



Les entreprises des secteurs régulés et la crise sanitaire/ économique

Synthèse de conférence

Atelier inaugural du programme sur les entreprises des
secteurs régulés, le Centre de Recherche Droit Dauphine
(CR2D)

Université Paris-Dauphine, 29 septembre 2021



Dauphine | PSL 
CHAIRE GOUVERNANCE
ET RÉGULATION

Atelier inaugural du programme de recherche « Les évolutions de la régulation économique au prisme des entreprises des secteurs régulés », organisé le 29/09/21 et présidé par Claudie Boiteau, professeure de droit public, Centre de Recherche Droit Dauphine (CR2D), Université Paris Dauphine-PSL, professeure associée à la Chaire Gouvernance et Régulation.

La Chaire Gouvernance et Régulation et co-organisatrice avec le CR2D de cet atelier inaugural.



Synthèse n°66

Université Paris Dauphine-PSL, 29 septembre 2021

Les entreprises des secteurs régulés et la crise sanitaire/économique

Intervenants

Christian Ambrun, Directeur juridique, Autoroutes Paris-Rhin-Rhône, APRR

Franck Barbot, Juriste, Droit des activités régulées, Groupe La Poste

Éric Brousseau, Directeur scientifique, Chaire Gouvernance et Régulation & Club des Régulateurs, Université Paris Dauphine-PSL

Jean-François Ducoing, Directeur de la régulation et de l'économie du réseau, SNCF Réseau

Mathilde Goldschmidt, Directrice de la régulation, SNCF Voyageurs

Philippe de Ladoucette, ancien Président de la Commission de Régulation de l'Énergie

Aurore Laget-Annamayer, Professeure de droit public, Université de Rouen

Antoine Louvaris, Professeur de droit public, Université Paris Dauphine-PSL

Elisabeth Monégier du Sorbier, Directrice juridique, FDJ

Marc de Monsebernard, Avocat à la Cour, Cabinet Klein.Wenner

Pierre-Édouard Pivois, Direction juridique et des assurances, Responsable du département compliance, régulation et opérations aéroportuaires, Groupe ADP

Tony Prosser, Professeur de droit, Université de Bristol

Arnaud Raynouard, Professeur de droit privé, Université Paris Dauphine-PSL

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

Jean-François Vaquiéri, Secrétaire général, Enedis

Modération

Claudie Boiteau, Professeure de droit public, Centre de recherche Droit Dauphine (CR2D), Université Paris Dauphine-PSL, professeure associée à la Chaire Gouvernance et Régulation

Sommaire

Introduction.....	5
<i>Claudie Boiteau Professeure de droit public, Centre de recherche Droit Dauphine (CR2D), Université Paris Dauphine-PSL, professeure associée à la Chaire Gouvernance et Régulation.....</i>	<i>5</i>
<i>Thierry Tuot, Président adjoint de la section de l'intérieur du Conseil d'État, Président du CoRDIS, Professeur associé à l'Université Paris Dauphine- PSL.....</i>	<i>6</i>
Le fonctionnement des entreprises régulées pendant la crise	8
<i>Jean-François Vaquiéri, Secrétaire général, Enedis.....</i>	<i>8</i>
<i>Jean-François Ducoing, Directeur de la régulation et de l'économie du réseau, SNCF Réseau.....</i>	<i>10</i>
<i>Pierre-Édouard Pivois, Direction juridique et des assurances, Responsable du département compliance, régulation et opérations aéroportuaires, Groupe ADP.....</i>	<i>11</i>
<i>Christian Ambrun, Directeur juridique, Autoroutes Paris-Rhin-Rhône, APRR.....</i>	<i>13</i>
<i>Mathilde Goldschmidt, Directrice de la régulation, SNCF Voyageurs.....</i>	<i>15</i>
<i>Elisabeth Monégier du Sorbier, Directrice juridique, FDJ.....</i>	<i>16</i>
<i>Franck Barbot, Juriste, Droit des activités régulées, Le Groupe La Poste.....</i>	<i>17</i>
<i>Tony Prosser, Professeur de droit, Université de Bristol.....</i>	<i>18</i>
Échanges.....	19

Introduction

Claudie Boiteau | Professeure de droit public, Centre de recherche Droit Dauphine (CR2D), Université Paris Dauphine-PSL, professeure associée à la Chaire Gouvernance et Régulation

Cet atelier-conférence inaugure un programme de recherche intitulé « Les évolutions de la régulation économique au prisme des entreprises des secteurs régulés », dont l'objectif vise à appréhender les pistes éventuelles, souhaitables ou nécessaires d'évolution de la régulation économique. De fait, les cadres réglementaires mis en place dans les années 1990, pour construire des marchés uniques et concurrentiels, méritent peut-être d'être réévalués, à tout le moins réinterrogés à l'aune de nouvelles orientations qui guident aujourd'hui les politiques publiques.

De nombreuses problématiques d'intérêt général, comme la transition écologique, le numérique, l'intelligence artificielle, la rénovation des réseaux industriels ou encore la sécurité, cohabitent voire prévalent sur l'objectif concurrentiel, permettant ainsi de penser que la régulation économique se réinventera dans les prochaines années. Sans compter que la crise sanitaire a chahuté les modèles économiques des entreprises des secteurs régulés et probablement accéléré des évolutions en cours.

Ces ateliers reposeront sur l'organisation d'un dialogue constructif et dénué d'a priori, étalé sur plusieurs mois. Ils donneront lieu à la publication d'un ouvrage collectif.

Le thème des entreprises des secteurs régulés face à la crise sanitaire et économique a semblé devoir ouvrir les débats tant la crise récente – et peut-être encore à venir – paraît susceptible de mettre à l'épreuve les modèles de régulation et de faire émerger les vecteurs d'une rénovation, d'une refondation ou d'une réinvention de la régulation.

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

Les crises constituent souvent des révélateurs, dont il sort des évolutions majeures.

Comment exploiter de manière profitable les ressources rares et parmi les plus précieuses présentes autour de la table – des exceptionnelles par leur taille et par la manière dont elles ont traversé la crise et continué à fonctionner, les principaux régulateurs qui ont eux aussi continué à assurer le service, et la recherche universitaire académique ?

Le « vieil État » lui-même a tenu. Dans les premiers temps de la crise, il a même été le seul à tenir. Personne n'avait rien vu venir, personne n'était prêt et tout le monde a été pris au dépourvu. Il y a sans doute un hommage à rendre au « système D à la française », mais force est de constater – pour s'en inquiéter – que personne n'avait rien prévu pour répondre à une telle crise. Ce qui a été improvisé s'est avéré relativement efficace, mais c'était de l'improvisation copiée sur des réactions du passé – l'état d'urgence antiterroriste, lui-même copié sur l'état d'urgence de la guerre d'Algérie, lui-même copié sur l'état de siège de 1870.

N'est-il pas temps de réfléchir à la restauration ou à l'édification collective de capacités de réflexion sur l'avenir ? Il ne s'agit pas de prévoir la crise qui surviendra, mais d'avoir en tête des scénarios et des réflexes de réponse administrative, économique, organisationnelle et régulateur à court, moyen et longs termes, qui permettront de faire face collectivement, autrement que dans l'urgence et la régulation.

Comment construire un instrument de prospective et d'évaluation des outils, mais aussi de préparation collective à des crises futures ? Chaque entreprise est prête, sans doute davantage que l'État. Mais nous manquons de scénarios collectifs. Tenons-nous prêts, ensemble !

Par ailleurs, il est frappant de constater, au moment où la mondialisation montre qu'elle est irréversible – les virus et les vaccins traversent les frontières –, une tendance au repli sur les nations. Quelle est la bonne échelle de régulation ? Qu'est-ce qu'un bon marché ? L'Europe n'a été bonne qu'au moment où elle a renoncé à ses principes constructeurs. Dans le même temps, les États membres vivent couchés dans les lignes budgétaires et dans le confort immense que procure une monnaie unique. Cette tension européenne doit être à nouveau affrontée : la régulation peut-elle exister autrement qu'européenne ? Le marché peut-il fonctionner sans être européen ?

Si nous continuons avec un corpus de règles aveugles face auxquelles nous nous défaussons, nous n'irons pas très loin. Il est temps de sortir du postulat initial selon lequel la solidarité économique crée une solidarité politique. De la même façon, la construction d'un marché n'aboutit pas à la convergence des institutions. Aussi devons-nous nous poser la question de l'après. Faut-il continuer, et comment ?

S'il semble impossible de renoncer à l'acquis communautaire, il semble tout aussi impossible de rester où nous en sommes. Là encore, il faut réfléchir ensemble et faire preuve d'une imagination institutionnelle, grâce à la recherche académique.

Balayons devant notre porte ! L'université a raté quelque chose : la crédibilité de l'expertise scientifique n'est plus acceptée et le débat public s'organise dans le « café du commerce » mondial. Nous ne pouvons pas continuer à réfléchir au progrès si nous laissons de côté nos concitoyens parce que nous ne parlons pas le même langage. Il faut que nous arrivions à créer à nouveau une expertise crédible, donc partagée. À cet égard, nous ne pourrions pas avancer tant que nous n'aurons pas dissipé les fantasmagories des légendes urbaines qui circulent sur internet. C'est une responsabilité collective que nous devons construire.

« On ne lâche rien ! » Et pourtant, nous ne voyons personne. Il n'y a plus de corps intermédiaire. Les

syndicats et les associations échouent à porter la revendication collective. Les consommateurs sont eux aussi absents : le régulateur ne les voit jamais dans ses instances de règlement des différends. Nous affronterons de plus en plus de vagues radicales et absolues de contestation, refusant en bloc et déniaient toute légitimité à l'entreprise, à l'État, au savoir-faire et à l'expertise. Il est urgent de sortir de cette situation et d'approvisionner un débat dans un tiers-lieu pour passer de l'opposition stérile à la construction. Et ce, sans attendre le cycle des échéances électorales – d'autant qu'il contribue à la radicalisation.

Enfin, le marché ne saurait être une variable d'ajustement et un marché sans État ne fonctionne pas. La naïveté de la régulation initiale était de penser qu'elle accompagnerait vers le marché – construction artificielle, pure et parfaite – et des secteurs qui sortaient de la « caverne » du monopole. Mais l'ancien monde n'était pas si mauvais que cela, et le nouveau n'existe pas. Il faut combiner deux, ce qui ne doit pas consister à demander au régulateur de ne pas augmenter les prix, ou d'engager des investissements à fonds perdus. On ne sort de la logique du marché qu'à ses dépens : c'est le pire des instruments économiques mis à part tous les autres. Nous sommes obligés de « faire avec ». Tout comme nous sommes obligés de faire avec le développement des territoires, la justice sociale, la transformation environnementale et la numérisation de l'économie.

« Il y a mille façons d'avancer, mais une seule de rester immobile ! » Acceptons qu'il existe plusieurs façons d'avancer.

Le fonctionnement des entreprises régulées pendant la crise

Jean-François Vaquiéri | Secrétaire général, Enedis

Par son ampleur, sa soudaineté et son caractère global, la crise a bouleversé les modalités d'organisation de l'ensemble des entreprises, y compris régulées. Du jour au lendemain, nous avons eu à faire face à des configurations inconnues : télétravail, confinement, réduction drastique des activités non essentielles. Il convient d'en tirer les enseignements, afin de rendre nos organisations plus résilientes.

Enedis

Enedis est un maillon essentiel du système électrique français, en charge de la gestion du réseau des distributions publiques d'électricité sur près de 95 % du territoire national. Il compte près de 39 000 collaborateurs répartis sur 800 sites, réalise plus de 14 milliards d'euros de chiffre d'affaires et investit plus 4 milliards d'euros par an, hors Linky. Par ailleurs, 98 % de ses achats sont effectués auprès d'entreprises françaises, dont la majorité sont des TPE/PME. Or le tissu industriel a été très durement frappé par la réduction des investissements.

Enedis exerce une activité de monopole au niveau national et local. Il assure la continuité de l'alimentation en électricité, avec plus de 12 millions d'interventions par an. Il raccorde également les nouveaux clients en soutirage et en injection, dont près de 90 % des producteurs éoliens et photovoltaïques. C'est une caractéristique forte du réseau public de distribution, qui doit assurer l'égalité de traitement des clients, des producteurs et des fournisseurs, sous le contrôle du régulateur et du CoRDIS.

Un plan de continuité et de reprise d'activité

Le fort ancrage territorial d'Enedis a vocation à s'incarner dans son plan de continuité d'activité (PCA). En l'occurrence, durant la crise sanitaire et dans le cadre d'un dialogue confiant et permanent avec l'ensemble des parties prenantes, Enedis a assuré la continuité de la fourniture d'électricité, le maintien des interventions de sécurité, le maintien des raccordements urgents et la priorisation des activités en lien avec la santé et la sécurité - tout en assurant la généralisation du travail à distance de tout le personnel dont la présence sur le terrain n'était pas impérativement requise.

Pour autant, l'activité a connu une baisse sensible. C'est notamment le cas des raccordements, travaux et prestations clients, mais aussi du déploiement des compteurs Linky, lequel a été suspendu dès le début du premier confinement. Le report du nombre d'opérations explique l'actuel rebond de l'activité, dans un contexte de très fortes tensions sur les matières premières.

À la sortie du premier confinement, l'urgence a consisté à définir une stratégie pour relancer l'activité, dans une logique de priorisation.

La crise s'est aussi traduite par une recrudescence de textes à analyser et à assimiler. Ce foisonnement législatif a permis de fonctionner dans les meilleures conditions. Par ailleurs, le dialogue avec les parties prenantes externes nationales, dont tout particulièrement la DGEC et la CRE a été adapté à la gestion du contexte de crise. Tant notre tutelle que le régulateur se sont montrés à l'écoute et soucieux de la prise en compte des remontées et besoins d'Enedis. De la même manière le dialogue avec les AODE et leurs représentants (FNCCR ; FU) a été très intense et important pour permettre une bonne gestion de la crise.

Premiers enseignements

Des leçons ont d'ores et déjà pu être tirées pour le modèle d'activité. En l'occurrence, la crise a montré la pertinence et la résilience du modèle Enedis. C'est d'autant plus important qu'en tant qu'opérateur industriel national en situation de monopole, il était indispensable au groupe de faire la preuve de sa capacité à faire face à une situation critique et extrême, au meilleur coût et en fournissant le service attendu par les clients – et ce, dans sa logique territoriale habituelle.

Les entreprises du secteur public ont désormais l'obligation impérieuse de s'inscrire dans des logiques d'anticipation pour maintenir la qualité du service dans le temps et faire face à différents aléas et bouleversements. Dans ce cadre, Enedis a pris l'engagement de garantir une réalimentation de 90 % de ses clients dans un délai de 48 heures. Cette ambition extrêmement forte tractera l'entreprise dans toutes ses actions et dans la révision de tous ses processus industriels et de gestion, en écho aux dispositions de la loi Pacte.

En somme, grâce à l'écosystème de ses parties prenantes internes et externes, Enedis a fait face aux exigences liées à son positionnement et traversée la crise de manière coordonnée et efficace. Outre le rôle de la DGEC, du régulateur et des autorités organisatrices, il convient de noter que le niveau d'engagement et la mobilisation des salariés ont constitué des leviers essentiels pour assurer l'exécution des missions.

La sortie de la crise s'est accompagnée d'un surcroît d'activité, mais rappelle surtout que les enjeux de la transition écologique restent prioritaires. À cet égard, Enedis reste durablement en tension du fait des exigences qui sont les siennes, notamment à travers les engagements pris à travers son projet industriel et humain.

Claudie Boiteau

L'activité de distribution d'électricité est emblématique des activités de service public dont le bon fonctionnement était indispensable pour surmonter les conséquences de la crise sanitaire. Peut-être les entreprises ont-elles une capacité d'anticipation plus forte que celle de l'État ? Par ailleurs, l'étroite coordination entre les différentes parties prenantes de l'écosystème d'Enedis est à saluer.

Jean-François Ducoing | Directeur de la régulation et de l'économie du réseau, SNCF Réseau

La crise sanitaire s'est traduite par l'arrêt soudain des activités de transport et d'infrastructures. Si un niveau marginal de circulation des trains a été maintenu, avec des plans adaptés pour les transports du quotidien et pour le fret, le principe a d'abord été celui d'un confinement généralisé.

Un plan de poursuite de certaines activités

Dans ce contexte, les deux exigences pour SNCF Réseau étaient la maintenance du réseau et la poursuite des grands chantiers majeurs. Si la mobilité des agents n'a pas posé de difficulté, il en est allé différemment pour les salariés des entreprises prestataires. Quoi qu'il en soit, le programme de travaux s'est poursuivi.

SNCF Réseau a ensuite connu une remontée en charge progressive des circulations de voyageurs. Aujourd'hui, 85 % des TGV circulent - contre 6 % au plus fort de la crise. La reprise du reste de l'activité a été assez rapide, puisque la quasi-totalité du programme de travaux a été réalisée.

Des conséquences économiques significatives

SNCF Réseau a subi la crise sur le plan économique, au travers d'un effondrement de ses recettes alors même que le niveau de dépenses est resté stable. De fait, son modèle est celui d'une entreprise à coûts fixes majoritaires : même lorsque les trains ne circulent pas, les agents doivent assurer la maintenance du réseau. Contrairement aux activités de transport, SNCF Réseau a d'ailleurs très peu mobilisé les fonds de l'État dédié au financement du chômage partiel.

Par ailleurs, dans le cadre de l'aide globale au secteur ferroviaire, SNCF Réseau a obtenu une aide substantielle de l'État dont la philosophie était la continuité des investissements dans l'infrastructure ferroviaire. Au total, 4,7 milliards d'euros ont été accordés à l'entreprise principalement pour continuer à investir dans le réseau - et, ce faisant aussi maintenir l'activité d'une partie du secteur du BTP. Il convient de noter que parmi ces 4,7 milliards d'euros, 600 millions ont été mobilisés par des cessions demandées par le Gouvernement au groupe SNCF.

Premiers enseignements

S'agissant de la régulation, même si SNCF Réseau a étroitement travaillé avec les clients et les autorités organisatrices de la mobilité, la principale intervention a été celle de l'État : c'est lui qui, in fine, a permis de retrouver un niveau d'investissements presque équivalent à celui qui existait avant la crise. De fait, le réseau ferré national lui appartient et cette activité de monopole a vocation à être pérenne et participe à la relance de l'économie.

Une autre leçon à tirer est que le financement du réseau ne peut être assuré uniquement par les recettes du trafic : un financement pérenne de long terme est indispensable, mais il n'est pas formellement acté dans les mécanismes de régulation ferroviaire. Il n'est même pas encore acquis, contrairement à ce qui concerne RTE par exemple.

Pierre-Édouard Pivois | Direction juridique et des assurances, Responsable du département compliance, régulation et opérations aéroportuaires, Groupe ADP

Un mois avant le confinement de mars 2020, ADP était en pleine de phase de négociation du contrat de régulation économique qui devait fixer un montant très important d'investissements, en particulier pour les premières bases du futur terminal 4 de l'aéroport Paris-CDG (7 milliards d'euros). Qui plus est, les résultats du référendum d'initiative partagée sur la privatisation du groupe étaient très attendus. Tout cela, dans un contexte de croissance continue du trafic qui valait à ADP le surnom de « poule aux œufs d'or » dans nombre de médias. La seule légère ombre au tableau était alors l'opposition avec le régulateur, l'ART, quant au niveau de rentabilité du groupe.

Puis le trafic s'est effondré avec le quasi-arrêt des aéroports, même si les opérations de maintenance se sont poursuivies pour occuper les équipes – et certaines ont été avancées pour les compagnies aériennes.

Une crise économique d'ampleur

ADP n'a pas reçu d'aides publiques, hormis la prise en charge du chômage partiel de 80 % des effectifs au plus fort de la crise. Un plan de ruptures conventionnelles collectives important a ensuite donné lieu à 1 200 départs et des mesures salariales impopulaires continuent à être prises.

Dans ce contexte, ADP a eu recours aux marchés financiers à hauteur 4 milliards d'euros pour générer de la trésorerie et assurer la gestion courante des investissements, pour ne pas dire la survie de l'entreprise – phase de laquelle elle sort à peine.

Sur le plan opérationnel, un plan de réduction des charges a été engagé, au travers de la fermeture d'une partie des infrastructures. Ainsi, l'aéroport d'Orly est resté fermé pendant une durée significative. Aujourd'hui encore, le trafic reste concentré sur une partie des infrastructures de CDG. Qui plus est, le plan de réouverture reste soumis aux décisions gouvernementales et internationales.

Les nouveaux enjeux de la régulation

Pour un acteur comme ADP, la principale mesure de régulation est l'encadrement et le contrôle des tarifs des redevances payées par les compagnies aériennes. En situation normale, l'équation combine quatre éléments – les investissements (base d'actif régulé), les charges, les prévisions de revenus et les prévisions de trafic – et l'approche de l'ART est relativement notariale. En effet, le régulateur s'attache à vérifier que les principes de modération tarifaire, d'évolution modérée et de couverture des coûts par les charges sont bien respectés.

En l'occurrence, la crise a montré la faible maîtrise du degré d'aléa dans les prévisions de trafic. Ainsi, pour la seule année 2020, les équipes de régulation économiques d'ADP ont publié pas moins d'une trentaine de versions. Cette année encore, les prévisions de trafic sont revues quasiment quotidiennement. Pour 2022, les prévisions en discussion avec l'ART font actuellement état d'un retour d'environ 73 % du trafic.

Cette situation, assez difficile à vivre, met lumière le fait que la régulation aéroportuaire n'est pas encadrée par les textes européens. Une directive de 2009 se borne en effet à fixer un principe de consultation des usagers, sans principe directeur de régulation contrairement à d'autres secteurs comme l'énergie ou les télécoms.

Par ailleurs, à l'inverse d'autres pays comme l'Italie, il n'existe pas d'autorisation de rattrapage tarifaire d'une année sur l'autre. Ainsi, si ADP proposait une évolution tarifaire de 20 % l'an prochain, le principe de modération tarifaire ne serait pas respecté et les prix ne seraient pas homologués. Aussi le Groupe

appellera-t-il de ses vœux une forme de souplesse d'une année sur l'autre.

12

Enfin, la crise a eu un effet cathartique sur le secteur, notamment en accélérant les efforts de verdissement des infrastructures et de transformation globale du modèle - partagés par l'ensemble des acteurs du secteur. De façon générale, pour accompagner la transition écologique, des investissements majeurs seront indispensables. La nouvelle équation à résoudre sera donc celle de l'opposition entre tarifs et investissements. Les attentes vis-à-vis du régulateur sont fortes, en la matière.

Christian Ambrun | Directeur juridique, Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR)

La situation vécue par les APRR durant le confinement est assez similaire à celles décrites par Enedis, SNCF Réseau et ADP.

Les conséquences de la crise

Un plan de continuation d'activité avait été imposé aux APRR il y a plus de dix ans, lors de la première pandémie de SRAS en Asie. Par ailleurs, du fait de la proximité avec l'Italie qui a connu un confinement avant la France, tout a été mis en œuvre pour anticiper au mieux la situation.

Les trois principales préoccupations durant l'arrêt des activités dites non essentielles ont concerné : les salariés ; le trafic et les installations commerciales (restaurateurs, distributeurs de carburant) ; les chantiers (qui ont été brutalement arrêtés et ont peiné à reprendre).

De fait, de nombreux échanges ont été organisés avec les partenaires sociaux pour mettre en place une organisation du travail adéquate.

Le trafic a baissé de l'ordre de 70 % en moyenne, et 90 % le week-end. L'impact a été très violent également pour les installations commerciales, notamment pour les restaurateurs qui ont dû cesser leur activité du jour au lendemain, avec un cadre juridique applicable difficile à trouver s'agissant des redevances qu'ils devaient verser. Le deuxième confinement s'étant à nouveau traduit par une baisse de trafic et un arrêt des activités de restauration, il a fallu trouver un mécanisme permettant de limiter les impacts économiques.

Les chantiers, quant à eux, ont été brutalement arrêtés et ont peiné à reprendre.

Le chiffre d'affaires a baissé de 17 % en 2020, mais il convient de noter que le groupe APRR n'a pas sollicité d'aides de l'État, en prenant notamment directement en charge l'arrêt de certaines activités.

Vers un modèle plus régulé ?

APRR n'est pas une entreprise régulée en tant que telle car elle est concessionnaire d'un service public, même si l'ART la considère comme relevant du secteur régulé. Les tarifs sont fixés par cahier des charges et suivent l'évolution de l'inflation, et parfois d'autres composantes. L'évolution tarifaire est un enjeu très important, notamment en termes de perception par les usagers. Aussi plusieurs propositions de modération tarifaire ont-elles été faites.

Par ailleurs, pour relever le défi de la décarbonation des transports, il semble nécessaire de fixer à l'entreprise des objectifs sociétaux et environnementaux. Dans cette optique, APRR a largement sollicité Enedis pour installer des bornes électriques sur l'ensemble du réseau autoroutier. L'enjeu est également de taille en matière d'intermodalité et d'échanges avec les autres gestionnaires de réseaux – tant les réseaux de transports collectifs de voyageurs que le réseau ferroviaire. Des propositions ont été faites à l'État dans ce domaine, et portées auprès du régulateur.

Enfin, les conséquences de la crise en termes d'évolution du trafic et du chiffre d'affaires sont difficiles à déterminer. Certes, le trafic des poids lourds s'est maintenu durant les confinements et le reste du trafic reprend. Mais les nouveaux modes de travail pourraient avoir un impact fort sur les déplacements.

Dans son dernier rapport quinquennal, l'une des propositions de l'ART dessine le passage d'un modèle concessionnaire vers un modèle plus régulé. Reste à en définir les conditions, le cas échéant. Comment appréhender ce sujet au regard des contrats en cours, par exemple ?

À l'aune de changements significatifs, cette recherche académique présente un intérêt crucial.

14

Claudie Boiteau

Votre intervention met en lumière l'impact, sur certaines activités, de l'évolution des comportements sociétaux liée à la crise sanitaire.

Mathilde Goldschmidt | Directrice de la régulation, SNCF Voyageurs

SNCF Voyageurs est une de société anonyme de transport des voyageurs selon deux modèles : un modèle en service librement organisé (TGV) et un modèle en contrats de service public (TER, Transilien). Elle exerce aussi une part d'activité régulée, touchant aux installations de service de maintenance et de distribution de combustible.

La crise a touché SNCF Voyageurs de plein fouet, avec l'effondrement du trafic.

L'adaptation du plan de transport

S'agissant des contrats de service public, l'adaptation des plans de transport s'est faite en coopération avec les autorités organisatrices et en fonction de leurs souhaits. Pour permettre à l'entreprise publique SNCF de tenir son rôle dans ce contexte, un plan de transport minimal a été maintenu dans le service librement organisé. En complément, des trains sanitaires ont permis de transporter des malades d'une région à l'autre. Mais il a aussi fallu mettre en place un important plan d'économies, hauteur de 800 millions d'euros, pour face à une baisse significative du nombre de voyageurs et amortir la perte de 5 milliards d'euros de chiffre d'affaires. Au total, l'impact sur la marge opérationnelle est resté « limité » à moins de 4milliards d'euros.

L'activité régulée des centres d'entretien a également été très touchée par l'arrêt des trafics. Or elle est moins facilement adaptable qu'une activité de transport, au regard du niveau très élevé de ses investissements et de ses frais fixes – lesquels ne peuvent pas être répercutés lorsqu'il n'y a plus de voyageurs.

La nécessaire réflexion sur le modèle économique et la régulation

La période a été traversée sans aucune aide d'État hormis le droit commun, c'est-à-dire la prise en charge du chômage partiel. Le régulateur n'a pas non plus mis en place d'action de régulation spécifique ou ajusté ses demandes.

Cette situation conduit SNCF Voyageurs à ouvrir une réflexion autour de deux axes. D'abord, son modèle économique : il importe notamment de définir des modalités permettant d'absorber le niveau de frais fixes en cas de retournement conjoncturel. Ensuite, la jeunesse de l'entreprise dans le domaine de la régulation : SNCF Voyageurs ne l'a pas encore vraiment expérimentée, puisque les premiers concurrents en transport ferroviaire de voyageurs ne circulent pas encore. Là encore, il importera de trouver des mécanismes plus adaptables ou plus réactifs.

Claudie Boiteau

Je propose d'entendre le témoignage de la FDJ, qui a peut-être connu une augmentation de son activité ?

Élisabeth Monégier du Sorbier| Directrice juridique, Française des Jeux (FDJ)

Les jeux relèvent du domaine du rêve, essentiel aux êtres humains. Toutefois, si le secteur n'a pas été sinistré, la période s'est avérée tout aussi dramatique pour la FDJ que les autres entreprises françaises.

Une continuité partielle d'activité

Juste avant la crise sanitaire, l'entreprise se trouvait dans une situation exceptionnelle. En effet, cette entreprise publique avait été privatisée tant pour ses activités concurrentielles (paris sportifs) que pour ses activités en monopole (loterie), et l'État venait de déléguer la tutelle du monopole à une nouvelle autorité indépendante, l'Autorité nationale des jeux (ANJ).

Mais la crise a ouvert une autre période tout aussi exceptionnelle, avec l'arrêt d'une grande partie de l'activité. En période normale, cette activité de « rêves » réalise 16 milliards d'euros de ventes et compte 30 000 points de vente. Son réseau est donc très conséquent. Durant la crise, il s'est donc agi de préserver non seulement le chiffre d'affaires, mais aussi le réseau – avec de très nombreux emplois à la clé, donc un soutien fort pour l'économie française.

Le fait que ce commerce ait été considéré comme complémentaire des commerces essentiels a permis de ne pas complètement fermer les points de vente. En revanche les paris sportifs se sont arrêtés en l'absence de championnats nationaux. Le régulateur est alors intervenu pour autoriser les paris sportifs dans le cadre d'autres championnats.

Une intervention modérée du régulateur

La FDJ est une entreprise complexe, souvent considérée comme un cas pratique de la régulation pour ne pas dire comme l'emblème des entreprises régulées ayant vécu des transformations essentielles. Sa régulation a été, qui plus est, sécurisée avec la création de l'ANJ, contrairement à ce qu'avance parfois la presse : il ne s'agit pas d'une nouvelle régulation.

Durant la crise, la FDJ a connu une intervention assez modérée de son régulateur et l'entreprise a tout mis en œuvre pour maintenir la solidarité avec son réseau de détaillants et avec ses clients. Un important travail d'analyse des nombreux textes réglementaires et législatifs a également été conduit pour identifier ce que la FJD pouvait faire, sur le plan contractuel, avec ses fournisseurs et son réseau. Elle a aussi participé à un fonds de solidarité pour éviter au réseau de se trouver à court de trésorerie. Des moyens juridiques adéquats ont également été mis en place pour permettre aux clients de percevoir leurs gains.

Perspectives

Durant la crise, les gens ont continué à jouer, mais l'activité a connu une baisse de 10 %. Aujourd'hui, la reprise est importante, marquée par un fort développement du digital. Ainsi, si les effets de la crise ne pourront être précisément mesurés qu'à long terme, il semble d'ores et déjà acquis que la coexistence de la commercialisation physique/internet méritera d'être renforcée.

Claudie Boiteau

L'évolution des comportements des joueurs et le développement des jeux en ligne conduit l'ANJ à engager une réflexion sur l'évolution des mécanismes permettant de lutter contre les addictions aggravées aux jeux et de protéger des publics contre un potentiel surcroît de précarité financière.

Franck Barbot | Juriste, Droit des activités régulées, Groupe La Poste

L'année 2020 a significativement marqué le Groupe La Poste, entreprise de services de proximité. En effet, la crise du covid-19, épidémie de contact, l'a contrainte à repenser en quelques jours son organisation à la fois humaine et industrielle.

17

La Poste face à la crise

Plusieurs mesures d'adaptation des conditions d'exercice ont été prises : adaptation des conditions de travail ; mise en place d'une nouvelle organisation d'accueil dans les bureaux de poste en lien avec les recommandations gouvernementales ; adaptation du processus industriel ; affrètement de bateaux et de charters pour maintenir la continuité territoriale avec la Corse et les DOM-TOM.

Le Groupe a également adapté ses offres de services, en priorisant les activités essentielles. Au total, plus d'un milliard de lettres ont été distribuées durant les onze semaines de confinement.

Vers un mécanisme de compensation

La crise sanitaire s'est traduite par un triple choc pour le Groupe : un choc sur la demande, avec la confirmation de la tendance baissière du courrier ; un choc sur les capacités de travail en situation de fort absentéisme ; un choc économique.

La baisse des volumes du courrier fragilisait déjà l'équilibre du service public universel, et la crise l'a aggravée. En 2020, le déficit est estimé à 1,3 milliard d'euros. Cette situation financière, très dégradée, a conduit à rechercher un mécanisme de juste compensation.

Dans cette optique, deux réflexions ont été menées en parallèle, la première à la demande du ministère de tutelle et la seconde à l'initiative de la commission des affaires économiques du Sénat. Elles se sont notamment traduites, à l'été 2021, par l'annonce d'une compensation pour le service public universel d'un montant compris entre 500 et 520 millions d'euros – selon des modalités qui restent à définir.

Claudie Boiteau

Je vous propose, pour finir ce tour de table, d'aborder l'exemple du Royaume-Uni.

Tony Prosser | Professeur de droit, Université de Bristol

18

The UK is facing not just one crisis but several: the health crisis, the climate crisis, an energy crisis, and a Brexit crisis which is currently causing major disruption to fuel supplies.

The collapse in rail passenger numbers caused by COVID-19 has accelerated a major change in service provision. Previously, private companies provided passenger services under contracts called 'franchises', which were intended to shift the financial risk of fluctuating passenger numbers to the operator. This approach became untenable under COVID restrictions and emergency contracts were introduced. These contracts, which are set to become a permanent solution, provide the operating companies with a fixed rate of return while risk is retained by the government. They raise important questions about both the allocation of risk and the role of regulators at times of crisis.

The rise in international gas prices has also sparked a serious energy crisis. This is particularly problematic in the UK, where the shift away from coal led to a shift towards gas. Large numbers of electricity and gas suppliers have entered the UK domestic consumer markets in recent years, encouraged by the regulator, Ofgem, and the government. Some of these companies are very small and poorly capitalised and do not have sufficient resources to hedge against high prices. In addition, a major operator closed its gas storage facility on the basis that it required too much investment while a price cap limits increases in basic energy tariffs for domestic consumers.

These factors have combined with huge increases in global gas prices to create a squeeze that has already bankrupted a number of smaller companies and will bankrupt more this winter. The number of providers is expected to fall from around 70 to around ten. Larger providers take on the unprofitable customers and contracts of failed providers but government is reluctant to bear the financial burden. Instead, the cost of these contracts is spread across all consumers through a levy, resulting in further price increases.

As well as raising questions about concentration and competition, this situation highlights an ongoing issue in the privatisation of public services, namely the extreme complexity of attempting to increase competition in markets relating to sensitive public services.

Claudie Boiteau

Toutes ces très riches interventions ont permis de dresser l'état des lieux, mais aussi d'identifier des points d'attention, s'agissant notamment des politiques tarifaires ou de l'accompagnement des régulateurs, ainsi que des vecteurs d'évolution pour la régulation économique, comme le numérique ou la transition écologique.

Je vous propose maintenant d'ouvrir le débat.

Échanges

Antoine Louvaris, professeur de droit public, Université Paris Dauphine -PSL

Ces échanges, très intéressants, nous permettront de suivre une méthode inductive. J'aurais deux interrogations, toutefois. D'abord, de quelle régulation parle-t-on ? Ensuite, que serait-il advenu si les entreprises dont il est question aujourd'hui n'avaient pas été régulées selon le modèle actuel ?

Par ailleurs, plusieurs d'entre vous avez évoqué la question du consommateur. Dans l'un de ses avis, l'Autorité de la concurrence a rappelé l'existence d'un ordre public multi-concurrentiel au service du consommateur. Je parle ici de l'ordre public régulateur au service du consommateur : quelles leçons pouvons-nous tirer de la crise sanitaire dans ce domaine ?

Philippe de Ladoucette, ancien président de la Commission de Régulation de l'Énergie

Je retiens des différentes interventions une différence notable dans la réaction des entreprises selon qu'elles appartiennent ou non au secteur de l'énergie. Cela s'explique vraisemblablement par l'antériorité de la régulation dans ce domaine. À cet égard, il aurait été intéressant de connaître le point de vue des entreprises des télécommunications, elles-mêmes régulées de longue date.

Par ailleurs, si le régulateur doit s'adapter aux nouveaux enjeux de la transition énergétique et de la digitalisation, des problématiques plus anciennes demeurent. C'est notamment le cas des envolées du prix de l'énergie. En matière tarifaire, de fait, l'État se trouve contraint de tenir compte de la position du régulateur, ce qui n'était pas le cas il y a quinze ans.

Arnaud Raynouard, professeur de droit privé, Université Paris Dauphine -PSL

Tout le monde a souligné le caractère imprévisible et impréparé de la crise sanitaire. Mais les crises constituent l'état naturel de nos fonctionnements. Dès lors, toute régulation devrait être conçue comme une réponse à cet état de crise permanent. Du même coup, les droits, les régulations et les modes d'encadrement normatifs devraient être constamment révisés. Nous autres, juristes, manquons peut-être d'outils hétérodoxes pour penser ce contexte ?

Les mécanismes de marché ne permettent sans doute pas de répondre aux crises – climatique, notamment. Aussi nous interrogeons-nous sur les rôles respectifs de la régulation et de l'État. Or, à vous entendre, il semble que la régulation soit sans effet et que l'État seul soit efficace. N'est-il pas plutôt question d'une nouvelle modalité d'administration de l'économie ? La régulation est censée être distincte de l'intervention des pouvoirs publics. Pourtant, il ressort des interventions de ce matin que ce point n'est peut-être pas si évident.

Éric Brousseau, directeur scientifique, Chaire Gouvernance et Régulation & Club des Régulateurs, Université Paris Dauphine-PSL

Le terme de « crises » recouvre des événements très variés, dont certains résultent des limites du marché ou de la décentralisation des systèmes de gouvernance par exemple.

Comme Thierry Tuot, je considère que la régulation est un modèle de gouvernance qui permet d'affronter les défis de notre temps. Certes, lors d'un choc exogène violent comme la crise sanitaire, l'exécutif prend le dessus. Mais pour soutenir les grands processus d'innovation, des mécanismes de coordination décentralisés sont très certainement nécessaires - davantage que les mécanismes verticaux qui ont prévalu après la deuxième guerre mondiale.

En l'occurrence, le modèle de gouvernance réglementaire semble adapté tant aux scénarios évoqués par Thierry Tuot qu'à la réalisation d'investissements permettant d'éviter les crises. Il traduit peut-être l'échec du système de régulation, mais force est de constater que, grâce aux investissements opérés avant la crise, notre pays a continué à fonctionner. Si le choc fragilise le modèle, il n'invalide pas l'intégralité des principes de gouvernance qui ont prévalu jusqu'à aujourd'hui.

D'ailleurs, le modèle de régulation s'est imposé un peu partout dans le monde. Il conciliait la volonté de construire des infrastructures fiables pour la société tout en respectant certains principes d'efficacité économique. Aujourd'hui, une reprise de l'activité s'observe en France. Si nous ne sommes certes pas dans la situation de l'Allemagne ou des États-Unis des années 1930, la question qui se pose néanmoins est celle de la résistance du modèle face aux chocs exogènes : la transition écologique requiert des investissements considérables ; quant à la transition numérique, elle offre des opportunités, tout en bouleversant de nombreuses activités ; pour leur part, les exigences de cohésion sociale et territoriale impliquent d'empêcher que les transformations soient causes de crise violente.

Pour élaborer un diagnostic informé, la proposition de Claudie Boiteau et du CR2D semble pertinente. Il ne peut être envisagé de se passer des acteurs. Ces ateliers devraient permettre de concevoir des stratégies industrielles et de politique publique. Toutefois, comme l'indiquait Thierry Tuot, poser un diagnostic ne suffira pas. Il est indispensable de trouver des solutions. Si la crise ne devrait pas voir naître un « monde d'après », elle a nourri une prise de conscience de la vulnérabilité du modèle. S'agissant du mix énergétique, par exemple, chacun a intégré l'impossibilité de garantir à la fois la sécurité, une énergie à bas prix et le verdissement de l'économie.

Par ailleurs, le modèle de gouvernance sectorielle opère également au niveau européen, et permet d'envisager des politiques cohérentes à long terme, indépendantes des choix opportunistes des décideurs politiques.

Enfin, le secteur de la santé, dans lequel n'intervient aucun régulateur indépendant, mérite d'être examiné de près. L'exécutif joue un rôle de régulateur au travers de l'assurance maladie obligatoire. Ce dispositif ne tient pas compte des exigences économiques des opérateurs privés. Eu égard aux besoins, ce modèle centralisé s'avère donc inopérant.

En somme, le modèle de la régulation sectorielle qui s'est imposé a souvent été perçu comme un mécanisme visant à instaurer la libre concurrence dans des secteurs jadis intégrés verticalement et relevant de la sphère publique. Il s'agit d'une vision erronée du modèle de régulation sectorielle. Aux États-Unis, les agences de régulation - qui sont en fait des agences de gouvernance - ont introduit l'action publique dans certains secteurs privés.

Aurore Laget-Annamayer, Professeure de droit public, Université de Rouen

Dans les débats de ce matin, le retour à l'État me frappe. Cette « régulation » générale de l'Etat est normale en temps de crise mais cela ne doit pas conduire à masquer la régulation sectorielle qui perdure. Les régulateurs sectoriels ont également agi pendant la crise à leur niveau. Or les entreprises n'ont quasiment fait référence qu'au rôle de l'Etat.

A propos de l'avenir de la régulation sectorielle - mise en place dans les secteurs en réseaux au moment de l'ouverture à la concurrence de ces secteurs pour assurer un équilibre entre la concurrence et d'autres objectifs d'intérêt général. - je pense que les autorités sectorielles de régulation économique ont un rôle à jouer face aux nouveaux objectifs d'intérêt général que sont la transition écologique et la transition numérique (voir l'exemple de l'ARCEP). Ce rôle ne doit pas être entièrement assumé par l'État, même si celui-ci fixe le cap en quelque sorte.

J'invite les entreprises régulées à nous préciser leurs attentes vis-à-vis de leur régulateur, en matière d'objectif d'intérêt général notamment.

Pierre-Édouard Pivois, Direction juridique et des assurances, Responsable du département compliance, régulation et opérations aéroportuaires, Groupe ADP

Chez ADP, nous y sommes très sensibles. Nous contribuons par exemple à des missions qui ne sont pas les nôtres et pour lesquelles l'État est défaillant, comme la police aux frontières.

Pour le reste, je ne souscris pas entièrement aux propos selon lequel nous ne nous en remettons qu'à l'État en cas de dysfonctionnement. L'Autorité de régulation des transports joue pleinement son rôle, notamment en validant les augmentations tarifaires qui financent les investissements.

Jean-François Ducoing, Directeur de la régulation et de l'économie du réseau, SNCF Réseau

Dans le secteur ferroviaire, le régulateur n'a pas été très actif lors de la gestion de la crise sanitaire, mais il lui aurait été difficile de l'être compte tenu de la complexité des mécanismes industriels et opérationnels, qui nécessitent dans ces cas une forte liberté de mouvement et de réactivité. Néanmoins, SNCF Réseau l'a continuellement tenu informé des actions décidées.

Sur le plan économique, quand ce type de crise survient, le régulateur ne dispose pas de réponse évidente. Pour autant, nous préparons l'avenir avec lui. En effet, le modèle économique du réseau français est menacé à long terme. Une question majeure est celle de la tarification, qui représente la moitié de notre économie - l'autre moitié s'appuyant sur la subvention publique. Nous réfléchissons donc à la place du régulateur dans le financement de nos investissements, aux côtés de l'État et d'autres financeurs publics. A cet égard, on constate que le secteur ferroviaire n'est pas encore parvenu au niveau de maturité du secteur de l'énergie.

Arnaud Raynouard, Université Paris Dauphine-PSL

Je souscris à l'idée selon laquelle le rôle du régulateur ne se limite pas à l'ouverture à la concurrence. Le modèle de la régulation est sans doute fondamental pour l'avenir. Mais à vous entendre ce matin, il n'a sans doute pas joué de rôle majeur durant la crise sanitaire.

Claudie Boiteau

Le biais provient peut-être de l'intitulé de cet atelier inaugural, « Les entreprises du secteur régulé et la crise sanitaire/économique ». De fait, nous avons davantage débattu du rôle de l'État que de celui de la régulation.

Christian Ambrun, Directeur juridique, APRR

Une question récurrente concerne le type de régulation à appliquer selon le secteur considéré. Dans le nôtre, en accord avec les vœux du législateur, la régulation a vocation à garantir une certaine transparence. Le principal sujet de régulation économique est l'évolution de nos contrats de concession. Avec l'ART, nous souhaitons conduire un travail sur la rentabilité et les conséquences de la crise sanitaire. Le régulateur-contrôleur n'exerce pas de régulation sectorielle pour l'instant.

Marc de Monsebernard, Avocat à la Cour, Cabinet Klein.Wenner

J'aurais souhaité connaître le différentiel, en 2020, entre la baisse du chiffre d'affaires d'Enedis (et de RTE) et celle du chiffre d'affaires de SNCF Réseau. Les ordres de grandeur et les attentes vis-à-vis de l'État diffèrent très certainement.

S'agissant des entreprises des secteurs régulés, si la crise sanitaire était survenue dans les années 1980, nous aurions organisé un colloque sur les entreprises du service public ! Je réfléchis à la régulation depuis vingt ans et ignore toujours de quoi il s'agit exactement. J'ignore également ce qu'est un modèle de régulation, et je doute qu'il convienne d'assimiler régulation et autorité administrative indépendante. La régulation s'entend peut-être comme une sanction de l'État, tandis qu'en parallèle de la fonction administrative existe une fonction de régulation qui n'est pas uniquement celle des autorités administratives indépendantes. En tout cas, celles-ci n'avaient pas vocation à réguler un secteur. Au demeurant, le mot de régulation ne figure pas dans la loi du 10 février 2000.

Les missions des autorités administratives indépendantes sont bien définies dans la loi. Ces autorités doivent accompagner l'ouverture à la concurrence des industries de réseau, avec une régulation d'ensemble qui n'est pas l'apanage des autorités de régulation sectorielle.

Claudie Boiteau

La régulation économique reste une vraie fonction de la puissance publique, qui peut être assurée soit par l'État soit par des autorités administratives indépendantes. Elle n'est donc pas le seul fait des autorités de régulation. De surcroît, les étudiants des mastères Droit et régulation des marchés ont eu la chance de prendre connaissance avant-hier de la définition que donne à la régulation le président Thierry Tuot, laquelle diffère peu de nos définitions habituelles.

Je souhaitais également réagir aux propos d'Éric Brousseau. La question d'avenir est sans doute la suivante : la régulation permettra-t-elle vraiment d'affronter les grandes transformations de notre société, qu'elles soient environnementales ou numériques ?

Chez SNCF Réseau, le numérique permettra le remplacement de 1 500 postes d'aiguillage, et une

quinzaine de hubs informatiques réguleront le transport. Une telle transformation n'aura-t-elle pas une incidence sur les relations avec le régulateur ?

Par ailleurs, l'ARCEP se préoccupe aujourd'hui de l'empreinte carbone du numérique et ambitionne de faire de l'enjeu environnemental un nouveau chapitre des régulations.

Les régulateurs s'engagent donc bel et bien dans de nouvelles transformations.

Philippe de Ladoucette, ancien président de la Commission de Régulation de l'Énergie

Une grande partie des missions des régulateurs est définie par les directives européennes. C'est particulièrement le cas des secteurs du gaz et de l'électricité pour lesquelles ces directives ont entièrement orienté la régulation au cours de ces 20 dernières années. Ainsi, il existe vraiment une vision européenne de la régulation.

Éric Brousseau

À cela s'ajoute que la politique européenne est le fait des exécutifs européens, qui ont beau jeu de critiquer par ailleurs le déficit démocratique de Bruxelles. Ce cadre européen permet donc d'envisager le modèle de la régulation, lequel est défini non par la loi mais par la pratique. Ce modèle est transnational, alors même qu'il s'inscrit dans des cadres juridiques parfaitement hétérogènes.

La régulation est tantôt le fait de l'exécutif, tantôt des autorités indépendantes, mais il convient de rappeler que ces entités ne disposent pas d'un mandat de gestion de la politique sectorielle dans son ensemble. En France, le mix énergétique est la prérogative de l'État, et non pas du régulateur énergétique. Ce dernier a pour mission de faire en sorte que les décisions politiques soient appliquées efficacement. Le régulateur n'est qu'un des instruments de mise en œuvre des politiques. Il permet de surcroît une conception concertée de celles-ci en amont.

Claudie Boiteau

La question est de savoir si le régulateur est à même d'engager ces transformations et de les accompagner.



Chaire Gouvernance et Régulation
Fondation Paris-Dauphine
Place du Maréchal de Lattre de Tassigny - 75016 Paris (France)
<http://chairgovreg.fondation-dauphine.fr>