

Avis n° 2021-026 du 20 mai 2021

relatif au projet de décret portant définition pour les sociétés concessionnaires d'autoroutes n'ayant pas qualité de pouvoir adjudicateur d'une procédure de sélection adaptée des opérateurs chargés du déploiement et de l'exploitation d'installations de recharges pour véhicules électriques sur les installations annexes du réseau autoroutier concédé, et extension des obligations relatives à la modération tarifaire aux sources d'énergie usuelles

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

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 l'avis de l'Autorité de régulation des transports 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 ;

Vu la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale, enregistrée au service de la procédure de l'Autorité le 23 avril 2021, relative au projet de décret portant définition pour les sociétés concessionnaires d'autoroutes n'ayant pas qualité de pouvoir adjudicateur d'une procédure de sélection adaptée des opérateurs chargés du déploiement et de l'exploitation d'installations de recharges pour véhicules électriques sur les installations annexes du réseau autoroutier concédé, et extension des obligations relatives à la modération tarifaire aux sources d'énergie usuelles ;

Vu la réponse des services du ministère chargé de la voirie routière nationale en date du 4 mai 2021 à la mesure d'instruction adressée le 29 avril 2021 ;

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

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 20 mai 2021 ;

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. CONTEXTE

1.1. La saisine du ministère s'inscrit dans le cadre législatif et réglementaire précisé dans l'avis rendu par l'Autorité le 18 mars 2021 à ses sections 1.1 et 1.2

1. Les contraintes énergétiques et les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre ont conduit les pouvoirs publics à accélérer la transition écologique du transport routier en adoptant un cadre législatif et réglementaire visant au développement des véhicules « décarbonés ».
2. À ce titre, ont été adoptés le décret du 21 avril 2020 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) susvisé, qui fixe un objectif de déploiement de 100 000 points de recharge ouverts au public au 31 décembre 2023, ainsi que le décret n° 2021-159 du 12 février 2021 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, qui imposent aux délégataires du service public autoroutier d'assurer la distribution de l'ensemble des sources d'énergies usuelles¹, en ce compris l'énergie électrique, sur toutes les aires de service d'ici le 1^{er} janvier 2024².
3. Des crédits ont par ailleurs été ouverts, par la loi de finances pour 2021³, afin de soutenir le déploiement des infrastructures de recharge pour véhicules électriques (ci-après « IRVE ») sur les réseaux autoroutier et routier nationaux, sous réserve, pour les bénéficiaires de l'aide, de 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 transparentes⁴.

¹ 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. »

² Échéance fixée pour les véhicules électriques.

³ 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).

⁴ Décret n° 2021-153 du 12 février 2021 susvisé.

4. 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 simplifiant les procédures de passation des contrats conclus pour leur installation sur les aires du réseau autoroutier, tout en garantissant leur caractère « *ouvert et transparent* », conformément aux conditions prévues pour l'attribution de l'aide en faveur des investissements relatifs aux IRVE prévue par la loi de finances pour 2021.
5. Comme exposé par l'Autorité dans son avis du 18 mars 2021 susvisé⁵, les contrats relatifs aux installations annexes à caractère commercial, que constituent notamment les IRVE⁶, passés par les concessionnaires d'autoroutes, font l'objet d'un avis simple de l'Autorité préalablement à l'agrément délivré par le ministre chargé de la voirie routière nationale à l'occasion de leur conclusion.
6. Il appartient dès lors à l'Autorité, saisie de tels contrats, de s'assurer que les sociétés concessionnaires ont bien respecté les procédures de publicité et de mise en concurrence auxquelles elles sont soumises⁷, notamment celles qui résulteront des dispositions du projet de décret.

1.2. Le projet de décret transmis par le ministère correspond à une seconde saisine faisant suite à l'avis rendu par l'Autorité le 18 mars 2021 et propose, sous de nouvelles modalités, l'extension de l'obligation de modération tarifaire à l'énergie électrique, ainsi que la création d'une « *procédure adaptée* » pour les contrats d'installation et d'exploitation d'IRVE en dessous d'un certain seuil

7. Par courrier enregistré le 23 avril 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, du « *projet de décret portant définition pour les sociétés concessionnaires d'autoroutes n'ayant pas qualité de pouvoir adjudicateur d'une procédure de sélection adaptée des opérateurs chargés du déploiement et de l'exploitation d'installations de recharges pour véhicules électriques sur les installations annexes du réseau autoroutier concédé, et extension des obligations relatives à la modération tarifaire aux sources d'énergie usuelles* » (ci-après, le « projet de décret »).
8. Cette saisine fait suite à l'avis n° 2021-022 du 18 mars 2021 susvisé rendu par l'Autorité à l'occasion d'une première saisine de l'Autorité par le ministre chargé de la voirie routière nationale d'un « *projet de décret portant sur l'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 « premier projet de décret »).

⁵ Paragraphes 9 à 17.

⁶ Arrêté du 2 janvier 2019 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.

⁷ Pour les sociétés concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs : l'ensemble des dispositions du code de la commande publique et, de manière dérogatoire, le 4° de l'article R. 122-41, qui leur est aussi applicable, conformément à l'article R. 122-40 du même code. Pour les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs : 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* ».

1.2.1. Le premier projet de décret poursuivait déjà un double objet, en étendant l'obligation de modération tarifaire à l'énergie électrique et en créant, par la voie d'une expérimentation au sens de l'article 37-1 de la Constitution, une « procédure adaptée » pour l'ensemble des contrats d'installation et d'exploitation d'IRVE sur le réseau autoroutier

10. Le premier projet de décret contenait des dispositions relatives à (i) 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 et à (ii) l'extension des obligations relatives à la modération tarifaire aux sources d'énergies usuelles.
11. Sur le premier point, il prévoyait principalement une dérogation aux obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par les articles R. 122-41 et R. 122-41-1 du code de la voirie routière en imposant le respect d'une procédure de sélection adaptée (i) « *présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité suffisantes permettant aux candidats potentiels de se manifester* » et (ii) assurant une publicité « *a minima dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné* ». Cette dérogation, qualifiée « *d'expérimentation* », était prévue pour une durée de quatre ans et prorogeable dans la limite d'un an.
12. Sur le second point, il visait à modifier le d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière pour rendre applicable le critère de modération tarifaire à la distribution des « *sources d'énergies usuelles* » (comprenant l'énergie électrique), en lieu et place des seuls « *carburants* ».

1.2.2. L'avis rendu par l'Autorité le 18 mars 2021 accueillait positivement l'extension de l'application du critère de la modération tarifaire, mais soulignait également la double faiblesse du premier projet de décret, tenant à la fois, pendant la durée de « l'expérimentation », à l'exclusion de la modération tarifaire et au risque d'affaiblissement de la concurrence résultant de l'assouplissement des règles de publicité et de mise en concurrence

13. L'Autorité a accueilli positivement l'extension de l'application du critère de la modération tarifaire prévue à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, auparavant applicable aux seuls carburants, à l'ensemble des « *sources d'énergies usuelles* », une telle extension rendant applicable ce critère à l'énergie électrique, conformément aux recommandations formulées par l'Autorité dans un précédent avis⁸.
14. En revanche, l'Autorité a émis de vives réserves quant à la mise en place d'une procédure de sélection dérogatoire aux règles de publicité et de mise en concurrence prévues aux articles R. 122-41 et R. 122-41-1 du code de la voirie routière pour la passation des contrats portant exclusivement sur l'installation et l'exploitation d'IRVE sur les aires du réseau autoroutier.
15. D'une part, l'Autorité a relevé que ce qui était présenté comme une « *expérimentation* » au sens de l'article 37-1 de la Constitution s'apparentait davantage, en réalité, à une procédure d'exception à caractère temporaire, et a rappelé qu'en tout état de cause, l'administration ne saurait s'exonérer, par la voie réglementaire, de l'obligation qui lui incombe de respecter les

⁸ 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).

principes et les objectifs de concurrence, de transparence et de non-discrimination fixés par les normes supérieures applicables, conventionnelles ou législatives.

16. D'autre part, l'Autorité a estimé que l'assouplissement des règles de publicité et de mise en concurrence proposé était susceptible de faire peser un risque d'affaiblissement durable de la concurrence sur le marché des IRVE, déjà très faiblement concurrentiel, au détriment de l'usager, puisqu'il devait s'appliquer durant les quatre années charnières au cours desquelles aura lieu un déploiement massif des IRVE, avec l'attribution de contrats dont la durée pourra atteindre quinze ans.
17. À cet égard, l'Autorité a notamment relevé que (i) dans un secteur émergent de dimension européenne, l'allègement des modalités de publicité de l'avis de concession prévu par le projet de décret apparaissait contradictoire avec l'objectif de garantir la présentation de plusieurs offres concurrentes, et que (ii) l'absence, durant la période dérogatoire, d'application de tout critère de modération tarifaire, dont le projet de décret reconnaissait par ailleurs l'importance, portait en germe le risque que la rapidité du déploiement des IRVE ne se fasse au détriment de l'usager, captif sur l'autoroute.
18. Dans ces conditions, l'Autorité a recommandé fortement que l'emploi du critère de la modération tarifaire soit imposé par le projet de décret aux concessionnaires dès le démarrage du déploiement des IRVE. Elle a par ailleurs indiqué qu'en tout état de cause, elle resterait particulièrement vigilante à ce que les mesures de publicité mises en place par les sociétés concessionnaires d'autoroute permettent effectivement « *aux candidats potentiels de se manifester* » et suscitent effectivement « *la présentation de plusieurs offres concurrentes* » conformément à l'article L. 122-24 du code de la voirie routière.

1.2.3. Le projet de décret tel que réécrit propose, sous de nouvelles modalités, l'extension de l'obligation de modération tarifaire à l'énergie électrique, ainsi que la création d'une « *procédure adaptée* » pour les contrats d'installation et d'exploitation d'IRVE en dessous d'un certain seuil

19. Le projet de décret contient des dispositions relatives à (i) la mise en place d'une procédure de sélection adaptée pour la passation des contrats portant exclusivement sur l'installation et l'exploitation de points de recharge pour véhicules électriques sur le réseau autoroutier en dessous d'un certain seuil (article 1), (ii) l'éligibilité à l'aide prévue par le décret n° 2021-153 susvisé des exploitants d'IRVE sélectionnés au terme de la procédure dérogatoire (article 2) et (iii) l'extension de l'application du critère de modération tarifaire aux sources d'énergies usuelles (article 3 et 4).
20. L'article 1^{er} créé un nouvel article R. 122-41-2 au sein du code de la voirie routière dont le I. 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 « *dont la valeur estimée est inférieure au seuil de procédure formalisée applicable aux contrats de concession mentionné à l'annexe 2 du code de la commande publique* ». La passation de tels contrats est ainsi soumise, de manière pérenne et non plus transitoire, à la même « *procédure de sélection adaptée* » que celle proposée dans le premier projet de décret (telle que présentée au point 11 du présent avis).

21. Le II. de l'article R. 122-41-2 précité adapte les délais de délivrance par le ministre de l'agrément, prévu à l'article R. 122-43 du code de la voirie routière, lorsque les contrats sont soumis à une procédure de sélection adaptée⁹.
22. Dans un souci de clarté, le titre du projet de décret indique par ailleurs de manière explicite que les dispositions de l'article 1^{er} ne s'appliquent qu'aux seules sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs¹⁰.
23. L'article 2 dispose que les investissements portés par les titulaires des contrats d'exploitation portant sur l'installation et l'exploitation des IRVE choisis au terme de la procédure de sélection prévue à l'article R. 122-41-2 du code de la voirie routière sont éligibles à l'aide prévue par le décret n° 2021-153 du 12 février 2021 susvisé.
24. L'article 3 reprend la modification proposée dans le premier projet de décret en remplaçant le d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière par la phrase suivante : « *Si le contrat d'exploitation porte sur la distribution de sources d'énergie usuelles, 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* » (point 12).
25. Enfin l'article 4 précise, sans que cela n'ait été prévu par le premier projet de décret, que l'entrée en vigueur de l'extension des obligations relatives à la modération tarifaire aux sources d'énergie usuelles est reportée aux consultations lancées à compter du 1^{er} jour du douzième mois suivant la publication du décret.

2. ANALYSE DE L'AUTORITE

26. À titre liminaire, l'Autorité ne peut que saluer l'abandon de toute référence à l'expérimentation prévue par l'article 37-1 de la Constitution, prenant ainsi en compte les remarques formulées par l'Autorité dans son avis du 18 mars 2021¹¹.
27. Hormis ce point, la principale différence avec le dispositif objet du premier projet de décret tient à l'introduction d'un mécanisme de seuil, la procédure adaptée n'étant applicable qu'aux seuls contrats dont la valeur estimée est inférieure au seuil de procédure formalisée applicable aux contrats de concession mentionné à l'annexe 2 du code de la commande publique (ci-après, le « seuil »). Dans la dernière version de cette annexe, ce seuil est fixé à 5 350 000 euros hors taxes. Les contrats dont la valeur estimée excéderait ce seuil restent donc soumis à la procédure prévue à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.
28. Si les contrats d'exploitation des sociétés concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs sont déjà régis par un tel mécanisme de seuil du fait de l'application du code de la commande publique, il en va différemment, en l'état actuel des textes, des sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, dans la mesure où le 1° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière rend inapplicable le chapitre VI du titre II du livre 1^{er} de la troisième partie du code de la commande publique permettant l'application d'une procédure adaptée en deçà de ce seuil.

⁹ Une disposition strictement identique était prévue dans le premier projet de décret et n'avait pas fait l'objet d'observations particulières de la part de l'Autorité.

¹⁰ Conformément à l'article R. 122-40 du code de la voirie routière, les articles R. 122-41 et R. 122-41-1 du même code, auquel le nouvel article R. 122-41-2 déroge, ne sont pas applicables aux sociétés concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs (à la seule exception du 4° de l'article R. 122-41), soumises pour leur part à l'ensemble du code de la commande publique.

¹¹ Paragraphes 33 à 40.

29. Tenant compte des données dont elle dispose, l'Autorité estime vraisemblable qu'une part non négligeable des contrats seront passés suivant la procédure prévue à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière. En effet, si aucune étude d'impact n'a pu être menée par le concédant, dans les modèles d'affaires qu'elle a pu examiner dans le cadre de ses missions, l'Autorité a observé des chiffres d'affaires prévisionnels par aire compris entre 3 et 10 millions d'euros hors taxes, en cohérence avec ses propres estimations. Dans ces conditions, et au vu du nombre d'aires devant être équipées au 1^{er} janvier 2024¹², l'Autorité estime probable que les procédures initiées regroupent plusieurs aires sous forme d'allotissements, excédant alors le seuil.
30. Néanmoins, pour une garantie de l'application objective et uniforme de ce seuil par les sociétés concessionnaires, il conviendrait de rendre expressément applicables à celles qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs les dispositions des articles R. 3121-1 à R. 3121-4 du code de la commande publique relatives au calcul de la valeur estimée de ces contrats, qui prévoient notamment que celle-ci correspond au chiffre d'affaires total hors taxes pendant la durée du contrat et que le choix de la méthode de calcul utilisée ne peut avoir pour effet de soustraire le contrat de concession aux règles de publicité et de mise en concurrence, notamment en le scindant.

2.1. Si l'extension du critère de la modération tarifaire aux IRVE et son application dès l'année suivant l'entrée en vigueur du projet de décret répondent aux préconisations formulées par l'Autorité, cette dernière recommande fortement que son application ne soit pas attachée à un seuil compte tenu du caractère captif de l'utilisateur sur l'autoroute

2.1.1. L'extension du critère de la modération tarifaire aux IRVE et son application dès l'année suivant l'entrée en vigueur du projet de décret répondent aux préconisations formulées par l'Autorité

31. Comme évoqué dans son avis rendu le 18 mars 2021¹³, l'Autorité considère que l'élargissement de l'obligation de modération tarifaire à l'énergie électrique par le recours à la notion de « *sources d'énergie usuelles* »¹⁴ à l'article 3 du projet de décret répond à la recommandation exprimée dans son avis n° 2020-084 du 17 décembre 2020¹⁵.
32. Par ailleurs, l'application de la modération tarifaire aux contrats d'installation et d'exploitation d'IRVE passés selon la procédure prévue à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière dès l'année suivant l'entrée en vigueur du projet de décret, tel que prévu par l'article 4 du projet de décret, permet de résoudre en partie le paradoxe relevé par l'avis du 18 mars 2021 qui consistait à reconnaître l'importance du critère en l'étendant aux contrats portant sur les IRVE tout en dispensant son application pendant la période prévue pour l'expérimentation¹⁶.

¹² Décret du 21 avril 2020 relatif à la « PPE » susvisé.

¹³ Paragraphes 25 à 28.

¹⁴ Au sens de l'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière.

¹⁵ 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).

¹⁶ Paragraphe 73.

33. Au cours de l'instruction, le ministre a justifié l'application différée de l'article 3 du projet de décret par la nécessité de mettre en place un cadre de métrologie légale. Il s'agit, d'une part, de disposer d'une mesure objective pour vérifier les engagements de modération tarifaire des titulaires de contrat, et, d'autre part, de définir un référentiel de prix pour les recharges électriques, à l'instar de celui mis à disposition par la direction générale de l'énergie et du climat (DGEC) pour les carburants usuels. L'Autorité souscrit à cet objectif, estimant que ces travaux constituent un prérequis technique nécessaire à la bonne mise en œuvre de la modération tarifaire. Si ces travaux auraient sans doute pu être anticipés, le délai de douze mois apparaît raisonnable.
34. Néanmoins, il convient de relever que la rédaction de l'article 4 du projet de décret prévoit une « application différée » de l'article 3 et non un report de son entrée en vigueur. Dès lors, l'article 3 entrerait en vigueur au lendemain de sa publication au Journal officiel mais ne trouverait à s'appliquer, pour toutes les sources d'énergies usuelles (carburants classiques compris), que douze mois après la publication du décret. Cette rédaction conduirait ainsi à une absence totale d'application du critère de modération tarifaire pendant douze mois, qui ne serait ni justifiée, ni acceptable.
35. Il devrait donc être prévu (i) que les dispositions de l'article 3 entrent en vigueur dans un délai de douze mois à compter de la publication du décret et (ii) que les nouvelles dispositions du d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, telles que prévues à l'article 3, s'appliquent aux contrats passés par les concessionnaires pour lesquels une consultation est engagée postérieurement à leur entrée en vigueur.

2.1.2. Au regard de l'objectif supérieur de protection de l'utilisateur, l'application du critère de la modération tarifaire ne doit pas dépendre du montant du contrat

36. Aux termes du projet de décret, la procédure adaptée permet aux sociétés concessionnaires de se dispenser (i) d'introduire dans leur procédure de passation de contrats d'installation et d'exploitation d'IRVE un critère de modération tarifaire pour la distribution de l'énergie électrique et (ii) de prévoir une pondération de ce critère au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations versées à la société concessionnaire¹⁷. L'application d'un tel critère reposera donc uniquement sur la bonne volonté de la société concessionnaire et/ou de l'exploitant.
37. Pour les raisons exposées dans son avis du 18 mars 2021¹⁸, l'Autorité estime que l'absence d'obligation d'application du critère de modération tarifaire dans le cadre de la procédure adaptée n'est pas souhaitable.
38. En effet, le paragraphe 10 de l'article 4 de la directive 2014/94¹⁹ 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* ». La faible intensité concurrentielle du marché des IRVE sur le réseau autoroutier concédé fait peser un risque d'augmentation substantielle des tarifs²⁰, rendant d'autant plus nécessaire l'inscription d'une obligation de modération tarifaire à même de garantir le caractère raisonnable des tarifs supportés par les usagers.

¹⁷ Tel que prévu au d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.

¹⁸ Paragraphes 71 à 76.

¹⁹ Directive 2014/94 du 22 octobre 2014 sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs.

²⁰ Paragraphe 74 de l'avis du 18 mars 2021.

39. En outre, l'Autorité estime qu'il n'est pas pertinent de conditionner l'application du critère de modération tarifaire à la valeur estimée des contrats. En effet, le déficit de concurrence intrinsèquement lié au caractère captif de l'utilisateur sur l'autoroute existe sur toutes les aires de service, indépendamment du montant estimé du contrat.
40. L'Autorité recommande donc fortement que soit imposé, dans la procédure adaptée décrite à l'article 1^{er} du projet de décret, le critère de la modération tarifaire tel que décrit au 4^o de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, afin que celui-ci soit applicable à l'ensemble des procédures de passation de contrats d'installation et d'exploitation d'IRVE, quel que soit leur montant.

2.2. Si le maintien des règles de publicité au-dessus d'un certain seuil est de nature à faire émerger une concurrence effective, l'Autorité veillera à ce que les mesures de publicité mises en œuvre par les sociétés concessionnaires dans le cadre de la « procédure adaptée » permettent effectivement aux candidats potentiels de se manifester, afin d'éviter le risque d'affaiblissement de la concurrence sur le marché des IRVE au détriment de l'utilisateur

41. Comme rappelé dans son avis du 18 mars 2021, 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 émet un avis.
42. Il convient donc d'analyser dans quelle mesure la procédure adaptée mise en place par le projet de décret 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 ».

2.2.1. Le maintien de l'application des règles de publicité et de mise en concurrence prévues à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière aux contrats dont la valeur estimée est supérieure au seuil répond à la nécessité de faire émerger une concurrence effective sur le marché des IRVE

43. 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.
44. En effet, ainsi que l'Autorité l'avait relevé dans son avis du 18 mars 2021²¹, l'exigence de concurrence sur le marché des IRVE résulte à la fois de la directive 2014/94 du 22 octobre 2014 précitée, de l'article L. 3122-1 du code de la commande publique, de l'article L. 122-24 du code de la voirie routière et du décret n° 2021-153 du 12 février 2021 susvisé.
45. Les enjeux attachés à cette exigence sont d'autant plus importants que seuls deux opérateurs interviennent actuellement sur le marché français des fournisseurs et exploitants d'IRVE, ce qui implique d'organiser la concurrence à une échelle européenne.

²¹ Paragraphes 52 à 55.

46. Le projet de décret prend en considération ces exigences en rendant applicables aux contrats d'installation et d'exploitation des IRVE dont la valeur estimée est supérieure au seuil les règles de publicité et de mise en concurrence prévues à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.
47. L'Autorité salue la modification du projet de décret à cet égard, réduisant ainsi le risque d'affaiblir la concurrence sur le marché des IRVE au détriment des usagers.

2.2.2. L'Autorité veillera à ce que les mesures de publicité mises en œuvre par les sociétés concessionnaires pour la passation des contrats dont la valeur estimée est inférieure au seuil permettent effectivement aux candidats potentiels de se manifester

48. Comme développé dans son avis du 18 mars 2021²², l'Autorité considère, d'une part, que l'assouplissement proposé limite le nombre de supports de publicité requis par rapport à la procédure de droit commun, alors que le marché des IRVE n'est pas limité au seul marché national, et, d'autre part, que les mesures de publicité envisagées devraient être plus larges que la seule publication dans une revue spécialisée, compte tenu du nombre limité d'opérateurs sur le territoire français.
49. L'Autorité réitère ainsi ses réserves portant sur la réduction des obligations de publicité, un tel allègement allant dans un sens contraire aux exigences concurrentielles posées par le droit européen et par le droit national dans un secteur émergent de dimension européenne.
50. Ainsi, dans le cadre du contrôle qu'elle sera amenée à réaliser sur les contrats d'installation et d'exploitation d'IRVE dont la valeur estimée sera inférieure au seuil, en application de l'article L.122-27 du code de la voirie routière, l'Autorité sera particulièrement 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. Plus largement, l'Autorité veillera, d'une part, à ce que, compte tenu, notamment, de leur objet et de leur durée, la valeur estimée des contrats en cause ne soit pas manifestement sous-évaluée afin d'échapper à l'application des règles de publicité et de mise en concurrence prévues à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, et, d'autre part, à ce que les procédures de mise en concurrence mises en place par les sociétés concessionnaires garantissent le respect des principes européens et législatifs en matière de concurrence, de transparence et de non-discrimination.

*

²² Paragraphes 56 à 62.

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 20 mai 2021.

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

Le Président

Bernard Roman