

Avis n° 2020-058 du 10 septembre 2020

portant sur le projet de décret relatif aux obligations s'appliquant aux conventions de délégation autoroutières en matière de transition écologique ainsi que sur le projet d'arrêté modifiant l'arrêté du 8 août 2016 fixant les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier concédé

L'Autorité de régulation des transports (ci-après « l'Autorité »),

Vu le code de la voirie routière, notamment son article L. 122-4 ;

Vu la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, notamment son article 160 ;

Vu la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale, enregistrée au pôle procédure de l'Autorité le 26 juin 2020, portant sur le projet de décret relatif aux obligations s'appliquant aux conventions de délégation autoroutières en matière de transition écologique ainsi que sur le projet d'arrêté modifiant l'arrêté du 8 août 2016 fixant les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier concédé ;

Vu la réponse des services du ministère chargé de la voirie routière nationale en date du 22 juillet 2020 en réponse à la mesure d'instruction du 10 juillet 2020 ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité, notamment son article 18 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 10 septembre 2020 ;

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1 CONTEXTE

1.1 L'article 160 de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités

1. Dans le prolongement de l'article 38 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, qui a créé le sixième alinéa de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, lequel prévoit « *une différenciation dans les abonnements proposée par les concessionnaires d'autoroutes afin de favoriser les véhicules à très faibles émissions dont le poids total autorisé en charge est inférieur à 3,5 tonnes ainsi que les véhicules utilisés en*

covoiturage », l'article 160 de la loi du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités susvisée a complété l'article L.122-4 précité par six nouveaux alinéas, numérotés 7 à 12, en vue « [d'] accélérer la transition écologique du transport routier »¹.

2. En application des alinéas 7 à 10, « toute nouvelle convention de délégation » autoroutière doit prévoir trois séries de stipulations :

« 1° La mise à la disposition des usagers d'un nombre minimum de places de parkings de covoiturage ou de bus express, en fonction de la taille et de la géographie du réseau »,

« 2° Une stratégie de renforcement et de déploiement de stations d'avitaillement en carburants alternatifs, au sens de l'article 1^{er} du décret n° 2017-1673 du 8 décembre 2017 portant diverses mesures réglementaires de transposition de la directive 2014/94/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs », et

« 3° La mise en place d'une tarification différenciée selon les niveaux d'émissions des véhicules ».

3. L'alinéa 12 de l'article L. 122-4 dispose que « [l]es conditions d'application des 1° à 3° du présent article sont définies par voie réglementaire, après avis de l'Autorité de régulation des transports », sans prévoir la consultation du Conseil d'État.
4. Outre ces dispositions d'ordre environnemental, l'alinéa 11 de l'article L. 122-4 précise que toute nouvelle convention de délégation peut « prévoir la mise en place d'une tarification solidaire adaptée pour les publics fragiles » et ce, « afin d'assurer [...] un accès plus équitable au réseau autoroutier »². Aucune disposition législative ne prévoit la consultation de l'Autorité avant l'édiction des actes pris pour l'application de ces dispositions.

1.2 Les projets de décret et d'arrêté transmis par le ministère

5. Dans le cadre de la saisine de l'Autorité, le ministère a transmis deux projets d'actes de nature réglementaire : (i) un projet de décret contenant des dispositions liées aux différents objets mentionnés aux 1° à 3° des alinéas 8 à 10 de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière (mise à disposition de places de parking de covoiturage ou de bus express, service de distribution en sources d'énergies usuelles, modulation tarifaire en fonction des émissions polluantes) et (ii) un projet d'arrêté modifiant l'arrêté du 8 août 2016 fixant les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier concédé, ne contenant que des dispositions afférentes aux sources d'énergies usuelles.
6. Plus précisément, le projet de décret se divise en trois articles principaux.
7. L'article 1^{er} insère un nouvel article D. 122-5-2-1 dans le code de la voirie routière, disposant que les nouveaux contrats de délégation³ autoroutière prévoient l'obligation, pour le délégataire, de respecter un programme minimal de déploiement d'aires de covoiturage, lequel doit fixer notamment un nombre minimum de places de stationnement pour véhicules légers réservées à la pratique du covoiturage. Le dernier alinéa du projet d'article D. 122-5-2-1 dispose que les

¹ Amendement n° CD2363 (Rect) présenté par M. Zulesi et adopté par l'Assemblée Nationale le 9 mai 2019.

² *Idem*.

³ Dans le cadre du présent avis, l'Autorité emploiera les termes « délégation » et « délégataire » selon la terminologie retenue par les projets de texte qui lui sont soumis, en cohérence avec la rédaction de l'article 160 de la loi d'orientation des mobilités, alors que les dispositions initiales de l'article L.122-4 du code de la voirie routière emploient, en cohérence avec le code de la commande publique, les notions de « concession » et de « concessionnaire ».

nouvelles conventions de délégation peuvent prévoir, de manière complémentaire ou alternative au programme prévu au premier alinéa, un schéma d'implantation, « à proximité immédiate de la future autoroute »⁴, de points d'arrêt de transport collectif associés à des parcs de stationnement relais.

