

Message du Conseil d'État au Grand Conseil

Concernant la stratégie force hydraulique du Canton du Valais

Message et projet de révision

Révision de la loi cantonale sur l'utilisation des forces hydrauliques du 28 mars 1990 et de la loi sur les Forces Motrices Valaisannes du 15 décembre 2004

Canton du Valais

03.12.2015



Message

accompagnant le projet de révision de la loi cantonale sur l'utilisation des forces hydrauliques du 28 mars 1990 (LFH-VS) et de la loi sur les Forces Motrices Valaisannes du 15 décembre 2004 (LFMV)

Le Conseil d'Etat du Canton du Valais

au

Grand Conseil

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Députés,

Nous avons l'honneur de vous soumettre, avec le présent message, le projet de révision de la loi cantonale sur l'utilisation des forces hydrauliques du 28 mars 1990 (LFH-VS) et de la loi sur les Forces Motrices Valaisannes du 15 décembre 2004 (LFMV).

Table des matières

Synthèse	4
1. Introduction	7
1.1 Evolution du marché de l'électricité	7
1.2 Situation en Suisse	9
1.3 Importance des forces hydrauliques en Valais	11
1.4 Législation actuelle sur l'utilisation des forces hydrauliques	11
1.5 Contexte politique et stratégique	13
1.6 Base, portée et objectifs de la révision de la loi proposée	16
2. Modèle du Conseil d'Etat	19
2.1 Principes fondamentaux.....	19
2.2 Aménagements concernés et échéanciers des retours de concessions.....	21
2.3 Principe de solidarité : 30 % pour la communauté valaisanne	22
2.4 Représentant de la communauté valaisanne au sein des sociétés hydroélectriques.....	24
2.5 Modalités financières du transfert à FMV	26
2.6 Répartition des bénéfiques issus de la solidarité	27
2.7 Droit de préemption.....	29
2.8 Vente au(x) partenaire(s) tiers.....	29
2.9 Commercialisation de l'énergie	30
2.10 Eléments complémentaires	31
2.11 Illustration du modèle	37
2.12 Analyse des éléments soulevés lors de la consultation	41
2.13 Risques	44
2.14 Points forts du modèle du Conseil d'Etat	47
3. Analyse juridique	49
3.1 Synthèse	49
3.2 Principe de la légalité	49
3.3 Liberté économique.....	50
3.4 Autonomie communale.....	53
4. Les articles proposés	57
4.1 Modifications de la LFH-VS pour la mise en œuvre du modèle du Conseil d'Etat 58	
4.2 Modifications de la LFMV pour la mise en œuvre du modèle du Conseil d'Etat 76	
4.3 Modifications supplémentaires de la LFH-VS.....	77
5. Conséquences financières et effets sur le personnel	87
Annexes	89
Modèle « montant initial + rente de ressource »	89
Synergie : évaluation des effets d'un regroupement des aménagements dans un portefeuille	90
Abréviations	92
Table des illustrations	93

Synthèse

Contexte et situation actuelle

Les aménagements hydroélectriques en Valais produisent chaque année environ 10'000 GWh d'électricité indigène et renouvelable. Le Valais est de loin le plus grand producteur suisse d'électricité issue de la force hydraulique. Sa production correspond à environ 28 % de la production suisse. La production hydroélectrique valaisanne contribue de façon significative à l'approvisionnement énergétique national. En Valais, la politique énergétique est indissociable de la force hydraulique, cette dernière représente un des plus importants potentiels de création de valeur ajoutée pour le canton.

Aujourd'hui, les capacités de production hydroélectrique sises en Valais sont détenues majoritairement par des sociétés extra-cantoniales. Seuls 20 % de la production est en mains valaisannes, dont 10 % à FMV.

Objectifs et révision de la loi

À l'avenir, le Valais souhaite maîtriser sa force hydraulique en respectant les visions suivantes :

- L'énergie hydraulique, indigène et renouvelable, valaisanne sert à la **sécurité d'approvisionnement** en électricité du Valais et de la Suisse.
- Le **potentiel de production et de valeur ajoutée** de l'énergie hydraulique non polluante doit être exploité de manière optimale.
- La majorité des **revenus** provenant de la production d'énergie hydraulique doit rester en Valais.
- La communauté valaisanne **répartit et utilise les revenus** provenant de l'énergie hydraulique de **manière responsable et solidaire**.
- Un **partenariat** entre tous les acteurs est recherché.

Cette nouvelle stratégie nécessite une révision de la loi cantonale du 28 mars 1990 sur l'utilisation des forces hydrauliques et de la loi sur les Forces Motrices Valaisannes du 15 décembre 2004.

La révision de ces lois définit le cadre juridique nécessaire à la concrétisation de la stratégie et règlemente l'octroi des futures concessions de droits d'eau à l'échéance des concessions actuelles.

Modèle du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat propose un modèle permettant de mettre en œuvre une solution réalisable sur les plans économique, industriel, juridique et politique.

Le modèle du Conseil d'Etat ne concerne que les aménagements d'une puissance installée supérieure ou égale à 10 MW.

Ses éléments essentiels sont :

1. Souveraineté sur les eaux

Les communes concédantes conservent leur droit de disposer des eaux des cours d'eau latéraux et le droit de disposer des eaux du Rhône reste de la compétence du canton.

2. Répartition de la propriété dans les aménagements hydroélectriques

Le système actuel est maintenu, avec en principe, une société hydroélectrique par aménagement. Le modèle, qui se veut flexible, a cependant pour objectif d'atteindre en ce qui concerne la propriété des aménagements hydroélectriques, la répartition suivante :

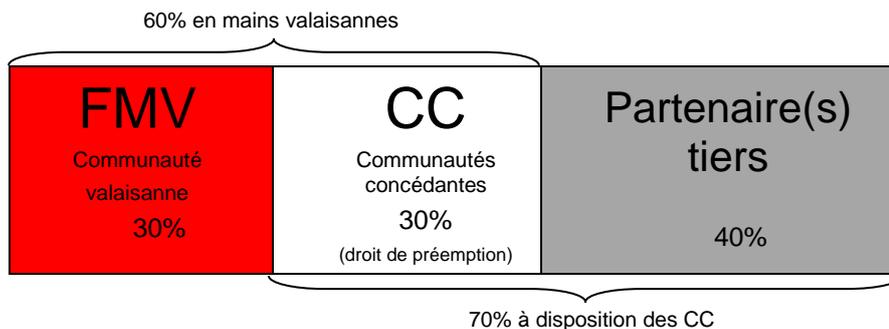
- 30 % au canton dans l'intérêt de la communauté valaisanne ;
- 30 % aux communes concédantes ;

- 40 % à un ou plusieurs partenaires tiers ;

Afin de pouvoir prendre en compte la particularité de chaque cas et la répartition visée ci-dessus, le modèle prévoit les principes suivants :

- Le canton peut, dans l'intérêt de la **communauté valaisanne**, acheter **jusqu'à 30 %** de l'aménagement aux communautés concédantes à un **prix solidaire**. Il paie, au prorata de la participation souhaitée, la part correspondante de l'indemnité équitable que les communes concédantes versent à l'ancien concessionnaire pour le rachat de la partie sèche. Ensuite, le canton vend sa participation **aux conditions du marché à FMV**.
- Vu l'objectif de garder **au moins 60 %** de la production en mains valaisannes, le canton peut, dans l'intérêt de la communauté valaisanne, exercer un droit de préemption **aux conditions du marché** sur la part que les communes concédantes ne voudraient pas garder. Ce droit se limite à 30 % et porte sur la différence entre ce pourcentage maximum et le pourcentage des participations détenues par les communes concédantes, d'autres corporations valaisannes de droit public ou à des entreprises en mains valaisannes. (p.ex. un gestionnaire de réseau de distribution d'électricité GRD);
- Les communautés concédantes peuvent vendre librement **les actions restantes aux conditions du marché** à un ou plusieurs partenaires de leur choix.

Le modèle permet ainsi de respecter la volonté de garder au moins 60 % en mains valaisannes tout en laissant les communes concédantes disposer de plus de 70 % de leur aménagement.



3. Répartition des bénéfices issus de la solidarité

La solidarité souhaitée dans le domaine de la force hydraulique se concrétisera grâce aux bénéfices générés par la vente à FMV aux conditions du marché des participations acquises à prix solidaire par le canton auprès des communautés concédantes.

Les bénéfices liés à la vente de ces participations seront répartis de la façon suivante :

- 1/3 pour un fonds intitulé « Fonds de solidarité pour la politique cantonale de l'énergie et de l'eau » ;
- 1/3 pour les communes concédantes en fonction de la force hydraulique ;
- 1/3 pour toutes les communes valaisannes en fonction du nombre d'habitants.

4. Représentant de la communauté valaisanne – FMV

La communauté valaisanne est représentée FMV dans chaque société hydroélectrique. FMV a selon la loi pour mission de contribuer à valoriser le patrimoine hydraulique des collectivités publiques valaisannes et à approvisionner en électricité le canton au profit d'un développement harmonieux de son économie. Les actions de FMV sont en mains du canton, de la plupart des communes valaisannes et de certains GRD. Le rôle attribué à FMV par le modèle du Conseil d'État est un prolongement naturel de la loi sur les FMV et de sa mission.

5. Commercialisation de l'énergie

Les actionnaires de chaque société hydroélectrique commercialisent librement la part d'énergie qui leur revient. Les communes concédantes peuvent ainsi valoriser librement leur énergie tout en étant encouragés à le faire prioritairement avec des sociétés valaisannes (GRD, FMV, ...).

Points forts du modèle

Le modèle du Conseil d'Etat **respecte les droits des communes concédantes** tout en permettant au canton de participer dans l'intérêt de la communauté valaisanne à la force hydraulique à des conditions avantageuses, soit à un **prix solidaire**.

Les moyens du fonds de solidarité pour la politique cantonale de l'énergie et de l'eau seront répartis de façon solidaire dans le canton, et profiteront donc également aux habitants des communautés non concédantes.

La communauté valaisanne est représentée dans toutes les sociétés hydroélectriques par **FMV**, une société existante avec un savoir-faire et des connaissances dans le domaine des forces hydrauliques et du secteur électrique. Avec un représentant unique pour la communauté valaisanne, la structure d'actionnariat des sociétés hydroélectriques est simplifiée. La gestion de ces sociétés est ainsi facilitée et rend le modèle industriellement **robuste**.

Le modèle est **flexible**. Il permet d'ajuster les participations dans chaque aménagement selon le contexte. Il n'y a aucune obligation de participation pour la communauté valaisanne.

Les communes concédantes **peuvent décider librement** si elles veulent garder des participations directes dans les aménagements. Elles peuvent garder leurs participations ou les vendre à une corporation valaisanne du droit public ou une entreprise en mains valaisannes. Si elles ne trouvent pas d'acquéreur ou souhaitent vendre à un autre partenaire tiers, il y a un droit de préemption en faveur de la communauté valaisanne.

Les communes concédantes sont également libres pour commercialiser l'énergie qui leur revient. Elles sont cependant fortement encouragées à travailler avec des acteurs valaisans.

Malgré l'intérêt légitime d'augmenter la participation valaisanne, le modèle permet une relation de partenariat avec des tiers, notamment dans l'intérêt d'un **équilibre national**. De plus, des partenariats peuvent contribuer à une exploitation optimale de l'aménagement et une meilleure répartition des risques.

L'implémentation du modèle est **simple**. Une légère mise à jour de la loi existante est suffisante. Le modèle ne nécessite pas une adaptation du droit supérieur cantonal. Il est conforme au droit fédéral et aux principes de liberté économique, et d'autonomie communale.

1. Introduction

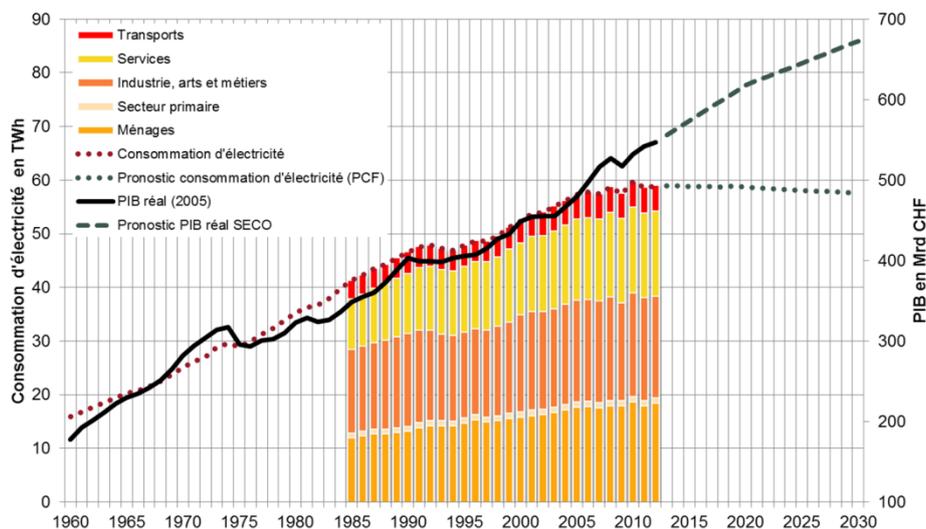
1.1 Evolution du marché de l'électricité

Développement de la demande d'électricité en Europe et en Suisse

Jusqu'à présent, la consommation électrique en Europe a évolué parallèlement à la croissance économique. Depuis la crise financière et économique, la consommation électrique a tendance à diminuer. En plus des effets structurels comme la désindustrialisation, la tendance à la décorrélacion entre la consommation électrique et l'évolution économique est principalement due à une utilisation plus efficace de l'électricité.

La situation est similaire en Suisse, depuis environ le milieu du siècle passé, la demande d'électricité a été en constante augmentation. La consommation finale d'électricité a augmenté parallèlement à la croissance économique. A partir de 2008, la crise financière et économique a freiné la consommation. Selon les prévisions illustrées par la figure 1, on estime que la croissance de l'évolution économique (PIB) (+ 50 % d'ici 2050) sera nettement plus forte que celle de la consommation d'électricité.

Figure 1 Evolution et prévision de la demande d'électricité (globale et secteur) et du PIB réel



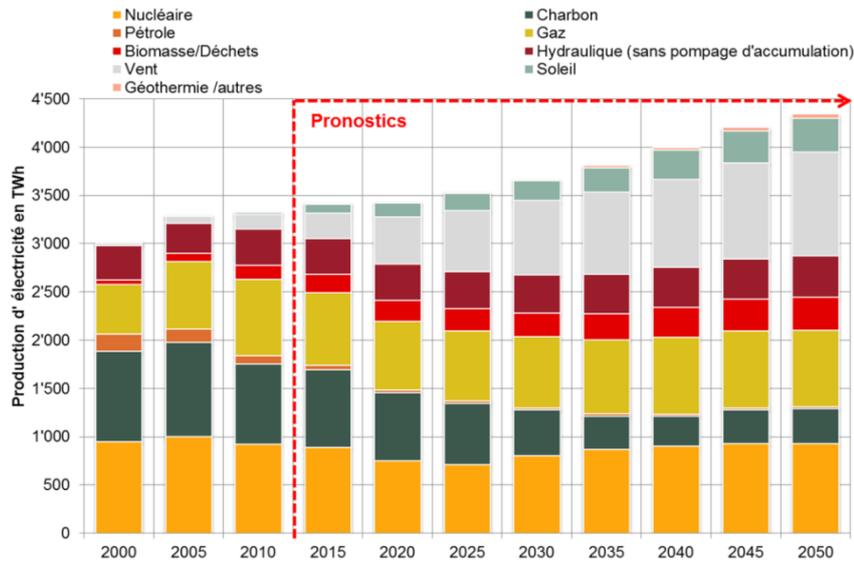
Source: Office fédéral de l'énergie (OFEN); Prognos AG, 2012

Fort développement des énergies éolienne et solaire en Europe

Actuellement, la production européenne d'électricité se fonde avant tout sur l'utilisation d'énergies non renouvelables telles que l'énergie nucléaire, le charbon et le gaz. La part de l'énergie hydraulique dans la production électrique avoisine, en comparaison internationale, les 15 %, bien qu'elle puisse être sensiblement plus élevée dans certains états (par ex. en Autriche, en Scandinavie ou en Suisse). Depuis les années 2000 en particulier, les nouvelles énergies renouvelables gagnent en importance.

La fig. 2 montre la situation actuelle ainsi que l'évolution possible de la structure de la production d'électricité des 28 Etats de l'UE d'ici 2050. Les prévisions montrent que l'énergie nucléaire pourrait encore représenter une part importante dans la production européenne d'électricité, malgré l'abandon du nucléaire par l'Allemagne. Par contre, la production de courant à partir du charbon devrait significativement diminuer.

Figure 2 Développement de la structure de la production électrique (brute) des 28 Etats de l'UE



Source : Commission européenne, 2013. EU Energy, Transport and GHG Emissions. Trends 2050. Reference Scenario 2013

Dans le domaine des énergies renouvelables, le volume de production des nouvelles énergies va probablement s'accroître. Les parts de production de l'éolien, du solaire et de la biomasse en particulier augmenteront. Au cours du temps, le volume d'énergie provenant de l'hydraulique se maintiendra à peu près à un niveau constant. Cela est principalement dû au fait que le potentiel hydraulique atteint déjà à bien des endroits un niveau maximum de production et que le nouveau potentiel d'extension est ainsi limité.

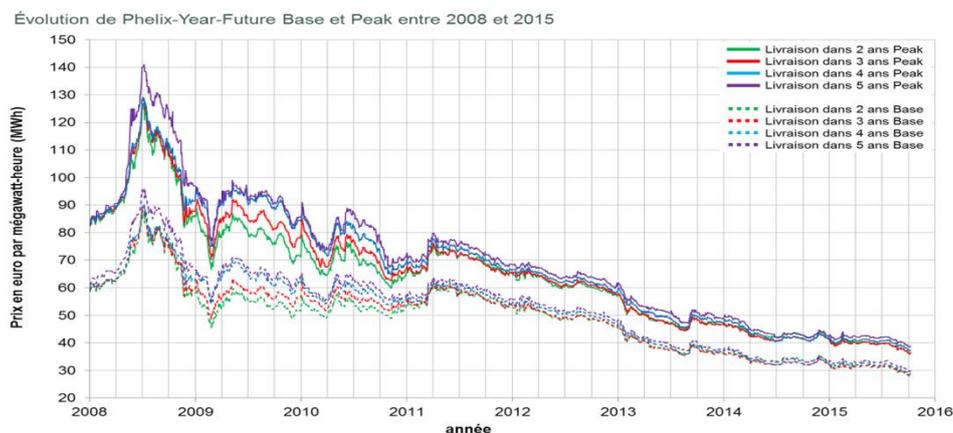
Evolution des prix

L'augmentation des capacités de production de l'énergie éolienne et solaire photovoltaïque en Europe a déjà provoqué, avec les centrales existantes (énergie nucléaire, centrales à charbon et à gaz, énergie hydraulique), une suroffre de capacités de production. Selon les indications de l'actuel «Scenario Outlook and Adequacy Forecast» (rapport SOAF) de l'ENTSO-E, les surcapacités de puissance garantie en Europe s'élèvent actuellement à environ 100 GW. Cette offre d'énergie disponible et suffisante en tout temps fait baisser le niveau de prix moyen.

On notera également une pression supplémentaire sur les prix en raison du développement du pétrole non conventionnel et du gaz de schistes (fracturation) aux Etats-Unis ainsi que des bas prix des certificats de CO₂.

Par ailleurs, l'économie européenne se redresse plus lentement que le reste du monde de la crise financière et économique, avec pour conséquence une plus faible consommation d'électricité. Cela se répercute également sur les prix de l'électricité.

Figure 3 Evolution des prix de l'électricité : Future Base et Peak pour les années 2008 à 2015



Source : Marché dérivé EEX; Etat : 08.10.2015

L'évolution du prix de l'électricité ces dernières années résulte des changements susmentionnés sur les marchés de l'électricité. Globalement, on peut résumer les principaux changements comme suit :

- Les prix élevés de l'électricité entre 2006 et 2008 n'ont, à ce jour, plus pu être atteints.
- Depuis 2011, le prix de l'électricité a quasiment diminué de moitié.
- Actuellement, la moyenne annuelle des prix de l'électricité se situe au niveau des coûts de production des centrales hydroélectriques caractéristiques de Suisse, voire parfois en dessous.
- La tendance à la baisse semble provisoirement se confirmer.
- L'écart de prix entre la charge de pointe et la charge de base s'est fortement réduit.

1.2 Situation en Suisse

Baisse de compétitivité de l'énergie hydraulique

La production croissante d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque en Europe à des coûts de production proches de zéro compte tenu des subventions élevées se répercute sur la compétitivité de l'énergie hydraulique en Suisse. L'évolution récente du taux de change EUR/CHF augmente également la pression sur la force hydraulique.

Pour les aménagements au fil de l'eau et à accumulation ainsi que pour les centrales de pompage-turbinage, la baisse constatée du niveau des prix entraîne une diminution accrue de la rentabilité. Quelques aménagements à accumulation et centrales de pompage-turbinage affichent actuellement des coûts de revient supérieurs aux prix actuels du marché.¹ Le modèle économique actuel de «revalorisation du courant» des centrales de pompage-turbinage, qui consistait pour l'essentiel à envoyer de l'eau en amont pendant la nuit avec un courant bon marché et ensuite de la mettre sur le marché en milieu de journée, quand la demande a atteint un pic, à des prix plus élevés que l'énergie de pompage exigée auparavant (exploitation de l'écart de prix entre la charge de base et la charge de pointe), a disparu de facto avec la suppression du pic de demande à la mi-journée en raison du pic d'offre simultané de courant photovoltaïque.

Au vu de la prévision à court terme des volumes de production attendus à partir de l'éolien et du photovoltaïque, la couverture des risques de variation de prix sur le marché se cristallise de plus en plus sur le négoce à court terme. A contrario, les contrats de livraison d'énergie orientés sur le plus long terme ont sensiblement diminué.²

Les rendements espérés à l'avenir étant très incertains, les incitations à investir dans les technologies correspondantes se font plus rares. Si le niveau de prix reste bas à plus long terme, le risque existe que, les investissements dans les installations nouvelles et existantes se fassent plus rares.

¹ Cf. Rentabilité des centrales hydrauliques existantes, OFEN 2014

² Office fédéral de l'énergie (OFEN)

La Suisse intégrée au contexte électrique de l'UE et dépendant vis-à-vis des pays voisins

La Suisse est unique non seulement en raison de sa situation géographique, mais également à cause de sa structure actuelle de production. En moyenne, l'énergie hydraulique (aménagements au fil de l'eau et à accumulation, centrales à pompage-turbinage) représente environ 55 % de la production nationale. Le reste de la production (environ 40 %) est basé sur l'énergie nucléaire. Actuellement, avec une part de 5 %, les énergies fossiles-thermiques et les nouvelles énergies renouvelables n'apportent qu'une contribution marginale à la production nationale.

Compte tenu de la structure spécifique de production et de l'important transit d'électricité, le prix en Suisse est déterminé par le niveau de prix de l'exportation vers l'Allemagne (niveau de prix relativement bas) pendant les mois d'été, quand l'offre est excédentaire, alors que pendant les mois d'hiver, quand la Suisse devient un importateur net, les prix s'orientent vers le marché italien (niveau de prix plutôt élevé). Dès lors, la Suisse est fortement intégrée au contexte européen de l'électricité et est donc aussi tributaire des évolutions des marchés internationaux de l'électricité (en particulier de l'Allemagne).

En tant que plaque tournante de l'électricité et compte tenu de la structure de sa production, la Suisse dépend de l'évolution des marchés étrangers et de fait des décisions politiques prises dans ces pays. Suite à la libéralisation progressive dans l'espace européen, la dépendance de la Suisse en tant que partie intégrante du marché européen de l'électricité est toujours plus forte.

Libéralisation, politique climatique et énergétique influencent les marchés

Ces dernières années, les marchés de l'électricité et de l'énergie ont subi un changement fondamental, dont les causes se résument principalement à deux objectifs politiques.

Libéralisation et ouverture des marchés : Depuis les années 90, les marchés européens de l'électricité sont engagés dans un processus d'ouverture. La Suisse est également concernée par ce processus. En Suisse, l'accès au marché pour les consommateurs ayant une consommation annuelle de 100 MWh ou plus est libéralisé depuis 2009. La deuxième étape, à savoir l'ouverture du marché pour les consommateurs ayant une consommation inférieure à 100 MWh, est actuellement en consultation. Suite à l'ouverture complète du marché, les entreprises d'approvisionnement en électricité (EAE) devront notamment faire face à une plus forte concurrence. Les EAE ayant leur propre production n'auront plus, de facto, la possibilité, comme jusqu'à présent, de vendre aux clients, dans l'approvisionnement de base, leur propre production au prix de revient, ce qui pourrait encore augmenter la pression concurrentielle sur les producteurs d'électricité.³

En plus de l'ouverture des marchés nationaux, les marchés s'ouvrent également sur le plan international. La production, le négoce et le transport d'électricité deviennent des activités multinationales. Depuis 2007, la Suisse négocie également avec l'Union européenne (UE) pour trouver un accord sur l'électricité censé garantir une intégration optimale de la Suisse dans le marché européen de l'électricité.

Politique climatique et énergétique : Avec la sortie du nucléaire, la Suisse et surtout l'Allemagne ont opté pour un changement fondamental de leur structure de production. Pour la Suisse, cette décision signifie le remplacement d'environ 40 % de la production annuelle totale d'électricité.

Incertitudes et risques

Depuis la publication du rapport *Stratégie Forces hydrauliques Canton du Valais* de 2011 les conditions-cadres dans la branche énergétique ont subi de grandes modifications pour les raisons principales suivantes :

- catastrophe nucléaire au Japon ;
- abandon progressif du nucléaire en Suisse et en Allemagne ;
- problématique du CO₂ ;

³ Office fédéral de l'énergie (OFEN), 2014

- charbon bon marché ;
- développement des énergies renouvelables ;
- baisse constante des prix de gros de l'électricité.

Les changements en cours créent une grande incertitude quant à l'évolution future du marché de l'électricité et représentent dès lors un risque pour les propriétaires et les exploitants d'usines hydroélectriques.

Pas de changements significatifs attendus d'ici 2020

Concernant l'évolution des prix de l'électricité, le développement des prix des certificats de CO₂ et certains mécanismes de marché (marché de l'électricité 2.0, marchés de capacités et de flexibilités et conception des modèles d'encouragement) revêtiront une importance considérable. Jusqu'en 2020, la situation ne devrait pas subir des changements significatifs.

A partir de 2020, différents développements de marchés avec des prix différenciés sont imaginables. Les percées technologiques et les changements fondamentaux de la structure de la demande sont plutôt prévus dans plus de 10 ans.

1.3 Importance des forces hydrauliques en Valais

Les aménagements hydroélectriques en Valais produisent chaque année environ 10'000 GWh d'électricité indigène et renouvelable. Cette production correspond à environ 28 % de la production suisse d'électricité issue de la force hydraulique. Si l'on ne considère que la production des aménagements à accumulation, ce pourcentage s'élève à quelque 35 %. Le Valais est de loin le plus grand producteur suisse d'électricité issue de la force hydraulique. La production hydroélectrique valaisanne contribue de façon significative au niveau national à l'approvisionnement en électricité et à la stabilité du réseau.

Les autres cantons importants pour la production hydraulique sont les Grisons avec une part de 22 %, ainsi que le Tessin, les cantons de Berne et d'Argovie avec chacun environ une part de 9 %. Il est ainsi compréhensible qu'en Valais, la politique énergétique est indissociable de la force hydraulique, d'autant plus que cette dernière représente également l'un des plus importants potentiels de création de valeur ajoutée pour le canton du Valais.

Actuellement, les recettes du canton et des communes provenant de la redevance hydraulique et des impôts s'élèvent à environ 165 millions de francs par an. A ce montant s'ajoutent les salaires des employés des centrales et les investissements dans aménagements hydroélectriques.

1.4 Législation actuelle sur l'utilisation des forces hydrauliques

Le domaine de production de l'hydro-électricité est régi d'une part par la loi-cadre fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques de 1916 (LFH) et, d'autre part en Valais, par les lois cantonales sur l'utilisation des forces hydrauliques de 1898, de 1957 et de 1990 qui se basent sur la souveraineté cantonale sur les eaux.

Les principaux aspects de cette législation en matière de droits d'eau figurent dans l'aperçu ci-après.

Souveraineté sur les eaux	La loi fédérale laisse aux cantons la compétence de décider quelle communauté cantonale est investie des droits de disposer de la force hydraulique des eaux publiques. Depuis toujours en Valais, ces droits ont été répartis entre le canton (Rhône depuis sa source à Gletsch jusqu'à son embouchure dans le lac Léman) et les communes (affluents du Rhône). Cette situation dictée par l'histoire
----------------------------------	--

	<p>a été consolidée par la mise en vigueur en 1898 de la législation cantonale en matière d'utilisation des forces hydrauliques.</p> <p>En ce qui concerne l'octroi et le transfert de concessions communales pour les aménagements hydroélectriques en Valais, ces derniers relèvent de la compétence exclusive de l'Assemblée primaire ou du Conseil général, autrement dit des communes. Il s'agit néanmoins d'une compétence limitée puisque l'approbation du Conseil d'Etat est nécessaire pour qu'une concession de droits d'eau communale soit juridiquement valable. Cette approbation doit être rejetée, si le type d'utilisation envisagée est contraire à l'intérêt public ou à l'exploitation adéquate du cours d'eau.</p> <p>Selon la législation actuelle sur l'utilisation des forces hydrauliques, la Confédération et le canton peuvent se substituer aux autorités concédantes (communes) dans des cas expressément définis. Conformément à la LFH-VS, le Conseil d'Etat peut, par exemple, octroyer une concession de droits d'eau en son nom, lorsqu'une commune refuse, sans raison valable, de l'octroyer.</p>
<p>Contenu et critères pour une concession de droits d'eau</p>	<p>Le contenu obligatoire d'une concession de droits d'eau est défini par la loi fédérale. Selon le droit fédéral, les autorités concédantes sont tenues, lors de leur décision, de prendre en compte l'intérêt public, l'exploitation économique du cours d'eau et les intérêts actuels y afférents. Conformément au droit cantonal, elles fixent les prestations et les conditions auxquelles le droit d'utilisation est octroyé au concessionnaire. Le droit cantonal stipule également que les prestations économiques imposées au concessionnaire doivent entre autres être fixées dans les concessions.⁴</p> <p>Le principe essentiel est que les concessions sont accordées sans appel d'offres, mais selon une procédure transparente et non discriminatoire.</p> <p>Le concessionnaire est tenu de maintenir à ses frais les installations et les équipements en bon état pendant toute la durée de la concession. L'objectif de cette disposition est de garantir, également après l'échéance de la concession et après l'exercice du droit de retour, une exploitation normale et surtout durable. Il faut empêcher que le droit de retour soit dépouillé de sa valeur économique par une installation dégradée. En particulier au cours des 10 dernières années précédant l'échéance de la concession, le concessionnaire doit procéder, contre une pleine indemnité, à tous les travaux de transformation (notamment pour moderniser et agrandir l'installation) exigés par l'autorité concédante ou d'approbation en vue du transfert de l'aménagement à un autre exploitant.</p>
<p>Droit de participation cantonal</p>	<p>Dans le cadre de la LFH-VS, un droit de participation du canton est intégré dans la législation cantonale, droit applicable lorsque les communes concédantes exploitent leurs forces hydrauliques (par ex. par suite de retour ainsi que lors du renouvellement d'une concession ou d'une auto-utilisation). Actuellement, le canton a le droit d'acquérir 10% au moins de l'énergie produite.⁵ Cela équivaut à une participation directe correspondante du canton à une société</p>

⁴ Conformément à l'article 26 LFH-VS, la concession peut notamment contenir les prescriptions suivantes: (a) l'emploi de l'énergie électrique produite par le concessionnaire - (b) les comptes d'exploitation annuels de l'entreprise - (c) le siège administratif et technique du concessionnaire ainsi que - (d) la mention des aspects suivants dans les statuts de la société et les contrats de partenaires : participation de la communauté qui dispose de la force à l'administration et au bénéfice de l'entreprise ainsi qu'un droit de préemption en faveur de la communauté qui dispose de la force lors de l'aliénation de participations à des installations de forces hydrauliques concessionnées.

⁵ Cela conformément au libellé légal actuel de l'article 59, LFH-VS; un coup d'œil dans les matériaux législatifs montre cependant que les 10 % ont été considérés comme une participation maximum du canton par la majorité du Grand Conseil.

	cessionnaire ou à un droit correspondant de prélèvement d'énergie aux mêmes conditions que lors d'une participation. La loi prévoit que cette acquisition peut se faire contre une pleine indemnité en faveur des communes sans définir cette notion avec précision.
FMV	Conformément à la Loi sur les Forces Motrices Valaisannes (<i>LFMV</i>) du 15 décembre 2004, le canton du Valais et les communes disposent, par le biais de FMV, d'un instrument politique dans le domaine de l'énergie et des forces hydrauliques. La mission principale de cette société anonyme d'économie mixte consiste pour l'essentiel à valoriser les forces hydrauliques de la collectivité publique dans l'intérêt du développement économique général du canton. S'agissant en particulier du droit de participation susmentionné, il convient de noter que le canton transfère généralement ces participations à FMV qui les gère.

1.5 Contexte politique et stratégique

Motion parlementaire 4.003 (2008)

En 2008, les députés Jean Rossier et Jacques-Roland Coudray ainsi que la Commission de l'économie et de l'énergie ont déposé la motion parlementaire concernant l'approvisionnement en électricité du canton du Valais après l'ouverture du marché de l'électricité. En novembre 2011, une prolongation de délai a été accordée au Conseil d'Etat pour répondre à cette motion. Les principaux objectifs de cette intervention sont les suivants :

- garantir les droits actuels des communes concédantes tout en assurant aux communes non concédantes (situées en majorité dans la plaine du Rhône) l'énergie électrique dont elles ont besoin pour approvisionner leurs futurs clients ;
- prévoir des mécanismes adéquats qui, au moment du retour des concessions de droits d'eau, garantissent l'énergie nécessaire pour approvisionner tous les clients des communes concédantes et non concédantes ;
- estimer les besoins en électricité des communautés valaisannes pour les 40 à 50 prochaines années ;
- soumettre au Grand Conseil les dispositions légales et, le cas échéant, les adaptations nécessaires aux législations cantonales pour atteindre les objectifs fixés.

Le présent rapport avec les modifications proposées de la LFH-VS peut être considéré comme une réponse indirecte et approfondie à cette motion.

Rapport Stratégie Forces Hydrauliques Canton du Valais (2011)

Le rapport *Stratégie Forces hydrauliques Canton du Valais* a été publié en juillet 2011 (Rapport Stratégie FH 2011). Trois Variantes (A-B-C) imaginables pour la conception des nouvelles concessions après les retours de concessions ont été présentées dans le chapitre sur les retours.

Variante A	Les communes concédantes donnent au canton et aux communes valaisannes la possibilité de participer aux aménagements hydroélectriques à des conditions avantageuses. La variante A respecte d'un point de vue formel le droit accordé aux communes d'octroyer et de transférer les concessions de droits d'eau et s'oriente en outre vers le modèle largement répandu en Suisse de sociétés de partenaires ⁶ .
Variante B	Suite aux différents retours, tous les aménagements hydroélectriques sont progressivement réunis en une société hydroélectrique commune appartenant à la communauté valaisanne. Par conséquent, la variante B prévoit un concessionnaire monopolistique, à savoir une société hydroélectrique cantonale commune, à laquelle les concessions de droits d'eau communales sont octroyées.
Variante C	Les droits communaux de disposer sur les affluents du Rhône sont attribués au canton à hauteur de 60 %. Le canton et les communes concédantes octroient en commun les concessions de droits d'eau et participent à hauteur d'au moins 60 % aux sociétés hydroélectriques. Le canton et les communes concédantes placent leurs actions de ces sociétés hydroélectriques dans une société de participation commune et reçoivent en contrepartie des actions à hauteur de l'énergie dont ils font apport.

Les trois variantes se distinguent essentiellement sur les points suivants :

- répartition de la propriété économique des installations ;
- concrétisation du principe de solidarité entre les acteurs valaisans ;
- création ou non-création d'un pool valaisan d'aménagements hydroélectriques.

Le *Rapport Stratégie FH 2011* propose ainsi divers modèles pour l'octroi de nouvelles concessions et constitue une base de discussion pour le choix d'une variante définitive. Il contient des commentaires détaillés sur les variantes ainsi que des arguments et des idées pour étayer la discussion au niveau politique.

En plus de la description des variantes proposées, le message essentiel dudit rapport est que la communauté valaisanne entend à l'avenir se positionner plus fortement que jusqu'à présent en tant que producteur d'énergie hydraulique. La variante A fixe la part de la communauté valaisanne à 60 % (au moins). D'après la variante B, ce sont quasiment 100 % des forces hydrauliques valaisannes qui doivent être mises en apport dans une société valaisanne commune – les partenaires hors canton sont prévus seulement au niveau de la valorisation. La variante C prévoit également une participation systématique de 60 % (au moins) de la communauté valaisanne dans chaque centrale concernée – la société de participation elle-même est en mains valaisannes à hauteur de 100 %.⁷

Depuis la publication du rapport, plusieurs prises de position ont été transmises au *Département de l'économie, de l'énergie et du territoire* (DEET) ; la plupart d'entre elles plaident en principe en faveur de modèles découlant de la variante A (Association des communes concédantes, Association des communes du Haut-Valais, PDC du Bas-Valais et UDC).

Décret sur l'utilisation des forces hydrauliques (2012)

Le Décret concernant l'approbation de certaines dispositions et conventions communales relatives à l'utilisation des forces hydrauliques des eaux publiques a été approuvé par le Grand Conseil en septembre 2012. Il constitue la première démarche juridique pour la mise en œuvre du *Rapport Stratégie FH 2011*. Le décret donne déjà une forte orientation générale de la nouvelle politique

⁶ Les sociétés de partenaires sont des sociétés constituées de plusieurs actionnaires ayant pour but une production commune d'électricité. Dans les contrats de partenariat, les partenaires s'engagent à racheter une quantité d'énergie proportionnelle à leur participation au prix de revient.

⁷ A l'instar du Modèle A, les partenaires hors canton doivent pouvoir participer aux sociétés concessionnaires au niveau de la «propriété» (au maximum jusqu'à 40 %).

cantonale dans le domaine des forces hydrauliques et de l'énergie. Il précise en outre les intérêts généraux en jeu selon le présent rapport, intérêts censés être légitimés définitivement et durablement aux yeux du peuple dans une phase ultérieure grâce à une loi cantonale spéciale.

Le décret est valable trois ans à compter de sa publication dans le Bulletin officiel cantonal du 28 septembre 2012. Le Grand Conseil a prolongé la durée de validité dudit décret de 2 ans jusqu'au 28 septembre 2017.

Stratégie du propriétaire de FMV (2012)

La LFMV précise qu'une participation d'au minimum 67% du capital-actions de FMV doit être détenue directement ou indirectement par des collectivités de droit public valaisannes. Sa mission principale consiste pour l'essentiel à valoriser les forces hydrauliques de la collectivité publique dans l'intérêt du développement économique général du canton.

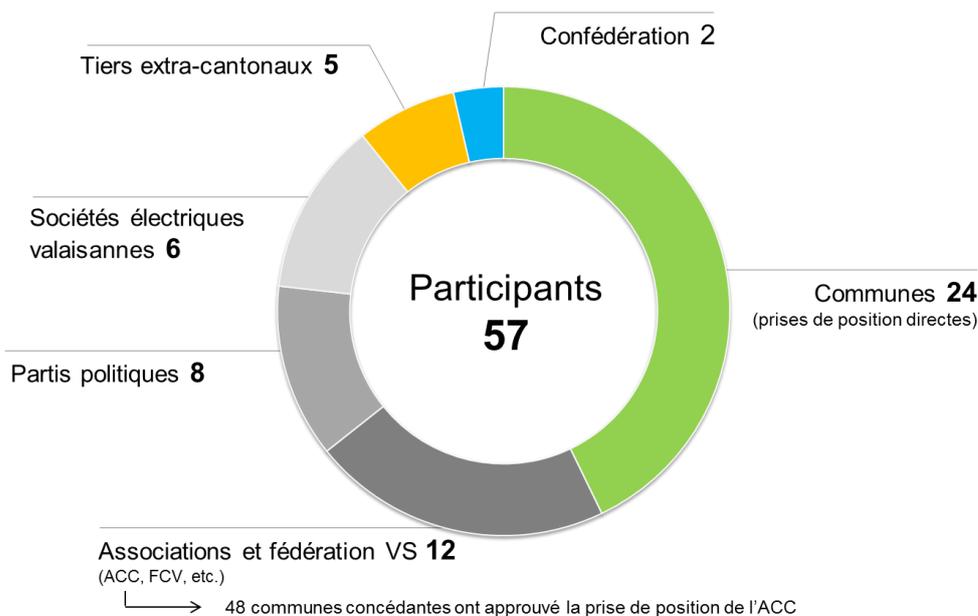
En tant qu'actionnaire principal, l'Etat du Valais a défini en 2012 une stratégie du propriétaire pour FMV qui concerne l'ensemble de ses activités commerciales. Au vu de la présente thématique, les directives stratégiques et les attentes dans le domaine de la production hydraulique sont les suivantes :

- FMV développe une stratégie visant à renforcer la confiance des communes valaisannes dans le but d'instaurer un partenariat et une collaboration dans le domaine des retours de concessions.
- Le canton considère FMV comme la principale plateforme pour prolonger la chaîne de valeur ajoutée dans la production de courant électrique à partir des forces hydrauliques et d'autres agents énergétiques.
- Dans le domaine de la stratégie hydraulique, FMV en tant que société intégrée revêt une importance cruciale pour le regroupement et la commercialisation de la production énergétique.
- FMV valorise de manière optimale la production électrique à sa disposition en utilisant également à cette fin les instruments et les possibilités du négoce international. En parallèle, elle pratique une gestion adéquate des risques.

Consultation

La procédure de consultation a débuté le 10 février 2015 pour se terminer le 29 mai 2015. Le Département de l'économie, de l'énergie et du territoire (DEET) a reçu 57 prises de position.⁸

Figure 4 Participants à la consultation



Source : SEFH

⁸ Les détails de la consultation sont disponibles dans le Rapport de Consultation – Stratégie force hydraulique du Canton du Valais du 18 novembre 2015

Le modèle proposé a reçu un accueil favorable de la majorité des entités ayant répondu à la consultation.

Les acteurs extra-cantonaux ont souhaité mettre en exergue les risques associés au retour des aménagements hydroélectriques et faire état d'une éventuelle incompatibilité du modèle avec le droit de la concurrence.

Les avis émanant de l'intérieur du canton saluent principalement la volonté d'augmenter la part de la production en mains valaisannes. Le maintien de la souveraineté existante sur les eaux et l'introduction du principe de solidarité ont également trouvé un écho favorable auprès des participants. Leurs avis divergent toutefois quant à la concrétisation de ce dernier principe, chacun essayant de faire prévaloir ses intérêts. Finalement, les éléments essentiels restants n'ont suscité que quelques commentaires isolés.

Malgré des prises de position disparates, les éléments suivants ressortent de la consultation :

- Un fort intérêt pour les futurs retours de concessions est manifesté.
- Il faut fixer rapidement un cadre pour le futur de la force hydraulique valaisanne.
- La force hydraulique valaisanne doit contribuer à la sécurité d'approvisionnement.
- Les coûts et les risques doivent être limités pour les différents acteurs.

Éléments essentiels du modèle DEET		Propositions complémentaires	
▪ Pas de modification de la souveraineté sur les eaux	⇒ OK	Modification de la répartition redevances et impôt spécial (50/50)	
▪ Répartition et solidarité	⇒ OK	Répartition 50/50 pour le Rhône jusqu'à Massa	
▪ FMV représentant de la CV	⇒ OK	Fonds Hydro.VS proposé par ACC	
▪ Liberté de commercialisation	⇒ OK	Société cantonale	
▪ Aménagement > 3MW	⇒ NON		

1.6 Base, portée et objectifs de la révision de la loi proposée

Modèle servant de base à la révision de la loi : Modèle du Conseil d'Etat

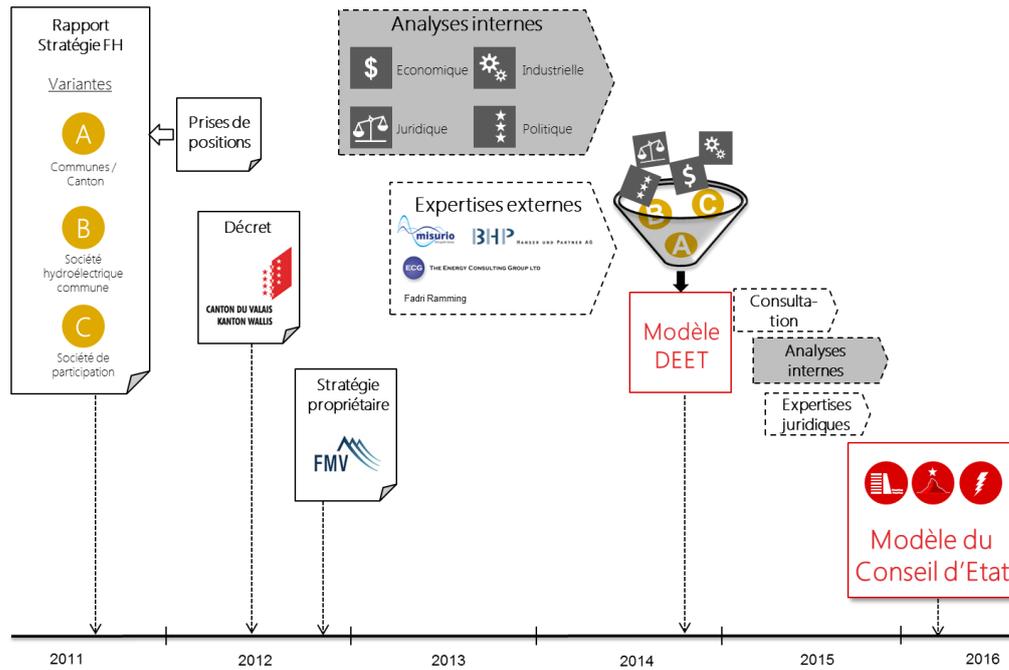
Les modifications légales proposées par le présent message s'appuient sur un modèle élaboré par le Département de l'économie, de l'énergie et du territoire. Le modèle proposé a été légèrement adapté suite à la consultation.

Ce modèle pour l'octroi de nouvelles concessions hydrauliques doit respecter le cadre politico-stratégique décrit précédemment. Il doit également tenir compte des prescriptions du droit supérieur, tout en affectant le moins possible l'ordre juridique cantonal actuel en préservant notamment les droits des communautés concédantes.

Comme mentionné dans les paragraphes précédents, le contexte de marché a fortement évolué depuis 2011. Le modèle du Conseil d'Etat a été développé à la lumière de cette évolution en se basant sur les réflexions du département avec le soutien de mandataires externes et sur la base des différentes prises de position afin de trouver une solution réalisable sur les plans économique, industriel, juridique et politique.

Le schéma suivant illustre le processus qui a conduit au développement du modèle du Conseil d'Etat.

Figure 5 Historique du développement du modèle DEET



Source : SEFH

Réglementation de la phase suivant l'échéance des futurs retours

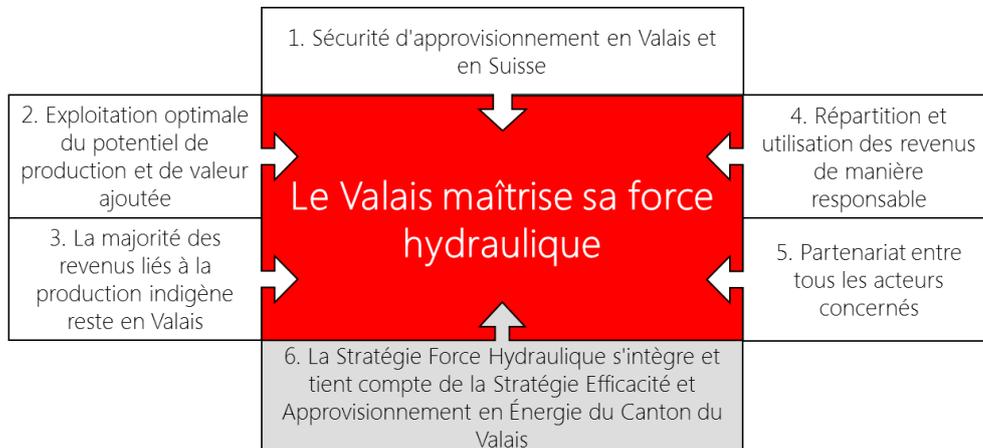
Le présent rapport explicatif propose une révision de la LFH-VS et de la LFMV. L'élément capital de cette révision dans l'optique d'une nouvelle orientation de la politique force hydraulique cantonale concerne la phase suivant l'échéance des futurs retours (nouvelles concessions).

Le droit de retour lui-même ainsi que les détails concernant son exercice et sa portée ne font pas l'objet de ce projet. Les questions à ce sujet sont régies par les différentes concessions de droits d'eau, respectivement par les dispositions légales en vigueur au moment de l'octroi ou de l'approbation des concessions hydrauliques.

Objectifs du modèle et de la révision de la loi proposée

Le chapitre 2 présente en détail les éléments du modèle du Conseil d'Etat. On retiendra que les six visions suivantes pour une nouvelle stratégie hydraulique cantonale adoptées en avril 2012 par le Conseil d'Etat ont servi de ligne directrice pour ce modèle.

Figure 6 Visions relatives à la stratégie force hydraulique du canton du Valais



Source : SEFH

Ces visions représentent les exigences fondamentales posées au modèle. Elles se résument comme suit :

- solution représentant un Valais uni ;
- préservation des intérêts des communes concédantes et parallèlement introduction d'un principe de solidarité ;
- maîtrise d'une partie importante de l'énergie hydraulique produite en Valais.

On notera qu'un engagement plus important de la communauté valaisanne dans le domaine hydroélectrique implique qu'il faudra envisager non seulement les opportunités, mais également les risques et responsabilités en lien avec l'utilisation des forces hydrauliques. A ce titre, le législateur valaisan doit absolument s'orienter vers un modèle souple et solide industriellement afin de permettre aux sociétés hydroélectriques sises en Valais de s'imposer dans un marché suisse de l'électricité intégré à l'Europe.

2. Modèle du Conseil d'Etat

2.1 Principes fondamentaux

Aujourd'hui, les capacités de production hydro-électriques sises en Valais sont majoritairement en mains d'entités extra-cantoniales. Seuls 10 % des capacités de production appartiennent aux communes valaisannes et 10 % à FMV. Afin de maîtriser sa force hydraulique et de garantir l'approvisionnement en électricité du canton du Valais tout en respectant un équilibre national, le modèle du Conseil d'Etat doit permettre d'avoir au moins 60 % des capacités de production en mains valaisannes.

Comme mentionné précédemment, en Valais, le droit de disposer des eaux du Rhône et du lac Léman appartient à l'Etat. Celui de disposer des autres eaux publiques, à savoir les rivières latérales, appartient à 100 % aux communes. Dans les autres cantons, on trouve différentes configurations. On citera à titre d'exemples :

- Canton de Berne : les eaux sont cantonalisées, la souveraineté sur les eaux est à 100 % en mains du canton.
- Canton des Grisons : le droit de disposer appartient formellement aux communes, mais le droit de retour est partagé à 50/50 entre les communes et le canton.
- Canton du Tessin : la souveraineté sur les eaux est à 100 % en mains du canton. Le canton du Tessin auto-utilise en principe ses eaux avec son institut autonome de droit public cantonal AET, Azienda elettrica ticinese.

Les éléments essentiels du modèle du Conseil d'Etat sont les suivants :

A. Souveraineté sur les eaux :

Les communes concédantes conservent leur droit de disposer des eaux des cours d'eau latéraux et le droit de disposer des eaux du Rhône reste de la compétence du canton.

B. Propriété :

Le système actuel d'une société hydroélectrique par aménagement est en principe maintenu. Le modèle qui se veut flexible, a pour objectif d'atteindre la répartition de propriété suivante pour les futures concessions :

- 30 % pour la communauté valaisanne⁹ ;
- 30 % aux communautés concédantes ;
- 40 % à un ou plusieurs partenaires tiers¹⁰.

Afin de pouvoir prendre en compte la diversité des cas particuliers et la répartition visée ci-dessus, le modèle prévoit les principes suivants :

- Le canton, dans l'intérêt de la communauté valaisanne, peut acquérir jusqu'à 30 % de participations dans chaque société hydroélectrique contre le paiement d'un prix solidaire aux communautés concédantes. Pour une participation de 30 %, le prix solidaire correspond à 30 % de l'indemnité équitable que les communautés concédantes doivent payer à l'ancien concessionnaire pour la reprise des installations lors du retour.¹¹ Le prix solidaire varie ainsi en fonction de la quote-part réellement acquise par le canton. Le canton vend en principe ensuite ses participations aux conditions du marché à FMV. Cette dernière représente la communauté valaisanne dans les sociétés hydroélectriques. Les bénéfices liés à la vente de ces participations seront répartis de la façon suivante :
 - 1/3 pour un fonds intitulé « Fonds de solidarité pour la politique cantonale de l'énergie et de l'eau » ;
 - 1/3 pour les communes concédantes en fonction de la force hydraulique ;
 - 1/3 pour toutes les communes valaisannes en fonction du nombre d'habitants.

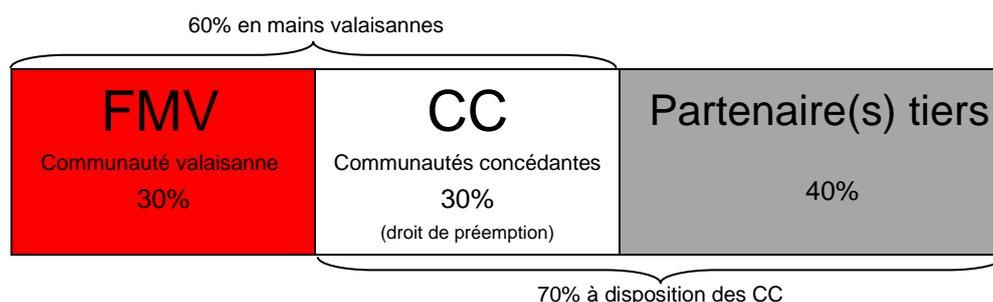
⁹ Dans le présent message, le terme « communauté valaisanne » signifie le canton et toutes les communes municipales.

¹⁰ Le(s) partenaire(s) tiers peuvent être le concessionnaire existant ou une ou plusieurs autres entités.

¹¹ L'indemnité équitable pour la reprise des installations lors du retour est définie à l'art. 56 al. 2 LFH-VS et à l'art. 54 al. 2 let. b. En principe, l'indemnité équitable correspond au prix payé pour le rachat de la partie sèche de l'aménagement hydraulique, la partie mouillée revenant gratuitement aux communautés concédantes

- Afin de pouvoir garantir 60 % des capacités de production en mains valaisannes, le modèle confère un droit de préemption au canton. En tant que représentant de la communauté valaisanne, il peut exercer ce droit dans la mesure où les communautés concédantes ne conservent pas un minimum de 30 % et qu'elles ne vendent pas ces actions à une autre communauté valaisanne ou à une entreprise en mains valaisannes (p.ex. un gestionnaire de réseau de distribution d'électricité - GRD). Dans les limites précitées, le droit de préemption porte sur l'ensemble des actions mises en vente au prix de vente convenu avec le tiers acquéreur. Le canton paie ainsi ce montant aux communes concédantes, puis transfère ces participations à FMV aux mêmes conditions.
- Les communautés concédantes peuvent vendre librement les actions restantes aux conditions du marché à un ou plusieurs partenaires de leur choix.

L'objectif pour la répartition de l'actionnariat de chaque société hydroélectrique est le suivant :



Ce schéma illustre un objectif stratégique global. Il est évident que chaque retour ou octroi de concession constituera un cas particulier. Il n'est pas possible ni souhaitable d'imposer un modèle contraignant les différents acteurs à acheter ou à vendre un nombre de participations fixe et prédéterminé. En effet, selon le contexte de marché ou la situation financière particulière, certains acteurs pourraient ne pas être en mesure d'assumer les charges et les responsabilités liées à un aménagement et, par conséquent, ne pas conserver ou acheter la part d'un aménagement.

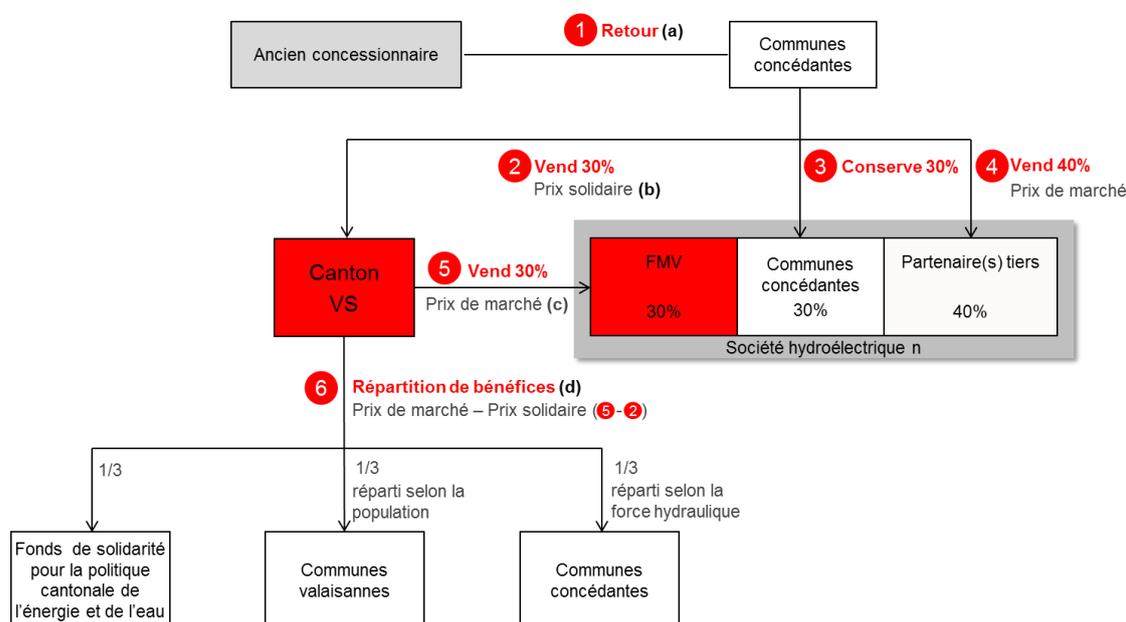
C. Commercialisation de l'énergie

Les actionnaires de la société hydroélectrique commercialisent librement la part d'énergie qui leur revient.¹² Les concédants peuvent ainsi valoriser librement leur énergie tout en étant encouragés à le faire avec des sociétés valaisannes (GRD, FMV, ...).

¹² Voir chapitre 2.9 Commercialisation de l'énergie

Le schéma suivant résume le modèle :

Figure 7 Modèle du Conseil d'Etat (selon une répartition 30/30/40)



(a) Les communautés concédantes payent en principe l'indemnité équitable pour la partie sèche à l'ancien concessionnaire.

(b) Le prix solidaire correspond à 30% du montant payé en 1, à savoir 30% de l'indemnité équitable pour la partie sèche.

(c) Le prix de marché est payé en principe selon le modèle «Montant initial + Rente de ressource», le montant initial correspond a priori au prix solidaire.

(d) Si le prix de marché est payé selon le modèle «Montant initial + Rente de ressource», le bénéfice à répartir annuellement correspondra à la rente de ressource.

Source : SEFH

En conclusion, l'implémentation du modèle du Conseil d'Etat ne nécessite pas de modifications importantes des bases légales existantes ni d'intervention sur la Constitution cantonale. Par une simple adaptation de la loi, le modèle du Conseil d'Etat définit certains principes devant être respectés par les communautés concédants lors de l'octroi des futures concessions, notamment pour permettre une participation de la communauté valaisanne. Quant au droit de retour qui s'inscrit dans le cadre des concessions existantes, il n'est pas modifié par le modèle du Conseil d'Etat.

2.2 Aménagements concernés et échéanciers des retours de concessions

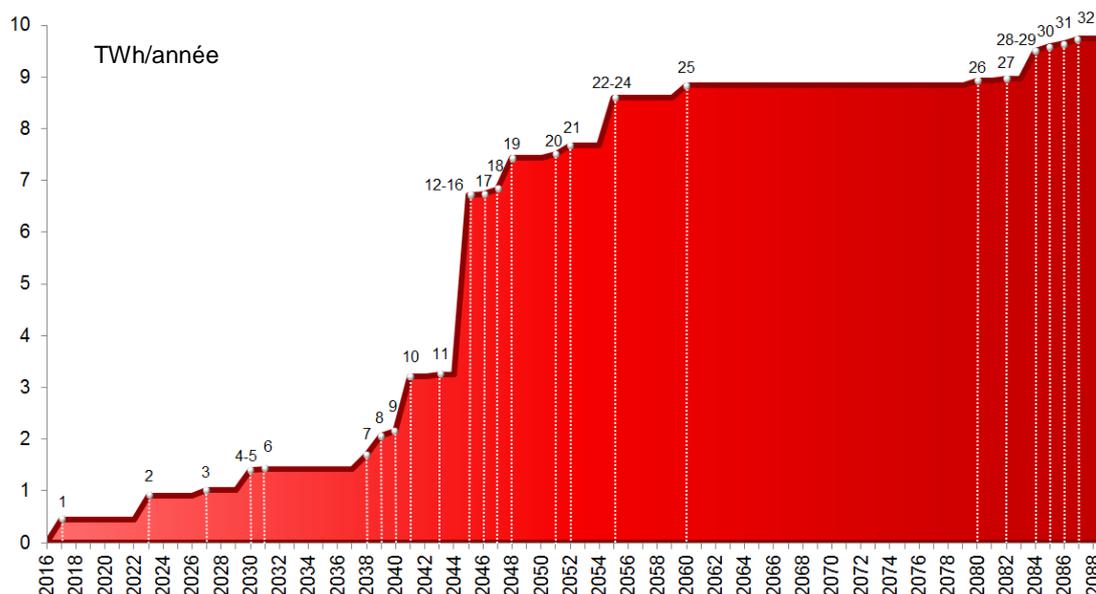
Le modèle du Conseil d'Etat s'applique aux aménagements d'une puissance installée supérieure ou égale à 10 MW. Ce critère se base sur la puissance installée et non sur la puissance brute théorique moyenne car celle-ci peut varier d'année en année. Pour les aménagements d'une puissance inférieure à 10 MW, les concédants peuvent continuer à disposer librement de leurs eaux.

Il y a 32 aménagements hydroélectriques d'une puissance installée supérieure à 10 MW en Valais. Ces aménagements génèrent 97 % de la production hydroélectrique valaisanne.

Le tableau ci-dessous liste les aménagements avec une puissance installée plus grande ou égale à 10 MW ainsi que la date approximative de leur retour.

On constate que la plupart des grands retours auront lieu entre 2040 et 2055.

Figure 8 Echancier des retours de concession et production (TWh)



Source : SEFH

1	VERNAYAZ (CFF)	2017
2	ERNEN-MÔREL	2023
3	ORSIERES-NIOLLET	2027
4-5	SALANFE, LAVEY	2030
6	LA DIXENCE	2031
7	LIENNE	2038
8	GOUGRA	2039
9	PALLAZUIT	2040
10	MAUVOISIN	2041
11	VIEZE	2043
12-16	ACKERSAND 1 & 2, GWK 1, MATTMARK, GRAND DIXENCE	2045
17	SANETSCH	2046

18	ALETSCHE	2047
19	BITSCH	2048
20	HEILIGKREUZ (GKW2)	2051
21	LIZERNE ET MORGE	2052
22-24	EMOSSON, LOETSCHEN, FIESCHERTAL (GKW 3)	2055
25	GONDO-GABI-TANNUWALD	2060
26	MARTIGNY-BOURG	2080
27	MUTT	2082
28-29	CHIPPIS (NAVISENCE & RHONE)	2084
30	BRAMOIS-SAUTEROT	2085
31	SEMBRANCHER	2086
32	ILLSEE-TURTMANN	2087

2.3 Principe de solidarité : 30 % pour la communauté valaisanne

Il ressort des différentes prises de position faisant suite au *Rapport Stratégie FH 2011* et à la consultation de l'avant-projet de révision de la LFH-VS et de la LFMV qu'il existe un consensus relatif à la nécessité d'introduire un principe de solidarité entre les communautés concédantes et l'ensemble de la communauté valaisanne.

Pour que la notion de solidarité existe, les conditions suivantes doivent être respectées :

- Les communautés concédantes et la communauté valaisanne accèdent à la force hydraulique aux mêmes conditions, soit avec le même ratio « prix d'acquisition / valeur acquise ».
- La mise en œuvre du prix solidaire doit être simple et ne pas générer des discussions interminables à chaque retour.

Vu que les communautés concédantes peuvent acquérir la totalité d'un aménagement hydroélectrique en payant l'indemnité équitable pour la partie sèche à l'ancien concessionnaire, le prix solidaire doit par conséquent se baser sur cette indemnité.

Le calcul de cette indemnité est indépendant des conditions du marché, ce qui évite des discussions basées sur des hypothèses portant sur une période de 80 ans.

Pour rappel, l'indemnité équitable est définie aux articles 54 al. 2 et 56 al. 2 LFH-VS et correspond à la valeur intrinsèque de la partie sèche de l'aménagement.

Art. 54 al. 2 point b LFH-VS : 4. Expiration de la concession avec exercice du droit de retour

² La communauté qui dispose de la force a le droit, dans le cadre de l'exercice du droit de retour, de reprendre les installations et ouvrages ci-après désignés, comme suit:

b) moyennant une indemnité équitable:

les installations servant à la production, à la transformation et au transport de l'énergie et les bâtiments de service et d'administration, si ces ouvrages se situent dans le canton.

Art. 56 al. 2 LFH-VS

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

Sans modifier la souveraineté sur les eaux et en se basant sur la notion de solidarité, le modèle du Conseil d'Etat propose de répartir les avantages potentiels découlant de cette souveraineté à hauteur de 70 % pour les communautés concédantes et 30 % pour l'ensemble de la communauté valaisanne. Il importe de relever à cet égard que la part de 70 % demeurant en mains des communes concédantes s'avère supérieure à ce qui se fait dans les cantons de Berne, des Grisons et du Tessin.

A cet effet, le canton dans l'intérêt de la communauté valaisanne peut acquérir jusqu'à 30 % de participations en payant le prix solidaire.

Le prix solidaire est réduit linéairement selon la quote-part réellement acquise. Si le canton ne décide d'acquérir que 20 % de participations, il devra donc payer 20 % de l'indemnité équitable pour la partie sèche que les communautés concédantes ont payée à l'ancien concessionnaire.

Le prix solidaire peut par conséquent être défini de la manière suivante :

$$\text{Prix Solidaire} = \% \text{Participation Canton} * \text{Indemnité équitable pour la partie sèche}$$

Ces participations sont à faire valoir lors de l'octroi de futures concessions. Les articles de lois proposés décrivent en détail les différents cas de figures pouvant se présenter (nouvel aménagement, retour standard, renouvellement anticipé, renonciation au droit de retour, ...).

Lorsque des investissements de modernisation ou d'agrandissement ont été effectués par le concessionnaire avec l'assentiment des communautés concédantes et du canton au sens de l'art. 60 LFH-VS, les communautés concédantes doivent dédommager le concessionnaire pour la valeur résiduelle non amortie de la partie mouillée relative à ces investissements. Dans ce cas de figure, le prix solidaire sera augmenté en conséquence. Le canton devra ainsi payer aux communautés concédantes un montant supplémentaire. Si le canton acquiert des participations à hauteur de 30 %, il devra également participer à hauteur de 30 % au dédommagement de la partie résiduelle non amortie des investissements.

Analyse des conséquences du prix solidaire pour les communes concédantes et pour la communauté valaisanne

En premier lieu, il sied de constater que les aménagements sont tous différents. Les parties sèches ne représentent pas systématiquement la même part de la valeur intrinsèque ou de la valeur de rendement d'un aménagement à l'autre.

Ainsi, les communes concédantes ne se trouvent pas dans une situation égale les unes envers les autres.

Le privilège associé à la souveraineté sur les eaux découle de la partie gratuite liée au droit de retour. Toute caractéristique de l'aménagement égale par ailleurs, un aménagement avec une partie gratuite importante, et donc avec une partie sèche de faible valeur par rapport à la totalité de l'aménagement, est plus intéressant pour les communes concédantes que l'inverse.

Le principe de solidarité défini ci-dessus a pour conséquence que les communes concédantes qui ont plus d'avantages, à savoir un aménagement avec une partie sèche plus faible en proportion, vont partager un peu plus de la valeur acquise. Mais, malgré le partage plus important demandé, leur situation reste toutefois plus favorable que celle des communes concédantes qui vont recevoir un aménagement avec une partie sèche plus élevée en proportion de la valeur de l'aménagement. En effet, le 70 % restant à disposition des premières permet de générer un bénéfice plus important que le 70 % aux mains des communes concédantes avec un aménagement avec une partie sèche plus grande.

Comme mentionné préalablement, le canton revend ensuite les participations acquises au prix solidaire à FMV aux conditions du marché. Les bénéfices liés à la vente de ces participations seront répartis entre le « Fonds de solidarité pour la politique cantonale de l'énergie et de l'eau » et les communes valaisannes dans les proportions indiquées au chapitre 2.1.

2.4 Représentant de la communauté valaisanne au sein des sociétés hydroélectriques

FMV représentera la communauté valaisanne dans chaque société hydroélectrique dans le cadre des futures concessions. Le *Rapport Stratégie FH 2011* proposait différentes options : participation directe du canton et des communes, société de participation ou encore société cantonale commune. Les paragraphes suivants expliquent pourquoi le modèle du Conseil d'Etat propose FMV comme représentant de la communauté valaisanne au sein des sociétés hydroélectriques.

La première question à se poser est de savoir s'il est plus intéressant d'avoir une participation directe des communes et du canton dans chaque société hydroélectrique ou d'avoir un représentant unique pour la communauté valaisanne.

- Une participation directe de l'ensemble des communes valaisannes et du canton dans chaque société hydroélectrique engendrerait un actionnariat complexe composé d'un nombre important de communes ayant chacune un très petit pourcentage de participations. Lors de chaque retour, toutes les communes devraient prendre position sur leur volonté de participer à la société hydroélectrique en question. Il faudrait, pour prendre cette décision, évaluer les impacts financiers et les bénéfices potentiels en tenant compte de nombreux paramètres : état de l'aménagement, perspectives de production, investissements de modernisation, etc. Cela représenterait un travail conséquent qui devrait être effectué par les communes pour les 32 aménagements de plus de 10 MW.
- Un représentant unique avec des participations dans chaque société hydroélectrique permettrait notamment d'avoir une flexibilité de gestion accrue, une meilleure gestion des risques, une disponibilité de la production augmentée ainsi qu'une meilleure gestion des erreurs des programmes prévisionnels avec une réduction de l'énergie d'ajustement nécessaire grâce notamment à un portefeuille d'aménagements plus important.

Il apparaît ainsi plus judicieux d'opter pour une solution avec un seul représentant pour l'ensemble de la communauté valaisanne. Deux options sont dès lors envisageables : créer une nouvelle structure ou bâtir sur une structure existante.

La création d'une nouvelle structure soulève de nombreuses questions :

- Est-ce qu'une nouvelle structure est vraiment nécessaire ? Serait-elle en concurrence avec d'autres sociétés valaisannes actives dans le même secteur ? Quelle forme juridique devrait avoir cette société : société anonyme, fondation, ... ? Faudrait-il nommer une direction et engager des employés ?
- L'échelonnement des retours des concessions permet-il à une nouvelle structure de croître sereinement et de se positionner d'emblée comme un acteur fort sur le marché ?
- Quels sont les partenaires participant au capital social de la nouvelle structure ? Avec quelle clé de répartition initiale ? Quels seront les besoins financiers initiaux et comment ceux-ci

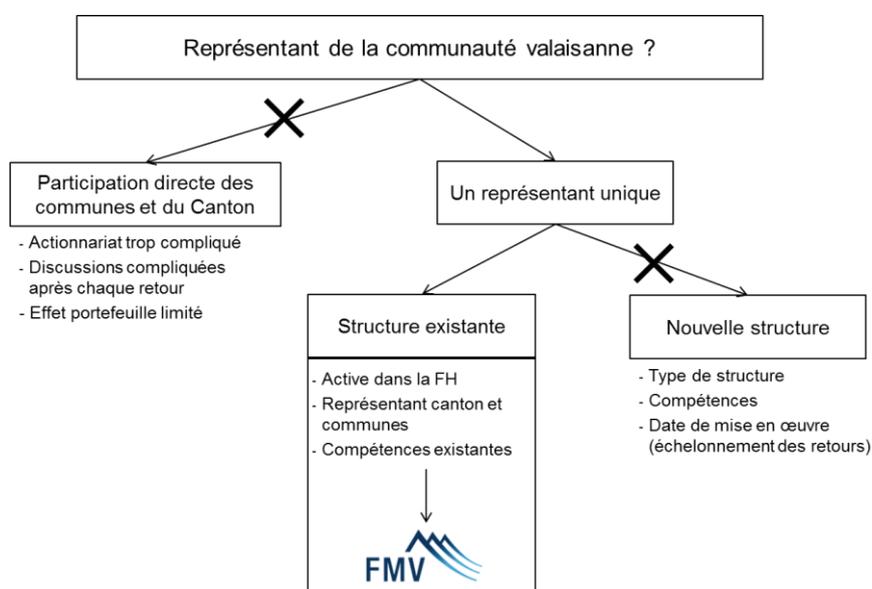
évolueront dans le temps lors d'une augmentation de capital potentiellement nécessaire avec l'augmentation du portefeuille d'aménagement ?

Ces questions généreraient de longues et difficiles discussions. Il convient donc d'examiner si une société existante peut répondre aux objectifs suivants :

- représenter de manière appropriée l'ensemble de la communauté valaisanne ;
- pouvoir supporter financièrement et opérationnellement l'échelonnement des retours de concessions en étant d'emblée efficace ;
- disposer des compétences et du savoir-faire nécessaires.

Il ressort clairement que la société FMV répond à ces objectifs et qu'elle représente la solution la plus adéquate. Sa mission, définie par la LFMV, est en adéquation avec les objectifs de la stratégie force hydraulique. FMV a de plus l'avantage d'avoir d'ores et déjà des participations dans certains aménagements hydroélectriques.

Figure 9 Représentant de la communauté valaisanne



Source : SEFH

Sur le plan juridique, FMV est une société anonyme d'économie mixte de droit privé dont le canton du Valais, les communes valaisannes et certains GRD sont les actionnaires. L'actionnariat de FMV offre une bonne représentation de la communauté valaisanne. Elle a pour mission de contribuer à valoriser le patrimoine hydraulique des collectivités publiques valaisannes et à participer à l'approvisionnement du canton en électricité. En vertu de la LFMV, FMV se place comme l'organisme faîtière de la politique énergétique cantonale. Définir FMV comme représentant de la communauté valaisanne dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie force hydraulique est compatible avec la stratégie du propriétaire majoritaire définie par le Conseil d'Etat le 7 novembre 2013.

A l'heure actuelle, l'actionnariat de FMV est détenu à hauteur de 44 % par les communes valaisannes via des participations directes ou via des entreprises régionales de distribution.

Pour rappel, c'est sur la base des travaux d'une commission extra-parlementaire que le statut juridique et l'organisation de FMV ont été adaptés en 1990 en parallèle de la consultation du projet de révision de la loi cantonale sur l'utilisation des forces hydrauliques. La répartition des 44 % entre les communes a été longuement discutée et définie par le décret du 14 novembre 1990 concernant l'exécution de l'article 92 al. 2 de la loi du 28 mars 1990 sur l'utilisation des forces hydrauliques (répartition des actions de FMV entre les communes). En vertu de cette répartition, la participation de chaque commune au capital social de FMV est égale à la valeur moyenne de sa part au nombre d'habitants du canton, de sa part à la consommation électrique du canton prise

deux fois en considération, de sa part à la puissance hydraulique du canton prise trois fois en considération et de sa part à l'emploi dans le canton. Ce mécanisme de répartition prend en compte plusieurs facteurs et pas uniquement celui de la population comme parfois suggéré.

FMV représentera ainsi la communauté valaisanne dans les sociétés hydroélectriques pour toute la durée des nouvelles concessions.

2.5 Modalités financières du transfert à FMV

Comme mentionné précédemment, le canton vend à FMV aux conditions du marché les participations acquises au prix solidaire auprès des communautés concédantes.

La méthode d'évaluation la plus couramment utilisée pour déterminer le prix de marché d'un aménagement est actuellement celle de la valeur de rendement selon la méthode des « Discounted Free Cash-flows », DFC. Pour calculer les cash-flows, l'investisseur fait un certain nombre d'hypothèses quant aux coûts et aux revenus futurs qui seront générés par la concession. Des prévisions ou des scénarios d'évolution des paramètres suivants doivent être effectués pour toute la durée de la concession : prix de l'électricité, taux de change EUR/CHF, apports futurs en eau, coûts d'entretien et de rénovation, plan d'investissement, etc.

Le nombre important d'incertitudes relatives à l'évolution de ces paramètres exacerbé par la durée importante du cycle d'investissement rendent délicat le calcul d'un prix de marché selon la méthode de la valeur de rendement. La valeur de l'aménagement peut donc fluctuer de façon considérable en fonction des hypothèses.

Afin de remédier à la difficulté de calculer le prix de marché d'un aménagement pour 80 ans sous forme d'un montant unique, le modèle « montant initial + rente de ressource » est privilégié pour la vente de l'aménagement à FMV par le canton. Ce modèle de calcul du prix de marché a déjà été utilisé dans le cadre de la vente de l'aménagement Chippis-Rhône par le Canton à FMV.¹³

Avec ce modèle, FMV versera ainsi une rente de ressource annuelle tout au long de la concession si les conditions de marché le permettent. Cela permettra d'avoir un revenu étalé dans le temps sans exercer de pression trop importante sur FMV en début de concession.

De façon similaire à ce qui a été fait pour la vente de l'aménagement Chippis Rhône, les modalités exactes de calculs et de versements du montant initial et de la de rente de ressource pour la vente des participations de chaque aménagement seront définis dans une convention entre le Conseil d'Etat et FMV.

Les paragraphes suivants décrivent les grands principes relatifs à ce modèle de vente d'un aménagement.

Paiement initial

L'objectif pour le canton est de retrouver au minimum les montants payés aux communautés concédantes. Le montant initial dépend donc de la quote-part réellement acquise par le canton auprès des communes concédantes (maximum 30 %). Pour une quote-part de x %, le montant initial se composera selon les cas de figure de :

- x % de l'indemnité équitable pour la partie sèche ;
- x % des investissements de modernisation ou d'agrandissement non amortis si ces investissements ont été réalisés par le concessionnaire avec l'assentiment des communautés concédantes et du canton.

Rente de ressource

Un objectif central de la stratégie force hydraulique est de permettre à l'ensemble de la communauté valaisanne de profiter des bénéfices issus de la force hydraulique. La rente de ressource est un des moyens pour y parvenir. Cette dernière sera répartie, lorsque les conditions de marché le permettront, dans les proportions mentionnées préalablement entre le « Fonds de solidarité pour la politique cantonale de l'énergie et de l'eau », l'ensemble des communes valaisannes et les communes concédantes.

¹³ Décision concernant la ratification du droit d'utiliser les forces hydrauliques du Rhône entre Susten et Chippis et la vente de l'aménagement existant de Chippis-Rhône à FMV SA du 9 septembre 2014.

Le processus de détermination de la rente de ressource s'effectuera chaque année. FMV mettra à disposition l'ensemble des documents permettant de déterminer le bénéfice net théorique de chaque aménagement. La rente de ressource consiste donc en un partage des bénéfices générés annuellement par un aménagement dès qu'un seuil minimal de rentabilité sur les capitaux investis est atteint.

À titre d'exemple, un extrait de la convention relative à l'aménagement Chippis-Rhône est disponible en annexe.

2.6 Répartition des bénéfices issus de la solidarité

La solidarité souhaitée dans le domaine de la force hydraulique se concrétisera grâce aux bénéfices générés par la vente à FMV aux conditions du marché des participations acquises à prix solidaire par le canton auprès des communautés concédantes.¹⁴ Ces bénéfices sont répartis de la façon suivante :

- 1/3 pour un fonds intitulé « Fonds de solidarité pour la politique cantonale de l'énergie et de l'eau » ;
- 1/3 pour les communes concédantes en fonction de la force hydraulique ;
- 1/3 pour toutes les communes valaisannes en fonction du nombre d'habitants.

En principe, les participations sont vendues à FMV selon le modèle « montant initial + rente de ressource ». Dans ce cas, la rente de ressource déterminée annuellement selon les conditions du marché sera répartie selon le principe ci-dessus. Cela permettra notamment un approvisionnement régulier du fonds tout en redistribuant régulièrement les bénéfices générés aux communes.

Il est également possible que le produit de la vente des participations acquises par le canton, prenne la forme d'un versement unique. Dans ce cas de figure, la différence entre ce montant unique et les montants payés aux communes concédantes par le canton sera répartie en une seule fois entre le fonds et les communes.

Il est difficile à ce stade de prévoir quels seront les montants versés annuellement. On connaît les dates de retours des concessions, mais il est impossible de prévoir les bénéfices qui seront générés suite à la vente des participations liés à ces retours. Les conditions futures du marché de l'électricité influenceront de façon importante les bénéfices potentiels et donc les rentes de ressource qui alimenteront le fonds.

1/3 pour le « fonds de solidarité pour la politique cantonale de l'énergie et de l'eau »

L'approvisionnement du fonds est possible grâce aux bénéfices générés par la commercialisation de l'électricité produite à partir de l'eau en utilisant des aménagements hydroélectriques. C'est pourquoi, le modèle propose d'affecter le fonds aux domaines de l'énergie et de l'eau.

Le « fonds de solidarité pour la politique cantonale de l'énergie et de l'eau » est destiné à l'ensemble du Valais : citoyens, communes ou entreprises.

Le fonds est destiné au financement de la politique cantonale en matière d'énergie et d'eau, en particulier pour le soutien financier de l'efficacité énergétique et des énergies renouvelables, ainsi que pour la gestion optimale de la ressource multifonctionnelle eau.

Dans un premier temps, seul l'objectif général du fonds ainsi que le mécanisme d'approvisionnement sont définis. Les modalités d'utilisation de ce fonds seront arrêtées ultérieurement dans un règlement édicté par le Conseil d'Etat.

Deux arguments principaux ont motivé la décision de ne pas définir à ce stade un règlement précis concernant l'utilisation de ce fonds :

- Les prochains retours concernés par la stratégie auront lieu en 2023. Avant cette date, le fonds ne sera pas approvisionné. Au fur et à mesure des futurs retours, l'approvisionnement annuel du fonds augmentera. Pour rappel, les principaux retours de concessions sont prévus entre 2040 et 2050. Il n'y a donc pas d'urgence à définir

¹⁴ Pour rappel, le canton peut acquérir au maximum 30 % de participations en payant 30 % de l'indemnité équitable pour la partie sèche aux communes concédantes.

l'affectation des moyens financiers du fonds alors que ceux-ci ne sont pas encore disponibles.

- Nous faisons actuellement face à un tournant énergétique avec un domaine en plein changement de paradigme. Etant donné la dynamique des politiques climatiques et énergétiques internationales et fédérales, de même que l'évolution technologique rapide dans les divers secteurs de l'énergie, il n'est pas approprié de définir précisément aujourd'hui les investissements qu'il conviendra de soutenir financièrement au moment où le fonds sera suffisamment doté.

Les paragraphes suivants décrivent quelques pistes envisageables pour l'utilisation future du fonds.

Domaine de l'énergie :

La politique énergétique cantonale poursuit des objectifs ambitieux visant à découpler la croissance économique de la consommation d'énergies non renouvelables. L'indépendance vis-à-vis des énergies non renouvelables reste une vision à long terme, probablement au-delà de 2100. La concrétisation de cette vision nécessitera des efforts conséquents et de longue haleine à tous les niveaux de nos institutions politiques. Des soutiens financiers pourront être affectés à différents domaines :

- Des mesures classiques, telles que le soutien à des investissements privés ou publics visant la réduction des besoins d'énergie ou le recours à des énergies renouvelables (p.ex. domaine du bâtiment).
- Des infrastructures énergétiques d'intérêt public pourraient se retrouver momentanément en difficulté et nécessiter un soutien provisoire dans un marché en pleine mutation.
- Il pourrait également être utile et nécessaire de renforcer l'information et le conseil en matière d'investissements énergétiques.
- La poursuite d'objectifs énergétiques ambitieux va susciter des recherches et des développements qui nécessiteront des projets de démonstration avant l'industrialisation. Un soutien à ces projets ou aux entreprises valaisannes souhaitant mettre sur le marché de nouveaux produits pourrait être envisagé.

Domaine de l'eau :

La problématique liée à l'eau va s'accroître dans les prochaines décennies. A cet effet, la stratégie cantonale de l'eau adoptée par le Conseil d'Etat le 4 décembre 2013 mentionne par ordre d'importance les thèmes suivants.

1. Utilisation de l'eau comme eau potable ;
2. Protection de l'eau en tant que ressource et protection des hommes contre les dangers naturels liés à l'eau ;
3. Mise en valeur de l'eau dans la production d'électricité, l'agriculture, l'industrie, le tourisme et les biotopes et le paysage.

Des moyens financiers importants seront vraisemblablement nécessaires, notamment pour protéger et se protéger de l'eau. Les moyens financiers disponibles dans le fonds pourront potentiellement contribuer à l'effort nécessaire.

1/3 pour les communes concédantes en fonction de la force hydraulique

Le mode de calcul précis de la répartition entre les communes concédantes sera arrêté dans le règlement édicté par le Conseil d'Etat. Il sera par exemple possible de se baser sur la part annuelle de chaque commune concédante aux redevances communales (redevances perçues par une commune / total des redevances communales).

En acceptant le principe du prix solidaire, les communes concédantes consentent un effort certain. Dans le cadre de la consultation, l'Association des communes concédantes s'est prononcée en faveur de ce prix solidaire tout en demandant un certain nombre de compensation. Elle souhaitait notamment une part de la rente de ressource. Cette demande est satisfaite avec la répartition des bénéfices proposée.

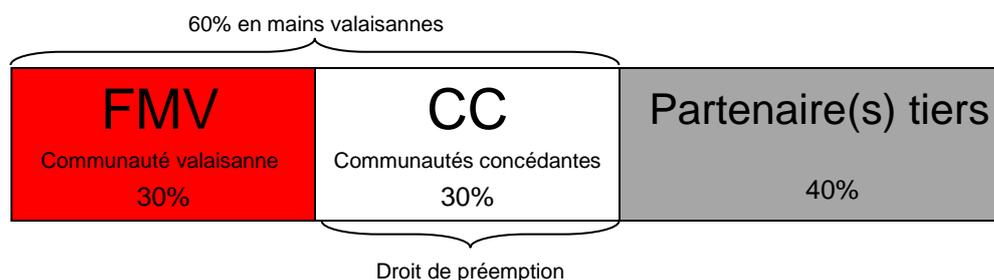
1/3 pour toutes les communes valaisannes en fonction du nombre d'habitants

Un tiers des bénéfices seront répartis entre toutes les communes valaisannes en fonction du pourcentage d'habitant de chaque commune par rapport à la population cantonale.

Il faut noter que les communes concédantes sont également concernées par cette répartition en fonction du nombre d'habitants.

2.7 Droit de préemption

Le droit de préemption en faveur du canton donne systématiquement la possibilité d'atteindre 60 % de la production hydroélectrique en mains valaisannes lorsque des communes concédantes ne souhaitent pas garder au moins 30 % de participations au sein des sociétés hydroélectriques.



Le modèle du Conseil d'Etat introduit un droit de préemption qui peut s'exercer lorsque les communes concédantes vendent leurs participations à un tiers. Le droit de préemption porte sur un maximum de 30 % de ces participations. Le canton peut exercer ce droit uniquement si ces communautés ne gardent pas un minimum de 30 % en leurs mains et qu'elles ne vendent pas ces actions à d'autres corporations valaisannes de droit public, respectivement à des personnes morales contrôlées par des corporations valaisannes de droit public, à savoir une autre commune, un groupement de communes ou à une entreprise en mains valaisannes (p.ex. un gestionnaire de réseau de distribution d'électricité GRD).

Autrement dit, l'objectif est de garder la partie blanche du schéma ci-dessus en mains valaisannes. Si les communes concédantes gardent leurs participations ou si elles les vendent à des entreprises en mains valaisannes, le canton ne peut pas exercer son droit de préemption. Il n'y a pas de raison que le canton puisse acquérir des participations supplémentaires dans ce cas de figure. Les entreprises valaisannes actives dans la distribution d'électricité peuvent ainsi se profiler pour devenir actives dans la production d'électricité.

Si le canton exerce son droit de préemption, il paie aux communes concédantes le montant que ces dernières ont convenu avec le tiers acquéreur, puis transfère ces participations à FMV aux mêmes conditions. Ces participations étant transférées aux mêmes conditions, aucun bénéfice n'est généré pour le canton. Il n'y a par conséquent aucune répartition des bénéfices entre le « fonds de solidarité pour la politique cantonale de l'énergie et de l'eau » et les communes pour les participations acquises par l'exercice du droit de préemption.

2.8 Vente au(x) partenaire(s) tiers

Lors de chaque retour, les communautés concédantes peuvent vendre librement une part des participations aux conditions du marché à un ou plusieurs partenaires de leur choix.

La révision de loi proposée ne définit ni la méthode de calcul ni les modalités de paiements relatives à cette vente afin de respecter notamment l'autonomie communale et la liberté de commerce.¹⁵ Il serait, par ailleurs, délicat de définir une règle applicable à tous les cas en sachant que le calcul d'un prix de marché, dans un marché peu liquide comme celui de l'hydraulique,

¹⁵ Voir le chapitre 3.3 et 3.4 pour plus de détail.

nécessite de longues négociations dépendantes de la situation particulière de chaque aménagement.¹⁶

Bien que cet aspect ne soit pas défini précisément dans la loi, voici quelques options envisageables relatives aux modalités de paiement en faveur des communes concédantes :

- montant unique payé immédiatement ;
- montant total déterminé initialement, puis payé avec des versements étalés dans le temps sous forme d'annuités ;
- montant initial complété par une rente de ressource en fonction de l'évolution du marché.

La répartition du paiement du prix d'achat sur plusieurs échéances permet d'éviter la problématique de la gestion d'une somme importante par les communes concédantes tout en respectant les générations futures. Il appartient cependant aux communes concédantes de trouver des solutions et de définir un modèle d'utilisation responsable des revenus. Le canton se tient cependant à disposition pour aider les communes dans les négociations avec les partenaires tiers.

2.9 Commercialisation de l'énergie

En principe dans les sociétés hydroélectriques de partenaires, chaque partenaire bénéficie de sa part de production d'énergie selon sa participation au capital-actions et supporte sa quote-part correspondante aux coûts d'exploitation. En d'autres termes, chaque partenaire rachète à prix coûtant la part d'énergie produite selon sa participation, puis la valorise en la commercialisant.

La volonté du modèle du Conseil d'Etat est de ne pas changer cette approche. Ainsi, pour une société hydroélectrique donnée, chaque partenaire reçoit une quantité d'énergie à hauteur de sa participation et la valorise librement :

- Les communes concédantes valorisent librement leur énergie. Ces dernières sont toutefois fortement encouragées à le faire avec des sociétés en mains valaisannes (GRD, FMV, ...).
- FMV valorise librement l'énergie qui lui revient.
- Le(s) partenaire(s) tiers valorise(nt) librement son (leur) énergie.

La liberté laissée aux communes concédantes pour la commercialisation de l'énergie se justifie pour les raisons suivantes :

- Il est difficilement envisageable au niveau législatif de contraindre les communes concédantes de valoriser leur énergie avec une société imposée en respectant l'autonomie communale et la liberté de commerce en général.¹⁷
- De plus, au niveau de la commercialisation, les avis divergent quant à la nécessité et la forme d'une société de commercialisation valaisanne : société existante, plusieurs sociétés selon les régions géographiques, nouvelle structure de trading, etc.
- Par ailleurs, eu égard à l'échéancier des retours de concession, il n'y a pas d'urgence à régler cette question. En effet, le volume d'énergie à commercialiser ne sera pas très important à court terme. Il va croître au fur et à mesure des retours de concession. À titre d'exemple, en 2040, l'énergie à disposition des communes concédantes pour une participation de 30 % aux aménagements ayant fait retour représentera moins de 700 GWh.

FMV représentant la communauté valaisanne dans les futures concessions, il est évident et naturel, eu égard à ses compétences et sa mission, que ce soit cette dernière qui valorise la part d'énergie de la communauté valaisanne. FMV développe en effet ses activités autour de ces trois métiers : producteur, transporteur et négociant en électricité. Outre l'énergie issue de ses propres productions, FMV achète et vend déjà de l'électricité sur le marché. FMV collabore déjà étroitement avec de nombreux groupes helvétiques actifs dans le domaine de l'électricité.

¹⁶ Les notions relatives à la valeur d'un aménagement sont précisées au chapitre 2.10

¹⁷ Voir le chapitre 3 pour plus de détail

2.10 Eléments complémentaires

Pourquoi 60 % en mains valaisannes

L'objectif principal de la stratégie force hydraulique pour le canton du Valais est de maîtriser sa force hydraulique en prenant des participations importantes dans les différents aménagements hydroélectriques tout en développant la chaîne de valeur ajoutée dans le canton.

Pour atteindre ces objectifs, la stratégie force hydraulique du canton du Valais a défini que 60 % de la production hydroélectrique devrait être en mains valaisannes.

Sur la base de l'évolution de la population, de la consommation moyenne des grands sites industriels et du scénario *Nouvelle politique énergétique*¹⁸, les besoins en électricité pour le canton du Valais devraient se situer dans une fourchette de 3.5 à 4.5 TWh par an d'ici 2050. La production hydroélectrique valaisanne annuelle représente environ 10 TWh par année. Les modernisations et nouveaux aménagements pourront éventuellement compenser les pertes de production liées aux mesures d'assainissements des cours d'eau exigées par le droit de l'environnement. Les chiffres précédents permettent de constater que la part souhaitée de 60 % sera suffisante pour couvrir la consommation estimée pour 2050. A noter que les productions solaires et éoliennes viendront compléter la production hydraulique en mains valaisannes.

Malgré l'intérêt légitime d'augmenter la participation valaisanne, une relation de partenariat reste souhaitable avec des tiers, notamment afin de respecter un équilibre national. Ces derniers disposent en plus d'un savoir-faire certain dans l'exploitation des installations, ce dont peuvent également profiter les partenaires du Valais.

Modèle flexible

Le modèle est flexible. Il fixe des principes et des objectifs globaux. Selon les cas de figures propre à chaque concession et les moyens financiers des acteurs concernés, l'actionnariat de chaque société hydroélectrique dans le cadre des nouvelles concessions pourra être différent. Voici quelques exemples possibles :

1. Cas standard

FMV 30 %	CC 30 %	Partenaire(s) tiers 40 %
-------------	------------	-----------------------------

2. La Communauté Valaisanne ne souhaite pas ou ne peut pas acquérir 30 % de l'aménagement et décide d'acquérir uniquement 20 % de l'aménagement.

FMV 20 %	CC 40 %	Partenaire(s) tiers 40 %
-------------	------------	-----------------------------

3. La(es) commune(s) concédante(s) ne souhaite pas garder de participation dans l'aménagement. Elle vend sa participation à une autre commune valaisanne ou à un GRD valaisan. Dans ce cas, la communauté valaisanne n'a pas de droit de préemption puisque 60 % de la propriété est déjà en mains valaisannes.

FMV 30 %	Communes VS ou GRD 30 %	Partenaire(s) tiers 40 %
-------------	-------------------------------	-----------------------------

¹⁸ Conseil fédéral, Rapport explicatif concernant la Stratégie énergétique 2050 (Projet soumis à la consultation), Berne, 2012

4. Les communes concédantes souhaitent garder uniquement 10 % de l'aménagement et ne trouvent pas d'autres partenaires valaisans intéressés par les 20 % restants. La communauté valaisanne décide d'acheter 50 % de l'aménagement dont 20 % en exerçant son droit de préemption.

FMV 30 % + 20 %	CC 10 %	Partenaire(s) tiers 40 %
--------------------	------------	-----------------------------

5. La communauté valaisanne acquiert 30 % de l'aménagement, les communes concédantes ne souhaitent pas vendre le reste et gardent les 70 % restants.

FMV 30 %	Communes concédantes 70 %
-------------	------------------------------

6. La communauté valaisanne acquiert 30 % à prix solidaire. Les communes concédantes ne souhaitent pas ou n'ont pas les moyens de garder des participations. Les autres communes valaisannes ou GRD valaisans ne souhaitent pas acquérir ces participations et la communauté valaisanne n'exerce pas son droit de préemption. Les parts restantes sont vendues librement à un ou plusieurs partenaires tiers.

FMV 30 %	Partenaire(s) tiers 70 %
-------------	-----------------------------

Comme on le voit avec ces exemples, le modèle est flexible. Il permet toujours d'avoir un minimum de 60 % de la production en mains valaisannes, si cela est souhaité.

Notions relatives à la valeur d'un aménagement

En termes de valeur d'aménagement, le modèle du Conseil d'Etat fait référence au prix solidaire et au prix de marché. Le prix solidaire est défini comme une part de l'indemnité équitable pour la partie sèche payée par les communautés concédantes à l'ancien concessionnaire. Par souci de clarté, nous proposons ci-dessous quelques définitions des notions les plus importantes.

Indemnité équitable

La communauté qui dispose de la force a le droit, dans le cadre de l'exercice du droit de retour, de reprendre la partie sèche de l'aménagement moyennant une indemnité équitable.

L'indemnité équitable est calculée comme étant égale à la valeur de reconstitution, amortie linéairement sur la durée de vie des installations. Les amortissements annuels sont calculés comme étant égaux à la valeur de reconstitution divisée par le nombre d'années correspondant à la durée de vie des installations.

Par **valeur de reconstitution**, on entend l'ensemble des coûts de construction quasiment à l'identique estimés sur la base de prix actuels et des techniques, équipements et matériaux utilisés lors de la construction de l'installation. La valeur de reconstitution peut être estimée par un comité d'experts ou alors se baser sur les coûts historiques indexés à l'inflation (indice de coût de construction).

La valeur de reconstitution pour le calcul de l'indemnité équitable sera au plus égale aux coûts de construction historiques justifiés par le concessionnaire et indexés à l'inflation.

Valeur intrinsèque

La **valeur intrinsèque** constitue la valeur physique d'un aménagement, indépendamment de ce qu'il peut produire. A l'achèvement de la construction, cette valeur correspond au coût réel de l'œuvre : c'est la somme qu'il a fallu dépenser pour construire. Avec le temps, d'une part, l'aménagement devient vétuste et son coût de construction est régulièrement amorti et, d'autre part, le prix de la construction renchérit avec l'inflation. La valeur intrinsèque au temps « t » est donc égale à la valeur de construction indexée à l'inflation (équivalent à la valeur de

reconstitution) moins la valeur correspondant à la vétusté. La méthode utilisée pour déterminer la valeur intrinsèque est identique à celle utilisée pour l'indemnité équitable.

Prix de marché

Le **prix de marché** d'un bien est sa valeur vénale, qui résulte du jeu de l'offre et de la demande. Si le prix de marché ne découle pas du prix obtenu lors d'un appel d'offre, elle est égale à la valeur de rendement calculée par un comité d'expert.

Valeur de rendement

La valeur de rendement est égale à la somme des cash-flows futurs librement disponibles aux actionnaires et aux prêteurs (Free Cash-Flow) discomptés avec le coût moyen pondéré du capital après impôts (Weighted Average Cost of Capital (WACC)). Pour calculer les cash-flows, l'investisseur fait un certain nombre d'hypothèses quant aux charges et aux revenus futurs.

Les pratiques anciennes doivent être revues et adaptées

Dans la littérature relative à ce sujet, on constate un manque de clarté et de cohérence provenant du nombre important de termes employés dont certains se rapportent au même concept. Notons cependant que ces documents ont été pour la plupart rédigés dans un contexte différent de celui d'aujourd'hui, et on comprend qu'ils ne peuvent pas prendre en compte le marché libéralisé de l'électricité tel que nous le connaissons actuellement. Par ailleurs, personne ne disposait d'expériences pratiques concernant le retour de concession et les articles y relatifs n'avaient pas encore pu être effectivement appliqués. Certaines définitions utilisées ne sont ainsi plus adaptées au vu des changements de contexte économique et réglementaire.

Par exemple, selon le rapport *Evaluation technico-économique d'un aménagement hydroélectrique lors de l'exercice du droit de retour avec ou sans anticipation*¹⁹, la valeur vénale d'un bien peut être calculée en prenant la somme pondérée de la valeur intrinsèque et de la valeur de rendement. Les facteurs de pondération ne sont toutefois pas précisés.

Cette méthode de calcul de la valeur vénale est effectivement utilisée dans le secteur de l'immobilier. Elle est également employée pour évaluer des petites sociétés, notamment par l'administration fiscale. La question relative aux facteurs de pondération demeure cependant ouverte. Des analyses concernant le secteur immobilier en Suisse ont montré qu'on ne pouvait pas arriver à des facteurs de pondération statistiquement significatifs. Nous pensons que cette définition ne peut pas être utilisée dans le contexte d'aménagements hydroélectriques lors de la détermination de la pleine indemnité. Les exemples ci-dessous montrent que la valeur intrinsèque n'est pas directement utilisée pour déterminer la valeur vénale d'une centrale hydroélectrique.

- Le coût de construction de centrale A est de 25 % plus élevé que celui de la centrale B, ceci en raison de conduites plus longues et d'une géologie plus difficile. Les deux centrales sont par ailleurs identiques (année de construction, puissance, profil des apports d'eau, caractéristiques techniques, etc...). La valeur intrinsèque de la centrale B est inférieure à celle de la centrale A. Cependant, la valeur de rendement de la centrale B est plus ou moins égale à celle de centrale A car les deux centrales possèdent des caractéristiques de production similaires.
- Supposons maintenant que la centrale A et la centrale B ont des coûts de construction identiques, mais l'une est une centrale à accumulation et l'autre une centrale au fil de l'eau. Sauf cas exceptionnel, ces centrales de caractéristiques complètement différentes auront des valeurs de rendement différentes, vu que les cashflows respectifs seront différents.
- La valeur intrinsèque de l'aménagement n'est pas directement utilisée pour calculer la valeur vénale d'un aménagement, mais l'état de celui-ci est pris en compte dans le calcul de cette dernière. Si des investissements conséquents ou des entretiens importants doivent être envisagés, les investisseurs potentiels tiendront compte de la diminution du free cash-flow et de la valeur de rendement due à l'augmentation des coûts.

On pourrait ainsi multiplier les exemples montrant que la valeur intrinsèque d'un bien ne détermine pas la valeur de ce bien. Nous le répétons, la valeur d'un investissement est déterminée par les cash-flows qu'il génère dans le futur. D'aucuns rétorqueront que dans l'immobilier la valeur intrinsèque est également prise en compte pour l'estimation de la valeur (vénale) d'un immeuble.

¹⁹ Département de l'énergie, « Evaluation technico-économique d'un aménagement hydro-électrique lors de l'exercice du droit de retour avec ou sans anticipation » Septembre 1988, C. Cleusix, G. Favre, R. Zurbriggen, p.21

C'est juste et également logique. En effet, intuitivement, de par la nature même des affaires immobilières, une villa construite avec des matériaux nobles pourra être louée nettement plus cher qu'une villa de même taille avec des finitions moins soignées se trouvant dans un lieu moins attractif. La valeur intrinsèque et la valeur de rendement sont donc logiquement liées. Quand on loue une maison, on paie le droit de jouir de l'objet en tant que tel et de vivre dedans. Par contre, on achète une centrale en tant qu'outil de production, les finitions et la quantité de béton utilisée lors de la construction n'est clairement pas le paramètre qui détermine le prix qu'un investisseur est prêt à payer.

Par conséquent, la conclusion à tirer de ce parallèle avec l'immobilier, est la suivante : on ne peut pas employer les méthodes simplifiées utilisées dans le secteur immobilier pour lesquelles la valeur intrinsèque rentre en ligne de compte. Le modèle d'affaire d'une usine électrique en tant qu'outil de production ne permet pas d'approximer la valeur vénale avec la valeur intrinsèque. Comme mentionné préalablement, il faut se baser sur un appel d'offre ou la valeur de rendement pour déterminer la valeur vénale d'une centrale hydroélectrique.

Par ailleurs, dans le domaine hydroélectrique, il se peut que la valeur vénale soit inférieure à la valeur intrinsèque. Il s'agit d'ailleurs précisément de la situation actuelle pour bon nombre de centrales électriques récentes en Europe, dont les propriétaires ont dû faire des amortissements extraordinaires, vu que la valeur comptable était beaucoup trop élevée par rapport à la valeur vénale notamment à cause du niveau actuellement bas des prix de l'électricité.

Méthode d'amortissements

Selon les définitions évoquées ci-dessus, il est nécessaire d'utiliser le concept d'amortissement pour calculer l'indemnité équitable. A ce sujet, le rapport *Evaluation technico-économique d'un aménagement hydro-électrique lors de l'exercice du droit de retour avec ou sans anticipation*²⁰ suggère une méthode dite de « dépréciation constante ». En fait, il s'agit d'une « annuité constante, avec dépréciation progressive ». Le manuel suisse d'audit dans sa version de 2009, rejette la méthode d'amortissement progressif en dehors du contexte de la méthode des annuités en raison du principe de prudence. Pratiquement aucune société ne pratique strictement la méthode des annuités. Ainsi, nous préconisons un calcul d'amortissement linéaire selon la durée de vie technique des installations, conformément à la pratique actuelle de la branche. De plus, les durées d'amortissement ont un impact direct sur le montant de l'indemnité équitable. Avec le recul et les expériences récentes, on constate que les durées de vies présumées mentionnées dans le rapport précité sont surévaluées.

Moyens financiers nécessaires

Il est légitime de se demander si les communes et le canton auront les moyens financiers nécessaires pour mettre en œuvre la stratégie force hydraulique. A cet effet, il importe de déterminer si les moyens financiers seront suffisants, dans une première phase, lors du retour de concession puis, dans une seconde phase, pour toute la durée de la nouvelle concession.

1. Moyens financiers au retour des concessions

Pour déterminer de manière précise les moyens financiers nécessaires au retour des concessions, des calculs précis tenant compte des spécificités de chaque aménagement (coût de construction, type d'aménagement, échéance de la concession, etc.) sont nécessaires. Ceci n'est possible qu'avec un audit détaillé de chaque aménagement.

Toutefois, afin d'estimer les montants financiers nécessaires pour l'ensemble des aménagements d'une puissance installée supérieure ou égale à 10 MW, les calculs sont simplifiés en faisant comme si toutes les concessions arrivaient à échéance en 2014 (les indices d'évolution des coûts de construction ne sont pas encore disponibles pour 2015).

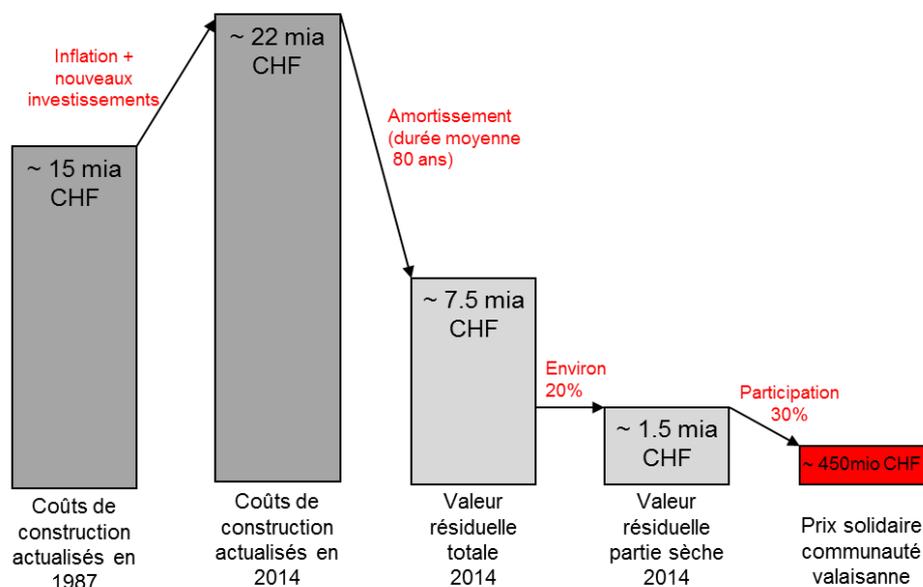
Le modèle du Conseil d'Etat étant flexible, plusieurs répartitions de la propriété entre les différents acteurs sont envisageables en fonction des moyens et de la volonté de l'ensemble des acteurs concernés. Pour illustrer ce calcul, considérons que les concédants paient l'indemnité équitable

²⁰ Département de l'énergie, « Evaluation technico-économique d'un aménagement hydro-électrique lors de l'exercice du droit de retour avec ou sans anticipation » Septembre 1988, C. Cleusix, G. Favre, R. Zurbriggen, p.8

pour la partie sèche à l'ancien concessionnaire et que la communauté valaisanne veut devenir propriétaire à hauteur de 30 % de l'ensemble des aménagements en payant un prix solidaire aux concédants, à savoir 30 % de l'indemnité équitable pour la partie sèche.

La valeur actualisée des coûts historiques de construction des aménagements hydroélectriques d'une puissance supérieure à 10 MW se monte environ à 22 mia CHF en 2014. En appliquant de façon théorique un amortissement linéaire sur une durée de 80 ans, la valeur résiduelle des aménagements est d'environ 7.5 mia CHF. Selon les standards de la branche, il est souvent fait mention que la partie sèche vaut au plus 20 % de la totalité de l'aménagement. Selon cette pratique, la partie sèche de l'ensemble des aménagements se monte environ à 1.5 mia CHF.

Figure 10 Calculs estimatifs des moyens financiers nécessaires



Etat 2014 – aménagement plus grand ou égal à 10MW

Source : SEFH

La Figure 10 illustre le montant que l'ensemble des concédants auraient dû payer aux anciens concessionnaires si tous les retours avaient eu lieu en 2014. Ce montant se monte environ à 1.5 mia CHF.

Comme indiqué dans la Figure 10, pour acquérir 30 % de participations à un prix solidaire, le canton aura besoin d'approximativement 450 mio CHF. Ce montant ne devrait pas être un problème pour le canton, puisqu'il revendra ces participations à FMV en utilisant en principe le modèle de paiement « montant initial + rente de ressource ». Ce montant de 450 mio de CHF devra être financé par FMV en s'appuyant éventuellement sur le fonds pour l'acquisition d'aménagements hydroélectriques et le fonds de préfinancement concernant FMV (art. 70 et 71 LFH-VS)²¹. Ces fonds sont alimentés annuellement via le prélèvement de l'impôt spécial et des redevances sur le Rhône.

2. Moyens financiers nécessaires pendant la durée de nouvelles concessions

Pour chiffrer l'ensemble des moyens financiers nécessaires lors de cette seconde phase, il importe notamment de connaître le plan d'investissement et l'évolution des coûts de production pour chaque aménagement ainsi que l'évolution supposée du prix de l'électricité sur le marché. Cela permettrait de déterminer si les revenus générés seront suffisants pour dégager des bénéfices ou s'il faudra réinjecter du capital. Les nombreuses hypothèses rendent l'exercice impossible pour

²¹ A la fin 2013, le solde du Fonds de rachat d'aménagements hydroélectriques se monte à environ 80 mio CHF alors que le Fonds de préfinancement concernant FMV se monte à 46.8 mio CHF. Les moyennes d'approvisionnement pour ces 10 dernières années se montent à 8 mio CHF pour le fonds de rachat et à 10 mio CHF pour le fonds de préfinancement. L'alimentation de ces deux fonds est gelée pour une durée de 3 ans suite au décret ETS1.

l'ensemble des aménagements à l'heure actuelle. Il faudra cependant le faire pour chaque aménagement en temps opportun.

3. Interprétation de la valeur de 15 mia CHF

Le chiffre de 15 mia CHF qui est souvent mentionné à propos de la valeur des aménagements hydroélectriques valaisans est issu du message accompagnant le projet de révision de la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques du 5 février 1957, publié en juillet 1989. Il correspond à la somme des coûts historiques de construction de chaque aménagement actualisés en 1987 selon l'indice 721 (similaire à l'indice Zurichois des coûts de constructions). En 2014, cette valeur s'élevait à approximativement 23 mia CHF (même calcul que pour la figure 10 mais pour tous les aménagements et pas uniquement ceux supérieur à 10 MW).

Ce montant ne tient pas compte de la dépréciation technique et économique des aménagements. De plus, il ne concerne que la valeur intrinsèque des aménagements et n'intègre pas le concept de valeur de rendement. Or, comme expliqué dans les paragraphes précédents, de nos jours c'est la valeur de rendement et non la valeur intrinsèque qui est utilisée pour déterminer la valeur vénale d'un aménagement hydroélectrique. La valeur intrinsèque sert essentiellement à déterminer l'indemnité équitable que le concédant doit payer à l'ancien concessionnaire pour la partie sèche.

En conclusion, la valeur de 15 mia, respectivement 23 mia de CHF, ne doivent pas être utilisées pour se référer à la valeur de marché de l'ensemble du parc d'aménagements hydroélectriques valaisans. Elle peut être utilisée pour déterminer la valeur intrinsèque, mais à ce moment, il faut ne pas oublier d'y appliquer un amortissement.

Aménagements sur le Rhône

Selon l'art. 4 LFH-VS, le droit de disposer, dans les limites du territoire cantonal, des eaux du Rhône et du lac Léman appartient au canton. Par ailleurs, la loi sur les Forces Motrices Valaisannes précise à son art. 2 que FMV a pour buts de contribuer à valoriser le patrimoine hydraulique des collectivités publiques valaisannes et à approvisionner en électricité le canton au profit d'un développement harmonieux de son économie. Il est également mentionné que pour atteindre ces objectifs, FMV peut valoriser le potentiel du Rhône.

Ainsi, suite à un retour, le canton octroie à FMV une concession pour l'utilisation des forces hydrauliques du Rhône, et vend l'aménagement à FMV. Si dans un cas particulier, le canton doit octroyer une concession à une autre société hydroélectrique (p.ex. concession répartie sur le territoire de deux cantons) et y prend des participations, il vend ces participations à FMV.

Dans ces deux cas de figures, la vente s'effectue aux conditions du marché. En vertu du principe de solidarité et par égalité de traitement envers les communautés concédantes²², 30 % des bénéfices générés par la vente sont répartis entre le « Fonds de solidarité pour la politique cantonale de l'énergie et de l'eau » et les communes valaisannes selon les critères définis au chapitre 2.6.

Concernant le prix de marché, il est souhaitable d'appliquer les modalités de paiement utilisées pour la vente de l'aménagement Chippis Rhône à savoir le modèle « montant initial + rente de ressource ». Le prix de vente de l'aménagement hydroélectrique se compose ainsi d'un montant initial et d'une rente annuelle de ressource. Dans ce cas de figure, 30 % de la rente annuelle de ressource perçue par le canton sera répartie entre le « Fonds de solidarité pour la politique cantonale de l'énergie et de l'eau » et les communes valaisannes.

Si FMV ne veut pas ou ne peut pas acquérir tout ou partie de l'aménagement, le canton en tant qu'autorité concédante cherchera en premier lieu un acheteur valaisan pour respecter les objectifs de la stratégie.

²² Voir chapitre 2.3 et 2.6

Investissements de modernisation

Les articles 60 LFH-VS et 67 al. 4 LFH introduisent le concept de dédommagement par les concédants des investissements de modernisation réalisés par les concessionnaires.

Article 60.5 Investissements d'agrandissement et de modernisation (nouvel teneur)

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

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

³ Le canton participe au dédommagement proportionnellement à son pourcentage de participations, respectivement de prélèvement d'énergie, acquis selon l'art. 59b pour autant qu'il ait reconnu lesdits investissements.

⁴ La conclusion d'une convention relative au dédommagement incombe aux communes qui disposent de la force dont la validité est soumise à son approbation par le Conseil d'Etat conformément à l'article 9.

L'objectif de cet article est de soutenir et d'encourager les concessionnaires actuels à moderniser les installations en leur donnant les moyens de récupérer en fin de concession la partie non amortie de leurs investissements. En cas d'accord, le concédant devra ainsi, lors du retour de concession, rembourser la partie non amortie des investissements réalisés au concessionnaire, en plus du paiement de l'indemnité équitable pour la partie sèche.

Dans l'intérêt de la communauté valaisanne, le canton peut acquérir 30% de participation pour un prix solidaire. Si cette dernière fait usage de ce droit, il est normal en contrepartie qu'elle participe également au dédommagement du concessionnaire actuel pour d'éventuels investissements de modernisation. Ainsi, lorsqu'une commune concédante doit dédommager le concessionnaire à l'échéance de la concession pour des investissements de modernisation ou d'agrandissement, le canton y participe à hauteur de la quote-part acquise pour un prix solidaire dans la mesure où le canton reconnaît le caractère de modernisation de ces investissements.

2.11 Illustration du modèle

Il est très difficile de faire des calculs plausibles pour les flux financiers de l'ensemble des aménagements hydroélectriques qui feront retour au cours des prochaines décennies. Pour ce faire, il faudrait émettre de nombreuses hypothèses pour des périodes extrêmement longues (majorité des retours entre 2040 et 2055 et durée de concession de 80 ans). Par ailleurs, cela nécessiterait des données détaillées sur les usines hydroélectriques (état des installations, futurs plans d'investissements, etc.) qui ne sont connues que des exploitants.

La présente révision de la loi crée la base nécessaire pour que le Valais puisse obtenir le contrôle après les retours sur au moins 60 % de la production énergétique du parc hydraulique valaisan. À cet effet, nous mettons en évidence les deux cas suivants à la base du modèle:

- Cas 1 : Participation standard 30 % / 30 % / 40 % (communauté valaisanne / communes concédantes / «tiers/partenaires»);
- Cas 2 : Participations en vertu du droit de préemption du canton du Valais.

Les explications ci-après se focalisent sur les flux financiers. Elles sont censées contribuer à une meilleure compréhension du modèle du Conseil d'Etat. Il s'agit d'exemples avec les hypothèses de simplification suivantes :

- On présuppose que les partenaires actuels dans les sociétés hydroélectriques («centrales partenaires») seront aussi les nouveaux «tiers/partenaires».
- Bien que FMV agisse en tant que représentant de la communauté valaisanne dans le modèle du Conseil d'Etat et qu'on part du principe que les paiements pour les participations acquises par le canton s'effectuent dans la pratique plutôt directement avec les communes concédantes, le canton du Valais est aussi mentionné pour les flux financiers de la communauté valaisanne en vue d'une meilleure compréhension. En effet, c'est à lui seul qu'appartient le droit de participation et d'emption dans l'intérêt de la communauté valaisanne.

Les valeurs fictives d'investissement ci-dessous servent de base à la description des deux cas :

Prix de marché (valeur vénale)	400 mio CHF
Valeur intrinsèque de l'ensemble de l'installation	350 mio CHF
Valeur intrinsèque de la partie sèche (indemnité équitable)	70 mio CHF

En principe, le prix de marché ou la valeur vénale se calcule avec la valeur de rendement de l'installation. Mais au final, il fait toujours l'objet de négociations. Pour la valeur intrinsèque de l'ensemble de l'installation (partie dite mouillée et partie sèche), on l'a estimée à 350 mio CHF. L'expérience a montré que la valeur intrinsèque de la partie sèche se situe entre 10 % et 20 % de la valeur intrinsèque de l'ensemble de l'installation. Dans l'exemple, cela équivaut à 70 mio CHF, soit à 20 % de la valeur intrinsèque de l'ensemble de l'installation.

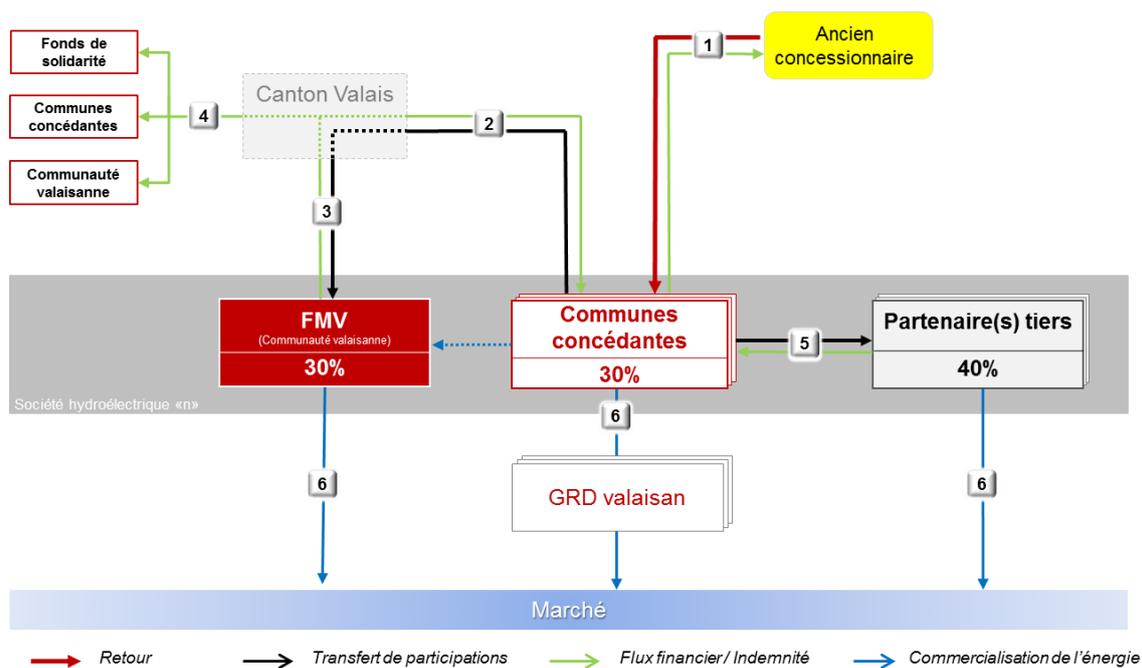
Cas 1 : Participation standard «30/30/40»

Le canton vend à FMV une participation maximale de 30 %, acquise au «prix solidaire» de la part des communes concédantes, au prix d'achat convenu de manière contractuelle («prix de marché»). Quant aux communes concédantes, elles gardent une participation de 30 % dans la société hydroélectrique. Les communes concédantes vendent les 40 % restants à un ou plusieurs tiers/partenaires. Avec cette structure de participation, 60 % restent en mains valaisannes. Pour le cas 1, la structure de participation se présente comme suit :

- FMV (représentant la communauté valaisanne) 30 %
- Communes concédantes 30 %
- Tiers/partenaires 40 %

La Figure 11 montre schématiquement les transactions (flux financiers) possibles entre les différents acteurs lors du retour d'une usine hydroélectrique avec une participation standard «30/30/40». La numérotation sert à la future description des diverses transactions.

Figure 11 Transactions avec une participation standard «30/30/40»



Source : SEFH

Description des diverses transactions – Cas 1 :

- Retour** : Les communes concédantes exercent leur droit de retour. Elles paient 70 mio CHF pour l'indemnité équitable de l'ensemble de la partie sèche à l'ancien concessionnaire et deviennent ensuite propriétaires de l'ensemble de l'aménagement.
- Achat de la communauté valaisanne** : Le canton du Valais exerce son droit de participation et d'achat et acquiert, dans l'intérêt de la communauté valaisanne, une part de copropriété de 30 % de l'aménagement ayant fait retour. Il paie aux communes concédantes le prix dit «solidaire». Correspondant à la part de copropriété, ce prix équivaut à 30 % de l'indemnité équitable, soit à un montant de 21 mio CHF (30 % de la valeur intrinsèque de l'ensemble de la partie sèche 70 mio CHF). Le canton devient ainsi copropriétaire à hauteur de 30 % de l'ensemble de l'aménagement hydroélectrique.
- Le canton vend la participation aux FMV** : Le canton vend aux FMV la participation acquise au point 2 aux conditions du marché. Le paiement du prix d'achat s'effectue selon une combinaison préconisée par le modèle, à savoir un montant initial et une rente de ressource supplémentaire. Les FMV paient alors un montant initial de 21 mio CHF payé au point 2, et en plus, une rente de ressource à verser périodiquement sur toute la durée de la concession.
- Répartition des bénéfices** : Le gain réalisé par le canton du Valais en vendant sa participation est réparti de la façon suivante
 - 1/3 pour un fonds intitulé « fonds de solidarité pour la politique cantonale de l'énergie et de l'eau » ;
 - 1/3 pour les communes concédantes en fonction de la force hydraulique ;
 - 1/3 pour toutes les communes valaisannes en fonction du nombre d'habitants.

Ce gain correspond à la rente annuelle de ressource que les FMV doivent verser au canton jusqu'à la fin de la concession de droits d'eau.

- Achat de partenaires tiers** : Les partenaires tiers paient aux communes concédantes pour leur participation de 40 % dans la société hydroélectrique le prix de marché de 160 mio CHF (40 % du prix de marché de 400 mio CHF). Outre le paiement unique décrit, l'achat de participations dans la société hydroélectrique peut aussi s'effectuer par des versements partiels annuels ou selon un mix des deux variantes. Le

type de paiement, le montant du paiement unique et le taux d'intérêt des annuités en particulier font alors l'objet de négociations.

- 6) **Valorisation de l'énergie** : En fonction de sa participation, chaque acteur peut valoriser librement son énergie sur le marché. Il est proposé aux communes concédantes de privilégier les acteurs valaisans (gestionnaires du réseau de distribution, FMV, etc.).

Cas 2 : Participations en vertu du droit de préemption du canton du Valais

A l'instar du cas 1, les FMV participent à la société hydroélectrique, par le biais du canton et en tant que représentantes de la communauté valaisanne, à hauteur maximale de 30 % et aux conditions du prix de marché. Mais au contraire du cas 1, les communes concédantes n'ont aucun intérêt à participer et veulent vendre les 70 % qui leur restent.

Pour pouvoir garantir en mains valaisannes les 60 % prévus par le modèle, le canton du Valais dispose en principe, dans cette situation, du droit de préemption sur une nouvelle participation maximale de 30 %. Cependant, la participation maximale au droit de préemption se réduit en fonction des parts que les communes concédantes vendent à d'autres communes valaisannes, à un groupement de communes ou à une entreprise contrôlée par la communauté valaisanne.

Selon notre hypothèse, un ou plusieurs gestionnaires du réseau de distribution (GRD-VS) acquièrent une participation de 10 % dans la société hydroélectrique. La participation maximale de 30 % au droit de préemption du canton du Valais se réduit ainsi à 20 %. Le canton du Valais exerce son droit de préemption sur ces 20 % et paie pour cela le prix d'achat convenu avec un tiers (qui équivaut ici au prix de marché).

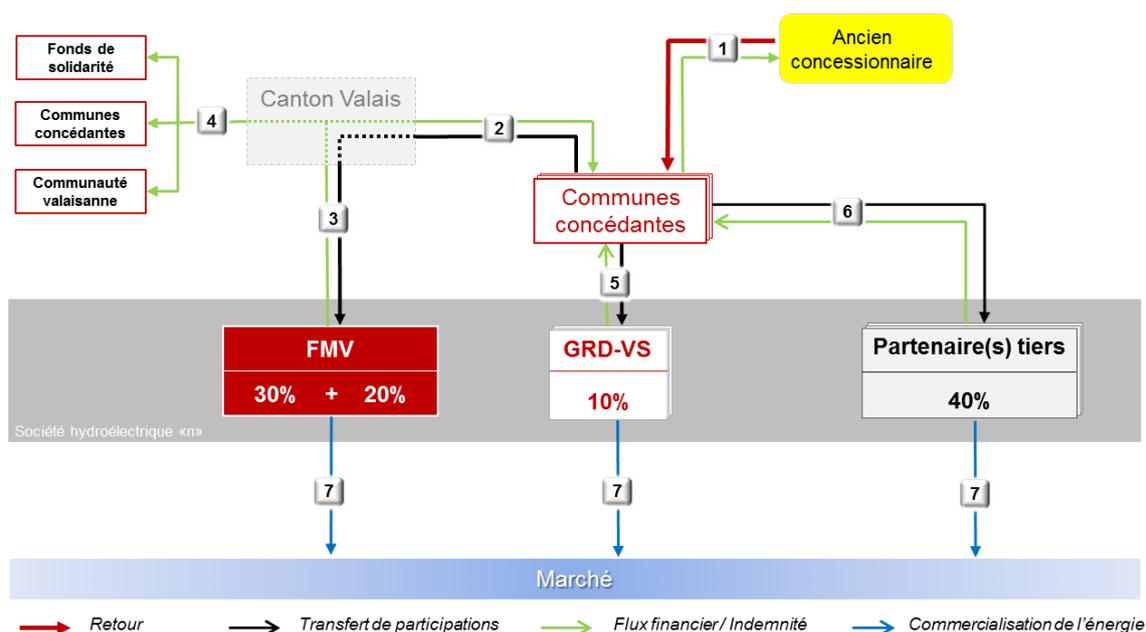
La structure de participation pour le cas 2 se présente donc comme suit :

- FMV (représentant la communauté valaisanne) 50 % (30 % + 20 %)
- Gestionnaires du réseau de distribution VS 10 %
- Tiers/partenaires 40 %

La

Figure 12 montre schématiquement les transactions (flux financiers) possibles entre les divers acteurs lors du retour d'une usine hydroélectrique avec la structure de participation décrite ci-dessus et en vertu du droit de préemption du canton du Valais.

Figure 12 Transactions avec droit de préemption en faveur du canton



Source: SEFH

Description des diverses transactions – Cas 2 :

- 1) **Retour** : Même transaction que dans le cas 1. Les communes concédantes paient 70 mio CHF pour l'indemnité équitable à l'ancien concessionnaire et deviennent ensuite propriétaires de l'ensemble de l'installation.
- 2) **Achat de la communauté valaisanne** : Dans ce cas, le canton du Valais achète auprès des communes concédantes une participation totale de 50 % au prix de 101 mio CHF. Ce total se compose :
 - de la **participation de 30 % au prix solidaire** de 21 mio CHF (30 % de l'indemnité équitable de 70 mio CHF) et
 - de la **participation de 20 % du droit de préemption aux conditions du prix de marché** de 80 mio CHF (20 % du prix de marché de 400 mio CHF).
- 3) **Le canton du Valais vend sa participation à FMV** : Le canton du Valais vend à FMV ses participations acquises au point 2 aux conditions du prix de marché.

Pour la participation de 30 %, que le canton a pu acquérir en payant le prix solidaire, FMV paie dans un premier temps au canton le montant dit «initial» de 21 mio CHF (correspond au prix d'achat que le canton a payé aux communes concédantes pour l'acquisition). Ce montant est complété annuellement par une rente de ressource en fonction des conditions du marché jusqu'à la fin de la concession (modèle « montant initial + rente de ressource »).

Pour la participation de 20 % du droit de préemption, FMV doit payer au canton le prix d'achat (prix de marché) convenu avec un tiers de 80 mio CHF (20 % de 400 mio CHF).
- 4) **Répartition des bénéfices** : Le gain réalisé par le canton du Valais en vendant sa participation est réparti de la façon suivante :
 - 1/3 pour un fonds intitulé « *Fonds de solidarité pour la politique cantonale de l'énergie et de l'eau* » ;
 - 1/3 pour les communes concédantes en fonction de la force hydraulique ;
 - 1/3 pour toutes les communes valaisannes en fonction du nombre d'habitants.

Ce gain correspond à la rente annuelle de ressource que FMV doit verser au canton jusqu'à la fin de la concession de droits d'eau.
- 5) **Achat des GRD-VS** : Un ou plusieurs gestionnaires du réseau de distribution valaisans acquièrent une participation de 10 % auprès des communes concédantes au prix de 40 mio CHF (10 % du prix de marché de 400 mio CHF). L'achat de participations dans la société hydroélectrique peut s'effectuer par le versement unique décrit pour les tiers/partenaires ou par des versements partiels annuels, ou encore selon un mix des deux variantes. Le type de paiement, le montant du paiement unique et les taux d'intérêt des annuités en particulier font alors l'objet de négociations.
- 6) **Achat du/des tiers/partenaire(s)** : Même transaction que dans le cas 1. - No 5. Les tiers/partenaires paient aux communes concédantes, pour leur participation de 40 %, 160 mio CHF (40 % du prix de marché de 400 mio CHF).
- 7) **Valorisation de l'énergie** : En fonction de sa participation, chaque acteur peut valoriser librement son énergie sur le marché.

2.12 Analyse des éléments soulevés lors de la consultation

Les paragraphes suivants analysent en détail les remarques essentielles formulées lors de la procédure de consultation. Certaines de ces observations ont été prises en considération pour établir le modèle du Conseil d'Etat alors que d'autres ont été rejetées en raison de considérations économiques ou légales.

Distorsion de la concurrence

Plusieurs participants notent que le prix solidaire proposé par le modèle soumis en consultation, favorise potentiellement FMV par rapport aux autres acteurs du marché.

Au niveau extra-cantonal, les remarques proviennent principalement des sociétés électriques qui se jugent défavorisées. De leur côté, la COMCO et l'OFEN estime que le modèle entraîne des distorsions de la concurrence en favorisant FMV et pourrait s'avérer incompatible avec le droit supérieur suisse et le droit européen.

A l'intérieur du canton, ce sont les distributeurs qui souhaiteraient obtenir les mêmes avantages que FMV. Selon eux, le prix solidaire constitue une distorsion de la concurrence inadmissible si seuls FMV dispose de cette participation à un prix préférentiel. Ils estiment que les distributeurs valaisans sont placés au même rang que les acteurs extra-cantonaux.

Eu égard à ces observations, une expertise juridique externe a été sollicitée par le DEET. Il en ressort que le modèle est juridiquement implémentable sous certaines conditions. Il faudrait notamment s'assurer qu'il n'existe pas de subventions croisées au sein de FMV.

Sur la base de l'ensemble des éléments soulevés lors de la consultation, le modèle DEET a été légèrement adapté. Cette modification règle entre autre la problématique de la distorsion de concurrence mentionnée ci-dessus. Avec le modèle du Conseil d'Etat, le canton vend à FMV au aux conditions du marché et non plus au prix solidaire les participations acquises auprès des communautés concédantes. FMV ne se trouve ainsi pas avantagé financièrement par rapport aux autres acteurs du marché.

Modification de l'actionnariat de FMV

Dans le modèle DEET soumis en consultation, FMV pouvait acquérir des participations dans les sociétés hydroélectriques à des conditions favorables. Les actionnaires de FMV pouvaient bénéficier des avantages procurés par ces conditions favorables via le versement de dividendes.

C'est à ce titre qu'un nombre important de prises de position suggèrent une modification de l'actionnariat de FMV. Les différents groupes d'intervenants souhaitent augmenter leur participation dans FMV au dépend d'autres actionnaires. Il n'y a pas de consensus dans les prises de position à propos de la clé de répartition à utiliser.

Une procédure de fusion pourrait être nécessaire pour procéder à une modification de l'actionnariat. Il faudrait avant tout se mettre d'accord sur une nouvelle clé de répartition et déterminer la valeur des actions de FMV, puis procéder à des achats et ventes d'actions entre les actionnaires existants pour atteindre l'objectif souhaité. Ces transferts d'actions engendreraient d'importantes transactions financières en plus de frais de notariat conséquents. Certaines communes devraient, afin d'augmenter leur nombre d'actions, payer des montants importants se chiffrant en millions de CHF. La question de l'entrée en vigueur de cette modification de l'actionnariat devrait également être clarifiée en sachant que les retours sont échelonnés dans le temps et que les aménagements principaux ne feront pas retour avant 2040.

La modification opérée dans le modèle du Conseil d'Etat avec l'introduction d'une répartition des bénéfiques entre le « Fonds de solidarité pour la politique cantonale de l'énergie et de l'eau » et les communes valaisannes permet d'éviter de régler la question délicate d'une modification de l'actionnariat de FMV.

« Rosinenpickerei »

Selon le modèle du Conseil d'Etat, le canton peut acheter au maximum 30 % de participations en payant le prix solidaire. Il en découle que selon les cas de figures, le canton peut acheter moins que 30 %.

Certains intervenants souhaitent que le canton soit contraint d'acheter systématiquement 30 % afin d'éviter de faire du « Rosinenpickerei » et de ne privilégier que les aménagements qui pourraient être intéressants au moment du retour.

Malgré ce souhait légitime, il n'est pas envisageable d'obliger le canton à prendre systématiquement des participations dans un aménagement. Il se peut que le canton et FMV n'aient pas les moyens financiers nécessaires ou que l'aménagement ne soit pas rentable, ce qui engendrerait des pertes financières pour le canton et FMV.

Limite de 3 à 10 MW

Plusieurs intervenants ont proposé d'augmenter la limite proposée par le modèle DEET pour les aménagements concernés de 3 à 10 MW de puissance installée. Cette proposition a été justifiée au motif que ces petits aménagements servent généralement à l'auto-alimentation des communes concédantes.

L'augmentation de la limite de 3 à 10 MW de puissance installée représente une différence d'environ 260 GWh/année. A titre d'illustration, cela correspond approximativement à la production de l'aménagement de la Lienne.

Cette proposition a été acceptée.

Commercialisation

Le modèle du Conseil d'Etat propose de laisser les communes concédantes choisir librement comment elles entendent commercialiser l'énergie qui leur revient en tant qu'actionnaire de sociétés hydroélectriques.

Quelques intervenants souhaitent limiter la liberté de commerce proposée en obligeant les communes concédantes à travailler avec un acteur professionnel de l'énergie valaisan ou majoritairement valaisan pour commercialiser leur énergie.

En vertu des principes de la liberté économique et de l'autonomie communale, il n'est pas possible de soutenir cette proposition. Elle est donc rejetée.

Redevances hydrauliques du Rhône supérieur aux communes riveraines (de Gletsch jusqu'à l'embouchure de la Massa)

Selon la Constitution fédérale, la souveraineté sur les eaux revient aux cantons. Dans le canton du Valais, le législateur cantonal, en accord avec la LFH, a stipulé que le droit de disposer des forces hydrauliques appartient aux communes, à l'exception des eaux du Rhône ou du lac Léman. L'article 4 LFH-VS²³ correspond par ailleurs aussi à la réglementation sur la propriété publique des eaux en Valais.²⁴

En revanche, la revendication susmentionnée aurait pour conséquence de remettre en question non seulement le consensus «historique» intra-cantonal, mais sa mise en œuvre induirait également une inégalité de traitement entre les communes valaisannes situées au bord du Rhône.

Il faudrait modifier en conséquence la législation sur l'aménagement des cours d'eau, ce qui aurait des effets subséquents sur l'aménagement des cours d'eau publics et sur son système de financement et de subventionnement, par ex. pour les volumes de revitalisation selon la version révisée de la loi sur la protection des eaux. Il faudrait également veiller aux effets subséquents sur la dotation du fonds institué par la LFH-VS pour les cours d'eau et la couverture des dommages non assurables.

Globalement, on ne peut donc pas dire que la présente revendication soit dans l'intérêt de l'ensemble des communes ou groupements de communes et du canton. C'est pourquoi, elle n'est pas prise en compte dans ce projet de loi.

²³ Cf. article 4, alinéas 1 et 2, LFH-VS : «(1) Le droit de disposer, dans les limites du territoire cantonal, des eaux du Rhône et du lac Léman appartient à l'Etat. (2) Celui de disposer des autres eaux publiques, y compris des eaux souterraines, appartient aux communes...».

²⁴ Cf. à ce propos la loi cantonale abrogée entre-temps du 17 janvier 1933 relative à la propriété des biens publics et sans maître.

Répartition des redevances hydrauliques (communales) selon le bassin versant

Conformément à la LFH et à la LFH-VS, les autorités concédantes fixent la redevance hydraulique lors de l'octroi de la concession. La répartition de la redevance hydraulique pour les concessions interdépendantes, où sont notamment impliquées plusieurs communes concédantes, résulte de chaque part dans la hauteur de chute exploitable.

Dans certains cas, la conception de l'aménagement hydroélectrique a pour conséquence que les communes d'où proviennent les eaux ne peuvent pas concéder leurs eaux, car elles se trouvent en amont de la chute utilisée. Par conséquent, elles n'ont aucun droit à une redevance hydraulique. En effet, la redevance hydraulique est généralement considérée comme une contre-prestation du concessionnaire pour la cession des forces hydrauliques au concessionnaire.

Pour ces raisons, la présente revendication ne peut pas être mise en œuvre dans le contexte de la LFH-VS. Elle va également au-delà de l'objectif réglementaire de ce projet de loi. La compensation entre les communes d'une région hydraulique devrait, le cas échéant, s'effectuer dans le cadre d'une réglementation sur une péréquation financière régionale.

Une société hydroélectrique cantonale

Certains intervenants proposent de mettre en place une société hydroélectrique cantonale en lieu et place d'une société hydroélectrique par aménagement tel que proposé par le modèle du Conseil d'Etat. Les concessions devraient être octroyées systématiquement à cette société cantonale.

Selon une expertise réalisée par le bureau Misurio²⁵, un regroupement d'aménagement dans une seule société hydroélectrique cantonale pour exploiter le potentiel de synergies ne représente ni une condition nécessaire ni un avantage décisif pour le Valais. Toutefois, un regroupement d'aménagements du même bassin versant est intéressant et peut apporter des avantages économiques certains. Cette possibilité de regroupement n'est pas exclue par le modèle du Conseil d'Etat.

Un regroupement d'aménagement dans une seule société hydroélectrique cantonale paraît également contraire au droit fédéral dans la mesure où la LFH exige toujours l'admission de plusieurs candidats pour une concession de droits d'eau, ce qui est d'emblée exclu par le modèle d'une société hydroélectrique cantonale.

Par ailleurs, la part de 60 % de la production hydroélectrique en mains valaisanne prévue par le modèle de Conseil d'Etat est jugée suffisante. Malgré l'intérêt légitime d'augmenter la participation valaisanne, une relation de partenariat reste souhaitable avec des tiers, notamment afin de respecter un équilibre national.

Fonds Hydro.vs proposé par l'ACC (association des communes concédantes)

L'ACC, dans sa prise de position, propose la création d'un fonds de placement (Hydro.VS) alimenté notamment grâce à une contribution volontaire des communes concédantes sur la vente des aménagements et ouvert à tout investisseur public privé ou institutionnel.

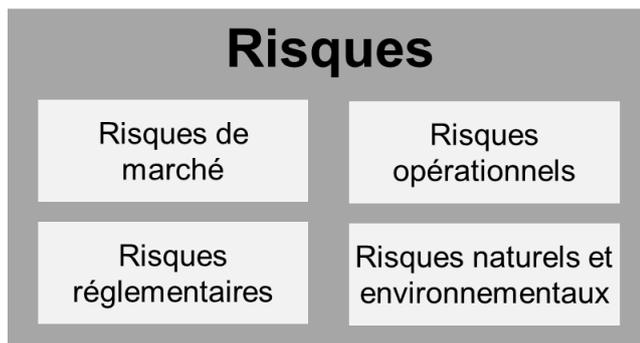
L'ACC souhaite ancrer ce fonds par l'introduction d'un article dans la LFH-VS. Pour répondre à cette demande, l'article 70a est proposé.

2.13 Risques

Face aux incertitudes relatives au développement du marché de l'électricité et de la force hydraulique, des analyses de risques pour les 4 domaines cités ci-dessous ont été effectuées.

²⁵ Voir annexe

Figure 13 Analyse de risque



Source : SEFH

Le modèle du Conseil d'Etat, simple, robuste et flexible permettra d'atténuer et de maîtriser ces risques tout en saisissant aux mieux les opportunités.

Risques de marché

Comme mentionné en introduction dans le chapitre 1, le marché de l'électricité fait face à de profonds bouleversements. Les décisions politiques prises dans certains pays voisins ont eu pour conséquence une surcapacité à l'échelle européenne ayant pour effet une baisse conséquente des prix du marché de gros à la bourse de l'électricité. Si les industries à forte consommation d'électricité peuvent se réjouir de cette baisse de prix, les producteurs hydroélectriques font face à une pression importante. Il faut savoir qu'aujourd'hui, par moment, le coût de production de certains aménagements est supérieur au prix du marché de gros à la bourse.

A cela, il faut ajouter que le coût de production est également très sensible aux taux d'intérêt en raison des grandes sommes d'investissements nécessaires. En sachant que les taux d'intérêt sont actuellement à des plus bas historiques, on peut facilement imaginer la pression supplémentaire qu'une augmentation de ces taux aurait sur les producteurs. En outre, le marché de gros de l'électricité étant coté en euro, une variation importante du taux de change EUR/CHF pèsera également sur les producteurs. Par ailleurs, l'absence d'accord sur l'électricité avec l'Union Européenne accroît encore l'incertitude générale.

Risques opérationnels

En devenant propriétaire des installations, les acteurs valaisans devront assumer les risques inhérents à la gestion opérationnelle d'un aménagement en sachant que l'industrie hydraulique est intensive en capital. Dans les futures concessions, de nombreux investissements de rénovation, d'agrandissement et d'entretien seront nécessaires. Ces montants propres à chaque aménagement ne sont, à ce stade, pas connus précisément et sont difficilement planifiables sur des horizons de temps de 80 ans.

Il faut faire une nuance entre les communes concédantes et la communauté valaisanne. Dans le cadre de l'utilisation de leurs forces hydrauliques, les concédants auront potentiellement des participations importantes dans un seul aménagement alors que la communauté valaisanne, représentée par FMV, aura des participations dans la plupart des aménagements ayant fait retour. Si de façon exceptionnelle, un aménagement particulier devait être hors service pour un certain nombre d'années, les communes concédantes ne pourraient plus tirer de bénéfices liés à la vente d'énergie et elles devraient en plus en supporter la charge financière correspondante liée à la remise en état de l'aménagement. Grâce à un portefeuille d'aménagements géré par FMV, la communauté valaisanne sera potentiellement plus à même d'assumer les pertes de production et de revenus d'un aménagement particulier.

Il sera en outre capital de s'assurer que les concessionnaires remplissent l'obligation légale d'entretien des installations qui leur incombe tel que décrit dans l'art. 55 LFH-VS. A cet effet, l'art. 7

du règlement concernant l'exécution de la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques précise les buts de la commission paritaire d'experts.

Risques réglementaires

Protection de l'environnement

En vertu de certaines dispositions de la loi sur la protection des eaux (LEaux), les détenteurs de centrales hydroélectriques sont tenus d'empêcher ou d'éliminer les effets négatifs de l'utilisation de la force hydraulique dans les domaines des éclusées, du régime de charriage et de la migration piscicole. La LEaux précise également les mesures qui devront être mise en œuvre pour la revitalisation des cours d'eau à savoir la restauration des fonctions naturelles en fonction des potentiels écologiques. Ces différents éléments nécessiteront la réalisation de mesures constructives ainsi que la mise en œuvre de débits résiduels plus importants, impliquant des pertes de capacités de production. Cela engendrera une augmentation des coûts de production.

Initiatives politiques relatives au droit de retour

En 2012, diverses interventions parlementaires visant à modifier les conditions cadres des retours de concessions ont été déposées aux chambres fédérales. Ces objets ont été rejetés. Néanmoins, ces réflexions mettent en exergue des risques existant pour l'ensemble des cantons alpins.

Risques naturels et environnementaux

Le réchauffement climatique mis en évidence par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) peut représenter, pour la force hydraulique, des risques mais également des opportunités²⁶.

Dans l'arc alpin, le cycle de l'eau réagit de façon particulièrement sensible au réchauffement climatique : des changements, dans la durée, du manteau neigeux et la disparition à long terme des glaciers ont un impact immédiat sur les ressources disponibles en eau. On notera notamment les éléments suivants :

- Les précipitations diminueront très nettement en été jusqu'en 2100. Elles augmenteront légèrement pendant les autres saisons (sauf dans le sud).
- D'ici 2100, nombre de glaciers auront en grande partie disparu. Il ne restera plus qu'à peu près le quart des surfaces et volumes actuels des glaciers suisses.
- Dans les régions à forte proportion glaciaire, les volumes écoulés annuellement augmenteront de manière transitoire par rapport à aujourd'hui, toutefois à long terme ils diminueront.
- Dans les bassins versants englacés et où la neige est abondante, le maximum saisonnier des débits se déplacera clairement de l'été vers le printemps. Les débits moyens diminueront sensiblement en été et en automne et augmenteront légèrement en hiver.

A ce titre, les conclusions énoncées dans l'analyse « *Les effets du changement climatique sur l'utilisation de la force hydraulique*²⁷ » démontrent qu'à long terme, une modification importante de la saisonnalité de production et une diminution de la production hydroélectrique sont à attendre.

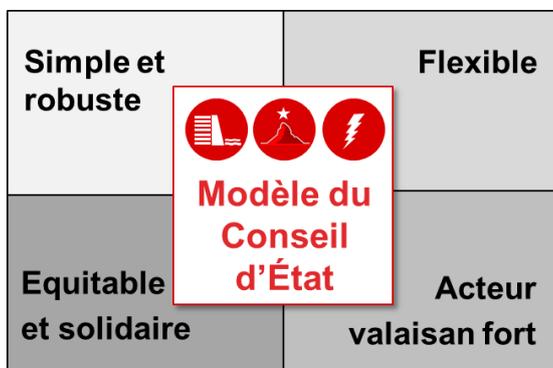
²⁶ Par exemple, comme mentionné dans le rapport Forschungsbericht NFP 61, Projekt NELAK "Die durch die Gletscherschmelze zahlreich entstehenden Seen, welche höher als die bestehenden Stauseen liegen, können eine Chance bieten um die heutige Stromproduktion aus Wasserkraft aufrechtzuerhalten."

²⁷ Commission d'hydrologie CHy « Les effets du changement climatique sur l'utilisation de la force hydraulique », Bern, 2011

2.14 Points forts du modèle du Conseil d'Etat

Les quatre éléments suivants décrivent le modèle du Conseil d'Etat :

Figure 14 Points forts du modèle du Conseil d'Etat



Source : SEFH

Simple et robuste

Le modèle du Conseil d'Etat propose un actionnariat simplifié des sociétés hydroélectriques avec un seul représentant de la communauté valaisanne avec une participation importante. La gestion de ces sociétés sera ainsi facilitée et rendra le modèle industriellement robuste. Il ne sera pas nécessaire de consulter l'ensemble des communes valaisannes à chaque retour de concession.

Par rapport à d'autres variantes proposées, le modèle du Conseil d'Etat n'exige pas de créer une nouvelle structure (société cantonale hydroélectrique, respectivement société de participation) pour représenter la communauté valaisanne dans les sociétés hydroélectriques. Le modèle se base sur une entité existante (FMV) avec une forte expérience dans le domaine ainsi qu'un portefeuille d'aménagements existants.

L'implémentation du modèle du Conseil d'Etat est simple. Une modification partielle de la loi existante est suffisante sans avoir besoin de modifier la constitution cantonale.

Flexible

Le modèle est flexible. Les communes concédantes peuvent décider si elles veulent garder des participations directes dans les aménagements. Si ce n'est pas le cas, elles peuvent vendre ces participations à d'autres corporations valaisannes de droit public, respectivement à des personnes morales contrôlées par des corporations valaisannes de droit public (p.ex. un gestionnaire de réseau de distribution d'électricité). Si elles ne trouvent pas d'acquéreur ou souhaitent vendre à un autre partenaire, il y a un droit de préemption en faveur du canton.

Les communes concédantes sont également libres pour commercialiser l'énergie qui leur revient. Elles sont cependant fortement encouragées à travailler avec des acteurs valaisans.

Equitable et solidaire

La modèle du Conseil d'Etat respecte formellement les droits des communes concédantes selon la législation actuelle.

Les bénéfices générés grâce au principe de solidarité profitent à l'ensemble des communes (concedantes et non concedantes), aux personnes physiques et aux entreprises valaisannes. L'augmentation des participations dans les différentes sociétés hydroélectriques en mains de FMV

bénéficiera également aux communes et au canton via le dividende perçu en tant qu'actionnaire de FMV.

Le modèle du Conseil d'Etat permet d'avoir en mains valaisannes un minimum de 60 % de participations à l'ensemble des aménagements hydroélectriques d'une puissance installée supérieure ou égale à 10 MW, tout en respectant un équilibre national.

Acteur valaisan fort dans le domaine hydroélectrique

En adéquation avec la stratégie du propriétaire de FMV, le canton souhaite positionner FMV comme l'acteur principal pour concrétiser la stratégie force hydraulique du canton du Valais et prolonger la chaîne de valeur ajoutée.

Il est nécessaire d'avoir un acteur valaisan fort pouvant représenter l'ensemble de la communauté valaisanne et ce de façon efficace dès les premiers retours.

Avec FMV, il sera possible de créer des synergies pour l'exploitation des aménagements hydroélectriques et la commercialisation d'énergie. Avec à terme un minimum 30 % de l'énergie produite en Valais (environ 3 TWh), FMV aura la taille critique nécessaire pour devenir un acteur important du marché. Le rôle attribué à FMV par la modèle du Conseil d'Etat est un prolongement naturel de la loi sur les FMV et de la mission de FMV.

3. Analyse juridique

Ci-après, le modèle du Conseil d'Etat²⁸ est analysé sous l'angle des trois droits et principes constitutionnels suivants : (1) le principe de la légalité, (2) la liberté économique et (3) la garantie de l'autonomie communale.

3.1 Synthèse

L'analyse montre que les instruments proposés par le modèle du Conseil d'Etat pour la mise en œuvre de la nouvelle stratégie hydraulique cantonale sont compatibles avec le droit supérieur.

L'objectif de la présente révision est que la majeure partie de la production et des revenus provenant de l'utilisation des forces hydrauliques reviennent au Valais. Les droits conférés au canton, qu'il exerce dans l'intérêt de la communauté valaisanne, sont indispensables pour pouvoir atteindre cet objectif.

Le modèle

- prévoit entre autres que le canton puisse acquérir un nombre limité de participations ou de droits de prélèvement d'énergie, contre une «indemnité équitable au prorata de ces participations» (ci-après : prix solidaire), dans les sociétés hydroélectriques²⁹ exploitant des forces hydrauliques communales. Ces droits servent à atteindre l'équilibre recherché entre les intérêts des communes concédantes et ceux des communes non concédantes dans le canton («élément de la solidarité intra-cantonale») ;
- laisse à tous les acteurs la marge de manœuvre adéquate et nécessaire pour élaborer des solutions souples en fonction de la situation du marché et de la situation financière ;
- continue d'offrir à des tiers, en particulier à des partenaires hors canton, d'importantes possibilités de participation. Ainsi, l'essence de la liberté économique en tant que droit fondamental demeure intacte.

Dans le cadre des travaux de la présente révision de lois, d'autres modèles ont aussi fait l'objet de discussions. Toutefois, certains de leurs éléments sont incompatibles avec le droit cantonal et le droit supérieur, par exemple avec :

- l'obligation générale d'exercer le droit de retour ou d'octroyer des concessions de droits d'eau ;
- le fait de prévoir des concessionnaires monopolistiques en excluant toute concurrence pour une concession de droits d'eau en présence de plusieurs intéressés ;
- l'obligation pour la communauté valaisanne de prendre des participations dans des sociétés hydroélectriques au niveau de la «propriété» et
- les prescriptions contraignantes concernant la valorisation de l'énergie liées à ces participations.

3.2 Principe de la légalité

Principe

L'activité de l'Etat doit respecter les principes constitutionnels inscrits dans la Constitution fédérale. Par conséquent, l'activité de l'Etat requiert une base juridique (principe de la légalité)

- qui soit dans l'intérêt public (intérêt général),

²⁸ Le modèle même du Conseil d'Etat est basé sur un modèle analogue du Département de l'économie, de l'énergie et du territoire (DEET), qui a été mis en consultation conjointement avec un avant-projet de loi au printemps de cette année (voir aussi à ce propos le rapport sur la procédure de consultation concernant ce message).

²⁹ Les sociétés hydroélectriques sont des personnes morales de droit privé ou de droit public, auxquelles est octroyé le droit d'utiliser les forces hydrauliques de cours d'eau publics, notamment sous la forme d'une concession de droits d'eau.

- qui soit conforme au principe de la proportionnalité et
- qui respecte le principe de la bonne foi.

Les mêmes conditions doivent également être remplies lors de restrictions de droits fondamentaux dont l'essence est par ailleurs inviolable.

Les intérêts publics reposent sur une appréciation politique et peuvent en principe être modifiés. La seule mention de certains intérêts publics (par exemple par un gouvernement) n'est dès lors pas suffisante. Au contraire, ils doivent être légitimés démocratiquement en tant qu'intérêts de la société et aussi en tant qu'intérêts de l'Etat au service de la société par une procédure législative ordinaire. La concrétisation des intérêts publics déterminants incombe ainsi en premier lieu au législateur compétent.

Le modèle du Conseil d'Etat doit être mis en œuvre sur une base juridique au sens susmentionné. Par ailleurs, le décret de 2012 déjà cité au chapitre 1 exige expressément l'adoption d'une loi spéciale émanant d'une procédure législative ordinaire. Dans le contexte du principe de la légalité, de simples déclarations de volonté unilatérales des communes concédantes ou des «Gentlemen's Agreements» entre les acteurs de la communauté valaisanne seraient juridiquement insuffisants.

Application au modèle

Les chapitres précédents mettent en évidence les intérêts publics prépondérants considérés comme particulièrement importants pour le Valais. Dans le cadre de la révision de la LFH-VS, les objectifs centraux de la nouvelle politique force hydraulique peuvent être ancrés légalement à l'article premier («But»). Les motivations politiques de la communauté valaisanne ayant conduit à la révision de loi proposée figurent ainsi en introduction. Elles serviront également de critères d'évaluation lors de l'octroi de concessions de droits d'eau et lors de l'homologation cantonale de concessions hydrauliques communales.

Comme le démontrent les commentaires ci-après, le modèle du Conseil d'Etat est conforme au principe de la proportionnalité. Il n'empiète sur l'autonomie communale que dans la mesure où cela est nécessaire. Il prend également en compte le principe de la liberté économique.

Lors de chaque décision d'utilisation, la communauté valaisanne sera habilitée à acquérir une part importante de la production d'électricité. Le modèle du Conseil d'Etat respecte donc le principe de la proportionnalité dans la mesure où il ne prévoit pas la création systématique de sociétés hydroélectriques avec la participation majoritaire du canton et des communes, ni de sociétés monopolistiques détenues par les collectivités publiques. Les tiers peuvent continuer à prendre des participations importantes dans les sociétés hydroélectriques, ce qui permet de poursuivre une politique énergétique de partenariat sans restriction disproportionnée.

Finalement, le principe de la bonne foi est également respecté, puisque la réglementation actuelle du droit de retour demeure intacte et que la présente révision est présentée suffisamment tôt pour régler les futurs retours en Valais.

Les modifications de la loi cantonale sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH-VS) et de la loi cantonale sur les Forces Motrices Valaisannes (LFMV) créent la base légale nécessaire pour la mise en œuvre du modèle proposé par le Conseil d'Etat. Cette révision en tant qu'acte législatif du Grand Conseil est sujette au référendum facultatif.

3.3 Liberté économique

Principe

Le principe de la liberté économique inscrit dans la Constitution fédérale est interprété comme une «garantie de l'économie privée». En principe, la Constitution fédérale se prononce pour un ordre économique libéral. L'Etat doit donc respecter le principe de la neutralité concurrentielle. Dans les limites de leurs compétences, la Confédération et les cantons veillent notamment à créer des conditions-cadres favorables à l'économie privée.

Cependant, la liberté économique, comprise comme un principe constitutionnel ou comme un droit fondamental, n'est pas absolue. Une loi cantonale peut prévoir des restrictions, pour autant qu'elles obéissent à un intérêt public prépondérant et qu'elles respectent le principe de la proportionnalité. Cela nécessite donc une motivation particulière de la part de la communauté. Elles peuvent résulter directement de la LFH ou par exemple être liées à des intérêts prépondérants de la politique énergétique.

Il s'agit de prendre également en compte le fait que l'utilisation des forces hydrauliques est soumise à la souveraineté sur les eaux détenue par le canton et au monopole de fait des communautés disposant de la force. Ces communautés sont seules à décider si elles veulent utiliser le cours d'eau elles-mêmes ou octroyer à autrui le droit de l'exploiter.³⁰

La Constitution fédérale n'interdit en principe pas que l'Etat entre en concurrence avec des particuliers. Mais pour exercer une activité économique, l'Etat (en tant qu'entrepreneur public) doit s'appuyer sur une base légale et sur un intérêt public. Tout intérêt public est suffisant, à condition qu'il ne soit pas exclusivement fiscal (but lucratif de l'Etat). En tout état de cause, l'Etat ne saurait mener une activité économique uniquement lors de dysfonctionnements du marché.

Sous l'angle de la liberté économique, il est important d'examiner si les acteurs de l'économie privée devraient disposer d'un droit à l'octroi de concessions de droits d'eau, si une procédure d'appel d'offres est nécessaire pour l'octroi de concessions et si la valorisation de l'énergie peut être réglementée.

Application au modèle

Le modèle du Conseil d'Etat part implicitement du principe que les communes concédantes exercent en principe leur droit de retour et octroient ensuite des concessions de droits d'eau à des sociétés hydroélectriques. La communauté valaisanne devrait pouvoir prendre des participations dans ces sociétés à hauteur d'environ 60 % (valeur indicative) ou disposer d'un droit de prélèvement d'énergie correspondant. Le modèle permet aussi la prise en compte de tous les autres acteurs concernés dans chaque cas particulier.³¹

Les collectivités publiques agissent dès lors en tant qu'entrepreneurs. La révision de la LFH-VS et de la LFMV crée une base légale claire pour la mise en œuvre du modèle. Comme indiqué en détail aux chapitres précédents, il existe en outre des intérêts publics prépondérants qui ne sont pas de nature exclusivement fiscale. Ils concernent notamment l'approvisionnement, l'environnement, la politique régionale, et se focalisent en particulier sur l'utilisation d'une importante source d'énergie renouvelable qui prend une signification toute particulière pour un canton reconnu comme «château d'eau».

Les instruments³² juridiques proposés dans le modèle du Conseil d'Etat sont également pertinents pour la mise en œuvre efficace des objectifs de la nouvelle politique force hydraulique fixés dans la loi. Ils sont également plus appropriés en comparaison aux autres modèles imaginables. Pour l'essentiel, le modèle du Conseil d'Etat prévoit, en faveur du canton, dans l'intérêt de la communauté valaisanne, des droits de participation dans les sociétés hydroélectriques utilisant les forces hydrauliques communales. Ces droits conçus de manière suffisamment souple ont déjà fait leurs preuves dans d'autres cantons et sont incontestés. Selon les cas, la participation d'un tiers pourra ainsi également excéder la valeur de 40 % souhaitée.

Dans le cadre de la procédure de consultation de l'avant-projet de loi, la Commission de la concurrence (COMCO) a notamment estimé que le droit d'emption du canton constitue une distorsion de la concurrence, car tous les autres acteurs intéressés et présents sur le marché seraient d'emblée exclus des participations dans les sociétés hydroélectriques. Cette conception est erronée. Selon la Constitution fédérale, les cantons sont les détenteurs de la souveraineté sur les eaux ce qui leur donne la compétence de régler les retours. Conformément à la LFH, ils peuvent ainsi fixer dans la loi qu'ils sont habilités à acquérir des parts de copropriété dans des

³⁰ Voir article 3, alinéa 1, LFH : «La communauté qui dispose de la force d'un cours d'eau peut l'utiliser elle-même ou en concéder l'utilisation à des tiers».

³¹ Voir aussi à ce propos l'article premier «But» nouveau (article 1, let. c).

³² Il est fait référence ici au Chapitre 4, où le droit de participation et d'achat ainsi que le droit de préemption du Canton sont expliqués plus en détail (commentaire sur les articles de loi correspondants).

aménagements hydroélectriques ayant fait retour (comme dans le présent projet de révision) ou, à l'instar du canton des Grisons, à devenir directement copropriétaires des installations par suite d'un retour,³³ et cela au même prix que les communes disposant de la force (prix solidaire).³⁴ En plus, le concept essentiel de «l'indemnité équitable proportionnelle» est déjà ancré dans la LFH.³⁵ Ainsi, globalement, ni le canton ni éventuellement les communautés qui lui sont subordonnées (titulaires du droit de retour) ne sont en concurrence avec des tiers dans ces mécanismes du droit de retour. Quant aux communes concédantes titulaires du droit de retour, aucune d'entre elles, lors de la consultation, n'a exprimé de crainte à ce sujet.

La LFH stipule en outre que le droit de retour peut être utilisé de quelque manière que ce soit dans l'intérêt public.³⁶ Lorsque le législateur cantonal prévoit le droit de participation et d'achat proposé en faveur du canton, il s'agit d'une concrétisation de cette disposition fédérale.

Selon le modèle du Conseil d'Etat, le canton ne conserve pas les participations acquises (respectivement les droits de prélèvement d'énergie) dans les sociétés hydroélectriques, mais les transfère à FMV, société en mains de la communauté valaisanne. Ce faisant, le canton transfère un droit qu'il pourrait exercer lui-même sur la base du droit fédéral. Il peut décider librement de confier des participations ou leur valorisation à un tiers au lieu de procéder lui-même à la commercialisation. Du point de vue des autres acteurs économiques, cela ne modifie en rien la situation de concurrence.³⁷

Ce transfert à FMV s'effectue aux conditions du marché, qui excèdent le «prix solidaire» susmentionné. Ces transferts génèrent ainsi des bénéfices réalisés sur les transactions en faveur du canton qui les répartit conformément à l'art. 59g du projet de loi. Dès lors, les craintes exprimées dans la procédure de consultation que FMV serait privilégié par rapport aux autres acteurs du marché sont infondées.

Le modèle prend également en compte le principe de la neutralité concurrentielle de l'Etat. Hormis le fait qu'il ne privilégie aucunement un acteur de l'économie privée, la communauté valaisanne elle-même ne bénéficie pas d'avantages illicites par rapport aux particuliers. La communauté ou le canton agissent définitivement principalement en tant que propriétaires d'aménagements hydroélectriques, ce qui s'explique finalement par leur souveraineté sur les eaux. Comme indiqué, cette dernière est garantie par le droit fédéral au niveau de la Constitution.

En résumé, il faut retenir que personne ne peut revendiquer un droit à l'octroi d'une concession de droits d'eau, même pas en se fondant sur la garantie de propriété prévue par la Constitution fédérale ou sur le principe de la liberté économique. La communauté conserve aussi la possibilité d'exploiter elle-même les forces hydrauliques.

Le modèle du Conseil d'Etat respecte le principe de «l'utilisation autodéterminée», puisque les principaux acteurs d'une société hydroélectrique (canton, communes concédantes, autres communes ou entreprises valaisannes et tiers/partenaires hors canton) peuvent décider librement, comment valoriser le droit de prélèvement d'énergie qui leur revient. Le modèle donne à la communauté valaisanne, d'une part, la possibilité d'agir en tant qu'entrepreneur et, d'autre part, de prendre en compte les intérêts prépondérants de tiers. Dans chaque cas particulier, des solutions sont admises en fonction des besoins. Ainsi, les sociétés hydroélectriques peuvent être des entreprises d'économie mixte ou des entreprises publiques avec une participation plus ou moins grande des collectivités publiques.

Revenons encore brièvement sur la critique maintes fois exprimée dans la procédure de consultation selon laquelle le modèle du Conseil d'Etat ne garantirait pas l'octroi des concessions

³³ En l'occurrence, le canton, en tant que communauté ne disposant pas de la force, devient copropriétaire de par la loi des installations ayant fait retour. Globalement, la présente réglementation valaisanne est comparable à celle des Grisons, mais plus favorable à la concurrence puisque le canton des Grisons a «droit» à la moitié des installations.

³⁴ Le «prix solidaire» au sens d'une «indemnité équitable proportionnelle» concerne exclusivement l'équilibre intra-cantonal entre le Canton et les communes concédantes et non concédantes.

³⁵ Voir l'article 67 alinéa 1 LFH : «Lorsqu'une usine fait retour à la communauté concédante, celle-ci a le droit, à moins que la concession n'en dispose autrement, ... de reprendre, moyennant une indemnité équitable, les installations servant à la production et au transport de l'énergie.

³⁶ Cf. article 67 alinéa 5 LFH.

³⁷ La COMCO semble en principe avoir été du même avis dans la consultation. En lieu et place du transfert aux FMV, elle a proposé de transférer les participations cantonales à une société de participation ou à un fonds de participation.

dans une procédure transparente et non discriminatoire.³⁸ Cette critique n'est pas fondée. Les sociétés hydroélectriques doivent passer par la procédure légale ordinaire d'octroi de concession. Le présent projet de révision n'inscrit aucun automatisme qui devrait inévitablement accorder la concession au candidat qui est aussi le propriétaire des aménagements hydroélectriques. Le modèle du Conseil d'Etat admet la décision de sélection exigée de manière contraignante par la LFH³⁹ et est donc conforme au droit fédéral. Par ailleurs, le modèle ne modifie en rien le fait que les demandes de concessions de droits d'eau doivent être publiées et que le public doit savoir quand les concessions arrivent à échéance.⁴⁰ Dans ces conditions, la procédure est dès lors transparente et non discriminatoire.

Le principe de la procédure non discriminatoire exige en outre que les objectifs du modèle n'entrent pas en conflit avec les critères de la LFH pour l'octroi de concessions.⁴¹ Ici, le modèle du Conseil d'Etat ne prévoit pas non plus un automatisme, selon lequel la concession devrait être systématiquement octroyée à la société hydroélectrique dans laquelle la communauté valaisanne détient des participations. Toutefois, conformément au droit fédéral, la participation de la communauté et donc ses intérêts fiscaux peuvent également être pris en compte lors de l'octroi de la concession. Globalement, les articles 39 et 41 cités de la LFH laissent aux autorités concédantes et au Canton en tant qu'autorité d'approbation des concessions de droits d'eau communales, une marge d'appréciation considérable pour examiner quel candidat sert le mieux l'intérêt public.

3.4 Autonomie communale

Principe

Lorsque le droit cantonal confère le droit de disposer des forces hydrauliques aux communes, celles-ci décident souverainement, dans le cadre des prescriptions fédérales et cantonales, si elles octroient une concession de droits d'eau, à qui et à quelles conditions économiques. Il en va de même pour la décision d'exercer ou non le droit de retour qui leur incombe.⁴²

Dans la mesure où la Constitution et les lois valaisannes leur en donnent la compétence, les assemblées primaires ou les conseils généraux de certaines communes décident de l'octroi et du transfert des concessions de droits d'eau. Une restriction importante de cette compétence réside par exemple dans le fait que ce ne sont pas les communes, mais le canton qui décide de l'octroi de concessions de droits d'eau concernant le Rhône ou le lac Léman. Le fait qu'une commune, déjà avec la législation actuelle, ne peut pas octroyer une concession juridiquement valable sans l'approbation de l'autorité cantonale compétente, constitue une autre restriction.⁴³

Sur la base de l'autonomie des communes ainsi définie, il est relevant pour la présente analyse d'examiner plus avant, si les communes peuvent selon le modèle librement décider comment valoriser l'énergie qui leur revient. en tant qu'actionnaires d'une société hydroélectrique.

Un autre critère de l'analyse est de savoir si les droits formels des communes de disposer de leurs forces hydrauliques sont garantis ou non.

Un aspect central est que l'autonomie communale n'existe jamais de manière absolue. Elle est aussi sujette à des modifications et, pour des raisons objectives, peut être restreinte par le

³⁸ Pour répondre à la critique que, de manière illicite, le modèle n'exige pas que les projets de concessions fassent l'objet d'un appel d'offres public, il est fait référence à l'article 60, alinéa 3^{bis}, LFH : «La concession peut être octroyée sans appel d'offres. La procédure d'octroi des concessions doit être transparente et non discriminatoire».

³⁹ Voir article 41 LFH : «En cas de compétition, la préférence est donnée à l'entreprise qui sert le mieux l'intérêt public, et, si les entreprises en compétition le servent dans la même mesure, à celle qui assure la meilleure utilisation du cours d'eau».

⁴⁰ Voir article 78 LFH-VS : «Le département compétent constitue et tient un registre cantonal des droits d'eau. Tous les droits et toutes les installations qui concernent l'utilisation des forces hydrauliques sont répertoriés dans ce registre».

⁴¹ Outre l'article 41 indiqué, cet aspect concerne aussi l'article 39 LFH («En statuant sur les demandes de concession, l'autorité tient compte de l'intérêt public, de l'utilisation rationnelle du cours d'eau et des intérêts existants») et l'article 48 LFH, selon lequel, dans la concession de droits d'eau, la participation de la communauté en particulier peut être fixée conformément au droit cantonal.

⁴² Le droit de retour est inimaginable sans le droit de disposer. Selon la LFH et la LFH-VS, le droit de retour est en outre un élément obligatoire de la concession de droits d'eau.

⁴³ Voir article 20, alinéa 1, LFH-VS : «Le Conseil d'Etat approuve l'octroi, le renouvellement ou le transfert d'une concession de forces hydrauliques communales...». Voir également l'article 4, alinéa 1, LFH : «Les districts, communes ou corporations qui disposent de la force ne peuvent l'utiliser ou la céder à des tiers sans l'approbation de l'autorité cantonale».

législateur pour autant que l'essence même de l'autonomie soit maintenue. Pour atteindre un objectif inscrit dans la loi et objectivement justifié, des ingérences dans l'autonomie communale sont ainsi possibles, mais uniquement dans la mesure où le principe de la proportionnalité est respecté.

Application au modèle

Le modèle du Conseil d'Etat respecte la souveraineté formelle actuelle des communes concédantes sur les forces hydrauliques communales. Aucune disposition ne prescrit aux communes concédantes si une concession doit être octroyée et à qui. Les communes concédantes restent ainsi en principe libres de renoncer à une future utilisation des forces hydrauliques ou de les utiliser elles-mêmes. Par ailleurs, les communes concédantes n'ont pas l'obligation générale d'exercer leur droit de retour.

Si les communes envisagent d'octroyer des concessions de droits d'eau sur leurs cours d'eau, leur autonomie est limitée sur les points suivants, dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour atteindre le but et les objectifs de la présente révision de loi :

1. Droit de participation limité du canton lors de la première utilisation des forces hydrauliques communales contre une pleine indemnité ;
2. Droit d'emption et de participation limités du canton par suite d'un retour lors de l'utilisation de forces hydrauliques communales dans des aménagements hydroélectriques existants contre le paiement du prix solidaire ;
3. Droit de préemption en faveur du canton lors de l'aliénation de participations des communes concédantes à des sociétés hydroélectriques ou de parts de copropriétés des communes concédantes à des aménagements hydroélectriques au prix d'acquisition convenu avec le tiers.

Les droits mentionnés aux points 2 et 3 seront traités en détail ci-après. De manière générale, on peut dire que le présent modèle empiète sur l'autonomie communale dans la seule mesure où la mise en œuvre des objectifs de la loi l'exige véritablement.

Pour le reste, les communes concédantes ne sont pas non plus tenues de participer à des sociétés hydroélectriques, ni de valoriser d'une certaine façon la quantité d'énergie qui leur revient en tant que parties prenantes («actionnaires») d'une société hydroélectrique. Lors de la cession de participations dans des sociétés hydroélectriques, ni la forme du prix de vente ni les modalités de paiement du prix de vente, paiement unique ou versements partiels pendant la durée de la concession, ne sont imposées aux communes concédantes. Elles disposent ainsi de la marge de manœuvre nécessaire pour négocier avec les acheteurs intéressés.⁴⁴

Droit de participation ou d'emption du canton contre le paiement du prix solidaire

Le projet de loi prévoit tout d'abord, dans l'intérêt de la communauté valaisanne, que le canton peut prendre des participations dans les sociétés hydroélectriques exploitant des forces hydrauliques communales. Le canton peut acquérir, jusqu'à 30 % au maximum desdites participations contre le paiement du prix solidaire. Cette dernière se calcule en appliquant ce pourcentage au montant payé pour la partie sèche. Ce droit existe dans le contexte de l'utilisation des forces hydrauliques communales dans les aménagements hydroélectriques existants, indépendamment du fait que les communes concédantes exercent leur droit de retour ou renoncent à l'exercer.

Pour autant que cela s'avère nécessaire pour l'acquisition de telles participations, le canton peut également, dans le même but et au même prix, acquérir une part de copropriété dans les aménagements ou installations ayant fait retour. Le canton peut ainsi participer au processus de

⁴⁴ En l'occurrence, il est fait référence aux principes régissant les finances et le budget des communes ainsi qu'à la surveillance cantonale sur la gestion financière des communes.

création d'une société hydroélectrique, en faisant apport en nature de la part de copropriété acquise dans la société hydroélectrique.⁴⁵

Ces droits peuvent ainsi générer une participation maximale de 30 %, cela d'après la formule : «prix solidaire par rapport à la partie sèche » et non pas à l'ensemble de l'aménagement. Le rapport est linéaire entre la participation et l'indemnité. Si le canton envisage une participation de seulement 15 %, il lui suffit de payer 15 % de l'indemnité équitable pour la partie sèche.

Ce droit d'emption ou de participation empiète sur l'autonomie communale sans porter atteinte à son noyau. Cette ingérence partielle et matérielle est toutefois justifiée par les objectifs de la LFH-VS révisée. La répartition intra cantonale responsable et solidaire des revenus réalisables à partir de l'utilisation des forces hydrauliques représente manifestement un intérêt public prépondérant. Au titre de comparaison exemplative avec la situation juridique aux Grisons⁴⁶, la valeur de 30 % paraît proportionnée, cela d'autant plus qu'elle se situe au bas des futurs scénarios de consommation pour le Valais (voir également à ce propos le chapitre 2). Les chapitres 2.4 et 2.5 traitent de la vente des participations du canton à FMV. Le fait que le modèle du Conseil d'État prévoit qu'un tiers des bénéfices générés reviennent aux communes concédantes, n'est pas déterminant en l'espèce.

Concernant le droit de participation et d'emption du canton, les communes concédantes ne sont pas affectées comme le seraient les particuliers (il n'y a pas d'ingérence assimilable à une expropriation comme dans la sphère juridique des particuliers). Dans le contexte de l'utilisation des forces hydrauliques, les communes concédantes agissent en effet en tant que détentrices d'une souveraineté qui leur a été déléguée. Le droit de retour, qui provoque le transfert de l'aménagement à la communauté, se fonde en définitive aussi sur une concession de droits d'eau et sur la loi. Le droit de retour et la possibilité de rachat des installations par la communauté qui dispose de la force s'expliquent donc par la souveraineté cantonale sur les eaux, laquelle ne profite toutefois pas aux particuliers.

Suite à l'acquisition prévue contre le paiement du prix solidaire et au transfert des parts du canton à FMV, la commune concédante peut profiter indirectement de ce transfert à hauteur de sa propre participation dans FMV.

S'agissant de la question de la légalité du droit d'emption ou de participation, on peut dire en résumé que l'ingérence provoquée dans l'autonomie des communes est proportionnée et justifiée par des intérêts publics prépondérants. L'indemnité pour cette ingérence est une indemnité équitable qui n'est pas assimilable à celle versée lors de l'expropriation d'un particulier par une communauté agissant souverainement. L'indemnité s'effectue plutôt au sens d'un règlement équitable entre des communautés cantonales liées par un lien de droit public. Même si un canton détenteur de la souveraineté sur les eaux cède le droit de disposer des forces hydrauliques à une autre communauté cantonale, celui-ci peut acquérir des parts dans des aménagements hydroélectriques aux conditions du droit de retour, ce qui ne constitue pas un cas unique en Suisse.

Droit de préemption en faveur du canton

Le droit de préemption légal proposé en faveur du canton s'inscrit dans le contexte suivant : d'une part, les communes concédantes doivent en principe être libres dans leur choix de détenir ou de vendre les participations qu'elles ont prises dans des sociétés hydroélectriques. D'autre part, le présent projet de révision de loi a pour but d'assurer qu'une grande partie de l'énergie et des revenus provenant de la force hydraulique reviennent en Valais.

Indépendamment du droit d'emption et de participation susmentionné au «prix solidaire», le droit de préemption proposé s'étend aux participations ou droits de prélèvement d'énergie des communes concédantes dans les sociétés hydroélectriques exploitant des forces hydrauliques communales, mais également à des parts de copropriété de communes concédantes dans les aménagements hydroélectriques ayant fait retour. Dans tous les cas, il est limité à 30 % au

⁴⁵ Voir à ce sujet en détail le chapitre 4, en particulier l'article 59b proposé là.

⁴⁶ Dans le canton des Grisons, lors d'un retour, le canton acquiert, également contre le paiement au prorata de l'indemnité équitable, la moitié de la copropriété de la partie dite mouillée des aménagements hydroélectriques utilisant les forces hydrauliques communales.

maximum et porte sur la différence entre ce maximum et les participations, les droits de prélèvement d'énergie ou les parts de copropriété détenus par les communes concédantes elles-mêmes ou par des corporations valaisannes privilégiées ou des personnes morales contrôlées par ces corporations. Le droit de préemption ne s'applique donc pas, si par ex. les communes concédantes vendent des participations dans des sociétés hydroélectriques à de telles corporations (autres communes, etc.) ou à des entreprises de la branche appartenant à des collectivités publiques valaisannes.

Si elles veulent néanmoins les vendre à un tiers, le droit de préemption en faveur du canton trouve application ; c'est-à-dire le canton doit conclure le contrat de vente aux conditions fixées avec un tiers. Si le canton n'avait pas ce droit, l'objectif visé par le projet de loi, à savoir faire revenir dans le canton une grande partie de l'énergie produite par les forces hydrauliques valaisannes, serait compromis.

Au surplus, ce droit de préemption légal n'a pas de conséquences néfastes sur le patrimoine financier des communes concédantes (en tant qu'actionnaires d'une société hydroélectrique). En effet, le canton n'exerce son droit de préemption qu'aux conditions financières contraignantes négociées par les communes concédantes elles-mêmes avec un tiers.

Pas d'obligation de participation pour la communauté valaisanne

Les exigences politiques d'inscrire dans une loi cantonale une participation systématique et garantie de l'ordre de 60 % (ou plus) pour l'ensemble du parc hydraulique valaisan vont dans le même sens que les tendances qui visent à monopoliser le secteur de la production.

De telles approches qui équivalent au final à une obligation de participation des collectivités publiques dans des sociétés hydroélectriques en position majoritaire, ne sont pas seulement contestables du point de vue du droit supérieur. En effet, elles contreviendraient également à l'intérêt public si les communautés cantonales étaient contraintes de prendre des participations dans les entreprises électriques malgré les conditions du marché fluctuantes, voire défavorables, et si les risques économiques inhérents ne pouvaient pas être assumés en connaissance de cause.

Le modèle du Conseil d'Etat permet donc une conception souple des conditions concrètes de participation pour chaque cas particulier et selon l'évaluation individuelle des chances et des risques pour les différentes usines. Dès lors, la communauté valaisanne, respectivement les communes (concedantes), n'ont pas non plus d'obligation générale de participation dans la production d'électricité. Le modèle admet par conséquent aussi d'autres possibilités, comme par ex. une société dans laquelle les communes et le canton n'ont qu'une faible participation.

4. Les articles proposés

Ci-après sont exposées en détail les modifications des articles de lois. Pour faciliter la visualisation des modifications par rapport à la législation actuelle, elles se présentent comme suit :

- (1) Les modifications (p.ex. des nouveaux alinéas) sont indiquées « en souligné ».
- (2) Chaque nouvel article est nommé formellement « nouvel article ».
- (3) Les suppressions des dispositions ainsi que des passages actuellement en vigueur sont signalées par le terme « abrogé ».

Pour chaque disposition concernée, les modifications proposées sont commentées. Elles se divisent en deux groupes : le premier groupe (sections 4.1 et 4.2) concerne les modifications pour la mise en œuvre du modèle du Conseil d'Etat relatif à la nouvelle stratégie force hydraulique. Le deuxième groupe (section 4.3) englobe et traite les modifications qui résultent principalement de la mise en conformité au droit fédéral.

Les modifications ont trait pour la majeure partie à la loi cantonale sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH-VS) et, pour le reste, à la loi sur les Forces Motrices Valaisannes (LFMV).

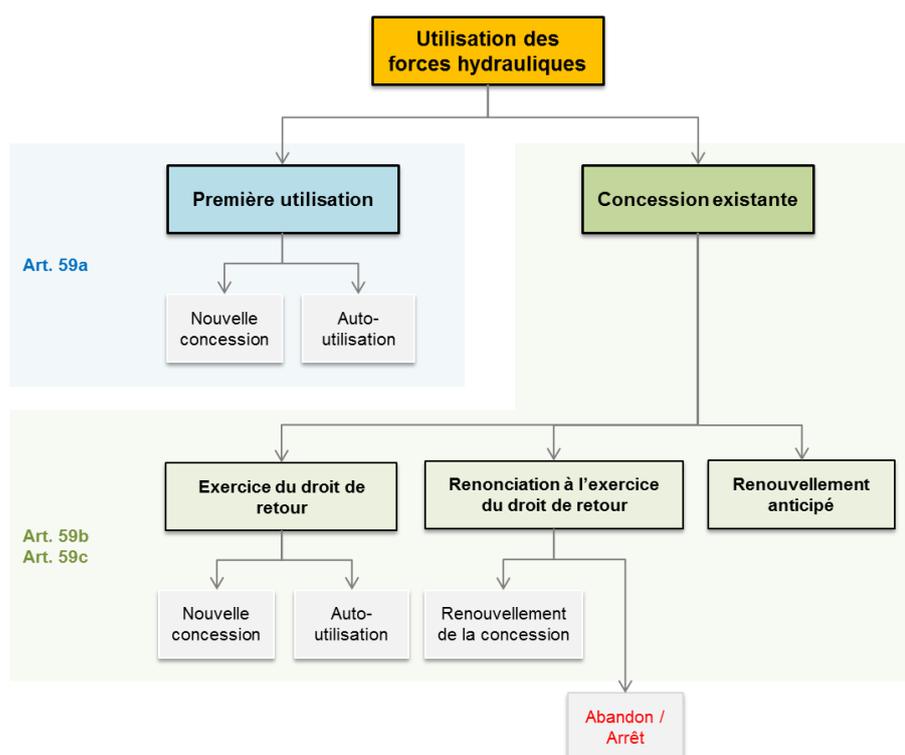
Le schéma suivant décrit en résumé les différentes possibilités d'utilisation des forces hydrauliques d'un point de vue juridique. Il faut opérer une distinction entre :

- (1) une utilisation dans le cas d'une première utilisation et
- (2) une utilisation faisant suite à une concession existante.

Dans le présent chapitre, l'accent est mis sur le point (2), à savoir sur l'utilisation faisant suite à une concession existante. À cet égard, il importe de noter que les communes concédantes peuvent renoncer à exercer leur droit de retour et que le renouvellement anticipé des concessions de droit d'eau constitue un cas de figure particulier.

Nous traiterons en particulier des propositions de nouveaux articles de la LFH-VS. Ces articles portent sur les droits du canton relatifs aux aménagements hydroélectriques communaux dans le contexte de la mise en œuvre de la nouvelle stratégie force hydraulique.

Figure 15 Options pour l'utilisation des forces hydrauliques



Source : SEFH

4.1 Modifications de la LFH-VS pour la mise en œuvre du modèle du Conseil d'Etat

Article 1 But (partiellement modifié ou abrogé)

¹ La présente loi régleme, sous réserve des compétences constitutionnelles et légales de la Confédération, l'utilisation des forces hydrauliques dans le canton et vise notamment :

a) l'utilisation rationnelle des forces hydrauliques se trouvant sur le territoire cantonal en assurant un approvisionnement optimal en énergie dans le canton, en sauvegardant les intérêts de l'économie, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement ainsi qu'en contribuant à l'approvisionnement national en énergie ;

b) ~~la continuation de la mise en valeur des forces hydrauliques disponibles, dans l'intérêt des communes, des groupements de communes et du canton ;~~ l'utilisation de la force hydraulique dans l'intérêt des communes, des groupements de communes et du canton de manière à maintenir la grande partie de l'énergie et des revenus provenant de la force hydraulique en Valais ainsi que de répartir solidairement ces revenus dans le canton ;

c) ~~la délimitation des compétences à l'intérieur du canton dans le respect de l'autonomie des communes ;~~ la réalisation d'un partenariat entre tous les acteurs concernés en prenant en compte les droits des communautés concédantes ;

d) ~~la réglementation de la procédure et la délimitation des compétences à l'intérieur du canton dans le respect de l'autonomie des communes.~~

²~~Sous réserve des compétences constitutionnelles et légales de la Confédération, la présente loi régit l'application de la loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH) dans le canton.~~

Article 1 Commentaire

Alinéa 1 :

L'article premier de la LFH-VS doit être maintenu en tant qu'article consacré aux buts de la loi et reprenant les objectifs de la nouvelle stratégie hydraulique.

Il est considéré d'intérêt public que les forces hydrauliques, renouvelables et indigènes, en tant qu'énergie de haute qualité, contribuent dans une grande mesure à l'approvisionnement énergétique cantonal et national.

L'objectif central de la nouvelle politique énergétique est que le Valais profite à l'avenir, dans une plus large mesure, de la création de valeur ajoutée provenant de l'utilisation des forces hydrauliques. Depuis les débuts de l'utilisation des forces hydrauliques, des partenaires extra-cantonaux se sont engagés en Valais. Encore actuellement, environ 80 % de la production d'électricité appartient à des partenaires hors canton.

Le modèle du Conseil d'Etat vise une participation plus élevée de la communauté valaisanne dans les sociétés hydroélectriques. Par «communauté valaisanne», on entend le canton et les communes. La participation souhaitée dans le parc hydraulique valaisan est d'environ 60 %. Il s'agit ici d'une valeur indicative et pas d'un objectif contraignant pour tous les aménagements.

La modification de loi permet la poursuite d'une politique énergétique concertée puisque les tiers peuvent continuer de participer à l'utilisation des forces hydrauliques.

Une répartition responsable des revenus provenant de l'énergie hydraulique dans le canton est un autre objectif de la nouvelle politique force hydraulique. Dans leur ensemble, les droits des communautés concédantes doivent être formellement préservés.

Alinéa 2 :

Cet alinéa est formellement abrogé. En effet, la loi cantonale (LFH-VS) n'est pas une simple loi d'exécution de la LFH comme l'alinéa 2 actuel le laisse entrevoir. Dans le domaine de l'utilisation des forces hydrauliques, l'article 76 de la Constitution fédérale confère à la Confédération la seule compétence de fixer les principes. Il en découle la compétence exclusive des cantons d'intervenir pleinement au niveau législatif dans le respect des principes du droit fédéral et de ne pas simplement édicter des dispositions d'exécution du droit fédéral.

Au reste, l'article 75 al. 1 LFH stipule déjà que les cantons doivent édicter les dispositions d'exécution de la LFH qui sont de leur ressort. Il est ainsi proposé de biffer l'alinéa 2, ce d'autant plus que le préambule de la LFH-VS fait déjà référence à la législation supérieure.

La remarque sur le respect des compétences fédérales dans le libellé actuel figure à présent à l'alinéa 1 révisé.

Article 20 Approbation des concessions octroyées par les communes (partiellement modifié)

¹ Le Conseil d'Etat approuve l'octroi, le renouvellement ou le transfert d'une concession de forces hydrauliques communales s'il correspond à l'intérêt public des communes, des groupements de communes et du canton.

² En particulier, un approvisionnement sûr en eau potable doit être sauvegardé.

³ L'approbation est refusée si le projet d'utilisation de la concession est contraire à l'intérêt public, en particulier aux buts de la présente loi ou à l'utilisation rationnelle du cours d'eau.

⁴ Un changement de contrôle économique au sein du concessionnaire est considéré comme un transfert de la concession.

Article 20 Commentaire

Les alinéas 1 et 2 demeurent inchangés.

Alinéa 3 :

Les références à l'intérêt public et à l'article premier concrétisent l'examen juridique et l'examen sous l'angle de l'opportunité que le Conseil d'Etat doit opérer lors de l'approbation des concessions de droits d'eau communales. Si une concession est contraire aux objectifs de l'article premier, le Conseil d'Etat peut refuser son approbation. Par ailleurs, l'approbation d'une concession de droits d'eau communale pourrait également être refusée en cas de violations graves du droit ou d'une conception de la centrale clairement inadaptée.

Dans le cadre de l'examen sous l'angle de l'opportunité susmentionné, le Conseil d'Etat peut également prendre en compte le fait que les communes concédantes ayant des participations ou des droits de prélèvement d'énergie dans des sociétés hydroélectriques confient la valorisation de l'énergie qui leur revient à une personne morale contrôlée par la communauté valaisanne.

Alinéa 4 :

Un changement dans le contrôle économique de la personne titulaire du droit d'utilisation est assimilable au transfert d'une concession. L'approbation du Conseil d'Etat est dès lors nécessaire pour qu'un tel changement devienne juridiquement valable.

En général, quiconque occupe une position dominante est à même d'influencer l'administration ou la direction du concessionnaire de manière significative, compte tenu de sa participation financière, de son droit de vote ou pour d'autres raisons. Un changement dans le contrôle économique peut se réaliser p.ex. si une concession combinée à un transfert de biens ou à une transaction, est reprise selon les dispositions du code des obligations (CO) ou selon la loi sur la fusion (LFus). Sont

également considérés comme changement dans le contrôle économique du concessionnaire les cas où :

- Une personne acquiert une certaine quantité du capital-actions ou du capital social ;
- Une personne détient des droits de vote (privilégiés) d'une certaine importance au sein de l'assemblée générale, respectivement de l'assemblée des sociétaires ;
- Quelqu'un met à disposition de la société des montants financiers considérables qui devront être remboursés.

Une modification importante de la structure de participation d'une société hydroélectrique est donc soumise à l'approbation du Conseil d'Etat, particulièrement lorsque plus d'un tiers du capital social est concerné par la modification, ce qui équivaut dans le cas des sociétés anonymes, à la minorité dite de blocage qui correspond à une position minoritaire qualifiée.

Selon la LFH, l'agrément de l'autorité concédante est nécessaire lorsque la concession de droit d'eau est transférée en raison de la vente de la société concessionnaire. L'intérêt de la communauté concédante de donner son agrément est tout aussi grand lorsque la structure de l'actionariat ou les relations de contrôle sont modifiées de manière importante.

En effet, tant la personne du concessionnaire que ses partenaires sont d'un grand intérêt pour la communauté concédante, car les concessions pour l'utilisation des forces hydrauliques se fondent dans une large mesure sur un rapport de confiance entre le concessionnaire et la communauté concédante, rapport basé sur une relation juridique et économique à long terme. La communauté concédante a donc un intérêt considérable, voire vital, à déterminer qui bénéficie directement ou indirectement de ce droit d'usage particulier, cela indépendamment du fait que la concession soit transférée comme un tout à un (nouveau) tiers ou que le contrôle économique du concessionnaire actuel change considérablement. Dans les deux cas, les intérêts de la communauté sont identiques. Lors du transfert d'une concession (voir à ce sujet l'art. 42 al. 2 LFH⁴⁷), un examen a lieu pour déterminer si le changement dans le contrôle économique de la société est dans l'intérêt public.

Le transfert d'actions est en principe régi par le Code des obligations suisse. C'est seulement sous certaines conditions que le droit public cantonal peut prévoir des réglementations en matière de droit civil, domaine relevant de la compétence exclusive et élargie de la Confédération. Une règle cantonale de droit public est admise, pour autant que la loi fédérale ne soit pas exhaustive, que la disposition cantonale concerne un intérêt public digne de protection et que la réglementation ne soit pas contraire au sens et à l'esprit du droit civil fédéral. Le nouvel alinéa 4 proposé remplit toutes ces conditions de sorte qu'il est admissible.

Article 22 Coordination avec le canton

¹ Pour l'examen de concessions de droits d'eau et de projets d'auto-utilisation, le département compétent procure aux communes, dans la mesure du possible et gratuitement, des renseignements dans les domaines juridiques, économiques et techniques.

² Sur requête, le canton soutient les communes lors de l'exercice du droit de retour.

³ Lorsqu'une commune concédante manifeste au concessionnaire son intention d'exercer son droit de retour ou d'y renoncer, elle doit également en informer le canton.

Article 22 Commentaire

Alinéa 2 :

Le soutien que le canton apporte aux communes concédantes est censé renforcer les interactions entre ces dernières, en tant qu'autorités d'octroi de concessions, et l'Etat, en tant qu'autorité d'approbation de concessions. Le canton met ses compétences à la disposition des communes et les

⁴⁷ Selon les matériels accompagnants la LFH, cette disposition était introduite en tant que formule générale. Elle s'oppose non seulement aux transferts de concessions pour des raisons spéculatives mais aussi permet de prévenir les ventes des aménagements, p.ex. aux sociétés étrangères, mettant en péril l'intérêt public.

soutient en particulier lors de l'estimation de la valeur des installations et de l'élaboration des concessions de droits d'eau.

Alinéa 3 :

Le canton doit être informé suffisamment tôt de la volonté des communes d'exercer leur droit de retour ou non. L'implication anticipée du canton, telle qu'envisagée ici, facilite sa décision de savoir s'il fait usage ou non des droits commentés ci-après (voir notamment l'article 59b). D'autre part, cela permet également d'accélérer l'homologation de la concession par le Conseil d'Etat requise à la fin du processus.

Article 26 Contenu facultatif de la concession

La concession peut contenir d'autres prescriptions, notamment :

- a) sur l'emploi de l'énergie électrique produite par le concessionnaire ;
- b) sur les comptes de construction et sur les comptes d'exploitation annuels de l'entreprise ainsi que sur l'obligation de remettre les rapports y afférents aux communautés concédantes et au canton ;
- c) que les statuts de la société et le contrat de partenaires prévoient la participation de la communauté qui dispose de la force à l'administration et au bénéfice de l'entreprise ;
- d) que les statuts de la société et le contrat de partenaires prévoient que les paramètres qui ont servi à calculer les parts respectives du concessionnaire et de la communauté qui dispose de la force dans la société de partenaires sont réexaminés périodiquement jusqu'au terme de la concession et, le cas échéant, les parts de chacun sont réajustées;
- e) que les statuts de la société et le contrat de partenaires prévoient un droit de préemption ou des droits comparables en faveur de la communauté qui dispose de la force lors de l'aliénation de participations à des installations de forces hydrauliques concessionnées ;
- f) ~~sur les tarifs et la cession de l'énergie électrique produite, sur l'énergie électrique cédée à titre gratuit ou à prix préférentiels, ainsi que sur l'alimentation d'un territoire déterminé en énergie électrique;~~ sur l'énergie électrique cédée à titre gratuit ou à prix préférentiels et, en tenant compte du droit supérieur, sur les tarifs et la cession de l'énergie électrique produite, ainsi que sur l'alimentation d'un territoire déterminé en énergie électrique ;
- g) sur les quantités d'eaux réservées à l'irrigation ou à d'autres usages ;
- h) sur la protection des intérêts économiques du canton (main-d'œuvre, entreprises, artisanat, commerce, etc.) ;
- i) sur le siège administratif et technique du concessionnaire ;
- j) sur l'immatriculation au Registre foncier comme droits distincts et permanents des concessions de droits d'eau accordées pour une durée de 30 ans au moins ;
- k) un droit de rachat des aménagements hydroélectriques en faveur des communautés concédantes en cas de transfert de concession de droits d'eau.

Article 26 Commentaire

La notion de «Contenu facultatif de la concession» signifie que les points figurant dans cet article et qui doivent se régler entre la communauté concédante et le concessionnaire, doivent précisément être réglés dans la concession de droits d'eau. Convenus en dehors d'une concession de droits d'eau, ces points ne peuvent donc pas être considérés comme juridiquement valables. A la différence de l'article 25 LFH-VS, ils ne constituent pas des éléments obligatoires d'une concession de droits d'eau. Le non-respect ou l'absence de réglementation sur ces points dans une concession n'empêchent pas l'approbation de ladite concession.

Pour l'essentiel, l'article 26 n'est pas modifié dans sa forme actuelle.

Sous **lettre b)**, il s'agit seulement d'un ajout concernant les obligations de remettre des rapports afférents.

La **lettre e)** augmente la marge de manœuvre des communautés qui disposent de la force. Ces dernières peuvent également se réserver un droit comparable au droit de préemption, comme par exemple un droit préférentiel. Comparativement au droit de préemption, le droit préférentiel ne présuppose notamment pas l'existence d'un contrat juridiquement valable avec un tiers, aux conditions (prix de vente) duquel le titulaire du droit de préemption peut entrer dans la relation contractuelle par une déclaration unilatérale d'exercice du droit de préemption. Du point de vue de la communauté, il s'agit plutôt du droit d'obtenir en priorité (par rapport aux éventuels tiers) une offre de la part de la personne astreinte et ensuite d'entrer en négociation avec elle. Au sens de cette disposition, les droits de rachat seraient aussi des droits comparables. Les communes concédantes se réservent ainsi, mais sous certaines conditions, des options de rachat de participations.

La modification partielle de la **lettre f)** est nécessaire car compte tenu de la législation fédérale dans le domaine de l'approvisionnement en électricité et de l'accès légal non discriminatoire de tous les fournisseurs suisses (producteurs; fournisseurs) aux réseaux, il n'est en principe plus possible d'accorder des droits d'approvisionnement exclusifs. Elle contient également des prescriptions normatives concernant la fixation des tarifs de l'électricité. Il ne faut toutefois pas d'emblée exclure que ces dispositions relevant de la concession puissent être conçues conformément au droit supérieur dans chaque cas particulier. Cela explique cet ajout à des fins de précision.

La **lettre j)** n'indique qu'une correction formelle de la disposition actuelle.

Il existe un lien entre la **lettre k)** nouvelle et l'article 22 al. 4 nouvellement proposé. La possibilité de rachat lors de transferts de propriété d'usines électriques renforce entre autres l'objectif du canton d'utiliser l'électricité produite sur le territoire cantonal pour la sécurité de l'approvisionnement. Si la communauté qui dispose de la force refuse le transfert d'une concession de droits d'eau⁴⁸, un droit de rachat expressément réservé dans la concession peut aussi être exercé.

Article 59 Droit du canton et des communes concédantes (nouveau titre)

~~¹ Dans le but d'un approvisionnement équilibré du canton en énergie électrique indigène et comme instrument de la promotion économique, l'Etat a le droit, lorsqu'une commune qui dispose de la force exerce un droit de retour ou utilise ses forces hydrauliques, d'acquérir 10 % au moins de l'énergie produite contre pleine indemnité. Le canton et les communes concédantes peuvent créer ou prendre des participations dans des sociétés hydroélectriques. Les sociétés hydroélectriques sont des personnes morales de droit privé ou de droit public qui utilisent la force hydraulique des eaux publiques en vertu d'une concession.~~

~~² L'Etat exerce son droit d'acquisition en prenant une participation correspondante dans la société d'exploitation des forces hydrauliques. Lors du calcul des droits de participation du canton dans une société hydroélectrique utilisant des forces hydrauliques communales prévus aux articles 59a à 59c, la quantité d'énergie nécessaire à la couverture des besoins de consommation de la commune qui dispose de la force est dans tous les cas assurée.~~

~~³ En cas d'auto-utilisation par la commune qui dispose des forces hydrauliques ou si la prise d'une participation dans la société d'exploitation paraît inopportune, l'Etat peut, en accord avec celle-ci, prélever directement la même quantité d'énergie qu'à l'alinéa premier et aux mêmes conditions. Le canton a un droit de participation au sens des articles 59a à 59c dans les aménagements hydroélectriques utilisant des forces hydrauliques communales d'une puissance installée de dix mégawatts et plus.~~

~~⁴ Lors du calcul du droit de participation de l'Etat, la quantité d'énergie nécessaire à la couverture des besoins de consommation de la commune qui dispose de la force est dans tous les cas assurée.~~

~~⁵ Le droit de participation de l'Etat est exclu pour les aménagements de forces hydrauliques d'une puissance installée inférieure à trois mégawatts.~~

⁴⁸ Cf. article 42 LFH : „La concession ne peut être transférée sans l'agrément de l'autorité concédante.“

*Article 59 Commentaire**Alinéa 1 :*

L'alinéa 1 constitue une base juridique claire dans une loi spéciale pour que le canton et les communes concédantes puissent créer des sociétés hydroélectriques ou y prendre des participations. D'après la conception générale du droit, une base juridique est indispensable.⁴⁹

L'alinéa 1 contient aussi la définition légale du terme «sociétés hydroélectriques» utilisé plusieurs fois dans le présent projet. Les «sociétés hydroélectriques» sont des personnes morales de droit privé ou de droit public. Ces dernières sont par exemple des établissements autonomes de droit public (dotés d'une personnalité juridique propre) ou des sociétés anonymes basées sur une loi spéciale. En règle générale, il s'agira probablement, pour une très grande majorité, de sociétés anonymes classiques sous la forme de sociétés de partenaires.

Alinéas 2 et 3 :

Il s'agit en l'occurrence de deux dispositions de principe dont il faut notamment tenir compte lors de l'application des articles 59a à 59c ci-après.

L'idée de base de l'alinéa 2 est la même que celle de l'alinéa 4 dans la version actuelle. Les besoins propres des communes qui disposent de la force réduisent, pour chaque cas particulier, l'importance du droit de participation ou du droit de prélèvement d'énergie qui revient au canton.

L'alinéa 3 fixe un autre principe. Les droits légaux du canton selon les articles 59a à 59c n'existent pas pour les aménagements hydroélectriques communaux d'une puissance installée inférieure à 10 MW.

Article 59a Droit de participation du canton lors d'une première utilisation de forces hydrauliques communales (nouvel article)

¹ Lorsqu'une commune utilise pour la première fois des forces hydrauliques dont elle dispose, le canton a le droit d'acquérir une participation de 30 pour cent au maximum dans la société hydroélectrique.

² En cas d'auto-utilisation par la commune qui dispose de la force ou si la prise d'une participation dans la société hydroélectrique paraît inopportune, le canton a le droit de prélever la même quantité d'énergie qu'à l'alinéa premier et aux mêmes conditions.

Article 59a Commentaire

L'article 59a règle les principes pour un droit légal de participation en faveur du canton dans le contexte de la première utilisation de forces hydrauliques communales. Les articles 59b et 59c ci-après se réfèrent à des cours d'eau déjà utilisés notamment à la situation spécifique par suite d'un retour.⁵⁰

Alinéa 1 :

Cet alinéa règle, selon le modèle de l'actuel article 59, le droit légal de participation du canton, lorsqu'il ne s'agit pas de l'utilisation de ses propres forces hydrauliques, mais de forces hydrauliques communales. Quand une commune utilise ses eaux pour la première fois, par exemple en octroyant une première concession de droits d'eau, le canton doit pouvoir prendre une participation maximale de 30 % contre une pleine indemnité.

⁴⁹ À cet égard, nous renvoyons à la loi actuelle sur les communes ainsi qu'à la loi cantonale sur les participations de l'Etat à des personnes morales et autres entités.

⁵⁰ Le terme «utilisation des forces hydrauliques» désigne en particulier la décision d'une auto-utilisation ou de l'octroi d'une concession de droits d'eau, indépendamment du fait qu'il s'agisse d'un cours d'eau non encore utilisé ou déjà utilisé. Le terme englobe aussi le cas de renouvellement (anticipé) de concession. Une nouvelle utilisation s'effectue dans la plupart des cas après l'expiration d'une concession de droits d'eau, cela quelle que soit la cause de l'expiration, par exemple aussi suite à un rachat.

Le canton transférera les participations acquises à FMV (voir à ce propos les explications ci-après sur l'article 6 LFMV).⁵¹

Alinéa 2 :

Si une participation directe dans une société hydroélectrique est inopportune dans un cas particulier ou si une telle participation est impossible, comme dans le cas d'une auto-utilisation par les communes, le canton doit pouvoir revendiquer, en tant qu'alternative, un droit de prélèvement d'énergie.

Article 59b Droits de participation et d'emption du canton lors d'utilisation de forces hydrauliques communales dans des aménagements existants (nouvel article)

¹ Lorsqu'une commune qui dispose de la force, octroie ou renouvelle une concession de droits d'eau pour un aménagement existant, le canton a le droit d'acquérir une participation de 30 pour cent au maximum dans la société hydroélectrique.

² L'acquisition de la participation maximale s'effectue contre paiement du 30 pour cent de l'indemnité équitable prévue à l'article 56 alinéa 2 pour la reprise des installations et ouvrages désignés à l'article 54 alinéa 2 let. b. L'indemnité est réduite linéairement selon la quote-part réellement acquise en copropriété.

³ Lorsque, dans le cas visé à l'alinéa 1, une commune renonce à exercer son droit de retour, le montant du paiement est déterminé selon l'alinéa 2 par analogie.

⁴ Dans la mesure où l'acquisition d'une participation au sens de l'alinéa 1 s'avère nécessaire, le canton peut acquérir une part de copropriété de 30 pour cent au maximum des installations existantes faisant retour. Le prix d'achat correspond au montant du paiement déterminé selon l'alinéa 2 par analogie.

⁵ En cas d'auto-utilisation par la commune qui dispose de la force ou si la prise d'une participation dans la société hydroélectrique paraît inopportune, le canton a le droit de prélever la même quantité d'énergie qu'à l'alinéa premier et aux mêmes conditions.

Article 59b Commentaire

Généralités :

Cet article constitue l'élément crucial de la présente révision de la loi. Les droits légaux ancrés dans la loi en faveur du canton permet de défendre les intérêts de la communauté valaisanne, c'est-à-dire également des communes non concédantes.

Bien que le canton intervienne ici en son propre nom, il agit dans l'intérêt de la communauté valaisanne. Il assume ces droits pour la mise en œuvre de l'article premier («But»). L'utilisation des forces hydrauliques doit être mise en œuvre dans l'intérêt des communes, des groupements de communes et du canton. La grande partie de l'énergie et des revenus des forces hydrauliques doit revenir au Valais selon une répartition intra-cantonale responsable et solidaire de ces valeurs patrimoniales.

Sur la base de l'article 59b, le canton, conjointement avec les communes concédantes, pourra obtenir la grande partie de l'énergie produite par le parc hydraulique valaisan. D'autre part, les participations, les droits de prélèvement d'énergie et les parts de copropriété acquis au prix solidaire contribueront également dans une mesure non négligeable à une répartition solidaire des revenus issus de l'utilisation des forces hydrauliques dans le canton.

⁵¹ Dans la version allemande, la raison sociale actuelle „FMV“ est utilisée dans les commentaires concernant les articles de loi alors que le terme «WEG» fait office aussi de l'abréviation du nom complet (Gesetz über die Walliser Elektrizitätsgesellschaft - GWEG).

Alinéas 1 et 2 :

Le canton, dans l'intérêt de la communauté valaisanne, se voit conférer un droit de participation limité dans les sociétés hydroélectriques moyennant le paiement du prix solidaire. Ce dernier équivaut à un pourcentage de l'indemnité équitable versée à l'ancien concessionnaire lors du retour par les communes concédantes pour la partie sèche de l'aménagement hydroélectrique.⁵² Le pourcentage correspond à la quote-part réellement acquise par le canton.

Après que la commune ou plusieurs communes qui disposent de la force ont exercé leur droit de retour, elles octroient en général une concession de droits d'eau à une société hydroélectrique. Dans le cadre des négociations sur le retour et l'octroi d'une nouvelle concession, elles doivent proposer au canton de prendre au maximum 30 % des participations dans cette société; cela indépendamment du fait que des tiers soient aussi impliqués ou non en tant que partenaires conformément à l'article premier. Le canton a droit à une participation directe dans la société. Cela nécessite éventuellement la conclusion d'un contrat de partenaires adéquat, des dispositions correspondantes dans la concession et également dans les statuts de la société.

Alinéa 3 :

Le droit de retour est un droit formateur. Il permet à la communauté qui dispose de la force de décider par une déclaration expresse du sort de l'aménagement hydroélectrique sous l'angle du droit de propriété. Lors du retour, l'aménagement est repris par la communauté titulaire du droit de retour, indépendamment des rapports de propriété à l'expiration de la concession. La décision d'exercer le droit de retour ou d'y renoncer est étroitement liée à la décision concernant le futur concept d'utilisation de l'aménagement (en particulier son auto-utilisation ou l'octroi d'une concession de droits d'eau). Si la communauté n'exerce pas son droit de retour, les installations sur terrain privé de l'ancien concessionnaire restent aussi en sa propriété.⁵³

Selon l'alinéa 1, le droit de participation existe aussi dans le cas d'un renoncement au droit de retour. Le seul fait que les communes renoncent à leur droit et qu'il n'y a dès lors pas un retour au sens formel ne doit pas conduire à ce que le canton se sente dépouillé de ses droits par cet article et que l'article premier let. b) ne puisse pas être mis en œuvre. Ainsi, l'alinéa 3 stipule encore que, dans ce cas également, le prix pour l'acquisition de la participation est déterminé conformément à l'alinéa 2. La valeur de la partie sèche peut aussi être fixée lors d'un «renoncement au droit de retour».

Alinéa 4 :

Lors des négociations sur le retour ou l'octroi d'une nouvelle concession, le canton a également le droit si nécessaire d'acquérir directement des parts de copropriété dans les aménagements détenus, par suite de retour, par les communes qui disposent de la force ou titulaires du droit de retour.

Cela montre également que le droit de participation réglé à l'alinéa 1 se base à l'origine sur ce type de droit d'emption. En effet, si le canton a acquis une part de copropriété, il peut procéder à la création de la société hydroélectrique avec les communes concédantes et tous les acteurs peuvent faire apport en nature de leurs parts dans la société. Cela débouche au final sur des participations (initiales) dans la société hydroélectrique en question, avec une participation maximale de 30 % pour le canton.

Le droit de participation est exercé une fois le retour effectué, mais avant la nouvelle utilisation des forces hydrauliques. C'est pourquoi, le canton doit être impliqué suffisamment tôt dans les négociations sur le retour. Il doit alors déclarer relativement tôt s'il fait usage ou non du droit de participation et d'emption, afin que soient fixés les rapports de participations dans la société hydroélectrique qui en résultent en fin de compte.

⁵² A titre de comparaison, le modèle de retour du canton des Grisons fonctionne également dans ce sens : lors du retour, le canton, conjointement avec les communes concédantes, devient (même) copropriétaire de l'aménagement hydroélectrique contre le paiement exact de ce «prix».

⁵³ Cf. article 69 alinéa 1 LFH : „Si la concession prend fin par suite d'expiration sans faire retour...les installations établies sur le domaine privé restent la propriété du concessionnaire et les installations établies sur le domaine public deviennent la propriété de la communauté concédante...”

Le droit d'emption et le droit de participation, réglés à l'alinéa 1, n'existent que si les communes concédantes utilisent leurs forces hydrauliques (concernant ce terme, voir ci-dessus le commentaire sur l'article 59a).⁵⁴

Alinéa 5 :

Le modèle du Conseil d'Etat part du principe qu'une concession de droits d'eau est en règle générale octroyée. Il n'exclut toutefois pas que les communes disposant de la force utilisent elles-mêmes les cours d'eau par suite de retour. Dans ce cas, une participation directe du canton n'est pas possible. Par ailleurs, une telle participation n'est pas forcément appropriée dans chaque cas particulier. Le canton dispose alors d'un droit de prélèvement d'énergie correspondant au droit de participation. Pour que le canton obtienne par la suite une quantité d'énergie correspondant aux coûts de production, il lui suffit de payer ce qu'il aurait dû déboursier pour une participation directe.

Remarques finales :

Il est important de retenir que l'article 59b couvre la grande partie des cas susceptibles de se réaliser dans le contexte de l'utilisation des forces hydrauliques par suite de retour. Le cas standard est une concession qui arrive à l'échéance avec ou sans l'exercice du droit de retour. L'article 59b est également applicable sans que cela doive être expressément réglé dans la loi, en particulier aux cas de figures suivants :

- Un renouvellement anticipé selon l'article 58a LFH qui peut éventuellement déboucher sur une renonciation au droit de retour ;
- Un rachat de concession aux conditions d'un retour ordinaire lors duquel seule la partie sèche doit être indemnisée.⁵⁵ Ce rachat met un terme à la concession existante.

L'usine continue alors d'être exploitée et généralement, une nouvelle concession est octroyée. Dans ces cas de figure, une participation du canton aux conditions de l'alinéa 2 est également justifiée, compte tenu de l'exercice anticipé des droits.

En tant qu'instance d'approbation, le Conseil d'Etat doit veiller à ce que la présente disposition centrale ne soit pas en quelque sorte dépouillée de sa substance ou contournée au détriment de la communauté valaisanne. C'est pourquoi, une commune concédante ne doit pas seulement et uniquement renoncer (partiellement ou totalement) au droit de retour pour pouvoir déjouer (partiellement ou totalement) le droit d'emption du canton. Les communes concédantes n'ont pas non plus le droit, par d'éventuelles mesures et conventions avec des tiers, d'entraver ou d'empêcher la mise en œuvre du droit de participation ou d'emption, p. ex. en effectuant un rachat, seulement vis-à-vis de l'extérieur, en collusion avec le concessionnaire, contre une pleine indemnité. Par la suite, le canton, respectivement le Conseil d'Etat, n'approuverait pas les concessions consécutives de droits d'eau communales au sens de l'article 20 LFH-VS.

Article 59c Droit de préemption du canton lors d'utilisation de forces hydrauliques communales dans des aménagements existants (nouvel article)

¹ Indépendamment des droits mentionnés à l'article 59b, le canton dispose d'un droit de préemption à hauteur de 30 pour cent au maximum sur :

- a) les participations détenues par les communes qui disposent de la force dans des sociétés hydroélectriques utilisant des forces hydrauliques communales ;
- b) les parts de copropriété détenues par les communes qui disposent de la force sur des aménagements faisant retour ;

⁵⁴ Le canton n'a pas l'obligation d'exercer ces droits. Ceux-ci ne doivent pas non plus être exercés dans chaque cas jusqu'au maximum légal.

⁵⁵ Le rachat selon les clauses d'une concession ne doit pas être confondu avec le droit légal de rachat selon l'article 51 LFH-VS : «(1) Agissant dans l'intérêt public, la communauté qui dispose de la force peut faire valoir un droit de rachat au plus tôt après écoulement de la moitié de la durée de la concession de droits d'eau calculée depuis le jour de son octroi; le délai d'avertissement ne sera pas inférieur à cinq ans. ... (3) Pour déterminer la valeur de rachat, il est tenu compte, en plus de l'Etat des installations au moment du rachat, des possibilités de gains de l'entreprise. »

c) les droits de prélèvement d'énergie appartenant aux communes qui disposent de la force.

² Le droit de préemption porte sur la différence entre le pourcentage maximum susmentionné et le pourcentage des participations, parts de copropriété et droits de prélèvement d'énergie détenus par des communes qui disposent de la force ou d'autres corporations valaisannes de droit public, respectivement par des personnes morales contrôlées par des corporations valaisannes de droit public.

³ Les personnes morales au sens de l'alinéa 2 sont tenues de s'assurer de la position dominante des corporations valaisannes de droit public au sein de la société hydroélectrique.

⁴ Les communes qui disposent de la force peuvent, de leur côté, invoquer ledit droit de préemption lorsque le canton ou les corporations privilégiées au sens de l'alinéa 2, respectivement personnes morales, veulent aliéner leurs participations, parts de copropriété ou droits de prélèvement au sens de l'alinéa 1.

⁵ Lorsque des communes qui disposent de la force renoncent entièrement ou partiellement à exercer leur droit de retour ou à acquérir un maximum de 30 pour cent de participations dans des sociétés hydroélectriques, elles doivent s'assurer, au plus tard lors de l'octroi de la concession de droits d'eau, que le canton puisse prélever une quantité d'énergie équivalente à celle prévue à l'alinéa 2.

Article 59c Commentaire

Généralités

Conjointement avec l'article 59b, le présent article a pour objectif à long terme que plus de 60 % du parc hydraulique valaisan (puissance installée supérieure à 10 MW) soient en mains valaisannes, et cela même si les communes concédantes elles-mêmes n'envisagent pas de prendre de participations directes ou droits de prélèvements d'énergie dans des sociétés hydroélectriques.

Les communes concédantes restent libres d'exercer leur droit de retour ou d'y renoncer. Elles sont également libres de prendre des participations dans des sociétés hydroélectriques (aucune obligation de participation). Si les communes renoncent aux droits qui leur sont conférés, les objectifs de l'article premier («But») doivent néanmoins pouvoir être atteints.

C'est pourquoi, un droit de préemption en faveur du canton est introduit ici. L'article 59c contient les règles fondamentales pour la création d'un droit de préemption, en particulier concernant son étendue. L'article 59d définit les «cas de préemption» et les modalités pour son exercice.

Alinéa 1 :

Selon l'alinéa 1, le droit de préemption du canton agissant comme à l'article 59b en son nom propre, mais dans l'intérêt de la communauté valaisanne, est applicable si les communes utilisent des forces hydrauliques communales (concernant ce terme, voir le commentaire sur l'article 59a). L'alinéa 1 concerne aussi le cas où les communes concédantes veulent réduire leurs participations initiales dans les sociétés hydroélectriques au cours de la concession. Dans ce cas, le canton a également un droit de préemption.

L'alinéa se réfère ensuite aux participations dans des sociétés hydroélectriques ou aux parts de copropriété sur des aménagements hydroélectriques ayant fait retour. On part dès lors du principe que les communes concédantes exercent leur droit de retour et que l'installation devient leur propriété, dont elles peuvent disposer, par ex. en vendant des parts de copropriété. Les communes concédantes sont toutefois tenues de donner la possibilité au canton d'exercer son droit de préemption. Par la suite, chaque copropriétaire peut faire apport en nature de ses parts dans une société hydroélectrique.⁵⁶

⁵⁶ Comme déjà exposé dans le commentaire sur l'article 59b, le droit de préemption fait office à ce stade d'une option essentielle du canton ; lorsque les négociations sur le retour et les nouvelles concessions n'aboutissent pas déjà à des participations du canton.

Le droit de préemption existe indépendamment du fait que le canton a déjà fait usage de ses droits conformément à l'article 59b LFH-VS.

Alinéa 2 :

L'alinéa 1 limite d'une manière générale le droit de préemption à un maximum de 30 % des participations, parts de copropriété ou droits de prélèvement d'énergie. Ce droit porte toutefois sur la différence entre ce pourcentage maximum et le pourcentage des participations, parts de copropriété ou droits de prélèvement d'énergie détenus par les communes concédantes ou d'autres corporations valaisannes de droit public, respectivement par des personnes morales contrôlées par ces corporations. Cela correspond au sens de l'article premier («But»)⁵⁷.

D'une manière générale, le droit de préemption est dès lors plafonné à 30 %. Même si la commune disposant de la force offre de vendre davantage, le droit de préemption porte uniquement sur ces 30 % au maximum conformément à l'alinéa 1.

Il faut encore relever que l'alinéa 2 donne implicitement aux communes concédantes la possibilité d'aliéner des participations (ou des parts de copropriété/droits de prélèvement d'énergie) à des corporations privilégiées de droit public ou à des personnes morales contrôlées par elles (comme par ex. des entreprises régionales/communales du secteur de l'électricité), sans que le droit de préemption ne s'applique. En effet, leurs participations (ou parts de copropriété/droits de prélèvement d'énergie) limite en conséquence la portée du droit de préemption.

Alinéas 1 à 3 :

On notera encore ceci :

(1) Si le canton ne fait pas usage de son droit, le contrat signé entre la ou les commune(s) concédante(s) et le tiers prend effet. En revanche, une modification ultérieure du prix de vente conférerait à nouveau un droit de préemption au canton.

(2) Le canton transfère ces participations à FMV (voir également à ce propos l'article 59e ci-dessous).

(3) Au cas où les communes concédantes tenteraient éventuellement de contourner le droit de préemption du canton, précisément introduit dans la loi dans l'intérêt de la communauté valaisanne, le Conseil d'Etat refuserait l'approbation d'une concession de droits d'eau, à moins qu'il ne soit établi suffisamment tôt que le canton ne veut pas exercer son droit de préemption.

Alinéas 3 à 5 :

Ces dispositions sont censées empêcher que l'objectif susmentionné de l'article premier soit contourné.

Cela pourrait toutefois se produire si le sociétariat d'une personne morale contrôlée par des corporations publiques valaisannes était modifié après coup (voir alinéa 3).

Un contournement des dispositions pourrait également se produire suite à des transactions ultérieures du canton ou des entités privilégiées à l'alinéa 2 (voir alinéa 4). Quant aux communes concédantes, elles bénéficient d'un droit de préemption sur les participations ou droits de prélèvement d'énergie correspondants. Il incombe dans ce cas aux communes concédantes d'examiner si elles veulent exercer leur droit, même si le contrat de vente, respectivement l'acte juridique déterminant, est conclu avec une autre communauté ou une personne morale privilégiée.

Alinéa 5 en particulier

Différentes situations peuvent se produire dans le cadre de négociations sur le retour et l'octroi d'une nouvelle concession. Le législateur ne peut pas régler de manière détaillée chacune de ces situations,

⁵⁷ Supposons que le canton, sur la base de l'article 59b, ait acquis 30% des parts et que la commune concédante décide, après la création de la société hydroélectrique, de réduire sa participation directe de 70 % à 20 %. En raison de l'alinéa 2, le droit de préemption n'est que de 10 % et non pas de 50 %. Dès lors, l'objectif stratégique fondamental consistant à détenir 60 % (valeur indicative) de l'énergie produite dans un aménagement en mains valaisannes est réalisable.

ce qui n'est par ailleurs pas une nécessité. En effet, il convient de relever à ce propos que dans le droit public, en plus des différentes dispositions légales, on applique aussi des principes juridiques fondamentaux. S'agissant du droit d'utilisation des forces hydrauliques, le principe généralement applicable est que le Conseil d'Etat, pour l'approbation des concessions de droits d'eau, procède non seulement à un examen de la légalité, mais également à un examen sous l'angle de l'opportunité. Cela s'opère lors d'une pesée globale des intérêts. D'autre part, selon la Constitution fédérale, les cantons détiennent la souveraineté sur les eaux. Si une partie de cette souveraineté sur les eaux a été conférée aux communes, on peut s'attendre à ce que, selon le principe de bonne foi, les communes concédantes ne fassent pas abstraction, en disposant des forces hydrauliques, du bien public au sens des intérêts publics du canton et des autres communes.⁵⁸

Le scénario, où les communes concédantes renoncent formellement (totalement ou partiellement) à l'exercice du droit de retour et négocient avec l'ancien concessionnaire comme si elles avaient exercé ce droit, doit néanmoins faire l'objet d'une réglementation spécifique. Elles peuvent demander une indemnité correspondante accompagnée éventuellement de participations directes ou de droits de prélèvement d'énergie dans des sociétés hydroélectriques. Pour permettre la mise en œuvre l'article premier modifié («But») avec l'objectif «60 % en mains valaisannes», le canton a d'une part un droit de participation selon l'article 59b alinéa 1, limité à 30 % maximum. D'autre part, la loi doit donc lui conférer un autre droit pour atteindre la valeur indicative de 60 %. L'alinéa 5 contraint dans ce sens les communes (au plus tard) lors du renouvellement de la concession de droits d'eau de garantir que le canton puisse acquérir un droit correspondant de prélever l'énergie produite dans la société hydroélectrique. Faute de retour, l'acquisition de parts de copropriété est exclue. Dans la pratique, la garantie du droit de prélèvement d'énergie peut aussi être accordée dans le cadre d'un contrat de partenaires ou dans le cadre des statuts d'une société hydroélectrique. Ici aussi s'applique par analogie l'alinéa 2, qui détermine l'ampleur du droit de prélèvement (comme d'ailleurs avec le droit de préemption) en fonction des participations ou droits de prélèvement correspondants que les communes concédantes se sont assurées.

Sans réglementation détaillée, on part du principe que l'acquisition du droit de prélèvement d'énergie s'effectue aux conditions usuelles du marché. Comme indiqué plus haut, les communes concédantes sont tenues de prendre également en compte les intérêts du canton et de l'ensemble des communes ou groupements de communes.

Remarques finales

Le droit public cantonal ne peut prévoir des réglementations dans le domaine exclusif et étendu de la compétence fédérale de droit civil qu'à certaines conditions. Une prescription cantonale de droit public est admissible à condition que la loi fédérale ne soit pas exhaustive, que la réglementation cantonale réponde à un intérêt public digne de protection et qu'elle ne contrevienne pas dans son ensemble au sens et à l'esprit du droit civil fédéral.

Le présent droit de préemption légal se réfère à des participations ou des droits de prélèvement d'énergie dans des sociétés hydroélectriques et à des parts de copropriété sur des aménagements hydroélectriques. Il est en outre précisé que le terrain servant à l'exploitation de l'usine hydroélectrique fait aussi partie de la partie «dite mouillée» d'une installation.

On peut encore relever que l'article 59c ne crée pas de conflit insoluble avec le droit civil fédéral qui régit l'achat de terrain et la propriété foncière. La limitation de la portée du droit de préemption à 30 % au maximum des parts ne contrevient pas au sens et à l'esprit du droit civil fédéral pour les motifs suivants : (1) une réglementation allant au-delà de l'objectif de l'article premier («But») et attribuant la grande partie de l'énergie et des revenus issue de la force hydraulique au Valais serait exagérée et (2) il n'existe pas de disposition de droit civil fédéral l'excluant.

⁵⁸ Voir à ce propos aussi l'article 20 alinéa 1 LFH-VS.

Article 59d Modalités d'exercice du droit de préemption (nouvel article)

¹ Sous réserve du pourcentage maximum mentionné à l'article 59b alinéa 1, le droit de préemption s'exerce au prix de vente convenu avec le tiers acquéreur et sans l'obligation supplémentaire de respecter d'autres modalités contractuelles éventuelles convenues avec ce tiers.

² Le droit de préemption du canton s'applique en cas de vente ou de tout autre acte juridique équivalant économiquement à une vente. La commune qui dispose de la force informe sans délai le canton de la conclusion d'un contrat de vente ou d'un acte juridique similaire.

³ Le canton fait valoir son droit de préemption envers la commune qui dispose de la force au plus tard dans les 270 jours suivant la prise de connaissance du contenu du contrat de vente valide et au moyen d'une déclaration sans réserve ni condition. Faute de quoi, il sera déchu de son droit.

Article 59d Commentaire

Alinéa 1 :

La commune concédante, qui a signé un contrat de vente avec un tiers, doit donner la possibilité au canton d'intervenir comme acheteur, en lieu et place du tiers, au prix de vente convenu dans le contrat (droit de préemption illimité).

Ce droit de préemption concerne uniquement le prix de vente (prestation monétaire). Il peut alors être exercé valablement, si le même prix de vente ou une somme d'argent équivalente est payée pour les indemnités convenues par la commune avec le tiers. Il n'est pas nécessaire de reprendre d'autres obligations figurant dans le contrat pour exercer valablement le droit de préemption. Cette conception du droit de préemption permet d'éviter que le canton ne puisse pas du tout l'exercer parce que la commune a convenu avec le tiers des conditions spécifiques (accessoires), que le canton ne peut objectivement pas remplir ou ne veut pas remplir.

Il s'agit ici de conditions sans lien avec les forces hydrauliques, par exemple des prestations pécuniaires concernant les infrastructures communales (routes, installations pour le tourisme, etc.) qui n'ont rien à voir avec l'aménagement correspondant ou l'utilisation concrète des forces hydrauliques.

Alinéa 2 :

La définition du cas de préemption correspond à l'article 216c al. 1 CO. La commune qui dispose de la force informe sans délai le canton de la conclusion d'un contrat de vente ou d'un acte juridique similaire.

Alinéa 3 :

Cet alinéa règle les modalités et les délais à respecter pour l'exercice du droit de préemption dont le délai ne peut être prolongé à l'encontre du titulaire de la force.

Article 59e Transfert des droits de participation du canton (nouvel article)

¹ Le canton vend à la société Forces Motrices Valaisannes (ci-après : FMV) les droits de participation ou de prélèvement d'énergie acquis en vertu des articles 59a à 59d.

² Les modalités financières relatives au paiement sont fixées dans un contrat conclu entre le Conseil d'Etat et FMV.

³ FMV entendue, le canton peut déroger au principe prévu à l'alinéa 1. L'alinéa 2 demeure applicable par analogie.

Article 59e Commentaire

Jusqu'à ce jour, la question du transfert de participations cantonales à FMV était réglée à l'article 6 de la LFMV. Suite à l'extension des droits de participation du canton au-delà des 10 % prévus à l'article

59 LFH-VS actuel, la question du transfert des participations du canton est désormais réglée dans la LFH-VS pour des raisons de contexte global.

Alinéa 1 :

Le principe est que le canton vend à FMV ses participations et droits de prélèvement d'énergie acquis sur la base des articles 59a à 59c. Cette vente a lieu aux conditions usuelles du marché. Le chapitre 2 décrit plus en détail cette notion.

Alinéa 2 :

Cet alinéa désigne tout d'abord l'autorité cantonale compétente pour conclure les contrats de vente. Il précise encore que le contrat doit fixer les modalités de paiement.

Il s'agit de distinguer de quelle manière ont été acquises les participations qui doivent être transférées, à savoir :

- (1) Lorsque le canton acquiert des participations selon l'article 59a contre le paiement d'une indemnité «dite entière», le transfert à FMV se fait aux mêmes conditions. FMV participe ainsi au prorata des coûts de construction du nouvel aménagement hydroélectrique et reprend l'énergie produite au coût de revient.
- (2) Pour les participations acquises par le canton en faisant usage de son droit de préemption prévu à l'article 59c, le canton paie le prix offert par un tiers conformément au contrat de vente ou à l'acte juridique similaire conclu. Le transfert à FMV se fait aux mêmes conditions de sorte que FMV rembourse au canton le montant qu'il a payé pour acquérir ces participations.
- (3) A la différence des deux cas susmentionnés, le transfert à FMV des participations acquises par le canton conformément à l'article 59b ne se fait pas aux mêmes conditions. En effet, ces participations sont acquises contre le paiement du prix solidaire, puis revendues à FMV aux conditions du marché⁵⁹.

Concernant les modalités de transfert, le paiement peut notamment s'effectuer sous la forme d'un montant initial accompagné d'une rente de ressource à verser annuellement jusqu'à l'expiration de la concession de droits d'eau si les conditions de marché le permettent. Le modèle de la «rente de ressource» a déjà été expérimenté dans le cadre de la vente à FMV de l'aménagement hydroélectrique «Chippis-Rhône».

Alinéa 3 :

Dans des cas particuliers, il est aussi possible de s'écarter du principe de transfert à FMV. Une telle disposition est indispensable pour laisser au canton la marge de manœuvre nécessaire, en particulier si FMV, le moment venu, n'était financièrement pas en mesure d'acquérir les participations respectives ou droits de prélèvement d'énergie. Aujourd'hui, il est impossible de prévoir toutes les conditions-cadres en matière d'économie et de politique énergétique concernant l'utilisation des forces hydrauliques pour les futures années de retour avec une précision telle qu'une loi pourrait prescrire exclusivement la vente à une société donnée.

Article 59f Utilisation des forces hydrauliques du Rhône (nouvel article)

¹ Lorsque, à la suite d'un retour, le canton octroie à FMV une concession pour l'utilisation des forces hydrauliques du Rhône ou lui renouvelle une concession existante, il vend l'aménagement hydroélectrique à FMV.

² Lorsque, à la suite d'un retour, le canton octroie une concession pour l'utilisation des forces hydrauliques du Rhône à un tiers (société hydroélectrique) et y prend des participations, il vend ces participations à FMV.

⁵⁹ Pour rappel, le canton acquiert par exemple 30 % de l'ensemble de l'installation contre le paiement de 30 % de l'indemnité équitable pour la partie sèche de l'installation prévue à l'article 56 de la LFH-VS.

³ Lorsqu'une prise de participation n'est pas possible ou paraît inopportune, le canton est autorisé à prendre un droit de prélèvement d'énergie correspondant. Le canton vend à FMV ce droit de prélèvement d'énergie.

⁴ Les modalités financières relatives au paiement sont fixées dans un contrat de vente conclu entre le Conseil d'Etat et FMV.

⁵ FMV entendue, l'Etat peut déroger aux dispositions des alinéas 1 à 3. L'alinéa 4 demeure applicable par analogie.

Article 59f Commentaire

Cet aspect est réglé de manière plus détaillée que jusqu'à présent dans la LFMV. Conjointement avec l'article 59d, cela justifie également l'abrogation de l'article 6 LFMV (voir à ce propos le Point 5.2 ci-dessous).

Alinéas 1 et 2 :

Concernant l'utilisation des eaux du Rhône, l'alinéa 1 arrête le principe que le canton octroie des concessions de droits d'eau à FMV en lui vendant l'aménagement hydroélectrique.

Si le canton s'écarte de ce principe ou si le principe n'est pas applicable, comme c'est notamment le cas lors d'utilisations inter-cantoniales, le Conseil d'Etat octroie la concession à un tiers. S'il prend une participation dans cette société hydroélectrique, il transfère en général cette participation à FMV.

Alinéa 3 :

A l'avenir, il peut se produire des situations où une prise de participation n'est pas possible ou serait inopportune. Dans ce cas, il faut prévoir un droit de prélèvement d'énergie qui doit en principe également être transféré à FMV.

Alinéa 4 :

Concernant la conclusion du contrat de vente et des modalités de paiement, il est renvoyé au commentaire de l'article 59e.

Dans les cas visés par cet article, le transfert à FMV génère en général pour le canton un bénéfice sur les transactions. Lors du retour, le canton paie à l'ancien concessionnaire l'indemnité équitable pour la partie sèche de l'installation (voir art. 56 LFH-VS⁶⁰). Le transfert subséquent des installations lors de l'octroi d'une concession ou le transfert de participations s'effectue aux conditions du marché.

Alinéa 5 :

Il est renvoyé au commentaire de l'article 59e al. 3.

Article 59g Répartition des bénéfices issus de la solidarité (nouvel article)

¹ Le service cantonal en charge des forces hydrauliques répartit

- a) les bénéfices résultant de la vente des droits de participation, respectivement des droits de prélèvement d'énergie selon l'article 59e acquis par le canton en application de l'article 59b, et
- b) le 30 pour cent des bénéfices résultant des ventes mentionnées à l'article 59f.

² La répartition au sens de l'alinéa 1 s'effectue comme suit :

⁶⁰ Article 56 alinéa 1 et 2 LFH-VS : „(1) Le concessionnaire ne peut prétendre à une pleine indemnité pour le règlement financier de la cession des installations de production et de transport de l'énergie électrique. (2) L'indemnité équitable est calculée en partant de la valeur réelle au moment du retour, c'est-à-dire d'après la valeur à neuf réduite de la moins-value résultant de l'usure correspondant à la durée de vie de ces installations et de leur dépréciation économique et technique.

- a) un tiers pour un fonds de solidarité géré par le service et affecté au financement de la politique cantonale en matière d'énergie et d'eau, en particulier pour le soutien financier de l'efficacité énergétique et des énergies renouvelables, ainsi que pour la gestion optimale de la ressource multifonctionnelle eau,
- b) un tiers pour les communes qui disposent de la force en fonction de leur part à la puissance hydraulique du canton, et
- c) un tiers à l'ensemble des communes valaisannes en fonction de leur part au nombre d'habitants du canton.

³ Le Conseil d'Etat édicte dans un règlement d'exécution les dispositions concernant les modalités de répartition des bénéfices et du fonds au sens de l'alinéa 2. Le règlement n'est pas soumis à l'approbation du Grand Conseil.

⁴ Les transferts financiers entre collectivités publiques résultant du mode de répartition des bénéfices issus de la solidarité ne sont pas pris en compte dans le bilan global de répartition des tâches (bilan global RPT II) entre le canton et les communes.

Article 59g Commentaire

La solidarité souhaitée dans le domaine de la force hydraulique se concrétisera au travers de la répartition des bénéfices générés tant par la vente des participations acquises à prix solidaire par le canton auprès des communautés concédantes que par la part provenant de la vente des aménagements ou participations liés à l'utilisation du Rhône, dont le canton est concédant.

La solution de compromis proposée dans le modèle du Conseil d'Etat est de répartir ces bénéfices pour

- un tiers à l'alimentation d'un fonds spécial intitulé « Fonds de solidarité pour les politiques cantonales d'énergie et d'eau », en particulier pour le soutien financier de l'efficacité énergétique et des énergies renouvelables, ainsi que pour la gestion optimale de la ressource multifonctionnelle eau ;
- un tiers aux communes concédantes en fonction de leur part à la puissance hydraulique du canton ;
- un tiers à l'ensemble des communes valaisannes en fonction de leur part au nombre d'habitants du canton.

Les modalités financières relatives à la vente des participations du canton sont décrites au chapitre 2 du message. Elles seront en principe vendues selon le modèle « paiement initial + rente de ressources ». Une rente sera ainsi déterminée annuellement selon les conditions du marché.

À l'heure actuelle, il est difficile de quantifier précisément le montant des rentes de ressource. Les dates des retours sont certes connues. Toutefois, les conditions futures du marché de l'électricité seront déterminantes.

Le « Fonds de solidarité pour les politiques cantonales d'énergie et d'eau » est destiné à l'ensemble du Valais : communes, privés et entreprises. Vu qu'il est alimenté par des bénéfices provenant de la valorisation de l'eau, en particulier de la production d'électricité issue de la force hydraulique, le modèle propose que le fonds soit affecté à deux domaines, à savoir à « l'énergie et l'eau ». Le fonds pourra ainsi notamment servir au soutien de la politique énergétique cantonale (p. ex. en matière d'efficacité énergétique et d'énergies renouvelables) et à la gestion optimale de la ressource multifonctionnelle eau conformément à la « Stratégie Eau » du canton du Valais du 10 octobre 2013.

Les modalités relatives à la répartition des bénéfices et au fonds de solidarité seront arrêtées dans un règlement du Conseil d'Etat qui n'est pas soumis à l'approbation du Grand Conseil.

Enfin, vu le caractère exceptionnel de solidarité de l'objet, et étant donné que toutes les communes valaisannes (concédantes ou non) ne seront pas concernées de la même manière par la répartition des bénéfices d'une part et, d'autre part, vu que l'Etat du Valais, acheteur à un prix solidaire aux communes concédantes, reversera les 2/3 de la différence entre le prix du marché et le prix solidaire aux communes concédantes et/ou aux autres communes non concédantes, le renoncement pur et

simple à la prise en compte de ces transferts financiers dans le bilan global de répartition des tâches entre le canton et les communes (bilan global RPT II) s'impose de manière rationnelle et judicieuse.

Article 60 5. Investissements d'agrandissement et de modernisation (article modifié)

¹ Les investissements d'agrandissement et de modernisation, qui ont pour objet d'améliorer la qualité ou la quantité d'énergie produite et qui ont été réalisés au cours de la deuxième moitié de la durée de la concession avec l'assentiment de la communauté qui dispose de la force, donnent lieu à un dédommagement en faveur du concessionnaire lors de l'exercice du droit de retour.

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

³ Le canton participe au dédommagement proportionnellement à son pourcentage de participations, respectivement de prélèvement d'énergie, acquis selon l'art. 59b pour autant qu'il ait reconnu lesdits investissements.

⁴ La conclusion d'une convention relative au dédommagement incombe aux communes qui disposent de la force dont la validité est soumise à son approbation par le Conseil d'Etat conformément à l'article 9.

Article 60 Commentaire

L'article 60 doit être mis en conformité avec la législation fédérale (l'art. 67 al. 4 LFH⁶¹). L'article ne doit pas pour autant être abrogé du seul fait d'avoir sa propre définition de la notion de « modernisation ».

Alinéas 1 et 2 (adaptation au droit fédéral) :

Pour procéder à cet ajustement, l'expression « au cours de la deuxième moitié de la durée de la concession » doit être supprimée et le terme « investissements d'agrandissement » ajouté. L'alinéa 2 est complété par « dans la mesure où les fluctuations monétaires doivent être prises en compte ».

Les modernisations ou les agrandissements au sens de l'article 60 doivent s'effectuer dans le cadre de la concession existante, c'est-à-dire en particulier sans augmentation de la chute brute ni du volume d'eau. Il s'agit, à partir du droit déjà concédé (potentiel d'utilisation), de générer une augmentation de la puissance ou de la production moyenne escomptée. Sur ce point, il s'agit avant tout d'augmenter l'efficacité avec une plus-value qualitative ou quantitative au-delà du simple maintien de la substance. Ainsi, les mesures servant à l'entretien « normal » ou à une simple adaptation à l'état de la technique ne constituent pas une modernisation. Pour pouvoir examiner s'il y a effectivement une modernisation, le concessionnaire doit justifier intégralement les anciens investissements des parties « mouillées/hydrauliques » de l'installation.

Nouvel alinéa 3 :

L'article 60 LFH-VS ainsi que l'article 67 al. 4 LFH prévoient un dédommagement de la valeur résiduelle en cas de modernisation ou agrandissement. Il est considéré comme juste et équitable que le canton soit tenu d'y participer au prorata des droits acquis selon l'article 59b. Cette disposition fait référence aux travaux qui sont expressément reconnus par les communes qui disposent de la force.

Concernant le sens et le but des droits prévus l'article 59b, le canton en tant que représentant de la communauté valaisanne, ne peut toutefois pas être contraint de payer une indemnité au prorata des

⁶¹ Cf. Article 67 alinéa 4 LFH : « Lorsque l'installation fait retour à la communauté concédante, le concessionnaire est dédommagé des investissements de modernisation et d'agrandissement, pour autant qu'il ait procédé à la modernisation ou à l'agrandissement en accord avec la communauté titulaire du droit de retour. Le dédommagement correspond au plus à la valeur résiduelle de l'investissement, compte tenu des taux d'amortissement usuels dans la branche et des fluctuations monétaires. »

modernisations ou des agrandissements réalisés par le passé et pour lesquels il n'a jamais été consulté.

Lorsque les mesures de modernisation et d'agrandissement relatives à la partie mouillée doivent être indemnisées, le concessionnaire et la communauté qui dispose de la force se mettent aussi d'accord durant la concession sur une modification des modalités du droit de retour qui est en règle générale gratuit. Cela correspond à la modification d'un élément obligatoire de la concession de droits d'eau qui doit être approuvé par le Conseil d'Etat. Les travaux nécessaires font généralement en plus l'objet de procédures d'approbation des plans selon la LFH-VS actuelle dont la responsabilité est assumée par le département cantonal compétent.

Nouvel alinéa 4 :

Lors de la conclusion d'une telle convention, les communautés disposant de la force ont d'une part une marge d'appréciation qui ne tombe pas dans le champ d'application de la révision législative. Ainsi, le concessionnaire ne peut pas obtenir une telle convention par voie de justice. D'autre part, sur la base de la concession, la communauté concédante doit, sur demande du concessionnaire, entamer des négociations menées sérieusement et équitablement.

Lors de la conclusion d'une convention de ce type, il faut veiller à ce que, dans le cas du renoncement à la poursuite de l'utilisation après l'expiration de la concession (désaffectation de l'installation), l'indemnité soit néanmoins versée à l'ancien concessionnaire.

Article 70 Fonds pour l'acquisition d'aménagements hydroélectriques (article modifié)

¹ Le dix pour cent des redevances et de l'impôt spécial sur les forces hydrauliques perçus par l'Etat est versé à un fonds spécial, rémunéré selon les conditions usuelles et géré par le département compétent.

² Ce fonds sera affecté ~~en application du droit de retour~~ à l'achat ou au rachat d'aménagements hydroélectriques ou à l'acquisition de droits de participation dans des sociétés exploitant de tels aménagements.

³ Ce fonds peut aussi être affecté à la réalisation des buts imposés à FMV par l'article 2 de la loi sur les Forces Motrices Valaisannes sous forme de contributions financières, de contributions à fonds perdu, de prêts sans intérêts ou de prêts à d'autres conditions favorables.

⁴ Lorsque les ressources ordinaires du fonds ne sont pas suffisantes pour répondre aux besoins de FMV, le Conseil d'Etat peut octroyer au fonds des avances sous forme de prêts.

Article 70 Commentaire

Alinéa 1 demeure inchangé.

Alinéas 2 à 4 :

Il s'agit ici d'une adaptation syntaxique : pour améliorer la lisibilité, la deuxième phrase a été sortie de l'actuel [alinéa 2](#) et reportée dans le [nouvel alinéa 3](#). Par conséquent, l'alinéa 3 actuel devient l'alinéa 4 nouveau. La modification pour « FMV » s'explique par l'article 59e alinéa 1.

Dès lors, la révision proprement dite concerne seulement la première phrase de [l'alinéa 2](#) (actuel).

Actuellement, le recours au fonds n'est possible que dans le contexte de l'application du droit de retour, ce qui est trop restrictif. La suppression de l'expression « en application du droit de retour » signifie qu'à l'avenir, le fonds sera aussi à disposition du canton lorsqu'une commune concédante renoncera à l'exercice de son droit de retour. Avec l'ajout d'« achat » d'aménagements hydroélectriques, le fonds pourra ainsi toujours être utilisé lorsque le canton fera à l'avenir usage de ses droits conformément aux articles 59a à 59c.

Article 70a Fonds des communes concédantes (nouvel article)

¹ Les communes concédantes peuvent créer un fonds qui sera alimenté par les moyens financiers provenant des retours, de la renonciation d'exercer le droit de retour ou de l'utilisation subséquente de leurs forces hydrauliques.

² Les communes concédantes règlent les modalités de fonctionnement du fonds dans un règlement commun. Elles peuvent faire référence en particulier à la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006 (RS 951.31).

³ Le règlement prévu à l'alinéa 2 est soumis à l'approbation du Conseil d'Etat.

Article 70a Commentaire

Cet article crée la base légale pour un fonds proposé par l'Association des communes concédantes du Valais. Il doit être considéré indépendamment du «fonds solidaire» réglé à l'article 59g.

Le fonds des communes concédantes doit garantir un traitement responsable de ces moyens financiers, dont les communes concédantes pourront bénéficier lors des futurs retours. Par respect de l'autonomie communale, le fonds est conçu comme un instrument facultatif. Mais le Conseil d'Etat escompte que les communes concédantes mettent effectivement en œuvre leur propre projet.

Les modalités de fonctionnement dudit fonds seront fixées dans un règlement des communes concédantes. En plus, ce règlement fera l'objet de l'approbation du Conseil d'Etat.

4.2 Modifications de la LFMV pour la mise en œuvre du modèle du Conseil d'Etat

Art. 3 Actionnaires (article partiellement abrogé)

Peuvent être actionnaires des FMV :

- a) l'Etat du Valais,
- b) les communes municipales et bourgeoisiales,
- c) les entreprises intercommunales et communales de distribution d'électricité,
- d) ~~d'autres entreprises actives dans le secteur électrique.~~

Article 3 Commentaire

Suppression de la **lettre d)** de cet article :

Selon les statuts actuels de FMV, le transfert des actions requiert l'approbation du conseil d'administration. Celui-ci peut refuser de donner son approbation pour une raison importante figurant dans les statuts.

Selon l'article 685b CO, sont considérées comme des raisons importantes les dispositions sur la composition de l'actionnariat qui justifient le refus, compte tenu du but de la société ou de l'indépendance économique de l'entreprise.

La suppression proposée ici doit exclure la possibilité que des actions de FMV soient transférées à des entreprises actives dans le secteur électrique. Comme exposé plus haut, les dispositions du droit de la société anonyme (CO ou statuts) n'excluent pas un tel transfert de manière générale. Cependant, un tel transfert, compte tenu du principe de transfert selon l'article 59e à FMV, n'est pas dans l'intérêt de la communauté valaisanne.

Art. 6 Transmission des droits de participation de l'Etat

~~¹ L'Etat transmet aux FMV, aux mêmes conditions, ses participations aux aménagements hydroélectriques découlant de son droit de participation fixé dans la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques lorsque les communes exercent leur droit de retour ou utilisent leurs forces hydrauliques ainsi que les participations découlant de l'utilisation des eaux du Rhône.~~

~~² Les FMV entendues, l'Etat peut déroger à ce principe.~~

Article 6 Commentaire

Concernant l'abrogation de cette disposition, il est renvoyé aux commentaires des articles 59e et 59f.

4.3 Modifications supplémentaires de la LFH-VS

Article 10 Concessionnaires (article partiellement abrogé et modifié)

~~¹ La concession est accordée à une ou plusieurs personnes physiques ou morales nommément désignées. Cette disposition est également applicable aux concessions interdépendantes délivrées par plusieurs communautés concédantes.~~

~~² Les personnes physiques doivent être de citoyenneté suisse et avoir, pendant toute la durée de la concession, leur domicile en Suisse. S'il s'agit de mettre en valeur une section de cours d'eau située sur le territoire de plusieurs communes ou, dans une seule et même usine, plusieurs sections situées dans des communes différentes et que les communes ne puissent s'entendre, le Conseil d'Etat statue, après avoir entendu les communes.~~

~~³ Les personnes morales doivent, pendant toute la durée de la concession, avoir leur siège en Suisse. Deux tiers au moins des administrateurs doivent être citoyens suisses et domiciliés en Suisse (art. 40 LFH).~~

~~⁴ En règle générale les sociétés concessionnaires auront leur siège dans le canton. La concession de droits d'eau peut prévoir que le concessionnaire établira le siège administratif et technique en Valais.~~

Article 10 Commentaire

Alinéa 1 :

L'actuel article 23 al. 1 LFH-VS, stipule que, s'il s'agit de mettre en valeur un cours d'eau public situé sur le territoire de plusieurs communes, une concession de droits d'eau doit être accordée par chacune des communes (concessions dites interdépendantes). Il convient d'éviter que, dans un tel cas, chaque commune concédante n'accorde (pour sa section) la concession à des personnes morales différentes. Dans un pareil cas, les communes concédantes doivent donc s'entendre.

Par contre, il reste la possibilité d'octroyer une concession de droits d'eau interdépendante à une communauté de personnes morales.

Nouvel alinéa 2 :

Si la coordination mentionnée à l'alinéa 1 échoue, la compétence subsidiaire pour l'octroi de la concession doit être accordée au Conseil d'Etat. Le droit fédéral⁶² et d'autres lois cantonales, comme p. ex. celle du canton des Grisons⁶³, connaissent de telles dispositions.

⁶² Cf. article 6 alinéa 1 LFH : „ S'il s'agit de mettre en valeur une section de cours d'eau située sur le territoire de plusieurs cantons ou, dans une seule et même usine, plusieurs sections situées dans des cantons différents et que les cantons ne puissent s'entendre, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (département) statue, après avoir entendu les cantons.“

⁶³ Cf. article 12 LFH des Grisons : „(1) Können sich an zusammenhängenden Konzessionen beteiligte Gemeinden innert angemessener Frist nicht einigen, sei es, dass sich eine oder mehrere Gemeinden ohne stichhaltige Gründe ablehnend

Abrogation des alinéas 2 à 4 ([adaptation au droit fédéral](#)) :

L'abrogation pure et simple des alinéas 2, 3 et 4 est une conséquence de la mise en conformité du droit cantonal au droit fédéral. Les désignations de nationalité, de siège et de domicile ont été supprimées de la LFH avec la révision de 1996. Par ailleurs, conformément à la LFH-VS, la concession de droits d'eau peut déjà prévoir que le concessionnaire ait son siège technique et administratif dans le canton (contenu facultatif de la concession).

Article 12 Demande de concession (partiellement modifié)

¹ Les demandes pour l'octroi d'une concession de droits d'eau sont adressées aux autorités compétentes désignées à l'article 9 de la présente loi. Le projet à déposer avec la demande de concession doit contenir les indications obligatoires suivantes :

- a) la description des installations : prises d'eau avec les cotes (digue ou barrage), cotes du barrage, ouvrages pour exploitation par accumulation ou au fil de l'eau, conduite d'amenée et canal de fuite, la chambre et la cheminée d'équilibre et la conduite forcée, centrales, installations de pompage, courbe des débits classés des cours d'eau utilisés et courbe des débits classés utilisables, volume d'accumulation, chute brute, chute nette et capacité de production;
- b) une carte synoptique au 1:50000;
- c) un plan de situation des principaux ouvrages, au 1:5000;
- d) un profil en long 1:10000;
- e) les coûts de construction probables et leur financement;
- f) un rapport géologique d'ensemble;
- g) un rapport d'impact sur l'environnement au sens de la législation spéciale;
- h) des indications sur le transport et l'emploi de l'énergie électrique.

~~² Les requérants doivent justifier qu'ils satisfont aux conditions des articles 40 LFH et 10 de la présente loi en fournissant les indications nécessaires sur leurs domiciles civils, domiciles élus, lieux d'origine et sièges sociaux au moyen des pièces officielles. L'autorité compétente peut, concernant les indications obligatoires, accorder des dérogations lorsqu'il s'agit de modifier, renouveler ou octroyer à nouveau des concessions de droits d'eau pour des installations existantes.~~

~~³ L'autorité compétente peut, concernant les indications qui précèdent, accorder des dérogations lorsqu'il s'agit de modifier, renouveler ou octroyer à nouveau des concessions de droits d'eau pour des installations existantes. Lors de demande de renouvellement (anticipé) d'une concession ou d'une modification essentielle de la concession, un rapport complet attestant du respect de l'obligation de réaliser les travaux d'entretien et de modernisation est joint à la demande.~~

Article 12 Commentaire

Suppression du contenu de l'alinéa 2 ([adaptation au droit fédéral](#)) :

Les explications pour l'abrogation figurent dans le commentaire de l'article 10 al. 2 à 4.

Alinéa 2 :

Cet alinéa correspond à l'actuel alinéa 3.

Alinéa 3 :

verhalten oder übertriebene Forderungen stellen oder dass sie widersprechende Verleihungen erteilen, ist die Regierung für die Erteilung, Änderung und Übertragung der Konzessionen, die Gewährung von Baufristverlängerungen sowie für die Heimfallregelung zuständig. Sie handelt dabei im Namen der Gemeinden. (2) Die Regierung verhandelt vorgängig mit den Gemeinden und berücksichtigt die Vor- und Nachteile der vorgesehenen Nutzung für sie in angemessener Weise. Sie berücksichtigt dabei auch übergeordnete öffentliche Interessen.“

A l'approche des futurs retours, les communautés qui disposent de la force accordent une importance toujours plus grande à l'état des installations. En vertu de l'article 58a LFH, le concessionnaire peut même déposer une demande pour le renouvellement anticipé d'une concession. Un renouvellement anticipé peut remédier à l'incertitude du concessionnaire en tant qu'investisseur concernant les investissements en suspens lors de modernisations et d'agrandissements. Dans un tel cas, comme lors d'importantes modifications de la concession, cela entraîne des modifications des installations. Cela justifie le fait que le concessionnaire doive joindre à sa demande un rapport détaillé sur le respect de ses obligations légales ou relevant de la concession au sujet de l'entretien et du renouvellement des installations. Il est au reste renvoyé au commentaire de l'article 60.

Article 27 Modification (article partiellement modifié)

¹ Une concession de droits d'eau peut être modifiée, transférée ou renouvelée moyennant observation de la même procédure que pour son octroi.

² Le Conseil d'Etat peut, en sa qualité d'autorité d'octroi ou d'approbation, renoncer à la mise à l'enquête publique, si

- a) ~~le contenu essentiel de la concession (étendue du droit d'utilisation et droits acquis)~~ le contenu de la concession n'est pas modifié de manière essentielle et,
- b) ~~les droits des tiers ne sont pas touchés~~ les personnes touchées par la modification sont bien définies.

³ La durée maximale d'une concession de droits d'eau ne peut être prolongée avant son expiration qu'en vue d'unifier l'échéance des différentes concessions accordées pour un aménagement de forces hydrauliques.

Article 27 Commentaire

En l'occurrence, il s'agit de projets qui modifient les concessions ou les installations existantes, mais qui ne vont par exemple pas jusqu'à changer fondamentalement la conception d'un aménagement hydroélectrique. Cela nécessiterait une nouvelle concession.

Lors de tels projets de modifications, il faut déterminer quelle procédure est applicable. La question centrale est donc de savoir si le cadre de la concession de droits d'eau est dépassé ou non. En effet, si ce cadre est dépassé, sans pour autant que le contenu de la concession ne soit considérablement modifié, le présent projet prévoit alors une simplification de la procédure. Et si un projet de modification ne dépasse pas du tout le cadre de la concession, il peut être traité selon la procédure d'approbation des plans (voir à ce propos les articles 31 ss LFH-VS sur la «procédure d'approbation des plans»).

Alinéa 2 :

Avec la modification de l'alinéa 2, le présent article devient aussi applicable pour les cas d'utilisation des forces hydrauliques du Rhône dont le Conseil d'Etat est responsable.

La mise à l'enquête publique n'est pas obligatoire si le contenu de la concession ne change pas considérablement et si les intérêts de tiers dignes de protection, autrement dit le cercle des personnes concernées par le projet, peuvent être déterminés de manière exhaustive.

Par contre, d'après la situation juridique actuelle, toute modification, aussi minime soit-elle du débit utilisable (en principe en tant qu'élément essentiel d'une concession de droits d'eau), provoque une procédure complète avec mise à l'enquête publique. Par ailleurs, jusqu'ici, il fallait d'emblée établir qu'aucun droit de tiers n'était touché. Comme cette hypothèse était très rarement retenue dans la pratique, la procédure simplifiée n'a pu jusqu'à présent être effectuée que très rarement. Dans l'optique d'une applicabilité plus fréquente, les personnes concernées sur la base des données

complètes doivent, selon le nouveau libellé, pouvoir être déterminées sans équivoque. Dans ce cas, même sans mise à l'enquête publique, les droits procéduraux peuvent être entièrement garantis.

Comme il s'agit en définitive d'une «disposition potestative», il sera procédé, dans le doute, à une mise à l'enquête publique.

La modification de l'alinéa 2 n'a aucune influence sur la ratification exigée du Grand Conseil (utilisation des eaux du Rhône), respectivement sur l'approbation nécessaire des assemblées primaires (utilisation des cours d'eau communaux).

Article 31 Enquête publique et approbation des plans d'exécution (nouveau titre) (partiellement

¹ Avant d'entreprendre les travaux et en vue d'obtenir une autorisation de construire, le concessionnaire doit soumettre à l'approbation du département compétent les plans d'exécution avec des indications détaillées de toutes les installations à ériger.

² La procédure d'enquête publique et les compétences en tant qu'elles ne relèvent pas de l'alinéa premier sont réglées par les articles 14 à 18 de la présente loi. Toutefois, le dépôt des plans dans les communes est limité aux principaux ouvrages de surface à exécuter sur le territoire de celles-ci.

³ Les plans d'exécution des installations hydrauliques d'une puissance inférieure à 300 kW ne doivent pas être mis à l'enquête publique si les plans publiés dans le cadre de la procédure de concession sont exécutés sans changement.

⁴ L'alinéa 2 est également applicable aux plans relatifs aux aménagements hydroélectriques qui sont aussi utilisés dans d'autres buts.

Article 31 Commentaire

Alinéa 3 (adaptation au droit fédéral) :

L'alinéa 3 se base sur l'article 3 al. 1 de l'ordonnance fédérale du 2 février 2000 sur l'utilisation des forces hydrauliques, selon lequel les cantons peuvent introduire une telle réglementation.

Alinéa 4 :

Aujourd'hui déjà, dans le canton du Valais, on réfléchit si les ouvrages d'accumulation de la grande hydraulique pourront à l'avenir être utilisés de manière multifonctionnelle, notamment dans le contexte du réchauffement climatique attendu dans les Alpes. Il est p. ex. imaginable que ces aménagements soient également utilisés à l'avenir pour stocker l'eau potable et qu'il faille donc éventuellement les surélever. Une surélévation des barrages peut aussi, en plus de l'augmentation de la production hivernale, servir à augmenter la capacité de l'installation pour la protection contre les dangers naturels (événements de pluies extrêmes). Avec cet alinéa, les modifications de ces installations effectuées dans cette perspective doivent être soumises à la même procédure que s'il s'agissait d'un simple aménagement hydraulique. La coordination des projets concernant une seule et même installation, aussi bien à l'intérieur de l'administration cantonale⁶⁴ qu'avec les concessionnaires de droits d'eau, est dès lors garantie. En effet, la tenue du registre des droits d'eau en tant que registre sur l'ensemble des installations et des droits (cf. art. 78 LFH-VS), est une tâche qui incombe au département responsable des forces hydrauliques, respectivement à son service compétent en la matière.

⁶⁴ Cf. article 14 LFH-VS : „ Le département chargé des forces hydrauliques est compétent, à l'intérieur de l'administration cantonale, pour coordonner les procédures de la législation spéciale qui doivent être conduites parallèlement à la procédure d'octroi respectivement d'approbation des concessions de droits d'eau. “ Cf. article 18 al.4 LFH-VS „Les dispositions de procédure et de compétence de la présente loi sont applicables également aux autorisations de la législation spéciale. Toutes les dispositions contraires sont suspendues en cas d'application de la présente loi. “

Article 32 Procédure unique (nouveau titre) (modifié)

~~¹ L'approbation des plans peut être accordée dans la même procédure que l'octroi de la concession de droits d'eau, lorsque pour un aménagement de forces hydrauliques existant l'exploitation est continuée par le futur concessionnaire sans que les installations techniques ne soient notablement modifiées. L'approbation des plans peut être accordée dans la même procédure que l'octroi ou l'approbation de la concession de droits d'eau. Dans ce cas, le Conseil d'Etat décide dans une décision unique.~~

~~² L'alinéa 1 est notamment applicable :~~

- ~~a) lorsque l'exploitation d'un aménagement hydroélectrique est continuée par un futur concessionnaire ;~~
- ~~b) aux aménagements avec une puissance installée de 3 MW au maximum ;~~
- ~~c) en cas de modification de la concession de droits d'eau.~~

~~³ La procédure d'appréciation de la compatibilité du projet avec l'environnement nécessaire au sens de la loi fédérale sur l'environnement (RS 814.01) et de son ordonnance est également exécutée en une seule phase.~~

Article 32 Commentaire

Selon l'ordonnance fédérale relative à l'étude de l'impact sur l'environnement (RS 814.011), les cantons peuvent prévoir, pour les centrales à accumulation et les centrales au fil de l'eau ainsi que pour les centrales à pompage-turbinage d'une puissance installée supérieure à 3 MW, une procédure d'étude d'impact sur l'environnement (procédure d'EIE) en une seule étape.

L'article 32 est une «disposition potestative». Ainsi, le département chargé de diriger ou de coordonner la procédure (art. 14 LFH-VS) fixe pour chaque cas particulier, s'il faut ou non prévoir une procédure en une seule étape. Une procédure à deux étapes a notamment lieu quand le concessionnaire veut savoir si la concession lui sera octroyée avant d'entreprendre des planifications détaillées et onéreuses pour d'importantes mesures relevant du droit de l'environnement et/ou avant d'effectuer des dépenses pour l'acquisition éventuelle de terrains. Dans le dernier cas de figure, une procédure à plusieurs étapes s'effectue également dans le cadre de l'étude d'impact sur l'environnement, ce qui était le cas type jusqu'à présent.

Alinéa 1 :

L'alinéa 1 sert de base à la procédure en une seule étape. Il désigne en outre l'autorité compétente.

Alinéa 2 :

L'alinéa 2 énumère des exemples dans lesquels la procédure en une seule étape peut être appliquée.

Alinéa 3 (adaptation au droit fédéral)

L'alinéa 3 stipule que, conformément à la nouvelle situation du droit fédéral, lorsque la procédure de droits d'eau s'effectue en une seule étape, il en est de même pour celle de l'EIE.

Article 33 Début des travaux et mise en service des installations

~~¹ Les travaux de construction ainsi que les mesures environnementales doivent être commencés dans les cinq ans dès la publication de l'octroi ou de l'approbation de la concession. Ce délai ne peut excéder 15 ans dès l'expiration de celui prévu pour le commencement des travaux.~~

~~² Lorsque les circonstances le justifient, ces délais peuvent être prolongés ultérieurement par l'autorité concédante. S'il s'agit d'une concession communale, l'approbation du Conseil d'Etat est réservée. Les installations doivent être mises en service dans le délai fixé par la concession. Ce délai ne peut excéder 15 ans dès l'expiration de celui prévu pour le commencement des travaux.~~

³ Lorsque les circonstances le justifient, ces délais peuvent être prolongés ultérieurement par l'autorité concédante. S'il s'agit d'une concession communale, l'approbation du Conseil d'Etat est réservée.

Article 33 Commentaire

Alinéa 1 :

L'alinéa 1 concrétise le fait que par travaux de construction, on entend également la réalisation de mesures relevant du droit de l'environnement, typiquement des mesures de compensation selon la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN).

Le délai pour le début de la construction fait déjà partie intégrante du contenu obligatoire des concessions de droits d'eau. La loi fixe un délai maximal. Le législateur veut que le concessionnaire ne puisse débiter les travaux de construction selon son bon vouloir. Il souhaite éviter que des concessions puissent être accumulées sans qu'une installation ne soit réalisée.

Alinéa 2 :

Pour améliorer la lisibilité de tout l'article, la deuxième phrase est transférée de l'actuel alinéa 1 à l'alinéa 2.

Alinéa 3 :

Il correspond à l'actuel alinéa 2.

Article 37 Droit d'expropriation applicable

¹ La procédure d'expropriation et l'indemnité sont réglées par les dispositions de la loi ~~cantonale~~ fédérale sur les expropriations.

² ~~Demeure réservée, toutefois, l'application de la loi fédérale sur l'expropriation pour les cas expressément prévus par la LFH. La loi cantonale sur les expropriations est applicable pour la construction d'usines hydrauliques d'une puissance inférieure à 300 kW. Sont réservés les articles 10 et 18 de la loi fédérale sur l'expropriation du 20 juin 1930 (RS 711).~~

Article 37 Commentaire

Alinéas 1 et 2 (adaptation au droit fédéral)

Selon l'ordonnance fédérale du 2 février 2000 sur l'utilisation des forces hydrauliques (RS 721.801), le droit fédéral sur l'expropriation s'applique pour la réalisation de projets hydroélectriques de 300 kW et plus. Par conséquent, les cantons ne peuvent déclarer applicable le droit cantonal d'expropriation que pour les installations d'une puissance inférieure à 300 kW.

Article 55 Entretien des installations

¹ Le concessionnaire est tenu de maintenir, pendant toute la durée de la concession, en un bon état d'entretien les installations qui font l'objet d'un droit de retour, de sorte que soient assurées une utilisation rationnelle des cours d'eau avec le meilleur rendement possible et une exploitation normale et avant tout durable, lors de la reprise de l'aménagement hydroélectrique.

² La communauté qui dispose de la force ou le canton ont le droit de procéder à des contrôles réguliers; s'il apparaît que le concessionnaire néglige ses obligations, ils sont autorisés à déléguer une commission paritaire d'experts pour procéder à une évaluation des travaux d'entretien et de

renouvellement omis et à ordonner, sur la base de ce rapport, l'exécution des travaux s'avérant nécessaires aux frais des concessionnaires.

³ Au cours de la 10^{ème} année précédant l'échéance de la concession, le concessionnaire établit à l'intention des communes concédantes et du département en charge des forces hydrauliques un rapport complet attestant du respect de l'obligation de réaliser les travaux d'entretien et de modernisation.

⁴ Sur la base d'un rapport selon l'alinéa 3 respectivement selon l'article 12 alinéa 3, les communautés concédantes sont autorisées, éventuellement après avoir obtenu un rapport de la commission au sens de l'alinéa 2, à ordonner l'exécution des travaux s'avérant nécessaires aux frais des concessionnaires.

⁵ En cas de désaccord entre les communautés concédantes dans le cadre de concessions de droits d'eau interdépendantes lors de la mise en œuvre des alinéas 2 à 4, le département en charge des forces hydrauliques décide.

Article 55 Commentaire

L'exécution systématique de travaux d'entretien et de modernisation dans le cadre de l'obligation d'entretien légale ou relevant des concessions est essentielle pour les communes concédantes en vue des futurs retours. L'article 67 al. 3 LFH a pour objectif qu'à l'expiration de la concession, les communautés reçoivent un aménagement encore exploitable pendant quelques années sans mesures trop onéreuses. Dans la LFH-VS, le législateur valaisan a conçu l'obligation d'entretien de manière plus large que dans le droit fédéral et exige un bon état des installations avec le meilleur rendement possible.

Les alinéas 1 et 2 demeurent inchangés.

Alinéa 3 :

Cette nouvelle disposition oblige les concessionnaires à remettre, en temps utile avant l'expiration de la concession, un rapport complet sur le respect de leur obligation d'entretien (mesures d'entretien et de renouvellement des installations) aux communautés disposant de la force et au département cantonal compétent.

Alinéa 4 :

L'autorité concédante est habilitée, éventuellement avec l'intervention de la commission selon l'alinéa 2, d'ordonner l'exécution des travaux nécessaires aux frais du concessionnaire, si celui-ci ne remplit pas son obligation sur une base volontaire.

Comme il ressort du nouvel article 12 al. 3 2^{ème} phrase, un concessionnaire est tenu de joindre à sa demande de renouvellement ou de modification importante de la concession un rapport adéquat sur l'état des installations. La nécessité pour l'autorité concédante de prendre des dispositions peut aussi découler de ce type de rapport.

Alinéa 5 :

Avec les concessions de droits d'eau interdépendantes, notamment celles impliquant plusieurs communes concédantes, c'est le département cantonal compétent qui tranche lors de divergences insolubles entre elles. Il peut notamment s'agir de savoir si les contrôles sont effectués selon l'alinéa 2, si l'on fait appel à la commission paritaire ou si des mesures souveraines sont ordonnées et de quelle ampleur. Il s'agit d'une base légale pour les cas d'exception. Vu que généralement des questions techniques se posent, toutes les communes qui disposent de la force ont un intérêt à ce que les aménagements soient régulièrement entretenus.

Article 61 Renouvellement d'une concession

¹ Le renouvellement d'une concession peut être demandé :

- a) au moment de l'échéance d'une concession de droits d'eau;
- b) avant l'échéance d'une concession de droits d'eau, par un commun accord entre le concessionnaire et la communauté qui dispose de la force, sous réserve de l'approbation par le Conseil d'Etat.

² La durée maximum d'une concession de droits d'eau renouvelée avant l'échéance court dès le jour de l'entrée en force de son octroi, respectivement de son approbation. L'article 58 alinéa 4 LFH est réservé.

³ Le concessionnaire peut, en déposant une demande dans ce sens dans un délai de quinze ans avant l'échéance de la durée de la concession convenue, exiger de l'autorité concédante qu'elle se prononce dans un délai de dix ans avant l'expiration de la concession sur sa volonté d'accorder un renouvellement ou non et sur les conditions de forme qui y seraient liées.

⁴ De même, la communauté qui dispose de la force peut, dans ces mêmes délais, exiger de savoir si le concessionnaire actuel est intéressé à un renouvellement de la concession en cours. Dans ce cas, les dispositions sur l'exercice du droit de retour sont applicables.

Article 61 Commentaire

Alinéas 1 et 4 :

Ces alinéas demeurent inchangés.

Alinéa 2 (adaptation au droit fédéral)

Comme pour les articles 10 et 60, les modifications concernant l'article 61 sont également dues au droit fédéral. La deuxième phrase de l'alinéa 2 doit donc être comprise comme une référence au modèle du droit fédéral de renouvellement anticipé d'une concession auquel le régime cantonal ne peut contrevenir. La durée maximale d'une concession renouvelée avant son échéance selon l'article 58a LFH se calcule à partir de l'entrée en vigueur convenue avec le concessionnaire.

Alinéa 3 (adaptation au droit fédéral)

L'adaptation des délais proposée à l'alinéa 3 reprend les délais de l'article 58a al. 2 LFH.⁶⁵ Les délais indiqués étant des délais d'ordre, une prolongation consensuelle est tout à fait possible. Même si le concédant ne répond pas à la demande dans le délai prescrit, cela n'exclut pas qu'une concession soit à nouveau octroyée à l'ancien concessionnaire au terme de la concession de droits d'eau.

Article 99 Sanctions administratives (article partiellement modifié)

¹ Les infractions aux dispositions de la présente loi, aux prescriptions d'exécution et aux décisions qui en découlent ainsi que la présentation d'un rapport contrevenant à l'obligation des articles 12 alinéa 3 et 55 alinéa 3 sont punies d'une amende allant de 1000 francs à 100 000 francs prononcée par le département compétent.

² Lorsque l'infraction a été commise dans la gestion d'une personne morale, d'une société en nom collectif ou d'une autre collectivité sans personnalité juridique, il est loisible de renoncer à poursuivre les personnes punissables et de condamner à leur place au paiement de l'amende la personne morale, la société en nom collectif ou la collectivité sans personnalité juridique.

⁶⁵ Cf. article 58a alinéa 2 LFH „ La demande de renouvellement de la concession existante doit être présentée au moins quinze ans avant l'échéance de celle-ci. Les autorités compétentes décident, au moins dix ans avant l'expiration, si, en principe, elles sont prêtes à l'accorder.“

³ Demeure réservé pour l'autorité le droit de :

- a) décider la déchéance de la concession de droits d'eau (art. 52 de la présente loi) ;
- b) ordonner la remise en état conformément aux dispositions légales ou de la concession de droits d'eau.

Article 99 Commentaire

La modification législative ne concerne que l'[alinéa 1](#).

Comme indiqué plus haut, l'état de l'aménagement est primordial en vue des futurs retours. C'est pourquoi, l'obligation de remettre un rapport est introduite aux articles 12 et 55.

Désormais, les amendes administratives permettront de sanctionner les personnes qui remettent un rapport ne correspondant pas à la situation réelle et donnent ainsi aux communautés disposant de la force de faux renseignements sur l'état des installations, ce qui peut avoir des conséquences fâcheuses lors des négociations sur le retour.

Article 102 Dispositions transitoires a) en général

¹ Après l'entrée en vigueur de la présente loi, toutes les décisions et autorisations accordées ou renouvelées en vue d'utiliser un cours d'eau sont soumises au nouveau droit.

² Les concessions de droits d'eau accordées avant l'entrée en vigueur de la présente loi sont également soumises à la présente loi.

³ Toutefois :

- a) l'étendue du droit d'utilisation;
- b) les prestations et charges du concessionnaire en vertu de la concession;
- c) le principe de son existence et la portée du droit de retour, relèvent de la législation en force au moment de l'octroi de la concession de droits d'eau, pour autant que celle-ci n'ait pas réservé expressément ou dans le cas d'espèce l'application du nouveau droit.

⁴ Pour les concessions de droits d'eau accordées avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 février 1957 sur l'utilisation des forces hydrauliques mais après la mise en vigueur de la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (entrée en force le 1^{er} janvier 1918 mais applicable rétroactivement à toutes les concessions de droits d'eau octroyées depuis le 25 octobre 1908), sont applicables les dispositions de la législation fédérale sur la portée du droit de retour.

Article 102 Commentaire

Les alinéas 1 à 3 demeurent inchangés.

Alinéa 4 :

La révision de l'alinéa 4 vise à éviter les éventuels malentendus. Sont concernées ici les concessions de droits d'eau accordées et entrées en vigueur durant la période allant du 25.10.1908 au 31.12.1957. Durant cette période, la loi en vigueur sur l'utilisation des forces hydrauliques en Valais datait de 1898.

Cette loi prévoyait un droit de retour auquel les communautés concédantes ne pouvaient pas renoncer valablement lors de l'octroi de la concession de droits d'eau. La loi elle-même instaure ainsi un droit de retour légal, indépendamment du fait qu'il soit prévu ou non dans la concession de droits d'eau.

Quant à la LFH, elle ne crée pas un droit de retour, mais décrit uniquement la portée du droit de retour. En 1991, avec la modification de la LFH-VS, le législateur valaisan a donc déclaré, pour des raisons de sécurité du droit, que la portée de la substance du droit de retour définie au plan fédéral faisait autorité, car les dispositions correspondantes de l'ancienne loi de 1898 lui semblaient désormais incompréhensibles et inapplicables.

En conséquence, cette disposition peut seulement se référer à la portée du droit de retour, mais pas à sa création proprement dite. Pour apporter plus de clarté, il est donc proposé d'intégrer l'expression «sur la portée du droit de retour» au principe de l'alinéa 4.

5. Conséquences financières et effets sur le personnel

Les conséquences financières générales de la stratégie sont présentées en détail au chapitre 2.10.

Aujourd'hui, il est très difficile d'évaluer les effets sur le personnel de l'administration cantonale. Le Service de l'énergie et des forces hydrauliques emploie actuellement 9 collaborateurs pour le secteur hydraulique (6 ingénieurs et 3 juristes). Il convient de noter que les cahiers des charges des juristes en particulier englobent également des travaux dans le domaine de l'énergie. A cela s'ajoute encore 1 poste à l'administration.

Il est plus qu'incertain que ce personnel puisse assumer toutes les tâches et responsabilités futures en matière d'énergie hydraulique au sein du Service. Pour répondre à cette question, il faut analyser en particulier dans quelle mesure les études correspondantes, les tâches et les activités pourront éventuellement être externalisées, par exemple dans le cadre d'une collaboration avec des commissions externes ou avec FMV. On part toutefois du principe qu'à partir de l'année 2020 environ, le Service devra augmenter son personnel pour accomplir son mandat légal.

Pour les motifs exposés ci-dessus, nous espérons que le Grand Conseil voudra bien accepter le projet que nous lui soumettons avec le présent message.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Députés, l'assurance de notre haute considération et vous recommandons avec nous à la protection divine.

Sion, le 09.12.2015

Le Président du Conseil d'État : **Jacques Melly**

Le Chancelier d'État : **Philipp Spörri**

Annexes

Modèle « montant initial + rente de ressource »

Les paragraphes suivants sont extraits de la convention Chippis-Rhône entre le canton du Valais et FMV. Le but est d'illustrer le principe de rente de ressource.

Article 4 Rente annuelle de ressource

La rente de ressource est déterminée annuellement lors du bouclage des comptes de FMV SA. Elle dépend de la rentabilité annuelle et du capital investi pour l'aménagement Chippis-Rhône, ainsi que de la politique de rémunération des fonds propres souhaitée par les actionnaires de FMV SA.

Article 5 Modalités de calcul de la rente annuelle de ressource

¹ Conditions nécessaires pour la distribution d'une rente de ressource au Canton :

La détermination de l'attribution de la rente de ressource tient compte de la rémunération du capital net investi à un taux de rentabilité défini (p.ex. pour l'aménagement Chippis-Rhône au taux de dividende envisagé par FMV SA en faveur de ses actionnaires majoré de 1 %.)

Le capital investi par FMV SA correspond aux dépenses liées à l'acquisition de l'aménagement. A ce montant s'ajouteront les investissements futurs qui seront réalisés jusqu'à la fin de la concession. La détermination du capital net investi correspond à la différence entre le total des investissements réalisés par FMV SA diminué des amortissements comptables.

Un taux de fonds propres de n %, peut être utilisé pour le calcul de la rémunération des fonds propres dans le cadre de la détermination de la rente de ressource. Le seuil minimal à partir duquel une rente annuelle de ressource peut être distribuée pour l'année considérée se détermine comme suit :

$$\begin{aligned}
 & n \% \text{ du capital net investi par FMV SA pour l'aménagement} \\
 \times & \text{ Rentabilité souhaitée} \\
 = & \text{ **Seuil minimal en CHF pour rente annuelle de ressource** }
 \end{aligned}$$

² Partage du montant disponible :

Le montant disponible correspond au rendement annuel effectif de l'aménagement déduction faite du seuil minimal. Afin de maintenir la capacité d'investissement de FMV SA, la rente de ressource annuelle en faveur du Canton correspond à la moitié du montant disponible.

³ Détail du calcul :

$$\begin{aligned}
 & \text{Production annuelle de l'aménagement en GWh (selon profils horaires)} \\
 \times & \text{ Prix du marché de l'année considérée (selon prix SPOT horaires Swissix ou autre)} \\
 = & \text{ **Chiffre d'affaire annuel en CHF** } \\
 \div & \text{ Coûts annuels imputables (selon comptabilité analytique) en CHF} \\
 = & \text{ **Rendement annuel effectif de l'aménagement en CHF** } \\
 \div & \text{ Seuil minimal en CHF pour rente annuelle de ressource} \\
 = & \text{ **Montant disponible en CHF** } \\
 \times & z \% \text{ (valeur de répartition du bénéfice)} \\
 = & \text{ **Rente annuelle de ressource en faveur du Canton en CHF** }
 \end{aligned}$$

Article 6 Modalité de paiement de la rente annuelle de ressource

¹ FMV SA transmettra au Canton le décompte de la rente annuelle de ressource ainsi que les documents nécessaires au calcul de cette dernière dans le cadre de la clôture annuelle des comptes de FMV SA.

² Le montant dû au titre de la rente annuelle de ressource sera versé dans les 30 jours dès l'approbation par le Canton du décompte de la rente annuelle de ressource.

Synergie : évaluation des effets d'un regroupement des aménagements dans un portefeuille

Dans le *Rapport Stratégie FH 2011*, le groupe d'experts distingue fondamentalement deux variantes différentes concernant les structures possibles des sociétés hydroélectriques après les retours de concessions : soit un regroupement de la propriété des aménagements en une société cantonale unique, soit une société hydroélectrique par aménagement comme jusqu'à présent. Le DEET a diligenté une étude pour analyser les avantages potentiels de la première variante.

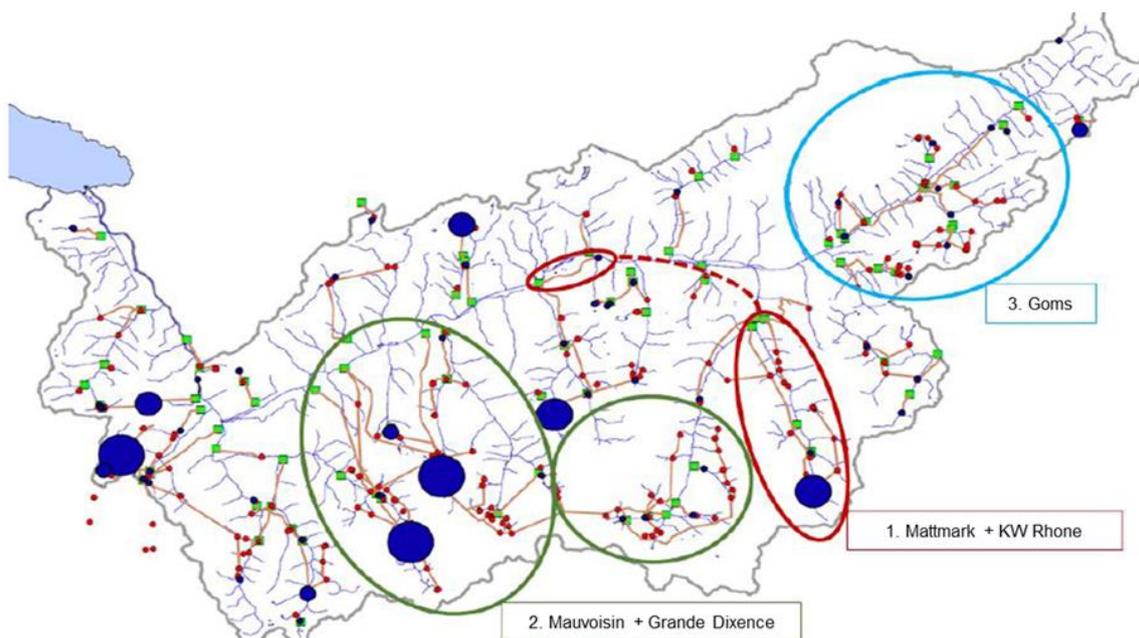
L'examen de regroupements dans un portefeuille de différents types d'aménagements a principalement mis en évidence deux potentiels de synergies intéressants :

- Couplage hydraulique⁶⁶
- Services-système (pool d'énergie de réglage)⁶⁷

Les scénarios suivants de regroupements de plusieurs aménagements dans un portefeuille ont été analysés pour mettre en évidence les potentiels de synergies :

1. Centrales de Mattmark et Chippis-Rhône
2. Centrales de la Grande Dixence et de Mauvoisin (liaison des bassins de compensation)
3. Centrales de Conches

Figure 16 Scénarios de regroupement d'aménagement



Source : Misurio, 2014

Les enseignements généraux à tirer des analyses sont les suivants :

- L'exploitation coordonnée de certains aménagements est favorable pour utiliser les potentiels du couplage hydraulique et des SDL. Les potentiels existants sont déjà partiellement exploités avec les structures actuelles de propriété en coordonnant l'exploitation des aménagements.

⁶⁶ On parle de couplage hydraulique quand la même eau est utilisée plusieurs fois dans différents aménagements hydroélectriques.

⁶⁷ L'avantage d'un portefeuille avec plusieurs aménagements est que l'énergie de réglage positive et négative peut être répartie et offerte par des aménagements séparés.

- Le bénéfice d'un regroupement est encore plus faible si les centrales se trouvent dans différentes vallées latérales (ce qui est le cas pour la plupart des centrales VS)
- Les services systèmes peuvent s'effectuer indépendamment de la structure de propriété par le biais d'un pool pour la gestion de l'énergie de réglage
- Un portefeuille d'aménagement permet limiter l'impact des arrêts de fonctionnement suites à des incidents.
- Il n'y a pas d'effets d'échelle lors de l'achat et de la vente d'énergie
- Un portefeuille d'aménagement comporte des risques financiers concernant les opérations de trading dans le cadre d'éventuelles erreurs de prévisions.

Message clé de l'étude :

Un regroupement d'aménagement dans une seule société hydroélectrique cantonale pour exploiter les potentiel de synergies ne représente ni une condition nécessaire ni un avantage décisif pour le Valais.

Toutefois, un regroupement d'aménagements du même bassin versant est intéressant et peut apporter des avantages économiques certains. Cette possibilité de regroupement n'est pas exclue par le modèle du Conseil d'Etat.

Abréviations

ACC	Associations des communes concédantes
CC	Communes concédantes
CVs	Communauté valaisanne
DCF	Discounted Cash Flow
DEET	Département de l'économie, de l'énergie et du territoire
FCV	Fédération des communes valaisannes
GRD	Gestionnaire de réseau de distribution
GW	Gigawatt
GWh	Gigawattheure
LFH	Loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques
LFH-VS	Loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques du canton du Valais
LFMV	Loi sur les Forces Motrices Valaisannes
MW	Megawatt
MWh	Megawattheure
PIB	Produit intérieur brut
SEFH	Service de l'énergie et des forces hydrauliques
TWh	Terawattheure
WACC	Coût moyen pondéré du capital (Weighted Average Cost of Capital)

Table des illustrations

Figure 1 Evolution et prévision de la demande d'électricité (globale et secteur) et du PIB réel	7
Figure 2 Développement de la structure de la production électrique (brute) des 28 Etats de l'UE ...	8
Figure 3 Evolution des prix de l'électricité : Future Base et Peak pour les années 2008 à 2015	9
Figure 4 Participants à la consultation	15
Figure 5 Historique du développement du modèle DEET	17
Figure 6 Visions relatives à la stratégie force hydraulique du canton du Valais	18
Figure 7 Modèle du Conseil d'Etat (selon une répartition 30/30/40)	21
Figure 8 Echancier des retours de concession et production (TWh)	22
Figure 9 Représentant de la communauté valaisanne.....	25
Figure 10 Calculs estimatifs des moyens financiers nécessaires	35
Figure 11 Transactions avec une participation standard «30/30/40»	38
Figure 12 Transactions avec droit de préemption en faveur du canton	40
Figure 13 Analyse de risque.....	45
Figure 14 Points forts du modèle du Conseil d'Etat	47
Figure 15 Options pour l'utilisation des forces hydrauliques.....	57
Figure 16 Scénarios de regroupement d'aménagement.....	90