



13.04.2016

Extension du droit d'utilisation de l'eau par l'avenant à la concession

Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3223 « Améliorer l'efficacité des centrales hydrauliques sans obligation de renouvellement de la concession » du 15 mars 2012 du conseiller national Bernhard Guhl



Table des matières

| | |
|---|----|
| 1. Résumé | 3 |
| 2. Introduction | 3 |
| 2.1. Contexte | 3 |
| 2.2. Postulat Guhl | 4 |
| 2.3. Procédure suivie pour donner suite au postulat | 5 |
| 3. Aspects juridiques | 5 |
| 3.1. Bases légales fédérales | 5 |
| 3.2. Bases légales cantonales | 7 |
| 3.3. Jurisprudence du Tribunal fédéral | 7 |
| 3.4. Résultat intermédiaire: admissibilité des avenants aux concessions | 8 |
| 3.5. Nature de la concession et de l'avenant à la concession | 9 |
| 3.6. Nécessité d'adapter le droit actuel en cas de renouvellement de la concession ou d'avenant à la concession | 9 |
| 3.7. Critères de délimitation | 10 |
| 4. Modifications législatives | 11 |
| 4.1. Conséquences pour les actes législatifs fédéraux | 11 |
| 4.2. Conséquences pour les législations cantonales | 12 |
| 5. Conclusion | 12 |



1. Résumé

L'instrument de l'avenant à la concession n'est pas encore réglementé dans le droit fédéral, mais il est appliqué depuis de nombreuses années par certaines autorités compétentes en matière d'octroi de concessions à l'échelle fédérale et cantonale. Le présent rapport démontre que la disposition de l'avenant est admis et expose la raison pour laquelle il est judicieux de l'inscrire dans la loi au niveau fédéral. Il explique en outre qu'une extension de l'utilisation à des conditions facilitées correspond aux objectifs de la Stratégie énergétique 2050. Enfin, il présente les adaptations légales nécessaires et les problèmes de délimitation qui se posent.

Par nouvelle concession, on entend le premier octroi d'une concession. Un renouvellement de la concession au sens de l'art. 58a de la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH; RS 721.80) signifie un renouvellement du droit d'utilisation de l'eau. En revanche, un avenant à la concession permet d'étendre, dans une mesure limitée, un droit d'utilisation de l'eau déjà conféré en cours de concession (cf. ch. 2.1 et 3.5). L'octroi d'un avenant à la concession nécessite une procédure ordinaire.

2. Introduction

2.1. Contexte

La construction de centrales hydrauliques nécessite des investissements considérables. Pour que les exploitants aient le temps de les amortir, les collectivités publiques qui disposent de la souveraineté sur les eaux accordent des droits d'utilisation de plusieurs années. Par le fait de la concession, le concessionnaire acquiert dans les limites de l'acte de concession le droit d'utiliser le cours d'eau (art. 43, al. 1, LFH). Une fois concédé, le droit d'utilisation ne peut être retiré ou restreint sauf pour cause d'utilité publique et moyennant indemnité (art. 43, al. 2, LFH). Le cadre légal peut évoluer au cours des longues périodes de concession allant jusqu'à 80 ans. L'obligation d'assainir les débits résiduels, instaurée par l'art. 80 de la loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LEaux; RS 814.20), est un exemple édifiant. Mais le marché de l'électricité et les conditions qui prédominent sur le tronçon faisant l'objet de la concession peuvent aussi changer. A l'aune de cette situation nouvelle, il est en partie nécessaire, en partie utile de procéder à des transformations des centrales hydrauliques. Les adaptations les plus diverses sont envisageables – p. ex. accroître l'efficacité, capter de nouveaux cours d'eau, rehausser la retenue ou créer d'autres possibilités de stockage.

Les modifications de la construction ou de l'exploitation d'installations dans le but d'utiliser la force hydraulique nécessitent en général un ajustement de la concession existante. L'une des difficultés tient à l'impossibilité d'adapter rapidement et librement les concessions à une nouvelle réalité. La plupart du temps, ces procédures sont plus longues que les procédures de demande d'autorisation de construire, en particulier lorsque le droit cantonal, contrairement au droit fédéral, prévoit une procédure d'octroi de concessions et d'autorisations de construire en deux étapes. Pour toute modification qui n'est pas prévue dans la concession existante, l'autorité concédante doit établir s'il est possible de ne modifier qu'une partie de la concession ou s'il est nécessaire de renouveler la concession pour toute l'installation. La délimitation est difficile, car le droit fédéral ne formule pas de dispositions précises quant à l'adaptation de l'utilisation en cours de concession et à l'octroi d'avenants. D'aucuns contestent même l'admissibilité de l'instrument de l'avenant à la concession. Le fait est que le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), par



exemple, et le Département fédéral de l'intérieur (DFI), qui en avait la responsabilité avant lui, ont octroyé par le passé des avenants aux concessions à plusieurs centrales frontalières sur le Haut-Rhin dans le but d'accroître le débit utilisable, en accord avec l'autorité allemande compétente. En 1938 déjà, la société d'exploitation de la centrale de Reckingen a obtenu un avenant pour une extension de l'utilisation de l'eau du Rhin. Plusieurs avenants à durée déterminée ont été délivrés à l'exploitant de la centrale de Ryburg-Schwörstadt entre 1940 et 1984. En 2011, le DETEC a octroyé un avenant à la société Nant de Drance SA. L'exploitant devait avoir la possibilité de surélever le barrage du Vieux-Emosson. Par cet avenant, le DETEC lui a accordé le droit d'augmenter la hauteur de chute et d'accroître la puissance. A travers cette pratique, les autorités fédérales ont relevé que selon elles, l'autorisation d'une extension de l'utilisation par un avenant à la concession est conforme au droit fédéral malgré l'absence d'une réglementation explicite au niveau fédéral. Certains cantons prévoient des dispositions légales concrètes, qui varient néanmoins d'un canton à l'autre.

Dans la Stratégie énergétique 2050 du Conseil fédéral, la force hydraulique est la principale source d'électricité d'origine renouvelable. Cette stratégie vise un renforcement considérable de l'utilisation de la force hydraulique. A cet égard, il importe que les projets d'aménagement opportuns qui entraînent une augmentation de la production ou une amélioration de la valeur énergétique (p. ex. stockage) d'installations existantes puissent être concrétisés rapidement, et non lors du renouvellement de la concession, qui intervient le cas échéant bien plus tard. D'après les objectifs du Conseil fédéral, les transformations et agrandissements des centrales hydrauliques doivent permettre de réaliser l'objectif stratégique de près d'un tiers pour la force hydraulique. Cet objectif ne dégage toutefois pas de l'obligation d'assainissement au sens des art. 80 ss LEaux. Il est donc indispensable d'observer les dispositions de la LEaux en vigueur à l'aune des objectifs de la Stratégie énergétique 2050. La loi prévoit notamment la nécessité de prendre des mesures visant à revitaliser les cours d'eau, à assainir les éclusées, à rétablir le régime de charriage, à améliorer la migration piscicole et à assainir les tronçons à débit résiduel. En d'autres termes, il est nécessaire de tenir compte de tous les intérêts et exigences en examinant les modifications d'installations possibles sur un site et le type de concession qui permet de les autoriser dans le cas d'espèce.

2.2. Postulat Guhl

Le 15 mars 2012, le conseiller national Bernhard Guhl a déposé le postulat 12.3223 «Améliorer l'efficacité des centrales hydrauliques sans obligation de renouvellement de la concession». Il a ainsi chargé le Conseil fédéral d'examiner comment modifier le droit pour permettre aux exploitants de centrales hydrauliques d'aménager celles-ci ou d'accroître leur efficacité et leur puissance sans que cela présuppose un renouvellement de la concession.

Le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat le 23 mai 2012. Dans son avis, il a relevé qu'il estimait judicieux d'examiner les dispositions légales. En cas d'adoption, il y a lieu de vérifier «comment les demandes formulées dans le postulat peuvent être satisfaites sans réduire à néant l'essence du compromis conclu dans le cadre de la loi sur la protection des eaux de 1991». Le Conseil national a adopté le postulat le 28 septembre 2012.

Dans son développement, le postulat fait valoir les arguments suivants:

«Au mois de février 2012, plusieurs associations de défense de l'environnement ont demandé que les centrales de la société Zervreila AG fassent l'objet d'une nouvelle concession au motif que cette société, au moyen du projet de dérivation de Lugnez, souhaitait accroître de 15 pour cent la quantité



d'énergie produite annuellement en augmentant la quantité d'eau turbinée. Pourtant, cet aménagement n'entraînerait aucune modification ou augmentation de la puissance des installations existantes. Et cet exemple ne fait que préfigurer d'autres demandes du même genre qui ne manqueront pas d'être faites.

La question de savoir s'il faut dans un tel cas renouveler la concession a été posée à plusieurs reprises par le passé.

Comme chaque renouvellement de concession s'accompagne d'un risque important que l'assainissement prévu par l'article 31 de la loi sur la protection des eaux entraîne une diminution de la production de la centrale, il risque de nuire à la production énergétique.

On s'attendrait a priori à ce que toutes les parties travaillent ensemble à rechercher un accroissement de l'efficacité et de la puissance des centrales hydrauliques et à faire en sorte que les projets qui vont dans ce sens soient réalisés dans les meilleurs délais. Or, le renouvellement d'une concession prend à lui seul plusieurs années et retarde, voire empêche, des projets pourtant raisonnables. En outre, renouveler une concession lorsque l'échéance de la concession en cours est encore lointaine n'a guère de sens. En tout état de cause, il devrait être possible de procéder à certaines modifications touchant le débit ou les captages sans être obligé pour autant de renouveler la concession pour tout l'aménagement.»

2.3. Procédure suivie pour donner suite au postulat

Dans un premier temps, l'analyse a porté sur les bases légales fédérales. Les bases légales cantonales ont alors été examinées au regard de l'ancrage des avenants aux concessions et la jurisprudence du Tribunal fédéral à la recherche d'éléments correspondants. Un groupe d'accompagnement a aussi débattu de la thématique formulée dans le postulat avec les divers milieux intéressés. Des représentants des cantons, des associations de défense de l'environnement, de la branche et des autorités fédérales ont pris part au débat. Plusieurs questions ont fait l'objet de discussions controversées.

3. Aspects juridiques

3.1. Bases légales fédérales

La LFH comprend des principes sur l'octroi des concessions hydrauliques ainsi que sur la teneur obligatoire et facultative de la concession, et laisse aux cantons une marge de manœuvre pour organiser les procédures dans les limites du droit fédéral.

La LFH ne comporte en revanche aucune disposition sur les extensions d'utilisations pour les concessions en cours. On ne sait pas si l'absence de réglementation constitue une vraie lacune dans la loi ou si le législateur a laissé la question ouverte en connaissance de cause (silence qualifié). La genèse de la LFH semble toutefois indiquer une lacune, car la loi portait sur l'octroi (pour la première fois) de concessions hydrauliques lors de l'apparition de la force hydraulique au début du siècle dernier et qu'il n'était pas (encore) question d'une extension de l'utilisation en cours de concession.

Comme la LFH ne se prononce pas sur les extensions d'utilisations pour les concessions en cours, la question se pose de savoir s'il existe des précisions dans la législation sur la protection de l'environnement, qu'il est nécessaire de prendre en compte pour octroyer des concessions.



La LEaux comprend des dispositions relatives au maintien de débits résiduels convenables (art. 29 ss LEaux), à l'assainissement des éclusées (art. 39a LEaux) et du régime de charriage (art. 43a LEaux), mais aucune règle spécifique pour les avenants aux concessions. Quiconque, sortant des limites de l'usage commun, opère un prélèvement dans un cours d'eau à débit permanent doit être titulaire d'une autorisation au sens de la LEaux (art. 29 LEaux). Le but du prélèvement ne joue aucun rôle sous l'angle de la loi. Cette autorisation est octroyée avec la concession hydraulique (art. 62, al. 3, LFH ou droit cantonal). Le concessionnaire acquiert, dans la mesure du débit utilisable, un droit qui ne peut être retiré ou restreint sauf pour cause d'utilité publique et moyennant indemnité (art. 43, al. 2, LFH). L'assainissement des débits résiduels au sens de l'art. 80, al. 1, LEaux constitue une exception. Selon cette disposition, il y a lieu d'assainir les points de prélèvement, conformément aux prescriptions de l'autorité, sans que les droits d'utilisation existants soient atteints d'une manière qui justifierait un dédommagement.

La LEaux prévoit une réglementation particulière pour l'accumulation par pompage en ce qui concerne l'adaptation des droits d'utilisation (art. 39a, al. 4, LEaux). Les bassins de compensation construits pour éliminer les éclusées doivent pouvoir être utilisés à des fins d'accumulation et de pompage sans modification de la concession. C'est d'autant plus remarquable qu'il est ainsi possible de procéder à un changement de l'utilisation – important dans certains cas – sans renouvellement de la concession ou avenant.

La loi fédérale du 21 juin 1991 sur la pêche (LFSP; RS 923.0) règle notamment dans quels cas il est nécessaire de demander une autorisation pour intervenir sur les eaux, leur régime ou leur cours, ou encore sur les rives ou le fond des eaux (art. 8, al. 1 et 3, LFSP) et quelles mesures doivent être prises pour améliorer les conditions de vie de la faune aquatique (art. 9 LFSP). La LFSP est aussi applicable en cas de modifications d'installations suite à des extensions du droit d'utilisation, mais elle ne comprend pas de dispositions explicites à ce sujet. Il faut tenir compte du fait que les installations agrandies ou remises en état sont considérées comme de nouvelles installations au sens de la LFSP et doivent satisfaire aux exigences posées par la loi aux nouvelles installations (art. 8, al. 5, LFSP). Il s'ensuit qu'une autorisation au sens de la LFSP doit aussi être délivrée si besoin est, qu'il s'agisse d'un avenant à la concession ou d'un renouvellement de la concession. Eu égard à l'octroi d'un avenant, toute la centrale n'est normalement pas considérée comme une nouvelle installation, seules doivent être qualifiées de la sorte les parties qui interviennent sur les eaux, leur régime ou leur cours, ou encore sur les rives ou le fond des eaux, à l'instar d'un nouveau captage. Une autorisation au sens de la LFSP est nécessaire en l'espèce. Les parties existantes de l'installation ne doivent être adaptées aux exigences énoncées à l'art. 9 LFSP qu'en cas de renouvellement de la concession car, faisant partie du droit acquis, elles bénéficient de la garantie de la situation acquise et ne sont donc pas illégales.

La loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE; RS 814.01) ne comprend pas non plus de dispositions en lien avec les avenants aux concessions. Mais il découle de la loi que pour les installations soumises à l'étude de l'impact sur l'environnement (EIE), un rapport relatif à l'impact sur l'environnement, à la base de l'EIE, doit être remis à l'autorité compétente en cas de modification prévue d'une installation (art. 10b, al. 1, LPE).

La loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (LPN; RS 451) contient notamment des dispositions relatives à la protection de la faune et la flore indigènes (art. 18 ss LPN). Ces prescriptions forment la base légale pour la prise de mesures de protection, de reconstitution ou



de remplacement. Elles s'appliquent à toute atteinte d'ordre technique aux biotopes dignes de protection et, par conséquent, à toute modification d'une installation ayant un impact sur des biotopes protégés (art. 18, al. 1^{er}, LPN). Mais il n'y a pas non plus de précisions sur l'avenant à la concession.

En résumé, la législation fédérale ne se prononce nulle part explicitement contre l'extension d'utilisation au moyen d'un avenant à la concession. Mais il ne comprend pas non plus de dispositions qui prévoient explicitement un tel avenant, ni de critères précisant dans quels cas l'instrument devrait être utilisé.

3.2. Bases légales cantonales

Tandis que le droit fédéral ne mentionne pas la possibilité d'octroyer des avenants aux concessions, certains cantons ont édicté des réglementations concrètes dans leurs lois sur l'utilisation de l'eau, manifestement dans l'hypothèse que le droit fédéral présente une véritable lacune sur la question.

Certains cantons, dont Obwald, Saint-Gall, le Tessin, le Valais et Zoug, prévoient que toute modification du droit d'utilisation nécessite une adaptation de la concession. Ils ne précisent toutefois pas si la concession doit être renouvelée pour toute l'installation ou s'il suffit d'octroyer un avenant à la concession pour la seule extension ou rénovation de l'installation. D'autres cantons évaluent la modification du droit d'utilisation sous l'angle du critère de l'importance relative, mais ne précisent pas ce que cette notion recouvre. Seuls deux cantons en proposent des définitions, à savoir Berne et Zurich.

En vertu de l'art. 12, al. 1, de la loi du canton de Berne du 23 novembre 1997 sur l'utilisation des eaux (LUE-BE; RSB 752.41), les dispositions relatives à l'octroi de la concession s'appliquent au renouvellement ou à toute modification importante de la concession. Sont en règle générale considérées comme modifications importantes au sens de l'art. 12, al. 2, LUE-BE, l'utilisation d'eau provenant d'un autre lac ou cours d'eau (let. a), l'augmentation de plus de 10% du débit concédé, pour les eaux utilisées (let. b), l'augmentation de plus de 5% de la hauteur de chute brute concédée, pour les eaux utilisées (let. c), l'augmentation combinée du débit et de la hauteur de chute brute concédés, pour les eaux utilisées (let. d) et la modification du mode d'utilisation (let. e). La distinction entre modifications importantes et peu importantes détermine les compétences et la procédure selon le droit bernois.

Seul l'art. 17 de l'ordonnance du canton de Zurich sur l'octroi de concessions (Konzessionsverordnung zum Wasserwirtschaftsgesetz des Kantons Zürich, KonzV WWG; Ordnungsnummer 724.211) fixe une limite claire à l'égard de l'extension de l'utilisation. Si la puissance brute augmente de moins de 20% pour une utilisation existante de la force hydraulique, un avenant à la concession est octroyé (§17, al. 1, KonzV WWG). Si elle augmente de plus de 20%, un renouvellement de la concession est nécessaire.

3.3. Jurisprudence du Tribunal fédéral

Dans son arrêt ATF 119 Ib 254 du 23 juin 1993 (dans l'affaire de la centrale d'accumulation saisonnière Curciosa-Spina), le Tribunal fédéral a retenu ce qui suit:

«En sus de l'étendue du droit d'utilisation concédé, le mode d'utilisation et les prestations économiques imposées au concessionnaire relèvent notamment de la teneur obligatoire de la concession (art. 54, let. b et d, LFH). Le stockage de l'eau dans un lac de retenue dont la capacité est plus que doublée (60 millions de m³ au lieu de 27,6 millions de m³), l'utilisation prépondérante de l'eau en hiver



et non plus en été, l'augmentation de la hauteur de chute de 7%, l'abandon du projet de Pian San Giacomo au profit de la construction de la centrale souterraine de Spina II, le renoncement à l'échange d'eau entre le val Mesolcina et la vallée du Rhin postérieur pour le débit à prélever dans le Rhin postérieur ainsi que la redéfinition des prestations économiques imposées au concessionnaire, dont l'adaptation de la réglementation sur le droit de retour, suggèrent une telle modification du projet initial selon les concessions délivrées en 1953 et 1956 que l'adaptation controversée en l'espèce équivaut à l'octroi d'une nouvelle concession sur le plan matériel.» (consid. 5b) En d'autres termes, cela signifie que dans le cas présent, les avenants aux concessions impliquaient une modification si importante du projet d'utilisation prévu à l'origine qu'ils correspondaient, de même que la «prolongation» des concessions existantes qu'ils comportent, à une nouvelle concession (art. 58 LFH).

Le Tribunal fédéral relève en outre au considérant 9b: «... pour les raisons déjà exposées, l'avenant controversé à la concession d'origine est en fait une nouvelle concession, si bien qu'il est en principe nécessaire de tenir compte du droit en vigueur sur le plan formel et matériel (consid. 5b précité).»

Par contre, le Tribunal fédéral n'a pas défini les modifications qui, seules ou cumulées, doivent être considérées comme si importantes qu'elles rendent un renouvellement de la concession nécessaire. Pour une installation bénéficiant déjà d'une concession, l'octroi d'un avenant ne peut donc en aucun cas prévoir des modifications si profondes ou une extension si marquée de l'utilisation que les changements correspondent à un nouveau projet d'utilisation ou qu'il en résulte un impact supplémentaire important sur les cours d'eau et l'environnement. On peut dès lors en conclure que sur le fond, le Tribunal fédéral n'a pas exclu la possibilité d'octroyer des avenants aux concessions même si, dans le cas concret, il a décidé d'imposer un renouvellement de la concession.

Le 14 mars 2007, le Service des eaux du canton de Berne a octroyé, dans le cadre d'une procédure de demande d'autorisation de construire lancée par la société Kraftwerke Oberhasli AG (KWO), l'autorisation de surélever et d'assainir le barrage du lac du Grimsel. Le projet constituait la troisième partie du projet d'investissement «KWO plus». Un recours a été déposé au Tribunal administratif du canton de Berne. Dans son arrêt du 3 avril 2008, ce dernier a annulé l'autorisation au motif que le projet représentait une modification de l'installation qui devait être évaluée dans une procédure d'octroi de concessions. Ce faisant, il s'est appuyé sur la version de la loi cantonale sur l'utilisation des eaux qui était alors en vigueur et considérait l'augmentation de la hauteur de chute brute concédée comme une modification importante. Il a en outre constaté des modifications importantes du mode d'utilisation, du fait que le volume du lac était agrandi de 80% et que la part hivernale de la production d'électricité passait de 43% à 55%. Le régime hydrologique naturel aurait ainsi été considérablement affecté. En vertu de l'art. 54, let. b, LFH, le mode d'utilisation fait partie de la teneur obligatoire de la concession. Le projet l'aurait modifié. KWO a fait recours au Tribunal fédéral contre l'annulation de l'autorisation. Celui-ci a rejeté le recours le 20 février 2009 (ATF 1C_207/2008). Il a suivi le Tribunal administratif dans son argumentation, s'est néanmoins largement appuyé sur la loi cantonale sur l'utilisation des eaux, qui procédait d'une modification importante nécessitant un renouvellement de la concession, et a laissé en suspens la question de savoir «si le projet a un tel impact sur l'environnement et le paysage que de nouvelles conditions et obligations au sens de l'art. 54, let. d, LFH sont nécessaires, comme le font valoir l'OFEV et les recourants».

3.4. Résultat intermédiaire: admissibilité des avenants aux concessions

La possibilité d'octroyer des avenants n'est pas explicitement prévue dans le droit fédéral. Il existe toutefois une pratique de longue date à l'échelle fédérale qui consiste à octroyer des avenants pour



accroître le débit utilisable de façon limitée. Certains cantons ont mis en place des règles dans leurs législations et se basent ainsi sur une admissibilité de principe de l'avenant à la concession.

3.5. Nature de la concession et de l'avenant à la concession

Par le fait de la concession, le concessionnaire acquiert, dans les limites de l'acte de concession, le droit d'utiliser le cours d'eau pendant la durée de la concession. L'utilisation de l'eau implique des atteintes considérables aux cours d'eau et à l'environnement. C'est pourquoi la procédure d'octroi de concessions doit analyser l'impact du projet concret sur l'environnement et clarifier la compatibilité de l'utilisation de la force hydraulique avec les intérêts de protection. Pour les installations d'une puissance installée ≥ 3 MW, cela se fait au moyen d'une étude de l'impact sur l'environnement, et d'une notice d'impact pour les installations plus petites non soumises à l'EIE. Le concessionnaire doit en particulier éviter ou compenser les conséquences négatives en prenant des mesures de protection, de reconstitution ou de remplacement au sens de la LPN, de la LFSP et de la LEaux. D'autres conditions-cadres (obligation de verser des prestations appréciables en argent, obligations d'entretien, etc.) sont en outre fixées pour l'attribution de concessions. Les concessions hydrauliques sont octroyées pour 80 ans au plus. Le droit d'utilisation ne peut être retiré ou restreint par l'autorité concédante pendant la durée de la concession sauf pour cause d'utilité publique ou moyennant indemnité.

Comme mentionné précédemment, l'assainissement des débits résiduels au sens de l'art. 80, al. 1, LEaux constitue une exception. Une adaptation ou un renouvellement anticipé de la concession à la demande du concessionnaire est possible mais risqué de son point de vue, parce que celui-ci n'a aucun droit à l'octroi d'une nouvelle concession, que la procédure est généralement longue, souvent compliquée et nécessite la prise en compte des acteurs concernés et des associations légitimes de défense de l'environnement. Tout renouvellement de la concession requiert le respect des lois en vigueur, notamment des normes de protection. Les retards de procédure ne sont pas rares du fait du recours à la justice, qui peut vérifier tous les aspects de la concession. Ce type de procédure est par ailleurs coûteux. Il y a aussi des coûts sous forme d'indemnisation de renonciation au droit de retour à la collectivité publique concédante ou de mesures environnementales à fournir. Pour les raisons précitées, les concessions constituent en règle générale des rapports de droit assez statiques.

L'instrument de l'avenant à la concession donne à la communauté investie du droit de disposition les moyens de permettre à l'exploitant une utilisation accrue pendant la concession en cours. L'extension de l'utilisation ne doit toutefois pas dépasser un certain seuil d'importance relative qui n'est pas défini dans le droit fédéral ni dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, si l'on examine seulement la partie supplémentaire avec ses conséquences, et non toute la concession exploitée jusqu'ici. Les extensions d'utilisations peuvent être, par exemple, le raccordement de nouveaux captages d'eau, l'augmentation de la hauteur de chute, le transfert de l'eau d'une vallée à une autre ou le renoncement à des échanges d'eau, le pompage de l'eau et les changements d'exploitation saisonnière.

3.6. Nécessité d'adapter le droit actuel en cas de renouvellement de la concession ou d'avenant à la concession

Pour délimiter un renouvellement de concession par rapport à un avenant à la concession, il y a lieu de prendre en compte aussi bien la nature et l'ampleur de l'extension de l'utilisation que l'incidence de l'agrandissement ou de la rénovation d'une installation sur l'environnement.

Les lois en vigueur s'appliquent à toute l'installation lors d'un renouvellement de la concession. Le rapport d'impact sur l'environnement ou la notice d'impact présente les conséquences de l'octroi d'une



concession pour l'environnement et, le cas échéant, définit les mesures de compensation nécessaires. En sus des mesures précitées de protection de la faune et de la flore indigènes au sens de la LPN, il y a notamment lieu d'adapter toute l'installation aux dispositions de l'art. 29 ss LEaux sur les débits résiduels, ce qui peut entraîner une baisse de production importante et une charge financière pour l'exploitant. Les exigences vont en général plus loin que les dispositions de l'art. 80 ss LEaux relatif à l'assainissement.

Les parties existantes d'un aménagement bénéficient des droits acquis (« Bestandesschutz »). Le droit d'utilisation jouit des droits acquis (« wohlerworbene Rechte ») dans les limites de l'acte de concession (art. 43 LFH). En cas d'avenant à la concession, seule la partie supplémentaire doit satisfaire aux dispositions légales en vigueur dans la procédure. Le rapport de concession existant n'est pas touché, mais complété. Selon la pratique actuelle, cette démarche permet de minimiser les restrictions décrites à la section 3.5. Une procédure ordinaire est également nécessaire pour l'octroi d'un avenant. La possibilité de faire recours existe aussi, mais uniquement contre l'utilisation prévue par l'avenant, car le rapport de concession existant n'est pas modifié et ne peut donc pas faire l'objet d'une procédure de recours. Les mesures de protection, de reconstitution ou de remplacement doivent seulement être prises pour l'atteinte à l'environnement et aux cours d'eau qui résulte de l'avenant. Aucune indemnisation de renonciation au droit de retour n'est due. Pour réduire au minimum les coûts et les baisses de production, il est donc dans l'intérêt du titulaire d'une concession dont l'échéance est lointaine d'agrandir son installation de telle sorte que l'extension de l'utilisation puisse être autorisée par un avenant. Cela permet de mieux calculer les impondérables.

Comme le délai fixé par le législateur a déjà expiré pour l'assainissement des débits résiduels, un avenant ne devrait normalement être octroyé que si les prélèvements d'eau existants pour une centrale sont déjà assainis selon les exigences de l'art. 80 ss LEaux. Des retards non imputables au concessionnaire demeurent réservés. Les règles plus strictes visées à l'art. 29 ss LEaux s'appliquent à l'utilisation des autres cours d'eau.

Les mesures d'assainissement dans les domaines des éclusées, du charriage et de la migration piscicole doivent être prises avant fin 2030 (art. 83a LEaux). Elles ne doivent pas être compromises par l'aménagement d'installations existantes réalisé dans le cadre d'avenants aux concessions.

3.7. Critères de délimitation

Pour inscrire l'instrument de l'avenant à la concession dans la loi, il est nécessaire de déterminer dans quelle mesure une modification ou extension de l'utilisation doit être rendue possible et quelles atteintes à l'environnement peuvent être tolérées pour qu'une telle modification ou extension puisse être autorisée dans le cadre d'un avenant. Il faudrait développer des critères de vérification de droit matériel permettant de décider si un projet nécessite un renouvellement de la concession ou un avenant.

L'introduction d'une limite fixe, comme l'a fait le canton de Zurich, renforcerait la sécurité juridique et permettrait d'anticiper les décisions. Le fait qu'il n'y a pas de lien généralement valable entre l'ampleur d'une extension de l'utilisation et les conséquences qui en découlent pour les cours d'eau et l'environnement plaide néanmoins contre une limite fixe imposée par la loi. Le cas échéant, une augmentation significative de la puissance n'a pas d'effets majeurs sur l'environnement. Mais il semble logique de se fonder sur les conséquences environnementales d'une modification d'installation pour se prononcer entre renouvellement de concession et avenant à la concession. Il est par exemple incontesté que



des mesures de compensation ne peuvent être exigées dans le cadre de l'octroi d'avenants aux concessions que si l'agrandissement ou la rénovation entraîne de (nouvelles) atteintes supplémentaires dans le périmètre de l'installation faisant déjà l'objet d'une concession (p. ex. augmentation des éclusées existantes).

Enfin, il est aussi nécessaire de tenir compte de l'échéance de la concession pour se prononcer entre son renouvellement et l'octroi d'un avenant. La durée de l'avenant doit s'appuyer sur l'échéance de la concession en cours, car un avenant ne peut être conçu comme une concession autonome. Cela permet d'éviter un hiatus entre la durée de la concession et les droits d'utilisation de l'avenant et de la concession existante, de même que des problèmes qui peuvent en découler. Si l'échéance est proche, ce n'est pas la peine pour un requérant d'engager une procédure pour un avenant et, quelques années plus tard, une procédure de renouvellement de la concession pour toute l'installation. Il est judicieux de procéder à un renouvellement anticipé de la concession en cas d'échéance de moins de quinze ans.

Si le concessionnaire opte pour l'avenant et que l'échéance de la concession en cours est trop proche pour amortir les investissements liés à l'extension, la collectivité publique et la société hydroélectrique peuvent conclure une convention d'amortissement.

4. Modifications législatives

4.1. Conséquences pour les actes législatifs fédéraux

S'il y avait lieu de régler explicitement l'instrument de l'avenant à la concession pour la Suisse entière, une révision de la loi s'imposerait. Parmi les actes législatifs fédéraux, c'est en particulier la LFH qui nécessiterait des modifications. De nouvelles dispositions légales permettraient d'aboutir à une harmonisation et à une sécurité juridique pour l'ensemble du pays et de définir les principales conditions d'octroi d'un avenant à la concession. Deux variantes sont envisageables.

La première variante inscrit explicitement l'avenant à la concession dans la loi tout en réglant le rapport entre l'avenant et la concession en cours. Il est judicieux de ne pas concevoir l'instrument de l'avenant comme une concession autonome, mais comme un complément d'une concession existante. Cela permet d'éviter une séparation des droits d'utilisation. L'avenant s'appuie dans ce cas sur la concession existante, si bien que ses dispositions générales (concessionnaire, durée de la concession, etc.) s'appliquent aussi à l'avenant. La durée de l'avenant doit s'aligner sur l'échéance de la concession en cours, ce qui garantit que la collectivité publique concédante peut se prononcer sur les droits conférés de manière détaillée et régulière. Ainsi, la conformité juridique de l'utilisation de la force hydraulique peut aussi être contrôlée de manière périodique et étendue.

La seconde variante, plus détaillée, pourrait en outre préciser les critères permettant une délimitation entre avenant à la concession et renouvellement de la concession.

Pour ce qui est de la réglementation, la procédure d'octroi d'un avenant à la concession doit correspondre à la procédure d'octroi d'une concession normale et garantir en particulier la publication, la participation des acteurs directement concernés et des associations de défense de l'environnement ayant droit de recours de même que la constitution de droits procéduraux. Les cantons sont libres, dans le cadre des dispositions du droit fédéral, de définir des procédures différentes selon l'étendue



du droit d'utilisation supplémentaire et notamment de prévoir une procédure simplifiée pour les avenants ayant un faible impact.

4.2. Conséquences pour les législations cantonales

Dans les limites des dispositions du droit fédéral, les cantons ont la possibilité de concevoir la procédure comme ils l'entendent. Si l'instrument de l'avenant à la concession était inscrit dans le droit fédéral, tous les cantons devraient l'instaurer dans leur ordre juridique. Ceux qui l'ont exclu de leurs lois jusqu'ici devraient adapter leurs dispositions. Les cantons seraient alors tenus d'édicter des règles détaillées dans leur législation en se fondant sur les conditions-cadres du droit fédéral. Des critères de délimitation prédéfinis auraient un caractère obligatoire et ne permettraient aucune dérogation.

5. Conclusion

Dans la pratique, des avenants aux concessions sont octroyés à la fois à l'échelle fédérale et cantonale. Le droit fédéral ne se prononce pas explicitement sur l'avenant à la concession. Mais il ne comprend pas non plus de dispositions qui s'opposeraient à l'octroi de tels avenants. Le Tribunal fédéral ne semble pas non plus les avoir remis en question jusqu'ici. Le Conseil fédéral estime que l'octroi d'avenants aux concessions, à l'aune de la Stratégie énergétique 2050 notamment, est judicieux dans l'optique d'une exploitation accrue et efficace du potentiel hydraulique en des lieux appropriés. Selon lui, il est nécessaire d'inscrire l'instrument de l'avenant à la concession dans la LFH et de le définir dans les grandes lignes à des fins de sécurité juridique et de clarté, mais aussi dans l'intérêt d'une certaine harmonisation.