N° 434438
Association française indépendante de l'électricité et du gaz (AFIEG)

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 21 mars 2022
Lecture du 12 avril 2022

CONCLUSIONS

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

1. L'affaire qui vient d'être appelée est portée pour la seconde fois devant votre formation de jugement et c'est peu de dire qu'elle va vous poser des questions peut-être plus complexes encore que celles qui vous avaient occupé il y a 10 mois.

Si les comptes de votre valeureux rapporteur sont justes, pas moins de 18 nouveaux mémoires auront ainsi été produits depuis votre décision avant dire droit du 18 mai 2021 et c'est avec une grande utilité que ces échanges écrits ont été complétés, le 20 janvier dernier, par une séance orale d'instruction organisée par votre 7ème chambre et à laquelle toutes les parties étaient représentées.

Avant de vous replonger dans ces bouillonnantes eaux contentieuses, nous vous rappellerons brièvement l'état du litige.

La requérante, l'Association française indépendante de l'électricité et du gaz (AFIEG), qui regroupe une grande partie des acteurs du secteur de l'énergie, conteste devant vous – par la voie d'un recours pour excès de pouvoir, puisque tel est l'apport jurisprudentiel de votre première décision – le décret du 20 mars 2019 par lequel le Premier ministre a procédé au regroupement de deux concessions hydroélectriques exploitées sur la Dordogne par la Société hydroélectrique du Midi (SHEM), filiale d'Engie : celle dite de « Coindre-Marèges », d'une part, et celle de « Saint-Pierre-Marèges », d'autre part.

Un tel regroupement, qui vise à rationaliser la gestion des cours d'eau, est prévu par les articles L. 521-16-1 et R. 521-61 du code de l'énergie, sur lesquels nous allons abondamment revenir. A ce stade, nous nous bornerons à vous indiquer qu'en application de ces dispositions, un tel regroupement des concessions consiste, en application de la méthode dite des « barycentres », à rechercher une **date d'échéance commune** aux concessions regroupées de sorte qu'en allongeant la durée de l'une et en réduisant la durée de l'autre, le concessionnaire se voie garantir le **maintien de l'équilibre économique**, apprécié sur l'ensemble des concessions regroupées. De fait, le mot de

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

« regroupement » est sans doute un peu impropre : il s'agit plutôt d'un « alignement » car, jusqu'à la date d'échéance commune, les concessions « regroupées » restent juridiquement distinctes : elles obéissent chacune à leur propre cahier des charges, seule leur durée étant effectivement modifiée.

Votre première décision a écarté la plupart des moyens qui vous étaient soumis mais vous avez estimé que vous n'étiez pas suffisamment éclairés quant aux modalités de calcul et aux éléments à prendre en compte pour déterminer la légalité de la date commune d'échéance des concessions regroupées, qui est fixée par le décret litigieux au 31 décembre 2048, sous réserve de l'accomplissement avant le 31 décembre 2024 d'un certain nombre de travaux mentionnés à l'article 3 du même décret.

Eclairés, vous l'êtes désormais, au risque même d'être éblouis par la masse des informations, et il vous faut donc examiner les moyens tirés, d'une part, de la méconnaissance des dispositions relatives aux modalités de calcul de la date d'échéance commune des concessions fixées par les articles L. 521-16-1 et R. 521-61 du code de l'énergie et, d'autre part, de ce que la date d'échéance commune du 31 décembre 2048 autorise une durée de la concession regroupée manifestement excessive au regard des travaux énumérés à l'article 3 du décret attaqué.

2. Le premier moyen est le plus délicat.

2.1. Il nécessite d'abord que vous cerniez le sens exact des dispositions législatives de l'article L. 521-16-1 du code de l'énergie et, avant cela, que nous vous disions un mot des **concessions dites « en délais glissants »**.

Sous cette appellation presque poétique se cache le régime transitoire organisé par l'article L. 521-16 du code de l'énergie afin d'assurer la continuité des concessions hydroélectriques arrivées à échéance sans qu'une procédure de renouvellement n'ait encore été engagée. De telles concessions – dont la Cour des comptes estime qu'elles représentent désormais près de 10% du parc français[1] – se trouvent *de jure* maintenues en vigueur sans qu'un terme ne soit fixé à cette prorogation.

Or, la concession de Coindre se trouve dans cette situation depuis le 31 décembre 2012, date d'expiration de l'autorisation d'exploiter initialement octroyée.

Afin de favoriser le retour dans le droit commun de ces concessions en délais glissants, le législateur a prévu qu'elles pouvaient être incluses dans une opération de regroupement régie par l'article L. 521-16-1.

Reste alors à déterminer la date à prendre en compte au titre de la concession en délai glissant pour calculer le barycentre, c'est-à-dire la date d'échéance commune aux deux (ou plus)

[1] Cour des comptes, Compte de commerce 914. Note d'analyse de l'exécution budgétaire 2020, 2021, pp. 23, 24 et 31.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

concessions regroupées. C'est l'objet du quatrième alinéa de cet article, qui énonce en substance que, pour le calcul de la date commune d'échéance, les dates d'échéance retenues au titre des concessions en situation de délais glissants « *tiennent compte* » des prorogations résultant de ces délais glissants, mais seulement « *à hauteur des investissements réalisés* ».

Cet alinéa est lui-même issu d'un amendement parlementaire dont il n'est pas interdit de penser qu'il a été conçu afin de soutenir les titulaires historiques des concessions, et qui est en tout cas contraire au texte qu'avait proposé le Gouvernement dans son projet de loi, en vertu duquel la date d'échéance retenue pour la concession en délais glissants ne tenait pas compte, pour calculer le barycentre, de la prorogation résultant du « délai glissant ».

L'amendement parlementaire a bouleversé cette logique, mais, selon nous, partiellement seulement. En effet, la rédaction retenue admet la prise en compte de la prorogation résultant des délais glissants mais en la limitant aux seuls « investissements réalisés ».

La formule n'est pas des plus précises mais nous en comprenons que ce n'est qu'en tant que le concessionnaire a consenti des investissements supplémentaires qu'il peut s'en prévaloir pour déterminer la date d'échéance commune des concessions regroupées – et, en l'occurrence, la repousser puisque vous aurez compris que, toutes choses égales par ailleurs, le fait de reporter la date d'échéance d'une des concessions à regrouper a nécessairement pour effet de décaler dans le temps la date d'échéance commune aux concessions regroupées.

Pour le dire de manière moins abstraite et en postulant que leurs flux financiers sont identiques : si une première concession est expirée en 2012 et une seconde en 2062, leur date d'échéance commune, une fois regroupées, sera 2037 (2012+ 25 = 2062-25). En revanche, si, par l'effet des délais glissants, la première concession est regardée comme expirant en 2022, leur date d'échéance commune sera 2042 (2022+20 = 2062-20).

2.2. Dans ce cadre, l'idée fondamentale dans un regroupement est que ce qui est « gagné » sur une concession (au titre de sa prolongation) doit compenser ce qui est « perdu » sur l'autre, dont la durée se trouve réduite. En l'espèce, il faut déterminer ce qui est « gagné » sur Coindre de façon à le compenser par ce qui est « perdu » sur Saint-Pierre.

Le ministre de la transition écologique vous indique avoir procédé en retenant la méthode suivante :

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

où les lettres *a*, *b*, *c* et *d* représentent la valeur actuelle nette des flux de trésorerie des concessions sur la période considérée.

Il en a déduit que, pour assurer l'égalité des flux de trésorerie « avant et après regroupement », la date commune d'échéance des deux concessions correspond à l'équation suivante :

$$\underbrace{c + d - a}_{\text{Flux de trésorerie disponibles avant regroupement}} = \underbrace{b + c}_{\text{Flux de trésorerie disponibles après regroupement}}$$

Cette équation se simplifie en retirant *c* de chaque côté de l'équation, pour donner :

$$\underbrace{a + b}_{VAN_{Marèges^{\text{Échéance commune}}_{2013}}} = \underbrace{d}_{VAN_{St-Pierre^{2062}_{\text{Échéance commune}}}}$$

Une telle méthode était-elle légale ?

Nous n'en sommes nullement convaincu au regard de la rédaction finalement adoptée à l'article L. 521-16-1 du code de l'énergie, qui restreint l'appréhension de la période « a » à la seule hauteur des investissements réalisés durant cette période et ce, en dépit de l'interprétation qu'en a faite le pouvoir réglementaire et que le ministre s'est attaché à mettre en œuvre.

Il faut ainsi observer que, pour l'application de l'article L. 521-16-1, est intervenu l'article R. 521-61 qui **définit les modalités de détermination de la date d'échéance commune des concessions regroupées** : il s'agit de la date à laquelle la valeur actuelle nette (VAN[2]) des flux de

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

trésorerie disponibles futurs de la (ou des) concession(s) dont la durée est allongée compense strictement la VAN des flux de trésorerie futurs de la ou des concessions dont le concessionnaire est privé, du fait de la réduction de leur durée.

Dans sa rédaction issue du 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, cet article dispose que :

« *Art. R. 521-61.* – La nouvelle date commune d'échéance mentionnée à l'article L. 521-16-1 est calculée de telle sorte que la somme des flux de trésorerie disponibles futurs estimés des concessions, actualisés et calculés sur l'ensemble des concessions regroupées, ne soit pas modifiée par leur regroupement. Les flux de trésorerie disponibles sont définis comme l'excédent brut d'exploitation, déduction faite des investissements et de l'impôt sur les sociétés calculé sur le résultat d'exploitation.

« Lorsqu'un contrat de concession inclus dans une opération de regroupement a fait l'objet d'une prorogation en application du troisième alinéa de l'article L. 521-16, la date d'échéance retenue pour le calcul mentionné à l'alinéa précédent est la suivante :

« $D_r = D_i + (D_d - D_i) \times Min\left[\frac{V_{inv}}{E}, 1\right]$ lorsque $E > 0$

« $D_r = D_i$ sinon

« où

« D_r est la date d'échéance retenue pour le calcul mentionné au premier alinéa ;

« D_i est la date d'échéance initiale de la concession, avant prorogation en application de l'article L. 521-16 ;

« D_d est la date à laquelle le regroupement est réalisé ;

« V_{inv} est la valeur actualisée nette des investissements réalisés sur la concession pendant la période de prorogation en application de l'article L. 521-16, soit entre D_i et D_d ;

« E est la valeur actualisée nette des flux de trésorerie sur la même période, augmentée des investissements de remise en bon état des biens qui incombaient au concessionnaire à la date normale d'échéance de la concession et ont été réalisés après cette date.

« Les investissements entrants dans le calcul de V_{inv} ne comprennent pas les investissements de remise en bon état des biens qui incombaient au concessionnaire à la date normale d'échéance de la concession et ont été réalisés après cette date.

« Dans le cas mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 521-16-3, l'estimation des flux de trésorerie disponibles futurs actualisés des concessions mentionnées au premier alinéa tient compte de la réalisation des travaux et de la redevance mentionnée au troisième alinéa de l'article L. 523-2.

L'article R. 521-61 définit en particulier, s'agissant de la concession dite « en délais glissants », **la date d'échéance théorique** qui doit être retenue afin de garantir la neutralité économique du regroupement.

La formule de calcul de cette date d'échéance théorique varie selon qu'est positive ou non la variable « E », qui correspond à la valeur actualisée nette des flux de trésorerie pendant la période de prorogation de la concession, augmentée des investissements de remise en bon état des

[2] Le principe d'une valeur actuelle nette (VAN) est de donner une mesure à l'instant présent du potentiel économique de tous les flux de trésoreries ultérieurs.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

biens qui incombaient au concessionnaire à la date normale d'échéance de la concession et qui ont été réalisés après cette date.

Si cette variable E est positive, c'est-à-dire si la concession est excédentaire pendant le délai glissant, il convient de retenir une « date de référence (*Dr*) » qui constitue la date d'échéance théorique de la concession en délais glissants et dont l'objet est de permettre de calculer la date commune d'échéance selon la formule mathématique mentionnée au deuxième alinéa.

Si la variable E est négative, cette date de référence correspond à la date initiale *(Di)* d'échéance de la concession en délais glissants.

En l'espèce, il ressort sans contestation sérieuse des pièces du dossier que la valeur de E est négative. Dès lors, selon l'article R. 521-61 du code de l'énergie, Dr = Di, c'est-à-dire que la date à retenir pour le calcul du barycentre est la date initiale d'échéance de la concession de Coindre, à savoir le 31 décembre 2012.

Si vous estimiez que la grille d'analyse posée par l'article R. 521-61 traduit parfaitement, ou en tout cas suffisamment, la volonté du législateur, tout cela serait bel et bon – et vous conduirait à écarter le moyen – car, comme on peut le constater, la définition retenue conduit à retomber sur la formule « a + b = d ».

Nous craignons cependant que la méthode retenue ne méconnaisse la portée de l'article L. 521-16-1 qui, nous vous l'avons dit, exige seulement, à tort ou à raison, que la prorogation résultant des délais glissants soit prise en compte à « hauteur des investissements réalisés ».

L'exposé sommaire des motifs de l'amendement comme sa philosophie générale montrent bien que le législateur a entendu rétribuer les concessionnaires vertueux qui ont continué de procéder à des investissements pendant les délais glissants mais la loi ne fait en revanche aucune distinction selon le caractère excédentaire ou déficitaire de l'exploitation de la concession durant cette période. Pour le dire simplement, les profits ou les pertes enregistrés durant les délais glissants restent l'affaire de l'exploitant, comme cela serait d'ailleurs le cas en l'absence de regroupement de la concession, et le concessionnaire ne peut s'en prévaloir à l'occasion du regroupement.

Nous en déduisons que, pour le calcul du barycentre, il convient de prendre en compte le montant brut des investissements réalisés durant les délais glissants, en dehors évidemment des investissements de remise en bon état qui auraient dû intervenir avant l'expiration de la concession. En revanche, il n'y a pas lieu d'intégrer les recettes ou les charges d'exploitation

Or, si l'on en résume l'esprit (et cela, que E soit négatif ou positif), l'article R. 521-61 ne se borne pas à prendre en compte, ainsi que le prévoit la loi, le montant des investissements mais il intègre les recettes et charges d'exploitation puisque E est défini comme « la valeur actualisée nette

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

des flux de trésorerie » sur la période de prorogation.

Les calculs opérés par le ministre incluent donc, selon nous, des données qui n'ont pas à être prises en compte au regard des prescriptions législatives, et qui ont pour effet de modifier la date d'échéance commune des concessions.

Pour reprendre les équations précédentes, la bonne formule serait, selon nous, de cet ordre :

« *b* - investissements hors RBE réalisés pendant la période *a* = d ».

Nous vous invitons donc à faire droit au moyen tiré de ce que le décret attaqué a méconnu la portée de l'article L. 521-16-1 du code de l'énergie et à l'annuler pour ce motif.

3. Si vous ne nous suiviez pas, nous pensons en revanche que vous pourriez écarter, au bénéfice du contrôle restreint que vous exerceriez sur ce point, le moyen tiré de ce que les travaux énumérés à l'article 3 du décret attaqué ne justifient pas de fixer la date d'échéance commune des concessions regroupées au 31 décembre 2048.

Il est certain que la listes des travaux en cause est d'importance et qu'elle peut, en première approche, interroger car le ministre indique que lesdits travaux n'ont pas d'incidence sur le niveau de production électrique ni sur le montant des recettes ni sur les charges d'exploitation.

Il ressort toutefois des échanges entre les parties, notamment des informations communiquées lors de la séance orale d'instruction, que ces investissements ont vocation à sécuriser le bon fonctionnement des ouvrages lors des 1 600 heures dans l'année pendant lesquelles est produite l'électricité, puisque les centrales hydroélectriques ne fonctionnement essentiellement que pendant les pics de consommation. Eu égard à ce faible taux d'utilisation des équipements, on peut effectivement en déduire que leur incidence sur l'excédent d'exploitation reste marginale. Nous ne voyons en tout cas pas d'erreur manifeste dans l'appréciation de l'administration sur ce point, même si nous peinons toujours un peu à comprendre quel est alors l'intérêt de l'Etat à imposer de tels travaux de maintien en bon état.

De même, s'agissant des hypothèses d'évaluation des recettes futures des concessions, qui servent de fondement au calcul de la date d'échéance commune et dont l'AFIEG considère qu'elles sont sous-estimées, nous pensons que, même si elles sont par définition sujettes à caution, elles ne sont pas manifestement erronées.

En particulier, la méthodologie utilisée pour établir un « coefficient de placement »[3] de l'électricité applicable à chaque concession repose sur des bases objectives, à partir d'extrapolation de données relevées sur une période de référence représentative des fluctuations des prix sur la

[3] Obtenu en divisant la vente d'électricité par le produit de la production annuelle et du prix moyen de l'année

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

période 2011-2015. De même, l'hypothèse retenue par l'administration d'une augmentation moyenne des prix de l'électricité de 2,5 % par an peut surprendre dans le contexte actuel mais, à la date d'édiction du décret attaqué, elle n'était pas aberrante, alors que les prix de l'électricité ont baissé d'environ 1% par an durant la dernière décennie.

Dans ces conditions, vous pourriez écarter le moyen mais tel n'est pas ce que nous vous proposons.

Et par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation du décret attaqué ;
- à ce que l'Etat verse à l'AFIEG une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées par la SHEM sur le même fondement.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.