

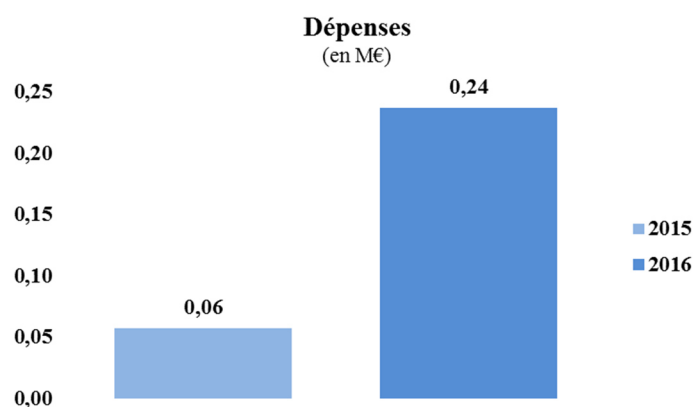


Compte de commerce 914

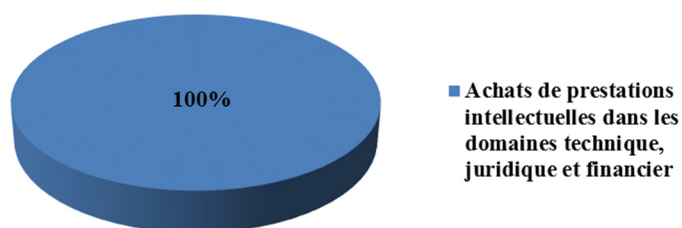
Note d'analyse
de l'exécution budgétaire

2016

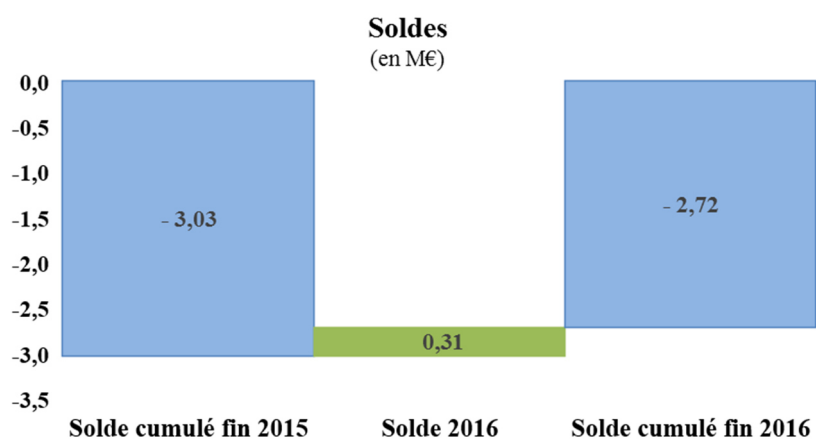
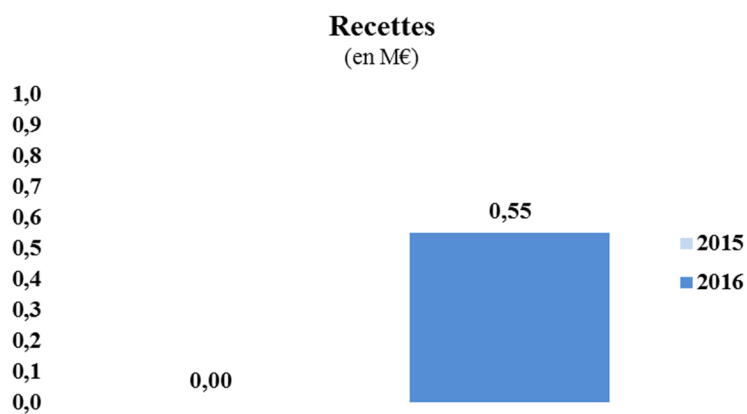
Renouvellement des concessions hydroélectriques¹



Répartition de la dépense



¹ Les données sont celles issues des réponses de l'administration, prenant en particulier en compte les recettes incorrectement imputées dans le logiciel de gestion comptable Chorus (voir §3.1). Ces valeurs ne sont de ce fait pas égales à celles du rapport annuel de performance 2016.



Synthèse

Les principales données du compte

Les dépenses (0,24 M€) sont très en deçà des prévisions (1,1 M€), et les recettes sont pour la première année non nulles à 0,55 M€, proches de la programmation en LFI 2016 (0,6 M€). L'écart concernant les dépenses est le signe d'une inaction prolongée de l'administration, difficilement compréhensible dans un cadre juridique désormais stabilisé.

Les principales observations

Le renouvellement des concessions hydroélectriques continue d'accumuler des retards de calendrier, préjudiciables pour les finances publiques. Les concessions échues sont occupées par le concessionnaire sortant sans contrepartie financière, en violation des dispositions du code général de la propriété des personnes publiques.

Le compte dispose de marges d'amélioration dans sa gestion et dans l'emploi des fonds : l'administration a imputé à tort ou oublié d'imputer des indemnités forfaitaires lors du paiement des intérêts moratoires. Le manque d'anticipation de l'administration dans le suivi des fins de concession a pesé fortement sur la qualité et le coût des expertises préalables à la mise en concurrence des concessions.

Le recours à un compte de commerce est critiquable au vu de l'objet des dépenses qui consiste uniquement à gérer un décalage de trésorerie dans les opérations de renouvellement d'une concession sur le domaine public.

Enfin, le recours à des prestations de conseil semble un supplétif pour l'administration, coûteux à terme pour les futurs concessionnaires. L'imputation de ces dépenses au compte de commerce n'incite pas l'administration à limiter son recours à ces prestataires.

Les recommandations de la Cour

Le suivi des recommandations formulées au titre de la gestion 2015

1. Le recours à un compte de commerce pour enregistrer ces mouvements financiers n'est pas conforme à la LOLF et la DGEC doit chercher une autre solution pour mener à bien la procédure.
2. Le compte de commerce doit facturer immédiatement aux concessionnaires sortants les dépenses d'analyse des dossiers de fin de concessions que la loi met à leur charge.
3. La DGEC doit étudier les possibilités d'appliquer la redevance proportionnelle, ou toute autre forme de contribution de la part du concessionnaire, pour les concessions échues en attente de renouvellement (période des « délais glissants »).

Les recommandations formulées au titre de la gestion 2016

4. La DGEC doit s'organiser pour réunir des compétences existant au sein de l'État dans une logique de « mission » et limiter le recours aux prestataires extérieurs.

Sommaire

Introduction	7
1 LES RESULTATS DE L'EXERCICE	8
1.1 Le solde	8
1.2 L'exécution des recettes	8
1.3 L'exécution des dépenses.....	9
1.4 La soutenabilité à court et moyen terme.....	10
2 LES GRANDES COMPOSANTES DE LA DEPENSE	11
2.1 Des indemnités de fin de concession réduites, et à trésorerie positive	11
2.2 Des dépenses de conseil parfois redondantes avec les compétences dont dispose ou devrait disposer l'administration	12
2.3 Des intérêts moratoires en dépit de crédits disponibles.....	16
3 LA CONFORMITE AUX PRINCIPES ET REGLES DE LA LOLF	18
3.1 Une gestion comptable perfectible	18
3.2 Un compte de commerce ni industriel, ni commercial.....	18
3.3 Un retard dans la mise en concurrence des concessions à l'origine d'un contentieux européen.....	21
3.4 Un retard coûteux pour les finances publiques.....	23
4 LES RECOMMANDATIONS DE LA COUR	25
4.1 Le suivi des recommandations formulées au titre de 2015...	25
4.2 Récapitulatif des recommandations formulées au titre de la gestion 2016	26

Introduction

Le compte de commerce n° 914 « Renouvellement des concessions hydroélectriques » a été ouvert par l'article 51 de la loi de finances pour 2012, à compter du 1^{er} janvier 2012. Il retrace les opérations liées au renouvellement des concessions hydroélectriques.

Ces opérations sont de trois natures différentes : les frais généraux de conseil pour permettre les opérations de renouvellement (versé avant et pendant l'instruction des dossiers), les dépenses d'expertise de fin de concession, et les montants versés au concessionnaire sortant en cas d'éviction anticipée ou de rachat de biens² appartenant à ce dernier au terme de la concession (versés après attribution des nouvelles concessions).

Les frais de conseil et les dépenses d'expertise sont modestes, les montants restant à engager étant de l'ordre de 8 M€. Les indemnités de fin de concession étaient initialement estimées de 1,0 à 1,5 Md€ et ont été considérablement revues à la baisse suite à l'adoption de la loi sur la transition énergétique en 2015. Cette loi a introduit la « méthode des barycentres » qui permet de limiter les indemnités en cas de renouvellement d'un ensemble cohérent de concessions : la DGEC estime désormais à moins de 150 M€ le montant prévisionnel des indemnités de fin de concession.

L'année 2016 a vu la stabilisation du cadre juridique de renouvellement des concessions avec l'adoption des textes réglementaires d'application de la loi de transition énergétique et la transposition de directives européennes sur les concessions.

En 2016, aucun avis d'appel public à la concurrence n'a cependant été lancé, le sujet des renouvellements étant l'objet de l'attention du législateur depuis 2006, le compte de commerce existant depuis 2012.

² Dépenses inscrites au registre ou bien de reprise.

1 LES RESULTATS DE L'EXERCICE

1.1 Le solde

Le solde du compte de commerce s'établit à + 0,31 M€, positif pour la première année depuis son ouverture en 2012, du fait de l'encaissement des premiers remboursements de la part des concessionnaires sortants.

1.2 L'exécution des recettes

Le compte de commerce a, pour la première fois depuis sa création, émis des titres de perception de recette, à destination de deux des concessionnaires actuels, le 29 août 2016.

Seul un des deux titres de perception a conduit à l'encaissement des recettes : 0,55 M€ ont ainsi été encaissés, pour un total de titres émis de 0,87 M€. La LFI 2016 prévoyait 0,6 M€ de recettes, l'exécution semble en ligne avec la programmation budgétaire.

La Cour enjoignait depuis 2012 le ministère de l'environnement à procéder au recouvrement des sommes avancées par l'État : une partie des dépenses a fait l'objet de titres de perception en 2016, et les premières recettes ont été encaissées par le compte de commerce. Ces sommes atteignent plus de 1,2 M€ fin 2016.

En effet, des frais supplémentaires ont même été avancés par l'État du fait de dossiers de fin de concession dont le contenu a été jugé insuffisant par l'administration, dossier dont la rédaction incombe au concessionnaire. La Cour avait notamment relevé en 2015 que le protocole transactionnel (658 k€) avec la société EGIS, intervenant en qualité de conseil technique auprès de la DGEC, prévoyait de rémunérer des prestations supplémentaires liées à « la mauvaise qualité des dossiers de fin de concession ». EDF conteste cette mauvaise qualité, indiquant avoir remis dans les temps des dossiers conformes aux exigences alors applicables.

Le décret 94-894 relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique indique pourtant que le préfet compétent³ ou le service chargé du contrôle⁴ peuvent faire procéder à une expertise par un organisme tiers aux frais du

³ Article 29 du décret 94-894

⁴ Article 31 du décret 94-894

concessionnaire sortant. Ces articles ont été codifiés dans la partie réglementaire du code de l'énergie par le décret 2015-1823 (article R521-66), mais restent identiques dans leur formulation. La prise en charge par le compte de commerce, même à titre temporaire, des frais engendrés par ces expertises n'est donc pas prévue en droit positif.

Cette pratique est également critiquable au regard de la LOLF qui dispose en son article 22 qu'« *il est interdit d'exécuter, au titre [des comptes de commerce], des opérations [...] de prêts ou d'avances* ».

La Cour prend acte de l'émission des premiers titres de perception, et recommande au ministère de l'environnement de demander le remboursement immédiat de l'intégralité des sommes avancées par l'État au titre des expertises de fin de concession (1,2 M€).

1.3 L'exécution des dépenses

La LFI 2016 prévoyait des dépenses à hauteur de 1,1 M€, soit un montant proche de l'exécution 2014 (1,06 M€), et très supérieur à l'année 2015 (0,06 M€) : la loi de transition énergétique⁵ avait en 2015 « gelé » l'examen des fin de concessions, dans l'attente d'une évolution du cadre juridique. Le décret approuvant le modèle de cahier des charges applicable aux concessions hydroélectrique a été publié en avril 2016⁶. La note d'exécution budgétaire 2015 indiquait que les appels à candidature pour les concessions du Lac Mort, d'Ossau et du Louron devait avoir lieu en 2016.

Les dépenses du compte de commerce s'élèvent à 0,24 M€, soit très en-deçà de la programmation. Ceci s'explique par le fait qu'aucun appel public à candidature n'a été lancé en 2016, les dates prévisionnelles pour les concessions du Lac Mort, d'Ossau et du Louron ayant été repoussées en 2017.

Les retards dans le processus de renouvellement des concessions hydroélectriques conduisent à un niveau général des dépenses plus faible que ce que prévoyait la LFI.

⁵ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

⁶ Décret n° 2016-530 du 27 avril 2016 relatif aux concessions d'énergie hydraulique et approuvant le modèle de cahier des charges applicable à ces concessions.

1.4 La soutenabilité à court et moyen terme

Le compte de commerce a, pour la première fois en 2016, perçu des recettes, ce qui améliore le solde du compte, désormais à -2,72 M€.

Des amendes peuvent, par ailleurs, être infligées au concessionnaire ne fournissant pas tous les éléments requis : la rénovation du cadre légal des amendes administratives par l'ordonnance 2016-518, modifiant l'article L. 512-3 du code de l'énergie, devrait faciliter l'examen des dossiers de fin de concession.

Un risque de soutenabilité pourrait exister si le remboursement des dépenses engagées par la DGEC sur le compte de commerce portant sur les expertises de fin de concession était contesté par le concessionnaire sortant.

Les prévisions d'exécution de la DGEC sur les années 2017 et 2018 envisagent une forte croissance des dépenses en 2018, année où devraient être attribuées les premières concessions renouvelées dans le planning réactualisé, les recettes restant relativement modestes. Le solde du compte devrait ainsi atteindre - 5,2 M€ fin 2018, ce qui a justifié une augmentation de l'autorisation de découvert de 4,7 M€ à 6,2 M€ en loi de finances initiale 2017.

2 LES GRANDES COMPOSANTES DE LA DEPENSE

2.1 Des indemnités de fin de concession réduites, et à trésorerie positive

Un des arguments majeurs lors de la création du compte de commerce était de ne pas inclure dans la norme de dépense de l'État les sommes importantes liées au rachat de certaines concessions. Le rapport de l'Assemblée nationale sur la loi de finances initiale de 2012⁷ qui créait ce compte de commerce indiquait en effet :

« En premier lieu, l'indemnisation des concessionnaires sortants pourrait entraîner, a priori à compter de 2013, une dépense de plusieurs centaines de millions d'euros sur le budget de l'État. Une dépense d'une telle ampleur rendrait donc difficile le respect de la norme de dépense et cet effort supplémentaire ne trouverait pas de réelle justification dès lors que la dépense est ponctuelle et sans impact sur le solde puisque compensée à due concurrence par une recette. »

Ces indemnités sont à trésorerie positive, dans la mesure où l'Etat verse au concessionnaire sortant les indemnités de fin de concession « *dans les douze mois qui suivent le terme effectif du contrat* »⁸, tandis qu'il perçoit à plus courte échéance de la part du concessionnaire entrant un droit couvrant l'ensemble des frais avancés⁹. Le délai de recouvrement du droit auprès du concessionnaire entrant est le même que celui des produits et revenus domaniaux d'après les dispositions de l'article L. 511-12 du code de l'énergie. Cela permet une action assez rapide : le montant à recouvrer est inscrit dans le cahier des charges de la concession (article R. 521-58 du code de l'énergie) ce qui limite les possibilités de contestation. La procédure de recouvrement prévue par le code général de la propriété des personnes publiques permet, après une lettre de rappel et un délai de vingt jours¹⁰, d'engager des poursuites, notamment l'opposition à tiers détenteur¹¹.

⁷ Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2012 (n° 3775), Tome II, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 octobre 2011.

⁸ Article R521-54 du code de l'énergie.

⁹ Articles L 521-17 et R 521-58 du code de l'énergie.

¹⁰ Article L. 2323-5 du code général de la propriété des personnes publiques.

¹¹ Article L. 1617-5 7° du code général de la propriété des personnes publiques.

L'État est ainsi remboursé par le concessionnaire entrant avant d'avoir à payer le concessionnaire sortant, ce qui évite tout déficit transitoire sur son budget au titre des indemnités de fin de concession

Les montants initialement envisagés étaient de l'ordre de 1,0 à 1,5 Md€ pour l'ensemble des concessions. Le retard accumulé diminue le montant des éventuelles indemnités de fin de concession et la loi de transition énergétique a permis de limiter ces indemnités avec la méthode dite des « barycentres ». Cette méthode permet de changer la date de fin de concession d'un groupe de concessions attribuées au même concessionnaire, pour prolonger celles à échéance la plus proche, et raccourcir celles à échéance lointaine, en sorte que l'économie du contrat est respectée sur le groupe de concessions. La méthode des barycentres évite ainsi de régler une indemnité d'éviction pour mettre fin prématurément aux concessions d'un même groupement, attribuées au même concessionnaire. La somme des indemnités résiduelles, correspondant au cas où les différentes concessions d'un même groupement sont actuellement attribuées à des concessionnaires différents, est estimée à moins de 150 M€ par la DGEC.

Jusqu'à présent, aucune indemnité de fin de concession n'a été acquittée : elle serait en tout état de cause encaissée par l'État avant d'être due au concessionnaire sortant. Les montants prévisionnels ont considérablement diminué depuis les estimations de 2011 du fait de la LTE et des retards pris dans le processus de renouvellement des concessions, passant de 1 Md€ à moins de 150 M€.

2.2 Des dépenses de conseil parfois redondantes avec les compétences dont dispose ou devrait disposer l'administration

L'exclusivité des dépenses du compte de commerce depuis sa création en 2012 porte sur des prestations de conseil (technique, juridique, financier et en organisation). L'analyse des quatre marchés publics du compte de commerce, tous notifiés en 2012 lors de la création du compte de commerce, fait apparaître des prestations dont une partie est assez proche de ce que devrait être le travail d'une administration ayant à mettre en œuvre un processus aussi complexe et lourd de conséquences ; une autre partie nécessite des documents qui auraient dû être produits à l'administration par les concessionnaires sortants et qui semblent avoir été de qualité insuffisante.

L'opportunité de certaines de ces dépenses est contestable, dans la mesure où l'État dispose en interne de compétences techniques et juridiques adaptées à ses besoins pour l'analyse des dossiers de fin de concession. Les corps techniques de l'État, notamment le corps des ingénieurs des mines et celui des ingénieurs des ponts, eaux et forêts, devraient apporter à la DGEC et aux DREAL les compétences nécessaires en matière technique, de même que le commissariat général au développement durable (CGDD) ou le conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD). La direction des affaires juridiques du secrétariat général du ministère de l'environnement, de l'énergie et de la mer, actuellement dirigée par un maître des requêtes au Conseil d'État, devrait également pouvoir utilement conseiller la DGEC sur les matières juridiques. Il est regrettable que la réunion de telles compétences dans une équipe unique ou coordonnée n'ait pas été organisée : le Conseil d'État avait préconisé en 2010 la mise en place d'une « task force pluridisciplinaire du meilleur niveau »¹², et le conseil général des mines avait appelé dès 2006 au renforcement des moyens des services instructeurs¹³. Or, la DGEC rappelle que le bureau en charge du dossier était composé en 2010, lors du lancement par le ministre du processus de renouvellement, de trois agents, dont un seul disposait de compétences juridiques. L'État n'a donc pas mis en place une équipe correctement dimensionnée pour suivre ce dossier et a préféré recourir à des prestataires externes plutôt qu'à allouer les ressources internes dont il aurait pu disposer.

Cette faiblesse de l'organisation de l'État face à une échéance majeure, a non seulement entraîné un recours à des prestataires extérieurs qui paraît excessif, mais a probablement nui au bon encadrement de ces prestations, l'administration n'exerçant pas une véritable maîtrise d'ouvrage du processus de fin de concession et de remise en concurrence.

La gestion même des principaux contrats semble avoir été discutable : prestations démarrées prématurément, , demande de prestations supplémentaires, etc. La DGEC a ainsi été amenée à signer un protocole avec l'un des prestataires dans des conditions qui semblent peu favorables à l'État, et à accompagner ce protocole d'un avenant révisant à la hausse le coût des prestations.

De surcroît, une partie des prestations sous-traitées relève de prérogatives de l'administration. La revue de notes internes à l'administration en réponse à des questions parlementaires de la mission

¹² ¹² « *L'eau et son droit* », Conseil d'État, 2010, p. 192

¹³ « Rapport sur le renouvellement des concessions hydroélectriques », conseil général des mines, novembre 2006, p. 34

« Battistel »¹⁴, l'analyse de recours contre les décisions de l'administration, ou la relance des concessionnaires par le prestataire pour obtenir des éléments du dossier de fin de concession sont des exemples de missions que l'administration n'aurait pas dû déléguer à un sous-traitant dans le cadre de ces marchés.

Le marché de conseil en « organisation », dont l'objet principal était de définir un planning cohérent de l'ensemble des tâches et d'en assurer le suivi, a coûté 650 000 € au compte de commerce. Ce marché peut être considéré *a posteriori* comme inutile, le planning du renouvellement des concessions ayant subi de multiples vicissitudes indépendantes de la qualité de l'organisation des tâches, la complexité de coordination des tâches apparaissant rétrospectivement limitée. Les futurs concessionnaires devront néanmoins payer pour les dépenses induites par ce marché.

Enfin, certaines expertises sous-traitées à des prestataires privés nécessitaient, pour être menées à bien, des informations (dossiers de fin de concessions conformes aux exigences du décret 94-984) que l'administration ne semble pas avoir été en mesure de fournir, faute de les avoir obtenues des concessionnaires. Les concessionnaires considèrent avoir rempli leurs obligations réglementaires, mais la DGEC regrette que ces derniers se soient limités aux obligations « formelles » sans que le contenu du dossier soit à la hauteur des attentes de l'administration. En toute hypothèse, la DGEC a accepté de verser des indemnités élevées au prestataire concerné, celui-ci fondant sa revendication sur une qualité de ces dossiers non conforme à ce que prévoyait le marché.

Le compte de commerce, avec son autorisation de découvert, apparaît ainsi comme une facilité pour solliciter auprès d'entreprises privées des prestations relevant en partie des responsabilités de l'État, sans se donner les moyens de les encadrer suffisamment. Le compte de commerce permet de surcroît d'éviter la justification au premier euro devant la représentation nationale ou le contrôle de la direction du budget sur la réalité des besoins associés. Le fait que l'administration engage des dépenses sans limitation autre que celle de l'autorisation de découvert, *in fine* au nom des futurs concessionnaires, et sans aucune justification ne paraît pas vertueux.

¹⁴« Rapport d'information déposé par la commission des affaires économiques en application de l'article 145 du Règlement sur l'hydroélectricité », Mme Marie-Noëlle Battistel et M. Éric Straumann, Assemblée nationale, 7 octobre 2013.

Ce risque avait été identifié par les parlementaires lors de l'examen du projet de loi de finances pour 2012¹⁵ :

« Le Gouvernement souhaite éviter de devoir documenter dans la justification au premier euro le montant de la dépense due au titre du renouvellement anticipé d'une concession. Il estime en effet que ces éléments fourniraient une indication sur le prix payé par le nouveau concessionnaire et qu'en conséquence, « ils iraient à l'encontre du caractère confidentiel s'attachant à ces opérations et, in fine, à la valorisation économique qu'entend poursuivre l'État ». C'est notamment pour cette raison que le recours à un compte d'affectation spéciale a été écarté et que le compte de commerce, dont les crédits sont évaluatifs et dépourvus d'une justification au premier euro, a été privilégié.

Il convient de remarquer qu'un tel argument semble aller à l'encontre du droit d'information des parlementaires sur la procédure d'attribution des concessions hydroélectriques et sur ses conséquences budgétaires. En particulier, en renchérissant l'accès à la concession, le montant de la dépense et du droit payé par le concessionnaire entrant n'est pas sans effet sur la rentabilité de l'opération pour le nouvel exploitant et donc sur le montant des redevances qu'il serait prêt à verser à l'État en échange de la concession. »

Les divers marchés de conseil arrivant à échéance en mars 2018, la DGEC devrait strictement limiter un éventuel renouvellement de ces marchés aux compétences dont elle ne peut disposer autrement que par un recours à des prestataires privés et faire appel aux compétences existant au sein de l'État dans une logique de projet. Les équipes étant insuffisantes pour faire face seules à l'enjeu, majeur pour la puissance publique, de la gestion des fins de concession et de leur remise en concurrence, il est souhaitable qu'elles bénéficient d'un renfort temporaire de compétences issues des corps d'ingénieurs et des services juridiques de l'État. La sous-traitance, dont les coûts seront répercutés sur les futurs concessionnaires, ne doit en tout état de cause pas concerner les tâches qui relèvent de missions de l'État.

Lors de l'instruction, la DGEC a indiqué envisager de proroger les marchés actuels, déjà conclus pour une durée dérogatoire de six ans¹⁶, à des fins de maîtrise des coûts : *« il serait très pénalisant en termes de coût*

¹⁵ Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2012 (n° 3775), Tome II, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 octobre 2011.

¹⁶ La durée des marchés à bons de commande est limitée à quatre ans dans l'ancien article 77 du code des marchés, sauf dérogation dûment justifiée. Ce texte est repris dans les mêmes termes à l'article 78-III du décret 2016-360.

de passer de nouveaux marchés car il faudrait que les nouveaux titulaires rattrapent la connaissance des vallées correspondantes dans un calendrier contraint. Une prorogation limitée des marchés actuels [...] constituerait dans ce cas de figure une meilleure maîtrise des coûts ». Le droit des marchés publics interdit les prorogations qui « [méconnaissent] l'obligation d'une remise en concurrence périodique »¹⁷. La durée de six ans étant déjà dérogatoire, il conviendra de veiller au respect des textes lors de leur échéance en 2018.

La Cour recommande à la DGEC de s'organiser pour réunir des compétences existant au sein de l'État dans une logique de « mission », et de limiter le recours aux prestataires extérieurs, dans l'optique des renouvellements de marchés en mars 2018,

2.3 Des intérêts moratoires en dépit de crédits disponibles

Des intérêts moratoires avaient été payés en 2013 et 2014, pour des montants modestes (625 € en 2013 et 1 226 € en 2014), mais difficilement compréhensibles en l'absence de problème de trésorerie. La Cour avait recommandé dès 2013 l'amélioration des processus de paiement des fournisseurs pour éviter de régler ces intérêts moratoires.

Le bureau budgétaire de la DGEC indiquait en 2015 avoir mis en place les outils nécessaires pour régler les fournisseurs dans les délais impartis : aucun intérêt moratoire n'a effectivement été dû en 2015.

De nouveaux intérêts moratoires ont été payés en 2016, pour des montants à nouveau faibles (147 €). Au-delà du caractère éminemment symbolique du montant, ces intérêts moratoires concernent deux prestataires sur les trois ayant été rémunérés par le compte de commerce en 2016.

De surcroît, l'indemnité forfaitaire de 40 € prévue à l'article 9 du décret 2013-269¹⁸ a été indûment versée sur un des paiements en 2016, et n'a pas été versée sur une demande de paiement liée à un contrat ayant fait l'objet d'un avenant en 2014.

¹⁷ Article 78-III du décret 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

¹⁸ Décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique.

Ce flou dans l'application des textes réglementaires, et la résurgence des intérêts moratoires ne sont pas un signe de bonne gestion comptable pour un compte de commerce qui dispose de crédits plus que suffisants pour faire face à ses dépenses.

3 LA CONFORMITE AUX PRINCIPES ET REGLES DE LA LOLF

3.1 Le flou des imputations comptables des recettes

La gestion du compte de commerce semble perfectible dans la mesure où, en dépit du nombre très réduit de factures et d'une trésorerie abondante, des intérêts moratoires ont été versés en 2016.

Au niveau de la gestion comptable, les recettes encaissées en 2016 ont été imputées sous Chorus comme des dépenses négatives (rétablissement de crédits), sur le domaine fonctionnel « 914D-0000-31 » : 914D est le domaine des dépenses du compte de commerce 914, et 31 correspond aux dépenses de fonctionnement en comptabilité de l'État. Ces recettes auraient dû être imputées sur le domaine fonctionnel « 914R », le « R » signifiant recette. De même l'imputation aurait dû être effectuée sur le compte budgétaire « 91411 » (ligne 11 du compte de commerce 914), et non « 485121 » (rétablissement de crédits).

La DGEC justifie le choix par le mécanisme retenu d'un rétablissement de crédit afin d'éviter un reversement au budget général. La Cour rappelle que cette opération est identique à celles qu'effectuent les autres comptes de commerce pour leurs recettes, opération qui a été effectuée plus de 15 000 fois pour le seul exercice 2016. Le compte de commerce 914 est le seul à avoir retenu une affectation négative en dépense au lieu d'une affectation positive en recette, en dépit d'une ligne 11 « *Remboursement par le concessionnaire sortant des frais d'expertise et de contre-expertise sur l'état de la concession* » dédiée dans son architecture budgétaire.

3.2 Un compte de commerce ni industriel, ni commercial

Le compte de commerce 914 sert principalement de vecteur financier pour isoler le coût des opérations de renouvellement de

concession hydroélectrique, ce qui ne correspond pas à l'objet d'un compte de commerce au sens de la LOLF.

Les recettes et les dépenses enregistrées par le compte de commerce 914 sont celles imposées par la loi : frais d'expertise de fin de concession (L 521-17 du code de l'énergie), rachat des biens de reprises (L 521-15), indemnité d'éviction (L 521-17).

Comme la Cour l'indiquait dans la note d'exécution budgétaire de 2015, les « *opérations de caractère industriel et commercial* » requises par la LOLF (article 22-I) pour justifier un compte de commerce ne sont pas manifestes dans le cas des concessions hydroélectriques. Ce caractère se déduit de manière générale par un faisceau d'indices : objet du service différent de l'objet normal d'un service de l'Etat, financement semblable à celui d'une entreprise privée et modalités d'organisation du service.

Le service gestionnaire du compte, la DGEC, est une administration, les modes de financement (avances par le Trésor public, remboursement par les concessionnaires entrant ou sortant) est identique à celui d'une concession usuelle, l'objet du service est l'attribution par la puissance publique d'une concession sur le domaine public.

Le recours au compte de commerce est utile pour l'administration pour gérer de façon pluriannuelle des recettes et des dépenses potentiellement importantes (estimées initialement à un milliard d'euros), recettes et dépenses s'équilibrant à terme. Cependant cet argument est désormais de moindre portée du fait de la LTE, qui a sensiblement réduit les montants concernés, et des retards accumulés. Ce recours est de surcroît incompatible avec les principes du droit budgétaire.

La DGEC rappelle que la direction du budget et le Conseil d'État ne se sont pas opposés à la solution du compte de commerce lors de sa création, et que l'achat et la revente des biens de reprises à l'occasion des renouvellements de concession constituent une activité commerciale. La direction du budget considère également que l'activité de renouvellement d'un contrat de concession est une activité industrielle et commerciale.

L'imputation des futures redevances proportionnelles en recette du compte de commerce, qui justifierait une activité de nature commerciale dédiée à la valorisation du patrimoine de l'État en y intégrant les recettes à venir, n'a pas été retenue par le Gouvernement.

Les parlementaires avaient relevé ces fragilités juridiques lors de l'examen du projet de loi de finances pour 2012 : « *le caractère industriel et commercial des opérations retracées sur le compte semble incertain. [...] il semble que le choix privilégié par le Gouvernement a pour objet*

d'éviter plusieurs contraintes qui s'imposeraient à lui si la voie du budget général ou du compte d'affectation spéciale était suivie ».

Pour mémoire, les dépenses du compte de commerce se scindent en trois catégories :

- Les indemnités de fin de concession, estimées initialement de 1 à 1,5 Md€, et désormais à moins de 150 M€, versées au Trésor Public avant qu'elle ne soient exigibles par le concessionnaire sortant. Ces indemnités pourraient être portées par un compte d'affectation spéciale, à l'image du CAS Immobilier. Elles ne nécessitent pas d'autorisation de découvert.
- Les dépenses de renouvellement, essentiellement des prestations de conseil auprès de tiers privés, estimées initialement à 19,1 M€ et désormais à 8,5 M€, dont 1,9 M€ déjà décaissés. Ces dépenses pourraient être portées, eu égard à leur faible montant (6,6 M€ sur 2017-2020), par le budget de la DGEC, et donner lieu lors du renouvellement des concessions à des attributions de produit. La réintégration de ces dépenses au budget général permettrait probablement de substantielles économies.
- Enfin les dépenses d'expertise et de contre-expertise sur l'état de la concession, estimées à 1,8 M€, doivent être remboursées au plus vite par le concessionnaire sortant. Ces dépenses peuvent être portées à titre transitoire par le budget de la DGEC et faire l'objet d'un rétablissement de crédits en application des dispositions de l'article 17-IV de la LOLF.

Un compte d'affectation spéciale (CAS) dédié aux indemnités de fin de concession et le transfert sur la zone budgétaire des autres dépenses du compte de commerce serait plus conforme au droit budgétaire. Ces transferts seraient également plus vertueux pour limiter le recours à des prestataires privés ou accélérer le remboursement des montants avancés par l'État du fait des expertises diligentées sur les concessions sortantes.

La DGEC estime que cette solution pourrait être mise en œuvre avec un CAS et le recours au programme 174 pour les dépenses en zone budgétaire. Elle ne considère cependant pas ce schéma comme plus simple que l'actuel compte de commerce. La direction du budget estime également que depuis la publication du décret 2016-530 du 27 avril 2016, une solution combinant un CAS et des dépenses budgétaires est possible et conforme à la LOLF.

La Cour maintient ainsi sa recommandation tendant à ce que la DGEC cherche une solution alternative au compte de commerce pour la procédure de renouvellement des concessions hydroélectriques.

3.3 Un retard dans la mise en concurrence des concessions à l'origine d'un contentieux européen

Le renouvellement des concessions hydroélectriques devait être anticipé dès 2006, le processus de renouvellement étant implicitement estimé à cinq ans par le décret 94-894¹⁹, et les premières concessions arrivant à échéance en 2011. Cependant, la seule mesure d'anticipation à cinq ans de l'échéance a été l'institution en loi de finances rectificative pour 2006 d'une redevance proportionnelle lors des renouvellements de concession. Le calendrier proposé en 2008 par la DGEC, à la suite du rapport du Conseil général des mines de 2006, rappelait ce délai de cinq ans pour renouveler ces concessions. L'ouverture du compte de commerce en 2012 qui avait pour but de commencer effectivement les renouvellements de concessions hydroélectriques était donc tardive : les premières concessions étaient déjà échues et la durée de cinq ans du processus était bien connue.

Un référé a été adressé par le Premier président de la Cour aux ministres en 2013, pour rappeler le retard pris sur le calendrier initial et le manque à gagner important pour les finances publiques lié à l'absence de redevance proportionnelle (estimé à 50 M€ en 2013). Les ministres ont répondu qu'un regroupement des concessions par vallée était en cours d'élaboration, et que les premiers renouvellements seraient lancés au premier semestre 2014.

En 2015, de nouveaux retards sont dus à l'examen de la loi de transition énergétique²⁰, qui introduisait deux nouveautés pour ces

¹⁹ Notamment par l'article 29 « *Dans un délai de dix-huit mois suivant la demande de l'autorité administrative compétente et au plus tard cinq ans avant la date normale d'expiration du titre de concession, le concessionnaire fournit...* ».

²⁰ Loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

concessions hydroélectriques : la méthode des barycentres et les sociétés d'économie mixte hydroélectriques (SEMH)²¹.

En 2016, les principaux textes d'application de la LTE ont été publiés²² et le cadre juridique du processus de renouvellement des concessions a été stabilisé²³. Aucun avis d'appel public à la concurrence pour le renouvellement des concessions hydroélectriques n'a cependant été lancé, l'argument étant désormais l'existence d'un contentieux avec la Commission européenne.

Le conseil général des mines insistait dès 2006 sur la nécessité de supprimer les « délais glissants » pour forcer l'État à prendre les arbitrages nécessaires dans les délais requis : *« Tout laisse en effet à penser à la mission, qu'en l'absence d'une telle mesure, et quelle que soient les améliorations apportées aux procédures, les pratiques en vigueur d'absence de décision perdurent en raison des facilités qu'elles procurent »*²⁴. Ce jugement semble avoir été confirmé par l'expérience.

Ce contentieux avec la Commission européenne date d'une mise en demeure de la France en octobre 2015, avec un fondement juridique inhabituel. La DG Concurrence est à l'origine de cette affaire, avec un contentieux « anti-trust » sur la position dominante d'EDF, s'appuyant sur les articles 102 et 106 du TFUE (action d'un État conduisant à une position dominante, en lieu et place de l'infraction usuelle sur les aides d'État). Ce contentieux est beaucoup plus rapide que celui des aides d'État, avec une possibilité pour la Commission d'avoir une décision immédiatement exécutoire. L'action porte sur toutes les concessions d'EDF.

Dix ans après les premières dispositions sur le renouvellement des concessions hydroélectriques et cinq ans après l'échéance des premières concessions, aucun avis d'appel public à la concurrence n'a été initié fin 2016. Un contentieux européen est né de cette inaction de l'administration.

²¹ Ces innovations ont été détaillés et analysés dans la note d'exécution budgétaire 2015.

²² Décret n° 2016-530 du 27 avril 2016 relatif aux concessions d'énergie hydraulique et approuvant le modèle de cahier des charges applicable à ces concessions.

²³ Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et Décret n° 2016-1129 du 17 août 2016 relatif à la procédure de dialogue concurrentiel pour les installations de production d'électricité.

²⁴ « Rapport sur le renouvellement des concessions hydroélectriques », conseil général des mines, novembre 2006, p. 34.

3.4 Un retard coûteux pour les finances publiques

Cette inaction, qui pourrait être particulièrement coûteuse pour l'État en cas d'issue défavorable du contentieux européen a déjà des incidences sur les finances publiques. La redevance proportionnelle créée en 2006 par la loi de finances rectificative n'est en effet due qu'après le renouvellement de la concession. Pour les concessions échues et non renouvelées, le régime des « délais glissants » permet au concessionnaire sortant de proroger le contrat de concession initial, c'est-à-dire sans s'acquitter de la redevance proportionnelle prévue à l'article L. 523-2 du code de l'énergie.

La Cour avait invité en 2015 la DGEC à étudier la mise en place d'une redevance proportionnelle pour les concessions échues et non encore renouvelées. La chute des prix de marché de l'électricité, en 2015, ne semblait pas un argument suffisant pour éluder cette problématique : la redevance proportionnelle aurait dû s'appliquer dès 2011 si les concessions avaient été renouvelées à leur échéance.

La rentabilité des concessions hydroélectriques a été cette année analysée. La Cour constate l'absence de méthode indiscutable permettant d'évaluer la rentabilité d'une concession pour l'entreprise qu'il l'exploite. Les concessionnaires remettent chaque année à la DGEC un rapport annuel d'exploitation de la concession indiquant les éléments notables, la production électrique, les charges pesant sur la concession, ainsi qu'une recette « normative ». Cette recette est calculée en valorisant la production instantanée de la concession au prix « spot » des marchés de l'électricité. La différence entre la recette « normative » et les charges conduit à un résultat financier dont l'interprétation est délicate : les recettes sont « fictives » tandis que les charges sont effectivement constatées. EDF a indiqué à la Cour que les recettes devaient être minorées des investissements consentis pour entretenir ou moderniser les installations. Selon la manière de comptabiliser ces investissements, les concessions peuvent être rentables ou déficitaires en comparant les charges et les investissements aux recettes « fictives ».

Les recettes réelles liées à la vente d'électricité, et donc la rentabilité effective des concessions, peuvent être estimées selon plusieurs méthodes, qui reposent chacune sur des hypothèses relatives à la façon de valoriser l'électricité produite, mais qui conduisent globalement à un bénéfice pour le concessionnaire sur la période 2011-2015²⁵. Ce bénéfice est réalisé, pour les concessions échues, en utilisant un ouvrage appartenant à l'État. La

²⁵ Les données pour 2016 n'étaient pas disponibles lors de la rédaction de cette note d'exécution budgétaire.

production hydroélectrique des concessions en délais glissants atteignait 2,1 TWh en 2015, pour laquelle aucune redevance proportionnelle n'est acquittée, alors qu'il n'a pas été apporté la preuve de l'absence de rentabilité.

L'absence de renouvellement des concessions hydroélectriques, conduit à un manque à gagner pour les finances publiques, du fait de l'absence de versement de la redevance proportionnelle.

Les concessions échues restent redevables d'une redevance dépendant de la production électrique, dont le mode de calcul a été actualisé par l'article 2 du décret 2016-530, mais dont le montant reste relativement faible (environ 0,2 €/MWh) : cette redevance a été instituée par l'article 9 de la loi du 16 octobre 1919 et visait des concessions pour lesquelles il existait un amortissement important de l'investissement initial. Une modulation de la formule de calcul de cette redevance dans le cas des concessions en « délais glissants » permettrait, par voie réglementaire, de limiter le manque à gagner pour les finances publiques.

<p>La Cour réitère sa recommandation à la DGEC d'étudier toute disposition permettant le paiement par le concessionnaire d'une redevance plus importante dans le cas des « délais glissants ».</p>
--

4 LES RECOMMANDATIONS DE LA COUR

4.1 Le suivi des recommandations formulées au titre de 2015

1. Le recours à un compte de commerce pour enregistrer ces mouvements financiers n'est pas conforme à la LOLF et la DGEC doit chercher une autre solution pour mener à bien la procédure.

Réponse : « *La Cour suggère le recours à un CAS pour la programmation et le suivi des dépenses retracées actuellement dans le compte de commerce. Cependant, le recours à un compte de commerce est utile pour l'administration pour gérer de façon pluriannuelle des recettes et des dépenses importantes, ce qui sera le cas lorsque les renouvellements seront effectifs. Par ailleurs le CAS ne permet pas d'autorisation de découvert pour faire face aux dépenses de frais de procédure. C'est la raison pour laquelle le ministère n'a pas jugé pertinent à ce stade d'abandonner le recours à un compte de commerce.* »

La Cour maintient cette recommandation, le compte de commerce n'étant pas vertueux pour limiter le recours à des prestataires privés, la réaffectation des dépenses entre un CAS et le budget général pouvant se substituer de façon plus conforme à la LOLF au schéma actuel.

2. Le compte de commerce doit facturer immédiatement aux concessionnaires sortants les dépenses d'analyse des dossiers de fin de concessions que la loi met à leur charge.

Réponse : « *Le ministère a commencé à appliquer cette recommandation, comme le montre les premiers titres de perception émis en 2016, et poursuivra l'application de cette recommandation.* »

La Cour note le début d'application de cette recommandation et la maintient concernant les dépenses résiduelles.

3. La DGEC doit étudier les possibilités d'appliquer la redevance proportionnelle, ou toute autre forme de contribution de la part du concessionnaire, pour les concessions échues en attente de renouvellement (période des « délais glissants »).

Réponse : « *L'article L. 521-16 du code de l'énergie prévoit que les concessions dont le renouvellement n'est pas intervenu à l'échéance du*

contrat, ie exploitées dans le cadre dit des « délais glissants », sont exploitées aux conditions antérieures.

La mise en place d'une régulation économique des concessions pendant cette période nécessite des dispositions législatives modifiant le code de l'énergie. »

La Cour maintient cette recommandation, l'occupation du domaine public hydroélectrique, par des sociétés privées générant des bénéfices, ne pouvant s'effectuer dans des conditions économiques identiques après l'amortissement complet de l'investissement initial.

4.2 Récapitulatif des recommandations formulées au titre de la gestion 2016

4. La DGEC doit s'organiser pour réunir des compétences existant au sein de l'État dans une logique de « mission » et limiter le recours aux prestataires extérieurs.

Nouvelle numérotation	Recommandation	Ancienne numérotation
1.	Le recours à un compte de commerce pour enregistrer ces mouvements financiers n'est pas conforme à la LOLF et la DGEC doit chercher une autre solution pour mener à bien la procédure.	1.
2.	Le compte de commerce doit facturer immédiatement aux concessionnaires sortants les dépenses d'analyse des dossiers de fin de concessions que la loi met à leur charge.	2.
3.	La DGEC doit étudier les possibilités d'appliquer la redevance proportionnelle, ou toute autre forme de contribution de la part du concessionnaire, pour les concessions échues en attente de renouvellement (période des « délais glissants »).	3.
4.	La DGEC doit s'organiser pour réunir des compétences existant au sein de l'État dans une logique de « mission » et limiter le recours aux prestataires extérieurs.	<i>nouvelle</i>

Annexe n° 1 : Données chiffrées

Tableau n° 1 : Résultat du compte de commerce, en M€

	2012	2013	2014	2015	LFI 2016	2016	LFI 2017	2017 (p)
RECETTES	0	0	0	0	0,6	0,55	0,99	1,27
11 – Remboursement par le concessionnaire sortant des frais d’expertise et de contre-expertise sur l’état de la concession	0	0	0	0	0,6	0,55	0,99	1,27
12 – Versement du droit d’entrée par le concessionnaire repreneur	0	0	0	0	0	0		0
13 – Versements du budget général	0	0	0	0	0	0		0
14 – Recettes diverses et accidentelles	0	0	0	0	0	0		0
DEPENSES	0,97	0,9	1,06	0,06	1,1	0,24	1,38	0,97
31 – Achats de prestations intellectuelles dans les domaines technique, juridique et financier	0,97	0,9	1,06	0,06	1,1	0,24	1,38	0,97
<i>Dont prestations pour les expertises de fin de concession</i>	0,04	0,3	0,68	0,03		0,16		0,68

<i>Dont prestations liées à l'organisation des procédures de renouvellement</i>	0,93	0,6	0,38	0,02		0,08		0,29
32 – Versement des indemnités de fin de concession	0	0	0	0	0	0		0
33 – Versements au budget général	0	0	0	0	0	0		0
34 – Dépenses diverses et accidentelles	0	0	0	0	0	0		0

Source : Cour des comptes d'après documentation budgétaire (exécution 2012-2015 et LFI 2016-2017), Chorus (exécution 2016) et DGEC (prévisions 2017)

Tableau n° 2 : Solde du compte de commerce, en M€

	2012	2013	2014	2015	2016	2017 (p)	2018 (p)
Solde au 1^{er} janvier	0	-0,97	-1,91	-2,97	-3,03	-2,72	-2,42
Dépenses de l'année	0,97	0,94	1,06	0,06	0,24	0,97	3,18
Recettes de l'année	0	0	0	0	0,55	1,27	0,38
Solde au 31 décembre	-0,97	-1,91	-2,97	-3,03	-2,72	-2,42	-5,22
<i>Autorisation de découvert</i>	<i>-4,7</i>	<i>-4,7</i>	<i>-4,7</i>	<i>-4,7</i>	<i>-4,7</i>	<i>-6,2</i>	<i>-6,2</i>

Source : Cour des comptes d'après documentation budgétaire (2012-2015), Chorus (2016) et DGEC (prévisions 2017 et 2018)