Autoroutes

La régulation des marchés des concessionnaires : premier bilan

Gardienne du bon déroulement de ces marchés, l'Arafer a apporté au fil des mois des précisions sur l'application du nouveau régime issu de la loi Macron.

Par Franck Lepron et Benjamin de Sevin, avocats, UGGC Avocats

Afin de répondre aux critiques exprimées par l'Autorité de la concurrence, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi Macron) a réformé la régulation des concessions autoroutières. Elle a notamment instauré un cadre juridique nouveau pour la passation des marchés des concessionnaires, soumis au contrôle de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (Arafer). Plus d'un an et demi après la pleine entrée en vigueur de ces dispositions, le 6 mai 2016 (1), un premier bilan de ce nouveau régime de régulation peut être dressé, à travers l'analyse des principaux avis rendus par l'Arafer (publiés sur *www.arafer.fr/avis-et-decisions*).

Les principaux apports des avis de l'Arafer

Rappelons que le contrôle de l'Arafer sur les marchés conclus pour les besoins des concessions se traduit notamment par deux types d'avis conformes : sur la composition de la commission des marchés que les principaux concessionnaires d'autoroutes sont tenus d'instituer et sur les règles internes de passation et d'exécution des marchés que ces commissions doivent édicter.

Le contrôle de la composition des commissions des marchés

- **Les conditions générales régissant le mandat des membres proposés**

L'Arafer n'a pas limité son contrôle à la vérification de l'indépendance des membres dont la nomination lui était soumise. Elle l'a au contraire étendu aux dispositions régissant leur mandat, en posant trois principales séries de règles.

L'autorité impose d'abord une limitation dans le temps des mandats, afin d'éviter que « que des liens d'intérêts puissent, par le fait de l'écoulement du temps, se créer avec le concessionnaire d'autoroutes au point de placer le membre dans une situation où son indépendance pourrait progressivement être remise en cause » (voir notamment l'avis n° 2016-058 du 20 avril 2016). L'instance fixe à cet égard une durée maximale de mandat de neuf ans, renouvellement compris.

Elle exige ensuite que les mandats présentent, sauf empêchement de longue durée ou manquement grave du membre à ses obligations, un caractère irrévocable, cette exigence garantissant au membre « une vraie liberté de décision dès lors que ni son attitude, ni son positionnement sur les dossiers ne sont plus susceptibles de le conduire à être démis de ses fonctions par la société d'autoroute » (avis précité).

Enfin, si l'Arafer qualifie de « bonne pratique » le caractère non renouvelable des mandats, car il constitue un « gage d'indépendance en ce qu'il annihile toute pression pouvant peser sur le membre dans la période précédant une éventuelle reconduction » (voir notamment avis n° 2016-043 du 6 avril 2016), elle n'en impose pas le respect aux concessionnaires. En revanche, lorsque ces derniers s'écartent de cette bonne pratique, l'Autorité exige que le renouvellement d'un membre ne puisse intervenir qu'une seule fois et recommande un mandat d'une durée supérieure à trois ans.

● **L'indépendance effective des membres**

Dans l'avis conforme qu'elle rend sur la composition des commissions des marchés, l'Arafer doit s'assurer de l'indépendance de leurs membres au regard du concessionnaire, des entreprises qui y sont liées (2), des anciens attributaires et des soumissionnaires potentiels, c'est-à-dire rechercher les liens d'intérêts qui peuvent unir ces membres aux opérateurs économiques précités.

L'Arafer a fait une application extensive des notions d'anciens attributaires et de soumissionnaires potentiels. Elle y inclut ainsi toutes les entreprises qui, compte tenu de leur spécialité, sont « susceptibles de répondre en qualité de soumissionnaire à un marché » passé par le concessionnaire.

L'analyse des différents avis rendus par l'Arafer révèle en outre un contrôle approfondi et une conception là aussi extensive des liens d'intérêts pouvant unir les membres pressentis et les quatre types d'opérateurs économiques précités (voir notamment avis n° 2016-164 du 19 juillet 2016 ; avis n° 2016-086 du 1er juin 2016 ; avis n° 2016-045 du 6 avril 2016 ; avis n° 2016-118 du 29 juin 2016). Ces liens peuvent bien évidemment découler de la qualité de membre du conseil d'administration du concessionnaire ou d'une entreprise qui lui est liée, ou encore de l'exercice d'une activité d'auto-entrepreneur auprès d'entreprises liées au concessionnaire ou de la détention d'une participation financière conséquente dans le capital de sociétés liées au concessionnaire.

Mais ces liens peuvent aussi être caractérisés de façon plus lointaine par la qualité de salarié participant au suivi des investissements de sa société dans le groupe détenant le concessionnaire, sa société détenant indirectement une part importante du capital dudit concessionnaire ; ou par la qualité de membre du comité d'interface ou de directeur général d'entreprises détenues par des sociétés susceptibles de répondre en tant que soumissionnaires à des marchés passés par le concessionnaire.

L'Arafer a même refusé la nomination d'une personne au motif qu'elle était déjà membre de plusieurs commissions des marchés de concessionnaires appartenant à un autre groupe, dont d'autres filiales seraient susceptibles de répondre à des marchés du concessionnaire – cette participation étant, selon le régulateur, de nature à alimenter « des doutes objectivement fondés » sur l'indépendance et l'impartialité de ce membre dans le cadre de ses fonctions au sein de la commission des marchés (avis n° 2016-058 du 20 avril 2016).

Le contrôle des règles internes de passation et d'exécution des marchés

Les commissions des marchés ont pour mission d'adopter les règles internes pour la passation et l'exécution des marchés. Ces règles, dont le contenu minimal est fixé par l'article R. 122-35 du Code de la voirie routière (CVR), doivent être soumises pour avis conforme à l'Arafer.

Dans ce cadre, cette dernière a précisé un certain nombre d'obligations procédurales qui ne seront pas toutes analysées ici. Elle a notamment veillé à l'existence d'un mécanisme de déport des membres indépendants lorsqu'il apparaît qu'ils ont un lien avec l'un des candidats ou des soumissionnaires, consciente de ce que son avis sur leur nomination ne constituait pas une garantie absolue de leur indépendance (voir notamment l'avis n° 2016-165 du 19 juillet 2016).

Au-delà de ces aspects procéduraux, l'Arafer a, en revanche, apporté peu de précisions sur les règles de fond qui doivent être respectées pour la passation et l'exécution des marchés des concessionnaires. On relèvera toutefois le contrôle que l'autorité a exercé sur la définition des cas de recours à la procédure d'appel d'offres restreint. Rappelons que le pouvoir réglementaire a en effet prévu que les concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ne pourraient recourir à cette procédure que dans les cas prévus par les règles internes de leur commission des marchés (articles R. 122-31.V et R. 122-35.I, 2° du CVR). L'Arafer s'est attachée à garantir l'effet utile de ces dispositions en censurant des conditions de recours à cette procédure trop larges ou laissées à l'entière discrétion du maître d'ouvrage (avis n° 2016-121 du 29 juin 2016).

Des précisions qui restent à apporter

La régulation des marchés des concessionnaires d'autoroutes constitue un régime complexe qui, à ce jour, n'a été que partiellement éclairé par les premiers avis, rapports ou lignes directrices rendus par l'Arafer. Deux points importants restent notamment à clarifier.

Ce qu'il faut retenir

◗ La loi Macron du 6 août 2015 a instauré un cadre juridique nouveau pour la passation des marchés des concessionnaires d'autoroutes, soumis au contrôle de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (Arafer).

◗ Cette instance a enrichi, au travers de ses avis, les règles de composition des commissions des marchés que les principaux concessionnaires sont tenus d'instituer. Par exemple, elle limite à neuf ans, renouvellement compris, la durée des mandats des membres de ces commissions. L'Arafer retient aussi une interprétation extensive des dispositions visant à garantir l'indépendance de ces membres.

◗ Les règles internes de passation et d'exécution des marchés ont aussi été précisées par l'autorité. Celle-ci exerce ainsi un contrôle sur la définition par les concessionnaires des cas dans lesquels ils pourraient recourir à l'appel d'offres restreint.

La notion de marché passé pour les besoins de la concession

La régulation des marchés des concessionnaires d'autoroutes ne concerne que les marchés de travaux, de fournitures ou de services passés par les concessionnaires « pour les besoins de la concession » (articles L. 122-12 et L.122-13 du CVR), mais ni le législateur, ni le pouvoir réglementaire n'ont défini cette notion.

Le champ d'application du régime et la compétence corrélative de l'Arafer pouvaient donc s'avérer difficiles à déterminer, compte tenu notamment du fait que l'objet social des concessionnaires n'est pas toujours limité à l'exécution des concessions dont ils sont titulaires. Comme le relevait l'Arafer dans son rapport sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroute pour l'exercice 2016, cette incertitude a permis aux concessionnaires de soustraire un certain nombre de marchés au nouveau régime.

Cette incertitude nuisant à l'efficacité de la régulation, l'Arafer a décidé d'édicter des lignes directrices sur ce point, dont un projet a été soumis à consultation publique du 20 octobre au 8 novembre 2017 sur le site Internet de l'autorité. Ce projet prend le parti d'une conception extensive de la notion de marché passé « pour les besoins de la concession », en s'appuyant notamment sur les dispositions de l'article L. 122-4 du CVR. Celles-ci prévoient que, lorsqu'ils sont institués, les péages doivent 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 ». L'Autorité propose ainsi de considérer, pour l'avenir, que tout achat d'une société concessionnaire qui est financé par le péage (ou par les redevances perçues auprès des occupants du domaine public autoroutier concédé) doit être regardé comme étant passé pour les besoins de la concession.

Cette interprétation large peut sembler cohérente avec le régime, plus général, de régulation du secteur des autoroutes et donnerait son plein effet au régime des marchés des concessionnaires. Elle pourrait toutefois conduire à certaines difficultés d'application, s'agissant de l'appréciation de la mesure dans laquelle un marché est financé par le péage ou par les redevances d'occupation.

L'encadrement des avenants aux marchés des concessionnaires qui ne sont pas pouvoirs adjudicateurs

Si l'Arafer s'apprête à tenter de clarifier la question du champ d'application du régime de régulation des marchés des concessionnaires, elle semble à ce stade moins avancée sur la question des avenants auxdits marchés.

Rappelons que ces avenants sont désormais soumis à des obligations procédurales, la commission des marchés devant notamment être saisie pour avis de tout projet d'avenant excédant un certain seuil. Quant à l'Arafer, elle doit recevoir, avant la signature de ces avenants, un dossier de présentation afin qu'elle puisse introduire un référé précontractuel ou, le cas échéant, contractuel. L'Arafer a admis dans son rapport précité que ces obligations procédurales ne s'appliquaient qu'aux avenants aux marchés passés dans le cadre du nouveau régime.

En revanche, à ce jour, le CVR ne faisant aucun renvoi aux dispositions des articles 65 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et 139 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016

relatifs aux marchés publics, les avenants aux marchés des concessionnaires d'autoroutes ne constituant pas des pouvoirs adjudicateurs ne font l'objet d'aucun encadrement légal ou réglementaire. Il nous semble toutefois peu probable que l'Arafer – ou les juridictions saisies le cas échéant de ces avenants – tire de ce silence une liberté absolue des concessionnaires dans la conclusion de leurs avenants.

L'effet utile des règles de publicité et de mise en concurrence imposées aux concessionnaires suppose au contraire un encadrement des avenants. Il s'agit, d'une part, d'empêcher les parties de modifier les marchés dans des conditions telles que le jeu de la concurrence initiale s'en trouve faussé. Et, d'autre part, d'éviter les pratiques de détournement de procédure, consistant, sous couvert d'un avenant à un contrat en cours, à confier des commandes nouvelles dissociables, irrégulièrement soustraites aux obligations légales de mise en concurrence. L'Arafer, ou les juridictions saisies le cas échéant de tels avenants, pourrait donc être conduite à formuler des règles d'encadrement. L'Autorité s'est d'ailleurs déjà engagée dans cette voie, s'agissant des contrats relatifs aux installations annexes à caractère commercial situées sur le réseau autoroutier concédé (avis n° 2016-169 du 7 septembre 2016). ●

(1) A la suite de la publication du décret n° 2016-552 du 3 mai 2016 relatif à la passation des marchés par les concessionnaires d'autoroutes.

(2) Au sens du II de l'article 19 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.