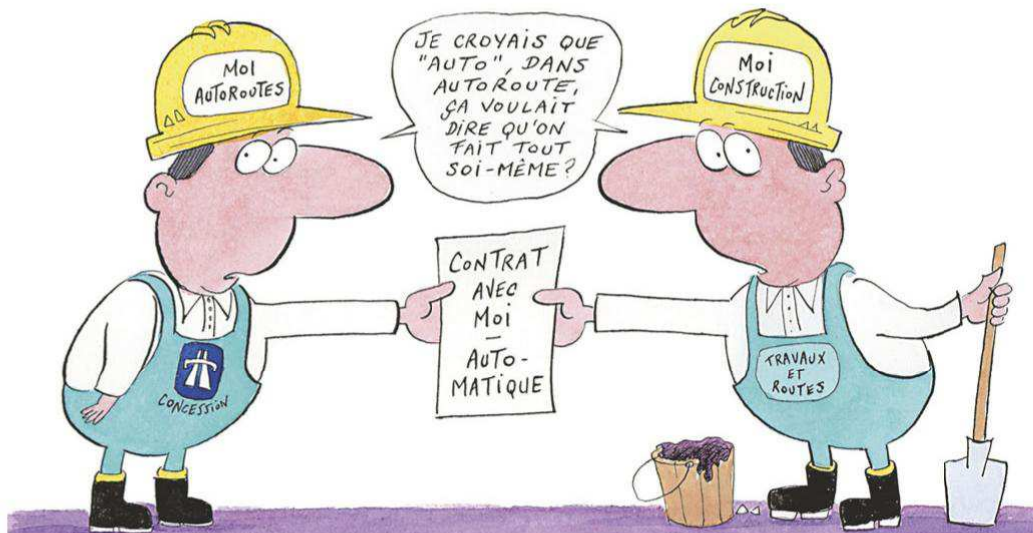


Réglementation



Autoroutes

De nouvelles règles du jeu pour les marchés passés par les concessionnaires

Le régime issu de la loi Macron impose des obligations de publicité et de mise en concurrence, ainsi qu'un dispositif de contrôle.

Par Franck Lepron, avocat associé, UGGC Avocats

Parallèlement à la réforme du droit de la commande publique, l'adoption du décret n° 2016-552 du 3 mai 2016 vient parachever (1) une autre réforme, quant à elle sectorielle, engagée par la loi pour la croissance dite « Macron » du 6 août 2015 et destinée à encadrer les conditions de passation des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes (SCA).

Il s'agit, par là même, de répondre aux risques dits de « concentration verticale » attachés à la situation des grands groupes opérateurs de service public et soulignés, à plusieurs reprises, par l'Autorité de la concurrence (avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2005 et n° 14-A-13 du 17 septembre 2014).

Pour rappel, face à ces risques, l'Etat avait d'abord décidé d'intégrer aux cahiers des charges des contrats de concession des obligations contractuelles de publicité et de mise en concu-

rence pour la passation des marchés de travaux des SCA.

Compte tenu des insuffisances de ce dispositif purement contractuel, et alors que les nouvelles règles en matière de concession ont supprimé les obligations de publicité pesant jusqu'alors sur les concessionnaires de travaux, le nouveau cadre légal et réglementaire - désormais codifié dans le Code de la voirie routière (CVR) - tend à renforcer sensiblement les obligations pesant sur les concessionnaires autoroutiers pour la passation de leurs marchés.

Mise en concurrence des marchés des sociétés privées d'autoroutes

Les nouvelles dispositions du Code de la voirie routière viennent étendre aux sociétés privées concessionnaires d'au-

Réglementation Autoroutes

toroutes (2), moyennant certains aménagements, les règles de mise en concurrence applicables aux marchés publics des pouvoirs adjudicateurs telles qu'elles viennent d'être fixées par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 (3).

Champ d'application. Ce régime légal de mise en concurrence ne concerne que les marchés conclus par les sociétés privées d'autoroutes, à compter de la date de mise en service complète des ouvrages et aménagements prévus au cahier des charges initial de leur concession (art. L. 122-12, 2° du CVR).

Dans ce cadre, seuls les marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur à 240 000 euros HT et les marchés de travaux d'un montant supérieur à 500 000 euros HT sont soumis à une obligation de mise en concurrence (4).

Procédures applicables. Au-delà des seuils précités, les SCA se doivent donc de mettre en œuvre une procédure formalisée de mise en concurrence. Il s'agit, en principe, d'une procédure

L'objectif est de répondre aux risques de concentration verticale attachés à la situation des grands groupes opérateurs de service public.

d'appel d'offres (art. R. 122-31-III, 1^{er} alinéa du CVR) ; sauf à ce que la société concessionnaire justifie pouvoir recourir à une procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif - au regard des cas limitatifs prévus par l'article 25-II du décret du 25 mars 2016 (solution innovante, infructuosité, etc.). Deux aménagements sont toutefois prévus pour les marchés de travaux :

- d'une part, pour ceux d'un montant inférieur à 2 millions d'euros HT, la SCA bénéficie du

libre choix de la procédure formalisée à mettre en œuvre (appel d'offres, procédure concurrentielle avec négociation, dialogue compétitif) ;

- d'autre part, pour ceux des marchés de travaux relevant de l'une des hypothèses visées à l'article 30-I et II du décret du 25 mars 2016 (hypothèses de marché négocié sans mise en concurrence : urgence impérieuse, réalisation de prestations similaires, etc.), la société concessionnaire peut se borner à mettre en œuvre une procédure adaptée (art. R. 122-31-III, 2^e alinéa du CVR (5)).

Régime de mise en concurrence. Les modalités de mise en œuvre de la procédure de mise en concurrence sont celles prévues par le décret du 25 mars 2016, auquel le Code de la voirie routière fait renvoi, de manière dispersée (art. L. 122-15, L.122-18, R. 122-29 ainsi que le II et le V de l'article R. 122-31 du CVR). Ce qui ne manque pas de soulever quelques interrogations quant à l'étendue exacte des règles applicables aux SCA.

On peut, par exemple, s'interroger sur la soumission des sociétés privées concessionnaires d'autoroutes à l'obligation d'adjudication, posée par l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. De même, les dispositions du Code de la voirie routière ne comportent étonnamment aucune référence expresse à celles de l'article 139 du décret du 25 mars 2016, encadrant les modifications susceptibles d'être apportées aux marchés (c'est-à-dire, *grosso modo*, les avenants).

Quoi qu'il en soit, ce renvoi aux règles de mise en concurrence du droit des marchés publics s'accompagne de plusieurs adaptations, parmi lesquelles l'obligation de publier un avis de préinformation pour tous les marchés de travaux dont le montant est supérieur ou égal à 2 millions d'euros HT (art. R. 122-31-IV°, 2° du CVR) ou encore l'obligation de prédéfinir (et donc de limiter) les conditions de recours à la procédure d'appel d'offres restreint (art. R. 122-31-V° du CVR).

La régulation des marchés des concessionnaires d'autoroutes

Afin d'assurer l'effectivité de ces obligations nouvelles de mise en concurrence, le cadre issu de la loi Macron insère les marchés de l'ensemble des SCA (y compris ceux des sociétés publiques d'autoroutes (art. L. 122-13 du CVR)) dans un dispositif étroit de gouvernance et de contrôle.

L'instauration de commissions des marchés. Pour les concessions dont la longueur du réseau concédé excède certains seuils (6), les sociétés concessionnaires d'autoroutes sont tenues de se doter d'une commission des marchés. Celle-ci doit être composée en majorité de personnalités indépendantes (du concessionnaire lui-même, des sociétés qui lui sont liées, des attributaires passés et des soumissionnaires potentiels), ainsi que d'un représentant de la DGCCRF (sans voix délibérative) (art. L. 122-17 et R. 122-34 du CVR).

Les missions légalement dévolues à cette commission des marchés sont principalement de trois ordres (art. L. 122-17 et R. 122-35 du CVR).

Tout d'abord, celle-ci se voit chargée de fixer les règles internes pour la passation et l'exécution des marchés de la SCA (dont, par exemple, les conditions de recours à l'appel d'offres restreint), ainsi que les règles régissant son propre fonctionnement (*quorum*, majorité, conditions et délais de saisine, etc.).

Ensuite, la commission des marchés est tenue d'émettre un avis préalable à l'attribution des principaux marchés (et de leurs avenants) passés par la SCA. Sont ici concernés les mar- →

Ce qu'il faut retenir

► Les principaux marchés des sociétés privées concessionnaires d'autoroutes sont désormais légalement soumis à des obligations légales de publicité et de mise en concurrence.

► Ces obligations sont alignées, moyennant certaines adaptations, sur les règles applicables aux marchés publics des pouvoirs adjudicateurs (telles que prévues par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016).

► Cette extension du champ d'application des règles de mise en concurrence s'accompagne de la mise en place d'un véritable dispositif de régulation des conditions de passation des marchés des concessionnaires d'autoroutes, destiné à garantir l'effectivité de leurs obligations légales (instauration de commissions des marchés, contrôle de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (Arafer), extension des référés contractuels et précontractuels).