

2039 Régulation des cars « *Macron* » : un exercice douloureux pour les services publics de transports

Étude rédigée par :

Aloïs RAMEL,

avocat à la cour,
SCP Seban & Associés

Stella FLOCCO,

avocat à la cour,
SCP Seban & Associés

La libéralisation des activités de transport public régulier interurbain de voyageurs par autocar est l'une des mesures phares de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi « *Macron* »¹. Cela ne va pas sans perturber l'équilibre économique des transports de voyageurs organisés par les personnes publiques (autorités organisatrices de transports, AOT), malgré l'existence d'un système de limitation / interdiction pouvant être mis en œuvre par ces dernières dans certaines conditions. À l'heure où le Conseil d'État rend ses premières décisions relatives à l'exercice de ce système de régulation, il est utile de s'interroger sur sa capacité à protéger suffisamment le service public de transport de voyageurs. Il semble en effet que chacune des trois étapes d'application du dispositif soit marquée par quelques lacunes inquiétantes pour la préservation des deniers publics et le maintien d'un service public de qualité.

1. Les lacunes du dispositif législatif et réglementaire

1 - Depuis le 15 octobre 2015, les services de transport public routier régulier interurbain de voyageurs ont été libéralisés, c'est-à-dire que toute entreprise de transport public routier de personne établie sur le territoire national peut assurer ce type de prestations (C. *transp.*, art. L. 3111-17).

L'objectif poursuivi par le législateur était, notamment, le développement de la mobilité sur le territoire national (entre les villes peu ou mal desservies et au bénéfice des classes moyennes ou les moins favorisées au premier chef), l'augmentation de la part modale des transports collectifs terrestres dans le « *mix* » de la mobilité, mais aussi le renforcement des acteurs nationaux du transport routier de personnes, dans un objectif de création d'emplois et de croissance économique.

Néanmoins, le législateur a entendu prévoir un équilibre entre la libéralisation de ce marché et la protection des services publics de transport de voyageurs régionaux, notamment les services de transport ferroviaire (TER).

C'est pourquoi il a été prévu que, pour les liaisons d'une distance inférieure ou égale à 100 kilomètres (C. *transp.*, art. L. 3111-18), ce marché serait régulé.

Dans ce cas, le projet de service doit en effet être déclaré préalablement à son ouverture² à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER)³. L'autorité doit publier cette

2. Cette déclaration doit être effectuée par voie électronique : un formulaire de déclaration est disponible en ligne sur le site de l'Autorité (www.araf.fr/wp-content/uploads/2016/07/Annexe-1-Formulaire-de-declaration-saisissable.pdf).

3. Ancienne autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) et rebaptisée à l'occasion de la loi « *Macron* », elle a vu ses missions étendues à l'occasion de son entrée en vigueur, non seulement au secteur du transport interurbain de voyageurs, mais également s'agissant de l'accès aux gares routières et des concessions autoroutières.

1. L. n° 2015-990, 6 août 2015.

déclaration sans délai. À compter de la date de publication, les AOT disposent d'un délai de deux mois pour saisir l'ARAFER d'un projet de limitation voire d'interdiction du service. Si aucune AOT ne saisit l'ARAFER dans ce délai, l'entreprise peut alors exploiter librement le service déclaré. Si, au contraire, l'Autorité est saisie par une AOT organisant un service régulier de transport sur ce périmètre, elle doit alors rendre un avis conforme sur le projet de limitation ou d'interdiction du service dont elle a été saisie.

Au total, ce n'est que si l'Autorité de régulation estime que le(s) service(s) libéralisé(s) « 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 » qu'elle rend un avis favorable au projet de l'AOT et que le service peut effectivement être limité ou interdit, l'avis de l'ARAFER étant contraignant.

En pratique, ce sont le plus souvent les régions, AOT en matière de transports ferroviaires de personnes d'intérêt régional, qui s'opposent au développement de tels services sur leur territoire. En effet, ces services « déclarés » peuvent avoir une incidence sur la fréquentation de services TER (service « conventionné »), qu'elles financent.

La pertinence de l'opposition de l'AOT au passage du service déclaré sur son territoire est analysée, par l'ARAFER, au regard de l'atteinte à l'équilibre économique, soit de la ou des ligne(s) conventionnée(s) susceptible(s) d'être concurrencée(s), soit de la convention de service public de transport concernée, c'est-à-dire la convention conclue par l'AOT régionale avec SNCF Mobilités⁴.

Ainsi, c'est sur l'AOT, et non sur l'opérateur économique déclarant un service libéralisé, que pèse la charge de la preuve de l'atteinte concurrentielle substantielle aux services conventionnés.

De plus, les transporteurs n'ont pas à déclarer les prix projetés du service : cette indication n'est, en effet, pas requise dans le dossier de déclaration à adresser au régulateur (C. transp., art. R. 3111-43). Il semble pourtant que cette donnée soit tout à fait nécessaire à la régulation du marché.

Par ailleurs, ni le législateur ni le pouvoir réglementaire n'ont défini la notion de « ligne de service public de transport ». L'article R. 3111-37 du Code des transports ne fait référence qu'à la notion de liaison, ce qui entretient un flou total dans l'application du dispositif à cet égard.

Pas davantage la notion d'« atteinte substantielle » à l'équilibre économique de la ligne ou du contrat n'a été explicitée par les dispositions réglementaires du Code des transports.

Le « glossaire » proposé par l'article R. 3111-37 du Code des transports⁵ fait l'impasse sur ces deux dernières notions, pourtant essentielles à la bonne mise en œuvre pratique du dispositif de « libéralisation régulée » du transport public interurbain de voyageurs inférieure ou égale à 100 kilomètres.

Il est donc revenu au régulateur de tenter de combler les lacunes des textes.

2. Exercice et insuffisance de la régulation du marché par l'ARAFER

2 - L'ARAFER, en charge de la régulation de ce nouveau marché, a entendu définir sa méthode d'analyse des projets de limitation ou d'interdiction des services libéralisés soumis à son examen.

Des premières lignes directrices ont été édictées dès le mois d'octobre 2015⁶, lesquelles ont été complétées dans une deuxième⁷ puis une troisième mouture⁸.

Force est de constater le caractère particulièrement succinct de ces lignes directrices, sur la base desquelles repose pourtant toute la substance de la mise en œuvre pratique du dispositif envisagé par la loi « Macron » et qui ont constitué pendant une longue période la seule source de travail pour les services instructeurs de l'Autorité.

Si elles ont été notablement enrichies au cours du temps, il faut tout de même préciser que la première version des lignes directrices tenait en dix pages, et que, dans la version à jour, ce sont seulement vingt-trois pages qui permettent de résumer l'intégralité de la doctrine de l'Autorité à ce sujet.

Par comparaison, on peut constater la complétude des études publiées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) en matière de télécommunications, qui a défini plusieurs lignes directrices et recommandations en fonction de distinctions thématiques⁹.

La méthodologie d'analyse de l'Autorité se décompose en cinq étapes successives (initialement au nombre de quatre) :

- premièrement, la vérification de l'existence d'un service public conventionné susceptible d'être concurrencé, c'est-à-dire effectuant la même liaison ou une liaison similaire à celle déclarée par l'opérateur ;
- deuxièmement, la vérification de la conformité du périmètre retenu par l'AOT avec l'article L. 3111-18 du Code des transports ;
- troisièmement, l'analyse du caractère substituable entre le service conventionné et le service librement organisé ;
- quatrièmement, l'estimation chiffrée du risque d'atteinte à l'équilibre économique du service conventionné ;
- cinquièmement, l'appréciation du caractère substantiel du risque d'atteinte à l'équilibre économique du service conventionné.

La première étape consiste à vérifier qu'il existe bien un service conventionné effectuant le même parcours, ou un parcours similaire à celui du service libéralisé, justifiant que l'AOT en charge de son organisation s'y oppose. Tel est le cas si les points d'arrêts de la liaison déclarée sont situés à moins de cinq kilomètres de ceux du service conventionné, soit, concrètement, à moins de cinq kilomètres de la gare ferroviaire ou routière du service conventionné. Cette distance est doublée en Ile-de-France (C. transp., art. R. 3111-37 14°). Aucune difficulté particulière d'analyse n'est à relever ici.

Ensuite, l'Autorité vérifie que le périmètre d'analyse retenu par l'AOT est conforme aux dispositions de l'article L. 3111-18 du Code des transports.

Sur ce point, l'Autorité rappelle qu'il doit s'agir du périmètre de la ou des lignes conventionnées susceptibles d'être concurrencées ou de

6. Décision n° 2015-039 du 21 octobre 2015.

7. Décision n° 2016-137 du 12 juillet 2016.

8. Décision n° 2017-046 du 24 mai 2017. La première mise en application est très récente : voir les avis rendus sur plusieurs projets d'interdiction de services libéralisés sur le territoire de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur (avis n° 2017-088 à 2017-091 du 13 septembre 2017).

9. Par exemple : Lignes directrices sur les réseaux très haut débit d'initiative publique ; Recommandation sur les lignes à très haut débit en fibre optique pour les immeubles de moins de 12 logements ou locaux à usage professionnel dans les zones très denses ; Recommandation sur l'obligation de complétude de déploiement des réseaux Fth (fiber to the home – fibre jusqu'à l'abonné) en dehors des zones très denses.

4. SNCF Mobilités dispose d'un monopole légal, aux termes de l'article L. 2121-4 du CGCT. De profondes réflexions sont en cours s'agissant de l'ouverture prochaine des TER français à la concurrence, conformément aux règles européennes. Cette problématique devrait être traitée par la loi d'orientation sur la mobilité annoncée pour le premier semestre 2018 par la ministre chargée des transports.

5. Figurant antérieurement à l'article 31-1 du décret n° 85-891 du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes.

la convention d'exploitation « dans son ensemble »¹⁰ conclue par l'AOT avec l'exploitant.

Pour la première hypothèse, l'Autorité considère, selon une formulation constante, que « la maille la plus fine d'appréciation de l'existence d'une atteinte substantielle à l'équilibre économique ne peut être qu'une ligne conventionnée dans sa totalité, et non un segment de ligne ou une liaison ».

Et, selon elle, une ligne constitue un « ensemble de points d'arrêt et un ensemble de missions (assurées par train ou autocar) dont le point de départ et le terminus sont deux de ces points d'arrêt et qui desservent tout ou partie des points d'arrêt », disposant d'une autonomie fonctionnelle au regard de ses conditions d'exploitation technique ou commerciale.

Tenant de combler les lacunes des dispositions législatives et réglementaires sur ce point, l'Autorité donne malheureusement une définition plutôt théorique du périmètre d'analyse, quand il aurait semblé simple et rigoureux de prendre en compte les points d'origine et de destination (l'« origine-destination ») des services en concurrence.

À cette fin, elle aurait pu s'appuyer sur les dispositions réglementaires du décret du 16 août 1985, reprises au sein du Code des transports depuis le 1^{er} janvier 2017, lesquelles font référence au périmètre de la « liaison », et non à la notion de la « ligne » dans son ensemble, dont on ne sait d'ailleurs pas bien à quelle réalité elle correspond, puisqu'elle ne coïncide le plus souvent avec aucun prolongement organisationnel, comptable ou financier particulier pour l'exploitant, particulièrement en matière de TER.

Lors de sa participation à la consultation publique préalable à la dernière évolution des lignes directrices de l'Autorité, l'Association régions de France a eu l'occasion de critiquer l'absence de clarification sur ce point, et conteste la distinction faite par l'Autorité entre ligne et liaison¹¹. Malheureusement, l'Autorité a considéré que ces notions avaient été suffisamment explicitées et précisées, et qu'aucune clarification supplémentaire n'était nécessaire...

Dans un troisième temps, l'Autorité analyse la substituableité entre le service conventionné et le service librement organisé, au regard de trois grands critères : le temps de parcours, les horaires et la fréquence des services. Si elle ne prend pas en compte les tarifs – ce qui peut apparaître discutable au regard de la compétitivité extrême de certains services libéralisés, qui proposent de traverser la France pour moins de 10 euros... – elle indique néanmoins retenir, par défaut, l'hypothèse favorable à l'AOT selon laquelle le tarif du service libéralisé est inférieur à celui du service conventionné.

Son analyse peut par ailleurs être affinée en fonction des catégories d'usagers qu'elle identifie, traditionnellement les voyageurs fréquents ou pendulaires et les voyageurs occasionnels : au regard des critères précités, l'Autorité considère qu'il existe une substituableité totale, partielle (faible ou au contraire plus marquée) voire inexistante, pour telle ou telle catégorie d'usagers.

Au total, si elle conclut à l'absence de substituableité du service, son analyse s'arrête là : l'atteinte à l'équilibre économique du service conventionné est nécessairement considérée comme négligeable et il y a lieu de rendre un avis défavorable au projet de limitation ou d'interdiction pris par l'AOT.

Au contraire, si elle considère que le service est partiellement ou totalement substituable au service conventionné, même pour une seule des catégories d'usagers susvisées, elle passe alors à la quatrième étape de son raisonnement.

10. Lignes directrices du 24 mai 2017, paragraphe 81.

11. Synthèse de la consultation publique : *Projet d'actualisation de la méthode d'évaluation du risque d'atteinte à l'équilibre économique d'un service de transport public conventionné par un service librement organisé (liaisons de moins de 100 km)*.

C'est sur ce point que la méthode d'analyse de l'ARAFER, particulièrement tâtonnante, a le plus évolué.

S'agissant du taux d'induction (c'est-à-dire du taux d'occupation des autocars par de nouveaux voyageurs, qui n'auraient pas voyagé sans la mise en place de ce service ou auraient emprunté un autre moyen de transport routier pour se déplacer, voiture individuelle ou covoiturage), l'Autorité a initialement considéré qu'il était compris entre 10 et 40 %.

De manière pendante, l'Autorité considérait donc, par principe, que 60 à 90 % des usagers des autocars étaient des voyageurs du service conventionné. Logiquement, elle appliquait à cette capacité de report la limite constituée par le nombre des places offertes par le service déclaré.

Ce postulat a été déterminé sur la seule base d'un chiffre figurant dans l'étude d'impact de la loi « Macron » – lequel ne reposait sur aucune analyse appropriée puisqu'il s'agissait d'un simple « chiffre cohérent avec les sondages effectués sur la base des clients actuels des services [ferroviaires] de cabotage... »¹² – et étendu « par prudence » à hauteur de quinze points au-dessus et en-dessous. Il est regrettable de constater que l'Autorité s'est privée d'étayer son raisonnement, particulièrement vague et insatisfaisant, par des études propres ou les retours d'expériences d'autres États ayant déjà ouvert ce marché à la concurrence¹³.

Toutefois, dans ses nouvelles lignes directrices, et sur la seule base d'une étude sur les pratiques de mobilité des voyageurs¹⁴, l'Autorité distingue désormais trois types de situations concurrentielles :

- une concurrence intermodale (autocar / train) ;
- une concurrence intramodale (autocar / autocar) ;
- une concurrence mixte (autocar / train et autocar / autocar).

Dans la première situation, l'Autorité retient un taux d'induction de 11,5 % et intègre à son raisonnement le taux de report depuis le mode routier¹⁵, qui n'était pas pris en compte auparavant, évalué à 51 %.

Ainsi, là où l'Autorité retenait initialement une hypothèse de « remplissage » des places offertes par le service libéralisé à hauteur de 60 à 90 % par des usagers du service conventionné (TER), ce taux est désormais fixé à 37,5 %.

S'il était déjà rare que l'ARAFER se prononce en faveur des projets de limitation et d'interdiction des services libéralisés pris par les AOT, il est désormais encore plus ardu pour elles d'obtenir gain de cause.

Dans la deuxième situation, c'est-à-dire en cas de concurrence autocar-autocar (parce que le service conventionné est intégralement réalisé par voie routière et non ferroviaire) « aucune hypothèse d'induction, de taux de remplissage ou de plafond de report » n'est retenue. Il est donc fait l'hypothèse que les places offertes par le service déclaré sont remplies à 100 % par des usagers qui empruntaient auparavant le service conventionné.

Dans la troisième situation, le taux de report est déterminé en fonction des caractéristiques des services librement organisés et conventionnés.

Cette évolution majeure dans la méthodologie de l'Autorité, si elle démontre une volonté de nuance de la part du régulateur, peut néanmoins apparaître regrettable, en ce qu'elle est fondée au regard d'un seul critère distinctif, le critère modal, nécessairement déconnecté de la spécificité de chaque situation d'espèce. De plus, il faut souligner

12. Étude d'impact du projet de loi pour la croissance et l'activité, tome 1 page 30.

13. Par exemple le Royaume-Uni avec l'adoption du « Transport Act » en 1980 ou la Norvège depuis 2003.

14. Observatoire des transports et de la mobilité, *Les pratiques de mobilité de longue-distance des voyageurs sur les lignes régulières d'autocar librement organisées, Enquêtes de terrain réalisées entre octobre et décembre 2016*, publié le 6 janvier 2017.

15. Véhicule personnel et covoiturage.

que ces chiffres particulièrement précis résultent pourtant d'une seule enquête de terrain réalisée par l'ARAFER concernant des segments de liaisons transversales compris entre 100 et 150 kilomètres, lesquels ont été transposés aux liaisons de moins de 100 kilomètres¹⁶.

Il faut néanmoins tempérer cette critique, l'Autorité rappelant expressément que sa méthode d'estimation repose en priorité sur les données de comptage communiquées par l'AOT¹⁷.

Par ailleurs, l'Autorité a longtemps appliqué deux méthodes pour procéder à l'estimation de l'atteinte à l'équilibre économique du service conventionné : une méthode « horaire » et une méthode « circonstanciée », c'est-à-dire tenant compte de l'analyse de substituabilité, donnant lieu non pas à la détermination d'un impact chiffré précis, mais d'une « fourchette d'impact ».

La première méthode, c'est-à-dire la méthode « horaire », est complètement déconnectée de l'analyse de substituabilité du service, puisqu'elle consiste à prendre en compte l'ensemble des voyageurs du service conventionné, toute catégorie confondue, dans la limite de la fourchette de report précitée et des capacités d'accueil du service libéralisé, circulant à un horaire proche du service déclaré (tantôt une heure, tantôt deux heures).

La seconde méthode tient compte de l'analyse de substituabilité du service menée en amont : ainsi, par exemple, si l'autorité a considéré que le service libéralisé n'était pas substituable au service conventionné pour les voyageurs fréquents mais était en revanche partiellement substituable pour les voyageurs occasionnels, elle calculera l'impact économique porté au service conventionné sur la base d'une recette moyenne par voyageur pour la catégorie d'usagers intéressée, là encore en faisant application d'un taux de report déterminé (en fonction de la situation de concurrence identifiée *supra*) et de la capacité de(s) l'autocar(s). Par ailleurs, l'Autorité fait l'hypothèse d'une répartition homogène des voyageurs occasionnels sur les différents trains de la semaine, ce qui peut apparaître là aussi critiquable si l'AOT est en mesure de démontrer, chiffres à l'appui, que ces voyageurs empruntent plus spécifiquement certains trains circulant à des horaires proches des services déclarés.

Le recours à ces deux méthodes d'analyse, dont l'une ne tient pas compte de l'analyse de substituabilité du service, et qui pouvait aboutir à des différences abyssales entre les fourchettes d'estimation de l'impact économique de la concurrence entre services, a pu être critiqué. Il semble que ces critiques aient été entendues puisque l'Autorité ne fait plus référence à la méthode « horaire » (ou maximaliste) ou, en tout cas, y fait référence à titre indicatif¹⁸.

Reste néanmoins posée la question de la qualité, mais surtout du bien-fondé des premiers avis rendus par une Autorité qui, il faut le souligner, n'a peut-être pas disposé du temps d'adaptation nécessaire ni immédiatement des ressources humaines adéquates pour s'emparer au mieux de ses nouvelles missions.

In fine, l'Autorité détermine le pourcentage de l'impact du service libéralisé sur les recettes de la ligne conventionnée concurrencée et/ou les concours publics versés sur ce périmètre.

C'est alors qu'il lui revient de déterminer si cet impact est substantiel.

Dans un cinquième et dernier temps en effet, l'Autorité détermine si l'impact déterminé, rapporté aux recettes commerciales du service conventionné et aux concours publics versés par l'AOT, porte une atteinte substantielle à la ligne ou aux lignes conventionnées suscep-

tibles d'être concurrencées¹⁹ ou à l'équilibre économique du contrat de service public de transport concerné.

Elle considère que l'atteinte substantielle à l'équilibre économique s'entend d'un « bouleversement de la structure de financement du service conventionné, voire d'une menace quant à la poursuite même de son exécution »²⁰.

Appliqué au domaine des transports publics, lesquels sont dans leur immense majorité structurellement déficitaires et ne peuvent être exploités commercialement que parce que la puissance publique verse aux opérateurs une contribution d'équilibre, il est difficile d'appréhender le prolongement pratique d'une telle doctrine.

Sur ce point, la Fédération nationale des transports de voyageurs (FNTV) a d'ailleurs souligné que l'équilibre économique d'un contrat de service public ne peut être mesuré en fonction du seul *ratio* recettes commerciales / subventions publiques, mais surtout que, dans le cadre d'un contrat de délégation de service public (DSP), dont le propre est de faire peser sur le délégataire un aléa économique, une perte de recettes commerciales « minime » au regard du montant de subventionnement public du service conventionné peut en réalité bouleverser l'équilibre économique du contrat et, *in fine*, le remettre en cause²¹.

Bien plus et si les mots ont un sens, la notion « d'atteinte substantielle à l'équilibre économique », retenue par l'article L. 3111-18 du Code des transports, n'est pas à confondre avec celle de bouleversement de l'économie d'un contrat.

Enfin, l'Autorité, qui n'a pas établi de seuil précis à partir duquel une atteinte doit être considérée comme substantielle, apprécie celle-ci en fonction des considérations de chaque espèce. L'ARAFER justifie sa position au regard de la nécessité de prendre en compte les circonstances propres de chaque espèce, dont, notamment la structure de financement des lignes en cause.

À titre d'indication empirique, l'ARAFER précise qu'elle a pu estimer par deux fois qu'un impact compris entre 5 % et 7 % du montant des concours publics versés par l'AOT ne pouvait être qualifié de substantiel et qu'à l'inverse un impact maximum compris entre 15 % et 18 % du montant des concours publics versés par l'AOT devait être considéré comme substantiel.

Or, s'il est en effet tout à fait opportun et justifié que l'Autorité procède à une analyse *in concreto* de chaque cas particulier dont elle est saisie (ce qui justifierait, par exemple, qu'elle abandonne totalement la méthode de substituabilité dite « horaire » ou qu'elle se refuse à retenir une répartition homogène des voyageurs occasionnels sur l'ensemble des services conventionnés de la semaine) au stade de l'appréciation du caractère substantiel de l'atteinte économique, il est permis de douter de l'opportunité d'une telle pratique au stade de l'analyse du caractère substantiel de l'impact économique, une fois celui-ci déterminé.

À cet égard, il pourrait être objecté que le juge administratif procède bien, quant à lui, à une appréciation au cas d'espèce pour déterminer s'il existe un bouleversement de l'économie d'un marché public ou d'une DSP – le niveau des seuils retenus étant d'ailleurs distinct selon le type de contrat concerné, celui-ci étant plus élevé en matière de marché public qu'en matière de DSP, compte tenu du risque pesant sur le cocontractant dans la seconde hypothèse.

19. Etant rappelé que l'Autorité ne prend pas en compte l'origine-destination déclarée, mais l'ensemble de la « ligne », sans que l'on sache vraiment à quoi cela correspond.

20. Lignes directrices du 24 mai 2017, paragraphe 102, cette formulation étant déjà retenue dans ses lignes directrices antérieures.

21. FNTV : Contribution à la consultation ARAFER sur le projet d'actualisation de la méthode d'évaluation du risque d'atteinte à l'équilibre économique d'un service de transport public conventionné par un service librement organisé (liaison de moins de 100 km), du 7 avril au 28 avril 2017.

16. Observatoire des transports et de la mobilité, *Les pratiques de mobilité de longue distance des voyageurs sur les lignes régulières d'autocar librement organisées*, Enquêtes de terrain réalisées entre octobre et décembre 2016.

17. Lignes directrices du 24 mai 2017, paragraphe 96.

18. Voir par exemple avis n° 2017-058 du 14 juin 2017.

Or, au contraire du juge administratif qui est confronté, pour chaque contentieux, à une situation différente (marché public ou concession, objet du contrat, durée, etc.), l'ARAFER est toujours investie de la même mission, c'est-à-dire évaluer l'impact d'un service libéralisé de transport par autocar d'une distance inférieure ou égale à 100 kilomètres sur une ligne de transport conventionnée. Elle est le plus souvent conduite à examiner l'impact économique sur des conventions d'exploitation TER, susceptibles de s'apparenter à des contrats de DSP, de sorte que le seuil d'appréciation du caractère substantiel de l'atteinte auxdits services devrait nécessairement être relativement peu élevé (et en tout cas être nécessairement plus bas que le niveau moyen retenu par le juge administratif en matière de marchés publics).

Ainsi, et par analogie avec le droit des DSP, pour lesquelles il est prévu que les avenants d'une certaine importance (c'est-à-dire entraînant une augmentation du montant global du contrat supérieure à 5%) sont soumis pour avis à la commission de DSP, elle aurait par exemple pu considérer qu'une atteinte de l'ordre de 5 ou 10% à l'économie de la liaison concernée conventionnée devait être considérée comme substantielle. On relèvera, d'ailleurs, que les nouveaux textes applicables aux marchés publics et concessions fixent le niveau à partir duquel une modification est qualifiée de substantielle²².

Retenir un seuil précis et fixe aurait présenté le mérite de la clarté et de la rationalité et permis d'éviter un nouveau flou méthodologique, conduisant à des appréciations semblant discutables de la part du régulateur.

Ainsi, alors qu'il a pu considérer que l'impact cumulé de plusieurs services déclarés à hauteur de 11% de la contribution publique versée par l'AOT sur une ligne était substantiel, il a au contraire retenu qu'un impact cumulé de l'ordre de 9,4 à 11,8 % sur les recettes commerciales ne pouvait être regardé comme tel²³. Or, on perçoit mal en quoi un impact porté sur les recettes commerciales serait plus acceptable pour l'équilibre de la convention qu'un impact du même ordre sur les contributions publiques.

Une telle position, source d'insécurité juridique, ne paraît acceptable ni pour les opérateurs économiques souhaitant développer un service de transport libéralisé par autocar, ni pour les AOT, qui ne peuvent anticiper l'opportunité de s'opposer à un service déclaré sur leur territoire.

Au total, si la méthode d'analyse définie par l'ARAFER peut apparaître globalement satisfaisante, elle présente néanmoins certains biais méthodologiques évidents : la prise en compte d'un périmètre d'analyse discutable, l'application de deux méthodes d'analyse de la substituabilité du service²⁴, et l'absence de définition d'un seuil d'appréciation du caractère substantiel de l'atteinte à l'équilibre économique du service conventionné.

Il convient toutefois de noter que la doctrine de l'ARAFER s'est enrichie notamment grâce aux travaux menés par l'Observatoire des transports et de la mobilité, en particulier l'enquête de terrain réalisée sur les pratiques de mobilité de longue-distance des voyageurs sur les lignes régulières d'autocar librement organisées (cité *supra*), et les analyses trimestrielles du marché libéralisé, ces dernières étant malheureusement uniquement basées sur les données fournies par les transporteurs²⁵.

22. 10 % du montant du contrat initial en matière de concession (article 36-6° du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016), 10 % pour les marchés de fournitures et de services, et 15 % pour les marchés de travaux (article 139-6° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics).

23. Avis n° 2016-209 du 12 octobre 2016.

24. Cette pratique étant néanmoins abandonnée.

25. Ces données sont recueillies par l'Autorité dans le respect des conditions fixées par la décision n° 2017-042 du 29 mars 2017. Les opérateurs doivent compléter une série de tableaux figurant en annexe de cette décision.

Enfin, il faut relever que les avis rendus sont très majoritairement défavorables aux projets de limitation ou d'interdiction du service libéralisé pris par l'AOT. À ce jour, sur les 126 avis rendus par l'ARAFER, 87 sont purement défavorables aux projets pris par les AOT et 11 ne sont favorables que sous réserve.

Ceci découle logiquement de ce qui vient d'être décrit : les arbitrages méthodologiques arrêtés par l'ARAFER paraissent systématiquement en défaveur des AOT, qu'il s'agisse du périmètre et du taux de report des voyageurs retenus ou de l'appréciation du caractère substantiel à l'équilibre économique du service conventionné.