8. Par ailleurs, l'article 1^{er} du projet de décret crée un nouvel article D. 122-5-2-2 qui impose aux cahiers des charges des nouvelles délégations autoroutières de prévoir une modulation des péages en faveur des véhicules de moins de 3,5 tonnes présentant de très faibles niveaux d'émissions, et précise que « l'amplitude minimale de cette modulation ne peut être inférieure à 10 % par rapport au tarif maximum appliqué aux autres véhicules relevant de la même classe tarifaire ».
9. L'article 2 du projet de décret insère dans le code de la voirie routière un nouvel article D. 122-47 qui introduit la notion de « sources d'énergies usuelles » - distincte de celle de « carburants alternatifs » mentionnée au neuvième alinéa de l'article L. 122-4 du même code - et qui fixe les seuils permettant de qualifier « d'usuelle » une source d'énergie⁵. Il prévoit que les délégataires du service public autoroutier assurent, à destination de l'ensemble des usagers, un service de distribution en sources d'énergies usuelles destinées aux véhicules sur les installations annexes à caractère commercial. Le projet de nouvel article renvoie à un arrêté le soin de définir le niveau de service minimal à assurer sur les installations annexes en fonction de leur fréquentation ainsi que les conditions dans lesquelles ce niveau de service minimal doit être assuré par les délégataires du service public autoroutier.
10. Enfin, l'article 3 du projet de décret organise des modalités d'application différenciées de l'article 1^{er} et de l'article 2. L'article 1^{er}, relatif aux obligations en matière de déploiement de places de covoiturage et/ou de points d'arrêt de transport collectif et de mise en place d'un dispositif de modulation tarifaire en fonction du niveau d'émissions polluantes des véhicules, est applicable aux nouvelles conventions de délégations autoroutières, alors que l'article 2, relatif aux obligations de distribution des sources d'énergies usuelles, est applicable « à l'ensemble des conventions de délégation autoroutières », y compris donc à celles qui sont en cours d'exécution à la date d'entrée en vigueur du futur décret.
11. Le projet d'arrêté joint à la saisine modifie l'arrêté du 8 août 2016 fixant les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier concédé. D'une part, il tire les conséquences de la création de l'article D. 122-47 en édictant les exigences minimales applicables à la distribution de sources d'énergies usuelles sur les aires de service en fonction de leur fréquentation, notamment les aires de la catégorie 1, regroupant celles dont le trafic moyen journalier annuel sur la section courante de l'autoroute au droit de l'aire est supérieur ou égal à 10 000 véhicules par jour. En particulier, le 1^{er} de l'article 3 dispose que toutes les sources d'énergies usuelles sont distribuées au plus tard le 1^{er} janvier de l'année N+4, N étant l'année où l'un des seuils fixés par le nouvel article D. 122-47 est atteint. D'autre part, le projet d'arrêté abroge les dispositions du 4^o de l'article 5 bis introduites dans l'arrêté du 8 août 2016 par un arrêté du 2 janvier 2019 relatives aux modalités de compensation financière des exploitants des aires de service lorsque la durée du contrat d'exploitation ne permet pas d'amortir

⁴ Dans le cadre de l'instruction, les services du ministère chargé des transports ont indiqué, s'agissant de ces dispositions, que « les emplacements destinés au stationnement des bus express doivent être regardés comme inclus dans l'assiette de la concession ».

⁵ Aux termes du projet de décret : « Constitue une source d'énergie usuelle au sens de la présente disposition, respectivement pour les véhicules légers et les poids lourds, toute source d'énergie utilisée par plus de 1,5 % des véhicules à moteur immatriculés annuellement ou par au moins 5 % du parc de véhicules à moteur en circulation ».

les investissements prévus au contrat ou en cas de fin anticipé du contrat, qui visent à faciliter l'installation de bornes de recharge de véhicules électriques⁶.

1.3 La saisine de l'Autorité

12. Par courrier enregistré le 26 juin 2020, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité, en application de l'article 160 de la loi d'orientation des mobilités selon les termes mêmes de ce courrier, du projet de décret relatif aux obligations s'appliquant aux conventions de délégation autoroutières en matière de transition écologique. Le ministère a par ailleurs transmis à l'Autorité le projet d'arrêté modifiant l'arrêté du 8 août 2016 fixant les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier concédé, sans la saisir d'une demande formelle d'avis sur ce second projet.
13. L'Autorité relève le caractère ambigu de certaines formulations figurant dans la saisine et dans les projets de textes eux-mêmes, qui crée une incertitude quant à la détermination des dispositions de ces projets qui constituent des mesures d'application de la loi d'orientation des mobilités, sur lesquelles l'Autorité doit, conformément à l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, être consultée, et celles de ces dispositions qui ne constituent pas de telles mesures d'application de la loi. Selon les termes de la rubrique « Références » de la notice explicative et ceux du courrier de saisine, le projet de décret est pris pour l'application de l'article 160 de la loi d'orientation des mobilités, codifié aux alinéas 7 à 12 de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière.
14. Toutefois, l'article 2 du projet de décret, qui insère dans le code de la voirie routière un article D. 122-47 qui crée la notion de sources d'énergies dites « usuelles » n'apparaît pas comme une mesure d'application de la loi.
15. En premier lieu, le neuvième alinéa de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, dans sa rédaction issue de l'article 160 de la loi d'orientation sur les mobilités, fait obligation à toute nouvelle convention de délégation de prévoir une « stratégie » de renforcement et de déploiement de stations d'avitaillement en carburants alternatifs au sens du 1^{er} de l'article 1^{er} du décret du 8 décembre 2017⁷. Au vu de ces dispositions, l'Autorité ne peut que constater, comme indiqué au point 9, que la définition des « sources d'énergies usuelles » au sens du nouvel article D. 122-47 ne se confond pas avec celle de « carburants alternatifs » au sens de l'article L. 122-4 précité, d'où il suit que le champ d'application matériel du neuvième alinéa de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière et celui du nouvel article D. 122-47 ne se recouvrent pas.
16. En deuxième lieu, même en supposant que les dispositions du nouvel article D. 122-47 auront pour effet, direct ou indirect, de favoriser le renforcement et le déploiement de stations d'avitaillement en carburants alternatifs conformément à la stratégie mentionnée au neuvième alinéa de l'article L. 122-4, l'Autorité relève que la loi reste silencieuse tant sur le contenu de cette stratégie que sur les conditions de sa mise en œuvre, lesquels doivent donc être regardés comme relevant de la convention de délégation. Il suit de là que le nouvel article D. 122-47 du code de la voirie routière, qui fixe des règles précises imposant aux concessionnaires d'assurer, quand l'un des seuils qu'il mentionne est atteint, « un service de distribution en sources d'énergies usuelles destinées aux véhicules sur les installations annexes à caractère commercial », s'il est susceptible d'avoir une incidence sur le contenu et les conditions de mise en œuvre d'une

⁶ Dans le cadre de l'instruction, les services du ministère chargé des transports ont indiqué que les nouvelles dispositions du projet d'arrêté n'interdiront pas l'application des modalités de compensation financière des exploitants des aires de service initialement prévues par l'arrêté du 2 janvier 2019 qui pourront en tout état de cause être retenues.

⁷ Décret n° 2017-1673 du 8 décembre 2017 portant diverses mesures réglementaires de transposition de la directive 2014/94/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs.

stratégie de renforcement et de déploiement de stations d'avitaillement en carburants alternatifs, ne saurait être regardé comme participant à la définition de ladite stratégie.

17. En troisième et dernier lieu, l'Autorité observe que les éléments figurant dans la rubrique « Notice » du projet de décret sont contradictoires avec ceux figurant dans la partie « Références ». Alors que la première indique que les dispositions relatives aux sources d'énergies usuelles constituent des mesures d'application de l'article L. 122-29 du code de la voirie routière - créé par l'article 13 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques - aux termes duquel « *l'autorité administrative arrête les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier concédé* », sans consultation préalable du régulateur⁸ la seconde précise que le décret est pris pour l'application de l'article 160 de la loi d'orientation des mobilités, avec les conséquences ci-dessus rappelées s'agissant de la consultation préalable de l'Autorité.
18. Au vu de ce qui précède, l'Autorité considère que le nouvel article D. 122-47 du code de la voirie routière introduit par l'article 2 du projet de décret qui lui est soumis pourrait ne pas constituer une mesure d'application du neuvième alinéa de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière sur lesquelles elle devrait être obligatoirement consultée.
19. Par ailleurs, le ministère chargé des transports a transmis à l'Autorité le projet d'arrêté modifiant l'arrêté du 8 août 2016 fixant les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier concédé « *à titre informatif* » selon le courrier de saisine. Ce projet d'arrêté modifie l'arrêté du 8 août 2016, lequel a été pris sur le fondement de l'article L. 122-29 du code de la voirie routière. Si le projet d'arrêté modificatif semble pouvoir être regardé comme ayant été pris sur le fondement de l'article L. 122-29 du code de la voirie routière dans la mesure où il organise le service public autoroutier sur les installations annexes situées sur le réseau concédé en ce qui concerne la distribution d'énergies usuelles, l'Autorité relève qu'il constitue également une mesure d'application du second alinéa de l'article D. 122-47 du code de la voirie routière, créé par l'article 2 du projet de décret, qui donne compétence au ministre chargé de la voirie routière nationale pour définir le niveau de service minimal de distribution en sources d'énergies usuelles en fonction de la fréquentation. Or, ainsi qu'il a été mentionné au point précédent, le nouvel article D. 122-47 du code de la voirie routière ne semble pas entrer dans le champ des dispositions qui doivent faire l'objet d'un avis préalable obligatoire de l'Autorité.
20. Dans le respect de l'objectif constitutionnel de clarté et d'intelligibilité de la norme, l'Autorité invite donc le ministère à lever ces ambiguïtés. En tout état de cause, dans la mesure où l'Autorité s'est vu transmettre l'intégralité du projet de décret et le projet d'arrêté modificatif, elle formulera, dans le cadre du présent avis, des observations sur ces deux projets d'actes réglementaires.

1.4 Les avis des acteurs

21. Le ministère a mené une concertation sur ces deux projets de texte avec trois entités du secteur : l'association des sociétés françaises d'autoroutes (ASFA), l'association des sous-concessionnaires d'autoroutes (ASCA) et l'association des véhicules électriques routiers européens (AVERE). Dans leurs contributions, que le ministère a transmises à l'Autorité, les deux premières associations ont notamment souligné l'absence d'analyse préalable de l'État permettant d'apprécier le nombre, le coût et le financement des installations de recharge de véhicules électriques qui devraient être installées en application de ces projets, ainsi que la nécessité de prévoir une compensation pour les sociétés concessionnaires ou leurs sous-concessionnaires. Elles ont également regretté l'insuffisance de la concertation avec le secteur

⁸ Dans le cadre de l'instruction, la direction des infrastructures de transport a toutefois indiqué que l'article 2 du projet de décret était pris sur le fondement de l'article L. 122-29 du code de la voirie routière.

sur les critères retenus pour la définition des sources d'énergies usuelles. La troisième association a notamment exprimé le souhait d'une mise en œuvre plus rapide du déploiement des raccordements électriques des aires de service.

2 ANALYSE DE L'AUTORITE

22. Sur le fond, les projets d'actes réglementaires transmis à l'Autorité créent de nouvelles obligations et appellent, à ce titre, trois types de remarques, sur lesquelles celle-ci a décidé de concentrer son analyse. Premièrement, ces nouvelles obligations soulèvent des questions générales relatives au financement des coûts induits. Deuxièmement, parmi ces nouvelles obligations, le dimensionnement de celles portant plus particulièrement sur la distribution d'énergie destinée aux véhicules pourrait être mieux ajusté, singulièrement dans l'hypothèse d'un financement au moins partiel par le péage autoroutier. Troisièmement, l'Autorité se demande si les modalités de mise en œuvre des obligations concernant la différenciation des tarifs en fonction des émissions polluantes des véhicules ne mériteraient pas d'être assouplies.

2.1 De nouvelles obligations induisant un coût dont les modalités de financement ne sont pas évoquées

2.1.1 Le pouvoir réglementaire a la possibilité d'imposer de nouvelles obligations aux délégataires

23. En application de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, la construction, l'exploitation, l'entretien, l'aménagement ou l'extension d'une autoroute constituent des missions de service public relevant de l'État. Ce dernier, qui définit les conditions de mise en œuvre de l'intérêt général à un moment donné selon les circonstances de temps et de lieu, détermine ainsi si une activité relève ou non du service public autoroutier.
24. En l'espèce, il ressort de la notice explicative du projet de décret que ce dernier a pour objet de favoriser la transition écologique des autoroutes ainsi qu'un transport routier décarboné. En vue de mettre en œuvre ces deux objectifs d'intérêt général d'ordre environnemental, le premier alinéa du nouvel article D. 122-47 du code de la voirie routière impose aux sociétés concessionnaires, gestionnaires du service public autoroutier, d'assurer un service de distribution de l'ensemble des sources d'énergies « usuelles ». La mise en place de moyens de distribution, notamment, d'électricité sur les installations annexes à caractère commercial peut ainsi être rattachée à la mission du service public autoroutier tel que déterminé par la puissance publique.
25. L'article 2 du projet de décret introduit dans le code de la voirie routière un nouvel article D. 122-47 qui prévoit que les concessionnaires du service public autoroutier « assurent, à destination de l'ensemble des usagers, un service de distribution en sources d'énergies usuelles destinées aux véhicules sur les installations annexes à caractère commercial » (premier alinéa), selon « des exigences minimales » variables selon la fréquentation des installations annexes et qui sont énumérées au nouvel article 3 de l'arrêté du 8 août 2016 modifié par le projet d'arrêté pris en application du second alinéa de l'article D.122-47 nouveau.
26. Si, conformément à l'article L. 221-4 du code des relations entre le public et l'administration, une nouvelle réglementation n'a pas vocation à s'appliquer aux contrats formés avant cette date, une loi peut toutefois autoriser implicitement une telle application si un motif d'intérêt général suffisant lié à un impératif d'ordre public le justifie, sous réserve de mesures transitoires, et à

condition qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive à la liberté contractuelle. En outre, pour les contrats administratifs, l'existence d'un tel motif d'intérêt général s'apprécie en tenant compte des règles applicables à ces contrats, notamment du principe de mutabilité.

27. En l'espèce, le second alinéa de l'article 3 du projet de décret prévoit une application immédiate du nouvel article D. 122-47 du code de la voirie routière « à l'ensemble des conventions de délégation autoroutières », y compris, donc, aux contrats en cours d'exécution à la date d'entrée en vigueur du décret.
28. D'une part, compte tenu des dispositions de l'article L. 122-29 du code de la voirie routière, rappelées au point 17, et eu égard au motif d'intérêt général qui s'attache à la mise en œuvre d'un transport routier décarboné et donc à l'accélération de la transition écologique du transport routier, tout en assurant un niveau de service élevé sur les aires de service du réseau autoroutier concédé, il semble possible pour l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'appliquer le nouvel article D. 122-47 du code de la voirie routière aux contrats de concession en cours d'exécution conclus entre l'État et les différentes sociétés concessionnaires. D'autre part, le 1° de l'article 3 du projet d'arrêté modificatif laisse aux délégataires du service public autoroutier un délai de quatre ans pour assurer la distribution d'énergies usuelles lorsque l'un des deux seuils mentionnés au premier alinéa de l'article D. 122-47 est atteint, délai susceptible d'être prolongé par le ministre chargé de la voirie routière en application du 4° du même article 3. Dans ces conditions, le 1° et, le cas échéant, le 4° de l'article 3 du projet d'arrêté modificatif diffèrent de plusieurs années l'obligation de distribution des sources d'énergies usuelles posée par le premier alinéa du nouvel article D. 122-47. Enfin, si l'application de l'article D. 122-47 aux situations contractuelles déjà nouées est susceptible de porter atteinte à la liberté contractuelle, le caractère excessif ou non d'une telle atteinte pourrait dépendre des modalités de financement que l'État sera amené à adopter et qui sont en cours d'élaboration, selon la réponse apportée par les services du ministère au cours de l'instruction.
29. Par suite, les projets de décret et d'arrêté modificatif qui lui ont été transmis dans le cadre de la présente saisine semblent à l'Autorité pouvoir s'appliquer, une fois qu'ils seront entrés en vigueur, aux contrats de concession autoroutière en cours d'exécution.
30. Une fois les nouveaux actes réglementaires en vigueur, dans la mesure où le service public, qui poursuit des buts d'intérêt général, doit prendre en compte, conformément au principe de mutabilité, les évolutions techniques ou technologiques du secteur, il appartiendra à l'État, en sa qualité d'autorité concédante, de mettre en conformité les contrats de concession en cours par voie d'avenant ou, le cas échéant, en procédant à une modification unilatérale de ces derniers en vue de garantir la mise en place effective d'un service de distribution d'énergies usuelles. Les modalités financières de réalisation de ces investissements devront être arrêtées conformément aux dispositions contractuelles propres à chaque concession, et dans le respect des règles et principes juridiques attachés au droit des contrats. En tout état de cause, les contrats de concession pourront être modifiés par voie conventionnelle, si notamment les conditions mentionnées au quatrième alinéa de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, sont remplies⁹.

2.1.2 Les modalités de financement envisagées ne sont pas précisées

31. L'Autorité constate que les modalités de financement des nouvelles obligations définies par la voie réglementaire ne sont précisées ni dans les projets de décret et d'arrêté, ni dans la lettre de saisine. Or, les modalités de financement, qui sont déterminantes pour la mise en œuvre de ces

⁹ Ces conditions sont notamment précisées dans l'avis de l'Autorité n° 2020-023 du 19 mars 2020 relatif au projet du huitième avenant à la convention de concession en vue de la construction, de l'entretien et de l'exploitation de l'autoroute Blanche B 41 entre Gaillard et Le Fayet et de l'autoroute A 42 entre Annemasse et Châtillon-en-Michaille approuvée par décret du 2 décembre 1977 et au cahier des charges annexé à cette convention.

obligations, ne sont pas équivalentes du point de vue de l'Autorité qui, en application de l'article L. 122-7 du code de la voirie routière, doit veiller au bon fonctionnement du régime des tarifs de péage autoroutier.

32. S'agissant en particulier des obligations relatives aux points de distribution de sources d'énergies usuelles, l'existence d'offres de services privées sur le réseau autoroutier pourrait suggérer l'existence d'un modèle économique permettant de rentabiliser les investissements nécessaires : les coûts d'installation et d'exploitation des points de distribution de chacune des sources d'énergies usuelles pourraient être couverts par les produits des ventes correspondantes réalisées auprès des usagers de l'autoroute ; à défaut de modèle économique pour chacune des sources d'énergie, un équilibre pourrait exister à l'échelle de l'ensemble des activités commerciales réalisées sur les aires de services. Néanmoins, il est probable que les conditions fixées par l'arrêté aillent au-delà de l'équilibre qui résulterait du fonctionnement naturel du marché. En d'autres termes, le nombre de points de distribution qui s'établirait en l'absence de contraintes réglementaires pourrait être inférieur à celui correspondant au niveau de service minimal exigé par les projets de décret et d'arrêté (voir section 2.2). Par conséquent, bien que la couverture de leurs coûts d'installation et d'exploitation par les produits des ventes d'énergies réalisées auprès des usagers de l'autoroute constitue, du point de vue économique, la solution la plus efficace¹⁰, il est possible que d'autres sources de financement doivent être envisagées pour certaines énergies usuelles.
33. À défaut de précisions sur les modalités de financement à l'appui de la saisine, et sans préjuger de la possibilité d'un financement sur crédits budgétaires, sur laquelle l'Autorité n'a pas à se prononcer, l'État pourrait décider de faire financer les investissements nouveaux réalisés sur les installations annexes par le péage autoroutier. Dans cette hypothèse, l'Autorité serait compétente pour examiner le bien-fondé et les conditions de mise en œuvre de cette décision lors de l'examen des projets d'avenants qui lui seraient soumis, dans le cadre de la mission que la loi lui a attribuée par l'article L. 122-7 du code de la voirie routière. C'est dans cette perspective, et sous cette hypothèse, que l'Autorité se prononce sur les nouvelles obligations envisagées dans les points 34 à 38.
34. S'agissant en particulier des points de distribution en sources d'énergies usuelles dont la commercialisation ne suffirait pas à couvrir les coûts, un financement par le péage, qui a la nature d'une redevance pour service rendu, soulèverait diverses questions.
35. Premièrement, l'Autorité considère que les critères retenus pour qualifier d'« usuelle » une source d'énergie ne devraient pas conduire à renchérir excessivement la redevance d'usage du service public autoroutier acquittée par l'ensemble des usagers, alors que la contrepartie¹¹ de ce supplément de tarif ne bénéficierait qu'à une part extrêmement faible des usagers. À cet égard, le Conseil d'État juge qu'une redevance pour service rendu ne peut être légalement établie qu'à la condition « *d'une part, que les opérations qu'elle est appelée à financer ne relèvent pas de missions qui incombent par nature à l'État et, d'autre part, qu'elle trouve sa contrepartie directe dans une prestation rendue au bénéfice propre d'usagers déterminés* »¹². Dans son commentaire sur cette décision, le rapporteur public a précisé que « *l'utilisateur doit trouver dans le service qui lui est rendu un bénéfice qui soit distinct de [la] satisfaction de l'intérêt général et qui lui soit propre, c'est-à-dire dont il soit le consommateur individuel* »¹³. Or le choix d'un financement par le péage

¹⁰ À ce titre, il peut être relevé que certains paramètres des sous-concessions sont déterminants pour le recours à cette solution, qui suppose que le délégataire puisse recouvrer ses coûts : à travers la durée de la sous-concession et la valeur de restitution des actifs en fin de contrat, il est possible de tenir compte du cycle de vie des installations et de faciliter le recouvrement des coûts d'investissement par le délégataire dans un système d'utilisateur-payeur.

¹¹ La contrepartie directe dans la prestation fournie par le service public constitue le principal critère de la redevance pour service rendu qui la distingue d'une taxe : voir notamment l'étude du Conseil d'État « Redevances pour service rendu et redevance pour occupation du domaine public » en date du 24 octobre 2002, spécialement page 20.

¹² Formule issue du dernier état de la jurisprudence du Conseil d'État : CE, 28 novembre 2018, SNCF Réseau, req. n° 413 839..

¹³ Guillaume Odinet, « Ce qui est facturable et ce qui ne l'est pas », Droit administratif, février 2019, *comm.* n° 9.

pour la mise en place du service de distribution des énergies usuelles conduirait à ce que tout usager du service public autoroutier circulant avec un véhicule fonctionnant avec une énergie fossile acquitte ce supplément de péage sans trouver dans le service qui lui est rendu un bénéfice propre.

36. Deuxièmement, un tel mode de financement, s'il devait présenter un caractère automatique, présenterait le risque d'inciter les délégataires à un surdimensionnement des déploiements. En effet, compte tenu de la situation de captivité des usagers de l'autoroute, les délégataires pourraient être tentés de multiplier les investissements nécessaires à l'installation des points de distribution en sources d'énergies usuelles réalisés aux frais des usagers, sans considération de leurs besoins réels.
37. En outre, dans la mesure où les points de distribution en sources d'énergies usuelles subventionnées par le péage pourraient être en concurrence avec des offres privées existantes ou potentielles, y compris situées hors du réseau autoroutier concédé, une telle compensation pourrait créer des distorsions de concurrence susceptibles d'avoir un impact négatif sur l'offre globale de points de distribution en sources d'énergies usuelles, au détriment des usagers de l'autoroute et, plus généralement, de l'ensemble des conducteurs recourant à ces énergies.
38. Finalement, l'Autorité estime que, lorsque de nouvelles obligations sont imposées aux concessionnaires, le financement par un tarif acquitté par les usagers qui en bénéficient à titre individuel est à privilégier. Dans l'hypothèse où, en l'absence de modèle économique et de financement sur crédits budgétaires, un financement par le péage serait envisagé, il conviendrait en tout état de cause, et sans préjuger de l'appréciation du juge, de s'assurer qu'un tel dispositif ne conduirait pas à une augmentation excessive des péages au regard du nombre d'usagers qui bénéficieraient ou seraient susceptibles de bénéficier de ces nouvelles obligations, ni ne serait à l'origine, pour le délégataire, d'une incitation à surdimensionner les investissements.

2.2 De nouvelles obligations relatives à la distribution d'énergie destinée aux véhicules dont le dimensionnement pourrait être mieux ajusté

2.2.1 La définition d'une source d'énergie usuelle, qui conditionne les obligations en matière de distribution, est trop extensive

2.2.1.1 Les dispositions envisagées par le projet de décret

39. L'article D. 122-47 du code de la voirie routière, que le projet de décret prévoit d'introduire, définit les critères à partir desquels une source d'énergie doit être regardée comme « usuelle », à savoir, « *respectivement pour les véhicules légers et les poids lourds, toute source d'énergie utilisée par plus de 1,5 % des véhicules à moteur immatriculés annuellement ou par au moins 5 % du parc de véhicules à moteur en circulation* ». Il prévoit par ailleurs qu'un « *arrêté du ministre chargé de la voirie routière nationale définit le niveau de service minimal en fonction de la fréquentation des installations ainsi que les conditions dans lesquelles les délégataires du service public autoroutier sont tenus d'assurer le niveau de service minimal requis* ».
40. Ainsi, une source d'énergie peut être qualifiée d'usuelle dès lors qu'elle est utilisée par plus de 1,5 % des véhicules immatriculés en France (premier critère, portant sur les immatriculations), c'est-à-dire des véhicules neufs comptabilisés en France chaque année¹⁴, ou par plus de 5 % des

¹⁴ Les immatriculations correspondent au nombre de véhicules neufs comptabilisés en France chaque année par le service des données et études statistiques (SDES) des ministères chargés de l'environnement, de l'énergie, de la construction, du logement et des transports.

véhicules en circulation¹⁵ (second critère, portant sur le parc), en distinguant les véhicules légers des poids lourds. D'après les données du Service des données et études statistiques (SDES) des ministères chargés de l'environnement, de l'énergie, de la construction, du logement et des transports, l'Autorité constate que, hors sources d'énergie fossile, le critère sur les immatriculations n'est atteint aujourd'hui que pour les véhicules légers électriques, qui ont représenté 1,9 % des immatriculations en 2019. Le second critère n'est quant à lui jamais atteint, quelle que soit la source d'énergie non fossile considérée. À titre d'illustration, les véhicules légers électriques représentaient 0,56 % du parc¹⁶ en 2019.

2.2.1.2 Les recommandations de l'Autorité

41. L'Autorité estime que la définition de l'énergie usuelle est trop extensive et mériterait d'être révisée sur deux aspects.
42. Premièrement, qualifier une source d'énergie d'« usuelle » sur le seul fondement des immatriculations constatées sur une année donnée pourrait aboutir à des obligations excessives en matière de distribution de carburant. Le besoin réel en distribution de carburant dépend du pourcentage total du « stock » de véhicules en service qui l'utilisent et non d'un « flux » constaté sur une période donnée. Or le parc automobile est caractérisé par une certaine inertie : chaque année, seulement 8 % du parc est renouvelé. Par conséquent, il est probable que le premier critère se déclenche bien avant le second critère, même lorsque les immatriculations des véhicules utilisant la source d'énergie considérée sont en forte croissance. À titre d'illustration, les simulations réalisées par l'Autorité montrent que si les objectifs nationaux en matière d'électrification du parc sont tenus (35 % d'immatriculations de véhicules électriques à partir de 2030 selon la Stratégie Nationale Bas Carbone), le critère sur le parc ne serait atteint qu'en 2025, alors que le critère sur les immatriculations l'est déjà.
43. Certes, un critère sur les immatriculations annuelles permet de mettre en place la distribution d'une source d'énergie nouvelle en anticipant sa diffusion au sein du parc de véhicules, par exemple pour accompagner l'émergence d'un besoin. Toutefois, les seuils retenus et leurs modalités d'application présentent le risque soit de déclencher mécaniquement des obligations sans qu'il soit avéré que cette source d'énergie soit durablement devenue usuelle – cas d'application du seul critère sur les immatriculations annuelles en cas d'augmentation conjoncturelle de la consommation d'une source d'énergie – soit, en sens inverse, d'être trop peu sensibles à l'évolution des caractéristiques des véhicules circulant sur autoroute au risque de ne pas correctement anticiper les besoins correspondants en points de distribution – cas d'application du seul critère sur le parc existant. C'est pourquoi l'Autorité, sans se prononcer sur le niveau des seuils retenus, recommande de remplacer le critère concernant les immatriculations enregistrées annuellement par un critère concernant les immatriculations sur plusieurs années consécutives.
44. Deuxièmement, dans la rédaction actuelle du projet d'article D. 122-47, un véhicule utilisant deux sources d'énergies est pris en compte pour la qualification de chacune de ces deux sources d'énergie comme « usuelle ». Ainsi, un véhicule hybride rechargeable diesel est comptabilisé non seulement pour le diesel mais aussi pour l'électricité. Cette situation peut conduire à fournir sur le réseau concédé une gamme de carburants plus large que celle nécessaire aux usagers. À titre d'illustration, les modèles de véhicules hybrides rechargeables ont, à ce jour, des batteries permettant une autonomie de 20 à 60 kilomètres. Il est donc improbable qu'elles soient rechargées sur le réseau concédé, où la distance entre deux aires de service est généralement comprise entre 40 et 50 kilomètres ; la majorité des conducteurs préférera ainsi

¹⁵ Le parc correspond au nombre de véhicules en circulation estimé à partir du répertoire statistique des véhicules routiers (RSVERO) chaque année.

¹⁶ Voir la note de bas de page précédente.

vraisemblablement utiliser le moteur thermique pour un trajet sur le réseau concédé. L'Autorité recommande donc de préciser comment les véhicules hybrides sont pris en compte, par exemple en spécifiant que seule la source d'énergie la plus utilisée sur autoroute participe à la qualification de source d'énergie usuelle.

2.2.2 Les obligations de distribution des sources d'énergies usuelles prennent insuffisamment en compte les implications en termes de coûts

2.2.2.1 Les dispositions envisagées par le décret

45. Les projets de décret et d'arrêté définissent les obligations de distribution d'énergie en s'appuyant sur la notion de sources « usuelles ».
46. Pour les aires de service de catégorie 1, c'est-à-dire celles dont le trafic moyen journalier annuel (TMJA) observé sur la section courante de l'autoroute au droit de l'aire est supérieur ou égal à 10 000 véhicules par jour, les obligations de distribution d'énergie sont définies à l'article 3 de l'arrêté du 8 août 2016 modifié par le projet d'arrêté. Ces aires doivent être équipées de pistes de distribution pour les sources d'énergie usuelles « *au plus tard au 1^{er} janvier de l'année N+4, N étant l'année calendaire où l'un des seuils prévus à l'article D. 122-47 du code de la voirie routière est atteint* ». En ce qui concerne les poids lourds, l'arrêté prévoit également qu'au moins une piste de distribution de chaque source d'énergie usuelle distribuée leur est destinée spécifiquement.
47. Les obligations sur les aires de service de catégorie 2, c'est-à-dire celles dont le TMJA observé sur la section courante de l'autoroute au droit de l'aire est inférieur à 10 000 véhicules par jour, sont spécifiées à l'article 5 de l'arrêté du 8 août 2016 modifié par le projet d'arrêté. Elles ne diffèrent des aires de catégorie 1 qu'en ce que les services de distribution de sources d'énergies usuelles et d'alimentation peuvent être assurés à proximité immédiate de l'autoroute et qu'une piste de distribution doit être accessible pour les poids lourds, sans nécessairement leur être spécifique. Les services du ministère indiquent qu'avec les niveaux de trafic atteints en 2018, il n'existe plus que 5 aires de catégorie 2 sur un total de 364 aires de service. Dans le cadre de l'instruction, les services du ministère ont aussi indiqué que le seuil pourrait être relevé à 15 000 véhicules/jour. Dans cette hypothèse, une vingtaine d'aires supplémentaires entreraient dans la catégorie 2.
48. Par ailleurs, le projet d'arrêté prévoit des éléments de dimensionnement du nombre de points de distribution en fonction du niveau de trafic « au droit » de l'aire considérée. Conformément au 3° de l'article 3 du projet, pour toutes les aires de services, ce nombre de points serait déterminé de sorte que « *le niveau d'occupation d'un point de distribution ne dépasse pas 7h [8-10] quotidiennes plus de 10 jours [15] par an* ».

2.2.2.2 Les recommandations de l'Autorité

49. Comme indiqué aux points 31 et suivants, aucune étude d'impact n'a été fournie à l'appui de la saisine et les modalités de financement n'ont pas été précisées par les services du ministre chargé de la voirie routière. L'Autorité ne peut ainsi exclure que les obligations de distribution des sources d'énergies usuelles soient, au moins partiellement, financées par une augmentation des tarifs de péages autoroutiers. Les développements des points 50 à 53 s'inscrivent dans une telle hypothèse.

50. Sous ces modalités de financement, l'Autorité identifie un risque de surdimensionnement des installations utiles à l'avitaillement en sources d'énergies, susceptible d'aboutir à une augmentation du péage disproportionnée par rapport au service rendu aux conducteurs des véhicules concernés.
51. Or, exclure certaines aires ciblées pourrait réduire les coûts de la mesure, sans pour autant dégrader substantiellement le niveau de service. Pour la distribution d'électricité, par exemple, les coûts de distribution peuvent varier significativement d'une aire de service à l'autre. En effet, la mise en place d'installations de recharge des véhicules électriques nécessite des travaux de raccordement au réseau électrique plus ou moins lourds. Dans une étude de 2018¹⁷, la Commission de régulation de l'énergie (CRE) estimait les coûts de ces travaux à 1 M€ en moyenne par aire, avec de fortes disparités selon la localisation et la puissance nécessaire, la fourchette allant de 50 k€ à 3,35 M€. Dès lors, exclure les aires marquées par les coûts de déploiement les plus élevés des obligations de distribution dans le cas où il existerait une offre suffisante sur les aires adjacentes, ou moduler les obligations concernant le nombre de points de distribution à mettre à disposition, permettrait de réduire les coûts de la mesure, et, partant, les hausses tarifaires en permettant le financement, tout en maintenant à un niveau satisfaisant le service rendu.
52. Certes, le projet d'arrêté modificatif prévoit que le délégataire peut déroger à ces obligations s'il démontre « *que le niveau de service sur le réseau dont il a la charge ou sur les réseaux adjacents permet de compenser le report du déploiement d'une nouvelle source d'énergie usuelle, notamment compte tenu du niveau d'équipements des aires adjacentes et de leur proximité* » (deuxième alinéa du 4° de l'article 3 du projet d'arrêté). Néanmoins, dans l'hypothèse où les investissements seraient supportés par le péage, il n'aurait pas d'incitation à le faire.
53. Dans ces conditions, l'Autorité recommande, d'une part, de conduire une étude d'impact relative aux obligations de distribution des sources d'énergies usuelles et, d'autre part, d'affiner les obligations de distribution en les conditionnant aux coûts qu'elles engendrent.

