

LES « CARS MACRON », UN BILAN APRÈS TROIS ANS D'EXISTENCE

par Gilles Le Chatelier
Avocat associé, cabinet ADAMAS

L'article 5 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron », a, on le sait, procédé à la libéralisation du transport routier interurbain, en posant à l'article L. 3111-17 du code des transports le principe selon lequel « les entreprises de transport public routier de personnes établies sur le territoire national peuvent assurer des services réguliers interurbains »¹. Toutefois, la libéralisation est encadrée par les dispositions de l'article L. 3111-18 du même code qui a soumis à un régime de déclaration préalable « tout service assurant une liaison dont deux arrêts sont distants de 100 kilomètres ou moins ».

Le deuxième alinéa de l'article L. 3111-18 prévoit également que l'autorité organisatrice de transport (AOT) peut, après avis conforme de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER), interdire ou limiter la création d'un tel service. La loi prévoit que deux conditions cumulatives doivent être réunies pour que l'AOT puisse s'opposer à un tel service :

- lorsqu'il est exécuté entre des arrêts dont la liaison est assurée sans correspondance par un service régulier de transport qu'elle organise ;
- et lorsqu'il porte seul ou dans son 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 ».

Entrées en vigueur le 15 octobre 2015, ces dispositions ont donc déjà connu près de trois ans d'application², les décisions rendues par le Conseil d'État ayant permis d'éclaircir certains points délicats de ce nouveau régime.

■ La procédure

Déclaration préalable – Les dispositions des articles R. 3111-42 et suivants du code des transports décrivent la procédure mise en place. L'article L. 3111-18 pose le principe selon lequel l'opérateur doit faire une déclaration préalable à la création du service qui doit faire l'objet d'une publication par l'ARAFER (C. transp., art. R. 3111-44). Il doit procéder

(1) Sur ce point, v. not. S. Nicinski, La mobilité, encadrée et libéralisée, AJDA 2015, 2183 ; O. Dupéron, La libéralisation du transport par car, JT 2016, n° 182, p. 28.

(2) Pour un bilan deux ans après, v. not. X. Delpech, Bilan de la loi Macron en matière de libéralisation du transport par autocar, JT 2017, n° 202, p. 21.

à une telle déclaration non seulement pour l'ouverture d'une ligne, mais également pour un accroissement du nombre de places commercialisables par rapport à celui initialement déclaré, si le service est décalé de plus d'une demi-heure par rapport à celui initialement déclaré ou encore en cas de diminution du temps de parcours de plus de 10 % (C. transp., art. R. 3111-45). Une ligne déclarée qui n'a pas été exploitée pendant une durée d'au moins un an doit faire l'objet d'une nouvelle déclaration (C. transp., art. R. 3111-42).

Saisine de l'ARAFER – L'AOT, en vertu des dispositions de l'article L. 3111-19, dispose d'un délai de deux mois à compter de cette publication pour saisir l'ARAFER de son projet de décision d'interdiction ou de limitation du service. À défaut d'intervention de l'AOT, le service peut être mis en place deux mois après la publication de la déclaration (C. transp., art. L. 3111-20), l'écoulement de ce délai étant constaté par publication sur le site de l'ARAFER (C. transp., art. R. 3111-50). S'il y a saisine de l'ARAFER par l'AOT, celle-ci est motivée et rendue publique.

Dossier de saisine – L'article R. 3111-48 énumère les éléments qui doivent figurer dans le dossier de saisine de l'ARAFER par l'AOT. Il comporte notamment toutes les informations économiques et financières de nature à démontrer l'existence d'une atteinte substantielle à l'équilibre économique des lignes existantes. Ce dossier est également publié, sous réserve des éléments d'information qui contiendraient des données protégées par la loi.

Si le dossier n'est pas complet, la saisine de l'ARAFER est irrecevable, ce qui a sans doute pour conséquence de faire obstacle à la procédure d'interdiction/limitation initiée par l'AOT. Toutefois, cette condition devrait peu fréquemment être mise en œuvre dans la pratique, dès lors que l'article R. 3111-49 prévoit que si le dossier incomplet est reçu trois jours ouvrés au moins avant le terme du délai de deux mois, l'ARAFER demande à l'AOT de le compléter. Une telle possibilité pourrait sans doute permettre à certaines AOT de faire durer la procédure au-delà du cadre temporel posé par la loi.

Avis de l'ARAFER – Les dispositions de l'article L. 3111-18 imposent un avis conforme de l'ARAFER pour que l'AOT puisse valablement mettre en œuvre une mesure d'interdiction ou de limitation. Dès lors, et comme c'est l'usage en présence d'une telle exigence, l'avis de l'ARAFER peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir³. Ce recours doit être porté directement devant le Conseil d'État, en application des dispositions de l'article R. 311-1 4° du code de justice administrative⁴.

Si l'ARAFER valide la décision de limitation ou d'interdiction du service proposée par l'AOT, cette dernière doit détailler son contenu, conformément aux prescriptions de l'article R. 3111-52.

En revanche, l'AOT ne peut pas, pour interdire la création d'une ligne, se fonder sur des conditions qui ne sont pas prévues par les dispositions de l'article L. 3111-18. Ainsi, le fait que les emplacements des arrêts mentionnés dans la déclaration ne respectent pas la réglementation relative à la circulation et au stationnement des autocars n'est pas un motif justi-

fiant une mesure d'interdiction ou de limitation de la création d'une nouvelle ligne⁵.

Conseil d'État – Depuis l'entrée en vigueur de ces dispositions, le Conseil d'État a rendu un certain nombre de décisions sur des avis négatifs rendus par l'ARAFER saisie par diverses AOT. Le juge a été ainsi conduit à interpréter les deux conditions posées par l'article L. 3111-18 pour permettre à une AOT de s'opposer à l'ouverture de nouveaux services interurbains :

- l'existence d'un service régulier assurant déjà la liaison ;
- et l'atteinte substantielle à l'équilibre économique dudit service.

■ La notion de ligne concurrente par le nouveau service

Liaison similaire – L'article R. 3111-51 prévoit qu'une mesure d'interdiction ou de limitation peut porter sur tout service routier librement organisé assurant une liaison intérieure déjà assurée par un service de l'AOT ou une liaison similaire.

C'est le 14° de l'article R. 3111-37 du code des transports qui définit une liaison similaire à une liaison existante d'une autorité organisatrice comme celle « dont l'origine et la destination se situent à une distance respective de l'origine et de la destination de celle de l'autorité, mesurée en ligne droite, d'au plus 5 km, cette valeur étant portée à 10 km entre les origines ou entre les destinations des deux liaisons si elles sont situées en région d'Île-de-France ».

Cette définition a été contestée devant le juge comme venant restreindre abusivement le droit des AOT de venir limiter ou interdire de nouveaux services. Le Conseil d'État a validé ces dispositions, en estimant que les distances retenues n'étaient pas déraisonnables pour apprécier la condition posée par le législateur d'existence d'une liaison déjà assurée par l'AOT⁶. En deçà des seuils retenus, l'effet concurrentiel existe certainement, au-delà il est beaucoup plus incertain. C'est ainsi à bon droit que l'ARAFER a pu émettre un avis défavorable à une mesure d'interdiction édictée par une AOT à l'encontre d'une nouvelle ligne assurant une liaison entre Paris et l'aéroport de Beauvais-Tillé dès lors que l'arrêt de ce nouveau service à Paris était situé à plus de 10 km de distance du service assuré par l'AOT.

Ligne de transport – Mais la notion même de ligne de transport, au sens des dispositions de l'article L. 3111-18, peut donner lieu à débat. En particulier, se pose la question de savoir si pour apprécier le degré de concurrence exercé par la nouvelle ligne on peut ne prendre en compte qu'une portion de ligne régulière. À l'occasion d'une demande d'interdiction adressée par la région Pays de la Loire portant sur la création d'une ligne reliant Nantes à Angers, l'ARAFER avait ainsi apprécié l'atteinte portée à l'équilibre économique de la ligne TER Nantes-Le Mans *via* Angers.

Le Conseil d'État a validé ce raisonnement en définissant la ligne de transport, au sens des dispositions précitées, comme se caractérisant « par une autonomie de fonctionnement résultant de ses

(3) CE 29 avr. 1987, n° 65690, *Ville de Grenoble c/ Jay, Lebon*.

(4) Pour la confirmation de ces solutions, v. CE 23 déc. 2016, n° 399081, *Région Aquitaine Limousin Poitou Charentes, Lebon*; AJDA 2017. 558; AJCT 2017. 230, obs. G. Le Chatelier.

(5) CE 16 févr. 2018, n° 410242, *Syndicat mixte de l'aéroport de Beauvais-Tillé (SMABT), Lebon*; AJDA 2018. 372.

(6) CE 16 févr. 2018, n° 410242, *préc.*

conditions d'exploitation, faisant l'objet d'un traitement comptable spécifique dans le cadre de la convention de service public». Aussi, pour la Haute assemblée, l'exploitation d'une nouvelle ligne de transport ne peut être interdite ou limitée par l'AOT que si celle-ci conduit à porter une atteinte substantielle à l'équilibre économique non d'un simple segment de ligne de transport, mais d'une ligne dans son ensemble, voire de plusieurs lignes (CE 4 oct. 2017, n° 400552, Région Pays de la Loire, Lebon ; AJDA 2017. 1920 ; Energie-Env.-Infrastr. 2017, n° 67, concl. X. Domino ; CE 9 nov. 2017, n° 410165, Région Pays de la Loire).

■ Le contrôle de l'atteinte substantielle à l'équilibre économique

Trois phases – Dans sa décision n° 2015-039 du 21 octobre 2015 portant adoption 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, l'ARAFER a défini sa méthode d'examen des demandes de limitation ou d'interdiction présentées par les AOT. Celle-ci se décompose en trois phases :

- l'analyse de la substituabilité entre le service librement organisé et le service déjà assuré par l'AOT ou sous sa responsabilité ;
- l'estimation chiffrée du risque d'atteinte à l'équilibre économique du service existant ;
- le caractère substantiel ou non de ladite atteinte.

Substituabilité – La première étape paraît tout à fait fondée : le risque de concurrence déloyale à l'égard du service existant ne peut être considéré comme fondé que si le nouveau service lui est effectivement substituable. Les lignes directrices de l'ARAFER prévoient trois critères pour apprécier la substituabilité :

- la comparaison des horaires entre les deux services ;
- celle des fréquences journalières et hebdomadaires ;
- et les temps de parcours proposés.

L'ARAFER peut-elle se fonder sur d'autres critères ? La question s'est posée lors d'une demande d'interdiction adressée par une AOT sur laquelle l'ARAFER a émis un avis défavorable, en se fondant sur la situation des arrêts des deux services pour considérer que le nouveau ne venait pas se substituer à celui existant, ajoutant ainsi un critère supplémentaire qui ne figurait pas dans les lignes directrices susmentionnées. Le juge a estimé toutefois que l'ARAFER n'avait pas commis d'erreur de droit en estimant que, si celle-ci devait suivre la méthode d'analyse qu'elle s'était donnée pour examiner les demandes d'interdiction de nouveaux services, elle pouvait néanmoins prendre en compte « l'ensemble des circonstances pertinentes de la situation particulière qui lui était soumise »⁷.

Estimation chiffrée et appréciation du caractère substantiel du risque – La question de l'atteinte à l'équilibre économique est certainement celle qui est la plus délicate au plan technique. En particulier, pour apprécier son caractère substantiel ou non, se pose la question de la computation des recettes du service existant par rapport au nouveau service projeté. On le sait, le secteur des transports bénéficie d'importantes subventions de la part des AOT, venant compenser essentiellement les charges de service public

qu'il doit supporter. Dès lors, se posait la question de savoir si ces compensations devaient être intégrées dans les recettes du service existant auxquelles devaient être comparées celles du nouveau service venant le concurrencer, pour juger du caractère ou non substantiel de l'atteinte portée à l'équilibre économique du service.

L'ARAFER, dans ses lignes directrices précitées du 21 octobre 2015, avait répondu à cette question par l'affirmative (v. § 34). Cette position a été contestée par la région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes à l'occasion d'un avis défavorable émis par l'ARAFER qui, sans surprise, avait suivi les prescriptions de ses propres lignes directrices. Le Conseil d'État devait donner raison à l'Autorité en relevant que l'équilibre économique du transport organisé par l'AOT « dépend, pour une part importante, des subventions publiques dont il bénéficie »⁸.

Il est cependant à noter que par cette même décision le Conseil d'État a accepté d'effectuer un **entier contrôle de l'atteinte à l'équilibre économique** qu'est susceptible d'occasionner la création de la nouvelle ligne.

Une fois ce raisonnement établi, l'atteinte à l'équilibre économique apparaît difficile à établir dès lors que les recettes commerciales des nouveaux services apparaissent particulièrement limitées par rapport à l'ensemble des recettes cumulées dont bénéficient les lignes existantes si on y intègre les compensations versées à l'opérateur par l'AOT. En général, dans les cas soumis au juge, les recettes commerciales prévisionnelles des nouveaux services représentaient entre 1 et 2,2 % des recettes totales des lignes conventionnées, ce qui rendait l'atteinte à l'équilibre économique des liaisons existantes purement hypothétique.

Dans son appréciation enfin de l'atteinte à l'équilibre économique des lignes déjà exploitées, l'ARAFER doit bien évidemment prendre en compte l'ensemble des lignes de transport susceptibles de les concurrencer. Mais, tout à fait logiquement, dès lors que son avis doit prendre en compte la situation existante à la date à laquelle elle statue, elle ne peut prendre en considération ni les services qui faute de déclaration ne peuvent être commercialisés, ni ceux qui seraient simplement en projet⁹.

(7) CE 20 mars 2017, n° 401751, Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes, Lebon ; AJDA 2017. 602 ; *ibid.* 1121, concl. X. Domino ; AJCT 2017. 408, obs. G. Le Chatellier.

(8) CE 23 déc. 2016, n° 399081, préc.

(9) CE 23 déc. 2016, n° 399723, Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes.