



Fondation Paris-Dauphine

Dauphine | PSL   
UNIVERSITÉ PARIS

# Régulation économique et contrat(s)

Synthèse de conférence

*Université Paris-Dauphine, 14 mai 2019*

**Conférence organisée par le Centre de recherche Droit Dauphine (Cr2D) et le Centre de Géopolitique de l'Énergie et des Matières Premières (CGEMP-LEDa), en partenariat avec le Conseil d'État, et avec le soutien de la Chaire Gouvernance et Régulation et des Éditions Wolters Kluwer**



Conférence organisée par le Centre de recherche Droit Dauphine (Cr2D) et le Centre de Géopolitique de l'Energie et des Matières Premières (CGEMP-LEDa), en partenariat avec le Conseil d'Etat, et avec le soutien de la Chaire Gouvernance et Régulation et des Éditions Wolters Kluwer



# Table des matières

Allocutions d'ouverture .....	3
<b>Table ronde « Les contrats, objets et/ou instruments de la régulation » .....</b>	<b>5</b>
Échanges avec la salle .....	13
<b>Table ronde « Les contrats selon les opérateurs des secteurs régulés » .....</b>	<b>15</b>
Échanges avec la salle .....	25
Conclusion.....	29



# Régulation économique et contrat(s)

14 mai 2019

---

*Dès lors qu'elle s'applique à des marchés concurrentiels, la régulation économique s'exprime dans un univers contractuel. Toutefois, cette approche n'est pas exclusive d'une certaine contractualisation de la régulation économique appréhendée au travers des contrats pluriannuels de performance ou des contrats de régulation économique qui mettent en lumière la complexité des relations de l'entreprise publique régulée, de l'Etat actionnaire et du régulateur. Le contrat apparaît donc non seulement comme un objet mais aussi comme un instrument de la régulation.*

*La thématique « Régulation économique et contrat(s) » est ici abordée au travers de la régulation des secteurs des transports et de l'énergie car ces secteurs, à des stades différents d'ouverture à la concurrence et de régulation, sont exemplaires de la diversité des situations contractuelles rencontrées dans les secteurs régulés et permettent des comparaisons et analyses constructives.*



# **A**llocutions d'ouverture

**Antoine Louvaris**

**Président du Comité de pilotage de l'institut Droit Dauphine**

Ces Rencontres de la régulation sont celles de l'enseignement et de la recherche puisqu'elles sont liées au Master 2 Droit et régulation des marchés, dirigé par le professeur Claudie Boiteau, ainsi qu'au Centre de recherche Droit Dauphine et au LEDa. Ce sont aussi des rencontres institutionnelles, et le fruit fécond de l'inter voire de la transdisciplinarité à laquelle Dauphine est très attachée. Elles bénéficient ainsi du soutien de la Chaire Gouvernance et régulation.

Elles permettent aux autorités de régulation, dont je remercie les représentants de leur présence, aux entreprises régulées et aux opérateurs d'avoir de féconds échanges, au plan théorique comme pratique

Aujourd'hui, j'ai également une pensée aussi respectueuse que fidèle pour le président Bernard Stirn, qui a joué un rôle essentiel dans la pérennisation de ces rencontres, et je remercie le président Combrexelle d'avoir bien voulu prendre sa suite, ainsi que le président Martin de sa participation aux débats d'aujourd'hui.

**Jean-Denis Combrexelle**

**Président de la section du contentieux du Conseil d'État**

Ces Rencontres sont primordiales, tant sur le plan de la méthode que sur celui du contenu. Manier à la fois l'approche juridique et l'approche économique reste encore trop rare et doit être développé. Il importe aussi que les régulateurs, les différents acteurs et les institutions comme le Conseil d'État puissent échanger, alors que certaines matières deviennent de plus en plus complexes. Comme mon prédécesseur Bernard Stirn, je suis particulièrement attaché à la poursuite de ces Rencontres. D'autant que les différents sujets qu'elles abordent sont toujours d'une actualité criante.



# Table ronde « Les contrats, objets et/ou instruments de la régulation »

**Claudie Boiteau**

**Professeure de droit public, Université Paris-Dauphine | PSL**

La relation entre régulation et contrat ne va pas de soi. Elle semble même révéler, de prime abord, une antinomie. Certes, la théorie économique libérale a généré un modèle contractuel de la régulation. Le contrat est alors la pierre angulaire d'un « ordre de marché ». Dans cette perspective, la régulation par le marché est la seule forme compatible avec la liberté. L'autorégulation sous-tendue par le contrat s'inscrit dans cette optique. Cependant, la régulation ne peut pas être ramenée au seul contrat. Quand bien même cette fonction s'exprime-t-elle à travers des normativités originales, quand bien même favorise-t-elle une approche arbitrale, elle paraît de *prime abord* exclusive de toute référence au contrat.

La régulation sera, ici, conçue comme une fonction de puissance publique confiée en tout ou partie à des autorités indépendantes, et semble exclusive de toute référence au contrat.

Pourtant, les secteurs régulés baignent dans un univers de rapports contractuels. Concurrence et contrats sont indissociables. En premier lieu, l'ouverture à la concurrence des secteurs précédemment monopolistiques s'est accompagnée d'une génération prolifique de contrats. La notion de contrat doit être ici souplement entendue. Si l'on peut rencontrer des contrats au sens du Code civil, on connaît surtout du contrat comme « technique », par opposition aux procédés unilatéraux de puissance publique qui, traditionnellement, imposent ou sanctionnent. Les formes de contrats sont multiples : contrats d'accès aux réseaux publics de transport et de distribution d'énergie, conventions entre les gestionnaires de ces réseaux et les fournisseurs, concessions atypiques de distribution d'électricité, concessions d'autoroutes, contrats de service public, etc. En second lieu, la régulation peut passer par le contrat, plus exactement par la « technique contractuelle ». Apparaît alors une « régulation contractualisée » qui prend, elle aussi, des formes variées, comme la procédure de règlement des différends, le contrat pluriannuel de performance passé entre l'État et SNCF Réseau ou celui de régulation économique conclu entre l'État et ADP.

Ces phénomènes protéiformes rendent difficiles l'établissement d'une typologie. En tout état de cause, le contrat apparaît à la fois comme un objet et comme un instrument de la régulation économique.

**Anne Yvrande-Billon**

**Vice-présidente de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER)**

Le sujet de l'articulation entre contrat et régulation est passionnant, tant pour les juristes que pour les économistes, et tant au plan académique qu'au plan pratique. Il est, en outre, au cœur de l'actualité.

Dans le secteur des infrastructures de transport, une variété de contrats encadre les relations entre acteurs, qu'il s'agisse des contrats de concession, des contrats de performance ou encore des conventions de service. Dans tous les cas, le régulateur n'est pas partie au contrat et n'a pas vocation à se substituer à l'autorité publique – qu'elle soit le concédant, l'actionnaire ou le client. Son rôle est en effet celui d'un observateur indépendant, chargé de veiller à la crédibilité des engagements contractuels et d'apporter un éclairage économique sur les termes du contrat. Son action est justifiée par des défaillances dans la relation contractuelle ou dans le mode d'attribution des contrats (asymétrie de pouvoir de négociation entre contractants, absence de clarté des objectifs, inadaptation du calendrier, attribution de gré à gré).

Depuis le 1er février 2016, l'ARAFER est chargée par la loi de veiller au bon fonctionnement du régime de péages autoroutiers. Elle est consultée sur tous les projets d'avenant ou de nouveau contrat de concession autoroutière qui se traduisent par une augmentation des tarifs ou de la durée de concession au-delà de la hausse annuelle déjà prévue dans les contrats existants, et ses avis sont publics. Sa grille d'analyse prévoit :

- la vérification des obligations du concessionnaire ;
- l'analyse de la justification du financement des investissements conclus hors appel d'offres par une augmentation des tarifs de péage (le régulateur n'étant pas chargé d'apprécier l'opportunité de ces investissements) ;
- la vérification du bon dimensionnement du coût des travaux ;
- l'analyse de l'équilibre économique du projet et la vérification du caractère raisonnable du niveau de rémunération des capitaux investis ;
- l'analyse du partage des risques entre concédant et concessionnaires.

Sur cette base, elle a par exemple rendu en juin 2017 des avis sur 7 projets d'avenant aux contrats de concession entre l'État et 7 sociétés concessionnaires d'autoroute. Le plan d'investissement autoroutier (PIA) initial portait sur la réalisation de 57 opérations, pour un coût global de construction estimé à 803 millions d'euros. Ces investissements devaient essentiellement être financés par des hausses de péage comprises entre 0,1 et 0,4 % par an entre 2019 et 2021 et par 220 millions d'euros de subventions des collectivités locales. Au terme de son analyse et en l'état des informations qui lui ont été fournies, l'ARAFER a considéré qu'il n'était pas justifié de faire supporter par les usagers de l'autoroute le financement de 23 des 57 opérations, représentant environ 34 % du coût total, soit parce que les projets étaient déjà intégrés dans les obligations des contrats initiaux, soit parce que ces opérations ne présentaient pas un lien étroit avec l'objet de la concession – il n'était donc pas établi qu'elles étaient strictement nécessaires ou utiles à l'exploitation de l'autoroute. En comparant les dépenses prévisionnelles liées à chacune

des opérations aux coûts habituellement constatés, il est également apparu que pour 17 % du montant des investissements envisagés, les coûts étaient supérieurs de 10% au référentiel établi par l'ARAFER ; pour 24% du montant total des investissements, les coûts étaient supérieurs de 20 à 30% et pour 41%, ils étaient supérieurs de plus de 30%. Enfin, l'ARAFER a également conclu que le taux de rémunération découlant des avenants était susceptible d'aboutir à une rémunération excessive des sociétés concessionnaires.

Ces avenants ont été approuvés par décrets en août et novembre 2018, avec des modifications tenant compte d'une partie des recommandations du régulateur : retrait des travaux relevant des obligations contractuelles normales et révision à la baisse du taux de rémunération du capital de sorte que le montant total du plan finalement approuvé s'élève à près de 700 millions d'euros, contre plus de 800 millions d'euros prévus initialement. En revanche, le raisonnement suivi par le régulateur pour apprécier l'utilité ou la nécessité à l'exploitation de l'autoroute des diffuseurs a été écarté et les coûts des opérations n'ont pas été modifiés.

**Dominique Jamme**

**Directeur général de la Commission de régulation de l'énergie (CRE)**

Avant la libéralisation du secteur de l'énergie, le monde était plus simple ! La libéralisation entraîne une multiplication des acteurs et des types d'acteurs (fournisseurs, traders, producteurs, opérateurs d'effacement, prestataires de services, etc.), donc des contrats et des types de contrats. La libéralisation amène la liberté de choix, la concurrence, l'innovation, mais se traduit par une hausse des coûts de transaction. Il est donc essentiel que les contrats soient solides et fiables pour minimiser les coûts de transaction et assurer un fonctionnement efficace du marché.

Deux grands ensembles de contrats peuvent être définis dans l'énergie : les contrats impliquant un gestionnaire de réseau ou d'infrastructure en monopole régulé et les contrats entre acteurs de marché non régulés. Cela étant, il n'est pas toujours évident de savoir si un acteur est en monopole régulé ou non, certaines infrastructures pouvant être exemptées par exemple.

- Dans les contrats impliquant un opérateur à monopole régulé, une intervention forte du régulateur est indispensable dès lors que la liberté des parties est très limitée. C'est le cas des contrats d'acheminement, qui matérialisent l'ouverture du marché, des contrats de raccordement, des contrats des responsables d'équilibre, des contrats de travaux (notamment entre les transporteurs et leur maison mère, que la CRE approuve individuellement), ou encore des contrats d'interconnexion. Parmi les sujets d'actualité, l'on peut citer celui des garanties bancaires pour accéder au réseau. Si elles sont trop élevées, cela crée une barrière à l'entrée. Une concertation est en cours entre 70 fournisseurs et Enedis. Le régulateur fixera le niveau requis in fine. On peut aussi évoquer le cas dans lequel un fournisseur refuse de signer un contrat d'accès au réseau, y compris dans sa nouvelle version approuvée en concertation par le régulateur. En théorie, on lui coupe l'accès au réseau. Mais dans la pratique, c'est plus compliqué !

- Dans les contrats entre acteurs non régulés, la liberté des parties devrait prévaloir. Mais là encore, ce n'est pas si simple dans l'énergie. En effet, plusieurs de ces contrats sont fortement encadrés par les pouvoirs publics, qu'il s'agisse du contrat d'accès à la production nucléaire historique (Arenh), qui est complètement réglementé, des contrats d'obligation d'achat pour la production renouvelable, ou même des contrats de fourniture aux clients résidentiels. Il existe aussi une autorégulation de l'industrie, par exemple pour les contrats de trading ou récemment pour les contrats d'achat de long terme entre acheteurs et un producteur d'énergies renouvelables.

Concernant le commissionnement de la prestation de gestion de clientèle en contrat unique rendue par les fournisseurs au gestionnaire du réseau de distribution, donc le contrat d'acheminement, une erreur sur la définition même des parties au contrat (l'opérateur de réseau et le fournisseur, ou bien l'opérateur de réseau et le consommateur) a été commise au démarrage de la régulation. Le juge est intervenu sur le fond et a décidé qu'il s'agit d'un contrat entre le client final et le distributeur, le fournisseur n'étant qu'un mandataire. Par conséquent, le fournisseur rend des services au distributeur – qui, à défaut, devrait signer un contrat avec chacun des clients individuels, gérer les impayés, etc. – et doit, à ce titre, être rémunéré. Et ce, depuis le début de l'ouverture des marchés, ce qui a ouvert une véritable boîte de Pandore ! En effet, les montants en jeu sont énormes. Cet exemple montre les limites du droit souple. Si ce contrat avait d'emblée été validé par une délibération de la CRE, il n'y aurait pas eu cet effet de rétroactivité.

Désormais, la loi confie le pouvoir d'approbation des contrats d'acheminement à la CRE, limite à deux ans la portée rétroactive des décisions du CoRDIS et a validé les contrats passés. Ce faisant, elle a renforcé la régulation et elle a apporté plus de visibilité. En outre, en dépit de la complexité de la régulation, il convient de garder en tête l'intérêt majeur de l'ouverture à la concurrence en termes d'innovation et de liberté des acteurs. Au final, le bilan est largement positif dans un secteur qui se transforme rapidement sous l'effet des innovations technologiques dans les énergies renouvelables, le stockage et le numérique.

### **Jean-Yves Ollier**

#### **Membre de l'Autorité de supervision des redevances aéroportuaires (ASI)**

Les textes organisent une architecture, avec des contrats de concession pour tous les aéroports civils à l'exception d'Aéroports de Paris depuis la loi de 2005, et des contrats de régulation économique (CRE) pluriannuels, d'une durée maximale de cinq ans, conclus par l'État au travers de la DGAC. Ceux-ci s'incorporent aux contrats de concession et permettent notamment aux aéroports de mettre en place un régime de double caisse pour distinguer certaines activités commerciales du périmètre régulé et de les exclure en tout ou partie de l'équilibre économique de la redevance.

En l'occurrence, les pouvoirs de l'ASI en matière d'homologation des tarifs diffèrent selon qu'un CRE a été conclu ou non. Le cas échéant, elle s'assure du respect de la procédure de consultation des usagers, du respect des conditions générales

applicables aux tarifs et du respect des clauses du CRE. En l'absence d'un tel contrat, elle s'assure de la juste rémunération des capitaux investis. En outre, depuis le décret de 2016, les CRE doivent être soumis à l'avis conforme de l'ASI.

- Dans le cadre de la procédure d'homologation tarifaire du 3ème CRE d'Aéroports de Paris, l'ASI a vérifié le respect du plafond d'évolution tarifaire et examiné la rémunération des capitaux investis, qui n'était pas fixée par le CRE mais fondée sur des hypothèses implicites non fournies, pour estimer que le coût moyen pondéré du capital du périmètre régulé devait être inférieur à celui du périmètre de l'ensemble et que le niveau sous-jacent à la proposition présentée était trop élevé, ce qui conduisait à porter le taux de couverture des dépenses au-delà de 100 % – raison pour laquelle l'Autorité a refusé d'homologuer le niveau tarifaire présenté, en janvier 2019. En revanche, elle a accepté d'homologuer une nouvelle proposition tarifaire traitant ces deux questions, en février 2019.
- Concernant le projet de CRE de l'aéroport de Nice-Côte d'Azur, l'ASI a rendu un avis conforme sous plusieurs réserves significatives concernant les activités exclues du périmètre régulé, le pourcentage de reversement des profits de la caisse non régulée, le plafond d'évolution des tarifs et l'absence de clause d'ajustement du plafond tarifaire au trafic. À la suite de cette décision, le projet de CRE n'a pas été conclu et un arrêté ministériel de juillet 2018 a mis en place une double caisse et partiellement encadré l'évolution des tarifs. Cet arrêté fait l'objet d'un contentieux de la part des compagnies aériennes. En outre, les tarifs de cet aéroport n'ont pas été réévalués depuis 2015. Ils ont été fixés en dernier lieu à un niveau qui correspondait à une rentabilité élevée, qui s'est fortement accrue depuis – ce qui a conduit à une surévaluation des redevances que l'ASI a estimée à 50 %. L'Autorité a donc refusé l'homologation et a pris une décision sur la fixation des tarifs, le 4 avril dernier.

Depuis, des évolutions législatives inscrites dans la loi Pacte en instance de promulgation clarifient les compétences respectives en la matière et encadrent plus étroitement les pouvoirs du régulateur lorsqu'un CRE est conclu.

### **Claudie Boiteau**

**Professeure de droit public à l'Université Paris-Dauphine | PSL**

Les régulateurs semblent avant tout attentifs à sécuriser les contrats régulés. Encore faudrait-il en définir clairement le périmètre. Le contentieux fait-il apparaître une autre dimension du contrat, voire une instrumentation ?

### **François Molinié**

**Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation**

La régulation en matière de contrat est effectivement source de contentieux souvent emblématiques et tranchant des questions inédites. Vous connaissez le rôle essentiel du Conseil d'État et de sa jurisprudence en la matière, à commencer par la

reconnaissance du principe de mutabilité des contrats en 1902 : l'État ne peut pas se désintéresser du service public des transports une fois concédé. Aujourd'hui, dans les secteurs ouverts à la concurrence, il ne peut pas se désintéresser des conditions de fonctionnement des marchés et des conventions. C'est aussi le Conseil d'État, par sa jurisprudence, qui est à l'origine de l'ASI ou de la régulation des marchés publics et des délégations de service public.

Tout d'abord, il convient de se méfier des faux amis. Ainsi, certains actes qualifiés de conventions par le législateur ne sont pas toujours des contrats au sens classique, mais des actes réglementaires négociés et régulés. Le Conseil d'État, par exemple, a considéré que les clauses d'un contrat de régulation économique (CRE) étaient des clauses réglementaires. Les conséquences sont réelles en matière de contentieux. Ensuite, ce contentieux est éclaté entre les deux ordres de juridiction, voire plus puisqu'il existe aussi du contentieux constitutionnel et du contentieux européen. Se pose alors la question des frontières.

En tout état de cause, l'efficacité de la régulation est d'autant plus élevée quand le juge peut intervenir en amont, avant même que le contrat ne soit signé – ce qui permet aussi de respecter les engagements internationaux.

- En amont de la signature, il est possible de saisir un juge des référés précontractuel judiciaire ou administratif, lequel n'a toutefois pas de compétence universelle. Ainsi, le Conseil d'État a considéré le 30 avril dernier qu'il n'était pas possible de saisir ce juge pour les contrats d'occupation du domaine public autoroutier passés par les concessionnaires avec des sous-concessionnaires (exploitants des stations-service), alors même que ces contrats sont relatifs à l'occupation du domaine public, à une délégation de service public et à une activité d'intérêt général.
- Une fois les contrats négociés, l'une des parties peut demander une injonction au régulateur.
- Après la signature, le juge est celui de la validité de certaines clauses des contrats régulés.

Outre la question du temps du juge, se pose celle des pouvoirs de ce dernier. Pour promouvoir le marché et une régulation efficace, ceux-ci doivent être étendus et quelque peu dérogoratoires avec la conception traditionnelle de séparation des pouvoirs et de la hiérarchie des normes. C'est ainsi que le Conseil d'État a mis en œuvre la jurisprudence dite Danthony sur les premiers CRE selon laquelle un vice de procédure ne peut avoir pour effet d'entraîner l'annulation d'une clause que s'il a eu des conséquences significatives sur le sens de la décision ou s'il a privé les intéressés d'une garantie.

En définitive, l'originalité du contentieux de la régulation est qu'il apporte une certaine dose de principes procéduraux devant les autorités administratives de régulation. Reste à savoir jusqu'où. Faut-il aménager le contradictoire ? Faut-il aménager le secret des affaires ? À quelles informations la partie qui se plaint d'une discrimination peut-elle accéder ? La jurisprudence a progressivement reconnu des pouvoirs étendus au régulateur et à ses juges. Une récente décision de la Cour de cassation a notamment fait couler beaucoup d'encre en confiant à l'ARAFER des pouvoirs étendus, avec

une sorte de pouvoir réglementaire secondaire mais très important en pratique, en l'occurrence un pouvoir réglementaire autonome en matière de règlement de différends. La conception traditionnelle de la hiérarchie des normes et de la répartition des pouvoirs s'en trouve affectée. En outre, le recours est souvent de plein contentieux et procure au juge en matière de règlement de différends la possibilité de réformer entièrement la décision.

Enfin, se pose la question des pouvoirs dans le passé : le régulateur peut-il faire rétroagir sa décision dans le passé à une date antérieure à l'émergence du différend ? La jurisprudence de la Cour de cassation est assez ancienne sur ce point, mais l'on voit toutefois pointer çà et là des réticences du législateur à étendre les pouvoirs du régulateur. La loi du 20 janvier 2017 peut ainsi s'interpréter comme une volonté de briser une jurisprudence favorable de la Cour de cassation à une régulation étendue et permettant de faire rétroagir une solution. Cette loi n'est toutefois pas encore totalement définitive, puisque la Cour de justice devra se prononcer prochainement sur ce point.

### **Philippe Martin**

#### **Président de la section des travaux publics du Conseil d'État**

Le champ des contrats concernés par la régulation est immense. Je me bornerai donc à quelques remarques sur l'intervention du Conseil d'État dans l'architecture du système. Sa première mission est consultative. Elle porte sur les actes émanant du pouvoir normatif de l'État. Une question récurrente est celle de l'articulation entre les contrats et les règles de portée générale dans la tarification de l'accès aux infrastructures.

- Pour les autoroutes, on a l'impression d'un encadrement général des tarifs de péage. Mais en réalité, cet encadrement reste relativement restreint. En effet, l'article L122-4 du Code de la voirie routière doit être lu à la lumière de la directive Concessions : le dispositif est inspiré par le souci de préserver la concurrence, en faisant très attention à la nature des investissements supplémentaires confiés au concessionnaire en place sans mise en concurrence, et à leur juste rémunération. En effet, dans le système autoroutier, les contrats entre l'État et le concessionnaire jouent un rôle central. Le péage est la rémunération fondamentale du concessionnaire. Il doit assurer l'équilibre économique de la concession. Par ailleurs, l'évolution du tarif kilométrique moyen fait l'objet d'un contrat de plan ou, à défaut, d'un arrêté ministériel. Mais le concessionnaire dispose d'une marge de manœuvre considérable dans la répartition des péages sur les différents tronçons. Le contrat de concession est le pivot du système et la tradition de la régulation par la concession perdure, avec un contrôle juridique du Plan d'investissement routier (PIA) provenant en partie de la directive Concessions. Ce contrôle est assez intrusif. Et, paradoxalement, la section des travaux publics du Conseil d'État, qui a un rôle plutôt juridique, finit par avoir les mêmes points de préoccupation que le régulateur dans ses avis. C'est assez atypique !
- Dans l'infrastructure ferroviaire, la situation est assez différente. Le système semble pyramidal, avec des principes de tarification assez précis émanant de

la directive ferroviaire, des règles fixées par le Code des transports, un rôle de décision du gestionnaire d'infrastructure et un avis conforme du régulateur. Mais il existe aussi le contrat de performance, conclu entre l'État et SNCF Réseau, qui détermine la trajectoire financière du gestionnaire d'infrastructure et influe sur les redevances. La directive ferroviaire évoque ce contrat dans son article 30 et son annexe V, sans aller toutefois jusqu'à mentionner une trajectoire des redevances. En revanche, le Code des transports fait un lien entre le contrat et la redevance, comme un facteur parmi d'autres.

Récemment, l'ordonnance du 11 mars 2019 relative au cadre de fixation des redevances ferroviaires a clarifié la relation entre le contrat de performance et la tarification pluriannuelle des redevances en les synchronisant. L'ARAFER joue un rôle important dans ce dispositif, puisqu'elle doit présenter des recommandations en amont du contrat, puis émettre un avis sur ce contrat et enfin émettre son avis conforme sur les redevances fixées par le gestionnaire d'infrastructure. Cette articulation entre le contrat de performance et la fixation des redevances sur avis conforme du régulateur pose la question du poids juridique du contrat de performance par rapport aux règles « objectives » de fixation des redevances contrôlées par l'ARAFER par le biais de son avis. Dans ce contexte, les principes de tarification de la directive ferroviaire semblent constituer le pivot du système. Le contrat de performance joue un rôle certain et non négligeable, mais s'il fallait s'interroger sur la fixation des redevances d'infrastructures, c'est à eux qu'il faudrait remonter pour vérifier qu'ils sont bien respectés. En cas de conflit, les principes de tarification l'emporteraient à coup sûr sur le contrat.

Quant au contentieux, il conduit le juge à intervenir au cas par cas, au hasard de ses compétences et des interventions des parties. Par ailleurs, la jurisprudence Fairvesta du 21 mars 2016 permet au Conseil d'État d'intervenir à l'occasion de recours directs contre les prises de position du régulateur, y compris celles qui ont pour objet de recommander ou de déconseiller certaines pratiques contractuelles. Ce contentieux direct sur ces actes peut devenir un instrument majeur de contrôle juridique sur l'usage des contrats.

# Échanges avec la salle

## **Anne Yvrande-Billon**

En matière ferroviaire, dans l'analyse conduite pour ses avis sur la tarification de l'accès au réseau par le gestionnaire d'infrastructure – dits conformes donc juridiquement contraignants –, le régulateur a eu à mettre en balance le contrat de performance, en particulier ses règles d'évolution tarifaire, et les critères de la directive 2012/34 sur la soutenabilité des conditions tarifaires. En l'occurrence, il a considéré que les évolutions prévues dans le contrat n'étaient pas soutenables. Il a donc bien privilégié l'analyse des principes de la directive plutôt que celle des dispositions contractuelles.

## **Pierre Coppey**

Depuis la privatisation des sociétés concessionnaires en 2008, il n'y a plus de foisonnement tarifaire. L'autorité concédante veille, à la demande de la Cour des comptes et en contradiction avec le contrat et la pratique antérieure, à ce que les lois tarifaires n'aient pas un rendement supérieur à l'augmentation nominale. À cet égard, la régulation médiatique n'a pas été évoquée, mais c'est une réalité : le sujet a été stigmatisé par la Cour de comptes au mépris du contrat et repris par les médias. Cette évolution représente une perte de valeur de plusieurs milliards d'euros pour les concessionnaires. Cela méritait d'être rappelé.

## **Pascal Sokoloff**

Il existait jadis des contrats de service public, dans le secteur de l'énergie. Ces documents permettaient à l'État d'assigner des objectifs aux opérateurs, avec une coloration politique. Depuis que l'on est entré dans le nouveau monde, celui de la régulation et de l'ouverture à la concurrence, ils ont perdu de leur effet. N'est-ce pas parce que les régulateurs ont une approche technique des dossiers, ce qui entraîne une perte du contenu politique de la régulation ? Comment y remédier, le cas échéant ?

Par ailleurs, le contrat de concession entre l'État et RTE est-il un outil de régulation ?

## **Dominique Jamme**

Les contrats de service public ne sont pas des outils que le régulateur regarde ou utilise au quotidien.

Par ailleurs, le régulateur étant économique, il a nécessairement une approche plus technique que politique. Toutes nos missions s'exercent au bénéfice du consommateur, conformément à la loi. Sans doute le législateur a-t-il souhaité cette indépendance du régulateur, focalisée sur des missions d'intérêt général de nature économique, ce qui a

probablement entraîné une diminution du poids des ambitions politiques dans la gestion du secteur. J'ignore s'il faut le regretter ou pas, mais c'est un fait.

Pour le reste, je ne sais pas vous répondre concernant le contrat de concession entre l'État et RTE. Cet outil ne nous est pas familier.

### ***Antoine Louvaris***

Je retiens deux mots-clés : la tradition, avec la notion d'ordre public économique, et la transformation, avec la modification de l'équilibre classique du binôme puissance publique/cocontractant de l'administration par l'émergence d'un nouveau tiers institutionnel, l'autorité de régulation. En définitive, l'ordre public régulateur dépasse le clivage entre ordre public de direction et ordre public de protection. La politique n'est pas absente, mais l'acteur politique –soumis à l'attention des médias, dans ces secteurs sensibles notamment pour les usagers–se trouve inséré dans ce cadre régulateur. En outre, chassez l'acte bilatéral, le contrat et il reviendra au galop ! En effet, à côté du droit dur et du droit souple régulateur, lequel pour souple qu'il soit n'en demeure pas moins unilatéral, dans le domaine qui nous intéresse ici, la présence du contrat est centrale, même si elle affectée par le droit, dur et souple, de la régulation.

Finalement, se pose la question des marges de manœuvre des cocontractants et des nouvelles contraintes, mais aussi des opportunités inédites, pas toujours juridiques, relatives à l'exécution du contrat dans un cadre régulateur.

## Table ronde « Les contrats selon les opérateurs des secteurs régulés »

**Thierry Tuot**

**Président adjoint de la section de l'intérieur du Conseil d'État, Professeur associé à l'Université Paris-Dauphine | PSL**

L'anthropologue Maurice Godelier considérait qu'un colloque était « un attroupement de mythes ». De nos jours, les attroupements sont nombreux et se dispersent avec une arme que je connais bien pour des raisons professionnelles : la grenade GLI F4, qui a d'abord un effet lacrymogène – l'État et les opérateurs pleurent sur leur dure situation, sans parler du régulateur qui passe parfois les mouchoirs –, puis un effet assourdissant – les gémissements du consommateur – et un effet de souffle, que j'espère trouver pour animer nos débats !

Nous sommes tous venus ici nantis de notre bagage d'apprentissage : le contrat est l'accord des volontés et la loi des parties, placé sous le contrôle du juge. En l'occurrence, je peine à réconcilier cela avec ma modeste expérience. J'ai siégé ou présidé 17 conseils d'administration, et participé à la négociation, au vote et à la signature de 41 contrats avec l'État : pas un seul n'a jamais été respecté, dans des proportions dont vous n'imaginez pas l'ampleur.

Il existe aujourd'hui 30 à 50 millions de consommateurs d'électricité et de gaz, et autant de contrats. Mais nous n'avons à traiter que de 10 règlements des différends par an ! Traitons-nous ensemble d'une mythologie partagée dont nous ne voudrions surtout pas dissiper l'existence, ou la réalité n'est-elle pas quelque peu différente ? Expliquez-moi que le contrat existe, qu'il est respecté, qu'il est contrôlé et que, dans le champ de la régulation, il sert à quelque chose. Car pour l'instant, j'ai comme un doute.

**Pierre Coppey**

**Président de VINCI Autoroutes**

Je suis navré, Président, de commencer par vous contredire. Je n'ai qu'une douzaine de contrats à mon actif, mais je les fais respecter – c'est la condition de ma survie professionnelle. Par ailleurs, j'observe que je suis le seul opérateur privé dans cette noble assemblée. Je n'en tire aucune fatuité, mais cela me permet de rappeler que les contrats et les actifs régulés ont un objectif fondamental : apporter du capital pour des investissements d'intérêt public.

Le secteur autoroutier est dominé par l'importance des coûts de construction, qui explique sans doute le premier motif d'incompréhension. Près de 65 ans après le démarrage des concessions, il porte encore près de 45 milliards d'euros de dettes, qui

devront être remboursées et rémunérées d'ici une quinzaine d'années puisque le propre de la concession est le retour gratuit de l'actif au concédant. En outre, deuxième motif d'incompréhension, une concession est un actif à durée déterminée.

Par ailleurs, le secteur porte d'importants risques.

- Le premier est celui de construction et de coût des constructions sur de très longues durées. Assumer ce risque est le métier du concessionnaire.
- Le deuxième risque qu'il porte est celui de trafic. Je voudrais à cet égard rappeler que l'État a très opportunément vendu les sociétés concessionnaires d'autoroutes en 2006, à la veille du krach de 2007 et de la chute de 20 % du trafic des poids lourds qui n'a pas encore été rattrapée dans les modèles de valorisation de la privatisation.
- Le troisième risque est celui de financement et de refinancement. Je l'ai moi-même expérimenté en pleine crise des subprimes de 2008, avec des taux d'intérêt à 7 %. Je le précise pour tous ceux qui s'apprêtent à me dire que nous avons bénéficié de l'effet d'aubaine de la baisse des taux depuis.

Ce système de la concession a fait ses preuves. Grâce à lui, nous avons le meilleur réseau d'Europe. Pourtant, il a suscité des polémiques et connu des évolutions récentes justifiant le débat qui nous réunit aujourd'hui. Les polémiques liées à la privatisation me semblent infondées, de même que celles liées au niveau des tarifs, qui sont inscrits dans les contrats. En 2015, l'une d'entre elles a conduit le législateur à confier à L'ARAF, devenue au passage l'ARAFER, des missions de contrôle – et non de régulation – complémentaires ou redondantes avec celles du concédant. L'ARAFER contrôle ainsi le bon fonctionnement du système des tarifs, qui évoluent pourtant suivant une formule mathématique figurant dans les contrats publiés au Journal officiel après avis du Conseil d'État et qui sont vérifiés chaque année par la DGITM et la DGCCRF. Cela fait donc beaucoup de contrôles, pour un tarif contractuel ! L'ARAFER contrôle aussi l'attribution des marchés, notamment ceux de travaux, alors même qu'ils sont soumis aux commissions de marché. L'ARAFER émet également des avis consultatifs sur des projets d'avenants aux contrats de concession avec l'avis du Conseil d'État. Plus baroque, le législateur lui a confié la mission difficile et même absurde, puisque impossible, de faire un rapport annuel sur le TRI des concessions – sachant qu'un TRI peut être prévisionnel et constaté, mais pas observé année après année. C'est un contresens étonnant.

Notre pays a besoin d'un cadre propice aux investissements privés dans les infrastructures de transport. D'autant que les besoins de mobilité sont considérables, croissants et mal satisfaits faute d'agent public. La part modale de la route dans le transport des personnes est stable (9 trajets sur 10 se font par la route). Dans le transport de marchandises, en dépit des efforts des politiques publiques pour un report vers le fer, la part de la route est passée de 80 % en 1990 à 90 % aujourd'hui. Ainsi, l'argent public du transport est consacré à plus de 50 % au fer, alors même que celui-ci ne représente que 10 % des besoins. En outre, le mode routier voit poindre des révolutions qui conduiront à une baisse importante de son coût – donc à une hausse de la mobilité et à un renforcement de la part modale de la route. Enfin, les

embouteillages coûtent chaque année de l'ordre de 20 milliards d'euros de PIB. Cette situation affecte la compétitivité économique de notre pays, mais aussi sa cohésion sociale. Vous l'avez compris, je pense que la route est une ardente nécessité pour les transports et que la concession est vertueuse en ce qu'elle fait payer l'utilisateur et non le contribuable et qu'elle amène des compléments indispensables aux finances publiques dans cette période de restriction budgétaire. Par conséquent, attirer les investissements privés est une nécessité qui suppose la mise en place d'un cadre contractuel ou réglementaire adapté, en particulier garantissant les contrats. Les contrats de concession font porter tous les risques, sauf celui du fait du prince, sur le concessionnaire et le respect du contrat et le droit à la compensation pour toute modification unilatérale sont indispensables pour attirer des investisseurs.

Par ailleurs, un contrat se contrôle et ne se régule pas. La tentation de le réguler porte le risque de faire fuir les investisseurs privés dont le pays a besoin. C'est aussi un acte bilatéral, qui fige les obligations de chacune des parties sur la durée et matérialise leur volonté commune même quand cette durée est longue. Dans le secteur réglementé ou régulé, les obligations du seul opérateur sont ainsi figées par un acte unilatéral matérialisant la seule volonté des pouvoirs publics sous le contrôle du juge. Contrôler et réguler ne sont donc pas du tout la même chose. Je suis d'ailleurs toujours gêné par les abus de langage qui confondent contrôle et régulation.

En outre, un contrat doit être interprété au regard de la volonté initiale des parties. À ce titre, la pratique antérieure du contrat est un indicateur essentiel. Un acte unilatéral de puissance publique s'interprète au regard des objectifs d'intérêt général poursuivis.

Les secteurs régulés jouissent de droits illimités dans le temps sur des actifs dont ils ont la charge dont les contrats de régulation permettent de contrôler la rentabilité. Les concessions, elles, sont finies dans le temps. La différence est majeure sur le plan économique et juridique : il faut non seulement rémunérer les capitaux investis mais aussi les amortir jusqu'à valeur nulle, indépendamment du maintien en conditions opérationnelles de l'actif concédé qui a toujours une valeur d'usage. Ainsi, lorsque j'ai investi 2 milliards d'euros en 2019 dans le tunnel de l'A86 après 40 ans de procédure et 10 ans de travaux et que l'amortissement commence en 2010 pour s'achever en 2075, je suis sur un risque de longue durée et mon seul actif est le contrat que j'ai signé avec l'État en 1989.

Qui plus est, la tentation de réguler le secteur des autoroutes en lui imposant des décisions unilatérales de la puissance publique, sans compensation et sans octroi de droits limités dans le temps alors que le secteur est régi par les contrats qui ont besoin de stabilité, crée parfois une confusion entre les multiples acteurs du contrôle du secteur. Par exemple, l'ARAFER a déféré devant le juge un projet de marché de réfection de chaussée qu'ASF avait prévu d'attribuer à une entreprise extérieure au groupe Vinci au motif qu'elle avait accordé, selon le régulateur, un poids trop important au critère prix. Deux ans et demi après cet épisode, je suis toujours interdit de constater que l'ARAFER qui prêche la concurrence puisse contester un critère prix. D'autant que si je n'avais pas appliqué ce critère, j'aurais dévolu le marché à une entreprise liée au groupe Vinci. En 2015, l'Autorité de la concurrence écrivait que les marchés de réfection de chaussée peuvent justifier le critère unique du prix. Mais, en 2017, l'ARAFER a dit le contraire. Qui a raison ? L'ARAFER m'a assigné comme un malpropre

devant le tribunal d'instance de Nanterre, qui m'a donné raison. Mais l'ARAFER s'est pourvue en cassation. Et quand la Cour jugera cette affaire, nous ne serons que dans la doctrine puisque les enrobés déjà étalés sur la route auront fait leur office.

Un autre exemple concerne l'examen du plan de relance autoroutier de 2014, la Commission européenne a fait le constat qu'il emportait des niveaux de TRI prévisionnels caractérisant un niveau de bénéfice raisonnable. Le secteur n'a toujours pas compris si la méthode d'évaluation du TRI prévisionnel élaborée pour le plan suivant était identique, dans l'approche de l'ARAFER. En droit français, les TRI prévisionnels doivent refléter une rémunération raisonnable et conforme aux conditions de marché. Nous sommes, sur ce sujet, en pleine confusion entre ce que disent la Commission européenne, les autorités concédantes et l'ARAFER, et ce que prescrit le bon sens. En effet, lors de l'examen du PIA par l'ARAFER, s'est fait jour un débat sur l'interprétation à donner aux termes « nécessité » et « utilité » employés dans la loi quant aux investissements nouveaux qui peuvent être financés par le péage. Pour sa part, l'ARAFER considère que « nécessité » et « utilité » doivent s'examiner au regard de l'exploitation de l'autoroute déjà concédée et non de manière générale, et ce alors même que les termes d'exploitation d'autoroutes ne figurent pas dans la loi. Je suis quant à moi très gêné par cette notion. En effet, je pense que lorsqu'on construit un bassin ou un mur anti-bruit, on protège l'environnement et les riverains alors que l'utilisateur n'en a que faire. La notion d'utilité ne peut donc être aussi restrictive et qu'il convient d'intégrer l'ensemble de l'ouvrage à l'affectation des recettes de péage. J'ajoute que la lecture de l'ARAFER n'est pas non plus celle du secteur ou celle de l'administration – ce qui a conduit à retirer du PIA des investissements dont l'intérêt général n'était contesté par personne et qui recueillaient le soutien, y compris financier, des collectivités locales. Aujourd'hui, ces investissements pour certains déclarés d'utilité publique sont à l'arrêt. Remettre en débat la question de l'utilité à toutes les étapes pose donc problème, à mes yeux. La situation est d'autant plus cocasse que l'examen des travaux parlementaires sur la loi de 2015 montre que l'auteur des termes d'utilité et de nécessité avait pour objectif de faciliter le financement de nouveaux investissements par le péage. On est arrivé au résultat inverse !

Je voudrais conclure en observant qu'entre 2006 et 2015, le secteur des concessions investissait de l'ordre de 2 milliards d'euros par an au bénéfice de la collectivité. Depuis la création de l'ARAFER, ce montant a été divisé par deux. Le contrôle exercé par cette dernière a donc bloqué le développement contractuel du secteur, même si tel n'était sans doute pas l'objectif du législateur.

**Patrick Jeantet**  
**Président de SNCF Réseau**

Je n'ai pas le temps de faire un aussi beau plaidoyer pour le ferroviaire, qui se justifierait pourtant. Je commencerai par deux observations. D'une part, depuis des décennies, il y a eu un sous-investissement dans ce secteur, en particulier sur le réseau existant et sur les étoiles ferroviaires. Il faut donc rattraper ce retard. Ensuite, la plupart des externalités positives du ferroviaire ne sont pas au bénéfice du secteur. La valeur du temps dans le train, par exemple, est sans commune mesure avec celle du temps dans

l'avion ou la voiture. Je pourrais aussi citer les émissions de gaz à effet de serre et d'autres gaz polluants qui émettent des particules et tuent, ou encore l'accidentologie ou l'occupation de l'espace public. Dans la région parisienne, celui occupé par le ferroviaire est sept fois moindre que celui du routier, alors que nous avons 50 % de part de marché. L'intérêt du développement de la part modale du ferroviaire n'est donc pas à démontrer. Même s'il va de soi que le futur de la mobilité est celui de toutes les mobilités. La complémentarité route/fer est donc pour moi une évidence.

SNCF Réseau est largement subventionné par l'État et par les régions. C'est une toile de fond très importante pour la régulation et la gestion des contrats. Par ailleurs, le régulateur a pour missions principales la régulation économique du secteur et de toutes ses composantes ainsi que l'ouverture à la concurrence du marché ferroviaire. Nous sommes donc dans un jeu à trois : le régulateur (qui entend baisser les péages sur les lignes qui seront attractives pour les nouveaux entrants), les tutelles (ministères des Transports et du Budget, dont les contraintes et les objectifs ne sont pas les mêmes) et le gestionnaire d'infrastructure (qui veut s'assurer du niveau de ses recettes en valeur absolue).

Par ailleurs :

- l'économie de SNCF Réseau est très largement à coûts fixes puisque ceux-ci représentent au moins 85 % de nos coûts totaux ;
- l'élasticité prix est faible : la baisse des péages ne s'accompagnera pas automatiquement de l'augmentation du nombre de trains à court terme ;
- l'économie est très largement monopolistique du côté des services, puisque SNCF Mobilité assure 90 % des circulations.

Le sujet est donc simple : il faut trouver un équilibre entre trois acteurs dont les objectifs et les stratégies ne convergent pas. C'est peut-être un problème de sociologie. Les ingénieurs, les inspecteurs des finances, les conseillers d'État et les brillants diplômés de Dauphine sont-ils les personnes adéquates pour gérer ce sujet ? Ne faudrait-il pas plutôt des diplomates ?

**Jean-François Vaquiéri**

**Directeur de la régulation et des affaires juridiques d'Enedis**

La thématique des contrats selon les opérateurs régulés est d'une formidable actualité pour Enedis, opérateur national et local gérant 95 % du réseau public de distribution d'énergie électrique sous le contrôle des autorités concédantes, de la CRE et de la DGEC. Certes, son activité est principalement normée. Pour autant, la dimension contractuelle de ses activités est en plein développement, lequel n'est pas sans risque – ce qui explique l'intervention croissante du régulateur.

Enedis a d'ailleurs été confronté à une vague de contentieux dans ce contexte de développement de la contractualisation.

Différentes catégories contractuelles sont caractéristiques de notre activité, à commencer par près de 500 contrats de concession de distribution. En dépit de certaines controverses doctrinales en cours, ce sont bien des contrats de concession, avec un espace contractuel et un modèle de cahier des charges approuvé par la FNCCR et France urbaine. S'y ajoutent le contrat de service public, des contrats plus spécifiques d'accès au réseau public de distribution et une troisième catégorie de contrats liée au développement de l'autoconsommation, du stockage, de la flexibilité et de la mobilité électrique. Il s'agit là de notions émergentes et porteuses d'enjeux pour l'ensemble des acteurs du secteur. Ces outils contractuels nous apportent de la souplesse et de la réactivité, et permettent une prise en compte de plus en plus personnalisée des besoins des acteurs de l'énergie. Mais ils réclament aussi de la sécurité et de la stabilité juridiques.

Le régulateur contribue activement à cette stabilité en fixant plusieurs paramètres structurants des contrats comme le prix, en réalité le tarif, dans les contrats de concession – différence essentielle avec ceux évoqués par Pierre Coppey. Au-delà, et c'est une évolution très positive, la CRE intervient depuis 2017 pour approuver le modèle de contrat entre Enedis et ses fournisseurs dans le cadre de l'accès au réseau, dans un contexte très – pour ne pas dire trop – contentieux sur certains sujets. Cette intervention est elle aussi de nature à ramener de la stabilité dans les relations entre opérateurs régulés et fournisseurs d'énergie, tout comme la reconnaissance législative de la compétence du régulateur en matière de rémunération des coûts de gestion clientèle. À cet égard, Enedis est favorable à l'extension de la compétence et de l'intervention du régulateur dans certains mécanismes contractuels.

Nous sollicitons même celle de sa compétence d'approbation au modèle de contrats passés avec les producteurs d'énergie qui injectent sur le réseau de distribution. Cela permettrait une plus forte stabilité juridique à cette activité en développement, tout en préservant la dimension contractuelle à laquelle tous les acteurs sont attachés.

Par ailleurs :

- l'économie de SNCF Réseau est très largement à coûts fixes puisque ceux-ci représentent au moins 85 % de nos coûts totaux ;
- l'élasticité prix est faible : la baisse des péages ne s'accompagnera pas automatiquement de l'augmentation du nombre de trains à court terme ;
- l'économie est très largement monopolistique du côté des services, puisque SNCF Mobilité assure 90 % des circulations.

Le sujet est donc simple : il faut trouver un équilibre entre trois acteurs dont les objectifs et les stratégies ne convergent pas. C'est peut-être un problème de sociologie. Les ingénieurs, les inspecteurs des finances, les conseillers d'État et les brillants diplômés de Dauphine sont-ils les personnes adéquates pour gérer ce sujet ? Ne faudrait-il pas plutôt des diplomates ?

**Pascal Sokoloff**

**Directeur général de la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies (FNCCR)**

La FNCCR représente les autorités organisatrices de la distribution et de la fourniture d'électricité. Ce modèle français trouve ses racines depuis plus d'un siècle sous la forme d'une compétence attribuée aux communes et à leurs groupements pour organiser la desserte électrique des territoires. Cette compétence, qui va de pair avec l'attribution de la propriété des réseaux aux communes, a survécu à la nationalisation de 1946 et, plus récemment, au processus d'ouverture à la concurrence. Pour autant, cette constante se trouve environnée par un monde très évolutif et qui se caractérise par une complexification croissante du paysage dans le domaine de l'énergie. Nous étions habitués jadis au confort d'un format réduit à trois parties : l'État, le concessionnaire et les autorités locales organisatrices. Nous devons désormais composer avec l'Europe, la CRE et d'autres acteurs comme le médiateur de l'énergie dont le rapport récent dresse un bilan nuancé de l'ouverture à la concurrence.

Nos collectivités passent des contrats de concession avec l'opérateur. Ce sont, de notre point de vue, de véritables concessions. Ces contrats ne sont pas régulés. Ils peuvent même être qualifiés de « régulateurs », puisque nous avons l'ambition de représenter un échelon local de régulation complémentaire de l'échelon national qu'est la CRE. Cela dit, nous intervenons dans un contexte très contraint, encadré par des normes diverses et variées, et qui pose la question de l'articulation entre centralisation et décentralisation.

Dans ce cadre, le contenu des contrats de concession privilégie des enjeux forts pour les territoires : qualité de l'énergie distribuée, aménagement du territoire, transition énergétique, transmission des données, etc. L'une des valeurs ajoutées de ce modèle de contrat est qu'il introduit des procédures de programmation des investissements sur les réseaux de distribution. Par ailleurs, du point de vue des territoires, qui ont une approche globalisante de la modernisation, l'énergie est une brique parmi d'autres. Il faut en effet articuler l'énergétique avec le numérique, les transports, la gestion de l'éclairage public ou encore des déchets. Le territoire se conçoit donc comme un assemblage.

Quelques points de vigilance ou de préoccupation méritent d'être mentionnés.

- Tout d'abord, les textes ignorent totalement l'articulation entre la régulation locale et la régulation nationale. Aucun pont n'est organisé, alors que les régulateurs interviennent sur des sujets connexes. Certes, nous dialoguons spontanément avec la CRE, mais de manière informelle. Je pense qu'il serait utile de mieux organiser cette coopération.
- Ensuite, du point de vue du citoyen usager, le régulateur est l'élu local et non la CRE.
- Enfin, la CRE donne aussi un contenu politique à certains aspects de son action. Or une autorité administrative indépendante est-elle outillée et légitime pour assurer un portage politique ? Sur certaines concessions, le gestionnaire de réseau peut être structurellement déficitaire. Comment appréhender la notion d'efficacité dans ce contexte ? Cette question est au centre d'un contentieux que le Conseil d'État connaît bien, sur le fonds de péréquation de l'électricité.

Pour l'avenir, la transposition du Clean Energy Package sera un rendez-vous important. La régulation en sera l'un des grands sujets. Nous serons très attentifs aux arbitrages qui seront rendus par le Gouvernement ou le Parlement à cette occasion, l'enjeu étant la préservation d'un bon équilibre entre l'approche technico-économique et juridique des régulateurs et l'approche plus politique que nos territoires s'efforcent de défendre dans le contexte de sensibilité exacerbée que nous connaissons tous en matière énergétique.

**Vincent Breteau**

**Directeur général adjoint de la Région Normandie**

Les régions en tant qu'autorités organisatrices des transports ne sont pas un régulateur en tant que tel, mais elles jouent un rôle de régulation, notamment parce qu'elles sont, en tant que collectivités, garantes de l'intérêt général. Elles se retrouvent, en outre, à la croisée de plusieurs relations contractuelles, qu'elles en soient parties ou pas. En l'occurrence, nous ne sommes pas parties au contrat de performance signé entre l'État et SNCF Réseau, mais nous sommes impactés par sa trajectoire financière d'évolution des redevances. Je rappelle que ce contrat a été signé contre l'avis de l'ARAFER et contre l'avis unanime de toutes les régions car il est non-soutenable pour leurs finances. Sur ce sujet, le rôle du régulateur mériterait donc d'être renforcé.

Par ailleurs, les régions sont directement parties des contrats que sont les conventions d'exploitation avec l'opérateur de service de transport ferroviaire en monopole, SNCF Mobilités. Aujourd'hui, l'ARAFER ne contrôle pas ces contrats, même si certaines évolutions semblent en cours dans le cadre de l'ouverture à la concurrence. Ces conventions d'exploitation sont librement consenties, en théorie du moins et dans la limite de ce que permet la présence d'un monopole en la matière. D'ailleurs, on peut questionner la logique économique de ces conventions, ce qui illustre un rapport de force largement en défaveur des régions :

- On observe assez largement une tendance à une limitation de plus en plus forte du risque recettes pris par SNCF Mobilités pour le faire porter par les régions, ce qui est assez contraire à la logique économique dans la mesure où les leviers sur les recettes sont peu du côté des régions, et très largement du côté de SNCF.
- Autre exemple, toutes les régions mettent en place des boni/mali, liés à la régularité et plus généralement à la qualité de service, dans le cadre des conventions. En fait, ceux-ci sont très faibles et pas du tout à la hauteur du coût que pourrait engendrer un réel investissement pour la qualité. Ils sont donc dans une certaine mesure contre incitatifs : en effet, mieux vaut payer la pénalité qu'investir pour être en ligne avec les objectifs.
- Dernier exemple, SNCF Mobilités consent peu d'efforts de productivité. Ainsi, un agent de conduite conduit un train deux heures par jour en moyenne, contre le double ailleurs en Europe. En outre, l'offre en trains.kilomètres a augmenté d'environ 25 % entre 2002 et 2015 tandis que la contribution versée par les régions a doublé. Dans le même temps, en Allemagne, l'offre a augmenté de 35 % et les contributions versées par les Länder ont crû d'autant.

Du fait de cette absence de logique économique du contrat et de la faible capacité de négociation avec un monopole, les marges bénéficiaires peuvent s'avérer démesurées. En Normandie, par exemple, la marge bénéficiaire de SNCF Mobilité a dépassé les 10 % en 2017, soit près de 15 millions d'euros de résultat net sur un contrat financé par l'argent public.

Dans ce cadre, l'ouverture à la concurrence des lignes conventionnées est plutôt une bonne nouvelle. Encore faut-il qu'elle soit effectivement mise en œuvre et attractive pour les opérateurs privés. En l'occurrence, j'identifie deux obstacles majeurs :

- D'un côté, sur le sujet du transfert des données, la logique contractuelle a malheureusement montré ses limites, du moins dans le contexte actuel dans lequel SNCF Mobilités reste en monopole. Malgré des clauses contractuelles âprement négociées, il est toujours très difficile d'obtenir dans les faits la transmission de données utiles et exploitables par les régions, futures autorités organisatrices qui devront mettre en place les appels d'offres. Nous attendons donc beaucoup du décret en cours de préparation qui devra fixer la liste des données à transmettre, même si nous savons que SNCF fait un *lobbying* important pour limiter cette liste...
- D'un autre côté, à l'inverse, la logique contractuelle serait certainement plus efficace en matière de transfert des personnels. Certes, des garanties sont nécessaires pour les salariés qui changeront d'entreprise, mais une souplesse est nécessaire. Aujourd'hui, les obligations en la matière conduisent à un allongement non négligeable des délais. Les textes prévoient de faire intervenir l'ARAFER sur ce sujet. C'est une bonne chose, mais nous ne savons ni sur quelles bases ni sur quelles données se fonderait cette intervention.

Enfin, l'ARAFER régule les activités relatives aux infrastructures communes (réseaux, gares). Mais dans ce cadre, elle peut se retrouver contrainte de limiter les possibilités de contractualisation des régions avec les opérateurs. L'accueil en gare en est un exemple assez précis. Dans de nombreuses gares, il est aujourd'hui géré par l'opérateur en monopole SNCF Mobilités dans le cadre de la convention d'exploitation des services ferroviaires, et les agents concernés sont polyvalents. Demain, dans le cadre de l'ouverture à la concurrence, il peut sembler logique, pour des questions de neutralité, que les infrastructures et les agents en commun sortent du périmètre de cet opérateur. Mais dans la majorité des cas, hors grandes voire très grandes gares, il n'y aura qu'un seul opérateur dans la gare. Il ne faudrait donc surtout pas que l'activité de régulation et le partage entre les périmètres régulés et contrôlés aboutissent à une augmentation des coûts en imposant deux agents là où un seul pourrait faire l'affaire.

Dans ces domaines, laisser de la liberté et de la souplesse est indispensable.

### **Pierre-Édouard Pivois**

#### **Responsable régulation à la direction juridique d'Aéroports de Paris**

Notre problématique est assez différente de celle des autres intervenants, ADP ayant conclu un contrat de régulation économique avec l'État. Ce contrat fixe la politique industrielle du Groupe pour cinq ans, les principaux investissements, les objectifs

de performance et les plafonds d'évolution tarifaire. Il fournit aussi des éléments d'appréciation de la rentabilité de l'entreprise, ce qui revêt une importance majeure pour une société cotée telle qu'ADP. Pour les compagnies aériennes, c'est un outil de prévisibilité ; les bornes de l'évolution tarifaire sont connues.

À la différence des concessions, c'est un contrat de courte durée. Son originalité vient du fait qu'il est conclu avec l'État, actionnaire majoritaire et autorité de tutelle, mais d'abord négocié avec les clients, qui n'y sont pas parties. La procédure préalable de consultation est longue et exigeante, parfois difficile dès lors que les compagnies aériennes n'ont pas toutes les mêmes intérêts en termes d'investissement. En outre, les comparaisons internationales sont difficiles dans ce secteur, y compris en matière d'évolution des tarifs des redevances. Enfin, une fois ce contrat conclu, ADP en profite assez peu. D'une part parce qu'il convient de préparer le suivant, et d'autre part parce que l'entreprise est soumise à la procédure d'homologation annuelle des tarifs par le régulateur – dans laquelle il ne suffit pas de démontrer que l'on respecte le contrat.

La mutabilité du contrat administratif ne vient pas ici des modifications qui pourraient intervenir par avenant ou de manière unilatérale, mais plutôt de l'application permanente du contrat et de sa mise en œuvre, sur le plan tarifaire, chaque année lors de la procédure d'homologation.

Aujourd'hui, l'avis conforme de l'autorité de régulation constitue une étape importante. Demain, dans le cas d'ADP, l'éventuel transfert de la majorité du capital au secteur privé modifiera fera du contrat de régulation économique une garantie négociée contre le pouvoir de décision unilatérale, pouvoir qui s'exerce avant tout dans le cadre du cahier des charges d'ADP. Le projet de loi adopté par le Parlement et en attente de décision du Conseil constitutionnel renforce à la fois le cadre régulé et le contrôle de l'État dans la mesure où le contenu obligatoire du cahier des charges a été étendu.

Si la privatisation a lieu, ADP aura plus que jamais besoin de prévisibilité – ce qui passera par le contrat de régulation économique, mais aussi par l'application qu'en fera le régulateur lors de chaque période tarifaire.

## Échanges avec la salle

### **Anne Yvrande-Billon**

Je voudrais répondre en toute courtoisie à plusieurs remarques exprimées ce matin – même s'il nous faudrait des heures pour discuter de tous les sujets évoqués.

Tout d'abord, une comparaison intéressante peut être effectuée entre le secteur ferroviaire, dans lequel les nouveaux acteurs qui attendent d'entrer sur le marché demandent un régulateur indépendant et qui garantisse l'absence d'interférence politique, et le secteur routier dans lequel le régulateur serait une source de désinvestissement. Par ailleurs, de nombreux travaux transdisciplinaires et internationaux montrent que l'intervention d'un régulateur indépendant est le plus souvent perçue comme une garantie de stabilité.

Ensuite, c'est le législateur qui a confié le rôle de « contrôle » ou de « régulation » – le vocabulaire important moins que l'action – au régulateur, en soulignant qu'il existait un manque de contrôle du respect des clauses contractuelles par l'administration dans le secteur autoroutier lié à un manque de ressources. Plusieurs rapports sont arrivés aux mêmes conclusions et montrent qu'il pouvait y avoir un risque de capture cognitive ou de conflit d'intérêts, au détriment de l'efficacité des contrats. Ils soulignent aussi l'opacité d'un certain nombre d'informations. C'est la raison pour laquelle le pouvoir de collecte de données confié à un régulateur indépendant, assorti de celui de sanction, est fondamental.

Concernant la notion d'utilité, il a été considéré que l'usager des autoroutes, partie indirecte au contrat, était insuffisamment présent. Lorsqu'une collectivité locale propose de cofinancer une opération sur une autoroute, cela a-t-il valeur d'intérêt général et d'utilité pour tous les usagers qui paieront une augmentation de péage ? Un financement public n'est pas gage d'utilité pour l'intégralité des usagers, et un motif d'intérêt général local n'est pas l'utilité au sens économique, qui est la notion que nous avons suivie et qui diffère de votre interprétation.

J'ajoute encore que le passage de l'ARAF à l'ARAFER s'est justifié par une plus grande prise en compte des intérêts des usagers.

Enfin, je répète que certains aspects des avis du régulateur sur le PIA ont été suivis par le Conseil d'État.

### **Pierre Coppey**

Je voudrais dire quelque chose de terrible, en toute courtoisie : année après année, des autorités que personne ne conteste parce qu'elles sont dotées d'une autorité juridictionnelle et parce que les Français sont légitimistes, racontent n'importe quoi sur les concessions autoroutières. Je pense notamment au procès en opacité qui nous est fait. Le rapport de l'Autorité de la concurrence, par exemple, ne cite jamais les notions d'investissement et de TRI. Elle ne juge les concessions qu'au regard de leur excédent brut d'exploitation, ce qui est absurde. De la même façon, les raisonnements de la Cour des comptes sont erronés et induisent en erreur les médias, les responsables politiques et l'opinion publique.

Il n'y a aucune opacité des contrats de concession, contrairement à ce qui est constamment affirmé : tous les rapports des sociétés concessionnaires sont publics et accessibles depuis des années. En revanche, il y a bien un sujet de complexité et d'incompréhension, même si les uns et les autres refusent de reconnaître qu'un contrat capitalistique et long, avec 22 avenants, est compliqué – mais pas opaque.

Le sujet de la régulation autoroutière et du contrôle repose donc d'abord sur un abominable malentendu récurrent de l'Autorité de la concurrence et de la Cour des comptes dans la manière dont elles analysent les contrats de concession, ainsi que sur l'incapacité de l'État à assumer les obligations qu'il assigne dans les contrats. Pardonnez-moi, mais il fallait que je le dise !

### ***Dominique Jamme***

L'articulation entre le local et le national est une question fondamentale, complexe et dialectique, sans réponse figée. D'un côté, les réseaux de distribution sont la propriété des autorités locales concédantes. De l'autre, il existe en France un système de péréquation nationale, ainsi que des opérateurs d'envergure nationale comme Enedis et GRDF. Je ne suis pas certain qu'un texte réglementaire de plus permettrait de clarifier cette situation par nature mouvante et complexe, et de toute façon les textes sont déjà très voire trop nombreux.

Par ailleurs, les autorités concédantes, qui sont des régulateurs locaux, sont parties aux contrats de concession. Telle n'est pas le cas de l'autorité nationale de régulation.

Concernant la notion d'efficacité, je rappelle que la loi nous prescrit, pour les tarifs de réseau, de couvrir les coûts d'un opérateur « efficace ».

Concernant le caractère structurellement déficitaire de certaines entreprises locales, il est vrai que le fonds de péréquation de l'électricité est un peu bloqué aujourd'hui. Mais la CRE n'a pas le pouvoir de faire évoluer le système.

Concernant le caractère éventuellement contre-productif des boni/mali, nous appliquons de notre point de vue une régulation incitative à l'efficacité des opérateurs en monopole. En effet, le régulateur a pour rôle de remplacer la concurrence en quelque sorte. Ses décisions sont toujours prises après une très large concertation, en privilégiant le temps long. Le bilan sur 10 ans récemment publié par la CRE montre que les coûts de réseau sont plutôt maîtrisés et que la qualité de service est en amélioration.

Enfin, la préparation d'un tarif de réseau est une sorte de négociation – même si c'est in fine le régulateur qui décide. Celui-ci prend l'engagement, certes moral mais respecté jusqu'ici, de ne pas revenir sur sa parole en cours de période tarifaire. Ainsi, si l'opérateur fait des gains de productivité et gagne un peu plus que le taux de rémunération alloué du capital au terme de la période, pour la période suivante le tarif repart du point bas atteint. Tous les utilisateurs bénéficient donc in fine des gains réalisés en termes d'efficacité économique et de qualité de service.

### **Jean-François Vaquiéri**

L'articulation entre le régulateur local et le régulateur institutionnel est bien présente dans la vie opérationnelle d'Enedis. Il n'existe pas d'espace vide entre la dimension nationale du régulateur et la dimension locale du contrat de concession.

Par ailleurs, dans notre esprit, la question de la communication des données n'a pas vocation à remettre en cause notre monopole. Nous faisons d'ailleurs preuve d'une très grande transparence, y compris dans le cadre de l'équation financière que nous fixe le régulateur.

### **Patrick Jeantet**

En tant que président délégué de la SNCF, je ne partage pas le point de vue de la région Normandie. La SNCF consent au contraire d'importants efforts de productivité, certes jusqu'à un certain point dans la mesure où l'aiguillon de la concurrence n'est pas encore là pour les TER. Qu'est-ce qui empêchait les autorités françaises de décider plus tôt de cette ouverture à la concurrence ? La SNCF n'est que le produit de son histoire et des citoyens que nous sommes, qui votons pour des hommes politiques qui n'ont pas voulu l'ouvrir à la concurrence et la réformer. Le nouveau Pacte ferroviaire corrige ceci et va donner une nouvelle impulsion au secteur ferroviaire.

### **Philippe Martin**

Il est intéressant de comparer l'autoroutier, le ferroviaire et l'énergie dans l'articulation entre le rôle du contrat et un cadre général de régulation sectorielle. On a beaucoup parlé du caractère plus ou moins incongru de l'intervention de l'ARAFER dans le secteur autoroutier, mais il me semble que ce débat provient du fait que nous sommes en présence de deux systèmes complètement différents.

- Dans l'énergie ou le ferroviaire, la sortie de monopole explique l'existence d'un cadre général de régulation, sectoriel et fixé au niveau européen, qui se combine avec une régulation nationale (CRE ou ARAFER) et une régulation locale (avec le régime de concession). C'est la raison pour laquelle j'indiquais qu'en cas de doute sur le système, il faut remonter aux grands principes de la directive.

- Dans le secteur autoroutier, il n'existe pas de cadre sectoriel de régulation et nous sommes dans le cas d'une régulation traditionnelle par la concession. Le contrat de concession sert à tout, sous la responsabilité du concédant : organiser le service, organiser sa pérennité et la viabilité économique du concessionnaire, protéger l'utilisateur via le cadre tarifaire.

Normalement, le concédant est chargé de négocier le contrat et de surveiller le respect de ses clauses. Le régulateur, pour sa part, a pour mission d'apporter un regard extérieur sur le fonctionnement de la concession. Son rôle semble alors classique, mais il intervient dans un cadre où la régulation se fait normalement par la concession. Nous l'avons vu dans l'affaire du PIA, avec une micro-nuance entre la position de l'ARAFER et celle de la section des travaux publics du Conseil d'État sur les notions d'utilité et de nécessité des investissements. En l'occurrence, nous considérons que la notion de nécessité pour le fonctionnement du service autoroutier concédé – donc la correcte desserte des territoires – n'est pas tout à fait la même que la notion d'utilité économique pour l'utilisateur. Ces analyses arrivent à un résultat proche mais avec une nuance.

### **Patrick Jeantet**

Dans le ferroviaire, il s'agit d'arbitrer entre des subventions et des péages. La tarification ne peut donc pas être appréhendée indépendamment de la subvention. Le Royaume-Uni, par exemple, considère que les péages doivent être structurés dans le cadre de la subvention accordée par l'État. J'ajoute que la directive européenne considère que ce sont les gestionnaires d'infrastructure qui proposent les péages. Ce n'est pas ainsi que nous procédons en France. Mais tout cela se fait en avançant. Nous sommes donc optimistes !

Par ailleurs, nous n'avons pas tous les mêmes horizons de temps. De notre côté, nous avons besoin d'une visibilité longue sur nos investissements. L'État, quant à lui, est soumis à une annualité budgétaire. Résoudre cette contradiction est complexe.

## Conclusion

### **Thierry Tuot**

Je remercie les intervenants pour leur franchise.

Je retiens de cette matinée plusieurs propositions de sujets pour nos 10èmes rencontres l'année prochaine :

- les limites et la structure de la régulation dans le modèle franco-français ;
- la maille du temps ;
- les objectifs poursuivis (l'environnement, la concurrence, les prix, le social ?) ;
- la place du consommateur, qui devrait être un acteur essentiel de la régulation ;
- les orientations fixées par l'Europe.

### **Jean-Denis Combrexelle**

Nous voyons combien, au terme de cette demi-journée, notre pays cultive un certain goût pour la complexité. Et nous tous, autour de cette table, avons une responsabilité vis-à-vis de cette complexité : celle de donner du sens. La régulation ne doit plus apparaître comme une question de spécialistes uniquement.

Nous devons aussi avoir le souci de la cohérence et du temps. Pour assurer toutes ces responsabilités, il est important que nous nous parlions, y compris dans un cadre informel. Je remercie, à cet égard, les organisateurs de cette réunion.





