



**Avis n° 04-A-06 du 16 avril 2004
relatif aux conditions d'attribution par les sociétés d'autoroutes
des autorisations d'installations commerciales sur les aires
autoroutières**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 4 juillet 2003, enregistrée sous le numéro 03/0044 A, de l'Association française des sociétés d'autoroutes et d'ouvrages à péage (ASF) saisissant le Conseil d'une demande d'avis en application de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu le code de la voirie routière et le code du domaine public de l'Etat ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 02-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Vu la décision n° C 2000-363 du 9 février 2000 de la Commission européenne autorisant l'opération de concentration entre Total-Fina et ELF Aquitaine ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les représentants de l'ASF, entendus lors de la séance du 9 mars 2004 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations suivantes :

1. Avant la fin de l'année 2004, quatre sociétés concessionnaires d'autoroutes (ASF, ESCOTA, SANEF et SAPRR) doivent renouveler les autorisations d'installations commerciales (distribution de carburants et restauration) concernant 62 aires autoroutières réparties sur l'ensemble du territoire national.
2. Les sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes (ci-après SEMCA) envisagent d'organiser de manière conjointe le renouvellement des autorisations venues à échéance dans le but de renforcer la concurrence sur ces activités avec pour objectif de consolider la première diversification des enseignes résultant de la cession, en 2000, de 70 stations-services par les groupes Total et ELF, consécutive aux remèdes imposés par la Commission européenne lors de l'examen de la fusion des deux groupes.
3. Les SEMCA attendent de la diversification des enseignes et d'une meilleure répartition des points de vente exploités par la grande distribution sur le réseau autoroutier national une amélioration de la qualité et une baisse des prix des services rendus aux automobilistes. Ces mesures devraient entraîner une hausse de la consommation de carburants et de produits divers sur les autoroutes et, par conséquent, une augmentation du montant des redevances versées aux sociétés d'autoroutes.

4. La procédure envisagée consisterait en un lancement coordonné de tous les appels d'offres par les quatre SEMCA, accompagné d'une concertation entre elles sur la place à réserver aux différentes catégories d'opérateurs puis d'une harmonisation des attributions, sous la responsabilité de chaque société d'autoroute gestionnaire des différents tronçons.
5. Pour s'assurer de la possibilité de procéder à une telle concertation dans le cadre de la procédure d'attribution, l'association française des sociétés d'autoroutes et d'ouvrage à péage (ASFA) a saisi le Conseil de la concurrence, pour le compte des quatre sociétés, des deux questions suivantes :

« 1°/ La procédure envisagée de dévolution d'autorisations domaniales par les SEMCA constitue-t-elle une pratique prohibée par les dispositions (...) des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ?

2°/ Dans l'hypothèse où la réponse à la première question serait affirmative, cette procédure entre-t-elle bien, comme le pensent les SEMCA, dans le champ d'application l'article L. 420-4 du code de commerce ? »

CADRE LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE DE L'ANALYSE

6. La situation des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes (SEMCA) au regard du droit de la concurrence est particulière, puisque la loi (articles L. 121-1 et suivants du code de la voirie) et les actes de concession leur ont accordé des prérogatives de puissance publique et affecté un domaine public. Ces sociétés ont, en effet, pour mission de constituer, exploiter et gérer un domaine public autoroutier pour le compte de l'Etat avec une zone d'activité exclusive.
7. Le Conseil de la concurrence ne serait, ainsi, pas compétent pour traiter, au contentieux, de la compatibilité de la coordination des procédures d'appel d'offres des SEMCA avec les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et éventuellement avec les exemptions à ces règles prévues à l'article L. 420-4. La compétence du Conseil à l'égard des pratiques de personnes privées chargées d'un service public dépend, en effet, de la réunion de deux conditions. Il doit s'agir d'une activité de production, de distribution ou de service, définie comme le champ d'application du droit de la concurrence (article L. 410-1), et les pratiques en cause ne doivent pas avoir donné lieu à la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, c'est à dire des moyens juridiques d'action revêtant un caractère unilatéral et exorbitant par rapport au droit commun (tribunal des conflits, 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris contre TAT*).
8. En l'espèce, la gestion par les SEMCA de leur domaine public ne constitue pas une activité de production, de distribution ou de service mais consiste en des actes de nature administrative mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique (Conseil de la concurrence, [décision n° 99-D-72](#) du 1^{er} décembre 1999, [cour d'appel de Paris, 6 juin 2000](#), « *Saisine de la société 3MCE* », relatifs à des conventions pour l'implantation d'activités de restauration rapide dans la gare routière de Nice).
9. Le Conseil de la concurrence ne retrouve sa compétence que dans l'éventualité où les pratiques anticoncurrentielles sont détachables de l'acte ou du contrat administratif. Tel n'est pas le cas, en l'espèce, dès lors que les conditions d'autorisation et les contrats passés avec chaque exploitant doivent respecter les cahiers des charges types établis par l'Etat, que l'exploitant choisi par la société d'autoroute est soumis à l'agrément préalable du ministre chargé des routes et que les installations effectuées par l'exploitant reviennent gratuitement à la société concessionnaire, à l'expiration du contrat.

