

NEWSLETTER N°1 - JUILLET / AOÛT 2015

Regards sur la loi Macron par William AZAN, Avocat associé



La Loi Macron, soumise à l'examen du Conseil Constitutionnel, aborde, peu ou prou, l'ensemble des sujets qui composent le Droit Public des Affaires, allant du Droit des Transports au Droit des Biens. Un inventaire à la

Prévert de votre Droit Public Economique.

Il est plus difficile d'y trouver une perspective commune qui procéderait pour le tout.

Le cabinet UWILL traitera pour ses clients, pendant les prochains mois, la question sous l'angle opérationnel. Aujourd'hui, nous entamerons la réflexion en abordant le volet transport routier. Quelles leçons tirer de la Loi Macron sur ce plan ?

Tout d'abord, que le modèle juridique d'interventionnisme économique public de l'Etat évolue en profondeur.

Ainsi, comme nous le verrons, l'attribution de droits économiques ne repose plus au principal sur des mécanismes de gestion déléguée du Service Public dévolus après mise en concurrence préalable sur le modèle de la loi Sapin du 29 mars 1993.

Ainsi, les nouvelles lignes de transport non urbain de voyageurs ne seront pas exploitées sous forme de contrats de concession ou d'affermage.

Le service est dit, désormais, « *librement commercialisé* ». Il repose sur un mécanisme déclaratif.

Ce sera, ainsi, sous forme d'agrément administratif et de déclaration à l'Administration que seront assurées ces activités économiques pourtant non dépourvues de tout lien avec le Service Public.

Les conséquences d'un tel choix sont particulièrement importantes. Elles portent surtout sur la nature de l'Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires et Routières qui disposera, indirectement, d'un pouvoir quasi juridictionnel élargi au droit de la Concurrence, sous le contrôle de la Cour d'Appel de Paris et de la Cour de Cassation bien entendu.

La concurrence entre les opérateurs de transport ne sera plus examinée à l'aune d'un dossier de consultation des Entreprises rédigé par l'autorité déléguée, mais du simple respect de la procédure d'habilitation administrative ; l'autorité de régulation pouvant cependant prendre des mesures pour « *préserver l'équilibre des lignes (ferroviaires) susceptibles d'être substantiellement concurrencées et dont l'équilibre est remis en cause au plan économique* ».

Dans ce cas, des mesures non discriminatoires (lesquelles ?) et transparentes (comment ?) devront être mises en œuvre sur avis conforme de l'autorité de régulation des activités ferroviaires et routières.

Cette autorité à qui revient, également, le devenir des concessions autoroutières n'aura pas seulement à veiller à l'équilibre des lignes ferroviaires existantes, elle devra s'attacher à traiter de la légalité des procédures de mise en concurrence des sociétés d'autoroutes dans le cadre de la passation des marchés qu'elles peuvent conclure sans préjudice des dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 et du Code des Marchés Publics.

Le législateur en ce domaine comme dans de très nombreux autres, fait renvoi à une ordonnance pour définir les conditions de saisine du juge.

Cependant, on ne peut que constater pour le regretter que le modèle administratif sur lequel repose désormais le droit des transports n'est pas classique. Il s'apparente à ce que l'on connaît déjà dans le domaine de l'Énergie.

Les appels à projets, à manifestation d'intérêts, les Autorisations administratives déclinées sous le contrôle de l'autorité de régulation des activités ferroviaires et des transports, vont s'inspirer des procédures mises en place par la pratique de la CRE et du CORDIS en matière d'énergie.

A l'aune des conclusions que l'on peut d'ores et déjà tirer de la « *jurisprudence* » de cette Autorité, on ne saurait trop inciter le gouvernement à intégrer dans le projet d'ordonnance qu'il va prochainement publier les mécanismes de protection des droits des opérateurs de transport car il risque, dans le cas contraire, de reproduire les mêmes blocages que ceux dont ont été victimes les pétitionnaires d'autorisation de production d'électricité provenant de l'énergie radioactive du soleil en matière d'appels à candidatures.

Ainsi, les opérateurs de transport évincés doivent-ils pouvoir saisir en urgence une juridiction dès la publication de la liste des opérateurs retenus par l'autorité de régulation, sans attendre un arrêté ministériel subséquent à peine de rendre leur action inutile et tardive.

De même, les droits de la défense doivent-ils être respectés dès l'instruction des dossiers par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières.

Au-delà, si l'on peut comprendre le besoin de libérer les activités de transport non urbain des voyageurs pour « *dynamiser la filière automobile* », on ne manque pas d'être circonspect quant à l'incidence de la réforme en cours pour l'aménagement du Territoire ou pour l'environnement lui-même, même si le législateur entend limiter les émissions de polluants atmosphériques.

Le modèle classique de Service Public du transport ferroviaire des voyageurs va conduire, selon notre expérience, à renforcer encore les lignes TGV au détriment des lignes intercity, d'ores et déjà en difficultés dans certaines Régions.

Les collectivités locales vont devoir s'impliquer beaucoup plus fortement encore pour conserver des lignes régulières.

Cela va les conduire, peut-être, à de nouvelles formes de coopération Inter-Régionale.

De son côté, la SNCF, qui est déjà un opérateur important du transport routier, ne va pas manquer d'en tirer parti, nous l'espérons, pour une réforme en profondeur de ses structures de gestion notamment au plan de sa politique foncière et de l'entretien de son réseau.

Même si le lien de causalité est indirect avec l'accident de Brétigny sur Orge, le nouveau modèle de Service Public de transport conçu par la loi Macron ne va pas avoir de simples conséquences économiques. Ses effets, surtout importants au plan de l'aménagement du territoire et de la filialisation probable des activités de la SNCF, avant une privatisation partielle peut-être.

Cela va devoir nous conduire, également, à une réflexion nouvelle en termes de contributions financières des collectivités locales au développement de transport intercity et d'induction de transports ou d'intermodalités.

Les dispositions de la loi Macron en matière de « gares routières » devront probablement s'accompagner d'une série de mesures spécifiques pour autoriser les subventions d'équilibre versées par les collectivités locales au profit des opérateurs de transport non urbain de voyageurs lorsque ceux-ci auront identifié les lignes les moins rentables.

Les décrets d'application de la loi ne manqueront pas d'intérêt pour définir en détail le panel de ces mesures.

William AZAN

Les apports potentiels du concept d'économie fonctionnelle au « droit créatif » de l'environnement. - Héloïse AUBRET, Avocate collaboratrice



Clarence Edwin Ayres, philosophe américain, a été l'un des premiers auteurs à dénoncer la fausse proportionnalité entre croissance économique et consommation des ressources naturelles et des énergies.

Ce constat a été à l'origine du développement du concept *d'économie de fonctionnalité*, qui vise à optimiser l'utilisation des biens et services, de manière à créer une valeur d'usage la plus élevée possible pendant le plus longtemps possible, ce qui permettra, au-delà de la conservation des ressources matérielles, d'atteindre une meilleure compétitivité pour chaque entreprise en limitant les effets sur l'environnement lui-même.

Johan Van Niel, dans un article « *L'économie de fonctionnalité : principes, éléments de terminologie et proposition de typologie* » de février 2014 publiée dans la revue « *Développement durable et territoires* »¹, développe notamment la notion de « *vente fonctionnelle* » : une entreprise vend le service rendu par un produit (l'exemple cité le plus souvent étant celui d'Electrolux, notamment avec le concept « *electroclean* », vente fonctionnelle de lavage de linge). En cas de location, le concept peut être décliné sous forme de leasing...

Au juriste de Droit Public de l'Environnement d'en saisir toutes les opportunités pour participer à la création d'un nouveau Droit.

Ce concept de contrat de location de l'usage d'un bien a été développé sur plusieurs produits : Xerox ou Canon louent désormais des photocopieurs et leur entretien, Carbox propose un contrat de location de véhicules, de gestion des flux, de l'auto partage et des circuits,

VEOLIA² loue des solvants, etc³. Un peu auparavant, la Fondation Concorde⁴ préconisait déjà le développement de contrats portant sur l'usage du bien.

Dans un contexte où l'innovation est un facteur essentiel de croissance, l'Union Européenne préconise elle aussi d'approfondir cet axe. Elle donne une ligne de conduite à ceux qui oseraient franchir le pas : les contrats « *d'économie de fonctionnalité* » reposent sur un projet de « *leasing society* »⁵, dans laquelle en vendant des services additionnels (comme le stockage, le recyclage, le traitement de déchets), l'offre habituelle de produits est complétée par un système d'offre de services relié à ce produit. Le client reste responsable de l'utilisation des produits chimiques. Si le contrat prévoit une obligation de résultat, l'activité peut rester entre les mains du fournisseur. Il restera ainsi propriétaire des produits chimiques, sera responsable de la réalisation d'une prestation donnée, et sera payé en conséquence pour la réalisation de cette prestation.

Ce nouveau modèle économique vise bien à réduire le coût du cycle de vie des matériaux, du travail et du traitement des déchets. Il permet tout simplement d'éviter la production de déchets, participant à l'objectif « *zéro déchets* » de plus en plus prôné par les associations de protection de l'environnement.

Les opportunités pour les opérateurs industriels sont nombreuses et marqueront de leur empreinte les prochaines évolutions du Droit des Déchets.

Héloïse AUBRET

²<http://www.lesechos.fr/industrie-services/services-conseils/0203982389274-veolia-multiplie-les-innovations-dans-le-recyclage-1070708.php>

³Voir <http://economiedefonctionnalite.fr/en-pratique/>

⁴http://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/cns/ressources/economie_fonctionnalite%20%94%9C%20%AE_fondation_concorde.pdf

⁵http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/492460/IPOL-ENVI_ET%282012%29492460_EN.pdf page 21

¹<https://developpementdurable.revues.org/10160>

La loi Macron en son article 28 : créer du droit, oui, mais pas n'importe comment... - Raphaël ROMI, Avocat associé



En matière de Droit de l'Environnement, le texte de la loi Macron pose des difficultés de fond et de forme.

Sur le fond, alors que pour l'essentiel l'amélioration des procédures de participation, jusqu'à ce jour, a entraîné une augmentation raisonnable de la durée des procédures de participation, le but est maintenant d'accélérer « *l'instruction et la prise des décisions relatives aux projets de construction et d'aménagement* ». En soi, c'est bien un objectif qui, comme l'exprime le texte, pourrait à la limite se poursuivre « *sans porter atteinte aux principes fondamentaux et aux objectifs généraux du Code de l'environnement* » si l'on cessait de comprimer les moyens humains des administrations compétentes... mais le but de la loi Macron est aussi, et cela a été compris comment tel, surtout de « *favoriser leur réalisation* ».

Que cet objectif soit poursuivi « *notamment pour ceux favorisant la transition écologique* » ne change rien quant au fond: le texte n'établit malheureusement aucune hiérarchie dans les projets, et les porteurs de projets innovants et respectueux de l'environnement vont dans ce contexte subir de plein fouet la concurrence moins régulée d'entreprises gouvernées par le court terme.

...La seule réponse juridique pertinente, dans ce contexte, ne pourra être que de s'inscrire plus clairement encore dans « *la transition écologique* », afin d'user autant que faire se peut de l'arme de la libre concurrence, en opposant à cette législation régressive une écriture contractuelle utilisant des marges à découvrir ensemble.

Raphaël ROMI

Le Carnet rose du Cabinet UWILL

Nous sommes heureux d'annoncer la naissance d'Alban le 7 juin 2015.

Nous félicitons sa maman, Céline HARDOUIN, qui nous accompagne depuis la création du Cabinet et son papa, notre Confrère Stéphane TEXIER.