

Quelques mises au point sur le projet du Gouvernement relatif à la gestion des barrages hydroélectriques

*

Il importe d'éliminer des confusions qui traînent dans bien des commentaires sur le projet du Gouvernement relatif à la gestion des barrages hydroélectriques.

1°) Il faut distinguer la *propriété* d'un service public, la *privatisation* d'un service public, la *concession* d'un service public, et l'*ouverture à la concurrence* de la procédure de concession du service public.

Lorsque le ministre Albin Chalandon a décidé en 1969-70 de confier en partie la gestion des autoroutes à des concessionnaires privés, beaucoup de commentateurs ont dit qu'il "privatisait les autoroutes". Formulation impropre. Avant comme après sa décision, les autoroutes restaient propriété de l'Etat. Sa décision portait seulement sur la responsabilité de la *gestion* des autoroutes. Ce que le Gouvernement actuel envisage, ce n'est pas non plus la privatisation ou la vente des barrages hydroélectriques qui, dans son projet, resteraient, je suppose, propriété de l'Etat.

Il y a lieu de souligner que les traités européens n'imposent nullement la privatisation des services publics eux-mêmes. Voici ce qu'en dit la directive sur l'attribution des contrats de concession¹ :

*"La présente directive n'affecte pas les régimes de la propriété des Etats membres. En particulier, elle n'impose pas la privatisation d'entreprises publiques qui fournissent des services au public."*² Cette disposition ne fait qu'appliquer aux services publics ce que reconnaît de façon plus générale le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en son article 345 : *"Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les Etats membres"*.

2°) Dans les deux cas - autoroutes, barrages -, mais aussi pour d'innombrables services publics, par exemple pour les chemins de fer, la question ne porte pas sur la propriété des ouvrages, mais sur leur mode de gestion par le moyen de *concessions de service public*. La concession de service public n'est pas une invention des traités européens ou de l'Union européenne, mais un concept classique de notre droit administratif, élaboré bien avant la création des Communautés européennes, puisqu'il remonte au XIXe siècle.

Je reproduis ci-après la définition qu'en donne le traité de droit administratif d'André de Laubadère, que je conserve pieusement depuis mes études de droit :

"La concession de service public est un mode de gestion du service consistant en ce qu'une collectivité publique (« concédant ») charge un particulier, individu ou plus souvent société (« concessionnaire »), par une convention conclue avec celui-ci, du soin de faire fonctionner

1 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014. JO de l'UE n° L94 du 28 mars 2014, p. 1.

2 Article 2, § 2, de la directive précitée.

le service public à ses frais et risques et en se rémunérant au moyen de redevances perçues sur les usagers".^{3 4}

A ce stade, il n'est pas précisé si le concessionnaire sera une entreprise privée ou pas, et si l'attribution se fera de gré à gré ou sur mise en concurrence par appel d'offres. Mais beaucoup de concessionnaires de services publics français ont été ou sont encore des entreprises privées. C'est ainsi que les réseaux de chemins de fer secondaires (donc autres que celui de la SNCF) ont été attribués par concession à des entreprises privées.

Dans le cas des barrages hydroélectriques, qui sont presque tous gérés par la formule de la concession, les concessionnaires sont à 80 % EDF, au capital détenu majoritairement par l'Etat, mais le reste par ENGIE et des filiales d'ENGIE, où l'Etat n'est que minoritaire dans leur capital social.

3°) Là où les textes en vigueur de l'Union européenne risquent d'être délétères, nocifs pour la souveraineté et la prospérité nationales, c'est avant tout par l'obligation de la mise en concurrence lors de l'attribution de concessions de services publics, donc en matière de gestion de barrages hydroélectriques.

Mme Marie-Noëlle Battistel cible bien le problème lorsqu'elle estime que les barrages *"ne doivent pas être soumis aux règles de la concurrence"*. Là est la vraie question. La directive précitée sur les contrats de concession dispose qu'au-dessus d'un certain seuil de la valeur de la concession, le concédant est tenu de procéder à une attribution après appel à la concurrence. Ce seuil est actuellement fixé à un montant de 5 548 000 euros. Le calcul de la "valeur de la concession" donne lieu à des calculs savants décrits dans la directive.

La France a longtemps fait la sourde oreille aux injonctions de la Commission, et notamment aux conséquences de la directive précitée sur le régime des concessions. Mais la Commission n'oublie rien, et le Gouvernement, une fois de plus, s'incline et se dispose à obtempérer.

Au-dessus du seuil précité, quels sont selon la directive les opérateurs économiques devant être admis à concourir ? Ce n'est évidemment pas seulement les opérateurs de l'Etat membre en cause. Le principe européen de non discrimination implique l'ouverture aux opérateurs de tous les pays de l'Union européenne. Est-ce uniquement les opérateurs de l'Union, ou doit-on comprendre que l'accès aux adjudications doit être ouvert aux pays tiers ? La directive est plutôt discrète sur la question. J'ai essayé de trouver dans la directive une disposition donnant réponse à cette question. Je n'en ai pas trouvé. Quant aux considérants (qui en eux-mêmes n'ont pas valeur de disposition, mais peuvent contribuer à une meilleure connaissance des intentions du législateur et à une meilleure interprétation du sens des

3 André de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, p. 589. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953.

4 Cette définition distingue nettement la concession, qui traite de la gestion d'un service et le marché de travaux publics, qui peut porter sur la construction de l'ouvrage. L'Union européenne distingue les deux, puisqu'à côté de la directive 2014/23/UE sur les concessions, elle a produit le même jour (26 février 2014) les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE qui traitent des marchés publics (y compris dans le secteur de l'énergie). Dans la pratique, il arrive que le même contrat confie à une entreprise et les travaux de construction et, une fois l'ouvrage construit, la gestion de celui-ci.

articles), quelques-uns semblent se limiter aux opérateurs des pays de l'Union. Mais d'autres semblent étendre l'ouverture de la concurrence aux pays tiers. Ainsi :

"L'existence d'un cadre juridique approprié, équilibré et flexible pour l'attribution de concessions assurerait un accès effectif et non discriminatoire au marché pour tous les opérateurs économiques de l'Union... Un tel cadre juridique ... pourrait servir de base et d'instrument pour ouvrir davantage les marchés internationaux en matière de commande publique et pour renforcer les échanges commerciaux internationaux." (1^{er} considérant).

"Les critères d'attribution ... des concessions liées à des aspects sociaux du processus de production ... ne devraient pas être retenus ou appliqués de telle façon qu'ils créent une discrimination directe ou indirecte à l'encontre d'opérateurs économiques d'autres Etats membres ou de pays tiers parties à l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics (AMP) ou à des accords de libre échange auxquels l'Union est partie" (65^e considérant).

On le voit, cette large ouverture à la concurrence pourrait avoir comme effet de concéder des services publics à des organisations étrangères et même relevant de pays non membres de l'Union. D'autre part et de plus, du seul fait de cette ouverture à toutes sortes d'organisations le plus souvent privées, la gestion de certains services publics assurée jusqu'à présent par des concessionnaires publics ou parapublics (tels qu'EDF, par exemple) pourrait être arrachée à cette sphère du secteur public pour être transférée à des organisations privées mues par des idéaux éloignés de l'esprit du service public et de la recherche du bien commun de la nation.

On le voit, la directive 2014/23/UE sur les concessions constitue un bélier pour faire progresser le primat de l'argent et la mondialisation.

Meylan, le 17 mai 2018,

Romain ROCHAS
Docteur en droit