

## **Avis n° 2021-022 du 18 mars 2021**

relatif au projet de décret portant expérimentation pour le déploiement des points de recharge pour véhicules électriques sur le réseau autoroutier et modifiant les critères des appels d'offres des installations commerciales

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

Vu la Constitution, notamment son article 37-1 ;

Vu le code de la voirie routière, notamment ses articles L.122-27, L. 122-28 et R. 122-41 ;

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

Vu le décret n° 2020-456 du 21 avril 2020 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) ;

Vu le décret n° 2021-153 du 12 février 2021 relatif à l'aide en faveur des investissements relatifs aux installations de recharge rapide pour véhicules électriques sur les grands axes routiers ;

Vu le décret n° 2021-159 du 12 février 2021 relatif aux obligations s'appliquant aux conventions de délégation autoroutières en matière de transition écologique ;

Vu l'arrêté du 15 février 2021 relatif aux modalités de gestion de l'aide en faveur des investissements relatifs aux installations de recharge rapide pour véhicules électriques sur les grands axes routiers ;

Vu l'arrêté du 15 février 2021 portant modification de l'arrêté du 8 août 2016 fixant les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier ;

Vu la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale, enregistrée au pôle procédure de l'Autorité le 22 janvier 2021, relative au projet de décret portant expérimentation pour le déploiement des points de recharge pour véhicules électriques sur le réseau autoroutier et modifiant les critères des appels d'offres des installations commerciales ;

Vu les réponses des services du ministère chargé de la voirie routière nationale en date du 10 et du 18 février 2021 aux mesures d'instruction adressées respectivement le 5 et le 15 février 2021 ;

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

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 18 mars 2021 ;

## ÉMET L'AVIS SUIVANT

### 1. CONTEXTE

#### 1.1. Le cadre législatif et réglementaire récent poursuit un objectif d'accélération de la transition écologique du transport routier

1. Les contraintes énergétiques et les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre ont conduit les pouvoirs publics à encourager les initiatives dans les domaines de la maîtrise de l'énergie et de la mobilité propre, le développement des véhicules « décarbonés » (véhicules électriques ou hybrides rechargeables) constituant une priorité de la politique de réduction des émissions de gaz à effet de serre.
2. Le décret du 21 avril 2020 relatif à la « PPE » susvisé, pris en application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, fixe les priorités d'action des pouvoirs publics dans le domaine de l'énergie. À cet égard, son article 6 fixe comme objectif de porter le parc en circulation à 1,16 million de véhicules particuliers (dont 660 000 véhicules électriques et 500 000 véhicules hybrides rechargeables) au 31 décembre 2023 et le nombre de points de recharge ouverts au public à 100 000 à la même date, soit un ratio d'environ un pour dix.
3. L'article 160 de la loi du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités a inséré les alinéas 7 à 12 à l'article L. 122-4 du code de la voirie routière en vue « [d'] accélérer la transition écologique du transport routier »<sup>1</sup>. En application des alinéas 7 et 9 de cet article, « toute nouvelle convention de délégation » autoroutière doit prévoir « une stratégie de renforcement et de déploiement de stations d'avitaillement en carburants alternatifs ».
4. En ce qui concerne les concessions en cours d'exécution, le décret n° 2021-159 du 12 février 2021 (pris en application de l'alinéa 12 de l'article L. 122-4) et l'arrêté du 15 février 2021 portant modification de l'arrêté du 8 août 2016 fixant les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier concédé, susvisés, ont été adoptés après avis de l'Autorité<sup>2</sup>. Ainsi, pour promouvoir la décarbonation du transport routier, le décret du 12 février 2021 précité impose à l'ensemble des délégataires du service public autoroutier, sur le fondement de l'article L. 122-29 du code de la voirie routière, l'obligation d'assurer la distribution de l'ensemble des sources d'énergies usuelles<sup>3</sup>, en ce compris l'énergie électrique, sur toutes les aires de service du réseau autoroutier concédé. L'échéance pour la réalisation de cette obligation, en ce qui concerne les véhicules électriques, est fixée par l'arrêté du 15 février 2021 au 1<sup>er</sup> janvier 2023.

---

<sup>1</sup> Amendement n° CD2363 (Rect) présenté par M. Zulesi et adopté par l'Assemblée nationale le 9 mai 2019.

<sup>2</sup> Avis n° 2020-58 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.

<sup>3</sup> L'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière dispose que « 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 pendant deux années consécutives ou par au moins 5 % du parc de véhicules à moteur en circulation. »

5. Dans son courrier de saisine sur le projet de décret objet du présent avis, le ministre chargé de la voirie routière nationale indique à l'Autorité qu'à l'occasion des échanges conduits avec les différents opérateurs du secteur autoroutier dans le cadre de la consultation précédant l'adoption du décret du 12 février 2021 et de l'arrêté du 15 février 2021 susmentionnés, les sociétés concessionnaires et les exploitants ont formulé « *le souhait d'une simplification des procédures existantes* » en matière de passation de contrats ayant pour objet le déploiement des bornes de recharges électriques sur les aires d'autoroute, « *de manière à respecter leurs obligations calendaires* »<sup>4</sup>.
6. Des crédits ont par ailleurs été ouverts en loi de finances pour 2021<sup>5</sup> afin de soutenir le déploiement des infrastructures de recharge pour véhicules électriques (ci-après « IRVE ») sur les réseaux autoroutier et routier nationaux. En effet, conformément aux dispositions de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2021-153 du 12 février 2021 susvisé, une aide sous forme de subvention peut être accordée par l'État aux entreprises qui réalisent un investissement relatif à une activité de service de recharge pour véhicules électriques sur les aires de service situées sur le domaine public autoroutier et sur le domaine public du réseau routier national. L'article 2 du même décret précise que « *peut bénéficier de l'aide toute entreprise exerçant l'activité d'installateur ou d'opérateur [d'IRVE] ou assumant des investissements relatifs à une activité de service de recharge pour véhicules électriques sur les aires de services* » concernées. « *Les bénéficiaires de l'aide doivent démontrer qu'ils ont été sélectionnés au terme de procédures ouvertes et transparentes, ou que les investissements qu'ils assument, relatifs à une activité de service de recharge pour véhicules électriques, sont réalisés par des entreprises sélectionnées au terme de procédures ouvertes et transparentes.* »
7. Le 1. (« Critères d'éligibilité des projets ») de l'annexe I (« investissements éligibles ») de l'arrêté du 15 février 2021 relatif aux modalités de gestion de l'aide en faveur des investissements relatifs aux installations de recharge rapide pour véhicules électriques sur les grands axes routiers susvisé précise la notion de « *procédure ouverte et transparente* ». Pour les aires de service du réseau autoroutier concédé, il s'agit « *des procédures prévues aux articles L. 122-23 et suivants et R. 122-41 et suivants du code de la voirie routière* » et « *plus largement [de] toute procédure présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité suffisantes permettant aux candidats potentiels de se manifester* ».
8. Dans ce contexte, le projet de décret soumis à l'avis de l'Autorité est motivé par la volonté d'accélérer le déploiement des IRVE en vue de respecter les objectifs fixés dans le décret du 21 avril 2020 relatif à la « PPE » en simplifiant les procédures de passation des contrats passés pour leur installation sur les aires du réseau autoroutier, tout en garantissant leur caractère « *ouvert et transparent* ».

## **1.2. Le contrôle de l'Autorité sur les contrats relatifs aux installations annexes à caractère commercial porte sur le respect des procédures de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumises les sociétés concessionnaires**

9. En application de l'article L. 122-27 du code de la voirie routière, l'Autorité est compétente pour émettre un avis simple dans le cadre de l'agrément délivré par le ministre chargé de la voirie routière nationale à l'occasion de la conclusion des contrats passés par les concessionnaires d'autoroutes portant sur les installations annexes à caractère commercial mentionnés à l'article L. 122-23 du même code.

---

<sup>4</sup> Courrier de saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale du 22 janvier 2021.

<sup>5</sup> Programme « Écologie, développement et mobilité durables » au sein de l'état B annexé à la loi de finances pour 2021 votée le 29 décembre 2020, article 94.

10. Si les installations annexes à caractère commercial ne sont pas exhaustivement listées par les textes, l'arrêté du 8 août 2016 modifié fixant les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier concédé précise que les installations annexes, qui « *visent à satisfaire les besoins immédiats de l'utilisateur de l'autoroute et de son véhicule, afin qu'il circule dans de bonnes conditions de confort et de sécurité* », lorsqu'elles sont situées sur des aires de service, comportent notamment une distribution permanente d'énergies usuelles aux véhicules, des prestations de restauration et, le cas échéant, des prestations complémentaires en rapport avec les fonctions des aires concernées.
11. Ainsi, les IRVE qui ont pour objet la fourniture aux usagers d'une énergie usuelle au sens de l'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière constituent des installations annexes à caractère commercial régies par l'arrêté du 8 août 2016 précité.
12. Les contrats et leurs avenants passés en vue de faire assurer la construction, l'exploitation et l'entretien des IRVE sont, en vertu de l'article L. 122-23 du code de la voirie routière, régis par la section 5 du chapitre II du titre II du même code, « *sans préjudice de l'application du titre préliminaire et du livre Ier de la troisième partie du code de la commande publique pour les concessionnaires qui en relèvent* ».
13. L'article L. 122-27 du code de la voirie routière dispose que l'avis de l'Autorité porte sur le respect des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25. En vertu du premier de ces deux articles, « *[p]our la passation des contrats définis à l'article L.122-23, le concessionnaire d'autoroute procède à une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire.* »
14. Pour les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les conditions de publicité et de mise en concurrence, ainsi que les exceptions y afférentes, sont fixées à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, qui dispose que, sous réserve de certaines adaptations exhaustivement listées, « *la passation et l'exécution des contrats d'exploitation sont régies par les titres II et III du livre Ier de la troisième partie du code de la commande publique* ».
15. Les sociétés concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs sont, pour leur part, régies par l'ensemble des dispositions du code de la commande publique applicables aux pouvoirs adjudicateurs, conformément à l'article L. 122-23 du code de la voirie routière et, de manière dérogatoire, par le 4° de l'article R. 122-41, qui leur est aussi applicable, conformément à l'article R. 122-40 du même code.
16. Conformément au 4° de l'article R. 122-41, les critères de notation des offres concurrentes sont pondérés et comportent au moins « *la qualité des services rendus aux usagers, la qualité technique et environnementale, l'ensemble des rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire et, si le contrat d'exploitation porte sur la distribution de carburants, la politique de modération tarifaire pratiquée par l'exploitant, la pondération de ce critère étant au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations* ».
17. Dès lors, il appartient à l'Autorité, saisie d'un contrat portant sur des installations annexes à caractère commercial, notamment sur des IRVE, de s'assurer que toutes les sociétés concessionnaires ont bien respecté les procédures de publicité et de mise en concurrence auxquelles elles sont soumises, notamment celles résultant des dispositions du 4° de l'article R.122-41 précité.