10. Le droit de la concurrence peut néanmoins être appliqué à la procédure d'autorisation d'occupation du domaine public autoroutier par le juge administratif qui a le pouvoir d'apprécier les actes et les conventions ou les clauses des conventions au regard des règles posées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce (Conseil d'Etat, 1999, *société EDA contre Aéroports de Paris*).
11. Les considérations précédentes ne font toutefois pas obstacle à ce que le Conseil de la concurrence, consulté dans le cadre de l'article L. 462-1 du code de commerce qui lui permet de donner un avis «*sur toute question de concurrence*» à des organisations professionnelles, réponde à la demande de l'ASFA

ANALYSE CONCURRENTIELLE

12. L'exploitation d'une station-service revêt la forme juridique d'une autorisation temporaire d'occuper le domaine public autoroutier, accordée à l'entreprise exploitante par la société d'autoroute. Le code du domaine et le code de la voirie n'imposent aucune procédure particulière à l'autorité gestionnaire du domaine pour le choix d'un occupant temporaire ; en particulier, les procédures des marchés publics ou des délégations de service public ne sont pas applicables.
13. Les seules contraintes, pour les SEMCA, portent sur la publicité préalable lorsqu'il s'agit de contrats d'un montant supérieur à 230 000 €HT, en application des articles 9 et 10-1 de la loi du 3 janvier 1991 sur le pouvoir adjudicateur en matière de marchés publics de service et sur une sélection des exploitants après mise en concurrence et l'approbation préalable du cocontractant choisi et du projet de contrat par le ministre chargé de la voirie (dispositions prévues à l'article 30 du cahier des charges des sociétés d'autoroutes). Les modalités et la procédure d'organisation de la mise en concurrence, les conditions particulières imposées aux candidats et les éventuels critères de choix sont, en revanche, laissés à l'initiative de chaque société d'autoroute.
14. Dans ce contexte juridique, la concertation envisagée par les quatre SEMCA porte sur la définition en commun, au vu des réponses reçues aux appels d'offres, de la place globale à accorder aux enseignes de la grande distribution sur les quatre réseaux autoroutiers, puis dans un second temps, sur les attributions individuelles de stations sur chaque tronçon.
15. Au regard de l'article 81 du traité européen comme du droit national, seules sont interdites les actions concertées portant atteinte au libre jeu de la concurrence sur un marché. En l'occurrence, la concertation entre les SEMCA ou par le biais de leur association irait au-delà de la définition de principes communs pour le renouvellement des exploitants de station-service, puisqu'un quota de stations à réserver à la grande distribution, aux dépens des groupes pétroliers, devrait être déterminé conjointement par les quatre sociétés d'autoroutes. Cette démarche s'analyse ainsi comme une action concertée tendant à limiter l'accès au marché pour une catégorie d'opérateurs, qui pourrait relever de l'article L. 420-1 du code de commerce ou de l'article 81 paragraphe 1 du Traité.
16. Mais, comme le relève la demande d'avis, les mesures restrictives, envisagées par les sociétés d'autoroute lors de l'attribution des autorisations domaniales, auraient pour but d'améliorer la concurrence entre les prestataires opérant sur le domaine autoroutier et seraient susceptibles de bénéficier des dispositions de l'article L. 420-4 du code de commerce aux termes duquel les dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2, ne sont pas applicables aux pratiques anticoncurrentielles «*dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique*».