C'est pourquoi certaines d'entre elles ont décidé d'emprunter la voie juridictionnelle.

3. Un contrôle juridictionnel timide

3 - Le Conseil d'État est compétent, en premier et dernier ressort, pour connaître « des recours dirigés contre les décisions prises » par l'ARAFER « au titre de [leur] [sa] mission (...) de régulation ». Il a donc, en l'occurrence, à connaître des contestations des avis pris par cette Autorité en matière de régulation des « cars Macron » pour les liaisons inférieures ou égales à 100 kilomètres²⁶.

À ce jour, les décisions rendues en la matière sont rares et n'ont donné lieu qu'à des rejets, les recours ayant été exclusivement présentés par des AOT régionales.

Les apports jurisprudentiels restent par ailleurs maigres. Il est néanmoins permis de relever quelques éclairages, que nous nous proposons de présenter dans l'ordre méthodologique suivi par l'ARAFER.

En premier lieu, la Haute Juridiction a utilement précisé que si l'ARAFER est tenue de suivre la méthode d'analyse qu'elle a définie dans les lignes directrices, elle peut bien sûr s'en écarter afin de prendre en compte les circonstances particulières du cas d'espèce qui lui est soumis²⁷.

Ainsi, dans l'affaire dont ils étaient saisis, les juges ont considéré qu'il incombait bien à l'Autorité de prendre en compte, dans son analyse de la substituabilité du service, la localisation des arrêts du service.

En deuxième lieu, le Conseil d'État apporte des éclairages s'agissant du périmètre d'analyse (qu'il estime) pertinent.

Selon lui, il convient de prendre en compte non un « simple segment de ligne de transport » mais une « ligne dans son ensemble, voire [...] plusieurs lignes ».

Mais « qu'est-ce qu'une ligne ? » s'interrogeait le rapporteur public Xavier Domino²⁸.

La pertinence de cette question semble d'autant plus justifiée qu'ainsi qu'il l'a été exposé *supra*, les dispositions réglementaires applicables aux services librement organisés font presque exclusivement référence à la notion de « liaison ».

La réponse apportée par le Conseil d'État est la suivante. Une ligne de transport régulier est caractérisée par :

- une autonomie de fonctionnement, laquelle résulte de ses conditions d'exploitation ;

- un traitement comptable spécifique dans la convention de service public, c'est-à-dire, le plus souvent, la convention d'exploitation conclue entre l'AOT et SNCF Mobilités.

Ainsi, il appartient à l'AOT de démontrer que le périmètre sur la base duquel elle a effectué son analyse de l'atteinte à l'équilibre écono-

26. En application de l'article R. 311-1 du Code de justice administrative (CJA).

27. CE, 20 mars 2017, n° 401751, Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes, considérant 3 : *JurisData* n° 2017-005209 ; *JCP A* 2017, act. 242 ; *JCP A* 2017, 2145.

28. Voir les conclusions communes présentées sous les affaires CE, 4 oct. 2017, n° 400552, 400553 et 400551, Région Pays de la Loire : *JurisData* n° 2017-019283 ; *JCP A* 2017, act. 454.

mique du service conventionné constitue une ligne à part entière, et non seulement une liaison. Dès lors, le périmètre d'analyse à prendre en compte n'est pas nécessairement celui de l'origine-destination déclarée par l'opérateur de transport, s'il s'avère que ce trajet se situe en réalité « *au sein* » d'une ligne et ne constitue pas « *en soi* » une ligne.

C'est dans ces conditions que le Conseil d'État a considéré, dans l'ensemble des affaires soumises à son examen pour lesquelles ce moyen était soulevé, qu'il n'était pas démontré que le périmètre retenu constituait une ligne à part entière.

Or, au regard des critères d'identification fixés par le Conseil d'État, les AOT régionales requérantes peineront à l'évidence à faire une telle démonstration. En effet, le découpage par ligne n'a pas de réalité pratique particulière pour SNCF Mobilités : par exemple, l'affectation des agents de conduite des trains n'est pas réalisée en fonction d'un critère géographique, mais de leurs formations respectives (c'est-à-dire en fonction du type de rames qu'ils sont en capacité de conduire). Les agents peuvent d'ailleurs être affectés au cours d'une même journée à la circulation de plusieurs « lignes » TER différentes, voire passer d'un service conventionné à un service commercial. Il en va de même, à notre connaissance, des agents de contrôle.

Le matériel roulant n'est pas davantage affecté au fonctionnement d'une « ligne » (SNCF Mobilités n'hésitant pas, d'ailleurs, à utiliser le matériel roulant financé par une région pour le fonctionnement du service d'une autre région).

Du point de vue de l'usager, il est également difficile d'appréhender l'existence d'une ligne unique lorsque le train part d'un point intermédiaire pour s'arrêter à un autre point intermédiaire de la prétendue « ligne » (ainsi, pour de nombreuses « lignes », il y a autant de trains par semaine n'ayant ni pour origine ni pour destination les dessertes extrêmes de la « ligne » que l'inverse).

Ce sont autant d'obstacles pour conférer au concept vague de ligne un véritable contenu identifiable, là où les notions de liaison ou d'origine-destination correspondent à une réalité tangible et surtout nettement plus pertinente au plan économique.

Il aurait en effet semblé plus logique d'analyser l'impact d'un service déclaré à l'aune du strict périmètre qu'il concerne et non de porter la comparaison avec un ensemble beaucoup plus vaste.

En troisième lieu, il valide l'analyse de la substituabilité du service menée par l'ARAFER, considérant que celle-ci est circonstanciée et basée sur des « *constats objectifs* » qui « *n'apparaissent pas sérieusement contestables* »²⁹.

En quatrième lieu, le Conseil d'État procède à un contrôle normal quant à l'existence d'une atteinte à l'équilibre économique du service conventionné : il a donc décidé de ne pas se limiter à un contrôle restreint sur ce point³⁰.

On peine néanmoins, là encore, à comprendre le raisonnement adopté par le juge : s'il relève que c'est à bon droit que l'Autorité a comparé les pertes induites par le report de clientèle vers le service librement organisé au regard, d'une part, des recettes commerciales du service conventionné et, d'autre part, du montant des subventions publiques versées par la région – ce qui ne semble pas contestable

compte tenu de la circonstance que ce sont bien ces deux types de ressources qui font l'équilibre du service – il semble qu'il considère que la part prépondérante des ressources publiques dans la structure de financement du service soit de nature à permettre de minimiser l'impact économique réel sur le service conventionné.

Autrement dit, le Conseil d'État tient compte de la faiblesse des recettes commerciales dégagées par l'exploitation du service par rapport aux subventions publiques régionales visant au soutien des services TER pour apprécier la concurrence qui leur est faite par les « *cars Macron* ».

Or, les concours publics participent précisément de l'équilibre économique des services de transports de voyageurs (en particulier ferroviaires), qui sont par nature largement déficitaires. L'impact porté par le service libéralisé aux recettes commerciales du service conventionné aura ainsi mécaniquement pour effet d'impliquer un soutien financier renforcé de la part de l'AOT.

De plus, l'équilibre économique d'un contrat comparable à une DSP est particulier, ce que semble malheureusement avoir oublié le Conseil d'État ici.

Par ailleurs, on notera que les textes ne précisent nullement que l'impact du service libéralisé devrait être apprécié au regard des seules recettes commerciales de la ligne impactée.

Au total, il semble que le Conseil d'État ait ici manqué l'occasion de s'imposer comme un juge de l'économie³¹, et l'on peut d'ores et déjà regretter que ce type de contentieux ne soit échu à la cour d'appel de Paris et, en dernier ressort à la Cour de cassation, qui ont déjà eu l'occasion d'apprécier finement la situation concurrentielle du marché du transport maritime de passagers, dans la célèbre saga des « *vedettes vendéennes* »³².

Conclusion

4 - En conclusion, si l'ambition de la régulation du marché des liaisons régulières interurbaines de transport par autocar inférieures ou égales à 100 kilomètres était de préserver l'équilibre économique des services publics ferroviaires régionaux, force est de constater que les AOT se retrouvent bien en peine pour freiner le développement des « *cars Macron* » sur leur territoire, et n'ont pu trouver, ni auprès de l'ARAFER ni auprès du juge administratif, une considération suffisante du souci de la préservation des deniers publics et du maintien de services de qualité, qui tiennent un rôle essentiel dans l'aménagement du territoire.

Espérons, en conséquence, que le législateur saura s'emparer de cette épineuse question afin de remédier aux difficultés identifiées. ■

MOTS-CLÉS : Services publics - Service public de transport
Services publics - Car

29. Voir par exemple, CE, 9 nov. 2017, n° 405974, Région Pays de la Loire : *JurisData* n° 2017-022775.

30. Ce qui a déjà été souligné par la doctrine : H. Pauliat, *Atteinte substantielle à l'équilibre économique des lignes de service public de transport : la méthodologie de l'ARAFER validée par le juge administratif* : JCP A 2017, 2055.

31. Voir à cet égard : P. Cahuc et S. Carcillo, *Les juges et l'économie, une défiance française*, Institut Montaigne, Étude décembre 2012 ; D. Israël, *Le juge administratif et l'entreprise : les inconnus dans la maison*, Affiches parisiennes, 16 septembre 2016.

32. CA Paris, sect. H, 28 juin 2005 ; Cass. com., 17 juin 2008, n° 05-17.566 : *JurisData* n° 2008-044222 ; *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. 211 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 7, 9 juin 2009, n° 2008/20337 ; Cass. com., 13 juill. 2010, n° 09-67.439 : *JurisData* n° 2010-011636 ; *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. 227.