### 1.3. Le projet de décret transmis par le ministère poursuit un double objet, en étendant l'obligation de modération tarifaire à l'énergie électrique et en créant une « procédure adaptée » pour le déploiement d'IRVE sur le réseau autoroutier

18. Par courrier enregistré le 22 janvier 2021, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité, en application de l'article L. 122-28 du code de la voirie routière, d'un projet de décret portant expérimentation pour le déploiement des points de recharge pour véhicules électriques sur le réseau autoroutier et modifiant les critères des appels d'offres des installations commerciales (ci-après, le « projet de décret »).
19. Le projet de décret contient des dispositions relatives (i) à l'expérimentation, sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution, d'une procédure de sélection « adaptée » des opérateurs chargés de l'installation et de l'exploitation des IRVE sur le réseau autoroutier (articles 1, 2 et 4) et (ii) à l'extension des obligations relatives à la modération tarifaire aux sources d'énergies usuelles (article 3).
20. L'article 1<sup>er</sup> déroge aux dispositions des articles R. 122-41 et R. 122-41-1 du code de la voirie routière pour la passation des contrats d'exploitation portant exclusivement sur l'installation et l'exploitation des IRVE sur le réseau autoroutier. Il substitue aux obligations de publicité et de mise en concurrence prévues à ces articles la seule obligation de mettre en œuvre « *une procédure de sélection adaptée présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité suffisantes permettant aux candidats potentiels de se manifester* ». Ces mesures de publicité consistent « *a minima dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné* ».
21. L'article 2 adapte les délais de délivrance de l'agrément, prévu à l'article R. 122-43 du code de la voirie routière, de tout attributaire d'un contrat d'exploitation portant exclusivement sur l'installation et l'exploitation des IRVE sur le réseau autoroutier par le ministre chargé de la voirie routière nationale, qui doit désormais se prononcer « *dans un délai de 45 jours à compter de la date de sa saisine en cas d'avis favorable de l'Autorité de régulation des transports, et de 2 mois en cas d'avis défavorable de celle-ci. Passés ces délais, l'agrément est réputé accordé.* »
22. L'article 4 précise que la durée de l'expérimentation prévue aux articles 1 et 2 est fixée à quatre ans et prorogable dans la limite d'un an.
23. L'article 3 modifie le 4<sup>o</sup> de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière en remplaçant le d) par la phrase suivante : « *Si le contrat d'exploitation porte sur la distribution de sources d'énergie usuelles [au sens de l'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière], [les critères de sélection lors de sa passation comprennent au moins, notamment, un critère relatif à] la politique de modération tarifaire pratiquée par l'exploitant, la pondération de ce critère étant au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations* ».

## 2. ANALYSE DE L'AUTORITE

24. En premier lieu, l'Autorité accueille favorablement l'extension du critère de la modération tarifaire aux IRVE, qui répond aux recommandations qu'elle avait formulées à cet égard. En second lieu, l'Autorité considère que la mise en place d'une procédure dérogatoire aux obligations de publicité et de mise en concurrence ne constitue pas une expérimentation au sens de l'article 37-1 de la Constitution et risque d'affaiblir la concurrence sur le marché des IRVE au détriment de l'usager.

## 2.1. L'extension du critère de la modération tarifaire aux IRVE répond aux recommandations formulées par l'Autorité en la matière

25. Saisie pour la première fois d'un contrat d'exploitation portant exclusivement sur des IRVE, l'Autorité, lors de son contrôle sur la modération tarifaire, avait recommandé au ministre chargé de la voirie routière nationale, dans son avis n° 2020-084 du 17 décembre 2020<sup>6</sup>, d'« étendre les obligations relatives à la modération tarifaire pratiquée par l'exploitant à l'ensemble des catégories de carburants distribués sur les installations annexes à caractère commercial, y compris les carburants alternatifs » que constitue l'électricité fournie par les IRVE, par une modification en ce sens du d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.
26. En effet, la notion de carburant telle qu'employée au d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière ne paraissait pas pouvoir comprendre l'électricité fournie par les IRVE, laquelle constitue une source d'énergie devant être comprise comme un « carburant alternatif » au sens du décret n° 2017-1673 du 8 décembre 2017.
27. Le projet de décret introduit, à son article 3, une extension de l'obligation de modération tarifaire à l'ensemble des « sources d'énergies usuelles » au sens de l'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière. L'Autorité considère que l'élargissement de l'obligation de modération tarifaire par le recours à la notion de « sources d'énergies usuelles » répond à la recommandation exprimée dans son avis n° 2020-084 du 17 décembre 2020.
28. L'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière, créé par le décret n° 2021-159 du 12 février 2021 susvisé, dispose que « 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 pendant deux années consécutives ou par au moins 5 % du parc de véhicules à moteur en circulation. » Les véhicules légers électriques représentant déjà, à eux seuls, 1,9 % des immatriculations en 2019<sup>7</sup>, le projet de décret rend ainsi l'obligation de modération tarifaire applicable aux IRVE, conformément aux recommandations de l'Autorité en la matière.

## 2.2. La mise en place d'une procédure dérogatoire aux obligations de publicité et de mise en concurrence ne constitue pas une expérimentation au sens de l'article 37-1 de la Constitution et risque d'affaiblir à long terme la concurrence sur le marché des IRVE au détriment de l'utilisateur

29. Lorsqu'elle est saisie en application de l'article L. 122-28 du code de la voirie routière, il revient à l'Autorité d'apprécier si les règles procédurales dont elle a pour mission de vérifier le respect en vertu de l'article L. 122-27 du même code, sont bien prises en compte par le projet de décret sur lequel elle donne son avis.
30. Il convient donc d'analyser dans quelle mesure ledit projet garantit le respect des règles mentionnées aux articles L.122-24 et L. 122-25 dudit code, en vertu desquelles, notamment, « le concessionnaire d'autoroute procède à une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes ».

---

<sup>6</sup> Avis n° 2020-084 du 17 décembre 2020 relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation pour l'exercice d'une activité de station de bornes de recharge à très haute puissance ouverte au public pour véhicules électriques sur les aires de Jonchets Grande Paroisse (A5), Jonchets les Récompenses (A5), Dracé (A6), Gevrey Ouest (A31), Écot (A36), Pont Val de Saône (A39), Pont Chêne d'Argent (A39) et en variante, les aires d'Achères Ouest (A6) et de Saint-Ambreuil (A6) par la société Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR).

<sup>7</sup> 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.

31. Le projet de décret a pour objet de déterminer le cadre réglementaire d'une « *expérimentation relative à la mise en œuvre d'une procédure de sélection adaptée des opérateurs chargés de l'installation et de l'exploitation des points de recharge pour véhicules électriques sur le réseau autoroutier* », justifiée par la volonté d'accélérer le déploiement des IRVE sur les aires d'autoroutes.
32. Il institue à cet effet une procédure visant à permettre aux sociétés concessionnaires d'autoroutes de déroger aux articles R. 122-41 et R. 122-41-1 du code de la voirie routière relatifs à la passation des contrats portant sur les installations annexes sur les autoroutes concédées pour la passation des contrats d'exploitation portant exclusivement sur l'installation et l'exploitation d'IRVE sur le réseau autoroutier.

### **2.2.1. Non seulement le projet de décret ne constitue pas une expérimentation au sens de l'article 37-1 de la Constitution mais il ne répond pas à l'objectif d'accélération du déploiement des IRVE sur les aires d'autoroutes fixé par le pouvoir réglementaire**

#### **a. L'assouplissement des règles de publicité et de mise en concurrence ne constitue pas une expérimentation au sens de l'article 37-1 de la Constitution mais un dispositif réglementaire dérogatoire au droit commun**

33. La procédure dérogatoire aux obligations de publicité et de mise en concurrence, qualifiée de « *procédure adaptée* » par le projet de décret, est rattachée au dispositif de l'expérimentation prévu à l'article 37-1 de la Constitution, qui dispose que « *la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* ».
34. Le Conseil constitutionnel a pu préciser que « *l'article 37-1 de la Constitution [...] permet au Parlement d'autoriser, dans la perspective de leur éventuelle généralisation, des expérimentations dérogeant, pour un objet et une durée limités, au principe d'égalité devant la loi* »<sup>8</sup>.
35. L'objet de l'expérimentation doit donc être défini de façon suffisamment précise et circonscrite, ce qui, au cas particulier, ne paraît pas poser de difficulté.
36. Néanmoins, et en ce qui concerne la finalité du mécanisme d'expérimentation, le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser que l'expérimentation « *tient à la définition d'un objectif et d'une hypothèse que l'on cherche à valider : l'expérimentation n'a de sens que parce que le décideur public fait face à une incertitude qui l'empêche de prendre, immédiatement et pour tous, une décision qu'il saurait être la meilleure. En fonction de ce qu'il sait, il formule une hypothèse de ce qu'il pense être la meilleure politique publique possible et va recourir à une expérience pour tester, confirmer ou infirmer l'hypothèse.* »<sup>9</sup>
37. En l'absence de précisions sur les hypothèses envisagées ayant vocation à être confirmées ou infirmées afin de pérenniser ou d'abandonner le dispositif au terme de la durée de quatre ans, l'Autorité a interrogé le ministère chargé de la voirie routière nationale au cours de l'instruction.
38. La réponse de ce dernier indique que cette expérimentation n'a « *a priori pas vocation à perdurer au-delà de la période envisagée, qui correspond à la mise en place du premier équipement systématique des aires de service du RRN en bornes de recharge électrique. // Les principaux attendus de l'expérimentation étant le raccourcissement des délais de mise en concurrence, il n'est toutefois pas exclu, si l'expérience se révèle fructueuse à cet égard, d'envisager d'y avoir à*

<sup>8</sup> Décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales.

<sup>9</sup> Conseil d'État, *Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques ?* Rapport d'étude, 3 octobre 2019, p. 12.

*nouveau recours à l'avenir dans l'hypothèse où l'évolution des besoins des usagers justifierait une nouvelle séquence d'intensification des déploiements dans des délais incompatibles avec les délais longs des procédures classiques. »*

39. Ainsi, il ressort de la réponse ministérielle que les assouplissements réglementaires contenus dans le projet de décret n'ont d'autre objet que d'alléger les obligations de publicité et de mise en concurrence en vue d'accélérer le déploiement des IRVE sur le réseau autoroutier concédé. Cet objectif est l'un des volets de la politique de « décarbonation des transports » énoncé dans l'exposé des motifs de la loi du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités susvisée. En l'espèce, le décideur public ne semble faire face à aucune incertitude ni quant au bien-fondé de l'objectif à atteindre, ni quant aux mesures envisagées à cette fin. Dans ces conditions, ce qui est présenté comme une « expérimentation » au sens de l'article 37-1 de la Constitution s'apparente davantage, en réalité, à une procédure d'exception à caractère temporaire qu'à une expérimentation ayant vocation, le cas échéant, à être généralisée.
40. En tout état de cause, la référence à l'expérimentation prévue par l'article 37-1 de la Constitution ne saurait avoir pour effet d'autoriser l'administration à s'exonérer, par la voie réglementaire, de l'obligation qui lui incombe de respecter les principes et les objectifs de concurrence, de transparence et de non-discrimination fixés par les normes supérieures applicables, conventionnelles ou législatives.

**b. L'assouplissement des règles de publicité et de mise en concurrence ne répond pas à l'objectif d'accélération du déploiement des IRVE sur les aires d'autoroutes fixé par le pouvoir réglementaire**

41. La notice du projet de décret expose que l'objectif poursuivi est l'accélération du déploiement des IRVE sur le réseau autoroutier concédé en permettant aux sociétés concessionnaires de recourir à une procédure « adaptée » pour la passation de leurs contrats d'exploitation portant sur les IRVE.
42. En dérogeant à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, le projet de décret (article 1<sup>er</sup>) vise à permettre aux sociétés concessionnaires de se soustraire aux obligations réglementaires auxquelles elles sont aujourd'hui soumises en termes de délais procéduraux pour définir elles-mêmes les délais de réception des candidatures et des offres.
43. En application du titre II du livre 1<sup>er</sup> de la troisième partie du code de la commande publique, auquel renvoient les dispositions de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, la durée des procédures de passation des contrats d'exploitation lancées par les sociétés concessionnaires doit intégrer les contraintes liées aux délais réglementaires fixés pour la remise des candidatures et des offres.
44. Selon les articles R. 3123-14 et R. 3124-2 du code de la commande publique, le délai de réception des candidatures et le délai de réception des offres sont fixés « *en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au [sous-concessionnaire].* »
45. Ces délais varient, en outre, selon la forme de la procédure de passation à laquelle recourt la société concessionnaire, celle-ci ayant le choix entre laisser tout candidat soumissionner sans restriction ou limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre, conformément à l'article R. 3123-11 du code de la commande publique :
  - Dans l'hypothèse où tout candidat, sans restriction, est admis à déposer une offre, l'article R. 3123-14 du code de la commande publique prévoit que le délai minimum de réception des candidatures, accompagnées des offres, est de trente jours à compter de la

date d'envoi de l'avis de concession, ce délai pouvant être ramené à vingt-cinq jours lorsque l'autorité concédante accepte que les candidatures lui soient transmises par voie électronique.

- Dans l'hypothèse d'une limitation du nombre de candidats admis à présenter une offre, l'article R. 3124-2 du code de la commande publique prévoit que le délai minimum de réception des candidatures et des offres précité est augmenté d'un délai minimum de vingt-deux jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre, ce délai pouvant être ramené à dix-sept jours lorsque l'autorité concédante accepte que les offres lui soient transmises par voie électronique.
46. Si ces délais peuvent être allongés, ils ne peuvent pas être réduits par les sociétés concessionnaires.
  47. L'Autorité a constaté sur les deux derniers exercices que les sociétés concessionnaires utilisent de façon équivalente les deux formes de procédures.
  48. Or, en pratique, la durée des procédures de mise en concurrence lancées par les sociétés concessionnaires est largement supérieure aux délais minimums issus du cadre réglementaire.
  49. En effet, les sociétés concessionnaires fixent des délais de remise des candidatures et des offres environ quatre fois plus longs lorsque le nombre de candidats admis à présenter une offre est limité, et cinq fois plus longs lorsque tous les candidats sans restriction peuvent soumissionner (voir tableau ci-dessous).
  50. Par ailleurs, outre les délais de réception des candidatures et des offres, les sociétés concessionnaires prévoient en principe des phases de négociation dont les délais sont en moyenne de deux mois.

#### Durées moyennes des étapes principales des procédures de passation lancées par les SCA pour les exercices 2019 et 2020 (en nombre de jours)

	Délai moyen de réception des candidatures et des offres en l'absence de limitation du nombre de candidats admis à présenter une offre	Délai moyen de réception des candidatures et des offres en cas de limitation du nombre de candidats admis à présenter une offre	Durée moyenne de négociation
Délais pratiqués en 2019 et 2020	131	156	64
Délais pratiqués pour une procédure portant exclusivement sur des IRVE	125	186	55
Délais minimums réglementaires (articles R. 3124-2 et R. 3123-14 du code de la commande publique)	25 (30 sans dématérialisation)	42 (52 sans dématérialisation)	libre

51. Il ressort de l'observation de ces durées moyennes que les délais fixés par les sociétés concessionnaires dépassent largement ceux prévus par les dispositions réglementaires afin d'assurer une mise en concurrence efficace. Par conséquent, alors même qu'elle apparaît juridiquement fragile, la suppression des délais réglementaires minimaux ne devrait avoir qu'un impact limité sur la durée des procédures et, partant, n'apparaît pas de nature à accélérer le déploiement des IRVE.

### **2.2.2. L'assouplissement des règles de publicité et de mise en concurrence risque d'affaiblir la concurrence sur le marché des IRVE au détriment de l'utilisateur**

#### **a. La nécessité de faire émerger une concurrence effective résulte tant des dispositions européennes et nationales que de la faible intensité concurrentielle du marché des IRVE**

52. L'exigence de concurrence sur le marché des IRVE résulte notamment de la directive 2014/94 du 22 octobre 2014 sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs, aux termes de laquelle « *la mise en place et l'exploitation des points de recharge pour les véhicules électriques devraient se faire dans un cadre concurrentiel* » donnant à toutes les parties intéressées la possibilité de déployer ou d'exploiter des IRVE (considérant n° 30).
53. De même, en droit interne, l'article L. 3122-1 du code de la commande publique rappelle l'objectif de susciter « *la plus large concurrence* », et l'article L. 122-24 du code de la voirie routière impose que « *le concessionnaire procède à une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes* ». Par ailleurs, le décret n° 2021-153 du 12 février 2021 susvisé conditionne le bénéfice des crédits ouverts en loi de finances pour 2021 visant à soutenir le déploiement des IRVE sur les réseaux autoroutier et routier nationaux à la démonstration de procédures de sélection « *ouvertes et transparentes* ».
54. Les procédures de publicité et de mise en concurrence mises en place pour l'attribution des contrats relatifs à l'installation et à l'exploitation d'IRVE doivent donc être de nature à garantir le respect de ces principes. Cette exigence est d'autant plus importante à satisfaire que seuls deux opérateurs interviennent actuellement sur le marché français des fournisseurs et exploitants d'IRVE (dont un ne permettant la recharge que de ses propres véhicules)<sup>10</sup>, ce qui implique d'organiser la concurrence à une échelle européenne.
55. Ainsi, la nécessité de faire émerger une concurrence effective résulte tant des normes légales et conventionnelles que de la faible intensité concurrentielle du marché des IRVE. Dans un tel contexte, l'Autorité relève que l'assouplissement proposé des règles de publicité et de mise en concurrence ne pourra que réduire les chances d'atteindre l'objectif fixé à l'article L. 122-24 du code de la voirie routière, avec pour conséquence d'affaiblir la concurrence sur le marché des IRVE au détriment des usagers.

#### **b. Le dispositif dérogatoire risque d'affaiblir à long terme la concurrence sur le marché des IRVE au détriment des usagers**

- L'Autorité veillera à ce que les mesures de publicité initiales mises en œuvre par les sociétés concessionnaires permettent effectivement aux candidats potentiels de se manifester et recommande que des formalités précises de publicité au stade de l'attribution du contrat soient imposées par le projet de décret

<sup>10</sup> Ces deux opérateurs sont Ionity et Tesla – qui permet principalement des recharges sur ses seuls véhicules –, depuis l'arrêt des bornes de l'opérateur Izivia (décision en février 2021 de mise à l'arrêt et de non-réactivation de 70% des IRVE de la société Izivia, groupe EDF, sur le réseau Corri-Door, qui était le seul réseau de recharge rapide accessible à tous, couvrant les principales autoroutes du territoire français, avec des bornes d'une puissance de 50 kW).

- Sur la publicité initiale permettant aux candidats potentiels de se manifester

56. Par dérogation à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, le projet de décret prévoit, à l'alinéa 2 de son premier article, que la procédure « adaptée » doit comporter « des mesures de publicité suffisantes permettant aux candidats potentiels de se manifester ». Ces dispositions précisent que « la publicité implique de publier a minima dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné ».
57. L'assouplissement proposé limite le nombre de supports de publicité requis par rapport à la procédure de droit commun.
58. En effet, il ressort de l'application combinée de l'article R. 3122-2 du code de la commande publique et du 3° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière que, dans le cadre de la procédure de droit commun, la société concessionnaire doit publier l'avis de concession dans un journal d'annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.
59. En pratique, les sociétés concessionnaires publient chaque avis de concession sur leurs profils acheteurs, dans une ou plusieurs revues spécialisées et dans un journal d'annonces légales.
60. À titre d'exemple, à l'occasion d'une procédure initiée pour la passation du contrat portant exclusivement sur des IRVE situées sur des aires relevant de son réseau, la société APRR a publié l'avis de concession sur son profil acheteur, dans quatre revues locales et dans trois revues spécialisées nationales<sup>11</sup>. Ces publications ont permis d'attirer deux offres concurrentes, dont une d'un opérateur économique étranger.
61. L'Autorité relève que le marché des IRVE n'est pas limité au seul marché national. En outre, en raison du nombre d'opérateurs sur ce secteur particulièrement limité sur le territoire français, l'Autorité considère que les mesures de publicité envisagées doivent être plus larges que la seule publication dans une revue spécialisée.
62. L'Autorité estime ainsi que la réduction des obligations de publicité va dans un sens contraire aux exigences concurrentielles posées par le droit européen et par le droit national dans un secteur émergent de dimension européenne. Elle sera donc attentive à ce que les sociétés concessionnaires procèdent aux publications adéquates pour permettre effectivement « aux candidats potentiels de se manifester » afin de susciter, conformément à l'article L. 122-24 du code de la voirie routière, « la présentation de plusieurs offres concurrentes », en prenant en considération les spécificités du marché des IRVE.

- Sur la publicité finale relative à l'attribution du contrat

63. Dans le cadre de la procédure de droit commun, conformément à l'application combinée de l'article R. 3125-6 du code de la commande publique et du 5° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, la société concessionnaire envoie, pour publication dans un journal d'annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné, un avis d'attribution dans un délai maximal de quarante-huit jours à compter de la notification du contrat de concession. Par ailleurs, aux termes de l'article R. 122-41-1 du code de la voirie routière, « le concessionnaire publie, sur son profil d'acheteur, les données essentielles, à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public, des contrats d'exploitation ».
64. En dérogeant aux articles R. 122-41 et R. 122-41-1 du code de la voirie routière, le projet de décret (article 1<sup>er</sup>) permet aux sociétés concessionnaires d'échapper à l'obligation de publication

---

<sup>11</sup> Avis n° 2020-084 du 17 décembre 2020 précité.

d'un avis d'attribution et à celle de renseigner sur leur profil d'acheteur les données essentielles des contrats d'exploitation.

65. L'Autorité relève en outre que si le projet de décret précise que la procédure de sélection adaptée doit présenter « *toutes les garanties d'impartialité et de transparence (...) permettant aux candidats potentiels de se manifester* », il ne prévoit aucune obligation de cette nature au stade de l'attribution du contrat.
66. Or, une telle transparence favorise le jeu de la concurrence. Au regard de la nécessité de développer la concurrence sur le marché des IRVE, la mise en place d'une procédure « *adaptée* » ne peut être réalisée sans maintenir des formalités de publicité au stade de l'attribution du contrat. Accessoirement, l'Autorité relève que ces obligations ne ralentissent en rien la durée de la procédure.
67. Dans ces conditions, l'Autorité recommande de rendre applicables aux procédures de passation des contrats d'exploitation portant sur des IRVE le 5° de l'article R. 122-41 et l'article R. 122-41-1 du code de la voirie routière.
  - L'Autorité sera attentive à ce que les modalités des procédures décidées par les concessionnaires d'autoroutes assurent leur caractère transparent et impartial et recommande fortement que l'emploi du critère de la modération tarifaire soit imposé par le projet de décret compte tenu du caractère captif de l'utilisateur sur l'autoroute
68. Il ressort de l'application combinée des articles R. 3124-1 et R. 3124-4 du code de la commande publique et du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière que, selon la procédure de droit commun, les sociétés concessionnaires procèdent à la sélection du ou des soumissionnaires en appliquant des critères d'attribution non discriminatoires qui doivent être pondérés. Au nombre de ces critères doivent figurer la qualité des services rendus aux usagers, la qualité technique et environnementale, l'ensemble des rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire et, si le contrat d'exploitation porte sur la distribution de carburants, la politique de modération tarifaire pratiquée par l'exploitant, la pondération de ce critère étant au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations.
69. En dérogeant à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, le projet de décret (article 1<sup>er</sup>) laisse une entière liberté aux sociétés concessionnaires quant à la fixation de critères de sélection des offres et quant à leur éventuelle pondération ou hiérarchisation.
70. En premier lieu, l'Autorité estime que ces assouplissements n'apparaissent pas de nature à raccourcir le délai des procédures, mais soulèvent des risques du point de vue de la préservation des garanties d'impartialité et de transparence de la procédure. Par conséquent, l'Autorité sera particulièrement vigilante à ce que les critères de sélection des offres et les méthodes de sélection (pondération ou hiérarchisation) mis en œuvre par les sociétés concessionnaires contribuent au bon fonctionnement concurrentiel du marché des IRVE.
71. En second lieu, s'agissant spécifiquement du critère de sélection relatif à la modération tarifaire, l'Autorité estime que sa suspension pendant la période d' « *expérimentation* » proposée n'est pas souhaitable et qu'il conviendrait en conséquence de le réintroduire, y compris si la procédure « *adaptée* » devait être maintenue. L'Autorité rappelle que le paragraphe 10 de l'article 4 de la directive 2014/94 susmentionnée fait obligation aux États membres de s'assurer « *que les prix fixés par les exploitants de points de recharge ouverts au public sont raisonnables, aisément et clairement comparables, transparents et non discriminatoires* ».
72. Or, aux termes du projet de décret soumis pour avis à l'Autorité, la procédure « *adaptée* » permet aux sociétés concessionnaires de se dispenser d'introduire dans leur procédure de passation de

marchés un critère de modération tarifaire sur la distribution de sources d'énergies usuelles et de le pondérer au même niveau que celui relatif aux rémunérations versées à la société concessionnaire. L'existence d'une modération tarifaire lors de la passation de contrats portant sur des IRVE reposera donc sur la seule bonne volonté de la société concessionnaire et/ou de l'exploitant.

73. À cet égard, l'Autorité relève le paradoxe que constitue (i) la reconnaissance, à travers l'article 3 du projet de décret, de l'importance du critère de la modération tarifaire, ce dernier étant étendu aux contrats portant sur les IRVE, et (ii) la dispense concomitante d'application de ce critère pendant la durée de la période prévue pour l'« expérimentation », aux termes de l'article 1<sup>er</sup> du même texte. Ce paradoxe est encore renforcé par la circonstance que les prochaines années connaîtront vraisemblablement une très forte augmentation du nombre de procédures de passation de contrats portant sur l'installation et l'exploitation des IRVE, au regard des obligations de déploiement rappelées en section 1.1 du présent avis.
74. L'Autorité rappelle en outre que le marché des IRVE du réseau autoroutier concédé est très faiblement concurrentiel, seule la société Ionity étant actuellement présente sur les aires de service pour répondre aux besoins des utilisateurs sur des trajets longue distance<sup>12</sup>. La faible intensité concurrentielle de ce marché pourrait notamment expliquer que les tarifs aient pu passer de 8 euros la recharge (indépendamment du nombre de kWh) à 0,79 euro/kWh (soit 47,4 euros la recharge de 60 kWh), au 31 janvier 2020<sup>13</sup>. Depuis juillet 2020, le tarif pour les bornes de recharge ultra-rapides est de 0,79 euros par minute soit, en retenant une hypothèse d'un temps de recharge de 30 minutes pour 60 kWh, 23,7 euros la recharge<sup>14</sup>.
75. Compte tenu du caractère captif de l'usager sur autoroute, l'Autorité recommande donc la prise en compte, dans le projet de décret, du critère de la modération tarifaire tel que décrit au 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.
76. L'Autorité sera vigilante à ce que la procédure retenue par les sociétés concessionnaires permette de garantir l'effectivité de ce critère, afin que l'offre la mieux-disante soit choisie au regard d'une pluralité de critères non-discriminatoires et au profit des usagers.

**c. Dans ces conditions, l'Autorité tient à souligner qu'elle veillera à ce que les procédures de publicité et de mise en concurrence qui seront mises en place par les sociétés concessionnaires garantissent le respect des objectifs et principes européens et législatifs en matière de concurrence, de transparence et de non-discrimination**

77. En conclusion, l'Autorité constate que les modifications introduites par le projet de décret qui lui est soumis pour avis, indûment présentées comme une « expérimentation » au sens de l'article 37-1 de la Constitution, n'ont d'autre objet que d'alléger les procédures de publicité et de mise en concurrence pour la passation des contrats d'installation et d'exploitation d'IRVE. Elle considère que les assouplissements proposés tendent à affaiblir les garanties de respect des objectifs et des principes fixés par les dispositions conventionnelles et législatives relatives, d'une part, à l'attribution des contrats en cause, d'autre part, aux conditions de déploiement des infrastructures concernées et rappelées aux points 52 et 53 du présent avis. En définitive, ce projet, selon son analyse, est de nature à affecter le jeu de la concurrence sur le marché des IRVE et ce de façon durable, puisqu'il s'appliquera sur les quatre années pendant lesquelles aura lieu

---

<sup>12</sup> Autour de 80 bornes de recharge de véhicules électrique en 2020.

<sup>13</sup> Sources : [www.automobile-entreprise.com](http://www.automobile-entreprise.com) ; <https://www.quechoisir.org/actualite-voitures-electriques-ionity-augmentes-tarifs-de-charge-n75271/>. Un tarif préférentiel s'applique pour les véhicules du consortium de constructeurs ayant participé au financement du réseau Ionity.

<sup>14</sup> Source : <https://support.ionity.eu/en/general-questions/how-much-does-it-cost-to-charge-at-ionity>.

un déploiement massif des IRVE, avec l'attribution de contrats dont la durée pourra atteindre quinze ans.

78. Dans ce contexte, l'Autorité sera particulièrement vigilante à ce que, quel que soit le cadre réglementaire qui leur sera applicable, les mesures de publicité qui seront mises en place par les sociétés concessionnaires d'autoroute permettent effectivement « *aux candidats potentiels de se manifester* » et suscitent « *la présentation de plusieurs offres concurrentes* » conformément à l'article L. 122-24 du code de la voirie routière. Plus largement, elle attachera une importance toute particulière à ce que les procédures de mise en concurrence garantissent le respect des principes européens et législatifs en matière de concurrence, de transparence et de non-discrimination.

\*

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 18 mars 2021.

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

Le Président

Bernard Roman