17. En préalable, le Conseil rappelle que les avis qu'il rend sur l'application éventuelle des dispositions de l'article L. 420-4, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, ne constituent pas des exemptions, ni des refus d'exemption, de pratiques interdites par le droit de la concurrence, au sens de l'article 81, paragraphe 3, du traité européen, dès lors qu'il n'existe pas, dans le droit national, de procédure équivalente à l'exemption communautaire. Seuls une procédure contentieuse ou un avis contradictoire rendu à la demande d'une juridiction en application de l'article L. 462-3 du code de commerce, seraient susceptibles de déterminer la position du Conseil sur la possibilité d'accorder aux pratiques en cause le bénéfice des dispositions de l'article L. 420-4 susvisé.
18. Toutefois, dans le cadre d'une analyse générale, il convient de rappeler que la reconnaissance du bénéfice des dispositions de l'article L. 420-4 susvisées est subordonnée par la jurisprudence, outre la démonstration du progrès économique allégué, à trois conditions : le partage équitable du bénéfice du progrès économique entre l'ensemble des parties prenantes y compris le consommateur final, le maintien d'une concurrence substantielle sur le marché en cause et le caractère indissociable du progrès évoqué et des pratiques restrictives de concurrence.
19. Le Conseil constate que la structuration du marché de la vente des carburants sur les autoroutes est tributaire du choix des opérateurs réalisé par les sociétés d'autoroutes lorsqu'elles attribuent les autorisations d'occupation du domaine public. La situation de la concurrence et les prix de vente aux automobilistes dépendent, donc, directement des décisions administratives prises par les SEMCA en matière de gestion domaniale.
20. Lors de sa décision relative à la concentration TotalFina-Elf de 2000, la Commission européenne a estimé que la vente des carburants sur autoroute constituait, en France, un marché national spécifique qui se caractérisait par un déficit concurrentiel. Cette situation s'explique par la concentration du marché entre quatre groupes pétroliers, avec une position dominante détenue par l'ensemble TotalFina-Elf, ainsi que par une structure de marché peu incitative au développement d'une concurrence par les prix du fait de la stabilité de la demande, de la grande transparence des prix de détail, de l'identité des cahiers des charges des stations-services et d'un accès au marché réduit aux rares créations de nouvelles stations et aux renouvellements à très long terme (en général à échéance de 30 ans ou plus) des autorisations pour les stations existantes.
21. L'expérience met en évidence le poids de la structure oligopolistique du marché de la distribution des carburants sur autoroute et montre qu'une diversification des exploitants de station-service se traduit par un développement de la concurrence sur les prix de vente et une croissance globale des ventes. Dans sa décision, la Commission relevait que la seule station à cette date, exploitée par un grand distributeur, avait permis d'avoir, sur le plan local, des prix de vente bien inférieurs : *« Ce fort différentiel de prix n'empêche apparemment pas cette station-service de dégager des profits alors qu'elle connaît des coûts similaires à ceux des autres stations-services sur autoroute. (...) Ces différences de prix indiquent que les prix sur autoroute sont probablement plus élevés que dans une situation purement concurrentielle »*.
22. Le Conseil a également relevé dans sa [décision n° 03-D-17](#) du 31 mars 2003, relative au marché de la distribution des carburants sur autoroute, que *« L'exemple des prix pratiqués par la station Leclerc sur l'A31, comme celui des prix pratiqués par Carrefour implanté sur l'autoroute depuis mai 2001, démontrent qu'une baisse de prix peut entraîner une augmentation très importante des volumes vendus (61,2 % pour le SSP 95, 37,4 % pour le SSP 98, 29,6 % pour le gazole, de décembre 2000 à décembre 2001, pour les stations*

reprises par Carrefour), et relativisent les mesures fournies sur la faible élasticité prix de la demande de carburants sur autoroute ».

23. Il a encore noté, dans la même décision, que plusieurs déclarations contredisent les affirmations des groupes pétroliers dominants sur le marché des autoroutes selon lesquelles il ne serait pas rationnel de pratiquer des prix plus bas. Le directeur général du groupe Dyneff déclare ainsi : *"Je dirais que les prix élevés sur autoroute sont le résultat d'une "mauvaise tradition" des compagnies pétrolières, qui pensent que l'automobiliste est captif et qu'elles peuvent en abuser. (...) Il me semble que les compagnies pétrolières font un mauvais calcul. Elles devraient baisser le prix des carburants et l'automobiliste s'arrêterait plus volontiers dans la station, irait dans la boutique et consommerait plus".* Le directeur général adjoint d'Agip affirme également : *" Si la situation était normale, une politique de recherche de volumes entraînerait des baisses de prix sur l'autoroute".* De même, le président de la société Avia Autoroutes assure : *"Depuis quelques mois, nous avons réduit volontairement notre marge brute, qui est aujourd'hui de 55 centimes par litres, et nous avons donc baissé nos prix. L'année dernière, au début de l'année, notre marge était de 80 centimes. Je pense que la marge est plus ou moins identique pour toutes les compagnies pétrolières. Seul, Leclerc a des marges plus faibles, mais on ne peut pas dire que sa station ait beaucoup d'impact sur la concurrence. Une seule station ne suffit pas pour faire bouger les choses. En revanche, il me semble qu'avec les 17 stations cédées à Carrefour, la situation va changer. Les pétroliers vont devoir baisser leur marge avant l'arrivée de Carrefour qui a annoncé d'ores et déjà qu'il serait 40 centimes moins cher."*
24. Cette possibilité de baisse des prix et d'augmentation des volumes vendus, contredisant l'affirmation habituelle sur la faible élasticité-prix de la demande de carburant sur autoroute, a été confirmée, lors de la séance relative à l'examen du présent avis, par l'AFSA qui a indiqué qu'à la suite de la reprise par la grande distribution de 17 stations Total-ELF et de la baisse des prix dans ces stations, les volumes de carburants vendus sur autoroutes en France avaient augmenté de 10 % en 2002, alors qu'ils étaient stables depuis plusieurs années.
25. Cet effet positif pourrait être amplifié par une augmentation du nombre de stations-services gérées par la grande distribution. Même après les cessions imposées par la Commission à Total-ELF, la répartition des stations-services reste, en effet, très concentrée entre quatre groupes pétroliers. Le Conseil notait, dans sa [décision n° 03-D-17](#) susvisée, que ces groupes exploitaient 80 % des 403 stations-services du réseau autoroutier français en 2001, le plus important d'entre eux détenant une part de marché de 36 %, alors que les deux enseignes de distribution présentes ne détenaient ensemble que 19 stations.
26. Pour que cette diversification qui constitue un facteur important pour le développement de la concurrence produise tous les effets attendus, il convient aussi que la répartition des différentes enseignes au fil des réseaux autoroutiers soit suffisamment équilibrée. L'objectif est d'éviter qu'une même enseigne contrôle des stations successives sur un même itinéraire ou qu'une station attribuée à un nouvel entrant se retrouve isolée entre des stations d'un opérateur dominant.
27. Sur ces points, le constat établi par la Commission à propos de la concentration TotalFina-ELF reste valable : *« La présence de doublons et de stations intercalées entre deux stations Total-Fina/ELF permettrait à cette dernière de cibler des actions de repréailles contre un concurrent sans pour autant affecter l'efficacité des autres concurrents. L'exemple des prix facturés par la station Leclerc démontre qu'une station a un impact direct sur les prix facturés par les deux stations immédiatement adjacentes et plus particulièrement sur la station suivante. Ainsi, si un concurrent décidait d'accroître la concurrence par les prix, il*

serait dans l'incertitude d'être suivi par les autres et risquerait de voir Total-Fina/ELF exercer des représailles sélectives contre une partie substantielle de ses stations-service ».

28. A long terme, l'efficacité concurrentielle de la grande distribution sur le marché de la vente de carburant sur autoroute est ainsi conditionnée, pour partie, à la possibilité de développer un réseau d'envergure nationale, qui s'avère nécessaire pour faire face aux contraintes de fonctionnement permanent et de ravitaillement, et pour répondre à la demande des clients professionnels disposant de cartes d'abonnement, inhérentes à l'activité de station-service sur autoroute. La Commission soulignait, dans sa décision Total-ELF, que même à long terme les perspectives de développement sur ce marché pour de nouveaux opérateurs restaient limitées : *« L'entrée sur le marché dépend de l'offre par les gestionnaires d'autoroutes de nouvelles concessions. Il est très improbable que de nouvelles aires soient créées sur les autoroutes existantes. De plus, la plupart des concessions arrivent à échéance après 2005 ».*
29. Les SEMCA, en voulant tirer parti de la remise en jeu de 62 stations-services en 2005 pour renforcer le jeu de la concurrence sur le marché français de la vente de carburant sur les autoroutes, pourraient donc se prévaloir de la recherche d'un progrès économique dont une part équitable serait réservée aux consommateurs. En effet, le progrès économique dégagé par la concertation profiterait d'abord aux enseignes attributaires, aux sociétés d'autoroute, sous la forme d'une hausse du produit de la redevance carburant, qui est calculée sur les volumes vendus, mais surtout aux automobilistes, avec la baisse attendue des prix de vente au détail des carburants sur les autoroutes françaises.
30. La concertation entre sociétés d'autoroute pour fixer et appliquer des quotas de stations réservés aux nouveaux concurrents devrait permettre de pérenniser la position de la grande distribution comme opérateur alternatif par la constitution d'un réseau pour la vente de carburant sur les autoroutes qui soit cohérent et suffisamment important, sans barrer l'accès à ce marché aux groupes pétroliers aujourd'hui fortement représentés. Dès lors que le moyen utilisé consisterait en l'introduction de nouveaux opérateurs sans évincer les actuels titulaires, les SEMCA pourraient également soutenir que leur action ne donnerait pas aux entreprises bénéficiaires de la concertation la possibilité d'éliminer la concurrence et qu'elle serait, au contraire, favorable à l'instauration d'une concurrence effective sur le marché.
31. Enfin, les SEMCA soutiennent qu'une concertation entre elles, préalablement à l'attribution des sites pour les quatre réseaux, est indispensable pour aboutir au résultat souhaité et que la mise en concurrence par une multiplicité d'appels d'offres non coordonnés ou par un allotissement national, ne permettrait pas, à elle seule, d'atteindre cet objectif. Au vu de la technicité des différents appels d'offres et de la spécificité des différents tronçons concernés par le renouvellement des concessions, le Conseil n'est pas en mesure de se prononcer en pleine connaissance de cause sur le caractère indispensable de la solution défendue par l'AFSA et rappelle que la démonstration de l'absence de mesures alternatives pour obtenir un progrès économique équivalent, reste, dans le cadre d'une procédure contentieuse, à la charge des promoteurs de la concertation.
32. Le Conseil souligne, enfin, qu'au-delà des mesures envisagées par les SEMCA et l'AFSA, d'autres dispositions favorables au développement de la concurrence méritent d'être prises en considération, comme une réduction de la durée des contrats d'occupation domaniale, notamment lorsque le titulaire de l'autorisation n'a pas à construire et à amortir des installations ou une évolution de l'assiette de la redevance payée par les stations-services prenant en compte tout ou partie du chiffre d'affaires réalisé, à la place ou à côté des volumes vendus.

33. D'une manière générale, les critères de choix des titulaires des contrats d'occupation du domaine autoroutiers devraient être plus favorables aux candidats prêts à mener une politique de prix concurrentiels, ce qui devrait passer par une plus grande liberté de négociation des modalités de calculs de la redevance.

CONCLUSION

34. La concertation envisagée entre les quatre SEMCA sur les conditions d'attribution des stations-services remises en jeu sur leurs réseaux autoroutiers ne peut faire l'objet de la part du Conseil, saisi d'une simple demande d'avis, ni d'une qualification de leur éventuel caractère anticoncurrentiel ni d'une réponse formelle sur la possibilité d'une exemption au titre de l'article L. 420-4 du code de commerce. Ces appréciations, portant en outre sur des actes de gestion par ces sociétés de leur domaine public, ressortiraient de la compétence du juge administratif dans le cadre d'une procédure contentieuse.
35. Néanmoins, le Conseil de la concurrence relève que si les restrictions d'accès à un marché telles que celles présentées par l'AFSA constituent par nature des pratiques anticoncurrentielles, les conditions de la concertation envisagée entre les SEMCA et l'objectif recherché rendraient possible le bénéfice de l'exemption ouverte par l'article L. 420-4/2° du code de commerce, dès lors que la vraisemblance du progrès économique est forte, que la répartition du profit apporté entre les acteurs concernés est assurée, que la concurrence serait renforcée et non pas éliminée par la concertation et qu'il n'est pas exclu que la pratique envisagée soit nécessaire pour atteindre le progrès économique recherché et proportionnée à la réalisation de cet objectif.

Délibéré sur le rapport oral de M. Debrock, par Mme Hagelsteen, présidente, MM. Jenny et Nasse, vice-présidents.

Le rapporteur général,
Thierry Dahan

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen