

...la proposition de loi visant à...

MAINTENIR LES BARRAGES HYDROÉLECTRIQUES DANS LE DOMAINE PUBLIC ET CRÉER UN SERVICE PUBLIC DES ÉNERGIES RENOUVELABLES



Mercredi 6 octobre 2021, sur la proposition de son rapporteur Patrick Chauvet (Union centriste – Seine-Maritime), la commission des affaires économiques a rejeté la [proposition de loi n° 813 \(2020-2021\) visant à maintenir les barrages hydroélectriques dans le domaine public et à créer un service public des énergies renouvelables](#), présentée par le sénateur Guillaume Gontard (Écologiste – Solidarité et Territoires – Isère) et plusieurs de ses collègues.

1. UNE PROPOSITION DE LOI DUALE

La proposition de loi poursuit un **double objectif** dans le domaine de l'énergie.

A. APPLIQUER UN DISPOSITIF DE QUASI-RÉGIE AUX CONCESSIONS

L'**article 1^{er}** applique aux concessions hydroélectriques un dispositif de « **quasi-régie** ».

Prévu par la directive dite « Concessions », du 26 février 2014¹, et l'article L. 3211-1 du code de la commande publique, **ce dispositif permet aux concessions de déroger à l'application des règles de concurrence**, dès lors que trois conditions strictes sont remplies :

- un contrôle du pouvoir adjudicateur² sur la personne morale analogue à celui exercé sur ses propres services ;
- un contrôle par le pouvoir adjudicateur, ou d'autres personnes morales contrôlées par lui, de plus de 80 % de l'activité de la personne morale ;
- l'absence de participation directe de capitaux privés³ au sein de la personne morale contrôlée.

Dans le même temps, l'article supprime le dispositif des **sociétés d'économie mixte hydroélectriques (SEMH)**.

Instituées par la loi dite « Transition énergétique », du 15 août 2015⁴, et codifiées à l'article L. 521-18 du code de l'énergie, **les SEMH permettent aux collectivités territoriales ou à leurs groupements de devenir actionnaires d'une société anonyme**

¹ Directive européenne 2014/24/UE concernant les marchés publics et directive européenne 2014/23/UE concernant les contrats de concession du 26 février 2014 (paragraphe 3 de l'article 17).

² En l'espèce, l'État.

³ Sauf celle, sans capacité de contrôle ou de blocage, requise par les dispositions législatives nationales.

⁴ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (article 118).

chargée d'une concession, dont l'objet est l'aménagement ou l'exploitation d'une ou de plusieurs installations constituant une chaîne d'aménagements hydrauliquement liés.

B. ORGANISER UN SERVICE PUBLIC DES ÉNERGIES RENOUVELABLES

L'article 2 fixe à l'État l'objectif « *d'organiser un service public des énergies renouvelables* ».

Les missions de ce service public seraient les suivantes :

- participer à la structuration de la recherche et du développement ;
- planifier et coordonner le déploiement des énergies renouvelables ;
- favoriser l'organisation des filières et la gestion des matériaux ;
- accompagner les porteurs de projets ;
- encourager l'appropriation citoyenne ;
- favoriser l'atteinte des objectifs de développement des énergies renouvelables.

2. DES INTERROGATIONS LÉGITIMES

Le devenir des concessions hydroélectriques est un **sujet de préoccupation** majeur.

A. UN CONTEXTE DE CONTENTIEUX AVEC LA COMMISSION EUROPÉENNE

Le renouvellement des concessions est l'objet d'un contentieux avec la Commission européenne, qui a transmis deux lettres de mise en demeure à la France, en 2015 et 2019.

Sur 400 concessions, 300 sont exploitées par EDF et 100 par ses concurrents.

En outre, 40 sont arrivées à échéance : elles ont été placées sous un régime transitoire, dit des « délais glissants », qui permet de prolonger les concessions « *aux conditions antérieures* » (article L. 521-16 du code de l'énergie) en contrepartie du versement d'une redevance *ad hoc*, proportionnelle à leurs recettes (article L. 523-2 du même code).

B. UN SUIVI ATTENTIF DE LA COMMISSION DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES

Dans ce contexte, **la commission des affaires économiques a constitué un groupe de travail sur les réformes du marché de l'électricité**, confié aux sénateurs Patrick Chauvet, Daniel Gremillet (Les Républicains – Vosges) et Jean-Claude Tissot (Socialiste, Écologiste et Républicain – Loire).

Par ailleurs, à l'initiative de la commission, **le Sénat a adopté la [proposition de loi n° 389 \(2020-2021\) tendant à inscrire l'hydroélectricité au cœur de la transition énergétique et de la relance économique](#)**, déposée par Daniel Gremillet, Sophie Primas (Les Républicains – Yvelines) et Bruno Retailleau (Les Républicains – Vendée), dont le contenu a été largement repris dans le cadre de la loi dite « Climat et résilience », du 22 août 2021¹.

Ainsi, l'obligation de « *maintenir la souveraineté énergétique* » a été reconnue dans le domaine de l'hydroélectricité (article L. 100-4 du code de l'énergie).

De plus, les concessions hydroélectriques ont été intégrées à la « loi quinquennale » sur l'énergie² (article L. 100-1 A du même code) ainsi qu'au rapport annuel sur l'impact environnemental du budget (article 179 de la loi LFI³ pour 2020).

¹ Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (article 89).

² À compter du 1^{er} juillet 2023, cette loi déterminera les objectifs et les priorités d'action de la politique énergétique nationale pour répondre à l'urgence écologique et climatique.

³ Loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020.

Plus concrètement, les maires et les présidents de groupements de communes seront informés en amont de tout projet de réorganisation des concessions porté à la connaissance de l'État¹. Ils pourront plus systématiquement participer aux comités de suivi de l'exécution des concessions. Ils pourront plus simplement constituer des SEMH (articles L. 524-1 et L. 521-18 du code de l'énergie).

Enfin, **une proposition de résolution n° 390 (2020-2021) tendant à lever les freins réglementaires et administratifs au plein essor de l'hydroélectricité** a également été déposée, en complément à la proposition de loi, par les mêmes auteurs.

Elle demande notamment au Gouvernement de « *préserver notre modèle concessif dans les négociations européennes relatives aux concessions hydroélectriques, en défendant les enjeux de souveraineté énergétique, de sûreté hydraulique et d'aménagement du territoire soulevés par elles* ».

3. UNE RÉPONSE INAPPROPRIÉE

La proposition de loi présente **des difficultés, formelles comme substantielles**.

A. DES DIFFICULTÉS FORMELLES

La première est une difficulté de principe. Offrir une solution pérenne aux concessions hydroélectriques nécessiterait de trouver un accord préalable avec la Commission européenne. Cette solution pérenne s'inscrirait plutôt dans un projet global car le devenir des concessions hydroélectriques, la réorganisation du groupe EDF et la régulation du nucléaire sont des sujets de négociation liés. Adopter le dispositif proposé, unilatéral et parcellaire car non négocié en amont, n'éteindrait donc en rien le contentieux en cours ; cela serait même le contraire en ajoutant un nouveau motif de litiges.

La seconde est une difficulté de méthode. Dans le cadre de ses travaux, le rapporteur a auditionné l'ensemble des parties prenantes : le groupe EDF, le groupe Engie, les autres hydroélectriciens, les syndicats du groupe EDF, les représentants des professionnels des énergies renouvelables, le Gouvernement. Or, la quasi-totalité des acteurs interrogés sont opposés au texte : l'article 1^{er} est souvent jugé peu opérant, l'article 2 peu novateur.

B. DES DIFFICULTÉS SUBSTANTIELLES

- **S'agissant de l'article 1^{er} sur l'hydroélectricité**, il n'est pas opportun sur le plan juridique.

Tout d'abord, **il n'est pas utile car la « quasi-régie » existe déjà à l'article L. 3211-1 du code de la commande publique** : en clair, il n'est nul besoin de légiférer car il suffit d'appliquer, le cas échéant, la loi.

De plus, **l'article abroge deux bases légales** : celle de la distinction entre le régime de la concession et celui de l'autorisation, créant un « flou » sur le régime applicable à nos 2 100 installations autorisées et à nos 400 installations concédées ; celle des SEMH qui, même si elles n'ont pas encore été appliquées, constituent une faculté pour nos collectivités territoriales de participer au capital des concessions.

La première abrogation est contradictoire avec l'objectif poursuivi, car la mise en œuvre d'une « quasi-régie » s'appuierait, sans s'y substituer, sur le régime des concessions. La seconde abrogation est prématurée, car nos élus locaux n'ont pas été consultés sur l'opportunité de supprimer les SEMH locales au profit d'une « quasi-régie » nationale.

¹ Le représentant de l'État dans le département devant informer sans délais les maires et présidents de groupements de communes intéressés et, le cas échéant, le comité de suivi de l'exécution de la concession et de la gestion des usages de l'eau, de tout projet, porté à la connaissance de l'administration, de changement de concessionnaire, de renouvellement ou de prorogation de la concession, de regroupement de plusieurs concessions ou de prorogation de la concession contre la réalisation de travaux.

Plus substantiellement, **l'article présente trois lourdes difficultés.**

En premier lieu, **le périmètre du dispositif de « quasi-régie » engloberait l'ensemble des concessions hydroélectriques françaises**, celles du groupe EDF comme celles de ses concurrents. C'est bien au-delà du schéma envisagé par le projet « Hercule », devenu « Grand EDF », qui visait à sécuriser les concessions du groupe EDF puisque ce sont elles qui sont l'objet du contentieux européen. Cela serait totalement inédit : ni la loi sur « l'énergie hydraulique », du 16 octobre 1919, ni celle sur « la nationalisation de l'électricité », du 8 avril 1946, n'ont jamais entendu placer l'ensemble des concessions sous un timbre public, une part concurrentielle ayant toujours été maintenue.

En second lieu, **les modalités juridiques du dispositif de « quasi-régie » sont imprécises.** D'une part, aucune condition de création ou d'organisation n'est indiquée. En l'absence de telles conditions, le Gouvernement n'a pas « *la possibilité d'évaluer la compatibilité du dispositif avec le droit applicable* ». D'autre part, les différents cas de figure ne sont pas pris en compte, selon que les concessions sont échues ou non, nationales ou transfrontalières, détenues par le groupe EDF ou ses concurrents. En l'absence de telles précisions, le dispositif de « quasi-régie » s'appliquerait immédiatement à toutes les concessions, rendant caducs les contrats en cours de 360 concessions non échues, soit bien plus que les 40 concessions échues, dont la situation juridique est la plus précaire.

En dernier lieu, **les conséquences financières du dispositif de « quasi-régie » sont omises.** Pour le Gouvernement, le coût de sa mise en œuvre serait « *vraisemblablement de plusieurs milliards d'euros* ». En effet, la constitution de la « quasi-régie » nécessiterait des mouvements capitalistiques. Par ailleurs, les concessionnaires des concessions supprimées pourraient prétendre à une indemnisation, compte tenu de la rupture des relations contractuelles et du transfert des biens non amortis. Enfin, les salariés des concessions supprimées devraient impérativement bénéficier de mesures de transfert ou de reclassement, faute de quoi l'impact social de la réorganisation serait dramatique. Or, la proposition de loi n'intègre aucune modalité économique, ni aucune conséquence financière.

- **Pour ce qui concerne l'article 2 sur le service public des énergies renouvelables**, il n'est pas non plus opportun sur le plan juridique.

Tout d'abord, **il est lui aussi satisfait par le droit existant.** L'article L. 121-1 du code de l'énergie consacre déjà un service public de l'électricité et l'article L. 121-32 du même code un service public du gaz ; ils englobent naturellement les énergies renouvelables.

Par ailleurs, **les énergies renouvelables sont promues par** : des objectifs ambitieux inscrits dans le code de l'énergie mais aussi la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) ou la stratégie nationale bas-carbone (SNBC) ; de nombreux dispositifs de soutien, l'obligation d'achat et le complément de rémunération représentant environ 180 Mds d'euros¹ d'ici à 2028² ; une administration étoffée, avec deux directions centrales, une agence dédiée et des services déconcentrés.

Enfin, **l'article est général, sinon flou.** Son champ imprécis laisserait de côté certaines énergies renouvelables (comme l'hydrogène) ou décarbonées (comme le nucléaire). Son niveau national ferait peu cas des services publics locaux, ce qui est contraire à la politique de décentralisation mais aussi au principe de subsidiarité. Ses missions larges pourraient achopper sur la liberté de commerce et d'industrie et le droit de la concurrence, qui encadrent les interventions économiques des pouvoirs publics, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État³.

Pour autant, « **au regard des dispositions générales envisagées** », le Gouvernement n'a pas identifié d'incompatibilité juridique ou de surcoût financier.

¹ Avec un prix de l'électricité de 46 € par mégawattheure (MWh).

² Ministère de la transition écologique (MTE), Programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) 2019-2023 et 2024-2028, pp. 277 et 278.

³ Conseil constitutionnel, Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation et Conseil d'État, Assemblée, Arrêt n° 275 531 du 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris.

Compte tenu de ces lourdes difficultés, **la commission a été contrainte de rejeter la proposition de loi.**

Si l'ensemble des commissaires sont très préoccupés par le devenir de nos concessions hydroélectriques, **la réponse suggérée par la proposition de loi est inopportune car elle est inaboutie. La proposition de loi est peu consensuelle et mal calibrée ; elle pourrait induire des « effets de bord ».** Or, l'enjeu est trop important, puisqu'il en va de l'avenir de notre transition et de notre souveraineté énergétiques.

La commission, dans ses fonctions législatives et de contrôle, sera très attentive à offrir une vraie réponse à la hauteur de l'enjeu, le moment venu. Dans l'immédiat, il faut se garder de toute législation hâtive.

POUR EN SAVOIR +

- Le dossier législatif :

<https://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl20-813.html>

- Les travaux du groupe d'études « Énergie » :

http://www.senat.fr/commission/affaires_economiques/les_groupes_detudes/groupe_detudes_energie.html

- Les travaux du groupe de travail sur les réformes du marché de l'électricité :

http://www.senat.fr/commission/affaires_economiques/les_groupes_de_travail_et_de_suiivi/groupe_de_travail_reformes_du_marche_de_lelectricite.html



Sophie Primas

Présidente de la commission
Sénateur
(*Les Républicains*)
des Yvelines



Patrick Chauvet

Rapporteur
Sénateur
(*Union centriste*)
de la Seine-Maritime

COMMISSION DES
AFFAIRES ÉCONOMIQUES

http://www.senat.fr/commission/affaires_economiques/index.html

Téléphone : 01.42.34.23.20

Consulter le dossier législatif :

<http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl20-813.html>