



Fondation Paris-Dauphine



Articulation entre concessions et régulation

Synthèse de séminaire

Séminaire du Club des Régulateurs

Université Paris-Dauphine, 19 octobre 2018



Table des matières

Introduction	3
Identification du périmètre de la régulation analysée.....	5
Une perspective d'économie du droit.....	10
Les objectifs de la régulation par/sur les concessions.....	12
Les moyens de la régulation	14
Débat	18



Articulation entre concessions et régulation

Séminaire du Club des Régulateurs
19 octobre 2018

Quand il s'agit d'infrastructures très capitalistiques, la puissance publique peut choisir de déléguer leurs financement, développement, entretien et exploitation à des sociétés tierces dans le cadre de contrats de concession. Ces sociétés concessionnaires bénéficient, en contrepartie, du droit de percevoir un péage auprès des usagers.

Bien que l'on rencontre des contrats de concession dans de nombreuses industries de réseau (eau, électricité et gaz, transports aérien et maritime, télécommunications), il n'est ni d'usage, ni conforme à la logique du contrat même de concession, qu'un régulateur interfère dans la relation entre concessionnaire et autorité concédante. Il existe pourtant une tendance à ce que les régulateurs soient amenés à se pencher sur des éléments de cette relation, notamment en matière de tarification, comme c'est le cas de l'ARAFER pour les concessions autoroutières. Qu'il s'agisse des télécoms, de l'énergie, d'autres secteurs semblent concernés par cette évolution.

Comment l'intervention d'une autorité de régulation se justifie-t-elle dans le cadre d'un contrat entre l'Etat ou une collectivité territoriale et un opérateur privé ? Quels sont les outils de cette régulation ? Comment l'intersection entre régulation et concession s'organise-t-elle dans les différents secteurs d'activité ?

Introduction

Claudie Boiteau

Professeure de droit public, Université Paris-Dauphine – PSL

La régulation économique, qui ne saurait être réduite au contrat, est conçue comme une fonction de puissance publique exercée par une autorité indépendante en vue de la réalisation d'un équilibre optimal entre un objectif concurrentiel et d'autres objectifs d'intérêt général.

Les contrats de concession

Depuis les ordonnances de 2015 et 2016, les contrats dits de la commande publique s'articulent autour des marchés et des contrats de concession. La définition du contrat de concession met désormais l'accent sur le risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, la part de risque transféré devant impliquer une réelle exposition aux aléas du marché. Ce matin, je vous propose de retenir une acception souple de cette notion. En effet, certains des contrats, comme les contrats de réseau d'initiative publique (RIP), peuvent entrer dans la catégorie des marchés, notamment de partenariat. Les concessions de distribution d'électricité et, dans une moindre mesure, de gaz, sont elles aussi d'un genre bien particulier.

L'intervention d'un régulateur dans la vie d'une concession

Habituellement, le régime juridique de ces contrats, fussent-ils publics, n'appelle pas l'intervention d'une autorité indépendante de régulation. Toutefois, il est dans la logique de la régulation d'une infrastructure essentielle et monopolistique que le régulateur en définisse les modalités d'accès, à commencer par le tarif d'utilisation. S'agissant des concessions d'autoroute, c'est l'inefficacité de l'État co-contractant qui a conduit le législateur à confier à un régulateur indépendant un rôle de régulation – que l'on dira peut-être concurrentielle – du contrat. Nous verrons également ce qu'il en est de la régulation des concessions aéroportuaires et des RIP.

Quels moyens pour cette régulation ?

Les moyens des régulateurs peuvent-ils être catégorisés ? Sont-ils mis en œuvre ex ante ou ex post ? Certains moyens contentieux, comme le référé pré-contractuel ou la procédure de règlement des différends, sont-ils considérés comme des instruments de la régulation ? Quelles difficultés les régulateurs rencontrent-ils pour exercer leurs missions ?

La régulation économique de la fibre optique

Jeremy BONAN | Chef de l'unité fibre optique, Arcep

La grande histoire des télécoms, en France, vise à rapprocher la fibre optique du client final en équipant aussi les boucles locales. Ainsi, la fibre optique a vocation à desservir des poches existantes et remplacer les réseaux, à l'issue d'une période de cohabitation. Dans ce contexte, il s'agit de s'assurer que ce déploiement des infrastructures ne remet pas en cause la concurrence qui s'est développée sur le réseau historique avec le dégroupage. D'autres pays ont fait d'autres choix technologiques, en modernisant le réseau existant. L'objectif du plan France Très Haut Débit vise à couvrir l'intégralité du territoire par des réseaux fixes à très haut débit d'ici fin 2022, dont 80 % par de la fibre optique jusqu'à l'abonné (FttH – Fibre to the Home).

Dans le secteur des communications électroniques, il serait réducteur d'évoquer uniquement de concessions. L'on parle plutôt de réseaux d'initiative publique (RIP). En 2004, la loi a permis aux collectivités territoriales de devenir opérateurs de communications électroniques sur les marchés de gros. L'intervention publique directe hors régulation est donc décentralisée. Par ailleurs, l'intervention des collectivités mobilise tout le champ des formes de gestion (régies directes, des régies passant des marchés de travaux, contrats marchés de travaux et affermage, pures concessions, marchés de partenariat, etc.). Enfin, lorsqu'elle met en œuvre des subventions publiques – ce qui est la règle générale en France – cette intervention est aussi encadrée par le droit européen des aides d'État.

Outre une régulation historique, concurrentielle, l'Arcep effectue une régulation symétrique (qui s'applique à tout opérateur qui déploie de la fibre optique jusqu'à l'abonné). Au titre des RIP, les collectivités locales ont des obligations, mais elles sont aussi bénéficiaires de la régulation, qu'elles utilisent pour déployer leur réseau. Par ailleurs, l'Arcep suit une approche différenciée selon les deux zones réglementairement distinguées. Dans les zones très denses, qui représentent environ 1 % de la surface du territoire, la mutualisation a généralement lieu en pied d'immeuble. Dans les zones moins denses, la mutualisation intervient au niveau de points qui regroupent au moins 1 000 lignes.

Dans les télécoms, le modèle du co-investissement crée un nouveau barreau sur l'échelle des investissements. La régulation de l'Arcep s'efforce de faire monter les opérateurs sur cette échelle. Cette logique se révèle plus efficace que la duplication du réseau, réduit les OPEX par ligne, limite l'exposition au risque de régulation, augmente la prévisibilité et réconcilie régulation et investissement.

La régulation économique des aéroports

Caroline GIBON | Cheffe du bureau de la régulation économique des aéroports, DGAC

Historiquement, le bureau de la régulation économique des aéroports était à la fois l'autorité délégante pour les concessions aéroportuaires des aéroports d'État et le régulateur unique des redevances aéroportuaires. Mais depuis 2016, l'autorité de supervision indépendante (ASI) est chargée d'effectuer la régulation des aéroports de plus de 5 millions de passagers. L'État conserve le pouvoir réglementaire pour élaborer le cadre général de régulation. Il continue de négocier et signer les contrats de régulation économique quinquennaux avec les exploitants des aéroports d'État et d'homologuer les redevances aéroportuaires des aérodromes d'Etat de moins de 5 millions de passagers.

La plupart des 120 aéroports français avec une activité de transport commercial de passagers sont décentralisés et propriété des collectivités territoriales. Seule une vingtaine d'aéroports demeurent de la compétence de l'État, car ils sont jugés d'intérêt national ou international. Il convient également de préciser qu'Aéroports de Paris (AdP), qui est de la compétence de l'Etat, n'est pas une concession dans la mesure où la société est propriétaire de ses actifs. Les autres aéroports sont souvent des concessions strictes : la gestion des actifs est déléguée à un opérateur privé et ces actifs doivent être remis en bon état à l'État ou la collectivité propriétaire en fin de concession.

La durée des concessions actuellement en cours varie de 15 à 55 ans pour les aéroports d'État. Elle est censée être alignée sur la durée d'amortissement des investissements réalisés par le concessionnaire, mais doit aussi permettre à ces derniers d'obtenir une rentabilité raisonnable, les trois sources de revenus étant les services aéroportuaires (redevances), les activités commerciales (aérogares et parkings) et les activités de diversification (location de surfaces et projets immobiliers).

Les concessions aéroportuaires se caractérisent par l'absence de linéarité des investissements. Les cycles d'investissement sont d'environ 10 ans, avec des Capex très lourds, et s'adaptent au business model des compagnies aériennes qui sont en constante évolution.

Un autre élément dimensionnant des concessions aéroportuaires est le caractère monopolistique de l'activité, du moins pour les plus gros aéroports et plus particulièrement pour le marché du trafic point à point. Cette situation a donc nécessité l'adoption de règles de régulation économique édictées par une directive de l'Union européenne. En l'occurrence, la directive relative aux redevances aéroportuaires de 2009 a imposé la création d'une ASI dans chaque Etat-membre. La réglementation vise, d'une part, à limiter l'asymétrie d'information entre le monopoliste et les usagers (compagnies aériennes) et, d'autre part, à limiter la rentabilité de l'exploitant aéroportuaire en situation de monopole à un niveau raisonnable pour que le marché soit efficace. Cette rentabilité est jugée à l'aune du coût moyen pondéré du capital (CMPC). En France, les contrats de régulation économique quinquennaux sont incorporés aux contrats de concession ; les tarifs des redevances sont donc fixés pour cinq ans et non pour toute la durée de la concession. Il s'agit là d'une particularité des concessions aéroportuaires d'Etat au regard de l'ordonnance relative aux contrats de concession de 2016. Dans le cas des aéroports, il faut en effet tenir compte de l'évolution de la rentabilité du délégataire

investisseur : en début de concession, la rentabilité est bien inférieure au coût moyen pondéré du capital tandis qu'en fin de concession, elle l'excède. Or la règle de régulation précitée ne permet a priori pas un tel écart de rentabilité avec l'indicateur CMPC. Il faut donc trouver des solutions pour réconcilier la règle et les faits afin de trouver des acteurs qui acceptent d'investir et d'opérer les plateformes aéroportuaires. Une solution pourrait être l'aménagement du périmètre régulé, qui ne couvrirait plus l'intégralité de l'activité de l'entreprise concessionnaire mais certaines activités seulement, d'autres ne voyant pas leur rentabilité plafonnée – sous réserve que l'équilibre économique du contrat ne soit pas déstabilisé à l'avantage du concessionnaire.

La régulation économique des concessions de distribution d'électricité et de gaz naturel

Frédéric GRAVOT | Directeur adjoint des réseaux, CRE

En France, les réseaux de distribution d'énergie relèvent du régime des concessions. La situation des réseaux de transport est un peu différente : le transport d'électricité relève d'un régime de concession nationale avec l'Etat où RTE est propriétaire des actifs pendant toute la durée de la concession, le transport de gaz relève d'un régime d'autorisation où les transporteurs sont pleinement propriétaires de leurs réseaux.

En matière d'électricité, les collectivités locales, qui sont propriétaires des réseaux, ont la mission d'organiser le service public de la distribution aux 35 millions d'utilisateurs du territoire. Pour cela, elles concèdent l'exploitation de leur réseau à des distributeurs (Enedis, qui représente 95 % des quantités d'électricité acheminées, et environ 160 entreprises locales de distribution (ELD) de tailles très variables), au travers d'environ 550 contrats de concession d'une durée classique de 25 à 30 ans. Pour la distribution du gaz naturel aux 11 millions d'utilisateurs de 9 500 communes, l'organisation est la même avec un opérateur principal, GRDF, qui représente 95 % des quantités de gaz acheminées, et 25 ELD, dans le cadre d'environ 5 400 contrats de concession.

Le régime de concession pour la distribution d'électricité et de gaz naturel en France est toutefois dérogoratoire au droit commun des concessions locales de service public. En effet, et en premier lieu, la distribution d'énergie fait l'objet d'un monopole légal, sur chaque zone de desserte des distributeurs, depuis la loi de nationalisation de 1946. Le corollaire est que les autorités organisatrices de la distribution publique d'énergie (AODE) n'ont pas d'autre choix que de choisir le distributeur présent sur leur territoire lorsqu'une concession arrive à son terme (à l'exception des nouvelles délégations de service public pour la distribution de gaz depuis 2007). Cette situation de monopole a d'ailleurs été confirmée par l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ainsi que par une décision du Conseil d'Etat de 11 mai 2016 concernant Enedis. Ensuite, les opérateurs de distribution sont soumis à un principe de non-discrimination entre utilisateurs, quelles que soient les spécificités des différents contrats de concession auxquels ils sont soumis. En outre, les tarifs d'utilisation de ces infrastructures ne sont pas définis par le contrat de concession, mais par le régulateur (la Commission de régulation de l'énergie - CRE) dans le respect du principe de péréquation nationale en électricité et à la maille des zones de desserte des distributeurs en gaz, imposant de mutualiser l'ensemble des coûts des distributeurs. Ce

principe de solidarité est fondamental en énergie. Enfin, les distributeurs sont soumis à un principe de spécialité, les missions de service public des opérateurs étant définies par la loi. Ce point est important dans la mesure où les autorités organisatrices de la distribution d'énergie se font de plus en plus pressantes pour confier aux opérateurs des missions sortant de leur périmètre de monopole régulé (maîtrise de l'énergie, aval compteur, etc.), les distributeurs poussant également pour avoir une acceptation large de leurs missions.

Concernant la définition du périmètre des concessions de distribution, une vision simpliste serait de le définir comme tout ce qui se trouve en aval des postes de livraison ou de transformation à l'interface entre transport et distribution et les compteurs chez les consommateurs. Ce n'est pas si simple, et l'action du législateur est parfois nécessaire pour préciser ou clarifier le périmètre de concession, qui s'avère assez complexe. A titre d'exemple, la récente loi Élan, approuvée il y a deux jours, a significativement clarifié le statut des 1,8 millions de colonnes montantes dans les immeubles : d'ici deux ans, elles appartiendront à la concession, sans aucune condition de remise en état. Avant cela, la situation était assez floue.

Une autre particularité, propre cette fois à la distribution d'électricité, est l'existence d'un double système urbain / rural en matière de maîtrise d'ouvrage et de financement des réseaux : le FACE (Fonds d'amortissement des charges d'électrification). Ainsi, en zone rurale, la maîtrise d'ouvrage et le financement du développement des réseaux reviennent aux autorités organisatrices de la distribution d'électricité, alors qu'il incombe aux distributeurs en zone urbaine.

Enfin, si la concurrence fonctionne bien sur les zones de desserte des deux principaux opérateurs Enedis et GRDF, elle reste quasi inexistante pour les consommateurs particuliers sur le territoire des concessions des ELD d'électricité et de gaz naturel. C'est un constat d'échec de l'ouverture des marchés sur le segment des particuliers, pourtant opérée en 2007.

La régulation des concessions autoroutières

Thomas PERTUISET | Directeur de l'unité transport routier de voyageurs et autoroutes, ARAFER

Avec 11 000 kilomètres, le réseau autoroutier français représente 1 % du réseau routier national, mais supporte 15 % du trafic. 9 000 kilomètres sont concédés à des tiers dans le cadre de 18 contrats de concession, exploités par 17 sociétés. L'ARAFER n'est compétente que pour ces contrats.

Les contrats de concession autoroutiers sont classiques. La conception, la construction, l'exploitation, l'entretien, la maintenance, le renouvellement et le financement des ouvrages sont confiés à un tiers. Le concessionnaire est rémunéré par le tarif de péage perçu auprès des usagers et, dans certains cas exceptionnels, par des subventions publiques. Les contrats sont exploités aux risques et périls du concessionnaire. Les tarifs de péage sont théoriquement fixés une fois pour toutes par le contrat, avec des clauses d'évolution annuelle. Les contrats sont conclus pour une durée comprise entre 40 et 80 ans, visant à permettre l'amortissement des ouvrages sur la durée de la concession et à garantir une rentabilité raisonnable.

Deux grands types de sociétés et de contrats entrent dans le périmètre de l'ARAFER : 9 sociétés historiques (7 privées et 2 publiques, qui représentent 95 % du réseau) et 8 sociétés récentes ayant fait l'objet d'une mise en concurrence. Les contrats sont assez hétérogènes.

Les ordonnances « concession » s'appliquent de manière pleine et entière au secteur autoroutier, notamment les dispositions relatives aux avenants aux contrats existants, conclus de gré à gré avec l'autorité concédante. C'est donc le droit des concessions classique qui s'applique, avec quelques aménagements prévus par le code de voirie routière pour le secteur autoroutier concédé – qui prévoient notamment l'intervention du régulateur.

Deux événements ont fortement impacté le secteur autoroutier et sont à l'origine de la création de l'ARAFER : l'accord passé avec la Commission européenne à la fin des années 1990 (fin de l'adossement) et l'application au secteur autoroutier, à compter de cet accord, des règles de la commande publique ; la privatisation des sociétés d'économie mixte en 2006, rachetées pour la plupart par des entreprises du secteur des travaux publics.

Les missions de l'ARAFER consistent à informer les parties prenantes et éclairer le débat public ; réduire l'asymétrie d'information et de pouvoir de négociation entre les concessionnaires et l'autorité concédante ; concourir au bon fonctionnement concurrentiel des marchés sur lesquels interviennent les concessionnaires, en intervenant de façon ex ante. Nous n'entendons pas nous substituer à l'autorité concédante dans la relation contractuelle avec les sociétés concessionnaires, notamment concernant l'évolution des tarifs de péages – lesquelles sont prévues par le contrat. Enfin, l'ARAFER doit aussi contrôler les marchés passés « pour les besoins de la concession ». Cette notion est loin d'être claire.

Une perspective d'économie du droit

Frédéric MARTY | Chargé de Recherche CNRS, Groupe de Recherche en Droit, Économie, Gestion – Université Côte d'Azur

La régulation des contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes (SCA)

Dès 2005, l'Autorité de la concurrence s'est intéressée aux problèmes qui pouvaient dériver de la privatisation des sociétés autoroutières et de leur possible rachat par des entreprises de travaux publics (TP). Il s'agissait notamment de savoir si la régulation par le contrat était suffisante pour prévenir d'éventuels conflits d'intérêts notamment en termes d'attribution des marchés de travaux. D'éventuelles distorsions pouvant mettre en cause une concurrence à égalité des armes entre entreprises de travaux publics et indirectement peser sur les péages. Depuis, trois ensembles de SCA sont passés sous le contrôle d'opérateurs susceptibles de bénéficier des marchés des concessions : APPR et Area pour Eiffage ; Sanef et SAPN pour Abertis ; ASF, Corifoute et Escota pour Vinci. Un avis de 2013 de l'Autorité de la concurrence montrait que 35 % des contrats étaient attribués à des entreprises liées verticalement aux sociétés concessionnaires. L'Autorité relevait que celles qui contrôlaient des SCA avaient tendance à passer plus de marchés sur leurs propres SCA – reste à savoir si c'est un problème concurrentiel ou pas : le choix d'une entreprise liée peut également être lié à ses mérites.

Dans ce même avis, l'Autorité avait mis en exergue des préoccupations quant aux règles d'attribution des marchés. Dans une majeure partie des cas, le seul critère d'attribution était le prix. De surcroît dès lors que le coût des travaux était intégré ex ante dans le contrat de concession, plusieurs stratégies exploitant les asymétries d'information pouvaient être mises en œuvre reposant sur des logiques de localisation du profit entre la société concessionnaire et l'entreprise de TP qui lui était liée. De tels risques, qui s'accompagnaient de plus de possibles entraves à l'accès aux marchés des firmes de TP concurrentes, conduisirent la Cour des comptes à recommander, dans son rapport de juillet 2013, de prendre des mesures visant à renforcer la transparence de ces marchés.

En 2015, la loi Macron a introduit une régulation extérieure – celle de l'ARAFER – pour les tarifs de péage, les passations des marchés de travaux, services et fournitures, et les contrats relatifs aux aires de services. En 2017, 82 % des mises en concurrence se faisaient par le biais d'appels d'offres ouverts. L'un des progrès observés par l'ARAFER est que le prix n'est plus l'unique critère d'attribution, même s'il reste prédominant. Quoi qu'il en soit, les questions relatives aux modalités de mise en concurrence demeurent. Ainsi, même si les marchés autoroutiers ne représentent pas une part écrasante des marchés des sociétés de TP, l'impact sur leur rentabilité existe. Les filiales TP de certains opérateurs réalisent une part importante de leur chiffre d'affaire autoroutier avec les SCA liées. Se pose également la question de la probabilité à remporter les marchés qui peut être très significativement plus élevée dans les marchés des SCA liées que dans celles qui ne le sont pas.

La régulation des contrats passés entre les aéroports et les compagnies aériennes

Outre le risque de biais dans l'attribution des marchés lorsqu'il existe une intégration verticale, que nous venons de relever pour les concessions autoroutières, le cas des conventions entre les compagnies aériennes et les aéroports est intéressant. Le développement des opérateurs à bas coûts a entraîné une transformation du secteur. Face aux transporteurs aériens, certaines plateformes aéroportuaires ont un pouvoir de marché (parce qu'elles sont en situation de monopole), d'autres non. Peuvent alors se poser des problèmes de monopsonie. La compagnie peut alors exploiter son pouvoir de négociation sous la forme de ristournes sur les redevances, de prise en charge d'une partie des coûts d'escale au profit, voire des co-financements de campagnes marketing.

Ces pratiques ont donné lieu à un abondant contentieux concurrentiel mais aussi à une évolution des lignes directrices européennes. Celle-ci est allée dans le sens d'un assouplissement des aides publiques à l'investissement et pour l'exploitation – ce qui devrait être systématiquement refusé au regard des principes fondamentaux du droit de la concurrence de l'Union.

Toutefois, dès lors que l'on considère un aéroport comme une plateforme biface, il peut équilibrer ses comptes par ses activités aéronautiques ou commerciales. Il pourrait ainsi accepter une perte relative sur le versant aéronautique de son activité pour accroître les flux de passagers qui génèrent des recettes d'exploitation additionnelles sur le versant commercial. Un déficit pérenne sur le versant aéronautique peut donc être envisagé. L'accord crée un surplus additionnel mais reste à déterminer sa répartition entre l'aéroport et la compagnie. Une réglementation des redevances par prix plafond permet d'éviter qu'un aéroport en position dominante n'abuse de son pouvoir de marché. Quid si ce pouvoir appartient à la compagnie ? Une régulation par prix plancher ne pourrait-elle pas alors limiter d'éventuelles pertes ?

Enfin, prendre en considération l'articulation entre recettes commerciales et aéronautiques dans le modèle économique d'un aéroport pour s'interroger sur le partage du surplus entre ce dernier et les compagnies aériennes nécessite de s'attacher aux débats actuels sur les avantages et les défauts qui caractérisent les modèles de caisse unique, de caisse unique aménagée ou de double caisse.

Le modèle de la caisse unique est le plus favorable aux compagnies aériennes puisque la mutualisation des ressources réduit sur le montant des redevances aéronautique. À l'inverse, le système de double caisse est a priori plus favorable aux aéroports mais peut s'avérer nécessaire au financement des investissements. Les enjeux et la difficulté de l'arbitrage sont significatifs.

Finalement, le cas des marchés de travaux des SCA et des conventions entre aéroports et compagnies illustrent la question de l'équilibre entre relève de la régulation par contrat et la régulation en provenance de tiers (autorités de régulation sectorielles, Autorité de la concurrence, juridictions de contrôle des comptes publics, juridictions administratives).

Les objectifs de la régulation par/sur les concessions

La régulation de l'Arcep

Jeremy BONAN

Il est courant d'opposer concurrence et investissement. Pourtant, la régulation vise à assurer l'investissement d'un opérateur pour construire une infrastructure, mais aussi la participation des autres opérateurs à cet investissement, pour assurer sa sécurité juridique. L'objectif est d'engager un cercle vertueux entre investissement, innovation, monétisation et concurrence. En l'occurrence, sur un marché de détail pourtant très concurrentiel, les investissements des opérateurs sont repartis significativement à la hausse, y compris hors redevances pour les fréquences. Concernant les RIP, la régulation n'a pas non plus empêché l'investissement en zone publique. Elle a même posé des conditions préalables qui contribue au succès de ces réseaux. Finalement, les obligations posées par l'Arcep participent à l'homogénéisation des réseaux et à leur interopérabilité.

La régulation de l'Etat et la DGAC

Caroline GIBON

La régulation poursuit cinq objectifs : prendre en compte le pouvoir de marché des plus grands aéroports afin d'assurer le bon fonctionnement du marché et donc in fine développer le trafic aérien avec des offres différenciées et sans discrimination entre les usagers que sont les compagnies aériennes ; permettre une plus grande transparence en cas de monopsonne ; contrôler les biais introduits par l'intégration verticale des concessionnaires, en imposant des mises en concurrence pour les marchés qu'ils passent ; surveiller les niveaux de prix de l'activité commerciale en aérogare (ce volet pourrait relever du droit commun de la concurrence) ; permettre le financement des coûts de sûreté et de sécurité grâce à la péréquation de ces coûts à l'échelle nationale.

La régulation de la CRE

Frédéric GRAVOT

Concernant les objectifs de la régulation, le code de l'énergie précise que la CRE concourt au bon fonctionnement des marchés d'électricité et du gaz naturel au bénéfice des consommateurs finals et en cohérence avec les objectifs de la politique énergétique. Plus précisément, la CRE régule, d'une part, les réseaux et les infrastructures de gaz et d'électricité (assurer un accès non-discriminant et transparent aux réseaux) et, d'autre part, les marchés (veiller à leur bon fonctionnement et au développement de la concurrence).

Il est en effet nécessaire de réguler les réseaux et infrastructures d'énergie, dans la mesure où il s'agit d'infrastructures essentielles, non duplicables et opérées par des monopoles qui sont tous des filiales de grands groupes ayant des activités de fourniture et de production.

On peut d'ailleurs noter que les coûts d'utilisation de ces infrastructures représentent environ 30 à 40% du prix final de l'électricité ou du gaz naturel que le consommateur paye.

On comprend donc aisément que la clef de l'ouverture des marchés repose sur un accès transparent et non discriminatoire des utilisateurs aux réseaux et infrastructures d'électricité et de gaz naturel.

Plus concrètement, pour mener à bien ses missions et atteindre ces objectifs, la CRE définit les tarifs d'utilisation de ces infrastructures – le ministre a deux mois pour demander une nouvelle délibération, dans des conditions bien définies –, s'assure du bon développement des infrastructures et définit leurs règles d'accès, surveille le comportement et l'indépendance des opérateurs, prépare l'avenir (réflexion sur les smart grids, les compteurs évolués, les véhicules électriques, incite aussi à être innovants et à favoriser l'innovation des tiers dans le cadre de l'utilisation des données du réseau) et bien sûr se coordonne à un niveau européen avec ses homologues.

La régulation de l'ARAFER

Thomas PERTUISET

L'ARAFER effectue une régulation du contrat et une régulation de contrôle du concessionnaire, avec trois objectifs distincts en fonction du bénéficiaire : renforcer la transparence pour les parties prenantes ; s'assurer de la bonne prise en compte des intérêts de l'utilisateur ; s'assurer du bon fonctionnement concurrentiel des marchés de travaux de fournitures et services et des contrats de sous-concession pour l'exploitation des installations annexes.

Les moyens de la régulation

Les moyens de l'Arcep

Jeremy BONAN

La régulation sectorielle symétrique est plutôt une exception en Europe, mais présente de nombreuses vertus, notamment celle de permettre l'interopérabilité des réseaux. En outre, avec la double action de l'industrie et du régulateur, une grammaire commune a pu être développée pour assurer l'interopérabilité des systèmes d'information. L'action du Gouvernement, au travers du plan France Très Haut Débit, a également permis de limiter la balkanisation des réseaux en conditionnant les subventions de l'État au respect de prescriptions.

Pour s'assurer de la mise en œuvre de ses décisions, l'Arcep organise régulièrement des réunions multilatérales. Concernant la collecte des données, elle a adopté une démarche d'open data et a élaboré un outil cartographique permettant de suivre l'avancée des déploiements. Elle n'éprouve pas de difficulté à récupérer les informations tarifaires servant à la régulation des RIP, mais il pourrait en aller différemment lorsqu'il s'agira de collecter des données sur les coûts.

Les outils sont classiques : enquête administrative, règlement des différends, procédure de contrôle et de sanctions.

Par ailleurs, la loi Macron de 2015 prévoit que les RIP FttH doivent communiquer à l'Arcep leurs tarifs deux mois avant leur entrée en vigueur. Elle confie à cette dernière le soin de vérifier que les tarifs ne sont pas inférieurs à ceux pratiqués en zone plus concurrentielle et de définir des lignes directrices. L'Arcep s'est également fixé pour mandat d'accompagner les RIP jusqu'au succès commercial. Outre la sécurité juridique et financière, il s'agit de s'assurer qu'idéalement le catalogue de services n'est pas une variable d'ajustement, mais une donnée de la mise en concurrence. Enfin, pour s'assurer de l'effectivité de sa régulation, l'Arcep surveille le taux de remplissage des réseaux.

Enfin, la loi Macron a modifié la procédure de règlement des différends pour donner la qualité de partie à une collectivité locale dans le cadre d'une concession. Cette innovation entraîne un règlement des différends « à trois ».

Les moyens de la DGAC

Caroline GIBON

Pour assurer la régulation économique au sens strict, la DGAC dispose de trois outils : la définition du modèle de caisse (simple, aménagée, double) en délimitant le périmètre régulé ; l'homologation annuelle des tarifs des redevances (par l'ASI pour les aéroports de plus de 5 millions de passagers et par la DGAC pour les aéroports d'État de moins de 5 millions de passagers) ; la conclusion de contrats de régulation économique (il y en

a un en vigueur à Paris, Toulouse et Lyon), signés avec l'État et validés par l'ASI. Si les objectifs de qualité de service fixés dans le contrat de régulation économique (CRE) ne sont pas atteints, des malus tarifaires peuvent être imposés. Par ailleurs, en cas de caisse aménagée ou double, il convient de faire attention à l'allocation des actifs, des produits et des charges à chacun des deux périmètres. Cela représente un important travail qui doit être effectué au moment de la signature du CRE et actualisé durant la vie du contrat.

Les moyens de la CRE

Frédéric GRAVOT

Trois grands moyens peuvent être cités : la tarification des réseaux qui est une des missions principales et régaliennes de la CRE ; la définition des règles d'accès via les concertations et des consultations publiques qui sont dans l'ADN de la CRE ; le règlement des différends et des sanctions via le CoRDIS. Il convient de préciser que la CRE n'a aucune compétence concernant les contrats de concession passés entre les autorités organisatrices de la distribution d'énergie et les opérateurs de réseaux.

Depuis 2008, la CRE a mis en œuvre une tarification incitative pluriannuelle, les tarifs durant désormais 4 ans avec des règles d'évolution annuelles claires et transparentes, et fondée sur des mécanismes de régulation très majoritairement définis ex ante. Elle vise à inciter les opérateurs à maîtriser leurs coûts tout en améliorant leur qualité de service et leur qualité d'alimentation. Une telle régulation permet de donner de la visibilité aux acteurs du marché, ce qui est essentielle, d'une part, pour les fournisseurs d'énergie qui peuvent ainsi faire des offres sur plusieurs années et, d'autre part, pour les opérateurs afin de leur permettre de mettre en œuvre les leviers de productivité.

Concrètement, la CRE assigne aux opérateurs des trajectoires prévisionnelles de coûts sur la période tarifaire à venir avec potentiellement des objectifs de productivité, puis prend en compte les niveaux de productivité effectivement atteints pendant cette période pour définir les tarifs suivants. C'est un outil efficace pour réduire l'asymétrie de l'information. D'autres mécanismes ont été mis en place pour inciter les opérateurs, tels que des indicateurs de suivi de la qualité de service et de l'alimentation assortis d'objectifs et d'incitations financières (bonus/malus) et un affichage des résultats atteints par les opérateurs (« name and shame »). Les opérateurs sont également incités à innover, en mettant en place des Smart Grids par exemple.

Par ailleurs, la CRE n'a pas de pouvoir d'approbation des investissements concernant la distribution. L'élaboration des programmes d'investissements est du ressort des AODE et des distributeurs, à travers des conférences départementales, et sont soumis à l'examen du comité du système de distribution publique d'électricité. Les tarifs définis par la CRE couvrent à l'euro les investissements des opérateurs. Pour autant, la CRE a mis en place un suivi et une incitation financière des coûts unitaires des distributeurs, en leur assignant des trajectoires, afin d'inciter les distributeurs à investir au juste coût : ils perdent de l'argent s'ils ne la suivent pas, mais ils perçoivent un bonus dans le cas contraire. C'est également un outil intéressant pour réduire l'asymétrie de l'information lors de la définition des tarifs suivants.

Pour mener à bien ses missions de tarification, la loi confère à la CRE un accès à toutes les données nécessaires dont disposent les opérateurs de réseaux. Cette transparence imposée aux opérateurs de réseaux, la CRE se l'applique à elle-même dans ses décisions tarifaires qui sont publiques et très précises en termes de trajectoires financières et de fonctionnement des différents mécanismes incitatifs. La seule délibération TURPE HTA-BT (le tarif de distribution d'électricité) fait environ 160 pages, par exemple ! La CRE publie également simultanément à ses décisions tarifaires la totalité des rapports réalisés par des consultants externes pris en compte pour établir les tarifs.

Force est de constater que cette régulation incitative ex ante pluriannuelle fonctionne bien et s'améliore à chaque période tarifaire. Elle est d'ailleurs pratiquée par l'ensemble des régulateurs européens dans des formes souvent très proches.

Le projet de compteur évolué Linky en électricité (comme Gazpar en gaz d'ailleurs) est un autre sujet exemplaire de régulation. Ce projet est hors normes pour un distributeur, qui fait d'ordinaire des investissements diffus tout au long de l'année : son coût est estimé à un peu plus de 5 Md€ et son déploiement durera 6 ans. En contrepartie, des gains très conséquents sont attendus, qui se comptent en milliards d'euros. La CRE a défini pour ce projet un cadre de régulation qui, là encore, incite l'opérateur à maîtriser les coûts du projet, à respecter le calendrier de déploiement et à atteindre les niveaux de performance attendu du compteur évolué. Le déploiement est parfaitement en ligne avec ces objectifs : les coûts sont respectés, ainsi que le calendrier puisqu'environ 13 millions de compteurs ont déjà été posés sur un total de 36 millions, à un rythme impressionnant de 30 000 compteurs posés par jour, avec le niveau de qualité attendu. D'autres pays ne peuvent pas en dire autant. Pour revenir au sujet des concessions, plusieurs communes ont tenté d'interdire par arrêté le déploiement des compteurs : le juge administratif a systématiquement censuré les arrêtés en question, le déploiement de Linky étant une obligation légale et même européenne, quand bien même il s'agit d'un bien « de retour » (qui est donc la propriété des autorités organisatrices de la distribution d'énergie).

Enfin, les règlements de différends entre un utilisateur des réseaux ou infrastructures et un opérateur sont menés par le CoRDIS. Toutefois, le CoRDIS n'est pas compétent pour traiter des différends entre les concessionnaires et les concédants : une récente décision du CoRDIS du 16 mars 2018 a confirmé ce point en précisant qu'une collectivité locale n'avait pas la qualité d'utilisateur du réseau. Cet « outil » fonctionne très bien, est complémentaire au travail effectué par la CRE et, depuis qu'il peut utiliser son pouvoir de sanction, est devenu véritablement dissuasif ! Il permet en effet de rectifier le tir, voire de sanctionner, en cas de comportement non-vertueux des opérateurs. Les règlements de différends portent majoritairement sur des problématiques de raccordement de producteurs d'énergies renouvelables aux réseaux publics de distribution d'électricité. Le CoRDIS a rendu deux décisions de sanction récemment, l'une envers Enedis et l'autre envers un trader d'énergie.

Les moyens de l'ARAFER

Thomas PERTUISET

Il n'existe pas de règlement des différends en matière autoroutière. En revanche, il en existe un en matière ferroviaire.

Pour exercer son office, l'ARAFER dispose de plusieurs moyens, principalement ex ante : des avis, un pouvoir réglementaire supplétif, de bonnes relations avec le pouvoir réglementaire, des pouvoirs étendus en matière de recueil d'informations et de collecte de données (économiques, financières, techniques) et un pouvoir de référé. Son pouvoir d'accès aux informations s'étend aux concessionnaires, à leurs actionnaires et à leurs co-contractants. Jusqu'ici, nous avons obtenu l'ensemble des informations dont nous avons besoin. Nous nous heurtons plutôt à des difficultés liées à l'obligation de conservation des données.

Les avis de l'ARAFER sont le plus souvent ex ante. Ils peuvent être simples ou conformes. Les plus structurants d'entre eux portent sur les contrats de concession et sur les avenants. Le fait qu'ils soient publics les renforce, même lorsqu'il s'agit d'avis simples.

Par ailleurs, à partir du moment où le régulateur intervient à la fin d'une négociation contractuelle, son positionnement est plus compliqué. Aussi l'ARAFER plaide-t-elle pour intervenir davantage en amont. En outre, lorsque le contrat sur laquelle elle intervient est le fruit d'un appel d'offres, il reflète l'appétence du marché pour une nouvelle concession. Sa capacité à influencer et modifier le contrat est donc assez limitée.

Enfin, le pouvoir de référé impose aux concessionnaires de notifier leurs projets de marché au moins 18 jours avant signature. L'ARAFER peut saisir le juge des référés. Ce pouvoir, assez fort, est dans les faits peu mis en œuvre par l'autorité, qui privilégie la pédagogie et la montée en compétences des opérateurs économiques. Il n'a même été exercé qu'une seule fois, sans succès au motif que même si le concessionnaire avait correctement appliqué les procédures, le résultat aurait été le même. Ce faisant, le juge a fortement limité l'intervention du régulateur, qui s'est pourvu en cassation – le résultat est attendu dans quelques mois.

Ce pouvoir de référé est uniquement procédural. Nous vérifions que les règles de la commande publique ont été correctement appliquées. Cette procédure permet, là encore, de recueillir de très nombreuses informations.

Débat

Lorsque l'État passe un marché de concession autoroutière, c'est aussi un marché de travaux pour l'investissement initial ?

Thomas Pertuiset

Pour les nouvelles concessions, tous les projets sont structurés de la même manière. Une société projet regroupe un financeur, un constructeur et un exploitant. Il n'existe pas d'obligation de mise en concurrence pour les travaux réalisés avant la mise en service des ouvrages. À défaut, les règles imposées pourraient créer du risque supplémentaire pour la société concessionnaire, qui se matérialisera sur la rentabilité des investissements, donc sur le tarif. La régulation n'intervient donc qu'après la mise en concurrence. Après la mise en service, les travaux supplémentaires font l'objet d'un avenant contrôlé par l'ARAFER. L'objectif est de s'assurer qu'il n'y a pas de sur-rémunération.

Pouvez-vous revenir sur le partage de compétences entre la DGAC et l'ASI ?

François Théoleyre, directeur adjoint de la DGAC

Les frontières sont difficiles à établir de façon intangible. Les contrats de régulation économique prennent en compte différents éléments, et sont de facto soumis à une double validation. En effet, la validation d'une trajectoire tarifaire au regard de la juste rémunération (qu'étudie l'ASI) dépend aussi des investissements – et c'est plutôt au concédant (donc à la DGAC) de juger de leur opportunité.

Thierry Lempereur, membre de l'ASI

L'ASI régule les tarifs des redevances aéroportuaires dans le cadre qui lui est fixé réglementairement par la DGAC. Elle n'est pas fondée effectivement à se prononcer sur la nature des investissements, mais peut être amenée à s'interroger sur la validité des tarifs lorsqu'il apparaît que leurs montants ne correspondent pas aux hypothèses inscrites dans le contrat de régulation. La règle générale consiste à faire porter par les redevances les investissements liés aux services publics aéroportuaires. Ainsi, les coûts d'une aérogare sont ou ont été supportés par les compagnies aériennes. Ces aérogares, si elles ont pour objet de rendre des services publics directement liés à l'activité aéronautique, permettent également d'offrir des services aux passagers en tant que clients de surfaces commerciales. Or, les profits qui en sont tirés ne contribuent pas systématiquement à l'établissement des tarifs des redevances. Dès lors, le suivi de l'allocation des actifs est un élément d'appréciation pour l'ASI qui lui est difficile en cas de double caisse ou de caisse aménagée d'exercer, en raison de l'asymétrie d'accès à l'information.

Thomas Pertuiset

Ces propos plaident pour la mise en place d'une régulation des contrats de concession. Le régulateur est garant de rationalité économique, pour une meilleure prise en compte des intérêts des usagers. La question de l'opportunité des investissements se pose régulièrement dans d'autres secteurs également. Dans tous les cas, l'existence d'un tiers indépendant est une bonne chose pour les contrats de concession. En cas de privatisation, en effet, des objectifs contradictoires apparaissent pour l'Etat : être attractif (avec un contrat pas trop régulé et pas trop protecteur de l'intérêt de l'utilisateur) et protéger l'intérêt de l'utilisateur (en renforçant les dispositifs de contrôle du contrat).

