



Schweizerischer Wasserwirtschaftsverband
Association suisse pour l'aménagement des eaux
Associazione svizzera di economia delle acque

20 décembre 2023

Guide du droit de retour

Accent porté sur la procédure du droit de retour, la portée du droit de retour, l'indemnité équitable, l'obligation d'entretien et l'accord sur la valeur résiduelle

Groupe de travail de l'ASAE

Stephan Bütler, BKW Energie AG

Christoph Busenhart, ewz – Dienstabteilung des Departements der Industriellen Betriebe der Stadt Zürich

Guido Conrad, Kraftwerk Hinterrhein AG

Thomas Erzinger, Axpo Power AG

Brenno Lurati, Azienda Elettrica Ticinese

Nicolas Rouge, Alpiq SA

Le présent document est une traduction du document établi à l'origine en allemand par l'ASAE et intitulé "Leitfaden Heimfall – Mit Fokus auf Heimfallverfahren, Heimfallsubstrat, billige Entschädigung, Betriebsfähigkeit und Restwertvereinbarung". En cas de divergences, la version allemande fait foi.



Contenu

1	Introduction	3
2	Règles applicables en matière de retour de concessions	3
2.1	Hierarchie des réglementations	3
2.2	Loi sur les forces hydrauliques (LFH)	4
2.3	Délais d'annonce de l'exercice du droit de retour	6
2.4	Législations cantonales.....	7
3	Application de la législation sur le retour de concessions.....	7
3.1	Procédure de retour de concessions.....	7
3.2	Portée du droit de retour	9
3.3	Obligation d'entretien	13
3.4	Indemnité équitable.....	15
4	Accord sur la valeur résiduelle	18
4.1	Lois fédérale et cantonales sur les forces hydrauliques.....	18
4.2	Avis de droit - Aperçu des résultats	19
4.3	Analyse complémentaire du groupe de travail	20
4.4	Recommandation.....	20
5	Annexe	22
5.1	Portée du droit de retour et durée d'utilisation des éléments de l'installation	22
6	Bibliographie	25



1 Introduction

Au cours des prochaines décennies, des dizaines de concessions hydroélectriques arriveront à échéance en Suisse. Il en résultera un retour de ces concessions aux communautés concédantes, à moins que la communauté concédante ne soit prête à renoncer à l'exercice du droit de retour et à entamer un processus de renouvellement de concession. De nombreuses questions économiques et juridiques se posent dès lors sur le thème du retour de concession. L'ASAE a dressé un état des lieux des principales questions et souhaite ainsi fournir une base de discussion pour les futures négociations. Dans un premier temps, un avis de droit a été demandé à l'étude d'avocats Vischer AG, puis différents thèmes ont été traités au sein d'un groupe de travail de l'ASAE, dans le but d'élaborer un guide sur la base des éléments de l'avis de droit et des expériences faites, jusqu'à présent, lors de différents retours de concessions.

Ce document sert de guide pour les discussions à venir sur le retour de concession en général et plus particulièrement sur: i) la procédure du droit de retour, ii) le périmètre des installations faisant l'objet du droit de retour, iii) l'indemnité équitable, iv) l'obligation d'entretien) et v) accord sur la valeur résiduelle.

Ce guide doit d'une part servir de référence aux exploitants de centrales hydroélectriques, en particulier pour la préparation et l'entrée dans la thématique du retour de concession, et d'autre part offrir un *argumentaire* pour la discussion. À noter que chaque retour de concession se déroulera différemment, de sorte que ce guide a des limites naturelles, ce qui ne doit cependant pas diminuer sa valeur en tant qu'outil.

Ce document se fonde en particulier sur :

- la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.) ;
- la loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques (Loi sur les forces hydrauliques, LFH) ;
- les lois sur l'utilisation des forces hydrauliques des cantons d'Argovie, de Berne, des Grisons, du Tessin et du Valais ;
- l'avis de droit concernant le retour de concessions de P. Hettich, S. Rechsteiner, J. Drittenbass et N. Graefen publié en tant que «Heimfall im Wasserrecht: Dogmatik und ausgewählte Rechtsfragen» dans la série «Schriften zum Energierecht»; du 29 novembre 2022 [1] ; ainsi que
- des documents du groupe de travail portant sur des données techniques, ainsi que divers articles spécialisés sur le sujet.

Les extraits de l'avis de droit et des textes de loi sont surlignés dans le présent guide en couleur comme suit:

Avis de droit (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN) en bleu
(NB : les passages cités ("...") ont été librement traduits ; seule la version allemande fait foi)

Textes de loi en orange clair

2 Règles applicables en matière de retour de concessions

2.1 Hiérarchie des réglementations

"Les dispositions concrètes sur le droit de retour prévues par une concession de droits d'eau sont considérées comme faisant partie intégrante des droits acquis du concessionnaire au sens de l'art. 43 LFH, c'est-à-dire les dispositions sur le droit de retour dans le cadre d'une concession de droits d'eau est **conforme à la loi**. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les droits acquis "ne peuvent pas être



supprimés ou atteints d'une autre manière dans leur substance par la législation future sans indemnisation. En revanche, il n'est pas exclu a priori d'appliquer des lois qui entrent en vigueur après l'octroi de la concession, pour autant que les nouvelles normes n'entraînent pas d'atteinte à la substance du droit acquis" (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GREAFEN, page 15).

"Conformément à l'art. 76, al. 2, Cst., la Confédération fixe les principes applicables "à l'utilisation de l'eau pour la production d'énergie". Dans le domaine de l'utilisation de la force hydraulique, la Confédération dispose donc d'une **compétence législative de principe**. (...) Une telle compétence législative de la Confédération n'exclut pas que la **Confédération** édicte **des réglementations détaillées ou exhaustives**, ne laissant ainsi au législateur cantonal aucune ou peu de marge de manœuvre pour la mise en œuvre" (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GREAFEN, page 3).

"En ce qui concerne le rapport entre le régime du droit de retour prévu par la loi fédérale et les dispositions sur le droit de retour prévues par une concession de droits d'eau, il est incontesté dans la doctrine que ces dernières prévalent sur les art. 67 ss. LFH. La **primauté des dispositions sur le droit de retour prévues par une concession de droit d'eau sur les art. 67 ss. LFH** est essentiellement justifiée par la lettre de l'art. 67 al. 1 LFH ("à moins que la concession n'en dispose autrement") ainsi que par l'art. 69 al. 1 LFH ("Demeurent réservées les dispositions contraires de la concession"), qui réservent expressément les dispositions de la concession, ainsi que par la volonté du législateur (...)" (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GREAFEN, page 11 f.).

Les dispositions concrètes sur le droit de retour dans une concession sont considérées comme faisant partie intégrante des droits acquis du concessionnaire, c'est-à-dire que les dispositions concrètes sur le droit de retour dans une concession s'appliquent même si la loi prévoit d'autres règles. La concession est donc supérieure à d'autres dispositions.

Le présent guide n'aborde pas plus en détail les règles sur le droit de retour que peuvent contenir les concessions, car elles sont variées et propres à chaque concession. Le guide se limite principalement à appliquer la législation, dans tous les cas et dans tous les domaines où les concessions ne précisent rien.

Selon l'art. 49 Cst., le droit fédéral prime sur le droit cantonal contraire. Un arrêt du Tribunal fédéral de 2012 (BGer 2C_546/2012) a confirmé l'applicabilité de l'art. 49 Cst. en ce qui concerne le droit de retour. Il est donc possible que les réglementations cantonales ne soient pas valables en vertu de ce principe. C'est en principe la loi qui était en vigueur au moment de l'octroi de la concession qui s'applique. Les dispositions adoptées ultérieurement ne s'appliquent que si elles n'affectent pas les droits acquis en vertu de la concession. En revanche, s'il s'agit de simples précisions, elles sont valables.



Figure 1 : Cascade législative

2.2 Loi sur les forces hydrauliques (LFH)

"Selon le point de vue défendu ici, les art. 67 ss. LFH priment sur les lois cantonales sur les forces hydrauliques qui y dérogent. En effet, la formulation de l'art. 67, al. 1 LFH et de l'art. 69, al. 1 LFH va à l'encontre d'une primauté des lois cantonales sur les forces hydrauliques par rapport au droit fédéral. On ne trouve aucun indice d'une volonté du législateur de s'écarter du texte (...). **La marge de manœuvre du législateur cantonal en matière de dispositions sur le droit de retour est donc limitée par les prescriptions fédérales sur le droit de retour.** En effet, en édictant la LFH, le législateur fédéral a fait usage de sa compétence législative de principe selon l'art. 76 al. 2 Cst. et a ainsi limité la



marge de manœuvre législative du législateur cantonal. Les dispositions cantonales en matière de droit de retour qui s'écartent de la réglementation fédérale en la matière sont par conséquent contraires au droit fédéral, selon la conception défendue ici". (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 9 ss)

*"Selon une opinion juridique souvent défendue, l'art. 67 al. 3 LFH s'applique de manière subsidiaire par rapport au droit cantonal du droit de retour. Selon cette opinion, les dispositions cantonales sur l'obligation d'entretien du concessionnaire priment sur la réglementation fédérale de l'art. 67 al. 3 LFH. Selon l'opinion défendue ici, la marge de manœuvre du législateur cantonal en ce qui concerne l'obligation d'entretien du concessionnaire est toutefois limitée par l'art. 67 al. 3 LFH. Les dispositions cantonales relatives à l'obligation d'entretien du concessionnaire qui s'écartent de l'art. 67 al. 3 LFH ou qui vont au-delà sont donc, selon l'avis défendu ici, **contraires au droit fédéral**". (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 42 ss.)*

Les principaux articles de la LFH du 22 décembre 1916 (état au 1^{er} janvier 2020) précisant le droit de retour sont relevés :

Art. 48 ¹ *L'autorité concédante fixe, conformément au droit cantonal, les prestations et conditions imposées au concessionnaire, telles que taxes, redevance annuelle, livraison d'eau ou d'énergie, durée de la concession, normes des tarifs électriques, participation de la communauté au bénéfice, droit de retour et rachat.*

² *La totalité de ces prestations ne doit pas grever sensiblement l'utilisation de la force.*

Art. 67 ¹ *Lorsqu'une usine fait retour à la communauté concédante, celle-ci a le droit, à moins que la concession n'en dispose autrement :*

- a. de reprendre gratuitement les installations de retenue et de prise d'eau, les canaux d'amenée ou de fuite, les moteurs hydrauliques et les bâtiments qui les abritent, que ces ouvrages soient établis sur le domaine public ou sur le domaine privé, ainsi que le sol servant à l'exploitation de ces installations;*
- b. de reprendre, moyennant une indemnité équitable, les installations servant à la production et au transport de l'énergie.*

² *Le concessionnaire peut exiger que la communauté reprenne les installations servant à la production et au transport d'énergie, si elle est en mesure de les utiliser avantageusement dans le même but.*

³ *Le concessionnaire est tenu de maintenir en état d'être exploitées, les installations soumises au droit de retour.*

⁴ *Lorsque l'installation fait retour à la communauté concédante, le concessionnaire est dédommagé des investissements de modernisation et d'agrandissement, pour autant qu'il ait procédé à la modernisation ou à l'agrandissement en accord avec la communauté titulaire du droit de retour. Le dédommagement correspond au plus à la valeur résiduelle de l'investissement, compte tenu des taux d'amortissement usuels dans la branche et des fluctuations monétaires.*

Les lois cantonales qui contredisent la LFH peuvent être contraires au droit fédéral. Si le cas se présente lors d'un retour de concession, la non-application de la disposition en cause peut être demandée dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Dans le langage courant, on parle de parties d'installation "mouillées" et "sèches" pour désigner les parties d'installation selon l'art. 67, al. 1, let. a et b. Cette désignation est trompeuse dans le détail, raison pour laquelle nous y renonçons ci-après. Seules les expressions "à titre gratuit" et "contre une indemnité équitable" sont utilisées ci-après.

2.3 Délais d'annonce de l'exercice du droit de retour

"La loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques ne fixe pas de délai pour l'exercice du droit de retour par la communauté concédante. L'absence d'un tel délai est critiquée, non sans raison, dans la littérature. Il est envisageable de combler cette lacune par une application par analogie du délai de cinq ans prévu pour le rachat à l'art. 63, al. 2, 2^{ème} phrase, LFH. Selon cette disposition, l'exercice du droit de retour devrait être déclaré au moins cinq ans avant l'expiration de la concession de droits d'eau, par analogie avec l'art. 63, al. 2, 2^{ème} phrase, LFH. Il n'est pas clair s'il s'agit là d'un délai contraignant ou d'un simple délai d'ordre.

Dans le cas où le concessionnaire a déposé une demande de renouvellement de la concession de droits d'eau au moins 15 ans avant l'échéance de celle-ci, l'exercice du droit de retour doit, selon BRIGITTA KRATZ, être déclaré par analogie avec l'art. 58a al. 2, 2^{ème} phrase, LFH, au moins dix ans avant l'expiration de la concession de droits d'eau par la communauté concédante" (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GREAFEN, page 12 f.).

La LFH ne prévoit pas de délais contraignants pour le retour de concession. L'on peut toutefois déduire de la LFH des délais implicites. Il est notamment prévu à l'art. 58a que le concessionnaire peut déposer une demande de renouvellement de la concession 15 ans avant l'échéance de celle-ci et qu'il devrait alors recevoir une réponse au minimum 10 ans avant l'échéance. On peut donc s'attendre à ce que le concessionnaire reçoive une décision anticipée de la part de la communauté concédante concernant un éventuel retour de la concession, pour autant qu'il ait déposé une demande de renouvellement.

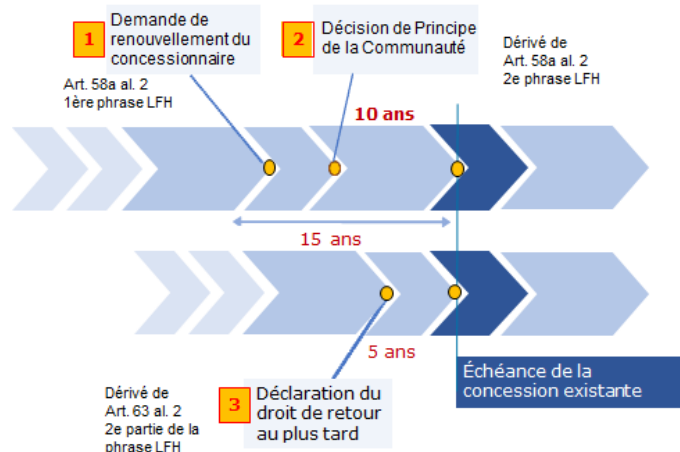


Figure 2 : Délais implicites pour l'annonce de l'exercice du droit de retour

En outre, il est stipulé qu'en cas de rachat, la communauté concédante doit annoncer le rachat au moins 5 ans à l'avance. On peut donc s'attendre à ce qu'une déclaration du droit de retour arrive également au plus tard 5 ans avant l'échéance, si le concessionnaire n'a pas déposé de demande de renouvellement 15 ans avant l'échéance.



Le respect de ces délais présenterait des avantages pour la communauté concédante et le concessionnaire en termes de solutions objectives, de mise en œuvre dans les délais et de sécurité juridique. Le concessionnaire et la communauté concédante ont tous deux intérêt à entamer le dialogue suffisamment tôt.

2.4 Législations cantonales

*"Les cantons peuvent concrétiser les dispositions ouvertes et indéterminées de la LFH sur le droit de retour (droit d'exécution cantonal) dans la mesure où elles **ne dérogent pas** aux prescriptions fédérales sur le droit de retour au sens des art. 67 ss LFH. Selon le point de vue défendu ici, la LFH ne laisse donc aucune **place à des modifications** par les **cantons**, notamment dans le sens d'un durcissement, car de telles modifications seraient préjudiciables au but premier de la LFH, à savoir l'exploitation de la force hydraulique pour la production d'énergie et donc la garantie de la sécurité de l'approvisionnement en électricité. Le législateur cantonal ne dispose donc pas d'une marge de manœuvre importante dans l'application des art. 67 et ss LFH selon l'opinion défendue ici."*
(HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 4 f.).

La marge de manœuvre du législateur cantonal en ce qui concerne les dispositions relatives au droit de retour est limitée par les prescriptions fédérales. Il est possible de préciser des dispositions ouvertes et indéterminées. Des dispositions cantonales divergentes de celles fédérales en matière de droit de retour, notamment des durcissements, ne sont pas autorisées.

La loi applicable est en principe celle qui était en vigueur au moment de l'octroi de la concession. Toutes les modifications et tous les ajouts ultérieurs ne sont valables que s'ils n'imposent pas de restrictions supplémentaires au concessionnaire. S'il s'agit de précisions, ces dernières sont valables.

3 Application de la législation sur le retour de concessions

3.1 Procédure de retour de concessions

3.1.1 Lois fédérales et cantonales sur les forces hydrauliques

Le droit fédéral ne contient pas de prescriptions relatives à la procédure, ni de délais explicites concernant le droit de retour. On trouve également peu de choses dans les prescriptions cantonales. En règle générale, les prescriptions relatives à la procédure ont trait aux compétences communales et cantonales. Nous renonçons donc à les énumérer ici.

3.1.2 Avis de droit - Aperçu des résultats

"Le droit fédéral sur les forces hydrauliques ne contient aucune disposition de procédure relative au retour de concessions. La procédure relative au retour de concessions est donc déterminée par le droit cantonal, et même le droit cantonal considéré ici ne règle la procédure relative au retour de concessions que de manière rudimentaire". (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 12)

En revanche, le droit cantonal fixe notamment la compétence et le délai pour l'exercice du droit de retour. Il convient d'interpréter les dispositions du droit cantonal sur les forces hydrauliques pour déterminer si le retour de concessions s'applique de plein droit ("ex lege"), c'est-à-dire sans déclaration de volonté correspondante de la communauté concédante, ou si s'il nécessite au préalable une déclaration d'exercice de la part de la communauté concédante pour que ses effets juridiques se produisent.
(HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 14)

Les dispositions concrètes sur le droit de retour prévues dans une concession de droit d'eau sont considérées comme faisant partie des droits acquis du concessionnaire au sens de l'art. 43 LFH. Les dispositions concrètes sur le droit de retour prévues par une concession de droits d'eau a force de loi". (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GREAFEN, page 15)

3.1.3 Recommandation

Le concessionnaire et la communauté concédante peuvent se mettre d'accord sur la procédure et les délais et viser ainsi une transition sans heurts. Une procédure définie d'un commun accord est un gage de sécurité pour les deux parties.

Pour qu'un retour de concession puisse avoir lieu, la communauté concédante doit exercer son droit de retour. Que le concédant exerce ou non son droit de retour, les différentes questions, comme l'état de l'installation, doivent être de toute manière abordées. Il est préférable pour le concessionnaire et la communauté concédante d'entamer le dialogue 10 ans avant l'expiration de la concession.

Un déroulement possible de la procédure avec des durées de phase minimales est illustré dans la figure ci-dessous (Figure 3).

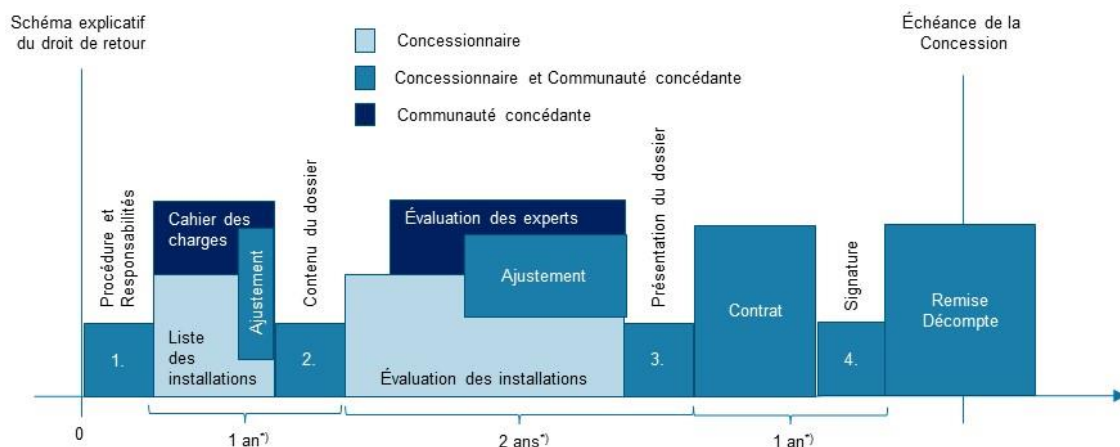


Figure 3 Déroulement du retour de concessions

Le processus débute avec la déclaration d'exercice du droit de retour. Il convient alors de définir ensemble la procédure et les équipes de négociation et d'experts, avec au cas par cas, les responsabilités de la communauté concédante ainsi que celles du concessionnaire et la prise en charge des coûts. Le concessionnaire établit une liste des actifs existants et la met à la disposition de la communauté concédante.

Cela peut inclure, par exemple, les éléments suivants (liste non exhaustive) :

- Description de l'aménagement (par ex. périmètre des installations, production)
- Description de l'état général (état d'entretien, aptitude au service)
- Liste des actifs et installations faisant l'objet du droit de retour (inventaires)
- Documents relatifs à l'exploitation (par ex. concept d'exploitation, directives et prescriptions d'exploitation, règlement de purge)
- Stratégie et plan de maintenance et mesures de maintenance mises en œuvre
- Plan d'investissement et investissements mis en œuvre



- Rapports environnemental (par ex. études sur l'assainissement des cours d'eaux, concept d'entretien des berges, monitoring)
- Besoins en personnel (par ex. exploitation, maintenance, gestion)
- Contrats avec des tiers (inventaire et remise de copies)
- Documents relatifs à la société dans la mesure où ils ne sont pas confidentiels (par ex. rapport de gestion, rapport sur l'analyse des risques).

Un dossier de retour de concessions peut alors être établi en commun. Le contenu peut ensuite être analysé et évalué. Le dossier peut contenir par exemple les valeurs des installations, l'évaluation de l'état des équipements, l'aptitude au service des installations, les justificatifs nécessaires, etc. Une fois que le contenu du dossier a été approuvé par les parties, les négociations contractuelles peuvent commencer. La structure de la transition et les modalités (par ex. les délais, les ajustements) y seront définies. Le contrat sera alors signé ou une décision, susceptible de recours, rendue. L'exercice du droit de retour devrait être déclaré 10 ans avant l'échéance de la concession, mais dans tous les cas au plus tard 5 ans avant l'échéance, afin de garantir le bon déroulement du processus de retour.

Il est dans l'intérêt de la communauté concédante, 10 ans déjà avant un éventuel exercice du droit de retour, d'accompagner les projets d'entretien et de maintenance (cf. chapitre 3.4.4).

Si, à l'échéance de la concession, il n'existe pas de décision juridiquement valable ou de contrat signé, une solution transitoire doit être trouvée. Celle-ci doit aller dans le sens de la LFH, à savoir la promotion de l'énergie hydraulique. L'arrêt de la production d'électricité serait en contradiction avec la LFH.

3.2 Portée du droit de retour

3.2.1 Lois fédérales et cantonales sur les forces hydrauliques

La définition du périmètre des installations faisant l'objet du droit de retour et leur catégorisation en installations gratuites ou onéreuses sont en principe fixées à l'art. 67 al. 1 let. a. et b. LFH (cf. chap. 2.2). Plusieurs lois cantonales sur les forces hydrauliques contiennent des dérogations aux dispositions de l'art. 67, al. 1, LFH.

Les prescriptions fédérales sur le droit de retour selon les art. 67 ss LFH constituent toutefois une réglementation fédérale exhaustive. La marge de manœuvre du législateur cantonal en ce qui concerne les dispositions relatives au droit de retour est donc limitée par les prescriptions fédérales sur le droit de retour. Les dispositions cantonales relatives au droit de retour qui s'écartent de la réglementation fédérale sont par conséquent contraires au droit fédéral (cf. chapitre 2.2). Les accords particuliers figurant dans les contrats de concession sont réservés.

3.2.2 Avis de droit - Aperçu des résultats

"Dans un premier temps, toutes les parties d'installation non nécessaires à l'exploitation doivent être éliminées. Il reste alors les parties d'installation nécessaires à l'exploitation de l'aménagement. Dans un deuxième temps, il faut déterminer si une partie d'installation nécessaire à l'exploitation relève des installations énumérées de manière exhaustive à l'art. 67, al. 1, let. a, LFH ("parties d'installations hydrauliques") ou de l'art. 67, al. 1, let. b, LFH ("parties d'installations électriques"). Si une partie d'installation nécessaire à l'exploitation ne correspond à aucune des installations énumérées de manière exhaustive à l'art. 67, al. 1, let. a et let. b LFH, cette partie d'installation n'est pas considérée comme faisant partie

du droit retour et doit donc être retirée du périmètre du droit de retour en tant qu'autre partie d'installation". (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 17)

"Les parties hydrauliques de l'installation au sens de l'art. 67, al. 1, let. a, LFH reviennent gratuitement à la communauté concédante". (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 22)

"Une indemnité "équitable" doit être versée pour la reprise des parties de l'installation électrique au sens de l'art. 67, al. 1, let. b LFH" (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 23)

"Selon le point de vue défendu ici, les installations de transport d'énergie électrique s'arrêtent au point d'injection dans un réseau de distribution ou dans un réseau destiné au transport à longue distance. D'autres installations comme le réseau électrique ne sont donc pas concernées par l'art. 67, al. 1, let. b LFH". (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 27 ss).

Pour déterminer le périmètre des installations d'une centrale hydroélectrique faisant l'objet du droit de retour, il faut procéder en deux étapes :

- Dans un premier temps, toutes les parties de l'installation qui ne sont pas nécessaires à l'exploitation doivent être évincées.
- Dans un deuxième temps, il s'agit de déterminer si une partie d'installation nécessaire à l'exploitation tombe sous le coup de l'art. 67 al. 1 let. a LFH ("parties d'installations hydrauliques") ou de l'art. 67 al. 1 let. b LFH ("parties d'installations électriques"). Si une partie d'installation nécessaire à l'exploitation ne correspond à aucune des installations énumérées de manière exhaustive à l'art. 67, al. 1, let. a et let. b LFH, cette partie d'installation n'est pas considérée comme faisant partie du périmètre du retour de concession et doit donc être dissociée en tant qu'autre partie d'installation.

La Figure 4 illustre la procédure en deux étapes.

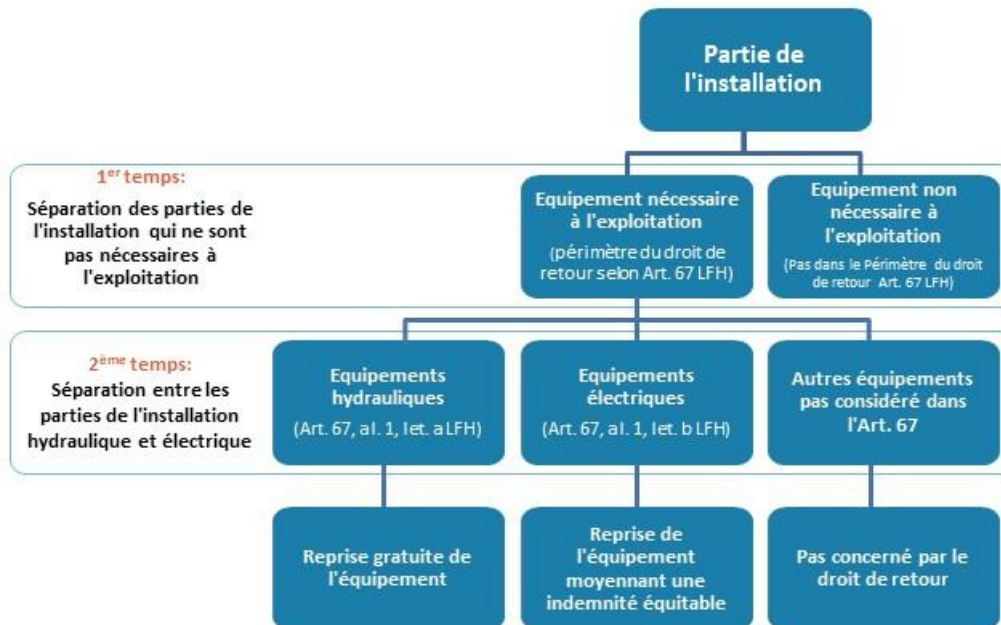


Figure 4 Représentation pour la détermination du périmètre des installations faisant l'objet du droit de retour (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, p. 17)



Première étape : mise à l'écart des parties d'installation non nécessaires à l'exploitation (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GREAFEN, p. 17 et ss)

Seules les parties d'installation nécessaires à l'exploitation sont soumises au droit de retour. Au moment du retour de concession, il convient donc, dans un premier temps, de séparer toutes les parties d'installation de l'aménagement hydroélectrique qui ne sont pas nécessaires à l'exploitation, car de telles parties de l'aménagement ne sont pas soumises au droit de retour au sens de l'art. 67, al. 1, LFH.

L'exigence de la nécessité limite l'étendue du droit de retour au sens de l'art. 67, al. 1, LFH, dans la mesure où seules les parties d'installation nécessaires à l'exploitation de la force hydraulique sont soumises au droit de retour au sens de l'art. 67 LFH. Ces parties d'installation doivent être considérées comme nécessaires à l'exploitation.

Les parties d'installation nécessaires à l'exploitation ne sont soumises au droit de retour que dans la mesure où elles sont couvertes par l'art. 67 al. 1 let. a LFH ("*parties hydrauliques de l'installation*") ou par l'art. 67 al. 1 let. b LFH ("*parties électriques de l'installation*"). En effet, l'art. 67 al. 1 LFH contient une énumération exhaustive des parties d'installation nécessaires à l'exploitation qui sont soumises au droit de retour. Il s'ensuit que certaines parties d'installation peuvent certes être considérées comme nécessaires à l'exploitation, mais ne sont pas pour autant soumises au droit de retour, car aucun des éléments constitutifs du droit de retour énumérés de manière exhaustive à l'art. 67 al. 1 let. a et let. b LFH n'est rempli.

Sont nécessaires à l'exploitation les parties d'installation d'un aménagement hydroélectrique qui sont nécessaires pour que la communauté concédante puisse continuer à exploiter l'aménagement hydroélectrique après la survenance du droit de retour. Ainsi, par exemple, les parties d'installation qui pourraient être vendues ou désaffectées sans que l'exploitation de l'aménagement hydroélectrique n'en soit affectée ne sont pas nécessaires à l'exploitation.

Deuxième étape : catégorisation des parties d'installation nécessaires à l'exploitation et mise à l'écart des autres parties d'installation (division en trois) (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GREAFEN, p. 20 ss)

Dans un deuxième temps, il faut déterminer si une partie d'installation nécessaire à l'exploitation d'une centrale hydroélectrique relève de l'art. 67, al. 1, let. a, LFH ("*parties hydrauliques de l'installation*") ou de l'art. 67, al. 1, let. b, LFH ("*parties électriques de l'installation*"). Si aucune des conditions énumérées de manière exhaustive à l'art. 67, al. 1, let. a et let. b, LFH n'est remplie, une partie d'installation nécessaire à l'exploitation n'est pas soumise au droit de retour et doit donc être dissociée du périmètre des installations faisant l'objet du droit de retour en tant qu'autre partie d'installation.

Les autres parties d'installation restent donc chez le concessionnaire. Contrairement aux parties hydrauliques ou électriques de l'installation selon l'art. 67, al. 1, let. a et let. b, LFH, la communauté concédante n'a pas le droit de reprendre les autres parties d'installation à titre gratuit ni contre une indemnité équitable.

Il n'y a pas de répartition proportionnelle des parties d'installation entre les catégories de l'art. 67 al. 1 let. a et let. b, LFH. L'art. 67 al. 1 LFH énumère de manière exhaustive les parties d'installation soumises au droit de retour. Si aucun des cas de figure énumérés de manière exhaustive à l'art. 67 al. 1 let. a et let. b LFH n'est rempli, une partie d'installation nécessaire à l'exploitation n'est pas soumise au droit de retour et doit donc être dissociée du périmètre des installations faisant l'objet du droit de retour en tant que reste de l'installation. La loi ne prévoit pas de répartition proportionnelle des parties d'une installation nécessaires à l'exploitation, entre partie hydraulique et partie électrique de l'installation.

Les parties de l'installation nécessaires à l'exploitation ne peuvent être soumises au droit de retour au sens de l'art. 67, al. 1, LFH que dans la mesure où elles sont la propriété du concessionnaire.



En ce qui concerne catégorisation des parties d'installation selon l'art. 67 al. 1 let. a LFH ("*parties hydrauliques de l'installation*") ou selon l'art. 67 al. 1 let. b LFH ("*parties électriques de l'installation*"), on peut retenir les délimitations suivantes :

- La délimitation entre les parties hydrauliques et électriques de l'installation peut donner lieu à des difficultés certains cas. Il ne s'agit pas seulement du type d'installations, mais aussi de la question de savoir jusqu'où elles sont concernées par le droit de retour dans le cas concret, dans la mesure où il s'agit de conduites ou autres. Il est incontestable qu'il faut tracer la limite entre la turbine (partie hydraulique) et l'alternateur (partie électrique).
- Les installations de transport d'énergie électrique s'arrêtent au point d'injection dans un réseau de distribution ou dans un réseau destiné au transport à distance. D'autres installations comme le réseau électrique général ne sont pas concernées par l'art. 67 al. 1 let. b LFH. La limite des installations chargées de l'évacuation de l'énergie au sens de l'art. 67 al. 1 let. b LFH doit être fixée au point où l'électricité produite par la centrale hydroélectrique est injectée dans le réseau électrique.
- Selon le libellé de l'art. 67, al. 1, let. b LFH, les terrains sur lesquels se trouvent des éléments d'installation électriques ne font pas retour contre indemnité équitable. Ils ne sont pas non plus soumis à l'art. 67 al. 1 let. a LFH, raison pour laquelle ils n'entrent pas dans le périmètre des installations faisant l'objet du droit de retour.

3.2.3 Analyse complémentaire du groupe de travail

En ce qui concerne les autres parties de l'installation qui sont nécessaires à l'exploitation mais qui ne sont pas soumises au droit de retour, les dispositions suivantes s'appliquent:

- Les autres parties de l'installation ne sont pas soumises à l'obligation d'entretien du concessionnaire selon l'art. 67, al. 3 LFH. Cela signifie que les autres parties de l'installation ne doivent pas être maintenues en état de fonctionnement.
- Si la communauté concédante reprend d'autres parties d'installation lors d'un retour de concession, l'indemnisation du concessionnaire ne se calcule pas sur la base de l'indemnité équitable selon l'art. 67, al. 1, let. b. LFH. L'indemnisation peut donc être négociée librement entre les parties et devrait s'orienter vers une indemnisation complète.
- Si, en cas de retour, la communauté concédante ne reprend pas les autres parties de l'installation, le traitement de celles-ci doit être réglé au cas par cas entre le concessionnaire et la communauté concédante.

3.2.4 Recommandation

Il convient de suivre la procédure en deux étapes décrite précédemment concernant la définition et la catégorisation des installations faisant l'objet du droit de retour.

Les parties doivent s'entendre au cas par cas sur le devenir et le transfert des autres parties de l'installation, en dehors des dispositions de l'art. 67, al. 1, LFH.

L'annexe 5 présente la répartition des éléments d'une installation standard soumis au droit de retour entre parties hydrauliques, parties électriques d'une part, et autres parties non soumises au droit de retour d'autre part.



3.3 Obligation d'entretien

3.3.1 Lois fédérales et cantonales sur les forces hydrauliques

L'art. 67, al. 3 de la LFH définit l'obligation du concessionnaire de maintenir en état d'être exploitées les installations soumises au droit de retour (cf. chap. 2.2).

La marge de manœuvre du législateur cantonal en ce qui concerne l'obligation d'entretien du concessionnaire est limitée par l'art. 67 al. 3 LFH. Les prescriptions cantonales relatives à l'obligation d'entretien du concessionnaire qui s'écartent de l'art. 67, al. 3 LFH ou qui vont au-delà sont donc contraires au droit fédéral (cf. chap. 2.2).

3.3.2 Avis de droit - Aperçu des résultats

"Selon l'art. 67, al. 3 LFH, les parties de l'installation soumises au droit de retour doivent être remises en bon état de fonctionnement à la communauté concédante. Sous réserve de dispositions divergentes dans la concession, l'état de fonctionnement doit donc être maintenu en vue de la poursuite de l'exploitation d'une centrale hydroélectrique après le retour de concession de l'aménagement.

*En effet, au vu de la formulation de l'art. 67, al. 3 LFH ("maintenir en état d'être exploitées"), il est évident que le législateur, sous le titre d'obligation d'entretien, pensait en premier lieu aux mesures qui garantissent la poursuite de l'exploitation de la centrale hydroélectrique sans problème par la communauté concédante après le droit de retour. Ou formulé autrement : l'obligation d'entretien selon l'art. 67, al. 3, LFH garantit que les parties d'un aménagement hydroélectrique soumises au droit de retour sont transférées en état de fonctionnement à la communauté concédante au moment du retour de concession, afin que celle-ci puisse **poursuivre l'exploitation** de l'aménagement **sans interruption** après le retour de concession. L'obligation d'entretien garantit donc la poursuite de l'exploitation d'une centrale hydroélectrique sans interruption après le droit de retour".*

(HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 40)

*"Cela signifie également que **l'entretien futur** ne peut pas être dû en vertu de l'art. 67, al. 3, LFH. Les frais d'entretien futurs des installations d'un aménagement hydroélectrique soumises au droit de retour doivent donc être pris en charge par la communauté concédante. Le fait que l'expiration de la concession suite au droit de retour entraîne la dissolution de l'ancienne concession plaide également en faveur de cette conception. Il n'y a donc plus d'obligations entre le concessionnaire et le concédant après le retour de la concession. De ce point de vue également, une prise en charge des coûts de l'entretien futur au titre de l'obligation d'entretien selon l'art. 67 al. 3 LFH est exclue".*

(HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 40 s.)

"A la lumière de cette dogmatique, on peut en déduire les lignes directrices suivantes, sur la base desquelles la pratique relative à l'obligation d'entretien selon l'art. 67 al. 3 LFH doit s'orienter, selon le point de vue défendu ici :

- *L'art. 67, al. 3 LFH oblige le concessionnaire à effectuer des travaux d'entretien jusqu'à l'échéance de la concession, mais pas au-delà, c'est-à-dire que le concessionnaire n'est pas tenu de maintenir en état de fonctionnement les installations soumises au droit de retour au-delà d'une période déterminée après le retour de concession. (...)*
- *En ce qui concerne **les travaux d'entretien périodiques**, il semble évident de se baser sur la **périodicité actuelle** de tels travaux. Sur cette base, deux règles de base peuvent être formulées :*



1. les travaux d'entretien périodiques qui, considérant la périodicité actuelle, tombent à une date **antérieure** à l'échéance de la concession, doivent être effectués par le concessionnaire sur la base de l'art. 67, al. 3, LFH.
 2. Le concessionnaire n'est pas tenu d'effectuer les travaux d'entretien périodiques qui, sur la base de la périodicité actuelle, tombent **après l'échéance de la concession**, car son obligation d'entretien s'étend dans le temps jusqu'au retour de concession de l'aménagement, mais pas au-delà.
- Enfin, l'art. 67, al. 3 LFH ne permet pas d'exiger des investissements qui améliorent l'exploitation (continue) de l'aménagement hydroélectrique ou la rendent plus efficace, car le législateur parle à l'art. 67, al. 3, LFH de "maintenir", mais pas de "renouveler".
 - En ce qui concerne l'ampleur des travaux d'entretien, il faut - sous réserve de dispositions divergentes dans la concession - partir d'un **critère objectif**. Il faut donc se demander quels travaux d'entretien un propriétaire raisonnable entreprendrait dans une perspective à long terme" (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GREAFEN, page 9).

3.3.3 Analyse complémentaire du groupe de travail

Pour empêcher que le droit de retour soit dépouillé de sa valeur économique par une installation dégradée ou présentant trop de risques de dysfonctionnement, le législateur a imposé une obligation de maintenir en état d'être exploitées les installations soumises au droit de retour (art. 67 al. 3, LFH). En parallèle, il encourage la modernisation et l'agrandissement des installations (art. 67 al. 4, LFH), mais également les travaux de transformation qui doivent être réalisés au cours des 10 années qui précèdent l'échéance de la concession (art. 69a LFH).

Il est primordial de garantir d'une part au futur concessionnaire la remise d'un aménagement dans un bon état d'entretien et performant, tout en versant d'autre part au concessionnaire sortant une indemnité équitable qui tienne compte de cet état (cf. chapitre 3.4). Par ces dispositions, le législateur reconnaît donc implicitement que le versement d'une indemnité équitable est associé à des avantages économiques futurs qui devraient être sécurisés sur une durée raisonnable, sans pour autant définir cette dernière.

En référence à la norme DIN EN13306, il est de la responsabilité de chaque propriétaire d'aménagements hydroélectriques de définir sa stratégie de maintenance selon les objectifs principaux suivants :

- "assurer la disponibilité du bien pour la fonction requise, au coût optimal ;
- tenir compte des exigences de sécurité et de toutes les autres exigences relatives au bien;
- tenir compte des répercussions sur l'environnement;
- améliorer la durabilité du bien et/ou la qualité du produit ou du service fournis, en tenant compte des coûts si nécessaire".

Il existe différents types de maintenance: corrective (différée ou d'urgence), systématique, programmée, prédictive, prévisionnelle et préventive. Une maintenance purement curative revient à attendre un dommage pour décider du renouvellement d'un équipement. L'entreprise peut a contrario choisir de limiter fortement le risque en optant pour une stratégie de maintenance préventive. La stratégie de maintenance dépend donc des coûts de maintenance et de non-disponibilité, voire des risques que le propriétaire est prêt à prendre. Dans la plupart des cas, le propriétaire opte pour des stratégies intermédiaires, basées sur la connaissance et le suivi de l'état de fonctionnement des équipements. Comme indiqué aux chapitres 3.4.3 et 3.4.4, il est nécessaire de procéder à une analyse d'état de chaque équipement.

Le concessionnaire a exploité l'installation avec succès pendant des décennies. Grâce à son expérience, il sait quelle stratégie de maintenance est adaptée à l'installation ou aux parties d'installation concernées. Il



sait à quelle périodicité les travaux de maintenance doivent être effectués pour garantir une exploitation fiable et durable.

3.3.4 Recommandation

En général, l'état opérationnel d'une installation est défini selon la norme DIN EN 13306 : "état d'un bien qui accomplit une fonction requise". Pour une installation hydroélectrique au sens de l'art. 67 al. 3 LFH, il est proposé de définir l'état de fonctionnement comme suit : "Une centrale hydroélectrique est en état de fonctionnement lorsqu'elle peut produire du courant électrique avec un débit d'eau approprié, conformément aux dispositions de la concession et compte tenu de son âge, et qu'elle se trouve dans un état sûr".

Cette définition peut être expliquée comme suit :

- L'**aptitude au service** décrit la capacité d'une partie de l'installation à remplir la fonction pour laquelle elle a été conçue. L'aptitude au service n'est plus garantie dès qu'une défaillance fonctionnelle se produit. La défaillance fonctionnelle est définie comme le moment où une fonction ne peut plus être assurée avec la fiabilité requise.
- Une **panne** immédiate **après un retour de concession** ne peut pas être exclue. Si l'installation n'est pas en service lors du retour de concession pour cause de dysfonctionnement dû à un entretien défectueux, l'ancien concessionnaire est tenu de réparer l'installation à ses frais. Toute autre responsabilité est exclue.
- Lors du retour de concessions, **aucune nouvelle installation** n'est remise, à moins que le concédant ne l'ait commandée à ses frais. Ainsi, l'obsolescence de l'installation doit être prise en compte.

Le concessionnaire doit effectuer les travaux d'entretien avec la régularité habituelle jusqu'à la date de l'échéance de la concession.

3.4 Indemnité équitable

3.4.1 Lois fédérale et cantonales sur les forces hydrauliques

L'art. 67, al. 1, de la LFH définit les parties d'installation qui sont restituées gratuitement ou contre une indemnité équitable (cf. chap. 2.2). La LFH ne contient toutefois aucune définition de la manière dont l'indemnité équitable doit être calculée.

En revanche, dans la loi cantonale valaisanne sur l'utilisation des forces hydrauliques (LcFH-VS), la notion d'indemnité équitable est définie à l'art. 56, al. 2 et 3 comme suit :

Art. 56 LcFH-VS ² L'indemnité équitable est calculée en partant de la valeur réelle au moment du retour, c'est-à-dire d'après la valeur à neuf réduite de la moins-value résultant de l'usure correspondant à la durée de vie de ces installations et de leur dépréciation économique et technique.

³ Toutefois, des modalités spéciales relatives à l'estimation et au calcul de l'indemnité équitable peuvent être fixées, pour autant que cela s'avère nécessaire, dans un cas particulier.

Le canton des Grisons a également tenté de définir une voie dans sa loi cantonale pour déterminer l'indemnité équitable (Wasserrechtsgesetz des Kantons Graubünden (BWRG)) :

Art. 44 BWRG al. 1 Die Bestimmung der Entschädigung für den Heimfall der Anlagen zum Erzeugen und Fortleiten elektrischer Energie ist Sache der Gemeinden, des Kantons und des Konzessionärs. Sie ist nach den dazumal allgemein anerkannten Grundsätzen der Unternehmensbewertung vorzunehmen.

3.4.2 Avis de droit - Aperçu des résultats

"Conformément à l'art. 67, al. 1, let. b de la LFH, la communauté est autorisée à reprendre les installations destinées à la production et au transport d'énergie électrique contre une **"indemnité équitable"**. (...)

La notion d'équité trouve son origine dans le concept romain d'*aequitas*, qui définissait le droit comme "l'art du bon et de l'équitable (du juste)". Dans le droit (civil) suisse également, la notion d'équité renvoie en particulier à l'exigence d'adéquation ou de justice de la décision individuelle. (...) Cette compréhension est également à la base de la notion d'indemnité équitable selon l'art. 67, al. 1, let. b LFH, en s'inspirant de la notion romaine d'*aequitas*, selon laquelle une indemnisation **juste et équitable doit être** versée pour la reprise des parties d'installations électriques au sens de l'art. 67, al. 1, let. b LFH. (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 32 ss).

"En raison du caractère ouvert de l'art. 67, al. 1, let. b LFH, il n'est pas interdit au législateur cantonal d'adopter une réglementation "plus favorable" au concessionnaire en ce qui concerne le calcul de l'indemnité équitable. Selon le point de vue défendu ici, la **valeur de remplacement** des installations électriques au moment du retour de concession, déduction faite de la dépréciation due à la dépréciation technique due à l'âge, constitue toutefois la limite légale en dessous de laquelle le canton ne peut pas descendre, car cette valeur doit être considérée comme une indemnisation équitable, donc **juste et appropriée**". (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 36)

3.4.3 Analyse complémentaire du groupe de travail

Les concessions actuelles formalisent l'utilisation d'un droit d'eau concédé à un ou plusieurs acteurs industriels regroupés sous la forme d'une société anonyme. Selon l'International Accounting Standard (IAS) n°16, un actif industriel est une ressource contrôlée par l'entreprise qui se doit de la comptabiliser à son bilan en enregistrant une immobilisation corporelle lorsque des avantages économiques et des risques associés à cet actif doivent aller à l'entreprise. Ce standard précise également que les immobilisations corporelles s'amortissent à un rythme devant refléter la consommation par l'entreprise des avantages économiques liés à l'actif considéré. Pour cela, la notion de durée d'utilité est définie par l'IAS n°16 en fonction de trois aspects : l'usage présumé et attendu de l'actif, son usure physique et son obsolescence technique.

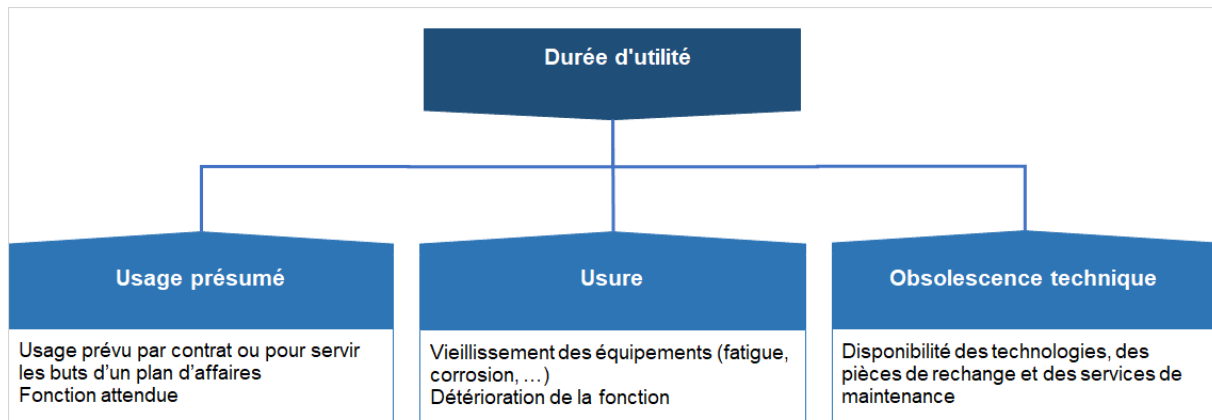


Figure 5 : Définition de la durée d'utilité selon l'IAS n°16 (source : International Accounting Standard 16, 2020)

Le législateur fédéral (art. 67 al. 1a, LFH) a limité la durée d'usage à la durée de la concession des parties d'installation reprises "gratuitement". En revanche, aucune durée d'usage ou d'utilité n'est définie pour les parties d'installation reprises "moyennant une indemnité équitable" (art. 67 al. 1b LFH), ni pour les installations regroupant des parties gratuites et moyennant une indemnité équitable (voir annexe 5.1). Le concessionnaire sortant a droit au paiement d'une indemnité équitable lors du transfert de ces installations.

Dans le cadre de la révision de la LcFH-VS en 1990, le législateur valaisan a tenté de définir ce qu'il entendait par indemnité équitable (art. 56 al. 2 LcFH-VS). Cette définition a été précisée en décembre 2015 par le Conseil d'Etat valaisan. Cette définition ne fait aucun lien avec les valeurs comptables figurant au bilan des sociétés, mais se réfère à la valeur de remplacement au moment du retour de concession. Elle peut être présentée comme suit :

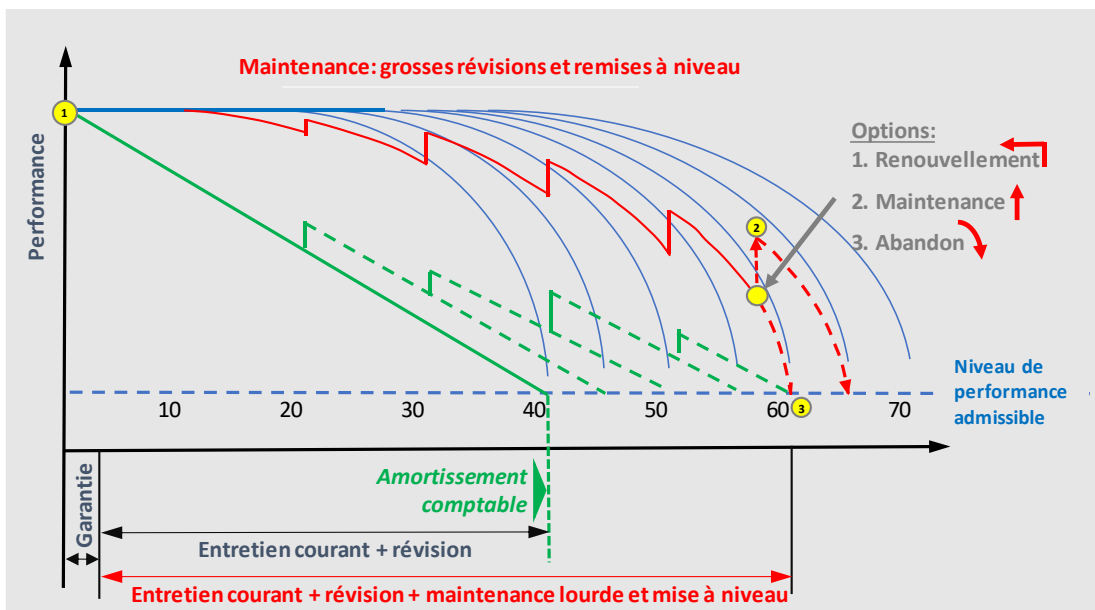
$$\text{Indemnité équitable} = \text{Valeur de remplacement} \times \frac{\text{Durée de vie restante}}{\text{Durée de vie technique}}$$

La valeur de remplacement peut être déterminée au moment de la fin de la concession (par exemple par des offres d'entreprises ou des estimations d'experts) ou être calculée à partir de la valeur de remplacement connue à des dates antérieures, en tenant compte de l'inflation.

Pour empêcher que le droit de retour soit dépouillé de sa valeur économique par une installation dégradée ou présentant trop de risques de dysfonctionnement, le législateur a imposé une obligation de maintenir en état d'être exploitées les installations soumises au droit de retour (art. 67, al. 3 et art. 55, al. 1, LFH).

Par ces dispositions, le législateur reconnaît donc implicitement que le versement d'une indemnité équitable est associé à des avantages économiques futurs qui devraient être sécurisés sur une durée raisonnable, sans pour autant définir cette dernière. Pour satisfaire à leurs obligations légales d'entretien, les concessionnaires sortants disposent de plans de maintenance et d'investissements en fin de concession et au-delà qui précisent les actions qu'ils mèneront.

Le processus de retour de concession gagnerait à reposer sur une approche transparente du concessionnaire sortant qui devrait expliciter les hypothèses retenues pour justifier les durées d'utilité qu'il considère lors du calcul de la valeur intrinsèque de son aménagement en fonction des stratégies de maintenance qu'il a mises en place. Le concédant devrait ensuite employer ses moyens à l'analyse des éléments de preuve





apportés par le concessionnaire sortant pour justifier ses hypothèses et, ainsi, disposer d'une garantie « raisonnable » qu'il achète un actif industriel au juste prix.

Figure 6 : Effet de différentes stratégies de maintenance sur la durée d'utilité d'un actif (source Bulletin VSE/AES 11/2020)

Plusieurs méthodes ont été développées par le passé pour caractériser l'état de fonctionnement de différentes installations. Les premières méthodes, originaires d'Amérique du Nord (Hydropower Asset Management, 2006 ; voir [5]), permettent d'évaluer l'état de santé (ou indice d'état) d'une installation. Elles sont appliquées en Suisse depuis plus de dix ans (voir aussi [3]). L'évolution des indices d'état est un moyen de preuve important pour vérifier la plausibilité des hypothèses relatives à la durée d'utilisation.

3.4.4 Recommandation

Il est fortement recommandé que les concédants soient associés aux décisions d'entretien et de maintenance dix ans avant le retour de concessions, en réalisant une première analyse partagée de l'état de l'installation sur la base des indices d'état (cf. § 3.4.3), accompagnée de plans d'entretien et de maintenance, d'analyses de risques et d'opportunités, ainsi que du suivi des indicateurs de performance (par exemple, apports naturels, production, disponibilité, etc.) permettant au concessionnaire de présenter ses hypothèses et d'en assurer le suivi.

Le concessionnaire et le concédant disposeraient ainsi de tous les éléments pour surveiller l'état des installations et leur disponibilité jusqu'à la fin des concessions et ainsi être en mesure de fixer une juste indemnisation dans une optique de développement durable.

4 Accord sur la valeur résiduelle

4.1 Lois fédérale et cantonales sur les forces hydrauliques

La LFH dispose à l'art. 67, al. 4, que les investissements de modernisation et d'agrandissement peuvent être indemnisés s'ils ont été réalisés en accord avec la communauté concédante. En outre, la méthode de calcul du montant maximal est fixée.

La loi sur l'utilisation des forces hydrauliques du **canton du Valais** (LcFH-VS) dispose que:

Art. 60 LcFH-VS ¹ Les investissements d'agrandissement et de modernisation, qui ont pour objet d'améliorer la qualité ou la quantité d'énergie produite et qui ont été réalisés avec l'assentiment de la communauté qui dispose de la force, donnent lieu à un dédommagement en faveur du concessionnaire lors de l'exercice du droit de retour.

² L'indemnisation ne se rapporte qu'aux installations qui font retour gratuit et correspond au plus à la valeur restante des investissements, compte tenu des taux d'amortissement usuels dans la branche et des fluctuations monétaires.

La loi sur la gestion des eaux du **canton des Grisons** (BWRG) dispose que:

Art. 30 BWRG, ¹ Erneuert der Konzessionär heimfallbelastete Anlageteile und weist er nach, dass sich die Investitionen bis zum Ablauf der Konzession nicht amortisieren lassen, können sich Gemeinden und Kanton auf Antrag an den Investitionen beteiligen.

² Die finanzielle Beteiligung erfolgt aufgrund eines mit dem Konzessionär vereinbarten Zins- und Tilgungsplanes.



4.2 Avis de droit - Aperçu des résultats

"Selon l'art. 67 al. 4 LFH, les investissements de modernisation et d'agrandissement sont indemnisés au concessionnaire lors du retour de concessions si le concessionnaire a effectué la modernisation ou l'agrandissement " en accord avec la communauté titulaire du droit de retour". (...)

Il apparaît ainsi clairement qu'il faut faire une distinction entre les travaux d'entretien au sens de l'art. 67 al. 3 LFH d'une part et les travaux de modernisation ou d'agrandissement au sens de l'art. 67 al. 4 LFH d'autre part. (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 43)

La question de savoir si le concessionnaire a **droit à la conclusion d'une convention sur la valeur résiduelle conformément** à l'art. 67 al. 4 LFH ne ressort pas ni du texte de la loi, ni d'autres documentations, mais pourrait être supposée au vu du sens et du but de l'art. 67 al. 4 LFH. Un droit pourrait toutefois être supposé au vu du sens et du but de l'art. 67 al. 4 LFH. En effet, le but de l'al. 4 de l'art. 67 LFH, introduit par la révision partielle, est d'inciter le concessionnaire "à entreprendre des travaux de transformation, c'est-à-dire à moderniser et/ou à développer l'ouvrage, par des mesures qui lui offrent une plus grande sécurité juridique". (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 44 et s.)

"Tant la LFH que l'OFH (Ordonnance fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques) ne précisent pas ce qu'il faut entendre concrètement par travaux de modernisation et d'agrandissement - en les distinguant des travaux d'entretien selon l'art. 67 al. 3 LFH. Dans le message de 1995 sur la révision partielle de la LFH, il est simplement précisé que les travaux de modernisation et d'agrandissement vont au-delà du "simple entretien" selon l'art. 67 al. 3 LFH. Il apparaît ainsi clairement qu'il faut différencier les travaux d'entretien au sens de l'art. 67 al. 3 LFH, d'une part, et les travaux de modernisation ou d'agrandissement au sens de l'art. 67 al. 4 LFH, d'autre part. Dans son message de 1995 sur la révision partielle de la LFH, le Conseil fédéral a en revanche omis de formuler des critères sur la base desquels la délimitation entre travaux d'entretien et travaux de modernisation ou d'agrandissement pourrait être effectuée" (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 43).

"Le sens et le but de l'art. 67 al. 4 LFH sont donc d'encourager la modernisation et l'agrandissement des installations hydroélectriques. Il convient de rappeler ici que le concessionnaire sera plus enclin à réaliser de tels investissements avant l'échéance de la concession, si une convention sur la valeur résiduelle est conclue avant les investissements, afin d'assurer une sécurité juridique et d'investissement. Les débats parlementaires sur l'art. 67, al. 4 LFH vont également dans ce sens. Ainsi, l'ancien conseiller aux Etats Theo Maissen s'est exprimé comme suit dans le cadre des débats parlementaires sur l'art. 67, al. 4 LFH: "Il est juste que cette modernisation et cet agrandissement, également dans le sens d'une utilisation optimale de l'énergie, soient en principe encouragées et facilitées. Si une société de production d'électricité est prête à procéder à de telles modernisations ou agrandissements, des garanties doivent être données afin qu'elle ne se sente pas flouée en cas d'exercice du droit de retour, dans la mesure où ces investissements ne seraient alors pas pris en compte. Il s'agit d'introduire l'instrument permettant de régler le droit du concessionnaire à l'indemnisation et à la prise en compte des investissements de modernisation et d'agrandissement, toujours en concertation avec la communauté concédante. Dans ce contexte, il apparaît clairement que le législateur a voulu conférer au concessionnaire un droit légal à l'indemnisation pour les investissements de modernisation et d'agrandissement, dans la mesure où ces investissements ont été réalisés en concertation avec la communauté concédante" (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 44 ss).

"Selon le point de vue défendu ici, l'art. 67, al. 4, LFH établit en revanche une réglementation exhaustive, raison pour laquelle les cantons ne peuvent pas fixer d'exigences plus élevées que celles de l'art. 67, al. 4, LFH pour l'indemnisation de la valeur résiduelle, car de telles exigences peuvent rendre



beaucoup plus difficile l'utilisation de la force hydraulique pour la production d'énergie (...). Des exigences cantonales plus strictes en matière d'indemnisation de la valeur résiduelle sont donc, selon le point de vue défendu ici, contraires au droit fédéral".

(HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 119)

"Les dispositions de droit cantonal qui limitent la rétribution des investissements de modernisation et d'extension aux parties hydrauliques de l'installation - comme le prévoit par exemple le canton du Valais à l'art. 60, al. 2, 1^{ère} phrase, LcFH-VS - s'écartent de la réglementation fédérale et sont donc (au moins partiellement) contraires au droit fédéral" (HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, page 113).

En 2015, l'ASAE a demandé un avis de droit concernant "le dédommagement relatif à la valeur résiduelle pour les investissements réalisés dans les centrales hydroélectrique existantes" à Vinzenz&Partner, Coire (M. Giovannini/C. Caluori) [4]. L'avis de droit a établi :

" L'art. 67, al. 4, LFH établit (...) un droit au dédommagement de la valeur résiduelle de l'investissement, pour autant que tous les éléments constitutifs soient réunis. La communauté titulaire du droit de retour ne jouit donc pas d'un pouvoir discrétionnaire en matière de négociations relatives à un dédommagement dans la mesure où la législation fédérale confère un droit à dédommagement au concessionnaire " (Vinzenz&Partner, 2015, page 14).

L'avis de droit précise qu'il ressort des procès-verbaux des débats sur la LFH (1996) que la définition du montant maximal de l'indemnité vise à protéger la communauté contre les prétentions excessives du concessionnaire.

4.3 Analyse complémentaire du groupe de travail

D'une part, une convention sur la valeur résiduelle sert à garantir les moyens financiers engagés par le concessionnaire, pour des investissements qui, au-delà de la durée résiduelle de la concession, sont utiles à la production, prolongent la durée de vie ou augmentent l'efficacité. De telles conventions doivent être conclues pour les parties hydrauliques, électriques et autres parties de l'installation nécessaires à l'exploitation. Ce n'est qu'ainsi que le concessionnaire obtient une sécurité d'investissement suffisante. D'autre part, ces conventions sont voulues par le législateur afin d'encourager une utilisation efficace de l'énergie hydraulique.

Il y a **modernisation** lorsque l'investissement va au-delà de l'entretien courant. Dans l'avis de droit, la maintenance habituelle est décrite comme un simple entretien. Il y a modernisation lorsque, par exemple, une mesure permet de prolonger la durée de vie au-delà de la fin de la concession et que l'investissement peut ne pas être fait sans rendre l'exploitation impossible.

Il y a investissement dans des **agrandissements** lorsque des fonctions supplémentaires ou étendues deviennent possibles. Une adaptation de la concession est la preuve d'un agrandissement. Cependant, du point de vue du groupe de travail, une adaptation de la concession n'est pas nécessaire pour chaque agrandissement, lorsque par exemple des développements technologiques ouvrent de nouvelles possibilités. De tels agrandissements peuvent également être mis en œuvre sans adaptation de la concession.

4.4 Recommandation

Sur la base des deux avis de droit mentionnés, le groupe de travail conclut que la communauté concédante doit non seulement se montrer ouverte à la négociation d'une convention sur la valeur résiduelle de



l'investissement global, mais que c'est une obligation. Ceci pour la simple et bonne raison qu'il s'agit de donner du poids à la promotion de l'énergie hydraulique, comme l'exige la LFH.

Pour le développement de l'énergie hydraulique, il serait utile de connaître un cadre clair pour les accords sur la valeur résiduelle sans devoir faire clarifier chaque cas par les autorités. Cela pourrait être mis en œuvre par le biais d'un **contrat-cadre** auquel les différentes mesures de modernisation et d'agrandissement pourraient être intégrées étape par étape.

Le **calcul des valeurs résiduelles** des parties électriques, hydrauliques et des autres parties de l'installation nécessaires à l'exploitation doit être effectué de la même manière que celui de l'indemnité équitable. La valeur de remplacement doit être fixée de manière à ce que les investissements effectifs pour la modernisation ou l'agrandissement tiennent compte de la modification de la valeur monétaire jusqu'au moment du retour de concession. La convention sur la valeur résiduelle ne doit pas se limiter aux parties hydrauliques de l'installation, même si l'indemnisation équitable selon la LFH est prescrite pour les parties électriques de l'installation et qu'aucune méthode d'évaluation n'est donnée pour les autres parties de l'installation. Une convention globale est nécessaire pour obtenir une sécurité d'investissement sans équivoque pour la communauté concédante et le concessionnaire.

Si aucun accord ne peut être trouvé entre la communauté concédante et le concessionnaire, une clarification par voie judiciaire doit éventuellement être engagée.

5 Annexe

5.1 Portée du droit de retour et durée d'utilisation des éléments de l'installation

L'ASAE a élaboré une proposition pour l'affectation des parties d'installation soumises au droit de retour et a listé la durée d'utilisation attendue en années. Cette proposition est indiquée dans le tableau après la légende et doit être adaptée au cas par cas en fonction de l'installation.

Légende

o.E.	Ohne Entschädigung heimfällig = unentgeltliche Übernahme	Sans indemnisation par suite de retour de concession = retour gratuit
m.E.	Mit Entschädigung heimfällig = Übernahme gegen billige Entschädigung	Avec indemnisation par suite de retour de concession = retour contre une indemnité équitable (retour onéreux)
n.H.	Übrige betriebsnotwendige Anlageteile, nicht heimfallbelastet	Autres parties de l'installation nécessaires à l'exploitation, mais non soumises au droit de retour
k.H.	Kein Heimfallssubstrat = betrieblich nicht notwendige Anlageteile	Parties de l'installation non nécessaires à l'exploitation, ne fait pas partie du périmètre du droit de retour

Ouvrage de prise d'eau	Attribution au droit de retour				Durée d'utilisation ASAE	
	o.E.	m.E.	n.h.	n.d.	min. [a]	max [a]
Bien-fonds	X					∞
Droits de tiers associés (droit de construction, droit de passage pour piétons et véhicules, droit de passage ou autres)	X					∞
Prise d'eau, dégraisseur, dessableur	X				100	160
Échelle à poissons	X				40	100
Dispositif de dotation	X				40	70
Mise à la terre et protection contre la foudre	X				40	70
Dégrilleur, grille, vanne, clapet	X				40	50
Distribution électrique, éclairage, câble de communication	X				40	50
Commande locale/régulateurs/appareils de mesure	X				10	25

Barrage	Attribution au droit de retour				Durée d'utilisation ASAE	
	o.E.	m.E.	n.h.	n.d.	min. [a]	max [a]
Bien-fonds	X					∞
Droits de tiers associés (droit de construction, droit de passage pour piétons et véhicules, droit de passage ou autres)	X					∞
Mur en béton	X				100	160
Bassin de compensation	X				100	160
Remblai de la digue	X				100	160
Injection/écran d'étanchéité	X				100	160
Galerie d'accès	X				100	160
Échelle à poissons	X				100	160
Digue (constr. acier), vanne de barrage, écluses, évacuateur de crues	X				100	160
Prise d'eau avec grille, batardeau	X				60	120



Barrage (suite)	o.E.	m.E.	n.h.	n.d.	min. [a]	max [a]
Vidange, vidange de fond	X				60	120
Distribution électrique, éclairage, câble de communication	X				40	50
Mise à la terre et protection contre la foudre	X				40	50
Centrale d'alarme-eau/maison du gardien	X				40	70
Technique de mesure de surveillance des barrages	X				10	25
Régulateur du régime hydraulique	X				10	25

Arrivée et évacuation de l'eau	Attribution au droit de retour				Durée d'utilisation ASAE	
	o.E.	m.E.	n.h.	n.d.	min. [a]	max [a]
Bien-fonds	X					∞
Droits de tiers associés (droit de construction, droit de passage pour piétons et véhicules, droit de passage ou autres)	X					∞
Galerie d'accès libre, galerie d'alimentation	X				100	160
Galerie d'amenée, d'adduction	X				100	160
Galerie tubulaires	X				100	160
Voie d'eau, canaux d'eau	X				100	160
Château d'eau, canaux de distribution	X				100	160
Canal sous-marin	X				100	160
Puit blindé	X				100	160
Conduite forcée	X				60	120
Organe de coupure, y compris commande hydraulique. (vannes, robinets-vannes, vannes papillon, vannes à bille)	X				60	120
Distribution électrique, éclairage, câble de communication	X				40	50
Commande/régulateurs/appareils de mesure	X				10	25

Turbine, bâtiment et sol	Attribution au droit de retour				Durée d'utilisation ASAE	
	o.E.	m.E.	n.h.	n.d.	min. [a]	max [a]
Bien-fonds	X					∞
Droits de tiers associés (droit de construction, droit de passage pour piétons et véhicules, droit de passage ou autres)	X					∞
Turbine avec régulateur de turbine	X				60	120
Système de lubrification	X				60	120
Bâtiment pour moteur à eau	X				100	160
Caverne pour moteur à eau	X				100	160
Distribution électrique, éclairage, câble de communication	X				40	50
Serrurerie, dispositif de fermeture	X				25	40

Produire et transmettre l'énergie	Attribution au droit de retour				Durée d'utilisation ASAE	
	o.E.	m.E.	n.h.	n.d.	min. [a]	max [a]
Bien-fonds			X			∞
Droits de tiers associés (droit de construction, droit de passage pour piétons et véhicules, droit de passage ou autres)			X			∞
Canal à câble électrique		X			100	160
Générateur/excitatrice		X			60	120



Système de refroidissement, système de lubrification		X			60	120
Câble/ligne (HT/MT)		X			40	50
Tableau de distribution, interrupteur, sectionneur (HZ/MT)		X			40	50
Dispositif de protection		X			10	25
Produire et transmettre l'énergie (suite)	o.E.	m.E.	n.h.	n.d.	min. [a]	max [a]
Passage de câbles		X			40	50
Transformateur		X			40	70

Parties de l'installation nécessaires à l'exploitation, mais non soumises au droit de retour	Attribution au droit de retour				Durée d'utilisation ASAE	
	o.E.	m.E.	n.h.	n.d.	min. [a]	max [a]
Bien-fonds pour p. ex. station de commutation, câbles, téléphérique, alimentation de secours			X			∞
Droits de tiers associés (droit de construction, droit de passage pour piétons et véhicules, droit de passage ou autres)			X			∞
Bâtiment (maison du gardien, centrale technique, station de pompage)			X		100	160
Caverne ne servant pas à une centrale (p. ex. transformateur)			X		100	160
Accès aux parties de l'installation nécessaires à l'exploitation, pour autant qu'elles soient la propriété du concessionnaire, p. ex. à la centrale, au barrage (routes, ponts, chemins, galeries)			X		100	160
Pompe de circulation avec moteur/câble/transformateur/interrupteur	X				60	120
Pompe d'alimentation (pas de pompe de circulation) avec moteur/câble/transformateur/interrupteur			X		40	50
Installation d'irrigation/de drainage si nécessaire pour l'exploitation (eau de barrage)			X		40	100
Funiculaire			X		40	100
Grue/équipement de levage			X		40	70
Téléphérique, treuil			X		40	70
Mise à la terre et protection contre la foudre			X		40	70
Dispositif auxiliaire			X		40	50
Installation d'air comprimé			X		40	50
distribution électrique, éclairage, communication			X		40	50
Technique du bâtiment (CVC)			X		40	50
Besoin propre (AC, DC, distributions)			X		40	50
Câble de commande et ligne d'alimentation électrique Prise d'eau			X		40	50
Protection contre l'incendie/installation d'extinction			X		25	40
Ascenseur pour le transport de marchandises			X		25	40
Énergie de secours/générateur diesel			X		25	40
Pile			X		10	25
Compteur			X		10	25
Installation de mesure (TI, TP Nr. 28+31)			X		10	25
Étude			X		10	25
Concession (coûts activés en cas de retour anticipé à domicile)			X		dépendant Concession	
Pièce de rechange			X		non défini	

Attribution au droit de retour	Durée d'utilisation ASAE
--------------------------------	--------------------------



Éléments de l'installation non nécessaires à l'exploitation	o.E.	m.E.	n.h.	n.d.	min. [a]	max [a]
Bien-fonds pour les bâtiments annexes, les voies d'accès, le poste de distribution,				X		∞
Droits de tiers associés (droit de construction, droit de passage pour piétons et véhicules, droit de passage ou autres)				X		∞

Éléments de l'installation non nécessaires à l'exploitation	o.E.	m.E.	n.h.	n.d.	min. [a]	max [a]
Dépendance, atelier, bâtiment administratif				X	100	160
Route, pont, chemin, galerie qui ne sont pas nécessaires à l'exploitation				X	100	160
Installation d'irrigation/drainage, approvisionnement en eau/réseau, Eaux usées				X	100	160
Protection contre les avalanches, dispositif de protection				X	40	70
Chauffage/climatisation/ventilation pour les bâtiments annexes, etc.				X	40	50
Réseau de distribution de la vallée				X	40	50
Appareil de mesure				X	40	50
Ascenseur pour le transport de personnes				X	25	40
Véhicule, moyens d'exploitation				X	10	25
Système de commande, y compris les lignes de données				X	10	25
Communication, installations informatiques (portable, PC, écran)				X	5	10

Illustration 7: Tableau des parties d'installation

6 Bibliographie

- [1] P. Hettich, S. Rechsteiner, J. Drittenbass et N. Graefen, «Heimfall im Wasserrecht: Dogmatik und ausgewählte Rechtsfragen» publié dans «Schriften zum Energierecht», 2022
- [2] N. Rouge, O. Bernard : Vers des valeurs intrinsèques fin de concession hydraulique maîtrisées, Bulletin VSE/AES 11/2020 (également en allemand: *Wertermittlung am Ende der Konzession*)
- [3] N. Rouge, O. Bernard : Clause de performance dans le retour de concessions, Bulletin VSE/AES 12/2022 (également en allemand: *Mit Leistungsklausel Heimfall vereinfachen*)
- [4] M. Giovannini, C. Caluori : Rechtsgutachten über die Restwertentschädigung für Investitionen in beste-hende Wasserkraftwerke (également en français: *le dédommagement relatif à la valeur résiduelle pour les investissements réalisés dans les centrales hydroélectrique existantes*". Sur mandat de l'Association suisse pour l'aménagement des eaux, 2015)
- [5] Using Condition Assessments and Risk-Based Economic Analyses, Hydropower Asset Management, sept. 2006, (US Department of the interior, HYDRO Québec, US Army Corps of Engineers, Bonneville Power Administration)



Schweizerischer Wasserwirtschaftsverband
Association suisse pour l'aménagement des eaux
Associazione svizzera di economia delle acque