

Avis n° 2018-054 du 9 juillet 2018

relatif au projet de septième avenant à la convention de concession passée entre l'Etat et la société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc (ATMB) en vue de la construction, de l'entretien et de l'exploitation de l'autoroute B41 entre Gaillard et Le Fayet et de l'autoroute A42 entre Annemasse et Châtillon-de-Michaille approuvée par décret du 2 décembre 1977 et au cahier des charges annexé à cette convention

L'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ci-après « l'Autorité »),

Saisie pour avis par les ministres en charge de la voirie routière nationale et de l'économie d'un dossier enregistré au greffe le 23 avril 2018 et déclaré complet le même jour en application de l'article 49 du règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu le code de la voirie routière, notamment ses articles L. 122-4, L. 122-8 et L. 122-10 ;

Vu la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, notamment son article 32 ;

Vu le décret du 2 décembre 1977 approuvant la convention de concession en vue de la construction, de l'entretien et de l'exploitation de l'autoroute B 41 entre Gaillard et Le Fayet et de l'autoroute A 42 entre Annemasse et Châtillon-de-Michaille, ensemble les décrets des 26 juin 1985, 30 juin 1989, 12 avril 1991, 30 septembre 1993, 30 décembre 2000 et 28 avril 2010 approuvant les avenants à cette convention et au cahier des charges annexé ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 9 juillet 2018 ;

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. CONTEXTE

1.1. Cadre juridique

1. Conformément à l'article L. 122-7 du code de la voirie routière, l'Autorité veille au bon fonctionnement du régime des tarifs de péage autoroutier. A cet égard, elle est consultée, en application de l'article L. 122-8 du même code, « *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* ».
2. Dans le cadre de son avis, rendu dans un délai de 3 mois à compter de la saisine, l'Autorité vérifie notamment le respect de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, lequel définit les conditions dans lesquelles, par dérogation au principe de gratuité de l'usage des autoroutes, un péage peut être institué en vue d'assurer la couverture totale ou partielle des dépenses de toute nature liées à la construction, à l'exploitation, à l'entretien, à l'aménagement ou à l'extension de l'infrastructure ainsi que, en cas de délégation des missions de service public autoroutier, la rémunération et l'amortissement des capitaux investis par le délégataire.

1.2. Caractéristiques du projet

3. Par courrier enregistré le 23 avril 2018 au greffe de l'Autorité, les ministres chargés de la voirie routière nationale et de l'économie ont saisi l'Autorité d'un projet de septième avenant à la convention de concession passée entre l'Etat et la société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc (ATMB) en vue de la construction, de l'entretien et de l'exploitation de l'autoroute B 41 entre Gaillard et Le Fayet et de l'autoroute A 42 entre Annemasse et Châtillon-de-Michaille approuvée par décret du 2 décembre 1977 et au cahier des charges annexé à cette convention.
4. Ce projet d'avenant a pour objet exclusif de compléter l'article 25.2 du cahier des charges annexé à la convention de concession, relatif aux tarifs de péage, pour y prévoir l'insertion d'un alinéa instituant, pour la période 2019-2023 incluse, une majoration annuelle de 0,31 % de l'évolution des tarifs de péage applicables aux véhicules de la classe 1. Par l'effet de l'application des coefficients interclasse dont les niveaux sont inchangés, ces hausses tarifaires s'appliquent dans les mêmes proportions aux tarifs de péage des autres classes de véhicules circulant sur le réseau autoroutier concédé à la société ATMB.
5. Ces hausses tarifaires supplémentaires visent à compenser intégralement, pour le passé et les années restant à courir de la concession¹, la charge nouvelle pour la société ATMB résultant de la modification apportée par le décret n° 2013-436 du 28 mai 2013² (ci-après « le décret du 28 mai 2013 ») à la formule de calcul de la redevance domaniale à laquelle elle est assujettie en sa qualité de société concessionnaire d'autoroute en application de l'article R. 122-48 du code de la voirie routière. Conformément à cet article, chaque société concessionnaire d'autoroutes verse annuellement à l'Etat une redevance en contrepartie de l'occupation du domaine public, dont le montant est assis d'une part, sur la valeur locative des voies autoroutières exploitées par le concessionnaire, d'autre part, sur le montant du chiffre d'affaires réalisé par celui-ci au titre de son activité de concessionnaire d'autoroutes sur le domaine public national. Le décret du 28 mai 2013 porte de 0,015 à 0,055 le coefficient multiplicateur de la composante relative au chiffre d'affaires. Pour la société ATMB, la majoration de la redevance domaniale qu'ont vocation à couvrir les

¹ L'échéance de la concession est fixée par la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports au 31 décembre 2050.

² Décret n° 2013-436 du 28 mai 2013 modifiant la redevance due par les sociétés concessionnaires d'autoroutes pour occupation du domaine public

majorations tarifaires objet du projet d'avenant est estimée à [1 - 2] M€ actualisés par an (hors impact sur la fiscalité).

6. Les ministres se fondent sur l'application de la théorie du fait du prince pour justifier la compensation intégrale de cette hausse de la redevance domaniale au bénéfice de la société concessionnaire.

2. ANALYSE

7. Au regard des dispositions qui précèdent, il appartient à l'Autorité d'apprécier dans quelle mesure le projet d'avenant respecte les principes posés à l'article L. 122-4 du code de la voirie routière.
8. Compte tenu de l'objet du projet d'avenant rappelé ci-dessus, l'Autorité s'attachera en premier lieu à vérifier si la convention de concession de la société ATMB et le cahier des charges annexé autorisent le concessionnaire à bénéficier d'une compensation dans l'hypothèse d'une hausse de la redevance domaniale (2.1). Dans l'affirmative, elle examinera, en deuxième lieu, dans quelles proportions et selon quelles modalités une telle compensation peut être envisagée (2.2). Elle appréciera, en dernier lieu, le niveau des hausses tarifaires proposées dans le projet d'avenant (2.3).
9. L'Autorité précise que chaque contrat de concession conclu entre l'Etat et les sociétés concessionnaires d'autoroutes est unique et organise un partage de risques spécifique entre le concédant et le délégataire. Par conséquent, les appréciations portées dans le cadre du présent avis ne valent qu'en tant qu'elles concernent spécifiquement la société ATMB et le projet d'avenant au contrat de concession dont elle est titulaire. Leur portée ne saurait excéder ce cadre strict d'analyse.

2.1. Sur les dispositions du contrat de concession de la société ATMB et l'ouverture d'un droit à compensation au titre d'une hausse de la redevance domaniale

10. La redevance domaniale autoroutière instituée par décret n° 97-606 du 31 mai 1997³ (ci-après « le décret du 31 mai 1997 ») et modifiée par décret du 28 mai 2013 précité ne présente pas le caractère d'une imposition, mais constitue une charge d'exploitation⁴. En effet, « *le versement de la redevance pour occupation du domaine qui est une condition posée par la législation à l'exploitation de ce domaine au concessionnaire et donc à l'exercice de sa mission constitue une charge d'exploitation. Elle est donc susceptible d'être répercutée sur l'usager* »⁵.
11. En tant que telle, cette redevance domaniale relève du champ d'application de l'article 21 – « Dispositions générales du financement » du cahier des charges annexé à la convention de concession conclue entre l'Etat et la société ATMB, lequel prévoit que « *la société concessionnaire assure à ses risques et périls le financement de la construction, de l'exploitation, de la maintenance et de l'entretien des ouvrages de la concession dans les conditions fixées par la convention de concession et le présent cahier des charges* ».
12. Si le contrat de concession de la société ATMB règle les dispositions à adopter par les parties, par exemple dans l'hypothèse d'une modification substantielle ou de la création d'une réglementation technique après l'entrée en vigueur du contrat⁶, aucune stipulation contractuelle de ce type n'est prévue s'agissant du traitement des conséquences qui résulteraient d'une modification de la réglementation relative à la redevance domaniale.

³ Décret n° 97-606 du 31 mai 1997 instaurant une redevance due par les sociétés concessionnaires d'autoroutes pour occupation du domaine public et modifiant le code de la voirie routière.

⁴ CE, 28 juillet 1999, *Compagnie financière des autoroutes*, n° 189412, pub. au Leb. ; CE, 16 décembre 2013 *Société ESCOTA*, n° 369304.

⁵ Conclusions Agnès Daussun sous CE, 22 juillet 1999, *Compagnie financière des autoroutes*, n° 189412.

⁶ Article 31 du cahier des charges « Modification de la réglementation technique ».

13. Aucune autre stipulation du contrat ne pouvant par ailleurs être interprétée comme valant renonciation de la société ATMB au bénéfice de l'application des théories jurisprudentielles applicables en matière de droit des contrats publics, la société ATMB ne saurait être privée, par principe, du droit à bénéficier d'une compensation de la nouvelle charge induite par la modification de la formule de calcul de la redevance domaniale par des hausses additionnelles des tarifs de péage. Cette compensation suppose toutefois que la théorie du fait du prince, invoquée par les ministres pour justifier cette compensation, trouve à s'appliquer en l'espèce.

2.2. Sur l'application de la théorie du fait du prince

14. Le fait du prince constitue une des hypothèses d'engagement de la responsabilité sans faute de la personne publique dans le cadre des contrats administratifs qu'elle conclut avec des tiers.
15. Cette théorie jurisprudentielle repose sur le principe selon lequel, dans la mesure où la collectivité publique contractante ne peut renoncer à ses compétences, l'administration peut être amenée à prendre des mesures individuelles modifiant le contrat ou à modifier des réglementations en vigueur postérieurement à la conclusion du contrat. L'exercice régulier, par l'administration contractante, de ses prérogatives extracontractuelles de puissance publique peut ainsi conduire à modifier les conditions d'exécution du contrat initialement envisagées, voire à entraîner une inexécution de celui-ci. Si une telle modification cause un préjudice anormal et spécial au cocontractant, celui-ci a droit à être indemnisé.
16. La jurisprudence fait une application particulièrement restrictive de la théorie du fait du prince, ainsi que l'a souligné la doctrine étudiant le principe de mutabilité des contrats administratifs. Si son corollaire réside bien dans le droit indemnitaire au rétablissement de l'équilibre contractuel, les auteurs relèvent que cette notion « *conduit souvent à des simplifications abusives. (...) [L']Administration n'est pas obligée de compenser n'importe quel déséquilibre ou, pour reprendre une expression, souvent utilisée, (...) elle n'est pas « l'assureur » de son cocontractant*⁷ ».
17. Trois conditions cumulatives sont posées par le juge pour reconnaître l'existence d'un fait du prince et l'ouverture d'un droit à indemnisation du cocontractant. L'acte administratif doit d'abord être imputable à l'administration contractante. Il doit ensuite être imprévisible au moment de la conclusion du contrat. Enfin, l'obtention par le cocontractant d'une compensation intégrale du préjudice subi ne peut être envisagée que si l'acte administratif a modifié l'équilibre du contrat, causant au cocontractant un préjudice anormal et spécial.

2.2.1. Sur l'imputabilité de l'acte administratif à l'administration contractante

18. En premier lieu, le fait dommageable constitutif d'un fait du prince doit être imputable à la personne publique contractante⁸. Il peut résulter, par exemple, d'une loi⁹ ou d'un acte réglementaire¹⁰.
19. En l'espèce, cette condition est respectée dès lors que le décret du 28 mai 2013 a été adopté par l'Etat, qui est par ailleurs signataire, en qualité d'autorité concédante, du contrat de concession conclu avec la société ATMB.

⁷ « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », Etude par Lucien Rapp, *Revue Contrats et Marchés publics*, juillet 2008.

⁸ Le juge a toujours refusé l'application de la théorie du fait du prince lorsque la mesure n'a pas été prise par l'autorité contractante CE, 20 octobre 1971, *Compagnie chemin de fer de Bayonne à Biarritz*, n° 79315, pub. au Leb.

⁹ CE, 28 avril 1939, *Compagnie des chemins de fer de l'Ouest*, RDP 1940, p. 50.

¹⁰ CAA Paris, 23 juillet 1991 *Société COFIROUTE*, n° 89PA01566, mentionné aux tables.

2.2.2. Sur le caractère imprévisible de la mesure à la date de conclusion du contrat

20. En deuxième lieu, la mesure ne devait pas être prévisible au moment de la conclusion du contrat¹¹. Cette condition est appréciée strictement par la jurisprudence¹². S'agissant du secteur autoroutier, la Cour administrative d'appel de Paris a ainsi considéré, dans des circonstances proches de la présente espèce, que les mesures fixées par l'arrêté du 7 mars 1975 visant à soumettre les tarifs de péage autoroutier au contrôle des prix prévu par l'ordonnance du 30 juin 1945 étaient envisageables à la date de signature du contrat de concession intervenue en 1970, en l'absence de toute disposition législative excluant les tarifs de péage autoroutiers du champ d'application de cette ordonnance¹³. Au surplus, l'application effective des mesures en cause était connue lors de la passation d'un avenant au contrat de concession postérieurement à l'entrée en vigueur de l'arrêté de 1975 sans qu'à cette date la société n'en ait contesté l'application. La Cour en a conclu que le plafonnement des tarifs de péage institué par l'arrêté du 7 mars 1975 « [n'avait] pu modifier l'état des choses en fonction duquel les parties avaient traité ».
21. En l'espèce, l'Autorité relève tout d'abord que le cadre juridique de la redevance domaniale autoroutière instituée par le décret du 31 mai 1997 repose sur les dispositions générales régissant les conditions d'occupation du domaine public, qui préexistaient à la date de signature du contrat de concession de la société ATMB en 1977 et qui n'excluaient pas les sociétés concessionnaires d'autoroutes de leur champ d'application.
22. En effet, dans son avis d'Assemblée générale du 28 mars 1997 relatif à la possibilité d'assujettir les sociétés concessionnaires d'autoroutes à une redevance pour occupation du domaine public, le Conseil d'Etat a justifié l'institution par décret d'une telle redevance en se fondant sur les dispositions de l'article L. 28 du code du domaine de l'Etat, qui pose le principe d'une autorisation pour « occuper une dépendance du domaine public national ou l'utiliser dans des limites qui excèdent le droit d'usage qui appartient à tous » et de l'article L. 29 du même code, qui prévoit que la délivrance de l'autorisation est subordonnée au paiement d'une redevance¹⁴. C'est sur le fondement de ces mêmes dispositions législatives, désormais reprises aux articles L. 2122-1 et L. 2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques, que le Conseil d'Etat, dans sa décision *Cofiroute* du 28 juillet 1999 a conclu, après avoir constaté que les sociétés concessionnaires occupent le domaine public routier national pour l'exercice de la concession, à la légalité du décret du 31 mai 1997 instituant et mettant à la charge des sociétés concessionnaires une redevance d'occupation du domaine public¹⁵.
23. Ensuite, l'Autorité relève que conformément à l'article R. 56 du code du domaine de l'Etat, désormais repris à l'article L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques, le montant de la redevance domaniale instituée par décret du 31 mai 1997 a été fixé en tenant compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation d'occupation du domaine¹⁶. Ces dispositions, qui préexistaient à la signature du contrat de concession entre l'Etat et la société ATMB, conduisent nécessairement à reconnaître à la redevance domaniale un caractère évolutif, eu égard au lien existant entre le montant de la redevance domaniale acquitté par l'occupant du domaine et les avantages qu'il retire de cette occupation.
24. Ainsi que l'a rappelé le Conseil d'Etat dans sa décision du 13 décembre 2013, l'Etat dispose, en sa qualité de propriétaire du domaine, du pouvoir de définir et de modifier par voie réglementaire le montant de la redevance due pour occupation du domaine public. La volonté d'assurer une meilleure

¹¹ « Si le fait du prince pouvait normalement avoir été prévu au moment de la conclusion du contrat, il est à présumer que le cocontractant l'aurait pris en considération, notamment pour l'établissement du prix », v. Ph. Terneyre, in : « Répertoire Dalloz de la responsabilité de la puissance publique – Responsabilité contractuelle », Avril 2012, § 223.

¹² CE, 15 décembre 1922, *Ville de Rennes*, Leb. p. 945 ; CE 15 juillet 1949, *Ville d'Elbeuf*, Leb. p. 358 ; CE, 7 mai 1982 *Société SOGEPARC-Paris*, n° 19358.

¹³ CAA Paris, 23 juillet 1991 *Société COFIROUTE*, préc.

¹⁴ CE, Avis d'Assemblée générale (section des travaux publics) du 28 mars 1997, n° 360333

¹⁵ CE, 22 juillet 1999, *Compagnie financière des autoroutes*, préc.

¹⁶ Article L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques : « La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation. »

exploitation du domaine public fait partie des motifs pouvant justifier une évolution du montant de la redevance, dans le respect des dispositions précitées de l'article L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques¹⁷.

25. En outre, l'hypothèse d'une modification du montant de la redevance pour tenir compte des avantages retirés par son occupant conformément à l'article L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques est d'autant plus probable dans le secteur des concessions autoroutières que les contrats sont conclus pour une durée particulièrement conséquente. Les concessionnaires d'autoroutes, partenaires avertis des règles applicables en matière de contrats administratifs et qui opèrent à leurs risques et périls, ne sauraient ignorer le cadre juridique ci-dessus rappelé.
26. A cet égard, il convient de rappeler que, dans sa décision *Société ESCOTA* du 16 décembre 2013¹⁸, le Conseil d'Etat a écarté la faculté pour les sociétés concessionnaires d'autoroutes de se prévaloir d'une espérance légitime à la stabilité de la redevance d'occupation du domaine public qu'elles acquittent. Comme l'observait le rapporteur public dans ses conclusions sous cette décision, « *l'augmentation des redevances d'occupation du domaine public est, dans une certaine mesure, un aléa normal dans le cadre des concessions autoroutières* »¹⁹.
27. Enfin, l'Autorité observe que l'ensemble des règles relatives au régime et à la fixation du montant de la redevance domaniale due par les sociétés concessionnaires d'autoroutes pour occupation du domaine public, ainsi que les positions prises par le Conseil d'Etat relatives au régime juridique applicable à cette redevance, étaient nécessairement connues de la société ATMB lorsqu'elle a conclu les avenants approuvés par décrets du 30 décembre 2000 et 28 avril 2010.
28. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que l'évolution du montant de la redevance domaniale autoroutière n'était pas imprévisible au moment de la signature du contrat de concession avec la société ATMB.

2.2.3. Sur l'impact de la mesure sur l'équilibre du contrat ouvrant droit à réparation intégrale du dommage subi par le cocontractant

29. Enfin, la théorie du fait du prince n'ouvre en principe droit à indemnisation que si la mesure en cause porte atteinte à l'objet essentiel du contrat²⁰ ou à un élément essentiel en fonction duquel celui-ci a été conclu²¹. Ainsi, la cour administrative d'appel de Paris a écarté la demande d'indemnisation sur le fondement de la théorie du fait du prince présentée par la société Cofiroute en relevant que l'arrêté du 7 mars 1975, qui fixait de manière générale les modalités d'application du contrôle des prix aux péages d'autoroutes, n'avait pas porté atteinte à l'objet même du contrat²².
30. En l'espèce, l'Autorité relève que, si le fondement de la redevance domaniale acquittée par la société ATMB est bien lié à l'objet de la concession, ce dernier ne saurait se réduire à l'occupation du domaine public. En outre, la redevance domaniale ne constitue pas le seul paramètre financier du contrat ni même l'un des paramètres financiers essentiels de celui-ci²³. Dès lors, la seule existence d'un lien entre la redevance domaniale et l'objet de la concession ne paraît pas, à elle seule, suffire à considérer que cette redevance – ou l'absence de celle-ci – aurait constitué une donnée déterminante lors de la conclusion du contrat.

¹⁷ CE, 16 décembre 2013, *Société ESCOTA*, préc.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Conclusions Bertrand Dacosta sous CE, 16 décembre 2013, *Société ESCOTA*, n° 369304.

²⁰ CE, 28 avril 1939, *Compagnie des chemins de fer de l'Ouest*, préc. ; 25 janvier 1963, *Société des Alcools du Vexin*, *Leb.* p. 50 ; 29 décembre 1997 *Société civile Néopolders*, n° 146753.

²¹ CAA Paris, 25 mai 1993, *Société RENOVECO*, n° 91PA00863, mentionné aux tables.

²² CAA Paris 23 juillet 1991, *Société COFIROUTE*, préc.

²³ Conclusions Bertrand Dacosta sous CE, 16 décembre 2013, *Société ESCOTA*, préc.

31. En tout état de cause, et quand bien même la mesure toucherait à un élément essentiel du contrat, l'ouverture d'un droit à compensation n'est reconnue par le juge qu'à la condition que cette mesure modifie, au-delà des prévisions raisonnables des parties lors de la conclusion du contrat²⁴, l'équilibre financier ou l'économie générale de ce dernier²⁵ et que cette modification entraîne pour le cocontractant un préjudice anormal et spécial²⁶.
32. Ainsi, la jurisprudence écarte l'application de la théorie du fait du prince pour des mesures n'ayant qu'une simple « incidence »²⁷ sur la fréquentation d'un parc de stationnement concédé ou qui se limiteraient à créer des « difficultés »²⁸ dans l'exploitation du service public concédé.
33. En l'absence de critères prédéterminés permettant de considérer que la condition liée à l'impact sur l'équilibre du contrat est respectée, le juge apprécie au cas par cas si les modifications des conditions d'exploitation induites par la mesure sont de nature à modifier l'équilibre de la concession. Il recherche par exemple si ces changements sont susceptibles d'entraîner « *une remise en cause significative du bénéfice global [que le cocontractant] pouvait normalement en attendre* »²⁹ ou si la mesure conduit à diminuer la rentabilité de la concession pour le cocontractant. Sur ce dernier point, il convient de relever que le constat d'une simple diminution des profits ne suffit pas³⁰ : la mesure doit entraîner une hausse des coûts de l'exécution qui dépasse la marge de hausse éventuelle que le cocontractant pouvait anticiper comme constituant un risque normal³¹. Il a ainsi été jugé, en matière de marchés publics, que les charges supplémentaires représentant 3 %³² ou 5 %³³ du montant du contrat ne constituaient pas un bouleversement de l'équilibre financier de celui-ci. Le juge a également considéré, s'agissant d'un cas d'augmentation du taux de la redevance domaniale, que celle-ci n'aura pas pour conséquence de compromettre de manière significative l'équilibre financier du contrat arrêté antérieurement par les parties dès lors que « *les simulations produites attestent que, eu égard à la très forte rentabilité de l'activité de la société, le bénéfice net (...) et par conséquent, dans les conditions actuelles d'exploitation de ladite société, la rémunération des actionnaires, resteront en tout état de cause largement positifs* »³⁴.
34. En l'espèce, les éléments transmis à l'Autorité dans le cadre de l'instruction du projet de septième avenant à la convention de concession d'ATMB se limitent à apprécier la hausse de la redevance domaniale au regard du résultat courant de la concession et des dividendes distribués par la société.
35. Il ressort ainsi des éléments du dossier que la hausse de la redevance domaniale « *représente environ [0 - 5] % du résultat courant de la concession de l'A40 (sur la base des chiffres 2016) ou encore [0 - 5] % des dividendes distribués ces dernières années* ». Si les informations économiques et financières dont l'Autorité dispose ne la conduisent pas à contester l'ordre de grandeur de ces chiffres, il n'apparaît pas que ces deux indicateurs soient, à eux-seuls, de nature à caractériser une modification de l'équilibre du contrat de concession.
36. D'une part, les dividendes distribués, qui ne constituent qu'un des éléments permettant d'apprécier la rentabilité, pour les seuls actionnaires, du capital investi dans la concession, ne constituent pas,

²⁴ CE 25 février 1949, *Ville de Melun*, n° 75173, *Leb.* p. 94.

²⁵ CE 16 décembre 2013, *Société ESCOTA*, *préc.* : « *Si les sociétés requérantes soutiennent que l'intervention du décret attaqué modifie l'équilibre de la concession de service public dont elles sont titulaires, cette circonstance, à la supposer établie, ne serait de nature qu'à leur permettre de saisir le juge du contrat (...)* ».

²⁶ Dans sa décision 23 janvier 1952, *Compagnie des tramways électriques de Limoges*, (*Leb.* p. 52), le Conseil d'Etat a ainsi estimé que les mesures de délestage électrique ont fait subir au cocontractant « *les mêmes effets dans mes mêmes conditions que les autres industriels et usagers de la région et qu'ainsi le préjudice qu'il a subi ne lui est pas spécial* ». Dans le même sens, v. Conseil d'Etat, Rapport public 2005, « *Responsabilité et socialisation du risque* » : « *De façon générale (...), des mesures légalement prises dans l'intérêt général peuvent ouvrir droit à indemnisation sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques, qu'il s'agisse de mesures individuelles prises en application d'une loi, ou de mesures réglementaires, lorsqu'il y a dommage grave et spécial.* »

²⁷ CE, 18 mars 1983, *Société du parking du square Boucicaud*, n° 25556.

²⁸ CE, 7 mai 1982, *Société SOGEPARC*, *préc.*

²⁹ CE, Avis (section des travaux publics), 19 avril 2005, n° 371234

³⁰ CE, 15 juin 1928, *Commune de la Courtine*, *Leb.* p. 757.

³¹ CE, 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo*, n° 05722, *pub.* au *Leb.*

³² CE, 30 novembre 1990, *Coignet*, *Leb.* p. 875.

³³ CAA Nantes, 28 juin 2007, *Société Acer Atlantique*, n° 06NT01848.

³⁴ CAA Paris, 26 janvier 2006, *Société SERAEL*, n° 01PA02147.

en eux-mêmes, un indicateur pertinent pour évaluer l'atteinte à l'équilibre de la concession. En conséquence, même dans l'hypothèse où le taux obtenu serait élevé, rapporter l'évolution de la redevance domaniale au montant des dividendes versés n'est pas approprié pour conclure à une éventuelle modification de l'équilibre de la concession.

37. D'autre part, si le ratio entre la hausse de la redevance domaniale et le résultat courant de la concession constitue un indicateur plus adéquat pour apprécier l'effet sur l'équilibre du contrat, l'Autorité estime que la référence à ce seul indicateur, au demeurant d'un niveau mesuré, ne peut suffire pour caractériser une modification de cet équilibre. En particulier, s'il est concevable que l'activité de concessionnaire d'autoroute présente une faible sensibilité aux cycles économiques, le recours à un indicateur considéré sur une seule année ne semble pas adapté pour apprécier l'effet de la hausse de la redevance sur toute la durée de la concession.
38. Au surplus, quand bien même l'analyse se fonderait sur la seule prise en compte de critères annuels de rentabilité, tels que l'impact sur le résultat courant ou même sur le résultat net de l'activité, dans les conditions actuelles d'exploitation de la société ATMB³⁵, le bénéfice net, et partant, la rémunération des actionnaires resteraient, en tout état de cause, largement positifs.
39. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que la hausse de la redevance domaniale résultant du décret 28 mai 2013 précité ne peut être regardée, au vu des seuls éléments communiqués, comme ayant modifié l'équilibre du contrat de concession de la société ATMB dans des proportions telles qu'elle aurait subi de ce fait un préjudice de nature à lui ouvrir droit à indemnisation sur le fondement de la théorie du fait du prince.
40. Par suite, au regard des éléments soumis à l'Autorité dans le cadre de la saisine, deux des trois conditions posées par la jurisprudence pour pouvoir invoquer l'application de la théorie du fait du prince ne peuvent être regardées en l'espèce comme satisfaites.

2.3. Sur le niveau des hausses tarifaires envisagées

41. Dès lors qu'il ne ressort pas que la société ATMB serait fondée à bénéficier d'une compensation intégrale des charges liées à la hausse de la redevance domaniale sur le fondement de la théorie du fait du prince, il n'y a pas lieu pour l'Autorité de se prononcer sur le niveau des hausses de péages envisagées par l'avenant, quand bien même une analyse du niveau de ces hausses aurait été menée.

3. CONCLUSION

42. Au regard de l'analyse développée dans le cadre du présent avis, les conditions justifiant que la société ATMB puisse être intégralement compensée de la hausse de la redevance domaniale résultant du décret du 28 mai 2013 précité, ainsi que l'envisage le projet de septième avenant au contrat de concession, ne sont pas, en l'état, réunies.

*

Le présent avis sera notifié aux ministres en charge de la voirie routière nationale et de l'économie et publié sur le site internet de l'Autorité.

L'Autorité a adopté le présent avis le 9 juillet 2018.

³⁵ La concession est en phase de maturité depuis au moins 20 ans, le dernier tronçon de la section de l'autoroute A40 concédée à ATMB ayant été mis en service en 1986.

Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; Madame Anne Yvrande-Billon, vice-présidente ; Mesdames Cécile George et Marie Picard ainsi que Messieurs Yann Pétel et Michel Savy, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman