

Droit de retour, et maintenant?

Un guide de l'ASAE...

Stephan Bütler, Thomas Erzinger, Nicolas Rouge

Résumé

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 ces dernières ne soient prêtes à renoncer à l'exercice du droit de retour et à entamer un processus de renouvellement de concession avec les concessionnaires actuels. De nombreuses questions juridiques, économiques et techniques se posent dès lors sur le thème du retour de concession. L'ASAE a élaboré une liste de questions sélectionnées 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) l'accord sur la valeur résiduelle et veut ainsi fournir une base pour l'entrée dans les négociations à venir.

Zusammenfassung

In den nächsten Jahrzehnten laufen Konzessionen von dutzenden Schweizer Wasserkraftwerken aus. Es kommt zum Heimfall an die heimfallberechtigten Gemeinwesen – ausser das verfügbare Gemeinwesen ist bereit zu einem Neukonzessionsierungsprozess zusammen mit dem bestehenden Konzessionär. Aufgrund dieser Ausgangslage stellen sich zahlreiche rechtliche, wirtschaftliche und technische Fragen zum Thema Heimfall. Der SWV hat eine Auslegeordnung von ausgewählten Fragestellungen wie i) Heimfallverfahren, ii) Heimfallsubstrat, iii) Billige Entschädigung, iv) Betriebsfähigkeit und v) Restwertvereinbarung vorgenommen und will damit eine Grundlage für den Einstieg in die anstehenden Verhandlungen bereitstellen.

Entre les années 2030 et 2045, une partie des concessions de droits d'eau (concessions) des grandes installations hydroélectriques arrivera à échéance. Indépendamment du fait que le droit de retour soit exercé ou non par la collectivité bénéficiaire du droit de retour, de nombreuses questions juridiques, économiques et techniques se posent du point de vue des exploitants de centrales hydroélectriques ainsi que des actionnaires des sociétés en rapport avec l'échéance des concessions. L'Association suisse pour l'aménagement des eaux (ASAE) a donc décidé de commander un avis de droit afin de clarifier les aspects juridiques et d'en retracer en partie l'historique.

Un groupe de travail de l'ASAE composé de diverses entreprises membres¹ a, sous la direction de l'ASAE, mandaté dans un premier temps le cabinet d'avocats Vischer AG pour rédiger un avis de droit sur des questions générales et choi-

sies telles que 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) l'accord sur la valeur résiduelle. L'avis de droit a été publié dans une version remaniée sous forme d'un livre dans *Schriften zum Energierecht (Hettich, Rechsteiner, Drittenbass, Graefen, 2023)*. Dans un deuxième temps, le groupe de travail a discuté de la mise en œuvre des résultats et les a rassemblés dans un guide (*Guide du droit de retour, 2023*). Celui-ci sert de guide aux exploitants de centrales hydroélectriques, notamment pour la préparation et l'entrée dans la thématique du retour de concessions, ainsi que comme argumentaire pour les négociations à venir.

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 sur le droit de

retour dans une concession s'appliquent même si la loi prévoit d'autres règles. Le guide de l'ASAE se limite principalement à appliquer la législation, dans tous les cas et sujets et dans tous les domaines où les concessions ne précisent rien.

Règles applicables

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.

Selon l'art. 49 de la Constitution fédérale (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.

Le droit fédéral relatif au droit de retour est réglé dans la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH). Le cadre législatif cantonal est ainsi prédéfini. S'il y a lieu de craindre qu'une loi cantonale soit contraire à la LFH, la personne concernée peut demander, dans le cadre d'une procédure de recours, que la disposition contraire au droit fédéral ne soit pas appliquée.

Délais et procédures

La LFH ne prévoit pas de délai explicite pour l'annonce de l'exercice du droit de retour par la communauté concédante. Compte tenu du délai de cinq ans prescrit pour le rachat d'une concession, on peut en déduire que l'annonce de l'exercice

¹ Groupe de travail de l'ASAE: S. Bütler (BKW Energie AG), C. Busenhardt (ewz – Dienstabteilung des Departements der Industriellen Betriebe der Stadt Zürich), G. Conrad (Kraftwerke Hinterrhein AG), T. Erzinger (Axpo Power AG), B. Lurati (Azienda Elettrica Ticinese), M. Piot (ASAE) et N. Rouge (Alpiq SA)



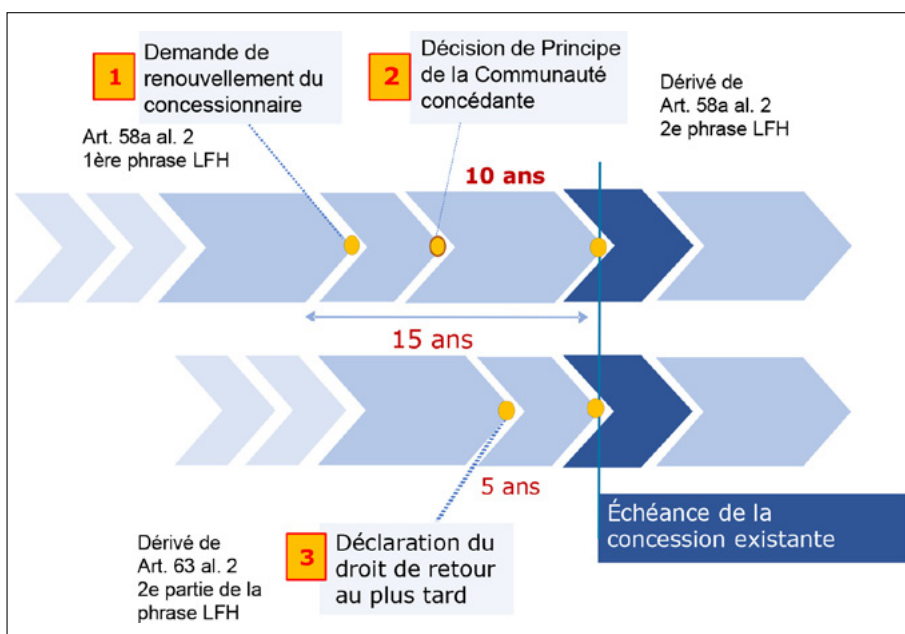


Figure 1: Délais implicites pour l'annonce de l'exercice du droit de retour.

du droit de retour devrait également être faite au plus tard cinq ans avant l'échéance. Si le concessionnaire a déposé une demande de renouvellement de la concession au moins 15 ans avant l'échéance, on peut s'attendre à l'annonce de l'exercice du droit de retour dix ans avant l'échéance. Comme le droit de retour nécessite des clarifications importantes, il est judicieux pour le concessionnaire et la communauté concédante bénéficiaire de se mettre d'accord suffisamment tôt sur la procédure, les contenus et les délais.

Portée du droit de retour

La portée du droit de retour comprend les parties de l'installation qui sont nécessaires pour que la centrale hydroélectrique puisse

remplir sa fonction opérationnelle. La procédure permettant de définir les parties d'une centrale hydroélectrique faisant l'objet du droit de retour se déroule en deux étapes. Cette procédure est présentée dans (Hettich, Rechsteiner, Drittenbass, Graefen, 2023).

- 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 2 illustre la procédure en deux étapes.

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.

Le guide de l'ASAE contient une liste pratique de la manière dont les parties de l'installation doivent être concrètement attribuées. En outre, le guide contient des durées d'utilisation attendues sur la base des expériences des exploitants de centrales hydroélectriques.

Obligation d'entretien

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

Selon Hettich, Rechsteiner, Drittenbass, Graefen, 2023, l'obligation d'entretien se

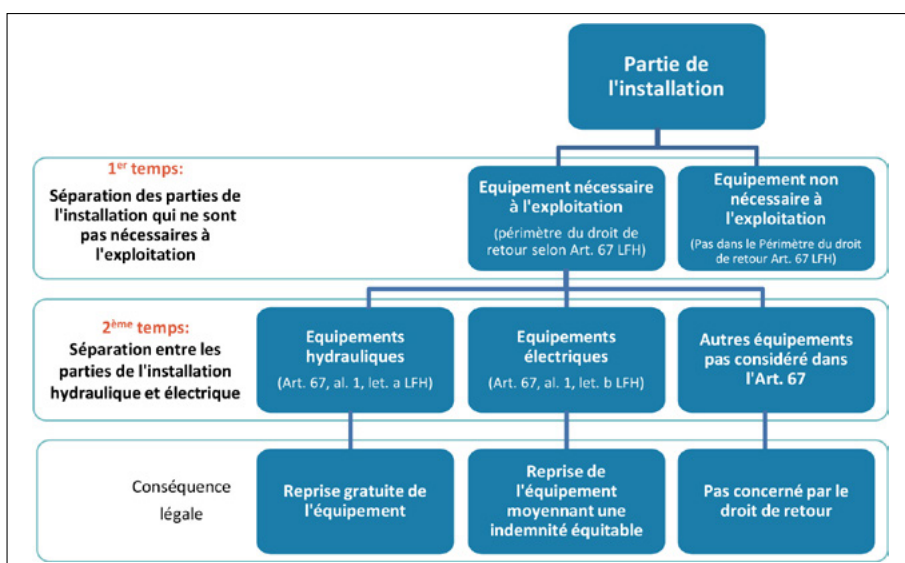


Figure 2: Représentation pour la détermination du périmètre des installations faisant l'objet du droit de retour (Hettich, Rechsteiner, Drittenbass & Graefen, 2023).

lon 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'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. Un entretien futur n'est pas dû en vertu de l'art. 67, al. 3, 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.

En fait, il existe différents types de maintenance: corrective (différée ou d'urgence), systématique, programmée, prédictive, prévisionnelle et préventive. La stratégie de maintenance est un arbitrage entre les coûts d'exploitation, les risques et la disponibilité de l'installation à court, moyen et long terme. 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.

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».

Indemnité équitable

La LFH ne contient aucune définition de ce qu'est une indemnité équitable ou de la manière dont elle devrait 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: «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.». Les auteurs de *Hettich, Rechsteiner, Drittenbass, Graefen, 2023* arrivent à la conclusion suivante: «Au moment du retour de concession, le concessionnaire doit à la communauté concédante, une installation en état de fonctionnement ou intacte. Il découle de cette logique que l'indemnité équitable doit correspondre à la valeur de remplacement de parties d'installations électriques fonctionnelles au moment du retour, déduction faite de la dépréciation de valeur due à la dépréciation technique due à l'âge. En revanche, la valeur de rendement n'est pas due, car la communauté concédante ne doit pas une indemnisation complète pour la reprise des parties d'installations électriques, mais seulement une indemnisation juste et équitable».

La dépréciation technique liée à l'âge peut être définie à partir du concept de durée d'utilité en tenant compte de trois facteurs définis dans la norme de l'International Accounting Standard (IAS) (voir également *Rouge & Bernard, 2020; Rouge & Bernard, 2022*): l'usage présumé et attendu de l'actif, son usure physique et son obsolescence technique.

Une indemnité raisonnable se calcule selon la formule

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

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,

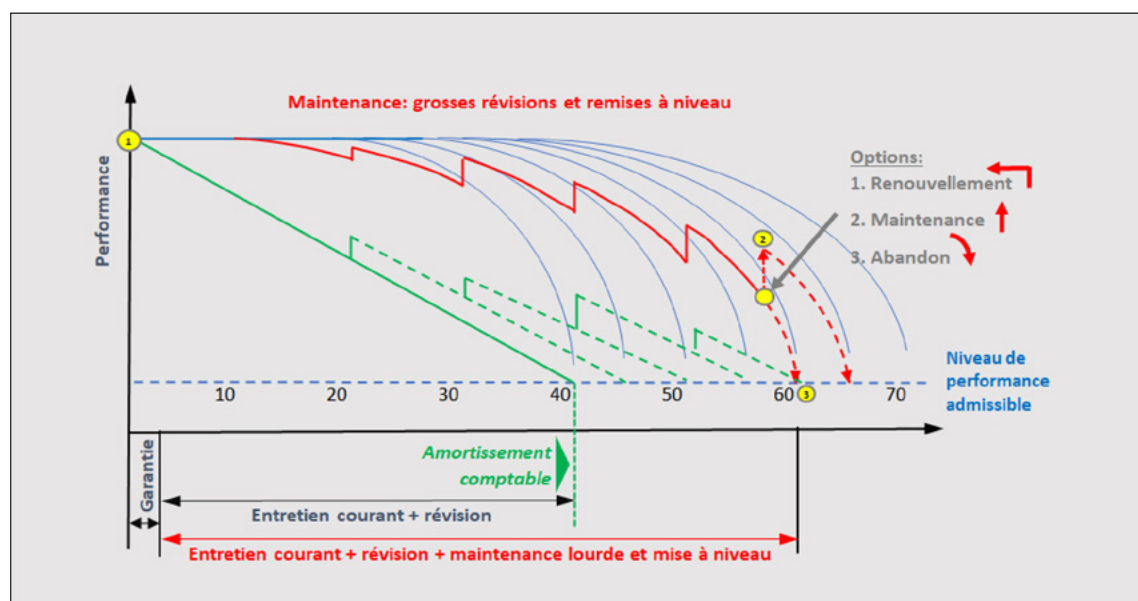


Figure 3: Effet de différentes stratégies de maintenance sur la durée d'utilité d'un actif. (Rouge & Bernard, 2020); Rouge & Bernard, 2022).

en tenant compte de l'inflation. L'indemnité équitable ne se réfère toutefois en aucune manière aux valeurs comptables figurant dans les bilans des sociétés, car d'une part, celles-ci ne tiennent pas compte du renchérissement et, d'autre part, la durée d'utilisation d'une nouvelle installation a été fixée en ignorant la durée de vie technique possible suite à la stratégie d'entretien, à la qualité des installations et aux répercussions sur l'environnement.

La définition de la durée d'utilité technique est influencée par la maintenance passée et future. Si celle-ci a été importante jusqu'à présent et que des mises à niveau ont été effectuées, cela peut prolonger la durée d'utilité réelle et doit être pris en compte pour déterminer l'indemnité équitable. La *figure 3* illustre les effets de différentes stratégies de maintenance sur la maintenance.

Il est essentiel de tenir compte de l'état réel des installations lors de l'évaluation de l'indemnité équitable.

L'ASAE recommande 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.

Accord sur la valeur résiduelle

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.

Selon *Hettich, Rechsteiner, Drittenbass, Graefen, 2023* et *Giovannini & Caluori, 2015* 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.

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, mais pas une condition.

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.

Conclusion

Le retour de concession dans le droit de l'eau est complexe. Les bases légales et les dispositions des concessions laissent des questions juridiques, économiques et techniques en suspens. De plus, elles laissent souvent place à différentes interprétations et points de vue. Le groupe de travail de l'ASAE s'est efforcé d'élaborer une base solide pour les discussions à venir sur le droit de retour, en se basant sur l'avis de droit *Hettich, Rechsteiner, Drittenbass, Graefen, 2023*. De l'avis du groupe de travail, une prise de contact précoce entre la communauté concédante et le concessionnaire, ainsi qu'une consolidation des différentes interprétations et points de vue simplifient les négociations à venir sur le retour des concessions.

Sources:

Giovannini, M.; Caluori, C.: Rechtsgutachten über die Restwertentschädigung für Investitionen in bestehende Wasserkraftwerke (également en français: le dédommagement relatif à la valeur résiduelle pour les investissements réalisés dans les centrales hydroélectriques existantes. Sur mandat de l'Association suisse pour l'aménagement des eaux, 2015).
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, SWV, 2023

Hettich, GP.; Rechsteiner, S.; Drittenbass, J.; Graefen, N.: Heimfall im Wasserrecht: Dogmatik und ausgewählte Rechtsfragen. In: Schriften zum Energierecht Band 28. Dike Verlag, juin 2023.

Rouge, N.; Bernard, O.: Vers des valeurs intrinsèques fin de concession hydraulique maitrisées, Bulletin VSE/AES 11/2020 (également en allemand: Wertermittlung am Ende der Konzession)

Rouge, N.; Bernard, O.: Clause de performance dans le retour de concessions, Bulletin VSE/AES 12/2022 (également en allemand: Mit Leistungsklausel Heimfall vereinfachen)

Auteurs:

Stephan Bütler, BKW Energie AG, 3013 Bern, stephan.buetler@bkw.ch
Thomas Erzinger, Division Hydroenergie & Biomasse, Axpo Power AG, 5401 Baden, thomas.erzinger@axpo.com
Nicolas Rouge, Alpiq SA, 1001 Lausanne, nicolas.rouge@alpiq.com