2.3 De nouvelles obligations de différenciation des tarifs en fonction des émissions polluantes des véhicules, dont les modalités de mise en œuvre pourraient être assouplies

54. L'article 1^{er} du projet de décret crée l'article D. 122-5-2-2 du code de la voirie routière, lequel prévoit, à son deuxième alinéa, que les véhicules légers présentant de très faibles niveaux d'émissions bénéficient d'une réduction des tarifs de péage d'au moins 10 % par rapport aux autres véhicules de la même classe. Cette disposition ne serait toutefois applicable qu'aux nouvelles conventions de délégation autoroutières.
55. Les véhicules légers présentant de très faibles niveaux d'émissions sont définis par le décret n° 2017-24 du 11 janvier 2017 pris pour l'application des articles L. 224-7 du code de l'environnement et L. 318-1 du code de la route définissant les critères caractérisant les véhicules à faibles et très faibles niveaux d'émissions de moins de 3,5 tonnes. Il s'agit, aux termes de l'article 1 de ce décret, codifié à l'article D. 224-15-11 du code de l'environnement, des voitures particulières ou camionnettes, dont les émissions de gaz à effet de serre et de polluants atmosphériques, mesurées dans le cadre du règlement (CE) n° 715/2007 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2007, sont inférieures ou égales à 60 grammes par kilomètre pour les émissions de dioxyde de carbone. Par contrepartie, les véhicules légers qui ne bénéficieraient

¹⁷ Commission de régulation de l'Énergie, octobre 2018, « Les réseaux électriques au service des véhicules électriques », document de réflexion et de proposition.

pas de la réduction des tarifs de péage évoquée au point 55 sont ceux dont les émissions de dioxyde de carbone sont supérieures à 60 grammes par kilomètre.

56. Or, aux termes de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, le péage pour l'usage d'une autoroute est institué en vue d'assurer la couverture totale ou partielle des dépenses de toute nature liées à la construction, à l'exploitation, à l'entretien, à l'aménagement ou à l'extension de l'infrastructure, et couvre également la rémunération et l'amortissement des capitaux investis par le concessionnaire. Dès lors, toutes choses égales par ailleurs, des tarifs de péage réduits pour certaines catégories d'usagers se traduisent nécessairement par des tarifs plus élevés qu'ils ne le seraient, en l'absence de discrimination tarifaire, pour les autres usagers de l'autoroute.
57. Si l'analyse économique recommande, afin de réduire les niveaux d'émissions polluantes des véhicules, de faire internaliser par leurs usagers les externalités négatives dont ils sont à l'origine (principe « pollueur-payeur »), le prix qu'ils paient pour le carburant d'origine fossile intègre une fiscalité qui comporte d'ores et déjà une composante carbone au sein de la TICPE, dite « taxe carbone ». La disposition exposée au point 54 pourrait ainsi emporter des effets susceptibles de s'analyser, pour les raisons exposées au point 56, comme une double taxation du carburant d'origine fossile pour les usagers de véhicules légers, allant au-delà de l'optimum économique correspondant à la stricte internalisation des externalités négatives dont ils sont à l'origine. Même en admettant qu'en raison de son taux, le montant actuel de la taxe carbone soit inférieur à celui qui correspondrait à une juste valorisation du carbone et en considérant, par conséquent, que la modulation des tarifs de péage n'aurait pour effet que de combler un « déficit d'internalisation », un tel raisonnement économique ne vaudrait qu'autant que le montant de la taxe reste inférieur à la valorisation du carbone¹⁸.
58. En outre, la spécification d'un plancher pourrait être une source de difficultés pratiques ultérieures en cas d'évolution du parc de véhicules légers. En effet, l'application de tarifs respectant l'amplitude fixée par un tel seuil et permettant au concessionnaire de voir ses recettes évoluer indépendamment de la structure du parc de véhicules légers pourrait devenir impraticable avec la croissance de la part des véhicules présentant de très faibles niveaux d'émissions et bénéficiant de tarifs inférieurs. De surcroît, un tel mécanisme pourrait soulever un problème d'acceptabilité, en créant des situations dans lesquelles les hausses de tarifs seraient plus dynamiques pour les véhicules présentant de très faibles niveaux d'émissions que pour les autres : en effet, pour obtenir une croissance de ses recettes indépendante de la structure du parc de véhicules légers, le concessionnaire serait amené à faire croître le tarif s'appliquant à ces derniers plus vite que la moyenne des tarifs applicables à la classe de véhicules concernée.
59. L'Autorité recommande ainsi de ne pas spécifier d'amplitude minimale.

*

¹⁸ L'article 1^{er} de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte dispose ainsi que le Gouvernement se fixe pour objectif, pour la composante carbone intégrée aux tarifs des taxes intérieures sur la consommation des produits énergétiques, d'atteindre une valeur de la tonne de carbone de 100 € en 2030. Ce montant correspond aux préconisations formulées en 2009 par la première commission Quinet relative à la valeur tutélaire du carbone.

Le présent avis sera notifié au ministre chargé de la voirie routière nationale et publié sur le site internet de l'Autorité.

L'Autorité a adopté le présent avis le 10 septembre 2020.

Présents : Monsieur Bernard Roman, Président ; Monsieur Philippe Richert, vice-président ; Madame Florence Rousse, vice-présidente ; Monsieur Patrick Vieu, vice-président ; Monsieur Yann Pétel, ainsi que Mesdames Marie Picard et Cécile George, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman