

Avis n° 2021-A-01 du 15 octobre 2021
sur un projet de loi du pays relative aux procédures d'instruction
des demandes de concessions et d'autorisations hydroélectriques

L'Autorité polynésienne de la concurrence,

Vu la lettre du 1^{er} octobre 2021 n° 07745/PR, reçue et enregistrée le 1^{er} octobre 2021 sous le numéro 21/0014A, par laquelle le Président de la Polynésie française a saisi l'Autorité polynésienne de la concurrence, sur le fondement de l'article LP 620-1 du code de la concurrence, d'une demande d'avis sur le projet de loi du pays relative aux procédures d'instruction des demandes de concessions et d'autorisations hydroélectriques.

Vu le code de la concurrence, et notamment son article LP 620-1;

Vu le code de l'énergie de la Polynésie française ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale, la commissaire du gouvernement, les représentants du Ministère des finances, de l'économie, en charge de l'énergie, de la protection sociale généralisée et de la coordination de l'action gouvernementale et du service de l'énergie, sont entendus sur le fondement des dispositions de l'article LP 630-5 du code de la concurrence lors de la séance du 13 octobre 2021 ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
I. CONSTATATIONS	3
A. LA PRODUCTION HYDROELECTRIQUE EN POLYNÉSIE FRANÇAISE	3
B. LE CADRE JURIDIQUE GENERAL	6
C. LE PROJET DE LOI DU PAYS SOUMIS À EXAMEN.....	6
1. Titre I : Dispositions relatives aux installations hydroélectriques concédées.....	7
2. Titre II : Dispositions relatives aux installations hydroélectriques autorisées	8
3. Titre III : Dispositions communes aux installations hydroélectriques concédées et autorisées.....	8
4. Titre IV : Dispositions transitoires	8
D. LE PROJET DE TEXTE D'APPLICATION	8
II. ANALYSE CONCURRENTIELLE	10
A. LA GRILLE D'ANALYSE	10
B. ANALYSE DES DISPOSITIONS DU PROJET DE LOI DU PAYS SOUMIS A EXAMEN	10
1. Le processus d'attribution d'une concession	11
i. Le contrôle de la segmentation de projets	11
ii. Les dossiers d'intention.....	12
iii. L'intervention du service des énergies, de la commission de délégation de service public, de la commission des forces hydrauliques et de la commission de l'énergie.....	14
iv. Le statut de concessionnaire pressenti.....	14
2. La modification du seuil de puissance et de la durée des autorisations	15

INTRODUCTION

1. Par courrier reçu le 1^{er} octobre 2021 et enregistré le même jour sous le numéro 21/0014A, le Président de la Polynésie française a saisi l'Autorité polynésienne de la concurrence (ci-après « l'Autorité »), sur le fondement de l'article LP 620-1 (III) du code de la concurrence, pour avis sur le projet de loi du pays relative aux procédures d'instruction des demandes de concessions et d'autorisations hydroélectriques.
2. L'article LP 620-1 (§ III) du code de la concurrence dispose : « *L'Autorité peut être saisie par le Président de la Polynésie française de tout projet de loi du pays, de délibération, d'arrêté ou d'instruction, et par le président de l'assemblée de la Polynésie française de toute proposition de loi du pays ou de délibération en liaison avec le fonctionnement concurrentiel des marchés ou avec la régulation d'un secteur.* »
3. Cet article (§ V) prévoit en outre que l'Autorité doit se prononcer dans un délai de quinze jours en cas d'urgence, comme c'est le cas en l'espèce.
4. L'objectif du texte soumis à l'Autorité est de définir les nouvelles modalités d'instruction des attributions de concessions et de délivrance des autorisations hydroélectriques, en complétant et modifiant les dispositions existantes du chapitre 3 du titre III du code de l'énergie de la Polynésie française, relatives à l'hydroélectricité. À la présentation du texte (I) succédera l'analyse concurrentielle qui veillera à déterminer si les nouvelles règles et seuils posés par ce texte sont compatibles avec la bonne animation concurrentielle du secteur (II).

I. CONSTATATIONS

5. Le projet de loi du pays soumis à examen vient compléter la deuxième étape de la codification du cadre réglementaire de l'énergie de la Polynésie française. L'Autorité a déjà été consultée sur les titres I et II du code de l'énergie qui ont donné lieu à l'avis n° 2018-AO-03 du 10 août 2018, puis sur les titres III et IV du même code qui ont donné lieu à l'avis n° 2020-AO-02 du 3 septembre 2020. Après un bref état de la production hydroélectrique à date (A) seront présentés d'abord le cadre juridique dans lequel s'inscrit le projet de loi du pays objet du présent avis (B), puis les grandes lignes de ce projet (C).

A. LA PRODUCTION HYDROELECTRIQUE EN POLYNÉSIE FRANÇAISE

6. La chaîne de valeur du secteur de l'électricité, de la production à la fourniture aux consommateurs, a été longuement décrite dans l'avis n° 2018-AO-03 rendu par l'Autorité le 10 août 2018, auquel le lecteur est invité à se référer. Une actualisation des chiffres spécifiques de la production en électricité hydraulique est néanmoins proposée ci-après.
7. L'essentiel des installations hydrauliques en Polynésie française est concentré sur l'île de Tahiti, sur laquelle on recense seize centrales hydroélectriques, réparties sur cinq vallées, en six concessions toutes exploitées par le groupe EDT Engie via leur filiale Marama Nui, et pour une puissance installée totale de 47,1 MW.

Concessions hydroélectriques sur Tahiti				
Concessionnaire	NOM	Centrale	Puissance (kW)	Début concession
MARAMA NUI	Hitiaa	Total	7 540	15/10/1985
		Faatautia 5	300	
		Faatauria 4	140	
		Faatautia 2	1 000	
		Faatautia 3	100	
		Faatautia 1	6 000	
	Titaaviri	Total	3 850	09/08/1988
		Titaaviri 2	1 250	
		Titaaviri 1A & 1B	2 600	
	Vaite	Total	2 485	15/10/1985
		Vaite 2	1 800	
		Vaite 1	685	
	Vaihiria	Total	4 850	15/10/1985
		Vaihiria 3	1 500	
		Vaihiria 2	1 350	
		Vaihiria 1	2 000	
	Papenoo moyenne vallée	Total	8 000	11/08/1995
		Papenoo 0	8 000	
	Papenoo haute vallée	Total	20 400	18/12/1989
		Papenoo 2	12 000	
		Papenoo 1	8 400	

Source SDE

8. Les autres ouvrages hydroélectriques du territoire se situent aux îles Marquises, où le groupe EDT Engie exploite six installations sous régime d'autorisation, pour une puissance totale installée de 1,2 MW. Une septième autorisation a été délivrée sur l'île de Fatu Hiva, sur laquelle la commune exploite en régie une unité de puissance de 170 kW¹.
9. En Polynésie française, en 2019, la production totale d'électricité était de 692,6 GWh selon les chiffres communiqués par l'Observatoire polynésien de l'énergie². La production hydroélectrique représentait 23 % de ce total (la part globale des énergies renouvelables montant à 28,8 % en prenant en compte le photovoltaïque) tandis que la part de la production thermique était 71,2 %.

¹ Source Service des énergies

² Bilan énergétique de la Polynésie française, édition 2019, page 23.

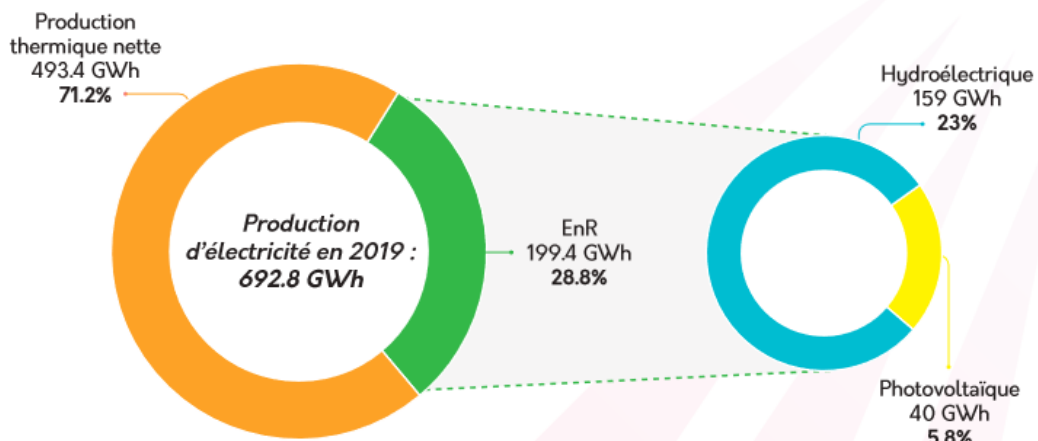
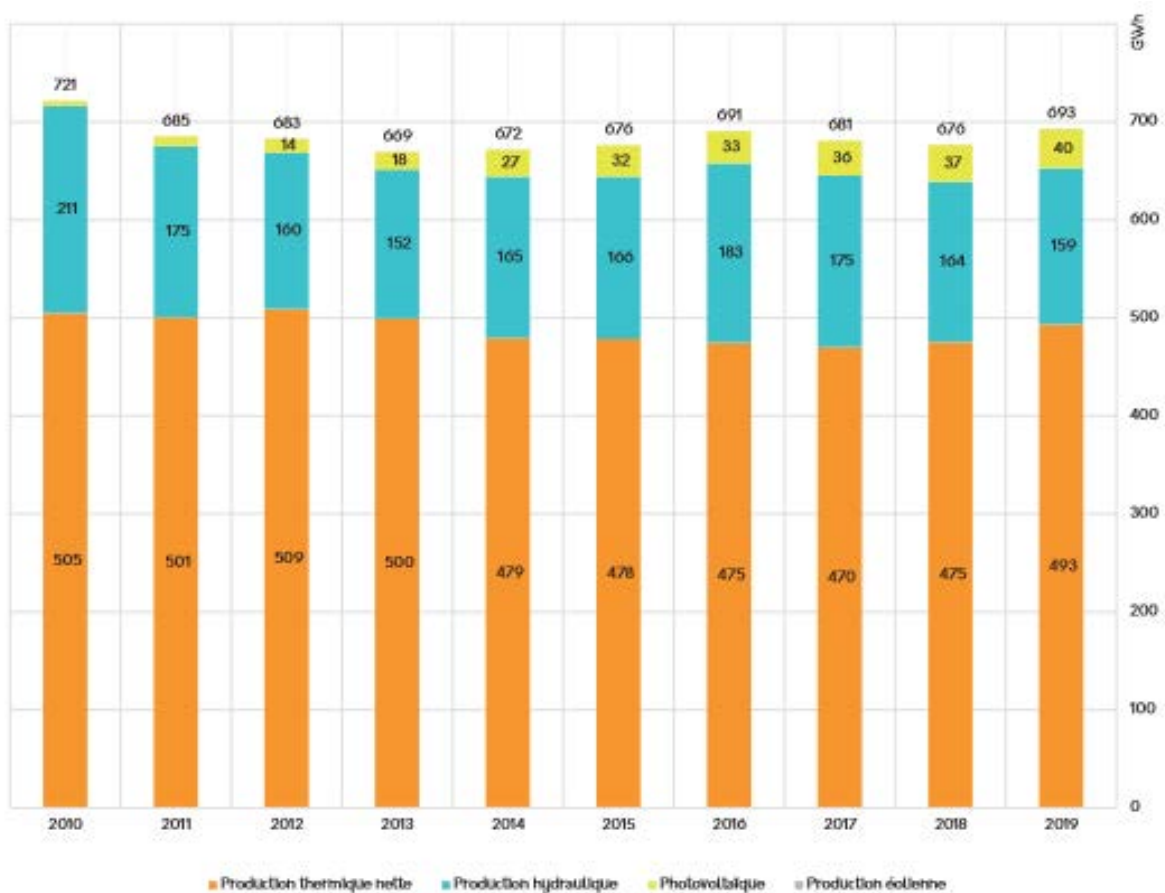


Figure 19 - Ventilation de la production d'électricité par type d'énergie en 2019

Sources : OPE - EDT Engie

10. Entre 2010 et 2019, l'évolution du mix énergétique dans la production d'électricité en Polynésie française est la suivante (source : Observatoire polynésien de l'énergie) :



11. Ces données montrent une stabilité relative de la production thermique depuis dix ans, et une augmentation de la production photovoltaïque sur la même période.
12. La production hydraulique a connu sur la même période une variation importante entre l'année 2010 et les années suivantes. Cet écart s'explique essentiellement, suivant les informations communiquées par le service des énergies (ci-après « SDE ») au cours de l'instruction, par une baisse de la pluviométrie par rapport à l'année 2010 qui présentait des valeurs de précipitations plutôt exceptionnelles, la norme se situant plutôt autour d'une production annuelle de 165 GWh

avec une pluviométrie habituelle. La production hydroélectrique – sauf évènement exceptionnel – est donc elle aussi relativement stable.

B. LE CADRE JURIDIQUE GENERAL

13. Les orientations générales du secteur de la production électrique, notamment en ce qui concerne la production hydroélectrique, figurent dans le « *plan de transition énergétique 2015-2030* ». Ces orientations sont sans valeur contraignante, mais constituent le fondement de la politique actuelle du pays dans le secteur de l'énergie.
14. Ce plan visait à développer les énergies renouvelables, de sorte qu'elles atteignent en 2020 une part de 50 % de la production électrique, et de 75 % en 2030. Les chiffres pour 2020 ne sont pas encore connus, mais au vu de la courbe de progression du mix énergétique décrite au paragraphe 10, on peut imaginer que cet objectif ambitieux ne sera pas atteint.
15. Énumérant les difficultés³, non pas techniques ou financières, mais celles relevant de la maîtrise foncière et des oppositions vives des riverains, à développer le secteur hydroélectrique, les rédacteurs du plan avaient décliné plusieurs objectifs opérationnels, et notamment ceux de :
 - relancer le développement hydroélectrique à travers la mise en place d'un « *processus transparent de concertation avec l'ensemble des parties prenantes* » aux projets (n°18) ;
 - procéder à un inventaire analytique exhaustif des sites hydrauliques potentiels sur Tahiti, Raiatea et aux Marquises (n°19).
16. Reprenant à son compte les orientations du plan de transition énergétique susvisé, le code de l'énergie institué par la loi du pays n°2019-27 du 26 août 2019 prévoit dans son article LP 111-2 un objectif de 75 % d'énergies renouvelables dans le mix énergétique en 2030.
17. En 2021, le code de l'énergie a été complété par la loi du pays n° 2021-6 du 28 janvier 2021, par l'insertion des titres III et IV, traitant respectivement de la production d'électricité, et du transport et la distribution d'électricité. L'avis précité n° 2020-AO-02 du 3 septembre 2020 avait formulé des recommandations, dont plusieurs ont par la suite été reprises par la loi du pays.
18. Le chapitre 3 du titre III de ce code de l'environnement contient les dispositions relatives à l'hydroélectricité et aux installations concédées et autorisées.
19. Le projet actuellement soumis à examen s'inscrit ainsi dans le cadre général du titre III du code de l'énergie, en proposant un certain nombre d'ajouts et de modifications au chapitre 3.
20. Pour la mise en œuvre des nouvelles règles, un projet d'arrêté (transmis à l'Autorité) remplacera l'arrêté n° 150 CM du 27 février 1985 qui fixe actuellement la forme et la procédure d'instruction des demandes de concessions et d'autorisations des ouvrages hydrauliques.

C. LE PROJET DE LOI DU PAYS SOUMIS À EXAMEN

21. Les nouvelles dispositions contenues dans le projet de loi du pays soumis à examen viennent donc compléter et modifier les dispositions existantes du chapitre 3 du titre III du code de l'énergie relatives aux procédures d'instruction.

³ Plan de transition énergétique 2015-2030, page 9.

22. Le projet comporte onze articles regroupés sous quatre titres, concernant i) les dispositions relatives aux installations hydroélectriques concédées, ii) les dispositions relatives aux installations hydroélectriques autorisées, iii) les dispositions communes aux installations hydroélectriques concédées et autorisées, iv) les dispositions transitoires.
23. Il participe du mouvement de refonte de tout le secteur de l'énergie initié ces dernières années, lequel doit encore déboucher sur de futurs textes de loi, notamment les livres V et VI du code de l'environnement.
24. Rencontrés dans le cadre de l'instruction, les services du ministère des finances et de l'économie, et du SDE, porteurs du projet examiné, ont précisé que les modifications entreprises ont été guidées par l'objectif principal de dynamiser le développement des projets hydroélectriques tout en limitant les impacts sur les usagers des services de l'électricité et en associant les populations locales.
25. Certaines des dispositions soumises à l'examen étant sans lien avec des problématiques de concurrence, elles ne seront en conséquence pas analysées ci-après.

1. TITRE I : DISPOSITIONS RELATIVES AUX INSTALLATIONS HYDROÉLECTRIQUES CONCÉDÉES

26. Le premier chapitre du titre 1 traite des modalités d'attribution des concessions nouvelles.
27. L'article LP 331-2 modifié porte de 500 kW à 2 MW le seuil de puissance au-delà duquel un nouveau projet est soumis au régime de la concession. L'exposé des motifs souligne à titre informatif que « *ce seuil est fixé à 4,5 MW en métropole et à 4 MW en Nouvelle-Calédonie* » sans préciser les critères ayant présidé au choix du législateur polynésien. Le SDE a néanmoins indiqué que ce seuil avait été défini de telle sorte que soient maintenues dans le régime de la concession toutes les installations appartenant actuellement à ce régime (la plus petite d'entre elles possédant une puissance totale de 2,4 MW).
28. Cet article précise que lorsque plusieurs installations hydroélectriques sont situées dans une même vallée et exploitées par une même personne morale, c'est le cumul de leur puissance respective qui détermine si le seuil est atteint ou dépassé. Le législateur, en renvoyant aux dispositions des articles L. 233-1 à L.233-5, et L. 233-16 du code de commerce, précise que la notion de « même personne morale » ne s'entend pas *stricto sensu* mais à travers les notions et seuils de filiale, de participation directe ou indirecte, et de contrôle.
29. Les articles LP 332-1 à LP 332-2 – qui comportent l'insertion nouvelle des articles LP 332-1-1 à LP 332-1-9 – prévoient que la procédure d'attribution d'une concession hydroélectrique est régie par la combinaison des dispositions de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative aux délégations de service public et des dispositions spécifiques du présent projet de loi du pays. Par l'articulation de ces dispositions, le lancement d'une procédure de concession pourra être initié soit par un porteur de projet privé qui soumettra un dossier d'intention au service en charge de l'énergie, soit par la Polynésie française elle-même, sans dossier d'intention préalable. Le dossier sera instruit selon les étapes de droit commun des délégations de service public, auxquelles s'ajoutent des étapes spécifiques à l'attribution d'une concession hydraulique.
30. Le second chapitre du titre 1 s'attache à la modification des concessions hydroélectriques.
31. Il est ajouté un article LP 332-12 détaillant les modalités de modification d'une concession existante, et distinguant selon que les « projets de travaux, d'activités, d'ouvrages ou d'aménagements » sont soumis soit à étude d'impact sur l'environnement, soit à notice d'impact sur l'environnement, suivant les seuils définis par le code de l'environnement de la Polynésie française.

32. La procédure reprend les étapes de l'attribution d'une concession posées par les articles LP 332-1-4 à LP 332-1-9.

2. TITRE II : DISPOSITIONS RELATIVES AUX INSTALLATIONS HYDROÉLECTRIQUES AUTORISÉES

33. L'article LP 333-1 est modifié par le présent projet de loi du pays, notamment en portant la durée maximale des nouvelles autorisations de 30 à 45 ans, ainsi qu'en renvoyant aux dispositions de l'article LP 312-14 pour les critères de délivrance, à savoir ceux d'une autorisation administrative de catégorie A.
34. Le législateur insère également deux articles LP 333-1-1 et LP 333-1-2. Le premier détaille les étapes de la procédure d'autorisation, le second celle de la procédure de modification d'une autorisation.

3. TITRE III : DISPOSITIONS COMMUNES AUX INSTALLATIONS HYDROÉLECTRIQUES CONCÉDÉES ET AUTORISÉES

35. Cinq articles numérotés LP 334-2-1 à LP 334-2-5 prennent place à la suite de l'article LP 334-2 existant déjà au code de l'énergie de la Polynésie française. Ces articles traitent respectivement :
- de l'absence de dispense, pour le bénéficiaire d'une concession ou d'une autorisation, de l'obtention des autres autorisations ou avis requis éventuels ;
 - de la délivrance de l'autorisation de mise en service à l'issue des opérations de contrôle et de récolement des travaux ;
 - de l'accord pour une augmentation de puissance sous réserve de non-compromission de la sûreté et la sécurité des ouvrages ;
 - de la charge des frais de procédure ;
 - de l'avis réputé favorable des communes, services ou commission consultés et qui ne répondraient pas dans le délai imparti.

4. TITRE IV : DISPOSITIONS TRANSITOIRES

36. Tel que précisé dans l'exposé des motifs accompagnant le projet transmis pour avis, les dispositions transitoires y insérées précisent notamment, outre les conditions d'entrée en vigueur de la présente loi du pays, « *que la modification du seuil des concessions ne peut avoir pour effet de placer les ouvrages en cours de concession sous le régime de l'autorisation. Les futurs projets de concession ou d'autorisations ainsi que leurs modifications seront soumis aux dispositions de la présente loi du pays, à l'exception des projets en cours d'instruction* ».

D. LE PROJET DE TEXTE D'APPLICATION

37. Un projet d'arrêté a été transmis dans le cadre de la demande d'avis à l'Autorité, venant détailler les modalités d'application précises de plusieurs des dispositions du projet de loi du pays, et destiné à abroger l'arrêté n° 150 CM du 27 février 1985 qui régit actuellement l'instruction des demandes de concessions et d'autorisations.

38. Le projet d'arrêté précise, à travers notamment ses trois annexes, le contenu des dossiers d'intention en vue d'instaurer une concession hydroélectrique, le contenu des dossiers de demande de concession hydroélectrique, et enfin le contenu des dossiers de demande relative aux installations hydroélectriques soumises au régime de l'autorisation.
39. Il indique également le délai laissé par le service de l'énergie au demandeur pour régulariser un de ces différents dossiers en cas d'incomplétude, ainsi que les conséquences en cas de défaut de régularisation de la demande initiale.
40. Enfin, la composition de la commission des forces hydrauliques, intervenant sur les dossiers de concessions, est détaillée dans ce projet d'arrêté, ainsi que les règles de vote et de quorum qui s'appliquent à elle.

II. ANALYSE CONCURRENTIELLE

A. LA GRILLE D'ANALYSE

41. Lorsqu'elle est saisie pour avis sur un projet de texte, l'Autorité s'attache à évaluer dans quel mesure les dispositions de ce texte restreignent ou améliorent le fonctionnement concurrentiel du secteur.
42. Dans les industries de réseau, le fonctionnement de la concurrence n'est pas toujours possible, ou parfois seulement sur certains segments de la chaîne de valeur. Ainsi, dans le secteur de l'énergie électrique, la production peut être ouverte à la concurrence, mais les activités de transport et de distribution sont des monopoles naturels sur un territoire donné, c'est-à-dire des structures au sein desquelles l'importance des coûts fixes par rapport à la demande font qu'il est plus efficace de n'avoir qu'un seul offreur. L'existence d'un monopole naturel n'empêche cependant pas d'organiser une concurrence « pour le marché » entre les entreprises candidates éventuelles à l'exercice de cette activité en monopole pour une durée limitée dans le temps, à l'issue de laquelle la détention du monopole se trouve à nouveau remise en compétition.
43. De manière plus générale, il existe dans ces industries de réseau un ensemble d'obstacles au fonctionnement libre de la concurrence. Il en est ainsi de l'utilisation du domaine public ou encore des effets externes environnementaux, qui impliquent une réglementation de l'activité et l'intervention de la puissance publique via des systèmes de concessions et de délégations de services publics.
44. Les textes normatifs répondent ainsi très fréquemment à des préoccupations d'intérêt général plus larges que la concurrence et dessinent une intervention des pouvoirs publics qui impacte le fonctionnement de l'économie. Le rôle de l'Autorité est, dans ces circonstances, d'informer le gouvernement et l'assemblée de la Polynésie française des effets sur la concurrence de l'intervention publique envisagée, et de leur recommander, le cas échéant, les mesures à prendre pour parvenir à concilier les objectifs d'intérêt général et l'efficacité économique⁴.

B. ANALYSE DES DISPOSITIONS DU PROJET DE LOI DU PAYS SOUMIS A EXAMEN

45. Le projet de loi du pays a pour but de développer et de compléter le chapitre 3 du titre III du code de la concurrence, en définissant de nouvelles modalités d'attribution des concessions et autorisations d'installations hydroélectriques, avec la volonté de préciser les conditions de mise en concurrence⁵.
46. Un certain nombre d'articles du projet de loi renvoient directement à des textes déjà en vigueur, qu'il s'agisse du code de commerce ou de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009. L'Autorité étant saisie en urgence par le porteur du texte, il n'est pas possible dans un temps d'instruction réduit de procéder à une analyse concurrentielle de la globalité des textes se rattachant directement ou indirectement aux concessions et autorisation hydroélectriques. L'Autorité s'en tient donc à un examen strict du projet de loi proposé.
47. En première analyse, le texte se place dans la continuité de l'orientation n° 18 du plan de transition énergétique 2015-2030, qui appelait à la mise en place d'un « *processus transparent*

⁴ Avis n°2020-AO-02 du 3 septembre 2020 sur le projet de loi du Pays précisant le contenu des titres III et IV du code de l'énergie de la Polynésie française, paragraphe 38.

⁵ Exposé des motifs, p.1.

de concertation avec l'ensemble des parties prenantes » dans le cadre des procédures d'instruction des nouveaux projets de concessions et d'autorisations. Le SDE a en effet précisé au service d'instruction de l'Autorité que la présence de différentes commissions (de l'énergie, de délégation de service public, des forces hydrauliques), de l'avis des communes (après enquête ou consultation publique) à plusieurs étapes des procédures d'autorisation ou de concession étaient directement en lien avec cet objectif de concertation.

48. L'objectif de la réforme est de permettre non seulement la réalisation des projets décidés à l'initiative du pays mais également ceux d'initiative privée. En ce qui concerne l'utilisation du domaine public fluvial, la distinction entre concession et autorisation, liée au dépassement du seuil de 2 MW, n'autorise une mise en concurrence préalable que dans le premier cas, la procédure étant jugée « *relativement lourde*⁶ ». Néanmoins, dans ses grandes lignes, le projet n'appelle pas de réserves importantes du point de vue de la concurrence. Pour apprécier si les moyens prévus par le projet de réglementation sont de nature à permettre d'atteindre les objectifs annoncés en préservant au mieux le jeu de la concurrence, l'Autorité s'est attachée aux modalités concrètes de mise en œuvre des nouvelles procédures, et proposera au besoin des clarifications rédactionnelles. Une attention particulière sera portée aux dispositions pouvant révéler ou conforter des captations d'informations ou permettre à certains acteurs de disposer d'un pouvoir de blocage. Des pistes d'amélioration seront alors suggérées.

1. LE PROCESSUS D'ATTRIBUTION D'UNE CONCESSION

49. Cette procédure, dont le cadre est fixé par les articles LP 331-2 à LP 332-2 du code de l'énergie, introduit de nouvelles étapes par rapport à la procédure habituelle de délégation de service public, et fait appel pour la première fois à la notion de « *concessionnaire pressenti* ».
50. Comme l'Autorité l'a souligné dans son avis n° 2018-AO-03 précité, compte tenu de la taille et du coût des installations hydroélectriques, de leur impact sur l'environnement et sur les populations locales en aval, de leur durée d'exploitation fixées pour des dizaines d'années, l'encadrement de ces installations apparaît nécessaire, et ne peut relever de la simple libre installation. L'Autorité veille tout particulièrement à ce que cela ne se fasse pas au détriment de la concurrence entre les différents porteurs de projets, et que cela ne soit pas susceptible d'aboutir à la mise en place de barrières à l'entrée de nouveaux acteurs et de projets innovants. Pour cette raison, certains points du projet de loi du pays devraient être clarifiés ou modifiés.

i. *Le contrôle de la segmentation de projets*

51. Pour éviter que le droit des concessions ne soit détourné par plusieurs entreprises apparemment indépendantes mais en réalité liées, le projet de loi du pays introduit à l'article LP 331-2 les alinéas 3 et 4, qui disposent que « *Les installations hydroélectriques situées dans une même vallée et exploitées par une même personne morale sont placées sous le régime de la concession si le cumul de leurs puissances respectives atteint ou excède le seuil prévu au premier alinéa du présent article.*

Pour la mise en œuvre des dispositions prévues à l'alinéa précédent, est assimilé à une exploitation par une même personne morale le fait qu'un second exploitant détienne directement ou indirectement une participation dans le capital du premier exploitant, exerce un contrôle sur le premier exploitant ou soit la société mère du premier exploitant constitué sous forme de filiale. Les notions de filiale, de participation directe ou indirecte et de contrôle s'apprécient par référence aux dispositions du code de commerce, notamment ses articles L. 233-1 à L. 233-5. Est également pris en compte, le cas des sociétés contrôlées directement ou indirectement par au moins un associé exerçant sur elles une influence dominante par

⁶ Exposé des motifs, p.1.

référence à l'article L. 233-16 du code de commerce, ou ayant un dirigeant de droit ou de fait commun. ».

52. Le législateur souhaite ainsi déjouer les tentatives de segmentation de projets, qui pourraient être faites par des entreprises liées en vue d'échapper au régime de la concession, en demandant plusieurs autorisations pour plusieurs installations en-deçà des seuils et situées dans une même vallée, empêchant ainsi le jeu d'une mise en concurrence de projets pour l'obtention du droit d'utilisation du domaine public fluvial. Un certain nombre de cas sont envisagés par le texte, jusqu'à celui du dirigeant de fait.
53. Le texte énumère les critères permettant de considérer que plusieurs personnes apparemment distinctes sont liées en renvoyant aux dispositions des articles L. 233-1 à L. 233-5 du code de commerce, qui définissent les hypothèses de contrôles (direct, indirect, exclusif ou conjoint) de sociétés et leurs seuils, ainsi que l'article L 233-16 visant le cas de l'influence notable exercée sur la gestion et la politique financière d'une entreprise.
54. L'Autorité observe que le texte pourrait renvoyer également à la notion de contrôle admise en droit de la concurrence, ce qui permettrait de mieux appréhender l'ensemble des situations susceptibles de se présenter à partir d'un faisceau d'indices. L'article LP 310-1-1 du code de la concurrence, qui traite de la définition des opérations de concentration, dispose au point I qu'une « *opération de concentration est réalisée [...] lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.* » et au point III que « *aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise* », et notamment les « *droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise* », ainsi que les « *droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.* ».

Recommandation :

1. Compléter le dernier alinéa de l'article LP 331-2 en ajoutant la référence à l'article LP 310-1-1 du code de la concurrence.

Rédaction proposée : « *Est également pris en compte, le cas des sociétés contrôlées directement ou indirectement par au moins un associé exerçant sur elles une influence dominante par référence « **aux articles** » L. 233-16 du code de commerce et « **LP 310-1-1 du code de la concurrence** », ou ayant un dirigeant de droit ou de fait commun. »*

ii. Les dossiers d'intention

55. L'article LP 332-1-1 introduit la notion de dossier d'intention, déposé par un porteur de projet de concession hydraulique « sur un secteur géographique identifié ». A la suite de ce dépôt, et après une première étape d'instruction par les services du pays, l'autorité délégante initie la procédure de délégation de service public prévue par les articles LP 5 à LP 13 de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 et notamment la publicité et le recueil d'offres ouvert ou restreint.
56. D'un point de vue concurrentiel, une procédure de délégation de service public à ce stade soumet le choix du concessionnaire à plusieurs étapes dans le but de sélectionner l'offre la mieux à même de satisfaire le besoin d'augmenter la part des énergies renouvelables dans le mix énergétique. Ce processus de délégation doit permettre une véritable concurrence « pour le marché », sous réserve de permettre l'émergence de véritables offres concurrentes, et à la

condition de respecter le principe de l'égalité de traitement entre les candidats⁷ et de maintenir un niveau d'information équivalent entre eux.

57. Aucune possibilité de captation d'informations, en défaveur de concurrents souhaitant déposer une offre, n'a été décelée lors de l'instruction de l'avis. Au contraire, conformément à l'un des objectifs initiaux du plan de transition énergétique 2015-2030 (n°19), le service des énergies a dressé en 2015 un atlas des vallées tahitiennes présentant un potentiel hydroélectrique et le tient depuis en libre accès sur son site internet. Ce document d'une trentaine de pages recense et distingue :
- les bassins versants au potentiel hydrologique intéressant et non équipés ;
 - les bassins versants équipés d'un ouvrage de captation d'eau ;
 - les bassins versants déjà exploités pour de l'hydroélectricité.
58. Chaque acteur du secteur est donc à même, d'une part, de proposer des projets en l'absence d'initiative de la Polynésie française et, d'autre part, de réagir au projet contenu dans un dossier d'intention d'un concurrent avec des informations disponibles suffisantes.
59. Si, du point de vue de l'information aucun risque de captation n'est donc relevé, encore faut-il, pour que le jeu de la concurrence ne soit pas restreint, que l'égalité de traitement soit assurée dès que, le principe de la délégation étant retenu, la suite de la procédure est mise en œuvre conformément à l'article LP 332-1-1 alinéa 4.
60. Comme vu *supra*, la procédure d'octroi d'une concession passe par une délégation de service public et donc en application des articles LP 3 à LP 13 de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009. L'article LP 11 alinéa 2 de ladite loi dispose que « *Le dossier de consultation fixe la date limite de réception des offres et comporte des indications sur la durée envisagée, en considération desquelles, les candidats élaborent leurs offres.* ». Il importera à ce stade que les différents documents (avis de concession, règlement de consultation, cahier des charges, ...) assurent une information pertinente et complète à destination de l'ensemble des candidats, et que toute modification d'un document de la consultation de la part de l'autorité délégante soit indiquée à tous les candidats et qu'ils disposent d'un délai suffisant pour adapter leur candidature ou leur offre⁸.
61. Deux points ne sont pas abordés : d'une part, dans le cas où le règlement de la consultation édicté par l'autorité délégante prévoit une date limite de validité des offres, il n'existe pas de procédure de prorogation impliquant l'ensemble des candidats⁹ ; d'autre part, aucun délai minimal de réponse ne semble être exigé par le texte susvisé. L'autorité délégante devrait donc veiller à laisser un délai raisonnable aux éventuels concurrents du demandeur de concession pour remettre leurs propositions, que le recueil d'offres soit ouvert ou restreint. En l'espèce, L'Autorité estime qu'un délai raisonnable, compte tenu de la technicité des projets, ne devrait pas être inférieur à trois mois.

Recommandations:

2. Veiller scrupuleusement à l'égalité des candidats au stade amont de la procédure afin de permettre des propositions assurant une véritable concurrence pour l'obtention du droit d'utilisation du domaine public fluvial.
3. Notamment prévoir une durée raisonnable et, en toute hypothèse, une durée minimale laissée aux concurrents pour élaborer et transmettre leurs offres.

⁷ C.E. 21 juin 2000, « Syndicat Intercommunal de la Côte d'Amour ».

⁸ C.E. 22 mars 2000, « Lasaulce », req. n° 207804.

⁹ C.E. 13 décembre 1996 « Syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur Cannes-Grasse », req. n° 169.706.

iii. *L'intervention du service des énergies, de la commission de délégation de service public, de la commission des forces hydrauliques et de la commission de l'énergie*

62. Le présent avis fait sienne l'analyse développée dans l'avis n° 2020-AO-02 précité et reprise ci-après.
63. Il est essentiel que les projets soient examinés de manière objective et indépendante. L'un des moyens d'assurer un examen objectif des projets est, notamment, de limiter le pouvoir de blocage de certains acteurs intéressés. En l'espèce, dans la procédure élaborée par le législateur, l'Autorité relève qu'aucun avis conforme n'est exigé au cours de l'instruction pour poursuivre la procédure. Ni de la part des communes, ni de la part des différentes commissions, dont les avis sont consultatifs.
64. Néanmoins l'article LP 332-1-1 prévoit que les demandes de concessions d'installations hydroélectriques sont instruites par le SDE, et que, au cours de l'instruction, les avis de la commission de l'énergie, la commission des délégations de service public et de la commission des forces hydrauliques soient sollicités.
65. L'Autorité a déjà observé que tant le SDE que les commissions sont des émanations de l'administration du pays, régulateur sectoriel. En effet, le SDE est un service du ministère des finances, de l'économie, en charge de l'énergie et du numérique ; tandis que la commission de l'énergie comprend quatre ministres parmi ses cinq membres, le cinquième étant un représentant de l'Assemblée de la Polynésie française ; et que la commission des forces hydrauliques comprend notamment le ministre en charge de l'énergie et le chef du SDE.
66. Ces remarques valent également pour la procédure de demande d'autorisation, lors de laquelle sont sollicités le SDE et la commission de l'énergie.
67. Or, le Pays possède également des participations dans des entreprises de production, et notamment 35 % de Marama Nui, qui exploite l'intégralité des concessions hydroélectriques de Tahiti. Il a déjà été observé par l'Autorité que cette particularité est susceptible d'interférer dans l'appréciation de la qualité et de la pertinence du projet hydraulique d'un acteur concurrent.
68. L'Autorité avait déjà préconisé la création d'un régulateur indépendant, par exemple sous la forme d'une autorité administrative indépendante. L'Autorité réitère cette recommandation qui n'a pas encore été suivie. Néanmoins, si le gouvernement souhaite lever toute ambiguïté quant à son rôle en la matière, la solution consiste incontestablement à sortir du capital des producteurs d'électricité en cédant les parts détenues par le pays dans la société Marama Nui. De manière plus générale, compte tenu des difficultés techniques, économiques et juridiques de régulation de ce secteur, un recours plus systématique et institutionnalisé à la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE) apporterait une expertise très utile.

iv. *Le statut de concessionnaire pressenti*

69. Au contraire d'une procédure d'instruction ordinaire de délégation de service public, cette phase de l'attribution d'une concession ne débouche pas directement sur le choix du concessionnaire, mais d'un « *concessionnaire pressenti* », notion nouvelle intégrée à l'occasion de ce projet de loi du pays, avec lequel s'engagent des négociations.
70. Cette innovation n'appelle aucun commentaire de la part de l'Autorité, dans la mesure où, à ce stade de la procédure, le concessionnaire pressenti n'est plus en concurrence avec d'autres opérateurs. Le projet ne sera plus modifié en profondeur, il ne pourra plus s'agir que d'éventuels ajustements et modifications à la marge.

2. LA MODIFICATION DU SEUIL DE PUISSANCE ET DE LA DURÉE DES AUTORISATIONS

71. L'article LP 3331-2 modifié du code de l'énergie modifie le seuil de puissance à partir duquel les installations hydroélectriques sont placées sous le régime de la concession, passant ainsi de 500 kW à 2 MW. Mécaniquement, les installations de moins de 2 MW de puissance relèvent donc du régime de l'autorisation. Il convient de noter que le relèvement de ce seuil n'a aucun impact sur les unités hydroélectriques déjà en service puisque toutes les concessions existantes et en exploitation dépassent déjà la puissance de 2 MW.
72. Pour rappel le seuil retenu en Nouvelle-Calédonie (voir § 27), territoire comparable à la Polynésie française, est lui de 4 MW.
73. La modification du seuil de puissance à partir duquel s'applique le régime des concessions a pour effet d'augmenter grandement le nombre des installations pouvant relever du champ d'application de l'autorisation. Ce second régime est beaucoup moins contraignant au niveau de l'instruction de la demande, prévue aux articles LP 333-1-1 et LP 333-1-2. Une demande d'autorisation est en effet instruite dans un délai annoncé par le SDE comme deux fois plus court que celui nécessaire au traitement des demandes de concessions, et moins chargée en formalités administratives. De l'aveu même du SDE lors de son audition par l'Autorité, le régime de l'autorisation au cours de la vie de l'installation et du contrat est également beaucoup moins contraignant. Il en ressort que le relèvement du seuil devrait permettre une multiplication des demandes d'autorisation, ainsi que du nombre d'acteurs sur le marché.
74. Toutefois, cette procédure ne prévoit pas de mise en concurrence « pour le marché ». En effet, la délivrance d'une autorisation suppose seulement une demande préalable d'un exploitant potentiel. Le service des énergies instruit les demandes et les évalue en considération des critères non exhaustifs mentionnés à l'article LP 312-14 du code de l'énergie.
75. En l'absence de mise en concurrence initiale, il aurait pu être envisagé que ces autorisations puissent faire l'objet de remises en cause par l'organisation d'une mise en concurrence à chaque expiration du contrat. Le texte ne l'a pas prévu.
76. En ce qui concerne la durée des autorisations accordées pour l'exploitation d'une installation, l'Autorité avait estimé dans son précédent avis n° 2020-AO-02¹⁰ que la durée de 30 ans (maximum retenu jusqu'ici) était très longue. Or, l'article LP 333-1 alinéa 2 modifié du code de l'énergie dispose désormais que « l'autorisation ne doit pas avoir une durée supérieure à 45 ans ». Même s'il s'agit d'un maximum, cette durée apparaît peu compatible avec le jeu de la concurrence d'autant plus que l'article LP 333-3 du code précité prévoit un renouvellement pour une durée de quinze ans. L'explication apportée par le SDE sur cet allongement tiendrait à la nécessité d'amortir l'investissement des installations qu'on imagine plus importants dans la mesure où le seuil a été relevé.
77. Reprenant l'argumentation développée dans l'avis précité à propos de la durée des concessions, transposable aux autorisations, l'Autorité estime nécessaire de s'assurer au minimum que cette durée ne devienne pas la norme pour toute nouvelle installation autorisée, et que la durée des autorisations soit strictement proportionnée à celle de la durée d'amortissement des investissements.
78. L'Autorité de la concurrence de Nouvelle Calédonie raisonne en des termes identiques dans son avis n° 2019-A-02, et suggère de réduire encore les durées des contrats de concession (déjà bien plus réduites qu'en Polynésie française). Dans cet avis portant sur le renouvellement de la concession de distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa, l'Autorité calédonienne avait retenu que, « *parce qu'elle conduit le délégataire à se trouver en situation de monopole sur le marché qui fait l'objet de la délégation de service public, la durée de*

¹⁰ Avis n° 2020-AO-02 du 3 septembre 2020, § 87.

la concession devrait être strictement proportionnée aux investissements que devra réaliser le nouveau concessionnaire pour honorer ses engagements en tenant compte de l'évolution à venir du fonctionnement des marchés de l'électricité.¹¹ » L'Autorité déclarait alors « approuver le choix opéré par la commune de Nouméa de s'en tenir à la durée de concession la plus courte prévue par le cahier des charges type du 19 février 2019 mais s'interroge néanmoins sur l'opportunité et la légalité d'une concession d'une durée encore plus courte, qui pourrait être de dix ans, pour renforcer la concurrence « pour le marché », étant donné la nature des investissements envisagés, l'évolution rapide des marchés de l'électricité en Nouvelle-Calédonie sous l'impulsion du schéma de transition énergétique d'ici 2030¹² ».

79. On peut cependant admettre que des circonstances particulières puissent autoriser un exploitant à solliciter une prolongation de la durée, par exemple en cas de demande par le pays de réinvestissement conséquent dans l'installation, et seulement si la durée d'amortissement de ces nouveaux investissements était plus longue que la durée restant à courir de l'autorisation. Le plafond de 45 ans, extensible à 60 ans¹³, qui constitue une durée très longue peu favorable au jeu de la concurrence, serait alors considéré comme un plafond absolu pour la durée totale de l'autorisation, y compris après d'éventuelles prolongations, afin d'éviter des investissements d'opportunité, visant uniquement à prolonger la durée d'exploitation.
80. Une piste alternative, déjà proposée précédemment par l'Autorité et pouvant être reprise dans les mêmes conditions, consisterait à prévoir une propriété publique des ouvrages, quel que soit leur niveau de puissance, qui faciliterait une remise en concurrence plus fréquente et le changement des attributaires, chargés uniquement de la gestion de l'installation. Le régime de l'autorisation serait ainsi remplacé par celui de l'affermage. Cela exige certes un investissement initial important de la part du pays, mais permet en revanche d'accroître les recettes financières annuelles versées par l'exploitant et allège le coût global des autorisations, en raison des conditions d'emprunt privilégiées dont peuvent bénéficier les collectivités publiques.

Recommandations :

4. Étudier le transfert de la mission de régulation à une autorité indépendante.
5. Prévoir que la durée des autorisations des installations hydrauliques ne peut excéder la durée d'amortissement de l'investissement initial.
6. Prévoir une possibilité de prolongation, seulement sur demande du Pays, pour un investissement supplémentaire en cours de vie de l'autorisation, si la durée d'amortissement du nouvel investissement dépasse la durée restante du contrat.
7. Si la durée de 45 ans (extensible à 60 ans) est maintenue, prévoir qu'il s'agit d'un plafond absolu pour la durée totale de l'autorisation, y compris après prolongations éventuelles.
8. Substituer le cas échéant aux autorisations de longue durée actuelles une fois expirées, le régime de propriété publique des installations, le pétitionnaire étant uniquement en charge de la gestion des ouvrages (affermage), afin de raccourcir la durée des autorisations et de faciliter le changement de pétitionnaire.

¹¹ Avis n° 2019-A-02 du 18 juillet 2019, § 157.

¹² Ibid., § 162.

¹³ Sur le fondement de l'article LP 333-3 du code de l'énergie.

Délibéré sur le rapport oral de M. Alexandre Raguideau, *rapporteur*, et l'intervention de Mme Véronique Sélinsky, *rapporteuse générale*, par Mme Johanne Peyre, *présidente*, Mme Aline Baldassari, Mme Marie-Christine Lubrano, M. Youssef Guenzoui et M. Christian Montet, *membres*.

La présidente

Johanne Peyre

LISTE DES RECOMMANDATIONS

1. Compléter le dernier alinéa de l'article LP 331-2 en ajoutant la référence à l'article LP 310-1-1 du code de la concurrence : « *Est également pris en compte, le cas des sociétés contrôlées directement ou indirectement par au moins un associé exerçant sur elles une influence dominante par référence* **« aux articles » L. 233-16 du code de commerce et « LP 310-1-1 du code de la concurrence** », *ou ayant un dirigeant de droit ou de fait commun.* ».
2. Veiller scrupuleusement à l'égalité des candidats au stade amont de la procédure afin de permettre des propositions assurant une véritable concurrence pour l'obtention du droit d'utilisation du domaine public fluvial.
3. Notamment prévoir une durée raisonnable et, en toute hypothèse, une durée minimale laissée aux concurrents pour élaborer et transmettre leurs offres.
4. Étudier le transfert de la mission de régulation à une autorité indépendante.
5. Prévoir que la durée des autorisations des installations hydrauliques ne peut excéder la durée d'amortissement de l'investissement initial.
6. Prévoir une possibilité de prolongation, seulement sur demande du Pays, pour un investissement supplémentaire en cours de vie de l'autorisation, si la durée d'amortissement du nouvel investissement dépasse la durée restante du contrat.
7. Si la durée de 45 ans (extensible à 60 ans) est maintenue, prévoir qu'il s'agit d'un plafond absolu pour la durée totale de l'autorisation, y compris après prolongations éventuelles.
8. Substituer le cas échéant aux autorisations de longue durée actuelles une fois expirées, le régime de propriété publique, le pétitionnaire étant uniquement en charge de la gestion des ouvrages (affermage), afin de raccourcir la durée des autorisations et de faciliter le changement de pétitionnaire.