SEMH. En revanche, le recours aux SEMH semble se justifier à l'aune des pratiques des collectivités territoriales dans leur utilisation de l'économie mixte, les objectifs assignés à ces sociétés se distinguant de celles auxquelles l'Etat participe.

B *Le recours aux SEM locales : une pratique courante*

La possibilité de recourir à l'économie mixte pour les collectivités locales date des décrets-lois des 5 novembre et 28 décembre 1926[390]. Ces dispositifs ont notamment été inspirés par le droit allemand, qui a permis à la ville de Strasbourg, alors annexée par l'Allemagne, de constituer sa première société d'économie mixte en 1912, pour la gestion des transports[391]. Ces décrets-lois ont permis une intervention, largement encadrée, des communes dans le domaine

---

Rec. 1991 I-01433). Elle a alors reconnu qu'un investisseur privé pouvait, dans une configuration avec une société mère et une société fille, motiver l'apport de capital à une entreprise en difficulté par la « probabilité d'en tirer un profit matériel indirect, mais également par d'autres préoccupations, comme le souci de maintenir l'image de marque du groupe, ou de réorienter ses activité » (point 21). Selon la Cour, il est toutefois nécessaire d'avoir une perspective de rentabilité même si celle-ci est à long terme. Par conséquent, elle a conclu que l'aide apportée devait être qualifiée d'aide d'Etat en application du critère de l'investisseur privé.

[389] CJCE, 27 juillet 2003, *Altmark*, Aff. C-280/00, *Rec*. 2003 I-07747.

[390] Décrets-lois des 5 novembre et 28 décembre 1926, dits Décrets « Poincaré » (*JORF* du 31 décembre 1926, p. 13742).

[391] Création de la société *Compagnie des Transports de Strasbourg* en 1877, qui a été transformée en société d'économie mixte en 1912, dont la majorité du capital appartenait alors à la Ville de Strasbourg.

économique[392]. Le recours aux sociétés d'économie mixtes locales (SEML) a été exponentiel (1). Toutefois, le nouveau cadre issu de l'application des règles européennes a conduit à modifier leur régime et à créer des contraintes dans le recours à ce type de sociétés pour les collectivités (2).

1. *Les sociétés d'économie mixte locales, mode de gestion éprouvé par les collectivités territoriales*

Les sociétés d'économie mixte locales sont des sociétés commerciales avec une majorité de capitaux publics, dont l'objet principal est l'exécution d'une activité relevant de la compétence de la collectivité territoriale qui en est actionnaire[393].

Les possibilités de recourir à ces sociétés peuvent paraître restreintes à première vue[394]. L'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoit une liste limitative des cas dans lesquels il est possible de recourir à cet outil de gestion. Il est en particulier envisagé de constituer une société d'économie mixte pour « réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général »[395]. Toutefois, les notions de service public industriel et commercial et d'intérêt général couvrent une grande partie des compétences des collectivités territoriales. Par conséquent, les collectivités ont pu largement recourir à ce modèle de gestion, dès lors qu'il semblait intéressant pour elles de pouvoir disposer d'un outil leur permettant d'exercer leur mission en quasi-régie, mais par le biais d'une personne morale de droit privé distincte dont elles détenaient le contrôle.

---

[392] Dans ce cadre réglementaire, il y a eu deux vagues de création de sociétés d'économie mixte. La première a permis de construire des logements sous l'impulsion de la loi Loucheur du 13 juillet 1928 **(**Loi du 13 juillet 1928 dite Loucheur établissant un programme de constructions d'habitations à bon marché et de logements, en vue de remédier à la crise de l'habitation (*JORF* du 17 juillet 1928, p. 7998)). La deuxième vague a eu lieu après la seconde guerre mondiale afin d'aider à la reconstruction du pays. Le Conseil d'Etat a fait une lecture restrictive de ces deux décrets-lois dans sa décision *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* du 30 mai 1930, publiée au *Rec.*, p. 583.

[393] Voir BRAMERET (S), *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixtes locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, L.G.D.J., Paris, 2012.

[394] Sur la question des sociétés d'économie mixte locales, v. Cour des Comptes, *Les sociétés d'économie mixte locales. Un outil des collectivités à sécuriser*, mai 2019.

[395] Article L. 1521-1 du CGCT, alinéa 1er : « Les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ; lorsque l'objet de sociétés d'économie mixte locales inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires. En outre, les sociétés d'économie mixte locales peuvent réaliser des opérations de conception, réalisation, entretien ou maintenance ainsi que, le cas échéant, de financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux pour les besoins d'un établissement de santé, d'un établissement social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire ».

Cependant, ces sociétés ont perdu de leur intérêt au niveau local du fait des contraintes pratiques apparues avec l'évolution des réglementations. Ce constat est d'ailleurs confirmé par la baisse du nombre de sociétés d'économie mixte depuis 2012, alors même que le nombre de sociétés publiques locales croît[396]. Un arrêt du Conseil d'Etat de 2018 a provoqué beaucoup de réactions de la part des élus, qui craignaient que cette décision fragilise les sociétés déjà créées, mais surtout qu'elle conduise à restreindre encore le recours à ces sociétés[397]. La décision conduisait à considérer que les collectivités territoriales ne pouvaient intervenir au capital des SPL que si la collectivité était compétente sur la totalité des activités exercées par la société. L'analyse de cette jurisprudence posait aussi la question de la potentielle application de cette décision aux SEM[398]. Finalement, la mobilisation des élus a permis le vote d'une loi modifiant l'article L. 1531-1 et L. 1522-1 du CGCT[399]. Ainsi, dorénavant, la loi confirme la pratique antérieure selon laquelle les collectivités peuvent être actionnaires des sociétés si, au moins une des activités exercées par ladite société relève de sa compétence.

2. *Les contraintes excessives pesant sur les sociétés d'économie mixte locales*

Les collectivités territoriales et leurs groupements doivent détenir plus de la moitié du capital et des voix au sein des organes délibérants[400]. La place laissée à l'actionnaire minoritaire, qui doit logiquement être un appui technique représenté par un opérateur industriel, est relativement marginale et peut donc limiter l'attractivité de la SEM pour ce dernier[401]. Aujourd'hui, le recours à l'opérateur privé est devenu un simple moyen de financement au regard de la situation financière des collectivités territoriales[402]. Et, à ce titre, les personnes privées ne sont plus forcément intéressées. En parallèle, la Société d'économie mixte (SEM)

---

[396] Voir Annexe 6 : Evolution du nombre d'entreprises publiques locales par catégories.

[397] CE, 14 nov. 2018, *Syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles*, n°405628 et 405690, *Rec.* ; DAMAREY (S), « Objet d'une société publique locale et compétences de ses actionnaires », *AJDA*, 2019, pp. 113-117; LE CHATELIER (G), « Sociétés publiques locales et règles de compétences : fin de partie ? », *AJCT*, 2019, p. 91.

[398] BRAMERET (S), « Actionnariat d'une société à capital public locale et compétence partagée : la fin des débats ? », *RFDA*, 2019, pp. 100-110.

[399] Loi n°2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales (*JORF* n°0115 du 18 mai 2019, texte n° 1). V. BRAMERET (S), « Actionnariat partagé d'une société à capital public locale. Quand le législateur s'en mêle (et s'emmêle ?) », *AJDA*, 2019, pp. 1690-1695.

[400] Article L. 1522-1 CGCT.

[401] Sur la question des sociétés d'économie mixte locales, v. Cour des Comptes, *Les sociétés d'économie mixte locales. Un outil des collectivités à sécuriser*, mai 2019, pp. 24-27.

[402] Voir BRAMERET (S), « Les sociétés d'économie mixte locales », *JCP A*, n°51-52, 19 décembre 2011, pp. 1-4. Ainsi, le capital social des SEM est détenu à 79% par des actionnaires relevant de la sphère publique (Cour des Comptes, *Les sociétés d'économie mixte locales. Un outil des collectivités à sécuriser*, mai 2019, p. 8).

« devient une technique de collaboration entre personnes publiques ou parapubliques, instituée sous la forme d'une société commerciale »[403]. Elle est donc détournée de sa conception initiale. En effet, il est fréquent, dans la pratique, que l'actionnaire minoritaire soit un organisme parapublic. C'est notamment le cas de la Caisse des dépôts et consignation (CDC). Dans ce cas, la conception initiale des SEM est biaisée, puisque le partenariat est, non plus technique, mais principalement d'ordre financier. Enfin, les collectivités territoriales n'utilisent plus autant cet outil juridique depuis l'instauration des règles relatives à la commande publique. Les SEM sont dorénavant soumises à l'obligation de mise en concurrence pour l'attribution des contrats par les personnes publiques. Lorsqu'une collectivité territoriale crée une SEM pour l'exercice d'une mission telle que la gestion des transports urbains, elle doit donc mettre en concurrence le contrat de délégation de service public[404]. Elle n'a ainsi aucune certitude que la SEM remporte l'appel d'offres. La Cour de justice de l'Union européenne a en effet jugé que l'existence d'une SEM ne suffit pas à traduire une relation *in house*, qui permet de déroger à l'obligation de mise en concurrence. Il était alors nécessaire de justifier de l'existence d'un contrôle analogue entre le pouvoir adjudicateur et la société[405]. Toutefois, la conclusion n'est pas de principe. L'analyse de la relation *in house* doit être faite au cas par cas. Ainsi, la CJUE, à peine un an plus tard, a reconnu que la SEM n'était pas par nature incompatible avec la relation *in house*[406]. Elle indique, en effet, dans sa décision, que la présence de capitaux privés n'est pas de nature à exclure de manière automatique la possibilité d'une relation *in house*. Cette possibilité a

---

[403] BRAMERET (S), *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, LGDJ, Paris, 2012, p. 178.

[404] Cette solution résulte de la non-reconnaissance de l'existence d'un contrôle, effectué par la collectivité territoriale sur la SEM, analogue à celui qu'elle exerce sur ses services. En effet, si le contrôle est analogue, on se trouve alors dans la situation d'une relation *in house* et l'attribution du contrat est exclue des procédures de publicité et de mise en concurrence imposées aux collectivités par l'ancien code des marchés publics. Le fait que la collectivité territoriale ne soit pas l'unique actionnaire nécessite donc que l'attribution du contrat à une SEML résulte d'une procédure de publicité et de mise en concurrence. La CJCE a d'ailleurs précisé dans sa décision *Stadt Halle* (CJCE, 11 janvier 2005, C-26/03) que « l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non-faussée et au principe d'égalité de traitement des intéressés visé à la directive 92/50, dans la mesure où, notamment, une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents » (point 51). Il faut toutefois noter que la jurisprudence a évolué sur la nécessité que le contrôle soit effectué par une unique personne. En effet, dans son arrêt *Coditel Brabant* (CJCE, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant, Rec.* 2008 I-08457), la Cour a envisagé l'hypothèse d'un contrôle analogue conjoint : selon ses propos, « il importe que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire soit effectif, mais il n'est pas indispensable qu'il soit individuel ». Ce contrôle a d'ailleurs été intégré dans le droit interne à l'article L. 2511-4 du CCP. Concernant le contrôle analogue voir, par exemple, BRABANT (M), « Le critère du « contrôle analogue » dans la dérogation *in house* : l'espoir de clarification d'une notion singulièrement altérée », *RJEP*, 1er mars 2014, pp. 4-12.

[405] CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH*. V. ROLIN (F), « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* », *AJDA*, 2005, pp. 898-900.

[406] CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo SpA , Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio, Agesp SpA, Rec.*, p. I-4137. V. LINDITCH (F), « Le « *in house* » finalement sauvé par la Cour de justice des communautés européennes ? », *JCP A*, n° 23, 5 Juin 2006, pp. 753-759.

d'ailleurs été reconnue dans les directives de 2014 relatives à la passation des marchés publics, qui prévoient explicitement la possibilité de l'existence de capitaux privés, dans la mesure où ceux-ci ne permettent pas de bénéficier d'une capacité de contrôle ou de blocage et ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la société[407]. Toutefois, dans l'hypothèse où la relation *in house* ne serait pas constituée, l'attribution d'un contrat ne pourra intervenir qu'à l'issue d'une procédure de mise en concurrence. Dans cette hypothèse, si la SEM n'est pas sélectionnée, il y aura alors deux alternatives : soit la SEM sera dissoute sans avoir vécu, soit elle continuera à exister juridiquement, mais elle n'exercera aucune activité.

Au vu de ces contraintes, le législateur a créé, par la loi du 28 mai 2010, les sociétés publiques locales (SPL)[408]. Ce sont des sociétés commerciales dont le capital est détenu en totalité par les collectivités territoriales. Les pouvoirs adjudicateurs ne sont donc pas soumis à une obligation de mise en concurrence dans le cadre de leur relation avec les sociétés créées[409]. En effet, les directives relatives aux marchés publics prévoient une exception à la mise en concurrence dans le cadre des relations *in house*[410]. Ses relations ont été définies par l'arrêt

---

[407] Art. 12 de la Directive 2014/24/UE, préc. On retrouve la même disposition dans la directive 2014/25/UE relative aux secteurs spéciaux (art. 12, préc.) et dans la directive 2014/23/UE relative aux contrats de concession (art. 17, préc.). L'intégration de ces éléments dans ces directives a été justifiée dans leurs considérants respectifs. L'objectif était de reprendre les éléments de la jurisprudence de la CJUE et d'assurer l'absence de distorsion de concurrence : voir, par exemple, considérant 31 de la directive 2014/24/UE.

[408] Article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales : « Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital.

Ces sociétés sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général.

Ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres.

Ces sociétés revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce.

Sous réserve des dispositions du présent article, elles sont soumises au titre II du présent livre ».

Voir MEUNIEUR (P) et al. (sous la direction de), *Les sociétés publiques locales. Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence*, L'Harmattan, Logiques juridiques ; SAVALL (S), « La SPL, un nouvel outil de gestion des services publics locaux », *RDP*, 1er mai 2011, n°3, pp. 753-761 ; TERNEYRE (P), « Les sociétés publiques locales », *JCP A*, 19 décembre 2011, pp. 24-27.

[409] Sur la question de la relation *in house* avec les SPL, voir notamment MONDOU (C), « La société publique locale : un mode de gestion des services publics locaux ? », in MEUNIEUR (P) et al., *op. cit.*, pp. 87-100 ; SEE (A), « Les sociétés publiques locales et le droit de la mise en concurrence », *Contrats-concurrence-consommation*, n°2, fév. 2013, pp. 36-39.

[410] Concernant les relations *in house*, voir, par exemple, LEVAIN (L) et PRATS-DENOIX (M), « Les relations *in house* à l'aune des nouvelles directives européennes », *JCP E*, n°16, 16 avril 2015, pp. 31-37.

Teckal[411] et la notion de contrôle total par l'arrêt *Stadt Halle*[412]. La société publique locale permet donc de garantir qu'elle pourra exécuter la mission pour laquelle elle a été créée, contrairement à la SEML. Cependant, la société publique locale ne permet pas de répondre à toutes les attentes des collectivités, puisqu'il n'est pas possible d'y associer un opérateur privé, qui peut avoir deux fonctions dans une société créée par une personne publique : un apport financier, mais aussi et surtout un apport technique[413].

Le législateur a donc créé un nouvel outil prôné par la Commission européenne, le partenariat public privé institutionnalisé (PPPi). Il se définit comme « la coopération entre des partenaires publics et privés qui établissent une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics ou des concessions »[414]. Il est possible pour les collectivités territoriales d'y recourir depuis la loi du 1er juillet 2014[415] permettant la création des sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOp)[416]. En effet, le Conseil d'Etat avait considéré qu'il était nécessaire de modifier les textes applicables pour que ce type de société puisse être créé[417]. En plus de l'outil « générique », deux autres lois ont prévu un dispositif proche de la SEMOp, mais applicable dans les domaines particuliers de l'hydroélectricité et de l'aménagement[418].

---

[411] CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, *Rec*. 1999 I-08121. Au point 50, la Cour précise que la seule dérogation pouvant exister à la mise en place des procédures de publicité et de mise en concurrence, alors prévue par la directive 93/36 (directive portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fourniture), correspond à l'hypothèse selon laquelle « la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent ».

[412] CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, *Rec* 2005 I-26. Ainsi, selon la Cour, la participation même minoritaire d'une entreprise prouvée au capital d'une société mixte exclut la possibilité que le pouvoir adjudicateur actionnaire exerce un contrôle analogue sur la société à celui qu'il exerce sur ses propres services.

[413] Concernant les limites de la SPL, qui doivent conduire à une limitation de leur utilisation, voir KARPENSCHIF (M), « L'égale concurrence et les entreprises publiques locales », in MEUNIEUR (P) et al., *op. cit*., pp. 229-246 (pp. 240-246).

[414] Commission européenne, « Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats publics privés institutionnalisés », du 5 février 2008, COM(2007)6661, p. 2.

[415] Loi n°2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique (*JORF* du 2 juillet 2014, p. 10897).

[416] DELION (A) et DURUPTY (M), « Chronique du secteur public économique », *Revue française d'administration publique*, 2015/1, n° 153, pp. 281-293 (p. 292) : « La SEMOP a pu être décrite comme un partenariat public-privé (PPP) «institutionnalisé», car elle combine la présence de la collectivité au sein de la société, comme une SEM classique, avec l'introduction d'un opérateur privé, non plus contractuelle comme dans un PPP, mais organique dans sa structure même de gestion, pour une opération donnée comme le PPP ».

[417] CE, Avis, Section de l'administration, 1er décembre 2009, n°383264. Pour une étude cet avis, voir *infra* § 2, A/, 2 de la présente partie.

[418] Les sociétés d'économie mixte hydroélectriques (SEMH) créées par la loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (*JORF* du 18 août 2015, p. 14263) ; les sociétés d'économie mixte d'aménagement à opération unique (SEMAOP) créées par la loi n°2015-991 du 7 août 2015 (*JORF* du 8 août 2015, p. 13705).

§ 2 La Société d'économie mixte hydroélectrique : un nouvel outil à expérimenter

La Société d'économie mixte hydroélectrique (SEMH) est le second type de partenariats publics-privés institutionnalisé (PPPi) instauré en droit interne et conforme au droit de l'Union européenne (A). Elle dispose de caractères communs avec la société d'économie mixte à opération unique (SEMOp) : l'organisation d'une procédure unique de mise en concurrence visant à sélectionner le futur actionnaire de la société et à attribuer le contrat à ladite société. La SEMH a cependant été créée par un texte distinct, qui lui a octroyé des caractéristiques propres (B). De plus, elle permet d'envisager une nouvelle formule de gestion des concessions hydroélectriques, avec l'intégration de capitaux publics et l'intervention des collectivités territoriales (C). Certes, la loi de 1919 prévoyait déjà la possibilité d'association des territoires, mais celle-ci n'a pas été mise en pratique. Un dispositif *sui generis* a été instauré pour la concession hydroélectrique du Rhône, sur le fondement de la loi de 1921[419]. Les nouvelles dispositions applicables aux concessions hydroélectriques ont donc vocation à rénover et même à innover dans le domaine de l'exécution de ces contrats. Cet objectif est honorable, mais le résultat rencontre, à ce jour, ses limites (D).

A *Un recours aux partenariats publics-privés institutionnalisés conforme au droit de l'Union européenne*

La logique des partenariats publics-privés institutionnalisés a été reconnue conforme au droit de l'Union européenne par la Cour, puisqu'elle a vocation à assurer une certaine efficience du dispositif de l'économie mixte en droit interne (2). En effet, une double-procédure de mise en concurrence pour sélectionner l'actionnaire privé, puis pour attribuer le contrat, est inefficace et non-conforme à la logique des PPPi[420]. Le nouveau dispositif permet donc de sélectionner l'actionnaire opérateur et de passer un contrat de gré à gré avec lui (1), ce qui n'est pas possible dans le cadre d'une entité mixte « classique ». En effet, initialement, l'existence d'une

[419] Loi du 27 mai 1921 approuvant le programme des travaux d'aménagement du Rhône, de la frontière suisse à la mer, au triple point de vu des forces motrices, de la navigation et des irrigations et autres utilisations agricoles, et créant les ressources financières correspondantes (*JORF* du 28 mai 1921, p. 6210).

[420] CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset*, C196/08, conclusions de M. DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER, *Rec*. 2009 I-09913 : « 85. Le recours à une double procédure d'appel d'offres se marie mal avec l'économie de procédure qui inspire les PPPI, dont la création réunit en une seule démarche le choix d'un ingrédient économique privé et l'attribution du marché public ou de la concession à l'entité à capital mixte ».

participation, même minoritaire, d'une structure privée excluait par principe l'application de l'exception des relations *in house*[421]. Cependant, cette solution a été nuancée, tant par la jurisprudence que par la loi[422].

1. Les avantages du partenariat public privé institutionnalisé

La création d'une SEMOp doit être réalisée dans le respect des procédures de publicité et de mise en concurrence. Toutefois, l'outil présente un avantage certain, puisqu'un unique avis d'appel public à concurrence permet de sélectionner l'actionnaire opérateur et d'attribuer le contrat à la future société. Le recours à cette procédure unique est conforme au droit de l'Union européenne, dans la mesure où « les candidats doivent établir, outre leur capacité à devenir actionnaire, avant tout leur capacité technique à fournir le service et les avantages économiques et autres découlant de leur offre »[423]. L'avis de publicité doit préciser les conditions de la gouvernance de la future société, avec la part du capital et les modalités de gestion offertes à l'actionnaire pressenti, ainsi que l'objet du contrat qui lui sera attribué. Par conséquent, la procédure unique de mise en concurrence reste envisageable uniquement dans la mesure où l'objet de la société n'est pas modifié, c'est-à-dire s'il demeure limité à la conclusion et à l'exécution de la convention. En effet, l'attribution d'un autre contrat conduirait à modifier substantiellement la situation, ce qui nécessiterait une nouvelle mise en concurrence[424]. Cette solution est conforme à la pratique en vigueur. Lorsque l'opérateur a été sélectionné, il l'a été pour être actionnaire et pour gérer un contrat via cette société. Si l'objet de la société avait été différent, d'autres opérateurs auraient pu être intéressés. Il s'agit là d'un des critères définissant la modification substantielle d'un contrat. Si ladite société obtenait un nouveau contrat, l'actionnaire bénéficierait alors d'un avantage sur les autres concurrents. De

---

[421] CJCE, 6 avril 2006, *ANAV*, Aff C-410/04, *Rec*. 2006 I-03303 : « En effet, la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également l'autorité publique concédante exclut en tout état de cause que cette autorité publique puisse exercer sur une telle société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services […]. » (point 31). La notion de contrôle analogue est l'un des critères pour qualifier une relation de *in house*, le second étant que la société créée exerce l'essentiel de son activité avec l'autorité qui la détient.

[422] L'article L. 3211-1 du code de la commande publique prévoit la possibilité qu'une partie des capitaux de la société contrôlée soit privée. Toutefois, dans ce cas, ils ne doivent pas avoir de capacité de contrôle ou de blocage et ils doivent résulter d'une obligation légale (c'est l'exemple de la SEM, la société devant obligatoirement intégrer des capitaux privés : art. L. 1521-1 du CGCT). V. aussi CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo SpA , Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio, Agesp SpA*, préc.

[423] CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset*, préc. § 59.

[424] Arrêt préc. §62 : « il convient de préciser qu'une société à capital mixte, public et privé, comme celle en cause au principal, doit garder le même objet social pendant toute la durée de la concession et que toute modification substantielle du contrat entraînerait une obligation de mise en concurrence ». Voir également, en ce sens, l'arrêt du 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, *Rec*. p. I-4401, point 34).

plus, la jurisprudence européenne prévoit que l'intégration d'un partenaire privé à une entité publique préexistante nécessite une mise en concurrence[425]. Il sera alors nécessaire de mettre en place la procédure applicable au contrat à conclure avec la société créée, afin de respecter les dispositions des directives relatives aux marchés publics ou aux contrats de concessions[426]. Dans la mesure où les directives ne prévoient pas de procédure formalisée, il sera nécessaire de respecter les principes des traités.

Le second intérêt de cet outil est de pouvoir profiter de l'appui technique de l'opérateur économique qui sera actionnaire de la future société. La Commission européenne précise que « l'apport privé aux travaux du partenariat public-privé institutionnalisé consiste, hormis la contribution au capital ou aux autres actifs, en la participation active à l'exécution des tâches attribuées à l'entité à capital mixte et / ou la gestion de l'entité à capital mixte »[427]. Cette participation est aussi possible, et même recherchée, dans le cadre de la société d'économie mixte classique. La différence vient de la possibilité de lui attribuer le contrat. Le partenariat public-privé institutionnalisé est donc l'occasion d'associer, comme dans le modèle classique de la société d'économie mixte, un actionnaire public, représentant de l'intérêt général, et un opérateur économique permettant un appui technique. La présence de l'opérateur économique a, ou tout du moins devrait avoir, les mêmes vertus que celles prônées dans les contrats de concession : les capacités d'investir et d'innover. Cette solution ressort de la jurisprudence européenne, qui admet l'appel unique à concurrence, dans la mesure où l'ensemble des capacités du candidat sont étudiées[428].

2. *La mise en œuvre du partenariat public-privé institutionnalisé en France*

Le principe d'un unique avis d'appel public à la concurrence, pour l'attribution du contrat et la sélection de l'actionnaire, et donc du recours au partenariat public-privé

---

[425] CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset*, préc.

[426] Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (*JOUE* du 28 mars 2014, L 94/65) ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (*JOUE* du 28 mars 2014, L 94/243) ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (*JOUE* du 28 mars 2014, L 94/1).

[427] Commission européenne, communication du 5 février 2008 préc.

[428] CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset*, préc.

institutionnalisé, avait été jugé non-applicable à droit constant par le Conseil d'Etat[429]. La mise en place de l'outil a donc nécessité de réviser les dispositions applicables en matière de commande publique (a). Au-delà de la mise en place dans les textes, il est nécessaire d'envisager les modalités concrètes d'intégration de ces outils aux pratiques des personnes publiques (b).

a) L'applicabilité de l'outil juridique

Selon l'avis du Conseil d'Etat, la première difficulté à laquelle était confrontée le partenariat public-privé institutionnalisé dans le droit interne tenait au fait que le candidat à l'appel d'offres serait distinct de l'attributaire du contrat. Le droit commun de la commande publique prévoit, en effet, que le candidat retenu à la suite de la mise en concurrence soit le titulaire du contrat. Or, dans le cas du partenariat public-privé institutionnalisé, ces deux personnes sont distinctes. La personne présentant une offre sera actionnaire de la société, et cette dernière sera attributaire du contrat mis en concurrence durant la même procédure. Pour autant, la jurisprudence de la Cour de justice a considéré que, même si le candidat ayant remis une offre n'était pas la société attributaire du contrat, le lien entre les deux entités était suffisant. En effet, les critères de sélection permettent de vérifier les capacités techniques et financières du candidat qui se verra confier la gestion opérationnelle du service, même si le contrat est attribué à une société *ad hoc*[430].

Le Conseil d'Etat a mis en exergue une seconde difficulté empêchant le recours à un unique avis d'appel public à la concurrence à droit constant. La société d'économie mixte locale est distincte du pouvoir adjudicateur qui l'a créée. Par conséquent, il n'existe pas d'exonération à l'obligation de mise en concurrence pour l'attribution d'un contrat de concession. Le Conseil Constitutionnel a ainsi déclaré non conforme à la Constitution les dispositions de la loi qui prévoyaient une exonération des procédures de mise en concurrence pour les « sociétés dont le

[429] CE, Avis, 1er décembre 2009, n°383264. Voir HOEPFFNER (H), « L'avenir compromis des partenariats publics privés institutionnalisés. A propos de l'avis de la section de l'administration du CE du 1er déc 2009 », *CMP*, n°12, décembre 2010, pp. 6-20.

[430] CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset*, préc., § 60 : « Dans la mesure où les critères de sélection de l'associé privé sont fondés non seulement sur les capitaux apportés, mais également sur la capacité technique de cet associé et sur les caractéristiques de son offre au regard des prestations spécifiques à fournir, et que cet associé se voit, comme en l'espèce au principal, confier l'activité opérationnelle du service en question et donc la gestion de celui-ci, l'on peut considérer que la sélection du concessionnaire résulte indirectement de celle dudit associé qui a eu lieu au terme d'une procédure respectant les principes du droit communautaire, en sorte qu'une seconde procédure de mise en concurrence en vue de la sélection du concessionnaire ne se justifierait pas » (souligné par nos soins).

capital est, directement ou indirectement, majoritairement détenu par la collectivité délégante à la seule condition que l'activité déléguée figure expressément dans leurs statuts »[431]. Ainsi, en application de cette décision, il n'est pas possible d'attribuer un contrat de concession à une société d'économie mixte locale sans mise en concurrence.

La seule possibilité serait de considérer qu'il existe une relation *in house*. Toutefois, cette solution n'est pas conforme à la jurisprudence communautaire[432]. L'un des deux critères pour définir une relation *in house* réside, en effet, dans l'existence d'un contrôle analogue à celui assuré par ses propres services. Le juge a ainsi estimé qu'il était possible de déroger aux procédures de mise en concurrence pour l'attribution d'un contrat (marché public dans le cas d'espèce), dans la mesure où « à la fois, la collectivité exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent »[433]. Par conséquent, en vertu de la jurisprudence, un pouvoir adjudicateur n'exerce pas un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ces services dans le cas d'une société d'économie mixte locale, puisqu'une partie de l'actionnariat appartient à une personne privée. Les contrats passés entre un pouvoir adjudicateur et une société d'économie mixte locale doivent donc faire l'objet d'une procédure de mise en concurrence, ce qui ne garantit pas que la société soit retenue.

L'institution d'un partenariat public privé institutionnalisé est donc une solution pour dépasser cette difficulté procédurale[434]. Elle permet au pouvoir adjudicateur de faire exploiter un service par une société dont une partie du capital lui appartiendra[435]. Le partenariat public privé institutionnalisé doit ainsi permettre aux élus locaux de rechercher *« une optimisation du*

---

[431] CC, décision n°92-316 DC du 20 janvier 1993, *Rec*. p. 14, cons. 47.

[432] CJCE, 6 avril 2006, *ANAV*, préc.

[433] CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, cons. 50, préc.

[434] Voir, par exemple, BRAMERET (S), « La SEM contrat : partenariats publics-privés à la française ? », *JCP A*, n°49, 2 décembre 2013, pp. 11-15 ; DEVES (C), « La sélection préalable par appel d'offres d'un opérateur privé en vue de la constitution d'un PPPI : nouvelle source d'attribution directe d'un marché public ou d'une concession », *JCP A*, n°51, 14 décembre 2009, pp. 35-40 ; HOEPFFNER, « L'avenir compromis des partenariats publics privés institutionnalisés. A propos de l'avis de la section de l'administration du CE du 1er déc 2009 », *CMP*, n°12, déc. 2010, pp. 6-20.

[435] Les collectivités étaient d'ailleurs en attente de cette loi. Celle-ci leur permet enfin d'avoir à disposition un outil répondant à leur besoin. Le contexte de volonté de réappropriation de la gestion de leur compétence se confirme en effet à la lumière des chiffres présentés par les données fournies par la fédération des entreprises publiques locales, qui note une augmentation constante des Entreprises Publiques Locales (EPL) succédant à un délégataire privé et donc la volonté des élus de renforcer leurs contrôles.

fonctionnement des services publics locaux, notamment en se réappropriant leur gouvernance, tout en bénéficiant du savoir-faire du secteur privé »[436].

b) L'application : la création de la société d'économie mixte à opération unique

Les collectivités territoriales étaient demandeuses d'un nouvel outil juridique en droit interne qui réponde à la logique des partenariats publics-privés institutionnalisés. Six propositions de loi ont d'ailleurs été déposées à l'Assemblée Nationale et au Sénat dans ce sens[437]. Le dispositif initialement proposé par les parlementaires devait être intitulé « sociétés d'économie mixte contrats ». La commission des lois du Sénat a proposé de modifier l'intitulé de ces sociétés pour le remplacer par « sociétés d'économie mixte à opération unique ». L'objectif était en effet d'insister sur l'objet unique de la société : l'exécution d'un seul contrat, celui mis en concurrence dans le cadre de l'appel d'offres. Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent donc désormais créer des partenariats en conformité avec le droit interne en application du titre IV, livre V du code général des collectivités territoriales, codifiant les dispositions relatives aux sociétés d'économie mixte à opération unique créées par la loi du 1er juillet 2014[438].

Les deux premières sociétés d'économie mixte à opération unique ont été constituées suite à l'appel d'offres lancé par la Ville de Dôle[439]. Elles sont entrées en activité le 1er janvier 2016 et ont respectivement pour objet la mission de distribution d'eau potable et d'assainissement. Les sociétés sont constituées d'un capital mixte partagé entre la Ville de Dole (49%) et Suez environnement (51%). Les sièges sont par ailleurs répartis de manière égalitaire (3 administrateurs chacun) pour une durée de 13 ans.

---

[436] MEZARD (J), *Rapport n°199 fait au nom de la Commission des lois concernant la proposition de loi tendant à créer des SEM contrats*, déposé le 4 décembre 2013 à la présidence du Sénat.

[437] Proposition de loi Sénat n°81 (Jean-Léonce DUPONT, UDI, sénateur et plusieurs de ses collègues) tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat (16 octobre 2013) ; Proposition de loi Sénat n°78 (Daniel RAOUL, socialiste, sénateur et plusieurs de ses collègues) tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat (16 octobre 2013) ; Proposition de loi Sénat n° 80 (Antoine LEFEVRE, UMP, sénateur et plusieurs de ses collègues) tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat (16 octobre 2013) ; Proposition de loi AN n°1487 (Jean-Marie SERMIER, UMP, député et plusieurs de ses collègues) tendant à créer des sociétés d'économie mixte dites SEM contrat (23 octobre 2013) ; Proposition de loi AN n°1484 (Philippe VIGIER, UDI, député et plusieurs de ses collègues) tendant à créer des sociétés d'économie mixte dites SEM contrat (23 octobre 2013) ; Proposition de loi AN n°1521 (Erwann BINET, SRC, député et plusieurs de ses collègues) tendant à créer des sociétés d'économie mixte dites SEM contrat (6 novembre 2013).

[438] Loi n°2014-744 du 1er juillet 2014, préc.

[439] Doléa eau et Doléa assainissement.

L'exemple de la mise en pratique de l'outil de la société d'économie mixte à opération unique pourra être profitable dans le cadre de la mise en œuvre de la société d'économie mixte hydroélectrique. Toutefois, malgré de nombreux points communs, la SEMH dispose de spécificités justifiées par le secteur pour lequel elle a été créée : la production d'électricité d'origine hydraulique.

B *La société d'économie mixte hydroélectrique, une société à opération unique spécifique*

La SEMH a été créée sur le modèle de la SEMOp (1). Ces deux sociétés sont constituées après une unique procédure d'appel public à la concurrence ayant vocation à sélectionner le futur actionnaire opérateur et à attribuer le contrat à ladite société. Cependant, la SEMH diffère du modèle de la SEMOp, dans la mesure où elle est créée à l'initiative de l'Etat et pour exécuter un seul type de contrat : une concession hydroélectrique (2).

1. *L'outil de référence : la société d'économie mixte à opération unique*

La société d'économie mixte à opération unique est une société anonyme créée entre une collectivité territoriale et au moins un opérateur économique. En tant que société anonyme, elle est soumise aux dispositions du code du commerce, sous réserve des dérogations prévues aux articles L. 1541-1 à L. 1541-3 du CGCT. La spécificité de ces sociétés est que l'opérateur économique, qui deviendra actionnaire, est sélectionné à l'issue d'une procédure de mise en concurrence qui permettra aussi d'attribuer le contrat. La société dispose d'un capital mixte détenu entre 34% et 85% par la collectivité territoriale et dont au moins 15% doit appartenir à un opérateur économique[440]. La SEMOp est donc l'occasion de retrouver la conception initiale des sociétés d'économie mixte, puisque l'on associe un partenaire public et un partenaire privé pour l'exercice d'une mission de la collectivité territoriale. On doit quand même noter une différence importante puisque le capital public n'est plus forcément majoritaire, la collectivité territoriale détenant *a minima* 34% du capital, c'est-à-dire la minorité de blocage. La gestion de cette structure présentera en outre, par rapport aux sociétés publiques locales, mais aussi par rapport aux sociétés d'économie mixte locales, de nouvelles difficultés. En effet, dans la SEMOp, la collectivité territoriale ne sera pas nécessairement actionnaire majoritaire. Nous

[440] Article L. 521-18 du Code de l'énergie.

devons donc nous interroger sur les moyens à la disposition des collectivités afin que les modalités de gestion de la société permettent d'assurer le respect des intérêts publics. Ainsi, comme l'écrivent Stéphane COLMANT et Cécile LISSAJOUX, l'intérêt de la SEMOp est avéré, mais « il convient de garder à l'esprit les difficultés à négocier de façon équilibrée avec les opérateurs économiques s'agissant des statuts mêmes de la SEMOp qui seront déterminants pour l'objet et la vie de cette société »[441]. Cette difficulté avait d'ailleurs été abordée lors des débats sur la loi de 2002[442] et une proposition avait alors été faite d'abaisser le seuil de détention des capitaux publics à moins de 34 %[443]. Cette proposition n'avait toutefois pas été adoptée au regard des réticences du gouvernement face à la perte de contrôle effectif de la société que cela impliquait.

La seconde caractéristique de la SEMOp est qu'elle est constituée pour un objet unique : l'exécution du contrat qui lui a été attribué. Cet objet unique induit deux conséquences.

Tout d'abord, la SEMOp étant créée uniquement pour réaliser un contrat, sa durée de vie se limite à la durée de la convention conclue. Ainsi, lors de l'échéance du contrat, ou lors de sa fin prématurée, la SEMOp est dissoute d'office. Il est donc nécessaire de prévoir dans les statuts ou dans le pacte d'actionnaire les modalités de dissolution de l'actif et du passif à cette date d'échéance.

Ensuite, la société n'ayant qu'un objet unique, celle-ci ne peut par ailleurs se diversifier ni par des activités complémentaires, ni par des participations au capital de sociétés distinctes, quels que soient leurs objets. De la même manière, la SEMOp ne peut pas voir son objet modifié. Elle est créée uniquement pour un contrat. Si ce contrat doit être modifié de manière substantielle, il n'a plus lieu d'être, au titre des règles juridiques en vigueur (droit interne, droit de l'Union européenne) et, par conséquent, la société non plus.

La SEMOp a été conçue uniquement pour les collectivités territoriales et afin de répondre à leurs besoins, dans le cadre de l'exercice de leurs missions, de nouveaux outils de

---

[441] COLMANT (A) et LISSAJOUX (C), « Une contribution au renouveau de l'interventionnisme local », *JCP A*, n°20, 22 mai 2017, pp. 36-42 (p. 36)

[442] Loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales (*JORF* du 3 janvier 2002, p. 121). Concernant les débats relatifs à cette loi, voir *supra*, le C du présent paragraphe.

[443] Proposition de loi n°455 déposé au Sénat le 30 juin 2002 par M. Jean BIZET visant à moderniser le cadre juridique des SEML. Voir C du présent paragraphe.

gestion. La législation a prévu un dispositif semblable auquel l'Etat pouvait recourir, mais uniquement pour l'exercice d'une concession hydroélectrique.

2. *L'outil dérivé : la société d'économie mixte hydroélectrique*

La loi sur la transition énergétique prévoit une nouvelle société, la société d'économie mixte hydroélectrique[444]. C'est une société qui reprend les caractéristiques principales de la SEMOp : une mixité du capital, un objet unique et une société anonyme. Ainsi, la SEMH est soumise aux dispositions du code du commerce, sous réserve des articles L. 521-18 à L. 521-20 du code de l'énergie[445]. La SEMH possède toutefois deux caractéristiques qui lui sont propres : l'Etat, en tant que personne publique à l'initiative de sa création, doit être représenté au capital de la société et son objet ne peut être que l'exécution d'un contrat de concession hydroélectrique[446].

Le capital de la SEMH sera composé d'une part publique et d'une part privée. Le pôle public doit être représenté *a minima* à hauteur de 34% du capital, afin de détenir une minorité de blocage. Le capital public pourra être composé de plusieurs personnes morales, en plus de l'Etat qui, lui, sera à l'initiative de la création de ces sociétés[447]. Ainsi, les différents échelons territoriaux pourront intégrer le capital de la SEMH, soit en raison de leur compétence matérielle (dans les domaines de la gestion équilibrée des usages de l'eau, de la distribution publique d'électricité ou de la production d'énergies renouvelables), soit en raison de leurs compétences géographiques (en tant que collectivités riveraines du cours d'eau). De plus, pourront aussi intégrer le pôle public des personnes morales de droit public et des entreprises ou organismes dont le capital est entièrement, et non plus majoritairement, détenu par des

---

[444] Loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (*JORF* du 18 août 2015, p. 14263).

[445] Ordonnance n°2015-1127 du 10 septembre 2015 portant réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées (*JORF* du 11 septembre 2015, p. 15851).

Une des dérogations aux règles du code du commerce était relative au nombre d'actionnaires. Le code de commerce prévoyait lors de l'adoption de la LTE un minimum de sept actionnaires dans les sociétés anonymes (SA). Mais aujourd'hui la disposition n'est plus dérogatoire, puisque le nombre minimum d'actionnaires dans les SA non-cotées a été abaissé à deux.

[446] Voir CABANES (C) et NEVEU (B), « Le renouvellement des concessions hydroélectriques après la loi relative à la transition énergétique », *Contrats publics*, n°160, décembre 2015, pp. 48-51.

[447] Article L. 521-18 du Code de l'énergie.

personnes morales de droit public[448]. Dans la pratique, il est très probable que l'Etat détiendra une part très minoritaire du capital public. Le reste sera partagé entre les collectivités, qui auront en réalité l'initiative de la création des SEMH. En effet, pour le moment, la Direction Générale de l'Energie et du Climat (DGEC) envisage la création d'une SEMH s'il existe une demande locale[449]. Au vu de la situation financière des collectivités aujourd'hui, on peut supposer qu'une part importante de l'actionnariat public sera probablement détenue par les personnes morales de droit public, dont notamment la Caisse des dépôts et consignations.

Le pôle privé de l'actionnariat devra détenir *a minima* 34% du capital, ce qui lui permet, au même titre que l'actionnaire public, de bénéficier d'une minorité de blocage. Ce pôle pourra être constitué d'un ou de plusieurs opérateurs économiques, qui auront été sélectionnés à l'issue de la procédure de mise en concurrence.

La seconde caractéristique de la SEMH réside dans son objet unique : l'exécution du contrat de concession hydroélectrique. Ces sociétés n'ont pas été créées comme une catégorie juridique de société à laquelle il est possible de recourir dans divers cas. En effet, elles ne peuvent exécuter qu'un seul type de contrat, très spécifique, le contrat de concession hydroélectrique. On retrouve donc dans la création des SEMH le modèle qui avait inspiré les sociétés d'économie mixtes concessionnaires d'autoroutes[450].

La procédure de mise en concurrence visant à choisir le ou les opérateur(s) économique(s) est celle applicable aux concessions hydroélectriques[451]. Toutefois, il existe quelques spécificités, propres à la SEMH, qui se révèlent dans le contenu de l'avis d'appel public à la concurrence. Dans la configuration classique, l'objet de la procédure est de sélectionner un candidat au contrat de concession, alors que la procédure prévue par la loi sur

---

[448] Le Sénat, en première lecture, avait modifié la rédaction de l'article 29, III de la loi sur ce point. L'Assemblée Nationale, lors de sa nouvelle lecture, était revenue sur le principe d'entreprises dont le capital était exclusivement détenu par des personnes morales de droit public, en prévoyant d'exclure les sociétés publiques locales (article L. 1531-1 du CGCT). Voir respectivement : BAREIGTS (E) et *al.*, *Rapport fait au nom de la commission spéciale pour l'examen du projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, modifié par le Sénat en première lecture, relatif à la transition énergétique pour la croissance verte* (n°2611), enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 16 avril 2015 ; Débats relatifs au projet de loi sur la transition énergétique, Séance du 17 février 2015 (*JORF* du 18 février 2015, p. 1840). Voir notamment les débats sur l'amendement n°2 rectifié *ter* de M. Jean-Léonce DUPONT et 83 rectifié de M. Jacques CHIRON, pp. 1897-1898.

[449] Ces éléments nous ont été confirmés en 2019, lors d'un entretien avec un représentant de la Direction générale Energie et Climat (DGEC).

[450] Loi n°55-435 du 18 avril 1955 (*JORF* du 20 avril 1955, p. 4023). En effet, la loi de 1955 prévoyait la création d'une catégorie de société spécifique, qualifiée de société d'économie mixte en vertu des textes.

[451] Chapitre Ier, Titre II, Livre V de la partie législative du Code de l'énergie.

la transition énergétique doit aussi permettre de sélectionner l'actionnaire privé de la société qui sera attributaire du contrat de concession[452]. L'actionnaire doit donc avoir une capacité technique pour l'exécution du contrat et une capacité économique pour la gestion de la société. Ainsi, l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) doit indiquer les modalités d'association des partenaires publics, telles que prévues par l'accord préalable, les projets de statut de la société, les caractéristiques principales du contrat de concession qui sera conclu, le projet de cahier des charges général et les modalités selon lesquelles la SEMH pourra conclure des marchés concourant à l'exécution de la concession, notamment avec l'actionnaire opérateur ou ses filiales. En effet, la SEMH pourrait être soumise au code de la commande publique, en fonction de la répartition de son capital, et donc au respect des procédures de publicité et de mise en concurrence. Dans cette configuration, elle n'aura pas la liberté de conclure les marchés nécessaires à l'exécution de sa mission de concessionnaire avec l'opérateur économique actionnaire.

C Les limites de la société d'économie mixte hydroélectrique

La SEMH a été créée afin de répondre aux attentes des élus, relativement inquiets de la situation à laquelle la France est confrontée, du fait de l'ouverture à la concurrence des installations hydroélectriques (1). Cependant, l'outil nouvellement institué s'est trouvé limité par les dispositions mêmes de la loi (2).

1. Une solution de compromis face à la mise en concurrence

L'intérêt de la SEMH est de pouvoir limiter une mise en concurrence « sèche » des concessions hydroélectriques, et donc d'assurer un contrôle public des futurs opérateurs[453]. En effet, la société attributaire du contrat de concession sera composée de deux pôles d'actionnariat. Il s'agira, en premier lieu, de l'actionnariat privé, constitué par l'opérateur économique, qui pourra être un nouvel opérateur au vu de l'ouverture à la concurrence sur le marché européen et des ambitions connues d'opérateurs étrangers tels que Statkraft ou BKW

[452] Article L. 521-20 du Code de l'énergie.

[453] L'expression « mise en concurrence sèche » a notamment été utilisée dans le rapport parlementaire BAREIGTS (E) et *al*., *Rapport n°2230 fait au nom de la commission spéciale pour l'examen du projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, relatif à la transition énergétique pour la croissance verte* (n°2188), enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 27 septembre 2014, tome I, p. 496 s. Le terme a été repris dans les débats qui ont porté sur les articles 28 à 29 du projet de loi.

et, potentiellement, d'autres acteurs privés, dans l'hypothèse d'un groupement d'entreprises. En second lieu, l'actionnariat public sera, quant à lui, très probablement composé de plusieurs entités distinctes, dont les intérêts pourront diverger mais dont l'intérêt commun sera de contrôler ce nouvel opérateur[454].

Cet outil juridique semble donc permettre de concilier l'ouverture à la concurrence imposée par l'Union européenne et la sauvegarde des intérêts du secteur hydraulique, par un contrôle public des futurs opérateurs (ce contrôle étant une préoccupation majeure affirmée par les représentants politiques lors des différents débats qui ont eu lieu).

Rien n'interdit en effet, sur le plan des principes, à l'Etat d'être actionnaire de sociétés, dès lors que l'article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), à l'origine d'un « principe de neutralité », prévoit que « les traités ne préjugent en rien le régime de propriété dans les Etats membres »[455]. Cet article doit cependant être lu en prenant en considération l'ouverture à la concurrence dans le cadre de la création d'un marché unique. Par conséquent, le principe de neutralité issu des Traités comporte ses limites s'agissant du régime de propriété, ce qui contribue à réduire la marge de manœuvre des Etats[456]. La question se pose particulièrement dans le cas des SEMH, qui interviennent dans le secteur concurrentiel du marché de l'électricité.

La SEMH peut apparaître par ailleurs comme la solution pour trouver un équilibre entre les intérêts privés de l'opérateur économique, qui cherche à exploiter des ouvrages rentables, et les intérêts publics intrinsèques aux contrats de concession, qui visent à confier l'exploitation d'un service public. L'actionnariat public pourrait donc influer sur la gestion de l'entreprise, en s'assurant que les décisions prises permettent une gestion conforme de la concession. Ainsi, les consignes d'exploitation proposées par le concessionnaire seront définies dans le respect d'un équilibre entre les différents usages de l'eau[457].

---

[454] DELION (A), « De l'Etat tuteur à l'Etat actionnaire », *RFAP*, 2007/4, n°124, pp. 537-572 (p. 538) : « la fonction d'actionnaire n'est, quant à elle, qu'un moyen ; de la même façon qu'elle n'est, pour les actionnaires privés, qu'un moyen permettant d'atteindre un but qui est de créer un outil de production et d'en tirer profit ».

[455] Ancien article 295 du Traité CE et ancien article 222 du Traité de Rome.

[456] Voir DURAND (E), « Quelle place pour les motifs économiques de la justification des entraves à la liberté de circulation des capitaux ? », *Lamy droit des affaires*, février 2014, n°90, pp. 55-57.

[457] Un sujet intéresse particulièrement les collectivités : le volume d'eau à turbiner par rapport aux ressources à préserver pour d'autres usages. V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

Cet outil juridique innove donc dans les modalités d'exécution des contrats de concessions hydroélectriques, mais il n'est cependant pas révolutionnaire concernant la gestion des compétences de personnes publiques. Ainsi, la plupart des grandes infrastructures ont été construites, au XIXème siècle, par les personnes privées sur la base d'un contrat de concession octroyé par les personnes publiques[458].

Pour les concessions hydroélectriques, le dispositif de la concession est de droit en vertu de la loi de 1919 codifiée par le code de l'énergie. En revanche, le recours à une société mixte constitue un dispositif dérogatoire. La création d'un outil permettant aux personnes publiques d'être actionnaires des sociétés attributaires des concessions hydroélectriques offre un instrument juridique très intéressant de contrôle de l'activité de ces sociétés. Cependant, la détention d'une part minimum de capital ne permet qu'un contrôle très limité. Cette limitation semble opportune, dans la mesure où elle permet de laisser une liberté de gestion à l'opérateur économique. En revanche, elle ne semble pas être en adéquation avec les déclarations du gouvernement en place lors de l'adoption de la loi de transition énergétique, qui souhaitait un contrôle restreint des concessionnaires[459].

Le recours à la SEMH est donc présenté comme la solution aux craintes de l'Etat concernant les enjeux du renouvellement des concessions hydroélectriques, notamment la sécurité d'approvisionnement et la sûreté des ouvrages. Cette société permet en effet de laisser l'opportunité au concédant d'exercer un contrôle *a priori* sur les décisions prises par l'entreprise. Cependant l'outil semble avoir ses limites au vu des critères instaurés par la loi.

2. La société d'économie mixte hydroélectrique, un outil contraint

Dans le cadre de la SEMH, les personnes publiques doivent détenir *a minima* 34% des droits de vote dans les organes délibérants et 34% du capital. Ce seuil permet à l'actionnaire public, comme à l'actionnaire privé, de détenir une minorité de blocage. Cette minorité permet de s'opposer aux délibérations proposées par l'assemblée générale extraordinaire. Le régime de

---

[458] Voir, notamment, BEZANCON (X), *Essai sur les contrats de travaux et de service public. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, L.G.D.J., Paris, 2001, 2ème éd.

[459] V. extraits des débats sur la loi de transition énergétique du 10 octobre 2014 (*JORF* Assemblée nationale du 11 octobre 2014, p. 7073), notamment la prise de parole Mme ROYAL : « L'exemple de la Compagnie nationale du Rhône devrait tous nous rassurer : même si le pôle public ne détient pas 50 % ou plus du capital – c'est l'objection souvent formulée par un certain nombre d'organisations syndicales –, il a la minorité de blocage. D'ailleurs, cela poserait un problème financièrement que d'acquérir plus, mais les collectivités territoriales qui vont accompagner l'État dans la participation au capital au sein du pôle public garantissent, je le répète, la minorité de blocage » (p. 7105).

droit commun des sociétés anonymes prévoit en effet que, dans cette configuration, il est nécessaire de délibérer à la majorité des deux tiers des voix[460]. Par conséquent, le contrôle de l'actionnariat public sur la gestion de la société n'est pas aussi évident que ce qui a pu être affirmé par la Ministre de l'Ecologie, Ségolène ROYAL, lors des débats parlementaires[461]. En effet, le gouvernement considère que la minorité de blocage est suffisante pour permettre à la personne publique d'effectuer un contrôle effectif. Cette solution apparaît en contradiction avec ce qui avait été défendu auparavant dans le cadre de la modernisation des sociétés d'économie mixte locales. Lors de la réforme de 2002[462], dans le cadre des débats, des amendements visant à abaisser le seuil à la minorité de blocage (34%) avaient été déposés. Le gouvernement s'y était alors opposé par peur d'une perte d'un contrôle effectif sur la société[463]. Selon le gouvernement, la participation à 34% conduisait à une privatisation.

---

[460] Article L. 225-96 du code de commerce : « L'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions. Toute clause contraire est réputée non écrite. Elle ne peut, toutefois, augmenter les engagements des actionnaires, sous réserve des opérations résultant d'un regroupement d'actions régulièrement effectué.

Elle ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote. A défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés.

Elle statue à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés ».

[461] Voir les débats lors de la séance au Sénat du 17 févier 2015 (*JORF Sénat* – Compte-rendu intégral, du 18 février 2015, p. 1840). Voir notamment l'intervention de Mme ROYAL (retranscrite aux pages 1888 et 1889), selon laquelle les sociétés d'économie mixte […] permettent justement de maintenir le contrôle public sur les concessions hydrauliques » (p. 1888).

[462] Loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économies mixtes locales (*JORF* du 3 janvier 2002, p. 121).

[463] La proposition de loi n°455 déposée au Sénat le 30 juin 2002 par M. Jean BIZET visait à moderniser le cadre juridique des SEML. Ces sociétés ne disposaient plus d'un régime juridique adapté après vingt ans de pratique (Loi n°83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales (*JORF* du 8 juillet 1983, p. 2009)), alors que les modifications législatives les avaient contraintes à un régime de mise en concurrence. Le rapport n°3137 réalisé par M. Jacky DARNE, sur la proposition de loi adoptée par le Sénat tendant à moderniser le statut des SEML, fait état de deux amendements déposés par les rapporteurs visant à modifier les seuils de participation des collectivités territoriales ou de leurs groupements, en prévoyant une participation de 34% à 100%. Les dispositions en vigueur prévoyaient une participation allant de 50 à 80%. L'objectif de ces amendements était d'attirer de véritables capitaux privés et de ne plus se limiter aux participations uniquement financières et sans appui technique de la Caisse des dépôts et consignations. Lors des débats à l'Assemblée nationale, le gouvernement avait indiqué qu'il était défavorable à l'adoption de ces amendements. En effet, le secrétaire d'état à l'Outre-Mer, M. PAUL Christian, a indiqué dans le cadre de son intervention que « la suppression de l'obligation de participation majoritaire constitue aux yeux du Gouvernement une rupture fondamentale avec le régime adopté en 1983 qui avait entendu soumettre les sociétés d'économie mixte locales au contrôle effectif des collectivités locales actionnaires. Le gouvernement reste très attaché à ce premier principe » (*Journal officiel de la république française, Débats parlementaires* assemblée nationale, n°50 du 28 juin 2001, p. 5071). Il considérait que, dans l'hypothèse où les collectivités seraient des actionnaires minoritaires, le pouvoir effectif appartiendrait aux actionnaires privés et que cela représenterait un risque dans la gestion de services publics. « Je souhaite en effet appeler votre attention sur les risques que présenteraient des sociétés d'économie mixtes où le pouvoir effectif serait, de fait, exercé par les actionnaires privés, avec les conséquences éventuelles sur les missions d'intérêt général que ces sociétés ont vocation à exercer. Il ne faudrait pas que, par ce biais, puisse se développer une nouvelle manière de confier la gestion des services publics à des sociétés privées, qui ne serait pas assortie des garanties prévues par les procédures contractuelles de délégation de services publics » (Débats parlementaires du 28 juin 2001, préc.). Le secrétaire d'Etat assimilait même ce dispositif à une privatisation.

On peut considérer aujourd'hui que l'actionnariat public dans les sociétés d'économie mixte hydroélectrique disposera bien d'une minorité de blocage lui permettant de peser sur certaines décisions. Cependant, l'absence de majorité empêchera de maîtriser la gestion quotidienne de l'entreprise.

Cette situation ne semble pas problématique de notre point de vue. Dans la mesure où l'on considère que l'opérateur économique a la compétence technique, il est normal qu'il puisse assurer la gestion courante de l'entreprise. Il serait donc préférable que l'actionnaire public conserve une part de capital inférieur à 50%, ce qui permettrait à l'opérateur industriel de gérer l'entreprise en adéquation avec les besoins techniques. Il demeurera toutefois et *a minima*, contrôlé par l'actionnaire public grâce à sa minorité de blocage.

La société d'économie mixte hydroélectrique nous semble donc constituer une solution acceptable et pouvant répondre aux différents enjeux en présence dans les concessions hydroélectriques françaises. Cependant, cet outil nécessiterait tout de même d'être ajusté et modifié, afin que sa pratique puisse être efficace et rationalisée.

D *La société d'économie mixte hydroélectrique : un outil à parfaire*

En théorie, les partenariats publics-privés institutionnalisés doivent permettre aux collectivités d'avoir un pouvoir de contrôle sur les activités dont elles ont la compétence (internalisation), tout en permettant de profiter du savoir-faire et des capacités techniques et financières du partenaire privé. Ce système doit donc favoriser l'équilibre entre l'internalisation (régie) et l'externalisation (délégation de service public) d'une activité dont la compétence appartient à une personne publique. Mais ces avantages sont aussi les difficultés intrinsèques à ce type de structure, qui résultent de divergences, subies ou choisies, entre partenaires publics et privés.

La SEMH pourrait tout d'abord être le théâtre de la confrontation d'intérêts divergents, avec un Etat qui veut contrôler et avoir une vision nationale de la gestion énergétique, un industriel qui veut également décider et des partenaires publics avec des intérêts et des sensibilités potentiellement divergents. La représentation des personnes publiques au capital pourrait ainsi entraîner une surabondance de contrôle et donc un ralentissement des activités.

Et cela paraît d'autant plus gênant dans l'hypothèse où, conformément au dispositif prévu par la loi sur la transition énergétique, un comité de suivi de l'exécution de la concession et de la gestion des usages de l'eau serait instauré dans le périmètre d'une société d'économie mixte hydroélectrique[464]. On pourrait donc arriver à une situation caractérisée par une superposition de contrôles directs : au contrôle opéré par l'autorité concédante (Etat) s'ajoute en effet celui effectué par les actionnaires et par le nouveau comité de suivi. De plus, les contrôles préexistants perdureront[465]. Il ne faudrait pas au surplus que le partenaire industriel ne représente qu'un apport en capital. En effet, en plus des capitaux, c'est notamment pour son savoir-faire que celui-ci doit être choisi. Pour autant, il ne doit pas être considéré comme un simple exploitant et doit participer à la prise de décision au sein des organes de gouvernance, sa vision étant importante pour la stratégie d'une entreprise hydraulique. Enfin, les collectivités territoriales, qui seront parties au capital, ont des compétences distinctes et donc des intérêts différents, notamment concernant les usages de l'eau (tourisme, énergétique, irrigation, …). Elles ne convergeront donc pas nécessairement dans leur prise de décision.

Les difficultés inhérentes à la SEMH peuvent aussi être subies par les parties, lorsqu'elles résultent du régime légal de ce type de société, qui nécessite de concilier les obligations contradictoires s'imposant aux opérateurs publics et aux opérateurs privés. En effet, les statuts et le pacte d'actionnaire de la SEMH doivent être publiés, alors qu'en droit commercial le pacte d'actionnaire est normalement un document confidentiel. Les règles relatives au mouvement de capitaux dans la SEMH sont par ailleurs très contraignantes au vu des spécificités de cette structure. Ainsi, la loi prévoit l'obligation pour l'Etat de rester actionnaire. Il faut donc s'interroger sur les conséquences et surtout sur les solutions à mettre en place dans l'hypothèse où des partenaires publics ou des collectivités territoriales se désengageraient. Quel serait l'avenir de la SEMH s'il n'est pas possible de maintenir le capital minimal réservé à l'actionnariat public ? La SEMH doit-elle être dissoute ? Si la société est dissoute, le contrat de concession devra alors être résilié et il sera nécessaire d'engager de manière prématurée une procédure de renouvellement, avec toutes les difficultés qui pourront en découler, comme l'organisation de l'exploitation des aménagements pendant la période transitoire.

---

[464] Concernant le comité de suivi de la concession, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, B.

[465] Voir *infra* Section 2, § 2.

Au-delà des difficultés que l'on vient de présenter, on peut enfin s'interroger sur la pertinence même de l'outil, dans la mesure où l'Etat a aujourd'hui tendance à se désengager des entreprises, notamment celles situées dans un secteur concurrentiel, ce qui est le cas du secteur de l'énergie. Or, si l'Etat continue à être présent dans certaines sociétés, c'est surtout dans celles qui présentent des difficultés économiques particulières. Tel n'est pas le cas des sociétés concessionnaires hydroélectriques, l'Etat considérant au surplus qu'elles bénéficient d'une rente[466]. Il n'est donc pas interdit de s'interroger sur le bien-fondé d'un tel dispositif dans un contexte de désengagement de l'Etat.

Le dispositif de la SEMH semble finalement permettre de répondre aux attentes de l'Etat en termes de surveillance de l'exécution des contrats de concession. Toutefois, la mise en place des SEMH ne sera pas automatique, tout d'abord parce que l'outil conserve un caractère dérogatoire et, ensuite, parce qu'au vu des difficultés mises en exergue sa mise en place ne sera pas forcément bénéfique. Ainsi, en l'absence de SEMH, l'Etat aura recours à l'octroi d'un contrat de concession à un opérateur industriel « classique »[467]. Par conséquent, afin d'assurer une bonne exécution du contrat, il sera notamment nécessaire d'améliorer les conditions de son encadrement, qui se fera par la mise en œuvre d'outils de contrôle.

Section 2 : Le renforcement indispensable des outils de contrôle dans les mains de l'Etat

L'exécution d'un contrat de concession, quel qu'il soit, nécessite de la part du concédant l'utilisation des outils de contrôle afin de s'assurer du bon respect des obligations du concessionnaire prévues par la convention. Le contexte et les enjeux autour des concessions hydroélectriques justifient la nécessité de ces contrôles (§ 1). Si la mise en place de systèmes de contrôle n'est pas une nouveauté sur le principe, les mécanismes pour lesquels s'opère un tel contrôle nécessitent toutefois d'être rénovés pour assurer leur véritable fonction (§ 2).

[466] V. *infra* Partie 2, titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2.

[467] Nous utilisons ici la notion d'opérateur industriel « classique » en opposition à la SEMH qui serait aussi titulaire d'un contrat de concession, mais dont la composition est spécifique.

§ 1 Un contrôle nécessaire du concédant

La concession hydroélectrique permet à l'Etat de déléguer l'aménagement et l'exploitation d'une chute hydroélectrique d'énergie permise par l'exploitation de la force motrice de l'eau. Les enjeux liés à l'exécution de ces contrats sont majeurs, puisqu'il s'agit tout à la fois de respecter les besoins des consommateurs, tout en assurant la sûreté du réseau (A). La nécessité de développer les dispositifs de contrôle a aussi été relancée et appuyée par le nouveau contexte de mise en concurrence entraînant l'intervention de nouveaux acteurs (B).

A *Les enjeux du secteur de l'énergie hydraulique*

L'énergie hydraulique, du fait de son importance dans le mix énergétique français (près de 20% des capacités de production) et des enjeux liés au fonctionnement de ses ouvrages, a été qualifiée de ressource nationale[468]. Cela a permis de justifier le transfert de propriété de la force motrice de l'eau à l'Etat. Ce régime l'a donc conduit à bénéficier d'une maîtrise totale de l'outil de production.

Aujourd'hui, les attentes en termes de protection de l'environnement ou de développement des énergies renouvelables ont fait évoluer les enjeux du secteur de l'énergie hydraulique[469]. Toutefois le contrôle reste primordial au regard des enjeux de sûreté hydraulique et de sécurité du réseau.

La question de la sécurité des ouvrages retient d'ailleurs aujourd'hui l'attention des pouvoirs publics. En effet, les barrages sont des ouvrages de génie civil qui peuvent présenter un risque important pour les populations, notamment en cas de rupture. Ils font, à ce titre, l'objet d'un certain nombre de contrôles. Dans le contexte actuel, l'Etat connaît les opérateurs qui gèrent ces ouvrages et leurs politiques de maintenance et d'entretien. La situation peut donc paraître plutôt rassurante. Le concédant effectue tout de même des contrôles fréquents, notamment par le biais du Comité français des barrages et des réservoirs (CFBR). De plus, les enjeux de sûreté sont aussi liés aux manœuvres d'exploitation de ces ouvrages. L'Etat doit ainsi surveiller les modalités de conduite des usines hydroélectriques.

---

[468] L'hydraulique représente 19.5% du parc installé et 12% de la production annuelle (RTE, Bilan électrique annuel 2016, disponible à l'adresse suivante : http://bilan-electrique-2016.rte-france.com/).

[469] V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

Enfin le dernier enjeu majeur résulte de l'accroissement des besoins, qui nécessite de disposer rapidement d'un apport important d'énergie en période de pointe. Cet approvisionnement est notamment permis par les ouvrages hydroélectriques de haute chute. Cet aspect est essentiel pour la sûreté électrique du réseau français[470]. En effet, un manque d'électricité pourrait interrompre la fourniture d'énergie et avoir des conséquences sur l'équilibre du réseau et donc les activités du pays.

Ces différents enjeux conduisent ainsi à s'interroger sur les futurs opérateurs des concessions hydroélectriques qui pourraient apparaître dans le cadre de la mise en concurrence, et surtout sur les moyens à mettre en œuvre afin de limiter les risques liés.

B *L'ouverture à la concurrence et l'arrivée de nouveaux opérateurs*

L'ouverture à la concurrence va très probablement conduire à l'apparition de nouveaux acteurs sur le marché français, qui pourront être des entreprises françaises ou des entreprises étrangères, qui sont pour la plupart des opérateurs reconnus dans leur pays d'origine. Il s'agira d'ailleurs très probablement des groupements de ces différentes entreprises. Les fournisseurs d'énergie sont souvent des entreprises françaises qui souhaitent accéder à des moyens de production, mais qui ne disposent pas forcément de compétences techniques, concentrées aujourd'hui dans les mains de quelques acteurs nationaux. C'est donc souvent avec des opérateurs étrangers qu'elles vont s'allier. La présence de tels acteurs présente une difficulté majeure selon les opposants à l'ouverture du marché, avec le risque de fuite des capitaux, si le siège de l'entreprise ne se situe pas en France.

Ce risque semble difficile à limiter, car il n'est pas possible de discriminer les candidats au vu de leur nationalité. En revanche, il est prévu dans le cadre des cahiers des charges de la concession l'obligation de créer un établissement immatriculé en France[471]. Cette obligation permettra de garantir que le nouvel opérateur sera soumis aux règles du droit français. Par conséquent, l'entreprise, dans la mesure où elle exercera une activité de production d'électricité, devra appliquer, au personnel exploitant la concession, le statut des industries électriques et

[470] On parle d'équilibre du réseau, c'est-à-dire que la production doit être égale à la consommation.

[471] Article 3, II : « Le concessionnaire fait élection de domicile en France, en un lieu précisé dans la convention de concession, et maintient son domicile en France durant toute la durée de la concession ».

gazières[472]. Cette garantie doit être présentée aux salariés dans le cadre du renouvellement des concessions hydroélectriques, dans la mesure où ce sujet est particulièrement sensible, comme l'illustre l'action des différents syndicats[473]. De plus, l'obligation d'immatriculation en France soumettra l'entreprise aux règles du droit fiscal national, ce qui évitera que les opérateurs qui seraient rattachés à un Etat dont le régime fiscal serait plus profitable soient avantagés.

Toutefois, ces différentes difficultés pourront être limitées par la mise en place de dispositifs de contrôle adéquats, comme cela a déjà pu être observé. En effet, la situation se rapproche du mouvement de privatisation des entreprises qui bénéficiaient antérieurement d'un monopole historique. L'Etat a alors procédé à des privatisations qui peuvent être qualifiées de totales, s'agissant, en particulier, des concessions d'autoroutes. Les critiques liées à l'ouverture à la concurrence ont alors pu être limitées par la mise en place de dispositifs de contrôle. Ainsi, dans l'hypothèse d'une mise en concurrence sèche des concessions hydroélectriques, il serait nécessaire que le contrat de concession prévoie, au bénéfice du concédant, des modalités de contrôles adéquats. Mais ce peut être aussi le cas de sociétés qui ont été en partie privatisées et dont l'Etat a conservé une fraction seulement du capital, comme EDF ou Engie. Dans ce cas, il a alors pu mettre en place un double-contrôle en tant que concessionnaire (actionnaire de la société titulaire du contrat) et en tant que concédant. Cette situation pourrait correspondre au cas de la SEMH et permettrait de limiter les craintes de l'Etat et d'un certain nombre d'élus ou d'agents des concessionnaires actuellement en place.

Par conséquent, la mise en place de contrôles efficaces et efficients permet d'encadrer la survenance des risques avec les nouveaux opérateurs et, potentiellement, avec les opérateurs historiques, qui pourraient dégrader les conditions d'exploitation. Il faut donc, dans un premier temps, étudier la possibilité d'intégrer des dispositifs de contrôle dans le cadre de la relation

---

[472] Décret n°46-1541 du 22 juin 1946 approuvant le statut national du personnel des industries électriques et gazières (*JORF* du 25 juin 1946, p. 5680), article 1er du statut : « Le présent statut s'applique à l'ensemble du personnel (ouvriers, employés, agents de maîtrise, cadres administratifs et techniques) en situation d'activité ou d'inactivité :

a) Des services nationaux et des services de distribution créés par les articles 2 et 3 de la loi du 8 avril 1946 ;

b) Des entreprises de production et de distribution exclues de la nationalisation ;

c) De la Caisse nationale de l'énergie. […] ».

[473] L'intersyndicale créée en janvier 2016 sur le sujet des renouvellements des concessions hydrauliques a rencontré, le 7 novembre 2016, la commissaire européenne à la concurrence, Madame VESTAGER. Dans le tract relatif à cet entretien, on voit apparaître rapidement les inquiétudes relatives au statut des hydrauliciens. V. Annexe 7 : Tract du 7 novembre 2016 : « Rencontre avec Margrethe VESTAGER ».

mise en place entre le concessionnaire et le concédant, fondée autour de trois documents principaux : la convention de concession, le cahier des charges et le règlement d'eau.

§ 2 Le perfectionnement des systèmes de contrôle

Les cahiers des charges type existants, qui fixent les droits et obligations du concessionnaire, prévoyaient des dispositifs de contrôle. Toutefois ceux-ci étaient insuffisants du fait de leurs caractères ponctuels et limités (A). Il est donc nécessaire de repenser les dispositifs de contrôle dans le cadre d'un système global qui pourrait s'inspirer d'expériences existantes (B).

A *Un dispositif de droit commun insuffisant*

L'objet d'un contrat de concession est de transférer l'exécution d'une mission incombant à l'autorité concédante. Le transfert de l'exploitation ne conduit cependant pas le concédant à se dédouaner de la gestion de sa mission. Il doit continuer à s'assurer de sa bonne exécution. Dans ce cadre, il est nécessaire que l'autorité concédante maintienne un contrôle de l'exécution du contrat de concession pour s'assurer du respect des droits et obligations de son concessionnaire. En effet, comme le souligne Alain Menemenis, « […] l'exécution d'un contrat de délégation, même bien négocié, exige un suivi permanent et vigilant »[474].

Le dispositif de contrôle à la disposition de l'Etat, qui est obligatoirement mis en place, permet, comme pour les collectivités territoriales, un contrôle annuel de l'exécution du contrat par la présentation d'un rapport rédigé par le concessionnaire[475]. Dans la pratique, un tel dispositif a notamment été instauré pour les concessions de plages, d'autoroutes et hydroélectriques[476]. Les retours d'expérience dans l'exécution de ces contrats ont permis de

---

[474] MENEMENIS (A), « Exécution des délégations de service public : rapports entre le délégant et le délégataire », *Contrats et MP*, 2003, chr. n°11, pp. 38-40.

[475] 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 (*JORF* n°25 du 30 janvier 1993, p. 1588) ; article 40-1 : « Le délégataire produit chaque année avant le 1er juin à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public. ». Cet article a été instauré par la loi n°95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public (*JORF* n°34 du 9 février 1995, p. 2186). Le dispositif a été relativement peu utilisé par l'Etat, en tout cas il semble qu'il ait été mis en pratique de manière très limitée. La loi prévoyait que le contrôle du rapport incombait à la Cour des comptes. La mission de la Cour des comptes a été instaurée par la loi n°95-127 (préc.). Elle est codifiée à l'article L. 111-4 du code des juridictions financières.

[476] Les dispositions relatives au rapport annuel pour l'exécution de ces concessions dans le droit actuel sont respectivement l'article R. 2124-29 du Code général de la propriété des personnes publiques, l'article L. 122-42 du Code de la voirie routière et l'article R. 521-59 du Code de l'énergie.

souligner les nombreuses carences du contrôle effectué par le concédant sur le fondement de ces rapports[477]. La Cour des comptes a notamment mis en exergue l'absence de contrôles efficaces pendant l'exécution des contrats de concession d'autoroutes[478].

Les recommandations de la Cour des comptes semblent d'ailleurs avoir inspiré la réforme des contrats de concession adoptée en 2016. En effet, l'outil préexistant présentait des faiblesses. Les critiques étaient notamment liées au contenu du rapport transmis par le concessionnaire et à la fréquence de sa transmission au concédant. On peut aussi noter des défaillances de l'autorité concédante, qui ne procède pas nécessairement à un contrôle de l'exécution du contrat de concession via ce document. De tels écueils pouvaient s'expliquer par l'insuffisance d'implication de l'Etat et par les moyens limités mis à sa disposition.

Il est par conséquent nécessaire de développer les dispositifs de sanction de l'inexécution des obligations et les outils en place pour assurer le contrôle du suivi du contrat de manière pratique. La réforme de 2016 donne désormais des outils supplémentaires à l'autorité concédante, codifié dans le code de la commande publique[479]. Elle maintient le dispositif du rapport annuel, avec une innovation majeure : la nécessité de présenter le suivi des indicateurs de performance, qui doivent préalablement être définis contractuellement entre le concédant et le concessionnaire[480]. Cet outil devrait donc permettre de contrôler le respect des droits et obligations du concessionnaire de manière simplifiée pour l'Etat, et surtout de pouvoir mettre en place un régime de sanction adéquat. Il sera toutefois nécessaire que le concédant s'assure de la mise en œuvre de ces sanctions pour que le contrôle ait une réelle portée sur l'exécution du contrat.

Au-delà de la mise en place obligatoire d'indicateurs de performance, la réforme des contrats de concession a innové dans le cadre des dispositifs de contrôle. En effet, l'autorité concédante devait, au plus tard le 1er octobre 2018, mettre en accès libre et ouvert certaines données relatives à l'exécution du contrat de concession. Le contrôle de l'exécution du contrat

---

[477] Cour des Comptes, *Les relations entre l'Etat et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, Communication à la Commission des finances de l'Assemblée nationale, juillet 2013.

[478] Cour des Comptes, rapport préc. V. notamment le chapitre Ier.

[479] Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (*JORF* n°0025 du 30 janvier 2016, texte n°66), article 52 ; Décret n°2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession (*JORF* n°0027 du 2 février 2016, texte n°20), article 33. Désormais codifiés aux articles L. 3131-5 et R. 3131-2 du CCP.

[480] Décret n°2016-86, préc., article 33, I, 2° : « Une analyse de la qualité des ouvrages ou des services demandés au concessionnaire, comportant tout élément qui permette d'apprécier la qualité des ouvrages ou des services exploités et les mesures proposées par le concessionnaire pour une meilleure satisfaction des usagers. La qualité des ouvrages ou des services est notamment appréciée à partir d'indicateurs, proposés par le concessionnaire ou demandés par l'autorité concédante et définis par voie contractuelle » (souligné par nos soins).

ne sera donc plus nécessairement un privilège de l'autorité concédante. D'autres acteurs, notamment les riverains ou des associations de protection de l'environnement par exemple, pourront surveiller l'évolution du contrat et faire part de leur mécontentement en fonction des résultats.

Ces dispositifs de droit commun sont mis en place dans le cadre de l'exécution des contrats de concession hydroélectrique. Ils ont notamment été repris dans le cahier des charges type approuvé par le décret n°2016-530. Mais pour assurer un contrôle plus performant, et comme les textes de droit commun invitent à le faire, il est nécessaire d'envisager un mécanisme de contrôle plus global.

B *Un mécanisme global de contrôle rénové*

Le cahier des charges type prévoit de contrôler l'activité du concessionnaire à plusieurs étapes. Les deux premières phases fonctionnent selon des modalités relativement proches de la situation antérieure[481]. Il est notamment prévu un certain nombre de contrôles dans la phase de création des ouvrages, avec des dispositifs d'approbation des projets de travaux, de suivi et de contrôle avant la mise en service des ouvrages. De la même manière, les opérations de travaux qui doivent être effectuées durant le contrat de concession, hors du programme, doivent faire l'objet d'un certain nombre d'autorisations et de dispositifs de suivi en lien avec l'autorité concédante[482].

La troisième phase de contrôle consiste en un suivi continu des modalités d'exécution du contrat par le concessionnaire. Pour l'assurer, il était donc nécessaire de mettre en place des outils permettant une information fréquente et relativement large du concédant, afin de couvrir l'ensemble des droits et obligations du concessionnaire. Le modèle de cahier des charges, dans sa version approuvée en 2016, a fait évoluer les obligations d'information du concessionnaire à l'attention du concédant[483]. Dorénavant, le concessionnaire doit transmettre annuellement,

---

[481] Chapitre IV du modèle de cahier des charges applicable aux concessions hydrauliques approuvé par le décret n°2016-530 (préc.).

[482] V. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 2, B.

[483] L'ancien dispositif était inscrit dans le décret n°99-872 du 11 octobre 1999 approuvant le cahier des charges types des entreprises hydrauliques concédées (*JORF* n°239 du 14 octobre 1999, p. 15350). L'article 45 relatif au contrôle technique prévoyait que le concessionnaire devait mettre à la disposition du concédant, à sa demande, un compte-rendu des résultats d'exploitation. L'article 46 instaurait l'obligation pour le concessionnaire de transmettre les documents de comptabilité de la concession à la demande du concédant. On peut ainsi noter qu'il n'existait pas, au titre du cahier des charges, de contrôles réguliers. Les informations devaient être transmises quand le concédant les demandait.

comme pour tout contrat de concession, un rapport qui permettra notamment de contrôler sa situation économique et financière et le respect de ses obligations, à travers, par exemple, la mise en place d'indicateurs[484]. Au-delà de ce document, et au vu des spécificités des concessions hydroélectriques en termes d'enjeux environnementaux, de nouveaux documents d'information ont été mis en place. Ainsi, le concessionnaire devra transmettre annuellement un bilan environnemental de la concession, ce qui pourra conduire le concédant à instaurer certaines obligations à la charge du concessionnaire, dans la mesure où celles-ci respectent l'économie du contrat. L'exploitation d'une concession hydroélectrique nécessite aussi l'organisation d'opérations d'envergures, pouvant avoir des conséquences environnementales majeures, visant à assurer l'entretien des ouvrages. Dans ce cadre, il est prévu de nouveaux dispositifs d'information de l'autorité administrative pour évaluer les impacts et les conséquences de l'exploitation.

Dans les concessions hydroélectriques, comme dans les autres contrats de concession, on note l'évolution de la position du concédant. Ce dernier veut reprendre en main l'exécution de ses missions, surveiller les bonnes pratiques et le respect de ses droits et obligations par le concessionnaire. En effet, comme nous l'avons vu, ce phénomène, observé dans le secteur hydroélectrique, l'a aussi été pour les concessions d'autoroutes. Cette situation semble, en particulier, pouvoir s'expliquer politiquement. De la même manière que la « privatisation » des autoroutes, l'ouverture à la concurrence des concessions hydroélectriques inquiète l'ensemble des parties prenantes et notamment les salariés et les citoyens. Afin de les rassurer, mais aussi au vu des enjeux liés à l'exécution de ces contrats et de la nécessité d'assurer le meilleur exercice possible de la mission qui incombe à l'Etat, il est nécessaire de suivre et de contrôler l'activité des opérateurs, qu'ils soient privés ou non.

Il existe de nombreux outils à la disposition du concédant, qui sont d'ores et déjà prévus. Cependant, l'Etat doit, selon nous, compléter le panel existant, notamment en prévoyant de

---

[484] Cahier des charges type des concessions hydroélectriques approuvé par le décret n°2016-53, préc., article 45, I relatif au rapport annuel d'activités : « Le concessionnaire transmet chaque année à l'Etat, avant le 1er juin, un rapport annuel d'activité relatif à l'exercice écoulé, soit du 1er janvier au 31 décembre, constitué conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Ce rapport d'activité contient les informations nécessaires pour permettre à l'Etat de s'assurer de la bonne exécution du contrat de concession.

Toutes les pièces justificatives des éléments de ce rapport sont tenues par le concessionnaire à la disposition de l'Etat. Le concessionnaire est tenu de répondre à toute question et de fournir tout document justificatif en relation avec le rapport.

Sous réserve des dispositions légales et réglementaires en la matière, l'Etat prend les mesures nécessaires pour garantir la confidentialité de ces informations ».

manière précise et pertinente le contenu exact du rapport annuel d'activité. Il faut toutefois noter une limite à ces dispositifs de contrôle, qui réside dans les moyens que le concédant va mettre en œuvre pour assurer le suivi. En effet, plus les outils sont nombreux, plus les moyens humains et matériels destinés aux opérations de contrôle doivent être importants. Il n'y aurait aucun intérêt à multiplier les dispositifs de contrôle, créant des charges pour le concessionnaire, si le concédant ne les utilise pas à bon escient. Il faudra donc être attentif à ce que les moyens humains soient suffisants pour assurer un suivi efficace, mais aussi pour pouvoir mettre en œuvre les différentes sanctions à l'attention du concessionnaire en cas de non-respect de ses obligations.

Au-delà de ces dispositifs de contrôle *a posteriori*, il est aussi possible d'envisager un dispositif de contrôle *a priori*, sans que l'Etat intègre le capital de la société concessionnaire[485]. Il serait en effet envisageable de prévoir une représentation de l'Etat au sein de la société concessionnaire, sans que celui-ci en soit actionnaire. En tout cas, ce modèle de gouvernance original est déjà en place au sein de la CNR. Ainsi, deux représentants de l'Etat nommés par décret sont représentés au conseil de surveillance[486]. Deux commissaires de gouvernement sont nommés par arrêtés et participent aux séances du conseil de surveillance et de l'assemblée générale avec voix consultative[487]. Ils doivent « veiller au respect par la société de sa mission, dans le cadre de la concession générale qui lui a été accordée par l'Etat »[488]. Et, enfin, un contrôleur d'Etat assiste au conseil de surveillance[489].

Ainsi, l'Etat dispose de représentants au sein du conseil de surveillance, qui est une instance de gouvernance opérationnelle de la société contrôlant le directoire, ce dernier étant chargé de la direction de la société. Il est aussi représenté au sein de l'assemblée générale, qui assure notamment l'approbation des comptes annuels et le rapport de gestion. Enfin, le rôle de contrôle de l'Etat apparaît aussi au sein de l'instance de direction, puisque le Président du

---

[485] Ce dispositif est étudié *infra*, Titre 2, Chapitre 1.

[486] Article 9 du décret n°59-771 du 26 juin 1959 relatif à l'organisation et au fonctionnement de la Compagnie Nationale du Rhône (*JORF* du 28 juin 1959, p. 6460) modifié par les décrets n°81-115 du 5 février 1981 portant application de la loi 803 du 4 janvier 1980 relative à la CNR (*JORF* du 7 février 1981, p. 494), n°99-1214 du 30 décembre 1999 portant modification du décret n°59-771 (*JORF* n°303 du 31 décembre 1999, p. 20131), n°2003-512 du 16 juin 2003 approuvant les nouveaux statuts de la Compagnie nationale du Rhône et modifiant le décret n°59-771 du 26 juin 1959 (*JORF* n°138 du 17 juin 2003, p. 10102) et article 20 des statuts de la CNR approuvés par décret n°2003-512, préc. Le conseil de surveillance est composé en tout de quinze à dix-huit membres.

[487] Article 11 du décret n°59-771 modifié, préc.

[488] Article 11, al. 2 du décret n°59-771 modifié, préc.

[489] Article 5 du décret n°59-771 modifié, préc.

Directoire est auditionné par les Commissions des affaires économiques de l'Assemblée nationale et du Sénat et nommé par décret[490].

L'ensemble de ce dispositif, autorisant l'Etat à être représenté dans les organes de gouvernance de la CNR, permet donc d'assurer un contrôle *a priori* par le concédant sur l'exécution du contrat de concession, alors même que celui-ci n'est pas représenté au capital de la société. On pourrait donc tout à fait envisager des dispositifs semblables de gouvernance pour des sociétés qui postuleraient lors de mises en concurrence[491].

[490] Article 16 des statuts de la CNR approuvés par décret n°2003-512, préc.

[491] Un dispositif de contrôle d'une société *a priori* qui devrait être prochainement privatisée a d'ailleurs été mis en place, pour Aéroports de Paris. La loi dite PACTE prévoit ainsi la présence d'un commissaire de gouvernement représentant l'Etat au sein du conseil d'administration sans voix délibérative, ainsi que l'agrément des dirigeants « chargés des principales fonctions opérationnelles relatives à l'exploitation aéroportuaire, à la sûreté, à la sécurité et à la maîtrise d'ouvrage aéroportuaire » (article 131 de la Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, préc., ajoutant les points 7° et 8° à l'article L. 6323-4 du Code des transports pour les questions qui nous concernent).

Conclusion Chapitre 2

L'ouverture à la concurrence du secteur hydroélectrique doit permettre à l'Etat de repenser les modalités de délégation de l'exploitation de la force motrice de l'eau. En effet, déléguer ne signifie pas céder. La bonne exécution du service est donc primordiale puisque celle-ci lui incombe toujours.

Ainsi, afin de limiter la mise en concurrence « sèche » des contrats et, selon certains élus, le risque de mauvaise exécution de l'engagement contractuel, un nouvel outil a été créé au bénéfice de l'Etat, la SEMH. Cette société doit permettre d'associer un industriel avec le concédant, et potentiellement d'autres acteurs publics intéressés, afin d'exploiter une concession hydroélectrique. L'objectif de cet outil est de pouvoir assurer un contrôle plus important dans l'exécution du contrat, puisque le concédant intervient aussi dans la gouvernance de l'entreprise du fait sa présence au capital. Toutefois, il nous semble que ce dispositif ne pourra pas être mis en place pour l'ensemble des contrats de concession à renouveler.

Dans ce cadre et afin d'assurer la bonne exécution du service par de potentiels nouveaux acteurs, sans créer de SEMH, la relation entre les parties doit se transformer. L'ouverture à la concurrence va en effet permettre à de nouveaux opérateurs d'exploiter les ouvrages hydroélectriques français. Il semble donc indispensable de faire évoluer ces contrats au vu des différentes expériences de délégations qui ont pu être mises en pratique. De telles expériences ont notamment permis de mettre en exergue la nécessité d'instaurer des dispositifs de surveillance de l'activité du concessionnaire, mais aussi des instruments de sanctions permettant au concédant d'imposer à l'opérateur de se conformer à ses obligations de moyens et de résultats. Le concessionnaire ne sera plus en effet nécessairement l'opérateur historique, avec lequel une relation de confiance s'était instaurée, conduisant à limiter la mise en pratique de certains contrôles. Cette évolution doit donc conduire l'Etat à repenser les contrats de concession en créant des outils de contrôle adéquats. Le renouvellement des contrats sera ainsi l'occasion de modifier la relation contractuelle entre le concédant et le concessionnaire.

Conclusion Titre 1

Sous l'impulsion du droit de l'Union européenne notamment par la volonté de créer un marché unique de l'énergie, et à la suite des évolutions propres aux règles relatives à la commande publique, l'octroi des contrats de concessions hydroélectriques doit être réalisé après une procédure de mise en concurrence. Cette obligation suscite de nombreuses réticences du fait notamment des enjeux liés à l'exécution de ces contrats, qui sont générateurs d'inquiétudes pour la population française. Toutefois, il nous semble que cette obligation de mise en concurrence doit être perçue comme une opportunité. En effet, que cette évolution conduise ou non à l'apparition de nouveaux opérateurs, elle doit obliger l'Etat à repenser la concession hydroélectrique et la gestion de cette énergie.

Il nous semble ainsi que, au vu de l'histoire de l'exécution de ces contrats, et de la position de l'opérateur dominant EDF, le renouvellement des conventions selon des conditions qui conduiraient à permettre l'accès à de nouveaux opérateurs est une occasion à saisir. La nécessité d'assurer la bonne exécution du contrat va en effet conduire le concédant à définir un cadre plus précis des droits et obligations du concessionnaire. Pour cela, et au vu des nombreuses réticences à la mise en œuvre de l'obligation de mise en concurrence exprimées par les différents élus, l'Etat a inscrit dans la loi une solution de compromis. Cette solution est la SEMH, qui doit permettre à l'Etat de garantir un suivi plus important du concessionnaire, notamment du fait de sa participation au capital de la société titulaire du contrat de concession. Le renouvellement des contrats doit ainsi permettre de repenser les dispositifs de suivi et de contrôle du concessionnaire, que le titulaire du contrat soit une SEMH ou non, dans la mesure où une société d'économie mixte ne sera pas automatiquement créée pour l'ensemble des contrats de concession.

De plus, et au-delà de ce premier objectif, le renouvellement doit aussi être l'occasion de revoir les modalités de l'exécution du contrat, en prenant notamment en compte les attentes des différentes parties prenantes. Ainsi, en parallèle du renouveau de la relation verticale, nous pouvons ainsi observer les bases d'une évolution des relations horizontales nouées avec les différents acteurs de la concession hydroélectrique et notamment les acteurs locaux.

Titre 2 Un possible renouveau des relations partenariales avec les acteurs historiques

Le renouvellement des concessions hydroélectriques va conduire les acteurs à modifier leurs modalités d'intervention. C'est le cas, en particulier, pour le principal intéressé, l'Etat. Historiquement, l'Etat est le concédant et c'est dans ce cadre que la relation avec le concessionnaire est établie, à savoir une relation contractuelle. L'évolution du contenu de ces contrats doit conduire à la transformation de ce lien entre les parties. Au-delà de l'aspect contractuel, la loi sur la transition énergétique permet aussi à l'Etat de jouer un nouveau rôle : celui d'actionnaire des sociétés exploitantes dans le cadre du dispositif des SEMH. Ces deux axes seront l'occasion pour l'Etat de renforcer sa place dans l'exploitation des concessions hydroélectriques (Chapitre 1).

Aux côtés de l'Etat, une nouvelle catégorie d'acteur prend une place majeure : les collectivités territoriales. Celles-ci avaient un rôle à jouer, mais qui était relativement modeste à l'époque de l'octroi des premières concessions. Tout d'abord parce que les communes n'avaient pas nécessairement un poids suffisamment important. Ensuite parce que leur périmètre d'intervention est trop limité dans la mesure où un ouvrage est, la plupart du temps, situé sur plusieurs communes. Le département était donc l'échelon le plus pertinent et il a eu de fervents défenseurs lors des débats sur la loi de 1919[492], pour autant son rôle restera marginal. Toutefois, dans la pratique, les collectivités territoriales ont pu tirer profit des contrats de concession à travers les avantages en nature qui leur ont été octroyés, notamment les réserves en eau et en force[493]. Paul GARNIER considère ces réserves comme « le paiement d'une dette de reconnaissance du concessionnaire envers la collectivité pour le privilège qui lui est accordé d'exploiter la richesse naturelle de la chute »[494]. Aujourd'hui, la loi permet de donner aux

[492] Voir notamment l'intervention de Victor PEYTRAL lors des débats à la Chambre des députés du 15 avril 1919 (*JORF*, Débats parlementaires, Chambre des députés, 16 avril 1919, p. 1965s).

[493] Les réserves en eau consistent à attribuer à certaines catégories de personnes un débit d'eau (le plus souvent pour les besoins de l'agriculture) qui peut être prélevé gratuitement dans le cours d'eau exploité. Les réserves en force suivent la même logique, elles consistent à délivrer une certaine puissance d'électricité gratuitement à certaines catégories d'acteurs. Voir article 10, 6° de la loi du 16 octobre 1919, préc. V. GARNIER (P.), *Le cahier des charges des concessions de chute d'eau*, thèse, Ed. Rousseau, Paris, 1931, pp. 153-174

[494] GARNIER (P), *ibid*, p. 153.

collectivités territoriales une véritable place dans l'exécution des contrats de concessions hydroélectriques (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le concédant actionnaire, un partenaire du concessionnaire

Initialement, la relation entre le concessionnaire et le concédant avait principalement vocation à être de nature verticale. Le concédant délègue la gestion d'une activité qui est de sa compétence et en contrôle l'exécution. Il dispose, dans ce cadre, d'un certain nombre de prérogatives lui donnant un pouvoir sur le concessionnaire. Ce dernier est un « prestataire », choisi par le concédant et qui doit respecter les conditions du contrat. Cette situation correspond à celle des concessions hydroélectriques mises en place depuis la loi de 1919[495]. Le concessionnaire avait alors la charge de financer la construction des ouvrages hydroélectriques et il se rémunérait sur l'utilisation de l'énergie produite, soit en la consommant, soit en la commercialisant.

La situation a été modifiée en 1946, avec la création de l'établissement public de l'Etat, EDF[496]. Le concessionnaire n'était alors plus complétement distinct du concédant[497]. En effet, en tant qu'établissement public, Electricité de France était contrôlée par l'Etat. EDF devait ainsi continuer les travaux et exploiter les ouvrages hydroélectriques, afin de revendre l'énergie produite aux usagers. En l'absence de distinction nette entre le concédant et le concessionnaire, la relation verticale a été modifiée. L'Etat ne transférait donc pas réellement l'exploitation du service à un tiers. Il gérait le service de manière indirecte, puisque, en tant que « propriétaire », il influait sur la gestion du concessionnaire[498]. Cette situation a finalement évolué en 2004 avec la transformation d'EDF en société anonyme[499]. La forme juridique de la personne morale modifie, à partir de ce moment, la place de l'Etat, qui n'est plus le seul « propriétaire » de l'entreprise. Cependant, le concédant et le concessionnaire sont toujours liés au-delà de la relation contractuelle classique, dans la mesure où l'Etat est encore actionnaire majoritaire

---

[495] Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique (*JORF* du 18 octobre 1919, p. 11523).

[496] Loi n°46-628 du 8 avril 1946, préc. (*JORF* du 9 avril 1946, p. 2951). Concernant la nationalisation de l'électricité et du gaz, l'apparition d'EDF et son évolution, voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

[497] Une situation similaire caractérisait la SNCF. Gaston JEZE qualifia alors la SNCF de « régie réelle sous forme de concession » : JEZE (G), « La réorganisation des chemins de fer d'intérêt général », *RDP*, 1937, pp. 536-569 (p. 543).

[498] Comme l'indiquait Gaston JEZE à propos de la SNCF (*ibid.*, p. 542) : « C'est une régie, confiée à une administration, dite société nationale, investie d'une certaine indépendance vis-à-vis du Gouvernement et du Parlement ; mais le dernier mot appartient toujours, en toute matière, au Gouvernement » (*Ibid*, p. 542).

[499] Loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières (*JORF* n°185 du 11 août 2004, p. 14256).

d'EDF (à hauteur de 70,2%)[500]. La relation entre le concessionnaire et le concédant n'est donc plus uniquement de nature verticale dans l'exécution des concessions hydroélectriques, et ce, depuis 1946[501]. En tout cas, cette situation est vraie pour EDF et donc pour la plupart des aménagements, puisque l'entreprise dispose, depuis cette date, d'un quasi-monopole sur les concessions hydroélectriques. Cependant, certains opérateurs ont été maintenus malgré la nationalisation et n'ont donc pas vu leur relation avec le concédant transformée.

Malgré une forme de supériorité du concédant, matérialisée par un lien hiérarchique, en tant que client, avec des prérogatives spécifiques sur le concessionnaire, la relation issue d'un contrat de concession doit permettre de créer un rapport de confiance, d'établir un but commun. Ainsi, comme l'écrivait Maurice HAURIOU, « le concessionnaire et l'administration à laquelle appartient le service sont […] dans la situation de deux conjoints : ils sont liés l'un à l'autre pendant une longue période […] astreints à la vie commune et dominés par la préoccupation du service public à gérer ensemble, comme les deux époux sont dominés par la préoccupation d'une famille à fonder et à élever »[502]. La simple relation contractuelle ne semble toutefois plus suffisante pour tendre vers cet objectif. La présence du concédant au capital peut alors apparaître comme une modalité d'intervention allant dans ce sens. L'outil envisagé dans la loi sur la transition énergétique doit, quant à lui, permettre d'aller plus loin qu'un simple actionnariat au sein d'une société anonyme. En effet, la SEMH a vocation, si ce n'est à créer, au moins à réinventer une relation horizontale entre le concessionnaire et le concédant, une relation de confiance et d'échange. Cela passera par l'intégration de l'Etat au capital de la SEMH (Section 1). Le rôle d'actionnaire induit alors le partage des risques dans l'exécution du contrat et la possibilité d'intervenir dans les choix de l'entreprise, par la représentation de l'autorité étatique au sein des organes de direction, qui s'assimilera à un contrôle *a priori*, inexistant jusqu'alors (Section 2).

---

[500] L'Etat détenait 83,5% du capital d'EDF jusqu'au 15 janvier 2018, date à laquelle l'EPIC BPIfrance a reçu une dotation non-consomptible d'actions EDF représentant 13,30% de son capital. Ainsi, depuis cette date l'Etat ne détient plus que 70,2% du capital mais 80,1% des droits de vote. Voir Agence des participations de l'Etat, *Rapport d'activités 2017-2018. Panorama énergie*, 10 p., disponible sur le site internet de l'APE.

[501] Sur ces points, voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

[502] HAURIOU (M), note sous CE, 14 février 1902, *Blanleuil et Vernaudon*, *S*. 1904.3.81.

Section 1 : Le concédant, actionnaire de la SEMH

L'Etat est présent au capital de nombreuses sociétés de droit privé à l'heure actuelle. Son intervention a été largement critiquée au vu des carences identifiées dans l'exécution de son rôle d'actionnaire. Il est donc nécessaire de rappeler l'importance de sa représentation au sein des organes de décision, nécessitant de sa part une réelle compétence dont il n'a pas toujours fait preuve. Or, la place d'actionnaire, si elle est utilisée à bon escient, doit permettre d'octroyer à l'Etat un nouveau positionnement sur l'exécution des contrats de concession (§ 2). En amont de la réflexion sur sa représentation, il est toutefois nécessaire d'étudier l'entrée au capital de l'Etat et ses conséquences (§ 1).

§ 1 La participation au capital des sociétés d'économie mixte hydroélectriques

Dans le cadre du renouvellement des contrats de concession hydroélectrique, le concédant a dorénavant l'opportunité de pouvoir faire évoluer sa relation avec le concessionnaire en devenant actionnaire de la société attributaire, la SEMH (A). Cependant, au-delà de sa possibilité légale d'intervention, il est nécessaire de prendre en compte sa capacité financière dans le contexte actuel. Ainsi, le degré d'intervention de l'Etat sera variable en fonction des situations (B). Cette nouvelle place du concédant en qualité d'actionnaire doit être source d'un renouveau dans les modalités de gestion du contrat, notamment par la recherche d'un compromis entre les parties prenantes au sein de la SEMH (C).

A *Les modalités d'entrée et de maintien au capital*

Pour jouer au mieux son rôle dans le cadre des nouvelles sociétés à créer que sont les SEMH, l'Etat doit initier une relation pérenne avec les autres actionnaires, afin de la faire perdurer. Cette relation doit avant tout être mise en place avec l'ensemble des acteurs du pôle public, puisqu'au moins 34% du capital de la société doit appartenir à des personnes publiques tout au long de son existence[503].

[503] Article L. 521-18 du Code de l'énergie.

L'Etat doit ainsi trouver les capitaux nécessaires s'il fait le choix d'attribuer la concession hydroélectrique à une société spécifique, dont l'objet unique est d'exécuter le contrat. En théorie, il doit donc être à l'initiative de la sollicitation des personnes morales de droit public et des entreprises ou des organismes dont le capital est entièrement détenu par des personnes morales de droit public[504]. Ces acteurs seront, très probablement, les plus à même d'apporter des capitaux aux futures SEMH et l'on pense notamment à la Caisse des dépôts et consignations. En revanche, les collectivités territoriales ou leurs groupements, en tant que futurs actionnaires, doivent être à l'initiative de la demande d'acquisition de parts. L'Etat aura le choix d'accepter ou non leur prise de participation.

Lorsque l'Etat aura rassemblé le volume nécessaire de capitaux publics, il devra ensuite coordonner les engagements de ces différents acteurs. Ils vont résulter, dans un premier temps, de l'accord préalable relatif, notamment, à la répartition des parts entre chaque actionnaire, ainsi qu'aux règles de gouvernance et de contrôle que les différents acteurs souhaitent mettre en place[505]. Ces engagements pourront aussi être indiqués dans le cadre des statuts de la société ou d'un pacte d'actionnaire, si les parties le souhaitent[506]. Il sera nécessaire d'anticiper les possibilités de modification du capital de la société, et notamment celles relatives à la part globale détenue par les actionnaires publics. En effet, légalement, l'Etat doit rester actionnaire de la société pendant toute la durée de la concession[507]. En revanche, il n'existe aucune indication concernant les autres actionnaires publics. Il sera donc nécessaire d'organiser, dans

---

[504] Formulation utilisée à l'article L. 521-18 du Code de l'énergie.

[505] Voir *infra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, concernant l'accord préalable entre les futurs actionnaires du pôle public.

[506] Le pacte d'actionnaire est un contrat conclu entre au moins deux actionnaires dont l'objet est de préciser les motivations qui ont conduit à la création de la société (préambule) et d'organiser la gestion de la société, notamment en termes de gouvernance et de sortie des différents actionnaires. Voir CHARVERIAT (A) et al., *Sociétés commerciales 2015,* Mémento pratique, Francis Lefebvre, 46ème édition, 1er septembre 2014, titre IV, § 37000 s.

[507] Pénultième alinéa, article L. 521-18 du Code de l'énergie : « Les règles régissant l'évolution du capital de la société d'économie mixte hydroélectrique sont déterminées par les statuts de la société ou par le pacte d'actionnaires. Ces règles ne peuvent faire obstacle à ce que l'Etat reste actionnaire de la société pendant toute la durée de la concession ».

La rédaction de cet alinéa est surprenante puisqu'il y est prévu que l'Etat reste actionnaire pendant la durée de la concession et non pas pendant la durée de la société. Cela est surprenant dans la mesure où le rôle d'actionnaire de l'Etat est lié à la durée de la société. C'est son rôle de concédant qui est lié à la durée du contrat de concession. En théorie, il est vrai que cela ne devrait rien changer puisque la durée de la société doit être la même que la durée du contrat de concession. Cependant, dans la pratique, ce ne sera pas vrai. En effet, il sera nécessaire de prévoir une durée de société légèrement supérieure, notamment afin d'organiser sa liquidation. Or, celle-ci ne sera pas forcément simultanée à la fin du contrat de concession, dans la mesure où il y aura des formalités administratives à effectuer (la dissolution peut être préalable à la radiation au Registre du commerce et des sociétés). De toute manière, il est très peu probable que l'Etat cède ses parts entre ces deux évènements. Car, si cela semble possible en théorie, personne ne serait intéressé pour le rachat des parts au moment de la liquidation d'une société.

le cadre de ces différents documents, le maintien du volume de capital public au sein de la société.

L'Etat entrera probablement au capital dans une proportion très minime, voire marginale. Lors des échanges que nous avons pu avoir avec la Direction Générale à l'Energie et au Climat (DGEC), il a même été évoqué la possibilité pour l'Etat de n'acquérir qu'une seule part, afin de respecter son obligation légale.

Dans un second temps, c'est-à-dire une fois que la répartition du capital entre les actionnaires du pôle public sera organisée, l'Etat devra trouver les capitaux nécessaires à sa participation. L'intervention de l'Etat peut alors s'opérer de plusieurs manières. C'est principalement par l'Agence des participations de l'Etat que l'entrée au capital se fera. Cependant, il existe d'autres dispositifs de financement, mais qui ne correspondront pas à un actionnariat direct de l'Etat[508].

Dans tous les cas, probablement avant même l'organisation de la mise en concurrence, un accord matérialisé par un pacte d'actionnaire pourra être conclu entre les différents acteurs publics. Au titre des dispositions légales, ce pacte n'est qu'une possibilité. Il semble cependant primordial de conclure ces accords afin d'assurer la pérennité des relations au sein de la société. En effet, le pacte d'actionnaire est un élément essentiel pour organiser les règles de gouvernance, mais aussi les règles de cession d'actions, et donc de sortie des actionnaires. L'organisation de ces phases est importante dans toute société, mais elle l'est d'autant plus dans le cadre des SEMH. Comme nous l'avons vu, il est obligatoire que, durant toute la vie de la société, 34% du capital appartienne au pôle public et autant aux acteurs industriels. Il sera donc nécessaire d'organiser le maintien du capital au sein de la société, qui doit répondre à une certaine stabilité, par un encadrement dans les statuts et, le cas échéant, dans le(s) pacte(s) d'actionnaires[509]. Il faudra notamment encadrer la sortie d'un actionnaire public. Ainsi, les mouvements de capitaux pourront être permis, dans la mesure où la limite basse des 34% n'est

---

[508] C'est notamment le cas de la Banque Publique d'Investissement (BPI), qui a vocation à participer au capital de différentes sociétés ; mais elle n'est pas une structure détenue à 100% par l'Etat et ne peut donc pas satisfaire à l'obligation de présence de l'Etat au capital des SEMH (voir § 2, B de la présente section).

[509] On pourrait envisager la conclusion de plusieurs pactes, dans la mesure où il y aura de multiples actionnaires. Il serait tout à fait possible pour l'Etat actionnaire de conclure un pacte avec chaque type d'actionnaire, par exemple avec les collectivités territoriales ou les personnes morales de droit public.

pas atteinte. Autrement, la société ne serait plus une SEMH au vu de la composition du capital. Deux issues seraient alors envisageables : la dissolution de la société ou sa transformation en une autre forme de société.

La transformation de la SEMH pourrait conduire au maintien du contrat, au vu de la clause type du cahier des charges des concessions hydroélectriques permettant au concessionnaire de céder le contrat après un accord de l'Etat concédant[510]. Cette clause est conforme à la directive 2014/23/UE, qui prévoit la possibilité de modifier le contrat de concession sans nouvelle procédure si le nouveau concessionnaire est remplacé en application d'une clause de réexamen inscrite dans le contrat[511]. Ces clauses sont admises si elles ne modifient pas la nature globale de la concession[512]. Au vu des dispositions de la nouvelle

---

[510] Décret n°2016-530 du 27 avril 2016 relatif aux concessions d'énergie hydraulique et approuvant le modèle de cahier des charges applicable à ces concessions (*JORF* n°0102 du 30 avril 2016, texte n°7).

Article 52 du cahier des charges : « Sous réserve de l'autorisation préalable et écrite de l'Etat, et dans le respect des règles générales en vigueur ainsi que des dispositions du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, le concessionnaire peut céder les droits et obligations qu'il tient du contrat de concession. La délivrance de l'autorisation est matérialisée, selon la nature et l'objet de la cession de droits et obligations, par la conclusion d'un avenant au contrat de concession, dès lors qu'elle a une incidence sur son exécution. La cession du contrat de concession entraîne la cession de tous les droits et obligations liés au contrat. Le cessionnaire est entièrement subrogé au concessionnaire cédant dans les droits et obligations résultant du contrat de concession.

Sous réserve de l'autorisation préalable et écrite de l'Etat, et dans le respect des règles générales en vigueur ainsi que des dispositions du décret n°2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, le concessionnaire peut céder une partie des droits qu'il détient du contrat de concession. La délivrance de l'autorisation est matérialisée, selon la nature et l'objet de la cession de droits et obligations, par la conclusion d'un avenant au contrat de concession, dès lors qu'elle a une incidence sur son exécution, ainsi qu'à la constitution d'une garantie par le concessionnaire, garant et caution solidaire de son cessionnaire, le cas échéant.

En cas de cession par le concessionnaire des droits ou d'une partie des droits qu'il détient au titre du contrat de concession en méconnaissance des stipulations du présent article, l'Etat peut prononcer la déchéance du contrat dans les conditions prévues à l'article 75 ».

Note associée n°20 : « Le cahier des charges pourra aussi prévoir des modalités de recours à la sous-concession, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur ».

[511] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession (*JOUE* du 28 mars 2014, L 94/1) :

« Article 43 - Modification de contrats en cours :

1. Les concessions peuvent être modifiées sans nouvelle procédure d'attribution de concession conformément à la présente directive dans l'un des cas suivants :

a) lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents de concession initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de révision du montant, ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Elles ne permettent pas de modifications ou d'options qui changeraient la nature globale de la concession ; […]

d) lorsqu'un nouveau concessionnaire remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a initialement attribué la concession ;

i) en application d'une clause de réexamen ou d'une option sans équivoque conformément au point a); […] ».

[512] Art 43, 1, a de la directive 2014/23/UE, préc.

directive, l'article 52 du cahier des charges type de 2016[513], relatif à la cession du contrat, doit être envisagé comme une clause de réexamen conforme au droit de l'Union européenne[514]. Il est donc possible d'envisager la cession d'un contrat de concession à un nouvel opérateur sans procédure de publicité et de mise en concurrence. En revanche, si la société est dissoute ou que le transfert du contrat de concession n'est pas effectué, il sera alors nécessaire d'organiser une nouvelle mise en concurrence, afin de le réattribuer.

L'Etat joue donc le rôle majeur de coordonnateur dans le cadre de la SEMH, au moment de sa création, avec le rassemblement des capitaux nécessaires, et pour son avenir, avec l'encadrement des engagements des actionnaires publics. Ce rôle est la conséquence de sa qualité de concédant, l'Etat étant le seul acteur public ayant l'obligation d'être représenté au capital. Cependant, il ne dispose pas forcément des fonds nécessaires pour intégrer seul, ou en proportion importante, le capital de cette société.

B *Les difficultés d'entrée au capital*

La création de SEMH constitue-t-elle une hypothèse réaliste ? La conjoncture économique française et la situation des comptes de l'Etat conduisent à une politique de baisse des dépenses. Cette politique a été affirmée dans plusieurs domaines lors du débat sur le projet de loi de finances (PLF) pour 2019, et notamment concernant l'intervention économique de l'Etat dans différentes sociétés. Ainsi, l'annexe au PLF 2019 sur les participations de l'Etat précise la doctrine d'investissement de l'autorité étatique : « Le gouvernement a souhaité recentrer le portefeuille de l'État actionnaire géré par l'Agence des Participations de l'État (APE) autour de trois axes prioritaires – les entreprises stratégiques qui contribuent à la souveraineté de notre pays (défense et nucléaire), les entreprises participant à des missions de service public ou d'intérêt général national ou local pour lesquelles l'État ne détient pas de leviers non actionnariaux suffisants pour préserver les intérêts publics ainsi que les

[513] Décret n°2016-530 du 27 avril 2016, préc.

[514] L'article 43 de la directive 2014/23/UE, préc., prévoit la possibilité de modifier le contrat sans que cela nécessite l'organisation d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence, si la modification est envisagée dans le contrat initial. Il faut toutefois que ces clauses indiquent « le champ d'application et la nature des modifications ou option envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ». Le contenu d'une clause de réexamen doit donc être suffisamment précis pour ne pas permettre une interprétation trop large de son contenu.

interventions dans les entreprises lorsqu'il y a un risque systémique »[515]. Cette restriction est justifiée par « une période où la gestion des finances publiques doit être encore plus rigoureuse et où il convient de faire face aux défis des transitions économiques, industrielles, technologiques et écologiques », l'objectif majeur poursuivi par l'État consistant désormais « en la mise en œuvre d'une politique plus sélective de l'actionnariat public »[516].

Par conséquent, il ne nous semble pas que cette doctrine conduise à impulser la création des SEMH. En effet, comme cela est indiqué, la prise de participation doit avoir lieu, si l'Etat ne dispose pas de « leviers non-actionnariaux suffisants ». Or, dans l'hypothèse des ouvrages hydroélectriques, le contrôle est assuré par le contrat de concession. La participation au capital de la société n'est donc pas forcément nécessaire. Par conséquent, on peut s'interroger sur la compatibilité du projet de loi de finances pour 2019 avec la création des SEMH, celui-ci prévoyant strictement les possibilités de prise de participation de l'Etat.

Le contexte conduit donc à penser que, malgré les avantages des SEMH, il y aura probablement peu de création de ces sociétés, ou que celles-ci seront constituées avec une présence très faible de l'Etat au sein de l'actionnariat[517]. En effet, celui-ci ne dispose pas de fonds suffisants pour entrer au capital des SEMH et être actionnaire à hauteur de 34% de l'ensemble de ces sociétés[518]. C'est l'une des raisons qui explique la possibilité d'intervention d'une multiplicité d'actionnaires dans le pôle public[519]. Il sera ainsi possible de faire appel à des collectivités territoriales ou à leurs groupements, mais ceux-ci sont confrontés à la même difficulté que l'Etat. En effet, ils doivent exercer de plus en plus de compétences en percevant de moins en moins de ressources, notamment au regard de la baisse des dotations qui leurs sont attribuées. Ce pourrait aussi être des « partenaires publics »[520], c'est-à-dire soit des personnes morales de droit public, soit des entreprises ou organismes dont le capital est exclusivement détenu par des personnes morales de droit public. C'est cette catégorie d'actionnaires qui sera

---

[515] Annexe du Projet de loi de finance pour 2019 sur les participations de l'Etat, concernant le programme n°731 « Opérations en capital intéressant les participations financières de l'Etat », 42 p. (p. 14).

[516] *Eod. Loc.*

[517] L'actionnariat étatique au sein de la SEMH sera très probablement organisé par l'Agence des Participations de l'Etat, qui sera titulaire des actions et qui représentera l'Etat actionnaire au sein des organes délibérants.

[518] Cette affirmation dépendra aussi du nombre de SEMH qui seront finalement créées. Plus il existera de SEMH, moins l'Etat pourra être présent au capital.

[519] Voir *supra,* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 2, B.

[520] Selon le terme retenu dans la loi sur la transition énergétique et pour la croissance verte et codifié à l'article L. 521-18, IV du Code de l'énergie.

très probablement la plus à même d'apporter les fonds nécessaires à l'atteinte du seuil de 34% d'actionnariat public.

Le partenaire public principal des SEMH sera très probablement la Caisse des Dépôts et Consignations (CDC)[521]. Celle-ci a vocation à réaliser des investissements à long terme lui permettant de financer des projets d'intérêt général, ce qui semble pouvoir correspondre au cas des SEMH. D'autres partenaires potentiels pourront toutefois être sollicités. On pourrait ainsi tout à fait envisager l'intervention de l'établissement public administratif *Voies navigables de France* (VNF) dans certaines concessions, dans la mesure où elles sont situées sur un cours d'eau domanial. VNF détient en effet la compétence qui lui permettrait d'être actionnaire de la SEMH[522]. En revanche, on peut s'interroger sur ses possibilités financières. Un autre acteur nouvellement apparu, à la structure relativement complexe, pourrait aussi être sollicité : il s'agit de la Banque publique d'investissement[523].

Finalement, la principale difficulté à laquelle est confronté le modèle de la SEMH tient à la possibilité de rassembler les capitaux nécessaires au sein du pôle public[524]. Cet obstacle est

---

[521] La CDC a été créé en 1816 afin de résoudre le problème de défiance des épargnants. Elle est donc le dépositaire de fonds privés. Elle est contrôlée par le Parlement. Aujourd'hui, l'activité de la CDC s'est largement diversifiée. Elle contribue notamment à l'investissement dans les projets des collectivités territoriales.

Son objet est défini à l'article L. 518-2 du Code monétaire et financier :

« La Caisse des dépôts et consignations et ses filiales constituent un groupe public au service de l'intérêt général et du développement économique du pays. Ce groupe remplit des missions d'intérêt général en appui des politiques publiques conduites par l'Etat et les collectivités territoriales et peut exercer des activités concurrentielles.

La Caisse des dépôts et consignations est un établissement spécial chargé d'administrer les dépôts et les consignations, d'assurer les services relatifs aux caisses ou aux fonds dont la gestion lui a été confiée et d'exercer les autres attributions de même nature qui lui sont légalement déléguées. Elle est chargée de la protection de l'épargne populaire, du financement du logement social et de la gestion d'organismes de retraite. Elle contribue également au développement économique local et national, particulièrement dans les domaines de l'emploi, de la politique de la ville, de la lutte contre l'exclusion bancaire et financière, de la création d'entreprise et du développement durable.

La Caisse des dépôts et consignations est un investisseur de long terme et contribue, dans le respect de ses intérêts patrimoniaux, au développement des entreprises.

La Caisse des dépôts et consignations est placée, de la manière la plus spéciale, sous la surveillance et la garantie de l'autorité législative.

Elle est organisée par décret en Conseil d'Etat, pris sur la proposition de la commission de surveillance ».

[522] L'article L. 4311-1-1 du Codes des transports prévoit en effet que « Voies navigables de France est chargé de l'étude de toute question relative à la navigation intérieure et à l'utilisation des cours et plans d'eau ».

[523] Voir annexe 8 : Constitution du groupe BPI. BPI France Investissements pourrait intervenir en tant qu'investisseur dans le pôle public, autant qu'auprès de l'actionnaire opérateur, dans la mesure où son activité est aussi de financer des sociétés de droit privé.

[524] Il n'existe aucune obligation légale de capitaux minimum. Cependant, une société doit être créée avec les capitaux nécessaires à l'exercice de son objet social. Ainsi, il sera possible de mettre en cause la responsabilité civile délictuelle des fondateurs sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil ou pour faute de gestion si le fondateur est aussi dirigeant social.

accentué par des divergences d'intérêt entre différents ministères sous le mandat de François HOLLANDE quant à l'opportunité de créer ce type de sociétés. Le ministère de l'environnement souhaitait pouvoir contrôler une partie des futurs concessionnaires via le recours à la SEMH, alors que le Ministère des finances ne semblait pas favorable à une participation financière au capital de ces sociétés, dans le contexte actuel de contrainte budgétaire[525]. Cette divergence pourrait donc être à l'origine d'un réel obstacle à la création de SEMH en l'absence de possibilités de prise de participation par l'Etat, sauf à envisager, une participation symbolique, qui permettrait de satisfaire les deux Ministères. Il suffirait alors que l'Etat détienne directement une part dans chaque SEMH créée afin de répondre à l'obligation légale. Cependant, cela laisse entière la question de l'identité des autres financeurs publics.

Cet obstacle à la création des SEMH est aussi renforcé par la position de la Commission européenne, qui n'est pas forcément favorable à cet outil, dans la mesure où il conduit l'Etat à s'immiscer dans le domaine concurrentiel de la production d'énergie.

Au vu des difficultés qui semblent s'opposer à l'utilisation de cet outil, quelle est la pertinence du recours à la SEMH lors du renouvellement des concessions hydroélectriques ? Est-ce que les effets de la SEMH seront suffisamment intéressants pour justifier de surmonter les difficultés de création de ces sociétés ? Finalement, la question que nous devons nous poser est celle de l'intérêt de la présence de l'Etat au capital des futures sociétés concessionnaires hydroélectriques, et donc des moyens de contrôle dont il pourra disposer. C'est en effet le premier avantage qui avait été mis en avant par le gouvernement lors des débats à l'Assemblée nationale[526]. On pourrait également s'interroger sur les intérêts d'un tel outil, au regard des difficultés d'intégration dans la société, ainsi qu'aux contraintes propres au rassemblement des capitaux nécessaires. Le recours au procédé de la SEMH semble toutefois se justifier par la possibilité pour l'Etat d'effectuer un contrôle plus important, même si celui-ci comportera ses limites.

---

[525] Cette information est tirée d'un entretien. Notre interlocuteur nous a informée que lors des échanges qu'il avait pu avoir avec le Ministère des finances, ce dernier n'était pas forcément favorable à la création de ces outils avec des capitaux appartenant à l'Etat.

[526] BAZY-MALAURIE (C), « Le contrôle a posteriori est-il adapté aux ambitions de la rénovation institutionnelle ? », *RFAP*, n°124, 2007, pp. 633-638. L'intérêt du « contrôle a posteriori exercé du point de vue de l'intérêt collectif est une assurance démocratique indispensable », selon l'auteur (p. 638).

C *L'entrée au capital : la nécessaire recherche d'une synergie des intérêts*

La multiplicité des acteurs doit permettre de créer une synergie entre les différents actionnaires. C'est en tout cas comme cela que l'outil a été pensé pour la création de la SEMOp[527]. M. Jacques MEZARD a présenté la société d'économie mixte à opération unique, lors des débats sur la proposition de loi, « […] non-pas [comme] un outil qui permettrait simplement au secteur privé d'investir la sphère publique, mais [comme] un instrument de partenariat grâce auquel, bien au contraire, un certain nombre de collectivités pourront se réapproprier la gouvernance, ce qui n'est pas neutre »[528]. En effet, comme toutes les sociétés, leur création doit résulter d'un *affectio societatis* partagé par l'ensemble des actionnaires. Comme cela a pu être souligné, « le rôle de l'affectio societatis […] est de traduire la motivation psychologique qui va permettre à des personnes parfaitement étrangères les unes aux autres de nouer des liens analogues à ceux qui existent dans l'association naturelle entre frères […] »[529]. Le fait de créer une société avec, au capital, la personne publique compétente et un opérateur industriel doit favoriser la réalisation d'un travail commun, le développement d'une synergie, qui permettront de poursuivre un objectif partagé par les deux opérateurs. C'est une nouvelle manière de penser l'exécution des missions de service public des collectivités[530]. Les personnes publiques tirent profit des compétences d'un opérateur industriel et elles restent actives dans l'exécution de leur mission en faisant partie intégrante de la société exploitante. C'est la définition d'un projet commun entre deux personnes ayant à la base des objectifs qui peuvent être divergents.

Pour la SEMH, le même résultat doit être recherché. L'Etat concédant, en entrant au capital de la société concessionnaire avec un opérateur industriel à ses côtés, doit permettre de mettre en balance les intérêts économiques, plutôt recherchés par l'opérateur industriel, conduisant à une performance industrielle et financière, et les intérêts portés par le concédant. Cependant, à la différence de la SEMOp, la synergie doit aller au-delà de ces deux opérateurs.

---

[527] Les références utilisées ont été reprises dans le cadre des débats concernant la proposition de loi relative à la SEMOp. Cependant, ceux-ci sont transposables à la SEMH, dans la mesure où l'outil en est largement inspiré. Voir *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 2.

[528] Intervention de Jacques MEZARD lors des débats en première lecture au Sénat durant la séance de discussion générale du 11 décembre 2013 (*JORF Sénat*, 12 décembre 2013, p. 12634).

[529] BERMOND DE VAULX (J-M), « Le spectre de l'affectio societatis », *JCP E*, 1994, I-346, pp. 183-187.

[530] Certes la SEM a les mêmes objectifs, avec toutefois des limites constituées notamment par l'absence d'actionnaire industriel et une obligation de répartition du capital différente. V. *infra*, Chapitre 2.

En effet, il faut aussi prendre en compte la présence au capital de collectivités territoriales et d'autres personnes morales de droit public.

Cette multiplicité d'actionnaires sera très probablement source de difficultés dans la création de la société et dans son fonctionnement. Toutefois, la diversité peut aussi être bénéfique. En effet, si la synergie fonctionne, cette société concessionnaire exécutera sa mission avec la nécessité de prendre en compte tout à la fois les intérêts économiques et les contraintes techniques portés par l'opérateur industriel. Il sera nécessaire de concilier ces attentes avec la maximisation de la production voulue par l'Etat concédant, dans son objectif d'augmentation de la production d'énergie renouvelable, et les attentes relatives aux différents usages de l'eau de chaque collectivité territoriale[531]. La réunion d'intérêts divergents doit être l'occasion de prendre les décisions stratégiques de l'entreprise en recherchant un compromis entre les différentes attentes en présence. La gestion pourrait ainsi être optimale, puisqu'elle conduirait à trouver l'équilibre entre les différents intérêts, c'est-à-dire à mettre en balance les avantages et inconvénients pour chacun des actionnaires.

La gestion du contrat de concession avec un actionnariat multiple, tel que prévu dans la société d'économie mixte hydroélectrique, peut donc être l'occasion d'un renouveau des concessions hydroélectriques. Elle permettra d'envisager l'exploitation des outils de production sous un nouvel angle, en ayant à l'esprit les intérêts des différents acteurs compétents dans les domaines de l'eau ou de l'énergie.

Cependant, identifier l'objectif commun et le faire accepter par l'ensemble des actionnaires n'est pas une chose aisée. Si l'objectif n'est pas suffisamment défini en amont ou n'est pas partagé, l'intérêt de la création d'une SEMH est inexistant, voire néfaste. En effet, si les attentes des différents actionnaires sont divergentes et qu'ils ne trouvent pas de solution de compromis, la gestion de la société sera complexe. La situation risquerait de neutraliser, ou au moins de limiter, l'efficacité de fonctionnement, les décisions stratégiques ne pouvant être prises qu'à la majorité au sein de l'assemblée générale. Par conséquent, il est nécessaire que les actionnaires soient conscients de leurs engagements respectifs et soient en capacité de répondre aux besoins de la société.

---

[531] Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

La SEMH est donc un outil dont la mise en place présente un certain nombre de difficultés. Mais celles-ci méritent, en fonction des cas, d'être surmontées afin de bénéficier des avantages que cette société peut générer. D'autant plus que la SEMH permet à l'Etat de contrôler les modalités de gestion du contrat de concession, par la société concessionnaire, en sa qualité d'actionnaire de cette dernière.

§ 2 Une intervention du concédant dans les décisions de l'entreprise

La place d'actionnaire dans une société permet d'avoir un pouvoir de décision et donc de contrôle au sein de l'entité, ou *a minima* d'un pouvoir d'influence en fonction de sa représentation. Dans le cadre de la SEMH, la même logique prévaut. Les actionnaires vont donc disposer de prérogatives semblables dans l'exécution du contrat de concession. Il existe cependant une spécificité, dans la mesure où l'on retrouve l'Etat sous deux visages. Tout d'abord, en tant que concédant, qualité en vertu de laquelle il dispose de pouvoirs de contrôle dans l'exécution de sa relation contractuelle avec le concessionnaire[532]. Ensuite, en tant qu'actionnaire, ce qui implique un contrôle de nature différente, l'objectif principal à poursuivre devant être l'intérêt de l'entreprise (la prise en compte de l'avis de l'actionnaire étant proportionnelle à sa présence au capital) (B). Ce contrôle ne s'effectue pas au même moment, puisque les actionnaires interviennent dans le cadre des organes de décision qui sont sollicités en amont de la prise de décision. L'Etat, en tant qu'actionnaire, agit donc en amont et peut, à ce titre, peser dans la prise de décisions (A).

A *L'émergence d'un nouveau contrôle a priori*

L'entrée au capital de l'Etat doit lui permettre d'assurer des contrôles supplémentaires sur l'exécution du contrat de concession[533]. En effet, en tant qu'actionnaire de la société concessionnaire, l'Etat va avoir un rôle à jouer lors des prises de décisions. Son rôle sera variable en fonction de sa part au capital et des règles de gouvernance instaurées (le nombre de sièges en conseil d'administration ou la désignation du président par exemple). Le pouvoir de contrôle était d'ailleurs l'un des objectifs recherchés lors de la création des SEMOp, comme le

[532] Voir *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

[533] La stratégie d'intervention de l'Etat, comme celle des collectivités territoriales d'ailleurs, semble aller de plus en plus vers une participation minoritaire au sein des entreprises. Cette participation lui permet alors d'assurer une influence dans la gestion de l'entreprise sans forcément être un actionnaire majoritaire, cette position nécessitant des capitaux importants. V., sur cette question, BOITEAU (C), « Les entreprises liées aux personnes publiques », *RFDA*, 2017, pp. 57-67.

souligne l'auteur de la proposition de loi, M. Jean-Léonce DUPONT, lors des débats en première lecture au Sénat qui se sont déroulés le 11 décembre 2013[534].

A la différence de l'octroi du contrat de concession directement à un opérateur économique, la présence au capital de la société permet notamment au concédant de pouvoir opérer une forme de contrôle *a priori* en intervenant dans la prise de décision stratégique. Dans le cas des concessions, le contrôle se fait en effet classiquement *a posteriori,* notamment par la transmission du rapport d'activité annuel[535]. Dans le cas de la SEMH, l'Etat sera en revanche présent lors des discussions en amont relatives aux choix à effectuer en termes d'investissements ou de règles d'exploitation.

L'apparition de ce nouveau contrôle *a priori* résulte ainsi de la création de la SEMH. Le concédant souhaitait disposer d'outils lui permettant d'opérer un contrôle plus restreint sur l'exécution des contrats de concession hydroélectrique. Ce souhait a été en particulier affirmé depuis le changement de majorité en 2012, conduisant à un refus de toute « mise en concurrence sèche ». La procédure alors en vigueur visait à attribuer à un opérateur industriel, qui pourrait être un nouvel opérateur sur ce marché, un contrat de concession classique. La majorité socialiste au pouvoir entre 2012 et 2017 a insisté sur l'existence d'un danger dans l'exécution de cette procédure. Selon elle, les moyens de surveillance à la disposition du concédant étaient limités, ce qui pouvait conduire à une perte de contrôle sur les ouvrages. En réalité, cette position nous semble critiquable, dans la mesure où le concédant peut instaurer des contrôles supplémentaires au rapport annuel. La difficulté réside plus dans la mise en pratique des contrôles, qui n'est malheureusement pas optimisée par l'Etat concédant.

---

[534] Sénat, Compte-rendu intégral des débats, séance du 11 décembre 2013 (*JORF Sénat* du 12 décembre 2013, p. 12632).

[535] Pourtant, dès la loi de 1919, il était prévu que l'Etat participe au Conseil d'administration des sociétés concessionnaires hydroélectriques s'il participait financièrement. Ainsi, l'article 10, 8°, g) prévoit que : « Le cahier des charges détermine notamment : […]

Dans tous les cas où l'Etat contribuera financièrement à l'entreprise, le nombre de représentants au conseil d'administration qu'il pourra exiger […] ».

Ainsi, un contrôle *a priori* était déjà envisagé dès 1919, dès lors que l'Etat participait financièrement à l'entreprise. Aujourd'hui, c'est à peu près le même modèle que l'on retrouve, à une différence près : l'importance de l'intervention économique de l'Etat. En effet, l'intervention de l'Etat avait alors vocation à accompagner le concessionnaire dans le financement d'aménagements très onéreux. Dorénavant, les capitaux nécessaires sont moindres, dans la mesure où les aménagements sont déjà construits et amortis pour la plupart. Dans le contexte de 1919, cette participation était justifiée par l'apport financier de l'Etat pour effectuer les travaux d'aménagement. Cette analyse s'appuie sur les débats du 3 juillet 1919 (*JORF de la Chambre des députés* du 4 juillet 1919, p. 3183 s.). Le législateur a estimé que la contrepartie de cette intervention devait être le contrôle *a priori* des investissements effectués. C'est en tout cas ce qui ressort des débats sur la loi de 1919, au cours desquels le Rapporteur avait indiqué que « lorsque l'Etat intervient avec ses capitaux dans une affaire, il a le droit de surveiller l'emploi et la gestion de ses fonds » (p. 1384). Cette position n'était pas partagée par l'ensemble des Députés qui craignaient un encadrement trop souple de cette intervention de l'Etat.

En comparaison, si l'on prend le cas des concessions autoroutières, on peut observer que l'Etat a mis en place de nouveaux dispositifs de contrôle depuis le renouvellement des contrats[536]. Cependant, il semblerait qu'il ne les utilise pas tous, et surtout pas à bon escient, selon le rapport de la Cour des Comptes[537].

Il nous semble que l'on pourrait donc tout à fait envisager des contrats de concession hydroélectriques avec des contrôles plus fréquents et plus poussés, que l'Etat pourrait mettre en œuvre afin de s'assurer de la bonne exécution de l'engagement contractuel. Ces dispositifs devront d'ailleurs être prévus, dans le cadre du renouvellement des contrats, notamment pour ceux qui seraient octroyés à un opérateur industriel « classique ». Il est ainsi indispensable que l'Etat crée les outils adaptés, mais aussi, et surtout qu'il les mette en œuvre[538].

La volonté de la nouvelle majorité d'assurer un meilleur contrôle de l'exécution des contrats de concession hydroélectriques était fondée sur des enjeux de sûreté et de sécurité qui justifiaient, selon elle, que l'Etat puisse intervenir dans certaines sociétés concessionnaires. Le gouvernement a certes obtenu la possibilité de recourir à des SEMH, sous réserve des interprétations à venir de la Commission européenne, et donc de pouvoir « contrôler » les nouveaux entrants via la participation commune au capital de la société[539]. Cependant, l'outil de la SEMH a été légèrement détourné, dans la mesure où il était prévu d'y recourir de manière dérogatoire, probablement pour les plus grosses concessions (pour lesquels les enjeux sont les plus importants, et les nouveaux opérateurs plus intéressés). Finalement, dans la mesure où les

---

[536] L'Etat a ainsi instauré des indicateurs de suivi de performance et a complété le contenu du rapport annuel transmis par le concessionnaire afin de pouvoir suivre, par exemple, les actions en faveur du développement durable ou la réalisation des investissements.

[537] Cour des Comptes, « Les relations entre l'Etat et les sociétés concessionnaires d'autoroutes », Rapport de juillet 2013 (voir notamment Chapitre I, « Le suivi des obligations des concessionnaires » (p. 19 s.)).

[538] On peut ainsi citer un extrait de la conclusion du rapport de la Cour des comptes (précité) qui va dans ce sens : « En ce qui concerne le contrôle des obligations des concessionnaires en matière de préservation du patrimoine en service et de qualité du service rendu aux usagers, la DIT [Direction des Infrastructures de transport] a engagé des chantiers importants, notamment l'insertion d'indicateurs de performance assortis de pénalités dans les contrats de plan, le renforcement de ses équipes pour commencer à prendre en compte la dimension patrimoniale des bâtiments. Elle bénéficie d'une expertise reconnue, renforcée par le réseau scientifique et technique du ministère. Pour autant, les contrôles relatifs à la préservation du patrimoine sont trop peu fréquents, notamment en ce qui concerne les chaussées, les ouvrages en terre et les aménagements « environnementaux » et leur méthodologie insuffisamment formalisée. L'État se montre insuffisamment exigeant en cas de non-respect des obligations par les concessionnaires, qu'il s'agisse de préserver le patrimoine, de respecter tous les engagements pris dans les contrats de plan ou de transmettre les données physico-financières demandées par le concédant : outre les instruments contractuels dont dispose l'État et qui ne sont pratiquement jamais mis en œuvre (possibilité de mise en demeure et de pénalités), la négociation des contrats de plan n'a pas été subordonnée au respect par les concessionnaires de leurs obligations contractuelles de « base » ».

[539] Sénat, Compte-rendu intégral des débats, séance du 17 février 2015 (*JORF Sénat* du 18 février 2015, p. 1896), extrait de l'intervention de Ségolène ROYAL, Ministre de l'environnement, de l'énergie et la mer, concernant l'article 29 : « Le présent article crée une nouvelle catégorie de société d'économie mixte, laquelle permet d'associer les collectivités territoriales à la gestion de l'usage de l'eau, ce qui n'est pas le cas à ce jour. Par ce biais, il permet de renforcer l'efficacité du contrôle public sur ce patrimoine commun que constitue le parc hydroélectrique français ».

apports en capitaux de l'Etat risquent d'être limités, la mise en place des SEMH ne se fera pas nécessairement à l'initiative du concédant, comme cela est indiqué dans la loi. En effet, il est envisagé en pratique de recourir à ces outils plutôt lorsque les collectivités en seront à l'initiative, ce qui permettra de bénéficier d'un apport en capital d'origine publique. Cependant, on peut s'interroger sur la volonté des collectivités d'entrer au capital des SEMH, au vu notamment des risques financiers que cela peut impliquer. Dans tous les cas, l'Etat doit être en mesure de s'approprier le nouveau contrôle *a priori* dont il pourra disposer dans ces sociétés. En effet, la présence, par le passé, de l'Etat comme actionnaire dans de nombreuses entreprises n'a pas permis d'établir sa capacité à assurer réellement ses fonctions de contrôle, en favorisant la prise de décisions pertinentes[540].

B *Le contrôle aléatoire à la disposition de l'Etat actionnaire*

Le rôle de l'Etat actionnaire et de l'Etat concédant doit être différencié, l'autorité étatique étant susceptible, dans ces deux hypothèses, de défendre des intérêts divergents. Le concédant doit s'assurer de la bonne exécution du contrat et du respect des différentes obligations du concessionnaire. En revanche, l'actionnaire doit défendre les intérêts de la société, qui pourront différer de ceux du concédant. Cette distinction, qui traduit une forme de schizophrénie, est nécessaire, et c'est d'ailleurs grâce à une séparation étanche entre ces deux fonctions que l'Etat peut devenir actionnaire[541]. C'est en tout cas ce qui a été mis en avant dans les différents travaux visant à étudier les axes d'amélioration de l'Etat actionnaire[542]. Une telle ambivalence caractérisant le rôle de l'Etat comme actionnaire a été parfaitement soulignée par C. BAZY-MALAURIE, selon laquelle, « qu'on le veuille ou non, l'Etat n'est jamais un

---

[540] L'on songe notamment à l'affaire du Crédit Lyonnais : voir Cour des comptes, *Le groupe crédit lyonnais exercices 1987 à 1993*, octobre 1995.

S'agissant des critiques relatives au rôle de l'Etat actionnaire au sein des sociétés EDF et France Télécom, voir DOUSTE-BLAZY (P), *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décisions*, 3 juillet 2003, tome I.

[541] AUBY (J-B), « L'Etat schizo », *Dr. Adm.*, 1er mai 2008, n°5, pp. 1-2 ; LOMBARD (M), « Les conséquences juridiques du passage de l'Etat propriétaire à l'Etat actionnaire : les contraintes du droit de la concurrence », *RFAP*, n°124, 2007/4, pp. 573-584.

[542] Voir par exemple : BAZEX (M), « L'Etat simple actionnaire ? », in *La sécurité financière et l'Etat*, L'Harmattan, 2004, (pp. 169-185) ; CARTIER-BRESSON (A), *L'Etat actionnaire*, LGDJ, Paris, 2010, pp. 259-302 ; DELION (A), « De l'Etat tuteur à l'Etat actionnaire », *Revue française d'administration publiqu*e, 2007/4, n°124, pp. 537-572 ; ECKERT (G), « Réflexions sur l'Etat actionnaire et la gestion des entreprises publiques », Chroniques de droit public financier, *RFDA*, n°5, septembre-octobre 2015, pp. 1041-1047 ; MALECKI (C), « L'Etat actionnaire, l'exemple atypique d'un grand actionnaire », *Cahier de droit de l'entreprise*, n°5, septembre-octobre 2005, pp. 61-64.

actionnaire comme un autre, car il doit préserver des intérêts qui ne se résument pas à l'intérêt social de l'entreprise »[543].

L'actionnaire dispose d'un pouvoir de « contrôle » de la société qui s'organise à travers la participation aux prises de décision, mais aussi par les contrôles effectués *a posteriori,* visant à s'assurer de la bonne gestion de la société.

La portée du contrôle dépend notamment de la représentation de l'Etat au sein des organes de direction, qui est en principe liée à sa participation au capital. Cependant, même en détenant une minorité du capital, il peut bénéficier d'une certaine parité dans les organes de direction. Ainsi, dans le cadre de la SEMOp créée à Dole, il a été prévu que l'opérateur économique dispose de la majorité du capital (51%), afin qu'il conserve une maîtrise de la gestion, la ville étant propriétaire du reste du capital. Cependant, chacun dispose de trois sièges au conseil d'administration.

Le statut d'actionnaire ne garantit pas pour autant un contrôle efficace, performant et proportionné sur la société. En effet, il faut que les pouvoirs de l'actionnaire soient utilisés à bon escient afin d'atteindre les objectifs que s'est fixés l'Etat. Or, dans la pratique, on constate que l'Etat a choisi de réaliser de nombreux contrôles de gestion courante, mais il n'a pas su s'impliquer et répondre à l'attente des coactionnaires en matière de décisions stratégiques. Cette défaillance de l'Etat en tant qu'actionnaire a d'ailleurs été révélée à plusieurs reprises dans différents rapports[544]. Si le statut d'actionnaire peut permettre d'exercer un contrôle efficace, tout dépend de l'utilisation effective de ses prérogatives, en lien avec ce statut. Il est donc important de nommer des administrateurs compétents dans le domaine de la production d'énergie et de l'industrie, pour la représentation de l'Etat au sein des organes de direction des SEMH.

---

[543] BAZY-MALAURIE (C), « Le contrôle *a posteriori* est-il adapté aux ambitions de la rénovation institutionnelle ? », *RFAP*, n°124, 2007, pp. 633-638. Avec la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (*JORF* n°0119 du 23 mai 2019, texte n°2), l'intérêt social de l'entreprise peut évoluer avec la notion de « société à mission », qui est apparue dans le code du commerce (art. L.210-10 du code de commerce). La qualité de société à mission permet à une société de préciser dans ses statuts « un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux » (art. L. 210-10, 2°). Sur ce sujet, v. MASSET (E), « Vers la société à mission ? », *Revue des sociétés*, 2018, pp. 635-638.

[544] Voir notamment : NORA (S), *Rapport sur les entreprises publiques*, établi par le groupe de travail du comité interministériel des entreprises publiques, avril 1967, Documentation française ; BARBIER DE LA SERRE (R), *L'Etat actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, Rapport à M. Francis MER, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 24 février 2003 ; DOUSTE-BLAZY (P.), *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décisions*, préc.

Ce rôle d'actionnaire peut d'autant plus être limité au vu de la division du capital entre plusieurs opérateurs au sein du pôle public, dans lequel l'Etat pourra être largement minoritaire (et même potentiellement détenteur d'une seule part). Il est cependant tout à fait probable que les partenaires publics, ainsi que les entreprises ou les organismes exclusivement détenus par des personnes morales de droit public, le suivent dans ses décisions : on peut en effet supposer qu'il existera une forme de solidarité entre les actionnaires d'un pôle, même s'il n'existe aucune garantie. Cette affirmation est toutefois moins certaine pour les collectivités territoriales, qui auront chacune des intérêts différents. Certaines préféreront ainsi favoriser l'usage touristique de l'eau, d'autres la navigation ou l'irrigation, par exemple. Par conséquent, les intérêts, et donc les décisions, pourront s'opposer en fonction des collectivités. Mais la confrontation pourra aussi exister avec l'Etat, qui, lui, semble principalement vouloir concilier l'usage énergétique de l'eau avec sa protection.

Et même si les différents actionnaires du pôle public sont en accord, la situation ne sera pas forcément évidente. En effet, dans l'hypothèse où l'actionnariat public se contenterait du seuil minimal de 34%, il serait limité dans ses pouvoirs d'action et de contrôle, puisqu'il ne disposerait alors que de la minorité de blocage. Un tel seuil ne permet alors que d'intervenir pour bloquer les décisions prises en Assemblée générale extraordinaire, à l'origine des décisions les plus importantes. Dans une telle hypothèse, les actionnaires publics ne pourraient qu'intervenir *a minima* dans la société sur des questions présentant un intérêt majeur[545].

Si l'Etat veut détenir un véritable pouvoir de contrôle sur la société, une participation très minoritaire ne sera donc pas suffisante. Les possibilités pour l'Etat de peser sur les orientations des entreprises privées par d'autres moyens sont d'ailleurs de plus en plus limitées. Par exemple, le recours au dispositif de l'action spécifique est aujourd'hui largement encadré par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne[546]. En effet, ce type d'action conduit à restreindre le principe de liberté d'établissement, prévu à l'article 49 du TFUE. Pour justifier cette restriction, il faut donc que les motifs soient particulièrement forts.

---

[545] Logiquement les décisions relevant de l'assemblée générale extraordinaire sont celles qui conduisent à une modification de statuts. Au vu de leur soumission à un vote en assemblée générale extraordinaire, les règles de quorum diffèrent : ainsi, le Code de commerce prévoit pour les sociétés anonymes que le vote doit se faire à la majorité des deux tiers (article L. 225-96 al. 3 du Code de commerce).

[546] L'« action spécifique », aussi appelée « golden share », permet de donner des pouvoirs exorbitants à l'actionnaire qui en est le titulaire. Voir loi n°86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations (*JORF* du 7 août 1986, p. 9689), article 10. Ces actions spécifiques sont aujourd'hui remises en cause en partie au titre du droit de l'Union européenne. Voir, dans ce sens, « La CJCE Censure les « actions spécifiques » détenues par l'Etat », *D.*, 2002, pp. 1983-1985 ; FRISON-ROCHE (M-A), « Les conditions communautaires de validité des *golden shares* dans les entreprises publiques privatisées (arrêt CJCE 4 juin 2002) », *D.* 2002, pp. 2242-2244.

Le pouvoir de contrôle de l'Etat sur ces entreprises est donc envisageable en théorie. Cela correspond d'ailleurs à l'objectif recherché avec la création des SEMOp, comme le soulignait l'auteur de la proposition de loi, M. Jean-Léonce DUPONT, lors des débats en première lecture au Sénat qui se sont déroulés le 11 décembre 2013[547] : « avec la SEM à opération unique, ils [les élus] verront satisfait leur souhait d'exercer un contrôle permanent sur la mise en œuvre de certaines missions dans le cadre d'un partenariat pérenne, équilibré, transparent et sécurisé, en particulier en matière de risque de financement et d'investissement »[548]. Cependant, en pratique, ce pouvoir de contrôle variera en fonction de la représentation de l'Etat. En effet, celui-ci bénéficiera d'une participation directe au capital, qui pourra être très faible en volume. Toutefois, il sera aussi représenté de manière indirecte, du fait de la présence de la Caisse des dépôts et consignations notamment. Plus l'Etat sera représenté, plus il sera en mesure d'intervenir sur les choix de gestion de l'entreprise. Cela a toutefois une contrepartie, puisque, dans ce cas, il supportera une part de risque plus importante. Cette constatation conduit donc à s'interroger sur la compatibilité entre la place d'actionnaire, et la part de risque qui lui est inhérente, et celle de concédant, impliquant au contraire le transfert de ce risque.

Section 2 Les incidences du rôle d'actionnaire

En devenant actionnaire de la SEMH, concessionnaire hydroélectrique, l'Etat multiplie les rôles qu'il est appelé à jouer dans le cadre de l'exploitation de l'énergie hydraulique. En effet, il est alors tout à la fois actionnaire de la société concessionnaire et concédant[549]. Ce double rôle entraîne une confusion et des répercussions sur l'exécution du contrat de concession. Tout d'abord, la définition de la concession pourrait être remise en cause dans la mesure où, en tant qu'actionnaire, le concédant devra supporter un risque lors de l'exécution du contrat (§ 1). Afin de limiter celui-ci, il est nécessaire que l'Etat ait la capacité de prendre les décisions adéquates (§ 2). Cela est d'ailleurs nécessaire autant pour lui que pour les autres actionnaires, puisqu'ils portent tous une responsabilité proportionnelle à leur présence au capital.

---

[547] Sénat, Compte-rendu intégral des débats, séance du 17 février 2015, préc.

[548] La référence citée est tirée des débats relatifs au projet de loi sur les SEMOp. Cependant, les échanges qui ont eu lieu sur les SEMOp sont pour la plupart transposables aux SEMH, dans la mesure où celles-ci sont un outil dérivé de la SEMOp.

[549] L'Etat est aussi autorité de police, par exemple dans les domaines de l'eau et de l'environnement.

§ 1 Le risque porté par le concédant : une altération de la définition des concessions

La définition de la notion de concession est fondée sur plusieurs critères, dont celui du risque lié à la rémunération que le concessionnaire tire de l'exploitation du service (A). Dans la mesure où l'Etat concédant deviendrait actionnaire de la société concessionnaire, la répartition du risque serait modifiée. En effet, au lieu d'être totalement délégué à l'opérateur, il pèsera aussi sur le concédant en tant qu'actionnaire (B).

A *Le risque : élément déterminant de la définition des concessions*

La définition la plus complète de la concession est celle inscrite dans la directive 2014/23/UE, puisqu'elle tire les enseignements de nombreuses solutions jurisprudentielles[550]. Nous allons retenir ici la définition de concession de service, dans la mesure où cette qualification est la plus fréquente en matière de concessions hydroélectriques[551]. Une concession de service se définit comme « un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux visée au point a) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix »[552].

Ainsi, pour qu'un contrat soit qualifié de contrat de concession, il doit confier une prestation et la gestion d'un service à un opérateur économique. Il s'agit là de l'objet du contrat de concession[553].

---

[550] Voir *supra*, Introduction

[551] Voir *supra*, Introduction.

[552] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession (*JOUE* du 28 mars 2014, L. 94/1), article 5.

[553] La directive 2014/23/UE relative aux contrats de concession distinguait deux types de contrats de concession : la concession de travaux et la concession de service. La même distinction a été reprise en droit français dans le cadre de la transposition effectuée par l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (*JORF* du 30 janvier 2016, texte n°66), aujourd'hui codifiée dans le CCP aux articles L. 1121-2 et L. 1121-3.

Cette distinction emporte une évolution du droit interne antérieur, sous l'empire duquel on parlait de contrats de concession de travaux publics ou de services publics. La suppression de la notion de public pourrait donc conduire à l'application de ces dispositions au-delà du champ classique. Voir, en ce sens, l'intervention de Stéphane BRACONNIER lors du colloque organisé par l'IGD le 24 septembre 2015 : « Les concessions : rénovation ou révolution », pp. 32-35. Les actes du colloque sont disponibles sur le site de l'IGD :

http://www.fondation-igd.org/files/pdf/Actes%20du%20Colloque%20Concessions%2024.09.2015.pdf.

Le second critère nécessaire à la qualification de concession est lié au mode de rémunération du cocontractant[554]. Celui-ci, en effet, doit se rémunérer au moins en partie sur l'exploitation du service. La notion de risque, consubstantielle à la notion de concession, est liée au mode de rémunération du concessionnaire, en tout cas dans son premier sens[555]. C'est ce que l'on peut déduire des différentes jurisprudences françaises et européennes, ou encore des travaux de la doctrine[556]. Selon le professeur LLORENS, « on ne peut considérer, en effet, que le cocontractant se voit confier l'entière responsabilité du service que s'il assume également les conséquences financières de son exploitation et donc si sa rémunération se trouve liée à cette dernière »[557].

Le premier sens du risque porté par le concessionnaire, le risque économique, ne pose pas, selon nous, de difficultés pour les concessions hydroélectriques. La société concessionnaire se rémunère, en effet, sur les ventes d'électricité : sa rémunération est bien ainsi liée à l'exploitation du service. Il existe donc un risque pour le concessionnaire, son activité ayant pour enjeux des pertes ou des profits. La notion de risque peut, en effet, être entendue de manière positive ou négative. Comme le rappelle un auteur, « le risque n'est ni seulement défavorable, ni seulement favorable. Il peut être l'un ou l'autre »[558]. A l'heure actuelle, les concessions hydroélectriques répondent à la définition de la concession, dans la mesure où leur rémunération est bien liée aux résultats d'exploitation. L'on peut toutefois noter que le risque porté par le concessionnaire est plutôt favorable aujourd'hui, plusieurs concessionnaires bénéficiant d'une « rente »[559]. Cependant, cette situation pourrait évoluer à plus ou moins court terme du fait d'une hydraulicité en baisse cumulée à une chute des prix de vente de l'électricité sur les marchés de gros[560]. Le risque qui est aujourd'hui favorable au concessionnaire

---

[554] V. *supra*, introduction.

[555] « La notion de prise de risque par le cocontractant, consubstantiel à la notion de concession qui, selon la formule traditionnelle, est exploitée « aux risques et périls du concessionnaire » » (Conclusions Mme BERGEAL sur Conseil d'Etat, 30 juin 1999, *SMITOM*, *AJDA*, 1999, pp. 714-721 (p. 717)).

[556] LLORENS (F), « Remarque sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », in *Mélanges en l'honneur de Jean WALINE*. *Gouverner, administrer, juger*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 301-318 ; PEZ (T), *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 2013.

[557] LLORENS (F), *op. cit.*, p. 307.

[558] PEZ (T), *op. cit.*, p. 23. Voir également les développements en introduction sur la notion de risque, que l'auteur a aussi étudiée sous l'angle de la théorie économique.

[559] Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2.

[560] Cette tendance se confirme au fur et à mesure des années. V. Annexe 16 : Evolution des prix de l'électricité *day ahead* sur le marché de gros.

hydroélectrique pourrait aussi lui être défavorable et conduire à une dégradation économique, voire à des pertes financières dans l'avenir[561].

La notion de risque, dans les contrats de concession, est le plus souvent abordée dans son premier sens, à savoir le risque financier que doit supporter le concessionnaire. Cependant, la notion de risque recouvre ici une seconde acception, qui correspond au risque d'exploitation, transféré par le concédant au concessionnaire. Un contrat de concession, dans sa définition théorique, devrait conduire à transférer l'ensemble des risques qui sont portés par la personne publique compétente sur le concessionnaire, c'est-à-dire, bien entendu, le risque économique, mais aussi le risque d'exploitation[562]. Cependant, dans la pratique, cette situation est relativement rare. C'est ce que souligne le professeur RICHER : « que l'importance des risques mis à la charge du concessionnaire soit variable et, parfois, limitée correspond à la pratique la plus habituelle de la concession […] »[563]. Cette situation a, par exemple, été observée pour les concessions d'autoroutes. Lors de l'octroi des contrats initiaux, le concédant a assuré un soutien financier aux concessionnaires afin qu'ils puissent effectuer les aménagements nécessaires, la difficulté de ces contrats de concession étant de réaliser des ouvrages avec des investissements très lourds, mais qui ne pouvaient être exploités qu'une fois les travaux achevés. Au vu du délai écoulé avant que les ouvrages ne soient rentables, le concessionnaire ne pouvait donc supporter le volume des investissements initiaux[564]. Le risque mis à la charge du concessionnaire était en conséquence limité à son apport de capitaux au début du contrat.

Ainsi, la seconde caractéristique du contrat de concession, consistant à transférer le risque au concessionnaire, devra, en théorie, contribuer à ce que le concédant ne supporte plus la part de risque inhérente à l'exercice de l'activité concédée. Or, cette situation ne semble pas, dans un premier temps, possible dans l'hypothèse où la concession est octroyée à une SEMH, puisque le concédant sera actionnaire de la société.

---

[561] Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 2, sur le sujet et les opportunités d'équilibrer les dépenses et les recettes des futures concessions hydroélectriques.

[562] Comme le souligne le professeur LLORENS, « l'essence de la délégation de service public est d'opérer un transfert de la responsabilité du service » (« Remarque sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », in *Mélanges en l'honneur de Jean WALINE. Gouverner, administrer, juger*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 301-318 (p. 311)).

[563] RICHER (L), « La transcription des exigences du partenariat public-privé dans le droit », in Caisse des Dépôts et Consignations, *Partenariats public-privé et collectivités territoriales*, La documentation française, 2002, pp. 195-218 (p. 217).

[564] Voir, dans ce sens, ZOLLER (E), « La crise des concessions d'autoroutes », *RDP*, 1979, pp. 167-212.

B *La répartition du risque dans la SEMH*

L'émergence de la société d'économie mixte hydroélectrique implique, comme pour la SEMOp, une réflexion sur sa compatibilité avec la notion de contrat de concession[565]. En effet, comme nous l'avons indiqué au paragraphe précédent, la notion de risque est consubstantielle au contrat de concession. Ainsi, l'octroi du titre doit conduire à faire porter les risques liés à l'exploitation de l'activité par le concessionnaire. La SEMH a donc vocation, en tant que concessionnaire, à supporter le risque de l'exploitation des ouvrages hydroélectriques.

A première vue, les risques d'exploitation et économiques semblent transférés à un opérateur distinct du concédant. En réalité, la situation doit être nuancée, dans la mesure où le concédant, ainsi que d'autres personnes publiques, seront actionnaires de la société. L'ensemble des actionnaires va donc porter une partie du risque qui est normalement transféré, dans le cadre d'un contrat de concession, au concessionnaire (1). Cependant, le risque porté peut être limité, ce qui ne sera pas sans conséquence sur la place et les pouvoirs appartenant aux actionnaires (2).

1. Un transfert du risque limité

La SEMH étant une société anonyme, les actionnaires supportent un risque de pertes limité au montant de leur apport en capital[566]. Le scénario le plus probable pour les personnes morales de droit public, notamment l'Etat et les collectivités territoriales, est celui d'un apport restreint au capital, ce qui engendrera une prise de risque limitée. Toutefois, le rôle de concédant et d'actionnaire pourrait conduire à des situations où l'engagement sera parfois élargi pour le concédant. En effet, en tant qu'actionnaire, les décisions prises au sein de l'assemblée générale, notamment dans l'établissement du budget, ne seront probablement pas les mêmes, avec à l'esprit les contraintes du concédant et la nécessité de maintenir les ouvrages dans le meilleur état possible. Il faut donc envisager la situation selon laquelle le concessionnaire aurait besoin de ressources supplémentaires pour assurer l'exécution d'investissements prévus au cahier des charges, obligation fixée par l'Etat concédant. Dans ce cas, les ressources devront être

[565] Cependant, il existe une nuance pour la SEMOp, car celle-ci n'a pas vocation uniquement à être titulaire d'un contrat de concession. D'autres contrats de la commande publique sont concernés, notamment les marchés publics, dont les contrats de partenariat. Dans ce cas, la problématique du risque n'existe pas dans la même mesure, puisque ces contrats n'ont pas vocation à transférer l'ensemble du risque sur le cocontractant.

[566] Article L. 225-1 du Code de commerce, al. 1er : « La société anonyme est la société dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports ».

recherchées auprès des actionnaires, y compris l'Etat. Il sera alors notamment possible de recourir aux garanties d'emprunt. En effet, on imagine assez mal dans ce cas un refus de financement par l'Etat actionnaire, dont le rôle est de répondre aux obligations fixées par l'Etat concédant. C'est d'autant plus vrai dans le cas des concessions hydroélectriques, puisqu'un refus de financement pourrait conduire à un non-respect des obligations du concessionnaire et provoquer un risque de déchéance. L'Etat concédant serait alors dans l'obligation d'organiser une nouvelle procédure de mise en concurrence afin de réattribuer le contrat de concession. Au vu des réticences de l'Etat à organiser la mise en concurrence, sa volonté de contrôler les concessions, la durée et le coût d'une procédure de mise en concurrence, il nous semble peu probable que l'Etat ne favorise pas l'obtention de financement de la société concessionnaire.

Bien entendu, cette solidarité de l'Etat actionnaire avec la société concessionnaire doit cependant être entendue dans une logique industrielle et dans une logique de rentabilité, puisque, comme nous l'avons vu, l'Etat est devenu un actionnaire compétent et doit prendre les décisions en adéquation avec son rôle. De plus, au vu de la réglementation relative aux aides d'Etat, ses possibilités d'intervention sont limitées. Ainsi, en tant qu'actionnaire, il doit prendre ses décisions comme un « opérateur rationnel en économie de marché »[567]. Dans le cas contraire, l'intervention pourrait être considérée comme une aide d'Etat illégale. L'utilisation d'un tel critère conduit à vérifier si l'intervention de l'Etat aurait pu être réalisée dans les mêmes conditions par un investisseur privé. L'Etat porte donc un risque en tant qu'actionnaire de la société, d'autant plus qu'il est nécessaire de « tenir compte de la mise en place d'une solidarité financière croissante entre le concédant et le concessionnaire », dans le cadre de l'exécution d'un contrat de concession attribué à un opérateur économique distinct du concédant[568]. Finalement, l'intervention financière de l'Etat pourrait être de plus en plus importante au fur et à mesure de l'exploitation du contrat.

Cependant, le risque est proportionnel à sa représentation au sein du capital, ce qui conduit à le relativiser. Il ne sera élargi qu'en cas de confusion des rôles dévolus à l'Etat, notamment entre concessionnaire et actionnaire.

---

[567] CJCE, 14 novembre 1984, Aff.323/82, *Intermills c/ Commission, Rec*. 3089 ; CJCE, 10 juillet 1986, Aff -40/85, *Belgique c/ Commission, Rec*. 2321, notamment § 11s.

[568] Voir BERGEAL (C), « Importance du critère de la rémunération dans la distinction entre les marchés publics et les conventions de délégation de service public », *AJDA*, 1999, pp. 714-721.

Le risque qui sera porté par le concédant actionnaire dans le cadre de la SEMH peut être relativisé en fonction de son niveau de participation. En effet, le cas le plus probable est une participation faible et, dans ce cas, le risque sera réduit, puisque limité à la hauteur des apports au capital de la société.

2. Un risque à relativiser

Les risques portés par les actionnaires vont aussi être définis dans les statuts de la société et le ou les pactes d'actionnaire qui pourront être établis[569]. S'il le souhaite, l'Etat concédant pourra donc supporter un risque très faible dans la gestion et l'exploitation de la société. A ce titre, on peut considérer qu'il n'y a pas réellement de remise en cause de la définition du contrat de concession lors de la création d'une SEMH, sauf à ce que l'Etat soit présent de manière importante au capital de la société, notamment s'il en détient la majorité.

Dans la mesure où l'Etat actionnaire serait peu représenté, il prendrait alors des risques mineurs, ce qui est compatible avec l'esprit du contrat de concession. En revanche, plus les risques portés par lui seront faibles, moins il aura de pouvoirs dans la prise de décision, ce qui n'est pas forcément en adéquation avec l'objectif recherché par le gouvernement, tel qu'il a été exprimé lors des débats relatifs à la loi sur la transition énergétique. La Ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer, Ségolène ROYAL, a ainsi indiqué que la création des SEMH permettait de « renforcer l'efficacité du contrôle public sur ce patrimoine commun que constitue le parc hydroélectrique français »[570]. On doit donc se demander si un tel objectif pourrait être atteint avec la fixation d'une participation minimale de 34% du capital des actionnaires publics, qui, comme elle a pu le souligner, correspond à « une minorité de blocage valant pour toutes les <u>décisions importantes</u> : ces dernières sont prises à la <u>majorité des deux tiers</u> »[571]. En effet, cela signifie bien que, dans la mesure où les actionnaires publics ne disposeraient que de 34%, ils ne pourraient alors agir que sur les décisions importantes, c'est-à-dire celles prises en assemblée générale extraordinaire. L'intervention de l'Etat ne conduira alors pas à opérer un réel contrôle sur l'activité courante de la société.

---

[569] Il est en effet possible d'envisager plusieurs pactes qui seraient conclus entre les différentes catégories d'actionnaires.

[570] Sénat, Débats relatifs à la loi sur la transition énergétique (1ère lecture), séance du 17 février 2015 (*JORF Sénat*, 18 février 2015, p. 1896).

[571] *Ibid.*, p. 1898 (souligné par nos soins).

Cette situation est finalement assez paradoxale, puisque l'Etat concédant souhaite être actionnaire de la société concessionnaire afin de pouvoir exercer un contrôle plus restreint. Or, plus le contrôle sera important en tant qu'actionnaire, plus l'Etat sera présent au capital, plus l'on s'écartera alors de l'esprit du contrat de concession. Comme nous l'avons vu, cette convention doit permettre de transférer le risque économique et d'exploitation au concessionnaire. En pratique, ce transfert ne peut pas être total, notamment car le concédant doit pouvoir contrôler le concessionnaire[572]. Cette idée est confirmée dans l'ouvrage de Messieurs AUBY et DUCOS-ADER relatif aux grands services publics et entreprises nationales[573]. Selon ces derniers, le contrat permet de décharger la personne publique des frais et des risques liés, mais celle-ci ne peut pas occulter la nécessité d'assurer la continuité de la mission confiée, c'est-à-dire la production d'électricité[574], ce qui la conduira à intervenir afin d'aider le concessionnaire, si nécessaire[575]. Le transfert des risques n'est alors pas total.

Finalement, comme nous l'avons vu, l'Etat a déjà un rôle à jouer en termes de contrôle, celui qu'il exerce en qualité de concédant. Il envisage en outre de superposer un nouveau contrôle, par son activité d'actionnaire. Nous pouvons nous interroger sur son efficacité, mais aussi sur sa pertinence, puisque cette situation conduira à faire porter un nouveau risque sur le concédant, qui sera alors averti en amont des difficultés de l'entreprise, et sur l'actionnaire, qui pourrait obtenir des informations supplémentaires en sa qualité de concédant.

En effet, l'une des difficultés qui s'est présentée par le passé est celle de la capacité de l'Etat à être actionnaire de sociétés privées. L'Etat en tant qu'actionnaire de la SEMH doit être

---

[572] Cette obligation de contrôle est notamment fondée sur le fait que la personne publique « conserve la gestion stratégique du service public » : GUGLIELMI (G), *Cours d'introduction au droit des services publics*, 1994, 74 p. (p. 42), disponible sur son site internet (http://www.guglielmi.fr/).

[573] AUBY (J-M) et DUCOS-ADER (R), *Grands services publics et entreprises nationales*, vol. 1, PUF, Themis Droit, 1ère édition, 1969 (Chapitre II – La concession de service public, p. 195 s.).

[574] Décret n°2016-530, préc., article 1er du modèle de cahier des charges annexé : « I. - L'Etat concède au concessionnaire l'exploitation de la force hydraulique des chutes de [●], dans le périmètre géographique mentionné à l'article 7 et détaillé en annexe 1, en vue de produire de l'électricité.

Le concessionnaire exploite les ouvrages et aménagements des chutes concédées et est tenu, dans la limite de la puissance dont il dispose, de produire l'énergie au mieux des différents états des cours d'eau figurant dans le périmètre géographique de la concession, compte tenu des stipulations du présent contrat et du règlement d'eau » (souligné par nos soins).

[575] Le concessionnaire doit supporter un aléa normal. Ainsi, il existe des principes permettant au concédant de venir en aide au concessionnaire dans des cas précisément listés. C'est le cas par exemple d'une évolution des usages, telle qu'elle a été mise en exergue dans la décision du Conseil d'Etat, du 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* (*Rec*., p. 125). Dans le cas d'espèce, la compagnie qui assurait l'éclairage demandait à la Ville de Bordeaux de participer financièrement à l'achat du charbon nécessaire à l'éclairage public du fait de l'augmentation notable de son prix en raison de la guerre. Le Conseil d'Etat a alors dégagé la théorie de l'imprévision, qui permet de continuer le contrat malgré l'apparition d'un évènement qui bouleverse son économie, par une aide octroyée au concessionnaire en place. Les évènements à l'origine de la situation d'imprévision ne doivent pas pouvoir être prévus au moment de la conclusion du contrat.

en mesure de répondre aux attentes et aux besoins des autres parties afin que l'entreprise trouve son équilibre. Cependant, l'Etat n'a pas toujours répondu aux attentes. Il doit donc veiller à bien définir sa stratégie d'intervention dans le cadre de ces sociétés spécifiques.

§ 2 L'Etat, un actionnaire comme les autres ?

L'Etat, dans son rôle d'actionnaire, a été largement critiqué par le passé au vu de son absence de vision économique dans la gestion d'une entreprise et de la confusion des rôles qu'il avait à jouer, faisant obstacle à la prise de décisions pertinentes pour la société (A). Aujourd'hui, si son intervention s'est améliorée d'un point de vue global, il est cependant nécessaire d'encadrer les concours de l'Etat actionnaire, afin de s'assurer d'une gestion cohérente et efficace de l'entreprise (B). L'Etat actionnaire, techniquement compétent, pourrait donc être à l'origine d'un renouveau de la concession hydroélectrique. Un renouveau parce qu'il existe une histoire : l'Etat est déjà actionnaire de sociétés concessionnaires hydroélectriques, avec sa participation au sein du capital d'EDF. L'innovation tiendra alors à la taille des futures sociétés concessionnaires, qui auront pour seul objet de gérer un contrat de concession hydroélectrique. L'Etat pourra donc jouer son rôle au plus près de l'exécution du contrat et non plus au sein d'une entreprise-holding, dans laquelle les décisions sont souvent éloignées de la gestion courante de ces contrats.

A *Les débuts du rôle d'actionnaire de l'Etat et ses insuffisances*

Le rôle d'actionnaire de l'Etat a été très fortement critiqué, notamment à partir de la fin des années 1970, tant par la doctrine universitaire que par différents rapports parlementaires[576]. De nombreux écueils ont été mis en exergue, mais l'un semble être à l'origine des autres : l'Etat confondait ses rôles au sein des entreprises[577]. Ainsi, en tant qu'actionnaire, il jouait aussi son rôle de régulateur et parfois de concédant[578]. Cette confusion ne lui permettait pas d'exercer sa mission d'actionnaire comme il l'aurait dû. Cette situation a d'ailleurs conduit à de nombreuses

[576] Voir les rapports parlementaires précités. V. également CARTIER-BRESSON (A), *L'Etat actionnaire*, LGDJ, Paris, 2010, pp. 169-194 et 260-271 ; LOMBARD (M), « Les conséquences juridiques du passage de l'Etat propriétaire à l'Etat actionnaire : les contraintes du droit de la concurrence », *RFAP*, n°124, 2007/4, pp. 573-584.

[577] Voir, par exemple, l'objectif de la mission NORA, inscrite dans la lettre de mission du 4 avril 1966, qui devait « clarifier le double rôle de la Puissance publique, comme propriétaire ou actionnaire d'entreprises exerçant une activité économique et comme tutrice au titre de l'intérêt public ».

[578] Concernant les modalités de régulation dans le secteur des réseaux, v. par exemple SEE (A), « Le réseau, modèle de régulation ? », *Energie-env-infra*, n°10, oct. 2016, pp. 28-35.

défaillances dans la gestion de sociétés[579]. En effet, il ne participait pas aux décisions stratégiques, mais se contentait de mettre en avant les problématiques de gestion quotidienne, qui n'incombent pas, en théorie, à un actionnaire.

De telles critiques avaient été en particulier exposées par le rapport NORA. L'objectif du groupe interministériel était d'élaborer « toutes mesures susceptibles de favoriser l'amélioration des structures et des conditions de gestion du secteur industriel, commercial et financier dont l'Etat est propriétaire ou actionnaire »[580]. L'Etat souhaitait, avec ce rapport, pouvoir « aménager l'exercice par la Puissance publique de ses droits de tutelle, de propriété ou de participation de façon à renforcer la compétitivité des secteurs essentiels de l'économie nationale, publics ou privés »[581].

Malgré ce premier rapport, les préconisations du groupe de travail n'ont pas forcément été prises en compte et le constat est resté négatif. Le rapport BARBIER DE LA SERRE, commandé par le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie de l'époque, M. MER, souligne ainsi que « de l'avis général des interlocuteurs rencontrés, l'Etat n'exerce pas sa fonction d'actionnaire de façon satisfaisante »[582], la première des explications avancées tenant toujours à la confusion des rôles de l'autorité étatique. Le rapport préconisait d'ailleurs de « distinguer clairement le rôle d'actionnaire de l'Etat des autres fonctions qu'il remplit à l'égard des entreprises dont il détient une part du capital »[583], afin d'éviter les confusions au niveau de la direction de l'entreprise sur la conduite à tenir. Il est important en effet que celle-ci sache de qui vient la demande : l'actionnaire, le client ou le régulateur.

L'intérêt ancien et constant porté au rôle de l'Etat actionnaire s'explique par son importance pour la pérennité des entreprises où il est représenté[584]. Comme le souligne le rapport NORA, selon une affirmation qui nous paraît tout à fait d'actualité, « […] si les « entreprises de service public » peuvent différer des autres entreprises par la nature des

---

[579] Voir références précédentes concernant les sociétés : Crédit lyonnais, EDF et France Télécom par exemple.

[580] Lettre de mission du Premier ministre à M. NORA, Président du groupe de travail du comité interministériel des entreprises publiques, du 4 avril 1966.

[581] *Ibid.*

[582] BARBIER DE LA SERRE (R), *L'Etat actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, Rapport à M. Francis MER, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, la Documentation française, 24 février 2003, p. 1.

[583] BARBIER DE LA SERRE (R), précit., p.3.

[584] Voir rapports parlementaires précités : NORA (S) ; BARBIER DE LA SERRE (R) ; DOUSTE-BLAZY (P).

contraintes auxquelles elles restent soumises, elles ne devraient pas pour autant se démarquer de l'exigence d'efficacité de leur gestion qui conditionne leur pérennité »[585].

Finalement, et comme l'avait proposé le rapport BARBIER DE LA SERRE, la loi a prévu la mise en place de l'Agence des participations de l'Etat[586]. Cet organisme a vocation à gérer le portefeuille d'actions de l'Etat et à insuffler les décisions stratégiques des entreprises. L'objectif est, pour les entreprises dont le capital appartient en partie à l'Etat, de bénéficier d'un interlocuteur compétent, afin de favoriser une meilleure gestion dans le respect des obligations de service public qui leur incombent et des objectifs de rentabilité.

B *Un perfectionnement confirmé*

L'Agence des participations de l'Etat (APE) a été créée par décret du 9 septembre 2004[587], pour donner suite aux préconisations formulées notamment dans le rapport BARBIER DE LA SERRE[588]. Il y était suggéré de créer une entité dédiée, qui porterait la responsabilité d'actionnaire pour le compte de l'Etat. Le rôle de l'Agence est d'exercer « en veillant aux intérêts patrimoniaux de l'Etat, la mission de l'Etat actionnaire dans les entreprises et organismes contrôlés ou détenus, majoritairement ou non, directement ou indirectement, par l'Etat »[589].

La création de cette agence vise à bien séparer le rôle d'actionnaire dévolu à l'Etat de ses autres missions et donc d'améliorer la gouvernance des entreprises. Auparavant, lors de la prise de décisions dans les organes de gouvernance, il y avait une confusion entre l'Etat actionnaire et l'Etat autorité de tutelle, ce qui pouvait conduire à faire de mauvais choix pour l'entreprise. La création d'une entité dédiée et distincte a ainsi permis de remédier en grande partie à cette carence de l'Etat actionnaire. L'importance de la séparation de ses rôles a d'ailleurs été réaffirmée dans le cadre des lignes directrices pour l'Etat actionnaire,

---

[585] NORA (S), rapport préc., p. 2.

[586] Loi organique n°2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances (*JORF* n°177 du 2 août 2010, p. 12480) ; Décret n°2004-963 du 9 septembre 2004 portant création du service à compétence nationale « Agence des participations de l'Etat » (*JORF* n°211, 10 septembre 2004, p. 15929).

[587] Décret n°2004-963 du 9 septembre 2004 portant création du service à compétence nationale « Agences des Participation de l'Etat » (*JORF* du 10 septembre 2004, p. 15929).

[588] BARBIER de la SERRE (R), rapport préc., p. 8, Proposition n°1 : « l'entité [l'agence des participations de l'Etat] exclusivement dédiée à la mission d'incarner l'Etat actionnaire prend la forme d'une agence des participations de l'Etat (APE) placée sous l'autorité directe du ministre des finances ».

[589] Décret n°2004-963, préc, art. 1er, II.

communiquées en 2014 en Conseil des Ministres, qui rappellent que « l'Etat veillera à distinguer son intervention en tant qu'actionnaire des autres motifs qui le conduisent à interagir avec l'entreprise »[590].

L'Agence a aussi permis une professionnalisation des représentants de l'Etat actionnaire au sein des organes de direction. Cette professionnalisation a été permise par la mise en place de formations spécialisées, mais aussi par une acquisition d'expérience obtenue par leur présence au sein des organes décisionnels. Les administrateurs sont en outre assistés par trois pôles de compétences sur des fonctions support que sont l'audit-comptabilité, la finance et le juridique au sein de l'Agence des participations de l'Etat[591].

Comme cela a pu être souligné, « le rôle de l'Etat actionnaire en France en 2004 a été l'occasion de consacrer la fonction de l'Etat actionnaire, en identifiant au sein de la sphère publique une entité qui l'incarne, et a permis de faire évoluer la relation avec les entreprises à participation publique d'une tutelle administrative au rôle d'actionnaire, avec l'ensemble des prérogatives usuellement attachées à cette fonction »[592]. Ainsi, le perfectionnement de l'Etat en tant qu'actionnaire a été favorisé à la suite de la réforme de 2004, ce qui permet aujourd'hui d'être plus optimiste sur le fonctionnement d'une entreprise avec une participation publique[593]. Cela est confirmé par les différentes études réalisées plus récemment sur l'Etat actionnaire et par les orientations définies, révélant la prise de conscience des gouvernants sur l'importance de ce rôle[594]. En effet, l'Etat a vocation à intervenir notamment pour le développement d'entreprises dans des filières majeures pour le développement économique, dans des entreprises stratégiques où les capitaux publics permettent d'exercer un contrôle et, ponctuellement, pour des entreprises en difficulté.

---

[590] Lignes directrices pour l'Etat actionnaire communiquées en conseil des Ministres le 15 janvier 2014, disponibles sur le site de l'APE.

[591] Voir BEZARD (B) et PREISS (E), « L'agence des participations de l'Etat », *RFAP*, 2007/4, pp. 601-613 ; JACQUOT (D), « Une formation pour les représentants de l'Etat actionnaire », *RFAP*, 2007/4, n°124, pp. 615-618.

[592] BEZARD (B) et MUNIESA (C), « L'exercice de la mission de l'Etat actionnaire dans la gestion de ses participations financières : de la « tutelle » à l'actionnaire », *Revue gestion et finances publiques*, mars-avril 2009, n°3-4, pp. 323-325 (p. 325).

[593] Rappelons que l'on parle d'« entreprises publiques » quand plus de la moitié du capital appartient à des personnes publiques ou à des entreprises publiques. En revanche, lorsque les personnes publiques sont présentes en minorité, on parle de participations publiques.

[594] Voir CARTIER-BRESSON (A), *L'Etat actionnaire*, LGDJ, Paris, 2010, pp. 287-302 ; BEZARD (B) et MUNIESA (L), « L'exercice de la mission de l'Etat actionnaire dans la gestion de ses participations financières : de la « tutelle » à l'actionnaire », *Revue gestion et finances publiques*, mars-avril 2009, n°3-4, pp. 323-325 ; ECKERT (G), « Réflexions sur l'Etat actionnaire et la gestion des entreprises publiques », Chroniques de droit public financier, *RFDA*, n°5, septembre-octobre 2015, pp. 1041-1047.

Par conséquent, on peut envisager de manière positive la création des SEMH, au sein desquelles l'Etat sera actionnaire. L'expérience et les compétences acquises depuis 2004 concernant ses modalités d'intervention dans les entreprises devraient limiter les difficultés qui pourraient être identifiées dans le cadre de la relation horizontale unissant le concessionnaire et le concédant. Toutefois, il est nécessaire de garder à l'esprit que les différents défauts de l'Etat actionnaire n'ont pas tous disparu. Ainsi, il existe toujours des problématiques tant conceptuelles (la manière de penser les sociétés), que de fonctionnement quotidien (commissaires de gouvernement)[595].

Bien que la fonction de l'Etat actionnaire se soit au final largement améliorée au vu des bilans annuels produits par l'Agence des participations de l'Etat[596], celui-ci fait encore l'objet de nombreuses critiques formulées par la doctrine, mais aussi par les instances de contrôle des entreprises publiques[597]. Ainsi, des auteurs ont souligné en 2007 que « les solutions actuelles montrent que malgré d'indéniables améliorations de gouvernance, elles demeurent encore inadaptées pour résoudre la position dans laquelle se trouve l'Etat actionnaire : il est au centre d'un conflit d'intérêts entre les objectifs d'intérêt général et les objectifs de profit »[598]. L'intervention de l'Etat dans le secteur économique, en tant qu'actionnaire, fait également l'objet de critiques plus récentes. Ainsi, en 2010, Mme CARTIER-BRESSON conclut sa thèse sur l'Etat actionnaire en pointant l'absence de prise de conscience de ce rôle : « l'Etat envisage souvent moins la société comme un contrat que comme une technique d'affectation de biens à des entreprises »[599].

---

[595] Voir NICINSKI (S), « L'ordonnance n°2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique », *RFDA*, n°1, janvier-février 2015, pp. 93-98. V., également, l'ordonnance n°2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique (*JORF* n°0194 du 23 août 2014, p. 14009), article 15, 2nd alinéa : le commissaire de gouvernement « assiste, avec voix consultative, aux séances du conseil d'administration, de conseil de surveillance ou de l'organe délibérant en tenant lieu de la société. Le cas échéant, il expose la politique du Gouvernement dans le secteur d'activité de celle-ci ».

[596] Chaque année, depuis 2002 (au titre de l'article 142 de la loi n°2001-692, préc.), un rapport sur l'Etat actionnaire est en effet publié. Celui-ci est établi depuis 2004 par l'Agence des participations de l'Etat. Ces rapports sont disponibles à l'adresse suivante : http://www.economie.gouv.fr/agence-participations-etat/rapport-letat-actionnaire-0.

[597] Voir les articles cités ci-dessus. V., également, Cour des comptes, *L'Etat actionnaire : apports et limites de l'Agence des participations de l'Etat*, in Rapport public annuel, 2008.

[598] DREYFUS (F) et DURUPTY (M), « Avant-propos », *RFAP*, 2007/4, n°124, pp. 533-535 (p. 535).

[599] CARTIER-BRESSON (A), *L'Etat actionnaire*, LGDJ, Paris, 2010, p. 455.

Une modernisation des règles applicables à l'Etat actionnaire a d'ailleurs été recherchée dans le cadre d'une nouvelle ordonnance qui a été adoptée en août 2014[600]. L'ordonnance vise ainsi « à doter l'Etat actionnaire des outils qui lui permettront de rapprocher son cadre juridique de celui des actionnaires de droit commun, notamment dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé qui sont soumises à des principes spécifiques de gouvernement d'entreprises, tout en rendant plus efficace la gestion de ses participations »[601]. Cette modernisation est notamment devenue nécessaire avec l'élargissement de l'ouverture à la concurrence de nombreux secteurs dans lesquels l'Etat est actionnaire de grandes sociétés et au vu de l'évolution de la réglementation sur les aides d'Etat.

La présence de l'Etat dans le secteur économique est aussi renouvelée avec la création de la société BPIFrance[602]. Cet organisme a en effet vocation à investir dans des sociétés de taille plus réduite, afin de soutenir, autant que de besoin, le secteur économique français. Il s'agit là d'une intervention indirecte de l'Etat, puisque le capital de la BPIFrance est détenu à parts égales par l'Etat français et la Caisse des dépôts et consignations. Si la BPI permet une intervention indirecte de l'Etat dans l'actionnariat de la société, sa présence ne permettra cependant pas de répondre à l'obligation légale de représentation étatique au sein du capital des SEMH. On pourrait toutefois parfaitement envisager l'apport en capital de la BPI dans le pôle public dans la mesure où sa mission est d'apporter « son soutien à la mise en œuvre de la transition écologique et énergétique »[603], et donc au développement des énergies renouvelables, objectif auquel peuvent se rattacher les sociétés exploitant des installations de production hydroélectrique.

---

[600] Ordonnance n°2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique (*JORF* n°0194 du 23 août 2014, p. 14009).

[601] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2014-948 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publiques (*JORF* du 23 août 2014, p. 14007).

[602] Loi n°2012-1559 du 31 décembre 2012 relative à la création de la banque publique d'investissement (*JORF* n°0001 du 1er janvier 2013, p. 44). Cette loi a modifié l'ordonnance n°2005-722 du 29 juin 2005 relative à la Banque publique d'investissement (*JORF* n°151 du 30 juin 2005, p. 10774), en ajoutant un article 1A selon lequel : « La Banque publique d'investissement est un groupe public au service du financement et du développement des entreprises, agissant en appui des politiques publiques conduites par l'Etat et conduites par les régions ».

Voir par exemple : CHAN-TUNG (L), « La mise en place de la Banque publique d'investissement », *AJDA*, n°35, 21 octobre 2013, pp. 2011-2017.

[603] Ordonnance n°2005-722 préc., article 1A, al. 6.

Conclusion Chapitre 1

La SEMH a été créée avec deux objectifs. Elle se présente tout d'abord comme le rempart à une mise en concurrence sèche des concessions hydroélectriques, puisqu'elle permet à l'Etat concédant de contrôler l'exécution des contrats en participant à la gouvernance de l'entreprise. Elle doit, ensuite, être l'occasion d'associer les parties intéressées à l'exécution des contrats de concession hydroélectriques. Ainsi, si de nouveaux opérateurs entrent sur le marché de l'hydroélectricité français, ils seront susceptibles d'être intégrés dans une société dans laquelle des personnes publiques seront actionnaires.

Toutefois, et même si nous saisissons l'objectif poursuivi avec la création de cet outil, la présence de l'Etat au capital de la SEMH, alors qu'il est déjà concédant et régulateur, peut interroger en première analyse. L'Etat est pourtant actionnaire de nombreuses sociétés dans lesquelles il joue de multiples rôles, ce qui permet aujourd'hui d'avoir un certain recul sur les difficultés que cela génère. Si elles sont bien moindres depuis 2004 et la création de l'agence des participations de l'Etat, il sera toutefois nécessaire d'anticiper ces problématiques, notamment dans le cadre des statuts et des pactes d'actionnaires, ce qui permettra d'éclaircir les règles de gouvernance au sein de la société. L'Etat n'aura alors qu'à définir sa vision stratégique de l'entreprise en tant qu'actionnaire.

Cette difficulté tenant aux compétences se posera aussi pour les autres actionnaires, notamment pour les collectivités territoriales, qui n'ont pas forcément d'expérience en matière de participation au capital de sociétés. La situation sera en revanche différente pour les autres personnes morales de droit public que l'on peut envisager, comme la Caisse des dépôts et consignations. Pour autant, la présence des collectivités territoriales au capital de ces sociétés se justifie aisément en raison de leur place dans la gestion des activités liées aux concessions hydroélectriques. En effet, qu'une société d'économie mixte soit créée ou non, les collectivités territoriales doivent avoir un rôle à jouer dans la mise en œuvre du contrat au vu des interactions entre leur périmètre d'activité et celui des concessionnaires. Elles pourront donc intervenir en tant qu'actionnaire et/ou en tant que partenaire, qui doit être consulté et entendu. Les élus locaux doivent ainsi se saisir de ce sujet au plus vite, afin de pouvoir tirer profit du renouvellement des concessions à venir.

Chapitre 2 : L'affirmation du rôle des collectivités territoriales

Les collectivités territoriales ont un rôle à jouer dans l'exécution des contrats de concession hydroélectrique. Cette question a été envisagée dès 1919 dans la loi, mais surtout dans le cadre des débats à la Chambre des députés[604]. L'intervention des collectivités territoriales dans le développement de la force hydraulique a été envisagée sous l'angle purement énergétique. En effet, la loi leur permettait de devenir concessionnaire ou de participer financièrement à l'entreprise exploitant la chute d'eau. Elles pouvaient alors bénéficier d'énergie à moindre coût et favoriser le développement de l'électricité sur leur territoire (Section 1). La décentralisation mise en place en France, ainsi que la modification des besoins et des attentes des citoyens ont conduit à développer les activités des collectivités territoriales. Aujourd'hui, elles ont donc un nouveau rôle à jouer dans l'exploitation de la force motrice et contribuent par ce biais au renouveau des concessions hydroélectriques. Leur intérêt n'est plus purement énergétique, il est notamment lié au développement des autres usages de l'eau pour l'essor de leurs territoires (Section 2).

Section 1 Le rôle inégal des collectivités lors de la création des concessions hydroélectriques

Les collectivités territoriales ont eu un rôle relativement marginal à jouer lors de la création des concessions hydroélectriques, sous le régime de la loi de 1919, celles-ci n'ayant en théorie qu'une autonomie et des moyens très limités à l'époque (§ 1). Toutefois, la possibilité qu'elles puissent intervenir était déjà envisagée, même si, dans la pratique, la situation n'a pas été beaucoup observée. En revanche, on ne peut pas considérer que les collectivités territoriales soient de nouveaux acteurs dans le cadre de l'exploitation des concessions hydroélectriques. En effet, elles ont pu être sollicitées en tant qu'acteurs majeurs pour la création et l'exploitation de

[604] Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique (*JORF* du 18 octobre 1919, p. 11523) ; Débats à la Chambre des députés relatifs à la loi sur l'utilisation de l'énergie hydraulique (*JORF*, Débats parlementaires, Chambre des députés). Les séances relatives aux débats sur la loi du 16 octobre 1919 sont les suivantes : séance du 9 avril 1919 (*JORF* du 10 avril 1919, p. 1808) ; séance du 15 avril 1919 (*JORF* du 16 avril 1919, p. 1959) ; séance du 28 mai 1919 (*JORF* du 29 mai 1919, p. 2456) ; séance du 4 juin 1919 (*JORF* du 5 juin 1919, p. 2505) ; séance du 1er juillet 1919 (*JORF* du 2 juillet 1919, p. 3087) ; séance du 3 juillet 1919 (*JORF* du 4 juillet 1919, p. 3179) ; séance du 9 juillet 1919 (*JORF* du 10 juillet 1919, p. 3329) ; séance du 10 juillet 1919 (*JORF* du 11 juillet 1919, p. 3377) ; débats au Sénat relatif à la loi sur l'utilisation de l'énergie hydraulique : séance du 7 octobre 1919 (*JORF* Sénat du 8 octobre 1919, p. 1534) ; séance du 8 octobre 1919 (*JORF* Sénat du 9 octobre 1919, p. 1554).

certaines concessions, mais leur rôle a été limité à la suite de la loi de nationalisation de l'électricité[605] (§ 2).

§ 1 Un échelon local anecdotique au début du XXème siècle

Dans le cadre de l'adoption de la loi du 16 octobre 1919 et des discussions préalables, la place octroyée aux collectivités territoriales dans l'exécution des contrats de concession était relativement faible[606]. Cela s'explique assez facilement au regard de l'état d'avancement de la décentralisation en 1919. En effet, il n'existait alors que les communes et les départements, qui avaient au surplus des pouvoirs bien plus limités que ceux qui leur sont actuellement reconnus[607]. Les collectivités ne bénéficiaient en effet que de très peu d'autonomie, car elles étaient sous la tutelle de l'Etat. Le Préfet pouvait alors contrôler l'opportunité des décisions prises. Cette situation justifiait donc qu'un rôle moindre leur soit octroyé dans l'exécution des concessions hydroélectriques.

Cependant, malgré cette situation, un certain nombre de députés ont défendu la place des collectivités dans le projet de loi. Ils ont notamment souhaité que celles-ci participent au développement de l'énergie hydraulique. Trois séries d'arguments justifiaient ce parti pris.

Tout d'abord, le fleuve est situé sur le territoire de ces collectivités. Or, l'octroi d'un contrat de concession à un opérateur réduit d'autant les possibilités d'utilisation du cours d'eau par les échelons riverains, ce qui rend nécessaire l'association des collectivités locales[608].

Le deuxième argument présenté était tiré d'expériences passées. Ainsi, Victor PEYTRAL, fervent défenseur des collectivités, et notamment du département, dans le cadre des

---

[605] Loi n°46-628 du 8 avril 1946 relative à la nationalisation du gaz et de l'électricité, préc.

[606] Les discussions portant sur les collectivités territoriales dans le cadre des débats relatifs à la loi du 16 octobre 1919 mettaient en avant le rôle trop restreint qui leur était réservé. Si la loi reconnaissait à l'Etat le droit de concéder, il était pourtant nécessaire d'associer les échelons inférieurs aux concessions. Dans le cadre des débats, le député Victor PEYTRAL a ainsi défendu la place des collectivités.

[607] La compétence reconnue aux communes était toutefois déjà celle de la gestion des affaires intéressant leur territoire, comme le proclamait l'article 61 de la loi municipale du 5 avril 1884, en vertu duquel « le Conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la Commune » (loi municipale du 5 avril 1884 publiée au *JORF* du 6 avril 1884, p. 1557, article L. 2121-29 du CGCT). Les compétences du département sont également déjà celles listées au Titre IV de la loi départementale du 10 août 1871 (*JORF* du 29 août 1871, p. 3041). Les domaines d'intervention sont notamment la gestion des lycées, de la voierie départementale, la gestion immobilière sur son territoire.

[608] Intervention du député Victor PEYTRAL lors des débats de la séance du 15 avril 1919 à la Chambre des députés (*JORF, Débats parlementaires,* Chambre des députés du 16 avril 1919, p. 1956) : « Ai-je besoin de soutenir […] que les départements producteurs de houille blanche peuvent émettre légitimement la prétention de profiter dans une certaine mesure de la richesse de leur sol ? Il est remarquable et triste de constater que ces départements riches en houille blanche sont précisément les plus pauvres de France ».

discussions sur le texte de loi, s'est appuyé sur des pratiques antérieures afin de justifier la nécessité d'associer ces entités à l'octroi des concessions. Lorsqu'un opérateur construit une usine, il doit procéder à des modifications du fleuve et de son lit notamment. En parallèle, les territoires ont besoin d'être aménagés, par exemple dans un but agricole. Il était alors dommageable que les collectivités ne soient pas associées au projet de concession, ce qui aurait permis de mutualiser les travaux et de réaliser d'importantes économies[609].

Le dernier aspect est, enfin, d'ordre économique. L'Etat dispose en effet de la force hydraulique de l'eau sur les cours d'eaux domaniaux, puisqu'ils appartiennent au domaine public national. Certains députés suggéraient donc que les droits de propriétaire reconnus à l'Etat, sur les cours d'eaux non-domaniaux, qui ne sont pas sa propriété, reviennent aux départements[610]. La défense des collectivités dans ce cadre a été largement justifiée par le contexte socio-économique de l'époque en France. Les projets d'aménagements se situaient en majorité dans des zones relativement pauvres et sans activité économique. Ainsi, les députés ont vu dans l'adoption de cette loi l'opportunité de favoriser le développement et l'obtention d'un revenu pérenne pour les territoires. Finalement, des dispositifs ont été intégrés dans la loi afin de permettre une intervention *a minima*, dans la mesure où aucun droit de propriété n'a été reconnu au profit des collectivités territoriales sur les cours d'eaux non-domaniaux.

---

[609] Dans le cadre des débats et de l'intervention de Victor PEYTRAL du même jour, celui-ci a développé l'exemple du canal d'irrigation de Ventavon. Il explique que la construction de ce canal a été approuvée par une loi du 20 juillet 1881, qui prévoyait la construction d'un canal de 44 km financé par l'Etat par le biais de subventions. Les travaux ont été entrepris en 1883 sous la direction des ingénieurs de l'Etat et arrêtés en 1890 au 14ème kilomètre car le montant des subventions allouées avait été dépassé. Suite à cela, le chantier n'a jamais repris. Cependant, en parallèle, l'Etat a accordé des concessions hydroélectriques sur la Durance, notamment sur une partie de la zone correspondant au canal, ce qui a nécessité que le concessionnaire construise des canaux pour les besoins de la force hydraulique. Toutefois, l'Etat n'a pas prévu de contraindre le concessionnaire à adapter la construction de ces canaux avec les besoins en irrigation de la Région. Les populations riveraines ne pouvaient donc pas bénéficier de droit d'utilisation de ces eaux circulant dans les canaux. Cet exemple illustre la nécessité de faire intervenir les collectivités en amont de l'attribution des contrats.

[610] Dans le cadre des débats, il avait été mis en avant le fait que l'Etat bénéficiait de l'exclusivité des droits sur l'utilisation de l'énergie hydraulique, sans justifier la base juridique de ce droit. « D'après le projet, l'Etat concède, l'Etat donne le droit d'expropriation ; il détermine les réserves à imposer aux industriels. On ne lui reconnaît pas le droit de propriété, mais on lui accorde tous les droits du propriétaire » : intervention de Victor PEYTRAL lors de la séance du 14 avril 1919 (*JORF*, Débats Parlementaires, chambres des députés du 15 avril 1919, p. 1965). En effet, selon Victor PEYTRAL, d'autres acteurs devaient être pris en compte, notamment les communes, les départements et les industries locales. Ainsi, il suggérait que le département puisse bénéficier du même type de droit que l'Etat, des droits de propriétaire sans être propriétaire, sur les cours d'eaux ni navigables, ni flottables. Il avait alors proposé un amendement à l'article 1er rédigé initialement comme suit : « Nul ne peut disposer de l'énergie des marées ou des cours d'eaux, quel que soit leur classement, sans une concession ou une autorisation de l'Etat. ». Deux nouveaux alinéas précisaient à la suite : « L'énergie hydraulique des rivières non navigables, ni flottables est incorporée dans le domaine public du département, sans qu'il soit porté atteinte aux droits de riveraineté et d'usage établis par la loi du 8 avril 1898.

Si les deux rives sont situées dans des départements différents, l'énergie produite par les eaux dérivées reste indivise entre les départements intéressés. ». Cet amendement a été défendu lors de la séance du 4 juin 1919 (*JORF- Débats parlementaires* - Chambres des députés du 5 juin 1919, p. 2506), mais n'a pas été adopté.

§ 2 La création de dispositifs d'intervention au profit des collectivités territoriales

En 1919, le législateur avait prévu pour les collectivités territoriales existantes, les communes et les départements, la possibilité d'intervenir dans le cadre des concessions hydrauliques sur la base de deux fondements inscrits à l'article 23. La collectivité pouvait ainsi obtenir la concession de la force motrice ou participer financièrement aux entreprises hydrauliques (A). Certaines concessions hydroélectriques ont aussi été octroyées par des lois spéciales et ont attribué une place particulière aux collectivités territoriales dans l'exploitation du contrat de concession (B).

A *La collectivité concessionnaire ou actionnaire*

L'article 23 alinéa 1er de la loi a reconnu aux communes et aux départements la possibilité d'exploiter des usines hydrauliques si ceux-ci en obtenaient la concession.

Historiquement, plusieurs concessions hydroélectriques ont ainsi été octroyées à des collectivités. Elles avaient alors pour objet l'approvisionnement en électricité des usagers ou le fonctionnement des transports publics[611]. La présence de ces personnes publiques en tant qu'actionnaires s'explique aisément au regard du contexte historique propre au développement des modes de consommation, et donc des besoins en électricité[612]. La collectivité était alors exploitante et concessionnaire, elle devait respecter les obligations imposées par l'Etat pour l'aménagement de ces ouvrages[613].

On peut ainsi citer l'exemple de la chute d'Etables, dont la concession a été octroyée à la Ville de Saint-Claude par un décret du 26 octobre 1927 approuvant la convention de concession du 28 avril 1927 et le cahier des charges[614]. La concession a été attribuée suite aux demandes de la commune[615], afin de pouvoir produire l'énergie nécessaire à ses besoins et au

[611] La Ville de Toulouse s'est par exemple vu attribuer la concession de la chute du Ramier du Château située sur la Garonne.

[612] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

[613] On peut aussi noter qu'en tant que concessionnaire, elle n'était pas propriétaire des ouvrages construits, alors que ceux-ci étaient principalement financés par des ressources locales.

[614] Décret du 26 octobre 1927 (*JORF* du 4 novembre 1927, p. 11240).

[615] Les demandes de concession ont été présentées par la Commune de Saint-Claude les 15 mars 1922 et 13 mars 1926.

développement économique local avec l'usine de Porte-Sachet[616]. Cet ouvrage a été mis en service en 1932 et il est toujours exploité dans le cadre d'un contrat de concession au bénéfice de la commune[617].

La loi prévoyait par ailleurs la possibilité pour les collectivités territoriales de participer financièrement à l'entreprise hydroélectrique[618]. Les communes, les départements, ainsi que les syndicats de communes ou les établissements publics pouvaient ainsi contribuer à la constitution d'usines hydrauliques[619]. Cette participation, soumise à l'accord du Ministre de l'Intérieur et du Ministre chargé des forces hydrauliques, leur permettra de bénéficier d'un certain nombre de droits prévus par les dispositions de la loi du 16 octobre 1919.

Ainsi, en application de l'article 7, les collectivités ont pu intervenir en versant une avance ou une subvention aux entreprises, mais cela n'était possible que dans la mesure où l'activité pouvait être qualifiée de service public[620]. Ces activités établissaient alors les limites de la compétence matérielle des collectivités. Le juge a ainsi octroyé cette qualité de service public à certaines concessions après l'adoption de la loi. La démonstration peut toutefois être mise en œuvre pour l'ensemble de ces contrats. Ainsi, lorsque l'activité de l'entreprise consistait à distribuer de l'énergie au public ou aux équipements d'une voie ferrée, elle était

---

[616] Cahier des charges de la concession de la chute d'eau d'Etables approuvé par le décret du 26 octobre 1927, préc., article 1er : « L'entreprise a pour objet principal la production de l'énergie nécessaire aux services publics de la ville de Saint-Claude et au développement de l'industrie familiale dans la région ».

[617] La concession a initialement été octroyée pour une durée de soixante-quinze ans « à partir de la date fixée par le présent cahier des charges pour l'achèvement des travaux » : article 31 du cahier des charges de la concession approuvé par le décret du 26 octobre 1927. Dans la mesure où il n'est pas possible d'identifier la date théorique d'achèvement des travaux au vu des modalités de rédaction des clauses du cahier des charges, nous pouvons estimer une date de démarrage à 1932, date de mise en service de l'ouvrage. Par conséquent, si l'on applique cette date de départ, la concession devait arriver à échéance au 31 décembre 2007. La concession ayant été octroyée en 1927, c'est le cahier des charges type de 1919 qui s'appliquait et par conséquent elle a été soumise à la clause de renouvellement automatique du contrat pour une durée de trente ans. Dans cette hypothèse, la concession devrait donc arriver à échéance en 2037 et sera alors soumise à une procédure de mise en concurrence pour son renouvellement. La commune pourra alors candidater au renouvellement, mais elle ne pourra pas se voir attribuer le contrat hors de toute procédure.

Il est important de noter que certaines de ces entreprises n'ont pas été absorbées par EDF lors de la nationalisation. Cela s'explique par le fait qu'elles étaient déjà des entreprises appartenant à la Nation, les collectivités gestionnaires étant des personnes publiques. De plus, l'objet de l'entreprise était d'assurer un service public, notamment avec une alimentation des réseaux en énergie.

[618] Loi du 16 octobre 1919, préc., article 23 renvoyant aux articles 7 et 10, 8°, § d, e, f, g.

[619] C'est l'exemple de la Société de l'énergie électrique de la Moyenne-Dordogne. Les statuts annexés au décret du 1er décembre 1934 (*JORF* du 11 décembre 1934, p. 28) prévoient la division du capital social de la Société en deux tranches « l'une à souscrire par l'ensemble des collectivités intéressées de la XVIIe région à savoir : tout ou partie des Chambres de commerce et des chambres d'agriculture, des départements et des communes de la région […] » (article 7).

[620] La loi faisait alors référence à quatre hypothèses (voir article 7) : la fourniture d'énergie à des services publics ; à des services intéressant la défense ; aux entreprises qui créaient des aménagements en faveur de l'utilisation agricole du cours d'eau ; en faveur de la régularisation du cours d'eau.

qualifiée d'activité de service public, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Josse sur la décision *Epoux de Sigalas*[621].

La loi prévoyait par ailleurs que la valeur et les modalités de remboursement de la contribution octroyée par les collectivités territoriales devaient être inscrites dans l'acte de concession. De plus, les collectivités pouvaient être représentées au conseil d'administration avec un nombre de représentants défini par elles. L'ensemble de ces modalités devait être prévu par le cahier des charges de la concession, en application de l'article 10, 8° de la loi du 16 octobre 1919.

Ces dispositions ont été mises en œuvre pour l'aménagement de la chute de Guerlédan, qui a été exploitée par l'Union hydroélectrique armoricaine[622]. Dans le cadre de la constitution de cette entreprise hydroélectrique, la contribution des collectivités (départements du Morbihan, des Côtes du Nord et la Ville de Lorient) et de l'Etat s'est faite sous la forme de subventions qui ont été remboursées par l'octroi d'actions ordinaires[623]. Les dispositions relatives à la contribution, et notamment ses contreparties, sont en conformité avec la loi du 16 octobre 1919. Cependant, une incohérence apparaît. En effet, dans l'application de la loi de 1919, il est prévu que les collectivités puissent contribuer financièrement à l'établissement d'une entreprise hydroélectrique si cette dernière répond à un intérêt public, selon les dispositions du second alinéa de l'article 23. Toutefois, l'objet de l'union armoricaine hydroélectrique est tout d'abord d'acquérir, de construire et d'exploiter toutes chutes, usines thermiques ou hydrauliques, et principalement la chute de Guerlédan, ensuite de vendre ou utiliser l'énergie dans une optique industrielle ou commerciale[624]. Or, cela ne correspond pas à l'exécution d'un service public[625]. Il semble donc que, malgré les dispositions légales, certaines latitudes aient été accordées à quelques collectivités territoriales.

---

[621] CE, 22 juin 1928, *Epoux de Sigalas, S.* 1928. III. 113. V. *supra* introduction.

[622] Lors de la nationalisation de l'électricité et du gaz par la loi du 8 avril 1946, l'ensemble des droits et obligations a été transféré à EDF.

[623] Union technique de l'électricité (France), *Revue générale de l'électricité* (Paris), T. XIII, n°25, pp. 201B-202B.

Le capital de la société était initialement composé de 8000 actions. Lors de la création de la société, il lui a été permis d'augmenter le capital à 16 000 actions afin de les délivrer au fur et à mesure de l'attribution des subventions par l'Etat et différentes collectivités.

[624] Décret du 30 août 1923 (*JORF* du 5 septembre 1923, p. 8712). L'article 1er dernier alinéa du cahier des charges précise que : « l'entreprise a pour objet principal l'établissement et l'exploitation en vue du commerce de l'énergie électrique, des usines et ouvrages hydrauliques destinés à capter la chute de Blavet à Guerlédan au moyen d'un barrage de 40 mètres de hauteur environ ».

[625] En effet, pour que l'objet de la concession soit qualifié de service public, il aurait fallu, conformément à la jurisprudence *Epoux de Sigalas*, que celle-ci vise à fournir de l'énergie à un service public. L'objet de l'Union électrique armoricaine était

Au-delà de ces possibilités d'intervention, au titre de la loi de 1919, des concessions ont par ailleurs été attribuées par des lois spéciales. Ces lois se justifiaient notamment par le but multiple du contrat, qui supposait une intégration plus importante des collectivités territoriales.

B *Lois spéciales et place dérogatoire des collectivités*

Au-delà de la réglementation générale sur les concessions hydroélectriques, qui permettait aux collectivités territoriales d'intervenir de manière relativement limitée, le législateur a mis en place des modalités d'intervention plus poussées. En effet, certaines concessions ont été octroyées dans le cadre de lois spécifiques qui conduisaient à déroger, en partie, aux dispositions de la loi de 1919.

C'est le cas, en particulier, de l'aménagement du Rhône[626]. Cet aménagement du fleuve avait été envisagé dès la fin du XIXème siècle, pour être finalement autorisé par la loi du 27 mai 1921[627]. La loi prévoyait que le capital de la société serait réparti entre les collectivités territoriales, les industries régionales et des particuliers[628]. De la même manière, ce sont ces mêmes acteurs qui seront représentés au sein du conseil d'administration, avec une spécificité tout de même : la représentation de l'Etat, qui n'était pourtant pas actionnaire. La concession du Rhône donne également une place spécifique aux collectivités territoriales en les intégrant dans la société, dans la mesure où celles-ci ont été à l'initiative du projet. C'est d'ailleurs ce qui a justifié l'octroi d'une triple-mission au concessionnaire. Toutefois, l'intervention des collectivités restait soumise à l'accord préalable de l'Etat[629]. Le règlement d'administration publique relatif à l'application de la loi prévoyait en conséquence l'autorisation d'intervenir pour un certain nombre de collectivités territoriales[630]. Il précisait ainsi, dans son article 12, la liste des départements qui pouvaient intégrer le capital : les départements riverains du fleuve,

---

de vendre l'énergie produite, mais il n'existait aucune obligation concernant la destination de cette énergie. La société pouvait donc la vendre à des industriels.

[626] Nous reviendrons sur le contenu de ce contrat (*infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 3).

[627] Loi du 27 mai 1921 approuvant le programme des travaux d'aménagement du Rhône, de la frontière suisse à la mer, au triple point de vue des forces motrices, de la navigation et des irrigations et autres usages agricoles, et créant les ressources financières correspondantes (*JORF* du 28 mai 1921, p. 6210).

[628] Loi du 27 mai 1921, préc., article 3, alinéa 2.

[629] Loi du 27 mai 1921, préc., article 4, alinéa 1er.

[630] Règlement d'administration publique du 13 janvier 1931 relatif à l'application de la loi du 27 mai 1921 (*JORF* du 16 janvier 1931, p. 511), Titre III (« Participation des collectivités et établissements publics à la compagnie nationale du Rhône »).

ainsi que le département de la Seine. La possibilité de participation de ce dernier département s'expliquait par l'objectif assigné à la concession du Rhône, qui résidait dans l'approvisionnement de Paris en énergie au vu de l'évolution de ses besoins[631]. L'autorisation a aussi été accordée à l'ensemble des communes, des syndicats de communes et à d'autres acteurs institutionnels situés sur les départements listés. Les statuts de la Compagnie nationale du Rhône ont donc attribué 50% du capital social aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics. Un quart revenait aux collectivités territoriales et établissements publics de la région parisienne, l'autre quart aux collectivités riveraines du fleuve[632].

Un autre exemple illustre par ailleurs l'existence de lois spéciales intégrant les collectivités de manière plus importante dans l'exploitation des concessions hydroélectriques[633]. C'est le cas de la chute de l'Aigle sur la Dordogne, qui a été octroyée à la société « Energie électrique de la Moyenne Dordogne, XVIIe région économique »[634]. La loi du 6 mars 1928 relative à l'aménagement et à la concession de forces hydrauliques sur le cours de la Dordogne a ainsi prévu l'octroi de la concession à une société unique, dont les statuts devaient être annexés au décret approuvant le cahier des charges de la concession[635]. En vertu desdits statuts, la société avait pour objet « l'aménagement de la Dordogne entre les limites avales de

---

[631] Cahier des charges général approuvé par décret du 5 juin 1934 (*JORF* du 14 juin 1934, p. 5886), article 1er : « La concession à laquelle s'applique le présent cahier des charges a pour objet l'établissement et l'exploitation des ouvrages nécessaires à l'aménagement du Rhône entre la frontière suisse et la mer au triple point de vue de l'utilisation de la puissance hydraulique, de la navigation, de l'irrigation et des autres emplois agricoles. Le programme des travaux comprend : […] 4° « La construction du collecteur de courant latéral au Rhône et du collecteur assurant la liaison du réseau ainsi constitué avec la région parisienne ».

[632] Statut de la compagnie nationale du Rhône approuvé par le décret du 5 juin 1934, préc., article 5 : « le capital social est fixé à 240 millions divisés en 240.000 actions de 1.000 fr. qui sont à souscrire en espèces, savoir :

60.000 par les collectivités et établissements publics de la région parisienne (ville de Paris, département de la Seine, Chambre de commerce, etc.). Ces actions constitueront la catégorie A ;

60.000 par les autres collectivités et établissements publics intéressés. Ces actions constitueront la catégorie B ;

60.000 par la compagnie Paris-Lyon-Méditerranée. Ces actions constitueront la catégorie C ;

60.000 par les services concédés, les industriels, consommateurs d'énergie électrique ou d'eau, par des sociétés, par des particuliers. Ces actions constitueront la catégorie D.

Les actions de ces quatre catégories auront toutes les mêmes droits, seront soumises aux mêmes obligations, sous la seule exception des stipulations faites ci-après aux articles 13, 16, 17, 18 et 19 ».

[633] La loi du 16 octobre 1919, préc., prévoyait à son article 3 une répartition de la compétence pour l'octroi des concessions hydroélectriques entre le pouvoir législatif et réglementaire selon l'importance de la concession. Ainsi, une loi était nécessaire si « les travaux d'appropriation de la force comportent le déversement des eaux d'un bassin fluvial dans un autre ou le détournement des eaux sur une longueur de plus de 20 kilomètres mesurés suivant le lit naturel ou lorsque la puissance normale (produit de la hauteur de chute par le débit moyen annuel de la dérivation) excède 50,000 kilowatts ».

[634] Voir MATHIOT (C), *L'aménagement hydro-électrique de la Moyenne-Dordogne. Constitution de la Société Anonyme Energie électrique de la Moyenne-Dordogne*, Clermont-Ferrand, Imp. G. Mont-Louis, 1929, 80 p.

[635] Loi publiée au *JORF* du 7 mars 1928, p. 2558, décret du 1er décembre 1934 approuvant, déclarant d'utilité publique et concédant des travaux d'aménagement de la chute de l'Aigle sur la Dordogne (*JORF* du 10 décembre 1934, p. 12117).

la concession accordée par la loi du juillet 1920 à la Compagnie du chemin de fer de Paris à Orléans et les abords d'Argentat »[636]. Celle-ci sera créée avec des capitaux répartis entre deux types d'actionnaires : les collectivités ou les opérateurs institutionnels et les actionnaires privés, qui seront des industriels et des usagers[637]. Le modèle semble déjà assez proche de celui des sociétés concessionnaires que la loi sur la transition énergétique cherche aujourd'hui à mettre en place, et notamment la SEMH. A la constitution d'une société à objet unique, s'ajoute en effet la participation sur une durée limitée d'actionnaires publics et privés[638]. La société en question a toutefois été liquidée par un décret du 12 janvier 1947[639], à la suite de l'application de la loi de nationalisation, et notamment de son article 41[640].

La place offerte aux collectivités territoriales par la loi de 1919 semble donc relativement modeste. En pratique, les collectivités ont toutefois été associées à un certain nombre de projets, en tant que concessionnaires ou en qualité d'actionnaires. Finalement, la législation actuelle confirme l'idée d'un renouveau des concessions hydroélectriques, puisque l'on octroie, à nouveau, aux collectivités territoriales la possibilité de devenir actionnaires des sociétés, comme elles l'ont été par le passé dans certaines situations. Elles peuvent ainsi retrouver la place qu'elles avaient perdue avec la loi de nationalisation, qui avait contribué à une hypercentralisation de la gestion de l'électricité. En effet, le développement et l'exploitation des outils de production faisant l'objet d'un quasi-monopole au profit d'EDF, le rôle des collectivités dans l'aspect énergétique des chutes d'eau s'était considérablement réduit. A partir de là, le rôle des collectivités territoriales dans l'exécution des contrats de concession, pendant la période de nationalisation, concernera essentiellement les incidences non-énergétiques des

---

[636] Décret du 1er décembre 1934, préc., article 2 des statuts de la société annexés au décret.

[637] Décret du 1er décembre 1934, préc., article 7 des statuts de la société annexés au décret.

[638] La Société Energie Electrique de la Moyenne-Dordogne « a une durée égale à celle de sa concession, sauf les cas de prorogation ou de dissolution prévus par les présents statuts ; la prorogation de la concession entraînera de plein-droit la prorogation de la société pour une durée égale » (article 5 des statuts).

[639] Décret du 12 janvier 1947 déterminant les conditions de liquidation de la société Energie électrique de la moyenne Dordogne (*JORF* du 14 janvier 1947, p. 443), article 1er : « l'ensemble des biens, droits et obligations de la société Energie électrique de la moyenne Dordogne est transféré à Electricité de France, service national, dans les conditions de l'article 6 de la loi du 8 avril 1946 […] ».

[640] Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz (*JORF* du 9 avril 1946, p. 2951), article 41, alinéa 2 : « une loi particulière à intervenir avant le 31 décembre 1946 déterminera les conditions de la liquidation de la Compagnie Nationale du Rhône et celles dans lesquelles seront assurés les services autres que celui de l'électricité confiés à cette compagnie par la loi du 27 mai 1921.

Un décret à intervenir dans le même délai fixera la liquidation de la société Energie Electrique de la Moyenne-Dordogne ».

Finalement le premier alinéa de cet article n'a jamais été mis en œuvre : la Compagnie Nationale du Rhône a été maintenue, dans la mesure où elle était composée de capitaux exclusivement publics.

chutes d'eau. Les collectivités devraient, selon nous, dorénavant retrouver toute leur place dans le développement des concessions, avec la fin de la nationalisation, mais surtout avec les nouvelles dispositions qui permettent un renouveau de leurs moyens d'intervention dans ce domaine.

Section 2 Une évolution de la place des collectivités territoriales dans l'exécution des contrats historiques

Avec le renforcement du mouvement de décentralisation à la fin du XXème siècle, les collectivités territoriales vont se voir confier de nouveaux rôles. Celles-ci sont alors devenues plus autonomes et ont vu leur champ de compétence s'élargir de manière conséquente. Ce phénomène a eu un impact sur leur implication dans l'exploitation des concessions hydroélectriques (§ 1). De plus, le processus de décentralisation a conduit à modifier la place de chaque échelon dans le paysage français. La région, qui n'existait pas lors de l'instauration du régime juridique de la force hydraulique, a acquis un rôle majeur dans le développement économique[641]. Sa place a également évolué sous l'influence du droit de l'Union européenne, ce qui a conduit à une réforme profonde de cette entité en 2015[642]. La région s'est agrandie et elle a désormais une place importante en termes de coordination des politiques décentralisées. Cette situation conduit donc à s'interroger sur le rôle qu'elle pourrait tenir à l'avenir dans la gestion des concessions hydroélectriques (§ 2).

§ 1 Le mouvement de décentralisation : un périmètre d'intervention élargi

Depuis le milieu du XXème siècle, l'Etat français a conduit une politique de décentralisation de l'exercice de ses compétences et de ses pouvoirs. Ce phénomène a permis, au fur et à mesure des réformes, de modifier les structures existantes au niveau local (A). En

[641] La région est une collectivité territoriale qui a été créée sous la forme d'établissement public par la loi du 5 juillet 1972. La loi du 2 mars 1982 a prévu leur transformation en collectivité territoriale. A partir de cette date, les régions ont vu leur compétence évoluer de manière notable et notamment avec l'adoption des dernières lois : la loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (*JORF* n°0023 du 28 janvier 2014, p. 1562), la loi n°2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral (*JORF* n°0014 du 17 janvier 2015, p. 777) et la loi n°2015-991 portant nouvelle organisation territoriale de la République du 7 août 2015 (*JORF* n°0182 du 8 août 2015, p. 13 705). Sur ces sujets, voir, par exemple, FAURE (B), « Le leadership régional : nouvelle orientation du droit des collectivités territoriales ? », *AJDA*, 19 octobre 2015, pp. 1898- 1904 ; JANICOT (L), « Le pouvoir normatif des régions », *RFDA*, 1er juillet 2016, pp. 664-670 ; PONTIER (J-M), « La redistribution des compétences entre les collectivités territoriales », *RGCT*, 1er mars 2016, pp. 31-40.

[642] Loi n°2015-991 du 7 août 2015, préc.

parallèle, et en complément de l'évolution des structures, furent initiés un transfert et une diversification des compétences exercées localement. Cette évolution a alors conduit les collectivités à jouer un rôle plus important autour de l'exécution des concessions hydroélectriques. C'est notamment en raison de leurs compétences touchant à certains usages de l'eau qu'elles se sont intéressées à l'utilisation de la force hydraulique. Ainsi, les collectivités territoriales ont vu leur place évoluer au regard de leur intérêt pour le développement des usages de l'eau (B).

A *Le renforcement de la place des collectivités par les réformes territoriales*

L'échelon décentralisé a pris une place de plus en plus importante, notamment avec la Constitution de 1946, qui a donné un statut constitutionnel à la commune et au département, celui de collectivités territoriales[643]. Ce statut donne désormais aux collectivités un certain nombre de garanties de valeur constitutionnelle dans le cadre des articles 72 et suivants de la Constitution de 1958, avec l'inscription des principes de libre administration, d'interdiction de tutelle d'une collectivité sur une autre, ou encore de l'obligation tendant à ce qu'une part déterminante du budget soit constituée de ressources propres[644].

Le mouvement de décentralisation a connu une étape charnière en 1982. Il a conduit à supprimer la tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales et à leur octroyer des compétences propres. Les collectivités territoriales peuvent désormais intervenir, dans la limite de leurs compétences, sans contrôle *a priori* et d'opportunité de l'Etat. Cette étape, qualifiée de premier acte de la décentralisation, crée une véritable « rupture » selon le Professeur PRIET[645]. Elle permet de fonder des « rapports radicalement nouveaux entre les collectivités territoriales et l'Etat »[646].

La modification de la perception du rôle des collectivités territoriales dans le paysage français est à l'origine de la situation actuelle. Celles-ci sont de plus en plus autonomes et ont

---

[643] Constitution du 27 octobre 1946 – Titre X (« Des collectivités territoriales ») ; article 85 « La République française, une et indivisible, reconnaît l'existence de collectivités territoriales. Ces collectivités sont les communes et départements, les territoires d'outre-mer. » ; article 87 : « Les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus au suffrage universel. L'exécution des décisions de ces conseils est assurée par leur maire ou leur président ».

[644] Constitution du 4 octobre 1958, Titre XII – Des collectivités territoriales.

[645] PRIET (F), « Quelles nouvelles compétences pour les nouveaux territoires locaux ? », *BJCL*, 2011, n°01/11, pp. 2-10 (p. 3).

[646] *Eod. Loc.*

un réel pouvoir de décision. De plus, les modalités de gestion de l'action publique ont évolué. On a longtemps défendu le concept du *new public management,* qui se définit comme « une nouvelle forme de gestion publique basée entre autres sur une culture du résultat et l'emprunt de pratiques et d'outils issus du privé »[647]. Les collectivités cherchent à développer leur attractivité afin d'attirer de nouveaux administrés, ce qui leur permet de se développer économiquement, d'obtenir en conséquence des ressources fiscales supplémentaires et de pouvoir investir pour le bien de leur territoire. C'est un cycle vertueux. Aujourd'hui, les collectivités sont des opérateurs de marketing[648]. Les décisions sont souvent prises dans un esprit de concertation avec les différentes parties prenantes, conformément aux modalités de l'action publique actuelle[649].

Cette situation révèle l'importance et les enjeux de l'autonomie des collectivités. Ce phénomène semble devoir s'accroître au vu des réformes en cours, notamment avec le renforcement des régions et l'expansion de leur périmètre d'intervention matériel. Au vu de leurs compétences dans le domaine du développement économique, et notamment en matière d'aide aux entreprises, ces dernières sont en effet en mesure d'améliorer l'attractivité de leur territoire[650].

Le rôle des collectivités territoriales a considérablement évolué depuis la loi du 16 octobre 1919. Cette évolution est tirée de leur reconnaissance constitutionnelle, des garanties

---

[647] CHAPPOZ (Y) et PUPION (P-C), « Le New Public Management », *Gestion et management public*, 2012/2, pp. 1-3 (p. 1).

[648] Le marketing territorial est devenu relativement important dans le développement des collectivités pour défendre l'attractivité de leurs territoires. Ces démarches illustrent d'ailleurs l'évolution des modes de gouvernance et de gestion de l'action publique des collectivités territoriales en France. L'article de M. HOUILLIER étudie les modalités de mise en pratique du marketing territorial dans la Région Bretagne qui a été la première région française à créer sa marque, en s'inspirant du modèle du canton suisse du Valais. Voir HOUILLIER-GUIBERT (C-E), « De la communication publique vers le marketing des territoires : approche microsociologique de la fabrication de l'image de marque », *Gestion et management public*, 2012/2, pp. 35-49 (p. 35) : « au cours de la décennie 2000, la compétitivité des territoires est un mode d'action assumé qui suscite la montée en puissance des réflexions sur l'attractivité territoriale à plusieurs niveaux scalaires ».

[649] Cette vision d'une rénovation de l'action publique nécessitant l'intervention des différents acteurs dans la prise de décision a été promue par l'ONU dans le cadre de l'élaboration de l'Action 21. V. le préambule du Chapitre 23 du programme « Action 21 » : « 23.1 La réalisation effective des objectifs et des politiques ainsi que le fonctionnement efficace des mécanismes que les gouvernements ont approuvés dans tous les secteurs de programme d'Action 21 seront fonction du degré d'engagement et de participation réelle de tous les groupes sociaux.
23.2 L'un des principaux éléments indispensables à la réalisation du développement durable est une large participation du public à la prise de décisions. […] ».

Voir, également, SAUNIER (S), « L'association du public aux décisions prises par l'administration », *AJDA*, n°43, 21 décembre 2015, pp. 2426-2432. L'auteur étudie dans cet article les nouvelles dispositions du Code des relations entre le public et l'administration et notamment son titre III (livre Ier) relatif à « L'association du public aux décisions prises par l'administration ». Son article conclut à un certain nombre d'insuffisances dans ce nouveau code, mais il note toutefois une avancée dans l'association des citoyens.

[650] FERREIRA (N), « La loi NOTRe : l'enchevêtrement des compétences, suite et … fin ? », *AJCT*, 2016, pp. 79-83 ; LANDOT (E), « Loi NOTRe du 7 août 2015 : une nouvelle réforme du mille-feuille », *BJCL*, 2015, n°10/15, pp. 666-673.

qui leur sont attribuées[651], mais aussi du développement de leurs compétences. Les différentes lois relatives à la décentralisation ont conduit les collectivités à intervenir dans le champ des concessions hydroélectriques. Ainsi, les différents échelons ont pu se voir confier des missions en matière environnementale avec la loi du 12 juillet 2010[652]. La loi MAPTAM a quant à elle donné le rôle de chef de file à la région notamment dans les domaines du développement durable du territoire, de la protection de la biodiversité, du climat, de la qualité de l'air et de l'énergie[653]. La loi NOTRe a prévu dans ce cadre la nécessité pour les régions d'élaborer un schéma régional aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET). Ces schémas sont inspirés des anciens schémas régionaux d'aménagement et de développement durable des territoires (SRADT). Toutefois, le nouveau schéma régional instauré en 2015 a une portée bien plus importante que son aïeul, dans la mesure où celui-ci a une valeur prescriptive[654]. La loi de transition énergétique leur a donné des compétences dans le développement des énergies renouvelables. Ces changements s'expliquent par la taille réduite des installations de production, qui justifie la légitimité d'une action décentralisée. Ce lien entre les énergies renouvelables et leur « impact positif sur le développement au niveau local », du fait de leur caractère décentralisé, a été mis en exergue par Dominique RISTORI[655]. Certes, la loi NOTRe a conduit à supprimer la clause générale de compétence dont bénéficiaient le département et la région[656]. On pourrait penser, à première vue, qu'une telle suppression affecte les capacités d'intervention de ces échelons de collectivités. En réalité, la suppression de cette clause a eu un effet très limité, en tout cas pour la production hydroélectrique, dans la mesure où les compétences dévolues sont particulièrement larges.

---

[651] Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République (*JORF* n°75 du 29 mars 2003, p. 5568). V. RIHAL (H), « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 : entre innovation et complexité », *RFAP*, 2003, n°105, pp. 219-234.

[652] Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (*JORF* n°0160 du 13 juillet 2010, p. 12905). V. GARDERES (N), « Grenelle 2 : les dispositions relatives au climat », *Environnement*, oct. 2010, n°10, pp. 17-21 ; DUVAL (J), « Grenelle 2 : un traitement ambivalent des énergies renouvelables », *Environnement*, oct. 2010, n°10, pp. 11-16.

[653] Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, dite loi MAPTAM (*JORF* n°0023 du 28 janvier 2014, p. 1562). V. DEGOFFE (M), « La loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles », *BJCL*, 2014, n°4, pp. 245-247 ; LUCHAIRE (Y), « La réforme territoriale issue des lois récentes », *RGCT*, 2015, n°56, pp. 3-42

[654] V. MARTIN (J), « Une nouvelle normativité pour les SRADDET, dans le respect de la décentralisation », in Les cahiers du GRIDAUH, *La planification territoriale stratégique : entre droit souple et droit dur. Etudes en l'honneur de J-P LEBRETON*, 2015, pp. 217-227.

[655] RISTORI (D), « 60 ans de politique énergétique », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2019, n°1/2019, pp. 17-38 (p. 31).

[656] Loi n°2015-991du 7 août 2015, préc., article 94. V. par exemple : FERREIRA (N), « La loi NOTRe : l'enchevêtrement des compétences, suite et … fin ? », *AJCT*, 2016, pp. 79-83.

B *L'évolution des compétences des collectivités territoriales*

Les collectivités territoriales sont intervenues dans un premier temps sur les questions touchant à l'aspect purement énergétique dans le cadre des concessions hydroélectriques. L'évolution de leurs compétences les a ainsi conduits à développer un intérêt et des attributions gravitant autour du développement des énergies renouvelables.

Les principales compétences des collectivités en lien avec le développement de l'hydroélectricité portent sur la gestion des usages de l'eau, l'environnement ou le tourisme. Les enjeux autour de l'eau ont conduit les territoires à reprendre en main le sujet et à devoir penser l'eau dans son « grand cycle »[657]. Cela pousse les collectivités à exécuter leurs compétences relatives à l'eau au-delà de l'aspect production, distribution et épuration des eaux. Dorénavant, la gestion de l'eau doit être pensée en lien, par exemple, avec la gestion des milieux aquatiques ou la prévention des inondations[658].

Cela se ressent en particulier dans le cadre des différents investissements engagés par les concessionnaires pour les besoins locaux. On peut citer l'exemple d'EDF qui, sur le Rhin, a conduit un projet de restauration écologique, en immergeant un ancien bras du fleuve sur l'île du Vieux Rhin. Cette action d'EDF a été réalisée dans le cadre du cahier des charges de la concession de Kembs, qui a été renouvelée en 2010[659]. Ces actions se retrouvent aussi sur le Rhône avec les programmes pluriannuels quinquennaux qui permettent au concessionnaire d'intervenir dans le cadre de son objet de concession en participant à différents projets des collectivités territoriales[660].

---

[657] Le grand cycle de l'eau correspond à son cycle naturel, c'est-à-dire les différentes phases de circulation que sont l'évaporation, les précipitations, le ruissellement et l'infiltration.

[658] La loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (*JORF* n°0023 du 28 janvier 2014, p. 1562) a ainsi créé, par ses articles 56 à 59, une compétence de gestion des milieux aquatiques et de prévention des inondations à la charge des communes et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre.

[659] Décret n°2009-721 du 17 juin 2009 relatif à l'aménagement et à l'exploitation de la chute de Kembs dans le département du Haut-Rhin (*JORF* n°0141 du 20 juin 2009, p. 10041). La restauration du vieux Rhin était prévue dans le cahier des charges de la concession et a fait l'objet d'un arrêté spécifique. V. article 16 du cahier des charges de la concession : « Travaux de génie environnemental hors du domaine concédé. Le concessionnaire réalisera dans un délai de cinq ans à compter de l'approbation des projets par l'autorité administrative compétente les travaux de renaturation d'un ancien bras du Rhin situé sur l'île du Rhin. […] ». V., également, arrêté n°2013317-0010 du 13 octobre 2013 autorisant au titre du décret n°94-894 du 13 octobre 1994, Electricité de France, Unité de Production Est à réaliser des travaux de renaturation d'un ancien bras du Rhin et d'un ancien champ cultivé sur l'île du Rhin en aval du barrage de Kembs.

[660] Les articles 1ers ter et quater du cahier des charges général de la concession du Rhône prévoient la mise en place d'un schéma directeur annexé au cahier des charges général et de programmes pluriannuels quinquennaux visant à décliner les objectifs du schéma directeur. A la différence de ce qui est prévu dans la concession de la chute de Kembs, dans le cadre de la concession du Rhône, les interventions du concessionnaire sont moins encadrées, puisque ce sont de simples objectifs généraux qui lui sont assignés. Ces articles ont été intégrés au cahier des charges général par le huitième avenant au contrat approuvé par le décret n°2003-513 du 16 juin 2003 approuvant le huitième avenant à la convention de concession générale passée le 20

Au-delà de l'intervention des collectivités dans le cadre de leurs domaines de compétence liés aux concessions hydroélectriques, celles-ci ont également vu un autre intérêt apparaître, en lien avec l'exécution de ces contrats. Cet intérêt est lié à l'aspect financier : il s'agit du bénéfice de différentes taxes ou redevances liées à l'activité du concessionnaire. Il y a tout d'abord les impôts non spécifiques qui lui reviennent, tels que la taxe foncière ou les taxes professionnelles. Mais la spécificité tient surtout à une redevance spéciale, qui devra être prévue dans les cahiers des charges des concessions hydroélectriques, la redevance sur les recettes[661]. Cette redevance, qui est dorénavant proportionnelle aux recettes de la concession et non plus uniquement aux ventes d'électricité, bénéficie pour un tiers aux départements, pour un douzième aux communes, la même part revenant aux groupements de communes. La redevance relative aux recettes représente un réel attrait pour les collectivités territoriales. Cependant, celle-ci n'a jamais été mise en place à ce jour. A l'heure actuelle, aucune collectivité n'a donc perçu cette redevance, ce qui a été largement critiqué par les élus, mais aussi par la Cour des comptes[662]. Ces ressources seraient pourtant les bienvenues dans le contexte actuel de restriction budgétaire. La Cour des Comptes a ainsi évalué les pertes financières liées à l'absence de perception de cette redevance à 340 millions d'euros en 2012.

Le montant pour les collectivités pourrait pourtant être très important au vu du seul cas connu de versement d'une redevance semblable. En effet, si cette redevance n'a jamais été mise en place sur le fondement de la loi de finances de 2006, elle l'a été en revanche sur le fondement de l'article 36 de la loi de finances pour 2003 propre à la concession du Rhône, instaurant une redevance proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité[663]. La comparaison a toutefois ses limites, dans la mesure où les dispositions relatives à la redevance ne fixent pas à l'heure actuelle un taux qui s'appliquerait à l'ensemble des concessions. Celui-ci sera fonction de plusieurs éléments. Dans le cas de la Compagnie nationale du Rhône, il a été fixé à 24%.

---

décembre 1933 entre l'Etat et la Compagnie nationale du Rhône et modifiant le décret n°96-1058 du 2 décembre 1996 relatif à la délivrance des titres d'occupation du domaine public de l'Etat (*JORF* n°138 du 17 juin 2003, p. 10112). La CNR participe par exemple, dans le cadre du « plan Rhône », à une opération de restauration du libre écoulement des eaux en supprimant les différents obstacles existants autour des lônes. Ces opérations visent à permettre un développement des milieux aquatiques avec la réapparition d'espèces historiquement présentes dans ces zones. Nous reviendrons sur ces activités complémentaires aux missions initiales du concessionnaire du Rhône dans la Partie 2, Titre 2.

[661] Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 1, b).

[662] Référé n°67194 de la Cour des Comptes, rendu public le 2 septembre 2013, relatif au renouvellement des concessions hydroélectriques, disponible sur le site internet de la Cour des Comptes, à l'adresse suivante : file:///C:/Users/ROLET/Downloads/renouvellement_concessions_hydroelectriques_refere_67194%20(3).pdf.

[663] Loi n°2002-1575 du 30 décembre 2002 de finances pour 2003 (*JORF* du 31 décembre 2002, p. 22025). Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2.

Celle-ci a alors versé, entre 2003 et 2018, 1610 millions d'euros à l'Etat[664]. Toutefois, les dispositions relatives à la redevance proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité, instaurée spécifiquement pour le cas de la concession du Rhône, n'ont pas prévu une répartition du montant perçu entre les différents acteurs. L'Etat perçoit donc seul le bénéfice de cette redevance, ce qui conduit à une perte théorique de ressources pour les collectivités riveraines du fleuve. Dans le cadre des dispositions actuelles concernant la répartition de la redevance, les communes et les groupements de communes devraient pouvoir bénéficier d'un douzième de la redevance (chacun de ces échelons devant se répartir 11,8 millions d'euros) et les départements d'environ un tiers (soit 47,2 millions d'euros)[665]. Toutefois, la concession du Rhône permet un retour aux territoires par un autre biais, les plans pluriannuels quinquennaux permettant au concessionnaire de mener des actions allant au-delà de sa mission initiale[666].

La loi sur la transition énergétique cherche ainsi à favoriser un meilleur partage des ressources avec les collectivités. Elle maintient la possibilité de percevoir une part de la redevance et elle leur permet de devenir actionnaire des SEMH, ce qui peut impliquer la perception de dividendes. Toutefois, cet objectif affiché paraît plutôt limité en pratique, dans la mesure où l'Etat semble favorable à la prolongation d'un certain nombre de contrats de concession. Or, une telle prolongation ne permettra pas l'entrée des collectivités territoriales au capital de la société concessionnaire, en tout cas au titre de l'outil spécifique qui a été créé, la SEMH. De plus, la redevance proportionnelle aux recettes de la concession ne sera mise en place que lorsqu'un nouveau contrat sera octroyé. La prolongation, qui passera par une

---

[664] Source : Dossier de concertation du projet de prolongation de la concession du Rhône, 2019, p. 60, disponible sur le site internet : www.prolongation-rhone.com.

[665] L'article L. 523-2 du Code de l'énergie, dans sa version modifiée par la loi n°2015- 992 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, prévoit une nouvelle répartition de la redevance proportionnelle. Voir article L. 523-2, alinéa 9 et suivants : « un tiers de la redevance est affecté aux départements sur le territoire desquels coulent les cours d'eau utilisés, l'éventuelle répartition entre plusieurs départements étant proportionnelle à la puissance moyenne hydraulique devenue indisponible dans les limites de chaque département du fait de l'usine.

Un douzième de la redevance est affecté aux communes sur le territoire desquelles coulent les cours d'eau utilisés. La répartition entre les communes est proportionnelle à la puissance hydraulique devenue indisponible dans les limites de chaque commune du fait de l'ouvrage hydroélectrique.

Un douzième de la redevance est affecté aux groupements de communes sur le territoire desquels coulent les cours d'eau utilisés. La répartition entre les groupements est proportionnelle à la puissance hydraulique devenue indisponible dans les limites de chaque communauté du fait de l'ouvrage hydroélectrique. La redevance affectée aux communes peut être transférée à un groupement, sous réserve de l'accord explicite de chacune des communes de ce groupement ».

[666] V. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 3, B.

modification du contrat initial, approuvée par avenant, ne permettra pas automatiquement l'instauration de cette redevance qui pourrait profiter aux collectivités territoriales[667].

Toutefois, l'objectif affiché d'intégration des collectivités territoriales et de participation aux ressources émanant des concessions hydroélectriques s'inscrit dans le cadre d'une logique nouvelle, d'une vision dépassant l'aspect purement énergétique et central avec un Etat concédant. C'est l'ancrage local qui prend son importance, ce qui est en cohérence avec l'existence d'ouvrages délocalisés, ancrés sur un territoire[668]. On peut tout de même noter que la région n'est pas mise particulièrement en avant dans le cadre de l'évolution des concessions hydroélectriques. Pourtant, il semble que l'échelon régional bénéficie d'une légitimité d'intervention croissante dans le cadre de l'exécution des contrats de concession hydroélectrique.

§ 2 La perspective d'un nouveau rôle pour les régions

Dans la réforme de la décentralisation, mise en place sous la présidence de François HOLLANDE, les régions ont une place majeure, l'ambition de l'Etat étant de faire de ce niveau de collectivités un acteur à part entière à l'échelle européenne, dans l'Europe des régions, ce qui doit passer par l'évolution de leur taille et de leur rôle[669]. Ainsi, la loi du 16 janvier 2015 a

---

[667] On peut toutefois envisager, lors de la négociation conduisant à modifier le cahier des charges, la possibilité d'instaurer cette redevance. Il faudra alors s'assurer de sa compatibilité avec les règles relatives à la modification d'un contrat en cours (ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession publiée au *JORF* n°0025 du 30 janvier 2016, texte n°66, article 55 et décret n°2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession publié au *JORF* n°0027 du 2 février 2016, texte n°20, articles 36 et 37), codifiés aux articles L.3135-1 et suivants du CCP, et notamment à l'interdiction de bouleversement de l'économie du contrat dans le cadre d'une modification de ce dernier.

[668] Cette idée d'un intérêt de l'hydroélectricité au niveau local a aussi été reconnue par la Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, Mme Ségolène ROYAL, dans sa réponse à une question concernant les conditions de prolongation des concessions hydroélectriques. Elle considère ainsi que « […] l'hydroélectricité est également une ressource énergétique locale, qui contribue directement et indirectement au développement économique des territoires, par le soutien à d'autres usages de l'eau comme l'irrigation et les activités touristiques » (Réponse min. n°92210 : *JOAN* Q, 9 février 2016, p. 1329 ; Q. 29 décembre 2015, Mme Marie-Lou MARCEL).

[669] Cette position n'est pas tenue par l'ensemble des partis politiques. Cependant, c'est en s'appuyant sur ces arguments que la majorité alors en place a défendu son projet de réforme. Ainsi, l'exposé des motifs du projet de loi n°635 relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral enregistré à la présidence du Sénat le 18 juin 2014, précise les objectifs de cette réforme : « le présent projet de loi se fonde sur la nécessité d'améliorer la gouvernance territoriale ainsi que l'efficacité et l'efficience des politiques publiques mises en œuvre dans les territoires. Cette volonté se traduit par un renforcement de l'échelon régional en clarifiant les compétences des régions mais aussi en donnant à ces dernières une taille critique sur le plan géographique, démographique et économique » (DELEBARRE (M), *Rapport n°658 fait au nom de la commission spéciale sur le projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral*, enregistré à la présidence du Sénat le 26 juin 2014). Ce rapport souligne l'objectif affiché par la réforme, visant à « doter les régions françaises d'une taille critique qui leur permette d'exercer à la bonne échelle les compétences stratégiques qui leur sont attribuées, de rivaliser avec les collectivités comparables en Europe et de réaliser des gains d'efficience ».

redéfini les limites des régions françaises en créant treize régions[670], à la place des vingt-deux anciennes[671]. Cela se justifiait par la nécessité de s'adapter « aux réalités géographiques et à l'Europe des régions, mais encore de relever le défi du redressement de l'économie et des comptes publics »[672]. Au-delà d'une telle réorganisation géographique, les régions ont aussi vu leurs compétences d'intervention élargies, avec les dispositions de la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe)[673].

L'évolution de la décentralisation conduit donc la région, dernière collectivité territoriale à statut général historiquement créée, à prendre une place prépondérante. Au vu de cette première évolution de la place des régions, qui pourrait tout à fait se renforcer dans l'avenir, on peut s'interroger sur la pertinence du rôle actuel de la collectivité régionale dans le développement et la gestion de la production hydraulique. Faut-il, en particulier, renforcer ce rôle, pour l'inscrire encore davantage dans le processus de renouveau des concessions hydroélectriques ?

Lors de l'élaboration de la loi de 1919, il a été prévu que la force motrice de l'Etat revienne à la Nation. L'Etat est donc le gestionnaire de cette ressource. Cette solution était déjà majoritairement acceptée lors des débats portant sur les cours d'eaux domaniaux, qui intégraient, avant même 1919, le domaine public national[674]. En revanche, certains députés avaient suggéré la possibilité pour les départements de bénéficier de cette ressource pour les cours d'eaux non-domaniaux, ce qui leur aurait permis d'organiser leur exploitation en régie ou par un contrat de concession, tout en profitant du revenu de cette ressource[675]. L'une des principales objections avancées à l'encontre d'une telle évolution fut celle du département, qui n'était pas forcément une structure pertinente, au vu de son périmètre géographique, pour la gestion de ces cours d'eau. Le député qui défendait alors ce projet a reconnu qu'il ne s'agissait

---

[670] En comptant la collectivité territoriale de Corse, dont les deux départements ont fusionné. La collectivité a dorénavant un statut particulier.

[671] Loi n°2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des Régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral (*JORF* n°0014 du 17 janvier 2015, p. 777).

[672] *Etude d'impact du projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral*, 17 juin 2014, 57 p. (p. 3). La modification du périmètre des régions a été prévue dans la loi n°2015-29, préc.

[673] Loi n°2015-991, préc..

[674] Voir *supra*, introduction.

[675] Voir références citées *supra*, introduction.

pas d'un périmètre des plus adaptés, mais qui méritait toutefois d'être retenu en l'absence de collectivités de taille plus importante[676].

Aujourd'hui la question de la pertinence de l'intervention des collectivités territoriales pour la gestion de la force motrice pourrait donc être de nouveau étudiée.

L'idée d'une collectivité concessionnaire semble d'ailleurs en conformité avec certains modèles étrangers. Les dispositions relatives à l'utilisation des forces hydrauliques en Suisse vont ainsi dans ce sens. Elles sont inscrites dans la loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH) du 22 décembre 1916. L'article 1er de cette loi prévoit que « la Confédération exerce la haute surveillance sur l'utilisation des forces hydrauliques des cours d'eau publics ou privés ». Toutefois, l'article 2 inscrit le principe selon lequel c'est la communauté qui bénéficie du profit de cette utilisation[677]. Elle peut donc l'exploiter par elle-même ou le concéder[678].

En France, la région aurait pu avoir le même rôle que la communauté en Suisse, et ce dès 1982 et la création de la collectivité territoriale régionale. Cette solution semble encore plus opportune aujourd'hui, avec les dernières lois relatives à la décentralisation, qui ont conduit à la fusion et à la redéfinition de ces collectivités, qui couvrent désormais des périmètres élargis[679]. Ainsi, la loi NOTRe a permis de favoriser le rôle des régions en leur donnant « une vocation stratégique qui s'exprime essentiellement dans les domaines du développement économique et de l'aménagement du territoire [...] »[680].

La pertinence de la région comme autorité concédante peut ainsi se justifier à plusieurs titres. L'échelon régional peut trouver une légitimité en application du principe de subsidiarité, tout d'abord, parce qu'il semble que la région soit plus proche et ait une meilleure connaissance des territoires concernés par les aménagements hydroélectriques, qui sont très fréquemment sur le périmètre de plusieurs communes, voire de plusieurs départements. Cette situation se

---

[676] Intervention du député Victor PEYTRAL lors de la séance du 15 avril 1919 à la Chambre des députés (*JORF*, Débats parlementaires, Chambre des députés, 16 avril 1919) : « je parle du département, parce que j'estime que c'est lui qui est le véritable représentant et le véritable défenseur des intérêts régionaux. […] Puisque nous n'avons pas encore la Région, si nous voulons voir autre chose que l'Etat, nous sommes bien obligés de nous cantonner dans le département. » (p. 1966).

[677] LFH, article 2, alinéa 1er : « la législation cantonale détermine la communauté (canton, district, commune ou corporation) à laquelle appartient le droit de disposer de la force des cours d'eau publics ».

[678] LFH, article 3.

[679] Loi n°2014-58, préc. ; loi n°2015-29, préc. et loi n°2015-991, préc.

[680] FERSTENBERT (J), PRIET (F), QUILICHINI (P), *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, Paris, 2ème éd., 2016, p. 595.

retrouve d'autant plus pour les ouvrages au fil de l'eau, à cheval sur un cours d'eau qui sert de frontière géographique à de nombreuses collectivités de niveau communal et départemental. Ensuite, cette intervention serait justifiée au vu des ressources qui peuvent bénéficier aux autorités concédantes pour l'exploitation de ces concessions. Aujourd'hui, il est prévu une répartition de la redevance proportionnelle aux recettes de la concession entre l'Etat, les départements et le bloc communal. Le fait pour la région de devenir autorité concédante lui permettrait de bénéficier d'une ressource tirée de l'exploitation de son territoire. Enfin, ce changement s'inscrirait dans la logique actuelle de transfert des compétences de l'Etat vers les territoires, dans le domaine des énergies renouvelables. Cela est particulièrement vrai pour les énergies renouvelables contemporaines, telles que le photovoltaïque, l'éolien, la géothermie, dans la mesure où ces énergies sont des énergies qui alimentent le réseau national, mais qui pourraient également être utilisées au niveau local. Cette démarche va d'ailleurs dans le sens des propositions de plusieurs théoriciens. On peut notamment citer les prescriptions de Jérémy RIFKIN[681], concernant une troisième révolution industrielle. L'idée qu'il développe est que les populations vont évoluer dans des réseaux relativement restreints et localisés, dont le concept serait l'auto-alimentation en énergie. Certes, aujourd'hui, l'hydroélectricité, énergie renouvelable historique au vu des volumes d'électricité produits, sert à alimenter l'ensemble du réseau national, notamment en fonction de la nature des ouvrages. En effet, les ouvrages produisant en période de pointe ont un rôle d'ajustement sur le réseau à l'échelle nationale. Ce n'est toutefois pas nécessairement le cas pour les centrales au fil de l'eau. Penser les ouvrages autour d'un territoire favoriserait donc une gestion de la ressource par des collectivités, et notamment par la région, dont le périmètre semble le plus adapté[682].

---

[681] RIFKIN (J), *La troisième révolution industrielle. Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, Babel, Les liens qui libèrent, 2012.

[682] Le droit à la différenciation qui doit être inscrit à l'article 72 de la Constitution doit permettre la mise en place de deux mécanismes distincts : le droit à l'adaptation, d'une part ; la possibilité pour des collectivités de même niveau d'exercer des compétences différentes, de l'autre. Cette disposition a été intégrée dans le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace. Il nous semble que celui-ci pourrait être un outil intéressant afin de transférer la propriété de la force motrice de l'Etat, pour certains ouvrages, à certaines collectivités territoriales. V., sur le droit à la différenciation : CE Avis, Section de l'intérieur, 7 décembre 2017, n° 393651 ; CAZEUNEUVE (J-R) et VIALA (A), *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation en conclusion des travaux du groupe de travail sur les possibilités ouvertes par l'inscription dans la constitution d'un droit à la différenciation*, 14 février 2019, 95 p. ; ERSTEIN (L), « Collectivités territoriales : des compétences à géométrie variable », *JCP A*, 2018, n°10, pp. 5-6 ; PELRAN (A), « Expérimentation et différenciation territoriale : les propositions de la mission flash de l'Assemblée nationale », *JCP A*, 2018, n°21, pp. 2-4.

Il semble cependant difficilement imaginable aujourd'hui que l'Etat transfère cette compétence aux collectivités. Ces concessions présentent en effet un intérêt financier stratégique, avec un certain nombre de taxes et de redevances. Les sommes perçues par l'Etat devraient d'ailleurs augmenter de manière considérable, dans la mesure où la redevance proportionnelle aux recettes de la concession va être mise en place au fur et à mesure du renouvellement des contrats en cours. Il est cependant nécessaire de nuancer cette affirmation dans le contexte du marché de l'électricité de 2016, où les prix de vente sur le marché de gros s'effondrent, ce qui conduit à une chute du chiffre d'affaire des entreprises. Cela reste toutefois à relativiser, puisque ce sont notamment la CNR et la SHEM qui vendent leur production sur le marché de l'électricité, alors qu'elles ne détiennent que 20% de la production d'hydroélectricité française. EDF, quant à elle, vend la plupart de sa production directement aux usagers et celle-ci est tenue, pour ces derniers, à des tarifs réglementés de vente qui lui assurent, aujourd'hui, un revenu minimum. Au-delà de l'aspect financier, les ouvrages hydroélectriques jouent un rôle primordial sur le marché de l'électricité, ce qui pourrait plaider en faveur d'une gestion centralisée de ces ouvrages. Dans tous les cas, même si la région ne devient pas l'autorité compétente pour la gestion des concessions hydroélectriques, les collectivités territoriales ont toutefois un rôle à jouer. Les modalités d'intervention à définir doivent donc permettre d'envisager un nouveau modèle.

Conclusion Chapitre 2

Lors de la création des aménagements hydroélectriques, et de leur essor à partir du début du XXème siècle, le rôle octroyé aux collectivités territoriales était marginal. Cette faiblesse était commune à tous leurs secteurs d'intervention, dans la mesure où les collectivités avaient un pouvoir d'action très limité. Depuis, la France a engagé un mouvement de décentralisation qui a permis d'octroyer un rôle important aux collectivités territoriales., qui sont des entités autonomes exerçant en propre les compétences qui leur sont dévolues.

Au moment de la création des ouvrages hydroélectriques, les collectivités ne disposaient que de très peu de compétences. Pour autant, à cette époque, le législateur, par la loi de 1919, a fait le choix de donner une place aux collectivités. En pratique, ces possibilités ont toutefois été peu utilisées. Cependant, le fait d'avoir créé des moyens d'intervention montre la volonté initiale d'associer les collectivités territoriales au développement de ces ouvrages. Les collectivités sont ainsi aujourd'hui l'interlocuteur privilégié des administrés sur leur périmètre géographique de compétence. Elles interviennent dans des domaines de plus en plus nombreux et notamment en lien avec les différents usages de l'eau, comme la GEMAPI, l'assainissement et l'eau potable ou le tourisme.

Ces collectivités sont donc particulièrement concernées par les enjeux liés à l'utilisation et surtout au partage de la ressource en eau. La prise en considération de ces entités, voulue en 1919, s'est ainsi accentuée et doit encore connaître un nouvel essor. Il nous semble en conséquence nécessaire d'envisager un rôle prépondérant des collectivités territoriales dans l'exécution des contrats de concession hydroélectriques. Permettre aux territoires de réintégrer le tour de table des concessions hydroélectriques, participe également, selon nous, du renouveau nécessaire de ces contrats.

Conclusion Titre 2

Le renouveau des concessions hydroélectriques va de pair avec un regain d'intérêt des autorités concédantes à l'égard de l'exécution des contrats de concession. En effet, les autorités souhaitent de plus en plus être associées à l'exécution du contrat, afin de pouvoir en assurer un contrôle optimal. Cette volonté est notamment apparue avec l'obligation de mise en concurrence qui s'impose à la France dans le renouvellement des concessions hydroélectriques. Elle doit être le moyen de rassurer les parties prenantes, telles que les collectivités, les syndicats de salariés ou les citoyens. L'un des nouveaux moyens permettant au concédant de renforcer sa position est d'intégrer le capital, et donc de pouvoir participer aux décisions de l'entreprise concessionnaire, grâce à la SEMH. Toutefois, cet outil doit être utilisé avec précaution, afin d'éviter une situation dans laquelle les actionnaires, au côté de l'industriel, seraient en incapacité de prendre les décisions utiles à la viabilité d'une entreprise industrielle. En effet, si le concédant est trop présent, l'avantage à retirer de la présence d'un opérateur industriel sera limité, puisque celui-ci sera contraint dans ses prises de décision. De plus, l'Etat s'est parfois révélé un mauvais partenaire, du fait d'une stratégie en inadéquation avec la réalité économique. Il sera donc nécessaire que l'Etat actionnaire, comme les collectivités territoriales, fassent preuve de prudence, afin de trouver le compromis entre leurs attentes, la bonne réalisation du contrat de concession et les modalités de gestion d'une entreprise industrielle.

Malgré ces difficultés, le renforcement du recours à ces relations actionnariales peut être bénéfique. Il doit en effet être l'occasion de créer un nouvel axe d'échange entre l'ensemble des acteurs concernés par l'exécution du contrat. En effet, la SEMH doit permettre d'associer les collectivités territoriales au capital. Cette participation favorise la prise en considération de leurs attentes, concernant notamment le multi-usage de l'eau. Cette synergie peut fonctionner, dans la mesure où les différents acteurs ont un intérêt commun : le bon déroulement du contrat, pour en tirer un maximum d'avantages. Chacun aura toutefois un intérêt principal : l'intérêt financier pour les opérateurs industriels ; la sécurité d'approvisionnement en électricité de la population pour l'Etat concédant ; l'exécution optimale du contrat permettant la perception de dividendes pour l'ensemble des actionnaires. Même en l'absence de création de SEMH, les collectivités territoriales vont enfin avoir l'opportunité de trouver leur place dans l'exécution

de ces contrats, avec l'élargissement de leurs compétences. Les interactions entre ces trois acteurs permettront donc d'optimiser au mieux leurs attentes et de pouvoir profiter pleinement des bénéfices qu'est susceptible de générer l'exploitation de la force motrice de l'eau.

CONCLUSION PARTIE 1

Le renouveau des relations existantes entre le concessionnaire et les parties prenantes n'est pas une obligation imposée à l'Etat. Cependant, l'obligation de renouvellement des contrats de concession hydroélectrique semble pouvoir constituer l'élément déclencheur de ces évolutions. Lors des procédures de remise en concurrence des contrats de concession hydroélectrique, il sera nécessaire d'établir un dossier de consultation, qui sera fourni aux candidats. L'élaboration de ce document sera l'occasion pour le concédant de repenser et retranscrire ce qu'il attend de l'exécution du futur contrat. La modification de ces conditions permettra alors de faire évoluer les situations actuelles résultant de relations obsolètes. De plus, les intérêts des acteurs du territoire seront mieux pris en compte par les nouvelles procédures de consultation, à savoir la procédure de gestion équilibrée et durable de la ressource en eau (GEDRE), la consultation des collectivités territoriales en amont de la constitution d'une SEMH et les différentes saisines sur la base du dossier de demande de concession déposé par le candidat pressenti. La sélection du candidat et les obligations imposées au titre des documents constitutifs du contrat de concession, tels que le cahier des charges ou le règlement d'eau, seront alors l'occasion d'adapter les missions du concessionnaire au nouveau contexte juridique, mais aussi social, avec, notamment, une participation de plus en plus importante des citoyens aux sujets liés à l'environnement.

Le renouveau pourra ainsi être impulsé dans le cadre du renouvellement du contrat et donc de sa renégociation. Ce renouveau sera aussi encouragé par les possibilités de modification organique qui peuvent être envisagées dans l'exécution du contrat de concession. Celles-ci doivent résulter de l'expérience de l'Etat dans l'exécution des autres concessions qui ont pu être mises en place. Ainsi, le renouveau doit passer par un Etat plus assidu en tant que concédant et un Etat responsable dans son rôle d'actionnaire.

Cette situation devrait alors permettre de repenser le contrat au regard de la place des parties prenantes. Les textes permettent aujourd'hui aux collectivités territoriales de pouvoir s'impliquer dans la conclusion et l'exécution des futurs contrats de concession hydroélectrique qui vont être attribués. Selon nous, il est nécessaire qu'elles saisissent l'opportunité d'être associées à leur élaboration et à leur exécution, afin d'inspirer le renouveau du périmètre des concessions hydroélectriques.

PARTIE 2 : LE RENOUVEAU DES MISSIONS DU CONCESSIONNAIRE A TRAVERS LA PRISE EN COMPTE DE NOUVELLES ATTENTES

L'impact du renouvellement des contrats de concession portera bien au-delà du périmètre de la simple relation préexistante, même si celle-ci est rénovée, entre le concédant et le concessionnaire. L'évolution de la société et le renforcement de l'intérêt des citoyens dans les domaines de la protection de l'environnement ou de l'usage des ressources naturelles, qui expliquent les nombreuses interfaces autour de ces contrats depuis les débuts de l'hydroélectricité, doivent conduire à les repenser.

On peut ainsi observer un intérêt de plus en plus prégnant des collectivités territoriales pour la force motrice de l'eau, qui se traduit par la création à leur profit de nouveaux outils d'intervention. Certes, la loi de 1919 prévoyait déjà la possibilité pour les collectivités territoriales, représentant leurs administrés, d'intervenir dans l'aménagement et l'exploitation des concessions hydroélectriques[683]. Cependant, dans la pratique, la place prise par les collectivités dans le développement de ces installations a été très marginale. La loi de transition énergétique de 2015 a pour objectif de donner un nouvel élan à ces interventions, en engageant un renouveau des moyens mis à disposition des collectivités[684]. Désormais, elles sont en mesure d'être parties prenantes, avec, par exemple, la possibilité pour elles de participer au capital des SEMH. Les dispositifs mis en place dans cette loi, et notamment l'association des collectivités aux différentes phases du contrat de concession, semblent s'inspirer de dispositifs préexistants. On retrouve notamment l'esprit des textes propres à l'aménagement du Rhône des années 1920, qui ont confié un rôle majeur aux autorités locales dans l'organisation et l'exécution du contrat de concession hydroélectrique[685]. La loi n°2015-992 dépasse toutefois l'esprit initial de la loi de 1919, dans la mesure où elle prévoit d'octroyer un nouveau rôle aux riverains des cours d'eaux aménagés, à travers la mise en place de nombreux dispositifs de consultation et de participation (Titre 1). La prise en compte des nouveaux intérêts portés par ces interlocuteurs va par ailleurs conduire à rénover le service concédé, c'est-à-dire le périmètre et le domaine d'intervention du concessionnaire, afin de répondre à la métamorphose à la fois des intérêts pour les usages de l'eau et du contexte dans lequel évolue la production hydroélectrique (Titre 2).

---

[683] Cette intervention était cependant relativement limitée : voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

[684] Loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (*JORF* n°0189 du 18 août 2015, p. 14263).

[685] Loi du 27 mai 1921 approuvant le programme des travaux d'aménagement du Rhône, de la frontière suisse à la mer, au triple point de vue des forces motrices, de la navigation et des irrigations et autres utilisations agricoles, et créant les ressources financières correspondantes (*JORF* du 28 mai 1921, p. 6210). Les collectivités territoriales ont participé à l'élaboration du programme des travaux (ce qui explique la triple-mission à la charge du concessionnaire) et elles ont eu la possibilité d'intégrer le capital de la société spécifiquement créée (article 4).

Titre 1 : L'apparition de nouvelles formes d'intervention au profit des acteurs préexistants

Le développement des énergies renouvelables a conduit à s'interroger sur la place des collectivités territoriales dans cette activité. Leur création n'est certes pas nouvelle, puisque l'exploitation des moulins était largement développée dès le XIXème siècle[686]. Le XXIème siècle sera cependant marqué par l'essor majeur des dispositifs de production d'énergie renouvelable, notamment du fait de leur diversification et de leur démocratisation. En effet, les citoyens prennent de plus en plus part au développement des énergies renouvelables, que ce soit lors de leur implantation ou de leur exploitation. Ce phénomène s'explique du fait de la taille de ces installations qui permettent une implantation délocalisée. Nous n'avons plus affaire à de grandes infrastructures de production d'électricité, comme les centrales nucléaires, dans la mesure où la France s'est fixée un objectif de réduction du nucléaire, mais à une multiplication de plus petites installations de production d'électricité, qui ont vocation à mailler le territoire français.

La majeure partie de la production d'électricité, malgré la diversification des sources de production, est toujours aujourd'hui l'apanage de grands opérateurs historiques. Toutefois, le développement des énergies renouvelables permet à de nouveaux opérateurs d'intégrer le marché grâce notamment à la construction de fermes éoliennes ou de parcs photovoltaïques. Ces moyens deviennent aussi accessibles à une échelle plus réduite pour des besoins d'autoconsommation, notamment avec des dispositifs photovoltaïques en toiture pour les particuliers ou le développement de la méthanisation par des agriculteurs.

Ces énergies renouvelables transforment le paysage de la production d'électricité et présentent une spécificité par rapport aux moyens de production traditionnels (centrales nucléaires ou centrales thermiques), générateurs d'un volume très important d'électricité de manière concentrée : elles sont délocalisées[687]. Ce sont souvent des actifs de puissances moyennes, qui sont des éléments essentiels du développement des territoires et d'une

---

[686] Voir, par exemple, l'article retraçant l'histoire de l'usine hydroélectrique de Bazacle : MILLET (C) et BOUVIER (Y), « Un patrimoine électrique au cœur de Toulouse : l'espace EDF Bazacle », *Annales historiques de l'électricité*, 2005/1 (n°3), pp. 132-140. Voir, également, FIERRO (A), *Histoire et dictionnaire des 300 moulins de Paris*, 1999, Ed. Parigramme.

[687] RISTORI (D), « 60 ans de politique énergétique », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2019, n°1/2019, pp. 17-38 (p. 33) : « Le paysage énergétique est aujourd'hui en pleine transformation et doit faire face à de nouveaux défis liés à une plus grande décarbonisation, décentralisation et digitalisation ».

organisation relativement décentralisée de l'énergie, proche tant de l'utilisateur (consommateur d'électricité) que du citoyen (qui donne sa confiance ou non aux élus de son territoire dans la politique de développement des énergies renouvelables et qui est acteur des différentes procédures de consultation préalables à l'implantation d'ouvrages)[688]. Ce phénomène de régionalisation des outils de production, mais aussi de l'économie en général, est expliqué et défendu par Jérémy RIFKIN[689]. Sans aller aussi loin que M. RIFKIN dans la prise de position sur la territorialisation des ressources, nous partageons la conclusion selon laquelle le développement des énergies renouvelables est décentralisé et se situe sur le territoire des collectivités[690]. L'emplacement, ainsi que la taille de ces outils de production, conduisent ainsi à justifier la place de l'échelon territorial dans leur développement. La loi sur la transition énergétique a donc logiquement élargi les possibilités d'action des collectivités dans ce domaine (Chapitre 1).

L'aspect localisé des actifs de production, et surtout la possibilité de les exploiter à petite échelle afin de favoriser l'autoconsommation, conduisent par ailleurs à accorder une place importante aux habitants, qui sont aussi des usagers, comme le soulignent les analyses de J. RIFKIN[691]. La place donnée aux citoyens représente, au-delà de leur intérêt en tant que consommateur, un nouvel atout pour faciliter l'acceptabilité et la transparence du développement des nouveaux outils de production. En effet, les citoyens sont de plus en plus sollicités en amont des projets dans le cadre de diverses consultations, principalement prévues par le code de l'environnement. Un nombre significatif de projets fait l'objet de questionnements et donne même parfois lieu à une remise en cause dans le cadre des procédures d'enquête publique. Les nombreuses associations, qui ont vu le jour avec le développement des actifs de production « industriels », comme l'association « *Vent de colère !* », qui s'oppose à la

---

[688] Cette configuration est propre à ces énergies dont les volumes de production sont bien inférieurs à ceux des centrales nucléaires. La production nucléaire a, elle, une envergure nationale au vu de la taille et de la part de production de ces installations.

[689] RIFKIN (J), *La troisième révolution industrielle. Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, Babel, 2012.

[690] Les autorisations d'urbanisme, les échanges, les dispositifs de concertation sont en effet organisés à l'échelle d'un territoire. L'intervention de l'Etat est limitée à la mise en place des dispositifs d'incitation financière : l'obligation d'achat auparavant et, dorénavant, le complément de rémunération accordé dans le cadre d'appels d'offres.

[691] Voir notamment les développements sur le second des cinq piliers nécessaires à la troisième révolution industrielle : RIFKIN (J), *La troisième révolution industrielle. Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, Babel, 2012, pp. 67-73.

création de fermes éoliennes[692], cherchent à retarder ou à empêcher la mise en œuvre de nouvelles installations de production d'énergie renouvelable. Si ce phénomène est particulièrement prégnant dans l'éolien, il est en revanche quasiment inexistant dans le photovoltaïque. Le constat de ces difficultés a conduit le législateur à prévoir de nouveaux dispositifs visant à favoriser une meilleure acceptabilité des projets, par exemple en permettant aux citoyens d'intégrer le capital des sociétés exploitantes grâce à l'évolution des dispositifs de financement participatif prévus par la loi de transition énergétique (Chapitre 2)[693].

[692] Voir, par exemple, CAA Nantes, 14 décembre 2012, n° 11NT00100 (confirmation par la Cour administrative d'Appel de la décision du Tribunal administratif de Caen qui a annulé, par jugement du 12 novembre 2010, les arrêtés accordant les permis de construire de 14 éoliennes, à la demande de plusieurs particuliers et de l'association « Vent de Colère entre Monts et Marais ») ; CAA Marseille, 30 mai 2011, n°10MA03481 (confirmation par la Cour administrative d'Appel de l'annulation du permis de construire (jugement du Tribunal administratif de Montpellier du 23 mars 2006) attribué le 20 octobre 2004 à la société ERL Energie Renouvelable du Languedoc pour la création d'un parc éolien, à la demande de l'association France énergie éolienne et « Vents de Colère ! »).

[693] Voir, par exemple, NOEL (M) et ORIER (J), « Participation des collectivités territoriales au capital d'une société privée ayant pour objet la production d'énergies renouvelables », *Contrats publics*, n°160, décembre 2015, pp. 40-43.

Chapitre 1 : Une nouvelle légitimité pour les collectivités territoriales dans le développement des énergies renouvelables

Les incidences en termes d'enjeux économiques et environnementaux du développement des énergies renouvelables sont très diverses pour les collectivités territoriales. Toutefois, le principal et le premier défi à relever est, selon nous, celui de l'acceptabilité des projets, au vu de leur impact sur la vie quotidienne de certains administrés. L'aboutissement d'un projet ne suscitant pas l'adhésion de la population locale est nécessairement incertain. Cette situation a donc conduit à légitimer l'intervention des collectivités territoriales dans l'essor des énergies renouvelables (Section 1). La loi leur permet dorénavant d'être parties prenantes au développement de nouveaux outils de production et de participer ainsi à la définition des conditions de leurs implantations, en prenant en compte les attentes des citoyens. Dans le même esprit, la loi, sous couvert notamment de l'acceptabilité des projets, prévoit la possibilité pour les collectivités territoriales de devenir actionnaires de sociétés titulaires d'un contrat de concession hydroélectrique. Ce dispositif est particulièrement original, puisqu'il autorise une intervention des collectivités territoriales dans une activité qui n'est pas de leur périmètre de compétence matérielle, le propriétaire de la force motrice de l'eau étant l'Etat (Section 2)[694].

Section 1 : L'évolution récente des missions des collectivités territoriales dans le développement des énergies renouvelables

Dans le cadre du développement des énergies renouvelables, les collectivités territoriales se sont vu octroyer un rôle de support dans la construction de nouveaux actifs de production[695]. L'objectif est d'assurer un développement pertinent de ces ouvrages sur le

[694] Article L. 511-1 du Code de l'énergie, alinéa 1er : « Sous réserve des dispositions de l'article L. 511-4, nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une concession ou une autorisation de l'Etat ».

[695] Voir, par exemple, BOITEAU (C), « Energie et développement durable », *RFAP*, 2015/4, n°156, pp. 1007-1084 ; BOUNEAU (C) et VILA (J-B), « Transition énergétique et réforme territoriale : les enjeux d'un dialogue complexe », *Energie – Env, Infrastr.*, janvier 2016, n°1, pp. 16-21 ; SOKOLOFF (P), « Lutte contre le changement climatique, décentralisation énergétique, efficience des politiques publiques et cohésion territoriale : une synthèse nécessaire, un défi ambitieux », *Energie – Env – Infrastr.*, janvier 2016, n°1, pp. 22-28.

territoire afin d'éviter une multiplication de projets implantés de manière aléatoire[696]. Cet encadrement est principalement organisé par les schémas régionaux climat-air-énergie (SRCAE) créés par la loi Grenelle II[697], auxquels ont été annexés les Schémas régionaux éoliens présentant des cartes des zones favorables à l'exploitation de la force du vent[698]. Au-delà de cette participation purement organisationnelle et technique, sur laquelle nous ne nous attarderons pas dans nos développements, les collectivités se sont vu offrir la possibilité de développer elles-mêmes des actifs de production (§ 1). Et, depuis la loi sur la transition énergétique, elles sont aussi en mesure d'encourager le développement des énergies renouvelables, en participant au capital de sociétés commerciales dont l'objet est la production de ces énergies[699]. La possibilité d'être actionnaire de ces sociétés permet certes d'encourager l'essor des actifs de production, mais c'est aussi, et peut être avant tout, un moyen d'assurer, objectif ultime, une meilleure acceptabilité des projets auprès des citoyens, par la participation de la collectivité au capital (§ 2).

§ 1 La construction et l'exploitation d'actifs par les collectivités territoriales

La possibilité d'intervention des territoires dans l'exploitation d'outils de production d'énergies renouvelables remonte à 1919. En effet, l'article 23 de la loi du 16 octobre 1919 prévoyait dès l'origine que les communes et les départements pouvaient exploiter des usines hydrauliques si elles obtenaient une concession[700]. Sur ce fondement, la concession en vue de l'aménagement de la « chute d'environ 30 mètres en eaux moyennes existant sur la Bienne, entre

[696] Concernant le rôle de planification octroyé à la région dans le cadre de la transition énergétique, voir VILLENEUVE (P), « La planification territoriale de la transition énergétique octroyé à la région », *AJCT*, 20 janvier 2016, pp. 29-32.

[697] Les SRCAE ont été créés par l'article 68 de la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (*JORF* n°0160 du 13 juillet 2010, p. 12905). Ils ont vocation à fixer des objectifs en termes de développement des énergies renouvelables et d'amélioration de l'efficacité énergétique. Dans le cadre de la loi sur la transition énergétique, ces SRCAE vont être intégrés dans le Schéma Régional d'Aménagement, de Développement Durable et d'Egalité des Territoires (SRADDET). Ces schémas ont été instaurés par l'article 10 de la loi NOTRe et codifiés aux articles L. 4251-1 et suivants du CGCT.

[698] Pour exemple, voir le schéma régional éolien de la région Rhône-Alpes (http://www.auvergne-rhone-alpes.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/SRE_RA_-_v_approuvee_au_26-10-2012_2_cle1cc2cd-1.pdf), voir notamment, pp. 126-131.

[699] Loi n°2015-992, préc.

[700] Loi du 16 octobre 1919, version initiale, préc., article 23 al. 1er : « l'Etat ainsi que les départements et les communes à qui des concessions seraient accordées ou attribuées peuvent exploiter directement l'énergie des cours d'eau. ». Cet article a été abrogé par l'ordonnance n°2011-504 portant codification de la partie législative du code de l'énergie.

Saint-Claude et Porte-Sachet, dans le département du Jura » a été confiée à la Ville de Saint-Claude, suite à la demande de concession présentée par la Commune en 1922[701].

Depuis 2002, les communes et les établissements publics de coopération intercommunale sont par ailleurs compétents pour la production de toutes les énergies renouvelables[702]. L'article L. 2224-32 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), dans sa version initiale, leur offrait ainsi la possibilité d'« aménager et exploiter […] toute nouvelle installation hydroélectrique d'une puissance maximale de 8000 kVA, toute nouvelle installation utilisant les autres énergies renouvelables, toute nouvelle installation de valorisation énergétique des déchets ménagers ou assimilés […], ou toute nouvelle installation de cogénération ou de récupération d'énergie provenant d'installations visant l'alimentation d'un réseau de chaleur […] »[703]. L'article a depuis été modifié et il est désormais possible pour les communes et établissements publics de coopération intercommunale de faire aménager et exploiter les installations de production[704], dont le seuil de puissance maximum, pour les installations hydroélectriques, a été supprimé[705].

La possibilité de produire de l'énergie pour les collectivités territoriales a été limitée à l'énergie hydroélectrique pendant plusieurs décennies. Avec le développement des nouvelles énergies renouvelables, leurs compétences matérielle et organique ont toutefois été élargies en 2010. L'article 88 de la loi Grenelle 2, dans sa version initiale, ouvrait ainsi la possibilité aux départements et aux régions d'« aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter » des installations de production d'énergie renouvelable dans les conditions prévues au code général

---

[701] Décret du 26 octobre 1927 approuvant la convention et le cahier des charges de la chute d'Etable sur la Bienne (*JORF* du 4 novembre 1927, p. 11240). Les aménagements construits sont le barrage d'Etable et la centrale de Porte-Sachet.

[702] L'article 11 de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (*JORF* n°35 du 11 février 2000, p. 2143) a inséré les articles L. 2224-32 et L. 2224-33 au CGCT. Cette nouveauté devait répondre à l'ambition du gouvernement tel que présentée lors de l'intervention de M. Christian PIERRET, secrétaire d'Etat à l'industrie lors de la séance du 16 février 1999 à l'Assemblée nationale : « le projet vise enfin à développer le rôle des collectivités locales, pour concilier autonomie locale et principe d'égalité, et pour accroître la production décentralisée. [...] Le projet développe la possibilité, pour les collectivités locales, d'intervenir en matière de maîtrise de la demande d'électricité et de production locale décentralisée. En particulier, leur intervention est étendue à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables. [...] Ce projet ne doit laisser planer aucun doute : les initiatives locales doivent être libérées, dès lors qu'elles coïncident avec la politique nationale de l'énergie décidée par le Gouvernement et placée, par ce projet sous le contrôle du Parlement. ("Très bien !" sur plusieurs bancs du groupe socialiste) » (*JORF*, Débats parlementaires, Assemblée nationale, 17 février 1999, n°13, p. 1471).

[703] L'aménagement et l'exploitation de ces différentes installations sont soumis au respect d'un certain nombre de dispositions indiquées aux articles L. 2224-32 et L. 2224-33 du CGCT.

[704] Modifications insérées par l'article 24 de la loi n°2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique (*JORF*, n°163 du 14 juillet 2005, p. 11570).

[705] Suppression du seuil maximum de puissance par l'article 119 de la loi n°2015-992 du 17 août 2015 (*JORF* n°0189 du 18 août 2015, p. 14263).

des collectivités territoriales[706]. Au vu de ces dispositions, l'ensemble des collectivités, ainsi que leurs établissements publics de coopération, peuvent, depuis lors, aménager et exploiter directement des installations, dans la mesure où elles sont situées dans leur périmètre de compétence géographique. Il est donc possible de gérer en régie des actifs de production d'énergies renouvelables.

La loi leur permet également, dans le respect du principe de libre administration des collectivités territoriales, d'externaliser l'organisation de l'activité[707]. L'organisation de l'aménagement et/ou de l'exploitation des installations de production peut alors se faire par plusieurs mécanismes. Il est tout d'abord possible d'envisager la conclusion d'un contrat de délégation de service public, en application de l'article L. 1411-2 du CGCT. Toutefois, la mise en place de ce contrat nécessite l'existence d'un service public. Or, la production d'électricité, qu'elle soit d'origine renouvelable ou non, ne bénéficie pas de cette qualification[708]. Le recours à une délégation de service public, contrat propre aux collectivités territoriales depuis l'abrogation de la loi Sapin, n'est donc envisageable que dans des cas restreints[709]. Par conséquent, la collectivité dispose de deux outils distincts pour confier la construction et l'exploitation d'actifs de production d'énergie d'origine renouvelable à un opérateur économique. Soit l'énergie est principalement destinée à alimenter un service public, et dans ce cas, il sera possible d'envisager la conclusion d'un contrat de délégation de service public[710].

---

[706] Le projet de loi prévoyait à son article 33 d'élargir la possibilité, ouverte depuis la loi n°2000-108 du 10 février 2000 aux communes et aux établissements publics de coopération intercommunale, aux régions et aux départements, d'aménager et exploiter des outils de production d'énergie renouvelable afin d'assurer une équité entre les collectivités territoriales (Voir Rapport législatif n°552, *Rapport de MM. Dominique Braye, Louis Nègre, Bruno Sido et Daniel Dubois, fait au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, sur le projet de loi portant engagement national pour l'environnement (urgence déclarée) (n° 155, 2008-2009)*, enregistré à la Présidence du Sénat le 9 juillet 2009, pp. 221-223, *JORF* Sénat, n°82 du 10 juillet 2009). L'article 88 de loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (*JORF* n°0160 du 13 juillet 2010, p. 12905) permet donc aux régions et aux départements d'aménager et d'exploiter, directement ou non, des installations de production d'électricité d'énergie renouvelable ou non.

[707] Le principe de libre-administration est prévu à l'article 72 alinéa 3 de la Constitution du 4 octobre 1958. Les éléments constitutifs de ce principe pour les collectivités reposent sur : l'existence d'un conseil élu doté de compétences effectives et qui dispose de moyens adéquats. Ces moyens sont notamment le pouvoir normatif et des ressources suffisantes. Voir, par exemple, sur cette notion : BECET (J-M), Jurisclasseur collectivités territoriales. Fasc. 23 : « Statut constitutionnel – Principe de libre-administration des collectivités territoriales », LexisNexis, mis à jour 11 juillet 2014 ; FAURE (B), *Droit des collectivités territoriales*, Précis, Dalloz, septembre 2018, pp. 31-43 ; FERSTENBERT (J), PRIET (F), QUILICHINI (P), *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 2016, pp. 76-89.

[708] Voir *supra*, introduction.

[709] L'article 77 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (*JORF* n°0025 du 30 janvier 2016, texte n°66), qui a transposé la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (*JOUE* n°L94 du 28 mars 2014, p. 1), a abrogé le Chapitre IV 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 (*JORF* n°25 du 30 janvier 1993, p. 1588) relatif aux délégations de service public.

[710] On pourrait par exemple envisager l'installation de panneaux photovoltaïques en toiture d'une école, d'un collège ou d'un lycée, qui auraient principalement vocation à alimenter en énergie ce bâtiment.

Soit la production d'énergie est destinée à être commercialisée auprès de différents clients et la collectivité devra alors recourir à un contrat de concession en application du droit commun, tel que défini par le code de la commande publique[711]. Depuis 2014 et l'adoption de la directive 2014/23/UE, le champ d'application des contrats de concession a été étendu, au-delà de l'exécution de travaux et de service public, à la mise en œuvre de services. Cette nouvelle catégorie est définie *a contrario* par la directive concession, puisqu'elle comprend les services autres que l'exécution des travaux définie dans le même article. La concession de service, au sens du droit européen, permet donc de couvrir l'exploitation de moyens de production d'électricité, même s'ils ne sont pas qualifiés de service public[712].

La gestion d'actifs de production d'énergie renouvelable pourrait par ailleurs être organisée de manière mixte, par la passation de marchés publics qui confieraient, par exemple, les prestations de construction, d'exploitation et/ou de maintenance à un ou plusieurs opérateurs économiques. La collectivité conserverait alors la propriété et la maîtrise de l'exploitation de ses installations[713].

Il n'y a donc pas de réelle innovation, instaurée par la loi sur la transition énergétique, pour les collectivités territoriales dans la participation à la production d'énergies renouvelables sur le territoire français. Cette loi permet cependant de mettre à leur disposition des outils de gestion qui semblent correspondre à leurs pratiques. En effet, les collectivités qui ont externalisé la gestion des actifs de production ont notamment eu recours à la création de sociétés d'économies mixtes ou de sociétés publiques locales. Elles ont donc fait le choix de séparer, sur le plan juridique et comptable, l'activité de production de leurs autres missions. L'objectif

---

[711] Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique (*JORF* n°0281 du 5 décembre 2018) qui a notamment codifiée l'Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (*JORF* n°0025 du 30 janvier 2016, texte n°66) et décret n°2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession (*JORF* n°0027 du 2 février 2016, texte n°20). Concernant le régime du contrat de concession, voir les développements présentés *supra* en introduction.

[712] Article 5, 1, b de la directive 2014/23/UE : « b) « concession de services », un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux visée au point a) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix; ».

Cette définition ne permet pas de définir précisément les contours du périmètre de la concession de service, et elle interroge notamment sur les contrats qui ne relèveraient pas de la commande publique au vu de cette définition particulièrement élargie. Voir notamment, en ce sens, JAKOB (P) et SMOLINSKA (A-M), « Quels enjeux de la nouvelle notion de concession de services ? », *JCP A*, 2 mai 2017, n°17, pp. 27-29.

[713] Le régime des marchés publics est soumis aux dispositions du code de la commande publique.

est donc de créer une entité distincte de la collectivité. La société, qui assure l'exploitation d'actifs de production, le fait en son nom propre et non pas pour le compte de la collectivité.

§ 2 Les collectivités actionnaires de sociétés exploitant des actifs de production d'énergie renouvelable

Depuis l'adoption de la loi sur la transition énergétique, les collectivités territoriales peuvent participer indirectement à l'exploitation d'outils de production d'énergies renouvelables, en intégrant le capital de la société exploitante[714]. Cette nouvelle intervention des collectivités doit permettre de renforcer « la dynamique d'implantation des projets d'énergie renouvelable, de leur acceptabilité et de leur transparence financière »[715]. Toutefois, leur participation reste limitée par le périmètre restreint d'intervention de ces sociétés commerciales de production d'énergie renouvelable (A). En revanche, les modalités d'intervention, contrairement aux dispositions mises en place dans le cadre de la participation des collectivités territoriales à d'autres sociétés, sont très peu contraignantes (B).

A *La compétence matérielle des collectivités*

La loi sur la transition énergétique a prévu une nouvelle dérogation à un principe depuis longtemps applicable à l'intervention des collectivités territoriales. Celles-ci bénéficiaient en effet initialement de compétences relativement limitées en matière économique. La loi prévoyait notamment l'interdiction pour les collectivités territoriales de participer au capital de sociétés commerciales ou d'organismes à but lucratif, si leurs activités n'étaient pas liées à l'exploitation de services communaux ou d'activités d'intérêt général[716]. La seule possibilité de déroger à ce principe était d'obtenir une autorisation délivrée par un décret en Conseil d'Etat, qui ne pouvait être attribuée que dans le cas d'une carence de l'initiative privée[717].

---

[714] Voir NOEL (M) et ORIER (J), « Participation des collectivités territoriales au capital d'une société privée ayant pour objet la production d'énergie renouvelable », *Contrats publics*, n°160, décembre 2015, pp. 40-43.

[715] Intervention de M. Ronan DANTEC lors du débat sur l'article 27 du projet de la loi sur la transition énergétique, Séance du 17 février 2015 au Sénat (*JORF Sénat* du 18 février 2015, p. 1876).

[716] Article L. 2253-1 du CGCT, dans sa version antérieure à l'adoption de la loi n°2015-992 qui a intégré une première dérogation : « Sont exclues, sauf autorisation prévue par décret en Conseil d'Etat, toutes participations d'une commune dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services communaux ou des activités d'intérêt général dans les conditions prévues à l'article L. 2253-2 ».

[717] La Région Poitou-Charentes est ainsi entrée au capital de la société Heuliez en 2009 en investissant dans la branche « véhicule électrique » de l'entreprise. L'intervention de la Région a été autorisée dans la mesure où l'activité n'était qu'émergente à cette époque et le critère de la défaillance de l'initiative privée était rempli. Le décret du 27 novembre 2009

Depuis l'adoption de la loi sur la transition énergétique, une nouvelle possibilité d'intervention au profit des collectivités a été aménagée. Celle-ci peut être mise en pratique de manière beaucoup plus aisée, dans la mesure où il n'est plus nécessaire d'obtenir une autorisation préalable de l'Etat. En effet, dorénavant, et de manière générale, les collectivités territoriales pourront participer au capital d'une société anonyme ou d'une société par action simplifiée si son objet est la production d'énergie renouvelable[718]. Le premier critère à respecter pour qu'une collectivité territoriale puisse participer à ces sociétés est donc celui de son objet : il est nécessaire que les actifs exploités conduisent à produire des énergies renouvelables, telles que définies à l'article L. 211-2 du code de l'énergie[719]. Mais au-delà, et dans le respect du droit des collectivités territoriales, il est nécessaire qu'un second critère soit vérifié, celui du périmètre d'intervention. En effet, la collectivité pourra être actionnaire si l'installation de production est construite sur son territoire, ce qui permet de respecter les limites de sa compétence géographique. Cependant, la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte a aussi fait preuve d'innovation sur ce second critère, puisqu'elle envisage une possibilité d'intervention en-dehors du périmètre de compétence géographique de la collectivité. Il est ainsi prévu que cette dernière puisse participer au capital de sociétés produisant des énergies renouvelables via une installation qui est située à proximité de son territoire et qui participe à son approvisionnement[720]. Ce critère nous laisse assez perplexe, dans la mesure où il peut être interprété de manière très extensive. Nous ne savons pas ce que signifie

---

autorisant la Région Poitou-Charentes à participer au capital de la société par actions simplifiées Heuliez véhicule électrique a cependant limité l'intervention de la collectivité territoriale à un double seuil : une intervention maximale de cinq millions d'euros et une part de capital maximale de 33%.

La possibilité pour une collectivité d'intervenir dans un domaine économique avait été admise auparavant par la jurisprudence, dans la mesure où il existait une carence de l'initiative privée et la nécessité du besoin à satisfaire (CE, Sect, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *Rec.* p. 583 ; LONG (P) et *al*.. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21e éd., 2017, pp. 252-261).

[718] Article L. 2253-1 du CGCT : « sont exclues, sauf autorisation prévue par décret en Conseil d'Etat, toutes participations d'une commune dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services communaux ou des activités d'intérêt général dans les conditions prévues à l'article L. 2253-2.

Par dérogation au premier alinéa, les communes et leurs groupements peuvent, par délibération de leurs organes délibérants, participer au capital d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables par des installations situées sur leur territoire ou sur des territoires situés à proximité et participant à l'approvisionnement énergétique de leur territoire ».

[719] Article L. 211-2 du code de l'énergie : « Les sources d'énergies renouvelables sont les énergies éolienne, solaire, géothermique, aérothermique, hydrothermique, marine et hydraulique, ainsi que l'énergie issue de la biomasse, du gaz de décharge, du gaz de stations d'épuration d'eaux usées et du biogaz.

La biomasse est la fraction biodégradable des produits, déchets et résidus provenant de l'agriculture, y compris les substances végétales et animales issues de la terre et de la mer, de la sylviculture et des industries connexes, ainsi que la fraction biodégradable des déchets industriels et ménagers ».

[720] Article L. 2253-1, alinéa 2 du CGCT.

« à proximité », d'autant plus qu'aucune mention d'un lien, au moins frontalier avec la collectivité concernée, n'a été envisagée lors des débats parlementaires. La notion de participation à « l'approvisionnement » du territoire est en outre toute aussi obscure. En effet, cela pourrait impliquer la nécessité de l'existence d'un réseau direct entre l'installation de production et la collectivité, ou alors, dans la mesure où l'électricité n'est pas « traçable », la simple conclusion par la collectivité d'un contrat de fourniture avec l'entreprise propriétaire de l'installation. Dans une telle hypothèse, le lien entre le lieu de la production et celui de la consommation, imposé par la loi, pourrait conduire à une extension du périmètre géographique d'intervention des collectivités territoriales dans ces sociétés commerciales.

Sur le principe, au vu de la marge d'interprétation de ces dispositions, il semble ainsi que la participation des collectivités territoriales aux sociétés, telles que définies par l'article L. 2253-1 du CGCT, soit simple. Il faudra toutefois attendre la mise en place de ces sociétés, et surtout de futurs contentieux, pour connaitre les frontières de ces dispositions. Au-delà des critères de participation de collectivités à ces sociétés, il sera nécessaire d'encadrer leurs modalités d'intervention pour assurer une mise en place optimale.

B *Les modalités d'intervention des collectivités*

Les dispositions issues de la loi de transition énergétique n'encadrent que très partiellement les modalités d'intervention des collectivités territoriales dans les sociétés de production d'énergie renouvelable. L'outil proposé est relativement souple, en particulier du fait de l'absence de seuils de participation minimale ou de représentation obligatoire[721]. Il doit donc permettre aux collectivités territoriales de participer, même de manière marginale, au développement d'actifs de production d'énergies renouvelables installés dans leur périmètre de compétence[722]. L'initiative de la participation doit venir des porteurs de projets qui souhaitent associer les collectivités au développement d'actifs[723]. En effet, il est indiqué à l'alinéa 1er de

[721] Il n'existe par exemple pas d'obligation de représentation au sein des assemblées délibérantes, telle que prévue pour les sociétés d'économie mixte locales aux articles L. 1524-5 et L. 1541-1 du CGCT.

[722] Le dispositif mis en place est un dispositif de financement participatif. Voir, *infra*, développements de la section 2 du présent chapitre.

[723] Dans le cadre des débats sur le projet de loi, il avait même été envisagé la possibilité d'imposer au porteur de projet de proposer une part de son capital aux collectivités territoriales et aux habitants. Deux amendements proposant ce système d'obligation ont été soumis au vote durant la séance du 17 février 2015 devant le Sénat : l'amendement n° 58 rectifié, présenté par M. J. Gautier, Mme Debré, MM. P. Dominati et Cambon, Mme Procaccia et M. de Raincourt ; l'amendement n° 794 présenté

l'article L. 314-27 du code de l'énergie que « les sociétés par actions […] constituées pour porter un projet de production d'énergie renouvelable peuvent, lors de la constitution ou de l'évolution de leur capital, en proposer une part aux personnes physiques […] ainsi qu'aux collectivités territoriales et à leurs groupements sur le territoire desquels elle se situe. Elles peuvent également proposer à ces mêmes personnes de participer au financement du projet de production d'énergie renouvelable » [724].

Si la loi prévoit le principe de participation, elle n'en précise pas, en revanche, les modalités d'organisation. Celles-ci seront donc librement négociées entre les collectivités et les porteurs de projet. L'engagement de la collectivité territoriale devra être autorisé par une simple délibération de ses organes délibérants[725]. Les résultats de la négociation contractuelle seront donc inscrits dans le cadre des statuts de la société et/ou du pacte d'actionnaire. Le seul contrôle qui sera effectué sera d'origine préfectorale, dans le cadre de l'application du contrôle, *a posteriori* et *a minima,* que constitue le contrôle de légalité effectué par le Préfet[726].

Les collectivités devront donc faire preuve de prudence dans la détermination de leurs modalités d'intervention[727]. En effet, celles-ci ont l'habitude, la plupart du temps, de participer à des entreprises publiques dans lesquelles elles sont majoritaires. Les points d'attention et d'alerte sont différents dans le cas de ces sociétés anonymes, où elles peuvent être minoritaires. Il sera alors notamment nécessaire de sécuriser les modalités de sortie de la société et de

---

par MM. Dantec, Labbé et les membres du groupe écologiste. Voir séance du 17 février 2015 (*JORF* Sénat du 18 février 2015, p. 1876).

[724] Article crée par l'article 111 de la loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique et à la croissance verte (*JORF* n°0189 du 18 août 2015, p. 14263). Concernant ces sociétés, voir NOEL (M) et ORIER (J), « Participation des collectivités territoriales au capital d'une société privée ayant pour objet la production d'énergie renouvelable », *Contrats publics,* n°160, décembre 2015, pp. 40-43. Nous étudierons la possibilité d'intervention des personnes physiques, et notamment des riverains, dans la section suivante.

[725] Dans l'hypothèse où la société porteuse du projet est une société par action.

[726] Avant même les lois de 1982 qui ont redynamisé le processus de décentralisation en France, avec ce que l'on appelle « l'acte I de la décentralisation », les collectivités s'étaient déjà vu reconnaitre des droits et obligations. Avant ces lois, les collectivités agissaient toutefois sous le contrôle de l'Etat : on parlait alors de tutelle. La liberté des collectivités territoriales dans leur choix d'action était donc relativement limitée. Depuis les lois Deferre, les collectivités bénéficient pleinement du principe de libre-administration, ce qui leur permet de définir elles-mêmes leurs modalités d'intervention, dans le respect des lois et des compétences qui leur sont dévolues et sous le contrôle du Préfet. Le contrôle est un simple contrôle de légalité et non pas d'opportunité. Il a été mis en place par les lois du 2 mars et du 22 juillet 1982 : loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, départements et des régions (*JORF* du 3 mars 1982, p. 730) et loi n° 82-623 du 22 juillet 1982 modifiant et complétant la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions et précisant les nouvelles conditions d'exercice du contrôle administratif sur les actes des autorités communales, départementales et régionales (*JORF* du 23 juillet 1982, p. 2347).

[727] NOEL (M) et ORIER (J), *op. cit.,* p. 43.

participation aux pertes et bénéfices[728]. Toutefois, il existe des dispositions légales sur l'intervention de ces entités publiques dans les sociétés commerciales, qui conduiront à limiter leur engagement[729]. C'est notamment le cas pour les interventions en matière de garanties d'emprunt, qui sont limitées par les dispositions du code général des collectivités territoriales[730].

Ces sociétés commerciales prévues par le code de l'énergie peuvent être créées dès lors que leur objet est relatif à la production d'énergies renouvelables. L'objectif de ce nouvel outil est de permettre l'implication des collectivités dans le développement de projet, afin d'assurer une meilleure acceptabilité par les citoyens et une certaine transparence. Cet objectif de la loi sur la transition énergétique se retrouve d'ailleurs dans d'autres outils. Le texte a ainsi permis de créer une nouvelle forme de société dont l'objet est la production d'énergies renouvelables, mais uniquement pour la production d'énergie hydraulique d'installations d'une puissance supérieure à 4.5 MW, soumises au régime de la concession : la société d'économie mixte hydroélectrique. Les collectivités disposent donc d'un second outil de participation au capital d'une société, dont l'objet est la production d'énergie renouvelable. Cependant, la mise en place de ces sociétés fait l'objet d'un encadrement plus strict, et, surtout, elles ne peuvent être créées qu'à l'initiative de l'Etat[731]. La participation des collectivités territoriales n'est donc pas aussi souple que pour les sociétés de l'article L. 2253-1 du CGCT.

Section 2 La compétence spécifique des collectivités territoriales dans l'hydroélectricité

Les collectivités territoriales ont une compétence de principe dans le développement des énergies renouvelables. Cette compétence s'exerce dans le cadre de la planification, mais aussi à travers la possibilité de créer et d'exploiter des actifs de production. L'évolution des compétences des collectivités territoriales s'est faite de manière récente, en parallèle de

[728] V. COLMANT (A) et LISSAJOUX (C), « Une contribution au renouveau de l'interventionnisme local », *JCP A*, n°20, 22 mai 2017, pp. 36-42.

[729] V. Conseil d'Etat, *L'action économique des personnes publiques,* 2015, Paris, La Documentation française ; KARPENSCHIF (M), « Que reste-t-il du colbertisme ? A propos de l'étude annuelle 2015 du Conseil d'Etat sur l'action économique des personnes publiques », *JCP A*, n°41, 12 oct. 2015, pp. 49-54.

[730] Le cadre des interventions des communes pour les garanties directes est fixé par les articles L. 2252-1 à L. 2252-5 du CGCT. Les dispositions relatives à l'intervention des collectivités territoriales par l'intermédiaire de sociétés de garanties sont inscrites aux articles L. 2253-7 du CGCT (pour les communes) et aux articles R. 1511-36 à R. 1511-39 du CGCT.

[731] V. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

l'accroissement des nouvelles énergies, ce qui explique le rôle qu'elles ont à y jouer actuellement.

La situation de l'énergie renouvelable historique qu'est l'hydroélectricité est différente. En effet, la création et le développement de cette énergie date de la fin du XIXème siècle. A cette époque, les collectivités n'avaient certes ni le même statut, ni les mêmes possibilités d'intervention, mais leur rôle était toutefois, paradoxalement, plus important dans ce domaine[732]. La loi sur la transition énergétique tend aujourd'hui à renforcer la place donnée aux collectivités territoriales pour participer au développement et à l'exploitation des usines (§ 1). La coordination avec ce nouvel acteur pourrait cependant poser des difficultés, dans la mesure où les collectivités territoriales ne se substituent pas à l'Etat, qui a la compétence de principe dans le domaine de l'hydroélectricité. Il sera donc nécessaire de trouver un équilibre dans les relations entre les différents intervenants. Finalement, la reconnaissance légale du rôle à jouer des collectivités territoriales dans le cadre de l'exploitation des concessions hydroélectriques doit conduire à rechercher un équilibre entre les attentes des différents acteurs gravitant autour des concessions, et notamment de l'exploitant des usines. Il sera donc primordial pour l'ensemble des actionnaires de trouver des objectifs communs résultant nécessairement d'un compromis entre leurs attentes. Ce compromis sera indispensable au vu des objectifs probablement divergents portés par les collectivités territoriales, l'Etat et l'industriel (§ 2).

§ 1 Une opportunité offerte aux collectivités de participer au capital des sociétés concessionnaires

L'intervention des collectivités territoriales dans la construction et l'exploitation des actifs de production hydroélectrique a pu se faire de manière directe dès 1919. Comme nous l'avons exposé auparavant, les collectivités territoriales, les communes et les départements à l'époque, pouvaient en effet se voir confier une concession par l'Etat. La loi de 1946 a par la suite créé et attribué à un opérateur national un monopole partiel dans le domaine de la production d'électricité. Les collectivités concessionnaires ont pu néanmoins, malgré ce monopole, conserver, dans la plupart des cas, leur place de concessionnaire[733]. Les actifs

[732] V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

[733] On peut citer l'exemple de l'usine de Porte-Sachet confiée à la ville de Saint-Claude : décret du 26 octobre 1927 approuvant la convention et le cahier des charges de la chute d'Etable sur la Bienne (*JORF* du 4 novembre 1927, p. 11240).

concédés aux collectivités étaient alors gérés par des personnes publiques et répondaient donc aux objectifs de la nationalisation.

Cependant, la gestion directe du contrat n'était pas le seul outil à la disposition des collectivités pour l'exploitation des actifs de production hydroélectrique. C'est notamment à travers un apport financier qu'elles ont trouvé leur second moyen d'intervention : elles pouvaient en effet, à partir de 1919, participer financièrement aux entreprises hydroélectriques[734]. Depuis lors, les collectivités ont pu intervenir, en application des règles de droit commun. Ces possibilités sont limitées, mais elles n'ont pas empêché les collectivités de devenir actionnaires de certaines sociétés concessionnaires (A), avant même l'entrée en vigueur des dispositions prévues par la loi sur la transition énergétique visant à faciliter leur intervention (B).

A *L'actionnariat des collectivités dans les sociétés concessionnaires avant la loi de transition énergétique*

L'intervention des collectivités territoriales dans les sociétés concessionnaires hydroélectriques n'est pas une innovation permise par la loi de transition énergétique. En effet, nous avons vu dans les développements précédents que, dès la loi de 1919, les communes et les départements pouvaient participer financièrement aux entreprises qui obtenaient des concessions hydroélectriques[735]. Toutefois, comme nous l'avons noté, cette intervention était en pratique relativement marginale et largement encadrée au vu de la place et des libertés très restreintes des collectivités à cette époque[736].

Cependant, malgré les restrictions existantes, les attentes des collectivités territoriales étaient connues. On peut ainsi prendre l'exemple de la procédure de renouvellement de la concession de Lassoula-Tramezaygues, initiée le 1er décembre 2011, avec le lancement de la consultation sur la Gestion équilibrée et durable de la ressource en eau (GEDRE)[737]. Les contributions déposées dans le cadre de cette procédure ont permis de révéler les attentes des

[734] Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

[735] Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

[736] Ainsi, le Préfet disposait notamment d'un pouvoir de tutelle sur les communes et départements, réduisant alors la marge de manœuvre de ces collectivités.

[737] Cette procédure est étudiée au second Chapitre du présent Titre (Section 1, § 1, B).

riverains du fleuve en termes de participation financière à l'exploitation de la concession[738]. Ainsi, un certain nombre d'acteurs ont fait connaître leur souhait d'intégrer, par le biais d'une SEM, le capital de la société qui exploiterait la concession[739]. Cette demande des collectivités en 2012 semble maintenue dans le contexte actuel, puisqu'il est envisagé que la première SEMH soit mise en place pour les aménagements du Louron, au vu des différents articles de presse parus[740]. Il faudra toutefois attendre l'avis de publicité avant de se positionner sur l'outil, puisque seul l'Etat peut être à l'initiative de la création d'une SEMH.

Nous avons rappelé, dans le cadre des développements précédents, l'impossibilité de principe pour les collectivités territoriales d'intervenir au capital de sociétés commerciales dont l'objet n'est pas d'exploiter des services communaux ou des activités d'intérêt général[741]. Une dérogation existait toutefois : les collectivités pouvaient intervenir dans une société ayant un objet distinct, si cette participation était autorisée par un décret en Conseil d'Etat[742]. Avec l'adoption de la loi de transition énergétique, la question se pose toutefois aujourd'hui en des termes différents. La participation de collectivités au capital de sociétés dont l'objet est la production d'énergies renouvelables pourra désormais se faire sur simple décision des assemblées délibérantes locales[743]. Un tel exemple, présenté à dessein, montre bien que les collectivités territoriales se sont senties concernées par l'exploitation des installations de production hydroélectrique, avant même qu'on les incite à intervenir, suite à la loi de transition énergétique, avec les sociétés d'économie mixte hydroélectriques. Cet intérêt se justifie en particulier par l'emplacement des ouvrages sur leur territoire, notamment dans le cas des cours

---

[738] La procédure d'attribution de la concession a été suspendue en 2012 du fait du changement de majorité, dans l'attente des dispositions de la loi sur la transition énergétique. Elle a été relancée le 10 juin 2016 par un communiqué de la Préfète des Hautes-Pyrénées indiquant l'actualisation de la synthèse GEDRE par une nouvelle consultation du public (10 juin 2016 au 15 septembre 2016). La synthèse a donc été mise à jour en novembre 2016. Elle est disponible sur le site internet de la DREAL Occitanie (http://www.occitanie.developpement-durable.gouv.fr/synthese-gedre-louron-a22915.html).

[739] On peut ainsi citer le syndicat thermal et touristique de la haute Vallée du Louron, la mairie de Loudenvielle et la communauté de communes de la vallée du Louron. La mairie de Genos a aussi fait connaître ses attentes en termes de participation au capital, mais sans contrainte sur l'outil juridique utilisé. Plus récemment les départements des Hautes-Alpes (Le Dauphiné, éd. des Hautes-Alpes, 13 juill. 2019) et de Savoie (SANDRAZ (R), « La SEM hydroélectrique veille au barrage savoyard », *Le Moniteur*, 17 mai 2019, p.18) ont chacun voté une délibération leur permettant de participer à la création d'une SEMH. Ces délibérations n'ont pas de portée tant que l'Etat n'a pas fait le choix de recourir à une SEMH pour le renouvellement des concessions sur les territoires de ces Départements. Toutefois, cela leur permet d'afficher leur préférence s'agissant des procédures à envisager.

[740] Voir annexe 9 : NEDEY (F), « Concessions hydroélectriques : les collectivités vont-elles se jeter à l'eau ? », *La Gazette des communes*, 11 janvier 2016.

[741] Voir *supra* Section 1.

[742] Article L. 2253-1 du CGCT, alinéa 1er, préc. Voir l'exemple de la société Heuliez, évoqué *supra*.

[743] Insertion d'un nouvel alinéa 2 à l'article L. 2253-1 du CGCT par la loi n°2015-992 du 17 août 2015.

d'eaux non-domaniaux, mais aussi au vu des impacts sur les usages de l'eau qui les concernent, et qui ont été intégrés au fur et à mesure des lois de décentralisation dans leur giron de compétences.

B *Les collectivités territoriales, légitimes actionnaires des sociétés d'économies mixtes hydroélectriques*

La possibilité pour les collectivités d'intervenir dans les concessions hydroélectriques a été largement favorisée dans le cadre de la loi de transition énergétique, qui a créé un nouvel outil, un partenariat public-privé institutionnalisé : la SEMH. Cet outil sera de nature à encourager l'intervention des collectivités. La loi à l'origine d'une telle innovation a été votée après la loi NOTRe, qui a transformé la logique d'intervention des collectivités en supprimant la clause générale de compétence des régions et des départements[744]. L'objectif était alors de limiter les compétences partagées entre plusieurs échelons de collectivités. Finalement, par cette loi l'ensemble des collectivités peuvent intervenir comme actionnaire des SEMH et donc dans les domaines économique et énergétique, alors même que le département ne devait plus y mener d'actions. La loi sur la transition énergétique vient donc apporter une exception aux règles de compétences générales modifiées dans le cadre de la loi NOTRe (1). Si cet outil doit faciliter l'intervention des collectivités, on peut cependant s'interroger sur la pertinence de l'échelon territorial et les modalités d'intervention retenues (2).

1. La loi sur la transition énergétique et le développement des compétences des collectivités

L'article 118 de la loi sur la transition énergétique a instauré dans le chapitre 1er, titre II, livre V de la partie législative du code de l'énergie un nouvel outil, étudié dans les développements précédents : la société d'économie mixte hydroélectrique[745]. Comme nous l'avons indiqué, les collectivités vont pouvoir devenir actionnaires de ces sociétés, aux côtés de l'Etat et d'autres organismes de droit public. Il existe donc, à première vue, une possible participation des collectivités territoriales, un nouveau niveau d'intervention dans le cadre de leur compétence relative au développement des énergies renouvelables. Les collectivités

[744] Loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (*JORF* n°0182 du 8 août 2015, p. 13705).

[745] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

territoriales deviennent alors des interlocuteurs privilégiés pour la création de ces sociétés d'économie mixte hydroélectrique.

Cependant, le contenu de la loi sur la transition énergétique peut surprendre au regard des récentes réformes touchant aux collectivités territoriales, qui visent notamment à mieux clarifier le rôle des différents échelons territoriaux. Pour cela, le législateur a supprimé la clause générale de compétence pour les départements et les régions, laissant aux communes, seules, le soin d'intervenir au-delà des missions qui leur sont expressément confiées[746]. L'intérêt de cette réforme est donc de limiter les interventions croisées entre collectivités afin de permettre une plus grande efficacité et de réaliser des économies[747]. Or, la SEMH ne répond pas parfaitement à une telle ambition, alors même que la loi sur la transition énergétique a été votée après l'adoption de la loi NOTRe[748]. En effet, la loi du 17 août 2015 prévoit que l'ensemble des échelons de collectivités territoriales puisse intervenir. Elle limite cependant l'intervention des collectivités à travers deux critères : le périmètre géographique et la compétence matérielle[749]. La question de l'intervention du département est d'ailleurs la plus surprenante, dans la mesure où ses compétences se sont recentrées sur les aspects sociaux. Cependant, la loi sur la transition énergétique permet à cet échelon de déroger au principe posé par la loi de décentralisation visant à supprimer la clause générale de compétence. A rebours de l'évolution générale, les lois

---

[746] Pour un panorama de la clause générale de compétence et ses évolutions (le second article étant antérieur à la loi NOTRe), voir, par exemple, les études de deux auteurs avec des avis divergents : FERSTENBERT (J), « Suppression de la clause générale de compétence : une réforme pour rien ? », *La Gazette*, 23 janvier 2017, pp. 56-58 ; VERPEAUX (M), « Vous avez dit « clause générale de compétence » ? », *Commentaire*, n°129, printemps 2010, pp. 81-88.

[747] La réforme engagée sous la présidence de François HOLLANDE poursuit plusieurs objectifs, dont un de rationalisation des dépenses. Voir étude d'impact du 17 juin 2014 relative au projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOR : RDFX1412429L/Bleue-1, disponible sur le site du sénat : https://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl13-636-ei/pjl13-636-ei.pdf), qui fait état d'un objectif de « rationalisation de l'action publique locale (chefs de file, conférences territoriales de l'action publique) » qui a été mis en place dans le cadre de la loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles et « d'une nouvelle phase de rationalisation de l'intercommunalité (accroissement de la taille des EPCI à fiscalité propre, diminution du nombre de syndicats et création de nouveaux outils en faveur de la solidarité des territoires) » (p. 6). Cette rationalisation passe aussi par une meilleure répartition des compétences. « Une articulation plus efficace, plus claire et moins coûteuse des compétences des différents niveaux de collectivités passe par des modalités d'organisation mieux adaptées à la diversité des territoires, dans le respect des règles constitutionnelles qui garantissent les prérogatives du législateur, l'égalité, la libre administration des collectivités et l'interdiction de tutelle d'une collectivité sur une autre. » (p. 7).

[748] La loi NOTRe a pour ambition de renforcer les régions, en leur attribuant notamment la compétence dans le développement économique du territoire, et les intercommunalités. V. *Décryptage de la loi NOTRe*, *La Gazette des Communes*, 9 sept. 2015. Le Président Emmanuel MACRON n'avait pas envisagé de réforme relative à la décentralisation. Toutefois, suite au grand débat national organisé en 2019, un nouvel acte de la décentralisation a été annoncé.

[749] Article L. 521-18, III du Code de l'énergie : « dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi en matière de gestion équilibrée des usages de l'eau, de distribution publique d'électricité ou de production d'énergie renouvelable, les collectivités territoriales ou les groupements de collectivités territoriales riveraines des cours d'eau dont la force hydraulique est exploitée en application de la concession mentionnée au I peuvent, si l'Etat approuve leur demande à cet effet, devenir actionnaires de la société d'économie mixte hydroélectrique, dans des conditions et selon des modalités prévues par décret en Conseil d'Etat. […] ».

sectorielles favorisent donc les interventions des collectivités territoriales. Si la loi NOTRe a prévu l'existence de compétences partagées, celles-ci sont limitativement énumérées à l'article L. 1111-4 alinéa 2 du code général des collectivités territoriales et ne touchent pas le domaine de l'énergie. Au vu des enjeux du secteur de l'énergie, il est d'ailleurs surprenant qu'une compétence partagée n'ait pas été envisagée, d'autant plus que l'intervention des collectivités dans ces domaines se manifeste au niveau des différents échelons.

Toutes les collectivités peuvent toutefois se prévaloir d'une possibilité d'agir dans le domaine du développement des énergies vertes depuis la modification de l'article L. 2224-32 du CGCT. On peut cependant s'interroger sur l'identification de l'échelon pertinent dans le cas spécifique des SEMH, où la collectivité se contentera d'être un simple actionnaire, qui sera la plupart du temps représenté de manière marginale.

2. L'échelon pertinent

Le critère qu'il pourrait être intéressant d'utiliser est celui tiré du principe de subsidiarité, applicable pour les activités décentralisées[750]. En application d'un tel principe, l'échelon qui doit intervenir est celui le plus à même de le faire. Ainsi, en fonction des concessions, de leur taille, de leur emplacement, il pourrait être pertinent de faire intervenir des échelons différents. Cette intervention de multiples échelons pourrait toutefois être à l'origine de conflits, dans la mesure où, en fonction des compétences de chaque niveau, des intérêts différents pourront être défendus. De plus, on peut s'interroger sur la capacité d'une petite collectivité à être actionnaire de ce type de société. Les enjeux sont en effet relativement importants et il est nécessaire de mesurer les risques supportés en intégrant leur capital.

La pertinence d'intervention, au regard du principe de subsidiarité, devrait alors prendre en compte les capacités financières de la collectivité à participer au capital. En effet, au vu des

[750] Le principe de subsidiarité a été reconnu lors de la révision constitutionnelle de 2003, qui a inscrit un nouvel alinéa 2 à l'article 72 : « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon. ». Ce principe de subsidiarité ne vise pas à permettre aux collectivités de décider de leurs compétences, comme c'est le cas dans l'application du principe de subsidiarité au niveau européen. En effet, le principe applicable en France, dont la mise en place est différente du fait de l'existence d'un Etat unitaire décentralisé et non pas fédéral, permet d'encadrer l'intervention du législateur dans le cadre de la répartition des compétences. Par principe, l'ensemble des compétences sont du ressort de l'Etat, mais celui-ci doit transférer les compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à un échelon inférieur. Sur le sujet, voir DOUENCE (J-C) dir., *Encyclopédie des collectivités locales*, chapitre 1, § 177 et suivants, Dalloz encyclopédies, juin 2005 (mise à jour en mars 2014 sur la version numérique).

actuelles difficultés financières des collectivités, est-il réellement pertinent de faire intervenir tous les échelons ? Cette intervention affectera une partie du budget à la production d'hydroélectricité et privera de ressources une autre activité[751]. Par conséquent, dans la mesure où leur participation à la SEMH n'est qu'une possibilité, et qu'au surplus elle est soumise à un accord préalable de l'Etat, on peut s'interroger sur la réalité des contributions des différentes collectivités. Cette intervention pourrait pourtant présenter un intérêt certain pour ces entités, dès lors qu'elles percevraient des dividendes si l'activité de la société s'avère rentable. Aujourd'hui, les sociétés concessionnaires font en effet des bénéfices, ce qui permet aux collectivités d'espérer un revenu, via le versement de dividendes. Cependant, les communes et leurs groupements percevront déjà une ressource via la redevance proportionnelle au chiffre d'affaire, qui doit être mise en œuvre dès le renouvellement des contrats de concession[752].

La collectivité devrait par ailleurs prendre en compte ses compétences techniques, non pas en termes de gestion des aménagements, mais s'agissant de sa capacité à maîtriser les enjeux liés à la gestion d'ouvrages hydroélectriques concédés. Ce sont des ouvrages importants, avec des retenues et dont les enjeux d'exploitation sont majeurs. Il sera aussi nécessaire que les collectivités se forment à l'utilisation des instruments financiers propres aux sociétés commerciales, qui diffèrent de ceux des entités publiques. De plus, il existe très probablement une approche économique différente retenue par ces deux structures, qui pourrait poser des difficultés lors de l'intervention des collectivités territoriales. En effet, les reproches faits à l'Etat actionnaire étaient, et sont, encore liés à sa manière de gérer ses participations et ses entreprises sans adéquation avec la réalité économique[753]. Les collectivités pourraient être confrontées aux mêmes difficultés. Il est cependant vrai que le risque est plus faible, dans la mesure où leur participation sera probablement marginale.

Finalement, la participation de l'ensemble des échelons peut créer des difficultés. Il faut cependant relativiser cette vision assez négative liée à la multiplication des interventions. En

---

[751] Cela se produira au moins à court terme, en attendant les retombées financières de la participation au capital. De plus, il existe un aléa sur ces retours financiers, qui est fonction des bénéfices de l'entreprise. Or, dans le contexte actuel, les prix de vente sur le marché ont chuté.

[752] L'article L. 523-2 du code de l'énergie prévoit en effet que l'échelon communal et les EPCI « sur le territoire desquels coulent les cours d'eau utilisés » percevront chacun un douzième de la redevance. Les départements, selon la même règle de compétence territoriale, percevront quant à eux un tiers du montant de la redevance.

[753] Sur ce sujet, voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, § 2, B.

effet, celle-ci permet aussi, pour l'ensemble de ces collectivités, de se faire entendre : elle pourrait ainsi favoriser un renouveau des contrats de concession hydroélectriques, en abordant le contenu de ces contrats sous un nouvel angle. Toutefois, comme le souligne Claudie BOITEAU, la capacité financière des collectivités territoriales risque « vraisemblablement » de représenter « un frein à leur participation », même si, cette participation constitue une opportunité certaine, puisqu'elle leur permet « d'être directement » associées « à la gouvernance de l'entreprise gestionnaire de la ressource »[754]. Il s'agirait toutefois d'identifier avec l'ensemble des actionnaires un *affectio societatis* qui corresponde à tous. Dans ce cas, le fonctionnement de la société concessionnaire pourrait en tirer un réel profit. Il est donc nécessaire de s'interroger sur les interactions qui pourraient exister entre les différents acteurs devant intervenir.

§ 2 La multiplicité des actionnaires : la recherche d'un nécessaire compromis

La multiplicité des acteurs gravitant autour de l'exploitation d'une usine peut être profitable à tous, si la recherche d'un compromis dans la prise de décision est optimale. En effet, au sein des SEMH, dans lesquelles les collectivités territoriales pourront être actionnaires auprès notamment de l'Etat et de l'opérateur industriel, il y a de forts risques de divergences d'intérêts dans les modalités de gestion de l'entreprise et dans l'établissement de ses priorités d'action. Ce risque doit donc être étudié sous deux angles. Tout d'abord, celui de l'interaction avec un Etat actionnaire, qui semble être à la recherche d'une optimisation de la production et d'une rentabilité économique, afin de s'assurer un certain niveau de ressource (A). Ensuite, celui de l'interaction entre les collectivités territoriales et l'opérateur industriel, dans la mesure où celles-ci s'intéressent aux concessions hydroélectriques, notamment pour développer les autres usages de l'eau qui font partie de leurs compétences d'attribution (B).

A *Une union essentielle entre les collectivités territoriales et l'Etat*

Les interactions entre les collectivités territoriales et l'Etat sont particulières, dans la mesure où ces entités localisées doivent obtenir un accord préalable de l'Etat pour intégrer le

[754] BOITEAU (C), « Energie et développement durable », *RFAP*, 2015/4, n°156, pp. 1007-1084 (p. 1081).

capital des sociétés concessionnaires[755]. L'ampleur de la participation des collectivités territoriales ne dépendra donc pas de leur bon-vouloir, mais de la manière dont l'Etat usera de son pouvoir d'approbation. Si la décision est prise en opportunité, il semblerait que le contrôle de l'intervention des collectivités, effectué *a priori,* soit proche de la tutelle[756]. Un tel contrôle pourrait cependant se justifier au regard des éléments affectant l'intervention des collectivités territoriales dans les activités économiques (1). Toutefois, il semble que l'Etat soit plutôt favorable à la participation des collectivités, notamment parce que cela contribuera à trouver les capitaux nécessaires. Il est très probable que la collectivité, malgré l'approbation préalable de l'Etat défendra ses intérêts propres. Or, ceux-ci ne seront pas forcément en adéquation avec ceux de l'Etat concédant ou même de l'Etat actionnaire (2).

1. L'actionnariat soumis à l'accord de l'Etat

Dans le cadre des dispositions inscrites dans le code l'énergie, il est prévu que certaines collectivités puissent intégrer le capital de la SEMH « si l'Etat approuve leur demande »[757]. Selon une première lecture de cette disposition du code de l'énergie, il semble donc que cette possibilité ne soit pas offerte à toutes les collectivités. En effet, l'article L. 521-18, III prévoit que l'intervention d'une collectivité territoriale est envisageable sous réserve du respect de trois critères.

Le premier tient à l'existence de la compétence matérielle[758]. Cependant, la portée restrictive de ce premier critère semble neutralisée dans la mesure où l'une des compétences, qui permet l'intégration d'une collectivité territoriale au capital d'une SEMH, est la production d'énergie renouvelable. Or, comme nous l'avons vu dans les développements précédents, depuis 2010, les trois échelons de collectivités sont compétents en matière de production d'énergies renouvelables[759]. Par conséquent, il semble que toutes les collectivités territoriales

---

[755] Art. L. 521-18, III du Code de l'énergie.

[756] La tutelle est définie avant 1982 comme « désignant le contrôle exercé par l'Etat sur les collectivités territoriales, moins dans leur intérêt qu'en vue de sauvegarder l'intérêt général et la légalité. Elle comportait des pouvoirs sur leurs organes et sur leurs actes, notamment des pouvoirs d'approbation et d'annulations administratives. La tutelle a cédé la place au contrôle de légalité, plus respectueux de l'autonomie locale lors de l'extension de la décentralisation en 1982. » (*Lexique des termes juridiques, Dalloz,* 2015, 23ème édition, p. 1046).

[757] Art L. 521-18, III du Code de l'énergie.

[758] En application de l'article L. 521-18, III du Code de l'énergie, les collectivités peuvent demander d'intégrer le capital des SEMH à une double condition. Elles doivent être « riveraines des cours d'eau dont la force hydraulique est exploitée en application de la concession » et doivent bénéficier *a minima* d'une des compétences suivantes : « en matière de gestion équilibrée des usages de l'eau, de distribution publique d'électricité ou de production d'énergie renouvelable [...] ».

[759] V. *supra* présent Chapitre , Section 1, § 1.

puissent intervenir. Une exception pourrait cependant concerner les collectivités à statut particulier.

Toutefois, dans la mesure où la loi offre aussi une possibilité d'intervention, au titre de la compétence géographique exclusivement, pour les « collectivités riveraines des cours d'eau dont la force hydraulique est exploitée »[760], la très grande majorité des collectivités territoriales pourra justifier du premier critère.

Par conséquent, la seule limite qui restreindrait la possibilité pour les collectivités territoriales d'intervenir librement dans ces sociétés serait donc liée à l'application du troisième critère prévu par la loi, la nécessaire approbation préalable de l'Etat. Faute de pouvoir leur imposer d'intervenir, l'autorité étatique pourrait en effet leur en refuser l'accès. Cette possibilité de refus se justifie juridiquement, même si ce système d'accord préalable ne semble pas dans la lignée du mouvement actuel de décentralisation, qui va vers une autonomie toujours plus importante des collectivités territoriales françaises. En effet, au titre du principe de libre-administration, principe inscrit dans la Constitution française, une collectivité territoriale doit pouvoir agir librement dans le cadre de ses compétences[761]. C'est d'ailleurs dans ce cadre que le contrôle de légalité s'est substitué au contrôle de tutelle, en application de la loi de décentralisation du 2 mars 1982. En vertu de ce principe, on pourrait donc considérer que l'intervention des collectivités territoriales, qui ont compétence dans le domaine de la production d'énergies renouvelables, au capital des SEMH soit de leur propre fait. Toutefois, la limite affectant le principe de libre administration, prévue par la loi à travers la mise en place d'un système d'approbation préalable de l'Etat, se justifie par la compétence exclusive de ce dernier pour délivrer les contrats de concession hydroélectrique[762]. Or, le code général des collectivités territoriales prévoit une répartition des compétences entre les missions qui relèvent de l'Etat et celles qui relèvent des collectivités[763].

---

[760] Art. L. 521-18, III du Code de l'énergie.

[761] Article 72, alinéa 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ».

[762] Article L. 511-1 du code de l'énergie : « sous réserve des dispositions de l'article L. 511-4, nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une concession ou une autorisation de l'Etat ».

[763] Article L. 1111-4 alinéa 1 du CGCT : « la répartition des compétences entre les collectivités territoriales et l'Etat s'effectue, dans la mesure du possible, en distinguant celles qui sont mises à la charge de l'Etat et celles qui sont dévolues aux communes, aux départements ou aux régions de telle sorte que chaque domaine de compétences ainsi que les ressources correspondantes soient affectés en totalité soit à l'Etat, soit aux communes, soit aux départements, soit aux régions ».

En pratique, on peut cependant supposer que le refus opposé par l'Etat à l'intervention des collectivités territoriales n'interviendra que rarement. En effet, il est plutôt envisagé que la constitution d'une SEMH soit étudiée à la suite d'une initiative des territoires[764]. Par conséquent, il semble peu probable que l'Etat refuse leur entrée, puisqu'il ne semble pas forcément vouloir ou pouvoir participer de manière importante aux SEMH.

L'Etat devrait donc approuver l'intervention des collectivités territoriales, de manière quasi-systématique. Or, la présence de ces deux types d'actionnaires au sein du pôle public pourrait poser des difficultés. En effet, les collectivités, en tant qu'actionnaires, vont souhaiter défendre leurs intérêts. C'est d'ailleurs l'un des objectifs qui motive leur entrée au capital.

2. La défense par les collectivités territoriales de leurs intérêts

Certaines collectivités territoriales ou groupements de collectivités ont déjà annoncé leur souhait de participer au capital des SEMH, telle la Communauté de Communes de la Vallée du Louron, à travers la voix de son Président, Michel PELIEU[765]. Cette participation doit permettre aux collectivités, qui ne perçoivent aujourd'hui que très peu de revenus des concessions hydroélectriques, de bénéficier de retombées économiques et financières. Pourtant les retombées économiques des concessions hydroélectriques sont certaines dans l'avenir, dans la mesure où la redevance proportionnelle aux recettes de la concession sera mise en place lors du renouvellement des contrats. Les collectivités ne seront donc plus lésées par l'absence de revenus[766]. En effet, lors de la création d'une SEMH, nous serons en présence d'un nouveau contrat, signé à l'issue d'une procédure de mise en concurrence. Le cahier des charges prévoira nécessairement une redevance proportionnelle aux recettes de la concession, comme cela est envisagé à l'article L. 523-2 du Code de l'énergie. Par conséquent, l'argument avancé par certaines collectivités, reposant sur la nécessité de participer aux SEMH pour bénéficier de revenus liés à l'exploitation de la force motrice de l'eau, est de faible portée, puisqu'il sera vide

---

[764] Nous pouvons affirmer cette idée au vu des échanges que nous avons eus avec la DGEC.

[765] Voir annexe 9 : NEDEY (F), « Concessions hydroélectriques : les collectivités territoriales vont-elles se jeter à l'eau ? », *La gazette des communes*, 11 janvier 2016, p. 3.

[766] Ainsi, les élus de la Vallée d'Ossau ont fait connaître leur intention d'intenter une action à l'encontre de l'Etat afin d'être indemnisés des redevances non-perçues du fait de la prolongation, en délais glissants, des concessions existantes sur leur territoire. Selon un article de presse, Jean-Jacques LASSERE, Président du conseil départemental des Pyrénées-Atlantiques, a fait parvenir, en février 2017, un courrier au Premier Ministre de l'époque, Bernard CAZENEUVE, réclamant plus de 9 millions d'euros pour les redevances non-perçues pour les années 2013 à 2016 (intérêts compris). Il y est aussi indiqué que le Président du Conseil départemental des Hautes-Pyrénées, Michel PELLIEU, ainsi que d'autres élus, souhaitent intenter une action. Voir annexe n° 10 : Articles de presse relatifs à la réclamation de la redevance non-perçue par les élus de la vallée d'Ossau.

de sens avec l'intégration de la redevance lors du renouvellement des contrats. On peut toutefois comprendre leur souhait de bénéficier de l'ensemble des revenus envisageables, dans le cadre de l'exploitation de ces ouvrages. En cas de participation au capital, les collectivités percevront en effet, en plus des bénéfices de la redevance, les dividendes générés par la société concessionnaire.

La divergence des intérêts nous semble donc devoir résulter des compétences de chaque échelon de collectivités, qui vont différer au sein d'une même concession, mais aussi de leur confrontation avec les intérêts de l'Etat[767]. Tout d'abord, les collectivités territoriales ne seront pas nécessairement d'accord entre elles sur les objectifs et les orientations à assigner à la SEMH, en fonction de leur périmètre d'intervention. Elles le seront probablement encore moins avec l'Etat. En effet, l'objectif principal de l'Etat devrait être d'optimiser la production d'énergie au vu de ce qui est indiqué dans le cadre de la loi et c'est notamment l'un des arguments justifiant la prolongation des concessions en cours afin d'assurer leur regroupement. L'Etat pourrait toutefois poursuivre un autre intérêt dans le cadre de ces SEMH, dès lors qu'il entend également bénéficier des retombées économiques et financières liées à la perception des dividendes en proportion de sa présence au capital. Cet intérêt de l'Etat semble être établi : il s'agit d'ailleurs de l'un des reproches majeurs qui lui est fait, aujourd'hui, dans sa gestion en tant qu'actionnaire. En effet, la Cour des comptes, dans son rapport sur le budget de l'Etat en 2014, a mis en exergue l'augmentation des dividendes perçus par l'Etat par rapport à ce qui était prévu par la loi de finances initiale[768]. Ce sont notamment les dividendes perçus auprès des entreprises EDF (2 Md€) et GDF Suez (1Md€) qui ont conduit à cette augmentation[769]. Dans le cadre de l'exercice 2014, les dividendes perçus par l'Etat ne l'ont pas été sous forme d'actions, ce qui a conduit ces entreprises à les verser en numéraire. De plus, les résultats ont été calculés de manière favorable, ce qui a conduit l'Etat à percevoir plus de dividendes. C'est en tout cas la conclusion de la Cour des Comptes sur le cas d'EDF, qui met en garde l'Etat, en

---

[767] Concernant la répartition des compétences des collectivités territoriales, voir PONTIER (J-M), *L'Etat et les collectivités locales. La répartition des compétences*, Paris, Librairie de droit et de jurisprudence, 1978. Dans cet ouvrage, l'auteur indique que le « principe de la distinction entre affaires locales et affaires nationales [...] repose sur la constatation qu'il existe des intérêts distincts à l'intérieur du pays » (pp. 148-149). Il met ainsi en exergue la distinction, voire l'opposition, des intérêts qui peuvent être poursuivis au niveau national ou local.

[768] Cour des comptes, *Rapport sur le budget général de l'Etat. Recettes fiscales et non fiscales. Les recettes non fiscales*, 2014, pp. 7-18.

[769] Toutefois, cinq entreprises ont versé plus de 86% des dividendes perçus par l'Etat pour l'exercice 2014, sachant que trois d'entre elles avaient obtenu des résultats négatifs en 2013 (GDF Suez, SNCF et Air France).

précisant que celui-ci semble tomber dans un de ses travers d'actionnaire : la gestion à court terme[770].

Cette situation pourrait donc avoir des conséquences importantes en termes d'efficacité d'exploitation et de politique de maintenance pour les SEMH, qui sont des entreprises de taille intermédiaire. C'est en réalité une difficulté inhérente à la présence d'actionnaires non spécialisés dans un domaine. En effet, les décisions stratégiques pourraient être prises en considération d'objectifs propres, qui ne sont pas forcément en accord avec une politique industrielle de maintenance.

Toutefois, l'intérêt d'une société à multiples actionnaires est de pouvoir mettre en balance les intérêts de tous dans un objectif commun : on parle alors d'*affectio societatis*[771]. Si l'objectif commun de la société est bien défini et partagé par tous, le fonctionnement de la société ne pourra en être que plus efficace. En effet, la présence de tous les acteurs intéressés par l'exploitation des usines hydroélectriques peut aussi être le meilleur moyen pour elles d'être exploitées de manière optimale[772].

B *Une conciliation nécessaire entre les collectivités territoriales et l'opérateur industriel*

Dans le cadre des nouvelles relations qui vont être mises en place, si une SEMH est créée, il faut envisager le rapport entre les collectivités territoriales et l'opérateur industriel. Dans un premier temps, l'une des principales difficultés qui peut apparaître est relative à l'absence de compétences techniques des actionnaires publics. Il sera donc nécessaire d'encadrer le pouvoir d'intervention des collectivités territoriales, et notamment de prise de décision dans ce domaine (1). Le second point d'interaction supposé est lié aux centres d'intérêts des territoires, les usages extra-énergétiques de l'eau. Sur ce point, il semble que la présence des collectivités pourrait avoir des effets positifs ou négatifs, en fonction du sens du compromis de chacun (2).

---

[770] Cour des comptes, *op. cit.* : « au total, les taux de distribution élevés et le non-respect du texte réglementaire lié au provisionnement par EDF du démantèlement des centrales nucléaires témoignent de la préférence de l'Etat pour un rendement à court terme de sa participation au détriment, potentiellement, des intérêts de long terme des entreprises. » (p. 13).

[771] Sur cette notion, v. développements *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 1, C.

[772] V. *infra*, Chapitre 2 de la présente Partie.

1. Un encadrement nécessaire des pouvoirs des collectivités

De la même manière que des intérêts divergents peuvent apparaître entre les différents actionnaires du pôle public, ceux-ci peuvent tout autant exister avec l'actionnaire privé. Les principales divergences à envisager, selon nous, semblent être d'ordre technique et économique.

Les collectivités territoriales n'ont tout d'abord pas de connaissances, à quelques rares exceptions, dans l'exploitation d'aménagements hydroélectriques. Dans ce cadre, il pourrait être compliqué pour elles d'appréhender les contraintes liées aux politiques de maintenance, par exemple lors de la présentation du budget de l'entreprise. Ainsi, l'opérateur industriel serait susceptible de se trouver en difficulté pour mener sa politique d'exploitation et de maintenance fondée sur son expérience. Toutefois, cette difficulté serait en mesure d'être atténuée suivant le degré de représentation des collectivités territoriales au sein du capital de la société. En effet, si leur représentation est relativement faible, leur impact sur ce type de décision sera pratiquement nul. Elles seront alors probablement rassemblées autour de la décision prise par le pôle public. Or, celui-ci, comme nous l'avons vu auparavant, pourra aussi avoir une influence moindre en fonction de sa représentation[773].

Le second axe qui pourrait représenter une mésentente est d'ordre économique. C'est en tout cas une critique qui est fréquemment mise en exergue lorsqu'un opérateur privé doit gérer une activité publique. On considère parfois que l'opérateur économique pense uniquement en termes de résultats financiers, alors que les collectivités territoriales chercheront avant tout la meilleure exécution du service (dans le cas des concessions hydroélectriques, on peut notamment penser aux activités en lien avec les usages de l'eau et à l'aménagement du territoire)[774]. Cette vision des choses doit, en réalité, être fortement nuancée. Elle pourrait être

---

[773] Si le pôle public bénéficie de 34% du capital, il peut intervenir sur la prise de décision uniquement dans le cadre des décisions prises en assemblée générale extraordinaire (AGE), puisqu'il bénéficie de la minorité de blocage nécessaire. En effet, l'article L. 225-96 du code de commerce prévoit, à son alinéa 3, que l'AGE « statue à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés ». Or, les décisions prises en AGE sont prévues par le code de commerce aux articles L. 225-96 et L. 225-97 et sont relatives à la modification des statuts ou de la nationalité de la société. Le vote du budget relève donc de l'assemblée générale ordinaire et si les actionnaires publics sont minoritaires, ils ne pourront pas s'opposer à l'affectation des ressources.

[774] La question de l'interventionnisme économique des personnes publiques a toujours fait l'objet de débat. V. HAURIOU (M), note sous TC, 9 déc. 1899, *Canal de Gignac*, *Rec*. 731, *S*. 1900.3.49 : « Notre régime d'Etat actuel, fondé sur l'égalité dans la chose publique, ne se maintient que parce qu'on a veillé jusqu'ici avec un soin jaloux à ce que les intérêts privés, et notamment les intérêts économiques, qui sont foncièrement différentiels et inégalitaires, ne fussent pas mélangés avec la chose publique ; mais si maintenant on vient amalgamer les intérêts économiques et la chose publique, c'en est fini de l'égalité ».

d'autant plus faussée dans le cas des SEMH, puisque les collectivités territoriales seront intéressées aux résultats de l'entreprise, d'autant plus que l'un des arguments présentés par les collectivités pour intégrer le capital de ces sociétés est précisément la possibilité de récupérer des dividendes.

Malgré les divergences d'intérêts qui pourraient apparaître entre le concessionnaire et les collectivités, le modèle peut toutefois fonctionner. On peut ainsi prendre l'exemple de la Compagnie nationale du Rhône, dont une partie de l'actionnariat est constitué de collectivités territoriales[775]. Le concessionnaire est relativement intégré sur le territoire et cette situation s'est illustrée dans le cadre des discussions préalables au projet de loi sur la transition énergétique. En effet, à cette occasion, un certain nombre de collectivités territoriales, actionnaires ou non de la société, ont signé une lettre ouverte rédigée par le Président du Conseil Régional Rhône-Alpes pour défendre le modèle de la CNR et sa prolongation[776]. Les collectivités concernées à cette occasion qu'une méthode des barycentres soit prévue par la loi pour la CNR[777], afin de lui « permettre […] de retrouver la visibilité nécessaire à la poursuite des missions qui lui avaient été confiées à l'origine […] générant pour [les] territoires d'importantes retombées en matière économique et d'emploi »[778]. Cela illustre l'intérêt majeur des collectivités territoriales pour les décisions relatives aux usages extra-énergétiques de l'eau. C'est en effet ce qui a le plus d'impact sur leurs missions.

2. *Un rôle prépondérant des collectivités dans les usages extra-énergétiques de l'eau*

En France, dans le cadre des différentes étapes de la décentralisation, les missions des collectivités territoriales se sont largement étendues. Elles possèdent aujourd'hui de nombreuses missions liées aux usages extra-énergétiques de l'eau et au développement des

[775] Le capital de la CNR est réparti entre le groupe Engie (49.97%), le Groupe Caisse des Dépôts (33,2%) et les collectivités territoriales (16,83%).

[776] Annexe n°11 : Lettre ouverte à Manuel VALLS le 4 juin 2014 relative à la CNR.

[777] La méthode des barycentres « consiste à procéder à un alignement des dates d'échéance des contrats par calcul d'une date moyenne pondérée garantissant le maintien de l'équilibre économique général pour l'opérateur » (extrait de l'étude d'impact du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, NOR : DEVX1413992L/Bleue-1, 29 juillet 2014).

[778] Lettre préc., p. 2

territoires[779]. Elles sont donc particulièrement intéressées par l'exploitation des concessions hydroélectriques.

Dans le cadre de concessions à ouvrage unique, le principal intérêt des collectivités territoriales sera relatif au tourisme, aux activités de loisirs ou à l'irrigation, ce qui correspond au partage de la ressource en eau entre la production d'électricité et sa vocation de loisirs[780]. Mais l'on peut aussi envisager des concessions à ouvrages multiples, qui comportent d'autres attraits pour les collectivités territoriales, notamment en matière d'aménagement du territoire,

---

[779] On peut ainsi citer la compétence GEMAPI (Gestion des milieux aquatiques et la prévention des inondations) qui est confiée au bloc communal. Cette compétence a été transférée par la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, dite loi MAPTAM (JORF n°0023 du 28 janvier 2014, p. 1562).

Le contenu de cette compétence est défini par l'article L. 211-7, I bis du code de l'environnement : « I.-Les collectivités territoriales et leurs groupements, tels qu'ils sont définis au deuxième alinéa de l'article L. 5111-1 du code général des collectivités territoriales, ainsi que les établissements publics territoriaux de bassin prévus à l'article L. 213-12 du présent code peuvent, sous réserve de la compétence attribuée aux communes par le I bis du présent article, mettre en œuvre les articles L. 151-36 à L. 151-40 du code rural et de la pêche maritime pour entreprendre l'étude, l'exécution et l'exploitation de tous travaux, actions, ouvrages ou installations présentant un caractère d'intérêt général ou d'urgence, dans le cadre du schéma d'aménagement et de gestion des eaux, s'il existe, et visant :

1° L'aménagement d'un bassin ou d'une fraction de bassin hydrographique ;

2° L'entretien et l'aménagement d'un cours d'eau, canal, lac ou plan d'eau, y compris les accès à ce cours d'eau, à ce canal, à ce lac ou à ce plan d'eau ;

3° L'approvisionnement en eau ;

4° La maîtrise des eaux pluviales et de ruissellement ou la lutte contre l'érosion des sols ;

5° La défense contre les inondations et contre la mer ;

6° La lutte contre la pollution ;

7° La protection et la conservation des eaux superficielles et souterraines ;

8° La protection et la restauration des sites, des écosystèmes aquatiques et des zones humides ainsi que des formations boisées riveraines ;

9° Les aménagements hydrauliques concourant à la sécurité civile ;

10° L'exploitation, l'entretien et l'aménagement d'ouvrages hydrauliques existants ;

11° La mise en place et l'exploitation de dispositifs de surveillance de la ressource en eau et des milieux aquatiques ;

12° L'animation et la concertation dans les domaines de la prévention du risque d'inondation ainsi que de la gestion et de la protection de la ressource en eau et des milieux aquatiques dans un sous-bassin ou un groupement de sous-bassins, ou dans un système aquifère, correspondant à une unité hydrographique.

Les compétences visées aux alinéas précédents peuvent être exercées par l'établissement public Voies navigables de France sur le domaine dont la gestion lui a été confiée.

I bis.-Les communes sont compétentes en matière de gestion des milieux aquatiques et de prévention des inondations. Cette compétence comprend les missions définies aux 1°, 2°, 5° et 8° du I. A cet effet, elles peuvent recourir à la procédure prévue au même I. »

[780] La manifestation de l'importance de l'usage touristique s'illustre par exemple dans le cadre de la procédure de consultation des acteurs et usagers de l'eau pour la Gestion Equilibrée et Durable de la Ressource en Eau (GEDRE) pour la mise en concurrence des concessions hydroélectriques de la Vallée d'Ossau. Le document de synthèse de février 2012 a été publié sur le site de la préfecture de la DREAL Midi-Pyrénées (http://www.midi-pyrenees.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Document_de_synthese_GEDRE_cle1ab7b9.pdf). Il y est mis en avant les attentes locales, par exemple en termes de maintien de l'activité halieutique, ou de développement des activités nautiques (canyonisme, canoë-kayak, rafting).

au vu de leur périmètre élargi[781]. C'est le cas, par exemple, de la Basse-Durance, où la concession visait à exercer deux activités : le développement de l'hydroélectricité et le développement de l'irrigation[782]. Le fait d'assurer l'irrigation a nécessité la création d'un canal et a permis aux riverains de bénéficier d'un apport en eau plus régulier. La construction d'un barrage ayant une vocation hydroélectrique a aussi permis de diminuer les problèmes de crues en période hivernale. Ces deux compétences ont donc conduit à modifier les règles d'aménagement du territoire, en permettant le développement de l'activité économique, notamment par le soutien aux activités agricoles[783]. On peut aussi citer à nouveau l'exemple de la concession du Rhône, à laquelle les collectivités sont particulièrement attachées en raison des activités supplémentaires à la production hydroélectrique, comme la gestion de la navigation ou le développement des territoires[784].

[781] Nous aborderons cet aspect de manière plus approfondie : v. *infra*, Titre 2, Chapitre 1.

[782] Loi n°55-6 du 5 janvier 1955 relative à l'aménagement de la Durance (*JORF* du 6 janvier 1955, p. 277). Le titre II approuve la convention signée entre le Ministre de l'agriculture et EDF, qui encadre les modalités d'exploitation de la réserve agricole de Serre-Ponçon.

[783] Loi n°55-6, préc., article 3 : « Est approuvée la convention en date du 24 novembre 1953 intervenue entre le ministre de l'agriculture et Electricité de France (service national) et fixant :

a) Le mode de constitution et d'exploitation à Serre-Ponçon d'une réserve agricole destinée à remédier aux insuffisances du débit naturel de la Durance en période d'irrigation intensive, à remettre à la disposition des usagers du Verdon une partie de la réserve de Castillon et à permettre des extensions des surfaces irriguées ; […] ».

[784] Ainsi, dans la lettre ouverte signée par un certain nombre d'élus de collectivités riveraines du Rhône, ceux-ci mettent en avant l'importance de l'activité de la concession à but multiple pour leur collectivité : « la Compagnie nationale du Rhône est le parfait exemple de cet équilibre entre développement des énergies renouvelables et développement de nos territoires tout en assurant la préservation de la qualité de l'environnement. Elle est aussi un partenaire essentiel de l'ensemble des acteurs de la Vallée du Rhône, dont nos collectivités locales, compte tenu de l'efficacité de sa structure publique-privée » (voir annexe n°11 : Lettre ouverte à Manuel VALLS le 4 juin 2014 relative à la CNR).

Conclusion Chapitre 1

La modification de l'intervention de l'échelon local dans l'exécution des concessions hydroélectriques résulte du renforcement du rôle et des compétences des collectivités territoriales depuis 1919, du fait notamment de la nationalisation de l'électricité, de la modification des usages de l'eau, et du nécessaire partage de cette ressource. Ces évolutions d'origine sociétale ont principalement été intégrées par les trois lois relatives à l'eau, qui ont pris en compte les besoins liés à elle pour différents usages, notamment industriels, récréationnels et environnementaux[785]. Mais c'est aussi en voulant favoriser le développement des énergies d'origine renouvelable que la loi a associé les collectivités territoriales à de nouveaux enjeux de société. Cette nouvelle intervention se justifie par la nécessaire prise en compte des différents usages de l'eau et le souhait des collectivités territoriales de participer aux projets de développement durable. Le développement des moyens de production d'énergie non-fossile permet donc d'expliquer les nouvelles possibilités d'intervention des collectivités, dans la mesure où ces nouvelles énergies sont délocalisées et vont se multiplier avec une logique de foisonnement territorial. Cette évolution, spécifiquement dans le domaine de l'hydroélectricité, leur permet de prendre part au capital des sociétés concessionnaires.

La participation des collectivités territoriales au capital social de ces sociétés de développement d'énergies propres est certes justifiée par leur souhait de participer aux objectifs européens et nationaux de transition énergétique. Mais cette participation permet aussi, et avant tout, d'envisager des projets de développement des énergies renouvelables, notamment dans la production hydroélectrique, qui peuvent faire l'objet de nombreuses réticences de la part des citoyens. En effet, dans le cadre du développement, ou même du maintien des usines hydroélectriques, il est nécessaire de procéder à un certain nombre de phases de consultation des acteurs intéressés. Les riverains ont dorénavant un rôle à jouer, du fait des différentes prérogatives qui leur ont été octroyées par la loi. Or, les usines hydroélectriques ne font pas nécessairement l'unanimité auprès des riverains. La présence des collectivités territoriales auprès des sociétés concessionnaires peut donc être de nature à favoriser l'acceptabilité des projets. Celle-ci peut aussi être obtenue en associant les riverains à leur développement.

---

[785] Loi n°64-1245, du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution (*JORF* du 18 décembre 1964 p. 11258) ; Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau (*JORF* n°3 du 4 janvier 1992, p. 187) ; Loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques (*JORF* n°0303 du 31 décembre 2006, p. 20285).

Chapitre 2 : La consolidation de la place des riverains

Depuis le Grenelle de l'environnement, on note « une rupture dans la manière d'aborder la décision politique en matière environnementale »[786]. La gouvernance des projets d'envergure ayant une incidence environnementale a été profondément modifiée, afin d'assurer une concertation de l'ensemble des acteurs intéressés[787], ce qui a conduit au développement de la démocratie participative[788]. Le fondement de cette gouvernance est basé sur les principes régissant le droit de l'environnement, notamment ceux d'information et de participation[789].

Dans le cadre des procédures d'octroi des concessions hydroélectriques, ces principes sont mis en œuvre à plusieurs échelles. Précédemment, nous avons pu étudier les modalités de consultation des collectivités territoriales. Dans cette partie, nous étudierons les modalités d'information et de participation du public. La représentation des citoyens peut se faire en tant qu'électeurs, habitants, riverains ou membres d'associations. Spécifiquement, nous avons décidé de développer, dans cette partie, les dispositifs visant à une consultation directe des citoyens, sans intermédiaire (associations, collectivités territoriales, …). En effet, leur intervention en tant qu'électeur conduirait à étudier les outils de participation proposés aux collectivités territoriales, ce qui a été fait précédemment. Quant à leur intervention dans le cadre d'associations, elle est relativement proche de leur participation directe, dans la mesure où les associations sont sollicitées au même titre que les citoyens, dans la plupart des dispositifs.

La réforme de la procédure d'octroi des concessions hydroélectriques et du code de l'environnement a permis d'instaurer de nouveaux dispositifs de consultation en amont de

---

[786] ROSSIGNOL (L) et NEGRE (L), *Rapport d'information fait au nom de la Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application des lois n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (Grenelle I) et n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (Grenelle II)*, n°290, enregistré à la présidence du Sénat le 23 janvier 2013, 61 p.

[787] Le Grenelle a été pensé dans le cadre d'une « gouvernance à cinq », l'objectif étant de prendre les décisions en concertation avec les élus locaux, les représentants de l'administration, les syndicats de salariés et d'employeur et les associations de protection de l'environnement. Le mode de gouvernance a évolué puisqu'aujourd'hui la concertation est aussi ouverte aux parlementaires. Un nouvel élan a été donné avec l'organisation de la première conférence environnementale en septembre 2012.

[788] Voir par exemple : ALBERTINI (J-B), « Démocratie représentative et participation(s) citoyenne(s) : réflexions et applications pratiques », *RFAP*, 2014/2, n°150, pp. 529-541 ; MOLINER-DUBOST (M), « La citoyenneté environnementale », *AJDA*, 2016, n°12, pp. 646-651.

[789] Article L.110-1, II du code de l'environnement : « […] 4° Le principe selon lequel toute personne a le droit d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques ;

5° Le principe de participation en vertu duquel toute personne est informée des projets de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement dans des conditions lui permettant de formuler ses observations, qui sont prises en considération par l'autorité compétente ». Concernant la portée de ces principes, voir notamment PRIEUR (M), *Droit de l'environnement*, Dalloz, Précis, 2016, 7ème éd., pp. 156-187.

l'attribution du contrat de concession, conformément aux grands objectifs affichés par François Hollande, dans le cadre de l'organisation de la conférence environnementale 2014[790]. La concertation doit alors permettre d'identifier les attentes des différents acteurs concernés par les aménagements (Section 1). Mais la réforme a surtout permis de développer les dispositifs d'association du public durant la phase d'exploitation des contrats (Section 2).

Section 1 La démocratie participative en amont de l'attribution des contrats

Les ouvrages hydroélectriques sont des ouvrages ayant une incidence sur l'environnement. Ils doivent à ce titre respecter les principes d'information et de participation reconnus par le droit de l'environnement et inscrits dans la charte de l'environnement ayant valeur constitutionnelle[791]. Ainsi, en application de ces différents principes, le législateur a prévu la mise en place de plusieurs dispositifs d'information et de participation du public tout au long des projets. La démocratie environnementale a l'ambition d'associer les citoyens aux décisions de l'administration afin de répondre à la demande sociale qui s'est faite de plus en plus forte avec le temps. Ce processus est même devenu une nécessité, dans la mesure où le citoyen n'a plus une confiance aveugle dans le pouvoir, ce qui explique le développement de la démocratie participative, notamment dans le domaine de l'environnement[792] (§ 1). L'application de cette démocratie participative a été largement critiquée, notamment du fait du sentiment des citoyens d'être consultés tardivement, lorsque le projet était en cours de finalisation. De nouveaux dispositifs ont été mis en œuvre pour répondre à ces attentes en prévoyant des consultations préalables à l'élaboration précise du projet, et notamment concernant la décision d'octroi ou de renouvellement d'une concession hydroélectrique (§ 2).

---

[790] La 3ème édition de la conférence environnementale s'est déroulée du 27 au 28 novembre 2014 à Paris. Elle a conduit à la remise d'un rapport le 3 juin 2015, par la Commission spécialisée, relatif à la démocratisation du dialogue environnemental à la Ministre de l'écologie, alors en place, Mme ROYAL.

[791] Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (*JORF* n°51 du 2 mars 2005, p. 3697). Voir dossier relatif à la Charte de l'environnement, *AJDA*, n°21, 6 juin 2005. Le principe a été inscrit à l'article L. 120-1 du code de l'environnement.

[792] ZULESI (J-M), *Rapport fait au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, ratifiant les ordonnances n°2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programme et n°2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement* : « il y a quarante ans, nos concitoyens faisaient spontanément confiance aux pouvoirs publics et estimaient que si le préfet avait signé, c'est qu'il avait raison ; aujourd'hui ils pensent que ce n'est pas parce qu'il a signé qu'il a raison. Il faut en prendre acte, savoir l'entendre et le traduire dans les mécanismes de participation avec l'opinion publique et nos concitoyens. Il s'agit donc de répondre à une exigence plus forte de la population dans un contexte où celle-ci est mieux informée : internet étant passé par là, nos concitoyens se font peut-être plus facilement qu'alors une opinion » (p. 74).

§ 1 Les principes de la démocratie participative

Une des avancées majeures de la démocratie participative, dans le domaine de l'environnement, a été permise par la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement[793]. L'originalité de cette convention tient à ce qu'elle fait le lien entre les droits de l'Homme et des droits en matière d'environnement[794]. Elle « reconnaît que nous avons une obligation envers les générations futures et établit que le développement durable ne peut être atteint que grâce à la participation de toutes les parties prenantes »[795]. Ce lien entre les droits de l'homme et les droits en matière d'environnement ressort dès son article 1er, selon lequel : « Afin de contribuer à protéger le droit de chacun, dans les générations présentes et futures, de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être, chaque Partie garantit les droits d'accès à l'information sur l'environnement, de participation du public au processus décisionnel et d'accès à la justice en matière d'environnement conformément aux dispositions de la présente Convention ».

L'Union Européenne a adhéré à la Convention d'Aarhus en 2005[796], laquelle « a notamment pour objectif de garantir les droits de participation du public aux procédures décisionnelles en matière d'environnement afin de contribuer à sauvegarder le droit de tout un chacun de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être ». Elle a par ailleurs adopté, sur son fondement, deux directives organisant la participation du public à des opérations ayant une incidence sur l'environnement[797]. Celles-ci ont impulsé un renforcement

---

[793] La convention d'Aarhus a été adoptée lors de la Quatrième Conférence ministérielle, le 25 juin 1998, entrée en vigueur le 30 octobre 2001. Cette convention repose sur trois piliers : l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice. Voir, notamment, le dossier de la *RJE*, hors-série 1999.

[794] Commission économique pour l'Europe, *La convention d'Aarhus : Guide d'application*, UNECE, 2ème édition, 2014, disponible sur le site internet de l'ONU (www.unece.org).

[795] Commission économique pour l'Europe, *La convention d'Aarhus : Guide d'application*, *op. cit*. p. 15.

[796] Décision 2005/370/CE du Conseil (*JOUE* L.124 du 17 mai 2005, p. 1). Les obligations de la Convention d'Aarhus sont mises en œuvre par le règlement 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (*JOUE* L.264 du 25 septembre 2006, p. 13).

[797] Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil, considérant n°6 ; Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, considérant n°19 (qui a été modifiée par la directive 2014/52/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014).

des dispositifs de participation du public à la décision, qui avaient déjà été mis en place en France. Ainsi, la loi Grenelle 2 a été adoptée, le 12 juillet 2010, suite à la mise en demeure, adressée par la Commission européenne à la France, de transposer les dispositions de la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001[798]. En 2015, la Commission a de nouveau mis la France en demeure du fait de l'absence de transposition complète de la directive de 2001. Dans ces conditions, la loi n° 2015-990 a habilité le gouvernement à prendre par ordonnance les mesures afin de respecter son obligation de transposition, de simplification et de clarification des procédures applicables à la participation du public[799]. Le Parlement a par la suite ratifié, par une loi du 1er mars 2018, les dispositions des ordonnances relatives à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes[800]. Cette première ordonnance permet de se mettre en conformité avec les dispositions du droit de l'Union européenne et de simplifier des procédures de participation du public, notamment pour les porteurs de projet. Une seconde ordonnance porte réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement[801].

La mise en demeure a aussi permis d'aller au-delà de la simple transposition de la directive 2001/42/CE, en intégrant au droit français de nouveaux dispositifs de participation ou en simplifiant l'existant. L'ordonnance n°2016-1060 vise ainsi à améliorer et simplifier les dispositifs de participation du public, notamment suite au drame du barrage de Sivens[802]. C'est en tout cas ce qu'indique le secrétaire d'Etat auprès du ministre d'Etat, ministre de la transition écologique et solidaire, M. LECORNU, dans son discours d'ouverture des travaux de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, lors de l'examen du

---

[798] Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement (*JOUE* du 21 juillet 2001, p. 30). Le périmètre de la loi Grenelle 2 dépasse cependant, le périmètre de la directive transposée.

[799] Loi n°2015- 990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (*JORF* du 7 août 2015, p. 13537), article 106.

[800] Ordonnance n°2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes (*JORF* du 5 août 2016, texte n°10).

[801] Ordonnance n°2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement (*JORF* du 5 août 2016, texte n°14).

[802] Concernant l'ordonnance n°2016-1060, voir, par exemple, DAGOT (C), « Information et participation du public. Octobre 2016 – Septembre 2017 », *Revue Droit de l'environnement*, n°261, novembre 2017, pp. 387-392 ; HELIN (J-C), « Le projet d'ordonnance relative au dialogue environnemental. Bien visé, mal tiré ? », *Energie, environnement, infrastructures*, août-septembre 2016, focus n°261 ; STRUILLOU (J-F) et HUTEN (N), « Démocratie environnementale », *RJE*, 2018/1, vol.42, pp. 147-165 ; ZARKA (J-C), « La réforme du dialogue environnemental », *JCP A*, n°41, 17 octobre 2016, commentaire n°2271, pp. 1-4.

projet de loi de ratification : « l'ordonnance correspond aussi à un mouvement de fond que l'on observe chez nos concitoyens depuis quelques années, autour des objectifs conjoints d'amélioration de la qualité de la décision publique, de sensibilisation et d'éducation des citoyens à la protection de l'environnement – le dialogue entraîne la connaissance, dédramatise un certain nombre de situations et oblige à travailler sur le fond, selon le principe d'opposition raison contre passion – d'accroissement de la légitimité des décisions publiques, pour laquelle le respect des procédures ne suffit plus »[803]. L'objectif du droit français, impulsé par le droit international et le droit de l'union européenne, est alors de mettre en œuvre des dispositifs permettant de répondre aux attentes des citoyens de plus en plus demandeurs de participation, notamment lors de la création de nouveaux projets ayant une incidence sur l'environnement. Cet objectif a d'ailleurs été inscrit à l'article 7 de la Charte sur l'environnement, selon lequel « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement »[804]. Ces principes permettent de donner de nouvelles finalités à la participation du public, que sont « la qualité de la décision publique et sa légitimité démocratique, la préservation d'un environnement sain, la sensibilisation et l'éducation du public ainsi que l'amélioration de l'information environnementale »[805].

Malgré ces objectifs louables, le principal défaut des dispositifs de participation résultait jusque-là de leur tardiveté, ce qui avait d'ailleurs été souligné par le Professeur Gérard MONEDIAIRE en 2011[806]. Les ordonnances de 2016, et notamment l'ordonnance n°2016-1060[807], ont vocation à gommer ce défaut, avec l'instauration à l'article L.121-1-A du code de l'environnement de la notion de « participation préalable », qui s'applique dans les procédures de débat public et de concertation préalable. Si ces deux procédures existaient avant l'entrée en

---

[803] ZULESI (J-M), *Rapport fait au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, ratifiant les ordonnances n°2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programme et n°2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement*, 11 juillet 2017, p. 74.

[804] Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (*JORF* n°51 du 2 mars 2005, p. 3697). Voir dossier relatif à la Charte de l'environnement, *AJDA*, n°21, 6 juin 2005.

[805] Rapport ZULESI, *op. cit*, p. 77.

[806] MONEDIAIRE (G), « La participation du public organisée par le droit : des principes prometteurs, une mise en œuvre circonspecte », *Participations*, 2011/1, pp. 134-155.

[807] Le groupe de travail sur la participation du public, réuni en 2014 et 2015, était présidé par le Professeur MONEDIAIRE.

vigueur de l'ordonnance, cette dernière permet toutefois d'élargir leur champ de mise en œuvre. Elle prévoit ainsi l'application de la procédure de concertation préalable pour les projets, plans et programmes soumis à évaluation environnementale qui ne sont pas dans le périmètre de compétence de la Commission nationale du débat public[808]. Les concessions hydroélectriques ne font pas exception, au vu de leurs incidences sur l'environnement, à l'application des procédures de participation préalable prévues au titre du code de l'environnement et du code de l'énergie, notamment concernant la décision d'opportunité prise par l'Etat de renouvellement ou d'octroi d'un contrat de concession hydroélectrique[809].

§ 2 Les procédures préalables à l'octroi de la concession

L'octroi des contrats de concession hydroélectrique fait l'objet d'une procédure en partie dérogatoire au droit commun[810]. Une phase préalable à la publicité et à la mise en concurrence de l'attribution du contrat doit permettre à l'Etat concédant de choisir, le cas échéant, de renouveler un contrat de concession en cours. Si le concédant souhaite attribuer un nouveau contrat sur une zone non encore aménagée, l'impact des résultats de la consultation sera particulièrement fort, au vu des enjeux liés à la création d'un nouvel ouvrage hydroélectrique. En revanche, dans le cadre d'un renouvellement, les consultations et leur portée seront plus limitées du fait de la préexistence des ouvrages. Ainsi, en amont même du lancement de la procédure de mise en concurrence, il sera possible de recourir à un certain nombre de dispositifs de concertation avec les citoyens (A), qui sont par ailleurs complétés par d'autres outils permettant une intervention du public au fur et à mesure de l'élaboration du contrat (B).

A Les consultations préalables à la procédure de publicité et de mise en concurrence

Au vu des difficultés d'acceptabilité de certains projets d'envergure, il peut être intéressant de recourir à une consultation des parties prenantes en amont de la décision d'établissement d'un projet. Les citoyens, qui souhaitent être associés aux décisions publiques qui les concernent, en sont demandeurs. Les concessions hydroélectriques ne font pas exception

[808] Article L. 121-15-1 du Code de l'environnement.

[809] Article R. 521-2, dernier alinéa du code de l'énergie.

[810] Article R. 521-1 et suivants du Code de l'énergie. Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

à cette règle. A ce titre, la réforme du régime des concessions hydrauliques a prévu un nouveau dispositif de consultation en amont de la procédure de publicité et de mise en concurrence, en renvoyant aux dispositions du Titre II, du livre Ier du code l'environnement relatif à l'information et à la participation du public (1). Au vu de leurs impacts spécifiques sur l'eau, l'Etat peut aussi mettre en œuvre une procédure de consultation propre à la gestion durable de la ressource en eau (2).

1. La consultation des citoyens sur l'opportunité de la décision de l'Etat

La décision d'octroi d'un contrat de concession hydroélectrique, qu'elle consiste en l'instauration d'une nouvelle concession ou en un renouvellement d'un contrat préexistant[811], doit faire l'objet d'une consultation du public dans le respect des dispositions de l'article L. 120-1 du code de l'environnement[812]. La participation préalable du public, prévue par le Chapitre Ier du code de l'environnement, peut intervenir sur des fondements différents en application de l'article L. 121-1-A.

Toutefois, cette participation préalable est expressément exclue en cas de mise en œuvre d'un débat public[813]. Cette exclusion est conforme aux dispositions du code de l'environnement, qui prévoit trois dispositifs de participation préalable du public, non-cumulables, que sont le débat public, la concertation préalable et qui laisse la possibilité, en l'absence d'obligations prévues par le Chapitre Ier, de mettre en place une participation libre à l'initiative du Maître d'Ouvrage. La saisine de la Commission nationale du débat public (CNDP), préalable à l'organisation d'un débat public, est obligatoire pour la création de barrages hydroélectriques ou de barrages réservoirs dont le volume est supérieur à 20 millions de mètres cubes. Le maître d'ouvrage peut, lorsque l'ouvrage est compris entre un volume de 10 millions de mètres cubes à 20 millions de mètres cube, justifier l'absence de saisine de la CNDP. Toutefois, dans cette hypothèse, la saisine peut être faite par des citoyens, des parlementaires, des collectivités territoriales ou des associations agréées au niveau national, dans les conditions prévues à l'article L. 121-8, II du code de l'environnement. Au vu des perspectives très limitées de

---

[811] En application de l'article L. 521-16 du Code de l'énergie, la décision de renouveler un contrat de concession doit être prise par l'autorité administrative compétente, le Préfet ou le Ministre chargé de l'énergie, si la puissance maximale brute est supérieure à 100 MW (art. R. 521-1, al. 4 du Code de l'énergie), au plus tard trois ans avant l'expiration de la concession.

[812] Article R. 521-2 du Code de l'énergie qui renvoie à l'article L. 120-1 du Code de l'environnement.

[813] La participation préalable est prévue par l'article R. 521-2 du Code de l'énergie, dernier alinéa. Son exclusion en cas de débat public est organisée par les articles L. 121-8 s. du Code de l'environnement.

création de nouveaux ouvrages hydroélectriques de grande envergure, l'organisation d'un débat public concernant la décision d'octroi d'une concession sera relativement rare.

En-dehors de l'hypothèse d'une saisine de la CNDP, en application de l'article L. 121-8 du code de l'environnement, qui peut conduire à l'organisation un débat public ou d'une concertation préalable selon les enjeux du projet, d'autres dispositifs de participation du public, peuvent également s'appliquer[814]. La mise en œuvre d'une concertation préalable pourra être obligatoire, en-dehors de toute intervention de la CNDP, dans deux hypothèses : en cas de demande de l'autorité compétente pour autoriser le projet ou approuver le plan ou programme ou en cas de décision favorable du représentant de l'Etat suite à l'exercice du droit d'initiative[815]. Cette concertation peut aussi être organisée de manière volontaire par le Maître d'ouvrage pour un projet, ou par l'autorité compétente pour approuver un plan ou programme, lorsqu'il est soumis à la procédure d'évaluation environnementale. Le choix de recourir à une concertation préalable permet, si la personne compétente le souhaite (le maître d'ouvrage pour un projet ou l'autorité administrative compétente pour approuver un plan ou programme), d'anticiper la mise en œuvre du droit d'initiative, qui pourrait conduire à l'organisation obligatoire de cette procédure. Toutefois, même dans l'hypothèse d'une sollicitation dans le cadre du droit d'initiative, le représentant de l'Etat, compétent pour l'organisation de ces procédures préalables, dispose de la liberté de donner une suite favorable ou non à cette demande. De plus, le droit d'initiative a un champ d'application limité aux plans ou programmes et aux projets soumis à la procédure d'évaluation environnementale, sous réserve pour ces derniers que leur coût soit supérieur à 10 millions d'euros s'ils sont sous maîtrise d'ouvrage public. Quant aux projets portés par un maître d'œuvre privé, ils sont éligibles au droit d'initiative s'ils sont financés à hauteur de plus de 10 millions d'euros par des subventions publiques[816].

Ainsi, il n'existe pas une procédure automatique de consultation du public, en-dehors de l'hypothèse où la participation serait imposée par la CNDP ou par l'autorité compétente pour la délivrance de l'autorisation. Il nous semble toutefois opportun, dans la plupart des cas, que

---

[814] L'article L. 121-1-A du Code de l'environnement encadre ces autres dispositifs de participation du public.

[815] Les conditions de mise en œuvre du droit d'initiative sont prévues aux articles L. 121-17-1 et s. du Code de l'environnement.

[816] Art. L. 121-17-1 et art. R. 121-25 du Code de l'environnement.

l'Etat, en tant qu'autorité concédante, envisage de recourir à une participation du public. La participation préalable doit être un moyen d'assurer l'acceptabilité du projet dans son principe, avant d'identifier les modalités précises d'exploitation des aménagements hydroélectriques implantés. Ces sollicitations semblent par exemple particulièrement opportunes dans la situation d'un arasement, la décision d'opportunité consistant alors à ne pas renouveler le contrat de concession existant[817]. Ainsi, dans cette hypothèse, aucune participation des riverains ne pourra avoir lieu postérieurement à cette décision, puisqu'elle n'aura pas d'impact sur l'environnement. Il est donc nécessaire d'envisager une participation préalable sur l'opportunité de la décision. En effet, le recours à cette procédure nous semble légitime au vu des divergences d'opinions entre les différents acteurs concernant la suppression d'ouvrages hydroélectriques, comme on peut l'observer, par exemple, à propos du projet d'arasement des barrages de la Sélune[818]. Dans ces situations, on peut alors imaginer l'organisation d'une procédure à l'initiative du maître d'ouvrage, qu'il s'agisse de la mise en place d'une concertation préalable ou d'un processus allégé, en fonction des enjeux liés aux ouvrages existants. En revanche, pour les concessions à renouveler avec des enjeux spécifiques ou pour l'octroi de nouveaux contrats, on ne peut qu'envisager, selon nous, la mise en place d'une concertation préalable conforme aux dispositions du code de l'environnement[819]. En effet, cette procédure permettra de « débattre de l'opportunité, des objectifs et des caractéristiques principales du projet ou des objectifs et des principales orientations du plan ou programme, des enjeux socio-économiques qui s'y attachent ainsi que de leurs impacts significatifs sur l'environnement et l'aménagement du territoire »[820]. La même disposition précise que « cette concertation permet, le cas échéant, de débattre de solutions alternatives, y compris, pour un projet, son absence de mise en œuvre » et qui « porte aussi sur les modalités d'information et de participation du public après la concertation préalable ».

Afin de respecter ces objectifs, le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable doit au cours de la procédure mettre à la disposition du public un certain nombre de documents.

---

[817] Précisons que l'arasement d'un ouvrage consiste à le supprimer.

[818] Des associations ont été créées suite à l'annonce du projet d'arasement. L'association *Les amis du barrage* publie fréquemment des articles sur son blog (http://lesamisdubarrage.over-blog.fr) et refuse le projet d'arasement du barrage. L'association a notamment remis un dossier technique afin de proposer une solution alternative. L'association *Les amis de la Sélune* quant à elle, milite pour l'effacement des barrages (voir leur site internet : http://www.selunelibre.org/).

[819] Articles L. 121-16 et L. 121-16-A du Code de l'environnement.

[820] Article L. 121-15-1 du Code de l'environnement.

En amont de la concertation préalable, le maître d'ouvrage doit ainsi publier un avis d'information précisant les modalités d'organisation de la concertation. Il mettra en ligne, à la date d'ouverture de cette procédure de participation, un dossier de concertation expliquant les objectifs et caractéristiques du projet, le territoire affecté, l'aperçu des incidences potentielles et, le cas échant, les solutions alternatives. L'organisation d'une concertation préalable sur la décision d'opportunité de l'Etat de renouveler un contrat de concession hydroélectrique pourrait donc faire apparaître plusieurs solutions alternatives. Ainsi, en dehors de l'acceptation ou du refus pur et simple de renouveler, on pourrait aussi envisager des solutions avec des périmètres de concession différents, notamment dans le cadre de projets de regroupements d'ouvrages faisant l'objet de concessions distinctes[821]. A l'issue de la phase de concertation, un rapport sera publié, lequel devra faire un bilan du déroulement de la concertation, présenter une synthèse des observations et propositions enregistrées, ainsi que des évolutions envisagées sur le projet suite à la concertation[822].

Si le principe de la concertation préalable est tout à fait louable, sa portée interroge toutefois. Ainsi France Nature Environnement, lors de la consultation publique sur le projet d'ordonnance n°2016-1060, a fait part de son mécontentement sur le contenu du principe de participation du public (article L. 120-1 du code de l'environnement) : « cette disposition ne prévoit en effet pas précisément que l'administration doit tenir compte de l'avis du public : aucune motivation des décisions d'autorisation ou de refus d'autorisation n'est prévue. Le texte prévoit seulement une information du public sur « la manière dont il a été tenu compte" des observations du public »[823]. Cette critique nous semble pertinente, dans la mesure où l'instauration des dispositifs de consultation plus en amont, telle que la concertation préalable, devait permettre de répondre aux attentes des citoyens qui étaient consultés trop tardivement sur les projets, et dont les observations ne pouvaient donc pas être prises en compte. Ainsi, comme l'indique le Professeur JEGOUZO, « les résultats de la participation doivent pouvoir

[821] On pense ici à l'application des articles L. 521-16-1 et L. 521-16-2 du Code de l'énergie. Les possibilités de regroupement peuvent être variables selon le sens que l'on donne à la notion « d'aménagements hydrauliquement liés ».

[822] Pour un exemple de concertation préalable, voir le projet d'interconnexion électrique entre la France et le Royaume-Uni (http://gridlinkinterconnector.com). Cette concertation préalable a été organisée sous l'égide d'un garant, dans la mesure où elle été demandée par la Commission nationale du débat public en application des dispositions de l'article L. 121-9 du Code de l'environnement.

[823] Contribution FNE lors de la consultation publique sur le projet d'ordonnance n°2016-1060, disponible à l'adresse suivante : http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/projet-d-ordonnance-relatif-a-la-democratisation-a1410.html, dans le document récapitulant les commentaires sur l'ordonnance.

influencer la décision finale », au risque dans le cas contraire que « le principe même de la participation » ne soit « remis en cause »[824]. Toutefois, il n'est pas possible de prévoir une prise en compte obligatoire des attentes des citoyens. Cette difficulté a également été exprimée par cet auteur, pour qui, « le problème auquel s'est affronté le droit administratif depuis une vingtaine d'années a donc consisté à résoudre cette contradiction : la participation exige qu'elle ait une portée effective mais celle-ci ne peut être que consultative »[825]. La participation du public doit permettre de trouver un compromis entre la prise en considération des intérêts, parfois opposés, du public et du projet porté par le maître d'ouvrage[826]. Ainsi, même si la portée de la concertation préalable est limitée, il nous semble que le dispositif est un moyen de participation des citoyens qui peut avoir des incidences sur le projet.

Un second point nous interroge dans la mise en place de cette procédure. Les informations que l'autorité concédante peut donner sur la décision d'octroi ou de renouvellement du contrat de concession nous apparaissent relativement limitées. En effet, à ce stade la décision porte uniquement sur l'opportunité de délivrer un contrat de concession, sans prendre en compte son contenu. Ainsi, la qualité des données à disposition du public est nécessairement limitée. Toutefois, cette carence d'information pourrait être surmontée dans le cadre de la procédure de consultation réalisée dans un objectif de gestion équilibrée et durable de la ressource en eau au titre du code de l'énergie[827]. Ce processus doit associer les acteurs et les usagers de l'eau, notamment pour permettre de prendre en compte, comme le prévoit le code de l'environnement, la restauration de la qualité des eaux, la valorisation de l'eau ou la promotion d'une utilisation durable[828].

---

[824] JEGOUZO (Y), « Principe et idéologie de la participation », in *Pour un droit comment de l'environnement : Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 577-587 (p. 584).

[825] *Ibid*, p. 585.

[826] RICHARD (A), *Démocratie environnementale : débattre et décider*, Rapport de la Commission spécialisée du Conseil national de la transition écologique sur la démocratisation du dialogue environnemental, La Documentation française, juin 2015 : « c'est dans le droit que l'expression de ces divergences doit trouver sa place, si on veut aller, en dépassant les seuls intérêts particuliers, vers une décision juste et soucieuse de l'intérêt collectif », (p. 10).

[827] Article R. 521-4 du Code de l'énergie. Cette procédure de participation ne peut être mise en œuvre qu'en l'absence d'organisation d'un débat public.

[828] Article L. 221-1 du Code de l'environnement : « I. - Les dispositions des chapitres Ier à VII du présent titre ont pour objet une gestion équilibrée et durable de la ressource en eau ; cette gestion prend en compte les adaptations nécessaires au changement climatique et vise à assurer :

1° La prévention des inondations et la préservation des écosystèmes aquatiques, des sites et des zones humides ; on entend par zone humide les terrains, exploités ou non, habituellement inondés ou gorgés d'eau douce, salée ou saumâtre de façon permanente ou temporaire ; la végétation, quand elle existe, y est dominée par des plantes hygrophiles pendant au moins une partie de l'année ;

2° La protection des eaux et la lutte contre toute pollution par déversements, écoulements, rejets, dépôts directs ou indirects de matières de toute nature et plus généralement par tout fait susceptible de provoquer ou d'accroître la dégradation des eaux en

2. *Une procédure de consultation spécifique aux multiples usages de l'eau*

L'élaboration du document relatif à la gestion équilibrée et durable de la ressource en eau est basée sur les différentes contributions des acteurs intéressés par les ouvrages. Celle-ci permet de compléter le dispositif de participation préalable portant uniquement sur l'opportunité de la décision d'octroi ou de renouvellement d'un contrat de concession. En effet, cette démarche semble être un préalable intéressant à l'élaboration du programme fonctionnel[829]. L'objectif de « la « démarche d'écoute GEDRE » est de concilier les différents intérêts liés au partage de la ressource en eau et de faire ainsi émerger, dans la mesure du possible, les attentes locales au sein de l'intérêt général »[830]. Il faut cependant limiter la portée de cette consultation, dans la mesure où elle ne pourra être mise en place qu'« à la demande » de l'autorité compétente[831]. Toutefois, dès lors que cette procédure est mise en place, sa synthèse doit être annexée au règlement de la consultation[832], afin d'informer les candidats des attentes exprimées par les parties prenantes sur le projet de concession. Deux consultations ont d'ores et déjà été réalisées pour les aménagements de la vallée du Louron et de la vallée

---

modifiant leurs caractéristiques physiques, chimiques, biologiques ou bactériologiques, qu'il s'agisse des eaux superficielles, souterraines ou des eaux de la mer dans la limite des eaux territoriales ;

3° La restauration de la qualité de ces eaux et leur régénération ;

4° Le développement, la mobilisation, la création et la protection de la ressource en eau ;

5° La valorisation de l'eau comme ressource économique et, en particulier, pour le développement de la production d'électricité d'origine renouvelable ainsi que la répartition de cette ressource ;

6° La promotion d'une utilisation efficace, économe et durable de la ressource en eau ;

7° Le rétablissement de la continuité écologique au sein des bassins hydrographiques. […]».

[829] Art. R. 521-8 du Code de l'énergie.

[830] *Synthèse de la consultation des acteurs et usagers de l'eau pour la gestion équilibrée et durable de la ressource en eau*, avril 2012, 16 p., p. 4 (disponible sur le site de la DREAL Languedoc-Roussillon).

[831] Article R. 521-4 du Code de l'énergie. Les autorités compétentes pour organiser la procédure d'octroi des contrats de concession sont définies à l'article R. 521-1 du Code de l'énergie, selon lequel : « L'octroi d'une concession relève de la compétence du préfet du département où sont situés les ouvrages. Lorsque ces ouvrages sont situés dans plusieurs départements, le préfet du département dans lequel est installée l'usine de production d'électricité dont la puissance maximale brute est la plus élevée est chargé de coordonner la procédure d'octroi.

Par dérogation, un arrêté du Premier ministre peut désigner un préfet coordonnateur distinct de celui du département dans lequel est installée la principale usine de production d'électricité.

Pour l'application du présent chapitre, le terme " préfet " désigne indifféremment le préfet du département où sont situés les ouvrages, le préfet du département dans lequel est installée l'usine de production d'électricité dont la puissance maximale brute est la plus élevée ou le préfet coordonnateur désigné par le Premier ministre.

Lorsque la puissance maximale brute des aménagements est égale ou supérieure à 100 mégawatts, la compétence relève du ministre chargé de l'énergie ».

[832] Article R. 521-7, 5° du Code de l'énergie.

d'Ossau[833]. Cependant, ces exemples ne nous permettent pas encore d'avoir le recul nécessaire sur la portée de cette procédure dans le cadre de l'élaboration des demandes de concession des candidats. En effet, en l'absence de procédure d'octroi de ces concessions hydroélectriques, il n'est pas encore possible de définir l'impact de la consultation GEDRE sur les offres proposées par les candidats. Toutefois, il serait nécessaire, pour que la consultation des acteurs ait un réel impact, que la notation des offres prenne en compte la satisfaction des demandes relatives à la procédure GEDRE. Pour être retenus, les candidats auront alors intérêt à répondre aux attentes exprimées dans le document de synthèse de la consultation.

Les outils de consultation des citoyens en amont de l'élaboration d'un projet sont relativement récents, puisqu'ils répondent à une attente nouvelle, comme nous l'avons vu[834]. En effet, il est de plus en plus reproché aux autorités de consulter le public *a posteriori*, ce qui limite alors considérablement l'impact des dispositifs de concertation. Toutefois, l'intervention en amont n'est pas suffisante pour assurer une prise en compte pertinente des attentes du public et, à ce titre, d'autres dispositifs doivent être mis en œuvre à différentes étapes de la procédure afin de suivre l'évolution du projet.

B *Les dispositifs de consultation après le lancement de la procédure*

L'Etat concédant va organiser une procédure de mise en concurrence afin d'attribuer le contrat de concession hydroélectrique dans le respect de l'ordonnance relative aux contrats de concession, mais avec les spécificités prévues par le code de l'énergie[835]. Ainsi, un avis de publicité permettra de sélectionner les candidats disposant des capacités techniques et financières nécessaires à l'exécution du contrat de concession. Les candidats retenus déposeront

---

[833] Nous étudierons le contenu de ces consultations et les principales attentes des usagers dans le cadre de la Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

[834] Un autre dispositif de concertation amont a été créé, dans le cadre du projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes : le dispositif de consultation locale appartenant à l'Etat. V. ordonnance n°2016-488 du 21 avril 2016 relative à la consultation locale sur les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement (*JORF* n°0095 du 22 avril 2016, texte 6). Les dispositions relatives à la consultation ont été codifiées aux articles L. 123-20 et suivants du Code de l'environnement. Concernant le projet de Notre-Dame- des Landes voir par exemple DELAUNAY (B), « Une procédure taillée sur mesure pour Notre-Dame-des-Landes ? », *AJDA*, 25 juillet 2016, n°27, pp. 1515-1520 ; MOZOL (P), « La procédure de consultation locale issue de l'ordonnance du 21 avril 2016, un outil de rénovation du dialogue environnemental ? », *JCP A*, 2 mai 2017, n°17, pp. 39-45 ; PAOLETTI (M), « L'intervention d'un nouveau référendum pour « résoudre la crise » à Notre-Dame-des-Landes », *RFD Const*, 1er mars 2017, pp. 173-196.

[835] Articles L. 521-1 et R. 521-1 et suivants du Code de l'énergie.

une offre sur la base de laquelle s'engageront des négociations entre les industriels et l'Etat. A l'issue de la phase de négociation, l'un d'eux sera retenu et il sera alors qualifié de pétitionnaire. A ce stade, débutera la seconde phase de consultation qui sera basée sur le dossier de demande de concession négocié entre le pétitionnaire et l'autorité concédante (1)[836]. Ce dossier établi par le concessionnaire pressenti fera l'objet de différentes procédures de consultation prévues au titre du code de l'énergie[837]. Ces procédures de consultation seront de portées variables en fonction de la nature du projet et par conséquent des publics consultés et du degré de prise en compte des résultats de cette participation (2).

1. Les consultations relatives au dossier de demande de concession

Dans un premier temps, le dossier sera soumis aux avis, le cas échéant, de l'autorité administrative compétente en matière d'environnement sur l'étude d'impact et de l'autorité chargée de la gestion du domaine public concerné. Ensuite, le Préfet fera procéder à l'affichage de la demande de concession dans les communes riveraines des cours d'eau, ou dans les communes où les aménagements vont avoir un effet notable[838]. Ce dossier est alors soumis à la procédure d'enquête publique. Le préfet devra impérativement recueillir, dès l'ouverture de l'enquête, les avis des collectivités territoriales sur le périmètre de la concession, d'instances environnementales comme la commission départementale de la nature, des paysages et des sites, et la commission locale de l'eau (CLE), si les aménagements ont un impact sur le périmètre d'un schéma d'aménagement et de gestion des eaux, et, enfin, des organismes consulaires concernés[839]. Au-delà de ces avis obligatoires, le Préfet dispose d'un pouvoir d'appréciation lui permettant de solliciter les avis d'autres organismes qu'il considère comme pouvant être affectés par les effets de l'aménagement. A l'issue de l'enquête publique, le projet de cahier des charges qui avait été présenté dans le dossier de demande de concession peut alors être modifié en fonction des avis recueillis pendant la procédure d'enquête publique. L'intégration des recommandations des différentes entités consultées doit toutefois faire l'objet

---

[836] Le pétitionnaire devra notamment joindre à son dossier une étude d'impact conforme aux dispositions du chapitre II du titre II du livre Ier du code de l'environnement. V. arrêté du 13 février 2017 portant diverses dispositions d'application de la partie réglementaire du code de l'énergie relatives aux concessions d'énergie, article 2 (*JORF* n°0039 du 15 février 2017, texte n°6). Concernant le déroulement de la procédure d'octroi du contrat, voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

[837] Arrêté du 13 février 2017 portant diverses dispositions d'application de la partie réglementaire du code de l'énergie relatives aux concessions d'énergie (*JORF* n°0039, 15 février 2017, texte n°6), article 2.

[838] Article R. 521-14 du Code de l'énergie.

[839] Les chambres de commerce et d'industrie territoriale, les chambres départementales d'agriculture et la commission départementale d'aménagement foncier.

d'un accord préalable du concessionnaire pressenti. Un rapport doit ensuite être rédigé par le Directeur de la DREAL afin de présenter la synthèse des différentes observations recueillies et des réponses du concessionnaire pressenti. Le Préfet soumet alors ces documents, accompagnés du projet de règlement d'eau, aux Conseils départementaux de l'environnement et des risques sanitaires et technologies (CODERST) territorialement compétents[840]. Les propositions du CODERST sur les différents documents constitutifs de la concession sont soumises pour avis au concessionnaire pressenti. Le Préfet, ou le cas échéant le Ministre chargé de l'énergie[841], soumet, préalablement à son arbitrage sur l'ensemble des propositions de modification, les différents documents à un certain nombre d'avis complémentaires[842].

Les différentes consultations permettent ainsi de prendre en compte les observations de l'ensemble des acteurs des concessions par des sollicitations directes, dans le cadre du recueil des avis préalables organisé par le Préfet ou de l'enquête publique, mais aussi de manière indirecte, par les sollicitations d'un certain nombre d'organes, notamment du CODERST ou de la CLE. Ces différentes sollicitations semblent donc répondre à l'objectif de démocratie environnementale inscrit dans la Constitution française[843]. Le code de l'énergie prévoit toutefois une procédure adaptée, simplifiée et donc avec un principe de participation plus limitée pour les renouvellements de concession qui « ne sont pas de nature à entraîner des dangers ou inconvénients significatifs au regard des principes de l'article L. 211-1 du Code de l'environnement »[844]. Ainsi, il sera possible d'exonérer le dossier de demande de concession de la procédure d'enquête publique. Dans cette hypothèse, il est donc important de pouvoir recourir, *a minima*, au dispositif de consultation en amont de la procédure de renouvellement du contrat, concernant la décision d'opportunité du concédant de renouveler un contrat de concession hydroélectrique. Dans le cas contraire, un contrat de concession sans modification des ouvrages ou de leurs conditions d'exploitation n'aura donc pas d'incidence significative sur

---

[840] « Le conseil départemental de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques concourt à l'élaboration, à la mise en œuvre et au suivi, dans le département, des politiques publiques dans les domaines de la protection de l'environnement, de la gestion durable des ressources naturelles et de la prévention des risques sanitaires et technologiques » (article R. 1416-16 du Code de la santé publique).

[841] Concession d'une puissance supérieure à 10 000 kwh.

[842] Voir annexe 5 : Déroulement de la procédure de mise en concurrence prévue par le décret n°2016-530.

[843] Art. 7 de la Charte de l'environnement de 2004 : « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». La Charte de l'environnement est intégrée au bloc de constitutionnalité du fait de la référence qui y est faite dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958.

[844] Article R. 521-22 du Code de l'énergie.

l'environnement et il n'existera aucune obligation d'organiser un dispositif de concertation au titre du Chapitre III, Titre II, Livre Ier du Code de l'environnement[845].

La procédure d'enquête publique, qui permet d'assurer une consultation des citoyens sur un projet de concession hydroélectrique, est fondée sur les dispositions du code de l'énergie. Pour autant, sa mise en œuvre renvoie aux dispositions du titre II, du livre Ier de la partie législative du code de l'environnement[846]. Le périmètre de l'enquête publique concerne l'intégralité des communes riveraines du cours d'eau aménagé et de ses dérivations, ainsi que l'ensemble des départements sur lesquels se situe l'une de ces communes[847]. A première vue, il semble donc que la procédure permette de consulter la totalité des acteurs concernés par l'aménagement et ses impacts. Le périmètre prévu paraît toutefois présenter une carence. En effet, l'aménagement d'un cours d'eau peut avoir des impacts au-delà de son périmètre propre, et notamment sur ses affluents, du fait des remous liés aux ouvrages[848]. Ne serait-il donc pas nécessaire, dans ces situations, de prévoir que l'enquête publique soit élargie aux communes riveraines des affluents dans leurs zones affectées par les ouvrages hydroélectriques ? Dans cet esprit, le décret n°2017-626 a modifié l'article R. 123-11, III du code de l'environnement, en intégrant dans le périmètre des enquêtes publiques les communes « dont le territoire est susceptible d'être affecté par le projet »[849]. Toutefois, cet élargissement n'est pas applicable à l'enquête publique qui sera organisée sur le dossier de demande de concession, dans la mesure où l'article R. 521-15 du code de l'énergie définit le périmètre de l'enquête par dérogation aux dispositions du code de l'environnement.

---

[845] Article R. 521-16 du Code de l'énergie. L'organisation de cette procédure ne sera qu'une faculté à la disposition de l'autorité compétente si l'hypothèse est celle d'un renouvellement de contrat dont les modifications n'entraînent pas de dangers ou d'inconvénients significatifs au regard des principes de l'article L. 2111-1 du Code de l'environnement (article R. 521-22 du Code de l'énergie).

[846] Article L. 123-1 du Code de l'environnement : « L'enquête publique a pour objet d'assurer l'information et la participation du public ainsi que la prise en compte des intérêts des tiers lors de l'élaboration des décisions susceptibles d'affecter l'environnement mentionnées à l'article L. 123-2. Les observations et propositions recueillies au cours de l'enquête sont prises en considération par le maître d'ouvrage et par l'autorité compétente pour prendre la décision ».

Concernant l'organisation de l'enquête, les modalités, les procédures et les possibilités de recours aux différentes étapes de cette procédure, voir HOSTIOU (R), « Fasc. 2550 : Enquêtes publiques », *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, 19 février 2015, 68 p.

[847] Article R. 521-15 du Code de l'énergie.

[848] Dans le cadre de l'aménagement hydroélectrique des cours d'eau, les lignes d'eau préexistantes peuvent être modifiées. Si la ligne d'eau est relevée ou abaissée, cela peut conduire à modifier le comportement de certains affluents. Ces impacts nécessitent alors, parfois, de réaliser des travaux afin de limiter les conséquences sur l'affluent.

[849] Décret n° 2017-626 du 25 avril 2017 relatif aux procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement et modifiant diverses dispositions relatives à l'évaluation environnementale de certains projets, plans et programmes (*JORF* n°0099 du 27 avril 2017, texte n°6).

2. *La portée de l'enquête publique*

Le recours à la procédure d'enquête publique est intéressant à première vue, sous l'angle de la consultation citoyenne. On doit toutefois, comme dans le cas de la participation préalable, s'interroger sur sa portée réelle.

Tout d'abord, la portée de cette consultation est limitée, dans la mesure où elle ne sera pas nécessairement mise en place en cas de renouvellement de concessions existantes. En effet, l'obligation d'organiser une étude d'impact et une enquête publique n'est pas automatique. Elle est conditionnée à l'existence de modifications des ouvrages ou des conditions d'exploitation de la concession qui entraîneraient « des dangers ou inconvénients significatifs au regard des principes énoncés à l'article L. 211-1 du code de l'environnement »[850].

De plus, la soumission du projet se fait après la phase de négociation entre le concédant et le candidat. L'offre déposée est ainsi équilibrée au vu des obligations, des projets et des conditions économiques du contrat. Le résultat de l'enquête publique pourrait alors contribuer à bouleverser l'économie du dossier de demande de concession initial. Certes, à l'issue de l'enquête, le candidat présente ses réponses aux observations de la commission[851]. Toutefois, l'autorité compétente pourra modifier les dispositions du cahier des charges et devra alors en informer le pétitionnaire[852]. Cette situation pourrait alors conduire à changer les conditions d'exploitation de la concession instituées lors du lancement de la procédure de mise en concurrence. Dans ce cas, si les éléments du contrat modifié portent atteinte à la rentabilité du projet et à l'équilibre proposé dans son offre, le pétitionnaire aurait la possibilité de se rétracter. Il pourrait alors être nécessaire, pour l'autorité compétente, de relancer la procédure de mise en concurrence[853]. Avant la réforme de 2016, il était uniquement fait référence à l'approbation par arrêté ou par décret du cahier des charges à l'issue des procédures de consultation. En pratique,

---

[850] Article R. 521-22 du Code de l'énergie. Les exonérations prévues par l'article R. 521-22 du Code de l'énergie ont probablement été justifiées par la volonté de diminuer les délais de procédure, qui permettra à la France de s'engager rapidement dans le renouvellement des contrats de concession. Toutefois, il semble que l'importance de ces exonérations conduise à neutraliser la portée de la concertation en amont des procédures. Dans ce contexte, il semble donc nécessaire que l'autorité administrative engage nécessairement une procédure de consultation des acteurs de l'eau sur la gestion équilibrée et durable de la ressource en eau « GEDRE ». Il nous semble, à ce titre, que cette rénovation permettra de clarifier et de simplifier l'organisation de la procédure de publicité et de mise en concurrence.

[851] Article R. 521-20 du Code de l'énergie.

[852] Article R. 521-21 du Code de l'énergie.

[853] Toutefois, on peut noter une avancée sur ce point, dans la mesure où les nouvelles dispositions permettent à l'autorité concédante de sélectionner le candidat qui serait arrivé second dans le cadre de la notation du dossier de demande de concession (article R. 521-11 du Code de l'énergie). Cela lui permettrait de reprendre la procédure dans sa dernière phase de consultation des différents acteurs intéressés.

l'autorité compétente n'est pas liée par les avis émis dans le cadre de l'enquête publique[854]. Toutefois, on peut tout à fait imaginer que certaines demandes soient intégrées, et, dans ce cas, il sera absolument nécessaire de s'assurer du respect des principes de la procédure de mise en concurrence. En effet, la modification du cahier des charges à cette étape ne doit pas conduire à changer les conditions initiales de la procédure[855]. Autrement, les révisions auraient pu conduire d'autres opérateurs à s'intéresser au projet. On serait alors dans la configuration d'une modification substantielle des conditions, ce qui nécessiterait de relancer l'ensemble de la procédure d'octroi de la concession. De plus, il est nécessaire que cette modification ne conduise pas à bouleverser l'offre du candidat : celui-ci doit ainsi se contenter d'approuver ou non les révisions proposées par l'autorité compétente. Le code de l'énergie ne prévoit pourtant pas de droit de réponse du pétitionnaire suite aux modifications qui auront été apportées au cahier des charges à l'issue de la procédure d'enquête publique. Il est seulement prévu que le candidat puisse retirer sa demande de concession[856]. Toutefois, on peut supposer qu'une négociation sera engagée, puisque l'Etat ne souhaitera probablement pas relancer une procédure de consultation sur la base de l'offre du candidat arrivé deuxième. En théorie, si la négociation, à l'issue de la phase de l'enquête publique, entre le concédant et le pétitionnaire n'est pas prévue, elle sera très certainement mise en pratique dans l'intérêt des deux parties.

La possibilité de modification du cahier des charges, de manière unilatérale par l'autorité compétente, qui est dorénavant inscrite expressément au code de l'énergie, permettra de donner une réelle portée aux différentes remarques des citoyens. Il faudra toutefois, comme dans tous les dispositifs de participation du public, trouver le compromis entre plusieurs attentes et notamment le nécessaire respect du principe d'égalité de traitement des candidats prévus par le droit de la commande publique, le respect des attentes des citoyens et la viabilité du contrat de concession pour le futur concessionnaire.

---

[854] Le document d'approbation de la convention et du cahier des charges dépendra de l'autorité compétence pour l'instruction de la procédure.

[855] Article R. 521-21 du Code de l'énergie : « le projet de cahier des charges est, le cas échéant, mis à jour par l'autorité administrative pour prendre en compte les conclusions de l'instruction administrative, sans que cette mise à jour puisse avoir pour effet de changer les résultats de la procédure de mise en concurrence. Le concessionnaire pressenti est informé des modifications apportées au projet » (souligné par nos soins).

[856] Article R. 521-24, al. 2 du Code de l'énergie : « Dans ce cas, ou si le concessionnaire pressenti ne donne pas suite à sa demande de concession, l'autorité administrative, sous réserve d'avoir fait usage de la faculté ouverte par l'article R. 521-11, notifie au candidat dont l'offre a été classée deuxième, soit qu'il devient le nouveau concessionnaire pressenti et qu'il est invité à remettre un dossier de demande de concession, soit que son offre est définitivement rejetée ».

Au vu des difficultés identifiées dans la mise en œuvre de la procédure d'enquête publique, et notamment du fait de son périmètre géographique et de l'effectivité de sa portée, on peut supposer que l'ensemble des avis émis ne pourront pas être pris en compte. Une analyse critique des propositions devra alors être effectuée, afin d'assurer un compromis entre de multiples acteurs et l'intérêt du projet. Par conséquent, les citoyens ne seront sans doute pas entièrement satisfaits de la nature des obligations inscrites dans les documents constitutifs de la concession. On peut toutefois considérer que la prise en considération des aspirations des parties prenantes à l'élaboration du contrat de concession va dans le sens d'une démocratie participative plus accomplie, favorisant ainsi un renouveau des concessions hydroélectriques, par ailleurs lui-même renforcé par les dispositifs de suivi de la concession mis à la disposition du public après l'attribution du contrat.

Section 2 L'association des riverains à l'exploitation

Les textes en vigueur permettent à l'industriel ou au concédant d'associer les citoyens à la gouvernance de la société concessionnaire, par le biais du financement participatif. Le degré de participation peut toutefois être très variable en fonction des dispositifs mis en œuvre, avec une participation à la gouvernance qui sera directe ou indirecte (§ 1). Au-delà de cette solution, qui est laissée à la libre-appréciation de l'opérateur candidat à la reprise d'un contrat de concession hydroélectrique, il existe d'autres dispositifs contraignants permettant d'associer les citoyens, notamment par un accès à l'information sur les modalités d'exécution du contrat (§ 2).

§ 1 Le financement participatif

Le financement participatif est un outil actuellement en pleine expansion, notamment avec le développement des énergies renouvelables et qui a été facilité depuis la loi sur la transition énergétique[857] (A). Le recours à ce dispositif est ouvert à une société exploitant une concession hydroélectrique. Toutefois, l'impact de cet actionnariat citoyen peut être très variable, en fonction des choix effectués dans le cadre du financement. Ainsi, le citoyen peut être présent à

[857] Loi n°2015-992, préc.

la gouvernance de manière directe ou indirecte, mais la participation au financement peut être dissociée de la participation à la gouvernance de la société (B).

A *Un nouveau moyen d'intervention des riverains dans le développement des énergies renouvelables*

Le financement participatif est un outil qui permet d'associer les citoyens aux projets des territoires. La finance durable dont fait partie le financement participatif s'est développée suite au constat de l'insuffisance de la variété des placements pour les épargnants[858]. Mais le phénomène a aussi été permis par le contexte dans lequel les circuits traditionnels de financement permettaient un accès restreint au crédit. En effet, suite à la crise financière de 2008, les organismes de crédit ont instauré des critères d'éligibilité plus contraignants qu'auparavant et ont ainsi limité les possibilités d'accès au prêt de certains projets. Le financement participatif doit alors permettre « de collecter les apports, généralement de petits montants, d'un grand nombre de particuliers, au moyen d'une plateforme sur internet, en vue de financer un projet »[859].

Le recours à ce nouveau mode de financement a été facilité en 2014 avec la modification du cadre législatif et réglementaire[860]. Le financement participatif peut emprunter trois dispositifs, que sont le prêt, le don et les offres de participation. Ils ont en commun de favoriser l'acceptabilité de projet auprès des citoyens. Le prêt par le financement participatif a été ouvert par l'ordonnance n°2014-559, qui a inscrit une exception au monopole bancaire[861]. Dorénavant les personnes physiques peuvent devenir des prêteurs, dans des conditions strictes. La mise en relation entre le prêteur et l'emprunteur doit notamment être faite par un intermédiaire en financement participatif (IFP), afin d'assurer une parfaite connaissance des conditions du crédit, ainsi que le montant et la durée des emprunts qui sont limités. A côté des dispositifs permettant

---

[858] Concernant les éléments de contexte à l'origine du développement de la finance durable, voir GRANIER (T), « Crowdinvesting et finance durable », *Revue de droit bancaire et financier*, n°4, juillet 2015, étude n°44, pp. 104-108.

[859] LAYRISSE (A) et ROUVEYRAN (T), « Le financement participatif des projets de production d'énergie renouvelable », *Contrats publics*, n°160, 1er déc. 2015, pp. 36-39 (p. 39).

[860] Ordonnance n°2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif (*JORF* n°0125 du 31 mai 2014, p. 9075, texte n° 14) et Décret n°2014-1053 du 16 septembre 2014 relatif au financement participatif (*JORF* n°0215 du 17 septembre 2014, p. 15228, texte n° 11). Voir par exemple, CREDOT (F-J) et SAMIN (T), « Ordonnance n°2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif », *Revue de droit bancaire et financier*, n°5, sept. 2014, commentaire n°163 ; LE FUR (A-V), « Enfin un cadre juridique pour le crowfunding, une première étape dans la réglementation », *D.* 2014, pp. 1831-1835 ; PERRUCHOT-TRIBOULET (V), « Le bonheur est dans le prêt ! Le financement participatif sous forme de prêt et la finance durable », *Revue de droit bancaire et financier*, n°4, juillet 2015, étude n°45.

[861] Article L. 511-5 du Code monétaire et financier. Seuls les établissements de crédit ou les sociétés de financement peuvent normalement réaliser des opérations de crédit.

de donner des fonds ou d'en prêter, que le prêt soit rémunéré ou non, il existe un autre dispositif permettant d'associer, en plus, le citoyen à la gouvernance de l'entreprise porteuse du projet. Les offres de titre sont définies « d'une part comme une communication adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les titres à offrir, de manière à mettre un investisseur en mesure de décider ou de souscrire ces titres financiers, et d'autre part, comme un placement de titres financiers par des intermédiaires financiers »[862]. La diffusion d'offre de titre est réglementée par l'article L. 411-1 du code monétaire et financier. Les entreprises à l'origine d'édition d'offre de titres doivent disposer de moyens significatifs pour faire face aux contraintes réglementaires. Toutefois, des exceptions à ces contraintes ont été prévues et, depuis l'ordonnance n°2014-559, la possibilité de lever des fonds a été ouverte aux sociétés anonymes et aux sociétés par actions simplifiées par le biais d'une plateforme participative. Cette exception est toutefois encadrée afin de sécuriser le dispositif : ainsi, le volume d'offre de titres est limité et l'offre ne peut être proposée que par des acteurs réglementés, que sont les conseillers en investissement participatif (CIP)[863].

Ce nouveau système de financement par la foule, crowfunding, va dans le sens de la prise en compte des investisseurs, et donc des citoyens, des riverains des projets. Les assouplissements instaurés en 2014 ont encore été renforcés par la loi sur la transition énergétique, notamment par l'allégement des contraintes de diffusion d'offres de titre, l'élargissement du recours aux contrats de prêt pour les projets de développement des énergies renouvelables[864]. La création de ce dispositif a été justifiée, dans l'étude d'impact relative au projet de loi sur la transition énergétique, par la recherche de l'acceptabilité du développement des énergies renouvelables[865]. Le second élément, sous l'angle de la transition énergétique, qui

---

[862] GUINCHARD (S) et DEBARD (T), *Lexique des termes juridiques* 2017-2018, Dalloz, 2017.

[863] Les seuils financiers ont été intégrés à l'article D. 411-2 du code monétaire et financier par le décret n° 2016-1453 du 28 octobre 2016 relatif aux titres et aux prêts proposés dans le cadre du financement participatif (*JORF* n°0254 du 30 octobre 2016, texte n°8).

[864] Le cadre juridique général relatif au financement participatif a été mis en place par la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (*JORF* n°0176 du 1er août 2004, p. 12666) et par l'Ordonnance n°2014-559 relative au financement participatif (*JORF* n°0125 du 31 mai 2014, p. 9075).

[865] *Etude d'impact du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte n°2188* déposé le 30 juillet 2014, 31 juillet 2014, p. 131 : « Le constat des difficultés d'acceptabilité en France et dans divers pays de nombre de projets de développement d'énergie renouvelable et l'étude des dispositions mises en place dans certains pays montre que la participation des habitants à ce type de projet, en leur permettant en particulier de comprendre et participer à la définition de ces projets, améliore fortement leur acceptabilité. C'est dans ce contexte qu'il est proposé d'ouvrir la possibilité aux porteurs de projet d'énergie renouvelable de proposer lors de la constitution de leur capital [Le texte de loi adopté a modifié ce point en laissant la possibilité aux porteurs de projet de proposer une part du capital au moment de sa constitution ou lors de son évolution], une part de celui-ci aux habitants résidant à proximité puis aux collectivités concernées ».

a pu influencer le recours à ce dispositif est, selon Me STUCKI, qu'il constitue un outil pour atteindre l'objectif de consommation de 23 % d'énergie d'origine renouvelable d'ici 2020[866]. En effet, le financement participatif permet de répartir l'effort financier sur l'ensemble du territoire par la multiplication des investisseurs.

Au regard de la rédaction de l'étude d'impact et du terme de « projet » repris dans le texte final, nous nous sommes interrogée sur le champ d'application du recours au financement participatif. En effet, le renouvellement d'un contrat de concession hydroélectrique, pour lequel les ouvrages sont déjà construits, peut-il constituer un projet ? L'Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Energie (ADEME) a publié une étude sur le cadre juridique de ce type de financement[867], qui conclut à l'applicabilité de ce dispositif alors même que la construction des ouvrages est achevée et que la société est dans la phase d'exploitation de ses installations[868]. Il nous semble que cette ouverture est nécessaire, puisqu'elle doit permettre de faire évoluer les modes de gestion des ouvrages hydroélectriques préexistants. Cet outil pourrait donc être utilisé pour permettre à des sociétés, exploitant ou candidatant à l'exploitation de concessions hydroélectriques, d'associer les citoyens à leur projet[869].

Pour les usines hydroélectriques qui sont déjà implantées, le problème de l'acceptabilité de l'installation par les citoyens est moindre que dans le cas de l'implantation d'un projet neuf. Toutefois, une volonté d'informer et de faire participer les riverains aux décisions relatives à l'exploitation des concessions hydroélectriques se manifeste également dans cette hypothèse[870].

---

[865] Article L. 314-28 du Code de l'énergie : « les sociétés par actions régies par le livre II du code de commerce ou par le titre II du livre V de la première partie du code général des collectivités territoriales constituées pour porter un projet de production d'énergie renouvelable peuvent, lors de la constitution ou de l'évolution de leur capital, en proposer une part aux personnes physiques, notamment aux habitants dont la résidence est à proximité du lieu d'implantation du projet, ainsi qu'aux collectivités territoriales et à leurs groupements sur le territoire desquels il se situe. Elles peuvent également proposer à ces mêmes personnes de participer au financement du projet de production d'énergie renouvelable. »

[866] STUCKI (D), « Le financement participatif au secours de la transition énergétique ? », *Revue Banque*, n°802, décembre 2016, pp. 64-70.

[867] ADEME, *Etude du cadre législatif et réglementaire applicable au financement participatif des énergies renouvelables*, décembre 2015.

[868] Dans le cadre de l'étude de l'ADEME, cette possibilité est appuyée par l'exemple du parc éolien de *La Limouzinière*, qui avait été construit et mis en service en 2010. Le capital de la société exploitante a fait l'objet d'une offre de financement participatif en 2015. Ce projet fait donc l'objet d'un appel à souscription via une plateforme de financement participatif, « Energie-partagée ». L'intérêt de proposer une participation citoyenne sur ce projet est justifié, dans la présentation du projet, comme « un outil de plus à disposition des territoires pour remettre la main sur les capacités de production énergétique et en maîtriser l'utilisation et les bénéfices ». Voir le descriptif du projet à l'adresse https://je-souscris.energie-partagee.org/souscrire-a-nos-projets/detail/la-limouziniere.

[869] L'article L. 314-27 du Code de l'énergie prévoit aussi la possibilité pour les collectivités territoriales de participer au capital de ces sociétés dans le cadre du dispositif de financement participatif.

[870] Il existe des dispositifs de consultation mis en place dans le cadre de la procédure d'octroi du contrat et dans la période d'exploitation du contrat (voir, *infra*, les développements présentés dans le paragraphe suivant).

Le recours à ce dispositif pourra bien entendu intervenir à l'occasion de l'octroi de nouveaux contrats de concession, afin de faciliter l'acceptabilité d'un nouvel ouvrage hydroélectrique[871]. On pourrait aussi imaginer de recourir à ce dispositif lors de la création d'une société d'économie mixte hydroélectrique.

Le développement du financement participatif autour des ouvrages hydroélectriques pourrait ainsi être intéressant en termes d'adhésion des citoyens et de redistribution de la valeur. Il s'agit par ailleurs de ressources supplémentaires, que ce soit à travers le financement de la dette ou par la contribution au capital. Il est possible de recourir à ces outils de levée de fonds pour les sociétés ayant pour objet exclusif de produire des énergies renouvelables et donc pour les sociétés d'économie mixte hydroélectriques, sociétés anonymes à objet unique[872].

L'association des citoyens au développement des projets ayant un impact sur l'environnement prend ainsi de l'ampleur. Comme nous l'avons observé, des dispositifs de concertation en amont de l'octroi des concessions ont été développés, afin de répondre à cet intérêt des citoyens. De nouveaux outils ont par ailleurs été créés, afin de répondre aux demandes de ces derniers en période d'exploitation des ouvrages.

B *Le citoyen, actionnaire de la société*

Dans le cadre de la mise en place d'un système de financement participatif en application de l'article L. 314-27 du code de l'énergie, les dispositifs d'intervention du public

[871] Il semble aujourd'hui peu probable que ces outils soient utilisés, dans la mesure où il n'existe pas une société d'exploitation par aménagement hydroélectrique avec un objet unique. EDF est exploitante de l'ensemble de ses aménagements et il ne sera donc pas possible de prévoir la mise en place d'un financement participatif. En effet, l'objet de la société EDF n'est pas limité à la production d'énergies renouvelables. Elle ne remplit donc pas les critères d'application de l'article L. 314-27 du Code de l'énergie. Par conséquent, le recours à cet outil sera plutôt envisageable lors du renouvellement des contrats et pourrait intéresser les grandes entreprises. Ces dernières pourraient créer des sociétés dont l'objet serait l'exécution d'un contrat de concession, ce qui répondrait donc à l'obligation de l'article L. 314-27.

[872] LAYRISSE (A) et RUOVEYRANT (T), *op. cit.*, p. 39 : « l'accélération du développement des énergies renouvelables implique l'adhésion des citoyens. Celle-ci passe par l'information du public et au-delà par son implication concrète dans la réalisation de projet. Le financement participatif permet en outre de compléter les sources de financement mobilisables pour des projets qui nécessitent des investissements de départ importants ».

peuvent varier[873]. La contribution des citoyens peut être purement financière ou conduire à une participation à la gouvernance de l'entreprise[874].

Le dispositif de financement participatif tel qu'inscrit dans le code de l'énergie permet aux sociétés porteuses de projet de proposer une prise de participation à leur capital, suite à l'organisation d'une offre de titre au public[875]. L'article L. 314-28 du code de l'énergie précise que la proposition peut être faite « notamment aux habitants dont la résidence est à proximité du lieu d'implantation ». Cependant, ainsi que le suggère l'emploi de l'adverbe « notamment » par le législateur, l'application de ce critère n'est pas une obligation. Il est donc envisageable, dans le cadre de ces participations, que l'on retrouve des citoyens qui ne sont pas géographiquement concernés par le projet et qui sont, à ce titre, de simples investisseurs à la recherche d'un placement rentable, alors que les habitants, les riverains du projet, ne poursuivront pas nécessairement les mêmes fins. Ces derniers pourraient notamment souhaiter participer aux choix stratégiques établis par l'entreprise, en cherchant à défendre leurs intérêts de riverains et d'usagers du cours d'eau aménagé. Ainsi, le choix de la société de proposer un dispositif de financement participatif peut être restreint à un périmètre géographique. La décision sera prise en fonction des attentes de la société dans le cadre de cette participation. Si l'objectif est de rassembler des fonds afin d'assurer le financement du projet, le dispositif sera très probablement ouvert au plus grand nombre. En revanche, si la finalité est d'obtenir une acceptabilité du projet, ou de permettre une redistribution de sa valeur, le périmètre de proposition serait plutôt limité aux riverains de l'ouvrage.

Lorsqu'une entreprise a fait le choix de recourir à une ouverture de son capital aux citoyens, elle doit ensuite définir les modalités de rassemblement des capitaux. Le texte prévoit à cet égard deux options : soit la possibilité pour les personnes physiques de participer directement au capital, soit le recours par la société à un intermédiaire afin de collecter les

---

[873] Article L. 314-28, III du Code de l'énergie : « les offres de participation au capital ou au financement mentionnées aux I et II du présent article peuvent être faites par les porteurs de projet directement auprès des personnes mentionnées au même I ou en recourant à un fonds qui a reçu l'autorisation d'utiliser la dénomination de fonds d'entreprenariat social éligible en application de l'article L. 214-153-1 du code monétaire et financier, spécialisé dans l'investissement en capital dans les énergies renouvelables ou à une société ayant pour objet le développement des énergies renouvelables et bénéficiant de l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale » ».

[874] La gouvernance peut être directe, si le citoyen est représenté directement, selon les règles de répartition prévues par les statuts, ou indirecte, si sa représentation se fait via un intermédiaire. Cet intermédiaire permet de faciliter la gouvernance de l'entreprise en portant une voix unique pour l'ensemble des citoyens actionnaires.

[875] Voir *supra* A, du présent paragraphe

fonds[876]. Selon le choix effectué, les conséquences seront différentes en phase d'exploitation. En effet, si la participation des personnes est directe, ces dernières seront présentes au sein des assemblées délibérantes. Une telle représentation peut alors poser de nombreuses difficultés, en particulier au niveau de la gouvernance[877]. La situation, en fonction du nombre d'actions qui seraient attribuées, pourrait en effet conduire à la paralysie du fonctionnement de l'entreprise concessionnaire. Une participation permettant une intervention directe dans la gouvernance de l'entreprise ne semble donc pas être une solution universelle, au vu des contraintes que cela pourrait générer. En revanche, s'il est fait appel à un intermédiaire, il n'y aura qu'un seul représentant des personnes physiques ayant souscrit au dispositif de financement participatif. Celui-ci sera le représentant de la voie de compromis trouvée entre les différents actionnaires citoyens. Le dispositif permettra donc de faciliter les échanges et les prises de décision dans les organes délibérants.

Au final, si ce dispositif présente des contraintes, il nous semble séduisant et porteur dans le cadre du renouveau des concessions hydroélectriques. En effet, l'association des citoyens à l'exécution des contrats de concession fait sens, même si la recherche de l'acceptabilité de l'installation n'est pas aussi importante que dans le cas d'un nouveau projet. Ce sont finalement les riverains, au même titre que les collectivités, qui sont les plus concernés par les impacts des aménagements sur les cours d'eau. A ce titre, il semble que leur association puisse être profitable dans le cadre de l'exploitation. Nous sommes cependant consciente des problématiques de gestion que cela pourrait poser. Toutefois, si le système est relativement encadré, afin d'éviter tout risque de paralysie dans le fonctionnement de l'entreprise, l'intervention de ce type d'actionnaire pourrait être intéressante.

On se rapproche en effet d'une évolution actuelle de la société, qui conduit le citoyen à s'intéresser de plus en plus au développement des projets s'inscrivant dans un objectif de développement durable. Le financement participatif est en plein essor et c'est une nouvelle ressource dans un contexte de contrainte budgétaire pour les acteurs publics. De plus, ce dispositif semble s'inscrire dans l'évolution actuelle des énergies renouvelables. Les moyens

[876] Article L. 314-28, III du Code de l'énergie.

[877] Voir les difficultés mises en exergue dans le cadre de la possibilité de participation des collectivités territoriales, au vu des attentes différentes des acteurs et des limites à leurs connaissances techniques sur le sujet (*supra*, Chapitre 1 du présent Titre).

de production sont délocalisés dans les territoires et les citoyens sont, à ce titre, de plus en plus concernés par leur implantation[878].

Au-delà de la participation à la gouvernance de la société, qui n'est pas une obligation pour les sociétés concessionnaires, et qui ne peut pas être une solution pour l'ensemble des riverains de la concession, il existe également d'autres systèmes permettant aux citoyens de participer à l'exécution du contrat de concession.

§ 2 L'intervention des riverains en tant qu'acteurs intéressés

La participation préalable des citoyens à l'octroi des contrats de concession est un outil indispensable à la recherche d'un compromis entre l'objet principal de la concession hydroélectrique, qui est la production d'électricité, et les autres enjeux liés à l'utilisation de l'eau. Toutefois, ce dispositif, même s'il permet d'inscrire des obligations à la charge du concessionnaire dans le cadre du contrat qu'il a conclu avec l'Etat, ne garantit pas nécessairement le respect de ses obligations par le titulaire du contrat durant son exécution. L'Etat concédant a certes un rôle de surveillant du respect des dispositions du contrat de concession. Cependant, la durée de ces contrats sera relativement longue. Celle-ci devrait toutefois être inférieure à la durée maximale prévue par le code de l'énergie, de soixante-quinze ans, dans le cadre des renouvellements, au vu des investissements à amortir, qui seront moindres que lors d'une primo-implantation, les ouvrages étant déjà créés[879]. Il semble à ce titre nécessaire et profitable que les citoyens puissent participer au suivi de l'exécution du contrat. La législation en vigueur permet cette participation par l'accès à l'information via la diffusion d'un certain nombre de documents (A). Le droit à l'information est d'ailleurs l'un des principes directeurs du code de l'environnement, à côté du principe de participation. L'un n'a pas de sens sans l'autre. Leur portée serait en tout cas beaucoup plus restreinte sans cette étroite complémentarité. Depuis la loi de transition énergétique, le respect de ce principe de

---

[878] *Extrait de l'étude d'impact du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte*, NOR : DEVX1413992L/Bleue-1, 29 juillet 2014 : « Le développement local des énergies renouvelables et des réseaux de communication est propice à l'émergence de projets citoyens dont la nature varie selon le degré d'implication des habitants et des collectivités territoriales dans leur conception, leur pilotage et leur financement. Cela va des démarches de financement participatif sur Internet, pour lesquelles les procédures relatives aux offres au public de titres financiers ont été partiellement allégées en mai 2014, à des projets portés par une forte mobilisation locale, élaborés et co-pilotés par des citoyens, des collectivités et des acteurs économiques de proximité, comme il s'en développe un grand nombre dans des pays européens tels que le Danemark, l'Allemagne ou la Belgique ».

[879] Art. L. 521-4, 2° du Code de l'énergie.

participation, pendant du droit d'accès à l'information, est renforcé par la possibilité de participer au suivi de la concession dans la cadre d'un comité spécifique (B).

A *L'information du public pendant l'exécution du contrat*

La réforme de 2016 relative aux contrats de concession a prévu l'instauration de nouveaux dispositifs de contrôle[880]. Le concessionnaire doit transmettre annuellement un certain nombre d'informations au concédant, notamment par son rapport d'activité[881]. L'innovation de la réforme réside dans l'accès du public à ces informations. Un tel accès favorise un meilleur contrôle de l'exécution des contrats de concession et surtout une plus grande transparence des contrats conclus. Ainsi, depuis le 1er octobre 2018, les autorités concédantes doivent mettre à disposition du public les données essentielles relatives à l'exécution des contrats[882]. Il est ainsi prévu l'obligation pour le concédant de publier chaque année le montant des investissements effectués par le concessionnaire, ainsi que les principaux tarifs (avec leurs intitulés) à la charge des usagers[883]. Ces informations semblent cependant d'une portée très limitée pour les concessions hydroélectriques : en l'absence d'usager direct, la seule information qui doit être fournie, de manière obligatoire, sera en effet celle des investissements réalisés. Toutefois, rien n'empêche le concédant de publier d'autres informations sur le contrat de concession, sous réserve du respect des autres législations, notamment les règles relatives au respect du secret industriel et commercial. La mise à

---

[880] Sur cette question, voir par exemple : NEVEU (B), « La transparence dans l'exécution des contrats de concession », *ACCP*, n°164, 04/2016, pp. 50-54 ; FRACKOWIAK (C), « Le droit des concessions : ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre ... L'ordonnance et le décret relatifs aux contrats de concession », *BJCP*, n°104, 01-02/2016, pp. 5-12.

[881] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

[882] Décret n°2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession (*JORF* n°0027 du 2 février 2016, texte n°20), article 34, I : « I. - L'autorité concédante offre, sur son profil d'acheteur et au plus tard le 1er octobre 2018, un accès libre, direct et complet aux données essentielles du contrat de concession, notamment aux données suivantes : […]

2° Chaque année, les données relatives à l'exécution du contrat de concession :

a) Les dépenses d'investissement réalisées par le concessionnaire ;

b) Les principaux tarifs à la charge des usagers et leur évolution par rapport à l'année précédente ;

3° Les données relatives à chaque modification apportée au contrat de concession :

a) L'objet de la modification ;

b) Les incidences de la modification sur la durée ou la valeur du contrat ainsi que sur les tarifs à la charge des usagers ;

c) La date de modification du contrat. »

[883] Arrêté du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles dans la commande publique (*JORF* n°0099, 27 avril 2017, texte n° 25).

disposition des données est donc un premier pas intéressant qui permet d'assurer une meilleure information des citoyens.

Au-delà des données, restreintes, mises à disposition du public dans l'application de la réglementation générale relative à la commande publique, il existe par ailleurs des dispositifs de suivi prévus par l'article 45 du cahier de charges type des entreprises hydroélectriques, à l'attention de l'autorité concédante[884]. Le concessionnaire est ainsi tenu de fournir un rapport annuel d'activité pour permettre à l'Etat de s'assurer du respect de ses obligations. Il existe également d'autres rapport de suivi motivés par des considérations d'enjeux de sûreté ou d'environnement, que sont le bilan environnemental, le suivi et le bilan des opérations de gestion sédimentaire, ainsi que le suivi et le bilan des opérations de vidange. Ces bilans et suivi ne sont pas obligatoires ou exhaustifs dans la mesure où le cahier des charges des concessions hydroélectriques type n'est qu'un modèle. On peut toutefois envisager que les documents de suivi de l'exécution de la concession seront renforcés par rapport au dispositif actuel, afin de permettre à l'autorité concédante, destinataire de l'ensemble de ces bilans, de remplir pleinement sa mission de contrôle. Le bilan environnemental, moyen de contrôle par le concédant, doit au surplus être adressé au comité de suivi de l'exécution de la concession et doit être publié sur le site internet du concessionnaire. Ce bilan doit comporter « tout élément d'information pertinente sur l'exploitation des installations » pour une année. Le modèle de cahier des charges type des entreprises hydroélectriques n'ayant pas encore été mis en œuvre, nous ne disposons pas, à ce jour, de modèle de bilan de suivi environnemental. Il faudra donc attendre la mise en pratique pour connaître le contenu et la portée de ce bilan de suivi. On note toutefois la spécificité de ce bilan environnemental, qui doit, contrairement aux autres documents à établir par le concessionnaire, en plus d'être transmis au concédant, être obligatoirement mis à la disposition du public. Toutefois, au-delà de la communication de ce document prévu par le cahier des charges type des concessions hydroélectriques, on peut estimer que les autres documents de suivi élaborés par le concessionnaire doivent demeurer accessibles, même s'ils ne sont pas publiés directement. En effet, en application des articles L. 300-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration, il existe un principe de liberté d'accès aux documents administratifs, qui couvre « les documents produits ou reçus,

[884] Modèle de cahier des charges type approuvé par le décret n°2016-530 du 27 avril 2016 relatif aux concessions d'énergie hydraulique et approuvant le modèle de cahier des charges applicable à ces concessions (*JORF* n°0102 du 30 avril 2016, texte n°7).

dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat [...] ». Par conséquent, les citoyens peuvent toujours demander à l'administration la transmission des documents administratifs, qui relèveraient d'une mission de service public de l'Etat, dans le respect du secret industriel et commercial.

Il existe, par conséquent, un certain nombre de sources d'information à la disposition du citoyen. Toutefois, les dispositifs de participation sont plutôt limités. Le pendant nécessaire du droit d'accès à l'information, qu'est le principe de participation, semble uniquement assuré pour le bilan environnemental via sa diffusion au sein du comité de suivi de la concession[885]. Cependant, nous n'avons pas encore de recul sur le pouvoir qui sera attribué à ces comités et, par conséquent sur la prise en compte de leur avis[886]. De plus, cette participation sera limitée par le nombre restreint de comités de suivi et par l'absence de consultation sur l'ensemble des documents accessibles. Les dispositifs de participation en phase d'exécution seraient donc plutôt restreints. Le droit d'accès à l'information permet toutefois de surveiller le respect des engagements du concessionnaire pris lors de la procédure d'attribution du contrat. Cette limitation de la participation semble donc légitimée par l'association préalable du public à la définition des droits et obligations du concessionnaire.

En revanche, le principe de participation est remis en avant, durant l'exécution du contrat, dès lors que celui-ci sera amené à être modifié. Cela était possible dès 1994, au titre de la réglementation applicable aux concessions hydroélectriques, puisque le décret prévoyait la tenue d'une enquête publique en cas de demande d'autorisation de travaux et pour le règlement d'eau[887]. La possibilité de participation repose par ailleurs sur un autre fondement. Pendant

---

[885] La création des comités de suivi de concession, prévue par la loi sur la transition énergétique et codifiée à l'article L. 524-1 du Code de l'énergie, n'est pas automatique. La création est de droit pour les concessions ou les groupements de concession, tels que définis par l'article L. 521-16-1 du Code de l'énergie, d'une puissance supérieure à 1000 MW. Dans les autres cas, la création du comité de suivi est à l'initiative du Préfet de Département. L'article R. 524-3 du Code de l'énergie prévoit que doivent être représentés au sein de cet organe : l'Etat et ses établissements publics concernés ; le concessionnaire ; les collectivités territoriales ou leurs groupements sur le périmètre géographique de la concession ; les riverains des installations ou les associations de protection de l'environnement ou les associations d'usagers de l'eau ; le gestionnaire du domaine public concerné ; les organisations syndicales représentatives du personnel. Le comité peut aussi comprendre des personnes qualifiées nommées par le Préfet. V. *infra,* B.

[886] Le code de l'énergie prévoit une consultation du comité de suivi dans un certain nombre de cas. Par conséquent, son avis est obligatoire dans les cas listés à l'article R. 524-4 al. 1 à 5 du Code de l'énergie. Toutefois cette liste n'est pas exhaustive et, à ce titre, il est possible que le concédant propose de consulter le comité de suivi dans d'autres hypothèses. Cette même disposition prévoit une obligation d'information du comité. Dans tous les cas, il nous semble donc que les avis rendus par le comité de suivi sur l'ensemble des éléments qui lui seront présentés ne semblent pas être des avis conformes.

[887] Décret n°94-894, préc. L'obligation d'élaborer un règlement d'eau est postérieure à la conclusion de la plupart des contrats de concession initiaux. A ce titre, le décret avait prévu un dispositif de concertation lors de la mise en place du règlement d'eau

l'exécution du contrat, le concessionnaire devra en effet se soumettre au respect des procédures prévues par le code de l'environnement pour l'exécution des différents travaux de la concession, et cela même si le dossier de demande de concession a fait l'objet d'une procédure de participation préalable et qu'il a été soumis à une enquête publique. Ainsi, la démocratie environnementale favorise la participation du public à l'exécution du contrat de concession. L'article R. 521-27 du Code de l'énergie prévoit ainsi que la modification des contrats de concession hydroélectrique est possible, sous réserve du respect des dispositions relatives à la modification des contrats de concession[888]. Au-delà du respect des dispositions de la commande publique, préalablement à l'approbation de la modification du contrat, il sera nécessaire, le cas échéant, de respecter les modalités prévues par le code de l'environnement[889]. En effet, le code de l'énergie prévoit une procédure particulière d'approbation des travaux qui doivent être effectués dans le cadre de l'exécution de la concession, dès lors que ces travaux sont de « nature à entraîner des dangers graves ou des inconvénients significatifs au regard des principes énoncés à l'article L. 211-1 du code l'environnement »[890]. Il sera alors nécessaire de procéder à une instruction administrative et à une enquête publique telle que celle prévue dans le cadre de l'octroi d'un nouveau contrat de concession[891]. Si les modifications ne portent pas atteinte aux principes susmentionnés, l'autorité administrative aura la liberté de définir les consultations à mettre en œuvre en fonction de l'objet de l'avenant à conclure. Dans tous les cas, le concédant devra, *a minima*, publier une déclaration d'intention sur son site internet afin que le public ait connaissance de ce projet. Dans ce cadre, si le public estime que le projet nécessite la mise en place de procédures de consultation plus importantes que ce qui a été envisagé, il pourra faire jouer son droit d'initiative. Le droit d'initiative permet de solliciter l'organisation d'une concertation préalable dans trois cas : lorsque le projet est réalisé sous maîtrise d'ouvrage publique pour un montant supérieur à 10 millions d'euros hors taxes, pour des projets privés

---

pour une concession préexistante. En revanche, lors de l'octroi des futurs contrats, le règlement d'eau, en tant que partie intégrante du contrat de concession, sera soumis aux dispositifs de concertation prévus pour le dossier de demande de concession.

[888] Article L. 3135-1 du code de la commande publique ayant codifié l'article 55 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (*JORF* n°0025 du 30 janvier 2016, texte n°66) ; articles R. 3135-1 à R. 3135-9 du code de la commande publique ayant codifié les articles 36 et 37 du Décret n°2016-80 relatif aux contrats de concession du 1er février 2016 (*JORF* n°0027 du 2 février 2016, texte n°20).

[889] V. projet de modification du contrat de concession du Rhône, qui a fait l'objet d'une procédure de concertation préalable du 15 avril au 30 juin 2019, dont les éléments sont disponibles sur le site www.prolongation-rhone.com.

[890] Article R. 521-40 du Code de l'énergie.

[891] Voir *supra*, en ce sens, les développements relatifs à l'instruction du dossier de demande de concession (B, § 2, Section 1 du présent chapitre).

bénéficiant de subventions publiques pour un montant supérieur à ce même seuil et enfin pour les plans et programmes soumis à évaluation environnementale qui ne donnent pas lieu à une saisine de la CNDP[892]. Dans les autres cas et dans le respect de l'article R. 521-40 du code de l'énergie, les projets de modification pourront être soumis à une évaluation environnementale, en application de l'article L. 122-1 du code de l'environnement, en fonction des critères et seuils prévus, par exemple pour les infrastructures de transport ou fluviales[893]. L'évaluation environnementale est un processus permettant à l'autorité devant délivrer l'autorisation, en l'espèce le Préfet pour les travaux prévus par le code de l'énergie, de disposer d'une étude d'impact qui pourra être soumise à l'avis d'un certain nombre d'autorités compétentes, et qui sera examinée sur la base de l'ensemble de ces informations. Certes, l'évaluation environnementale ne sera pas applicable à toute modification du contrat : il sera nécessaire qu'elle entre dans les hypothèses prévues par le code de l'environnement. Toutefois, ce processus reste une garantie de participation du public pour les modifications majeures du contrat. Cela semble légitime au vu de la modification du projet présenté initialement au public lors de l'attribution du contrat.

Ainsi, le droit à l'information du public est assuré pendant l'exécution du contrat au vu des dispositifs de suivi à mettre en œuvre par le concessionnaire et de leurs caractères communicables pour la plupart. Comme nous l'avons exposé, le pendant du droit à l'information est le droit de participation. Celui-ci est relativement limité, en-dehors de l'hypothèse d'une modification du contrat de concession, durant la phase d'exploitation. Toutefois, celui-ci devrait être étendu avec la mise en place d'un nouveau comité consultatif pour certains contrats de concession.

B *L'instauration des comités de suivi de l'exécution de la concession*

La loi sur la transition énergétique a par ailleurs mis en place un nouvel outil de consultation à l'attention de l'ensemble des acteurs intéressés. Ce dispositif est une originalité dans l'exécution du contrat de concession, car il permet d'associer les parties prenantes géographiquement intéressées par l'exécution d'un contrat de concession aux prises de

[892] Article L. 121-8 du Code de l'environnement.

[893] Voir annexe à l'article R. 122 -2 du Code de l'environnement.

décision. Un dispositif similaire de consultation des usagers avait été créé en 2009, au niveau national, pour les concessions d'autoroutes[894]. Le comité des usagers du réseau routier national est purement consultatif. Il n'est qu'un espace de concertation et de dialogue, la seule consultation obligatoire étant celle relative à la présentation des tarifs de péage des autoroutes. Construit dans une logique similaire, le dispositif de concertation envisagé par le code de l'énergie a, lui aussi, une vocation consultative. Toutefois lorsque ce comité est créé, sa consultation est obligatoire pour les opérations importantes dans l'exécution des contrats de concession, notamment préalablement à toute opération de travaux importante, à savoir celle faisant l'objet d'une autorisation en application des dispositions du code de l'énergie, ou avant l'adoption du règlement d'eau de la concession.

L'article L. 524-1 du code de l'énergie permet ainsi au Préfet de créer un « comité de suivi de l'exécution de la concession et de la gestion des usages de l'eau ». Ce comité doit être mis en place de manière automatique pour les concessions dont la puissance excède mille mégawatts, dans la mesure où le concessionnaire n'est pas une société d'économie mixte hydroélectrique. A ce jour, à notre connaissance, seul un comité a été mis en place sur le Rhône[895]. Cette carence pourrait conduire à entacher de vice une partie des décisions prises pour l'exécution des contrats de concession, dans la mesure où la consultation de ce comité est obligatoire pour les sujets listés à l'article R. 524-4 du code de l'énergie[896].

L'absence d'obligation de mise en place de ce comité pour les concessions attribuées à une société d'économie mixte hydroélectrique nous surprend. En effet, dans cette hypothèse, les collectivités territoriales seront représentées au sein du capital, alors que la représentation des riverains, qui est prévue au sein du comité, soit directement, soit via des associations de représentation, ne sera pas assurée de manière automatique. Les riverains pourront être

---

[894] Décret n° 2009-1102 du 8 septembre 2009 relatif à la création du comité des usagers du réseau routier national (*JORF* n°0209 du 10 septembre 2009 texte n° 1). V. KOHLER (M), « Création d'un comité des usagers du réseau routier national », *Revue de droit des transports*, n° 10, Octobre 2009, alerte 103.

[895] Arrêté interpréfectoral n°73-2018-08-20-002 du 20 août 2018 portant création du comité de suivi de l'exécution de la concession générale pour l'aménagement du Rhône et de la gestion des usages de l'eau du Rhône et définissant les modalités de son fonctionnement (publié au recueil des actes administratifs spécial n° 73-2018-088 de la Préfecture de Savoie du 30 août 2018).

[896] Ce vice ne conduirait toutefois pas automatiquement à l'annulation de l'acte administratif autorisant la réalisation de travaux ou la modification du contrat de concession (ou tout autre cause de consultation prévue par l'article R. 524-4 du code de l'énergie). En effet, l'acte ne pourra être entaché de vice que si l'avis du comité de suivi pourrait avoir une influence sur le sens de la décision prise, en application de la jurisprudence *Danthony* (CE Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n°335033, *Rec*. 649 ; *RFDA*, 2012.284, concl. DUMORTIER ; *GAJA*, 21ème éd., 2017, comm. 112). Une analyse au cas par cas devrait donc être réalisée afin de vérifier la légalité ou non de ces décisions, en l'absence de consultation préalable du comité de suivi.

représentés uniquement si la SEMH, attributaire du contrat de concession, fait le choix de recourir au dispositif de financement participatif. Dans le cas contraire, les riverains seront représentés de manière indirecte par les collectivités territoriales dont ils sont les administrés. Or, ce dispositif, même s'il est ouvert à l'Etat, ne sera pas proposé de manière automatique. Il n'y a donc aucune garantie que les riverains soient représentés au cours de l'exécution du contrat de concession. En revanche, leur participation en amont de l'octroi du contrat de concession reste assurée par les dispositifs de consultations étudiés à la section précédente.

Pour les autres concessions, dont la puissance est inférieure à mille mégawatts, la création de ce comité sera soumise à l'assentiment du représentant du concédant. Si une commission locale de l'eau est déjà présente sur le périmètre de la concession, celle-ci se substituera au comité de suivi de l'exécution de la concession et de la gestion des usages de l'eau. Il sera donc nécessaire que des représentants du concessionnaire siègent à cette commission.

L'objet du comité est d'assurer l'information et la participation des collectivités et des riverains, dans la continuité du développement des dispositifs de démocratie participative initiés dans le domaine environnemental[897]. Ainsi, le concessionnaire aura notamment l'obligation de consulter le comité préalablement à l'exécution de certains travaux ou pour l'élaboration du règlement d'eau. De plus, le dispositif vise aussi à renforcer l'information à la disposition du public, puisque le concessionnaire aura l'obligation de présenter son rapport annuel[898].

---

[897] Ce dispositif n'est pas une innovation propre aux concessions hydroélectriques. En effet, un comité de suivi de la concession de l'aérodrome de Notre Dame des Landes a été créé en 2012 (voir décret n°2012-458 du 5 avril 2012 portant création du comité de suivi stratégique de la concession des aérodromes de Notre-Dame-des-Landes, Nantes-Atlantique et Saint-Nazaire Montoir, *JORF* n°0084 du 7 avril 2012, p. 6410). L'objet de ce comité était notamment de consulter les acteurs intéressés sur certains travaux et pour la modification de contrats de concession.

[898] Article R. 524-4 du Code de l'énergie : « Le comité est consulté par le concessionnaire dans les conditions prévues à l'article L. 521-4, notamment :
-préalablement à tous travaux ou opérations faisant l'objet d'une procédure d'autorisation en application des articles R. 521-40 et R. 521-41 ;
-sur le projet de règlement d'eau, lors de son élaboration initiale lorsque la concession n'en dispose pas, ou lors de sa modification, ainsi que sur la décision mentionnée à l'article R. 521-48 ;
-sur les modifications de la concession mentionnées au troisième alinéa de l'article R. 521-27 ;
-sur toute décision ayant un impact significatif sur les enjeux mentionnés aux articles L. 100-1 à L. 100-4. Le concessionnaire, en lien avec l'autorité administrative, tient informé le comité sur les sujets suivants :
-l'élaboration du plan particulier d'intervention, pour les concessions comprenant des ouvrages qui y sont soumis ;
-tout incident ou accident dont les conséquences sont susceptibles d'atteindre l'extérieur du périmètre de la concession. Le concessionnaire présente au comité un bilan annuel de l'exploitation de la concession et, le cas échéant, une synthèse des études relatives à l'environnement qu'il a réalisées. Les informations sont transmises au comité dans le respect du secret industriel et commercial ».

Conclusion Chapitre 2

La multiplication des procédures de concertation dans l'octroi des contrats de concession hydroélectrique s'inscrit dans le mouvement actuel de démocratie participative. Ces dispositifs permettent aux citoyens de participer à la prise de décision administrative autour de projets ayant des incidences sur l'environnement. L'évolution des procédures résulte des engagements pris par François Hollande, lorsqu'il était Président de la République, suite aux différentes manifestations ayant eu lieu autour du barrage de Sivens[899]. S'agissant des concessions hydroélectriques, la mise en œuvre de la démocratie participative apparaît comme relativement aboutie, avec une intégration des citoyens à différentes phases. En dernier, ils participent à l'élaboration du contrat par les procédures de participation directe ou indirecte préalablement à l'octroi du contrat par le concessionnaire. Au cours de la concession, les citoyens restent informés, notamment par la publication du rapport administratif sur l'exploitation de la concession imposée par le cahier des charges. Ces nouveaux acteurs, en intervenant à différentes phases du contrat, doivent permettre de sensibiliser le concédant à des attentes allant au-delà de la vision purement énergétique.

Les différents dispositifs de participation et d'information résultant de la mise en œuvre de la démocratie participative, qui était quasiment inexistante, ou d'une portée très limitée, lors de l'attribution initiale de la majeure partie des contrats de concession hydroélectrique, de 1930 à 1960, participent désormais au renouveau des concessions hydroélectriques, à travers la présence de nouveaux acteurs, les citoyens, et de son impact.

---

[899] Le Président Hollande a ainsi souligné l'importance de la consultation publique : « Le débat public, c'est la seule manière de garantir dans la transparence et dans la responsabilité, aussi bien la préservation de la nature que la poursuite de nos projets de développement économique. […]. Sivens exige donc d'accomplir des progrès supplémentaires dans la participation des citoyens dans l'élaboration de la décision publique. C'est ce que nous allons décider. Tout doit être fait pour que, sur chaque grand projet, tous les points de vue soient considérés, que toutes les alternatives soient posées, que tous les enjeux soient pris en compte, mais que l'intérêt général puisse être dégagé. Car il y a un intérêt général, il n'y a pas que la somme des intérêts particuliers. Nous devons donc renforcer les procédures, sans les alourdir ; assurer la transparence, sans allonger les délais. Nous devons faire en sorte que les autorités qui décident puissent le faire en toute transparence et indépendance. J'ai demandé au gouvernement d'engager un chantier sur la démocratie participative de manière à ce que, sur les grands projets, nous puissions avoir toutes les garanties, et qu'il ne puisse plus y avoir de contestation avec des formes inacceptables de violence. » (Extrait du discours de François Hollande, Président de la République, du 27 novembre 2014 lors de la Conférence environnementale).

Conclusion Titre 1

Le renouvellement des concessions hydroélectriques sera l'occasion de renforcer la place des parties prenantes dans l'exécution de la concession, et ce, par deux moyens distincts.

Le premier est celui de la concertation, de la consultation, de l'information, c'est-à-dire la création d'une relation, d'un échange avec les parties. Ces dispositifs ne sont pas particulièrement innovants sur le principe, mais leur portée a été largement étendue sous l'impulsion du droit international et européen. Le citoyen est désormais un acteur incontournable de la prise de décision en matière environnementale. La diversité des moyens de démocratie participative doit être vue comme un nouvel atout, qui doit permettre de faire émerger un compromis entre l'ensemble des acteurs autour des concessions hydroélectriques.

Le second axe est, quant à lui, beaucoup plus innovant, dans la mesure où il permet aux parties prenantes, riverains et collectivités territoriales, d'être acteurs de la société exploitante, en participant au capital de la société concessionnaire. Il existe plusieurs seuils de participation, en fonction des dispositifs d'actionnariat mis en œuvre, mais tous présentent l'intérêt d'associer encore un peu plus les acteurs intéressés par les concessions hydroélectriques.

La multiplicité des acteurs au sein des organes décisionnels, notamment dans le cas de la SEMH, mais aussi leur pouvoir de participation dans le cadre des dispositifs de consultation, vont permettre de penser la concession hydroélectrique comme un chœur à plusieurs voix. L'objectif serait de tendre vers une gestion du contrat de concession qui prendrait en compte plusieurs enjeux autour de la gestion de l'eau. On pourrait alors, par un compromis entre les attentes, parfois divergentes, de l'ensemble des acteurs, aspirer à un modèle de concession hydroélectrique équilibré entre les différents usages de l'eau. La recherche de cet équilibre est d'autant plus nécessaire que, depuis la loi de 1919, les priorités de ses usages ont évolué. De plus, cette ressource, qui va se raréfier du fait du changement climatique, doit être utilisée de manière différente, en prenant certes en compte les usages prioritaires, mais aussi en modifiant les conditions d'utilisation de cette ressource, afin de l'optimiser[900].

---

[900] Voir Agence de l'eau Rhône-Mediterranée, *Plan de bassin d'adaptation au changement climatique dans le domaine de l'eau. Bassin Rhône Méditerranée,* mai 2014, 32 p. ; vidéo réalisée par l'Agence de l'eau Rhône-Méditerranée, Eau et changement climatique : adaptons nous !

Au vu de ces constats, il semble nécessaire de trouver une solution durable pour la gestion de la ressource en eau. Le concessionnaire hydroélectrique, qui bénéficie de cette ressource, qui était prioritairement affectée à la production d'électricité historiquement, pourrait être un acteur majeur pour atteindre cet objectif. Ce changement de paradigme doit passer par une rénovation des missions du concessionnaire et participera donc au renouveau des concessions hydroélectriques.

(https://www.youtube.com/watch?v=xXQtcYsqvLA&list=PLBwtDbNiOwKtkf5zE7AGPlJdUoKP-YHlr%20(nouvelle%20fenêtre)

Titre 2 : Le renouveau du service concédé

La notion de « service concédé » est apparue à l'article 1er du cahier des charges type de 1920. Cette disposition permettait de préciser l'emplacement de la chute, sa puissance, mais aussi l'objet principal de l'entreprise, c'est-à-dire la destination de l'énergie. Cet article 1er recouvrait alors deux notions : le périmètre géographique de la concession et l'objet de l'entreprise[901]. Historiquement, il existait deux objets principaux : la production d'électricité pour la revente au public ou l'autoconsommation de l'industriel pour ses propres besoins. Depuis 1946, la plupart des entreprises concédées ont été nationalisées au profit d'EDF. Dans ce cadre, les concessions à vocation industrielle ont vu leur objet modifié : elles ont été affectées au service public de l'électricité.

Dans le contexte de renouvellement des concessions hydroélectriques actuel et concurrentiel, le périmètre géographique et l'objet de l'entreprise restent intrinsèquement liés, dans la mesure où, selon l'ampleur de l'assiette foncière concédée, les missions du concessionnaire sont variables. Ainsi, plus le périmètre est large, plus la nature des missions peut se diversifier. Les futurs contrats de concession, qui auront pour objet de déléguer l'exploitation, la plupart du temps, d'un groupement d'ouvrages, vont donc devoir faire évoluer le périmètre géographique concédé. Celui-ci devra être défini en prenant en compte les besoins de l'exploitation hydroélectrique, mais aussi les éléments extérieurs (Chapitre 1er). En parallèle, il va être primordial pour le concédant de repenser le périmètre matériel du contrat. Celui-ci devra faire évoluer les missions et les obligations à la charge du concessionnaire en conformité avec les évolutions de la société (Chapitre 2).

---

[901] Dans le cahier des charges type de 1999, approuvé par décret n°99-872 du 11 octobre 1999 approuvant le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées (*JORF* n°239 du 14 octobre 1999, p. 15350), l'article a été scindé : l'article 1er est désormais relatif à l'objet de la concession et l'article 2 à l'objet de l'entreprise.

Article 2 – Objet de l'entreprise : « l'entreprise bénéficiaire de la présente concession a pour objet ...(5). Cet objet ne pourra pas être modifié unilatéralement ».

Cet article renvoie à la note 5 qui précise qu'il est nécessaire d'« indiquer avec précision la ou les destinations de l'énergie pendant toute la durée de la concession et le cas échéant la finalité extra énergétique également poursuivie par l'aménagement.

Pour un aménagement à buts multiples (hydroélectrique et autres), l'objet extra énergétique doit être indiqué de façon complète en citant la ou les différentes finalités (soutien d'étiage, irrigation, navigation, alimentation en eau potable, modulation de débits amont, compensation de débits évaporés, écrêtement des crues, ...). Et ajouter : « Les usages non-énergétiques sont précisés dans une convention annexée au présent cahier des charges et visée à l'article 23. Ceux des usages non-énergétiques qui ne seront pas mis en œuvre directement par le concessionnaire restent soumis aux textes qui leurs sont applicables ».

Chapitre 1 : La recherche d'un périmètre géographique pertinent

La mutation de la place des parties prenantes dans l'exécution des concessions hydroélectriques s'explique par l'évolution de leurs besoins et de leurs attentes concernant les différents usages de l'eau. Ces changements d'origine sociétale, ainsi que les mutations politico-économiques conduites par l'Union européenne, notamment avec la création du marché concurrentiel de l'électricité, nécessitent de repenser le périmètre des concessions hydroélectriques. La carte actuelle permet d'observer une grande majorité de contrats de concession à ouvrage unique, qui sont pourtant pour la plupart hydrauliquement liés, avec au moins un aménagement situé à l'amont ou à l'aval. Cette situation n'a pas posé de difficultés majeures jusqu'à maintenant, du fait de la présence d'un opérateur dominant. Dans le cadre de la mise en concurrence des contrats, il est toutefois nécessaire d'anticiper les difficultés qui pourraient résulter de renouvellements isolés des concessions existantes, qui conduiraient à l'apparition d'une multitude d'opérateurs distincts, sans prendre en considération les liens hydrauliques, et donc techniques, entre les ouvrages.

L'Etat français, au vu de ce constat, a créé des outils permettant le regroupement de différents contrats en cours, qui interrogent sur leur compatibilité vis-à-vis du droit de l'Union européenne, afin d'assurer une exploitation coordonnée des concessions[902]. Cette configuration doit permettre de s'adapter aux changements observés depuis l'octroi des premiers contrats concédant l'exploitation des usines hydrauliques (Section 1). Toutefois, la modification de la configuration actuelle des concessions hydroélectriques ne permet pas de corriger la situation insatisfaisante résultant de l'absence d'une réelle ouverture du marché de l'électricité et de partage des ressources liées à l'exécution de ces contrats. Pour assurer la conformité du droit interne, il faudra savoir justifier la recherche d'un intérêt supérieur aux objectifs fixés par les règles sectorielles européennes, et notamment celles portant sur l'ouverture du marché de l'électricité et la mise en concurrence de la commande publique. Cet intérêt supérieur, principalement fondé sur des raisons de sûreté et de sécurité, pourrait justifier le report partiel de l'objectif d'ouverture du marché de l'énergie (Section 2).

[902] Articles L. 521-16-1 et L. 521-16-2 du Code de l'énergie créés par la loi n°2015-992, préc.

Section 1 : Le regroupement des ouvrages : une nécessité

La recherche du périmètre pertinent des futures concessions hydroélectriques, qui nécessite leur regroupement, doit prendre en compte deux exigences paradoxales. Comme nous avons pu l'observer lors des développements consacrés aux fondements des différents recours en manquement initiés par la Commission à l'encontre de la France, le renouvellement des concessions hydroélectriques doit être contrôlé à l'aune des règles applicables à la commande publique et des directives sectorielles relatives au marché de l'électricité[903]. Ainsi, dans le cadre de l'analyse de la compatibilité avec les règles de la commande publique, le critère essentiel à prendre en compte lors du renouvellement des contrats est l'organisation d'une mise en concurrence pour leur attribution. Cela pose toutefois une difficulté vis-à-vis de l'objectif d'une ouverture efficace du marché de l'électricité : sous cet angle, l'élément à prendre en compte est la gestion par de nouveaux opérateurs d'un ensemble cohérent d'aménagements de production d'électricité. Dans ces conditions, on pourra alors parler d'une ouverture du marché de l'électricité français. Par conséquent, en fonction de l'objectif principal que l'on retient, droit de la commande publique ou droit de la concurrence, l'analyse de la compatibilité au regard du droit de l'Union européenne varie pour une même configuration de regroupement.

Aujourd'hui, la plupart des aménagements hydroélectriques font l'objet de concessions isolées, un contrat correspondant à un ouvrage. Cela pose peu de difficultés dans la situation actuelle où la majorité des usines sont exploitées par le même opérateur, EDF. Dans la mesure où le renouvellement des contrats doit permettre l'apparition d'acteurs alternatifs, l'Etat a décidé de modifier la donne en regroupant plusieurs ouvrages au sein d'un unique contrat. Cette logique de regroupement doit lui permettre de respecter ses engagements pris vis-à-vis de

---

[903] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

Les procédures ont été annoncées dans le cadre de différents communiqués de presse :

- Communiqué de presse IP/04/1520 du 21 décembre 2004 « Services : procédures d'infraction contre l'Italie, l'Autriche, la France et le Luxembourg ».
- Communiqué de presse IP/05/920 du 13 juillet 2005, « Liberté d'établissement : la Commission demande à la France, à l'Italie et à l'Espagne de modifier leurs législations en matière de concessions hydroélectriques ».
- Communiqué de presse IP/06/889 du 29 juin 2006, « Libre prestation de services et liberté d'établissement : procédures d'infraction à l'encontre de l'Allemagne et de l'Autriche et nouveaux développements dans les procédures à l'encontre de la France et de l'Italie ».
- Communiqué de presse IP/08/862 du 5 juin 2008, « Liberté d'établissement : la Commission conteste le régime français des concessions hydroélectriques ».
- Communiqué de presse IP/19/1477 du 7 mars 2019, « Concessions en matière d'énergie hydroélectrique : la Commission demande à 8 États membres de se conformer au droit de l'Union ».

l'Union européenne, en mettant à disposition des nouveaux acteurs une réelle capacité d'intégrer le marché français (§ 1). Les outils à la disposition de la France pour permettre le regroupement des concessions posent toutefois des difficultés en termes de compatibilité avec le droit européen, que l'on se positionne sous l'angle de la commande publique ou de la création du marché unique de l'électricité (§ 2).

§ 1 Les motivations tendant à la création d'un nouveau périmètre

L'octroi de concessions à ouvrage unique s'explique par l'histoire des aménagements hydrauliques en France (A). Toutefois, le contexte a changé, avec l'ouverture du marché de l'électricité et l'obligation de mise en concurrence pesant sur les concessions hydroélectriques, même si celles-ci sont liées hydrauliquement. En effet, elles ne seront plus nécessairement exploitées par le même opérateur dans l'hypothèse d'une remise en concurrence dans la configuration actuelle : un ouvrage, une concession. Or, l'exploitation sectorisée des ouvrages pourrait conduire dans certains cas à limiter les bénéfices qui pourraient être tirés de ces concessions. De plus, dans certaines configurations géographiques, une exploitation de plusieurs ouvrages au sein d'un même contrat, et donc par un unique opérateur, pourrait présenter des avantages considérables à l'échelle territoriale, nationale ou européenne (B).

A *Le paysage français des concessions hydroélectriques : un panorama diversifié*

Le paysage français des concessions hydroélectriques est relativement diversifié. Sa teneur tient à la longue histoire de ces aménagements et des différentes réformes opérées. Ainsi, initialement dès 1919, ou même auparavant, comme nous l'avons vu dans notre première partie, les aménagements ont été construits, en principe de manière isolée, par des industriels ou des collectivités. Ils permettaient alors de répondre aux besoins en énergie du début du XXème siècle, que ce soit pour les ménages ou pour le fonctionnement des industries. Ce système de concession à ouvrage unique a d'ailleurs été maintenu jusqu'aujourd'hui (1). Le principe de concessions isolées ou ne regroupant que quelques aménagements a cependant fait l'objet de

dérogations, justifiées par les multiples usages de certains cours d'eau aménagés pour l'exploitation de la force motrice (2)[904].

1. Le principe : des concessions isolées

Jusqu'en 1946, c'est-à-dire avant la nationalisation de la production d'électricité, et donc avant la création d'un opérateur unique sur le territoire, la construction des aménagements a été concédée à des opérateurs distincts, conduisant ainsi, principalement, à l'apparition de concessions à ouvrages uniques. Après 1946, il n'existait qu'un seul opérateur, mais qui s'est vu octroyer la plupart du temps une concession par ouvrage (a). Cependant, au vu des relations pouvant exister entre différents aménagements, notamment du fait de leur présence sur un même cours d'eau ou du fait de l'existence d'un barrage de tête, des organismes de coopération ont été mis en place[905]. Ils doivent permettre aux différents opérateurs de s'accorder sur les modalités d'exploitation (b).

a) Le panorama des concessions

Les premières concessions ont été octroyées, la plupart du temps, à des industriels afin d'assurer l'approvisionnement de leurs usines[906]. Le concédant confiait alors l'exploitation d'un ouvrage unique avec un objet unique, l'exploitation de la force hydraulique. En 1946, le législateur, à la suite de la seconde guerre mondiale et afin de reconstruire le pays, a décidé de procéder à la nationalisation de nombreux secteurs. L'Etat a alors créé un opérateur unique dont la mission était de gérer la production, le transport et la distribution de l'électricité. Dans le

---

[904] Nous ne traiterons pas sur ce point les cas isolés de quelques aménagements qui avaient été regroupés sous le même contrat de concession. Cette situation avait principalement été justifiée par l'existence d'un concessionnaire unique ayant besoin de plusieurs aménagements pour satisfaire ses besoins.

C'est le cas, par exemple, des usines de Camon et de Valentine, qui ont été concédées à la Société énergie électrique de la Haute-Garonne, respectivement par décrets des 19 août 1930 (*JORF* du 26 août 1930, p. 9904) et 15 juillet 1932 (*JORF* du 6 novembre 1932, p. 11730). Il était prévu que l'aménagement de Valentine ne puisse être exploité au-delà de la date d'échéance de l'usine de Camon. L'exploitation de ces deux usines, lors du renouvellement de leur contrat, a été accordée à un unique opérateur. Elle a été approuvée par l'arrêté n°64 du 18 décembre 2008 accordant à la SA EDF l'aménagement et l'exploitation des chutes de Camon, Valentine dans le département de la Haute-Garonne (publié au recueil des actes administratifs de la préfecture de Haute Garonne n°31, janvier 2009, p. 49).

[905] Un barrage de tête a vocation à retenir l'eau nécessaire au fonctionnement d'un ensemble d'aménagements en aval. Ces derniers turbineront l'eau lâchée par le barrage. C'est le cas par exemple de Serre-Ponçon, considéré comme un « réservoir de tête » dans différentes brochures EDF.

[906] Voir, par exemple, le décret du 9 mai 1923 (*JORF* du 16 mai 1923, p. 4736), autorisant l'aménagement du Doron du Beaufort en Savoie par la société d'électrochimie, d'électrométallurgie et des aciéries électriques d'Ugine. L'article 1er, dernier alinéa du cahier des charges, précisait que l'objet de l'entreprise était « la fourniture d'énergie aux établissements industriels et métallurgiques appartenant au concessionnaire […] ». L'objet de la société était l'exploitation des usines liées à son activité, mais aussi des centrales permettant d'assurer son approvisionnement en électricité.

cadre de son activité de producteur, EDF s'est d'abord substituée aux exploitants des entreprises nationalisées. Mais elle a aussi eu pour mission de développer les outils de production.

Dans ce cadre, EDF a donc repris l'exploitation de la plupart des ouvrages hydroélectriques préexistants, à l'exception notamment des ouvrages de la concession du Rhône et des ouvrages alors exploités par la Société nationale des chemins de fer français (SNCF). Cette exclusion du périmètre de la nationalisation était alors fondée sur la composition intégralement publique du capital de ces entreprises concessionnaires. De la même manière, certains aménagements ont été exclus de la nationalisation au vu de leur faible puissance, de même que certaines entreprises du fait de leur faible production annuelle[907]. Ainsi, hormis ces ouvrages dont l'exploitation n'a pas été confiée à EDF, l'ensemble des entreprises concédées nationalisées ont vu leur objet principal modifié. Leur production a ainsi été affectée au besoin des usagers, et non-plus à une vocation principalement industrielle[908]. Le fait qu'EDF se soit substituée aux concessionnaires précédents pour l'ensemble des concessions n'a pas posé de difficulté, même si le contenu des contrats était différent. En effet, la plupart des ouvrages étaient soumis aux mêmes contraintes d'exploitation, dans la mesure où ils ont tous vu s'appliquer le même cahier des charges type[909].

EDF a aussi contribué, suite à la loi de 1946, à la construction de nouveaux ouvrages de production d'électricité et notamment de nouvelles usines hydroélectriques. Dans cette configuration, les ouvrages ont fait, de la même manière, l'objet de concessions à ouvrage unique, sans que cela ne pose de difficultés, dans la mesure où ils ont tous été attribués à ce même opérateur[910].

---

[907] Article 8, alinéa 3, 3° et 5° de la loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz (*JORF* du 9 avril 1946, p. 2951) : « Sont exclues de la nationalisation : [...]

> 3° Les entreprises de production d'électricité dont la production annuelle moyenne de 1942 et 1943 est inférieure à 12 millions de KWh. [...]
>
> 5° Les aménagements de production d'énergie de tout établissement, entreprise ou de tout particulier, lorsque la puissance installée des appareils de production n'excède pas 8.000 KVA (puissance maximum des machines tournantes susceptibles de marché simultanément). [...] »

[908] Voir décret du 19 octobre 1956 approuvant l'avenant n°4 à la convention et aux cahiers des charges de concession des chutes du Doron du beaufort (*JORF* du 9 novembre 1956, p. 10721). Ce décret a modifié l'objet de l'entreprise : désormais l'article 1er prévoit que « l'entreprise a pour objet principal la production d'énergie électrique destinée à la Nation », contrairement à l'objet initial prévu par le décret du 9 mai 1923, préc.

[909] Cahier des charges type de 1920 approuvé par décret du 5 septembre 1920 (*JORF* du 12 septembre 1920, p. 13376), en application de l'article 28 de la loi du 16 octobre 1919, préc.

[910] Voir, par exemple, décret du 29 décembre 1958 concédant à Electricité de France (service national) l'aménagement et l'exploitation de la chute de Cambeyrac, sur la Truyère, dans le département de l'Aveyron (*JORF* du 14 janvier 1959, p. 864).

Il existe aujourd'hui en France un peu plus de quatre cents concessions hydroélectriques. La plupart d'entre elles ont été accordées pour l'aménagement et l'exploitation d'une seule usine. A l'heure actuelle, la majorité des aménagements sont encore isolés, dans la mesure où ils font chacun l'objet d'un contrat de concession, bien qu'ils soient exploités pour la plupart par le même opérateur. Cette situation de quasi-monopole d'EDF conduit à neutraliser toute problématique liée à la mise en place d'une coopération préalable. Cette coordination serait nécessaire pour le bon fonctionnement d'aménagements interdépendants. Cette question prendra toutefois tout son intérêt lors du renouvellement des contrats en cours, qui seront, au moins pour certains, attribués à des opérateurs distincts. Il serait alors nécessaire de mettre en place des organismes de coopération afin de s'assurer que l'exploitation des différents ouvrages liés soit coordonnée.

b) L'existence d'organismes de coopération

La majorité des concessions hydroélectriques est exploitée par EDF. Il existe toutefois deux autres opérateurs importants, que sont la CNR et la SHEM. Les aménagements de la CNR sont des ouvrages au fil de l'eau situés tout au long du Rhône et dont les liens avec les aménagements d'EDF sont plutôt limités au vu de leurs caractéristiques. La SHEM exploite quant à elle des ouvrages dans le sud-ouest de la France. Elle intervient sur des vallées où l'exploitation de la ressource en eau est partagée avec l'opérateur français dominant. Ainsi, afin d'assurer une meilleure coordination et de limiter les risques d'exploitation, des systèmes de coopération ont été mis en place entre EDF et la SHEM.

On peut prendre l'exemple de la concession d'Eget-Oule dans les Hautes-Pyrénées, qui a été réattribuée à la SHEM par un arrêté du 8 novembre 2010[911]. Historiquement, l'usine d'Eget a été construite par les Chemins de Fer du Midi, afin d'assurer l'alimentation en électricité des voies ferrées[912]. L'octroi du nouveau titre a conduit à modifier deux éléments essentiels du

[911] Arrêté de la préfecture des Hautes-Pyrénées, n°2010/312/03 du 8 novembre 2010 approuvant la concession hydro-électrique d'Oule-Eget et transférant l'exploitation du barrage d'Oredon à la société Hydro Electrique du Midi (SHEM).

[912] Loi déclarant d'utilité publique, à titre d'intérêt général, l'établissement des chemins de fer d'Auch à Lannemezan, de Castelnau-Magnoac à Tarbes et d'Arreau à Saint-Lary, ainsi que d'une usine hydroélectrique pour l'exploitation de divers chemins de fer, et approuvant une convention avec la compagnie des chemins de fer du midi du 17 juillet 1908 (*JORF* du 26 juillet 1908, p. 5357).

contrat[913]. Tout d'abord, l'objet de l'entreprise, c'est-à-dire la destination de l'énergie, qui est désormais de produire de l'énergie électrique pour répondre aux besoins des usagers, alors que la finalité initiale était de produire de l'électricité pour les besoins des lignes de chemin de fer. Ensuite, le périmètre du service concédé, puisque le nouveau concessionnaire exploite dorénavant le barrage d'Oredon[914].

L'analyse de ce contrat est intéressante, car il prévoit la mise en place d'une coordination sur deux plans : la fourniture d'eau dans le cadre du système de la Neste pour les besoins agricoles et l'exploitation hydroélectrique. Sur le premier plan, relatif aux besoins en eau, il est prévu que les concessionnaires des chutes d'Oule-Eget et de Lassoula-Tramezaygues en fournissent quarante-huit millions de mètres cubes pour l'agriculture. Cet approvisionnement en eau a été prévu dans le cadre de l'élaboration du système de la Neste mis en place en 1963, dont l'objectif est d'acheminer l'eau des Pyrénées, par des voies naturelles et artificielles, vers la Gascogne. Lors du renouvellement de la concession, l'exploitation du barrage d'Oredon a été transférée à la SHEM. L'arrêté d'approbation de la convention de concession a donc imposé la modification de la convention de 1972, qui prévoyait initialement que la coordination entre les différents concessionnaires était gérée par EDF[915]. Dorénavant, celle-ci doit être assurée par une « structure unique et commune d'information, de pilotage et d'optimisation de cette obligation »[916], qui s'est substituée à EDF, et qui devait être créée à l'initiative de la SHEM. Une telle illustration mérite de retenir l'attention, dans la mesure où la création de cette structure, demandée par le concédant, semble ici anticiper la situation future. En effet, dans la situation actuelle, l'exploitation des différents ouvrages (aménagement d'Oule-Eget et de Lassoula-Tramezaygues) est assurée par le même concessionnaire, la SHEM. A ce titre, il ne semble pas forcément nécessaire de créer une structure *ad hoc* de coordination. Toutefois, la concession de Lassoula-Tramezaygues est sous le régime des « délais glissants », depuis son arrivée à échéance en 2012. A ce titre, lors du renouvellement de ce contrat, il n'existe aucune garantie pour la SHEM d'être renouvelée pour l'exploitation de cet ouvrage.

---

[913] Ces deux éléments sont définis à l'article 1er du cahier des charges type : ce sont le service concédé, c'est-à-dire les ouvrages concédés, et l'objet de l'entreprise, c'est-à-dire la destination de l'énergie produite. Le cahier des charges types des entreprises hydrauliques de 1920 a été approuvé par décret du 5 septembre 1920 (*JORF* du 12 septembre 1920, p. 13376)

[914] L'article 2 de l'arrêté préfectoral n°2010/312/03 (préc.) prévoit qu'est approuvée la convention du 7 octobre 2010 passée entre l'Etat et la SHEM par laquelle « l'Etat met fin à la convention du 11 janvier 1967 confiant à EDF l'exploitation du barrage d'OREDON, et transfère d'EDF à la SHEM l'exploitation du barrage et du réservoir d'OREDON ».

[915] EDF était, avant le renouvellement de la concession d'Oule-Eget, l'exploitante du barrage d'Oredon, suite au décret de 1963 qui avait créé le système de Neste. Une convention avait alors été signée entre la SHEM et EDF.

[916] Arrêté du 8 novembre 2010, préc., article 3.

Dans l'hypothèse où un autre concessionnaire se verrait confier l'exploitation de la concession de Lassoula-Tramezaygues, la SHEM aura la responsabilité, au titre du contrat de concession lui confiant l'exploitation de l'aménagement d'Oule-Eget, de participer à la mise en œuvre de cet organe de coordination. Sur le second plan, relatif à l'exploitation coordonnée des ouvrages hydroélectriques, il a été nécessaire d'encadrer les modalités d'intervention des deux opérateurs au vu des spécificités de l'usine d'Eget, qui est exploitée par la SHEM, mais qui abrite deux groupes exploités par EDF constituant l'usine d'Echarts[917]. Le cahier des charges de la concession d'Eget prévoit donc, à son article 23, la nécessité d'exécuter les accords intervenus entre les deux opérateurs dans le cadre de la concession antérieure, l'objectif de la coordination étant de limiter les risques à l'aval des ouvrages et d'optimiser la production de chaque usine, mais aussi de coordonner les interventions des deux opérateurs sur un même site[918]. Le cas de l'usine d'Eget reste spécifique, puisqu'il n'y a pas d'autre ouvrage, à notre connaissance, qui regroupe deux exploitants au sein du même aménagement. Toutefois, les objectifs de la coordination sont les mêmes lorsque les ouvrages sont géographiquement distincts, mais hydrauliquement liés[919].

L'objectif de ces organes de coordination est de permettre aux exploitants, comme dans cet exemple, d'assurer un niveau maximal de sûreté à l'aval des aménagements tout en assurant l'optimisation de leur production. Il est donc tout à fait possible d'envisager ce type de dispositif de coordination lorsque des ouvrages liés seront octroyés à des exploitants différents, dans le

---

[917] Il existe ainsi une convention d'exploitation de l'usine des Echarts entre SNCF et EDF, qui met à disposition d'EDF les locaux nécessaires à l'implantation des groupes de l'usine des Echarts dans l'usine d'Eget (convention du 13 mars 1969).

[918] Le cahier des charges de la concession d'Oule-Eget, approuvé par arrêté préfectoral du 8 novembre 2010, préc., fait référence, dans son article 23, aux :

« Convention du 30 avril 2003 entre la SHEM et EDF concernant :

- La prévention des risques à l'aval,
- Les programmes de production,
- Les indisponibilités et avaries,
- La coordination des opérations d'exploitation exceptionnelles.

Convention du 27 mai 2004 entre la SHEM et EDF concernant les obligations d'échange d'informations pour optimiser les outils de production et minimiser les risques à l'aval des ouvrages ».

La convention du 30 avril 2003 règle la gestion des ouvrages imbriqués entre EDF et la SHEM pour les ouvrages situés sur les vallées du gave d'Ossau, du gave d'Azun, du gave de Pau, de la Neste d'Aure, de la Neste du Louron, de la Têt, des Rhues, de la Dordogne, du Lot et de la Selve.

[919] La notion d'ouvrages hydrauliquement liés est celle utilisée dans le code de l'énergie (article R. 521-60, I) depuis l'adoption de la loi relative à la transition énergétique, n°2015-992, préc.

cadre des futurs renouvellements des concessions hydroélectriques[920]. Toutefois, la mise en place de ces mécanismes nous semble relativement complexe et d'une portée plus limitée. En effet, si la coordination est envisagée dans le cadre d'une convention, cela pourrait poser plusieurs difficultés.

Tout d'abord, il existe un risque de blocage inhérent à la négociation d'une convention bilatérale. Il n'existe en effet aucun moyen de pression permettant d'imposer à l'une des parties de signer un accord convenable. Certes, le titre concédant l'exploitation pourra prévoir la mise en place d'une convention, mais cela ne permettra pas de régler les difficultés liées à la négociation de son contenu. On peut notamment envisager l'hypothèse d'un désaccord entre les différents exploitants concernant les débits à turbiner. La problématique sera d'autant plus importante dans l'hypothèse où il existe un barrage de retenue en amont d'une usine exploitée par deux opérateurs distincts. En effet, dans ce cas, le second sera dépendant du premier pour produire de l'électricité.

Ensuite, il est nécessaire d'envisager l'hypothèse du non-respect des dispositions de la convention par les parties, ce qui ne manquera pas de poser des problèmes en pratique. Nous ne considérons pas ici que le concessionnaire fasse preuve par principe d'une mauvaise volonté dans l'exécution de son contrat. On ne peut toutefois pas écarter complétement l'hypothèse d'une inexécution ponctuelle. Le non-respect par l'un des opérateurs de ses obligations pourrait ainsi avoir des impacts, principalement en termes de sécurité. De même, l'absence de suivi d'une consigne d'exploitation ponctuelle peut présenter des risques de sûreté hydraulique qui peuvent être délicats à gérer dans le cadre d'une simple convention. En effet, en cas de manquement, il semble impossible d'imposer à l'opérateur défaillant de se conformer à son obligation, en tout cas dans un délai quasi-immédiat, notamment si la défaillance se présente dans des conditions d'exploitation particulières, comme en période de crue. La convention ou les pouvoirs de l'administration tirés des principes généraux applicables aux contrats administratifs permettront certes de sanctionner l'opérateur[921]. Cependant, les conséquences techniques du manquement auront déjà produit leurs effets. La sanction *a posteriori* est donc une nécessité afin de dissuader le concessionnaire. Toutefois, elle est insuffisante au vu des contraintes pour la sûreté du réseau électrique français.

---

[920] Voir *infra*, § 2, B de la présente section, les développements sur les possibilités de regroupement en application des articles L. 521-16-1 et L. 521-16-2 du Code de l'énergie.

[921] BONTRON (M-C), *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Thèse, Montpellier, 2016.

La recherche d'une coordination optimale ne peut donc pas être pleinement satisfaite et garantie dans le cadre d'une convention. Celle-ci ne pourra être mise en place de manière efficace et sécuritaire que si l'exploitation est assurée par le même opérateur.

Dans le cadre du renouvellement des contrats de concession, il semble donc que le renouveau des périmètres existants soit le moyen d'assurer une exploitation coordonnée des ouvrages plus efficace et surtout dans des conditions de sûreté optimale. En effet, dans ce cas, l'exploitation, par un seul opérateur, des ouvrages liés neutralisera les difficultés engendrées par la négociation et la mise en pratique des conventions qui pourraient être conclues. Aujourd'hui, dans la plupart des situations, ces dispositifs ne sont pas nécessaires, puisque les ouvrages sont pratiquement tous exploités par le même opérateur. En revanche, lorsque les contrats vont être renouvelés, au vu du paysage actuel des concessions hydroélectriques, c'est-à-dire des ouvrages hydrauliquement liés mais qui font l'objet de contrat unique, il existe en plus un fort risque de désoptimisation du parc. En effet, la gestion groupée des aménagements hydrauliquement liés permet une meilleure utilisation de l'eau disponible pour produire de l'énergie. Cette situation nécessite donc de procéder au regroupement des ouvrages hydrauliquement liés.

Il existe d'ores et déjà certains contrats, ayant octroyé une concession à plusieurs ouvrages, pour lesquels l'exploitation coordonnée est garantie du fait d'une exploitation historique des ouvrages par vallée.

2. Les exceptions : l'existence de vallées en France

Certaines concessions ont confié l'exploitation d'un ensemble d'ouvrages à un unique opérateur. Dans ces hypothèses, pour les vallées les plus importantes, la concession à ouvrage multiple était assortie d'un but multiple.

Il existe trois concessions bénéficiant de ces mêmes spécificités et qui partagent un autre point commun, puisqu'elles ont fait l'objet d'un encadrement législatif. Ainsi, aujourd'hui, les ouvrages de la Haute-Durance, du Rhin et du Rhône sont exploités, en partie, par un unique opérateur[922]. Malgré leurs points communs, ces trois concessions ne fonctionnent toutefois pas de manière identique.

[922] En effet, même si l'on parle de vallées, les concessions de la Haute-Durance et du Rhône ne concernent pas l'ensemble des aménagements existants sur le cours d'eau. Ainsi, sur la Durance, les aménagements avals sont concédés dans le cadre de

L'aménagement global du Rhin, qui a fait l'objet d'une loi en 1950, semble être le plus décloisonné. La loi prévoyait que l'ensemble des ouvrages serait concédé à EDF et serait aménagé par tranche, faisant chacune l'objet d'un contrat de concession unique[923]. L'octroi du contrat à EDF n'appelle pas de remarques particulières, dans la mesure où la loi de nationalisation empêchait que ces ouvrages puissent être exploités par un autre opérateur. Dans ce contexte, ce cadre législatif renforçait le souhait de créer un aménagement global du fleuve. En effet, la précision selon laquelle l'octroi se ferait à un opérateur unique n'avait pas de réelle portée, au vu de la nationalisation de la production d'électricité. En revanche, le recours à un aménagement global du fleuve résultait d'un choix affirmé du législateur. La loi a ainsi prévu que chaque acte de concession devait fixer les obligations imposées « au concessionnaire, notamment dans l'intérêt de la navigation et en vue d'assurer la sauvegarde des intérêts agricoles, en tenant compte des projets envisagés pour l'amélioration du régime hydraulique de la plaine d'Alsace »[924].

De la même manière l'aménagement de la Haute-Durance a fait l'objet d'une loi afin de consacrer la vocation multiple de la concession[925]. Elle prévoyait que l'exploitation des ouvrages serait confiée à EDF, ce qui s'inscrivait pleinement dans le cadre de la nationalisation. Toutefois, la loi n'imposait pas que les ouvrages fassent l'objet de concessions distinctes, ce qui rendait donc possible la mise en place d'une concession unique. On y retrouve, aussi, un objet multiple : la loi prévoyait en effet que les eaux devaient être utilisées « pour les irrigations par pompage ou par gravité et à l'aménagement de la force hydraulique pour la production d'énergie électrique »[926].

Enfin, l'exemple du Rhône est significatif. Comme pour la Haute-Durance, le législateur a prévu dans ce cas un but multiple et la possibilité d'aménager les ouvrages au sein d'un contrat unique ou de contrats distincts[927]. En revanche, cette concession se différencie de la Haute-Durance et du Rhin, dans la mesure où elle a été attribuée avant la nationalisation, à un moment

---

plusieurs contrats à ouvrage unique. Sur le Rhône, un aménagement est exploité par EDF, celui de Cusset, car il a été concédé antérieurement à l'adoption de la loi Rhône de 1921 (préc.). Sur la Durance et le Rhône, v. *infra*, Chapitre 2, Section 1, § 3.

[923] Loi n°50-223 du 19 février 1950 autorisant la concession de la construction et de l'exploitation des ouvrages destinés à l'utilisation des forces hydrauliques du Rhin et à la réalisation du grand canal d'Alsace (*JORF* du 22 février 1950, p. 2087).

[924] Article 2, alinéa 1er de la loi n°50-223, préc.

[925] Loi n°55-6 du 5 janvier 1955 relative à l'aménagement de la Durance (*JORF* du 6 janvier 1955, p. 277).

[926] Article 1er, alinéa 1er de la loi n°55-6, préc.

[927] Loi du 27 mai 1921 approuvant le programme des travaux d'aménagement du Rhône, de la frontière suisse à la mer, au triple point de vue des forces motrices, de la navigation et des irrigations et autres utilisations agricoles, et créant les ressources financières correspondantes (*JORF* du 28 mai 1921, p. 6210).

où il n'y avait pas encore d'opérateur désigné. La loi prévoyait seulement que les statuts de la ou des sociétés concessionnaires devraient être approuvés par décret[928]. Finalement, une société unique, dont l'objet était l'exécution du contrat, a été créée, la Compagnie nationale du Rhône, afin d'exploiter le fleuve, au triple point de vue de la navigation, de la production d'électricité et de l'irrigation.

Dans la mesure où ces lois n'ont pas été abrogées, la gestion par vallée de ces ouvrages semble donc incontournable lors de leur renouvellement. En pratique, la solution ne s'impose pourtant pas *ipso facto*. Concernant le Rhin, la concession de l'ouvrage de Kembs a ainsi été renouvelée en 2009, sans que cela ne porte atteinte à la gestion du fleuve par un opérateur unique, puisque le contrat a été renouvelé de gré à gré avec EDF[929]. On pourrait toutefois s'interroger sur les conditions du renouvellement global de la vallée, avec l'obligation de mise en concurrence applicable à l'attribution des contrats de concession, d'autant plus que les contrats expirent à des dates différentes, en fonction de leur date d'octroi. Dans ce contexte, alors même que l'aménagement du Rhin avait été envisagé de manière globale initialement, si les dispositifs de regroupement ne sont pas mis en place lors du renouvellement des contrats, son exploitation pourra être divisée, puisque la mise en concurrence permettra à plusieurs opérateurs de se positionner pour chaque ouvrage.

Dans l'esprit du concédant, la nécessité d'aménager et d'exploiter de manière globale certains ouvrages n'est donc pas nouvelle. L'autorité concédante a même envisagé de concéder plusieurs chutes au sein d'un même contrat quand celui-ci avait une vocation purement énergétique[930]. Cette idée a d'ailleurs été réaffirmée lors du renouvellement de certaines concessions. C'est le cas, par exemple, des chutes de la Moyenne-Romanche. Il existait initialement six chutes (Livet, Les Vernes, Les Roberts, Rioupéroux, Clavaux et Pierre-et-Besse), qui avaient été concédées par des arrêtés distincts entre 1894 et 1917[931]. L'ensemble de

---

[928] Article 2, alinéa 4 de la loi du 27 mai 1921, préc.

[929] Décret n°2009-721 du 17 juin 2009 relatif à l'aménagement et à l'exploitation de la chute de Kembs dans le département du Haut-Rhin (*JORF* n°0141 du 20 juin 2009, p. 10041, texte n°2).

[930] C'est l'exemple de la concession du Lac Mort dont le cahier des charges et la convention de concession ont été approuvés par décret du 1er mars 1933 relatif aux travaux d'aménagement de la chute du lac Mort sur les ruisseaux de la Morte du grand Rif et de leurs affluents (Isère) (*JORF* du 14 mars 1933, p. 2488).

[931] Les concessions ont été respectivement attribuées par arrêtés des 13 septembre 1894, 27 octobre 1917, 1er août 1912, 8 juin 1917, 10 décembre 1906 et 10 décembre 1906.

ces chutes a été nationalisé au profit d'EDF, en application de la loi du 8 avril 1946. En 1993, EDF a présenté une demande de poursuite de l'exploitation de ces chutes. Elle a obtenu une prolongation du contrat de concession autorisant l'exploitation de ces six chutes en 2010[932]. Et, en parallèle, l'entreprise s'est vu octroyer un contrat de concession pour l'exploitation d'une unique chute, suite aux travaux effectués sur les ouvrages préexistants, pour 60 ans, par décret du 29 décembre 2010[933]. Toutefois, cet exemple est spécifique, dans la mesure où la gestion globale de ces chutes se traduit par l'effacement des six ouvrages préexistants afin de construire un unique ouvrage, Romanche-Gavet, dont la puissance sera supérieure à la puissance cumulée des aménagements antérieurs[934]. La situation de la Moyenne-Romanche illustre donc aussi la possibilité d'optimiser les installations préexistantes, notamment en les modernisant. Le regroupement pourrait ainsi conduire à une exploitation coordonnée ou à une nouvelle utilisation de la force motrice cumulée des ouvrages.

B *Les justifications au regroupement des concessions*

Le principe du regroupement des concessions hydroélectriques a été défendu par la France sur la base d'un premier argument lié à la sûreté des aménagements (1). Cet aspect « sécurité » se retrouve en outre relayé par deux séries de considérations liées au droit de l'Union européenne. En premier lieu, le renouveau du périmètre des concessions hydroélectriques, dans les cas pertinents, est un moyen d'atteindre les objectifs fixés à l'échelle européenne dans le domaine de l'énergie[935], dès lors qu'il doit contribuer au développement des énergies renouvelables en France, en permettant une optimisation de la production des ouvrages préexistants (2). En second lieu, les regroupements sont aussi un moyen d'assurer une ouverture plus efficace à la concurrence du marché de l'électricité, au vu de la structure du parc de production français (3).

---

[932] Décret n°2010-1698 du 29 décembre 2010 approuvant la convention et le cahier des charges de concession par l'Etat à Electricité de France SA de l'exploitation des six chutes de Moyenne Romanche dans le département de l'Isère (*JORF* n°0303 du 31 décembre 2010, p. 23362).

[933] Décret n°2010-1697 du 29 décembre 2010 approuvant la convention et le cahier des charges de concession par l'Etat à Electricité de France SA de l'aménagement et de l'exploitation de la chute de Gavet sur la rivière Romanche dans le département de l'Isère, déclarant d'utilité publique cette opération et portant mise en compatibilité du plan d'occupation des sols de la commune de Livet-et-Gavet (*JORF* n°0303 du 31 décembre 2010, p. 23348).

[934] L'usine de Romanche-Gavet devait être mise en service en 2017, selon le calendrier d'exécution des travaux présenté par EDF. Cet aménagement conduira à une augmentation de puissance de 40% (source : étude d'impact de la loi sur la transition énergétique, NOR : DEVX1413992L/Bleue-1, 29/07/2014, 285 p., p. 134).

[935] Tous les ouvrages ne seront pas forcément regroupés. Il existera encore des contrats à ouvrage unique du fait de l'absence de lien hydraulique notamment.

1. La sûreté des aménagements

Lorsque l'on étudie la sûreté d'organes de production qui injectent de l'énergie directement sur le réseau électrique, il est nécessaire de contrôler deux aspects.

Tout d'abord, la sûreté électrique, qui est liée à l'injection d'énergie sur le réseau, permet d'assurer la sécurité du réseau électrique en France. Le réseau de transport d'électricité fonctionne avec des réglages de fréquence et de tension. La régulation de ces paramètres est permise par le volume d'énergie injecté sur le réseau. Ainsi, Réseau de Transport d'Electricité (RTE) anticipe les volumes demandés, en fonction des consommations de la journée, afin d'assurer la disponibilité de l'énergie nécessaire aux besoins des usagers. Mais, la nécessité de disposer du bon volume d'énergie est aussi le seul moyen d'assurer la sécurité du réseau, en maintenant les paramètres de tension et de fréquence. Afin d'assurer en permanence l'équilibre du réseau, RTE dispose de deux outils principaux. Le premier dispositif est celui des réserves d'énergie en France. L'énergie ne pouvant pas être stockée, les réserves consistent à pouvoir produire très rapidement de l'énergie supplémentaire. Cela est permis par les centrales hydrauliques de lac[936]. Et il existe une seconde réserve mobilisable en 30 minutes, grâce aux centrales thermiques. Avant de recourir à ces dispositifs de réserve, RTE tente de réguler le réseau en rémunérant les opérateurs afin qu'ils puissent injecter de l'énergie quasiment en temps réel. Ces services au réseau constituent donc une nouvelle stratégie commerciale pour certains producteurs, qui préfèrent conserver une partie de leur électricité plutôt que de la vendre sur le marché classique. Elle peut alors être cédée en instantanée à RTE, lorsqu'il en a besoin. Cette stratégie d'optimisation de la vente de l'électricité produite est propre à chaque opérateur. Elle peut pourtant être contrainte dans le cas où des aménagements liés sont exploités par des entreprises différentes. Ces dernières ne peuvent en effet gérer leur usine comme elles le souhaitent, dans la mesure où elles n'ont pas la maîtrise du débit entrant, et ne sont donc pas forcément en mesure de constituer des « réserves ». Au-delà de l'aspect « optimisation », l'absence de regroupement des ouvrages par vallée, et donc la difficulté de gestion de la production pourrait conduire à modifier le système de service au réseau qui n'intéresserait plus nécessairement les opérateurs.

[936] On parle de « réserve 13 minutes ». C'est l'un des éléments qui justifie que les usines hydrauliques contribuent de manière importante à la sûreté électrique nationale.

Ensuite, il existe, dans l'hypothèse d'une exploitation par de multiples opérateurs, une problématique de sûreté hydraulique. L'un des principaux risques existant se situe à l'aval des ouvrages. En effet, en fonction des débits entrants, il est nécessaire d'adapter le fonctionnement des machines. Par conséquent, lorsque les ouvrages en amont sont exploités par un opérateur distinct, un problème de coordination se pose. Il est alors nécessaire que l'aménagement en aval soit conduit en fonction du programme d'exploitation des ouvrages amont, afin de pouvoir anticiper les flux d'eau entrant dans son usine. Cette situation dans laquelle deux opérateurs distincts exploitent des ouvrages qui se suivent pose des difficultés variables en fonction de la nature des aménagements. Ainsi, il existe parfois des problématiques de sûreté liées aux débits à turbiner, notamment dans le cas où les centrales amont disposent d'un réservoir[937], mais aussi des problématiques d'optimisation de la production d'énergie. En effet, l'exploitant à l'aval sera dépendant de la stratégie de l'opérateur gérant l'usine amont. L'absence de vision d'ensemble de l'exploitation des différents aménagements, qui serait permise dans le cadre d'un regroupement des ouvrages par vallée, conduit donc à limiter la production d'énergie hydraulique, énergie renouvelable, dont le développement est fortement souhaité, tant au niveau national qu'européen.

2. Le regroupement au service du développement des énergies renouvelables

Le regroupement des concessions existantes, afin d'élargir le périmètre d'exploitation prévu par les contrats, doit permettre de répondre à l'engagement de la France vis-à-vis de l'Union européenne, consistant à consommer 20% d'énergie d'origine renouvelable en 2030[938].

En droit interne, avec la loi sur la transition énergétique, l'Etat a fait le choix d'inscrire un objectif chiffré de développement des énergies renouvelables plus ambitieux encore. Le code de l'énergie prévoit en effet que la consommation en 2030 devra atteindre 32%[939]. Pour parvenir à cet objectif, notamment au vu des problèmes d'intermittence de ces énergies, celles-ci devront représenter 40% de la production d'électricité. En 2015, seulement 27% de l'électricité est d'origine renouvelable. Afin d'atteindre cet objectif national, il est donc nécessaire de

---

[937] Voir annexe 14 : La vallée du Drac et le lien hydraulique entre les aménagements

[938] Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, considérant 96 (*JOUE* du 5 juin 2009, p. 16).

[939] Un objectif intermédiaire de consommation de 23% d'énergie d'origine renouvelable en 2020 a été inscrit à l'article L. 100-4 du Code de l'énergie.

contribuer au développement des énergies d'origine éolienne, solaire et hydraulique[940]. L'Etat a donc mis en place une programmation des investissements pour la période 2009-2020 afin d'organiser le déploiement des outils de production. L'hydroélectricité est la source principale d'énergie d'origine renouvelable, puisqu'elle représente 61,7% de cette production en 2016[941]. Le potentiel hydroélectrique est déjà largement exploité, ce qui limite ses possibilités de développement. Il est toutefois prévu une augmentation de 3 TWh/an de la production de cette énergie[942]. La possibilité de créer de nouvelles installations d'envergure semble cependant relativement limitée au vu des contraintes environnementales existantes sur les cours d'eau non-aménagés disposant d'un potentiel hydroélectrique[943].

L'axe de développement de l'hydroélectricité dans le bouquet énergétique français passera donc plutôt par le développement de la petite hydraulique, la construction de station de pompage[944], la modernisation et l'optimisation des ouvrages existants[945]. Le développement de la petite hydroélectricité peut se faire de manière isolée ou dans le cadre d'un contrat de concession global, avec une obligation d'aménagement de centrales de petites puissances entre deux ouvrages d'envergure[946]. Quant à l'optimisation de la production hydraulique sur les ouvrages existants, elle doit être permise par la création d'un unique contrat de concession, attribué à un unique opérateur et visant à augmenter le volume de production du fait d'une exploitation coordonnée, ou *a minima* le maintenir sur les ouvrages exploités par EDF.

---

[940] La loi sur la transition énergétique, n°2015-992, article 1er, préc. a prévu l'inscription de l'objectif d'augmentation de la part de consommation d'énergie d'origine renouvelable. Ces objectifs ont été inscrits dans la loi suite aux engagements pris par le Président, M. François HOLLANDE, lors des conférences environnementales organisées en 2013 et 2014.

[941] V. CGEDD, *Chiffres clés des énergies renouvelables. Edition 2018*, mai 2018, p. 8

[942] Programmation pluriannuelle de l'énergie, préc., p. 69.

[943] A l'exception des hypothèses de mutualisation des ouvrages conduisant à l'effacement des usines préexistantes afin de construire un seul aménagement. C'est l'exemple de la concession Romanche-Gavet, développé *supra*, § 2, A.

[944] Les Stations de Transfert d'Energie par Pompage (STEP) permettent de stocker de l'eau afin de produire de l'énergie en fonction de la demande. L'eau est remontée par un système de pompage en amont de l'usine, ce qui nécessite de consommer de l'énergie, en heures creuses.

[945] La modernisation des usines hydroélectriques existantes est relativement fréquente lors du renouvellement des concessions, notamment afin de permettre d'inscrire les investissements dans la négociation du cahier des charges de la concession. On peut ainsi prendre l'exemple de la concession de Cusset qui a été renouvelée au profit d'EDF par arrêté interpréfectoral du 15 janvier 2002 (arrêté interpréfectoral concédant à EDF l'exploitation de la chute de Cusset sur le Rhône dans les départements de l'Ain, de l'Isère et du Rhône). L'article 31 met ainsi à la charge du concessionnaire l'obligation de moderniser les écluses de Jonage et Cusset.

[946] Ce dispositif a déjà été mis en place dans le cadre de l'exécution de contrats de concession existants. En effet, avec la loi sur l'eau et les milieux aquatiques du 30 décembre 2006 (loi n°2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, *JORF* du 31 décembre 2006, p. 20285), les débits réservés ont été augmentés, ce qui a conduit à une diminution du débit turbiné (sur les débits réservés, voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2). La création de petites centrales hydroélectriques permettait donc de compenser les pertes de production à l'aval des usines existantes.

Par conséquent, l'optimisation de l'exploitation des ouvrages existants, ainsi que le développement de nouveaux outils de production, pourront être largement favorisés dans le cadre de concessions bénéficiant d'un périmètre géographique élargi, c'est-à-dire concédant l'exploitation de plusieurs ouvrages hydrauliquement liés. Le regroupement des concessions hydroélectriques envisagé par l'Etat doit donc contribuer à développer la production d'origine hydraulique, qui va participer à l'objectif d'augmentation de la part d'énergie renouvelable dans le mix énergétique français.

Le regroupement des ouvrages doit aussi permettre d'atteindre l'objectif fixé par l'Union européenne tendant à la création d'un marché de l'électricité libre. En effet, ces contrats à plusieurs ouvrages doivent permettre d'octroyer à de nouveaux opérateurs des outils de production adaptés à l'activité de fournisseur d'électricité.

3. Le regroupement au service d'un marché de l'électricité concurrentiel

La Commission européenne reproche à la France de ne pas ouvrir son marché de l'électricité à la concurrence. En effet, dans le cadre d'une procédure d'enquête lancée en octobre 2015, elle a mis en exergue le fait que l'ouverture à la concurrence nécessitait, dans un premier temps, un accès aux moyens de production[947]. L'objectif est en effet de permettre aux consommateurs de choisir librement leurs fournisseurs d'énergie. Or, l'activité de fournisseur nécessite d'avoir accès au produit de base, l'électricité.

La France a considérablement limité l'accès aux principaux moyens de production. En effet, les nouveaux opérateurs ne peuvent disposer que de centrales thermiques ou d'ouvrages de production d'énergies nouvelles[948]. Or, ces outils permettent de disposer d'une énergie de pointe ou d'une énergie intermittente. Ils ne sont donc pas adaptés aux besoins d'un fournisseur. Il est nécessaire que le fournisseur exploite des ouvrages produisant une énergie de base afin de fournir les consommateurs en permanence.

L'Etat a alors choisi d'ouvrir le marché de manière artificielle, en offrant aux nouveaux opérateurs la possibilité d'acheter de l'électricité via différents dispositifs, sans que cela permette pour autant une réelle concurrence. Les fournisseurs sont alors dépendants des prix du

---

[947] L'objet de la procédure est de vérifier l'existence d'un abus de position dominante. Voir *Mise en demeure de la Commission européenne relative à l'infraction n°2015/2187 du 22 octobre 2015*, 80 p. (p. 35).

[948] Par énergies nouvelles, on entend les énergies renouvelables qui ont commencé leur développement de manière récente. On exclut donc la grande hydraulique.

marché ou des tarifs fixés par l'Etat. En effet, leur principale source d'approvisionnement provient soit de l'achat d'électricité sur le marché de gros, soit de dispositifs réglementés, tels que l'Accès à l'Energie Nucléaire Historique (ARENH), dont le prix du mégawattheure est prévu par décret[949].

La Commission européenne a donc, dans le cadre de sa mise en demeure, mis en avant l'absolue nécessité pour les nouveaux opérateurs d'accéder aux moyens de production français, afin de pouvoir assurer une libre-concurrence sur le marché de l'électricité pour les consommateurs.

Or, au vu de la composition du parc énergétique français, l'outil de production le plus pertinent semble l'hydraulique. Cependant, même si, à première vue, les ouvrages hydroélectriques sont les plus faciles d'accès pour de nouveaux opérateurs et les plus intéressants, notamment en termes de volumes ou de coûts de production, il faut néanmoins être attentif à leurs caractéristiques et à leur nature[950]. Pour qu'un nouvel acteur puisse intervenir sur le marché de manière efficace, il est nécessaire qu'il dispose d'outils de production de base (production continue) et d'une production de pointe (production au moment des pics de consommation). La diversité d'un parc permet en effet de diminuer les coûts, mais aussi de pouvoir répondre aux besoins des usagers[951]. Or, un seul ouvrage hydroélectrique ne peut pas répondre à ces deux caractéristiques. Il est donc nécessaire que l'opérateur dispose d'un panel d'ouvrages[952].

Le regroupement des concessions hydroélectriques dans un périmètre géographique pertinent pourrait aussi être envisagé au vu de ces critères. En effet, dans la mesure où fréquemment, sur une vallée, l'aménagement de tête répond aux caractéristiques d'un ouvrage de pointe alors que les aménagements en aval permettent une production de base, les regrouper

---

[949] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

[950] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

[951] Mise en demeure de la Commission européenne relative à l'infraction n°2015/2187 du 22 octobre 2015, 80 p. (p. 35).

[952] Il existe quatre catégories d'ouvrages hydrauliques qui, en fonction de leurs caractéristiques, conduisent à la production d'énergie de base ou de pointe. Voir *Programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité*, *op. cit.*, p. 68 : « La première catégorie est celle des installations au fil de l'eau - d'une puissance installée de 7,6 GW - pour lesquelles la capacité du réservoir amont ne permet pas de stockage. Ces installations se trouvent notamment sur les grands fleuves et la production est dite "fatale".

La seconde catégorie est celle des usines de type "éclusée" - d'une puissance installée de 4,3 GW - dont la capacité du réservoir amont est de taille intermédiaire et permet de stocker l'eau selon des cycles journaliers.

Ensuite, les usines de "lac" - d'une puissance installée de 9 GW - disposent d'un réservoir amont dont la capacité permet un stockage sur une durée longue. Elles apportent de la puissance garantie au système électrique.

Enfin, la quatrième catégorie est celle des stations de transfert d'énergie par pompage (STEP). Il s'agit de remonter l'eau dans un réservoir lors des heures creuses pour la turbiner lors de la pointe ».

permettrait d'octroyer à l'opérateur des moyens de production variés pour répondre au mieux à ses besoins. Ce schéma n'est pas universel, mais il pourrait être intéressant d'envisager la prise en compte de ce critère dans le cadre des éléments définissant le lien hydraulique entre les différents ouvrages[953].

L'organisation de regroupements pourrait toutefois être considérée comme portant atteinte au principe de libre-concurrence affirmé dans le droit primaire de l'Union européenne, mais aussi être incompatible avec les dispositions de la directive 2014/23/UE relative aux contrats de concession[954]. Toutefois, ces regroupements semblent être un avantage pour l'ouverture du marché de l'électricité français, dans la mesure où ils permettent aux opérateurs de disposer d'une variété d'outils de production. Il est donc nécessaire d'étudier les dispositifs permettant de regrouper les concessions hydroélectriques au regard des règles du droit de l'Union européenne.

§ 2 Les outils du regroupement : une compatibilité incertaine avec le droit de l'Union européenne

Afin de créer de nouveaux périmètres géographiques pour les futures concessions hydroélectriques permettant de répondre aux objectifs d'optimisation de l'exploitation des ouvrages et d'ouverture du marché de l'électricité, il est nécessaire de regrouper les aménagements préexistants octroyés de manière isolée. L'Etat français a envisagé plusieurs dispositifs pouvant conduire au renouveau du périmètre des concessions existantes, afin de les regrouper, et de les confier à un seul opérateur. Ce renouveau du périmètre géographique, qui est nécessaire au renouveau des concessions hydroélectriques dans leur ensemble, nécessite que les dates d'échéance des contrats soient alignées. Dans la mesure où les contrats ont été attribués à des dates distinctes, le seul moyen de les regrouper est de modifier leur échéance initiale. Afin de parvenir à cet objectif, l'Etat français a envisagé deux dispositifs principaux, qui semblent relativement limités dans leur applicabilité au regard du droit de l'Union européenne : le rachat (A) et la prolongation (B).

---

[953] Concernant la définition du lien hydraulique voir *infra*, Chapitre 2, Section 2 du présent titre.

[954] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession (*JOUE* du 28 mars 2014, L94/1).

A *Le rachat : un dispositif historique*

Le dispositif de rachat des concessions hydroélectriques est le premier outil qui a été envisagé pour le regroupement des contrats préexistants afin d'assurer l'objectif de renouveau du périmètre des concessions hydroélectriques. Cette possibilité était prévue dès l'octroi des premiers contrats dans le cahier des charges type des entreprises hydrauliques approuvé en 1920[955]. Ce dispositif a fait l'objet de très peu de modifications jusqu'à son abrogation en 2016[956] (1). La disposition de rachat telle que prévue dans les cahiers des charges général n'a jamais été mise en œuvre dans le passé, en dehors du contexte propre à la nationalisation, et elle a probablement un avenir très incertain, dans la mesure où sa compatibilité avec les principes de la commande publique semble problématique, dans le paysage actuel des concessions hydroélectriques (2).

1. Le fonctionnement du dispositif de rachat

Le rachat est défini par Jean POIRET comme « le moyen pour l'Etat-concédant de mettre volontairement fin à la concession avant terme, cela à l'issue d'une certaine durée de mise en œuvre de celle-ci, durée supposée garantir au concessionnaire un temps minimum de stabilité juridique et une période minimale d'exploitation normalement rentable »[957]. Le dispositif de rachat des concessions hydroélectriques doit, en principe, être applicable à toutes les concessions en cours, attribuées sur le fondement de la loi du 16 octobre 1919, dans la mesure où il était intégré dans les cahiers des charges type de 1920 et de 1999[958]. Le rachat est

---

[955] Cahier des charges type de 1920 approuvé par décret du 5 septembre 1920, article 38 (*JORF* du 12 septembre 1920, p. 13876)

[956] La clause de rachat a été supprimée du cahier des charges types de 2016 (décret n°2016-530 du 27 avril 2016 préc.). Toutefois, la possibilité de résilier le contrat sans faute grave du concessionnaire existe toujours au bénéfice du concédant qui dispose d'un pouvoir de résiliation unilatéral reconnu par le juge administratif. Voir, en ce sens, CE, 2 février 1987, *Société TV6, Rec*. p. 29 ; CE, 31 juillet 1996, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, Rec*. p. 334. Toutefois, ce pouvoir de résiliation doit être fondé sur un motif d'intérêt général, qui peut, par exemple, être caractérisé pour des besoins de réorganisation du service concédé par exemple. Voir, en ce sens, CE, 22 avril 1988, *Société France 5 et association des fournisseurs France 5, Rec*. p. 157.

[957] POIRET (J), *Droit de l'hydroélectricité*, EDF et Ed. Economica, 2004, Tome II, p. 2276. Sur la question du rachat, voir pp. 2273-2294.

[958] Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, article 10, 13° (*JORF* du 18 octobre 1919, p. 11523); Cahier des charges type de 1920 approuvé par décret du 5 septembre 1920, article 38 (*JORF* du 12 septembre 1920, p. 13876) ; Cahier des charges type de 1999, approuvé par décret n°99-872 du 11 octobre 1999 approuvant le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées, article 60 (*JORF* n°239 du 14 octobre 1999, p. 15350). Le cahier des charges de la concession du Rhône fixait quant à lui une date précise plutôt qu'une période et prévoyait que le concédant pouvait faire jouer son droit de rachat à partir du 1er janvier 1975 : article 38 alinéa 1 du cahier des charges général de concession du 5 juin 1934 approuvé par décret du 6 juin 1934 (*JORF* du 14 juin 1934, p. 5886).

une forme de résiliation qui est prévue contractuellement, sous réserve de l'indemnisation du concessionnaire en place, selon les modalités prévues au contrat[959]. On retrouve ce dispositif dans les concessions autoroutières, où le rachat doit être justifié par un motif d'intérêt général, ce qui conduit, à première vue, à limiter sa mise en œuvre[960]. Dans le cas des concessions hydroélectriques, il n'existe pas de cause justifiant le rachat. Selon certains auteurs, le rachat avait été instauré afin de permettre au concédant de résilier le contrat en cours d'exécution si le concessionnaire venait à en tirer des revenus trop importants. Ainsi, André HAURIOU précisait dans sa thèse de doctorat que « […] si l'entreprise se développe d'une façon particulièrement brillante, si elle s'affirme comme devant donner de très beaux bénéfices, l'industriel se trouvera exposé au rachat de sa concession par l'Etat. […] » [961]. Toutefois, cette analyse semble démentie par la jurisprudence. Le Professeur DUFAU souligne ainsi que cette décision ne « saurait être justifiée par des préoccupations d'ordre financier et, notamment, par le désir de retirer au concessionnaire une exploitation lucrative »[962]. L'indemnisation obligatoire du concessionnaire résulte du droit du contractant à un « équilibre financier du contrat »[963]. On parlait alors de la théorie de l'équation financière, consacrée par voie jurisprudentielle[964]. Pour

---

Le dispositif de rachat a été supprimé du cahier des charges type de 2016. Il est toutefois fait mention des indemnités de rachat dans le code de l'énergie à l'article R. 521-58 relatif au calcul du droit d'entrée. Les dispositions en vigueur ne prévoient donc plus de droit de rachat au profit du concédant. Toutefois, elles prennent en compte la possibilité qui existe pour le concessionnaire au titre du dispositif en vigueur dans les contrats de concession conclus sous le régime des cahiers des charges type de 1920 ou de 1999. La suppression du dispositif de rachat s'explique probablement par la possibilité pour le concédant de résilier un contrat sans faute du concessionnaire pour un motif d'intérêt général, tel que la réorganisation du service, qui a été admise par le Conseil d'Etat (CE, Ass, 2 février 1987, *Société TV6, Rec*. p. 29). Dans ce cas, le concédant doit indemniser le concessionnaire de l'intégralité de son préjudice. Sur cette question voir par exemple DUROY (S), « La remise en cause anticipée des délégations de service public », *AJDA*, n°17, 2003, pp. 872-880 ; PRACHE (P), *Les fins de concession*, Thèse, Paris II, 2001, dactyl. Tome II, notamment les pp. 211-245.

[959] Concernant le dispositif de rachat v. LECOMTE (F), *Le rachat des concessions*, Thèse, Paris, 1942 et PRACHE (P*), op. cit.*, notamment pp. 211-245.

[960] Voir ALLIEZ (Q), « Le rachat des concessions autoroutières : une impasse financière ? », *Contrats et marchés publics*, 2017, n°4, pp. 6-13.

[961] HAURIOU (A), *La mainmise de l'Etat sur l'énergie des cours d'eau non-navigables, ni-flottables*, Thèse, Toulouse, 1921 pp. 55-57.

[962] DUFAU (J), *Les concessions de service public*, Paris, Ed. du moniteur, 1979, p. 168

[963] Voir VENEZIA (J-C) et GAUDEMET (Y), *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, LGDJ, 9ème édition, 1984, p. 415.

[964] BLUM (L), concl. sur CE, 11 mars 1910, *Cie française des tramways, Rec*. 216. Voir, également, JEZE (G), note, *RDP*, 1910, pp. 270-290 : « Il est de l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de réaliser, dans la mesure du possible, une égalité entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées [...] Les avantages et les charges doivent se balancer de façon à former la contrepartie des bénéfices probables et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession est impliquée, comme un calcul, *l'équivalence honnête* entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui [...] C'est ce que l'on appelle *l'équivalence financière et commerciale, l'équation financière du contrat de concession* [...] ». Le juge a ainsi reconnu que la Compagnie disposait d'un droit à demander une indemnité, si la modification avait conduit à une modification de l'équilibre économique de la concession : « Qu'il appartiendrait seulement à la Compagnie, si elle s'y croyait fondée, de présenter une demande d'indemnité en réparation du préjudice qu'elle établirait lui avoir été causé par une aggravation ainsi apportée aux charges de l'exploitation ». Sur le droit à l'indemnité du cocontractant voir par exemple CE, 4 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès et Bagnols,*

Pascal PRACHE, le rachat est un dispositif qui peut être utilisé dans l'intérêt du service public[965]. En effet, ce n'est qu'à cette condition que l'intérêt privé du concessionnaire peut être remis en cause et cela sous réserve d'une indemnité juste[966]. Cette analyse s'appuie sur la définition de Roger BONNARD, pour qui le rachat est « l'acte unilatéral et discrétionnaire par lequel l'administration, en dehors de toute déchéance et faute du concessionnaire met fin à la concession avant la date d'échéance fixée pour son expiration dans l'intérêt du service et pour l'organiser en régie »[967]. Ce dispositif ne peut être mis en place qu'après une certaine durée, suivant la date d'achèvement des travaux (nouvelle concession), ou de conclusion du contrat (renouvellement de concession), ce qui doit permettre au concessionnaire d'exploiter les aménagements pendant un temps[968].

Le choix de recourir à ce dispositif peut avoir des conséquences financières très importantes au vu des indemnités à verser au concessionnaire. Il en existe deux : l'indemnité d'éviction, visant à compenser les gains non-perçus par le concessionnaire du fait de la résiliation anticipée de son contrat, le *lucrum cessans*, et l'indemnité d'amortissement, pour la compensation de la part non-amortie des investissements réalisés, le *damnum perdans*. Les formules de calcul des indemnités sont relativement proches dans les deux modèles de cahier des charges types de 1920 et 1999[969].

Le Vigna,, n° 334280, *Rec*. p. 205 ; CE, 3 mars 2017, *Leasecome*, n°392446, mentionné dans les tables du *Rec*., *Jurisdata* n°2017-003401.

[965] V. PRACHE (P), Tome II, *op. cit.* p. 246 : Le rachat permet au « concédant de reprendre le contrôle de l'exploitation en dehors de toute faute lorsque l'intérêt du service l'exige ».

[966] LECOMTE (F), *op. cit.*, p. 10 : « L'intérêt général du service public peut donc l'emporter sur l'intérêt privé du contractant [...] cela n'existe qu'à la condition essentielle que l'intérêt privé du contractant ne soit pas sacrifié »,.

[967] BONNARD (R), *Précis de Droit administratif*, 4ème édition, 1943, p. 763.

[968] Toutefois, lors de la création de nouveaux aménagements, sept années est une durée très faible pour se rendre compte des profits potentiels d'une concession. « Or, il est de connaissance courante que les entreprises Hydro-Electriques rapportent très peu à leurs débuts […] Par conséquent, l'indemnité étant calculée sur le bénéfice net, c'est-à-dire déduction faite des frais d'entretien et de renouvellent des ouvrages (cahier des charges, article 38), l'Etat n'aura à payer, au concessionnaire, qu'une très faible annuité. » (HAURIOU (A), *op. cit.*, p. 57).

Cette limitation de délai est certes prévue dans le cahier des charges général de la concession. Toutefois, elle ne semble pas avoir de fondement juridique. En effet, même si le rachat n'est pas organisé, il n'est pas possible de priver l'Etat de sa possibilité de reprendre la gestion d'un service concédé. Cette conclusion est tirée de l'application d'un principe du droit administratif selon lequel le pouvoir public est inaliénable. Selon François LECOMTE, le rachat résulte du « principe que l'Etat n'a pas le droit de renoncer pour toujours ou pour une trop longue période à son pouvoir étatique : ce pouvoir est inaliénable en lui-même et dans ses manifestations » : *ibid*, p. 63 ; v. aussi développements pp. 87-88.

[969] Toutefois, le calcul de l'indemnité d'éviction, selon la méthodologie envisagée en 1999, est plus avantageux pour le concessionnaire sortant. Dans les deux cahiers des charges types, il était prévu que l'indemnité conduise à verser une annuité au concessionnaire correspondant au produit net moyen des sept dernières années d'exploitation. Cette anuité ne pouvait être inférieure au produit net de la septième année. La différence entre les deux formules réside dans le fait que, pour les concessions soumises au cahier des charges type de 1999, le produit net moyen était calculé sur la base des sept dernières années d'exploitation desquelles étaient retranchées les deux plus mauvaises années. Ces modalités étaient donc plus favorables au concessionnaire sortant, en tout cas pour les nouvelles concessions. En effet, des modalités de calcul différentes ont été mises en place dans l'hypothèse d'un renouvellement de contrat. Dans ce cas, il semble que les indemnités soient inférieures à ce qui

Le dispositif de rachat pourrait donc, dans une première analyse, être l'outil adapté au regroupement des concessions. Le concédant peut racheter, sous une condition de durée d'exploitation minimale, le contrat en cours d'exécution. Il sera alors possible pour le concédant de le réattribuer à un nouvel opérateur après avoir regroupé cet ouvrage avec ceux qui sont hydrauliquement liés, afin de mettre en concurrence une concession à ouvrages multiples. Toutefois, ce dispositif pose un problème majeur : le coût du rachat. A ce titre, il pourrait présenter des incompatibilités avec le droit de l'Union européenne et notamment avec les principes inscrits dans le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

2. Le rachat : un dispositif inadapté

Les conditions financières du rachat en font un élément « dissuasif »[970] pour le concédant. L'indemnisation du concessionnaire sortant doit en effet être supportée par un futur concessionnaire, avec le risque de mettre en place des droits d'entrée trop élevés pour attirer les candidats.

Les droits d'entrée doivent permettre d'assurer la neutralité financière du renouvellement des contrats de concession pour le concédant. Leur contenu est encadré par le code de l'énergie[971]. Ce dernier prévoit la possibilité d'intégrer dans les droits d'entrée les

---

est prévu dans le régime général qui était applicable au titre du cahier des charges de 1920 et aux nouvelles concessions dans le cahier des charges de 1999. Le cahier des charges de 1999 prévoit aussi l'hypothèse d'un contrat renouvelé, c'est-à-dire où la plupart des investissements sont déjà amortis. Dans ce cas, le montant de l'indemnité devra être négocié entre le concessionnaire et le concédant. Le cahier des charges ne garantit pas au concessionnaire sortant l'indemnisation de la perte de ses gains futurs. L'indemnité d'amortissement est, quant à elle, semblable. Elle s'appliquerait aux travaux nouveaux ou complémentaires, sachant que sont exclus de ces travaux ceux qui sont nécessaires à l'entretien, la réparation ou au renouvellement du matériel hydraulique.

[970] Le terme a été utilisé par le Professeur DUROY (« La remise en cause anticipée des délégations de service public », *AJDA*, n°17, 2003, pp. 872-880 (p. 876)).

[971] Article L. 521-17, alinéa 1er du code de l'énergie : « Lors du renouvellement de la concession, il est institué, à la charge du concessionnaire retenu, un droit dont le montant est fonction des dépenses à rembourser par l'Etat au concessionnaire précédent en application du présent titre ou pour d'éventuels autres frais engagés par l'Etat au titre du renouvellement de la concession. »

Art. R. 521-58 du code de l'énergie : « le montant du droit d'entrée prévu à l'article L. 521-17 couvre l'ensemble des dépenses engagées par l'autorité administrative pour renouveler la concession, notamment :

1° Le remboursement au concessionnaire précédent de la part non amortie des dépenses d'investissement inscrites dans le registre prévu à l'article R. 521-54 et des dépenses inscrites au compte particulier prévu à l'article R. 521-55 ;

2° Le cas échéant, les indemnités versées par l'autorité administrative pour le rachat d'un contrat de concession dont les ouvrages sont inclus dans la nouvelle concession ;

3° Le cas échéant, les indemnités versées par l'autorité administrative pour le rachat des biens de reprise, définis à l'article 15 du modèle de cahier des charges annexé au présent décret, inclus dans la nouvelle concession ;

4° Toute autre dépense engagée par l'autorité administrative à l'occasion de la sélection du concessionnaire pressenti ou de l'instruction de sa demande de concession, en particulier les frais d'expertise et de publication. […] »

investissements non-amortis du concessionnaire, qui ont été inscrits au registre prévu à l'article R. 521-54, ainsi que les dépenses inscrites au compte particulier prévu à l'article R. 521-55[972]. Ces dépenses correspondent aux investissements réalisés par le concessionnaire qui ne peuvent être amortis pendant la durée restant à courir du contrat de concession et qui permettent une amélioration des ouvrages. En effet, les autres investissements, qui permettent de maintenir en état les aménagements, correspondent à une obligation à la charge du concessionnaire de remettre en bon état les ouvrages qu'il a construits à l'Etat concédant. En fonction des hypothèses, le coût du rachat de la concession décidé par le concédant peut être augmenté de la valeur de rachat des biens de reprise. Et, enfin, la dernière part qui peut être intégrée dans les droits d'entrée correspond au coût de la procédure d'attribution du contrat de concession et notamment des différents processus de participation.

Le renouvellement de la concession doit donc être neutre pour le concédant. Or, pour assurer cette neutralité, le remboursement des dépenses effectuées peut être largement majoré en cas de rachat de la concession antérieure, notamment si celui-ci a été réalisé longtemps avant la date d'expiration initialement prévue au cahier des charges, au vu des modalités de calcul présentées précédemment[973].

Le dispositif prévu pour les concessions hydroélectriques existe aussi en droit commun. Ainsi, l'article L. 3114-4 du code de la commande publique prévoit la possibilité de fixer un droit d'entrée à verser par le nouveau concessionnaire, dans la mesure où celui-ci est justifié dans le cahier des charges. Toutefois, un tel dispositif est interdit dans certains domaines, tels que l'eau potable, l'assainissement, les ordures ménagères ou les autres déchets[974]. Les limitations du recours aux droits d'entrée résultent de mauvaises pratiques qui ont pu se développer, justifiant ainsi la fixation d'un cadre dès l'adoption de la loi Sapin. En effet, les collectivités territoriales ont souvent fixé le montant de cette soulte en prenant en compte des

---

[972] Le registre prévu aux articles L. 521-1 et R. 521-54 du code de l'énergie prévoit la possibilité de consigner, sous réserve de l'accord du Préfet, les dépenses effectuées dans la seconde moitié du contrat. Ces dépenses sont notamment celles liées aux travaux de modernisation des ouvrages, d'adaptation aux nouvelles normes entrées en vigueur pendant la validité du présent registre et aux investissements qui permettent d'augmenter la capacité de production. Il existe aussi un compte particulier, prévu par l'article R. 521-55 du code de l'énergie, qui permet de consigner les dépenses faites, dans les cinq ans précédant l'expiration du contrat de concession, aux frais de l'Etat et à sa demande, dès lors qu'il le juge nécessaire pour la future exploitation du contrat.

[973] Voir *supra*, 1 du présent A.

[974] Cette interdiction se justifie par les abus qui ont été constatés dans ces secteurs et les affaires de corruption liées lors du calcul du montant des droits d'entrée, dans la mesure où ils conduisaient à faire prendre en charge par le concessionnaire des coûts qui n'étaient pas directement liés à l'exécution du service. Voir, pour exemple, Cour des Comptes, *Rapport public particulier « La gestion des services publics locaux d'assainissement »*, janvier 1997, pp. 26-27 et 95-100.

éléments extérieurs à l'objet du contrat. Or, ce coût supplémentaire était supporté par les usagers, puisque le montant des droits d'entrée était imputé sur le prix du service proposé[975]. Dans le cas des concessions hydroélectriques, l'usager est à l'abri de toute augmentation du prix du service, dans la mesure où de telles concessions n'ont pas en principe d'usagers directs. En effet, la concession permet de vendre de l'électricité sur le marché, qui fixe le prix sans lien avec les coûts de production du concessionnaire[976]. Le dispositif des droits d'entrée dans le cadre des concessions hydroélectriques ne semble donc pas poser de difficultés vis-à-vis des usagers.

En revanche, un tel dispositif révèle, sur le plan juridique, deux problèmes majeurs.

Tout d'abord, il limite l'accès des différents opérateurs aux contrats. Dès lors que les droits d'entrée sont pris en compte pour le calcul de la valeur de la concession, le niveau des capacités financières attendues des candidats se trouve artificiellement renforcé. Or, ces dernières sont étudiées en tenant compte du montant du contrat de concession. La valeur de la concession est ainsi calculée sur la base du chiffre d'affaire total estimé du concessionnaire (hors taxe sur la valeur ajoutée), mais aussi des dépenses initiales à verser au concédant, et notamment les droits d'entrée[977]. Ainsi, le renouvellement des contrats de concession, malgré le respect des procédures de mise en concurrence, ne permettra pas d'assurer une réelle ouverture, au vu des capacités financières qui seront attendues. En effet, seules des entreprises de taille très importantes ou des entreprises liées à elles pourront, de fait, candidater[978]. Cette conclusion se trouve d'ailleurs confortée par les dispositions de l'article 57 du cahier des charges type, qui prévoit que les droits d'entrée devront être versés dans les six mois suivant

---

[975] Concernant le dispositif des droits d'entrée, voir, notamment, AUBY (J-F), « Délégations de service public, la question des droits d'entrée », *LPA*, 13 mai 1996, n°58, pp. 8- 9 ; DEVES (C.), « Les droits d'entrée dans les délégations de service public », *AJDA*, 20 septembre 1996, n°9, pp. 631-637.

[976] C'est d'ailleurs ce qui nécessite de concevoir le risque différemment dans les concessions hydroélectriques que dans d'autres types de concession. Par exemple, dans les concessions d'autoroutes ou de distribution d'eau, les usagers subissent les surcoûts, puisqu'ils paient directement le service au concessionnaire. Toutefois, il existe une nuance concernant la fourniture d'électricité, puisque les particuliers peuvent bénéficier de Tarifs Réglementés de Vente, fournis uniquement par EDF. Ces tarifs sont fixés par les ministres compétents sur la base du calcul selon la méthode dite par empilement prévue par l'article L. 337-6 du code de l'énergie. Voir, par exemple, les décisions du 27 juillet 2018, NOTRER18200595 et TRER18200668 pour les tarifs réglementés de vente s'appliquant au 1er août 2018. V. *infra*, Chapitre 2, Section 2, § 2, A.

[977] Décret n°2016-86, article 7, préc.

[978] L'article 38 de la directive 2014/23/UE prévoit en effet qu'un candidat à un contrat de concession (le même dispositif est applicable pour les marchés publics) peut « recourir aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qui les unissent ». Le concédant pourra ainsi exiger spécifiquement, pour les capacités financières, que le candidat ainsi que l'entité liée soient solidaires dans l'exécution du contrat. Cette possibilité est aussi inscrite en droit interne à l'article R. 3123-19 du CCP.

l'octroi de la concession à l'Etat[979]. Or, le coût des investissements est très différent pour le concessionnaire entrant s'il les met lui-même en œuvre, puisque, dans ce cas, il est en mesure d'amortir son investissement dans le temps. En revanche, le remboursement des investissements au concessionnaire sortant nécessite de mobiliser une somme importante dans un délai court. Le concédant n'attendrait ainsi pas les mêmes capacités financières de la part des candidats, pour une même somme à débloquer, selon les deux hypothèses présentées. Le recours au dispositif de rachat conduit donc à restreindre, sur des fondements de capacités financières discriminatoires, les possibilités de candidater au renouvellement d'un contrat. Il faut en plus noter que les droits d'entrée doivent couvrir le montant de l'indemnité versée au concessionnaire sortant, dans l'hypothèse où son contrat serait résilié avant terme. Cette somme est encore plus discriminatoire, puisqu'elle conduit à faire supporter par le nouveau concessionnaire des charges financières qui ne sont pas valorisables dans l'exploitation du contrat de concession.

De plus, les droits d'entrée pourraient conduire à limiter considérablement, voire à neutraliser, tout intérêt pour les opérateurs économiques à candidater à la reprise de la concession. Au vu du montant à amortir, et dans la mesure où celui-ci ne peut pas être imputé sur le prix de vente, la rentabilité des concessions peut être notablement restreinte et avoir des conséquences sur les revenus que le concédant pourrait en attendre[980].

Enfin, le choix de recourir au dispositif de rachat pourrait conduire à limiter le principe d'une remise en concurrence régulière des contrats de concession. La directive prévoit en effet que « les investissements pris en considération aux fins du calcul [de la durée] comprennent

---

[979] Article 57 du cahier des charges type des concessions hydrauliques, approuvé par le décret n°2016-530, préc.

[980] *Etude d'impact du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte* (NOR : DEVX1413992L/ Bleue-1, 29 juillet 2014, 285 p.), article 28, p. 133 : « Les coûts de rachat (indemnité d'éviction qui se chiffrerait à plusieurs centaines de millions d'euros pour des vallées comme la Dordogne ou la Truyère) devant se répercuter auprès du nouveau titulaire de la concession sous la forme d'un droit d'entrée, cette méthode de regroupement présente en outre le désavantage d'alourdir le droit d'entrée, diminuant d'autant les bénéfices en termes d'investissement ou de redevance que l'Etat peut escompter tirer du renouvellement de la concession.

Elle risque également d'introduire une distorsion de concurrence (barrière à l'entrée).

Enfin, elle maintient certaines incohérences de périmètre, dans la mesure où cette indemnité peut dans certains cas se révéler prohibitive et dès lors interdire la réalisation de certains regroupements pourtant jugés techniquement pertinents. Ainsi, certains ouvrages dépendants des ouvrages voisins, devraient néanmoins être mis en concurrence, avec le risque que cette mise en concurrence ne se révèle ni réelle ni sincère, aucun opérateur autre que l'exploitant de l'ensemble de la chaîne n'ayant alors de véritable intérêt à se porter candidat ».

tant les investissements initiaux que ceux réalisés pendant la durée de la concession »[981]. Or, une durée de concession trop longue pourrait mettre le concédant en défaut vis-à-vis de ses obligations au titre du droit de l'Union européenne. En effet, même si la durée est justifiée au vu du montant des investissements, elle ne le sera pas nécessairement, en prenant en compte le coût de rachat, au vu des objectifs de l'Union de l'énergie. La directive relative aux contrats de concession prévoit d'ailleurs que « les concessions de très longue durée sont susceptibles d'entraîner le verrouillage du marché, ce qui peut nuire à la libre circulation des services et la liberté d'établissement »[982]. De plus, l'octroi d'une concession hydroélectrique de longue durée n'est pas forcément intéressant pour le concédant, car cela limitera ses possibilités de faire évoluer les conditions d'exploitation d'un ouvrage sur le long terme. En effet, si le recours au dispositif de l'avenant permet de modifier un contrat en cours, ses limites résident dans la nécessaire acceptation de la négociation par les deux parties.

L'ensemble de ces éléments, notamment le coût et les difficultés de négociation dans le cadre d'une procédure de rachat, nous conduit à considérer que le dispositif ne semble pas adapté, sauf peut-être dans l'hypothèse de contrats dont la date d'échéance est proche de la date de rachat[983]. L'Etat français a donc, sur ces fondements, justifié le recours à d'autres outils visant à assurer le regroupement de certains ouvrages au sein d'un même contrat de concession : ce sont les dispositifs de prolongation prévus par la loi sur la transition énergétique.

B *Les dispositifs de prolongation spécifiques aux concessions hydroélectriques*

Comme l'indique l'étude d'impact, « compte tenu des difficultés et des inconvénients majeurs induits par le regroupement par rachat anticipé, la seule alternative en matière de regroupement consiste à procéder à un alignement des dates d'échéance des contrats par calcul d'une date moyenne pondérée garantissant le maintien de l'équilibre économique général pour

[981] Directive 2014/23/UE, préc., article 18, dernier alinéa.

[982] Directive 2014/23/UE, préc., considérant 52.

[983] *Etude d'impact du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte*, préc., p. 134 : « A droit constant, il est en effet possible de procéder au regroupement de plusieurs concessions par le biais du rachat anticipé, par l'Etat, des contrats de concessions non échus, afin d'aligner leur date de fin sur l'échéance la plus rapprochée. Cette faculté, prévue par les cahiers des charges, est à la disposition de l'autorité concédante. Elle impose néanmoins des négociations complexes avec le concessionnaire sortant sur le montant de l'indemnisation qui lui est due pour le manque à gagner subi (résiliation anticipée du contrat), à l'issue incertaine compte tenu des asymétries d'information. […] ».

l'opérateur, soit la « méthode des barycentres » »[984]. L'Etat français a donc envisagé la création de nouveaux dispositifs propres aux concessions hydroélectriques, qui pourraient s'appliquer aux contrats en cours, l'objectif étant de pouvoir modifier leurs durées, en conformité avec le droit en vigueur, selon des méthodes différentes en fonction de leurs caractéristiques propres (1). L'Etat a créé ce dispositif afin de contourner les difficultés que présentait le mécanisme de rachat. Toutefois, on peut s'interroger sur la compatibilité de la modification des contrats de concession hydroélectrique en cours avec le droit de l'Union européenne (2).

1. La neutralité économique de la modification de la durée des concessions en cours

Dans le cadre de la loi sur la transition énergétique, l'Etat français a instauré des dispositifs de prolongation spécifiques aux concessions hydroélectriques. Ces dispositifs doivent permettre de prolonger les contrats en cours afin d'assurer le regroupement des ouvrages hydrauliquement liés. Deux situations distinctes ont été envisagées.

La première situation correspond au cas où les différents ouvrages à regrouper sont concédés au même opérateur[985]. Dans ce cas, la compensation économique du regroupement est neutre pour l'Etat et les futurs candidats à la reprise des concessions. En effet, certains contrats vont être prolongés, alors que d'autres vont être raccourcis, ce qui permettra de neutraliser les pertes et les gains de l'opérateur. L'objectif de ce système, aussi appelé méthode du barycentre, est de limiter les restrictions à l'accès, en raison d'une augmentation des droits d'entrée du fait des coûts de rachat.

Le second dispositif poursuit le même objectif de regroupement des ouvrages isolés concédés à des opérateurs différents[986]. Dans cette hypothèse, le mécanisme de compensation, tel qu'envisagé à l'article L. 521-16-2 du code de l'énergie, doit alors assurer l'équilibre des pertes et des gains entre différents exploitants. Le mécanisme varie en présence de plusieurs concessionnaires sur des aménagements hydrauliquement liés. Le concessionnaire qui verra sa

---

[984] Etude d'impact, préc., p. 135.

[985] Article L. 521-16-1 du Code de l'énergie.

[986] L'article L. 521-16-2 du code de l'énergie prévoit, à son deuxième alinéa, un dispositif spécifique pour fixer la date d'échéance d'une concession à plusieurs ouvrages. Cette date sera utilisée pour le calcul de la date d'échéance commune aux différents contrats devant être regroupés.

durée de concession augmentée et qui obtiendra donc un avantage devra compenser les pertes subies par celui dont la concession a été raccourcie par le versement d'une indemnité. Cette somme ne pèsera pas sur le futur concessionnaire, puisqu'elle sera déjà compensée par les gains du concessionnaire générés par l'allongement de sa durée d'exploitation.

Les mécanismes visant à regrouper les contrats existant par la modification de leur durée pourraient interroger sur leur compatibilité vis-à-vis du droit de l'Union européenne. Toutefois, dans une décision récente, la Commission européenne a reconnu la neutralité économique de la prolongation de plusieurs concessions hydroélectriques accordée par le Portugal à l'opérateur Energias de Portugal SA (EDP)[987]. La prolongation a été reconnue compatible avec le droit de l'Union européenne, au regard du droit des aides d'Etat, dans la mesure où les modalités de la celle-ci permettaient d'assurer la neutralité économique de la concession. La prolongation était fondée sur le fait qu'avec la libéralisation du marché de l'énergie, mise en place en application du droit de l'Union européenne, Rede Elétrica National (REN), l'opérateur public du réseau électrique, a dû procéder à la résiliation des accords d'achat d'électricité (AAE). Ces accords, qui le liaient avec les producteurs d'électricité, l'obligeaient à acheter l'intégralité de leur production. Or, les producteurs bénéficiaient dans ces contrats d'un droit à indemnisation en cas de résiliation. Dans le cas d'EDP, celui-ci pouvait donc réclamer le remboursement de la valeur résiduelle des centrales hydrauliques qu'il gérait. Par conséquent, un accord a été trouvé avec l'Etat Portugais, qui permettait à EDP de voir ses contrats prolongés au vu de la perte de l'avantage permis par les accords d'achat. Toutefois, afin d'assurer la neutralité économique de la prolongation, EDP a versé une soulte de 704 millions d'euros à l'Etat.

La loi sur la transition énergétique a également permis d'instaurer un dispositif de prolongation des contrats en cours, sans se fonder sur l'objectif de regroupement des concessions existantes[988]. Celui-ci permet de justifier la modification de la durée d'un contrat par l'exécution de travaux. Il semble que cet outil n'ait pas pour objectif d'assurer la création d'un périmètre pertinent, et ne soit donc pas justifié au regard du droit de l'Union européenne, en tout cas sur le fondement de l'ouverture à la concurrence du marché français de l'électricité.

---

[987] Commission Européenne, Décision 2017/1592 du 1er mai /2017 concernant la mesure SA.35429-2017/C mise en œuvre par le Portugal relative à la prolongation de l'utilisation des ressources hydrauliques publiques pour la production hydroélectrique (*JOUE* du 21 septembre 2017, p. 5)

[988] Article L. 521-1-3 du Code de l'énergie.

En effet, la possibilité de modifier un contrat de concession pour effectuer des travaux qui seraient devenus nécessaires est déjà prévue par le droit commun et par la directive 2014/23/UE[989]. Nous pouvons donc nous interroger sur l'intérêt de ce mécanisme. Cependant, il est probable que la justification de ce dispositif soit simplement liée à la réticence de l'Etat à mettre en concurrence les concessions hydroélectriques qui arrivent à échéance[990]. De plus, le dispositif semble incompatible avec l'esprit de la directive 2014/23/UE, puisque celui-ci conduit à qualifier de nécessaire l'ensemble des travaux visant à participer aux objectifs fixés par les articles L. 100-1, L. 100-2 et L. 100-4 du code de l'énergie, à savoir, en particulier, le développement de la production d'électricité renouvelable. Selon l'interprétation retenue de ces dispositions, une grande partie des travaux à visée énergétique proposée par le concessionnaire pourrait alors être qualifiée de nécessaire au titre du droit interne. Or, le critère de la nécessité des travaux, qui est inscrit dans la directive ou dans le décret concession[991], ne semble pas pouvoir être interprété de manière souple. Le dispositif mis en place dans le code de l'énergie semble donc déroger à la règle prévue par la directive, ce qui est impossible, au vu de

---

[989] Article 43, 1, b de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 (préc.) sur l'attribution des contrats de concession, qui prévoit la possibilité de modifier les contrats de concession sans nouvelle procédure de mise en concurrence « pour les travaux ou services supplémentaires réalisés par le concessionnaire initial qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans la concession initiale, lorsqu'un changement de concessionnaire :

i) est impossible pour des raisons économiques ou techniques telles que les exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale ; et

ii) présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une multiplication substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.

Toutefois, en ce qui concerne les concessions attribuées par le pouvoir adjudicateur afin de mener une activité autre que celles visées à l'annexe II, toute augmentation de leur montant ne peut être supérieure à 50 % du montant de la concession initiale. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification. Ces modifications consécutives ne visent pas à contourner la présente directive » (souligné par nos soins).

L'article 36 du décret n°2016-86 relatif aux contrats de concession (préc.) pose les mêmes critères. Dans le cadre de notre développement, nous nous arrêtons au premier critère, celui de la nécessité des travaux, qui nous semble pouvoir être remis en cause.

Pour un exemple de l'interprétation du critère de la nécessité des travaux, voir CE, 23 décembre 2016, *M. E. et a. c/ Sté des autoroutes Rhône-Alpes*, n°397096, inédit au *Rec*. Le Conseil d'Etat avait était saisi d'une demande d'annulation des décrets approuvant plusieurs avenants à des contrats de concession autoroutiers fondés sur l'article 13-1 du décret n°2010-406 du 26 avril 2010 (*JORF* n°0099 du 28 avril 2010, p. 7686), tel que modifié par le décret n°2014-1341 du 6 novembre 2014 (*JORF* n°0259 du 8 novembre 2014, p. 18908), qui prévoit la possibilité de modifier les contrats de concession sans mise en concurrence pour travaux, sous réserve qu'ils soient nécessaires. Cette disposition, pourtant antérieure à la directive concession, était conforme aux dispositions de son article 43, 1, b. Le juge considère que les travaux « ont pour objet soit de répondre aux risques liés à l'accroissement du trafic, soit d'améliorer la sécurité routière, qu'ils répondent ainsi à des besoins d'intérêt général et qu'ils sont devenus nécessaires pour assurer l'exploitation des concessions ». Le juge justifie la nécessité des travaux par la réponse à un besoin d'intérêt général.

[990] Les deux autres dispositifs permettant de regrouper les contrats de concession sont aussi un moyen d'atteindre le même objectif.

[991] Article 43,1, b) de la directive 2014/23/UE et article 36, 2° du décret n°2016-86, préc.

l'obligation de transposition fidèle des directives pesant sur l'Etat français[992]. En effet, la directive définit le critère de la nécessité comme justifiant la possibilité de modifier un contrat en cours, si une telle modification est liée à des motifs de sécurité ou aux spécificités de certaines activités génératrices de risques[993]. Or, les modalités de mise en œuvre du critère de nécessité, telles qu'inscrites à l'article L. 521-16-3 du code de l'énergie, ne semblent pas pouvoir être rattachées au régime d'activités qui, par leurs spécificités, génèrent des risques. En effet, le critère de nécessité prévu dans le dispositif de prolongation pour les travaux à effectuer dans le cadre des concessions hydroélectriques fondés sur le code de l'énergie se rattache, non pas à des besoins de sécurité, mais à des besoins de développement en énergies renouvelables. A ce titre, il nous semble qu'il existe un réel risque juridique d'incompatibilité au regard de la directive 2014/23/UE relative aux contrats de concession.

2. La compatibilité des dispositifs de prolongation des concessions hydroélectriques à la directive concession

Les contrats de concession sont des contrats de longue durée et présentant une certaine complexité. A ce titre, il est nécessaire qu'ils puissent évoluer dans le temps[994]. Ainsi, comme l'exprime clairement Didier DEL PRETE, « si le contrat est un instrument de prévisibilité au

---

[992] L'obligation de transposition est d'abord une exigence conventionnelle prévue à l'article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Mais c'est aussi une exigence constitutionnelle, selon l'interprétation qui a été faite de l'article 88-1 de la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2004-496 DC du 10 juin 2004 relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique (*JORF*, 22 juin 2004, p. 11182). Le Conseil Constitutionnel a posé le principe que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne ». Sur cette décision, voir notamment : SALES (E), « La transposition des directives communautaires, une exigence de valeur constitutionnelle sous réserve de constitutionnalité », *RTD Eur*., 2005, n°3, pp. 597- 621 ; GENEVOIS (B), « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé », *RFDA*, 2004, n°4, pp. 651-661.

Un Etat membre peut faire le choix de poser des règles plus contraignantes que ce qui est prévu dans le cadre du droit de l'Union européenne, mais pas plus souples. Cela est d'ailleurs rappelé par l'Etat français dans la fiche d'impact du décret concession concernant les hypothèses de modification des contrats de concession : « les nouvelles dispositions européennes étant claires, précises et inconditionnelles, le Gouvernement ne dispose d'aucune marge de manœuvre pour leur transposition et doit s'y conformer strictement » (p. 59).

[993] Directive 2014/23/UE, préc., considérant 75 : « […] Il devrait être possible d'apporter à la concession des modifications allant au-delà de ces seuils sans devoir recourir à une nouvelle procédure d'attribution, pour autant que lesdites modifications respectent certaines conditions. Ce pourrait être le cas, par exemple, des modifications devenues nécessaires pour tenir compte de demandes des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices en ce qui concerne la sécurité, eu égard aux spécificités d'activités telles que l'exploitation d'infrastructures touristiques et sportives en montagne lorsque la législation est susceptible d'évoluer pour prendre en considération les risques afférents, dans la mesure où de telles modifications respectent les conditions pertinentes fixées dans la présente directive ».

[994] Concernant les possibilités de modification des contrats, voir les considérants 75 à 79 de la directive 2014/23/UE relative aux contrats de concession.

service de la sécurité des relations juridiques, il ne peut pour autant, sur une longue période, prévoir l'ensemble des aléas susceptibles d'altérer le lien contractuel originaire »[995]. Toutefois, leur mutation doit être encadrée pour s'assurer que, dans l'hypothèse d'une modification substantielle, une nouvelle procédure soit engagée pour réattribuer un nouveau contrat. Comme le souligne le Professeur François LLORENS, l'enjeu des avenants est de trouver « un juste équilibre entre le nécessaire respect des règles de mise en concurrence qui régissent la passation du contrat initial et l'exigence d'adaptabilité inhérente aux délégations de service public, compte tenu de leur complexité, de leur durée et de l'importance des investissements qui peut nécessiter leur adaptation aux besoins du service »[996]. La directive 2014/23/UE encadre donc les possibilités de modification des concessions dans son article 43.

Il existe différentes possibilités de modification des contrats de concession[997]. Les dispositifs de prolongation de la durée prévus par la loi relative à la transition énergétique et à la croissance verte peuvent être compatibles avec le droit de l'Union européenne, en fonction des fondements choisis. Il nous semble que les dispositifs de prolongation ayant pour objectif le regroupement des concessions (articles L. 521-16-1 et L. 521-16-2 du code de l'énergie) sont compatibles avec l'article 43, 1, c de la directive[998]. Celui-ci prévoit en effet la possibilité de modifier un contrat de concession sans nouvelle procédure d'attribution, si la modification respecte trois conditions cumulatives.

Tout d'abord, il est nécessaire que la modification soit « rendue nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ou une entité adjudicatrice diligente ne pouvait pas prévoir ». Dans le contexte du marché de l'électricité français, il serait possible de s'appuyer sur l'évolution de ce secteur[999].

---

[995] DEL PRETE (D), *L'avenant dans les contrats administratifs*, Thèse, Aix-en Provence, 2002, dactyl., p. 5.

[996] LLORENS (F), « Les avenants aux délégations de service public entre droit national et droit communautaire », in *Bien public, bien commun, Mélanges en l'honneur d'Etienne FATOME*, Dalloz, 2011, pp. 269-285 (p. 269).

[997] V. DEL PRETE (D), these, préc., pp. 289-371.

[998] Toutefois, cette position ne préjuge en rien de la mise en œuvre pratique de ces dispositifs, notamment dans l'hypothèse où les contrats de concession à regrouper auraient déjà fait l'objet d'un renouvellement incompatible avec le droit de l'Union européenne.

[999] Ce fondement a été utilisé pour justifier la demande de prolongation de la concession du Rhône : v. Dossier de prolongation de la concession du Rhône soumis à une concertation sous l'égide d'un garant, disponible sur le site www.prolongation-rhone.fr.

En effet, les premiers contrats de concession ont été attribués sans que l'éclatement d'un second conflit mondial ait pu être prévu par le concédant. Les transformations qui suivront la fin de la guerre, avec une politique de nationalisation de nombreux secteurs, ne pouvaient donc pas être envisagées. La nationalisation a conduit à la création d'un opérateur unique qui s'est substitué aux concessionnaires préexistants et qui s'est vu attribuer la quasi-totalité des contrats de concession postérieurs. Les ouvrages ont donc été concédés de manière isolée, mais sans que cela ne pose de difficultés de coordination entre l'exploitation des différents ouvrages, puisqu'il n'existait qu'un seul opérateur. En 2004, suite à l'ouverture du marché de l'électricité prévu par les directives de l'Union européenne, la France a abrogé l'article 6 de la loi de nationalisation, et donc toute référence à un opérateur unique[1000]. De plus, à cette même date, EDF a changé de statut pour devenir une société anonyme[1001]. Cette étape marque la fin du quasi-monopole octroyé à EDF.

Dorénavant, il est donc nécessaire que l'ensemble des opérateurs puissent accéder aux activités du marché de l'électricité. Il est donc indispensable que les concessions hydroélectriques fassent l'objet d'une procédure de mise en concurrence lors de leur attribution, au vu de l'objectif d'ouverture du marché. Par conséquent, l'ensemble des concessions qui vont être renouvelées seront, en l'absence de dispositifs spécifiques, octroyées au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Le renouvellement des contrats serait alors organisé sans cohérence au niveau national. La nationalisation, puis l'ouverture du marché, n'avaient pas pu être prévues par l'Etat français lors de l'octroi des concessions. A ce titre, l'Etat n'a pas pu anticiper la nécessité de regrouper des ouvrages hydroélectriques liés au sein d'un même contrat. Or, les ouvrages ont été attribués de manière isolée, mais ils l'ont aussi été à des dates différentes, ce qui ne permet pas d'assurer un regroupement des contrats à leur échéance par une simple remise en concurrence. Il est donc nécessaire d'anticiper la fin des contrats de concession pour pouvoir fixer une date d'échéance commune permettant de réattribuer un contrat global. Le dispositif de prolongation envisagé a pour unique objectif d'obtenir une date d'échéance commune des ouvrages hydrauliquement liés. Par conséquent, la

[1000] Article 6 de la loi du 8 avril 1946, préc. : « L'ensemble des biens, droits et obligations des entreprises qui ont pour activité principale la production, le transport ou la distribution de l'électricité ou du gaz sur le territoire de la Métropole est intégralement transféré aux services nationaux sous réserve des dispositions de l'article 15. [...] ».

[1001] Loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz aux entreprises électriques et gazières (*JORF* n°185 du 11 août 2004, p. 14256).

première condition de l'article 43,1, c, de la directive nous semble respectée, la nécessité de modifier la date n'étant pas prévisible au moment de l'attribution des contrats.

La seconde condition, prévue à l'article 43,1, c de la directive concession, conduit à s'assurer que la modification du contrat ne change pas « la nature globale de la concession ». Cette notion est nouvelle, mais semble toutefois, se rapprocher de la notion de modification substantielle du contrat, selon la thèse défendue par la professeure HOEPFFNER[1002]. Selon cette auteure, la nature d'un contrat peut recouvrir plusieurs acceptions : sa qualification (concession, marché public) ou ses caractéristiques (objet, durée ou montant). Le regroupement des ouvrages hydroélectriques conduirait donc, selon cette analyse, à changer la nature de la concession, dans la mesure où les avenants auront vocation à modifier la durée des contrats préexistants. Toutefois, on peut envisager l'hypothèse selon laquelle la modification de la durée du contrat ne change pas sa nature globale au vu de sa portée limitée. En effet, l'utilisation du terme « global » pourrait justifier que l'interprétation du critère nécessite de prendre en compte l'ensemble des éléments. Dans ce cas, la durée devrait tout d'abord rester en adéquation avec le montant des investissements, au vu des modalités de calcul prévues par le droit de l'Union européenne et transposées en droit interne[1003]. Ensuite, la modification ne devrait pas permettre au concessionnaire de percevoir un avantage trop important du fait de celle-ci, car cela conduirait alors à une modification substantielle du contrat, par ailleurs prohibée par le droit en vigueur[1004]. Dans les hypothèses de prolongation prévues par le code de l'énergie, l'allongement de la durée ne permet pas d'octroyer au concessionnaire en place un avantage. En effet, comme l'indiquent les dispositions du code de l'énergie, « les modalités de calcul utilisées pour fixer cette nouvelle date commune d'échéance garantissent au concessionnaire le

---

[1002] HOEPFFNER (H), « La modification des contrats », *RFDA*, 2016, n° 2, pp. 280-293. La notion d'économie du contrat a été définie par Léon BLUM dans ses conclusions sur l'arrêt CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française de tramways*, *Rec*., p. 218 : « il est de l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de réaliser, dans la mesure du possible, une égalité entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées [...]. Les avantages et les charges doivent se balancer de façon à former la contrepartie des bénéfices probables et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession est impliquée, comme un calcul, l'équivalence honnête des prestations entre ce qui est accordé et ce qui est exigé de lui [...]. C'est ce que l'on appelle l'équivalence financière et commerciale, l'équation financière du contrat de concession ».

[1003] Article 18 de la directive 2014/23/UE, préc. prévoyant que la durée doit être limitée et ne doit pas excéder « le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis […] ». Ces dispositions ont été transposées aux articles 34 de l'ordonnance n°2016-65 (préc.) et à l'article 6 du décret n°2016-86 (préc.), respectivement codifiés aux articles L. 3114-7, R. 3114-1 et R. 3114-2 du code de la commande publique.

[1004] Article 43, 4, b de la directive 2014/23/UE, préc. : « La modification d'une concession en cours est considérée comme substantielle lorsqu' […] elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans la concession initiale ». Ces dispositions ont été transposées à l'article 36, 5, b du décret n°2016-86 (préc.).

maintien de l'équilibre économique, apprécié sur l'ensemble des concessions regroupées »[1005]. Dans la mesure où l'équilibre économique est maintenu, et dès lors que l'on reste dans l'hypothèse d'une modification réduite de la durée au regard de la concession initiale, on pourrait donc supposer que le critère de l'absence de changement de la nature globale de la concession est respecté, d'autant plus que la durée serait toujours en corrélation avec la notion d'amortissement « économique », qui a été consacrée par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Maison Comba*[1006]. Toutefois, comme l'a souligné Maître Yves SIMONNET dans son article relatif aux modalités de détermination de la valeur et de la durée des concessions, il est nécessaire d'être prudent dans l'application de ce critère[1007]. En effet, les modalités de calcul de la durée des concessions ont été précisées dans le cadre du droit antérieur[1008]. Toutefois, elles ne sont pas exactement identiques à celle transposées en droit interne en 2016 : on voit notamment apparaître de manière explicite des nouvelles catégories d'investissements à prendre en compte, tels que les droits d'auteur ou le recrutement de personnel[1009]. Il faut donc attendre que le Conseil d'Etat se prononce sur ce sujet.

[1005] Article L. 521-16-1, alinéa 3 et article L. 521-16-2, alinéa 3 du Code de l'énergie.

[1006] CE, 11 août 2009, *Maison Comba*, n°303517, *Rec*., p. 833 : « […] qu'il résulte de ces dispositions [article L. 1411-2 du CGCT] que la durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une collectivité délégante, peut être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements; qu'en jugeant que la durée normale des investissements ne saurait se réduire par principe à la durée comptable mais résultait d'un équilibre global entre les différents éléments précités, la cour administrative d'appel de Marseille, qui n'avait pas à vérifier que la convention de délégation contenait elle-même les justificatifs de sa durée, n'a donc pas commis d'erreur de droit » (souligné par nos soins). Voir, sur ce point, SUPRA de BIEUSSES (P), « Durée normale d'amortissement dans une délégation de service public », *AJDA*, 2010, n°17, pp. 954-956. Cette décision de recourir à la notion d'amortissement économique et de ne pas se limiter à l'amortissement comptable a été depuis confirmée : CE, 8 février 2010, *Commune de Chartres*, n°323158, *Rec*., p. 846.

[1007] SIMONNET (Y), « Détermination de la valeur et de la durée des concessions », *ACCP*, n°164, avril 2016, pp. 33-36.

[1008] Article 40 de la loi n°93-122 préc. : « Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, 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 ».

[1009] Article L. 3114-7 du Code de la commande publique : « La durée du contrat de concession est limitée. Elle est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire.» ; article R. 3114-1 du code de la commande publique : « Pour la détermination de la durée du contrat de concession, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, lorsqu'ils sont nécessaires à l'exploitation des travaux ou des services concédés.

Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel » ; article R. 3114-2 du code de la commande publique : « Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat ».

Enfin, il est prévu que chaque modification ne soit pas supérieure à 50% du montant de la concession initiale[1010]. Cette dernière condition ne semble cependant pas poser de difficultés particulières. Elle devra être étudiée pour chaque cas d'espèce, en fonction de la valeur de la concession et du montant de la modification. Ce montant dépendra principalement de la durée de la prolongation qui pourrait être accordée en application de la méthode des barycentres. A première vue, et en théorie, il semble donc que les articles L. 521-16-1 et L. 521-16-2 du code de l'énergie prévoient des dispositifs de prolongation qui pourraient être compatibles avec le droit de l'Union, sous réserve toutefois de vérifier le contenu des avenants au cas par cas au regard des dispositions de la directive. Comme le souligne Gweltaz GUIAVARC'H, « Tant qu'il [l'avenant] reste un instrument d'adaptation du contrat et non une échappatoire aux règles de mise en concurrence, la finalité de l'évolution l'emportant sur celle du contournement, il sera reconnu légal », l'avenant restant alors « l'expression renouvelée de la liberté des parties dans l'échange de leurs obligations contractuelles »[1011].

Les dispositifs permettant le regroupement des concessions hydroélectriques, prévus par le droit interne, peuvent toutefois poser des problèmes de compatibilité avec le droit de l'Union européenne. Il est selon nous nécessaire de mettre en balance les avantages et les inconvénients des regroupements pour chaque cas d'espèce. Dans certaines situations, il nous semble en effet que la création d'un périmètre géographique pertinent sera l'occasion d'un renouveau du service concédé, qui doit passer par un renouvellement indispensable du périmètre géographique des concessions existantes. L'avenant poursuit donc un objectif d'intérêt général. Comme l'explique Didier DEL PRETE, c'est aussi l'objectif de l'avenant puisque le contrat n'est pas un acte figé, mais bien un acte pouvant et devant évoluer, « un acte vivant capable de s'adapter en permanence aux variations de l'intérêt général et de constituer ainsi un instrument particulièrement efficace de l'action publique »[1012]. Ainsi, il faudra, dans certains cas, envisager que la modification du contrat de concession hydroélectrique, afin de regrouper différents ouvrages, qui n'est pas forcément conforme avec l'esprit de la directive, soit nécessaire pour

---

[1010] Le droit interne (article 37 du décret n°2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, *JORF* du 2 février 2016, texte n°20) est plus restrictif que le droit de l'Union européenne (article 43, 1, b de la directive 2014/23/UE, préc.) sur le sujet. En effet, la directive prévoit l'application de cette restriction uniquement aux pouvoirs adjudicateurs, alors que le droit interne l'a étendue aux entités adjudicatrices.

[1011] GUIAVARC'H (G), « Les avenants aux conventions de gestion déléguée : quelles marges de négociation ? », *Revue des concessions et des délégations de service public*, juin 1999, n°5, pp. 35-60 (p. 60).

[1012] DEL PRETE (D), *L'avenant dans les contrats administratifs*, Thèse, Aix-en Provence, 2002, dactyl., p. 6.

atteindre un autre objectif de l'Union européenne : la création de l'Union de l'énergie. C'est donc tout l'enjeu des avenants aux contrats de concession en cours, qui devront être justifiés par les critères de définition du périmètre pertinent des futures concessions hydroélectriques.

Toutefois, on ne peut pas négliger l'inconvénient majeur de la mise en œuvre des dispositifs de prolongation, qui conduira à repousser la modification des contrats. En effet, le droit applicable ne permet qu'une révision limitée des clauses du contrat dans le cadre des prolongations. Par conséquent, la décision de reporter la mise en concurrence d'une chaîne d'aménagement doit être prise au cas par cas, en fonction des bienfaits que le regroupement pourrait générer. Il faudrait avoir à l'esprit la nécessité de justifier un « mal » à court ou moyen terme, l'absence de possibilité de révision du contrat en cours, par un « bien » à plus long terme, une gestion optimisée du parc de production hydroélectrique.

Section 2 Les contraintes inhérentes à la définition d'un nouveau périmètre géographique

La définition du périmètre des futures concessions pose deux difficultés.

Elle nécessite tout d'abord de faire perdurer les contrats actuellement en cours, et par conséquent de reporter la mise en œuvre des nouvelles dispositions que nous avons pu étudier. En effet, en application du droit des concessions, les possibilités de modification sont limitées (§ 1). Si elles devaient être substantielles, on serait dans une situation de novation du contrat. Le concédant serait donc dans l'obligation de conclure un nouveau contrat et par conséquent d'organiser une mise en concurrence. La volonté de regroupement des différents aménagements nécessite au préalable de conclure un avenant, qui modifiera le contrat dans les limites de ce qui est prévu par le code de l'énergie. L'avenant doit permettre de modifier les durées d'exploitation des ouvrages concernés pour fixer une date d'échéance commune, tout en préservant l'équilibre économique du contrat pour le concessionnaire[1013]. L'application des dispositions du code de l'énergie conduira donc à une prolongation des concessions, c'est-à-dire au report des procédures de renouvellement pour une partie des ouvrages, et au maintien de la situation actuelle, qui fait l'objet de plusieurs critiques (§ 2).

[1013] Voir *supra*, Section 1, § 2, B

§ 1 L'avenant : les limites à la modification des contrats

La nécessité de modifier le contrat de concession est intrinsèquement liée à l'évolution des besoins. La première nécessité identifiée est de modifier, par un allongement ou une réduction, la durée des contrats de concession, afin d'assurer le regroupement des ouvrages hydrauliquement liés[1014]. En revanche, la possibilité de faire évoluer les autres conditions du contrat, dans le respect des principes de la commande publique, tant du point de vue du juge national que du juge de l'Union européenne, est relativement limitée. Les textes encadrant les contrats de concession ont conduit à fixer les modalités de modification des contrats de concession hydroélectrique (A). Les restrictions imposées vont par ailleurs nécessairement conduire à limiter la portée des avenants et donc la possibilité de renouveau à court terme des contrats en cours (B).

A *Un encadrement rigide de la modification des contrats*

La modification de la durée des concessions hydroélectriques, afin d'assurer le regroupement des ouvrages hydrauliquement liés, sera fondée sur les dispositions du code de l'énergie, que l'on peut considérer comme compatibles avec les dispositions de l'article 43,1, c de la directive 2014/23/UE[1015]. Toutefois, cette analyse est insuffisante, dans la mesure où il faut aussi envisager les possibilités de modification d'autres éléments du contrat dans le cadre de la négociation d'un avenant. Au vu des textes applicables, il nous semble que les possibilités de modification seront limitées. En l'absence de textes relatifs à l'exécution des contrats de concession avant la directive de 2014, à l'exception de quelques dispositions spécifiques aux concessions de travaux publics[1016], la jurisprudence avait fixé un certain nombre de règles. Ainsi, le Conseil d'Etat a, dans un avis du 19 avril 2005, fixé les trois conditions cumulatives de légalité des avenants[1017]. Ces derniers ne doivent pas conduire à modifier l'objet de la

---

[1014] Voir *supra*, Section 1, § 2, B.

[1015] Voir *supra*, Section 1, § 2, B, 2

[1016] 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, titre III relatif aux concessions de travaux publics (*JOUE* du 30 avril 2004, L134/114) ; Ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics (*JORF* n°0162 du 16 juillet 2009, p. 11853, texte n° 9) ; Décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique (*JORF* 0099 du 28 avril 2010, p. 7686, texte n° 10).

[1017] CE, Avis, 19 avril 2005, n° 371.234. V. notamment SYMCHOWICZ (N) et PROOT (P), « L'avis du 19 avril 2005 : d'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de délégation de service public », *AJDA*, 10/07/2006, pp.

concession, ne pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels du contrat de concession et ne pas avoir pour objet la réalisation d'investissements qui étaient initialement à la charge du délégataire. La principale difficulté propre à l'application de cet avis résidait dans la définition des éléments essentiels du contrat de concession. Le Conseil d'Etat avait alors identifié deux éléments, que constituaient la durée et le volume des investissements mis à la charge du délégataire[1018]. La même solution jurisprudentielle a ensuite été reprise par le Juge de l'Union européenne, qui s'appuyait sur les grands principes du Traité[1019]. Il a ainsi posé le principe de l'interdiction d'une modification substantielle du contrat, fondée sur l'application des principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence. Dans le cas contraire, la modification aurait un effet novatoire[1020]. Comme le souligne la Cour de Justice, « en vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications substantielles, apportées aux dispositions essentielles d'un contrat de concession de services, pourraient appeler, dans certaines hypothèses, l'attribution d'un nouveau contrat de concession lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du contrat de concession initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce contrat »[1021]. Une telle solution n'est d'ailleurs pas étrangère au droit français, qui interdit légalement toute modification substantielle d'un contrat. Le juge administratif a ainsi conclu que le bouleversement de l'économie d'une délégation de service public conduisait à la création d'un nouveau contrat[1022].

Lors de l'adoption des nouvelles directives relatives à la commande publique, il a finalement été décidé d'encadrer l'exécution des conventions de concession[1023]. Cette volonté

1371-1376 ; TERREAUX (M) et LAYRISSE (A), « La notion de modification substantielle post-réforme de la commande publique », *Contrats publics*, n°183, 01/2018, pp. 36-40.

[1018] Dans la pratique, un certain nombre d'autres éléments ont été qualifiés comme tels et notamment le risque d'exploitation du délégataire (v. CAA Paris, 17 avril 2007, *Société Kéolis*, n°06PA02278).

[1019] Voir HOEPFFNER (H), « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA*, 1er janvier 2011, pp. 98-115.

[1020] Voir CJCE, Aff. C-454/06, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur* ; CJCE, Aff. C-91/08, 13 avril 2010, *Wall AG*. Pour une analyse de ces décisions, voir, par exemple, HOEPFFNER (H), « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA*, 2011, n° 1, pp. 98-115.

[1021] CJCE, Aff. C-91/08, préc., point 37.

[1022] CAA Versailles, 3 mars 2005, *Communauté d'agglomération de Cergy-pontoise*, n°s 03VE04736 et 04VE00493. Voir MENEMENIS (A), « Modification et prolongation des délégations de service public », *Dr. Adm.*, 1er juillet 2015, n°7, pp. 25-27.

[1023] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (*JOUE* du 28 mars 2014, L94/1). Les règles ont été transposées en droit interne par l'ordonnance n°2016-65 (préc.) et le décret

n'était pourtant pas partagée par l'ensemble des Etats. La France, notamment, ne souhaitait pas aller plus loin que la solution découlant de la jurisprudence, qui permettait de maintenir une marge d'interprétation relative à une telle notion de bouleversement de l'économie du contrat. En revanche, d'autres Etats souhaitaient que la notion soit clarifiée. Finalement, le texte définitif est venu préciser les possibilités de modification des contrats de concession, en s'inspirant du même objectif que celui reconnu par la jurisprudence. Comme le souligne la Professeure Rozen NOGUELLOU, « les nouvelles directives cherchent donc à satisfaire un équilibre entre la protection de la transparence et de l'égalité de traitement et des nécessités liées à la bonne exécution de la prestation objet du contrat et aux contraintes de la vie des affaires »[1024]. Si le contrat est modifié de manière substantielle, on considère alors qu'il s'agit d'un nouveau contrat, ce qui conduit à le réattribuer à un opérateur à la suite d'une procédure de mise en concurrence[1025]. Les dispositions relatives à la modification substantielle sont sensiblement identiques dans la directive et dans le décret qui l'a transposée[1026]. Une clause chapeau autorise les modifications du contrat, quel que soit son montant, sous réserve qu'elles ne soient pas substantielles. Il existe une différence de rédaction entre la directive, qui prévoit que la modification est substantielle « lorsqu'elle rend les caractéristiques de la concession substantiellement différentes de celles prévues initialement », et le décret, qui indique que la modification substantielle se manifeste lorsqu'elle change « la nature globale du contrat »[1027]. Cette nuance conduit, selon Maîtres TERRAUX et LAYRISSE, à « une incertitude sur le champ d'application » de la notion de modification substantielle[1028]. Selon elles, l'absence de changement de la nature globale du contrat est donc une condition préalable au rattachement à

n°2016-86 (préc.) et, depuis le 1er avril 2019, elles ont été codifiées par l'ordonnance n°2018-1074 (préc.) et par le décret n°2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique (*JORF* n°0281 du 5 décembre 2018, texte n°21).

[1024] NOGUELLOU (R), « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA*, 2014, n°15, pp. 853-859 (p. 853).

[1025] HOEPFFNER (H), « La modification des contrats », *RFDA*, 2016, n°2, pp. 280-293 : « L'interdiction de changer la nature globale du contrat serait synonyme de l'interdiction de modifier substantiellement un élément essentiel du contrat. A défaut, la modification n'en est plus une : elle a un effet novatoire et provoque la conclusion d'un nouveau contrat » (p. 283).

[1026] Sur la modification des contrats de concession suite à l'adoption de la directive 2014/23/UE, voir notamment : NOGUELLOU (R), *op. cit.*. ; HOEPFFNER (H), « La modification des contrats », *op. cit.*. ; HOEPFFNER (H), « L'exécution des marchés publics et des concessions saisies par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *CMP*, n°6, juin 2014, dossier 16, pp. 67-70. Concernant la transposition des dispositions par l'ordonnance n°2016-65 et le décret n°2016-86 (préc.) relatifs aux contrats de concession, voir par exemple : HOEPFFNER (H), « La modification des contrats », *RFDA*, 2016, n°2, pp. 280-293 ; PACHEN-LEFEVRE (M-H) et GARDELLIN (M), « Les clauses de modification du contrat : recours et limites », *Contrats publics*, n°183, 01/2018, pp. 22-26.

[1027] Art. 43 directive 2014/23/UE (préc.) ; Art. L. 3135-1, dernier al. du CCP.

[1028] TERREAUX (M) et LAYRISSE (A), « La notion de modification substantielle post-réforme de la commande publique », *Contrats publics*, n°183, 01/2018, pp. 36-40 (p. 37).

l'un des cas, ensuite expressément listés à l'article L. 3135-1 du CCP[1029]. Toutefois, on pourrait tout à fait envisager l'hypothèse d'une modification substantielle qui ne répond pas à ces critères. Le juge national a d'ailleurs commencé à préciser cette notion. La décision du Conseil d'Etat prend en compte deux éléments. Il faut toutefois noter qu'elle ne se fonde pas sur le droit commun actuel, l'avenant ayant été signé antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance et du décret relatifs aux concessions[1030]. Ainsi, il a considéré que le caractère substantiel devait être apprécié au regard de l'impact sur l'économie globale du contrat. Dans le cas d'espèce, le juge d'appel avait ainsi étudié les conséquences de la modification sur les recettes d'exploitation prévisionnelles du concessionnaire. Le juge a analysé dans un second temps les circonstances de la modification. La modification du contrat conduisait à faire augmenter le tarif à la charge des usagers, afin de compenser les nouveaux investissements mis à la charge du concessionnaire. Le juge a toutefois considéré que l'avenant était illégal, dans la mesure où l'augmentation ne permettait pas une compensation juste, mais permettait au concessionnaire d'augmenter ses recettes d'exploitation.

Le code de la commande publique, comme la directive, prévoient ensuite quatre cas où la modification doit, de plein droit, être considérée comme substantielle

Le premier cas correspond à la situation dans laquelle la modification du contrat crée de nouvelles conditions qui auraient conduit à la présentation d'autres candidatures lors de la mise en concurrence initiale des concessions[1031]. L'application de ce critère est toutefois relativement complexe au vu de la longue durée de ces contrats. En effet, dans la mesure où la directive, comme les dispositions transposées en droit interne, s'appliquent aux contrats en cours[1032], il est nécessaire d'identifier artificiellement les conditions initiales de la mise en concurrence, afin de s'assurer qu'elles n'ont pas été modifiées de manière substantielle. Si l'on prend le cas des concessions hydroélectriques, ce critère semble absurde et d'application impossible. En

---

[1029] Les conditions de modifications sont ensuite précisées aux articles R. 3135-1 s. du CCP.

[1030] CE, 30 mars 2018, *Syndicat mixte de la baie du Mont-Saint-Michel*, n°409972, publié au *Rec*..

[1031] Voir, sur ce point, HOEPFFNER (H), « La modification des contrats », *RFDA*, 2016, n° 2, pp. 280 - 293 ; PERRITAZ (M) et RICCI (N), « Modification et résiliation des concessions prévues par la directive », *Contrats publics*, n°141, mars 2014, pp. 70-73 ; SESTIER (J-F), « La modification des contrats de concession », *ACCP*, n°164, avril 2016, pp. 55-60.

[1032] Concernant l'application des nouveaux textes relatifs aux concessions voir, pour un exemple d'inapplicabilité des nouvelles dispositions, HOEPFFNER (H), « L'encadrement de la modification d'une concession par les principes généraux de la commande publique », *AJDA*, 4 juin 2018, pp. 1104-1109. Pour un exemple d'applicabilité, v. HUL (S), « Doute crée par le moyen tiré d'un détournement de pouvoir : confirmation de la suspension d'un avenant à une convention de concession », *AJCT*, 21 mars 2018, pp. 168-169.

effet, la plupart des contrats, dans la mesure où ils ont été octroyés à EDF, ont été exclus de toute mise en concurrence. En pratique, le juge administratif a déjà mis en application cette règle et a considéré que la modification, constituée par une résiliation partielle du contrat de concession qui avait été confié par la Ville d'Aix-en-Provence à la SEMEPA, « avait introduit, en outre, des conditions qui si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu attirer davantage de candidats ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue »[1033]. Il a conclu que l'avenant était illégal en se fondant au surplus sur le fait que le contrat de concession constituait « un ensemble unique du fait notamment de son équilibre financier » et que la modification devait alors « être considérée comme changeant la nature globale du contrat ». L'analyse de cette décision révèle ainsi que le juge a fondé l'illégalité de l'avenant sur un double critère : le changement de la nature globale du contrat, ainsi que la modification des conditions initiales de la procédure, qui aurait pu conduire à une modification des opérateurs économiques présents lors de la procédure de passation du contrat.

La deuxième hypothèse de modification substantielle est celle qui conduirait à modifier l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire. Une telle hypothèse semble justifiée par le fait que la concession consiste à transférer un risque au cocontractant, qui est d'ailleurs un élément essentiel du contrat[1034]. Par conséquent, modifier la part de risque portée par les concessionnaires conduirait à bouleverser l'économie du contrat[1035]. En effet, si les conditions changeaient en faveur du concessionnaire, notamment le tarif qu'il pourrait percevoir de l'usager, nous ne serions plus dans les conditions initiales du contrat de

---

[1033] CE, 15 novembre 2017, *Commune d'Aix-en-Provence*, n°409728. V. HUL (S), « Doute créé par le moyen tiré d'un détournement de pouvoir : confirmation de la suspension d'un avenant à une convention de concession », *AJCT*, 21 mars 2018, pp. 168-169.

[1034] Voir par exemple, sur la notion de risque comme critère essentiel de la concession, HOEPFFNER (H), « La nouvelle directive concessions – Sécuriser le cadre juridique des concessions et préserver la liberté des concédants : une conciliation impossible ? », *Revue europe,*, n°6, 06/2014, étude 5, pp. 9-16 ; TROGER (F), « La notion de risque au centre de la définition de la concession de services », *Complément commande publique*, Le Moniteur, novembre 2017.

[1035] Voir, sur ce point, CAA Paris, 17 avril 2007, *Société Kéolis*, n°06PA02278, *AJDA*, n°28, 30 juillet 2007, p. 1524 : « Considérant que les modifications apportées à la convention initiale, […] ont pour conséquence d'augmenter notamment le taux moyen de subventionnement des courses ; qu'elles affectent la répartition initiale des charges entre le délégant et le délégataire et réduisent ainsi de manière importante le risque d'exploitation encouru par la société Keolis […] que, dans les circonstances de l'espèce, eu égard notamment à la brève durée qui s'est écoulée entre la conclusion de la délégation de service public et la signature de l'avenant litigieux, ledit avenant doit être regardé comme modifiant substantiellement le risque d'exploitation du délégataire, lequel est un des éléments essentiels d'une délégation de service public ; […] » (souligné par nos soins). Voir TASSONE (A), « Avenant aux conventions de délégation de service public », *AJDA*, 30 juillet 2007, pp. 1524-1527.

concession[1036]. Comme dans la première hypothèse, le juge a eu à se prononcer sur l'illégalité d'un avenant, qu'il a confirmée sur le fondement de la jurisprudence, dans la mesure où l'avenant attaqué était antérieur à l'entrée en vigueur des textes relatifs aux contrats de concession de 2016. Il a considéré que l'avenant ne pouvait modifier l'équilibre économique du contrat et que celui-ci ne pouvait conduire à modifier les conditions initiales de la passation du marché[1037]. En pratique, il nous semble que, dès lors qu'il y a modification de l'équilibre économique, la première hypothèse prévue par l'article 36 du décret est aussi constituée. En effet, en fonction de l'avantage économique à tirer du contrat de concession, les opérateurs économiques présents dans la procédure de passation initiale changent. Ainsi, la Professeure HOEPFFNER indique que les textes « interdisent toute modification de l'équilibre économique du contrat dans un sens favorable au cocontractant de sorte que s'il avait été défini dès l'origine, d'autres personnes auraient pu se montrer intéressées à son obtention »[1038]. Pour exemple, dans sa décision du 9 mars 2018, le juge a considéré que la compensation financière accordée au concessionnaire, par l'augmentation du tarif dû par les usagers, était illégale, mais uniquement dans la mesure où celle-ci conduisait à couvrir plus que les nouveaux investissements mis à la charge du concessionnaire[1039]. Par conséquent, la modification conduisait à modifier le contrat en faveur du concessionnaire, puisqu'elle lui permettait d'augmenter ses recettes d'exploitation.

Enfin, la dernière hypothèse qui nous intéresse est celle de l'extension du champ d'application de la concession[1040]. Ce critère sera soumis à l'interprétation des juges, dans la mesure où il existe de fortes incertitudes, autant sur la notion « d'extension considérable » que sur celle de « champ d'application ». En effet, le champ d'application peut être géographique,

---

[1036] V. HOEPFFNER (H), « L'encadrement de la modification d'une concession par les principes généraux de la commande publique », préc. (p. 1107) : « Le mode de rémunération du cocontractant étant un élément essentiel de ces contrats [concession], voire même l'élément déterminant dans la mesure où il permet de les distinguer du marché public, la clause fixant le prix payé par les usagers du service concédé constitue sans nul doute un élément essentiel de l'équilibre économique du contrat ».

[1037] CE, 30 mars 2018, *Syndicat mixte de la baie du Mont-Saint-Michel*, n°409972, publié au *Rec.* : « pour assurer le respect de ces principes, les parties à une convention de délégation de service public ne peuvent, par simple avenant, apporter des modifications substantielles au contrat en introduisant des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attributaire ; qu'ils ne peuvent notamment ni modifier l'objet de la délégation ni faire évoluer de façon substantielle l'équilibre économique du contrat, tel qu'il résulte de ses éléments essentiels, comme la durée, le volume des investissements ou les tarifs » (considérant 3).

[1038] HOEPFFNER (H), « L'encadrement de la modification d'une concession par les principes généraux de la commande publique », préc., p. 1109.

[1039] CE, 30 mars 2018, *Syndicat mixte de la baie du Mont-Saint-Michel*, n°409972, préc.

[1040] Il existe un quatrième cas envisagé de modification substantielle, mais qui ne nous intéresse pas dans le cas d'espèce : c'est celui du changement de concessionnaire prévu à l'art. L. 3135-1, 4° du CCP.

matériel ou organique. Par conséquent, la subjectivité de la définition ne permet pas de définir précisément les contours d'application de la notion.

Ainsi, dans l'ensemble de ces hypothèses, il ne sera pas possible de modifier le contrat en cours. Ces restrictions vont conduire à limiter largement les possibilités d'évolution des contrats dans le cadre de la signature d'avenants actant la modification de leur durée sur le fondement des articles L. 521-16-1 ou L. 521-16-2 du code de l'énergie.

B *La portée limitée des avenants*

La première limite des avenants découle des différentes restrictions posées par la directive concernant la modification des contrats en cours d'exécution. On peut alors s'interroger sur la réelle portée des avenants qui seraient conclus entre le concédant et le concessionnaire hydroélectrique. Ils pourraient conduire à modifier la date d'échéance des concessions, afin que l'Etat puisse rassembler les contrats préexistants pour regrouper les ouvrages hydrauliquement liés et réattribuer des concessions globales. Toutefois, cette prolongation ne devra pas conduire à modifier substantiellement le contrat. Il faudra notamment veiller au maintien de l'équilibre économique vis-à-vis du concessionnaire. Le principal effet de la prolongation pourrait être de rompre l'équilibre économique du contrat au profit du concessionnaire. L'augmentation de la durée du contrat conduirait à lui assurer des revenus d'exploitation supplémentaires, au regard de ce qui était initialement prévu lors de l'octroi du contrat, si aucun dispositif permettant d'assurer l'équilibre du contrat n'est mis en place. Toutefois, les dispositions prévues en droit interne par la loi sur la transition énergétique visent justement à limiter ce risque, en prévoyant notamment que les conditions de la prolongation devront assurer le maintien de l'équilibre économique des concessions sur la globalité des contrats[1041].

Cependant, les autres modifications du contrat ne sont pas encadrées et, par conséquent, les possibilités d'évolution du contrat sont plus limitées. Il existe notamment un risque particulier lié à l'interprétation par le juge national et européen des dispositions applicables à la modification des contrats de concession. Les restrictions imposées dans la modification du

[1041] Articles L. 521-16-1 alinéa 3 et L. 521-16-2 alinéa 3 du code de l'énergie : « Les modalités de calcul utilisées pour fixer cette nouvelle date commune d'échéance garantissent le maintien de l'équilibre économique, apprécié globalement sur l'ensemble des concessions concernées ».

contrat empêchent donc d'opérer un réel renouveau des concessions hydroélectriques, ou en tout cas de l'amorcer.

Le second aspect limitant la portée des avenants est lié aux possibilités restreintes de négociation. En effet, la conclusion d'un avenant ne peut résulter que d'une négociation entre le concessionnaire et le concédant.

Tout d'abord, il n'existe que très peu de possibilités pour le concédant de contraindre le concessionnaire à accepter des modifications, cette contrainte se limitant à la menace de résiliation de la concession en cours, notamment par le rachat. Toutefois, comme nous avons pu l'observer auparavant, cette menace n'est pas évidente à mettre en œuvre, dans la mesure où l'objectif recherché dans la mise en place des prolongations de contrat est d'éviter de peser de manière trop importante sur le montant des droits d'entrée[1042]. Ainsi, l'Etat est en partie soumis au bon vouloir du concessionnaire. Les limites aux possibilités de négociation des avenants par l'Etat sont toutefois restreintes par la loi sur la transition énergétique, mais uniquement concernant les modalités de calcul de la nouvelle durée des contrats de concession. En effet, l'Etat peut, depuis l'adoption de cette loi, mettre en œuvre des dispositions législatives qui prévoient les modalités de modification de la durée des concessions en cours[1043].

Ensuite, la négociation des prolongations se fera principalement avec l'opérateur dominant, EDF. Or, les relations entre l'Etat français et EDF sont particulièrement fortes, comme nous avons pu le noter précédemment[1044]. Cette situation s'explique par son ancien statut d'établissement public bénéficiant d'un quasi-monopole, mais aussi par sa place encore prédominante dans le marché de l'énergie et la place de l'Etat en tant qu'actionnaire majoritaire.

Or, assurer la légalité des avenants qui sont amenés à être conclus est complexe, notamment au vu des contraintes propres à la modification des contrats. A ce titre, il sera nécessaire pour l'Etat d'être prudent et de rechercher un nouvel équilibre contractuel, qui permettrait notamment d'assurer le partage des ressources des concessions dans les territoires dans le respect du droit en vigueur, notamment au vu des limites encadrant la modification des

---

[1042] Voir *supra*, Section 1, § 2, A.

[1043] Articles L. 521-16-1 et L. 521-16-2 du code de l'énergie. Voir *supra*, Section 1, § 2, B, 1.

[1044] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

contrats[1045]. Il nous semble que les concurrents potentiels à la reprise des concessions hydroélectriques seront particulièrement attentifs à la légalité des avenants de modification de la durée des concessions, qui les conduiront inévitablement à reporter, encore, leur entrée sur le marché de l'électricité français. Au vu des différentes règles régissant la modification des contrats de concession posées par le droit de l'Union européenne et transposées dans le droit interne, ainsi que des contraintes propres aux possibilités de négociation, la portée des avenants à venir semble ainsi relativement limitée. Toutefois, la modification des contrats de concession hydroélectriques, en application de l'article L. 521-16-2 du code de l'énergie, prévoit dans certaines conditions la mise en œuvre d'une redevance proportionnelle afin d'assurer l'équilibre économique du contrat.

§ 2 Le maintien des reproches faits aux concessions hydroélectriques

La prolongation des contrats en cours conduit au maintien du périmètre actuel des concessions, afin de pouvoir renouveler celles-ci dans des conditions optimisées, autant pour la production d'énergie que pour l'évolution de leur objet. Toutefois, si cette justification semble peser en faveur d'une continuation des contrats en cours, il existe aussi des arguments qui vont dans le sens opposé. Ainsi, les différentes critiques qui ont pu être émises à l'encontre des concessions hydroélectriques perdureront à court terme. En effet, la création d'un marché de l'électricité ouvert à la concurrence sera reportée (A) et les ressources des concessions hydroélectriques resteront principalement dans les mains du concessionnaire (B).

A *Les limites à la création de l'Union de l'énergie*

L'Union de l'énergie nécessite que l'ensemble des opérateurs des Etats membres de l'Union européenne puissent accéder au marché de l'électricité. Les activités de production et de fourniture, qui sont liées, doivent permettre la mise en place d'une réelle concurrence. Or, les limites aux possibilités d'exploiter les ouvrages de production sont un frein à l'accès au marché (1). Cette situation est aussi liée à la position dominante d'EDF sur le marché français (2).

[1045] La loi de finances pour 2019 a créé l'article L. 523-3 du code de l'énergie, afin de soumettre les concessions dans cette situation au paiement d'une redevance proportionnelle aux recettes ou aux bénéfices de la concession, le taux devant être fixé par décret en Conseil d'Etat pour chaque concession concernée.

1. *Le report de l'ouverture du marché de l'électricité*

La principale critique de la Commission européenne envers la France est liée à l'absence d'ouverture du marché de l'électricité aux différents opérateurs. Le fait de recourir aux dispositifs de prolongation des contrats conduira à repousser la création de l'Union de l'énergie. En effet, l'ouverture du marché nécessite que les différents opérateurs, en qualité de fournisseurs, puissent avoir accès aux moyens de production[1046].

L'activité de producteur a été ouverte par la création de centrales à charbon et à gaz, mais aussi, et principalement, avec le développement des énergies renouvelables permettant l'installation de nouveaux opérateurs sur le marché[1047]. Cependant, il est nécessaire, pour assurer une réelle ouverture du marché, comme cela est prévu par les directives européennes, d'ouvrir l'accès à des actifs plus importants. Comme nous l'avons vu, en France 74% de la production est d'origine nucléaire, 13% d'origine hydraulique, le reste étant réparti entre les centrales thermiques et les énergies renouvelables hors hydraulique[1048].

La fin du monopole d'EDF sur les installations nucléaires ne semble pas envisagée ou envisageable dans l'avenir[1049]. En effet, EDF est aujourd'hui propriétaire et exploitant de l'ensemble des réacteurs nucléaires visant à produire de l'énergie et rien ne permet de l'obliger à céder l'exploitation de son parc. De plus, il semble peu probable que de nouvelles installations nucléaires se construisent, puisque la France cherche à diminuer la part de cette énergie dans le mix énergétique français et qu'il est très compliqué d'obtenir l'ensemble des autorisations pour l'ouverture d'un site nouveau[1050].

Le seul moyen de production conséquent potentiellement accessible aux autres opérateurs est donc l'énergie hydraulique. EDF exploite 75% du nombre de concessions représentant 83% de la puissance cumulée de l'ensemble des usines hydroélectriques

---

[1046] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

[1047] Il faut toutefois nuancer la portée réelle de ces nouveaux opérateurs. En effet, les opérateurs sont certes propriétaires de nouveaux moyens de production mais ils n'assurent pas la mission de fournisseur de l'électricité auprès du consommateur. En effet, l'intégralité de la production est vendue à Edf par le mécanisme de l'obligation d'achat. De plus, les opérateurs propriétaires de ces installations ne sont pas forcément des industriels mais des fonds d'investissement.

[1048] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, chapitre 1.

[1049] SABLIERE (P), « Production nucléaire d'électricité et monopole », *AJDA*, n°37, 9 novembre 2015, pp. 2076-2079. Certaines centrales nucléaires sont exploitées par des sociétés à capitaux mixtes, dans lesquelles EDF doit toutefois rester majoritaire : v. SABLIERE (P), *Droit de l'énergie*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 546-547.

[1050] Article L. 100-4, I du Code de l'énergie, instauré par la loi sur la transition énergétique : « La politique nationale a pour objectif [...] 5° De réduire la part du nucléaire dans la production d'électricité à 50% à l'horizon 2025 ».

françaises[1051]. Contrairement au secteur nucléaire, le maintien de son « quasi-monopole » dans la pratique ne semble pas conforme au droit en vigueur : en effet, la gestion des aménagements d'une puissance supérieure à 4.5MW est organisée par des contrats de concession, soumis au droit européen de la commande publique. Par conséquent, l'ensemble des ouvrages hydroélectriques concédés doivent faire l'objet d'une mise en concurrence à une fréquence raisonnable. C'est donc par l'accès à ces actifs que la Commission européenne prévoit une réelle ouverture du marché de l'électricité en France. Ainsi, le report de la mise en concurrence des contrats conduira nécessairement à reporter la création d'un secteur concurrentiel dans l'exercice de l'activité de fournisseur d'énergie. En effet, dans ces conditions, EDF conservera sa position dominante au vu du nombre d'aménagements que l'entreprise exploite.

2. Le maintien de la position dominante d'EDF

Le quasi-monopole d'EDF sur les concessions hydroélectriques ne semble pas conforme au droit de l'Union européenne, comme l'illustre l'enquête menée par la Commission européenne[1052]. Cette enquête consiste à « déterminer si l'octroi de la plupart des concessions hydroélectriques nationales à l'entreprise publique EDF à des conditions financières préférentielles, sans procédure d'appel d'offres et pour de très longues périodes, avait maintenu ou renforcé la position dominante de celle-ci sur le marché français de l'électricité, ce qui serait contraire à l'article 106 du TFUE, en liaison avec son article 102 »[1053].

Aujourd'hui, EDF détient encore un quasi-monopole sur la production hydroélectrique française. L'entreprise est donc dans une situation semblable à celle qui existait au moment de la loi de nationalisation. Les seuls ouvrages, à quelques rares exceptions près, qui ne lui étaient pas concédés étaient ceux exploités par la CNR sur le Rhône et par la SHEM (anciennement SNCF), c'est-à-dire les ouvrages qui avaient été exclus de la nationalisation. Sa position est même plus favorable, dans la mesure où de nombreuses concessions ont été accordées après 1946 et avant 1999, ce qui a conduit à octroyer toutes les potentialités de développement de l'hydroélectricité à EDF durant cette période.

[1051] 296 concessions sont en effet exploitées par EDF sur les 392 existantes.

[1052] Voir Commission européenne, *Document de travail des services de la Commission accompagnant le rapport de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions – Rapport sur la politique de concurrence 2016*, 31/05/2017, SWD(2017) 175final, 89 p., p. 43.

[1053] Commission européenne, document préc.

Cette enquête pourrait donc conduire à réévaluer la situation d'EDF et à modifier les mesures en cause. Dans un document de travail annexé à son rapport annuel sur la politique de la concurrence, la Commission européenne indique ainsi qu'elle examine avec la France la possibilité de proposer des engagements en coordination avec EDF afin de répondre aux exigences du droit de la concurrence européen. L'objectif est en effet d'assurer un accès aux concessions hydroélectriques, permis par les procédures de renouvellement de ces contrats, à de nouveaux acteurs, appelés à entrer sur le marché. Toutefois, dans la pratique, il sera nécessaire d'attendre l'attribution des contrats pour s'assurer d'une réelle ouverture.

Un regroupement des concessions sur la base des dispositions du code de l'énergie conduira cependant nécessairement à un report de la période de mise en concurrence de certains contrats arrivant à échéance. La situation de position dominante d'EDF sera alors maintenue et la création d'un marché concurrentiel de l'électricité en France à nouveau décalée. Le report du renouvellement des contrats de concession pose aussi une seconde difficulté, distincte de la problématique du secteur électrique : les ressources générées par l'exploitation des aménagements ne pourront pas être redistribuées tant que le contenu des contrats ne sera pas modifié. Or, comme nous avons pu l'observer, les possibilités d'évolution des conventions sont relativement limitées au regard des contraintes découlant du droit de l'Union européenne.

B *L'absence de partage des ressources des concessions hydroélectriques avec les territoires*

Le report de la mise en concurrence des concessions hydroélectriques conduira au report du partage des ressources avec les territoires. Ainsi, la principale perte pour les collectivités à court terme sera d'ordre financier, avec l'absence de mise en place de la redevance proportionnelle (1). En outre, l'absence de modification de l'objet de la concession, au-delà de l'aspect énergétique constitue aussi une perte pour les territoires (2).

1. Le report de la perception de la redevance sur les recettes de la concession

Dans le cadre des développements précédents, nous avons justifié l'importance des territoires et l'obligation de les associer lors de l'exécution des contrats de concessions

hydroélectriques[1054]. La ressource naturelle, la force motrice de l'eau, appartient certes à l'Etat, mais elle circule sur le territoire et ses différents usages relèvent fréquemment de la compétence des collectivités territoriales. Au vu de ces éléments et des réclamations des collectivités afin de percevoir des revenus tirés de ces contrats, l'Etat a prévu historiquement que la redevance proportionnelle aux kwh soit partagée entre les collectivités riveraines du fleuve[1055].

Toutefois, au regard de l'évolution des revenus des concessionnaires dans l'exploitation de ces contrats, une nouvelle redevance a été créée par la loi. Celle-ci doit profiter au concédant, aux communes, à leurs établissements publics de coopération intercommunale et aux départements riverains du fleuve. Cette redevance est proportionnelle aux recettes de la concession. Elle a été mise en place afin de récupérer la rente liée[1056]. Lors de sa création, il était prévu qu'elle soit appliquée uniquement aux contrats renouvelés. En 2012, l'article a été modifié afin que la redevance s'applique à toute nouvelle concession, qu'elle résulte du renouvellement d'une concession existante ou d'une première attribution[1057]. Les dispositions relatives à la répartition de cette redevance entre les différents bénéficiaires ont aussi été retouchées. Elle doit aujourd'hui être versée principalement au bénéfice de l'Etat, mais les départements devraient également percevoir un tiers de cette redevance, les communes et leurs établissements publics bénéficiant respectivement d'un douzième du montant global[1058].

Dans le contexte économique actuel, que l'on se place au niveau de l'Etat ou des collectivités territoriales, cette ressource financière devrait permettre l'entrée de nouvelles recettes. Toutefois, aucun des acteurs ne peut aujourd'hui en profiter, puisque cette redevance n'a été mise en place pour aucun contrat de concession[1059]. Elle ne l'a pas été puisqu'elle n'était

---

[1054] Voir *supra*, Partie 1, Titre 2 et Partie 2, Titre 1.

[1055] La redevance proportionnelle aux KWh correspond à une participation au bénéfice net de l'entreprise qui devait profiter en partie aux territoires. Cette redevance revient aux deux tiers à l'Etat et le dernier tiers était réparti entre les départements (1/6ème) et les communes (1/6ème) en fonction de la puissance hydraulique moyenne devenue indisponible pour ces collectivités.

[1056] Cette redevance a été créée par l'article 33 de la loi n°2006-1771 du 30 décembre 2006 de finances rectificative pour 2006 (*JORF* du 31 décembre 2006, p. 20228). Les dispositions relatives à cette redevance ont par la suite été modifiées par la loi sur la transition énergétique. Elles sont désormais codifiées à l'article L. 523-2 du Code de l'énergie.

[1057] L'article 46 de la loi n°2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificatives pour 2012 (*JORF* n°0190 du 17 août 2012, p. 13479) a ainsi modifié la rédaction de l'article L. 521-23 du Code de l'énergie.

[1058] V. annexe 13 : Evolution des dispositions relatives à la redevance proportionnelle aux recettes des concessions hydroélectriques.

[1059] Une redevance équivalente a toutefois été instituée pour la concession du Rhône, mais sur un fondement juridique différent. A ce titre, elle n'a d'ailleurs pas subi les différentes modifications du contenu et de l'assiette de la redevance proportionnelle de droit commun. On peut aussi noter que cette redevance mise en place en 2003 n'est versée qu'au profit de l'Etat. La

pas applicable à l'ensemble des concessions qui ont été renouvelées avant 2011. La Cour des comptes a par ailleurs alerté l'Etat sur la perte de recettes liée aux contrats de concessions arrivés à échéance depuis 2006[1060]. Ces concessions, qui sont en phase de « délai glissant », en l'absence de lancement de procédure de mise concurrence pour réattribuer les contrats, ne permettaient pas de mettre en place cette redevance. La Cour des comptes avait établi que la perte estimée s'élevait à 340 millions d'euros en 2012 pour l'Etat[1061]. Le manque à gagner pour les collectivités territoriales, estimé en 2013, était de 50 millions d'euros. Or, comme l'a souligné la juridiction financière, ces pertes s'accroissent au fur et à mesure des années, ce qui est regrettable dans le contexte actuel de baisse des dotations et des ressources pour les territoires. La perception des redevances pour les collectivités territoriales doit être une opportunité à saisir. La loi de finances pour 2019 doit permettre de compenser cette perte, avec l'instauration d'une redevance proportionnelle au chiffre d'affaires dans le cadre d'une prolongation d'un contrat de concession au titre des articles L. 521-16-1 à L. 521-16-3 du code de l'énergie[1062].

Or, le regroupement des concessions hydroélectriques, s'il est mis en place par le biais de prolongations, pourrait conduire à maintenir cette situation. Toutefois, en pratique, seuls certains ouvrages feront l'objet d'un regroupement et conduiront à repousser le versement de cette redevance proportionnelle, dans la mesure où il n'y aura pas de renouvellement du contrat, mais une simple modification[1063]. Pour certaines concessions, qui vont être renouvelées de manière isolée, les collectivités riveraines pourront percevoir assez rapidement le montant de cette redevance qui leur est due. De plus, le dispositif de prolongation, tel que prévu à l'article L. 521-16-2 du code de l'énergie, relatif à la mise en place du dispositif des barycentres pour les concessions exploitées par des opérateurs distincts, prévoit la possibilité d'instaurer la

redevance a été instaurée par l'article 302bis ZA du code général des impôts modifié par l'article 36 de la loi de finances rectificative pour 2003, du 30 décembre 2002, n°2002-1575 (*JORF* du 31 décembre 2002, p. 22025, texte n°1).

[1060] *Référé sur le renouvellement des concessions hydroélectriques de la Cour des Comptes*, 21 juin 2013, n°67194, 4 p.

[1061] L'Etat ayant toutefois perçu 180 millions d'euros dans le cadre de la redevance versée pour la concession du Rhône (référé de la Cour des comptes, préc., p. 2).

[1062] Article 23 de la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019, codifié à l'article L. 523-3 du code de l'énergie.

[1063] Pour être certain de cette hypothèse, il faut attendre l'application des critères du regroupement des concessions prévus par la loi sur la transition énergétique (voir section 2 du présent chapitre). Toutefois, au vu du calendrier de renouvellement qui avait été envisagé en 2010, un certain nombre de concessions semblaient pouvoir être réattribuées à la date d'échéance normale, dans la mesure où les ouvrages étaient déjà encadrés par le même contrat de concession. C'est le cas, par exemple, des concessions du Beaufortain et de Brillanne-Largue, dont la date d'échéance dans le cahier des charges en cours était fixée à 2015 (voir chapitre 1, Section 1, § 1).

redevance proportionnelle aux recettes afin d'assurer le maintien de l'équilibre économique de la concession.

On pourrait en outre envisager l'instauration de cette redevance dans le cadre de l'avenant au contrat. Le montant qu'elle peut atteindre peut cependant être très important. Ainsi, à titre d'exemple, le taux applicable à la CNR, même si le fondement est différent, est fixé à 24% du chiffre d'affaire résultant de ses ventes d'électricité[1064]. En fonction du taux retenu, on peut ainsi supposer qu'une telle évolution conduirait à modifier l'économie du contrat. En effet, l'avenant instituerait une charge supplémentaire, qui pèserait sur le concessionnaire en place. Toutefois, la création de la redevance pourrait aussi être justifiée, en fonction des cas, par les revenus supplémentaires que pourrait générer la prolongation du contrat en cours, afin d'assurer son regroupement avec d'autres ouvrages hydrauliquement liés, et, dans ce cas, la mise en place de la redevance serait un moyen de compenser les revenus générés par la modification des contrats, afin d'assurer son équilibre économique. Dans cette hypothèse, on pourrait alors considérer que la modification est compatible avec les dispositions applicables aux contrats de concession : elle ne serait pas substantielle puisqu'elle maintiendrait l'économie du contrat[1065]. En effet, dans cette hypothèse, la part de risque supportée par le concessionnaire ne sera pas réellement modifiée : l'amortissement de ses ouvrages sera achevé à la date d'échéance initialement prévue et la période d'exploitation postérieure devrait donc être assortie du paiement d'une redevance, puisque les revenus générés seront largement à la hausse. L'application de l'article L. 521-16-1 du code de l'énergie, relatif au regroupement de concessions hydroélectriques appartenant à un concessionnaire unique, conduit toutefois à envisager une autre hypothèse. Dans ce cas, la modification de la durée des contrats doit conduire à neutraliser les pertes générées par une exploitation dont la durée serait raccourcie, grâce aux bénéfices tirés de la prolongation d'un autre contrat. Dans cette configuration, il ne semble donc pas possible d'instaurer une redevance proportionnelle aux recettes, car celle-ci conduirait à bouleverser l'économie du contrat, la modification de la durée permettant à elle seule de compenser les avantages qui pourraient être perçus par le concessionnaire.

[1064] La redevance proportionnelle au chiffre d'affaire sur les ventes d'électricité a été inscrite dans le huitième avenant à la concession générale approuvé par le décret n°2003-513 du 16 juin 2003 (*JORF* du 17 juin 2003, p. 10112). Nous étudierons plus précisément ce point dans le Chapitre 2 du Titre 1 de la présente partie.

[1065] Article 36,5° du décret n°2016-86 préc.. Voir *supra*, A, 2.

Le partage des ressources des concessions hydroélectriques peut par ailleurs se réaliser par d'autres moyens que le versement d'une redevance aux territoires. En effet, il est possible de faire évoluer l'objet des contrats, afin que de nouvelles obligations, visant par exemple le développement local, soient imposées au concessionnaire. Le renouveau des missions du concessionnaire, notamment par un élargissement de ses moyens et de ses secteurs d'intervention, pourrait ainsi être favorable aux territoires[1066].

2. *L'absence d'évolution de l'objet des contrats*

Le renouveau du périmètre des concessions est l'un des deux aspects favorisant un renouveau des concessions hydroélectriques. En effet, en repensant la concession de manière élargie, il sera possible de repenser l'objet des contrats. Il est notamment possible de s'inspirer ici des dispositifs qui peuvent être mis en place dans certaines concessions visant à effectuer différentes actions en faveur des territoires[1067].

Or, comme nous l'avons vu, le renouveau des périmètres, qui doit passer par un regroupement des ouvrages existants, conduit à pérenniser la situation actuelle. Les possibilités de modification d'un contrat de concession par avenant étant limitées, il ne sera donc pas possible, dans un premier temps, d'opérer un véritable renouveau des concessions hydroélectriques. L'objet du contrat étant un élément essentiel de la convention, son évolution pourrait en effet conduire à une modification substantielle. L'identification d'un nouvel objet nécessite donc de conclure un nouveau contrat. Or, l'octroi d'une concession nécessite d'organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence. Par conséquent, la recherche d'une date commune permettant de regrouper des aménagements hydrauliquement liés ne pourrait pas être poursuivie si le concédant faisait le choix de faire évoluer l'objet de la convention dans le cadre de la modification du contrat initial[1068].

Un second aspect bloque l'évolution de l'objet des contrats à travers la passation d'un avenant. En effet, nous considérons que le renouveau des contrats doit être intrinsèquement lié aux attentes des parties prenantes, ce qui permettra de définir un objet du contrat en adéquation avec les besoins exprimés. Il sera donc possible de modifier la perception des riverains vis-à-

---

[1066] Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2.

[1067] Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

[1068] Sur cette question voir *supra*, A, 2 du présent §.

vis de l'exécution des concessions hydroélectriques, par la recherche d'une acceptabilité locale des projets du concessionnaire. Cependant, le principal outil qui permettra de faire évoluer l'objet des concessions, afin d'être en accord avec les souhaits des riverains, est celui de la consultation locale. Or, le code de l'énergie prévoit que devront être soumises à enquête publique uniquement les modifications qui seraient de nature à entraîner des dangers ou inconvénients significatifs au regard de l'article L. 211-1 du code de l'environnement[1069]. Par conséquent, la passation des avenants, tant qu'elle n'entraîne pas de dangers ou d'inconvénients significatifs pour les contrats, ne permettra pas de réajuster l'objet de la concession au nouveau contexte économique, politique ou local.

L'avenant de prolongation est donc un moyen de faire évoluer les concessions, mais à une échelle de temps importante, puisqu'il va reporter le renouvellement du contrat, et donc la possibilité d'un réel renouveau. En effet, l'avenant, au vu des limites posées par le droit en vigueur, ne permettra pas d'assurer le renouveau des contrats qui seront prolongés.

[1069] Article R. 521-27 du code de l'énergie. Il faut toutefois envisager une probable évolution de cette disposition du code de l'énergie avec le projet de décret relatif aux autorisations de travaux dans les concessions d'énergie hydraulique et portant diverses modifications aux dispositions réglementaires applicables à ces concessions. Ce projet, qui a été soumis à une consultation du public du 22 mai au 12 juin 2019, est disponible sur le site http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/2019.04.16_projet_decret_w.pdf. L'évolution consisterait à différencier les procédures de consultation applicables en fonction de la soumission, ou non, de la modification du contrat de concession à une évaluation environnementale en application des articles R. 122-1 et R.122-3 du code de l'environnement. Ainsi, si la modification est soumise à évaluation environnementale, elle devra faire l'objet d'une étude d'impact et d'une enquête publique. Dans le cas contraire, les consultations seront définies au cas par cas par le Préfet et une participation du public sera organisée par voie dématérialisée.

Conclusion Chapitre 1

Il existe une volonté de l'Etat de regrouper les concessions hydroélectriques préalablement à l'octroi des futurs contrats avec de nouveaux périmètres. Une telle nécessité s'appuie sur plusieurs constats. Elle se fonde tout d'abord sur les besoins de futurs concurrents qui souhaiteraient intégrer le marché de l'électricité français, et qui, pour cela, ont besoin de disposer d'un panel de moyens de production. Une telle volonté de regroupement prend par ailleurs en compte les nouveaux usages de l'eau, qui nécessiteraient, parfois, d'élargir le périmètre concédé afin d'octroyer de nouvelles missions aux futurs concessionnaires hydroélectriques. Enfin, le regroupement semble nécessaire afin d'assurer la sûreté hydraulique des ouvrages. En effet, la plupart des ouvrages en France sont concédés isolément, alors même qu'ils sont hydrauliquement liés avec d'autres ouvrages. Mais la disparition du monopole d'EDF nécessite de modifier cette configuration en regroupant les ouvrages liés, ce qui est possible, sous réserve de fixer une date d'échéance commune aux centrales.

Dans ce cadre, l'Etat a envisagé plusieurs dispositifs. Le premier, qui avait l'avantage de permettre une mise en concurrence plus rapide des contrats, est le rachat. L'Etat peut en effet procéder à une résiliation anticipée des contrats en cours d'exécution, sous réserve d'indemniser le concessionnaire, et, dans ce cadre, remettre en concurrence un groupement d'ouvrages. Cette solution semble toutefois devoir être écartée, car, dans la pratique, ce dispositif pèserait lourd dans l'exploitation des futures concessions au vu des coûts de rachat et conduirait à limiter la mise en concurrence sur le marché. Le second dispositif consiste à modifier les contrats en cours afin de fixer une date d'échéance commune aux aménagements hydrauliquement liés. Cette solution a l'avantage d'être neutre financièrement pour l'Etat et les futurs candidats au renouvellement des concessions. Toutefois, le report de la mise en concurrence des concessions hydroélectrique pose deux difficultés principales, puisqu'il conduit à différer l'ouverture du marché de l'électricité en France et à modifier l'objet des contrats.

Pour autant, le regroupement des concessions hydroélectriques, malgré ses désavantages, pourra se justifier s'il permet de définir à moyen terme une remise en concurrence de périmètres cohérents, qui prendront en compte les contraintes de sûreté hydraulique, les nouvelles attentes des usages de l'eau et la nécessité de mettre à disposition un panel d'outils

de production pour les futurs candidats aux mises en concurrence. Si l'ensemble de ces éléments sont pris en compte, dans le respect du droit de la concurrence, intégrant lui-même les règles relatives aux aides d'Etat, la garantie de l'ouverture du marché de l'électricité français et le droit de la commande publique, il nous semble que le report de la mise en concurrence pourrait être justifié auprès de l'Union européenne. La création d'un nouveau périmètre, qui sera permis par l'intervention de nouveaux acteurs ou l'apparition de nouvelles missions pouvant être mises à la charge du concessionnaire, permettra au surplus d'assurer le renouveau des concessions hydroélectriques. Les deux phénomènes s'alimentant, plus les acteurs intéressés à l'exploitation des concessions hydroélectriques se diversifient, plus les activités du concessionnaire évoluent et plus le périmètre d'intervention doit être élargi. De la même manière, si le périmètre de la concession est agrandi, il en résultera nécessairement l'apparition de nouvelles missions et de nouveaux acteurs intéressés.

Chapitre 2 : La multiplication des missions du concessionnaire

L'organisation du renouvellement des contrats de concession va dépendre de la définition de leurs futures limites géographiques. Ce périmètre devra être défini en fonction de l'ampleur des missions confiées au concessionnaire. En effet, comme nous avons pu l'observer, l'évolution, tant du cadre légal que de la société sur les sujets liés à l'hydroélectricité, conduit à la nécessaire prise en compte des différents usages de l'eau. La vision énergétique historique dominante dans les concessions hydroélectriques persévère dans les dispositions les plus récentes relatives à ces contrats de concession (Section 1). Toutefois, la nécessité de préserver les multiples usages de l'eau et de faire face à leur développement devrait conduire à intégrer de nouvelles obligations à la charge du concessionnaire (Section 2).

Section 1 : Une vision principalement énergétique de la concession hydroélectrique

La modification des contrats de concession dans le cadre de la loi sur la transition énergétique a été principalement envisagée sous l'angle de la sûreté hydraulique (§ 1). Cela confirme donc la prépondérance de l'usage énergétique de l'eau, affirmée dès la loi de 1919. Cette loi donnait en effet un caractère prioritaire à un usage de l'eau : l'hydrauforce (§ 2).
L'aspect sûreté est essentiel et nous comprenons pourquoi celui-ci est pris en compte dans la loi de transition énergétique. Toutefois, le législateur aurait aussi pu envisager, de manière complémentaire, la prise en compte d'autres enjeux liés aux différents usages de l'eau. Ainsi, même si la plupart des concessions octroyées sur le fondement de la loi de 1919 ont été exploitées avec un objet unique, la production d'électricité, il faut noter quelques exceptions historiques à ce principe, qui ont conduit à la création de concessions hydroélectriques à buts multiples (§ 3).

§ 1 La prépondérance de l'aspect sûreté dans la loi de transition énergétique

L'avenir des contrats de concession hydroélectrique semble avoir changé avec la loi de transition énergétique. Comme nous l'avons déjà vu, les ouvrages hydroélectriques ont été concédés de manière isolée, un contrat correspondant à un ouvrage. Cette organisation ne posait

pas de difficultés lorsque EDF disposait d'un monopole de la production d'électricité. Toutefois, l'obligation de mise en concurrence impulsée par l'Union européenne devait conduire à un éclatement de la gestion des usines hydroélectriques. La loi de transition énergétique permet de limiter ce risque en instaurant une faculté de regroupement des ouvrages dans un seul contrat de concession. Ces regroupements sont principalement justifiés par des nécessités de sûreté hydraulique, qui est au demeurant assurée par de nombreux autres dispositifs de suivi de l'exploitation. Ces derniers permettent un contrôle de plus en plus important sur les ouvrages hydrauliques, au vu des enjeux liés à leur exploitation. En effet, les accidents qui ont eu lieu, même s'ils sont peu nombreux, ont eu des conséquences dramatiques[1070]. L'Etat a donc largement renforcé les dispositifs de contrôle, tant du point de vue de leur récurrence que de leur contenu[1071]. De plus, un organisme techniquement compétent pour assurer la surveillance de ces ouvrages a été mis en place : le Comité Technique Permanent des Barrages et Ouvrages Hydrauliques (CTPBOH)[1072].

Afin d'assurer la sûreté hydraulique des ouvrages, et au-delà des obligations ponctuelles sur le suivi des ouvrages, la loi de transition énergétique prévoit donc une gestion coordonnée des ouvrages hydrauliquement liés[1073]. Sur le principe, il serait possible de coordonner l'exploitation des ouvrages grâce à la conclusion de conventions ou à la création d'organismes de coopération. Toutefois, dans la pratique, le dispositif semble inadapté[1074]. Au vu des enjeux liés à l'exploitation de ces usines, le temps nécessaire à la prise de décision doit être très court, parfois quasiment instantané. Cet objectif ne peut pas être tenu si une coordination doit être organisée, celle-ci étant nécessairement génératrice de temps. En effet, cela nécessiterait que les concessionnaires échangent leurs programmes d'exploitation (prévision des débits d'eaux à passer dans les usines pour différents créneaux horaires). En pratique, ces programmes sont

[1070] Le 2 décembre 1959, le barrage de Malpasset a ainsi cédé et a fait 423 victimes.

[1071] On peut ainsi citer l'Arrêté du 6 août 2018 fixant des prescriptions techniques relatives à la sécurité des barrages (*JOUE* n°0198 du 29 août 2018, texte n°14), qui renforce les exigences essentielles de sécurité de ces ouvrages, notamment face au risque sismique.

[1072] Ce comité a pris la suite du Comité technique permanent des barrages créé par un décret du 13 juin 1966 (*JORF* du 17 juin 1966, p. 4892). Le CTPBOH a, quant à lui, été institué par l'article 22 de la loi n°2006-1772, préc., qui a créé les articles L. 213-21 et L. 213-22 du Code de l'environnement. L'organisme donne son avis sur des questions relatives à la sécurité des barrages et des ouvrages hydrauliques sur demande du Ministre.

[1073] Article R. 521-60 du Code de l'énergie.

[1074] Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

réajustés en temps réel, ce qui nécessiterait d'avoir une transmission d'information permanente sur les débits sortants et sur les volumes d'eau attendus.

Or, ces programmes relèvent d'une stratégie commerciale pour le concessionnaire. Ces contraintes, quel que soit le dispositif de coordination envisagé, ne semblent donc pas pouvoir encourager le recours à cette solution, d'autant plus que de telles contraintes sont uniquement envisagés ici dans une configuration simplifiée, avec un aménagement isolé au sein d'une chaîne appartenant à un seul et même opérateur[1075]. Dans le cadre de la mise en concurrence future, et en l'absence de regroupements des contrats, on pourrait cependant imaginer, sur une même vallée avec de multiples usines, un exploitant par ouvrage.

Par conséquent, le meilleur moyen pour assurer la sûreté des ouvrages, et donc la sécurité des biens et des personnes, est de coordonner l'exploitation des ouvrages hydrauliquement liés en la délégant à un même opérateur. Jean POIRET s'interrogeait déjà dans son ouvrage sur la difficulté de la « connexité hydraulique » des chutes et leur renouvellement[1076]. Il indiquait alors que l'indépendance administrative des chutes était artificielle et que « le renouvellement du titre de l'une d'elles (le premier à parvenir à son terme) est l'occasion d'essayer de les harmoniser administrativement en les réunissant sous un seul titre »[1077]. La loi de transition énergétique a ainsi permis de résoudre cette difficulté, en prévoyant la possibilité de regrouper les contrats existants, sous couvert d'atteindre cet objectif de sûreté du fait du lien existant entre les aménagements[1078]. Ainsi, l'article R. 521-60 du code de l'énergie prévoit trois configurations dans lesquelles les aménagements doivent être considérés comme hydrauliquement liés. Ce lien justifie, en droit interne, la modification de la durée des contrats de concession, afin de permettre le regroupement de ces ouvrages.

La première configuration est liée à l'influence hydraulique entre deux aménagements. La définition de l'influence nécessite de prendre en compte deux critères, que sont la durée de remplissage du volume utile de la retenue aval (au débit de turbinage maximum de l'usine

---

[1075] C'est l'exemple de l'aménagement de Marèges, qui est exploité par la SHEM, mais qui se situe au sein d'une vallée exploitée par EDF. Voir annexe 12 : Les aménagements de la vallée de la Dordogne.

[1076] POIRET (J), *op. cit.*, Tome I, pp. 951-956

[1077] *Ibid*, p. 951

[1078] Loi n°2015-992, préc.

amont) et l'écart de débit d'équipement entre les usines amont et aval[1079]. En fonction de ces critères, l'influence hydraulique pourra être qualifiée de faible, moyenne ou forte. Dans les deux dernières hypothèses, les aménagements sont considérés comme hydrauliquement liés et pourront donc bénéficier des dispositifs de la loi sur la transition énergétique visant à assurer le regroupement des concessions. Ainsi, plus la durée de remplissage de la retenue est courte et plus l'écart de débit d'équipement est important, plus le lien entre les ouvrages est fort. Cela s'explique aisément et peut trouver à s'illustrer à travers un exemple. Dans l'hypothèse d'une retenue aval de faible capacité et avec une possibilité de turbiner des débits inférieurs à l'usine amont, il est risqué de gérer l'ouvrage aval sans lien avec l'ouvrage amont. En effet, dans ce cas, l'exploitant de l'ouvrage amont pourrait turbiner des débits importants, supérieurs à ce que peut turbiner l'usine aval. Et cette même usine n'aura pas la capacité de stocker l'eau arrivant, puisque sa retenue est trop petite. Dans cette situation, la sûreté hydraulique des ouvrages est faible. Il est donc préférable, et plus sécurisant, de prévoir une gestion coordonnée des ouvrages par un même exploitant, afin d'éviter tout incident[1080].

La deuxième configuration dans laquelle les ouvrages sont considérés comme hydrauliquement liés est constituée lorsque deux aménagements sont alimentés par une même retenue amont ou déversent dans une même retenue (ou un même cours d'eau) à l'aval. Il est aussi nécessaire que les conditions d'exploitation soient régulièrement dépendantes l'une de l'autre. Dans cette hypothèse, il existe un problème de sûreté hydraulique, mais aussi une nécessité d'optimiser la ressource, et donc la production d'électricité.

[1079] Article R. 521-60 II du Code de l'énergie : « II. - L'influence hydraulique entre deux aménagements consécutifs sur un cours d'eau, ou sur un cours d'eau et un de ses affluents, est définie dans le tableau ci-dessous, en fonction des deux paramètres suivants :

A. - La durée de remplissage du volume utile de la retenue aval au débit de turbinage maximum de l'usine amont. Pour deux aménagements au fil de l'eau ne disposant pas de retenue intermédiaire, A correspond à la durée de remplissage du volume correspondant aux contraintes de marnage imposées à la concession ;

B. - L'écart de débit d'équipement entre les usines amont et aval, exprimé en pourcentage du débit d'équipement de l'aval.

INFLUENCE HYDRAULIQUE	B > 25 %	-50 % < B < 25 %	B <-50 %
A < 20 h	Moyen	Fort	Fort
20 h < A < 200 h	Faible	Moyen	Fort
A > 200 h	Faible	Faible	Faible

[1080] Annexe 14 : La vallée du Drac et le lien hydraulique entre les aménagements

Enfin, la dernière situation envisagée est celle où le premier aménagement est un barrage réservoir alimentant directement le second situé en aval. Comme pour la deuxième hypothèse, il existe un lien entre les ouvrages pour des raisons de sûreté hydraulique. De plus, cette configuration permet aussi de prendre en compte l'optimisation de la production d'énergie. Dans cette hypothèse, le premier ouvrage a une vocation unique : retenir l'eau. La plupart du temps, ces aménagements ont été créés afin de réguler l'écoulement de l'eau à l'aval[1081]. Ils ont souvent permis de répondre à certains besoins agricoles dans les territoires. Dans ce cas, l'eau qui est fournie en hiver et au printemps, notamment avec la fonte des neiges, est stockée dans le réservoir et elle peut être relâchée en été afin de répondre aux besoins en irrigation des terres agricoles. Enfin, ces ouvrages de retenue permettent aussi le « stockage » de l'électricité. En effet, si le réseau a besoin d'être alimenté en électricité, les retenues lâchent de l'eau afin qu'elle soit turbinée à l'aval, ce qui permet d'assurer la sécurité du réseau et la satisfaction des besoins en énergie. A ce titre, une partie des ouvrages de retenue doit assurer la conservation d'un certain volume d'eau destiné à être turbiné à la demande du gestionnaire de réseau, Réseau et Transports d'Electricité (RTE), dans un temps très court. Au vu de l'ensemble des contraintes à prendre en compte dans le remplissage et la vidange de la retenue, les marges de manœuvre pour l'usine située à l'aval sur les débits à turbiner sont relativement limitées. Le second ouvrage est en conséquence dépendant des lâchers d'eau de l'usine amont.

Ainsi cette situation de dépendance ne permet pas à l'exploitant de l'usine d'anticiper et de garantir les volumes d'eau à turbiner et donc les revenus générés par la vente de l'électricité. En effet, le placement de l'énergie sur le marché se fait en plusieurs étapes, qui s'inscrivent tout à la fois dans le long terme (environ trois ans à l'avance) et le court terme (la veille pour le lendemain). Or, l'interdépendance des deux ouvrages ne permet pas au concessionnaire aval de sécuriser un revenu minimum, du fait de l'aléa sur le volume d'eau à turbiner de l'usine amont, puisqu'il ne peut pas vendre par avance de l'énergie qu'il n'est pas certain de pouvoir produire (les arrivées d'eau dépendant d'un autre exploitant).

Finalement, cette hypothèse dans laquelle les aménagements doivent être hydrauliquement liés prend donc en compte les problématiques de sûreté hydraulique qui peuvent exister dans l'exploitation des ouvrages, mais aussi la difficulté d'optimiser l'énergie

[1081] On peut ainsi prendre l'exemple du barrage de Grand-Maison, mis en service en 1987, qui alimente la centrale de Grand-Maison, mais aussi les usines de Verney et Oz.

produite. Ainsi, la dissociation des ouvrages pourrait aussi contribuer à produire de l'électricité à une période où le réseau n'est pas demandeur, ce qui conduirait alors à « gâcher » de l'énergie, l'électricité, une fois produite, ne pouvant être stockée.

Au vu des éléments de définition du lien hydraulique entre les différents aménagements, il semble que l'objectif principal recherché dans le cadre des regroupements soit la sûreté hydraulique des ouvrages. Toutefois, de tels regroupements traduisent aussi un second objectif : l'optimisation de la production d'électricité. Celle-ci est nécessaire à deux titres : la maîtrise par le concessionnaire de sa production, et donc de ses revenus, et la réalisation des objectifs d'énergies renouvelables dans le mix énergétique français[1082]. La France cherche donc à définir le périmètre pertinent des concessions hydroélectriques, en prenant en compte deux éléments majeurs : la sureté hydraulique et l'optimisation de la production. Le législateur, dans la loi de transition énergétique, ne prévoit pas la prise en compte du multi-usage de l'eau pour le regroupement des ouvrages. Il perpétue, ainsi, la logique, dans la continuité de l'esprit de la loi de 1919, de prépondérance de l'usage énergétique de l'eau.

§ 2 Une prépondérance historique de la vision énergétique

L'exploitation de la force hydraulique a commencé bien avant l'adoption de la loi du 16 octobre 1919. L'utilisation de cette force était alors soumise au droit commun de l'eau, tel que prévu par la loi du 8 avril 1898, comme tous les autres usages de l'eau[1083]. Les contraintes auxquelles les industriels ont dû faire face ont toutefois conduit le législateur à intervenir afin de favoriser le développement des ouvrages utilisant la force motrice de l'eau et donc la production d'électricité. La loi a alors créé « un bien nouveau : « l'énergie hydraulique », doté d'une individualité juridique distincte et qui ne se confond plus avec l'eau elle-même »[1084]. L'usage énergétique de l'eau est donc conçu séparément de ses autres emplois et obtient un caractère prioritaire par la mise en place de prérogatives particulières au titre d'une loi (A). La loi a cependant posé quelques restrictions aux droits d'usage de l'eau (B).

[1082] La programmation pluriannuelle de l'énergie en cours d'élaboration doit permettre d'atteindre les objectifs fixés par le LTECV de 23% de consommation d'énergie renouvelable en France.

[1083] Loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux (*JORF* du 10 avril 1898, p. 2226). Cette loi a organisé la gestion des eaux en se fondant sur la distinction entre cours d'eaux navigables et non-navigables.

[1084] MAURIN (G) et LORMEAU (A-M), « Les restrictions au droit d'usage de l'eau du concessionnaire de forces hydrauliques », *CJEG*, n° 233, 1970, chronique, pp. 19-26 (p. 19).

A *L'exorbitance de l'usage énergétique de l'eau*

Historiquement, les ouvrages hydroélectriques ont d'abord contribué au développement de nombreuses industries notamment dans le secteur de la métallurgie et de la papeterie. Ils ont ensuite eu vocation à satisfaire les besoins en électricité du pays pendant les conflits mondiaux afin d'assurer, dans un premier temps, le fonctionnement des industries de guerre, puis la reconstruction du pays[1085]. La suprématie de la vision énergétique de l'eau s'explique donc par le contexte historique et industriel de l'époque des premiers aménagements.

En 1919, la loi relative à l'utilisation de la force hydraulique a permis de développer une réglementation spécifique, exceptionnelle pour un usage de l'eau, dont les pratiques allaient déroger au droit commun[1086]. On a donc pensé la ressource en eau en fonction de ses usages et on a donné une priorité à l'aspect énergétique. L'objet de la loi est donc d'attribuer à l'Etat la propriété de la force motrice de l'eau. Celui-ci pourra confier l'exploitation de ce bien sous la forme d'un contrat de concession qui devra fixer les droits et obligations à la charge des futurs concessionnaires, conformément aux dispositions législatives[1087].

La primauté de l'aspect énergétique se révèle aussi dans les dispositions du cahier des charges type des entreprises hydrauliques de 1920[1088]. L'article 1er ayant vocation à définir le service concédé dispose que : « la concession à laquelle s'applique le présent cahier des charges a pour objet l'établissement et l'exploitation des ouvrages hydrauliques et de l'usine génératrice destinés à l'utilisation de la chute [...]. L'entreprise a pour objet principal (1) : [indication sur la destination de l'énergie pendant toute la durée de la concession] …. »[1089]. Nous pouvons donc

---

[1085] Voir, par exemple, EUSTATZIU (E), *Le fondement juridique et la législation des chutes d'eau*, thèse, PUF, 1922, Paris. Selon lui le raisonnement du législateur en 1919 était le suivant : « la force hydraulique est une richesse qui présente un intérêt considérable pour la Nation – c'est une richesse nationale. L'Etat doit avoir cette richesse à sa disposition et a le devoir d'aménager les forces hydrauliques au mieux des intérêts nationaux » (pp. 132-133). Voir *supra*, introduction.

[1086] La loi permettait d'ériger la force hydraulique « en activité privilégiée bénéficiaire de quelques mesures exorbitantes du droit commun » : POIRET (J), *op. cit.*, Tome I, p. 484.

[1087] La loi prévoyait deux types de gestion : la concession pour les ouvrages d'une puissance supérieure à 500 kilowatts quel que soit leur objet principal et d'une puissance supérieure à 150 kilowatts pour les entreprises ayant pour objet principal la fourniture de l'énergie à des services publics de personnes publiques (article 2 de la loi du 16 octobre 1919) et l'autorisation pour les ouvrages d'une puissance inférieure. Depuis la loi n°80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur (*JORF* du 16 juillet 1980, p. 1783), la puissance distinguant le recours à l'autorisation ou à la concession est fixée à 4.5MW et elle n'est plus différenciée selon l'objet principal du contrat (article L. 511-5 du code de l'énergie)

[1088] Décret du 5 septembre 1920 approuvant le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées sur les cours d'eau et les lacs (*JORF* du 12 septembre 1920, p. 13376).

[1089] Souligné par nos soins.

noter, au vu de la rédaction envisagée, que l'objet principal du contrat est de concéder l'exploitation de la force motrice. Il n'est en effet pas prévu de dispositions type permettant de conférer au contrat un objet complémentaire.

Dans le cadre des débats ayant eu lieu à la Chambre des députés sur le projet de loi relatif aux forces hydrauliques, on observe particulièrement cette primauté de l'aspect énergétique sur les autres usages de l'eau[1090]. Ainsi, le rapporteur de la commission spéciale, Léon PERRIER, précisait que « pour que la législation nouvelle donne tous les résultats qu'on peut en espérer, il ne suffit pas qu'elle procure aux industriels les facilités pour l'établissement des usines hydrauliques, il faut encore qu'elle permette d'assurer la meilleure utilisation possible de l'énergie que peuvent produire les cours d'eaux non-navigables »[1091]. Ainsi, il fallait limiter au maximum les restrictions à l'usage de l'eau selon les défenseurs de la loi. Malgré tout, le texte adopté prévoit que d'autres usages devront être pris en compte.

B *Une reconnaissance marginale des autres usages de l'eau*

La loi de 1919 fait toutefois référence à d'autres usages de l'eau, mais ils n'apparaissent que de manière accessoire. Ainsi, l'article 10, 2° prévoyait que le cahier des charges déterminerait « le règlement d'eau et 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 des poissons, la protection des paysages, le développement du tourisme »[1092]. Cette rédaction ne semblait toutefois pas satisfaire l'ensemble des députés ayant participé aux débats, qui auraient préféré, pour certains, une reconnaissance plus importante d'autres impacts de l'eau. Ainsi, Ferdinand BOUGERES avait déposé un amendement relatif à la problématique des inondations lors de la construction de ces ouvrages, inspiré notamment par un rapport sur les risques existants sur le bassin de la Loire[1093]. Son objectif était de s'assurer que les barrages soient placés de manière à ralentir les cours d'eau et donc à anticiper le phénomène des inondations.

[1090] Loi du 16 octobre 1919, préc.

[1091] Débats sur la loi relative aux forces hydrauliques à la Chambre des députés, Séance du 15 avril 1919 (*JORF* Débats parlementaires, Chambre des députés, du 16 avril 1919, p. 1964).

[1092] Loi du 16 octobre 1919 (*JORF* du 18 octobre 1919, p. 11523).

[1093] Ferdinand BOUGERE a exercé huit mandats à la Chambre des députés sous la IIIème République, et notamment du 26 avril 1914 au 7 décembre 1919.

Cet objectif a aussi été mis en avant par Eugène CHASSAING au sujet du bassin de l'Allier, en tant que bassin versant de la Loire[1094]. Il a alors été demandé au sous-secrétaire d'Etat des travaux publics de mettre en œuvre les moyens nécessaires afin d'étudier l'aménagement des vallées et des cours d'eau dans leur ensemble, notamment avec la prise en compte des risques d'inondation et des besoins d'irrigation. Les deux députés ont mis en exergue, dans leurs interventions, la difficulté d'adhésion à cette vision, le sous-secrétaire d'Etat précisant que ses équipes d'ingénieur étudiaient les plans d'aménagement qui ne représentaient que les ouvrages hydroélectriques sans les impacts sur les écoulements d'eau dans le bassin[1095].

Cette demande de reconnaissance des autres usages de l'eau vis-à-vis de l'hydrauforce n'était donc que très peu défendue lors du vote de la loi. Un même constat pourra par la suite être formulé à propos du modèle type de cahier des charges des entreprises hydroélectriques. En effet, on ne verra apparaitre des éléments relatifs aux usages extra-énergétiques, dans le cahier des charges type, qu'à l'article 7 intitulé « dispositions spéciales relatives à la navigation, au flottage, à la circulation des poissons, etc » et au chapitre III relatif aux conditions d'exploitation avec une référence au règlement d'eau tel que prévu par l'article 10, 2° de la loi du 16 octobre 1919[1096]. Finalement, les principales restrictions aux usages de l'eau imposées par le cahier des charges sont liées à l'intérêt général et notamment aux aspects irrigation et alimentation en eau potable. Ainsi, il était prévu qu'une part des débits soit réservée à l'intérêt général. Cette eau pouvait servir en fonction des besoins à l'agriculture, au tourisme ou encore pour assurer l'objectif de salubrité publique[1097]. Il était aussi envisagé la restitution d'un certain

---

[1094] Eugène CHASSAING a exercé cinq mandats à la Chambre des députés sous la IIIème République. Il a ensuite continué sa carrière politique dans les Assemblées du gouvernement provisoire de la République française et sous la IVème République.

[1095] Débats relatifs au projet de loi relatif à l'utilisation de l'énergie hydraulique du 1er juillet 1919 (*JORF*. *Chambre des députés* du 2 juillet 1919, p. 3087) : « M. Ferdinand BOUGERES : On vous répond toujours électricité quand vous parlez irrigations et inondations.

M. CHASSAING : Les deux questions sont liées. Lorsqu'on étudie le plan d'aménagement d'un bassin, on doit l'examiner non seulement au point de vue de l'électricité, mais encore au point de vue des irrigations et des inondations. […] » (p. 3092).

[1096] Le chapitre III est composé des articles 14 (« Obligation de se conformer aux règlements »), 15 (« Obligations relatives à l'écoulement des eaux »), 16 (« Obligations relatives à l'exercice de la navigation et du flottage et à la sauvegarde des intérêts généraux »), 17 (« Obligations relatives au rejet des eaux »), 18 (« Obligations de participer aux ententes »). La notion de règlement d'eau utilisée dans cet article n'est pas de toute rigueur. En effet, le règlement d'eau dans la loi de 1919 correspond à l'autorisation administrative confiant l'autorisation d'exploiter la force motrice de l'eau pour les chutes autorisées. La notion de règlement d'eau utilisée à l'article 10 définissant le contenu du cahier des charges des concessions correspond en fait à un certain nombre d'articles relatifs aux modalités d'exploitation de la chute. Sur cette interprétation, voir POIRET (J), *op. cit.*, pp. 719 et 720.

[1097] Article 5 du cahier des charges type approuvé par décret du 5 septembre 1920 (*JORF* du 12 septembre 1920, p. 13376).

volume d'eau pour assurer le maintien du niveau de la nappe phréatique, malgré la construction des aménagements, afin que des réserves en eau puissent être disponibles[1098].

Comme on a pu l'observer, le régime de principe des contrats de concession octroyés sur le fondement de la loi du 16 octobre 1919 a conduit à la construction d'ouvrages ayant un intérêt principalement énergétique. Ce système semble rester dominant dans la manière dont sont pensées les concessions hydroélectriques aujourd'hui. Toutefois, ce régime de principe cache quelques exceptions d'aménagements, instituées en prenant en considération, de manière plus ou moins importante, les autres usages de l'eau.

§ 3 Une exception : l'octroi de concessions à buts multiples

Le but multiple consiste à octroyer au concessionnaire plusieurs missions dans l'exercice du contrat. Il résulte souvent d'un compromis entre différents acteurs, afin que chaque partie puisse y trouver son intérêt. Ce type de concession est donc une exception à la pratique courante. Le cahier des charges type des entreprises hydroélectriques de 1999 fait toutefois référence aux ouvrages à buts multiples, à la différence du cahier des charges type de 2016 aujourd'hui en vigueur. L'article 2 du précédent cahier des charges de 1999, relatif à l'objet de l'entreprise, renvoie en effet à la note (5) selon laquelle il faut indiquer avec précision la ou les destinations de l'énergie pendant toute la durée de la concession et, le cas échéant, la finalité extra-énergétique également poursuivie par l'aménagement. Dans son premier alinéa, l'usage extra-énergétique ne se présente que comme une finalité complémentaire. En revanche, un second alinéa prévoit une référence explicite aux « aménagements à buts multiples (hydroélectrique et autres) ». Dans ce cadre, « l'objet extra-énergétique doit être indiqué de façon complète en citant la ou les différentes finalités (soutien d'étiage, irrigation, navigation, alimentation en eau potable, modulation des débits amonts, compensation de débits évaporés, écrêtement des crues, ...) ». Ainsi, on voit une sensibilité aux usages extra-énergétiques apparaître de manière expresse en 1999, qui a malheureusement disparu depuis. Les attentes fortes des acteurs du territoire ont toutefois pu être concrétisées avant 1999 dans le cadre de deux aménagements sur la Durance (A), ainsi que sur le Rhône (B).

[1098] Article 12 du cahier des charges type, préc.

A. *La production d'énergie et l'irrigation : La Durance*

L'aménagement de la Durance, sur une partie de son cours[1099], a été organisé par une loi spéciale[1100], qui prévoyait la construction d'un barrage réservoir dont l'objectif était de réguler le fleuve et ainsi permettre l'irrigation des terres situées en aval[1101]. Les modalités de cet aménagement résultent notamment du rapport de la Commission d'aménagement de la région de la Durance, qui était chargée de réaliser un travail de « synthèse des études sur l'aménagement de la région afin d'identifier les possibilités pour mettre en valeur la région sur la base d'un programme d'aménagement »[1102]. Le secteur était particulièrement pauvre à l'époque. La principale ressource économique à développer était l'agriculture. Toutefois, pour être productive, cette activité avait besoin de dispositifs d'irrigation efficaces et d'eau pendant les périodes d'étiage. La construction d'un barrage réservoir permettait de répondre à ce besoin. De plus, cet ouvrage était l'occasion d'utiliser une nouvelle chute pour les besoins de production électrique et, au surplus, de favoriser l'exploitation des débits situés à l'aval du confluent avec le Verdon (grâce à la mise en place du réservoir)[1103]. Le législateur a donc prévu de concéder la force hydraulique du fleuve à EDF à sa demande en contrepartie de la construction du barrage-réservoir et de la nécessité d'assurer une libération de l'eau retenue pendant certaines périodes sèches[1104]. Le cahier des charges relatif à l'aménagement et l'exploitation de ces ouvrages prévoit à son article 1er que « l'entreprise a pour objet principal : 1° La constitution dans la haute vallée de la Durance, d'une réserve utile de 900 millions de

---

[1099] Voir annexe 15 : Les aménagements de la vallée de la Durance

[1100] Loi n°55-6 du 5 janvier 1955 relative à l'aménagement de la Durance (*JORF* du 6 janvier 1955, p. 277).

[1101] EDF, « L'aménagement de la Durance », *La Houille blanche*, Août-septembre 1963, pp. 561- 578 (pp. 572-573) : « Alors que l'aménagement de Serre-Ponçon et celui de la basse Durance ont fait l'objet d'une loi exceptionnelle unique en raison de l'imbrication des utilisations énergétiques et agricoles et de l'importance des problèmes soulevés (entre autres le détournement de la rivière vers l'étang de Berre), l'aménagement de la moyenne Durance relève au point de vue administratif, des procédures de concession habituelles » ; VEYRET-VERNER (G), « Un grand barrage en terre : Serre-Ponçon et l'aménagement du bassin de la Durance dans les Hautes-Alpes », *Revue de géographe alpine*, 1953, tome 41 n°2, pp. 355-359 (p. 359) : « Aussi, grâce à la construction du barrage de Serre-Ponçon, la vallée de la Durance peut-elle devenir une véritable vallée pilote. Jusqu'à cette date, dans les Alpes, les rapports entre vie rurale, industrie et tourisme ont été des compromis imposés par les circonstances, sans plan d'ensemble, et qui ont surgi au gré d'une implantation industrielle ou d'un développement touristique en général liés à l'initiative personnelle ou celle de grosses sociétés. Il serait intéressant d'assister à une rénovation planifiée bien menée qui permettrait de voir s'il est possible de réaliser actuellement, dans les vallées alpestres, un équilibre démographique et économique. C'est le vœu que nous formons pour elles ».

[1102] Arrêté du 23 novembre 1951 relatif à la création d'une commission d'aménagement de la Région de la Durance (*JORF* 23 novembre 1951, p. 11653). Cette commission a été créée par le Ministère de la reconstruction et de l'urbanisme.

[1103] EDF a donc construit 5 usines (Jouques, Saint-Estève, Mallemort, Salon et Saint-Chamas) sur une dérivation située entre le confluent du Verdon et l'étang de Berre. On parle de l'aménagement de la basse Durance.

[1104] Ce partage de l'eau a été organisé dans le cadre d'une convention conclue entre le Ministre de l'agriculture et EDF le 24 novembre 1953 (*JORF* du 20 février 1955).

mètres cubes d'eau environ, destinée tant à améliorer le régime des usines situées à l'aval qu'à améliorer le régime des irrigations agricoles de la Durance ; 2° La production d'énergie électrique en vue de la fourniture aux usagers dans le cadre des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur »[1105]. On observe donc, à la lecture du cahier des charges, que l'aménagement de la Basse-Durance, ainsi que du réservoir de Serre-Ponçon, consiste en l'octroi d'une concession mixte. L'objectif d'irrigation apparaît d'ailleurs en premier dans le texte, avant même la production d'électricité. Ainsi, la double mission octroyée au concessionnaire est bien plus présente que dans le cas du Rhin, où la mission navigation n'est qu'un accessoire de l'aménagement hydroélectrique[1106]. Dans le cas de la Durance, la construction du réservoir pour les besoins de l'irrigation est un préalable à tout aménagement hydroélectrique[1107]. La concession de la Basse-Durance, qui affecte l'aménagement à deux usages, doit donc être qualifiée de concession à buts multiples dès son attribution.

Cet aménagement illustre l'intérêt d'un aménagement global d'une vallée. Il est l'illustration du « compromis longtemps recherché entre les impératifs de l'agriculture et de l'industrie »[1108], d'une réflexion générale à l'origine d'un aménagement destiné à répondre aux besoins et aux attentes des différentes parties prenantes. Différents auteurs et observateurs mettent en avant les avantages d'une telle organisation : pour ces derniers, « la conception globale des problèmes d'aménagements des eaux qui s'est concrétisée par des dispositions législatives et réglementaires adéquates, et en mettant en œuvre des techniques de plus en plus poussées […] » a permis de satisfaire les besoins de plus en plus importants en eau[1109]. Mais l'aménagement a aussi permis le développement d'une activité de tourisme, par la création du lac de Serre-Ponçon notamment. Cette nouvelle activité résulte des demandes des territoires. EDF a donc conclu une convention visant à assurer le maintien de la côte du plan d'eau pendant

---

[1105] Cahier des charges du 8 juillet 1959 approuvé par le décret du 28 septembre 1959 concédant à Electricité de France (service national) l'aménagement et l'exploitation de la chute et du réservoir de Serre-Ponçon, sur la Durance, et des chutes à établir sur la dérivation de la Durance, entre le confluent du Verdon et l'étang de Berre (*JORF* du 7 octobre 1959, p. 9670). L'exploitation et l'aménagement de la chute de Serre-Ponçon est soumis en parallèle à un cahier des charges spécial approuvé par décret du 26 septembre 1961 approuvant la convention et le cahier des charges spécial de la chute de Serre-Ponçon, sur la Durance (*JORF* du 7 octobre 1961, p. 9161).

[1106] Voir *supra*, Chapitre 1, Section 1, § 1, A, 2.

[1107] Voir EDF, « L'aménagement de la Durance », *La Houille blanche*, Août-septembre 1963, pp. 561- 578 ; JEAN (A) et al., « Utilisations et transferts des eaux de la Durance et du Verdon », *Méditerranée*, troisième série, tome 43, 1981, pp. 23-37.

[1108] MECLOT (B) et al., « Evolution de l'exploitation des ouvrages. Ouvrages à buts multiples. », *La houille blanche*, n°2/3, 1992, pp. 125-128 (p. 125).

[1109] JEAN (A) et al., « Utilisations et transferts des eaux de la Durance et du Verdon », *op. cit.*, p. 23.

la période estivale, afin de développer les activités nautiques sur le lac. Finalement, les bienfaits économiques de l'aménagement s'illustrent par le développement des activités agricoles et touristiques, mais aussi par la création d'emplois pour assurer l'entretien et l'exploitation des centrales et des canaux et, enfin, par la perception de redevances pour les communes riveraines.

L'exemple de la Durance illustre ainsi l'existence de concessions à buts multiples, mais c'est aussi un exemple d'association des collectivités riveraines aux ressources générées par l'aménagement hydroélectrique. Ce partage des ressources est toutefois limité à un avantage en nature, par le bénéfice de l'utilisation de la ressource en eau. En effet, EDF doit un volume d'eau, mais il n'assure pas la gestion d'une mission d'irrigation. Une société, la Société du canal de Provence (SCP), a été créée spécifiquement pour l'exploitation d'un contrat de concession relatif à la construction du canal de Provence et d'aménagement hydraulique et agricole du bassin de la Durance[1110]. Son périmètre d'intervention était donc plus large que celui du barrage-réservoir de Serre-Ponçon, mais il se superposait au périmètre d'aménagement hydroélectrique de la Durance, comme le prouvent les visas du décret citant la loi relative à l'aménagement de la Durance et le décret confiant la concession de la basse-Durance à EDF[1111].

L'exploitation d'un seul ouvrage pour une double-mission est une limite qui n'existe pas sur le Rhône. La différence entre ces deux aménagements vient de l'initiative de leur création et du contexte historique. Ainsi, l'aménagement mixte de la Durance résulte d'une initiative de l'Etat. Dans le contexte des années 1950, le financement de ces ouvrages était simplifié. EDF, dans le cadre de son monopole dans le domaine de la production d'électricité, devait assurer le financement de l'usine hydroélectrique, mais l'investissement a été partagé avec le Ministre de l'agriculture dans des conditions prévues pour la convention de 1953 qui prévoyait à son titre II une participation financière à la construction du barrage-réservoir de Serre-Ponçon. Quant à l'aménagement du Rhône, il a été voulu par les collectivités et les missions « non-rentables » ont été financées par la production d'électricité[1112].

[1110] Décret n° 63-509 du 15 mai 1963 portant concession générale des travaux de construction du canal de Provence et d'aménagement hydraulique et agricole du bassin de la Durance (*JORF* du 25 mai 1963, p. 4749).

[1111] Loi n°55-6 préc. et décret du 28 septembre 1959 préc.

[1112] SPILL (C), « L'équipement hydroélectrique de la Provence », in *Méditerranée*, troisième série, tome 39, 2 mars 1980, L'eau en Provence-Alpes-Côte d'Azur, pp. 77-86.

B. *La CNR : le vœu d'élus locaux de tirer profit des ressources à leur disposition*

La loi de 1921 sur l'aménagement du Rhône prévoyait plusieurs catégories d'actionnaires qui devaient être représentées au sein de la société concessionnaire à créer[1113]. Différentes collectivités territoriales figuraient parmi celles-ci. Cette participation s'explique par les spécificités du contrat de concession du Rhône, qui est un contrat à buts multiples. Les discussions sur l'aménagement du Rhône ont germé avant même l'adoption de la loi de 1919. Elles ont été initiées par les collectivités, contrairement à la Durance, avec la mise en place de la commission interdépartementale pour l'aménagement du Rhône, créée le 3 février 1901, initialement sous la présidence d'Antonin GOURJU[1114], auquel succédera Léon PERRIER[1115]. Le résultat de ces travaux a conduit à la présentation d'un projet de loi dès 1919 à la Chambre des députés[1116]. L'objectif était d'organiser l'aménagement du fleuve afin qu'il réponde aux attentes des différentes collectivités riveraines. Il était notamment nécessaire d'aménager le cours d'eau pour y faciliter la navigation à la demande des Villes de Lyon et Marseille et afin de mettre en place des moyens d'irrigation pour le Sud du bassin rhodanien[1117]. La production hydroélectrique permettait de répondre aux besoins en énergie sur le linéaire du Rhône, de financer les ouvrages non rémunérateurs liés aux missions de navigation et d'irrigation et d'assurer une production d'énergie électrique pour alimenter l'agglomération parisienne[1118]. Ces objectifs ressortent des travaux de la Commission interdépartementale lors du Congrès de Marseille organisé du 25 au 29 août 1918 : « Considérant que l'aménagement du Rhône doit être réalisé au triple point de vue de la navigation, de l'irrigation et des forces motrices ;

Considérant que, pour résoudre le problème de l'aménagement du Rhône, il importe de ne point séparer, dans la réalisation, la navigation de l'irrigation et des forces motrices ;

[1113] Loi du 27 mai 1921 approuvant le programme des travaux d'aménagement du Rhône, de la frontière suisse à la mer, au triple point de vue des forces motrices, de la navigation et des irrigations et autres utilisations agricoles, et créant les ressources financières correspondantes (*JORF* du 28 mai 1921, p. 6210).

[1114] Le premier Président de la Commission nommé était en effet Antonin GOURJU, sénateur du Rhône de 1900 à 1909 et de 1920 à 1926.

[1115] Note de la rédaction, « Sur la nécessité de la création d'un canal de grande navigation dans la vallée du Rhône », *La houille blanche*, n°4, avril 1903, pp. 115-117

[1116] Proposition inscrite à la séance du 9 août 1919 avec demande de renvoi à la Commission de l'énergie hydraulique (*JORF* Débats parlementaires, Chambre des députés, 10 août 1929, p. 3965).

[1117] Sur l'aménagement du Rhône, voir, par exemple : SPILL (C), *op. cit* ; GIANDOU (A), *La compagnie Nationale du Rhône. 1933-1998*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1999.

[1118] Cette situation historique explique d'ailleurs que le département des Hautes-Seine soit encore représenté au sein du capital de la CNR.

Considérant que le périmètre direct de l'aménagement du Rhône a besoin, pour son développement économique, de quantités considérables de forces motrices ;

Pose comme principe que le problème de l'aménagement du Rhône constitue un tout intangible qui ne peut, dans aucun cas, être mutilé par l'octroi de concessions à des intérêts particuliers ou à une collectivité agissant isolément […] »[1119].

Après vingt années de travaux le projet de loi a été déposé en 1919 et adopté le 27 mai 1921[1120]. Son adoption fut facilitée par l'influence exercée par des hommes politiques de la région Rhône-Alpes. Ainsi, Edouard HERRIOT, alors maire de Lyon, député du Rhône et Président du parti radical a pu, par ses fonctions, appuyer le projet d'aménagement du fleuve et trouver des soutiens aux différents niveaux de la prise de décision. De la même manière, cette loi a pu être votée grâce à l'appui de Léon PERRIER, rapporteur de la loi, alors sénateur de l'Isère, qui a aussi été le premier président de la Compagnie nationale du Rhône (CNR), société concessionnaire.

Cette loi organise donc l'octroi d'une concession à buts multiples à une société unique. Le cahier des charges général (CCG), qui attribue la concession à la CNR, est approuvé par le décret du 5 juin 1934[1121]. La société est chargée de produire de l'énergie électrique, d'aménager la voie navigable sur l'ensemble du fleuve et de créer des ouvrages afin d'assurer l'irrigation[1122]. La loi a donc envisagé l'aménagement du Rhône dans une concession unique attribuée à une société unique pour l'exécution d'une triple mission. Chaque chute fait ensuite l'objet d'un cahier des charges spécial (CCS). Une chute est donc soumise aux règles générales permettant d'assurer une unité de la concession de zone (CCG) et aux règles propres à ses spécificités (CCS)[1123]. Ce dispositif a aussi permis d'étaler les travaux dans le temps.

[1119] « L'Aménagement du Rhône. Le congrès de Grenoble », *La houille blanche*, n°4, juillet-août 1919, pp. 144-153.

[1120] Loi du 27 mai 1921, préc.

[1121] Le CCG de la CNR a été approuvé par le décret du 5 juin 1934 relatif au contrat de concession général de l'aménagement du Rhône (*JORF* du 14 juin 1934, p. 5886). Il a fait l'objet d'un décret spécifique, la CNR n'étant pas soumise au cahier des charges type prévu par la loi de 1919.

[1122] Article 1er du cahier des charges général : « La concession à laquelle s'applique le présent cahier des charges a pour objet l'établissement et l'exploitation des ouvrages nécessaires à l'aménagement du Rhône entre la frontière suisse et la mer au triple point de vue de l'utilisation de la puissance hydraulique, de la navigation, de l'irrigation et des autres emplois agricoles. […] ».

[1123] La notion de concession de zone apparaît dans l'ouvrage de Jean POIRET. V. POIRET (J), *Droit de l'hydroélectricité*, EDF et Ed. Economica, 2004, Tome 1, p. 142 : « L'aménagement comporte plusieurs chutes comme susdit mais il y a deux types de concession. La concession de zone définie par un CDC-général comporte d'une part les clauses communes aux différentes chutes et d'autre part la détermination cursive de chaque chute (rivière captée, implantation géographique, calendrier de réalisation, appellation, ...). Chaque chute est régie par un CDC spécial qui lui est propre, lequel énonce d'une part des

L'assemblée constitutive de la société concessionnaire ne se déroulera que le 27 mai 1933[1124], puisqu'il faudra attendre 10 ans pour voir publier le décret d'application de la loi approuvant le programme d'aménagement du Rhône[1125]. La CNR s'est finalement vu confier, le 13 juin 1934, le contrat de concession[1126]. Les trois missions à exercer sont solidaires et ont la même importance. La conception de la concession du Rhône consistait donc quasiment en une loi d'aménagement d'un fleuve et des territoires attenants. Aucune autre concession hydroélectrique française, dans sa version initiale, n'allait aussi loin dans l'objectif d'aménagement, qui n'était d'ailleurs pas envisagé par la loi de 1919.

Cet exemple est donc singulier au regard de la loi de 1919, qui donnait une priorité à l'usage énergétique de l'eau. Bien que les modifications de la législation relative aux concessions hydroélectriques présentent une forme de continuité avec la loi de 1919, on doit noter une évolution de la prise en compte des différents usages de l'eau, dans l'exploitation des ouvrages hydroélectriques. Ainsi, Jean POIRET note que « la loi fondamentale sur l'hydrauforce a connu de nombreuses modifications l'adaptant à l'évolution des mentalités et des législations connexes », notamment par l'application de nouvelles réglementations relatives à l'eau qui ont conduit à temporiser la priorité de son usage énergétique [1127]. Par conséquent, les modalités d'exploitation des concessions hydroélectriques ont évolué, même si les contrats n'ont pas été renouvelés.

---

clauses se contentant de renvoyer aux clauses correspondantes de CDC-général, d'autre part des clauses spécifiques à la chute concernée ».

[1124] Après le dépôt très attendu des statuts de la société par Léon PERRIER le 11 octobre 1932.

[1125] Règlement d'administration publique d'application de la loi du 27 mai 1921 du 13 janvier 1931 (*JORF* du 16 janvier 1931, p. 511).

[1126] Décret du 5 juin 1934, préc. L'année de départ pour calculer l'expiration du titre est différente de la date d'attribution du titre. En effet, le point de départ a été fixé à l'année 1948. Par conséquent, la concession accordée à la CNR pour une durée de 75 ans expirera le 31 décembre 2023 (article 31 du CCG). L'année 1948 correspond à la fin de la construction du premier aménagement hydroélectrique établi sur le Rhône : le barrage de Génissiat (ces travaux ont été autorisés par courrier du Ministre des travaux publics du 29 août 1938). Les travaux de cette construction monumentale, de 104m de haut, 100m de large et 65m de chutes, d'une puissance de 420MW permettant de produire un milliard et demi de kw par heure, surnommée le « Niagara » français, ont commencé en 1938.

[1127] POIRET (J), *op. cit.*, Tome I, p. 485.

Section 2 La nécessaire prise en compte des autres usages de l'eau dans l'exploitation des concessions hydroélectriques

Depuis la loi de 1919, avec sa vision purement énergétique, les priorités du législateur ont changé. Il est apparu une volonté de créer une gestion intégrée de l'eau. Cette gestion intégrée et les multiples usages qui en découlent sont omniprésents dans l'exploitation des concessions hydroélectriques, en lien avec les attentes des acteurs intéressés sur les territoires (§ 1), d'autant plus que les concessions hydroélectriques présentent pour la plupart une forte rentabilité, parfois qualifiée de rente. Afin de limiter ce phénomène, l'Etat a prévu de mettre à la charge du concessionnaire des redevances plus importantes (§ 2). Toutefois cette solution, à elle seule, nous semble insatisfaisante. Elle conduit notamment à s'écarter d'une réflexion d'ensemble sur l'exécution de ces contrats, qui pourrait permettre d'intégrer de nouvelles conditions d'exploitation prenant en compte une gestion intégrée de l'eau (§ 3).

§ 1 L'évolution des restrictions à l'usage énergétique de l'eau

La législation a évolué vers la reconnaissance d'une gestion intégrée de l'eau. Ainsi, ses différents usages ne sont plus sectorisés. Ils doivent être pensés dans leur ensemble pour satisfaire les utilisateurs (A). Cette intégration a conduit à modifier les obligations à la charge du concessionnaire hydroélectrique, afin de prendre en compte de nouveaux besoins. Le cadre légal est d'ailleurs allé beaucoup plus loin, avec l'intégration d'un nouveau document annexé aux contrats de concession hydroélectrique : le règlement d'eau[1128] (B).

A. La gestion intégrée de l'eau

Les concessions pour lesquelles les opérateurs interviennent au-delà de l'exploitation énergétique de la ressource en eau, mais qui pour autant ne comportent pas de double-mission au titre de leur cahier des charges, peuvent être qualifiées de concessions à usages multiples[1129].

[1128] La notion de règlement d'eau est apparue dans la loi de 1919, dans son article 10 concernant les contrats de concession. Le règlement d'eau semblait correspondre à un certain nombre d'articles du cahier des charges général type de 1920 (articles 7 et 16 relatifs à la navigation, au flottage et aux autres intérêts généraux). Il ne constituait un document *ad hoc* que pour les installations sous le régime de l'autorisation. Le modèle de ce règlement d'eau a été approuvé par le règlement d'administration publique du 13 juillet 1920 (*JORF* du 8 août 1920, p. 11473). Le règlement d'eau deviendra un document à part entière des concessions hydroélectriques avec 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 (*JORF* n°242 du 18 octobre 1994, p. 14768).

[1129] La notion de chutes à usages multiples est empruntée à Jean Poiret : v. POIRET (J), *op.cit.*, Tome II, p. 1734.

Ces usages sont parfois reconnus préalablement à l'octroi du contrat de concession. Dans ce cas, les obligations du concessionnaire sont prévues par le cahier des charges. Ils résultent, dans d'autres hypothèses, des demandes postérieures des riverains, que l'industriel accepte de satisfaire[1130]. Cette situation est fréquente au vu de l'antériorité de la plupart des contrats et de leur durée particulièrement longue (75 ans pour une grande partie des concessions initiales). Au-delà des exceptions résultant des concessions à buts multiples, que nous avons pu étudier précédemment, le régime général de la force hydraulique a évolué. Ainsi, comme le souligne M. POIRET, « l'exploitation hydroélectrique [est] considérée non-plus comme l'utilisation prioritaire du cours d'eau (esprit de la loi de 1919 jusqu'en 1992) mais comme une des activités, parmi d'autres, sur la rivière ; c'est la gestion multi-usage de l'eau »[1131]. Ces pratiques ont d'ailleurs été marquées par une nouvelle vision de la gestion de la ressource en eau, qui est pensée de manière intégrée depuis 1992[1132].

Si la situation a évolué, avec la prise en compte des différents usages, cette nouvelle approche restait toutefois sectorisée jusqu'à la loi sur l'eau de 1992. Ces évolutions antérieures ont pourtant permis de marquer l'importance d'autres usages de l'eau : on peut notamment citer les lois relatives à la lutte contre les pollutions (1964), à la protection de la nature (1976) ou à la pêche (1984)[1133]. Le législateur a finalement marqué un tournant dans sa vision de l'eau, en inscrivant enfin, dans la loi sur l'eau de 1992, une approche globale de sa gestion. Dans cette loi, on envisage la gestion de l'eau comme une ressource qui permet d'exercer de nombreuses activités[1134]. Les évolutions de la législation hydroélectrique résultent donc de l'application de nouvelles dispositions, qui ont conduit à modifier la manière de concevoir les concessions hydroélectriques telles qu'elles ont été créées au début du XXème siècle. Concernant l'analyse de la loi de 1992, Jean POIRET indique que « juridiquement l'activité hydroélectrique est moins que jamais relativement autonome et, depuis 1992, s'analyse de plus en plus comme une

---

[1130] POIRET (J), *op. cit.*, Tome II, p. 1793 : « Les hydroélectriciens et surtout EDF (qui gère 75% des réserves en eau de surface en France) se trouvent de plus en plus placés face à des demandes externes, souvent non-prévues dans le titre administratif initial et qui conduisent à une gestion sous contraintes des chutes, particulièrement lors de renouvellement de titre ».

[1131] POIRET (J), *op. cit.*, p. 1793.

[1132] Loi n°92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau (*JORF* n°3 du 4 janvier 1992, p. 187).

[1133] Loi n°64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution (*JORF* du 18 décembre 1964, p. 11258) ; loi n°76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature (*JORF* du 13 juillet 1976, p. 4203) ; loi n°84-512 du 29 juin 1984 relative à la pêche en eau douce et à la gestion des ressources piscicoles (*JORF* du 30 juin 1984, p. 2039).

[1134] La loi prévoit aussi la mise en place d'un régime unique d'autorisation et de déclaration sur la base d'une nomenclature. La nomenclature initiale a été instituée par le décret n°93-743 (*JORF* n°75 du 29 mars 1993, p. 5607).

modalité parmi d'autres de l'exploitation économique de l'eau, cette exploitation obéissant dorénavant à maintes dispositions communes ou harmonisées »[1135]. Ainsi, le contrat de concession hydroélectrique, au-delà des évolutions impulsées par l'ouverture du marché de l'électricité, sous l'influence des directives européennes, s'est adapté aux nouvelles contraintes imposées au concessionnaire dans la gestion de l'eau[1136]. L'évolution du régime juridique de l'eau a fait l'objet de nombreuses avancées depuis 1992, notamment avec la prise en compte de la problématique inondation (1995 et 2003) et la transposition de la directive cadre sur l'eau relative à la gestion équilibrée et durable de la ressource en eau, qui passe notamment par une évolution des documents de planification de l'eau (2004)[1137]. La dernière loi majeure sur l'eau et les milieux aquatiques a par ailleurs permis de renforcer la gestion globale, durable et équilibrée de la ressource en eau, en donnant une valeur réglementaire au schéma d'aménagement et de gestion de l'eau (SDAGE), qui est désormais opposable aux tiers. Ce schéma doit notamment identifier « les sous sous-bassins ou parties de sous-bassins dans lesquels une gestion coordonnée des ouvrages, notamment hydroélectriques, est nécessaire »[1138]. Cette gestion coordonnée doit ainsi permettre d'assurer le respect d'objectifs de qualité et de quantité des eaux afin d'assurer une gestion équilibrée et durable de la ressource en eau[1139]. La loi de 2006 a aussi permis de renforcer les sanctions pénales en créant un organisme dédié à la protection de l'eau, l'Office nationale des Eaux et des Milieux Aquatiques (ONEMA), auquel l'Agence Française pour la Biodiversité (AFB) s'est depuis substituée[1140].

La mise en cohérence entre les objectifs de développement de la production d'énergie renouvelable, et donc de l'hydroélectricité, et des objectifs environnementaux, comme le bon

---

[1135] POIRET (J), *op. cit.*,, p. 313.

[1136] Voir MECLOT (B) et *al*., « Evolution de la conception et de la gestion des aménagements hydroélectriques », *La houille blanche*, n°7/8, 1991, pp. 559-563.

[1137] Loi n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement (*JORF* n°29 du 3 février 1995, p. 1840) ; loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages (*JORF* n°175 du 31 juillet 2003, p. 13021) ; loi n°2004-338 du 21 avril 2004 portant transposition de la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau (*JORF* n°95 du 22 avril 2004, p. 7327).

[1138] Art. L. 212-1, IX du Code de l'environnement.

[1139] Les orientations de gestion durable et équilibrée de la ressource en eau sont définies à l'article L. 211-1 du code de l'environnement.

[1140] Loi n°2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques (*JORF* n°303 du 31 décembre 2006, p. 20285). L'AFB est un établissement public créé au 1er janvier 2017 par la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (*JORF* n°0184 du 9 août 2016).

état des milieux aquatiques, n'est pas impossible[1141]. Toutefois, elle nécessite de faire des compromis limités sur chacun de ces objectifs. Ainsi, sur le bassin de la Dordogne, une analyse a été menée à la demande de l'Etablissement public territorial de bassin, afin de déterminer les capacités d'augmentation de la production d'électricité d'origine hydraulique compatibles avec le bon état des milieux aquatiques[1142]. Finalement, cette analyse conclut que la valorisation de la force motrice de l'eau est possible, sous réserve d'un certain nombre d'aménagements portant, en particulier, sur l'augmentation des débits réservés, une limitation des éclusées et le rétablissement des continuités piscicoles. De plus, afin de limiter la dégradation des milieux aquatiques, et pour atteindre les objectifs de développement des énergies renouvelables, priorité semble devoir être donnée à l'augmentation de capacité des aménagements existants, plutôt qu'à la création de nouveaux ouvrages. Cette étude recommande enfin que « dans le cadre du renouvellement de la concession Haute-Dordogne, un pourcentage de l'activité induite par la production hydroélectrique devra ainsi être reversé au titre du bassin versant, pour y engager des actions environnementales, de préservation et de restauration des milieux »[1143]. Ce travail de réflexion sur la mise en cohérence entre des objectifs distincts attribués aux différents usages de l'eau illustre selon nous la nécessité de faire évoluer les contrats de concession hydroélectrique, afin de favoriser la conciliation entre ces usages.

L'évolution des usages se remarque encore plus spécifiquement, pour les concessions hydroélectriques, dans la mise en œuvre des consultations « GEDRE », c'est-à-dire relatives à la gestion équilibrée et durable de la ressource en eau. La première consultation a été menée lors du renouvellement de la concession de Lassoula-Tramezaygues, alors exploitée par la SHEM, entre le 1er décembre 2011 et le 1er mars 2012. C'était le premier contrat qui devait faire l'objet d'une procédure de renouvellement, en conformité avec le décret de 2008, et donc dans le respect des procédures de publicité et de mise en concurrence. La procédure a été engagée, suite à l'annonce du 22 avril 2010 du Ministre de l'écologie, Jean-Louis Borloo, du programme « Dix Chutes ». Le dispositif de consultation GEDRE a été mené à terme et une synthèse a été

[1141] V., par exemple, LABROUSSE (F) et SIMON (E), « Les conditions d'une gestion durable de la ressource en eau », *ACCP*, mars 2009, pp. 50-53.

[1142] EPIDOR, *Etude du schéma de cohérence entre la production d'hydroélectricité et le bon état des milieux aquatiques sur le bassin de la Dordogne*, Rapport de novembre 2011, 111 p.

[1143] *Ibid*, p. 70

publiée en avril 2012[1144]. Le contrat est actuellement en délais glissants, puisqu'il est arrivé à échéance en 2012. Il était initialement prévu qu'il soit attribué fin 2013. Toutefois, la procédure d'attribution du contrat a finalement été remise en cause avec le changement de majorité en 2012. En effet, le nouveau gouvernement a souhaité revoir les dispositions applicables aux contrats de concession hydroélectrique, avant d'organiser les procédures d'attribution. La remise en concurrence avait été annoncée par le communiqué de presse de la Préfète des Hautes-Pyrénées du 10 juin 2016, actualisant la synthèse GEDRE. Au vu de la durée écoulée depuis la fin de la consultation, le 1er mars 2012, celle-ci a été relancée. Ainsi, il était possible de modifier ou d'apporter de nouvelles contributions pour l'ensemble des acteurs concernés. La consultation initiale a permis d'identifier différents thèmes comme l'« environnement », la « production d'énergie », le « tourisme », le « système Neste » et la « sécurité »[1145]. Un certain nombre de nouvelles catégories de contribution sont en outre apparues lors de la réouverture de la consultation. Ainsi, la synthèse présente quatre nouvelles catégories : les « aspects financiers », la « durée de la concession et de la procédure de renouvellement », l'« équilibre entre les différents enjeux » et les « aspects sociaux ». L'analyse des différentes contributions permet ainsi de mettre en exergue les attentes fortes dans l'usage extra-énergétique de l'eau[1146]. On peut par exemple noter une demande de développement du tourisme industriel autour de l'aménagement, qui est assortie de nombreuses propositions concrètes d'intervention du concessionnaire, qui vont au-delà de ses missions initiales[1147]. Ainsi, il a notamment été demandé de préserver un certain volume d'eau, dans le cahier des charges, afin d'assurer le maintien des sports d'eau et la satisfaction des besoins pour la neige de culture. On retrouve enfin les attentes déjà étudiées portant sur l'augmentation des débits réservés de certains ruisseaux, afin d'assurer l'activité de pêche et la protection des milieux aquatiques, et des demandes liées à la poursuite des activités pastorales. Les opérateurs industriels, EDF et France Hydroélectricité, qui sont intervenus dans le cadre de la procédure, ont, quant à eux, fait part de

---

[1144] Préfecture des Hautes-Pyrénées, *Consultation des acteurs et usagers de l'eau pour la gestion équilibrée et durable de la ressource en eau. Synthèse*, avril 2012, 16 p. (disponible sur le site internet de la DREAL Languedoc-Roussillon-Midi-Pyrénées).

[1145] Le système Neste a pour objectif d'acheminer l'eau des Pyrénées, par des voies naturelles et artificielles, vers la Gascogne.

[1146] On peut aussi noter les intérêts financiers des acteurs locaux qui souhaitent pouvoir intégrer le capital de la société qui exploitera la concession, en application du régime des SEMH. Les acteurs locaux qui ont fait connaitre leur intérêt sur ce sujet sont : le syndicat thermal et touristique de la Haute Vallée du Louron, la mairie de Loudenvielle, la Communauté de Communes de la vallée du Louron et la Mairie de Génos.

[1147] Ainsi, les demandes liées au développement du tourisme industriel sont : l'ouverture du téléphérique d'accès à la concession, la sécurisation et l'entretien des chemins, l'aménagement d'un parking, la mise à disposition du refuge de Lassoula et la participation financière aux différents travaux.

leur souhait d'investir pour augmenter la production d'énergie, et donc d'assurer le juste équilibre entre les différents usages de l'eau dans le cadre de l'exploitation des aménagements.

Les contributions que l'Etat souhaitera retenir à l'issue de cette procédure seront intégrées dans le contrat de concession à signer. On devrait principalement les retrouver dans une de ses annexes, le règlement d'eau.

B. Le règlement d'eau

Le règlement d'eau est une nouvelle pièce du dossier de demande de concession, tel qu'il a été révisé par le décret n°94-894[1148]. Ce document doit présenter les conditions techniques relatives à l'exploitation normale des ouvrages dans toutes les situations connues et prévisibles[1149]. Selon Jean POIRET, « il s'agit d'une pièce inédite dont le contenu précis n'est pas défini mais dont l'enjeu est capital car elle peut englober l'essentiel des conditions normales et exceptionnelles d'exploitation ; faute pour le pétitionnaire d'y prendre garde le règlement d'eau pourrait devenir un véritable cheval de Troie ; il ouvre la possibilité de réduire l'intérêt du régime concédé vis-à-vis du régime autorisé »[1150].

Le règlement d'eau est un document réglementaire, approuvé par arrêté préfectoral. A ce titre, il constitue un acte unilatéral[1151]. Le conseil d'Etat, dans son étude sur l'eau et son

---

[1148] 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 (*JORF* n°242 du 18 octobre 1994, p. 14768). Le règlement d'eau est dorénavant un document obligatoire de la consultation, puisque l'ensemble du dossier de demande de concession, tel que prévu à l'article R. 521-10 du code de l'énergie, est soumis aux procédures de consultation prévues par les articles R. 521-12 à R. 521-24 du code de l'énergie. Or, le dossier de demande de concession doit comporter un projet de règlement d'eau (art. 2, II, A, 2 de l'arrêté du 13 février 2017 portant diverses dispositions d'application de la partie réglementaire du code de l'énergie relatives aux concessions d'énergie (*JORF* n°0039 du 15 février 2017, texte n°6).

[1149] Les hypothèses à étudier sont notamment relatives aux :

« - les débits minimaux applicables, prise d'eau par prise d'eau, dans le respect de la plage, ou des plages, de débit fixée(s) dans le cahier des charges ;

- la vie piscicole ;

- les moyens d'analyse, de mesure, de contrôle et de suivi des effets de l'ouvrage sur l'eau, le milieu aquatique ainsi que sur les autres usages de l'eau ;

- les moyens d'intervention en vue d'assurer la protection des tiers en cas d'incident ou d'accident ;

- la suppression des embâcles et le dégrillage ;

- les modalités de gestion du transit sédimentaire ;

- le mode de restitution des eaux prélevées et la qualité des eaux restituées, notamment son oxygénation. » (article R. 521-28 du code énergie).

[1150] POIRET (J), *op. cit.*, p. 708.

[1151] Sur cette question, voir POIRET (J), *op. cit*, pp. 708 -712 : « Le règlement d'eau est d'une nature juridique différente du cahier des charges et cette différence fait qu'un règlement d'eau mal maîtrisé par le concessionnaire peut partiellement se substituer à ce cahier. [...] Le règlement d'eau est uniquement réglementaire. [...] Ainsi le règlement d'eau n'est-il pas issu d'un

droit indique ainsi que « la doctrine considère à juste titre que ce règlement, quoique introduit comme un des éléments d'un contrat de concession, ne présente ni une nature contractuelle ni celle d'un cahier des charges, mais celle d'une mesure unilatérale de police fixant les conditions d'exploitation d'un ouvrage »[1152]. Il n'y a donc aucune possibilité de refuser le contenu du document dans un premier temps, sauf à ce que celui-ci bouleverse l'équilibre économique du contrat, hypothèse dans laquelle un recours contre l'acte administratif devant le juge est toujours possible[1153].

Le règlement d'eau peut intervenir à différents moments du contrat. Il faut distinguer deux hypothèses. Dans chacune d'elles, l'impact du règlement d'eau sur la concession est variable.

Le premier cas est celui de l'attribution d'un nouveau contrat. Le règlement d'eau sera alors proposé par le Préfet et soumis à l'avis des Conseils départementaux de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques des départements (CoDERST). Le candidat aura dans ce cas la possibilité, s'il le souhaite, de répondre par écrit aux observations des conseils. Le règlement d'eau sera ensuite approuvé par l'autorité compétente (Préfet ou ministre de l'énergie)[1154]. Dans le cadre de cette procédure, aucun avis ne lie les autorités compétentes pour l'attribution de la concession. La contrainte de ce document tient donc à son caractère unilatéral. Son contenu est encadré par l'article R. 521-28 du code de l'énergie, qui liste les prescriptions

---

accord entre le préfet et le pétitionnaire mais d'une discussion entre ce fonctionnaire et ses services [...] ; à cette discussion la participation de l'usinier n'est bien évidemment pas exclue mais le pétitionnaire peut ne pas être en mesure de faire inscrire au règlement d'eau ce qu'il souhaite » (pp. 708-709).

[1152] Conseil d'Etat, *L'eau et son droit*, 2010, La documentation française, p. 375

[1153] La Cour administrative d'appel de Paris indique ainsi « qu'une modification unilatérale des conditions d'exploitation d'une installation d'énergie hydroélectrique concédée par l'Etat, même lorsqu'elle porte sur le règlement d'eau annexé au cahier des charges et constitue ainsi une mesure de police, et qu'elle est motivée, comme en l'espèce, par une menace majeure pour le milieu aquatique, ouvre droit à indemnisation lorsqu'elle emporte une rupture de l'équilibre général de l'exploitation, voire une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général qu'elle poursuit » : CAA Paris, 2 mars 2012, *EDF*, N° 10PA05771, Inédit au *Rec*. Le conseil d'Etat a confirmé cette solution dans sa décision CE, 26 décembre 2013, n°359230, *EDF*, Inédit au *Rec*.

[1154] Article R. 521-19 du Code de l'énergie : « Les avis rendus sur les projets de cahier des charges et de règlement d'eau par le ou les conseils départementaux de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques ainsi que les modifications de ces documents proposées par l'autorité administrative pour en tenir compte sont portés, par le préfet, à la connaissance du concessionnaire pressenti, qui dispose d'un délai d'un mois à compter de leur réception pour lui formuler ses observations par écrit.

A compter de la transmission des observations par le concessionnaire pressenti ou à l'échéance du délai d'un mois mentionné au précédent alinéa, le préfet statue par arrêté sur le règlement d'eau. Si la concession est située sur plusieurs départements, il est statué par arrêté conjoint des préfets intéressés.

Le règlement d'eau, arrêté préalablement à l'acte approuvant le contrat de concession, entre en vigueur à la date où le cahier des charges mentionné à l'article R. 521-25 entre lui-même en vigueur ».

pouvant être inscrites au règlement d'eau de manière exhaustive[1155]. Toutefois, au vu des termes utilisés dans la liste des prescriptions, il semble, qu'en pratique, ce document pourra imposer aux concessionnaires un certain nombre d'obligations en dehors de toute négociation bilatérale. Le risque est donc de fausser l'esprit du contrat de concession. La nature contractuelle de cette dernière suggère une négociation entre deux Parties. Il n'est donc pas possible pour l'une d'elles d'imposer des prescriptions qui n'ont pas été acceptées par l'autre. Le règlement d'eau conduit toutefois à remettre en cause ce principe. On pourrait, dans ce contexte, envisager l'hypothèse dans laquelle le candidat ayant refusé certaines dispositions dans le cahier des charges se les verrait malgré tout imposer à travers leur inscription dans le règlement d'eau. Le fait pour le concessionnaire de se voir contraint au respect d'obligations non prévues initialement représente ainsi un risque réel lors de la phase d'attribution du contrat. Le candidat pressenti peut toutefois, même si la solution semble extrême, ne pas donner suite à son dossier de demande de concession, dans la mesure où les modifications apportées par l'autorité publique, autant au cahier des charges qu'au règlement d'eau, seraient trop importantes. Mais cette même problématique peut aussi se présenter dans le cadre d'un contrat en cours d'exécution.

La seconde hypothèse est donc celle de la mise en place du règlement d'eau lors de la conclusion d'un avenant au contrat de concession[1156]. L'apparition de ce document à ce stade, s'il prévoit des prescriptions qui vont au-delà des obligations du cahier des charges, peut poser des difficultés. En effet, comme nous avons pu le voir, les hypothèses de modification d'un contrat de concession sont très encadrées[1157]. Ainsi, le règlement d'eau ne devrait donc pas conduire à modifier le contrat de telle façon que cela constitue une novation. Les dispositions relatives à la modification d'un contrat de concession, telles que prévues dans le code de la commande publique, semblent donc être une garantie pour le concessionnaire, qui pourrait se trouver dans une situation relativement inconfortable. En effet, l'autorité concédante pourrait imposer les prescriptions qu'elle souhaite, dans la mesure où nous sommes en présence d'un acte unilatéral. Toutefois, ce document présente un autre aspect, plus positif selon nous, en tant

---

[1155] Article R. 521-28 du Code de l'énergie : « le règlement d'eau prévu à l'article L. 521-2 ne peut contenir, conformément au deuxième alinéa de l'article L. 214-3 du code de l'environnement et au 1° de l'article L. 521-4 du présent code, que les prescriptions individuelles nécessaires à la protection des intérêts mentionnés à l'article L. 211-1 du code de l'environnement ou que des prescriptions relatives aux moyens de surveillance, aux modalités des contrôles techniques et aux moyens d'intervention en cas d'incident ou d'accident » (souligné par nos soins).

[1156] Article R. 521-30 du Code de l'énergie.

[1157] Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1er, Section 2.

que moyen d'adaptabilité. En effet, pour modifier le cahier des charges de la concession, il est nécessaire de conclure un avenant au contrat initial, ce qui implique donc que les deux parties s'entendent. Or, au vu de la durée des contrats de concession, le concédant souhaite pouvoir modifier les conditions d'exploitation de la concession en fonction de l'évolution des besoins. Cette nécessité d'actualisation du contrat se justifie au regard de sa durée et de l'évolution de la perception de la ressource en eau par la société. Aujourd'hui, les parties prenantes souhaitent pouvoir gérer la ressource en eau de manière plus diversifiée. Pour la plupart des contrats, des petits aménagements ont été permis, notamment dans le cadre de conventions conclues entre le concessionnaire et les parties prenantes ou le concédant[1158]. Certes, lors du renouvellement du contrat, ces modifications seront inscrites dans le cahier des charges, mais la même difficulté se présentera pour de futures évolutions. C'est, selon le concédant, ce qui justifie le recours au règlement d'eau[1159]. Il sera alors possible, sans l'accord du concessionnaire, de modifier les obligations inscrites au cahier des charges, le règlement d'eau y étant annexé. Il existe toutefois un garde-fou permettant de se prémunir des excès possibles du concédant, puisque le concessionnaire pourrait demander l'annulation de cet acte administratif unilatéral, si celui-ci conduisait à une novation du contrat en cours, ou le versement d'une indemnisation[1160].

On peut cependant s'interroger sur l'utilité d'un tel document, en tout cas sous l'angle de sa nécessité pour assurer la mise à jour du contrat dans le temps. En effet, le droit des concessions est soumis au principe de mutabilité en droit interne[1161]. Ainsi, il doit pouvoir s'adapter aux évolutions des besoins du service concédé. Il serait donc possible pour le concédant d'imposer au concessionnaire de nouvelles prescriptions, qui pourraient être négociées dans leur contenu, sans avoir besoin de recourir à un acte unilatéral.

Le règlement d'eau est donc un dispositif supplémentaire, qui permet d'entériner l'évolution des obligations à la charge du concessionnaire, tout en attestant de la volonté du concédant d'envisager des dispositifs évolutifs afin de répondre, autant que possible, aux attentes des riverains. La prise en compte de ces intérêts semble être un élément indispensable

---

[1158] On peut par exemple citer la convention conclue entre EDF et le département du Jura pour le maintien d'une côte haute sur l'aménagement de Vouglans du 1er juillet au 31 août pour un usage touristique. V., sur ce point, Jean POIRET, *op. cit.*, p. 1810.

[1159] Article R. 521-29 du Code de l'énergie.

[1160] Sur les possibilités de modification du contrat et le risque de novation, voir *supra*, Titre 1, Section 1, § 1, A. Sur la possibilité d'obtenir une indemnisation, v. CAA Paris, 2 mars 2012, *EDF*, préc. et CE, 26 décembre 2013, *EDF*, préc.

[1161] Sur cette question, voir notamment : HOEPFFNER (H), *La modification du contrat administratif*, LGDJ, 2009 ; UBAUD-BERGERON (M), *La mutabilité du contrat administratif*, thèse, Montpellier, 2004, dactyl..

à l'acceptabilité des ouvrages. De plus, il est nécessaire d'assurer un revenu raisonnable du concessionnaire. Les deux systèmes peuvent aller de pair. Ainsi, les revenus tirés de la concession pourraient en partie être affectés à des usages extra-énergétiques de la ressource en eau. Cependant, le recours à un document unilatéral, dans le cadre de l'exécution d'un contrat de concession, dont l'objectif est de confier à un opérateur des prestations selon des conditions négociées, ne témoigne pas, à notre sens, d'une évolution bénéfique de ces conventions. En effet, ce mouvement semble plutôt aller à l'encontre d'une émancipation de l'Etat du milieu de la production électrique, mais aussi de la séparation entre les activités. Selon nous, il serait possible de trouver d'autres outils d'évolution du contrat, sans mise en œuvre de pouvoirs exorbitants, qui seraient plus acceptés, plus acceptables et donc plus efficaces, notamment en modifiant l'objet des contrats. En effet, les revenus de certains contrats de concession hydroélectrique, qui sont parfois assimilés à une rente, pourraient permettre de financer des actions au-delà de la production d'énergie. Toutefois, l'Etat a envisagé un dispositif purement financier de compensation de cette rente, avec l'instauration d'une nouvelle redevance.

§ 2 La compensation de la rente hydroélectrique par les redevances

La rente liée à l'exécution des contrats de concession est perçue comme un avantage indû, dans la mesure où elle conduit à ce que le concessionnaire perçoive des revenus supérieurs à ceux qui étaient attendus (A). Ce sujet est générateur d'interrogations autour des ouvrages hydroélectriques et notamment de leurs modalités d'exploitation. Ce qui dérange, c'est notamment le fait de laisser des opérateurs « privés » en profiter. En effet, dans le discours général, porté par des élus, des organisations syndicales et relayé par la presse, il est mis en avant que les barrages ont été construits avec des fonds publics, et que, par conséquent, les retombées financières ne doivent pas être captées par des opérateurs privés[1162]. Le mécanisme permettant de limiter la rente a toutefois déjà été prévu avec l'instauration de redevances, même si cela peut sembler insatisfaisant, notamment en l'absence de renouvellement des contrats (B).

[1162] C'est en tout cas sous cet angle qu'un certain nombre d'articles de presse, relatif à la mise en concurrence des concessions hydroélectriques, ont été rédigés.

A *La rente : un avantage indû*

La rente des contrats de concession est un sujet particulièrement prégnant, notamment dans le cas des autoroutes. En effet, les contrats octroyés aux entreprises historiques ont été largement critiqués au vu de la rentabilité de ces ouvrages (1). L'étude du cas des concessions d'autoroutes nous permettra d'analyser la situation des concessions hydroélectriques et de s'interroger sur l'existence d'une rente (2).

1. La rente connue des concessions autoroutières

De nombreux articles de presse ont mis en exergue la rente des concessions d'autoroutes, et, depuis lors, le terme est largement utilisé[1163]. Ces articles font suite à la publication, le 18 septembre 2014, d'un avis de l'autorité de la concurrence relatif au secteur des autoroutes[1164]. Le communiqué de presse accompagnant la publication de l'avis indique d'ailleurs que le principal constat est celui d'une « rentabilité exceptionnelle des sociétés concessionnaires d'autoroutes « historiques » assimilable à une rente, qui doit être davantage régulée en faveur de l'Etat et des usagers »[1165]. Dans le cadre de cet avis, il est indiqué qu'est constitutive d'une rente la situation dans laquelle une rentabilité est élevée pour un risque faible dans l'exploitation d'un ouvrage. Dans le cas des concessions d'autoroutes, la rentabilité est élevée et le risque est relativement faible. En effet, il existe une relative captivité des usagers, puisque qu'il n'y a pas de concurrence entre les différents tronçons. Les sociétés concessionnaires sont donc en situation de monopole sur leur secteur géographique, et elles supportent un risque purement théorique de baisse du trafic jusqu'à ce jour. Dans tous les cas, si cette situation venait à se présenter, elle serait en partie compensée du fait des modalités de calcul du tarif, qui doit être fixé par arrêté. En effet, les prix sont fixés et la clause d'indexation est décorrélée de la réalité de l'exploitation. L'indexation est basée sur l'inflation et elle ne prévoit pas de prendre en compte une inflation négative. Enfin, les charges sont relativement stagnantes, en tout cas pour les concessions historiques, puisque les investissements sont déjà

[1163] Voir, par exemple, MOUNIER (J-L), « La rente « exceptionnelle » des sociétés d'autoroutes en cinq chiffres », *L'express*, 18 septembre 2014 ; DE MUIZON (G) et SAUTEL (O), « Autoroutes : une rente très … rentables pour certains concessionnaires », *La tribune*, 10 mars 2015 ; BOUDET (A), « La « rente » des autoroutes, ou le gouvernement à contresens », *Les échos*, 26 mars 2015.

[1164] Autorité de la concurrence, Avis n°14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires, 154 p.

[1165] Autorité de la concurrence, « Autoroutes : l'Autorité de la concurrence, saisie par la commission des Finances de l'Assemblée nationale, rend public son avis », Communiqué de presse du 18 septembre 2014.

réalisés et au moins en partie amortis[1166]. Le taux de rentabilité des investissements retenus dans l'exploitation des concessions est relativement élevé, au vu du peu de risques supportés, puisqu'il est fixé entre 7 et 8,28%[1167], alors qu'une large partie des investissements est supportée par les usagers, à travers le paiement des péages. Ainsi, l'autorité de la concurrence a pu conclure à l'existence d'une rente dans son avis : « au final, si l'exploitation d'une concession autoroutière présente un risque, comme toute activité économique, celui-ci n'apparaît pas de nature à justifier une rentabilité nette atteignant jusqu'à 24 % comme c'est le cas actuellement pour l'ensemble des SCA « historiques ». Par conséquent, en les privatisant en 2006, l'État a vendu une rente qui, compte tenu du modèle financier des concessions autoroutières, et sauf crise majeure entraînant un effondrement du trafic, sera croissante jusqu'à la fin des concessions »[1168]. La loi Macron a donc inséré de nouveaux dispositifs de contrôle afin d'encadrer la rentabilité des concessions autoroutières[1169]. Elle permet notamment (article L. 122-4 alinéa 5 du code de la voirie routière) en cas de résultats financiers supérieurs aux prévisions, de modérer ou réduire les tarifs de péage et/ou de modifier la durée des contrats[1170].

Au vu des caractéristiques identifiées par l'autorité de la concurrence pour définir la rente des concessions d'autoroutes, nous considérons que celle-ci peut aussi être caractérisée pour certaines concessions hydroélectriques.

2. L'existence d'une rente des concessions hydroélectriques

Pour qu'il y ait une rente, il est nécessaire que l'exploitation des ouvrages conduise à une rentabilité élevée, avec un risque relativement faible. Dans le cadre des concessions

---

[1166] Les sept sociétés concessionnaires d'autoroutes (SCA) historiques sont : Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR), Société des autoroutes Rhône-Alpes (AREA), Autoroutes du Sud de la France (ASF), Esterel-Côte d'Azur-Apes (ESCOTA), Compagnie financière et industrielle des autoroutes (COFIROUTE), Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF) et la Société des autoroutes Paris-Normandie (SAPN).

[1167] Les taux de rentabilité ont été fixés dans le cadre des contrats de plan signés entre l'Etat et les concessionnaires d'autoroutes. Seule la SAPN n'a pas signé de contrats de plan pour l'étude des sociétés qui nous intéressent.

[1168] Autorité de la concurrence, Avis n°14-A13, préc., p. 51. Sur cet avis, voir ZIANI (S), « L'autorité de la concurrence face à la rente des monopoles des sociétés concessionnaires d'autoroutes », *Revue Lamy droit de la concurrence*, 1er avril 2015, n°43, pp. 67-74.

[1169] Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (*JORF* n°0181 du 7 août 2015, p. 13537).

[1170] Voir ARCELIN (L), « Vers un renforcement de la concurrence ? », *AJ Contrats d'affaires*, 1er octobre 2015, n°10, pp. 400-403.

hydroélectriques, la rentabilité peut être élevée. En revanche, le risque paraît plus important que dans les concessions d'autoroutes.

Le premier de ces risques est tout d'abord lié au volume de production. Celui-ci est commun à l'ensemble des entreprises. Les concessionnaires sont dépendants de l'hydraulicité. Or, celle-ci ne peut pas être maîtrisée. On observe d'ailleurs une tendance à une baisse de la production en général, au vu de la baisse des volumes d'eau turbinés (du fait des volumes disponibles, mais aussi des restrictions à leur usage)[1171]. Contrairement aux concessions d'autoroutes, il n'existe pas, en outre, de dispositifs permettant de compenser les pertes liées à une baisse du productible disponible par le prix[1172].

Le second risque est lié au prix, qui correspond au prix de vente de l'électricité pour les concessions hydroélectriques. Il doit être comparé avec le tarif des péages pour les concessions d'autoroutes. Il faut toutefois différencier deux hypothèses concernant le tarif. La première situation, la plus répandue, est celle dans laquelle se trouve EDF. L'entreprise vend la majorité de son énergie à un tarif réglementé de vente, c'est-à-dire à un tarif fixé par décret. Dans ce cadre, EDF dispose d'une certaine sécurité sur le prix de vente. Toutefois, il peut être abaissé, contrairement aux péages d'autoroutes[1173]. La seconde situation est celle des autres opérateurs, qui ne font que très peu de vente en direct de leur production. Dans tous les cas, celle-ci ne pourrait être vendue aux tarifs réglementés. Les deux autres opérateurs principaux, la CNR et

---

[1171] Sur l'évolution de l'hydraulicité, voir, par exemple, les éléments présentés dans le 11ème programme de l'agence de l'eau Loire-Bretagne (249 p.), disponible sur le site https://agence.eau-loire-bretagne.fr (pp. 60-62).

[1172] Le productible dépend de l'eau disponible. Il se calcule en prenant l'hypothèse d'une usine avec une disponibilité totale de ses organes de production. Il exclut ainsi les aléas liés aux opérations de maintenance par exemple. C'est le paramètre volume de l'équation. Il doit être assimilé au nombre de véhicules circulant sur une autoroute.

[1173] Ainsi, une baisse des tarifs réglementés de vente a été annoncée par la CRE dans un communiqué de presse du 27 juin 2016, disponible sur son site. Cette évolution des prix est liée à la méthode de calcul des « tarifs réglementés de vente de l'énergie » (TRVE), initialement fixée par la loi NOME (article 1er de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité (*JORF* n°0284 du 8 décembre 2010 p. 21467) ayant créé l'article 4-1 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (*JORF* n°35 du 11 février 2000 p. 2143) et aujourd'hui codifié à l'article L. 337-6 du Code de l'énergie par l'ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie (*JORF* n°0108 du 10 mai 2011, p. 7954)). La méthode dite de l'empilement des coûts consiste à additionner les différents coûts de la production de l'acheminement et de la commercialisation de l'énergie. Ces tarifs réglementés sont disponibles uniquement pour les ménages et ne peuvent être pratiqués que par EDF. La nouvelle méthode de calcul, qui a été mise en application en 2014, n'est plus aussi avantageuse qu'avant pour EDF. En effet, le coût de production est désormais calculé en fonction du prix de l'« accès régulé à l'énergie nucléaire historique » (ARENH) et du prix du marché de gros. Or, les prix sur le marché de gros sont très fluctuants et ils ont aujourd'hui une tendance à être inférieurs au prix de l'ARENH.

Sur les TRVE, V. CE, ass., 18 mai 2018, *Société Engie et association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, n° 413688 et 414656, *Rec*. V. BOITEAU (C) et GEOFFRON (P), « Les tarifs réglementés de vente de l'électricité : enjeux et limites », *RFDA*, 2018, pp. 686-696. Les TRVE de l'année 2017 ont été partiellement annulés par le Conseil d'Etat, qui a considéré que la méthode de calcul appliquée n'était pas complétement compatible avec la directive 2009/72/CE. Toutefois il a reconnu que les TRVE étaient justifiés dans leur principe, contrairement aux tarifs réglementés du gaz (CE, ass., 19 juillet 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, n° 370321, *Rec*. p. 255).

la SHEM, vendent donc leur production directement sur le marché de gros et sont soumis aux aléas du marché[1174]. Or, celui-ci affiche depuis plusieurs années une tendance à la baisse[1175]. Il n'existe donc aucune sécurité sur les tarifs de vente et aucune garantie que le prix soit supérieur au coût de production. Par exemple, le prix moyen de vente d'électricité sur le marché de gros au troisième trimestre 2018 était de 57,20€/MWh, contre 34,50€/MWh au même trimestre en 2017[1176]. L'évolution de 60% sur une année illustre la problématique de la volatilité des prix sur le marché de gros de l'électricité. Entre 2017 et 2018, ce changement a été favorable au producteur, ce qui n'est pas toujours le cas. Ainsi, en 2014, le prix moyen était de 34,6€/MWh, ce qui représentait une baisse de 20% par rapport à l'année précédente[1177].

Au vu de la situation, il semble donc que la rente des concessions hydroélectriques soit tout de même moins importante que celle des concessions autoroutières. Cela est notamment lié à la part de risque portée par les concessionnaires. Toutefois, on ne peut nier que, malgré la situation, la rentabilité des concessions hydroélectriques est relativement importante du fait de l'existence d'ouvrages pour la plupart amortis[1178]. Celle-ci ne s'inscrira pas forcément dans la durée, mais cela n'empêche pas d'envisager des dispositifs de compensation de la rente en fonction des résultats annuels des concessionnaires. La Cour des comptes avait d'ailleurs prescrit dans son référé relatif aux concessions hydroélectriques, la nécessité d'une mise en concurrence afin « de ne pas abandonner aux concessionnaires la rente hydroélectrique »[1179]. Dans le cadre de la procédure d'attribution, le concédant pouvait alors choisir le meilleur candidat sur la base de trois critères : l'efficacité énergétique, le respect de l'environnement et le montant de la redevance. L'autorité de la concurrence, dans le cadre de son avis sur les concessions d'autoroutes, a proposé deux solutions principales permettant de limiter la rente

---

[1174] « Le marché de gros désigne le marché où l'électricité est négociée (achetée et vendue) avant d'être livrée sur le réseau à destination des clients finals (particuliers ou entreprises) » (définition de la Commission de Régulation de l'Energie).

[1175] Voir annexe 16 : Evolution des prix de l'électricité day ahead sur le marché de gros

[1176] Source : CRE, *Observatoire des marchés de gros de l'électricité et du gaz nature. 3ème trimestre 2018*, 30 septembre 2018 (p. 13). Le chiffre présenté est le prix spot moyen « day ahead », c'est-à-dire pour les contrats passés la veille pour livraison le lendemain.

[1177] Source : CRE, *Le fonctionnement des marchés de gros de l'électricité, du CO2 et du gaz naturel. Rapport 2014-2015*, novembre 2015, 92 p.

[1178] Nous ne préjugeons toutefois pas ici de la rentabilité élevée de l'ensemble des concessions hydroélectriques. Une analyse économique doit être faite au cas par cas. De plus, nous devons noter que la situation financière des concessions risque d'évoluer notamment au vu de l'aléa hydraulique lié aux effets du changement climatique.

[1179] Référé n°67194 de la Cour des Comptes, rendu public le 2 septembre 2013, relatif au renouvellement des concessions hydroélectriques (p. 3).

liée à l'exploitation de ces ouvrages. En effet, selon elle, « il apparaît nécessaire de mieux protéger les intérêts du concédant en instaurant pour les SCA « historiques » une obligation de réinvestissement de leur bénéfice, doublée d'une clause de partage de celui-ci »[1180]. Nous allons donc envisager ces solutions dans le cas des concessions hydroélectriques.

B *Une solution relative : la perception de redevances*

Dans le cadre de son avis, l'autorité de la concurrence envisage la mise en place d'une clause de partage des bénéfices. Cette clause conduirait à instituer une redevance à verser à l'Etat et/ou aux collectivités territoriales au-delà d'un certain seuil de chiffre d'affaires. Aujourd'hui, pour les concessions hydroélectriques, le principe est déjà envisagé à travers le versement de différentes redevances (1). Toutefois, l'instauration de la redevance, dont l'objet serait de partager les bénéfices de l'exploitation, n'est pas encore effective et l'efficacité du dispositif dans sa version en vigueur présente un certain nombre d'inconvénients (2).

1. Les dispositifs de redevances des concessions hydroélectriques

Afin de compenser les revenus résultant de l'exploitation d'une concession, la première solution envisagée est souvent le recours à la fiscalité. Les redevances ont vocation à faire payer l'avantage octroyé au concessionnaire[1181]. Historiquement, le cahier des charges type de 1920 prévoyait de mettre à la charge du concessionnaire deux redevances (a). Depuis, avec le renouvellement des contrats, et donc dans la mesure où les investissements ont été amortis, une nouvelle redevance proportionnelle aux recettes de la concession devrait être instaurée (b).

a) Les redevances classiques des concessions hydroélectriques relatives à l'occupation du domaine

Il existe deux assiettes pour les redevances classiques. La première assiette est liée au foncier occupé et la seconde à la puissance de l'usine installée. Ces redevances ont été réformées dans le cadre de l'adoption de la loi sur la transition énergétique, afin de les adapter

[1180] Autorité de la concurrence, avis n°14-A-13, préc., p. 90. Ces recommandations ont été prises en compte dans le cadre du protocole conclu entre l'Etat et les sociétés d'autoroutes visant au rétablissement de l'équilibre économique des contrats avec des clauses d'encadrement et de restauration de la rentabilité (source : site internet du ministère de la transition écologique et solidaire).

[1181] Voir annexe 17 : La compatibilité des différentes redevances des concessions hydroélectriques.

à la situation actuelle des aménagements hydroélectriques, qui vont pour la plupart être renouvelés.

L'occupation foncière constitue une assiette unique pour le calcul de deux redevances. La première est une redevance fixe, créée en 1919, applicable uniquement aux cours d'eaux domaniaux. Elle est assimilée à une redevance domaniale (notamment pour les règles de recouvrement), mais elle est assise sur la force motrice et non sur les terrains. La substitution d'une redevance fixe à la redevance d'occupation de droit commun, assise sur le périmètre occupé[1182], s'explique par les conditions d'occupation du domaine public sur les cours d'eaux domaniaux. En effet, par principe, le domaine public ne peut pas être occupé gratuitement. Une dérogation à ce principe a toutefois été inscrite à l'article 3 du cahier des charges types de 1920[1183]. Ainsi, le concessionnaire pouvait, pour l'établissement des ouvrages, en complément des terrains à acquérir, occuper le domaine public fluvial naturel gratuitement[1184]. Or, les concessionnaires situés sur un cours d'eau non-domanial devaient, quant à eux, indemniser les riverains afin de compenser la privation de leur droit d'eau. A ce titre, seuls les aménagements situés sur un cours d'eau domanial sont assujettis au paiement de la redevance fixe. Cela s'explique par l'objectif de cette redevance, qui est d'assurer une égalité de traitement avec les concessionnaires situés sur un cours d'eau non-domanial. Le coût de cette première redevance est relativement faible et son application exonérait certains aménagements de son paiement[1185]. Cette redevance est maintenue dans le nouveau cahier des charges type de 2016 à son article 59.

La seconde redevance, créée en 1999, qui ne sera mise en place que lors du renouvellement des contrats de concession, est liée à une occupation du domaine public hydroélectrique. Dans ce cas, le périmètre des terrains et des bâtis mis à disposition sera soumis à une redevance d'occupation domaniale. Ce dispositif a été instauré par l'article 42 du cahier des charges type des concessions hydroélectriques, dans sa version de 1999[1186]. Il est justifié par le fait, que lors du renouvellement, les terrains et les bâtis auront intégré le patrimoine de l'Etat, en application

---

[1182] Article 43 du cahier des charges type de 1920.

[1183] Article 3, dernier alinéa : « Le concessionnaire pourra occuper, dans les conditions fixées par le service compétent, sans payement de redevances spéciales, les parties du domaine fluvial nécessaires à ses installations. »

[1184] L'ensemble de ces terrains, acquis ou mis à disposition, forment le périmètre du domaine concédé.

[1185] C'est le cas, par exemple, sur la concession du Rhône, où les aménagements de Génissiat, Seyssel (1948) et Donzère-Mondragon (1953) ne sont pas soumis au paiement de cette redevance.

[1186] Cette redevance est prévue à l'article 58 du nouveau cahier des charges type approuvé par le décret n°2016-530, préc.

de la théorie des biens de retour (contrairement à la situation lors de l'octroi du premier titre, qui nécessitait alors l'acquisition d'une partie des terrains par le concessionnaire)[1187]. A ce titre, le concessionnaire doit verser une redevance pour l'occupation du domaine public et des bâtis mis à disposition pour l'exploitation du contrat.

Ces deux redevances ne devraient pas être cumulables au vu de leur objet. Toutefois, le nouveau cahier des charges, en supprimant la gratuité de l'occupation du domaine public fluvial, a posé comme principe le versement d'une redevance d'occupation domaniale. En parallèle, il a maintenu le paiement d'une redevance fixe. Or, la redevance fixe avait vocation à se substituer à la redevance domaniale dont étaient exonérées les concessions hydroélectriques situées sur un cours d'eau domanial. Par conséquent, dans l'hypothèse d'une concession renouvelée, la redevance fixe devrait disparaître, dans la mesure où le concessionnaire n'est plus exonéré du paiement d'une redevance d'occupation domaniale. Nous proposerions donc d'ajouter une note sous l'article relatif à la redevance fixe dans le cahier des charges (article 59) : « La redevance fixe n'est pas applicable pour les concessions situées sur un cours d'eau domanial et assujetties à la redevance pour occupation du domaine public hydroélectrique ».

La seconde redevance historique est la redevance proportionnelle au nombre de kilowattheures produits[1188]. Cette redevance correspond à une participation au bénéfice net de l'entreprise, qui devait profiter en partie aux territoires. Cette redevance revient aux deux tiers à l'Etat et le dernier tiers est réparti entre les départements et les communes en fonction de la puissance hydraulique moyenne devenue indisponible pour ces collectivités[1189].

[1187] Dans le cadre des conventions de concession, la doctrine a identifié trois types de biens, que sont les biens de retour, les biens de reprise et les biens propres. Leur appartenance à chaque catégorie permet de déterminer leur sort à l'échéance de la concession. Ainsi, les biens indispensables à l'exploitation du contrat de concession ou les biens expressément listés dans le contrat doivent revenir à l'Etat gratuitement. Sur cette question, commune à l'ensemble des contrats de concession ou de délégation de service public, la doctrine est abondante. V., notamment, AUBY (J-M) et al ., *Droit administratif des biens, Dalloz*, 7ème édition, pp. 358 et 359 (§ 507) ; FATOME (E), TERNEYRE (P), Le statut des biens des délégations de service public après l'arrêt Commune de Douai, *AJDA*, 2013, p. 724 ; SESTIER (J-F), « Retour sur les questions des biens de retour », *B.J.C.P.*, 2006, n°48, p. 327.

[1188] Le montant de cette redevance devrait être révisé avec l'adoption du décret relatif aux autorisations dans les concessions d'énergie hydraulique et portant diverses modifications aux dispositions réglementaires applicables à ces concessions. Le projet de décret est disponible sur la plateforme de consultation publique du ministère de l'environnement (http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/2019.04.16_projet_decret_w.pdf), puisque celui-ci a été soumis à une consultation du 22 mai au 12 juin 2019.

[1189] Article L. 523-1 du code de l'énergie. La formule de calcul de cette redevance a été révisée en 1999, dans le cadre de la rédaction du nouveau cahier des charges type, et en 2016 (Décret n°2016-530, préc.).

En 2006, l'Etat a instauré le principe d'une nouvelle redevance, qui devait permettre de compenser les bénéfices attendus lors du renouvellement des contrats de concession, dans la mesure où les ouvrages concédés seraient pour la plupart déjà amortis.

b) La redevance proportionnelle aux recettes

La redevance initiale était une redevance proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité[1190]. Elle avait pour objectif de récupérer la rente des concessions amorties. L'article 9-1 de la loi du 16 octobre 1919, créé en 2006, prévoyait l'instauration d'une redevance proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité lors du renouvellement des contrats de concession hydroélectrique[1191]. Cette redevance devait être perçue par l'Etat, mais les départements bénéficiaient de 40% de son montant. Lors de la codification du code de l'énergie, les dispositions de l'article 9-1 ont été modifiées et intégrées à l'article L. 521-23 du nouveau code. La redevance devait alors bénéficier à hauteur d'un tiers au département et d'un sixième pour les communes. L'article a par la suite été modifié en 2011, 2012 et 2015[1192].

Dans le cadre de la loi sur la transition énergétique, il a été décidé de la modifier pour instaurer une redevance proportionnelle aux recettes de la concession[1193]. Le législateur a habilité le gouvernement à prendre les dispositions nécessaires pour définir l'assiette de cette redevance. Elle est donc dorénavant assise sur le chiffre d'affaire réel de la concession et non plus exclusivement sur les ventes d'électricité, qui ne sont pas nécessairement représentatives de l'ensemble des recettes de la concession. La modification de l'assiette doit donc permettre de compenser au mieux la rente des concessions.

Toutefois, même dans sa version antérieure, la redevance proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité n'a jamais été mise en œuvre. En effet, l'application des dispositions transitoires a conduit à exonérer l'ensemble des contrats de concession renouvelés du versement de cette somme. De plus, les concessions arrivées à échéance, actuellement sous le régime de délais glissants en l'absence de procédure de mise en concurrence des concessions hydroélectriques, n'étaient pas soumises à son versement. Cependant, la loi de finances pour

---

[1190] Voir annexe 13 : Evolution des dispositions relatives à la redevance proportionnelle aux recettes de la conncesion

[1191] Modification de l'article 9-1 par l'article 33 de la loi n° 2006-1771 du 30 décembre 2006 de finances rectificative pour 2006 (*JORF* n°0303 du 31 décembre 2006, p. 20228)

[1192] Modification par les lois n°2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012 (*JORF* n°0301 du 29 décembre 2011, p. 22441), n°2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificatives pour 2012 (*JORF* n°0203 du 1er septembre 2012, p. 14071), n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (*JORF* n°0189 du 18 août 2015, p. 14263). V. annexe 13, préc.

[1193] Article L. 523-2 du Code de l'énergie.

2019 a créé l'article L. 523-3 du code de l'énergie, afin d'assujettir les concessions dans cette situation au paiement d'une redevance proportionnelle aux recettes ou aux bénéfices de la concession, le taux devant être fixé par décret en Conseil d'Etat pour chaque concession concernée[1194]. A ce jour, nous n'avons pas connaissance de décret instaurant cette redevance. Le taux devra être fixé afin d'éviter que la modification du contrat conduise à bouleverser son économie. La difficulté de la définition de ce taux résidera donc dans la capacité à déterminer l'économie initiale du contrat.

Il existe toutefois une exception, fondée sur une autre disposition législative : la redevance proportionnelle versée par le concessionnaire du Rhône, la CNR, prévue par l'article 36 de la loi de finances pour 2003. La redevance proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité a été créée dans un contexte spécifique. Initialement, la finalité de la redevance était différente de celle poursuivie par la loi de finances rectificative pour 2006. La taxe sur les ouvrages hydroélectriques concédés prévue à l'article 302Bis ZA du code général des impôts (CGI) a été supprimée à partir du 1er janvier 2003 pour les ouvrages situés sur les voies navigables[1195]. Pour compenser cette perte de revenu, l'Etat a modifié la constitution de la redevance versée par la CNR, en ajoutant une part proportionnelle sur les ventes d'électricité, et a augmenté l'imposition relative aux réacteurs nucléaires.

L'objectif de la modification de la redevance CNR était donc en partie de compenser les pertes liées à la suppression de la taxe sur les voies navigables. Cette taxe a depuis lors été supprimée pour les ouvrages situés sur les voies non-navigables[1196]. L'objet de la redevance proportionnelle n'est donc plus de compenser la perte de revenu liée à cette taxe, dans la mesure où celle-ci n'est plus affectée aux voies navigables. On peut donc considérer que la part proportionnelle de la redevance payée par la CNR poursuit aujourd'hui le même objectif que la redevance prévue à l'article L. 523-2 du code de l'énergie, c'est-à-dire récupérer la rente de la concession.

[1194] La discussion a été ouverte dans le projet de loi de finances pour 2019, suite à une question ministérielle de Mme Josiane Costes qui interrogeait le gouvernement sur ses intentions concernant le renouvellement des concessions hydroélectriques dans le Cantal et s'inquiétait du retard dans le versement de la redevance proportionnelle au chiffre d'affaire, qui représente une perte de ressource importante pour les collectivités territoriales. Le Secrétariat d'État auprès du ministre d'État, ministre de la transition écologique et solidaire a indiqué que « dans le cadre du projet de loi de finances en discussion, le Gouvernement est tout à fait ouvert à des propositions de mise en place d'une redevance supplémentaire concernant les concessions arrivées à leur terme et n'ayant pas encore été renouvelées, ce qui permettrait aux collectivités concernées d'en bénéficier pendant cette période transitoire précédant le renouvellement » (*JO Sénat* du 24 octobre 2018, p. 14025).

[1195] En revanche, cette taxe a été maintenue pour les ouvrages hydroélectriques situés sur les voies non-navigables.

[1196] Cette taxe a été supprimée à compter du 1er janvier 2004.

2. *Les critiques adressées à la redevance proportionnelle*

La redevance proportionnelle, telle qu'envisagée selon les dispositions étudiées ci-dessus, nous semble largement limitée. La première difficulté est liée à sa mise en place. Les nombreux contrats qui ont été renouvelés de gré à gré avec EDF depuis 1999, pour une durée de quarante ans la plupart du temps, ne seront pas soumis au paiement de cette redevance. En effet, l'inscription de cette obligation au cahier des charges conduirait à modifier les conditions financières du contrat et donc un de ses éléments essentiels. La modification pourrait alors être qualifiée de modification substantielle. Or, une telle modification conduirait à une novation du contrat et donc à la nécessité d'organiser une mise en concurrence préalablement à l'attribution d'un nouveau contrat.

Les modalités de calcul de la redevance posent aussi, selon nous, des difficultés. En effet, celles-ci consistent en l'application d'un taux propre aux recettes de la concession. Les principales recettes sont liées à la vente d'électricité. Or, comme nous avons pu le voir, les prix sont soumis à un aléa important. Le coût de l'électricité pour un concessionnaire sera alors égal à son coût de production, auquel il faut ajouter le coût de la redevance qui va être versée à l'Etat. Le concessionnaire pourrait donc vendre son électricité à un prix inférieur à son coût réel. Le concessionnaire doit supporter un risque dans l'exploitation du contrat, ce qui est l'essence même du contrat de concession. Par conséquent, si le coût de production est supérieur au prix de vente, c'est un risque qu'il doit assumer. En revanche, il semble tout à fait incohérent qu'il supporte un risque supplémentaire en raison du paiement d'une redevance dont l'objectif est de compenser la rente hydroélectrique. En effet, la redevance pourrait alors être versée, alors même que le concessionnaire enregistre des pertes financières. Il semble donc que les modalités de calcul de la redevance mériteraient d'être modifiées. Ainsi, celle-ci devrait être calculée en fonction des prix de vente de l'électricité par le concessionnaire.

On pourrait d'ailleurs envisager un taux de redevance évolutif, en fonction des recettes de la concession[1197]. De ce fait, plus le concessionnaire engrangera de bénéfices, plus la rente sera élevée et plus le taux de la redevance devra être important. La mise en place de ces

[1197] Ce système est envisagé dans le cadre du projet de prolongation de la concession du Rhône, comme l'indique la notice publiée sur le site de la Commission Nationale du Débat Public (CNDP), qui fait référence à « une modification des modalités de calcul de la redevance proportionnelle au chiffre d'affaires dont le taux deviendrait progressif en fonction des prix de vente de l'électricité ».

modalités de calcul aurait, au surplus, l'avantage de se prémunir d'une défaillance du concessionnaire. Ainsi, si les prix baissent et si, en conséquence, les revenus engendrés par l'exploitation de la concession diminuent, les bénéfices pourront être affectés aux besoins de la concession, plutôt qu'au versement d'une redevance. Dans cette hypothèse, les revenus de la concession seront alors prioritairement utilisés pour la continuation de l'exploitation des ouvrages, dans des conditions de continuité et de sécurité optimales qui doivent rester la priorité de l'Etat. De plus, ces modalités de calcul nous semblent plus proches de la réalité économique et garantissent, tout autant, l'atteinte de l'objectif initial de compensation de la rente hydroélectrique. En effet, si celles-ci sont bien définies, la diminution du montant de la redevance correspondra à une situation de baisse, voire de disparition de la rente au profit du concessionnaire, notamment en cas de prix de vente inférieurs au coût de production.

Toutefois, le recours à la redevance pour compenser la rente des concessions hydroélectriques, qui présente l'avantage d'être une solution de facilité, n'est pas satisfaisant à lui seul. En effet, cette solution ne permet pas de partager les bénéfices de l'utilisation de la force motrice de l'eau de manière optimale. Certes, depuis 2006, la redevance proportionnelle est partagée avec les territoires, puisqu'elle est affectée aux départements pour un tiers, un douzième pour les communes, ainsi que pour les groupements de communes. Toutefois, selon nous, un nouveau modèle de concession pourrait être envisagé, lequel permettrait d'affecter la rente hydroélectrique au développement de plusieurs activités sur les territoires. Il aurait en plus l'avantage de contribuer à l'acceptabilité des ouvrages auprès de l'ensemble des parties intéressées.

§ 3 Un partage de la rente des concessions hydroélectriques en faveur des multiples usages de l'eau

Le partage de la ressource en eau et la prise en compte des usages non-énergétiques face à la prédominance de la production d'électricité ne sont pas suffisamment considérés dans la plupart des contrats de concession. Comme cela a pu être souligné, « à l'échelle locale pourtant, des acteurs ont su trouver un équilibre dans l'utilisation de la ressource en eau en fonction des

aménagements existants »[1198]. La recherche de cet équilibre peut se réaliser selon deux modalités. Ainsi, on peut observer dans certains contrats ou dans l'exploitation des ouvrages la prise en considération d'un ou de plusieurs usages non-énergétiques de manière accessoire (A). Il existe aussi l'exemple d'un modèle intégré, où l'usage énergétique de l'eau ne prédomine pas sur les autres, et dans lequel la gouvernance associe les territoires à l'utilisation des ressources résultant de la production d'électricité (B).

A *Des ouvrages à usages multiples*

Le fait d'envisager l'exploitation des usines hydroélectriques en faisant peser des contraintes sur le concessionnaire en faveur des usages non-énergétiques de l'eau n'est pas une innovation. En effet, certains ouvrages hydroélectriques sont déjà soumis à des obligations de restriction de l'usage de l'eau, et donc de diminution de la production d'électricité, afin de répondre à d'autres besoins.

Ainsi, on retrouve fréquemment dans les contrats de concession l'obligation de soutenir les étiages et de participer à la prévention des inondations. On peut prendre l'exemple de l'usine de Chaumeçon exploitée par EDF depuis la loi de nationalisation. Cet ouvrage a été mis en service en 1932. Le contrat de concession est un contrat multi-ouvrages, puisqu'il confie à EDF l'exploitation de l'ensemble des usines situées sur la Cure. Il a été renouvelé le 27 mai 2011 pour 40 années[1199]. Le cahier des charges prévoit à son article 2 que l'entreprise bénéficiaire a comme principal objet la production hydroélectrique pour l'exploitation de ses quatre usines. Un second alinéa indique toutefois que deux réservoirs alimentant ces usines doivent servir à des usages non-énergétiques. Ainsi, le réservoir de Crescent doit permettre l'écrêtement des crues, alors que celui de Chaumeçon doit au surplus soutenir les périodes d'étiage. Cet exemple illustre donc la prise en compte d'usages non-énergétiques pour l'exploitation de certains ouvrages hydroélectriques[1200]. Toutefois, les modalités de rédaction identifient la production

---

[1198] GUERBER (F) et ROCHE (P-A), « Hydroélectricité de forte puissance, autres usages de l'eau et reconquête de la biodiversité : une réflexion prospective sur les politiques publiques. Synthèse du séminaire du 4 novembre 2016 », *La Houille Blanche*, n°3, 2017, pp. 64-69.

[1199] Cahier des charges de la concession des chutes de la Cure, signée le 11 avril 2011, approuvé par arrêté préfectoral n°PREF-DCPP-SEE-2011-195 du 27 mai 2011 relatif à l'aménagement et à l'exploitation par Electricité de France SA des chutes hydroélectriques de Chaumeçon sur le Chalaux (Nièvre), Crescent, Bois de Cure et Malassis sur la Cure (Yonne) des Préfets de L'Yonne et de la Nièvre.

électrique comme l'objet principal du contrat. Ce contrat renvoie d'ailleurs à la conclusion d'une convention avec l'établissement public territorial de bassin Seine Grands Lacs (EPTB Seine Grands Lacs), qui a notamment pour mission de faciliter la gestion équilibrée et durable de la ressource en eau[1201]. Ainsi, il participe au partage de la ressource en eau entre les différents utilisateurs. Dans le cas des usines de Chaumeçon et de Crescent, l'EPTB a conclu une convention avec EDF pour assurer le partage de la ressource en eau, en lien avec les modalités d'exploitation du barrage de retenue et de l'usine[1202].

La gestion du lac de Pannecière nous donne un autre exemple de partage de la ressource en eau sous gestion de Seine Grands Lacs. Dans ce cadre, le barrage de retenue qui permet la gestion partagée de la ressource en eau est exploité directement par l'établissement public. Une usine hydroélectrique y est toutefois exploitée par EDF. L'aménagement doit permettre, comme pour le cas de Chaumeçon, de supporter les étiages, mais aussi d'écrêter les crues et de produire de l'électricité. Toutefois, à la différence de l'ouvrage précité, la maîtrise du barrage par l'EPTB conduit à ce que le partage de la ressource soit sous la main d'une entité dont la vocation première n'est pas la production d'énergie.

La mise en place de ce type de dispositifs a aussi été envisagée dans d'autres types de concession récemment renouvelées. C'est le cas de la concession de Kembs, sur le Rhin, réattribuée à EDF en 2009[1203]. Dans le cadre du nouveau contrat, EDF s'est engagée à une opération de renaturation de l'Ile du Rhin, en collaboration avec les gestionnaires de la Petite Camargue Alsacienne. Cette opération a permis de restaurer la continuité piscicole entre le Vieux-Rhin et le barrage, tout en opérant une ré-humidification des forêts afin de diversifier les habitats pour les espèces.

[1201] Statut de l'EPTB Seine Grands lacs, tel qu'approuvé par la délibération n° 2017-12/07 du 21 décembre 2017 : « article 2 : Objet - Le Syndicat a pour objet, en tant qu'Etablissement public territorial de bassin, à l'intérieur de son périmètre d'intervention, de faciliter la prévention des inondations, la gestion équilibrée et durable de la ressource en eau, ainsi que la préservation, la gestion et la restauration de la biodiversité des écosystèmes aquatiques et des zones humides et de contribuer, s'il y a lieu, à l'élaboration, au suivi et à la coordination des schémas d'aménagement et de gestion des eaux mis en œuvre sur tout ou partie de son périmètre de reconnaissance ».

[1202] Article 23 du cahier des charges de la concession des chutes de la Cure, préc.

[1203] Décret n°2009-721 du 17 juin 2009 relatif à l'aménagement et à l'exploitation de la chute de Kembs dans le département du Haut-Rhin (*JORF* du 20 juin 2009, p. 10041)

Au-delà de cette obligation environnementale spécifique à l'ouvrage de Kembs, l'ensemble des ouvrages du Rhin, qui font chacun l'objet d'un contrat de concession hydroélectrique octroyé à EDF, pour ceux situés en territoire français, ont une mission en matière de navigation[1204]. La loi de 1950 prévoyait ainsi que chaque ouvrage ferait l'objet d'un contrat de concession fixant « les obligations qui seront imposées au concessionnaire, notamment dans l'intérêt de la navigation »[1205]. EDF avait donc la charge de construire huit écluses et c'est elle qui assure aujourd'hui la conduite de ces ouvrages de Kembs à Strasbourg. Ainsi, l'article 16 du cahier des charges de la concession de la chute de Strasbourg prévoit que « l'entretien et les manœuvres du barrage seront assurés de manière à satisfaire à tout instant et par priorité les besoins de la navigation, de l'écoulement des eaux, des glaces et les corps flottants »[1206]. De plus, le concessionnaire a l'obligation « d'assurer gratuitement le service des écluses de jour et de nuit ». Les dispositions du cahier des charges mettent donc en avant une priorité à l'usage de la navigation, dans la mesure où la gestion du barrage, et donc la production d'électricité, ne doivent pas porter atteinte à la navigation sur le Rhin. Nous devons toutefois reconnaître que l'intégration d'une mission navigation sur des ouvrages préexistants semble peu probable depuis la création de l'établissement Voies Navigables de France (VNF). En effet, celui-ci a pour mission « d'assurer l'exploitation, l'entretien, la maintenance, l'amélioration, l'extension et la promotion des voies navigables ainsi que de leurs dépendances en développant un transport fluvial complémentaire des autres modes de transport, contribuant ainsi au report modal par le réseau principal et par le réseau secondaire »[1207]. Cet établissement public administratif a donc une compétence de principe, à l'exclusion de missions spécifiquement confiées aux exploitants de la force hydraulique[1208]. Ces exceptions s'expliquent par le fait que les concessions hydroélectriques ont été attribuées antérieurement à la création de l'établissement public[1209].

[1204] Voir *supra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 1, A, 2.

[1205] Article 2 de la loi n°50-223 préc.

[1206] Décret du 10 mai 1971 relatif à l'aménagement et l'exploitation de la chute de Strasbourg, sur le Rhin, dans le département du Bas-Rhin (*JORF* du 26 juin 1971, p. 6176).

[1207] Article L. 4311-1 du Code des transports.

[1208] Article R. 4311-1 du Code des transports.

[1209] Loi n°90-1168 de finances pour 1991 (*JORF* n° 303 du 30 décembre 1990, p. 16367). Dorénavant, VNF a en plus une compétence dans la production de l'énergie sur les cours d'eau exploités prévue par l'article L. 4311-2 du Code des transports : « 6° Exploiter, à titre accessoire et sans nuire à la navigation, l'énergie hydraulique au moyen d'installations ou d'ouvrages situés sur le domaine public mentionné à l'article L. 4311-1 du présent code en application des articles L. 511-2 ou L. 511-3 du code de l'énergie ».

Les concessionnaires hydroélectriques peuvent aussi se voir imposer des contraintes en lien avec l'activité touristique. De nombreux lacs créés par les barrages artificiels servent alors de bases de loisirs. C'est le cas du plan d'eau créé par l'aménagement de Grand'Maison, mis en service en 1987 et confié à EDF par décret du 17 mai 1985[1210]. La concession prévoyait que l'objet principal de l'entreprise était la production d'énergie électrique[1211]. Les conditions d'exploitation découlant de l'article 6 n'établissaient pas de contraintes liées à un quelconque autre usage à la charge du concessionnaire. Toutefois, un avenant du 26 septembre 2011 a instauré de nouvelles contraintes dans l'exploitation de la retenue de Verney[1212]. Ainsi, le cahier des charges prévoit depuis lors l'obligation du maintien d'une côte sur cette retenue en fonction des saisons[1213]. Il prévoit aussi la possibilité d'un marnage (évolution de la côte du plan d'eau) sur une période donnée, qui est toutefois « soumis à la conclusion d'une convention d'aménagement touristique du lac du Verney entre le concessionnaire et les maires des communes d'Allemeont et d'Oz-en-Oisans »[1214]. En l'absence de convention, les possibilités de marnage sont limitées par le cahier des charges, et donc moins avantageuses pour la production d'électricité. L'exemple de cet ouvrage témoigne de la sensibilité actuelle à la gestion multi-usage de l'eau, avec l'obligation pour le concessionnaire de conventionner avec les communes riveraines, afin de pouvoir bénéficier d'un marnage, et donc d'une exploitation qui lui soit le plus favorable possible.

Les installations hydroélectriques peuvent aussi favoriser des usages touristiques en hiver[1215]. Lors de la construction des usines hydroélectriques en zone de montagne, on a ainsi pu observer un phénomène de multiplication des stations de ski. Ces aménagements ont permis d'apporter une ressource financière à des petites communes qui ont aménagé des stations, notamment par le versement de la taxe foncière. Afin d'étaler au maximum la saison de ski, les exploitants recourent de plus en plus, en outre, à la neige artificielle. Or, la période hivernale est une période d'étiage dans les zones de haute-montagne, qui s'arrête au mois d'avril lors des

---

[1210] Décret du 17 mai 1985 relatif à l'aménagement et l'exploitation de la chute de Grand'Maison sur l'Eau d'Olle dans les départements de l'Isère et de la Savoie (*JORF* du 19 mai 1985, p. 5670).

[1211] Article 1er dernier alinéa du cahier de charges de la concession approuvé par le décret du 17 mai 1985, préc.

[1212] Décret du 26 septembre 2011 approuvant un avenant n°1 au cahier des charges du 28 mars 1985 approuvé par le décret du 17 mai 1985 relatif à l'aménagement et l'exploitation de la chute de Grand'Maison sur l'Eau d'Olle dans les départements de l'Isère et de la Savoie (*JORF* du 29 septembre 2011, texte n° 44)

[1213] Article 2 de l'avenant n° 1 au cahier des charges approuvé par le décret du 26 septembre 2011, préc.

[1214] Avenant préc., article 2, alinéa 6,

[1215] Concernant la participation des ouvrages hydroélectriques au tourisme en hiver, voir MARNEZY (A), « Les barrages alpins. De l'énergie hydraulique à la neige de culture », *Revue de Géographie*, 15 mars 2008, pp. 1-14.

fontes nivales. Ainsi, le barrage de la Girotte, exploité par EDF, permet d'alimenter en eau l'usine de neige artificielle de la station des Contamines-Montjoie depuis 2002[1216]. On retrouve ces mêmes aménagements dans les Pyrénées, où l'eau exploitée par la SHEM dans le cadre du contrat de concession du lac d'Artouste sert aussi à approvisionner les canons à neige des stations de ski alentours[1217]. La SHEM a aussi contribué au maintien d'un patrimoine industriel lié à cet ouvrage, avec la restauration du train d'Artouste. Dans les années 1920, une ligne de chemin de fer avait en effet été créée afin d'amener les matériaux et les hommes sur le chantier de l'aménagement du Lac-d'Artouste. La SHEM a finalement procédé à la remise en état de cette ligne à des fins touristiques, ce qui a des retombées économiques favorables sur les collectivités et notamment la Commune de Laruns, qui a repris en régie l'exploitation de cette attraction touristique en 2019[1218]. Ainsi, dans le cadre de l'exécution des concessions hydroélectriques, et au-delà de la gestion multi-usage de l'eau, les concessionnaires peuvent faire profiter du patrimoine qu'ils exploitent.

Les exemples de multi-usage sont nombreux dans l'exécution des contrats de concessions hydroélectriques. Toutefois, ils peuvent relever d'obligations prévues par le cahier des charges, par des conventions conclues de manière volontaire par le concessionnaire ou d'avenants au contrat de concession. En fonction de son origine, la pérennité de l'usage multiple est plus ou moins assurée. Il nous semble que le multi-usage devrait donc être intégré au sein même du contrat de concession. Il pourrait alors être très varié afin que la compensation de la rente hydroélectrique profite aussi aux territoires. Au-delà de ces concessions à usage multiple, il nous semble important d'analyser à nouveau l'exemple de la concession du Rhône, qui présente la spécificité par rapport aux autres concessions hydroélectriques de constituer un modèle intégré. Le contrat se rapproche d'ailleurs probablement plus du modèle d'une concession d'aménagement que d'une concession hydroélectrique.

[1216] Le barrage de la Girotte est exploité dans le cadre de la concession du bassin Doron du beaufort attribuée initialement à la société d'électrochimie, d'électrométallurgie et des aciéries électriques d'Ugine par décret du 9 mai 1923 (*JORF* du 16 mai 1923, p. 4736). Cette convention a fait l'objet de plusieurs avenants et notamment, concernant le lac de la girotte, celui du 3 février 1930, approuvé par décret du 24 février 1931 (*JORF* du 31 mars 1931, p. 3546) et celui du 17 janvier 1939, approuvé par décret du 18 mai 1939 (*JORF* du 25 mai 1939, p. 6585).

[1217] L'usine du lac d'Artouste a été concédée à la Société Nationale des Chemins de fer français par décret du 22 décembre 1951 autorisant et concédant à cette société les travaux d'aménagement et d'exploitation des chutes d'Artouste-lac, d'Artouste, du Bious, de Fabrèges, de Miégebat et du Hourat, utilisant les ressources hydrauliques des gaves du Soussouéou, du Brousset et du Bious, ainsi que celles du gave d'Ossau, en amont de l'extrémité aval des gorges du Hourat dans le département des Basses-Pyrénées (document obtenu par la SHEM).

[1218] V. par ex. comme article de presse, FAURE (J-M), « Station d'Artouste : les détails d'un divorce à l'amiable entre Laruns et Altiservice », *La Rép des Pyrénées*, 11 février 2019.

B *Un modèle intégré : la concession du Rhône*

A l'initiative des collectivités rhodaniennes, une loi a organisé l'aménagement du fleuve Rhône au triple point de vue de la production d'électricité, de la navigation et de l'irrigation et des emplois agricoles, en passant par une société unique[1219]. Ainsi, son cahier des charges prévoit, à son article 1er, que « la concession à laquelle s'applique le présent cahier des charges a pour objet l'établissement et l'exploitation de ouvrages nécessaires à l'aménagement du Rhône entre la frontière suisse et la mer au triple point de vue de l'utilisation de la puissance hydraulique, de la navigation, de l'irrigation et des autres emplois agricoles […] » (souligné par nos soins)[1220]. Le capital-action de cette société devait être intégralement souscrit par les collectivités, les établissements publics intéressés, les industriels régionaux ou les particuliers[1221]. Dans ce cadre, la Compagnie nationale du Rhône a été créée, et elle s'est vu octroyer la concession du Rhône en 1934.

Les missions extra-énergétiques devaient être financées uniquement par les bénéfices de la concession, contrairement, par exemple, à l'aménagement de la Durance sur la partie agricole[1222]. En effet, seule la production d'électricité permettait de générer des revenus et ceux-ci devaient financer les deux autres missions pour lesquelles le concessionnaire ne percevait aucune recette. On parle de « modèle Rhône », mais celui-ci est fortement inspiré d'un modèle outre-Atlantique, celui du Tennessee. Ainsi, une société, la Tennessee Valley Authority (TVA), avait été créée pour aménager l'ensemble de la vallée. Les revenus générés par la production d'électricité ont permis de réaliser des aménagements de protection contre les crues et de participer au développement économique du secteur. Cette entreprise a aussi participé à la prévention de la lutte contre la Malaria, en adaptant notamment ses modalités de gestion de la ressource en eau. Les revenus de l'entreprise étaient redistribués aux territoires par le biais d'actions en lien avec la vallée du Tennessee.

Dans l'exemple du Rhône, les bénéfices de l'exploitation des ouvrages hydroélectriques permettent depuis 2003, au-delà du financement des deux missions historiques non-rentables

---

[1219] Loi du 27 mai 1921 approuvant le programme des travaux d'aménagement du Rhône, de la frontière suisse à la mer, au triple point de vue des forces motrices, de la navigation et des irrigations et autres utilisations agricoles, et créant les ressources financières correspondantes (*JORF* du 28 mai 1921, p. 6210).

[1220] Décret du 5 juin 1934 relatif à l'aménagement du Rhône entre la frontière suisse et la mer (*JORF* du 14 juin 1934, p. 5886).

[1221] Décret préc., article 3, alinéa 2

[1222] Voir *supra*, Section 1, § 3, A.

attribuées au concessionnaire, de financer de nouvelles actions dans les territoires. Ces nouvelles interventions résultent du huitième avenant à la concession, qui a largement modifié le visage de la concession du Rhône[1223]. La révision du contrat se justifiait, dans un contexte caractérisé par l'ouverture du marché de l'électricité, la modification de l'actionnariat de la société et les nombreuses attentes des collectivités sur la continuation des actions de la CNR entreprises le long du fleuve pendant la période des aménagements. Cet avenant a donc favorisé l'actualisation des dispositions du cahier des charges de la concession attribuée 70 ans plus tôt. Il a notamment permis de redéfinir les droits et obligations du concessionnaire « pour tenir compte, s'agissant des missions existantes, de nouveaux besoins et pour prendre en considération, s'agissant de la concession dans son ensemble, les conséquences des évolutions constatées dans le droit, dans l'économie et dans la société depuis les textes initiaux, notamment en matière d'environnement, de manière à refléter plus fidèlement les attentes des populations, des usagers du fleuve et des collectivités concernées »[1224]. Afin de répondre à cet objectif, le huitième avenant a prévu trois évolutions majeures.

Il s'agit tout d'abord d'une évolution des missions, à travers un élargissement du périmètre d'intervention, notamment dans le domaine de la navigation et de l'environnement[1225].

Une deuxième avancée résulte de la création d'un nouveau document annexé au cahier des charges général, à savoir un schéma directeur. Ce document doit préciser « la nature, le contenu et le calendrier indicatif d'un ensemble d'actions, notamment de travaux, que le concessionnaire s'engage à réaliser pendant la durée de la concession »[1226]. L'ensemble des actions doivent ensuite être déclinées dans des plans pluriannuels quinquennaux, impérativement présentés au concédant[1227]. La société a regroupé ces différentes actions sous la dénomination de « Missions d'intérêt général (MIG) ». La mise en œuvre de ces actions permet de faire bénéficier les territoires d'aménagements ou de subventions en lien avec les missions historiques de la CNR, mais aussi, et de manière innovante, dans le domaine de

---

[1223] Décret n°2003-513 du 16 juin 2003 approuvant le huitième avenant à la convention de concession générale passée le 20 décembre 1933 entre l'Etat et la Compagnie Nationale du Rhône et modifiant le décret n°96-1058 du 2 décembre 1996 relatif à la délivrance des titres d'occupation du domaine public de l'Etat (*JORF* n°138 du 17 juin 2003, p. 10112).

[1224] Huitième avenant à la convention du 20 décembre 1933 portant concession générale de l'aménagement du Rhône à la Compagnie nationale du Rhône approuvé par le décret n°2003-513, préc.

[1225] Article 1er et 1er bis du cahier des charges approuvé par décret du 16 juin 2003, préc.

[1226] Document préc, article 1er ter .

[1227] Document préc, article 1er quater.

l'environnement. Ainsi, des actions de concertation et d'organisation, de restauration des tronçons court-circuités du Rhône et des lônes sont mises en œuvre depuis 2003 par le concessionnaire. De plus, l'article 1er quater alinéa 3 de son cahier des charges général lui permet de mener des actions en faveur des territoires, l'illustration la plus marquante étant celle de la participation au financement de la ViaRhôna, voie verte qui doit permettre de circuler du Lac Léman à la Mer en vélo.

L'exemple du Rhône présente, au-delà de sa triple mission et de son modèle de gouvernance intégré, un autre intérêt. En effet, la consécration de nouvelles obligations à la charge du concessionnaire, avec l'instauration du schéma directeur, fut réalisée dans le cadre d'un avenant au contrat initial. Ainsi, le 8ème avenant à la concession du Rhône permet d'envisager la modification d'un contrat de concession et notamment de ses activités annexes. Dans le cadre de la concession du Rhône, la modification était plus aisée, dans la mesure où l'objet du contrat permettait de multiplier les actions du concessionnaire. La possibilité de faire évoluer les autres contrats en cours sera en revanche nécessairement plus restreinte, puisque, comme nous l'avons vu, la plupart des contrats de concession hydroélectrique ont été octroyés avec un objet unique. Or, un avenant ne peut pas conduire à modifier l'objet de la concession[1228]. On peut toutefois imaginer de nouvelles obligations à la marge, puisque les concessions dont les ouvrages ont été amortis conduisent le concessionnaire à bénéficier d'un avantage économique. Ainsi, l'inscription de nouvelles obligations au contrat, comme l'instauration d'une nouvelle redevance, serait le moyen d'assurer le maintien de l'équilibre économique initial.

[1228] Voir *supra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 1, A.

Conclusion Chapitre 2

Les concessions hydroélectriques ont été attribuées sous l'égide de la loi de 1919 avec une vision principalement énergétique, qui s'explique par le contexte historique de l'époque : les besoins industriels et de reconstruction d'après-guerre. Plusieurs évolutions législatives dans le secteur de l'eau et de l'environnement ont toutefois conduit à la prise en compte d'autres utilisations de l'eau, justifiant de limiter la prépondérance de son usage énergétique.

La difficulté de l'usage de la force motrice de l'eau résulte donc de la nécessité de concilier ces différents usages, en conjuguant notamment les nécessités environnementales et énergétiques. La directive cadre sur l'eau a ainsi fixé un objectif de prévention de la détérioration des masses d'eau en Europe[1229]. Il est donc nécessaire de mener une réflexion préalable, afin d'évaluer les conséquences de l'implantation d'un obstacle, comme une usine hydroélectrique, sur un cours d'eau. La conciliation entre ces objectifs peut cependant être source de difficulté et de tensions, comme l'illustre l'affaire portée devant la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), concernant un projet de construction d'une centrale hydroélectrique autorisé par l'Autriche[1230]. La Commission européenne avait saisi en l'espèce la CJUE et demandé la condamnation de l'Etat autrichien pour non-respect de ses obligations au titre de la directive cadre sur l'eau. La Commission faisait valoir, en application de l'article 4 § 1 de la directive, qu'il était interdit pour un Etat de dégrader l'état des eaux. Le projet en cause conduisait en effet à détériorer l'état de la masse d'eau de surface du cours d'eau concerné, en le faisant passer de « très bon » à « bon ». L'Autriche se fondait quant à elle sur l'application de la dérogation prévue à l'article 4 § 1 pour les projets relevant d'un intérêt public majeur[1231]. La Cour de justice de l'Union européenne a finalement considéré que la dérogation était applicable au projet en cause, dans la mesure où l'usine hydroélectrique à construire

[1229] Directive 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau (*JOUE* n° L 327, 2000, p. 1).

[1230] CJUE, 4 mai 2016, *Commission c/ Autriche*, aff. C-346/14. ECLI:EU:C:2016:322.

[1231] Article 4 § 7 de la Directive cadre sur l'eau, préc.

représentait un intérêt public. Dans ce cadre, l'intérêt public a donc supplanté les règles de protection de l'environnement[1232].

Au-delà de ces évolutions législatives et réglementaires, on pourrait aussi souhaiter une évolution des contrats en cours, afin de partager la rente des concessions hydroélectriques. L'Etat a envisagé de limiter cette rente par la perception d'une redevance proportionnelle aux recettes des concessions. Toutefois, on pourrait tout à fait imaginer qu'elle soit partagée avec les territoires, en instaurant des obligations allant au-delà de la production d'électricité. On retrouve ce type de dispositions dans un certain nombre de concessions, avec les réserves en énergie ou l'obligation de maintien d'une côte d'eau pour les usages de loisirs ou de la navigation commerciale. Il serait intéressant selon nous de développer ce genre de dispositifs, qui favoriseraient une meilleure acceptabilité des ouvrages le long des fleuves.

[1232] Sur cette décision, voir THIEFFRY (P), « La transition énergétique et les énergies renouvelables, sources de tensions contentieuses dans le couple énergie-environnement », *RTD Eur.*, 2017, pp. 293-296. Sur la question de la conciliation entre énergie et environnement, v. SINGLA (L), « Régulation des conflits énergétiques hydrauliques à l'aune du principe de continuité écologique : une vérité qui dérange », *Energie-Env-infrastr.*, n°11, novembre 2017, pp. 11-17.

Conclusion Titre 2

Les concessions hydroélectriques doivent faire l'objet d'un renouveau en application de la loi de transition énergétique, qui prévoit le regroupement de plusieurs contrats de concession. Ce regroupement se justifie au vu de l'évolution du marché de l'énergie. A la sortie de la seconde guerre mondiale, la France a nationalisé le secteur de l'électricité, notamment afin d'assurer le développement des moyens de production, pour répondre aux carences de l'initiative privée dans le contexte économique de l'époque. Ainsi, la plupart des ouvrages existants ont été nationalisés et les nouveaux ouvrages à construire ont tous fait l'objet d'un contrat de concession au profit d'EDF. Dans la mesure où il existait un seul opérateur, chaque ouvrage construit l'a été avec un cahier des charges propre. Toutefois, ces ouvrages sont parfois hydrauliquement liés et nécessitent donc une exploitation coordonnée afin d'assurer la sûreté du réseau et la sécurité des installations. L'obligation d'ouverture du marché de l'électricité impulsée par la politique du marché unique de l'Union européenne nécessite l'accès à ces installations au profit de nouveaux acteurs. Les concessions existantes vont ainsi être remises en concurrence. Toutefois, afin d'assurer l'optimisation des ouvrages hydroélectriques français et la sécurité des installations, il est nécessaire de regrouper un certain nombre d'aménagements, qui seront concédés à l'issue d'une mise en concurrence à un même opérateur. Le regroupement des installations nécessite cependant une période de report de la mise en concurrence, dans la mesure où il est nécessaire d'aligner les dates d'échéance de l'ensemble des contrats de concession. Par conséquent, certains contrats vont être prolongés, d'autres réduits afin de pouvoir organiser un appel d'offres unique pour l'octroi d'un contrat de concession unique couvrant l'exploitation de plusieurs aménagements hydrauliquement liés[1233].

Une telle situation présente deux écueils, qui nous semblent toutefois compensés par l'avantage à tirer du regroupement des concessions hydroélectriques. Le premier inconvénient est lié au report de la mise en concurrence d'un certain nombre d'aménagements et donc au report de l'ouverture du marché de l'énergie français. Le second défaut est lié au préjudice subi par les territoires. En effet, en fonction des conditions économiques des regroupements, la redevance proportionnelle aux recettes prévue par le code de l'énergie sera limitée. Son

[1233] Cette situation ne sera toutefois pas généralisée. Il existe ainsi des aménagements isolés qui pourront être remis en concurrence dès leur échéance initiale.

versement est en effet prévu uniquement si la règle du barycentre ne permet pas d'assurer le rééquilibrage de l'économie du contrat, et que le concessionnaire tire un avantage de la nouvelle date d'échéance des contrats de concession concernés.

Toutefois, le regroupement des ouvrages, qui devrait concerner un certain nombre de cours d'eau, présente également un avantage certain, puisqu'il doit permettre un renouveau du périmètre des concessions. Ce renouveau du périmètre est, selon nous, l'occasion d'un renouveau de l'objet du contrat, avec une prise en compte des contraintes environnementales et des différents usages de l'eau, qui sont aujourd'hui imposés au concessionnaire par la législation sectorielle en vigueur. On peut ainsi citer l'exemple de l'augmentation des débits réservés, qui a été imposée par la loi sur l'eau et les milieux aquatiques à l'ensemble des concessionnaires au-delà des obligations contractuelles initiales[1234]. Toutefois, ces contraintes pourraient être renforcées par l'instauration de nouvelles obligations à la charge du concessionnaire. Ces nouvelles obligations permettraient cependant de maintenir l'équilibre économique du contrat, dans la mesure où elles pourraient être financées par la rente des concessions hydroélectriques. Ainsi, on pourrait imaginer un modèle de concession dont la rente serait partagée avec les parties prenantes, tant par le versement de la redevance proportionnelle aux recettes de la concession que par une contribution à des aménagements en lien avec les différents usages de l'eau. Ce juste équilibre permettrait selon nous de faire de la concession hydroélectrique un outil de participation au développement des énergies renouvelables en France, afin de respecter les engagements pris vis-à-vis de l'Union européenne. De plus, ce nouveau modèle peut aussi représenter, au-delà d'une nouvelle ressource financière, un outil de développement des territoires. Il créerait ainsi l'opportunité d'une nouvelle attractivité des collectivités par les aménagements réalisés, mais aussi par les ressources tirées de la redevance.

[1234] Loi n°2006-1772, préc.

CONCLUSION PARTIE 2

L'eau courante est une ressource non-appropriable et non appropriée. C'est une *res communis* au sens de l'article 714 du code civil, c'est-à-dire une chose destinée à l'usage de tous[1235]. La force motrice de l'eau, qui a été nationalisée en 1919, est un bien distinct, mais qui ne peut être dissociée de l'eau courante. En effet, l'exploitation de la force motrice de l'eau a un impact sur les différents usages de l'eau courante, qui peuvent aussi contraindre son exploitation. L'utilisation de la force motrice de l'eau doit être autorisée par l'Etat. Cette force motrice de l'eau peut être exploitée de manière privative, dans la mesure où elle est confiée à un opérateur industriel. Toutefois, celui-ci ne dispose pas d'un droit de propriété sur ce bien. De plus, les contrats de concession prévoient des contraintes dans l'exploitation de la force motrice, permettant d'assurer la qualité de *res communis* de l'eau courante.

Les concessions hydroélectriques doivent donc prendre en compte la qualité de ce bien. Le renouveau des parties prenantes dans l'octroi ou l'exécution des contrats de concession nous semble aller dans ce sens. Ainsi, la possibilité pour les collectivités territoriales ou les riverains de participer à la gouvernance des entreprises concessionnaires, dans le cadre de la SEMH, favorise une association à la stratégie de l'entreprise dans l'exécution de son contrat de concession, qui lui permet d'exploiter la force motrice de l'eau. De plus, la participation de tous à l'usage de cette ressource passe par de nouveaux dispositifs, qui sont apparus après la loi de 1919, mais qui doivent renforcer le caractère de *res communis* de l'eau courante. Ainsi, de nouveaux dispositifs de consultation du public ont été mis en place par le code de l'environnement, selon certaines conditions, en amont de l'attribution des contrats, ou pendant leur exécution. La prise en compte des remarques et des attentes des différentes parties prenantes semble donc se justifier, au-delà de l'ambition d'une démocratie environnementale, par le partage des ressources liées à l'exploitation de la force motrice de l'eau. Le renouveau du périmètre des concessions hydroélectriques, notamment dans le cadre des regroupements d'ouvrages préexistants, semble être l'occasion de développer les retombées positives de l'exploitation de cette ressource naturelle. Ainsi, l'Etat a envisagé le partage de cette ressource par un dispositif purement financier, qui le conduit, avec les territoires, à percevoir une

[1235] Voir LE BAUT-FERRARESE (B.) (sous la direction de), *Traité de droit des énergies renouvelables*, Ed. le Moniteur, Paris, 2ème éd., 2012, spéc. Partie 2, chapitre 6, section 1.

redevance pour l'exploitation de la force motrice de l'eau. Notons toutefois que ce partage est aujourd'hui encore limité au vu des dispositions en vigueur dans le code de l'énergie, même si l'on peut attendre la mise en place d'une redevance proportionnelle aux recettes ou aux bénéfices de la concession pour les contrats sous le régime des délais glissants, depuis l'adoption de la loi de finances pour 2019.

Ce partage, même s'il bénéficie à l'Etat et, en partie, aux collectivités départementales, intercommunales et communales, ne nous semble cependant pas suffisant. Selon nous, la répartition des ressources liées à l'exploitation de la force motrice de l'eau mériterait d'être en effet davantage partagée et mieux assurée. Elle devrait pouvoir bénéficier aux territoires et aux riverains, à travers des obligations à la charge de l'exploitant des usines hydroélectriques. Le renouveau du périmètre de la concession doit alors être saisi comme une opportunité, afin d'assurer un renouveau des obligations à la charge du concessionnaire, en élargissant son champ d'intervention. Un nouveau modèle est selon nous possible, lequel pourrait largement s'inspirer d'un contrat préexistant, la concession du Rhône, qui a été confiée à la Compagnie Nationale du Rhône par le décret du 16 juin 1934. Cette concession résulte d'un compromis entre les territoires et les opérateurs industriels, du fait d'un capital majoritairement public réparti entre plus de 180 collectivités territoriales, la Caisse des dépôts et consignations et Engie, qui représente l'industriel au capital de la société. Au-delà de sa gouvernance, les obligations à la charge du concessionnaire dépassent le seul domaine de la production électrique, puisque ce contrat a été attribué suite à une négociation entre les différents acteurs du Rhône prenant en compte leurs attentes relatives à l'aménagement de ce fleuve. Ainsi, le concessionnaire a une mission de navigation et de développement du transport fluvial, ainsi qu'une mission en matière d'irrigation. De plus, en 2003, un avenant à son cahier des charges a conduit à rénover les missions du concessionnaire, à travers un schéma directeur. Ce document, annexé au cahier des charges général, fixe un certain nombre d'objectifs et d'actions à mener par le concessionnaire dans le cadre de sa triple-mission. Au-delà, il prévoit des objectifs en matière environnementale, avec notamment la restauration de milieux naturels, et il lui permet de mener un certain nombre d'actions afin d'assurer le développement des territoires riverains du Rhône, principalement dans le domaine touristique.

L'Etat doit saisir l'occasion du renouvellement des contrats de concession hydroélectriques, imposé par le droit de l'Union européenne, pour promouvoir le renouveau des obligations des exploitants des concessions hydroélectriques, favorisant ainsi un partage du bien commun que représente la force motrice de l'eau à tous.

CONCLUSION GENERALE - UN NOUVEAU MODELE : LA « CONCESSION HYDRAULIQUE »

L'exploitation de la force motrice de l'eau constitue une compétence exclusive de l'Etat, qui est, à ce titre, le seul acteur concerné par l'octroi des concessions hydroélectriques (en tout cas à première vue). En pratique, la situation est toutefois assez différente. Dès 1919, les collectivités territoriales ont fait connaître leur intérêt pour participer à l'octroi de ces contrats, afin d'en tirer des bénéfices pécuniaires, par la perception de redevances, mais aussi des bénéfices en nature, comme la fourniture d'électricité[1236]. En outre, dans le contexte actuel, comme nous l'avons vu, les enjeux autour de l'exploitation de ces ouvrages ont évolué et vont au-delà de l'aspect énergétique. Plus le domaine d'intervention du concessionnaire s'élargit, plus les acteurs intéressés se diversifient. Or, pour que l'ensemble des acteurs concernés puisse être entendu, il est nécessaire que le périmètre géographique des ouvrages couvre leur secteur d'intervention.

L'apparition de ces nouveaux acteurs, dans l'exécution des concessions hydroélectriques, avec l'extension géographique nécessaire, résulte de différents facteurs. Tout d'abord, une évolution a déjà été identifiée et commence à être prise en compte par le concessionnaire dans son exploitation : celle liée aux attentes des riverains du fleuve. La prise en compte de telles attentes peut s'opérer en amont de l'attribution du contrat. La loi favorise ainsi une consultation de plus en plus importante des parties prenantes pour les projets d'envergure, notamment ceux ayant une incidence environnementale[1237]. Les concessions hydroélectriques sont soumises à ces nouveaux dispositifs participatifs, de telle sorte que, dans le cadre de l'octroi des contrats, les citoyens, les collectivités et différentes associations sont consultés sur le projet de concession[1238]. Ainsi, et notamment pour les consultations qui ont lieu en amont, telle que la procédure GEDRE, l'intervention des acteurs permet de définir le cadre

[1236] Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

[1237] Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

[1238] Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, chapitre 2.

de la concession. Les parties prenantes peuvent donc exercer une influence sur le contenu des contrats. En effet, dans cette procédure, elles peuvent faire part de leurs attentes et donc contribuer à l'apparition de nouvelles obligations dans le contrat de concession.

Ensuite, la prise en compte des attentes des riverains peut aussi intervenir, en pratique, pendant l'exécution du contrat. Initialement, le contrat avait pour objet de satisfaire uniquement les besoins énergétiques. Dans le contexte actuel, les ouvrages de production ont toutefois été développés et les méthodes d'exploitation des ouvrages, ainsi que les priorités des usages de l'eau, ont évolué. On peut ainsi prendre l'exemple du débit réservé, qui est défini comme le « débit minimal garantissant en permanence la vie, la circulation et la reproduction des espèces vivant dans les eaux au moment de l'installation de l'ouvrage »[1239]. Ce débit est fixé au cas par cas par des arrêtés préfectoraux, en respectant le principe d'un débit minimal qui ne peut pas être inférieur « au dixième du module du cours d'eau en aval immédiat ou au droit de l'ouvrage correspondant au débit moyen interannuel […] ou au débit à l'amont immédiat de l'ouvrage, si celui-ci est inférieur »[1240]. Cette eau, qui doit être rejetée dans le cours d'eau « initial », ne passe donc plus par l'usine. N'étant pas turbinée, elle ne produit pas d'électricité. Ce changement de réglementation a modifié les conditions d'exploitation initiales des concessions. En effet, le volume à turbiner a été diminué afin de pouvoir prendre en compte des exigences extra-énergétiques (dans le cas qui nous concerne, des nécessités environnementales). On voit ainsi que la mutation des parties prenantes, avec une intervention de plus en plus forte des riverains ou d'associations environnementales, conduit à modifier les conditions du contrat. Cependant, ces évolutions sont intrinsèquement liées à la définition d'un périmètre géographique pertinent. Le périmètre doit permettre de regrouper les acteurs pour lesquels l'aménagement a des conséquences au-delà du simple secteur de l'usine, afin de les entendre et de les associer à la définition de l'objet du contrat et à l'exécution de la concession.

L'intervention des collectivités territoriales dans l'exécution des contrats de concession est aussi de plus en plus importante au vu du développement de leurs compétences dans les activités extra-énergétiques gravitant autour de l'exploitation de la force motrice. En France, dans le cadre des différentes étapes de la décentralisation, les missions des collectivités territoriales se sont largement étendues. Celles-ci possèdent aujourd'hui de nombreuses

[1239] Article L. 214-18, alinéa 1er du Code de l'environnement.

[1240] Article L. 214-18, alinéa 2 du Code de l'environnement.

missions liées aux usages extra-énergétiques de l'eau et au développement des territoires[1241]. Elles sont donc particulièrement intéressées, à ce titre, par l'exploitation des concessions hydroélectriques.

Dans le cadre de concession à ouvrage unique, le principal intérêt des collectivités territoriales sera relatif au tourisme ou aux activités de loisirs, ce qui correspond au partage de la ressource en eau entre la production d'électricité et sa vocation de loisirs[1242]. Mais l'on peut aussi envisager des concessions à ouvrages multiples, qui comportent d'autres attraits pour les collectivités territoriales, notamment en matière d'aménagement du territoire, au vu de leur périmètre élargi. C'est le cas, par exemple, de la Basse-Durance, où la concession visait à exercer deux activités : le développement de l'hydroélectricité et le développement de l'irrigation[1243]. Le fait d'assurer l'irrigation a nécessité la création d'un canal et a permis aux riverains de bénéficier d'un apport en eau plus régulier. La construction du barrage dans le but d'assurer une production d'électricité a aussi permis de diminuer les problèmes de crues en période hivernale. Ces deux compétences ont donc conduit à modifier les règles d'aménagement du territoire, en permettant le développement de l'activité économique, notamment par le soutien aux activités agricoles[1244]. On peut aussi citer l'exemple de la concession du Rhône, qui suscite l'intérêt des collectivités, particulièrement pour les activités existantes autour de la production hydroélectrique, notamment dans le cadre du développement

---

[1241] Ainsi, l'article 13 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (loi NOTRe), codifié à l'article L. 4251-1 du code général des collectivités territoriales, a instauré un nouveau Schéma Régional d'Aménagement de Développement Durable et d'Egalité des Territoires (SRADDET). Le second alinéa définit la portée de ce schéma, qui « fixe les objectifs de moyen et long termes sur le territoire de la région en matière d'équilibre et d'égalité des territoires, d'implantation des différentes infrastructures d'intérêt régional, de désenclavement des territoires ruraux, d'habitat, de gestion économe de l'espace, d'intermodalité et de développement des transports, de maîtrise et de valorisation de l'énergie, de lutte contre le changement climatique, de pollution de l'air, de protection et de restauration de la biodiversité, de prévention et de gestion des déchets ». La Loi NOTRe a aussi donné une compétence partagée aux différents échelons de collectivités territoriales dans le domaine du tourisme (article L. 1111-4, alinéa 2 du code général des collectivités territoriales).

[1242] L'importance de l'usage touristique se manifeste par exemple dans le cadre de la procédure de consultation des acteurs et usagers de l'eau pour la Gestion Equilibrée et Durable de la Ressource en Eau (GEDRE), pour la mise en concurrence des concessions hydroélectriques de la Vallée d'Ossau.

Le document de synthèse de février 2012 a été publié sur le site de la préfecture de la DREAL Midi-Pyrénées (http://www.midi-pyrenees.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Document_de_synthese_GEDRE_cle1ab7b9.pdf). Il y est par exemple mis en avant les attentes locales en matière de maintien de l'activité halieutique ou de développement des activités nautiques (canyonisme, canoë-kayak, rafting).

[1243] Loi n°55-6 du 5 janvier 1955 relative à l'aménagement de la Durance (*JORF* du 6 janvier 1955, p. 277). Le titre II approuve la convention signée entre le Ministre de l'agriculture et EDF, qui encadre les modalités d'exploitation de la réserve agricole de Serre-Ponçon.

[1244] Loi n°55-6, préc., article 3 : « Est approuvée la convention en date du 24 novembre 1953 intervenue entre le ministre de l'agriculture et Electricité de France (service national) et fixant : Le mode de constitution et d'exploitation à Serre-Ponçon d'une réserve agricole destinée à remédier aux insuffisances du débit naturel de la Durance en période d'irrigation intensive, à remettre à la disposition des usagers du Verdon une partie de la réserve de Castillon et à permettre des extensions des surfaces irriguées ; […] ».

de la navigation, de l'amélioration des systèmes d'irrigation, mais aussi pour les actions menées auprès des territoires pour soutenir des projets locaux[1245]. Ainsi, dans la lettre ouverte signée par un certain nombre d'élus de collectivités riveraines du Rhône, ceux-ci mettent en avant l'importance de l'activité de la concession pour leurs territoires : « la Compagnie nationale du Rhône est le parfait exemple de cet équilibre entre développement des énergies renouvelables et développement de nos territoires tout en assurant la préservation de la qualité de l'environnement. Elle est aussi un partenaire essentiel de l'ensemble des acteurs de la Vallée du Rhône, dont nos collectivités locales, compte tenu de l'efficacité de sa structure publique-privée »[1246].

Les critères de regroupement doivent par ailleurs évoluer au cas par cas en fonction des circonstances particulières. Ainsi, une concession qui aurait un objet multiple, telle que la gestion du service de la navigation, supposera un périmètre supérieur au simple secteur de l'usine[1247].

L'évolution du périmètre, la nécessité de compenser la rente hydroélectrique et les contraintes grandissantes dans l'utilisation de l'eau doivent donc être l'occasion de repenser les concessions. Un tel contexte constitue une opportunité de nature à favoriser le multi-usage de l'eau, qui est une « voie pour l'avenir », selon Jean POIRET[1248]. Ainsi, le nécessaire partage de la ressource en eau, dans ces conditions, « marque l'entrée dans une période nouvelle, où le barrage n'est plus seulement un moyen de production, mais devient un outil essentiel de la gestion de l'eau »[1249].

La remise en concurrence des contrats de concession hydroélectriques apparaît ainsi comme une chance à saisir, tant pour les territoires que pour l'Etat, afin d'assurer une meilleure acceptabilité des ouvrages. Un nouveau modèle de « concession hydraulique » pourrait alors être envisagé[1250].

[1245] Voir *infra*, Chaptitre 2, Section 1, § 2, b.

[1246] Annexe 11 : Lettre ouverte à Manuel VALLS le 4 juin 2014 relative à la CNR.

[1247] A moins que le concessionnaire se contente de gérer le passage aux écluses, mais la division des activités ne permet pas forcément d'optimiser leur exploitation.

[1248] POIRET (J), *op. cit.*, p. 2582.

[1249] *Ibid*, p. 2583.

[1250] Bien entendu, nous ne connaissons pas la situation économique de l'ensemble des concessions exploitées en France. La création de ce modèle pourrait alors être envisagée pour les ouvrages hydroélectriques générant une certaine rentabilité.

Le terme « hydraulique », qui renvoie ce qui est « relatif à l'eau »[1251], illustre parfaitement la conception du nouveau modèle. Le terme de concession « hydraulique » est déjà utilisé dans le code de l'énergie. Toutefois ce terme est souvent associé au mot « énergie »[1252]. Il convient donc de préciser l'utilisation de la notion de « concession hydraulique »[1253] en droit positif. La portée de celle-ci nous semble en effet limitée, puisque l'article L. 521-1 fait référence à la notion de « contrats de concession d'énergie hydraulique » auxquels s'appliquent les dispositions du livre II, du titre V de la partie législative du code de l'énergie. Ainsi, il semble que la notion de « concession hydraulique », actuellement utilisée dans le code de l'énergie, n'ait pas la portée que nous proposons de donner à ce modèle.

Selon nous, il serait possible d'envisager un contrat de concession qui permettrait de transférer l'exploitation des usines hydroélectriques, mais qui pourrait aussi prévoir un certain nombre de missions en lien avec l'eau à la charge du concessionnaire. Ce nouveau modèle permettrait aussi d'envisager un mécanisme de redistribution en faveur des différents acteurs, l'eau courante étant un *res communis*, un bien qui appartient à tous.

Ainsi, le périmètre des concessions hydrauliques doit être revu, selon nous, autant d'un point de vue géographique que matériel, les deux évolutions allant de pair. En effet, le développement du périmètre géographique permet le développement des activités à la charge du concessionnaire et de tous les besoins liés à la gestion de la ressource en eau. Ainsi, le nouveau périmètre géographique peut être à l'origine d'un nouveau périmètre matériel. Mais la situation fonctionne aussi en sens inverse. En effet, si l'on souhaite donner de nouvelles missions liées aux usages extra-énergétiques de l'eau au concessionnaire, il est alors nécessaire de l'autoriser à occuper le domaine intéressé et à étendre, le cas échéant, le périmètre géographique de la concession.

Il est donc nécessaire de créer un périmètre pertinent qui puisse répondre, comme nous avons pu l'étudier dans nos développements précédents, aux besoins de sûreté et de sécurité des aménagements et du réseau électrique. Mais il est aussi nécessaire de prendre en compte les

---

[1251] *Le petit Larousse illustré*, Paris, Larousse 100ème édition, 2004, p. 556.

[1252] V. l'intitulé de l'annexe au décret n°2016-530 : « Modèle de cahier des charges des concessions d'énergie hydraulique » (souligné par nos soins). La notion de « concession d'énergie hydraulique » apparaît dans 9 articles du code l'énergie : L. 521-1, R. 521-2, R. 521-3, R. 521-6, R. 521-8, R. 521-27, R. 521-44, R. 521-45 et R. 521-49.

[1253] Articles L. 142-37, L. 521-16-1, L. 521-16-2 et L. 513-1 du code de l'énergie.

besoins locaux relatifs à la gestion de la ressource en eau. La création de ce nouveau périmètre permet aussi d'associer les riverains, et de mettre en pratique le principe d'une association des citoyens à l'évolution des règles juridiques du droit de l'environnement. De la mise en commun de ces différents paramètres, à travers le compromis qui sera trouvé, pourra résulter un renouveau de la concession d'énergie hydraulique, telle qu'on la connaît et qu'elle est aujourd'hui conçue, pour en faire une « concession hydraulique ». Nous envisagerions donc le contrat au-delà de son aspect énergétique et nous proposerions d'y associer un certain nombre de missions liées à la gestion de la ressource en eau. Nous pouvons alors envisager la mise en place d'obligations, dans le cadre de dispositions réglementaires ou législatives, en termes, principalement, de restauration des milieux naturels, de continuité piscicole ou de tourisme. L'évolution des missions du concessionnaire n'est cependant pas une réelle innovation[1254]. De nouvelles missions ont ainsi déjà vu le jour et elles semblent avoir du succès.

Toutefois, la « concession hydraulique » doit permettre d'inscrire à la charge du concessionnaire un ensemble de missions solidaires de manière plus automatique. Il est important que l'exercice de ces activités soit encadré, afin de s'assurer que l'un des usages ne porte pas préjudice à un autre. On pourrait tout à fait imaginer l'hypothèse d'un concessionnaire favorisant l'usage de la force motrice, au vu de sa rentabilité, par rapport aux autres. Il est donc nécessaire que le cahier des charges encadre suffisamment les obligations à la charge du concessionnaire, en prévoyant de préférence des obligations de résultat, ainsi que des dispositifs de sanction associés. Le renouvellement des concessions hydroélectriques est une opportunité à saisir pour le renouveau de ces contrats[1255]. Toutefois, cela signifie aussi que de nouveaux opérateurs pourraient apparaître dans ce secteur. Il sera donc nécessaire que le concédant s'assure que les moyens de contrôle et de sanction prévus au contrat soient suffisants.

L'évolution du périmètre pourrait même aller au-delà de l'aspect strictement hydraulique, pour développer la dimension énergétique du périmètre concédé. Ainsi, on pourrait envisager que le réinvestissement des bénéfices puisse se faire dans le cadre du développement d'énergies renouvelables. Il faudrait alors présager l'avenir de ces installations

---

[1254] V. la convention d'engagements pour le développement d'une hydroélectricité durable en cohérence avec la restauration des milieux aquatiques qui a été adoptée suite au Grenelle de l'Environnement.

[1255] V. THIBAULT (B), « Le renouvellement des concessions hydroélectriques, une chance pour la France et ses territoires », *Droit de l'environnement*, n°257, juin 2017, pp. 218-222 (p. 221).

et notamment les problématiques qui pourraient se poser à la fin du contrat de concession. On pourrait imaginer un dispositif qui permettrait à la société concessionnaire de réinvestir les bénéfices dans la construction de nouveaux actifs de production d'énergies renouvelables, qui deviendraient sa propriété à l'issue du contrat de concession. Au vu de cet avantage, les actifs ne pourraient pas bénéficier des dispositifs d'aides mis en place pour le développement de ces énergies, c'est-à-dire, notamment, le dispositif d'obligations d'achat ou de complément de rémunération. Cette mission pourrait alors permettre de limiter la rente hydroélectrique, en prévoyant le réinvestissement des bénéfices dans le développement d'une activité nécessaire à l'Etat français, à l'aune de ses différents engagements pris dans l'évolution de la production d'énergie.

Bibliographie

Ouvrages généraux

- AUBY (J.-B.), AUBY (J.-M.), BON (P.), TERNEYRE (P.), *Droit administratif des biens*, Paris, Dalloz, Précis, 2016, 7ème éd., 720 p.

- AUBY (J-B) et DUCOS-ADER (R), *Grands services publics et entreprises nationales*, vol. 1, Paris, PUF, Thémis, 1969, 1ère éd., 370 p.

- BONNARD (R), *Précis de Droit administratif*, Paris, LGDJ, 4ème édition, 1943, 786 p.

- BRACONNIER (S), *Droit des services publics*, Paris, PUF, Themis, 2003, 531 p.

- CARPENTIER (A) et al., *Répertoire général alphabétique du droit français : contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence*, Paris, Librairie de la Société du Recueil général des lois et arrêts, Tome 33, 1924, 1096 p.

- COLSON (J-P) et IDOUX (P), *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 2014, 7ème éd., 793 p.

- DE LAUBADERE (A), *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1976, 769 p.

- FAURE (B), *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Dalloz, Précis, 5ème éd., 2018, 803 p.

- FERSTENBERT (J), PRIET (F), QUILICHINI (P), *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 2016, 845 p.

- FOULQUIER (N), *Droit administratif des biens*, Paris, Lexinexis, 4ème éd., 2018, 895 p.

- GAUDEMET (Y), STIRN (B), DAL FARRA (T) et ROLIN (F), *Les Grands avis du Conseil d'Etat*, Paris, Dalloz, 3ème éd., 2008, 582 p.

- GUINCHARD (S) et DEBARD (T), *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, Paris, Dalloz, 2017, 1200 p.

- HAURIOU (M), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Tome III, Paris, Sirey, 1929, 846 p.

- HOEPFFNER (H), *Droit des contrats administratifs*, Paris, Dalloz, 2016, 614 p.

- DE LAUBADERE (A), *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1976, 769 p.

- LEVY-LEBOYER (M) et MORSEL (H) (sous la direction de), *Histoire générale de l'électricité en France*, Paris, Fayard, Tome premier - 1919-1946, 999 p.

- LONG (M), WEIL (P), BRAIBANT (G), DEVOLVE (P) et GENEVOIS (B), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 21ème éd., 2017, 1018 p.

- MORAND-DEVILLER (J.), *Droit administratif des biens*, Paris, Montchrestien, 2018, 10ème éd., 917 p.

- NICINSKI (S), *Droit public des affaires*, Paris, LGDJ, 2014, 4ème éd., 799 p.

- PRIEUR (M), *Droit de l'environnement*, Dalloz, Précis, 2016, 7ème éd., 1228 p.

- RAPP (L) et al., *Droit public des affaires*, Paris, Lamy, 2015, 2619 p.

- RICHER (L) et LICHERE (F), *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2016, 10ème éd., 778 p.

- VENEZIA (J-C) et GAUDEMET (Y), *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1984, Tome 1, 9ème édition, 813 p.

- WALINE (J.), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, Précis, 2018, 27ème éd., 835 p.

Ouvrages spécialisés

- AUBY (J.-F.), *La délégation de service public. Guide pratique*, Paris, Dalloz, 1997, 228 p.

- LE BAUT-FERRARESE (B.) (sous la direction de), *Traité de droit des énergies renouvelables*, Paris, Ed. le Moniteur, 2012, 2ème éd., 685 p.

- BETTINGER (C.), *La concession de service public et de travaux publics*, Paris, Berger-Levrault, Coll. L'administration nouvelle, 1978, 255 p.

- BIZET (J-F), *Entreprises publiques locales*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2012, 2ème éd., 378 p.

- BONIN (H), *Les concessions hydroélectriques dans le Grand Sud-Ouest. Histoire et débats 1902-2015*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2015, 290 p.

- BOUGAULT (P), *La législation nouvelle des chutes d'eau. Loi du 16 octobre 1919 et règlements annexes. Le cahier des charges types*, Grenoble, Ed. Jules Rey, 1921, 265 p.

- BRECHON-MOULENES (C) et al., *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris, Sirey, 1992, 126 p.

- CHARVERIAT (A) et al., *Sociétés commerciales 2015*, Levallois, Francis Lefebvre, Mémento pratique, 46ème édition, 2014, 1776 p.

- COSSALTER (P.), *La concession de service public*, Voiron, Territorial éditions, 2011, 94 p.

- DE GRAVELAINE (F) et O'DY (S), *L'Etat EDF*, Paris, éd. Alain Moreau, 1978, 346 p.

- DE LA ROSA (sous la direction de), *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique. Les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession*, Paris, Société de législation comparée, 2014, 220 p.

- DELION (A), *Le droit des entreprises et participations publiques*, Paris, LGDJ, Systèmes, 2003, 253 p.

- DUFAU (J), *Les concessions de service public*, Paris, Ed. du moniteur, 1979, 240 p.

- DUFAU (J), *Les entreprises publiques*, Paris, Le Moniteur, 1991, 357 p.

- ETIEN (R) et al., *La SNCF. Histoire, organisation, perspectives*, Paris, LyCoFac Editions, 1991, 175 p.

- FIERRO (A), *Histoire et dictionnaire des 300 moulins de Paris*, Paris, Ed. Parigramme, 1999, 186 p.

- GIANDOU (A), *La Compagnie Nationale du Rhône. 1933-1998*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1999, 328 p.

- G.R.A.L.E., *Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions : textes, jurisprudence, doctrine et pratiques*, Paris, Le Moniteur, coll. Droit et gestion des collectivités territoriales, 2013, 789 p.

- JANIAUD (J), *EDF et la main invisible ou Genèse d'EDF*, Paris, L'Harmattan, 1990, 375 p.

- JOLY (H) et al., *Des barrages, des usines et des hommes. L'industrialisation des Alpes du Nord entre ressources locales et apports extérieurs*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2002, 386 p.

- LAGET-ANNAMAYER (A), *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité*, Paris, LGDJ, 2002, 545 p.

- LEVY-LEBOYER (M) et MORSEL (H) (sous la direction de), *Histoire générale de l'électricité en France*, Paris, Fayard, Tome deuxième - L'interconnexion et le marché 1919-1946, 1438 p.

- LEVY-LEBOYER (M) et MORSEL (H) (sous la direction de), *Histoire générale de l'électricité en France*, Paris, Fayard, Tome troisième - Une œuvre nationale : l'équipement, la croissance de la demande, le nucléaire : 1946-1987, 1196 p.

- L'HUILLIER (J.), *Législation des forces hydrauliques*, Paris, Albin Michel, 1936, 2ème éd., 239 p.

- MATHIOT (C), *L'aménagement hydro-électrique de la Moyenne-Dordogne. Constitution de la Société Anonyme Energie électrique de la Moyenne-Dordogne*, Clermont-Ferrand, Imp. G. Mont-Louis, 1929, 80 p.

- MEUNIEUR (P) et al. (sous la direction de), *Les sociétés publiques locales. Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence*, Paris, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2016, 353 p.

- POIRET (J), *Droit de l'hydroélectricité*, Paris, EDF et Ed. Economica, 2004, Tome 1, 1262 p.

- POIRET (J), *Droit de l'hydroélectricité*, Paris, EDF et Ed. Economica, 2004, Tome II, 1402 p.

- RICHER (L), *La concession en débat*, Paris, LGDJ, 2014, 224 p.

- RODIERES (R), *Droit des transports*, Sirey, Paris, I, 1953, 941 p.

- SABLIERE (P), *La loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz commentée*, Paris, Dalloz, février 1993, 1083 p.

- SABLIERE (P), *Droit de l'énergie*, Paris, Dalloz, 2013, 2858 p.

- SAVATIER (R), *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2ème édition 1950, 179 p.

Thèses et mémoires

- BEZANCON (X), *Essai sur les contrats de travaux et de service public. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, L.G.D.J., 1999, 639 p.

- BONTRON (M-C), *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Thèse, Montpellier, 2016, dactyl., 627 p.

- BRAMERET (S), *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixtes locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris, L.G.D.J., 2012, 448 p.

- CARTIER-BRESSON (A), *L'Etat actionnaire*, Paris, LGDJ, 2010, 495 p.

- DEL PRETE (D), *L'avenant dans les contrats administratifs*, Thèse, Aix-en Provence, 2002, dactyl., 501 p.

- EUSTATZIU (E), *Le fondement juridique et la législation des chutes d'eau*, Thèse, Paris, PUF, 1922, 155 p.

- FERSTENBERT (J), *Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, thèse, Paris, Presses universitaires d'Orléans, 2009, 636 p.

- FOURNIET (J), *Vers un nouveau droit des concessions hydroélectriques*, Thèse, Fribourg, Ed. universitaire fribourg suisse, 2002, 441 p.

- GARNIER (P.), *Le cahier des charges des concessions de chute d'eau*, Thèse, Paris, Ed. Rousseau, 1931, 353 p.

- GERIN (R), *Les forces hydrauliques au point de vue économique et juridique*, Thèse, Lyon, Association typographique lyonnaise, 1921, 189 p.

- GOUTTENOIRE (R), *Le silence de l'administration*, Thèse, Paris, P. Bossuet, 1932, 248 p.

- GRANERO (A), *Les personnes publiques spéciales*, Paris, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2016, 608 p.

- GUILHON (R), *Etude au point de vue civil de la loi du 16 octobre 1919*, Thèse, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1921, 166 p.

- HAURIOU (A), *La mainmise de l'Etat sur l'énergie des cours d'eau non-navigable, ni flottables*, Thèse, Toulouse, 1921, 112 p.

- HOEPFFNER (H), *La modification du contrat administratif*, Paris, LGDJ, 2009, 586 p.

- ISIDORO (C), *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie et Royaume-Uni)*, Paris, L.G.D.J., 2006, 663 p.

- LECOMTE (F), *Le rachat des concessions*, Thèse, Paris, Impr. De lahure, 1925, 186 p.

- MONSEGUR (M), *Aux confins du service public et de l'entreprise privée : les entreprises privées d'intérêt public et les sociétés d'économie mixte*, Thèse, Toulouse, Imprimerie du Sud, 1942, 595 p.

- PEZ (T), *Le risque dans les contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2013, 950 p.

- POL (F), *La houille blanche sa réglementation envisagée au point de vue de l'intérêt social*, Thèse, Lyon, Imprimerie de la Revue judiciaire, 1912, 278 p.

- PONTIER (J-M), *L'Etat et les collectivités locales. La répartition des compétences*, Paris, Librairie de droit et de jurisprudence, 1978, 630 p.

- PRACHE (P), *Les fins de concession*, Thèse, Paris II Panthéon-Assas, 2001, dactyl., Tome I 366 p. et Tome II, 266 p.

- UBAUD-BERGERON (M), *La mutabilité du contrat administratif*, Thèse, Montpellier, 2004, dactyl., 709 p.

- TABOUIS (A), *La nature juridique des concessions d'énergie hydrauliques*, Mémoire DEA, Paris II, 2002, dactyl., 97 p.

Articles de doctrine

- ALLIEZ (Q), « Le rachat des concessions autoroutières : une impasse financière ? », *Contrats et marchés publics*, 2017, n°4, pp. 6-13

- ALBERTINI (J-B), « Démocratie représentative et participation(s) citoyenne(s) : réflexions et applications pratiques », *RFAP*, 2014/2, n°150, pp. 529-541

- D'AMARZIT (P.), « L'OMC : une tentative de réglementation du commerce mondial », *CJEG*, n°606, fév. 2004, chron., p. 59

- ANTOINE (A), « L'*intuitus personae* dans les contrats de la commande publique », *RFDA*, 2011, n°5, pp. 879-892

- AUBY (J.-B.) et MAUGUË (C.), « Les contrats de délégation de service public », *JCP G*, 1994 -1, n°9, doctrine n°3743, pp. 115-124

- AUBY (J.-B.), « L'électricité au cœur de l'actualité du droit administratif », *Dr. Adm.*, Janv. 1999, n°1, Repères, p. 3

- AUBY (J.-B.) et LIGNIERES (P.), « Droit des délégations de service public. Quelques propositions d'amélioration », *Dr. Adm.*, août-sept. 1999, n°8-9, chron. n°15, pp. 4-7

- AUBY (J.-B.), « Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion déléguée du service public », *RFDA*, n° 3, 1997, in Supplément Actes du colloque des 14 et 15 novembre 1996 au Sénat organisé par l'Institut français des sciences administratives, pp. 3-14

- AUBY (J-B), « L'Etat schizo », *Dr. Adm.*, 1er mai 2008, n°5, pp. 1-2

- AUBY (J-F), « Délégation de service public, la question des droits d'entrée », *LPA*, 13 mai 1996, n°58, pp. 8-9

- AUBY (J.-F.), « La délégation de service public. Premier bilan et perspectives », *RDP*, juil.-août 1996, n°4, pp. 1095-1115

- AUBY (J-M), « La notion de concession et les rapports des collectivités locales et des établissements publics de l'électricité et du gaz dans la loi du 8 avril 1946 », *CDJ*, n°7 et 8, 1949, pp. 2-15

- ARCELIN (L), « Vers un renforcement de la concurrence ? », *AJ Contrats d'affaires*, 1er oct. 2015, n°10, pp. 400-403

- BAH (M), « Les relations du travail dans les industries électriques et gazières après la loi du 10 février 2000 », *CJEG*, avr. 2003, n°597, Chronique, pp. 225-232

- BARTHELEMY (C), « Le principe de spécialité appliqué à EDF. Libre propos sur l'article 44 de la loi du 10 février 2000 », *CJEG*, 2002, n°591, pp. 507-532

- BARTHELEMY (C), « L'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité et la transformation d'EDF », *JCP A*, oct. 2004, n°10, pp. 7-11

- BARTHELEMY (C), « De l'opportunité du « paquet 3ème directive » du 19 septembre 2007 », *RJEP*, janv. 2008, n°649, Repère n°1, pp. 1-2

- BARTHELEMY (C) et RAMBALDELLI (V), « L'ouverture des concessions hydroélectriques à la concurrence », *ACCP*, n°86, mars 2009, pp. 41-45

- BARTHELEMY (C), CLOCHE-DUBOIS (C) et RUBIO (A-E), « La loi de transition énergétique : déclaration d'intention ou socle d'une transformation dirigée de l'économie française ? », *Droit de l'environnement*, n°241, janv. 2016, pp. 27-39

- BATTOUE (L), « Fin ou renouvellement des concessions hydroélectriques ? Questions autour d'un dilemme », *ACCP*, n°168, 1er sept. 2016, pp. 27-31

- LE BAUT-FERRARESE (B.) et MICHALLET (I.), « Nouvelles règles pour l'attribution des concessions d'énergie hydraulique », *JCP A*, n°13, 23 mars 2009, étude n°2071, pp. 39-45

- BAZEX (M), « L'Etat simple actionnaire ? », in BAZEX (M) et al., *La sécurité financière et l'Etat : Bilan et perspectives*, Paris, L'Harmattan, 2004, 200 p., pp. 169-185

- BAZEX (M) et BLAZY (S), « La « banalisation » du statut des entreprises publiques par le droit communautaire », *D. adm.*, n°8/9, août 2005, commentaire 118, pp. 26-29

- BAZY-MALAURIE (C), « Le contrôle a posteriori est-il adapté aux ambitions de la rénovation institutionnelle ? », *RFAP*, n°124, 2007, pp. 633-638

- BEATRIX (O), « *Open data* et secteur de l'énergie : le début de l'histoire », *RFDA*, n°1, 14 mars 2018, pp. 49-56

- BENJAMIN (M-Y), « La mise en concurrence du capital privé des SEM ? », in *Les sociétés d'économie mixte. Bilan et perspectives*, Actes du Colloque du 27 mai 2005 organisé au Sénat, *RFDA*, n°509, octobre 2005, (pp. 946-984) pp. 973-976

- BERMOND DE VAULX (J-M), « Le spectre de l'*affectio societatis* », *JCP E*, 1994, pp. 183-187

- BERNARD (S), « L'actionnariat public et la crise », *RFDA*, 2010, pp. 756-759

- BERTHEREAU (D), « Le contrôle d'une entreprise concessionnaire par la Commission de vérification des comptes des entreprises publiques : le cas du tunnel du Mont-Blanc (1965-1971) », *Entreprises et histoires*, n°38, pp. 84-95

- BERTUCCI (J.-Y.) et DOYELLE (A.), « L'examen des conventions relatives aux marchés ou à des délégations de service public », *AJDA*, 20 mars 1995, n°3, pp. 200-206

- BETAILLE (J), « La contribution du droit aux effets de la participation du public : de la prise en considération des résultats de la participation », *RJE*, 2010/2, vol. n°35, pp. 197-217

- BETTINGER (C), « Réflexions sur le premier texte d'harmonisation sur les concessions dans le droit communautaire », *Revue des concessions et des délégations de service public*, n°8, 1er mars 2000, pp. 63-107

- BEZANCON (X), « Une approche historique du partenariat public-privé », *Revue d'économie financière*, hors-série, 1995, pp. 27-50

- BEZANCON (X.), « Histoire du droit concessionnaire en France », *Entreprises et histoires*, 2005/1, n°38, pp. 24-54

- BEZANCON (X), « Les concessions hydroélectriques aux sources du contrat de partenariat », *ACCP*, n°86, mars 2009, pp. 32-35

- BEZANCON (X.), « Que reste-t-il des concessions ? », *Contrats publics*, n°141, mars 2014, édito, p. 3

- BEZARD (B) et MUNIESA (L), « L'exercice de la mission de l'Etat actionnaire dans la gestion de ses participations financières : de la « tutelle » à l'actionnaire », *Revue gestion et finances publiques*, mars-avr. 2009, pp. 323-325

- BEZARD (B) et PREISS (E), « L'agence des participations de l'Etat », *RFAP*, 2007/4, pp. 601-613

- BLOCK (G.) et COTARD (E.), « La loi relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie. Loi n°2003-8 du 3 janvier 2003 », *JCP G*, n° 22, 28 mai 2003, actualité n°271, pp. 977-981

- BODA (J-S) et ROHAN (P-A), « Le Conseil d'Etat et la protection des biens de retour en fin de contrat », *AJDA*, n°24, 3 juil. 2014, pp. 1397-1400

- BOITEAU (C), « Les sociétés d'économie mixte et les contrats de délégation de service public », *RFDA*, 2005, pp. 946-952

- BOITEAU (C), « Vers une définition du service public ? », *RFDA*, juillet 2007, pp. 803-811

- BOITEAU (C), « Energie et développement durable », *RFAP*, 2015/4, n°156, pp. 1007-1084

- BOITEAU (C), « Les entreprises liées aux personnes publiques », *RFDA*, 2017, pp. 57-67

- BOITEAU (C), « L'entreprise régulée », *RFDA*, 2018, pp. 469-478

- BONNOTE (C.), « Les conventions de service public et le temps », *RFDA*, 2005, n°1, pp. 89-104

- BORDES (J-L), « Les barrages en France du XVIIIe à la fin du XXe siècle. Histoire, évolution technique et transmission du savoir », *Pour Mémoire*, n° 9, hiver 2010, pp. 70-120

- BOREL (J-P), « Le point sur les critères de la domanialité publique », *AJCT*, n°5, 28 mai 2014, pp. 260-264

- BOSVIEUX (A), « les SEM dont l'activité s'exerce dans les départements et territoires de la France d'Outre-mer », *CJEG*, n°38, juin 1952, pp. 310-324

- BOUINOT (J.), « Comment assurer l'égal accès à l'information juridique, technique et économique avant le contrat, en cours de contrat et lors de son renouvellement », *RFDA*, 1997, n°3, pp. 41-55

- BOUNEAU (C) et VILA (J-B), « Transition énergétique et réforme territoriale : les enjeux d'un dialogue complexe », *Energie-Env-Infrastr*., janv. 2016, n°1, pp. 16-21

- BOUTAUD (B), « Les énergies renouvelables, énergies des collectivités territoriales ? », *in* G.R.A.L.E., *Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions : textes, jurisprudence, doctrine et pratiques*, Paris, Le Moniteur, coll. Droit et gestion des collectivités territoriales, 2013, 789 p., pp. 195-204

- BRABANT (M), « Le critère du « contrôle analogue » dans la dérogation in house : l'espoir de clarification d'une notion singulièrement altérée », *RJEP*, 1er mars 2014, pp. 4-12

- BRACONNIER (S.), « La consécration du critère du risque opérationnel dans la directive « concession » », *Contrats publics*, n°141, mars 2014, pp. 26-31

- BRACONNIER (S), « La typologie des contrats publics d'affaire face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA*, 21 avr. 2014, n°15, pp. 832-840

- BRACONNIER (S), « Les avenants aux conventions de délégation de service public à l'épreuve de la directive « concessions » du 26 février 2014 », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, 2015, 694 p., pp. 29-39

- BRACONNIER (S), « Regards sur le nouveau droit des concessions », *JCP G*, n°14, 04 avr. 2016, pp. 698-706

- BRAMERET (S), « Les sociétés d'économie mixte locales », *JCP A*, n°51-52, 19 déc. 2011, pp. 1-4

- BRAMERET (S), « La société d'économie mixte contrat : partenariat public-privé institutionnalisé à la française ? », *JCP A*, n°49, 2 déc. 2013, Etude n° 2347, pp. 11-15

- BRAMERET (S), « Actionnariat d'une société à capital public locale et compétence partagée : la fin des débats ? », *RFDA*, 2019, pp. 100-110

- BRAMERET (S), « Actionnariat partagé d'une société à capital public locale. Quand le législateur s'en mêle (et s'emmêle ?) », *AJDA*, 2019, pp. 1690-1695

- BRENET (F), « La qualification des concessions hydroélectriques », *ACCP*, n°86, mars 2009, pp. 36-40

- BRENET (F.), « La délégation unilatérale de service public », *AJDA*, n°25, 2013, pp. 1435-1440

- BRENET (F), « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *AJDA*, n°15, 2014, pp. 848-852

- CABANES (C) et NEVEU (B), « Le renouvellement des concessions hydroélectriques après la loi de transition énergétique », *Contrats publics*, déc. 2015, pp. 48-51

- CAMOUS (D-A), « Le risque de la rémunération des partenaires privés, un élément d'harmonisation des contrats de partenariat public privé dans la lex mediterranea ? », *Revue de droit des affaires internationales*, déc. 2015, pp. 583-596

- CANTIER (B.) et LINOTTE (D.), « « Shadow Tolls » : le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels », *AJDA*, 2000, n°11, pp. 863-872

- CATHELINEAU (J), « Directive et particularisme des concessions de travaux publics », partie 1, *CJEG*, n°210, mars 1968, chronique, pp. 53-70

- CATHELINEAU (J), « Directive et particularisme des concessions de travaux publics », partie 2, *CJEG* n°211, fév. 1968, chronique, pp. 27-51

- CATTAN (J.), « La question de la séparation des entreprises de réseaux verticalement intégrées : un facteur de divergence au cœur de la régulation sectorielle », *RJEP*, n°692, déc. 2011, pp.14-19

- CHAID-NOURRAI (N) et BERTHON (G), « La vraie nature des concessions hydroélectriques », *RFDA*, 2017, pp. 262-269

- CHAN-TUNG (L), « La mise en place de la Banque publique d'investissement », *AJDA*, n°35, 2013, pp. 2011-2017

- CHAPPOZ (Y) et PUPION (P-C), « Une nouvelle gouvernance et de nouvelles politiques publiques territoriales », *Gestion et management public*, 2013/4, pp. 1-4

- CHAPPOZ (Y) et PUPION (P-C), « Le new public management », *Gestion et management public*, 2012/2, pp. 1-3

- CHARITE (B), « La participation directe des régions au capital des sociétés privées : les contours d'une faculté nouvelle », *JCP A*, n°37-38, 19 sept. 2016, Commentaire 2243, pp. 26-29

- CHENUAUD-FRAZIER (C.), « La notion de délégation de service public », *RDP*, janv.-fév. 1995, n°1, pp. 175-199

- CLAMOUR (G.), « La place de la délégation de service public au sein de la commande publique », *AJDA*, 2013, n°25, pp. 1428-1433

- CLAMOUR (G.), « Nouvelle directive concessions, premier panorama », *Contrats et marchés publics*, n°3, mars 2014, pp. 21-24

- CLOCHE-DUBOIS (C), « La loi sur la transition énergétique : déclaration d'intention ou socle d'une transformation dirigée de l'économie française ? », 2ème partie, *Droit de l'env.*, n°241, 2016, pp. 27-39

- CLOUZOT (L), « La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude », *RFDA*, 2010, pp. 937-948

- COLLET (M), « L'amortissement fiscal des biens de retour dans les concessions de service public. A propos de l'arrêt Société Sogeparc France du 14 janvier 2008 », *RJEP*, juil. 2008, n°655, étude n°6, pp. 3-8

- COLMANT (A) et LISSAJOUX (C), « Une contribution au renouveau de l'interventionnisme local », *JCP A*, n°20, 22 mai 2017, pp. 36-42

- CONTE (R), « Des modalités d'application des réserves en énergie prévues par la loi du 16/10/1919 », *CJEG*, n°95, août-sept. 1957, pp. 369-374

- COSSALTER (P.), « Les concessions à durée endogène », *Dr. Adm.*, n°5, mai 2006, étude n°9, pp. 4-9

- COSSALTER (P.), « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité, ni souhaitable », *AJDA*, 2009, n°34, pp. 1882-1888

- CREDOT (F-J) et SAMIN (T), « Ordonnance n°2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif », *Revue de droit bancaire et financier*, n°5, sept. 2014, commentaire n°163.

- DAGOT (C), « Information et participation du public. Octobre 2016 – Septembre 2017 », *Revue Droit de l'environnement*, n°261, novembre 2017, pp. 387-392

- DE LA ROSA (S), « Enjeux et négociation dans la directive n°2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession », *JCP*, n°18-19, 5 mai 2014, pp. 10-14

- DEGOFFE (M), « La loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles », *BJCL*, 2014, n°4, pp. 245-247

- DELACOUR (E), « Les évolutions du droit des délégations de service public depuis dix ans », *Contrats et marchés publics*, mai 2003, chron. n°6, pp. 3-8

- DELAUNAY (B), « Une procédure taillée sur mesure pour Notre-Dame-des-Landes ? », *AJDA*, 2016, n°27, pp. 1515-1520

- DELION (A), « Le contrôle des entreprises publiques », *D. soc.*, Partie 1, janv. 1959, pp. 1-9 et Partie 2, mai 1959, pp. 266-274

- DELION (A), « Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? », *RFDA*, 2005, pp. 977-984

- DELION (A), « De l'Etat tuteur à l'Etat actionnaire », *RFDA*, 2007, n°124, pp. 537-572

- DELION (A), DURUPTY (M), « Chronique du secteur public économique », *Revue française d'administration publique* 2015/2 (n° 154), pp. 573-581

- DELVOLVE (P.), « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 1996, n°9, pp. 675-691

- DEVES (C.), « Les droits d'entrée dans les délégations de service public », *AJDA*, 1996, n°9, pp. 631-637

- DEVES (C), « La sélection préalable par appel d'offres d'un opérateur privé en vue de la constitution d'un PPPI : nouvelle source d'attribution directe d'un marché public ou d'une concession », *JCP A*, n°51, 14 déc. 2009, pp. 35-40

- DOMINO (X) et BRETONNEAU (A), « Biens de retour : gare aux boomerangs », *AJDA*, n°8, 2013, pp. 457-463

- DOUENCE (J.-C.), « Les contrats de délégation de service public », *RFDA*, 1993, n°5, pp. 936-951

- DOURLENS (N), « Concessions d'aménagement : fin de la spécificité et application du droit commun », *Décideurs juridiques et financiers*, 1er novembre 2016, pp. 18-19

- DREYFUS (J.-D.), « La définition légale des délégations de service public », *AJDA*, 2002, n°1, pp. 38-41

- DUFAU (V.), « Loi Sapin : les régimes dérogatoires », *D. adm.*, mai 2001, n°5, chron. n°10, pp. 4-8

- DUPIELLET (G), « L'adaptation du principe de spécialité à l'évolution du secteur public », *CJEG*, 1985, p. 429

- DUPUIS (G.), « Sur la concession de service public », *D.* 1978, chron. XL, pp. 222-224

- DURAND (E), « Quelle place pour les motifs économiques de la justification des entraves à la liberté de circulation des capitaux ? », *Lamy droit des affaires*, février 2014, n°90, pp. 55-57

- DUROY (S), « La remise en cause anticipée des délégations de service public », *AJDA*, n°17, 2003, pp. 872-880

- DUVAL (J), « Grenelle 2 : un traitement ambivalent des énergies renouvelables », *Environnement*, oct. 2010, n°10, pp. 11-16

- DYENS (S.), « Les critères d'attribution des concessions : un véritable bouleversement ? », *Contrats publics*, n°141, mars 2014, pp. 54-58

- ECKERT (G), « Droit administratif et finances publiques : l'Etat et le financement de l'économie », in « Chronique de droit public financier », *RFDA*, 2013, pp. 1105-1110

- ECKERT (G), « La SEMOP, instrument de renouveau de l'action publique locale », *AJDA*, n°34, 2014, pp. 1941-1948

- ECKERT (G), « Réflexions sur l'Etat actionnaire et la gestion des entreprises publiques », in « Chronique de droit public financier », *RFDA*, n°5, 2015, pp. 1041-1047

- EZAN (G), « Le régime juridique des énergies renouvelables : la première étape de la transition », *AJCT*, 2016, pp. 12-16

- FATOME (E), « Etablissement public et service public », *AJDA*, 1997, n° spécial « Service public », pp. 96-102

- FATÔME (E), TERNEYRE (P), « Le statut des biens des délégations de service public après l'arrêt Commune de Douai », *AJDA*, 2013, pp. 724-735

- FAURE (B), « Le leadership régional : nouvelle orientation du droit des collectivités territoriales ? », *AJDA*, 2015, pp. 1898- 1904

- FERREIRA (N), « La loi NOTRe : l'enchevêtrement des compétences, suite et … fin ? », *AJCT*, 2016, pp. 79-83

- FERSTENBERT (J), « Suppression de la clause générale de compétence : une réforme pour rien ? », *La Gazette*, 23 janvier 2017, pp. 56-58

- FOURMON (A), « Le recours aux sociétés publiques locales comme nouvel instrument du développement des énergies renouvelables pour les collectivités », *La gazette du Palais*, 24 sept. 2010, n°267, pp. 34-39

- FOURMON (A) et MALLET (F), « Quelles évolutions dans le financement de projet éolien ? », *BDEI*, juin 2013, pp. 26-31

- FOURMON (A), « Vers la mise en concurrence des concessions hydroélectriques », *ACCP*, Septembre 2016, pp. 18-22

- FOURNIER (J), « Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union européenne », *RJEP*, avr. 2005, n°619, pp. 135-143

- FRACKOWIAK (C), « Le droit des concessions : ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre ... L'ordonnance et le décret relatifs aux contrats de concession », *BJCP*, n°104, janv.-fév. 2016, pp. 5-12

- FRIBOULET (A), « Eclairages sur le processus d'adoption du nouveau droit européen des marchés publics et des concessions », *CMP*, n°6, 1er juin 2014, pp. 8-11

- GAUCH (G.) et METZGER (O.), « Le champ d'application de la directive concession », *Contrats publics*, n°141, mars 2014, pp. 22-25

- GAUDEMET (Y.), « La réforme du droit des propriétés publiques : une contribution », *CJEG*, n°608, avril 2004, pp. 163-167

- GARDERES (N), « Grenelle 2 : les dispositions relatives au climat », *Environnement*, oct. 2010, n°10, pp. 17-21

- GENEVOIS (B), « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé », *RFDA*, 2004, n°4, pp. 651-661

- GINTRAND (E) et GOUAISLIN (G), « Redevances dues par les délégataires de service public. Etude de leur régime juridique et fiscal », *Dr. Adm.*, nov. 1997, n°11, chron. 19, pp. 4-7

- GIRAUD (Y), « L'hydroélectricité, le mariage de l'eau et de l'énergie », *Responsabilité et environnement*, avril 2017, n°86, pp. 31-35

- GONZAGUE (P) et MARQUES (M), « Les sociétés d'économie mixte à opération unique », *Dr. Adm.*, n°10, oct. 2014, étude n°15, pp. 10-17

- GRANIER (T), « Crowdinvesting et finance durable », *Revue de droit bancaire et financier*, n°4, juil. 2015, étude n°44, pp. 104-108

- GUELLIER (P.), et LEHOUX (F.) « Articulation entre la directive et la « loi Sapin » : quelles sont les modifications à prévoir ? », *Contrats publics*, n°141, mars 2014, pp. 36-39

- GUERBER (F) et ROCHE (P-A), « Hydroélectricité de forte puissance, autres usages de l'eau et reconquête de la biodiversité : une réflexion prospective sur les politiques publiques. Synthèse du séminaire du 4 novembre 2016 », *La Houille Blanche*, n°3, 2017, pp. 64-69

- GUGLIELMI (G.), « La concession française et l'émergence de nouvelles formes contractuelles », *JCP A*, n°16-18, avr. 2007, étude n°2098, pp. 23-25

- GUIAVARC'H (G), « Les avenants aux conventions de gestion déléguée : quelles marges de négociation ? », *Revue des concessions et des délégations de service public*, juin 1999, n°5, pp. 35-60

- GUYON (Y), « Le régime juridique des sociétés privatisées », in, *Gouverner, administrer, juger*. *Mélanges en l'honneur de Jean WALINE*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 223-234

- HAMON (F), « Les monopoles de service public français face au droit communautaire : le cas d'EDF et GDF », *D.*, 1993, chron. XX, pp. 91-96

- HAOUAS (I.) et PACHEN-LEFEVRE (M.-H.), « Concessions exclues du champ d'application de la directive », *Contrats publics*, n°141, mars 2014, pp. 32-35

- HELIN (J-C), « Le projet d'ordonnance relative au dialogue environnemental. Bien visé, mal tiré ? », *Energie, environnement, infrastructures*, août-sept. 2016, focus n°261, pp. 3-12

- HELMRICH (H.), « Bilan et perspectives de la gestion déléguée du service public en Allemagne », *RFDA*, 1997, n°3, supplément, pp. 87-92

- HOEPFFNER (H), « L'avenir compromis des partenariats publics privés institutionnalisés. A propos de l'avis de la section de l'administration du CE du 1er déc 2009 », *CMP*, n°12, décembre 2010, pp. 6-20

- HOEPFFNER (H), « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA*, 2011, n° 1, pp. 98-115

- HOEPFFNER (H), « La nouvelle directive concessions – Sécuriser le cadre juridique des concessions et préserver la liberté des concédants : une conciliation impossible ? », *Revue europe*, n°6, juin 2014, étude 5, pp. 9-16

- HOEPFFNER (H), « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *CMP*, n°6, juin 2014, dossier 16, pp. 67-70

- HOEPFFNER (H), « La modification des contrats », *RFDA*, 2016, n°2, pp. 280-293

- HOEPFFNER (H), « L'encadrement de la modification d'une concession par les principes généraux de la commande publique », *AJDA*, 2018, pp. 1104-1109

- HOUILLIER-GUIBERT (C-E), « De la communication publique vers le marketing des territoires : approche microsociologique de la fabrication de l'image de marque », *Gestion et management public*, 2012/2, pp. 35-49

- HUL (S), « Doute créé par le moyen tiré d'un détournement de pouvoir : confirmation de la suspension d'un avenant à une convention de concession », *AJCT*, 2018, pp. 168-169

- JACQUOT (D), « Une formation pour les représentants de l'Etat actionnaire », *RFAP*, n°124, 2007, pp. 615-618

- JAKOB (P) et SMOLINSKA (A-M), « Quels enjeux de la nouvelle notion de concession de services ? », *JCP A*, mai 2017, n°17, pp. 27-29

- JANICOT (L), « Le pouvoir normatif des régions », *RFDA*, 2016, pp. 664-670

- JEAN (A) et al., « Utilisations et transferts des eaux de la Durance et du Verdon », *Méditerranée*, troisième série, tome 43, 1981, pp. 23-37

- JEGOUZO (Y), « La démocratie participative en question », *AJDA*, 2014, pp. 2385-2387

- JEGOUZO (Y), « Principe et idéologie de la participation », in *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 577-587

- JEZE (G), « La réorganisation des chemins de fer d'intérêt général », *RDP*, 1937, pp. 536-569

- KARPENSCHIF (M), « Que reste-t-il du colbertisme ? A propos de l'étude annuelle 2015 du Conseil d'Etat sur l'action économique des personnes publiques », *JCP A*, n°41, 12 oct. 2015, pp. 49-54

- KARPENSCHIF (M), « Les SEML peuvent-elles être *in house* ? », *JCP A*, n°39, oct. 2016, pp. 16-21

- KERLEO (J-F), « Réforme territoriale et démocratie locale », *LPA*, 6 mars 2015, n°47, pp. 4-10

- KOHLER (M), « Création d'un comité des usagers du réseau routier national », *Revue de droit des transports*, n° 10, Octobre 2009, alerte 103

- LABROUSSE (F) et SIMON (E), « Les conditions d'une gestion durable de la ressource en eau », *ACCP*, mars 2009, pp. 50-53

- LAFAILLE (F), « La démocratie participative, niaiserie contemporaine », *D.*, 2017, p. 57

- LAFITTE (O), « Les nouveaux paramètres financiers des contrats de concession », *Revue contrats publics*, n°164, avr. 2016, pp. 61-64

- LAGET-ANNAMAYER (A), « La loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire : une imparfaite adaptation au cadre européen sous contrainte nationale », *Dr. Adm.*, n°12, déc. 2012, pp. 8-14

- LANDOT (E), « Loi NOTRe du 7 août 2015 : une nouvelle réforme du mille-feuille », *BJCL*, 2015, n°10/15, pp. 666-673

- LANNEAU (R), « La neutralité concurrentielle, nouvelle boussole du droit (public) économique ? », *Dr. Adm.*, 01/2016, pp. 10-17

- LARERE (S), « Présentation des dispositions de la loi du 3 janvier 2003 relatives à l'électricité », *CJEG*, juin 2003, n°599, Chronique, pp. 323-329

- LARROUY-CASTERA (X), « A la recherche de la gestion équilibrée de la ressource en eau. L'hydroélectricité à l'épreuve de la continuité écologique », *AJDA*, n°35, 2013, pp. 2018-2021

- LAVIALLE (C), « Existe-t-il un domaine public naturel ? », *CJEG*, n°422, mai 1987, pp. 627-637

- LAYRISSE (A) et ROUVEYRAN (T), « Le financement participatif des projets de production d'énergie renouvelable », *Contrats publics*, n°160, 1er déc. 2015, pp. 36-39

- LE BIHAN-GRAF (C), « Le nouveau régime des concessions hydroélectriques », *Energie-env-infra*, 1er juil. 2016, n°7, pp. 32-34

- LE CHATELIER (G.) et GRANJON (R), « Le nouveau régime des concessions hydroélectriques », *AJCT*, 2016, pp. 623- 625

- LE GALL (A), « La loi sur les industries électriques et gazières : le changement dans la continuité », *JCP E*, n°45-46, nov. 2004, pp. 1770-1774

- LE ROY (M.), « L'imperfection croissante des critères d'identification de la délégation de service public », *AJDA*, 2008, n°41, pp. 2268-2272

- LE FUR (A-V), « Enfin un cadre juridique pour le crowfunding, une première étape dans la réglementation », *D.*, 2014, pp. 1831-1835

- LEKKOU (E.), « L'exécution transparente des contrats de concession », *Contrats publics*, n°141, mars 2014, pp. 74-78

- LEMAITRE (M-F), « La confirmation dans le code de l'énergie des dispositions sociales applicables aux industries électriques et gazières », *RJEP*, janv. 2012, n°693, pp. 8-11

- LEVAIN (L) et PRATS-DENOIX (M), « Les relations in house à l'aune des nouvelles directives européennes », *JCP E*, n°16, 16 avril 2015, pp. 31-37

- LINDITCH (F.), « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », *AJDA*, 1996, n°2, pp. 100-110

- LLORENS (F) et TERNEYRE (P), « Obligation pour le concessionnaire de respecter les clauses du cahier des charges », *RDI*, 1996, p. 563

- LLORENS (F), « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la DSP », in *Gouverner, administrer, juger. Mélanges en l'honneur de Jean WALINE*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 301-318

- LLORENS (F), « Les avenants aux délégations de service public entre droit national et droit communautaire », in *Un bien public, bien commun. Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 269-285

- LLORENS (F), « Concessions d'aménagement : la fin d'une exception », *CMP*, 1er juil. 2016, pp. 1-2

- LOMBARD (F.), « La codification du critère de distinction marché / concession : le critère du risque opérationnel », *JCP*, n°18-19, 5 mai 2014, pp. 15-18

- LOMBARD (M), « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA*, 2006, n°2, pp. 79-84

- LOMBARD (M), « L'Etat face à l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz : un pompier pyromane ? », *RJEP*, oct. 2007, n° 646, repère n°3, pp. 317-318

- LOMBARD (M), « Les conséquences juridiques du passage de l'Etat propriétaire à l'Etat actionnaire : les contraintes du droit de la concurrence », *RFAP*, n°124, 2007, pp. 573-584

- LORMETEAU (B), « L'ordonnance « autoconsommation » : premier pas vers une décentralisation du système énergétique national en faveur de la lutte contre le dérèglement climatique », *Droit de l'environnement*, n°249, octobre 2016, pp. 351-355

- LOUSSOUARN (Y), « Le droit des établissements des sociétés », *RTD eur.*, 1990, n°2, pp. 229-239

- LUCHAIRE (Y), « La réforme territoriale issue des lois récentes », *RGCT*, 2015, n°56, pp. 3-42

- MALECKI (C), « L'Etat actionnaire, l'exemple atypique d'un grand actionnaire », *Cah. De droit de l'entreprise*, n°5, sept.-oct. 2005, pp. 61-64

- MALLEVILLE (G.), « Les modifications apportées à la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz », *RJEG*, 1949, n°1, pp. 2-14

- MARC (E), « Délégation de service public et fonction publique », *AJDA*, 15 juill. 2013, n°25, pp. 1456-1463

- MARCOU (G), « Electricité, marché unique et « transition énergétique » : les caractéristiques du nouveau système électrique et la place des collectivités territoriales », in G.R.A.L.E., *Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions : textes, jurisprudence,*

doctrine et pratiques, Paris, Le Moniteur, coll. Droit et gestion des collectivités territoriales, 2013, pp. 47-77

- MARCOU (G), « L'Etat, la décentralisation et les régions », *RFAP*, 2015, n°156, pp. 887-906

- MARTIN (J), « Une nouvelle normativité pour les SRADDET, dans le respect de la décentralisation », in Les cahiers du GRIDAUH, *La planification territoriale stratégique : entre droit souple et droit dur. Etudes en l'honneur de Jean-Pierre LEBRETON*, Paris, La documentation française, 2015, pp. 217-227

- MASSET (E), « Vers la société à mission ? », *Revue des sociétés*, 2018, pp. 635-638

- MATHARAN (X), « Le cahier des charges des nouvelles concessions d'énergie hydraulique », *ACCP*, n°168, sept. 2016, pp. 23-26

- MATTERA (A), « La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique : un instrument de transparence et de libéralisation », *Revue du droit de l'Union européenne*, n°2, 1er avril 2000, pp. 253-311

- MAURIN (G) et LORMEAU (A-M), « Les restrictions au droit d'usage de l'eau du concessionnaire de forces hydrauliques », *CJEG*, n° 233, 1970, chronique, pp. 19-26

- MECLOT (B) et *al*., « Evolution de la conception et de la gestion des aménagements hydroélectriques », *La houille blanche*, n°7/8, 1991, pp. 559-563

- MEDDEB (M), « La mise en concurrence des concessions hydroélectriques », *Lamy droit de la conc*, n°18, 1er mars 2009, pp. 91-99

- MENEMENIS (A), « Exécution des délégations de service public : rapports entre le délégant et le délégataire », *Contrats et marchés publics*, 2003, chr. n°11, pp. 38-40

- MESTRE (A), « Les travaux d'aménagement des chutes d'eau sont-ils des travaux publics ? », *Le Génie civil*, 9 août 1924, pp. 137-138

- MESTRE (A), « La jurisprudence et la loi du 16 octobre 1919 sur l'énergie hydraulique », *Dalloz*, 1928, pp. 57-64

- MEYERFELD (D) et DE CHERGE (B), « Energie hydraulique et concessions hydroélectriques », *ACCP*, n°86, mars 2009, pp. 54-55

- MILLET (C) et BOUVIER (Y), « Un patrimoine électrique au cœur de Toulouse : l'espace EDF Bazacle », *Annales historiques de l'électricité*, 2005/1 (n°3), pp. 132-140

- MOIROUX (J), « Nouvelle directive sur les contrats de concession : quels impacts potentiels ou avérés sur la loi Sapin ? », *JCP A*, n°22, 2 juin 2014, pp. 26-33

- MOLINA (P.-A.), « Le Conseil constitutionnel précise les conditions de la privatisation des services publics », *CJEG*, février 2007, n°639, pp. 41-49

- MOLINER-DUBOST (M), « La citoyenneté environnementale », *AJDA*, 2016, n°12, pp. 646-651

- MOLLION (G.), « La gestion déléguée des remontées mécaniques ou la remise en question du droit des délégations de service public », *Contrats publics*, n°141, mars 2014, pp. 74-78

- MONEDIAIRE (G), « La participation du public organisée par le droit : des principes prometteurs, une mise en œuvre circonspecte », *Participations*, 2011/1, pp. 134-155

- MOSSE (R), « Une expérience américaine d'économie dirigée : la Tennessee Valley authority », *CJEG*, n°49, juin 1953, pp. 323-335

- MOZOL (P), « La procédure de consultation locale issue de l'ordonnance du 21 avril 2016, un outil de rénovation du dialogue environnemental ? », *JCP A*, mai 2017, n°17, pp. 39-45

- NEDEY (F), « Concessions hydroélectriques : les collectivités territoriales vont-elles se jeter à l'eau ? », *La gazette des communes*, 11 janvier 2016, pp. 8-11

- NEVEU (B.) et POLDERMANN (B.), « Directive concession : quelles incidences sur l'examen des candidatures ? », *Contrats publics*, n°141, mars 2014, pp. 48-53

- NEVEU (B), « La transparence dans l'exécution des contrats de concession », *ACCP*, n°164, avr. 2016, pp. 50-54

- NEVEU (B), « Modification des contrats de concession d'autoroute », *Complément commande publique*, Le Moniteur, juin 2017

- NICINSKI (S.), « La loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité », *RJEP*, mars 2011, n°684, pp. 3-8

- NICINSKI (S.), « La délégation de service public et le temps », *AJDA*, 2013, n°25, pp. 1441-1447

- NICINSKI (S.), « L'ordonnance n°2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique », *RFDA*, n°1, 2015, pp. 93-98

- NICINSKI (S), « Les privatisations dans la loi PACTE », *AJDA*, 2019, pp. 1261-1271

- NOEL (M) et ORIER (J), « Participation des collectivités territoriales au capital d'une société privée ayant pour objet la production d'énergie renouvelable », *Contrats publics*, n°160, déc. 2015, pp. 40-43

- NOGUELLOU (R), « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA*, 2014, pp. 853-859

- ONDE (H), « Chantiers de haute montagne : le barrage et la chute de Bissorte (Maurienne) », *Revue de géographie alpine*, tome 21, n°3, 1933, pp. 623-633

- PACHEN-LEFEVRE (M-H) et GARDELLIN (M), « Les clauses de modification du contrat : recours et limites », *Contrats publics*, n°183, janv. 2018, pp. 22-26

- PACTEAU (B), « 1872-1914 : les quarante glorieuses du contentieux public économique », *Journée d'étude du Comité d'histoire du Conseil d'Etat et de la juridiction administrative : Le Conseil d'Etat et le développement économique de la France du XXème siècle*, La Documentation française, 20 mai 2011, pp. 71-83.

- PAOLETTI (M), « L'intervention d'un nouveau référendum pour « résoudre la crise » à Notre-Dame-des-Landes », *RFD Const*, 1er mars 2017, pp. 173-196

- PELISSIER (C), « Définition de la concession de services et catégories juridiques existantes en droit français », *BJCP*, n°95, 07 août 2014, pp. 246-253

- PEREON (P.), « La délégation de service public administratif », *AJDA*, 2004, n°27, pp. 1449-1458

- PERIERES (M), « Une grande compagnie industrielle française : Péchiney », *Revue de géographie alpine*, tome 43, n°1, 1955, pp. 151-212

- PERRITAZ (M) et RICCI (N), « Modification et résiliation des concessions prévues par la directive », *Contrats publics*, n°141, mars 2014, pp. 70-73

- PERROTET (S), « 1986-2006 : bilan de vingt années de privatisation », *RJEP*, avr. 2008, n°652, pp. 3-9

- PERRUCHOT-TRIBOULET (V), « Le bonheur est dans le prêt ! Le financement participatif sous forme de prêt et la finance durable », *Revue de droit bancaire et financier*, n°4, juil. 2015, étude n°45, pp. 109-113

- PINTAT (P), « Les aspects financiers de la mise en concurrence des concessions hydroélectriques », *ACCP*, n°86, mars 2009, pp. 46-49

- PLATON (S.), « Délégation de service public et concession de services en droit de l'Union Européenne », *AJDA*, 2013, n°25, pp. 1448-1455

- PLATON (S), « La passation des concessions : de l'eau du service public dans le vin de la concurrence ? », *AJDA*, n°15, 2014, pp. 841-847

- PONTIER (J-M), « La redistribution des compétences entre les collectivités territoriales », *RGCT*, mars 2016, pp. 31-40

- PRADES (B.), « les relations entre le délégataire et le délégant. De la concurrence à la transparence. », *AJDA*, 1996, n°9, pp. 638-641

- PRIET (F), « Quelles nouvelles compétences pour les nouveaux territoires locaux ? », *BJCL*, 2011, n°01/11, pp. 2-10

- RAPP (L.), « Faut-il vraiment définir l'ensemble des délégations de service public ? », *AJDA*, 2001, n°12, pp. 1011-1012

- RAVETTO (P) et GARDERES (N), « La nouvelle procédure de mise en concurrence des concessions hydroélectriques », *BDEI*, 1er nov. 2008, n°18, pp. 27-31

- RAYMUNDIE (O), « Le renouvellement des concessions hydroélectriques », *ACCP*, n°121, mai 2012, pp. 50-55

- RECORD (C) et ROUVEYRANT (T.), « Concessions et relations entre pouvoirs publics : les exclusions », *Contrats publics*, n°141, mars 2014, pp. 59-63

- REES (J.), « Existe-t-il un modèle britannique de gestion déléguée du service public ? », *RFDA*, 1997, n°3, supplément, pp. 81-86

- REINE (P), « La théorie de l'imprévision est-elle toujours applicable ? », *Contrats publics*, n°183, janv. 2018, pp. 27-30

- RIBOT (C), « Délégation de service public et droit du marché », *Contrats et marchés publics*, mai 2003, n°5, chron. n°8, pp. 17-25

- RICCI (N), « Modification et résiliation des concessions prévues par la directive », *Contrats publics*, n°141, mars 2014, pp. 70-73

- RICHER (L.), « La fin de la convention de délégation », *AJDA*, 1996, n°9, pp. 648-653

- RICHER (L.), « Commentaire de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité », *AJDA*, 2000, pp. 239-248

- RICHER (L), « Concessions de service public », *AJDA*, n° 1, 2001, pp. 106-112

- RICHER (L), « La transcription des exigences du partenariat public-privé dans le droit », *in* Caisse des Dépôts et consignations, *Partenariat public-privé et collectivités territoriales*, La Documentation française, 2002, pp. 195-218

- RICHER (L.), « Que reste-t-il de la délégation de service public ? », *AJDA*, 2007, n°41, tribune, p. 2225

- RICHER (L), « Durée des concessions », *Complément commande publique, Le Moniteur*, nov. 2017, pp. 36-39

- RIHAL (H), « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 : entre innovation et complexité », *RFAP*, 2003, n°105, pp. 219-234

- RISTORI (D), « 60 ans de politique énergétique », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2019, n°1/2019, pp. 17-38

- ROBBE (F), « L'ouverture du marché de l'électricité et l'adaptation du service public », *CJEG*, juin 2000, n°566, pp. 211-234.

- RODERBURG (E), « Concurrence et réglementation dans des secteurs clés en Norvège », *Revue sur le droit de la politique de la concurrence*, 2005/3, vol. 7, pp. 135-214

- SABIANI (F), « La mise en concurrence du renouvellement des concessions hydroélectriques au milieu du gué », *Dr. Adm.*, juin 2008, pp. 9-14

- SABLIERE (P), « La mise en concurrence des concessions de force hydraulique », *AJDA*, 2007, n°37, pp. 2012-2019

- SABLIERE (P), « Production nucléaire d'électricité et monopole », *AJDA*, 2015, pp. 2076-2079

- SALES (E), « La transposition des directives communautaires, une exigence de valeur constitutionnelle sous réserve de constitutionnalité », *RTD Eur*., 2005, n°3, pp. 597- 621

- SANTORO (G), « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mot de libéralisation depuis l'arrêt *Cartesio* », *RIDE*, n°2010/3, pp. 351-372

- SAUNIER (S), « L'association du public aux décisions prises par l'administration », *AJDA*, n°43, 2015, pp. 2426-2432

- SAUVE (J-M), « Les entretiens du Conseil d'Etat en droit public économique. Les entreprises publiques », in Colloque sur les entreprises et participations publiques, *Energie-env-infra*, Août-sept. 2016, pp. 13-16

- SAVALL (S), « La SPL, un nouvel outil de gestion des services publics locaux », *RDP*, 1er mai 2011, n°3, pp. 753-761

- SEE (A), « Les sociétés publiques locales et le droit de la mise en concurrence », *Contrats-concurrence-consommation*, n°2, fév. 2013, pp. 36-39

- SEE (A), « Le réseau, modèle de régulation ? », *Energie-env-infra*, n°10, oct. 2016, pp. 28-35

- SEMO (I), « Les conditions de réussite de la SEM contrat. Point de vue de l'entreprise », *AJCT*, déc. 2013, n°12, pp. 559-561

- SERPENTIER-LINARES (S.), « Présentation des obligations de publicité contenues dans la directive « concessions » », *Contrats publics*, n°141, mars 2014, pp. 45-47

- SESTIER (J-F), « Retour sur les questions des biens de retour », *B.J.C.P.*, 2006, n°48, p. 327-332

- SESTIER (J.-F.), « Contrats mixtes et concessions couvrant plusieurs activités », *Contrats publics*, n°141, mars 2014, pp. 40-44

- SESTIER (J-F), « La modification des contrats de concession », *ACCP*, n°164, avr. 2016, pp. 55-60

- SIMONNET (Y), « Détermination de la valeur et de la durée des concessions », *ACCP*, n°164, avr. 2016, pp. 33-36

- SINGLA (L), « Régulation des conflits énergétiques hydrauliques à l'aune du principe de continuité écologique : une vérité qui dérange », *Energie-Env-infrastr.*, n°11, nov. 2017, pp. 11-17

- SIOUTIS (G.) et SGOURELLI (M.), « Bilan de l'ouverture à la concurrence du marché hellénique de l'électricité », *CJEG*, n°607, mars 2004, p.149

- SOKOLOFF (P), « Lutte contre le changement climatique, décentralisation énergétique, efficience des politiques publiques et cohésion territoriale : une synthèse nécessaire, un défi ambitieux », *Energie-Env-infrastr.*, janv. 2016, pp. 22-28

- SPILL (C), « L'équipement hydroélectrique de la Provence », in *Méditerranée*, troisième série, tome 39, 2 mars 1980, *L'eau en Provence-Alpes-Côte d'Azur*, pp. 77-86

- STRUILLOU (J-F) et HUTEN (N), « Chronique. Démocratie environnementale », *RJE*, 2017/1, vol. 42, pp. 111-141

- STRUILLOU (J-F) et HUTEN (N), « Démocratie environnementale », *RJE*, 2018/1, vol. 42, pp. 147-165

- STUCKI (D), « Le financement participatif au secours de la transition énergétique ? », *Revue Banque*, n°802, déc. 2016, pp. 64-70.

- SUPRA de BIEUSSES (P), « Durée normale d'amortissement dans une délégation de service public », *AJDA*, 2010, n°17, pp. 954-956

- SYMCHOWICZ (N) et PROOT (P), « L'avis du 19 avril 2005 : d'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de délégation de service public », *AJDA*, 2006, pp. 1371-1376.

- TASSONE (A), « Avenant aux conventions de délégation de service public », *AJDA*, 2007, pp. 1524-1527

- TENAILLAU (F) et WEILL (S), « Les marchés de partenariat », *JCP A*, n°41, 12 oct. 2015, pp. 37-42

- TERNEYRE (P), « Les sociétés publiques locales », *JCP A*, décembre 2011, pp. 24-27

- TERREAUX (M) et LAYRISSE (A), « La notion de modification substantielle post-réforme de la commande publique », *Contrats publics*, n°183, janv. 2018, pp. 36-40

- THIBAULT (B), « Le renouvellement des concessions hydroélectriques, une chance pour la France et ses territoires », *Dr. de l'env.*, n°257, juin 2017, pp. 218-222

- THIEFFRY (P), « La transition énergétique et les énergies renouvelables, sources de tensions contentieuses dans le couple énergie-environnement », *RTD Eur*., 2017, pp. 293-296

- TROGER (F), « La notion de risque au centre de la définition de la concession de services », *Complément commande publique*, *Le Moniteur*, nov. 2017, pp. 8-12.

- VEYRET-VERNER (G), « Un grand barrage en terre : Serre-Ponçon et l'aménagement du bassin de la Durance dans les Hautes-Alpes », *Revue de géographe alpine*, 1953, tome 41, n°2, pp. 355-359

- VILLA (J-B), « Rapport annuel des délégataires de service public : le devenir d'une réforme depuis le 1er juin 2007 », *JCP A*, n°28, juil. 2007, pp. 16-21

- VILLA (J-B), « La prolongation de la durée contractuelle des délégations de service public », *Contrats publics*, n°150, janv. 2015, pp. 46-49

- VERPEAUX (M), « Vous avez dit « clause générale de compétence » ? », *Commentaire*, n°129, printemps 2010, pp. 81-88

- WISE (M), « Droit et politique de la concurrence de l'Union Européenne », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2007/1, vol. 9, pp. 7-98

- YOLKA (P), « Autour de l'article L. 2112-1 du CG3P. Un détour par les « meubles de retour » », *AJDA*, n°17, 2013, pp. 974-978

- ZARKA (J-C), « La Charte de la participation du public », *Les Petites affiches*, 9 déc. 2016, n°246, pp. 6-10

- ZARKA (J-C), « La réforme du dialogue environnemental », *JCP A*, n°41, oct. 2016, commentaire n°2271, pp. 1-4

- ZIANI (S), « L'autorité de la concurrence face à la rente des monopoles des sociétés concessionnaires d'autoroutes », *Revue Lamy droit de la concurrence*, 1er avr. 2015, n°43, pp. 67-74

- ZOLLER (E), « La crise des concessions d'autoroutes », *RDP*, janv.-fév. 1979, pp. 167-212

Conclusions, notes et chroniques de jurisprudence

- BERGEAL (C), Conclusions sur CE, 30 juin 1999, *SMITOM*, *AJDA*, 1999, pp. 714-721

- BERGEAL (C), « La diversification des activités de Charbonnages de France et le principe de spécialité », Conclusions sur CE, 9 juillet 1997, *Société Maison Balland-Brugneaux*, *RFDA*, 1998, pp. 53-60

- BOITEAU (C) et GEOFFRON (P), « Les tarifs réglementés de vente de l'électricité : enjeux et limites », note sous CE, ass., 18 mai 2018, *Société Engie et association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, n° 413688 et 414656, *RFDA*, 2018, pp. 686-696

- BROYELLE (C), « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », note sous CE Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, *JCP A*, Avril 2012, pp. 12-15

- DACOSTA (B), « Le statut des biens de retour », Conclusions sur CE, 21 décembre 2012, *Cne de Douai*, *RFDA*, 2013, pp. 25-38

- DONNAT (E), « La cour de justice condamne le décret « anti-E.ON » adopté par le gouvernement espagnol », note sous CJCE, 17 juillet 2008, Aff. C207/07, *RJEP*, nov. 2008, n°658, Jurisprudence n°47, pp. 19-22

- DAMAREY (S), « Objet d'une société publique locale et compétences de ses actionnaires », note sous CE, 14 nov. 2018, *Syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles*, *AJDA*, 2019, pp. 113-117

- GONZALEZ (A), « Distinction entre biens de retour et biens de reprise : de la nécessité des biens à la continuité du service public », note sous CE, 5 février 2014, *AJCT*, n°5, 28 mai 2014, p. 265

- HAURIOU (M), Note sous TC, 9 déc. 1899, *Canal de Gignac*, *S*. 1900.3.49.

- JEZE (G), Note sous CE, 11 mars 1910, *Cie française de tramways*, *RDP*, 1910, pp. 270-290

- LE CHATELIER (G), « Sociétés publiques locales et règles de compétences : fin de partie? », note sous CE, 14 nov. 2018, *Syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles*, *AJCT*, 2019, p. 91

- LINDITCH (F.), « Le « in house » finalement sauvé par la Cour de justice des communautés européennes ? », note sous CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizi, Agesp SpA, JCP A*, n° 23, 5 Juin 2006, pp. 753-759

- RICHER (L), « Demande d'avis relatif aux conditions d'exercice de l'éligibilité par les personnes publiques de leurs achats d'électricité », note sous CE Avis, sect. TP, Avis 8 juil. 2004, *CJEG*, n° 613, oct. 2014, p. 444

- ROLIN (F), « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* », note sous CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03, *AJDA*, 25 avril 2005, pp. 898-900,

Actes de Colloques, journées d'étude et manifestations scientifiques

- Colloque sur la production d'énergie d'origine renouvelable en milieu aquatique : enjeux juridiques, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 7 septembre 2018, *Energie-env-infra*, n°2, fév. 2019, pp. 15-41.

- Colloque sur les entreprises et participations publiques, *Energie-env-infra*, Août-sept. 2016

- Colloque, « L'impact de l'Union européenne sur les services publics en réseaux », Université d'Angers, 11 mars 2016, *Energie-env-infra*, n°10, oct. 2016, pp. 17-58

- Congrès des Entreprises Publiques Locales des 14 et 15 octobre 2015 :
  - Conférence « SEM, SPL, SEMOP : trois opérateurs pour moderniser l'action publique locale »
  - Conférence « SEMOP : rencontre avec les EPL du 3ème type »

- Institut de la gestion déléguée, « Les concessions : rénovation ou révolution ? », 24 sept. 2015, actes non publiés.

- Institut de la gestion déléguée, « 10ème anniversaire de la loi Sapin », Colloque, *La gazette des Communes*, Cahier détaché, n°3, 30 juin 2003

- Institut de la gestion déléguée, « La nouvelle définition légale de la délégation de service public », Conférence-débat du 05 mars 2002.

Rapports parlementaires

- BATTISTEL (M-N) et STRAUMANN (E), *Rapport d'information déposé par la Commission des affaires économiques en application de l'article 145 du règlement sur l'hydroélectricité*, 07 oct. 2013, 117 p.

- BINET (E), *Rapport n°1885 fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi (n°1630), tendant à créer des SEMOP*, Assemblée Nationale, 16 avr. 2014, 94 p.

- DELEBARRE (M), *Rapport fait au nom de la commission spéciale sur le projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral*, n°658, enregistré à la Présidence du Sénat, le 26 juin 2014, 180 p.

- DOUSTE-BLAZY (P), *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision*, Assemblée Nationale, n°1004, 3 juill. 2003, tome I, 177 p.

- HAENEL (H), *Rapport d'information fait au nom de la Commission des Affaires européennes sur la libéralisation des transports ferroviaires dans l'Union européenne*, n°220, 12/02/2009, 49 p.

- MEZARD (J), *Rapport n°199 rectifié fait au nom de la commission des lois concernant les propositions de loi tendant à créer des SEM contrats* », 4 déc. 2013, 98 p.

- NORA (S), *Rapport sur les entreprises publiques*, Groupe de travail du comité interministériel des entreprises publiques, avr. 1967, 131 p.

-Norwegian Ministry of petroleum and energy, *Facts 2013 : energy and water ressources in Norway*, avr. 2013, 83 p.

- RICHARD (A), *Démocratie environnementale : débattre et décider, Rapport de la Commission spécialisée du Conseil national de la transition écologique sur la démocratisation du dialogue environnemental*, La Documentation française, juin 2015, 74 p.

- ROSSIGNOL (L) et NEGRE (L), *Rapport d'information fait au nom de la Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application des lois n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (Grenelle I) et n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (Grenelle II)*, n°290, enregistré à la présidence du Sénat le 23 janvier 2013, 61 p.

- ZULESI (J-M), *Rapport fait au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, ratifiant les ordonnances n°2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes et n°2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement*, 11 juillet 2017, 103 p.

Documents officiels, Rapports, communications, brochures

- COIGNET (J-M), *Rapport sur la législation des chutes d'eau présenté à la Chambre de commerce de Lyon le 22 janvier 1903*, Lyon, 1903, A. Rey, 46 p.

- Cour des Comptes, *La gestion des services publics locaux d'assainissement*, janvier 1997, 172 p.

- GENTOT (M), *Rapport d'étape de la Commission consultative chargée de donner un avis sur les relations entre EDF et CNR*, 28 avr. 2000, 20 p.

- BARON (P), DEFOUG (Y) et PETIT (D), *Rapport relatif au renouvellement de la concession de la chute de kembs sur le Rhin, sur demande du Ministère de l'aménagement, du territoire et de l'environnement*, Aff. N° IGE/00/009, 12 juill. 2000, 60 p.

- BARBIER DE LA SERRE (R), *L'Etat actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, Rapport à M. Francis MER, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, La documentation française, 24 fév. 2003, 31 p.

- LETEURTROIS (J-P) et al., *Rapport sur le renouvellement des concessions hydroélectriques*, novembre 2006, 63 p.

-Commission européenne, « Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privés institutionnalisé », 5 février 2008, C(2007)6661

- Conseil d'Etat, *L'eau et son droit*, 2010, La documentation française, 2010, 584 p.

- *Convention d'engagements pour le développement d'une hydroélectricité durable en cohérence avec la restauration des milieux aquatiques suite au Grenelle de l'Environnement*, 23 juin 2010

- EDF, Document de référence. *Rapport financier annuel 2014*, déposé auprès de l'Autorité des marchés financiers le 14 avril 2015, 556 p.

- CRE, *Le fonctionnement des marchés de gros de l'électricité, du CO2 et du gaz naturel*. *Rapport 2014-2015*, novembre 2015, 92 p.

- CGEDD, *Hydroélectricité, des acteurs sous tension*, *Echos CGEDD*, mai 2017, n°81, pp. 5-9.

- Commission économique pour l'Europe, *La convention d'Aarhus : Guide d'application* , UNECE, 2ème édition, 2017, disponible sur le site internet de l'ONU (www.unece.org), 280 p.

- CGEDD, *Chiffres clés des énergies renouvelables. Edition 2018*, mai 2018, 84 p.

- CRE, *Observatoire des marchés de gros de l'électricité et du gaz nature. 3ème trimestre 2018*, 30 septembre 2018, 76 p.

- Etude d'impact du projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises, 20 juin 2018, 722 p.

- Cour des Comptes, *Les sociétés d'économie mixte locales. Un outil des collectivités à sécuriser*, mai 2019, 84 p.

- EDF, Brochure relative aux aménagements hydroélectriques du Rhin franco-allemand, 12 p., disponible à l'adresse http://alsace.edf.com/presse/publications.

Glossaire[1256]

Arasement – Une opération d'arasement d'une usine hydroélectrique consiste à démolir l'ouvrage, à supprimer les obstacles afin de permettre une remise à niveau du lit du fleuve ou de la rivière concernée.

Affluent – Cours d'eau qui se rejette dans un autre cours d'eau dans un lieu appelé confluent.

Barrage de tête – Premier aménagement d'une vallée qui régule l'eau transitant dans les ouvrages situés à l'aval. Ce barrage est associé à une centrale de lac qui stocke un certain volume d'eau. Celui-ci permet ensuite d'alimenter les centrales à l'aval.

Centrale hydraulique - Bâtiment dans lequel sont placés les équipements de production (turbine, générateur, …).

Centrale hydraulique au fil de l'eau - Installation pour laquelle la capacité du réservoir amont ne permet pas de stockage. Ces installations se trouvent notamment sur les grands fleuves et la production est dite "fatale". Elles représentent 7,6 GW de puissance installée en France.

Centrale hydraulique de lac - Installation qui dispose d'un réservoir amont, créé par un barrage, dont la capacité permet un stockage sur une durée longue. Elles apportent de la puissance garantie au système électrique
Elles représentent 9 GW de puissance installée en France.

Centrale hydraulique de type « éclusée » - Installation dont la capacité du réservoir amont est de taille intermédiaire et permet de stocker l'eau selon des cycles journaliers.
Elles représentent 4,3 GW de puissance installée en France.

Consignes d'exploitation – Ensemble de prescriptions, et mesures permettant d'exploiter un aménagement hydroélectrique. Elles peuvent par exemple prévoir une côte* maximale à tenir en amont des ouvrages hydroélectriques.

[1256] Les mots suivis du symbole « * » sont définis dans le présent glossaire.

Côte – Niveau d'un cours d'eau. Elle est exprimée en mètre NGF (Nivellement Général de la France).

Débits – Volume d'eau qui traverse une section transversale d'un cours d'eau par unité de temps. Les débits* des cours d'eau sont exprimés en m^3/s.

Débit d'équipement – Débit correspondant à la capacité maximale des équipements de l'usine.

Débit réservé - Cette partie du débit non exploité par la centrale est obligatoire, il permet d'oxygéner la rivière et autorise la circulation piscicole.

Energie de pointe – Energie utilisée pour équilibrer le réseau électrique. Elle permet ainsi de fournir de l'électricité sur le réseau rapidement en cas de demandes supplémentaires. Ce sont les centrales de lacs* qui permettent de fournir cette énergie au réseau, grâce à leurs retenues*.

Energie intermittente – Energie qui est produite de manière intermittente, elle ne peut pas être produite en permanence. C'est le cas par exemple de l'énergie solaire et éolienne.

Influence hydraulique – Lien hydraulique entre deux ouvrages. Le code de l'énergie (art. R. 521-60, II) prévoit que cette influence est caractérisée en fonction de deux critères que sont la durée de remplissage du volume utile de la retenue* aval (au débit de turbinage maximum de l'usine amont) et l'écart de débit d'équipement* entre les usines amont et aval.

Interconnexion - Ligne de transport qui traverse ou enjambe une frontière entre des Etats membres et qui relie les réseaux de transport nationaux des Etats membres de l'Union européenne.

Lignes d'eau – Hauteur d'un cours d'eau. La création d'un aménagement peut conduire à rehausser ou abaisser cette ligne.

Marché de gros - Marché où l'électricité est négociée (achetée et vendue), sur des bourses ou de gré-à-gré, avant d'être livrée aux clients finals (particuliers ou entreprises).

Marnage – Différence de hauteur d'eau entre la côte basse et la côte haute du niveau d'eau de la retenue pour l'optimisation de la production d'hydroélectricité.

Objet de l'entreprise (Cahier des charges des concessions hydroélectriques) – Destination de l'énergie produite dans le cadre des ouvrages exploités (service concédé*).

Production de Base – Contribue à produire une électricité continue tout au long de l'année. Les centrales au fil de l'eau* contribuent à la création de cette production.

Retenue – Volume d'eau retenu par un barrage. En fonction du type d'usine, le volume de la retenue est plus ou moins important. Les plus grosses retenues sont créées par les centrales hydrauliques de lac*.

Sûreté – Elle concerne les ouvrages (barrages, centrales, écluses, digues) dans leur conception, leur entretien et leur maintenance et les modalités de leur exploitation.

Service concédé (Cahier des charges des concessions hydroélectriques) – Périmètre géographique du contrat.

Stations de transfert d'énergie par pompage (STEP) – Installation permettant de remonter l'eau dans un réservoir lors des heures creuses pour la turbiner lors de la pointe

Volume utile d'une retenue – Volume utilisable dans une retenue affecté à la production d'hydroélectricité.

Table des annexes

Annexe 1 – Evaluation de la puissance hydraulique mondiale installee et disponible en 1910 et en 1920 439

Annexe 2 – Evolution de l'équipement hydroélectrique de la France de 1914 à 1926 443

Annexe 3 – Calendrier du renouvellement des concessions du programme « Dix chutes »447

Annexe 4 – Invitation à deposer le dossier de demande de concession du Préfet de l'Ariège pour la chute d'Eylie 451

Annexe 5 – Déroulement de la procédure de mise en concurrence prévue par le décret n°2016-530 455

Annexe 6 – Evolution du nombre d' entreprises publiques locales par catégories 459

Annexe 7 – Tract syndical du 7 novembre 2016 : rencontre avec Margrethe Vestager 463

Annexe 8 – Constitution du groupe BPI France.....467

Annexe 9 – « Concessions hydroélectriques. Les collectivités vont-elles se jeter à l'eau ? » 471

Annexe 10 – Articles de presse relatifs à la redevance non-perçue par les élus de la vallée de l'Ossau.....475

Annexe 11 – Lettre ouverte à Manuel VALLS.....481

Annexe 12 – Les aménagements de la vallée de la dordogne 487

Annexe 13 – Evolution des dispositions relatives à la redevance proportionnelle aux recettes de la concession.....493

Annexe 14 – La vallée du Drac et le lien hydraulique entre les amenagements.....497

Annexe 15 – Les aménagements de la vallée de la Durance 501

Annexe 16 – Evolution des prix day ahead de l'electricité sur le marché de gros.....505

Annexe 17 – La compatibilité des différentes redevances des concessions hydroélectriques 509

Annexe 18 – La production d'Hydroélectricité dans les Etats membres de l'UE 513

Annexe 19 – Articles de presse relatifs à la mise en concurrence des concessions hydroélectriques 517

ANNEXE 1 – EVALUATION DE LA PUISSANCE HYDRAULIQUE MONDIALE INSTALLEE ET DISPONIBLE EN 1910 ET EN 1920

Evaluation de la puissance hydraulique mondiale installée et disponible en 1910 et 1920[1257]

	Puissance en millions de mètres cubes				Degré d'utilisation en %		Puissance installée par 100 habitants
	Disponible		Aménagée				
	1910	1920	1910	1920	1910	1920	1920
Etats-Unis	30	66	2	5,356	6,6	8,1	4,8
Canada		22		3,385		15,3	46
Norvège	7,500	12	0,550	1,630	7,3	13,6	68
Suède	6,750	10	0,550	1,200	8,2	12	22
France	5,857	10	0,600	1,750	10,3	17,5	4,7
Italie	5,500	8	0,510	1,300	9,2	16,2	3,6
Espagne	5	6	0,130	0,880	2,6	14,6	4,4
Suisse	1,500	4	0,380	1,200	25	30	31

[1257] Source : Histoire de l'électricité, Tome I, p. 523

ANNEXE 2 – EVOLUTION DE L'EQUIPEMENT HYDROELECTRIQUE DE LA FRANCE DE 1914 A 1926

Evolution de l'équipement hydroélectrique de la France de 1914 à 1926 (estimations et prévisions d'Henri Cahen)[1258]

	Puissance équipée (kW)	Productible (millions kWh)
1914	850 000 (550 000)	3,6 (2)
1918	950 000 (880 000)	4,1 (3,9)
1921	(1 175 000)	(5,6)
1922	1 240 000	5,5
1926	1 600 000	7,0

[1258] Source : Histoire de l'électricité, Tome I, p. 919

ANNEXE 3 – CALENDRIER DU RENOUVELLEMENT DES CONCESSIONS DU PROGRAMME « DIX CHUTES »[1259]

[1259] Document extrait du dossier de presse relatif au renouvellement des concessions hydroélectriques du 22 avril 2010

Nouvelle concession	Ouvrages	Puissance maximale brute (MW)		Date de fin	Appel* à candidatures	Choix du candidat retenu*	Date* d'attribution
Lac Mort	Lac Mort	10	10	2011	Fin 2010	Mi 2012	Fin 2013
Ossau	Artouste	31	303	2012	Fin 2010	Mi 2012	Fin 2013
	Bious	11					
	Pont de Camps	104					
	Fabrèges	10					
	Miegebat	82					
	Le Hourat	50					
	Geteu	13					
	Castet	2					
Têt	La Cassagne	13	37	2012	Début 2011	Mi 2012	Fin 2013
	Olette	11					
	Thuès	7					
	Font Pédrousse	6					
Louron	Tramezaygues	28	56	2012	Début 2011	Mi 2012	Fin 2013
	Lassoula	25					
	Lapes	3					
Drac	Sautet	55	218	2011	Mi 2011	Fin 2012	Mi 2014
	Cordéac	55					
	Saint-Pierre Cognet	***108***		***2032***			
Truyère	Brommat	497	2014	2012	Mi 2011	Fin 2012	Mi 2014
	Suréquipement Brommat	100					
	Sarrans	199					
	Le Bousquet	5					
	Couesque	***150***		***2025***			
	Montezic	***910***		***2025***			
	Lardit	***51***		***2021***			
	Cambeyrac	***12***		***2032***			
	Castelnau	***90***		***2021***			
	Golinhac			***2035***			
Bissorte	Bissorte	84	882	2014	Début 2012	Mi 2013	Fin 2014
	Super-Bissorte	798					
Dordogne	Bort	200	1551	2012	Mi 2012	Fin 2013	Fin 2015
	Suréquipement Bort	100					
	Rhue	49					
	Auzerette	37					
	Marèges	200		2012			
	Coindre						
	L'aigle	***395***		***2020***			
	Chastang	***286***		***2026***			
	Argentat	***51***		***2032***			
	St Pierre - Marèges	***133***		***2062***			
	Enchanet	***32***		***2027***			
	Saint Geniez	***43***		***2021***			
	Hautefage	***25***		***2032***			
Beaufortain	Girotte	128	128	2015	Mi 2012	Début 2014	Fin 2015
	Belleville						
	Hauteluce						
	Beaufort						
	Villard						
Brillanne - Largue	La Brillanne	33	45	2015	Mi 2012	Début 2014	Fin 2015
	Le Largue	12					

En bleu : concessions EDF
En orange : concessions SHEM (groupe GDF Suez)

En gras et italique : concessions anticipées
* Les dates sont à considérer à six mois près

ANNEXE 4 – INVITATION A DEPOSER LE DOSSIER DE DEMANDE DE CONCESSION DU PREFET DE L'ARIEGE POUR LA CHUTE D'EYLIE

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

PRÉFECTURE DE L'ARIÈGE

UNITÉ DE PRODUCTION SUD-OUEST
15 NOV. 2004
N° 4021

DIRECTEUR		
DIRECTEUR ADJOINT		
ATTACHE Communication		
DIRECTEUR TECHNIQUE		
DIRECTEUR EAU ENVIRONNEMENT		a
DIRECTEUR PROJETS		
POLE RESSOURCES		

DIRECTION DE LA RÉGLEMENTATION

BUREAU DU CADRE DE VIE

DOSSIER SUIVI PAR :
MME GIRARD-GANGLOFF
TEL. : 05.61.02.10.67

N/REF. : FG/MFV/2004.11.285

FAX : 05.61.02.11.53

Foix, le -5 NOV. 2004

EDF Production Sud-Ouest
Mission Eau-Environnement-Juridique

Date :	Visa	Pour Info	A traiter
André Klavun			
Pascal Osselin		a	
Florence Ardorino			a
Corinne Martinez		a	
François Pouillar		a	

Le préfet de l'Ariège
à
Monsieur le directeur d'EDF – UPSO
77 Chemin des Courses
31000 TOULOUSE

copies GEH Garonne
R. De Sagres
J. Pinté

OBJET : Concession de la chute d'Eylie sur le Lez (décret du 14 novembre 1931)

Suite à votre demande en date du 26 décembre 2000 de poursuivre l'exploitation de la concession de la chute d'Eylie, et en application de l'article 30 du décret 94-894 du 13 octobre 1994 modifié relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique, je vous donne mon accord de principe à la poursuite de la procédure de nouvelle concession.

Le dossier de demande devra m'être fourni dans le délai de deux ans à compter de la présente lettre, dans les formes prévues à l'article 3 du décret précité.

J'attire votre attention sur le fait qu'en l'absence de production du dossier dans le délai imparti, je considérerai que vous avez renoncé au renouvellement de la dite concession.

Par ailleurs, je vous précise que j'envisage de fixer la durée de la nouvelle concession à 40 ans maximum.

L'instruction de ce dossier de nouvelle concession sera réalisée par la direction régionale de l'industrie, de la recherche et de l'environnement Midi-Pyrénées – division énergie.

YVES GUILLOT

ANNEXE 5 – DEROULEMENT DE LA PROCEDURE DE MISE EN CONCURRENCE PREVUE PAR LE DECRET N°2016-530

Compétence du Mre chargé de l'énergie

Compétence du Préfet

Choix d'octroyer contrat de concession (nouvelle ou renouvellement) (Préfet ou Mre chargé de l'énergie)

Elaboration du **dossier de consultation** *(Art.R. 521-7)*

Saisine commission débat public

Démarche Gedre *(art R521-4)* -

AAPC avec dossier de consultation

Autorité compétente : *(art.2)*

Aménagement d'une puissance supérieure à 100MW relève du Mre chargé de l'énergie

Aménagement d'une puissance inférieure relève du Préfet

Analyse des candidatures

Lettre d'**acceptation de la candidature** (LRAR)

Lettre de rejet motivée (LRAR)

Phase d'échanges préliminaires (art. R.521-8, V)

Analyse des offres

- Cours d'eau domanial ou utilisation énergie des marées :

* Avis des autorités chargées de la gestion du domaine public concerné (offre présentée est expurgée des éléments économiques et financiers).

- Si concession donne lieu à un contrat conclu en vertu AO :

* Avis CRE

Invitation du candidat pressenti à déposer son DDC *(art.R. 521-10)*

Information du candidat arrivé second que son offre n'est pas définitivement rejetée (Art. R.521-11)

Invitation Préfet à préparer son avis pour le compte de l'Etat (Art. R.521-13)

- Cours d'eau domanial ou utilisation énergie des marées :

* Avis des autorités chargées de la gestion du domaine public concerné (offre présentée est expurgée des éléments économiques et financiers).

- Si concession donne lieu à un contrat conclu en vertu AO :

* Avis CRE

Invitation du candidat pressenti à déposer son DDC *(art.R. 521-10)*

Information du candidat arrivé second que son offre n'est pas définitivement rejetée (Art. R.521-11)

Préfet sollicite (art R. 521-13) :

- Avis de l'autorité administrative compétente en matière d'environnement sur l'étude d'impact (le cas échéant)
- Avis des autorités chargées de la gestion du domaine public concerné (le cas échéant)

Préfet fait procéder aux formalités de publicité (Art. R.521-13 et -14)

Elaboration du dossier d'enquête publique par le concessionnaire pressenti (Art. R.521-16)

Dès l'ouverture de l'enquête publique, le Préfet recueille avis sur le dossier (art. R.521-17) :

- Avis des communes où ouvrages établis ou impact
- Commission départementale de la nature, des paysages et des sites de chaque département concerné
- Conseil départemental
- Conseil Régional
- Commission locale de l'eau si aménagement ou effet dans le périmètre SDAGE
- CCI, Ch départementales d'agriculture, commission départementale d'aménagement foncier
- Tout autre organisme dont l'avis est jugé utile

A la réception rapport et cl, le Préfet transmet le projet de CC, rapport DREAL et conclusions de l'enquête, projet RE aux conseils départementaux de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques des départements (art. R

Le concessionnaire pressenti peut demander à être entendu par ces conseils départementaux (art. R 521-18)

Préfet transmet les avis et propositions de modifications des conseils départementaux au concessionnaire pressenti (art. R.521-19)

Le concessionnaire pressenti dispose d'un délai d'un mois pour présenter ses observations (art. R 521-19)

Préfet adresse Mre énergie :

- Avis des conseils départementaux,
- Dossier de demande de concession
- Propositions de modification du CC
- Observations du concessionnaire pressenti
- Avis Préfet sur DDC et projet RE

Préfet informe le candidat des mises à jour du cahier des charges (le cas échéant) (Art. R. 521-21)

Autorité administrative ne donne pas suite à la DDC

L'autorité administrative octroi la concession

Concessionnaire pressenti ne donne pas suite DDC

Arrêté du Ministre chargé de l'énergie approuve contrat de concession et CC (Art. R. 521-25)

Avis préalable du Mre chargé de l'environnement

Décret en CE approuve contrat de concession + CC + DUP (Art. R521-25)

Avis préalable du Mre chargé de l'environnement

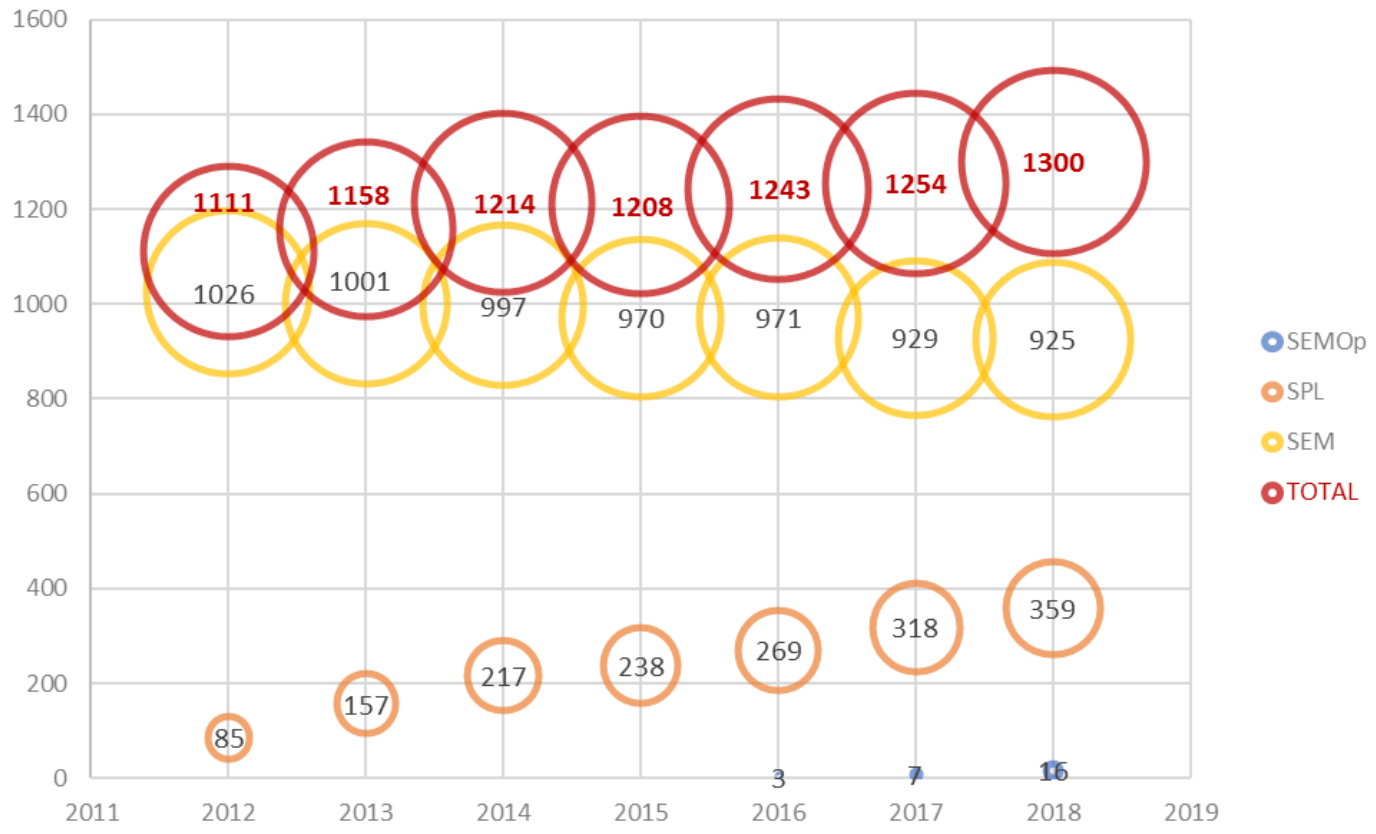
Arrêté préfectoral approuve le contrat concession + CCG *(Art R.521-25)*

Ou arrêté conjoint si aménagements situés sur plusieurs départements

+ cas échéant DUP

ANNEXE 6 – EVOLUTION DU NOMBRE D' ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES PAR CATEGORIES

Evolution du nombre d'entreprises publiques locales par catégories[1260]



[1260] Source : Fédération des entreprises publiques locales. Données au 1er juin de chacune des années.

ANNEXE 7 – TRACT SYNDICAL DU 7 NOVEMBRE 2016 : RENCONTRE AVEC MARGRETHE VESTAGER

Rencontre avec Margrethe VESTAGER

Commissaire européenne à la Concurrence

le 7 novembre 2016 à Bruxelles

Madame VESTAGER est la Commissaire européenne qui supervise la mise en demeure de l'Etat français (et donc d'EDF) sur la mise en concurrence des concessions hydrauliques. Force est de constater que le discours est différent de celui du Gouvernement et de nos dirigeants.

Depuis janvier 2016, une inter-syndicale composée de CFDT, CFE-CGC, CGT et FO associées aux deux organisations syndicales européennes IndustriALL & EPSU, organise des rencontres avec toutes les composantes nationales et européennes.

Grâce à la mobilisation des agents et à l'unité syndicale sur ce dossier, nous avons pu rencontrer le lundi 7 novembre 2016, « la patronne » de la Direction de la concurrence afin d'obtenir des réponses claires sur l'avenir des concessions hydroélectriques françaises. Cette rencontre est une première pour la Commission européenne.

Lors d'un échange de plus d'une heure, nous avons pu exposer nos arguments et mieux cerner les attentes de la Commission européenne vis-à-vis de l'Etat français et donc d'EDF.

Nous ne partageons évidemment pas les positions réaffirmées de la Commission sur les bienfaits de l'ouverture des marchés de l'électricité qu'elle réaffirme et souhaite continuer à promouvoir. Pour autant Madame VESTAGER a été très à l'écoute de nos analyses sur :

- l'avenir des hydrauliciens, leur statut et leurs conditions de travail,
- l'importance des missions de service public que porte le modèle énergétique français,
- l'urgence à faire face à la situation financière extrêmement dégradée d'EDF,
- la montée de l'euroscepticisme particulièrement dans les territoires ruraux où sont implantés les ouvrages hydroélectriques.

Madame VESTAGER a clairement affirmé sa volonté de trouver avec les autorités françaises une solution « workable » (réalisable) qui permette de débloquer cette situation au plus vite. L'objectif est de favoriser la relance des investissements et de répondre ainsi aux besoins des territoires et aux attentes légitimes des salariés.

Nous demandons au Gouvernement français d'être actif sur ce dossier et de faire au plus vite des propositions pour sortir définitivement de ce contentieux. Selon la Commissaire, c'est au Gouvernement de prendre ses responsabilités et de proposer une solution qui intègre les dimensions sociales, sociétales et environnementales.

Nous demandons aussi à EDF de cesser d'utiliser « la menace » de l'action de la Commission européenne pour justifier les baisses d'effectifs, les réductions drastiques des investissements, l'abandon des territoires et l'accélération des réformes de structures.

PAR NOS ACTIONS, ENSEMBLE, DEFENDONS L'AVENIR DE L'HYDRAULIQUE EN FRANCE ET LES EMPLOIS DANS LES TERRITOIRES.

Nous ne passerons pas l'hiver sans que les hydrauliciens se mobilisent pour faire la démonstration que le modèle énergétique français est indispensable à la sécurité énergétique européenne !

ANNEXE 8 – CONSTITUTION DU GROUPE BPI FRANCE

EPIC BPI Groupe
Missions :
- Responsable du suivi du patrimoine de l'Etat
- Garant des émissions sur le marché dans cadre Plan de financement BPI France Financement
- Reçoit dotations budgétaires de l'Etat au titre du programme d'investissement d'avenir et les met à disposition des structures opérationnelle du groupe BPI Fr
- Il peut par convention de l'Etat intervenir dans cadre MIG compatibles avec son objet
CDC
50%
50%
BPI France
Activité holding – 507.523.678
Autres
10 %
90%
100%
BPI France Financements
Activité : autre distribution de crédits – 320.252.489
BPI France Participations
Activité : fond de placement – 509.584.074
Régions
1 %
99%
100%
100%
BPI France Régions
Activité : autre distribution de crédits – 319.997.466
BPI France investissements
Activité : gestion de fonds – 433.975.224
FSI PME Portefeuilles

ANNEXE 9 – « CONCESSIONS HYDROELECTRIQUES. LES COLLECTIVITES VONT-ELLES SE JETER A L'EAU ? »

la gazette·fr

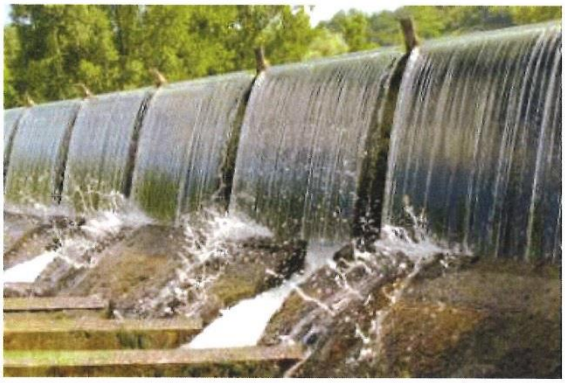
Adresse de l'article http://www.lagazettedescommunes.com/425079/concessions-hydroelectriques-les-collectivites-vont-elles-se-jeter-a-leau/

ENERGIE

Concessions hydroélectriques : les collectivités vont-elles se jeter à l'eau ?

Fabienne Nedey | Actualité Club Techni.Cités | France | Publié le 11/01/2016

Le renouvellement des concessions hydroélectriques a pris du retard, mais un nouveau cadre permettant aux collectivités d'investir dans des SEM est en train de se préparer. Une opportunité à saisir ?



Le parc hydroélectrique français compte 400 centrales d'une puissance de plus de 4,5 mégawatts (MW) appartenant à l'Etat et exploitées dans le cadre de concessions. D'ici à 2023, 150 de ces contrats arriveront à échéance. Or les conditions de leur renouvellement ont beaucoup évolué au cours des années écoulées. Le droit de « préférence » aux concessionnaires sortants instauré par une loi de 1919 a tout d'abord été supprimé par la loi sur l'eau et les milieux aquatiques de 2006. Puis la loi « Nome » de 2010, qui a entériné la libéralisation du marché de l'électricité, a imposé une remise en concurrence de ces contrats de concession lorsqu'ils arrivent à échéance. Le problème est qu'entre 2010 et 2015 le processus de renouvellement de ces contrats s'est complètement enlisé, pris en tenaille entre, d'un côté, des défenseurs de la position d'EDF et/ou des opposants au processus de libéralisation de ce secteur clé de la production d'énergie et, de l'autre, les nécessités d'une ouverture à la concurrence attendue de pied ferme par la Commission européenne.

Manque à gagner

Dans l'intervalle, 10 lots d'ouvrages concédés sont arrivées à échéance. Il s'agit, entre autres, des barrages de la vallée d'Ossau, du Têt et du Louron, dans les Pyrénées, dont les conventions sont arrivées à terme en 2012. Quelques concessions supplémentaires viennent de s'achever, fin 2015. Pour l'instant, elles sont toutes prorogées aux conditions antérieures selon le principe dit « des délais glissants », comme la loi le prévoit. Mais chaque jour qui passe sans renouvellement en bonne et due forme génère un manque à gagner. En effet, la loi de finances rectificative du 30 décembre 2006 fixe l'institution, au profit de l'Etat et des collectivités locales riveraines, d'une redevance proportionnelle aux recettes de la concession, qui naît au moment du renouvellement.

Les sommes déjà perdues ont été chiffrées par la Cour des comptes à plus de 250 millions d'euros pour la période 2010-2015. Plus le délai s'allonge, plus le nombre de concessions échues grandit et plus la perte est lourde : il est question de plus de 600 millions d'euros à l'horizon 2020.

Un nouveau cadre

implanté un barrage, dans la vallée d'Ossau.

> Une mise en concurrence lancée maintenant aboutirait entre 2018 et 2020. D'ici là, notre vallée mourra, asphyxiée faute de moyens pour l'économie et le tourisme, avec de terribles conséquences sur tous les pans de la vie locale (écoles, services publics, etc.), alerte l'élu. Je ne vois, pour notre territoire, pas d'autre option qu'une prorogation pour travaux, sur la base du programme d'investissements conséquent proposé par la SEMH, concessionnaire sortant, pour augmenter le productible. Cette solution préservera les 45 emplois de l'atelier de maintenance installé sur la commune, qui risque de disparaître si la concession est réattribuée, l'atelier n'étant pas un élément au contrat.

Si une telle décision n'est pas prise rapidement, cet élu est déterminé, de concert avec Noël Lacaze, maire de Loudenvielle (240 hab., Hautes-Pyrénées) dans la vallée du Louron, à déposer un recours contre l'Etat pour obtenir des indemnités, au titre des recettes budgétaires issues la redevance qui ont été perdues.

« Notre communauté de communes veut participer à une SEMH »

Michel Pélieu, président de la communauté de communes de la vallée du Louron (15 communes, 1 300 hab.) et du département des Hautes-Pyrénées

« Le défaut de renouvellement des concessions hydroélectriques fait perdre, chaque année, 500 000 euros au département des Hautes-Pyrénées et 250 000 euros aux communes concernées. Il faut que cela cesse ! Personnellement, je suis très favorable à la mise en concurrence, la compétition permettant d'obtenir de meilleures propositions et de maximiser la production des centrales. Par ailleurs, la communauté de communes de la vallée du Louron que je préside souhaite être partie prenante au capital d'une SEMH. Une partie des retombées économiques et financières de l'exploitation des barrages restera ainsi sur le territoire. Dans le cadre de premières négociations, un accord de principe a été établi : sur les 34 % de capital public, la communauté de communes devrait représenter 17 à 20 %, la Caisse des dépôts autour de 15 % et l'Etat entre 2 et 3 %. S'agissant du choix de l'opérateur, nous osons espérer que nous serons tout de même consultés. »

CHIFFRES CLES

- 25,6 GW : Telle est la puissance installée de l'hydroélectricité, deuxième source de production d'électricité derrière l'industrie nucléaire et première source d'énergie renouvelable.
- 95 % de la puissance hydroélectrique installée est gérée sous le régime de la concession. Cela représente 400 concessions hydroélectriques, exploitées à près de 80 % par EDF et le reste principalement par des filiales d'Engie.

POUR ALLER PLUS LOIN

- Hydroélectricité : la solution SEM pour passer aux énergies vertes
- Cour des comptes et marché électrique : fin des tarifs régulés, concurrence des concessions hydroélectriques, ERDF...

En poursuivant votre navigation sur ce site, vous acceptez l'utilisation de cookies pour vous proposer des services et offres adaptés à vos centres d'intérêt. OK En savoir plus X

ANNEXE 10 – ARTICLES DE PRESSE RELATIFS A LA REDEVANCE NON-PERÇUE PAR LES ELUS DE LA VALLEE DE L'OSSAU

L'ÉCLAIR
Pays : France
Périodicité : Quotidien
OJD : 6802

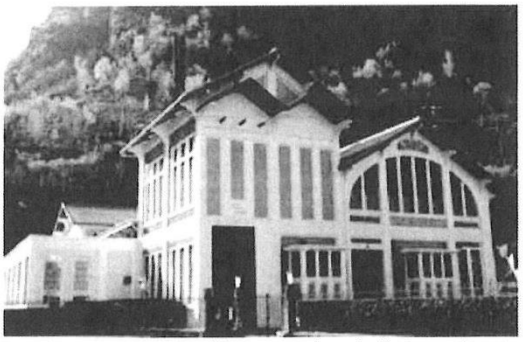
Date : 10 OCT 16
Page de l'article : p.15
Journaliste : L.V.

»VALLÉE D'OSSAU Face à l'immobilisme du gouvernement concernant le renouvellement des concessions, les élus ossalois sont prêts à ester contre l'État pour le manque à gagner subi.

Hydroélectricité : les élus d'Ossau prêts à attaquer l'État

Quel avenir pour les installations de la Shem (Société hydroélectrique du Midi, filiale d'Engie) en vallée d'Ossau ? Nous relations dans notre édition du jeudi 6 octobre les atermoiements de l'État pour mettre en place l'ouverture du renouvellement des concessions hydroélectriques à la concurrence internationale.

Le souhait exprimé en vallée d'Ossau serait de garder l'opérateur historique avec qui les liens se sont forgés depuis près d'un siècle. La plupart des élus espèrent une prorogation qui pourrait s'inscrire dans le cadre du plan européen pour la relance de l'industrie, dit plan Junker.



Le souhait exprimé en vallée d'Ossau serait de garder l'opérateur historique avec qui les liens se sont forgés depuis près d'un siècle. © MOQUET LIONEL

La vallée du Louron attaque l'État

Le sénateur Jo Labazée est sceptique : « L'État a fait appel à Engie pour venir au secours de la Compagnie nationale du Rhône, sans appel d'offres, ce que Bruxelles n'aime pas. Pour moi, la prorogation de la concession à la Shem me semble hypothétique » estime le sénateur.

Et pendant que sa consœur Frédérique Espagnac bataille pour la prorogation, lui verrait bien une Société d'économie mixte hydraulique (SEMH) avec la communauté ossaloise.

Il s'inspire de ce que souhaite Michel Pellieu, président du conseil départemental des Hautes-Pyrénées et président de la communauté de communes du Louron, pour le renouvellement de la concession du Louron, également arrivée à échéance en décembre 2012 et également exploitée par la Shem.

Partisan de l'ouverture à la concurrence, il milite pour que sa communauté de communes participe à une SEMH. Dans le même temps, il mène, avec le maire de Loudenvielle, Noël Lacaze, une action devant le tribunal administratif pour réclamer des indemnités à l'État pour les redevances non perçues.

Et cette action est suivie de près par les élus ossalois qui pourraient s'y associer. « On est intéressé en première ligne » rappelle le président de la CCVO (communauté de communes de la vallée d'Ossau), Jean-Paul Casaubon. « Pour nous la prorogation est le scénario idéal, avec un opérateur satisfaisant. On a été approché par M. Pellieu et nous aurons une réunion ce lundi après-midi pour savoir si nous allons poursuivre l'État et probablement rejoindre la démarche du Louron » révèle-t-il.

> **« On a été gentils pendant des années sans qu'il ne se passe rien »**
> Jean-Paul Casaubon, président de la CCVO

Pour la CCVO, le manque à gagner approcherait les 500 à 700 000 € de redevance perdue chaque année selon son président.

« Il semble que la décision d'envoyer l'État en justice fasse des vagues » indique le président de la CCVO. « On a été gentils pendant des années sans qu'il ne se passe rien. Nos territoires sont en souffrance, tout euro est important, cela freine notre développement et il y a toujours une épée de Damoclès sur l'atelier de Laruns. Le maire de Laruns, Robert Casadebaig, est prêt à aller en justice. On se rapprochera de lui pour une démarche commune avec le Louron » conclut-il. À moins que le gouvernement ne se réveille ?

L.V.

Tous droits réservés à l'éditeur

Redevance hydroélectrique : Laruns et la vallée d'Ossau préparent un recours contre l'Etat

Journal Sud-Ouest
Publié le 04/11/2016 à 16h09 par **Thomas Longué**.

Le non-renouvellement de la concession des barrages depuis 2012 prive les collectivités du Haut Béarn et des Hautes-Pyrénées de 3,750 millions d'euros par an

"On nous a roulés dans la farine depuis deux ans en nous annonçant tous les deux mois que les décrets devraient être signés", dit Jean-Paul Cazaubon, président de la CCVO (communauté de commune de la vallée d'Ossau).
L'élu ossalois justifie en ces termes **le recours en passe d'être introduit contre l'Etat, auprès du tribunal administratif**, alors que la concession à la SHEM (Société hydroélectrique du Midi) est échue depuis 2012.
Du fait du non-renouvellement de cette concession, les collectivités sur lesquelles se trouvent les barrages et les installations hydroélectriques **sont privées du produit d'une redevance instituée en 2014.**

Deux millions d'euros pour les Pyrénées-Atlantiques

Le manque à gagner annuel se chiffre à 3,750 millions d'euros soit 500 000 euros pour la commune de Laruns, autant pour la CCVO, 2 millions d'euros pour le département des Pyrénées-Atlantiques et 750 000 euros pour l'ensemble des collectivités concernées (Génos, Loudenvielle et département des Hautes-Pyrénées).

"Nous voulons mettre la pression sur l'Etat pour qu'il prenne la décision soit de proroger la concession de la SHEM, soit d'une mise en concurrence", résume Jean-Paul Cazaubon, sans cacher que sa préférence va à la première solution.

La République DES PYRÉNÉES
Pays : France
Périodicité : Quotidien
OJD : 28916

Date : 25/26 FEV 17
Page de l'article : p.3
Journaliste : Laurent Vissuzaine

Hydroélectricité : le Département réclame plus de 9 millions à l'État

Le retard pris dans le renouvellement des concessions se traduit par des millions d'euros de redevances non perçues par les collectivités.

L'exploitation des ressources hydroélectriques de nos vallées a des retombées pour les collectivités locales et le Département, qui bénéficient d'une redevance sur la production d'électricité.

Or depuis 2008, le renouvellement des concessions hydroélectriques doit s'ouvrir par appels d'offres à la concurrence d'autres opérateurs européens. Mais de reculs en reculs, ce renouvellement n'est toujours pas lancé. La ministre de l'Écologie, Ségolène Royal, avait annoncé le lancement des appels d'offres en 2016. Rien n'est venu.

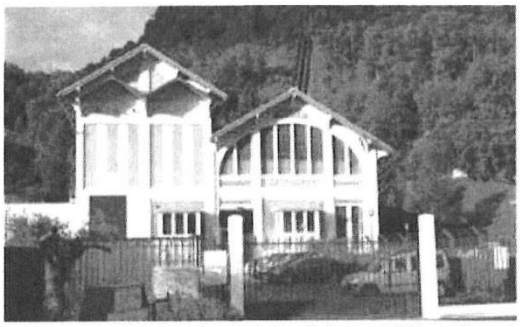
Une lettre au Premier ministre

La concession de la SHEM (Société hydroélectrique du Midi, filiale du groupe Engie) s'est achevée fin 2012 et aucune procédure de renouvellement n'a été engagée. Dans le cadre du renouvellement, une redevance proportionnelle aux recettes revient aux collectivités. Mais cette redevance n'est due que dans le cadre du renouvellement des concessions. Donc, depuis 2012 et la fin de la concession de la SHEM sur les installations ossaloises, les collectivités ne perçoivent rien. C'est pourquoi le président du conseil départemental, Jean-Jacques Lasserre, vient d'envoyer une lettre recommandée au Premier ministre, Bernard Cazeneuve.

Dans ce long courrier, Jean-Jacques Lasserre rappelle le cadre de la loi et pointe le manque à gagner du Département depuis 2013, année où aurait dû être fait le renouvellement de concession. Il le chiffre à 9 303 659 euros pour les années 2013 à 2016, un montant augmenté des intérêts. Il sollicite le versement de cette somme au titre des redevances prévues dans le Code de l'énergie et non perçues du fait de la carence de l'État. La réponse du Premier ministre est impatiemment attendue, aussi bien au Département que dans les communes ossaloises.

Ces dernières avaient déjà menacé de saisir le tribunal administratif à l'automne dernier via le président de la communauté de communes de la vallée d'Ossau, Jean-Paul Casaubon. Le manque à gagner serait de 500 000 à 700 000 € par an pour la CCVO. De même pour la commune de Laruns, dont le maire, Robert Casadebaig, est exaspéré.

Côté Bigorre, le renouvellement de la concession de la vallée du Louron souffre du même attentisme. Le président du conseil départemental des Hautes-Pyrénées, Michel Pellieu, devait engager une action devant le tribunal administratif. La semaine prochaine, les deux présidents départementaux se rencontreront pour savoir quelle suite donner à cette affaire qui risque de traîner encore compte tenu des échéances électorales à venir.



La Shem est présente en Ossau depuis près d'un siècle et possède à Laruns l'usine de maintenance de l'ensemble de ses installations. © ARCHIVES ANTOINE MARCOL

LAURENT VISSUZAINE | vissuzaine@pyrenees.com

Tous droits réservés à l'éditeur

RHONE 5446460500509

ANNEXE 11 – LETTRE OUVERTE A MANUEL VALLS

Monsieur Manuel VALLS
Premier Ministre
Hôtel Matignon
57 rue de Varenne
75700 PARIS

Lyon, le 4 juin 2014

Monsieur le Premier Ministre,

A l'occasion de la préparation du projet de loi relatif à la transition énergétique et dans le prolongement de la communication de Madame Ségolène ROYAL, Ministre de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie faite le 29 avril 2014 sur les concessions hydroélectriques, nous souhaitons attirer l'attention du Gouvernement sur l'importance de l'hydroélectricité dans nos trois régions et le rôle particulier de la Compagnie Nationale du Rhône que Madame la Ministre a mis en avant.

La prochaine loi sur la transition énergétique doit être l'occasion pour notre pays de se donner les moyens d'une politique hydraulique ambitieuse, indispensable au verdissement de notre mix-énergétique et utile au développement économique de nos territoires. La Compagnie Nationale du Rhône est le parfait exemple de cet équilibre entre développement des énergies renouvelables et développement de nos territoires tout en assurant la préservation de la qualité de l'environnement. Elle est aussi un partenaire essentiel de l'ensemble des acteurs de la Vallée du Rhône, dont nos collectivités locales, compte tenu de l'efficacité de sa structure publique-privée.

La CNR, société anonyme d'intérêt général, a été créée en 1933 suite à la Loi Rhône de 1921. En 1934, elle reçoit de l'Etat trois missions solidaires entre elles : aménager le fleuve Rhône pour y développer la navigation, permettre l'irrigation des terres agricoles ; ces missions sont réalisées grâce aux recettes générées par la production hydraulique issue des usines barrages qu'elle a créées le long du Fleuve.

Aujourd'hui la CNR produit 25% de l'électricité hydraulique française grâce à 19 barrages mis en service entre 1948 et 1986, gère 18 plates-formes industrielles et portuaires dont le Port de Lyon Edouard Herriot, et enfin 14 écluses de grand gabarit qui permettent d'assurer la navigation entre Lyon et la Méditerranée.

.../...

Depuis 2001 et l'ouverture du marché de l'électricité, le capital de l'entreprise est équilibré entre le public et le privé. Cela lui a permis de bâtir un système de partage de la valeur créée, un modèle du genre, au profit de l'Etat qui perçoit près de 50% du chiffre d'affaires (dont 24% au titre de la redevance électrique que la CNR est, à ce jour encore, la seule à payer en France), des collectivités territoriales (au travers de ses missions d'intérêt général si utiles pour nos territoires et les populations riveraines, comme l'a montré notamment l'investissement de la Compagnie dans le programme de la ViaRhôna et, plus généralement, sa collaboration dans le Plan Rhône) et enfin de ses actionnaires (dont les collectivités locales).

La CNR doit figurer explicitement dans le texte de loi en préparation sur la transition énergétique dans le chapitre relatif à l'hydraulique. Une méthode des barycentres qui prendrait en compte une durée de 75 ans à partir de la date moyenne de mise en service des différents ouvrages hydrauliques d'une même vallée, doit permettre à la Compagnie Nationale du Rhône de retrouver la visibilité nécessaire à la poursuite des missions qui lui avaient été confiées à l'origine (construction d'un nouveau barrage à Conflans et de petites centrales hydrauliques sur le Rhône, poursuite de ses actions en faveur du développement du transport fluvial et touristique ainsi que la promotion et le soutien d'une agriculture durable...) générant pour nos territoires d'importantes retombées en matière économique et d'emploi. De même, elle pourrait poursuivre utilement son développement dans les autres ENR (photovoltaïque, éolien, hydrolien...) contribuant ainsi aux objectifs de la transition énergétique.

Nous vous prions de croire, Monsieur le Premier Ministre, en l'expression de notre très haute considération.

Jean-Jack QUEYRANNE	**Christian MONTEIL**	**Pierre MEFFRE**	**Denis BARTHELEMY**
Président Conseil régional Rhône-Alpes	Président Conseil général de Haute-Savoie	Président Communauté de Communes du Pays Vaison Ventoux	Conseiller général des Bouches-du-Rhône
Jean-Paul AMOUDRY	**Jean BESSON**	**Jacques BERTHOU**	**Yves CHASTAN**
Sénateur de Haute –Savoie	Sénateur de la Drôme	Sénateur de l'Ain	Sénateur de l'Ardèche
Jacques CHIRON	**Jean-Claude CARLE**	**Gérard COLLOMB**	**Cécile CUKIERMAN**
Sénateur de l'Isère	Sénateur de Haute-Savoie	Sénateur-Maire du Rhône	Sénatrice de la Loire
Annie DAVID	**Muguette DINI**	**Bernard FOURNIER**	**Jean-Claude FRECON**
Sénatrice de l'Isère	Sénatrice du Rhône	Sénateur de la Loire	Sénateur de la Loire
Eliane GIRAUD	**Didier GUILLAUME**	**Sylvie GOY-CHAVENT**	**Jean-Noël GUERINI**
Sénatrice de l'Isère	Sénateur de la Drôme	Sénatrice de l'Ain	Sénateur des Bouches-du-Rhône
Claude HAUT	**Pierre HERISSON**	**Rachel MAZUIR**	**Bernard PIRAS**
Sénateur de Vaucluse	Sénateur de l'Ain	Sénateur de l'Ain	Sénateur de la Drôme
Michel TESTON	**Bernard SAUGEY**	**Jean-Pierre VIAL**	**Maurice VINCENT**
Sénateur de l'Ardèche	Sénateur de l'Isère	Sénateur de Savoie	Sénateur de la Loire

Damien ABAD

Député de l'Ain

Bernard ACCOYER

Député de Haute - Savoie

Julien AUBERT

Député de Vaucluse

Etienne BLANC

Député de l'Ain

Xavier BRETON

Député de l'Ain

Sabine BUIS

Députée de l'Ardèche

Pascale CROZON

Députée du Rhône

Charles DE LA VERPILLIERE

Député de l'Ain

Michel DESTOT

Député de l'Isère

Sophie DION

Députée de Haute-Savoie

Virginie DUBY-MULLER

Députée de Haute-Savoie

Olivier DUSSOPT

Député de l'Ardèche

Marc FRANCINA

Député de Haute-Savoie

Jean-Louis GAGNAIRE

Député de la Loire

Hervé GAYMARD

Député de Haute-Savoie

Hélène GEOFFROY

Députée du Rhône

Gilda HOBERT

Députée du Rhône

Joëlle HUILLIER

Députée de l'Isère

Michel ISSINDOU

Député de l'Isère

Régis JUANICO

Député de la Loire

Bernadette LACLAIS

Députée de Savoie

Alain MOYNE-BRESSAND

Député de l'Isère

Pierre-Alain MUET

Député du Rhône

Nathalie NIESON

Député de la Drôme

Patrice PRAT

Député du Gard

Franck REYNIER

Député-Maire de la Drôme

François ROCHEBLOINE

Député de la Loire

Martial SADDIER

Député de Haute-Savoie

Lionel TARDY

Député de Haute-Savoie

Pascal TERRASSE

Député de l'Ardèche

Michel TERROT

Député du Rhône

Jean-Louis TOURAINE

Député du Rhône

Michel VAUZELLE

Député des Bouches-du-Rhône

Fabrice VERDIER

Député du Gard

Olivier VERAN

Député de l'Isère

Danielle CHUZEVILLE

Présidente

Conseil général du Rhône

Hervé SAULIGNAC

Président

Conseil général de l'Ardèche

André VALLINI

Président

Conseil général de l'Isère

Jean-Pierre LAMBERTIN

Conseiller général du Vaucluse

Mathieu DARNAUD

Maire de Guilherand-Granges

Nicolas DARAGON

Maire de Valence

Jean-François DEBAT

Maire de Bourg-en Bresse

Christian JIMENEZ

Maire de Belley

Thierry KOVACS

Maire de Vienne

Alain MARTIN

Maire Le Pouzin

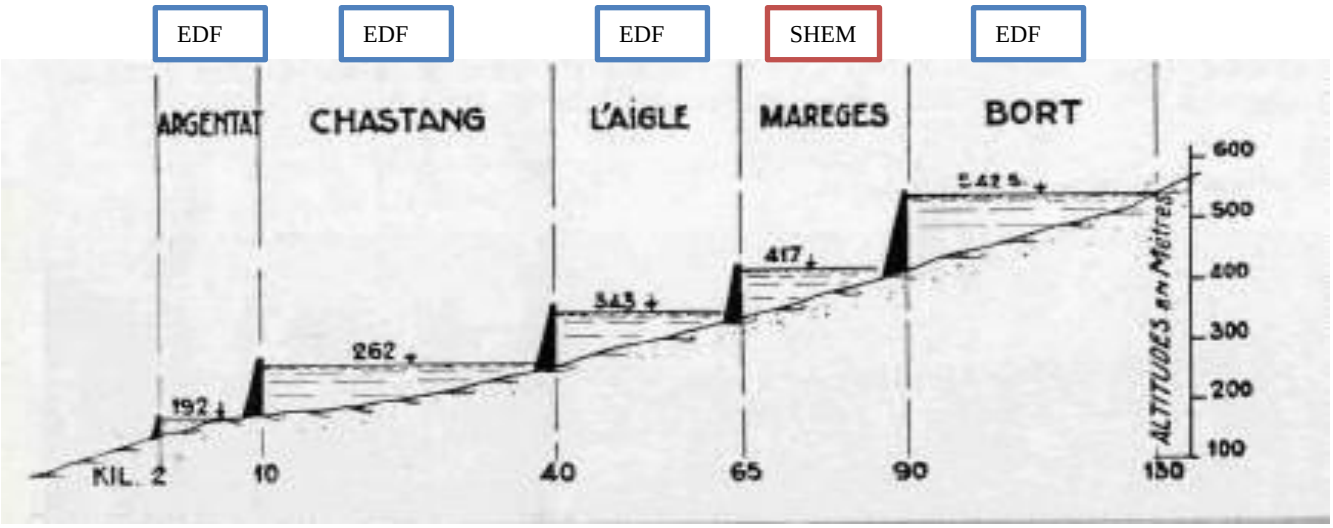
Jérôme MOROGE

Maire de Pierre Bénite

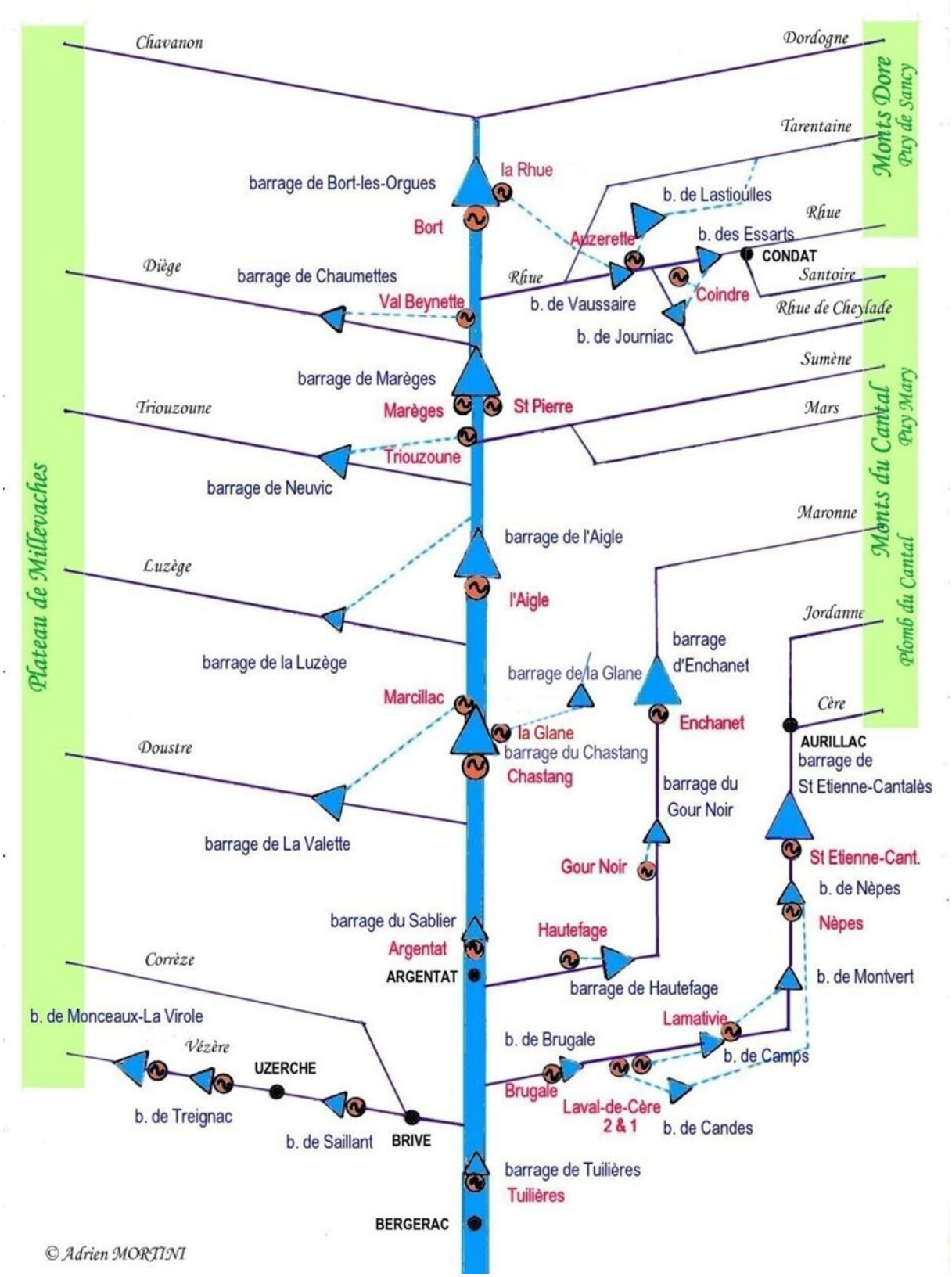
Cécile HELLE

Maire d'Avignon

ANNEXE 12 – LES AMENAGEMENTS DE LA VALLEE DE LA DORDOGNE



Source : http://archives.cantal.fr/accounts/mnesys_ad15/datas/cms/12.a_jpg_/1_0.jpg



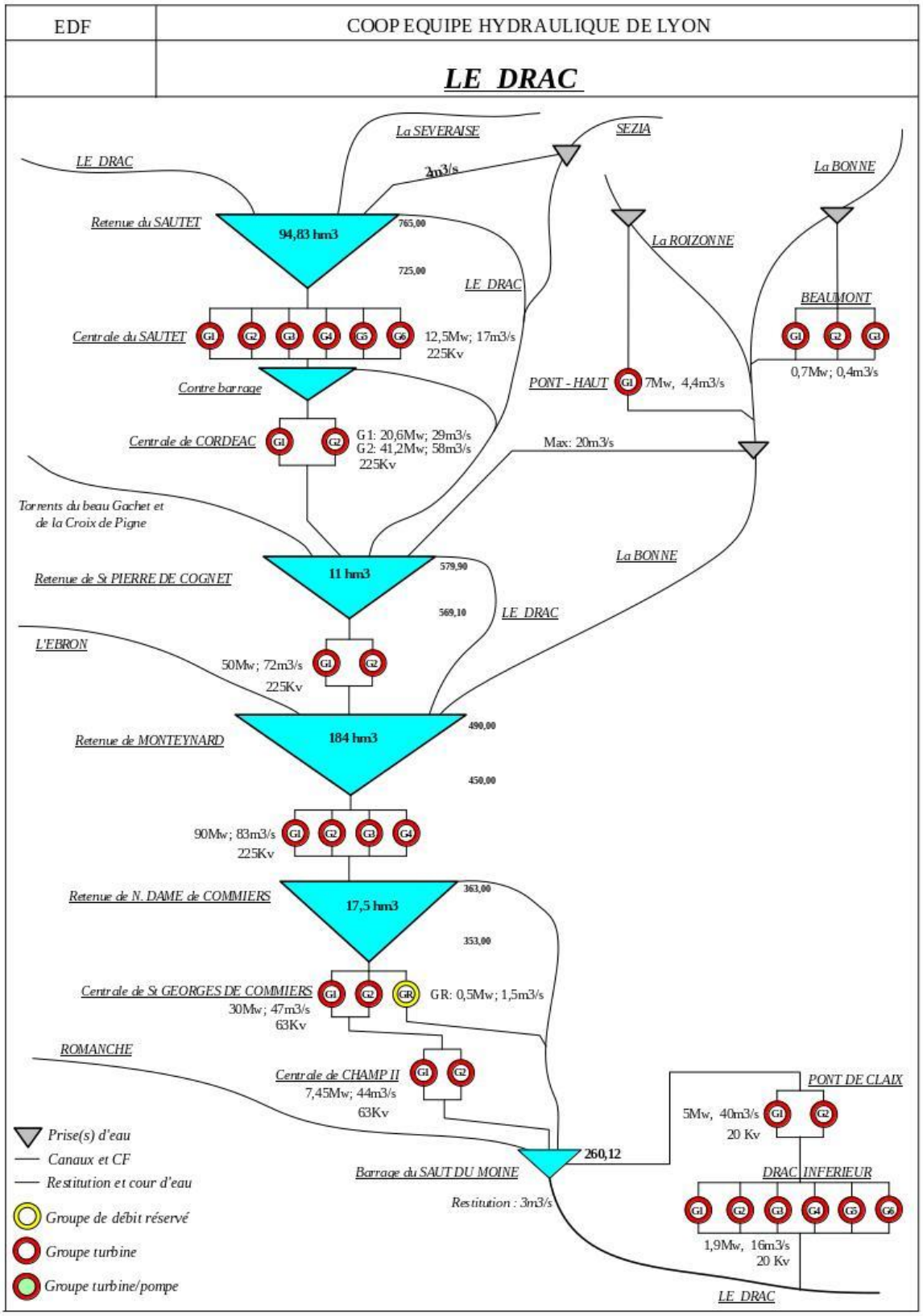
Source : http://www.hydrelect.info/articles.php?lng=fr&pg=258

ANNEXE 13 – EVOLUTION DES DISPOSITIONS RELATIVES A LA REDEVANCE PROPORTIONNELLE AUX RECETTES DE LA CONCESSION

Article 36 Loi 2002-1575	Art. 45 CC CNR	Art 9-1 loi du 16.10.1919 Crée par art.33 loi 2006-1771	Art. L521-23 Modifié par loi 2010-788 Codifiée par ordo 2011-504	Art L521-23 Modifié par loi 2011-1977	Art L521-23 Modifié par loi 2012-958 Transféré par loi 2013-619 – art L523-2	Art L523-2 Modifié par loi 2015-992
La loi du 27 mai 1921 approuvant le programme des travaux d'aménagement du Rhône, de la frontière suisse à la mer, au triple point de vue des forces motrices, de la navigation et des irrigations et autres utilisations agricoles et créant les ressources financières correspondantes est ainsi modifiée : 1° Les cinquième, sixième et septième alinéas de l'article 3 sont supprimés ; 2° Il est inséré un article 3 bis ainsi rédigé : « Art. 3 bis. - La redevance acquittée par le concessionnaire comporte : « a) Une part fixe ; « b) Une part proportionnelle au nombre de kilowattheures produits ; « c) Une part proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité issues de l'exploitation des ouvrages hydroélectriques concédés.	Le concessionnaire est assujetti, pour l'ensemble des ouvrages hydroélectriques concédés, à une redevance égale à 24 % du produit du nombre de kilowattheures générés par le prix moyen du kilowattheure, tel qu'il résulte des ventes d'électricité issues de l'exploitation desdits ouvrages. Cette redevance est assise mensuellement sur la production et le prix constatés pendant le mois précédent. Elle est calculée hors taxes. La redevance, qui est due à compter du mois de janvier 2003, est payable mensuellement à la caisse du receveur des domaines de la situation du siège de la Compagnie nationale du Rhône, au plus tard le dernier jour du mois qui suit la période considérée. En cas de retard dans les versements, les intérêts au taux légal courent de plein droit	Lors du renouvellement des concessions d'hydroélectricité, il est institué, à la charge du concessionnaire, au profit de l'Etat, une redevance proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité issues de l'exploitation des ouvrages hydroélectriques concédés. Le montant de cette redevance fixée par l'acte de concession ne peut excéder 25 % des recettes résultant des ventes d'électricité issues de l'exploitation des ouvrages hydroélectriques concédés. 40 % de la redevance sont affectés aux départements sur le territoire desquels coulent les cours d'eau utilisés, l'éventuelle répartition entre plusieurs départements étant proportionnelle à la puissance	Pour toute nouvelle concession hydroélectrique, y compris lors d'un renouvellement , il est institué, à la charge du concessionnaire, au profit de l'Etat, une redevance proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité issues de l'exploitation des ouvrages hydroélectriques concédés desquelles est déduit, le cas échéant, le montant des achats d'électricité pour les pompages. Pour le calcul du montant de la redevance, les recettes et les achats d'électricité sont calculés comme la valorisation de la production ou de la consommation d'électricité aux prix constatés sur le marché. Le taux de chaque redevance ne peut excéder un taux plafond, déterminé par l'autorité concédante dans le cadre de la procédure de mise en concurrence. Un tiers de la redevance est affecté aux départements sur le territoire desquels coulent les cours d'eau utilisés, l'éventuelle répartition entre plusieurs départements étant proportionnelle à	Pour toute nouvelle concession hydroélectrique, y compris lors d'un renouvellement, il est institué, à la charge du concessionnaire, au profit de l'Etat, une redevance proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité issues de l'exploitation des ouvrages hydroélectriques concédés desquelles est déduit, le cas échéant, le montant des achats d'électricité pour les pompages. Pour le calcul du montant de la redevance, les recettes et les achats d'électricité sont calculés comme la valorisation de la production ou de la consommation d'électricité aux prix constatés sur le marché. Le taux de chaque redevance ne peut excéder un taux plafond, déterminé par l'autorité concédante dans le cadre de la procédure de mise en concurrence. 40 % de la redevance sont affectés aux départements sur le territoire desquels coulent les cours d'eau utilisés, l'éventuelle répartition entre plusieurs départements étant proportionnelle à la puissance moyenne hydraulique devenue indisponible dans les limites de chaque département du fait de l'usine. Toutefois, pour les ouvrages hydroélectriques d'une puissance installée inférieure à 4 500 kilowatts, un tiers de la redevance est affecté aux départements sur le territoire desquels coulent les cours	Pour toute nouvelle concession hydroélectrique, y compris lors d'un renouvellement, il est institué, à la charge du concessionnaire, au profit de l'Etat, une redevance proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité issues de l'exploitation des ouvrages hydroélectriques concédés desquelles est déduit, le cas échéant, le montant des achats d'électricité pour les pompages. Pour le calcul du montant de la redevance, les recettes et les achats d'électricité sont calculés comme la valorisation de la production ou de la consommation d'électricité aux prix constatés sur le marché. Le taux de chaque redevance ne peut excéder un taux plafond, déterminé par l'autorité concédante dans le cadre de la procédure de mise en concurrence. Un tiers de la redevance est affecté aux départements sur le territoire desquels coulent les cours d'eau utilisés, l'éventuelle répartition entre plusieurs départements étant proportionnelle à la puissance moyenne hydraulique devenue indisponible dans les limites de chaque département du fait de l'usine. Un sixième de la redevance est affecté aux communes sur le territoire desquelles coulent les cours d'eau utilisés ou à leurs groupements sous réserve de l'accord explicite de chacune d'entre elles, la répartition entre les communes étant	Pour toute nouvelle concession hydroélectrique, y compris lors d'un renouvellement, il est institué, à la charge du concessionnaire, au profit de l'Etat, une redevance proportionnelle aux recettes de la concession. Les recettes résultant de la vente d'électricité sont établies par la valorisation de la production aux prix constatés sur le marché, diminuée, le cas échéant, des achats d'électricité liés aux pompages. Les autres recettes sont déterminées selon des modalités définies par arrêté du ministre chargé de l'énergie. Le taux de cette redevance ne peut excéder un taux plafond, déterminé, pour chaque concession, par l'autorité concédante dans le cadre de la procédure de mise en concurrence. Les concessions dont la durée est prolongée en application de l'article L. 521-16-3 sont soumises à la redevance mentionnée au premier alinéa du présent article. Le taux est fixé par l'autorité concédante, dans le respect de l'équilibre économique du contrat initial. Dans le cas mentionné au second alinéa du même article L. 521-16-3, l'ensemble des concessions concernées par l'application des articles L. 521-16-1 ou L. 521-16-2 est soumis à la redevance mentionnée au premier alinéa du présent article. La redevance, dont le taux est fixé par l'autorité concédante pour chaque concession, est prise en compte dans la fixation de la nouvelle date d'échéance garantissant le maintien de l'équilibre économique, calculée en application du troisième alinéa des mêmes articles L. 521-16-1 ou L. 521-16-2. Les concessions dont la durée est prolongée en application de l'article L. 521-16-2 sont également soumises à la redevance mentionnée au premier alinéa du présent article. Le taux est fixé par l'autorité concédante au regard des principes mentionnés au même article L. 521-16-2. Pour l'application du présent article, le taux de la redevance est fixé en tenant compte, dans l'évaluation de l'équilibre économique de la concession, des volumes et des prix de vente de l'électricité que le concessionnaire s'engage à céder dans les conditions suivantes : 1° L'électricité est vendue pour satisfaire la consommation d'une entreprise ayant avec le concessionnaire les liens mentionnés à l'article L. 233-3 du code de commerce ; 2° L'électricité est vendue dans le cadre des contrats mentionnés à l'article 238 bis HW du code général des impôts ;

Article 36 Loi 2002-1575	Art. 45 CC CNR	Art 9-1 loi du 16.10.1919 Crée par art.33 loi 2006-1771	Art. L521-23 Modifié par loi 2010-788 Codifiée par ordo 2011-504	Art L521-23 Modifié par loi 2011-1977	Art L521-23 Modifié par loi 2012-958 Transféré par loi 2013-619 – art L523-2	Art L523-2 Modifié par loi 2015-992
Article 36 Loi 2002-1575	Art. 45 CC CNR	Art 9-1 loi du 16.10.1919 Crée par art.33 loi 2006-1771	Art. L521-23 Modifié par loi 2010-788 Codifiée par ordo 2011-504	Art L521-23 Modifié par loi 2011-1977	Art L521-23 Modifié par loi 2012-958 Transféré par loi 2013-619 – art L523-2	Art L523-2 Modifié par loi 2015-992
	au profit du Trésor, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une mise en demeure. Le premier versement correspondant à la totalité des sommes dues depuis le début de l'année 2003 interviendra le mois suivant la publication du décret approuvant le présent cahier des charges.	moyenne hydraulique devenue indisponible dans les limites de chaque département du fait de l'usine.	la puissance moyenne hydraulique devenue indisponible dans les limites de chaque département du fait de l'usine. Un sixième de la redevance est affecté aux communes sur le territoire desquelles coulent les cours d'eau utilisés ou à leurs groupements sous réserve de l'accord explicite de chacune d'entre elles, la répartition entre les communes étant proportionnelle à la puissance moyenne hydraulique devenue indisponible dans les limites de chaque commune du fait de l'exploitation de l'ouvrage hydroélectrique.	d'eau utilisés, et un sixième.aux communes concernées au même chef ou à leurs groupements sous réserve de l'accord explicite de chacune d'entre elles. L'éventuelle répartition entre plusieurs départements ou plusieurs communes est proportionnelle à la puissance moyenne hydraulique devenue indisponible dans les limites de chacune des collectivités du fait de l'exploitation de l'ouvrage hydroélectrique	proportionnelle à la puissance moyenne hydraulique devenue indisponible dans les limites de chaque commune du fait de l'exploitation de l'ouvrage hydroélectrique.	3° L'électricité est vendue dans le cadre de contrats établis pour l'approvisionnement des entreprises et des sites mentionnés à l'article L. 351- 1 du présent code, comprenant un investissement dans la concession et un partage des risques d'exploitation, et conclus pour une durée supérieure à dix ans ou allant jusqu'au terme de la concession si celui-ci est antérieur. Un tiers de la redevance est affecté aux départements sur le territoire desquels coulent les cours d'eau utilisés, l'éventuelle répartition entre plusieurs départements étant proportionnelle à la puissance moyenne hydraulique devenue indisponible dans les limites de chaque département du fait de l'usine. Un douzième de la redevance est affecté aux communes sur le territoire desquelles coulent les cours d'eau utilisés. La répartition entre les communes est proportionnelle à la puissance hydraulique devenue indisponible dans les limites de chaque commune du fait de l'ouvrage hydroélectrique. Un douzième de la redevance est affecté aux groupements de communes sur le territoire desquels coulent les cours d'eau utilisés. La répartition entre les groupements est proportionnelle à la puissance hydraulique devenue indisponible dans les limites de chaque communauté du fait de l'ouvrage hydroélectrique. La redevance affectée aux communes peut être transférée à un groupement, sous réserve de l'accord explicite de chacune des communes de ce groupement.

ANNEXE 14 – LA VALLEE DU DRAC ET LE LIEN HYDRAULIQUE ENTRE LES AMENAGEMENTS

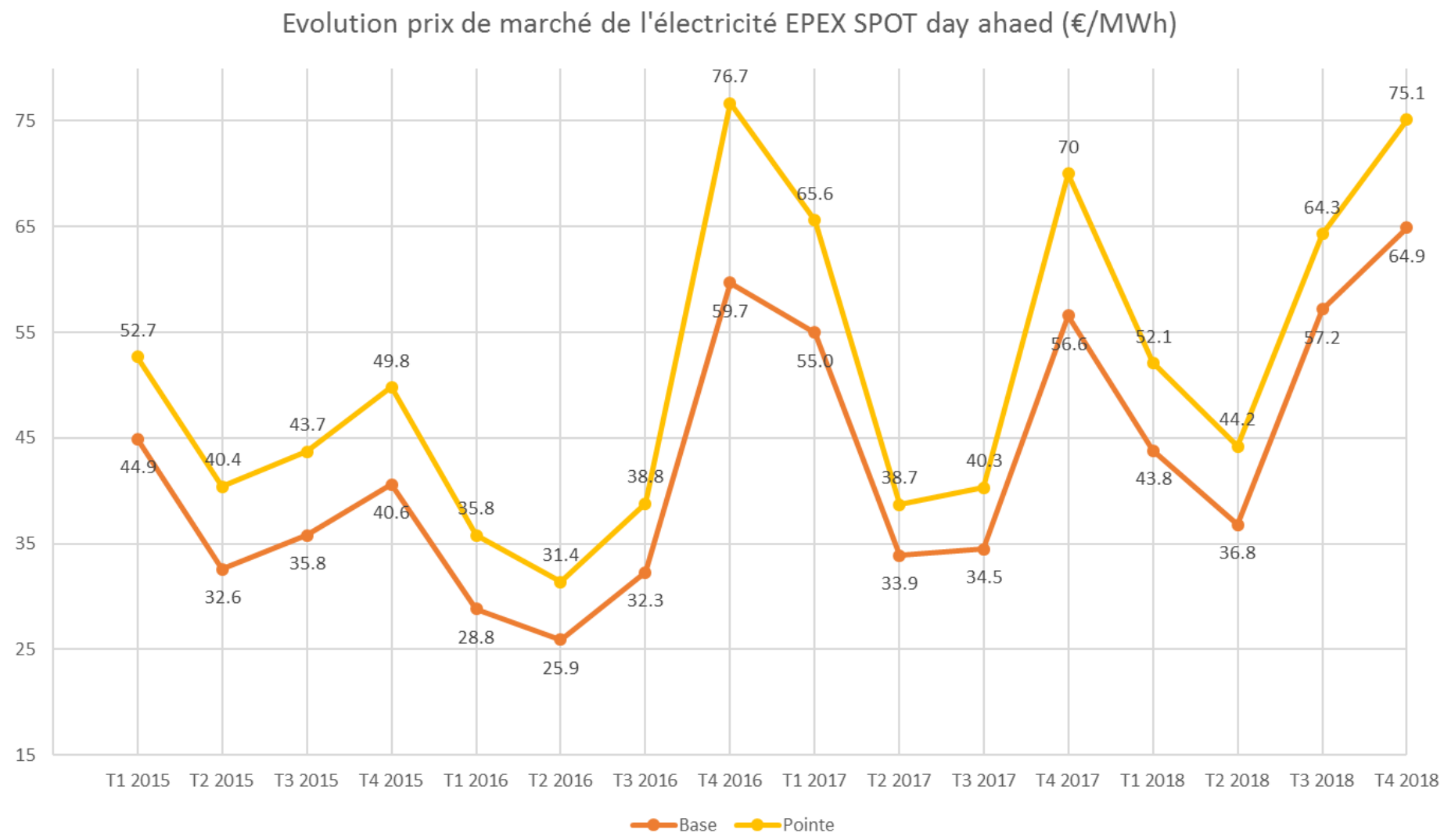


Explication du lien hydraulique. La centrale du Sautet peut passer 102 m3/s (débit d'équipement : 6 groupes à 17m3/s) alors que la centrale directement en aval, centrale de Cordeac, peut passer 87 m3/s. Par conséquent, dans l'hypothèse où l'exploitant de l'usine de Sautet souhaiterait turbiner le débit maximum d'équipement, celui-ci ne pourrait pas être absorbé par l'usine de Cordeac. Cette situation explique la question du lien hydraulique entre deux aménagements.

ANNEXE 15 – LES AMENAGEMENTS DE LA VALLEE DE LA DURANCE

AMENAGEMENT HYDROELECTRIQUE
DE LA DURANCE
DEMOLLON
SERRE-PONCON
GAP
CUBRANS
VENTAVON
LE POET
SISTERON
SALIGNAC
DRAISON
LA BRILLANNE
LE LARGUE
Ste TULLE
BEAUMONT
CASTILLON
CHAUDANNE
AVIGNON
RHONE
La Durance
Le Verdon
SALON
St CHAMAS
MALLEMORT
St ESTEVE
JOUQUES
Ste CROIX
MARSEILLE
BASSIN DE LA DURANCE
Bassin versant total: 14.225 km²
0 à 1000 : 7270 km² . 51 %
1000 à 2000 : 4745 km² . 33 %
> 2000 : 2213 km² . 16 %
49 %
MER MEDITERRANEE

ANNEXE 16 – EVOLUTION DES PRIX DAY AHEAD DE L'ELECTRICITE SUR LE MARCHE DE GROS

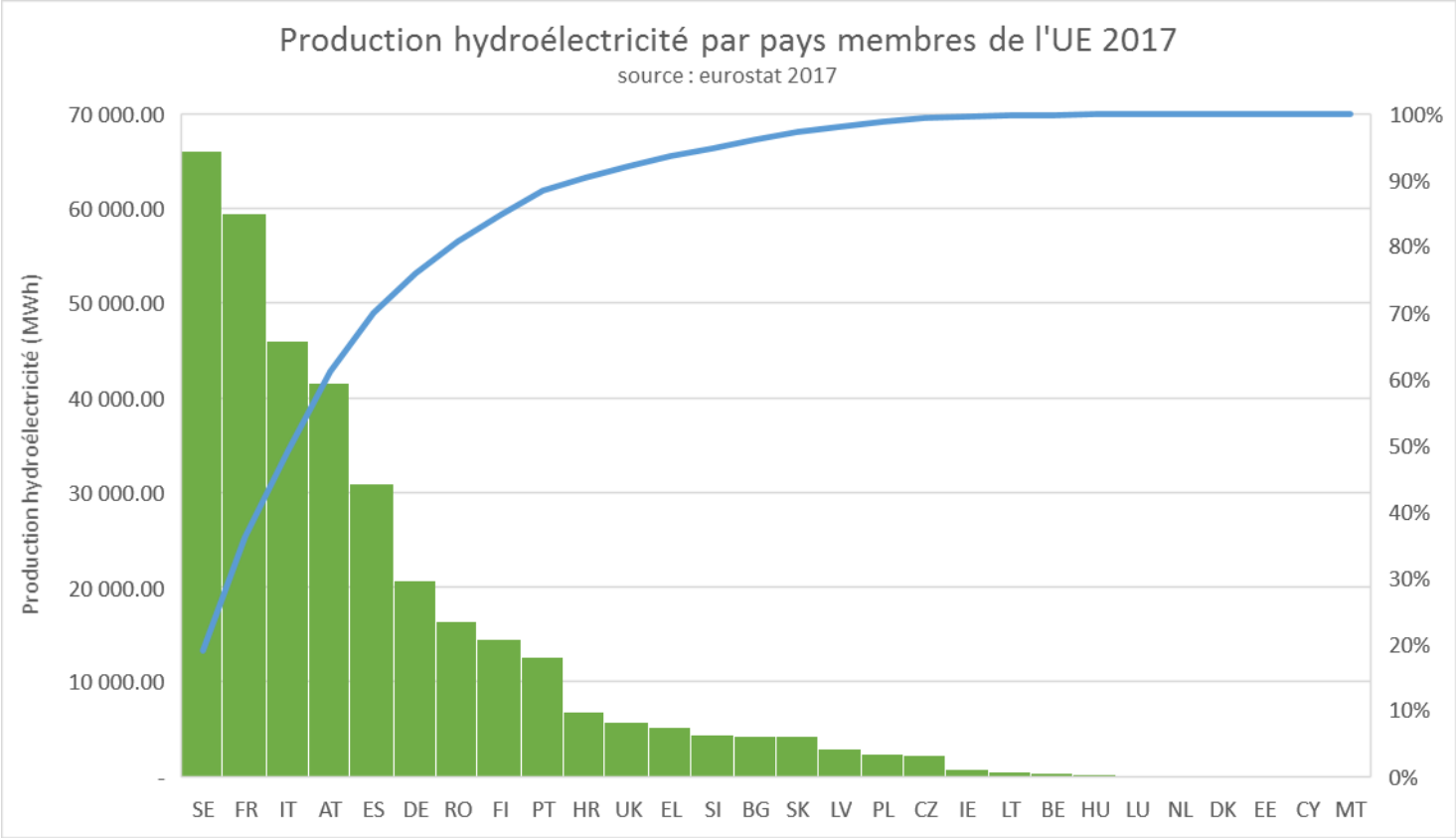


Source : Rapports annuels de la CRE des années 2015 à 2019, disponibles sur le site internet de la CRE.

ANNEXE 17 – LA COMPATIBILITE DES DIFFERENTES REDEVANCES DES CONCESSIONS HYDROELECTRIQUES

	Art. CC type 2016	Réf C. énergie	Redevance fixe (applicable aux cours d'eau domaniaux)	Redevance domaniale	Redevance proportionnelle aux Kwh	Redevance proportionnelle aux recettes
Redevance fixe (applicable aux cours d'eau domaniaux)	59	R. 523-2		OUI	OUI	OUI
Redevance domaniale	58	R. 523-1	OUI		OUI	NON
Redevance proportionnelle aux Kwh		L. 523-1	OUI	OUI		NON
Redevance proportionnelle aux recettes	60	L. 523-2	OUI	NON	NON	

ANNEXE 18 – LA PRODUCTION D'HYDROELECTRICITE DANS LES ETATS MEMBRES DE L'UE


Production hydroélectricité par pays membres de l'UE 2017
source : eurostat 2017
Production hydroélectricité (MWh)
70 000.00
60 000.00
50 000.00
40 000.00
30 000.00
20 000.00
10 000.00
-
100%
90%
80%
70%
60%
50%
40%
30%
20%
10%
0%
SE FR IT AT ES DE RO FI PT HR UK EL SI BG SK LV PL CZ IE LT BE HU LU NL DK EE CY MT

ANNEXE 19 – ARTICLES DE PRESSE RELATIFS A LA MISE EN CONCURRENCE DES CONCESSIONS HYDROELECTRIQUES

Pays : France
Périodicité : Quotidien
OJD : 749258
Edition : Toutes éditions

Date : 06/07 JAN 18

Les Côtes-d'Armor en bref

De potentiels acheteurs visitent le barrage de Morieux-Hillion

Le barrage du Pont-Rolland, situé entre les communes de Morieux et Hillion, cherche un repreneur. L'État en est propriétaire, après la fin de sa concession par EDF en 2010 et l'arrêt de la production d'électricité en 2013. Le barrage a donc été mis en vente. Un appel d'offres a été lancé à la fin du printemps. Sa clôture sera effective à la mi-mars. **« Une dizaine de groupes financiers sont déjà venus visiter l'ouvrage,** commente-t-on à la préfecture. **Une autre visite va avoir lieu ce mois-ci. Tout cela est plutôt bon signe. Mais vont-ils acheter ? Pour l'instant, on ne sait pas. Nous devons attendre qu'un ou des dossiers soient déposés. »**

Tous droits réservés à l'éditeur

Voix du Cantal
L'hebdomadaire qui nous fait aimer le Cantal
Pays : France
Périodicité : Hebdomadaire

Date : 09/15 MARS 17
Journaliste : A. C-R

Cantal

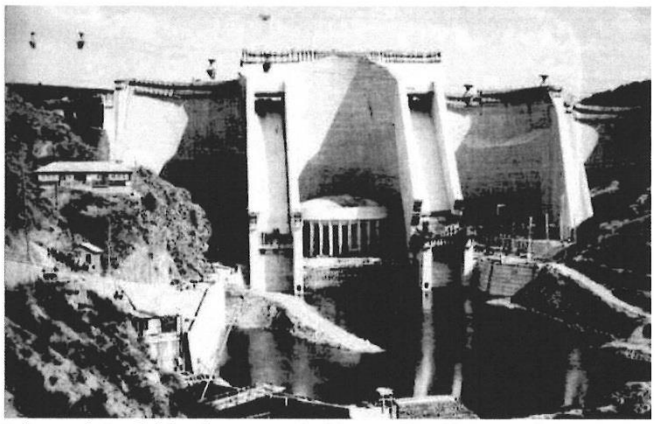
L'hydroélectrique du Cantal menacé ?

Autrefois propriété de l'Etat, les ouvrages du Cantal risquent de se privatiser dans les années à venir. Des salariés s'inquiètent.

Aujourd'hui très en vogue pour son aspect écologique, l'énergie hydroélectrique est l'une des plus importantes du Cantal. Prisée pour l'utilisation des ressources en eau de surface, le tourisme ou sa réactivité (le courant produit par les barrages est mis sur le réseau en moins de 4 minutes), le secteur emploi 76 personnes à travers le département.

Historiquement propriété de l'État depuis leurs créations, les barrages du Cantal sont aujourd'hui vulnérables à une privatisation. Un processus permit par l'adoption successive des lois Nome et de transition énergétique.

Controversée, la loi énergétique est l'une des plus grandes interrogations pour les salariés du réseau hydroélectrique du Cantal. Pour Armelle Thomas, salarié de EDF et secrétaire général CGT Corrèze Cantal, ce projet « vise à mettre en pièce un modèle public qui existe depuis un demi-siècle. Nous sommes encore dans le flou avec cette loi et ne savons pas les dommages qu'elle risque d'occasionner dans notre département ». Concrètement, la loi de transition énergétique permet l'ouverture des concessions hydrauliques sans pour autant préciser le sort des concessions. « Et c'est là que résident les plus gros soucis » souligne Patrick Mignonet, animateur hydraulique pour le Cantal, tout en poursuivant « On ne sait pas si la loi va occasionner un regroupement des vallées ou si chaque ouvrage peut être acheté séparément. Chaque concession a également une durée. Certains ouvrages sont d'ores et déjà disponibles, mais pour d'autres, la concession court encore jusqu'en 2030 ». L'inquiétude réside alors sur la détention par différentes sociétés de chaque ouvrage et leurs gestions séparées : « Les barrages d'une même vallée sont interdépendants. Lors d'une crue, la communication est primordiale pour éviter une catastrophe. De même, l'entreprise qui détiendra le barrage en amont de tous les autres « contrôlera » toute la vallée » précise Armelle Thomas.



Le barrage de Grandval, lors de sa construction (photo : archives départementales).

Autres interrogations, la question de la sécurité et de l'entretien. Aujourd'hui, les ouvrages du Cantal sont « sains et révisés ». Plusieurs millions d'euros ont été investis ces dernières années « Si demain une entreprise reprend un barrage, décide de l'exploiter puis le revend avant de payer la « douloureuse », qui paiera ? Les Français ont payé pour ces barrages et leur entretien, ils le devront encore après qu'un privé ait exploité le site ? » s'interroge Armelle Thomas.

Au-delà des interrogations structurelles, la privatisation pourrait également entraîner une augmentation du tarif, qui varierait selon les secteurs. « Cette disparité tarifaire rendrait cette mesure encore plus indigeste pour les consommateurs » suggère Serge Borderi, animateur hydraulique Cantal.

En attendant les éclaircissements, les salaries et les représentants syndicaux, restent inquiets pour les mois à venir, car pour eux « l'État ne devrait pas se désengager de l'énergie, c'est un besoin primaire ».

A.C-R

Tous droits réservés à l'éditeur

l'Humanité
Pays : FR
Périodicité : Quotidien
OJD : 35835

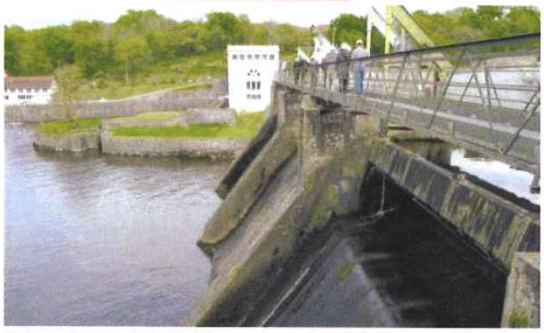
Date : 05 avril 2019
Page de l'article : p.10
Journaliste : ÉRIC SERRES

Une planète et des hommes

DONNEZ-LEUR DE L'AIR
« Nous appelons au respect des droits des enfants, notamment à vivre dans un environnement sain. » **Jodie Soret** Chargée des relations de l'Unicef

CORDEMAIS DE NOUVEAU INQUIET POUR SON AVENIR
La CGT de la centrale thermique de Cordemais (Loire-Atlantique) a dénoncé jeudi les risques d'une usine qui tournerait au ralenti au-delà de 2022, date de la fermeture confirmée des dernières centrales à charbon en France.

HYDROÉLECTRICITÉ



En France, le secteur hydroélectrique représente 12,5 % de la production d'électricité. Ici, le barrage de L'Isle-Jourdain (Vienne). S. Kerouanton/PhotoPQR/La Nouvelle République

Privatisation, des concessions dures à accepter

Menacé de sanctions par la Commission européenne, le gouvernement français promet d'ouvrir à la concurrence privée 150 barrages hydroélectriques d'ici à 2022.

Alors que le gouvernement a décidé d'accélérer les procédures de renouvellement des concessions hydrauliques en France afin de les offrir au privé, partis politiques et organisations syndicales ruent dans les brancards. Samedi, la CGT de la Vienne et des Deux-Sèvres, mais aussi les élus PCF locaux appellent à la formation d'une chaîne humaine dès 15 heures sur le barrage de L'Isle-Jourdain : *« Il faut que le public sache pourquoi le gouvernement veut accélérer le processus »*,

Tous droits réservés à l'éditeur

CNR-MI 2986846500509

l'Humanité
Pays : FR
Périodicité : Quotidien
OJD : 35835

Date : 05 avril 2019
Page de l'article : p.10
Journaliste : ÉRIC SERRES

explique Fabrice Coudour, représentant hydro à la fédération CGT mines-énergie (FNME-CGT). Et d'ajouter : *« Il existe d'autres moyens de répondre aux exigences de la Commission européenne tout en gardant les concessions au sein d'un service public de l'énergie. »* Dans un communiqué commun, tous dénoncent l'attaque frontale : *« Les services publics sont bradés au bénéfice des intérêts privés dont le seul objectif est de réaliser un profit maximum. »* Intérêts privés qui font craindre le pire, selon Christian Zielinski (PCF Sud-Vienne) : *« EDF devra-t-elle acheter de l'eau en été au nouvel opérateur s'il ne produit pas d'électricité quand le cours est faible ? »*

« On assiste au dépeçage progressif et sournois d'EDF »

Cette demande de la Commission européenne ne date pourtant pas d'hier. Dès 2005, celle-ci s'était attaquée à la position dominante d'EDF et à ses 2300 barrages, soit plus de 80 % des aménagements hydroélectriques en France. À plusieurs reprises, elle avait réitéré ses menaces, sans succès jusqu'à il y a peu. La dernière procédure d'infraction lancée contre huit pays, dont la France, a eu enfin l'effet escompté. Le 7 février dernier, le premier ministre, Édouard Philippe, a annoncé que, d'ici 2022, 150 des plus grands barrages devraient être vendus - soit une puissance totale de 4,3 GW, équivalant à celle de trois réacteurs nucléaires de nouvelle génération. Un sacré cadeau aux grands groupes privés à l'affût, car la dote est belle. Le secteur hydroélectrique représente en effet 12,5 % de la production d'électricité française, près de 70 % des énergies renouvelables. L'électricité produite par ces centrales est aujourd'hui la moins chère de France : 20 à 30 euros/MWh, contre 35 à 46 euros pour le nucléaire. Et, comme si cela ne suffisait pas, l'excédent brut est de 2,5 milliards d'euros par an, avec des installations amorties depuis des lustres. *« On assiste au dépeçage progressif et sournois d'EDF. Les gens connaissent peu les enjeux qui se cachent derrière l'hydroélectricité »*, explique Aurélien Bernier, auteur du livre *les Voleurs d'énergie*.

> « LA MISE EN CONCURRENCE LORS DU RENOUVELLEMENT DES CONCESSIONS A ÉTÉ RENDUE OBLIGATOIRE PAR LA PERTE DU STATUT D'ÉTABLISSEMENT PUBLIC D'EDF EN 2004. »
> MARIE-NOËLLE BATTISTEL, DÉPUTÉE PS

Ces enjeux sont pourtant de taille. Les barrages remplissent un certain nombre de fonctions. Ils servent de réserves d'eau potable pour les villes ou de retenues d'eau pour l'agriculture. Ils sont nécessaires à la bonne gestion du niveau des fleuves et rivières et donc essentiels pour le refroidissement des centrales nucléaires. Enfin, ils ont cette capacité à répondre en urgence aux pics de consommation. Facile dès lors d'imaginer à quels types de chantage les nouveaux propriétaires pourraient se livrer afin d'augmenter leurs gains : *« Une simple rétention d'eau jusqu'au seuil de pénurie pendant les pics de consommation peut faire monter les prix »*, confirme Aurélien Bernier.

Face à ce risque de privatisation à marche forcée, il existe pourtant une solution que portent le PCF et la CGT : *« Hubert Wulfranc, député PCF, avance l'idée de faire des concessions des services d'intérêt économique général (Sieg). Ce sont des services de nature économique soumis à des obligations de service public dans le cadre d'une mission particulière d'intérêt général. Or, le refroidissement des centrales, le tourisme, l'irrigation, tout cela en fait partie. Cela sort donc de toute idée de concurrence »*, confirme Fabrice Coudour. Pour l'instant, le gouvernement fait la sourde oreille, et ce, même si une majorité de députés, à l'exception du Rassemblement national, considère cette privatisation comme dangereuse : *« Nous avons affaire à une position dogmatique et sans fondement. La production de ces barrages rapporte de l'argent à EDF et donc à l'État. Mais, derrière tout cela, se cache bel et bien un dépeçage progressif, qui ne dit pas son nom, d'EDF »*, conclut Aurélien Bernier.

ÉRIC SERRES

Tous droits réservés à l'éditeur

CNR-MI 2986846500509

Table des matières

Introduction 1

Section 1 – Les fondements historiques de l'hydroélectricité en France 2

§ 1 La nationalisation de la force motrice de l'eau 3

§ 2 La nationalisation de l'électricité 10

Section 2 – L'objet de l'étude : le contrat de concession hydroélectrique 12

§ 1 L'histoire de la gestion déléguée 12

§ 2 Le régime unifié du contrat de concession sous l'influence du droit européen 16

§ 3 La nature du contrat de concession hydroélectrique 23

Section 3 – Le cadre de l'étude : l'évolution du contexte autour des concessions hydroélectriques 28

§ 1 Le marché de l'énergie en Europe 29

§ 2 Les enjeux de l'hydroélectricité dans le marché de l'électricité 32

§ 3 La conciliation des enjeux autour de l'eau 34

Section 4 : L'intérêt et la justification de l'étude : l'analyse du renouveau des concessions hydroélectriques 37

Partie 1 – Le renouveau de la relation entre le concessionnaire et les acteurs historiques du contrat 41

Titre 1 : Un renouveau de la relation concessionnaire - concédant 45

Chapitre 1 : L'apparition souhaitable d'une pluralité de concessionnaires 47

Section 1 : Une mise en œuvre temporisée des procédures de mise en concurrence 48

§ 1 L'obligation de mise en concurrence impulsée par les règles européennes 49

A Le principe de liberté d'établissement, fondement des recours en manquement exercés à l'encontre de la France en matière de concessions hydroélectriques 49

B La mise en œuvre du droit de la commande publique 52

C La libéralisation du marché de l'énergie 55

§ 2 Une réforme nécessaire des dispositions relatives à l'attribution des concessions hydroélectriques 57

A La suppression des dispositifs dérogeant à l'organisation d'une mise en concurrence 58

1. L'abrogation des avantages au concessionnaire sortant 58

2. Le défaut de mise en œuvre des procédures de mise en concurrence 63

a) La réalité de la mise en concurrence en France : une application différée des nouvelles dispositions 64

b) Une exception, le renouvellement de la concession de la Séveraisse à l'issue d'une mise en concurrence 66
B La rénovation des procédures de mise en concurrence des concessions hydroélectriques 68
Section 2 : Le libre-choix du concessionnaire 70
§ 1 Une évolution historique conduisant à la disparition de la diversité des concessionnaires 71
A La création des aménagements : la multiplicité des opérateurs 71
1. Le contexte historique 71
2. Le contexte légal 73
B La loi de nationalisation : la création d'un quasi-monopole de production 74
1. L'ambition d'un opérateur unique 75
2. Des exceptions dans la pratique au monopole de production d'EDF 76
§ 2 Un retour de la diversité des concessionnaires sous l'impulsion de la construction européenne 78
A L'adaptation des normes internes aux principes du marché unique 79
B La fin de la situation monopolistique 82
1. La fin du monopole de droit d'EDF 82
2. L'entrée de nouveaux acteurs 86
Conclusion Chapitre 1 91
Chapitre 2 - Un nécessaire renforcement du rôle de l'Etat concédant avec le renouvellement des contrats 93
Section 1 - Une innovation dans l'économie mixte française : la SEMH 93
§ 1 La société d'économie mixte, un outil traditionnel 94
A Un outil devenu obsolète au niveau central 94
1. Les SEM nationales : un outil abandonné 95
2. Le mouvement de retrait de l'Etat actionnaire 99
a) Un désengagement durable de l'Etat 99
b) Des participations ponctuelles de l'Etat au capital d'entreprises 102
B Le recours aux SEM locales : une pratique courante 103
1. Les sociétés d'économie mixte locales, mode de gestion éprouvé par les collectivités territoriales 104
2. Les contraintes excessives pesant sur les sociétés d'économie mixte locales 105
§ 2 La Société d'économie mixte hydroélectrique : un nouvel outil à expérimenter 109
A Un recours aux partenariats publics-privés institutionnalisés conforme au droit de l'Union européenne 109
1. Les avantages du partenariat public privé institutionnalisé 110
2. La mise en œuvre du partenariat public-privé institutionnalisé en France 111
a) L'applicabilité de l'outil juridique 112

b) L'application : la création de la société d'économie mixte à opération unique _____ 114
B La société d'économie mixte hydroélectrique, une société à opération unique spécifique _____ 115
1. L'outil de référence : la société d'économie mixte à opération unique _____ 115
2. L'outil dérivé : la société d'économie mixte hydroélectrique _____ 117
C Les limites de la société d'économie mixte hydroélectrique _____ 119
1. Une solution de compromis face à la mise en concurrence _____ 119
2. La société d'économie mixte hydroélectrique, un outil contraint _____ 121
D La société d'économie mixte hydroélectrique : un outil à parfaire _____ 123
Section 2 : Le renforcement indispensable des outils de contrôle dans les mains de l'Etat _____ 125
§ 1 Un contrôle nécessaire du concédant _____ 126
A Les enjeux du secteur de l'énergie hydraulique _____ 126
B L'ouverture à la concurrence et l'arrivée de nouveaux opérateurs _____ 127
§ 2 Le perfectionnement des systèmes de contrôle _____ 129
A Un dispositif de droit commun insuffisant _____ 129
B Un mécanisme global de contrôle rénové _____ 131
Conclusion Chapitre 2 _____ 135
Conclusion Titre 1 _____ 137
Titre 2 Un possible renouveau des relations partenariales avec les acteurs historiques _____ 139
Chapitre 1 : Le concédant actionnaire, un partenaire du concessionnaire _____ 141
Section 1 : Le concédant, actionnaire de la SEMH _____ 143
§ 1 La participation au capital des sociétés d'économie mixte hydroélectriques _____ 143
A Les modalités d'entrée et de maintien au capital _____ 143
B Les difficultés d'entrée au capital _____ 147
C L'entrée au capital : la nécessaire recherche d'une synergie des intérêts _____ 151
§ 2 Une intervention du concédant dans les décisions de l'entreprise _____ 153
A L'émergence d'un nouveau contrôle a priori _____ 153
B Le contrôle aléatoire à la disposition de l'Etat actionnaire _____ 156
Section 2 Les incidences du rôle d'actionnaire _____ 159
§ 1 Le risque porté par le concédant : une altération de la définition des concessions _____ 160
A Le risque : élément déterminant de la définition des concessions _____ 160
B La répartition du risque dans la SEMH _____ 163
1. Un transfert du risque limité _____ 163
2. Un risque à relativiser _____ 165
§ 2 L'Etat, un actionnaire comme les autres ? _____ 167

A Les débuts du rôle d'actionnaire de l'Etat et ses insuffisances 167
B Un perfectionnement confirmé 169
Conclusion Chapitre 1 173
Chapitre 2 : L'affirmation du rôle des collectivités territoriales 175
Section 1 Le rôle inégal des collectivités lors de la création des concessions hydroélectriques 175
§ 1 Un échelon local anecdotique au début du XXème siècle 176
§ 2 La création de dispositifs d'intervention au profit des collectivités territoriales 178
A La collectivité concessionnaire ou actionnaire 178
B Lois spéciales et place dérogatoire des collectivités 181
Section 2 Une évolution de la place des collectivités territoriales dans l'exécution des contrats historiques 184
§ 1 Le mouvement de décentralisation : un périmètre d'intervention élargi 184
A Le renforcement de la place des collectivités par les réformes territoriales 185
B L'évolution des compétences des collectivités territoriales 188
§ 2 La perspective d'un nouveau rôle pour les régions 191
Conclusion Chapitre 2 197
Conclusion Titre 2 199
Conclusion Partie 1 201
Partie 2 : Le renouveau des missions du concessionnaire à travers la prise en compte de nouvelles attentes 203
Titre 1 : L'apparition de nouvelles formes d'intervention au profit des acteurs préexistants 205
Chapitre 1 : Une nouvelle légitimité pour les collectivités territoriales dans le développement des énergies renouvelables 209
Section 1 : L'évolution récente des missions des collectivités territoriales dans le développement des énergies renouvelables 209
§ 1 La construction et l'exploitation d'actifs par les collectivités territoriales 210
§ 2 Les collectivités actionnaires de sociétés exploitant des actifs de production d'énergie renouvelable 214
A La compétence matérielle des collectivités 214
B Les modalités d'intervention des collectivités 216
Section 2 La compétence spécifique des collectivités territoriales dans l'hydroélectricité 218
§ 1 Une opportunité offerte aux collectivités de participer au capital des sociétés concessionnaires 219
A L'actionnariat des collectivités dans les sociétés concessionnaires avant la loi de transition énergétique 220

B Les collectivités territoriales, légitimes actionnaires des sociétés d'économies mixtes hydroélectriques 222
1. La loi sur la transition énergétique et le développement des compétences des collectivités 222
2. L'échelon pertinent 224
§ 2 La multiplicité des actionnaires : la recherche d'un nécessaire compromis 226
A Une union essentielle entre les collectivités territoriales et l'Etat 226
1. L'actionnariat soumis à l'accord de l'Etat 227
2. La défense par les collectivités territoriales de leurs intérêts 229
B Une conciliation nécessaire entre les collectivités territoriales et l'opérateur industriel 231
1. Un encadrement nécessaire des pouvoirs des collectivités 232
2. Un rôle prépondérant des collectivités dans les usages extra-énergétiques de l'eau 233
Conclusion Chapitre 1 237
Chapitre 2 : La consolidation de la place des riverains 239
Section 1 La démocratie participative en amont de l'attribution des contrats 240
§ 1 Les principes de la démocratie participative 241
§ 2 Les procédures préalables à l'octroi de la concession 244
A Les consultations préalables à la procédure de publicité et de mise en concurrence 244
1. La consultation des citoyens sur l'opportunité de la décision de l'Etat 245
2. Une procédure de consultation spécifique aux multiples usages de l'eau 250
B Les dispositifs de consultation après le lancement de la procédure 251
1. Les consultations relatives au dossier de demande de concession 252
2. La portée de l'enquête publique 255
Section 2 L'association des riverains à l'exploitation 257
§ 1 Le financement participatif 257
A Un nouveau moyen d'intervention des riverains dans le développement des énergies renouvelables 258
B Le citoyen, actionnaire de la société 261
§ 2 L'intervention des riverains en tant qu'acteurs intéressés 264
A L'information du public pendant l'exécution du contrat 265
B L'instauration des comités de suivi de l'exécution de la concession 269
Conclusion Chapitre 2 273
Conclusion Titre 1 275
Titre 2 : Le renouveau du service concédé 277

Chapitre 1 : La recherche d'un périmètre géographique pertinent 279
Section 1 : Le regroupement des ouvrages : une nécessité 280
§ 1 Les motivations tendant à la création d'un nouveau périmètre 281
A Le paysage français des concessions hydroélectriques : un panorama diversifié 281
1. Le principe : des concessions isolées 282
a) Le panorama des concessions 282
b) L'existence d'organismes de coopération 284
2. Les exceptions : l'existence de vallées en France 288
B Les justifications au regroupement des concessions 291
1. La sûreté des aménagements 292
2. Le regroupement au service du développement des énergies renouvelables 293
3. Le regroupement au service d'un marché de l'électricité concurrentiel 295
§ 2 Les outils du regroupement : une compatibilité incertaine avec le droit de l'Union européenne 297
A Le rachat : un dispositif historique 298
1. Le fonctionnement du dispositif de rachat 298
2. Le rachat : un dispositif inadapté 301
B Les dispositifs de prolongation spécifiques aux concessions hydroélectriques 305
1. La neutralité économique de la modification de la durée des concessions en cours 306
2. La compatibilité des dispositifs de prolongation des concessions hydroélectriques à la directive concession 309
Section 2 Les contraintes inhérentes à la définition d'un nouveau périmètre géographique 315
§ 1 L'avenant : les limites à la modification des contrats 316
A Un encadrement rigide de la modification des contrats 316
B La portée limitée des avenants 322
§ 2 Le maintien des reproches faits aux concessions hydroélectriques 324
A Les limites à la création de l'Union de l'énergie 324
1. Le report de l'ouverture du marché de l'électricité 325
2. Le maintien de la position dominante d'EDF 326
B L'absence de partage des ressources des concessions hydroélectriques avec les territoires 327
1. Le report de la perception de la redevance sur les recettes de la concession 327
2. L'absence d'évolution de l'objet des contrats 331
Conclusion Chapitre 1 333
Chapitre 2 : La multiplication des missions du concessionnaire 335
Section 1 : Une vision principalement énergétique de la concession hydroélectrique 335

§ 1 La prépondérance de l'aspect sûreté dans la loi de transition énergétique _____ 335
§ 2 Une prépondérance historique de la vision énergétique _____ 340
A L'exorbitance de l'usage énergétique de l'eau _____ 341
B Une reconnaissance marginale des autres usages de l'eau _____ 342
§ 3 Une exception : l'octroi de concessions à buts multiples _____ 344
A. La production d'énergie et l'irrigation : La Durance _____ 345
B. La CNR : le vœu d'élus locaux de tirer profit des ressources à leur disposition __ 348
Section 2 La nécessaire prise en compte des autres usages de l'eau dans l'exploitation des concessions hydroélectriques _____ 351
§ 1 L'évolution des restrictions à l'usage énergétique de l'eau _____ 351
A. La gestion intégrée de l'eau _____ 351
B. Le règlement d'eau _____ 356
§ 2 La compensation de la rente hydroélectrique par les redevances _____ 360
A La rente : un avantage indû _____ 361
1. La rente connue des concessions autoroutières _____ 361
2. L'existence d'une rente des concessions hydroélectriques _____ 362
B Une solution relative : la perception de redevances _____ 365
1. Les dispositifs de redevances des concessions hydroélectriques _____ 365
a) Les redevances classiques des concessions hydroélectriques relatives à l'occupation du domaine _____ 365
b) La redevance proportionnelle aux recettes _____ 368
2. Les critiques adressées à la redevance proportionnelle _____ 370
§ 3 Un partage de la rente des concessions hydroélectriques en faveur des multiples usages de l'eau _____ 371
A Des ouvrages à usages multiples _____ 372
B Un modèle intégré : la concession du Rhône _____ 377
Conclusion Chapitre 2 _____ 381
Conclusion Titre 2 _____ 383
Conclusion Partie 2 _____ 385
Conclusion générale - un nouveau modèle : la « concession hydraulique » _____ 387

Fanchon ROLET

Le renouveau des concessions hydroélectriques

La force motrice de l'eau, nécessaire à la production d'électricité, appartient à l'Etat, pour l'ensemble des cours d'eau, depuis 1919. Cette « nationalisation » devait permettre d'assurer un développement rapide de l'hydroélectricité en France. Depuis, de nombreux aménagements importants ont été créés par différents opérateurs, sous le régime du contrat de concession. Ils sont aujourd'hui principalement exploités par EDF, la CNR et la SHEM. La plupart de ces contrats en vigueur sont cependant aujourd'hui désuets. Un nouveau modèle de cahier des charges est entré en vigueur, en 2016, permettant de prendre en compte les évolutions du contexte institutionnel et social de la France. Toutefois, celui-ci manque d'ambitions, notamment en ce qui concerne la gestion multi-usage de l'eau. Or, cette dernière fait l'objet de toutes les attentions, avec une évolution du contexte climatique, qui doit conduire à repenser le partage de la ressource en eau afin de répondre à ses différents usages.

Le renouvellement des contrats de concession à la suite d'une mise en concurrence, conformément au droit de l'Union européenne, doit ainsi être l'occasion de repenser ces contrats et d'assurer leur renouveau. Ce renouveau doit passer par une évolution des missions du concessionnaire, ainsi que par une meilleure participation des collectivités territoriales et de l'Etat à la gestion du contrat de concession.

Mots clés : Collectivités territoriales - Concession – Décentralisation – Démocratie participative - Droit de la commande publique - Droit de l'Union européenne – Entreprises publiques - Etat actionnaire - Gestion multi-usage de l'eau - Hydroélectricité – Interventionnisme public - Marché de l'électricité – Mise en concurrence - Nationalisation de l'électricité – Société d'économie mixte hydroélectrique

The revival of hydroelectric concessions

The driving force of water, necessary for the production of electricity, has belonged to the State, for all watercourses, since 1919. This "nationalization" was intended to ensure a rapid development of hydroelectricity in France. Since then, many major developments have been created by various operators, under the concession contract. They are now mainly operated by EDF, CNR and SHEM. However, most of these contracts in force are now obsolete. A new model of specifications came into force in 2016, making it possible to take into account changes in the institutional and social context of France. However, it lacks ambition, particularly with regard to multi-use water management. However, the latter is the subject of all attention, with a change in the climatic context, which must lead to a rethinking of the sharing of water resources in order to meet its different uses.

The renewal of concession contracts following a competitive tendering process, in accordance with European Union law, must therefore be an opportunity to rethink these contracts and ensure their renewal. This renewal must involve a change in the concessionaire's missions, as well as a better participation of local authorities and the State in the management of the concession contract.

Keywords : Local authorities - Concession - Decentralisation - Participatory democracy - Public procurement law - European Union law - Public undertakings - State shareholder - Multi-use water management - Hydroelectricity - Public interventionism - Electricity market - Competitive bidding - Nationalisation of electricity - Semi-public hydroelectric company