

2211

# L'extension des compétences de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires par la loi Macron

Étude rédigée par :

**Philippe S. HANSEN,**

*avocat à la Cour,  
UGGC Avocats*

et :

**Benjamin de SEVIN,**

*avocat à la Cour,  
UGGC Avocats*

Initialement créée pour réguler le secteur du transport ferroviaire, l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), désormais dénommée Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER), a vu ses compétences étendues au secteur routier par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi « *Macron* ») puis l'ordonnance n° 2016-79 du 29 janvier 2016 relative aux gares routières. Outre ses activités initiales, elle est désormais chargée de réguler le transport régulier interurbain et l'exploitation des gares routières, et de contrôler les concessions autoroutières. S'agissant de l'ouverture de lignes de transport interurbain de courte distance, la loi *Macron* a créé un régime déclaratif et la possibilité pour les autorités organisatrices des transports (AOT) d'interdire ou de limiter, après avis de l'ARAFER, certains services. S'agissant des concessions autoroutières, le rôle de l'ARAFER sera davantage de contrôler – notamment les tarifs des péages et les investissements des concessionnaires autoroutiers – que de réguler le secteur au regard des problématiques d'accès.

1 - Comme le transport ferroviaire, le transport public routier se libéralise progressivement, rendant nécessaire, comme pour la plupart des activités de réseau libéralisées, la création d'un régulateur indépendant<sup>1</sup>. S'agissant du secteur du transport routier de personnes, il s'agit non seulement de réguler les activités des opérateurs afin de garantir une saine concurrence, mais aussi de veiller à ce que la création de liaisons nouvelles ne nuise pas aux lignes routières ou ferroviaires déjà exploitées dans le cadre de conventions conclues par les autorités publiques organisatrices des transports et, ainsi, au service public.

Plutôt que de créer une nouvelle autorité de régulation propre à ce secteur, le législateur a préféré étendre le champ de compétences de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, qui s'est vue en conséquence renommer Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER). C'est ainsi que la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite « *loi Macron* ») a libéralisé le transport régulier par autocar, tout en organisant la régulation de ce secteur par l'ARAFER (1).

Parallèlement, répondant aux préoccupations exprimées par la Cour des comptes et l'Autorité de la concurrence, le législateur a étendu les compétences de l'ARAFER au secteur autoroutier, en lui confiant le contrôle des sociétés concessionnaires d'autoroutes, notamment pour ce qui concerne les tarifs des péages et les contrats qu'elles passent pour les besoins de leurs concessions(2).

Enfin, l'ordonnance n° 2016-79 du 29 janvier 2016 relative aux gares routières et à la recodification des dispositions du Code des transports relatives à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et rou-

1. Sur la libéralisation du secteur, voir Ph. Delebecque, *Le volet transport de la loi Macron : libéralisation du transport de passagers : Energie – Environnement – Infrastructures 2015, dossier 4* ; C. Bloch, *Les apports de la loi au secteur des transports (article 1 à 30)* : JCP E 2015, 1404 ; L. Arcelin, *Vers un renforcement de la concurrence ?* : AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution 2015, p. 400.

tières, prise sur le fondement de l'article 12 de la loi Macron, a refondu le cadre applicable aux gares routières de voyageurs et confié à l'ARAFER d'importants pouvoirs de régulation de ce secteur<sup>2</sup>.

## 1. La régulation du marché du transport régulier par autocar

2 - L'extension des compétences de l'ARAF avait été recommandée par l'Autorité de la concurrence, qui, constatant la concurrence et la complémentarité existant entre transport ferroviaire et transport routier, préconisait la mise en place d'une autorité de régulation indépendante des transports terrestres<sup>3</sup>.

Cette extension des compétences de l'ARAF au marché du transport régulier par autocar s'est révélée d'autant plus nécessaire que le législateur a décidé de poursuivre la libéralisation de ce marché, qui avait été amorcée, comme en matière ferroviaire, par la possibilité d'assurer des dessertes intérieures d'intérêt national – et non régional – dans le cadre de l'exploitation de liaisons internationales (le « cabotage » – V. article L. 3421-2 du Code des transports dans sa rédaction antérieure à la loi Macron, qui prévoyait alors une autorisation délivrée par l'État).

En effet, le nouvel article L. 3111-17 du Code des transports pose désormais le principe selon lequel « les entreprises de transport public routier de personnes établies sur le territoire national peuvent assurer des services réguliers interurbains ». Ces services interurbains sont définis, par l'article L. 3111-21 du même code, comme étant « les services qui ne sont pas intégralement inclus dans le ressort territorial d'une autorité organisatrice de la mobilité, au sens de l'article L. 1231-1 » (i.e. les autorités organisatrices des transports urbains que sont, dans leur ressort territorial, les communes, leurs groupements, la métropole de Lyon et les syndicats mixtes de transport, la notion de transport urbain étant définie à l'article L. 1231-2 du Code des transports) et « les services exécutés dans la région d'Île-de-France sur une distance supérieure à 40 km » (V. article 31-5 du décret n° 85-891 du 16 août 1985 modifié relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes, tel que modifié par le décret n° 2015-1266 du 13 octobre 2015 relatif aux services réguliers interurbains de transport public routier de personnes librement organisés).

Dans ce contexte, le législateur a fait le choix de confier à l'ARAFER, d'une part, une mission de régulation générale des services réguliers interurbains de transport routier de personnes, et d'autre part, une série de compétences spécifiques, permettant une régulation plus directe de l'ouverture des liaisons dont deux arrêts sont distants de 100 km ou moins, jugées les plus susceptibles de menacer le fonctionnement des liaisons de service public, et donc le bon fonctionnement du marché.

### A. - Régulation générale du secteur des transports routiers interurbains

3 - L'article L. 3111-22 du Code des transports charge l'ARAFER de concourir, dans le secteur des services réguliers interurbains de transport routier de personnes, au bon fonctionnement du marché et, en particulier, du service public, au bénéfice des usagers et des clients des services de transport routier et ferroviaire. Cette mission s'exerce notamment par l'établissement d'un rapport annuel détaillé à l'échelle de chaque région française, qui rend compte des investigations menées par l'Autorité, effectue le bilan des interdictions et des limitations décidées en vue d'assurer la complémentarité des services

de transport public routier de personnes librement organisés avec les services publics et évalue l'offre globale de transports interurbains existante<sup>4</sup>. Ce rapport, adressé au Gouvernement et au Parlement, « comporte toutes recommandations utiles ». En outre, l'ARAFER dispose de pouvoirs d'investigation décrits à l'article L. 3111-24 du Code des transports, afin de procéder à des expertises et mener des études et toutes actions d'information nécessaires dans le secteur des services réguliers interurbains de transport routier et ferroviaire de personnes<sup>5</sup>. Notons que l'article L. 2132-6 du Code des transports lui confère désormais la même compétence en matière ferroviaire.

Parallèlement, le législateur a étendu au secteur des transports routiers interurbains les compétences de l'ARAFER en matière de contrôle administratif<sup>6</sup>, de sanctions administratives<sup>7</sup>, ainsi que la possibilité dont elle dispose de saisir l'Autorité de la concurrence ou d'être consultée par cette dernière<sup>8</sup>.

### B. - Régulation des liaisons inférieures à 100 kilomètres

4 - L'Autorité est chargée d'une compétence de régulation spécifique, portant sur les créations de liaisons nouvelles d'une distance inférieure ou égale à 100 km, étant souligné qu'aux termes de l'article 31-1 du décret du 16 août 1985 modifié, la « distance routière d'une liaison » correspond à la « longueur de l'itinéraire routier le plus court reliant les deux extrémités de la liaison, indépendamment des conditions dans lesquelles celle-ci est effectivement assurée », ce qui veut dire que les détours ne sont pas comptabilisés (faute de quoi certaines liaisons pourraient échapper à la régulation).

#### 1° Déclaration préalable de création de ligne

5 - Le premier alinéa de l'article L. 3111-18 du Code des transports prévoit ainsi que tout nouveau service assurant une telle liaison donne lieu à une déclaration préalable à son ouverture auprès de l'ARAFER. Cette déclaration est ensuite publiée sans délai par l'Autorité – ni la loi, ni le décret (art. 31-8) ne précisent les modalités de cette publication, mais l'ARAFER a pris l'habitude de le faire sur son site internet. L'article 31-9 du décret du 16 août 1985 modifié précise en outre que doivent être déclarées certaines modifications apportées au service par rapport à ce qui a été déclaré initialement (augmentation du nombre de places déclarées, places commercialisées en-dehors des horaires ou plages horaires initialement déclarés ou diminution du temps de parcours d'au moins 10%). On notera que la déclaration cesse de produire ses effets dès lors que le service de transport sur lequel elle porte n'a pas été exploité pendant un an ou plus ; dans ce cas, il appartient à l'exploitant du service de déposer une nouvelle déclaration<sup>9</sup>.

Le contenu de la déclaration est défini à l'article 31-7 du décret du 16 août 1985 modifié et comprend, outre la raison sociale de l'entreprise, l'origine et la destination de la liaison assurée, les itinéraires envisagés, les temps de parcours, les arrêts et la fréquence ainsi que le

2. Voir sur cette question : B. de Sevin, *La refonte de la réglementation des gares routières de voyageurs* : JCP A 2016, 2059.

3. *Aut. conc.*, 27 févr. 2014, avis n° 14-A-05, relatif au fonctionnement concurrentiel du marché du transport interrégional régulier par autocar, point 451.

4. *C. transports*, art. L. 3111-23.

5. Pour une première mise en œuvre de ces pouvoirs, voir la décision n° 2015-043 du 2 décembre 2015 relative à la transmission trimestrielle d'informations par les entreprises du secteur des transports publics routiers interurbains de personnes (disponible sur le site Internet de l'Autorité : <http://araffer.fr/wp-content/uploads/2015/12/Decision-2015-043-publique-Collecte-de-donnees-Observatoire.pdf>) complétée depuis par la décision n° 2016-077 du 25 mai 2016 relative à la transmission d'informations complémentaires relatives au secteur des services réguliers interurbains de transport routier de personnes.

6. *C. transports*, art. L. 1264-1 et s.

7. *C. transports*, art. L. 1264-7 et s.

8. *C. transports*, art. L. 1264-15.

9. *D. 16 août 1985, modifié*, art. 31-6.

volume maximum de places proposées à la vente, pour chaque horaire ou plage horaire.

## 2° Saisine de l'ARAFER par une autorité organisatrice

6 - Le contrôle de l'ARAFER ne s'exerce pas directement sur le projet d'ouverture du service routier : il n'intervient que lorsqu'une autorité organisatrice de transport assurant déjà un tel service ou une liaison similaire envisage d'interdire ou de limiter la liaison envisagée<sup>10</sup>. On notera ici que la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (dite loi « NOTRe ») prévoit le transfert de la compétence, des départements aux régions, des services de transports routiers interurbains réguliers et à la demande, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017. Ainsi, jusqu'à cette date, l'ARAFER sera susceptible d'être saisie par les départements, tandis qu'après cette date, elle sera saisie par les régions ou, en région Île-de-France, par le STIF<sup>11</sup>.

L'interdiction ou la limitation d'un service nouveau n'est toutefois envisageable qu'au double motif (i) que celle-ci porte sur des services exécutés entre des arrêts dont la liaison est assurée sans correspondance par un service régulier de transport qu'elle organise et (ii) « [que ces services] portent, seuls ou dans leur ensemble, une atteinte substantielle à l'équilibre économique de la ligne ou des lignes de service public de transport susceptibles d'être concurrencées ou à l'équilibre économique du contrat de service public de transport concerné », ce qu'il appartiendra à l'ARAFER de contrôler<sup>12</sup>. Cette seconde exigence vise à examiner l'impact des nouveaux services non seulement sur les lignes de transport qu'elles concurrencent, mais aussi sur le contrat de service public de transport dans son ensemble, ce qui permet de prendre en compte la péréquation permise par ces contrats entre lignes rentables et lignes déficitaires.

Cette procédure nouvelle illustre la distinction qu'il convient de faire entre l'organisation des transports – dévolue aux autorités organisatrices – et la régulation, dont l'ARAFER a la charge : les premières veillent à l'équilibre de l'offre de transports dans leur zone d'intervention ; la seconde, quant à elle, contrôle le bien-fondé et le contenu des mesures susceptibles d'être prises à cette fin.

La saisine de l'ARAFER par l'autorité organisatrice envisageant d'interdire ou de limiter un service nouveau est encadrée par les articles 31-12 et 31-16 du décret du 16 août 1985 modifié, qui fixent le contenu du dossier de saisine et de la décision d'interdiction ou de limitation, dont le projet doit figurer dans la saisine (et qui doit elle-même préciser les liaisons concernées, les services publics susceptibles d'être impactés, les conditions d'application des règles d'interdiction ou de limitation envisagées). La saisine doit en outre comporter des données relatives au trafic existant et à celui de la liaison concernée, des éléments d'appréciation de l'atteinte portée aux services organisés par l'autorité organisatrice et, surtout, « l'évaluation motivée de l'atteinte substantielle portée à ces services par les services routiers librement organisés entrant dans le champ d'application du projet de décision, en termes de trafic et de ressources », ainsi que la justification du champ d'application du projet de décision. On notera que lorsque la décision que l'autorité organisatrice envisage de prendre résulte de la déclaration d'un nouveau service, cette décision peut s'accompagner « du réexamen de plein droit des décisions portant sur les services routiers antérieurement déclarés assurant la même liaison déjà assurée par un service de l'autorité ou une liaison similaire »<sup>13</sup>. Ainsi, le droit d'exploiter un service n'est jamais totale-

ment acquis et est susceptible d'être remis en cause en cas de développement de la concurrence, l'ARAFER étant évidemment conduite à se prononcer non seulement sur la décision portant sur le nouveau service, mais aussi sur les modifications éventuelles apportées aux décisions déjà prises.

Le texte prévoit également une motivation des raisons d'intérêt général justifiant la portée de la décision lorsque celle-ci couvre des liaisons dont la jonction permet d'assurer avec correspondance la liaison de l'autorité organisatrice. Le pouvoir réglementaire exige ainsi une motivation particulièrement détaillée du projet de décision : il s'agit à la fois de permettre à l'ARAFER de remplir son office en disposant de l'ensemble des éléments d'appréciation pertinents, mais également de souligner le caractère dérogatoire et donc nécessairement limité des décisions d'interdiction et de limitation.

La saisine de l'ARAFER doit être déposée dans un délai de deux mois à compter de la publication de la déclaration d'ouverture du service<sup>14</sup> et est rendue publique par un communiqué de l'autorité organisatrice elle-même et par la publication du dossier complet de saisine sur le site internet de l'ARAFER, sous réserve toutefois des secrets protégés par la loi – V. art. 31-13 du décret. Si l'ARAFER n'est pas saisie dans le délai de deux mois par l'autorité organisatrice des transports ou si la saisine est irrecevable et non complétée avant l'expiration du délai de saisine, l'Autorité constate l'expiration du délai, ce constat devant être publié sur le site internet de l'Autorité dans un délai d'une semaine<sup>15</sup>. La liaison peut alors être assurée<sup>16</sup>, étant cependant noté que l'article 31-10 du décret du 16 août 1985 modifié précise qu'un service ne peut être proposé à la vente avant cette date, quand bien même la date du transport serait postérieure à celle-ci.

## 3° Avis de l'ARAFER

7 - En cas de saisine, l'Autorité dispose d'un délai de deux mois (qui peut être prolongé d'un mois, sur décision motivée) pour instruire la saisine et rendre un avis conforme sur le projet d'interdiction ou de limitation de l'autorité organisatrice. Passé ce délai, l'avis sera réputé favorable<sup>17</sup>. Lorsqu'elle se prononce, l'ARAFER peut soit émettre un avis négatif, auquel cas l'autorité organisatrice ne pourra pas interdire ou limiter le service, soit émettre un avis favorable validant ainsi le projet d'interdiction ou de limitation. Lorsqu'elle estime qu'il est nécessaire de limiter le service, l'Autorité propose à l'autorité organisatrice de transport la mise en place, à cet effet, de règles objectives, transparentes et non discriminatoires<sup>18</sup>.

L'analyse de l'ARAFER porte sur l'impact de la création de la ligne nouvelle sur les autres lignes de transport public ainsi susceptibles d'être concurrencées (lignes ferroviaires de TER et de trains d'équilibre du territoire et autres lignes routières), son intervention ayant pour objet d'éviter qu'un service librement organisé ne porte une atteinte substantielle à l'équilibre économique d'une ligne ou plusieurs lignes de service public ou d'un contrat de service public. L'ARAFER conduit donc un test d'équilibre économique, dont elle a élaboré la méthodologie en quatre étapes, détaillée par des *Lignes directrices relatives à l'instruction des demandes d'interdiction ou de limitation des services routiers sur les liaisons régulières interurbaines par autocar inférieures ou égales à 100 kilomètres*, publiées sur son site Internet<sup>19</sup>. L'analyse porte notamment sur le degré de substitutabilité entre le service librement organisé et le service conventionné, ainsi

14. C. transports, art. L. 3111-19, I, al. 1.

15. D. 16 août 1985, modifié, art. 31-14.

16. C. transports, art. L. 3111-20, al. 1.

17. C. transports, art. L. 3111-19 I, al. 2.

18. C. transports, art. L. 3111-19 I, al. 3.

19. V. décision n° 2015-039 du 21 octobre 2015 disponible sur <http://arafer.fr/wp-content/uploads/2015/10/Decision-2015-039-lignes-directrices-methodologie-autocars-V.pdf>.

10. C. transports, art. L. 3111-18 et D. 16 août 1985, modifié, art. 31-15.

11. V. sur ces questions, A. Ramel et A. Aderno, *Loi NOTRe et transports publics* : JCP A 2015, 2268.

12. C. transports, art. L. 3111-18, al. 2 ; V. aussi D. 16 août 1985, modifié, art. 31-11.

13. D. 16 août 1985, modifié, art. 31-15, al. 2.

que sur l'existence et l'importance d'un risque d'atteinte à l'équilibre économique de ce dernier. Ces lignes directrices détaillent aussi les modalités de sa saisine par une AOT.

Bien que cette procédure soit nouvelle s'agissant du transport routier, on peut noter qu'une procédure similaire, prévue par l'article L. 2133-1 du Code des transports pour les dessertes ferroviaires intérieures effectuées à l'occasion d'un service international de voyageurs (le cabotage ferroviaire) a déjà donné lieu à une décision du Conseil d'État du 30 janvier 2015<sup>20</sup>, qui a apporté d'importantes précisions. Sur un plan procédural, il a implicitement admis que l'avis de l'ARAF était un acte susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant lui, au moins par l'AOT dont il empêche la décision<sup>21</sup>. Il découle en outre de cette décision que, dans le cadre de ce recours, il exerce un contrôle normal sur les appréciations portées par l'ARAF.

Sur un plan plus pratique, le Conseil d'État a admis que l'ARAF pouvait se référer à une décision précédente fixant la méthodologie d'analyse suivie, sans avoir à exposer, dans l'avis rendu sur un cas d'espèce, cette méthodologie. La Haute Juridiction estime également que l'ARAF a exposé de façon suffisamment précise les considérations de droit et de fait l'ayant conduit à considérer que le projet de service qui lui était soumis n'était pas de nature à porter atteinte à l'équilibre économique du contrat de service public conclu par la région requérante avec la SNCF, dès lors notamment que cet avis « comporte une analyse des termes du contrat de service public en cause et de son équilibre économique » et « qu'il évalue les pertes de recettes éventuelles susceptibles, à court et moyen terme, d'affecter le contrat, en distinguant trois segments de marché différents, ainsi que les coûts supplémentaires éventuels liés à l'introduction du nouveau service et les bénéfices à court et moyen terme du service sur l'offre de transport et sur l'économie régionale ». En outre, le Conseil d'État admet que certaines données économiques puissent être occultées dans l'avis, afin de protéger le secret des affaires.

On peut penser qu'une grille de lecture identique sera appliquée à l'examen des effets des créations de lignes routières nouvelles, les avis rendus par l'ARAFER en matière de transport routier étant également soumis au contrôle du Conseil d'État<sup>22</sup>.

#### 4° Décision d'interdiction ou de limitation

8 - Dans les cas où le projet de décision de l'autorité organisatrice fait l'objet d'un avis favorable – exprès ou tacite –, la décision finale d'interdiction ou de limitation, qui doit donc se conformer à l'avis de l'ARAFER, est publiée par l'autorité organisatrice des transports dans un délai d'une semaine à compter de la publication de cet avis<sup>23</sup>, puis par l'ARAFER, sur son site internet<sup>24</sup>. En cas d'avis défavorable ou en cas de simple limitation, la liaison peut être exploitée à l'issue de ce même délai, dans le respect de la décision de limitation ou d'interdiction de l'autorité organisatrice<sup>25</sup>, ce qui indique implicitement que l'interdiction peut ne pas être totale. La pratique précise peut être la distinction qui peut être faite entre interdiction partielle et limitation.

Ici aussi, l'article 31-10, I du décret du 16 août 1985 modifié précise qu'un service ne peut être proposé à la vente avant cette date, quand bien même la date du transport serait postérieure à celle-ci. Le Code des transports et le décret du 16 août 1985 prévoient toutefois divers mécanismes permettant de faciliter la mise en exploitation des services nouveaux et d'éviter la multiplication inutile des procédures. En premier lieu, le 3<sup>e</sup> alinéa de l'article L. 3111-20 prévoit que si la liaison est déjà assurée par un ou plusieurs services librement organisés, les modifications d'un service existant ou les nouveaux services peuvent intervenir dès la publication de la déclaration auprès de l'ARAFER, le cas échéant dans le respect des décisions d'interdiction ou de limitation portant sur cette liaison et sans préjudice des modifications de ces dernières selon la procédure décrite ci-avant. En deuxième lieu l'article 31-10, II du décret du 16 août 1985 prévoit que lorsqu'un service a été déclaré, tout service assurant la même liaison et dont la déclaration a été publiée dans les deux mois suivant la publication de celle du premier ou, en cas de saisine de l'ARAFER, avant l'issue du délai d'une semaine prévu entre l'avis de l'Autorité et la publication de la décision de l'autorité organisatrice des transports, peut être proposé à la vente et exécuté à partir de la même date que le premier<sup>26</sup>. En troisième lieu, le III du même article précise que lorsque l'ARAFER a été saisie d'un projet d'interdiction ou de limitation d'un service, tout service assurant une liaison qui entre dans le champ du projet de décision d'interdiction ou de limitation peut être proposé à la vente et exécuté à l'issue du délai d'une semaine prévu entre l'avis de l'Autorité et la publication de la décision de l'autorité organisatrice des transports.

Au total, résumée schématiquement, la procédure applicable aux liaisons nouvelles d'une distance inférieure ou égale à 100 km est donc la suivante :

20. CE, 30 janv. 2015, n° 374022, Région Provence-Alpes-Côte d'Azur : JurisData n° 2015-001118 ; Dr. adm. 2015, comm. 36, note M. Bazex et R. Lanneau ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 94, note G. Eckert ; AJDA 2015, p. 672, obs. E. Glaser ; AJDA 2015, p. 875, concl. X. Domino.

21. En tout état de cause, l'entreprise concernée pourrait sans doute aussi contester l'avis de l'ARAFER s'il lui est défavorable, au bénéfice de la jurisprudence récente de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État, qui admet désormais la recevabilité de recours contre certains actes de droit souple compte tenu notamment de leurs effets (CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, Société Fairvesta international GMBH, L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, Un recours souple pour le droit souple : AJDA 2016, p. 717). Se poserait néanmoins la question de la connexité de ce recours avec celui qui pourrait être introduit contre la décision d'interdiction ou de limitation prise par l'AOT conformément à cet avis.

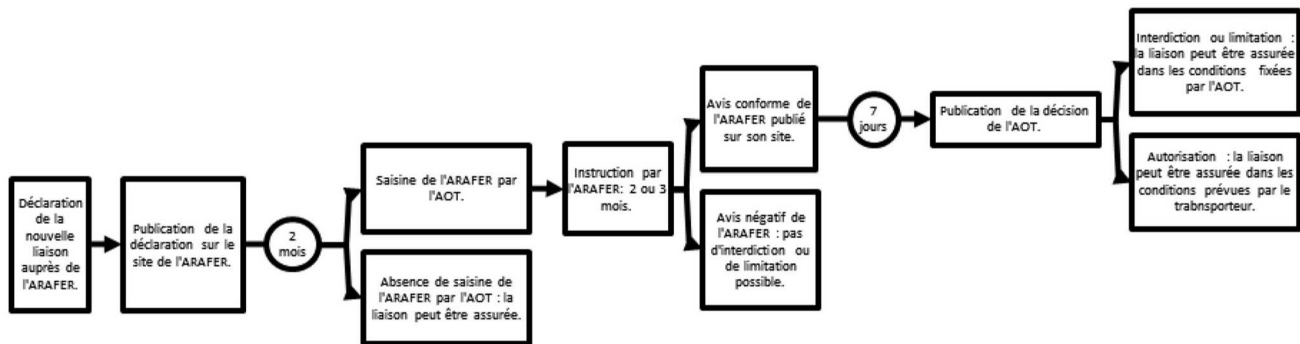
22. CJA, art. R. 311-1.

23. C. transports, art. L. 3111-19 II.

24. D. 16 août 1985, modifié, art. 31-17.

25. C. transports, art. L. 3111-20, al. 2.

26. C'est-à-dire, en l'absence de saisine, à compter de l'expiration du délai de deux mois à compter de la première déclaration et, en cas de saisine, à compter de la publication de la décision de l'autorité organisatrice des transports le cas échéant.



En cas de décision d'interdiction ou de limitation, l'entreprise dont le projet aura été remis en cause pourra la contester devant le tribunal administratif.

Bien entendu, l'extension des missions de l'ARAFER en matière de transport régulier interurbain nécessite une augmentation de ses moyens. À cette fin, le législateur a instauré une taxe pour frais de contrôle, mise à la charge des entreprises de transport public routier de personnes et perçue au profit de l'ARAFER, dans la limite prévue par l'article 46.I de la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012 (V. l'article 1609 *sextricies* du Code général des impôts, remplaçant l'article L. 2132-14 du Code des transports, abrogé par l'article 70 de la loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016). Cette taxe est assise sur le montant hors taxe des sommes versées par les passagers en rémunération des titres de transport émis pour des trajets qu'ils effectuent entre des arrêts situés en France dans le cadre des services de transport interurbain et son taux est fixé par les ministres chargés des transports et du budget, dans une fourchette comprise entre 1,5 et 2,5 %.

## 2. Le contrôle des concessions autoroutières

9 - L'autre évolution des compétences de l'ARAFER résultant de la loi Macron réside dans la mission de contrôle des concessionnaires d'autoroute qui lui est désormais confiée. Cette extension répond aux critiques récurrentes qui s'élevaient à l'encontre de la régulation du secteur par les services du ministère des transports et des hausses injustifiées du tarif des péages (Voir notamment le rapport de la Cour des comptes de juillet 2013 : *Les relations entre l'État et les concessionnaires d'autoroutes* ; Voir aussi l'avis de l'Autorité de la concurrence n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires). Dans son avis, l'Autorité de la concurrence avait recommandé la création d'une autorité de régulation des autoroutes, et même, plus précisément, une extension des compétences de l'ARAFER au secteur autoroutier (pt 470).

Suivant ces recommandations, l'article 13 de la loi Macron a donc instauré un cadre juridique nouveau, relatif aux modalités de fixation des tarifs de péage<sup>27</sup>, à la passation des marchés de travaux, fournitures et services du réseau autoroutier concédé<sup>28</sup>, et à la passation des contrats passés par les concessionnaires d'autoroutes en vue de faire assurer par des tiers la construction, l'exploitation et l'entretien des installations annexes à caractère commercial situées sur le réseau autoroutier<sup>29</sup>. Dans ce cadre renouvelé, l'ARAFER a été dotée de deux séries de compétences et de pouvoirs d'investigation, de contrôle et de sanction.

27. C. voirie routière, art. L. 122-7 à L. 122-11.

28. C. voirie routière, art. L. 122-12 à L. 122-22.

29. C. voirie routière, art. L. 122-23 à L. 122-29.

### A. - Suivi économique des concessions autoroutières

10 - Le rôle de l'ARAFER est de « [veiller] au bon fonctionnement du régime des tarifs de péage autoroutier »<sup>30</sup>. À cette fin, l'Autorité est consultée « sur les projets de modification de la convention de délégation, du cahier des charges annexé ou de tout autre contrat lorsqu'ils ont une incidence sur les tarifs de péage ou sur la durée de la convention de délégation » ainsi que sur tout nouveau projet de délégation<sup>31</sup>. La loi précise qu'il appartient à l'autorité de vérifier le respect de l'article L. 122-4 du Code de la voirie routière, lui-même modifié par la loi Macron, qui encadre notamment les modalités de calcul des péages. Cela suppose qu'elle examine les investissements et leurs amortissements, ainsi que le taux de rentabilité interne de chaque concession.

Cela étant, le pouvoir ainsi conféré à l'ARAFER semble bien en deçà des ambitions affichées. Comme elle le relève elle-même, l'Autorité sera uniquement saisie de certaines modifications des concessions : « il ne lui reviendra pas de se prononcer sur le niveau ou les évolutions des tarifs autoroutiers »<sup>32</sup>. On est donc loin d'une véritable régulation des tarifs de péages, la mission de l'ARAFER s'apparentant plus, en ce domaine, à un suivi économique des concessions. L'ARAFER est au demeurant chargée d'établir, au moins une fois tous les cinq ans, un rapport public portant sur l'économie générale des conventions de délégation, et tous les ans, une synthèse des comptes des concessionnaires, transmise au Parlement. Elle doit en outre assurer un suivi annuel des taux de rentabilité interne de chaque concession<sup>33</sup>.

### B. - Contrôle de la passation des contrats conclus par les concessionnaires

11 - L'apport majeur de la loi Macron en matière autoroutière réside dans l'encadrement de la passation de la plupart des contrats conclus par les sociétés privées<sup>34</sup> concessionnaires d'autoroutes en matière de travaux, fournitures et services, pour les besoins de leur concession et à compter de la mise en service des ouvrages prévus par la concession. En effet, jusqu'alors, ces sociétés n'étaient soumises à des obligations de publicité et de mise en concurrence que par leurs cahiers des charges. Les insuffisances de ce dispositif purement

30. C. voirie routière, art. L. 122-7.

31. C. voirie routière, art. L. 122-8.

32. Avis n° 2016-008, 20 janv. 2016 relatif au projet de décret fixant les modalités d'application des sections 3 à 5 du chapitre II du titre II du Code de la voirie routière.

33. C. voirie routière, art. L. 122-9.

34. Les sociétés publiques restent quant à elles soumises, en tant que pouvoirs adjudicateurs, au droit commun des marchés publics (C. voirie routière, art. L. 122-12-1°). L'article L.122-13 les soumet toutefois à un certain nombre d'obligations supplémentaire, communes à tous les concessionnaires d'autoroute : le contrôle de l'ARAFER (art. L. 122-14 et L. 122-21) qui pourra engager des référés précontractuels ou contractuels (art. L. 122-20), ainsi que l'institution d'une commission des marchés (art. L. 122-17).

contractuel ont conduit le législateur à imposer lui-même ces obligations, alors pourtant que la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession venait de supprimer toute obligation de publicité pour les marchés des concessionnaires de travaux<sup>35</sup>. L'objectif est évidemment ici de garantir la transparence de la procédure et l'indépendance des concessionnaires par rapport aux grands opérateurs du BTP, dont plusieurs appartiennent aux mêmes groupes. En cela, la loi *Macron* a suivi les recommandations de l'Autorité de la concurrence, laquelle, à travers plusieurs avis, n'a cessé de mettre en exergue la problématique des concentrations verticales et souligné l'intérêt qu'il pouvait y avoir à étendre aux concessionnaires le champ d'application du droit de la commande publique<sup>36</sup>.

Dans le nouveau dispositif, les contrats de travaux d'un montant supérieur ou égal à 500.000 euros HT et les contrats de services et de fournitures d'un montant supérieur ou égal à 240.000 euros HT, doivent en principe<sup>37</sup> être soumis une procédure de publicité et de mise en concurrence. En pratique, par l'effet de divers renvois<sup>38</sup>, le régime de passation correspond pour l'essentiel à celui de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. Le Code de la voirie routière prévoit toutefois plusieurs adaptations qui rendent le régime des concessionnaires plus contraignant à certains égards<sup>39</sup>, ou potentiellement plus souple à d'autres, aucune référence n'étant notamment faite à l'article 139 du décret précité, qui encadre la modification des marchés en cours d'exécution<sup>40</sup>.

Pour assurer le respect de ces obligations, le nouveau régime prévoit que lorsque la longueur du réseau concédé excède 200 kilomètres (seuil réduit à 50 kilomètres pour les sociétés concessionnaires privées), le concessionnaire doit instaurer en son sein une commission des marchés composée majoritairement de personnalités indépendantes, notamment du concessionnaire et des attributaires passés, et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires. La commission doit en outre comporter au moins un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Cette commission est chargée de définir les règles internes de passation et d'exécution des marchés<sup>41</sup> et doit être saisie pour avis de la plupart des projets de contrats passés après publicité et mise en concurrence et des avenants dépassant un certain seuil<sup>42</sup>. Ces avis s'imposent en principe au concessionnaire et ne peuvent être surmontés que « par une décision de son conseil d'administration ou de son conseil de surveillance, soumise à l'ensemble des

conditions définies par le Code de commerce pour les conventions réglementées »<sup>43</sup>.

Dans ce cadre, l'ARAFER est chargée de veiller « à l'exercice d'une concurrence effective et loyale lors de la passation » des contrats conclus par les concessionnaires<sup>44</sup>. Plus précisément, elle doit exercer un contrôle de second niveau, essentiellement sur et au travers des commissions des marchés créées par ces derniers. Ainsi, elle doit rendre un avis conforme sur la composition des commissions – afin de vérifier que la majorité de leurs membres sont effectivement indépendants – et sur les règles internes de passation et d'exécution qu'elles adoptent<sup>45</sup>. De même, les avis des commissions des marchés sur l'attribution des marchés et les avenants sont transmis à l'ARAFER<sup>46</sup>, qui doit également être informée de tout manquement constaté par les commissions<sup>47</sup>.

Mais l'ARAFER exerce aussi un contrôle plus direct, puisqu'elle est saisie d'un dossier de présentation pour tout projet de marché soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence (s'agissant des concessionnaires privés) ou passé selon une procédure formalisée (s'agissant des concessionnaires publics), ainsi que de tout projet d'avenant à ces marchés dépassant un certain seuil<sup>48</sup>. L'autorité dispose ensuite d'un délai de 18 jours, durant lequel le marché ou l'avenant ne peut être signé, pour engager un référé précontractuel<sup>49</sup>, le code l'habilitant expressément à engager ce type de recours<sup>50</sup>. Sur ce dernier point, l'office du juge des référés devra être précisé afin d'adapter à ce cas de figure particulier, l'exigence habituelle d'un intérêt lésé.

En outre, et dans le prolongement de ce qui précède, les contrats passés par les concessionnaires d'autoroutes en vue de faire assurer par des tiers la construction, l'exploitation et l'entretien des installations annexes à caractère commercial situées sur le réseau autoroutier concédé (aires d'autoroutes, stations-services etc.) sont également soumis à une procédure de publicité. À cette fin, l'article R. 122-41 du Code de la voirie routière renvoie à l'application du titre II décret du n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concessions, sous réserve de certaines adaptations. En application de l'article L. 122-27 dudit code, l'attributaire doit être agréé par le ministre chargé de la voirie routière nationale, après avis de l'ARAFER.

### C. - Pouvoirs d'investigation, de contrôle et de sanction de l'ARAFER en matière autoroutière

**12 -** L'ARAFER dispose désormais de pouvoirs d'investigation lui permettant spontanément de solliciter des informations et procéder à des études et expertises, s'agissant notamment des conditions financières d'exécution des concessions et de passation des marchés par les concessionnaires<sup>51</sup>, ce qui confère à l'autorité une très vaste possibilité d'action<sup>52</sup>. L'ARAFER pourra en outre faire usage, en matière

35. Voir sur ce point, F. Lepron et B. de Sevin, *La directive sur l'attribution des concessions et les sous-contrats des concessionnaires, 2015 in L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique, sous la direction de S. de la Rosa, Société de législation comparée.*

36. *Cons. conc.*, 2 déc. 2005, avis n° 05-A-22 ; V. aussi, plus récemment, *Aut. conc.*, 17 sept. 2014, avis n° 14-A-13, sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires.

37. Sauf à ce que ces contrats relèvent d'un des cas d'exclusion prévus aux 1° à 18° de l'article 14 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, ou, pour les contrats de services et de fournitures, de l'une des hypothèses de marchés négociés sans mise en concurrence préalable listées au I et au II de l'article 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

38. C. voirie routière, art. L. 122-15, L.122-18, R. 122-29 ainsi que le II et le V de l'article R. 122-31.

39. On relèvera notamment un seuil abaissé pour les procédures formalisées en matière de travaux, et l'interdiction, pour ces mêmes marchés, de bénéficier des cas de recours à la procédure négociée sans mise en concurrence, les concessionnaires étant simplement autorisés, dans ces cas, à opter pour une procédure adaptée.

40. V. pour une analyse du nouveau régime, F. Lepron, *Autoroutes : de nouvelles règles du jeu pour les marchés passés par les concessionnaires*, *Le Moniteur*, 17 juin 2016, n° 5873.

41. C. voirie routière, art. L. 122-17.

42. C. voirie routière, art. R. 122-36.

43. C. voirie routière, art. L. 122-17.

44. C. voirie routière, art. L. 122-14.

45. C. voirie routière, art. L. 122-17, R. 122-34 et R. 122-36. À cet égard, l'ARAFER a adopté des lignes directrices relatives à l'instruction des saisines transmises au titre de l'article R. 122-34 du Code de la voirie routière par les concessionnaires d'autoroute pour la composition de leurs commissions des marchés (*Décision n° 2016-029 du 23 mars 2016*).

46. C. voirie routière, art. L.122-17 et R.122-37.

47. C. voirie routière, art. L. 122-17.

48. C. voirie routière, art. R. 122-39.

49. C. voirie routière, art. R. 122-39-1.

50. C. voirie routière, art. L.122-20, qui lui permet en outre d'engager des référés contractuels.

51. V. sur ce point à la décision n° 2016-100 du 15 juin 2016 relative à la transmission d'informations par les concessionnaires d'autoroute et par les sociétés visées à l'article L. 122-32 du Code de la voirie routière.

52. C. voirie routière, art. L. 122-31.

autoroutière, des pouvoirs de contrôle administratif<sup>53</sup> et de sanctions administratives<sup>54</sup> dont elle dispose déjà. De même, elle bénéficie en matière autoroutière de la possibilité de saisir l'Autorité de la concurrence ou d'être consultée par cette dernière<sup>55</sup>.

Ces pouvoirs d'investigation, de contrôle et de sanction sont d'autant plus importants qu'ils s'appliquent non seulement aux concessionnaires d'autoroutes et aux entreprises intervenant dans le secteur des marchés de travaux, fournitures et services sur le réseau autoroutier concédé, mais aussi aux sociétés qui contrôlent des concessionnaires d'autoroutes, à celles qui sont contrôlées par ces derniers, ainsi qu'à toute société ayant pour objet principal la détention de titres de sociétés concessionnaires autoroutières ou le financement des sociétés qui les détiennent<sup>56</sup>.

Précisons enfin que, comme les entreprises de transport public routier de personnes, les concessionnaires d'autoroutes seront soumis au versement d'une taxe pour frais de contrôle, perçue au profit de l'ARAFER, dans la limite du plafond prévu au 1 de l'article 46 de la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012. Cette taxe est assise sur la part du chiffre d'affaires afférent à l'activité concédée réalisée au cours de l'exercice, après abattement de 200 millions d'euros, et son taux sera également fixé par les ministres chargés des transports et du budget, dans une fourchette comprise entre 0,15 et 0,4 %<sup>57</sup>.

53. C. voirie routière, art. L. 122-30 et C. transports, art. L. 1264-1 et s.

54. C. transports, art. L. 1264-7 et s.

55. C. transports, art. L. 1264-15.

56. C. voirie routière, art. L. 122-32.

57. CGI, art. 1609 septtricies.

## Conclusion

**13** - Très dense, la loi *Macron* a substantiellement élargi tant le champ que la nature des compétences de l'ARAFER. L'évolution porte ainsi sur une extension autant du champ de compétences *rationae materiae* de l'ARAFER que de la nature même des missions qui lui sont confiées. À ce titre, notamment, les missions exercées dans le secteur autoroutier relèvent bien davantage d'un contrôle – qui ressemble sous certains aspects fortement à celui d'un déléguant sur ses délégataires ou à celui d'une autorité de tutelle – que d'une mission de régulation à laquelle l'autorité était habituée jusqu'alors.

Et on sait déjà que l'extension des compétences de l'ARAFER ne s'arrêtera pas avec la loi *Macron*, car, lors des débats parlementaires, l'Assemblée nationale avait initialement souhaité intégrer dans le projet de loi un amendement tendant à ce que le Gouvernement remette, dans un délai de deux ans après la promulgation de la loi, au Parlement un rapport évaluant l'opportunité de confier à l'ARAFER l'activité de régulation fluviale. La vocation de l'ARAFER est donc de devenir, peu à peu, une autorité transversale et multimodale couvrant de nombreux secteurs des transports. Ces extensions des compétences de l'autorité s'expliquent par la nécessité, dans ce domaine, de prendre en considération les problématiques intermodales – ce qui est, au demeurant, parfaitement pertinent. Reste toutefois qu'à force d'extensions, l'acronyme de l'autorité risque de devenir imprononçable...

**MOTS-CLÉS :** *Interventions économiques - Autorité de régulation des activités ferroviaires*  
*Services publics - Gare routière*  
*Services publics - Péage autoroutier*  
*Services publics - Concession autoroutière*