

Avis n° 2021-060 du 25 novembre 2021

relatif à la procédure de passation du contrat portant sur la construction et l'exploitation d'une station de superchargeurs spécifiques, destinés aux véhicules Tesla, sur l'aire de Bourbonnais, située sur l'autoroute A79 à Toulon-sur-Allier, par la société Autoroute de Liaison Atlantique Europe (Aliae)

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

Saisie par le ministre chargé de la voirie routière nationale le 25 octobre 2021 ;

Vu le code de la commande publique, notamment son article R. 3121-6 ;

Vu le code de la voirie routière, notamment ses articles L. 122-27, R. 122-44 et D. 122-46-1 ;

Vu l'arrêté modifié du 8 août 2016 fixant les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier concédé ;

Vu l'avis de l'Autorité n° 2021-045 du 9 septembre 2021 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 25 novembre 2021 ;

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. RAPPEL DES FAITS

1. L'autorité concédante a attribué à la société Aliae le contrat de concession portant sur l'aménagement, l'élargissement, la mise au standard autoroutier, l'entretien et l'exploitation de l'autoroute A79 entre Sazeret (Allier) et Digoin (Saône-et-Loire) pour une durée de 48 ans à compter du 12 mars 2020. L'autoroute A79 doit entrer en service en octobre 2022.

2. La société Aliae constate l'absence d'équipement de station de recharge spécifique destinée aux véhicules électriques Tesla dans le département de l'Allier, à l'exception d'une station à Montluçon, et, en tout état de cause, le long du tracé de la future autoroute A79. Elle souhaite cependant que les usagers disposant d'un véhicule Tesla puissent recharger leurs véhicules électriques sur l'autoroute A79.
3. L'Autorité a émis un avis favorable le 9 septembre 2021 sur la procédure ayant conduit à l'attribution à la société Ionity du contrat portant sur la construction et l'exploitation d'une station de recharge à très haute puissance pour véhicules électriques sur l'aire de Bourbonnais, située sur l'autoroute A79 à Toulon-sur-Allier.
4. Pour compléter l'offre de service de recharge de véhicules électriques, la société Aliae a entrepris, en juin 2020, des échanges sans publicité ni mise en concurrence avec la société Tesla, sur le fondement du 1° de l'article R. 3121-6 du code de la commande publique, en vue de l'attribution d'un contrat d'une durée de 15 ans portant sur l'installation et l'exploitation sur le domaine public autoroutier concédé de « superchargeurs » spécifiques aux véhicules Tesla, sur la même aire de Bourbonnais.
5. Le 25 octobre 2021, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis sur la procédure de passation de gré à gré.

2. CADRE JURIDIQUE

6. Il résulte de l'article L. 122-24 du code de la voirie routière que les contrats, mentionnés à l'article L. 122-23 du même code, passés par le concessionnaire d'autoroute « *en vue de faire assurer par un tiers la construction, l'exploitation et l'entretien des installations annexes à caractère commercial situées sur le réseau autoroutier concédé* », sont attribués à la suite d'une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire. Ces conditions et exceptions sont précisées aux articles R. 122-40 à R. 122-41-1 du même code.
7. En application de l'article L. 122-27 du code de la voirie routière, l'attributaire est agréé, préalablement à la conclusion du contrat mentionné à l'article L. 122-23, par l'autorité administrative, après avis de l'Autorité, qui dispose d'un délai d'un mois à compter de la date de la saisine pour se prononcer. Cet avis porte sur le respect des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du code précité. En cas d'avis défavorable, la délivrance de l'agrément à l'attributaire est motivée par l'autorité administrative.
8. En vertu de l'article R. 122-42 du code de la voirie routière, l'agrément prévu à l'article L. 122-27 du même code est délivré par le ministre chargé de la voirie routière nationale.
9. Pour les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, la passation et l'exécution des contrats d'exploitation mentionnés à l'article L. 122-23 du code de la voirie routière sont régies, en vertu de l'article R. 122-41 du même code, par les titres II et III du livre Ier de la troisième partie du code de la commande publique, sous réserve des adaptations qu'il prévoit.

10. En application du 1° de l'article R. 3121-6 du code de la commande publique, « *les contrats de concession peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables [lorsque] le contrat de concession ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité.* »

3. ANALYSE DE LA PROCEDURE DE PASSATION

3.1. Analyse du recours à la procédure de passation sans publicité ni mise en concurrence

11. L'Autorité constate que les « superchargeurs » spécifiques Tesla ne sont utilisables que par les véhicules électriques de la marque Tesla et qu'aucun opérateur autre que Tesla ne peut offrir ce service.
12. Il résulte de ce qui précède que la société concessionnaire Aliae pouvait régulièrement se fonder sur les dispositions du 1° de l'article R. 3121-6 du code de la commande publique, pour des raisons techniques, pour la passation de la procédure sans publicité ni mise en concurrence.

3.2. Analyse du projet de contrat

13. Sur le marché de la recharge des véhicules électriques, la société Tesla occupe une position singulière, liée à son positionnement simultané sur le marché amont de la construction de véhicules électriques ; en outre, ayant fait le choix d'une technologie de recharge exclusive, elle a opté pour un modèle économique dans lequel ses résultats sur le marché amont sont liés à ses pratiques sur le marché aval. Ses incitations à maintenir une qualité de service satisfaisante et à modérer ses tarifs pourraient donc provenir principalement de sa stratégie sur le marché des véhicules électriques.

3.2.1. Sur le taux d'occupation maximal de chaque borne de recharge pour véhicules électriques

14. L'énergie électrique constitue une source d'énergie usuelle pour les véhicules légers au sens de l'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière¹, qui dispose que « *[c]onstitue 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 pendant deux années consécutives ou par au moins 5 % du parc de véhicules à moteur en circulation* ». Il convient à cet égard de préciser que la qualification de source d'énergie usuelle est indifférente au fait que l'énergie en question soit éventuellement distribuée par une installation qui n'est pas compatible avec l'ensemble des véhicules concernés.
15. Il résulte des dispositions de l'article 3 de l'arrêté du 8 août 2016 susvisé, que :

¹ D'après les données publiques du service des données et études statistiques (SDES) disponibles sur le site du ministère de la transition écologique (<https://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/donnees>), plus de 1,5 % des véhicules légers immatriculés en 2019 et 2020 étaient électriques (hors véhicules hybrides).

- sauf dérogation expressément accordée par le ministre chargé de la voirie routière, « 1°. Toutes les sources d'énergies usuelles, telles que définies à l'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière, sont distribuées au plus tard au 1^{er} janvier de l'année N + 3, N étant l'année calendaire où l'un des seuils prévus à l'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière est atteint » ;

- « 3°. Le nombre de points de distribution de chaque source d'énergie usuelle est adapté aux niveaux de trafics au droit de l'aire. À ce titre, le niveau d'occupation d'un point de distribution ne dépasse pas 7 heures quotidiennes plus de 10 jours par an ».

16. Ces dispositions seront applicables à l'exploitation des installations concernées. Il est par conséquent opportun que la société concessionnaire rappelle ces dispositions à son cocontractant, qu'elle prévoie, dans les conditions contractuelles, les exigences techniques qui en découlent, qu'elle en vérifie le respect au cours de l'exécution du contrat et qu'elle prévoie une clause de pénalité adéquate sanctionnant l'inexécution des engagements par le preneur.
17. Néanmoins, l'Autorité note, en l'espèce, que l'article 2 du projet de contrat particulier précise que le contrat s'inscrira dans le cadre législatif et réglementaire en vigueur, comportant notamment l'arrêté du 8 août 2016 susvisé et l'article R. 122-41 du code de la voirie routière. Elle relève également que l'article 9 du projet de contrat relatif « [aux] conditions d'implantation » prévoit d'ores et déjà que « si le taux d'occupation de l'ensemble des bornes de la station dépasse 7 heures par borne durant 10 jours non-consécutifs », « le preneur et Aliae se concerteront pour étudier la possibilité d'implanter des bornes supplémentaires ».
18. L'Autorité relève enfin que l'article 15.2 du projet de contrat particulier prévoit la transmission au concessionnaire, sur une base trimestrielle, de données d'utilisation incluant « le nombre de sessions, l'énergie totale consommée (en KWh), la durée médiane de session (en minute), le chiffre d'affaires (en €), le taux de disponibilité (%), le taux d'occupation (%) ».
19. L'Autorité considère que ces indicateurs permettront de suivre le niveau d'occupation des bornes de recharge de véhicules électriques.
20. Enfin, la société concessionnaire prévoit, à l'article 60.1 du cahier des charges des installations commerciales, relatif aux « mesures coercitives », une pénalité fixe de 300 euros HT par jour, pouvant être majorée en cas de méconnaissance d'un des engagements du preneur².
21. Au regard de la croissance prévisible du volume des ventes, l'Autorité estime que ce dispositif forfaitaire pourrait se révéler insuffisamment dissuasif sur la durée du contrat.

3.2.2. Sur la politique tarifaire des bornes de recharge pour véhicules électriques

22. Afin de garantir aux usagers l'application effective de la politique tarifaire à laquelle le preneur pressenti s'est engagé, il appartient à la société concessionnaire de s'assurer de son respect au cours de l'exécution du contrat et de prévoir une clause de pénalité suffisamment dissuasive sanctionnant son éventuelle inexécution.

² L'article 60 du cahier des charges des exploitations commerciales de la société concessionnaire prévoit que, dans le cas où « le preneur n'a pas exécuté l'une quelconque des obligations qui lui incombent en vertu du présent Cahiers des charges, du contrat particulier, ou des avenant à ce contrat », « il est passible d'une astreinte journalière de 300 euros HT encourue de plein droit à l'expiration du délai imparti, sans préjudice des sanctions complémentaires qui pourraient être demandées par la société à un tribunal. Au-delà de 30 jours, et si la mise en demeure est restée sans effet, ce montant pourra être porté à 500 euros HT par jour ».

23. À cet égard, il ressort, du projet de contrat particulier que le preneur s'engage sur un prix de départ (facturé au kilowattheure) et sur une pratique tarifaire de long terme identique à celle appliquée hors autoroute.
24. Par ailleurs, la société Tesla s'engage à transmettre au moins mensuellement à la société concessionnaire des informations sur la mise en œuvre de la politique de prix, ce qui permettra à cette dernière de s'assurer du respect de ces engagements.
25. En outre, la pénalité fixe de 300 euros par jour prévue par l'article 60.1 du cahier des charges des installations commerciales précité est applicable à toute méconnaissance d'un des engagements du preneur, y compris en matière de politique tarifaire.
26. Au regard de la croissance prévisible du volume des ventes, l'Autorité estime, là encore, que ce dispositif forfaitaire pourrait se révéler insuffisamment dissuasif sur la durée du contrat.

CONCLUSION

27. L'Autorité émet un avis favorable sur la procédure de passation du contrat portant sur la construction et l'exploitation sur le domaine public autoroutier concédé d'une station de « superchargeurs » spécifiques, destinés aux véhicules Tesla, sur l'aire de Bourbonnais, située sur l'autoroute A79 à Toulon-sur-Allier (société Aliae).
28. En outre, et à titre de bonne pratique, l'Autorité recommande de prévoir des sanctions suffisamment dissuasives en cas de manquement aux engagements de politique tarifaire et de niveau d'occupation maximal des bornes de recharge, tenant compte des avantages de toute nature qui résulteraient, pour le preneur, de l'application de tarifs plus élevés que ceux qu'il s'est engagé à pratiquer en application du contrat.

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 25 novembre 2021

Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; Madame Florence Rousse, vice-présidente ; Monsieur Patrick Vieu, vice-président ; Madame Sophie Auconie, vice-présidente ; Mesdames Marie Picard et Cécile George, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman