

Consultation publique

Projet de lignes directrices relatives à la définition de la notion de marchés passés pour les besoins de la concession

Début : 20 octobre 2017

Fin : 8 novembre 2017

Contexte

Les pouvoirs de contrôle et de régulation des procédures de mise en concurrence des sociétés concessionnaires d'autoroutes (ci-après « sociétés concessionnaires ») octroyés à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ci-après l'Autorité) sont circonscrits aux « **marchés passés pour les besoins de leur concession** » en application des articles L. 122-12 et L. 122-13 du code de la voirie routière.

Aucune disposition légale ou réglementaire ne définit cependant la notion de « marché passé pour les besoins de la concession » et celle-ci fait l'objet à ce jour d'interprétations différentes de la part des sociétés concessionnaires, le plus souvent restrictives et conduisant à exclure une partie de leurs achats du champ d'application du nouveau dispositif.

L'Autorité considère qu'une interprétation large de cette notion devrait être retenue pour recouvrir l'ensemble des dépenses engagées pour l'exécution du contrat, y compris les dépenses qui ne sont pas spécifiques à l'exécution d'un contrat de concession d'autoroute. Cette interprétation large est notamment cohérente avec les règles applicables en matière de péage qui associent à l'objet des recettes tirées du péage, outre la rémunération des capitaux investis par les concessionnaires, la couverture de dépenses relevant de l'exécution du contrat donc, par définition, des « besoins » de la concession.

Compte tenu de l'écart existant entre la pratique des concessionnaires et l'interprétation de l'Autorité, une formalisation officielle apparaît souhaitable pour ne pas laisser perdurer l'actuelle incertitude juridique.

En l'absence de pouvoir réglementaire supplétif en cette matière, l'Autorité souhaite matérialiser cette formalisation par l'adoption de lignes directrices édictées à la suite d'une procédure de consultation publique.

Objet et modalités de la consultation publique

Le présent document a pour objet de présenter le contexte juridique et les enjeux liés à la définition de la notion de besoin de la concession. Il vise à consulter les acteurs sur le périmètre couvert par cette notion, ainsi que sur les modalités de régularisation et de sanction à envisager dans l'hypothèse où des prestations auraient été exclues à tort de ce périmètre.

Les personnes intéressées peuvent apporter toutes les observations qu'elles souhaitent sur le projet de lignes directrices et les problématiques qui y sont exposées.

Les observations sur le présent document, ainsi que toutes contributions qui apparaîtraient opportunes pour éclairer l'Autorité, peuvent être transmises jusqu'au **8 novembre 2017**, soit :

- de préférence par mail : consultation.publique@arafer.fr

- par courrier au siège : Arafer – Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières
48 boulevard Robert Jarry
CS 81915
72 019 Le Mans CEDEX 2

Sauf demande contraire expressément formulée, l'Autorité, dans un souci de transparence, publiera l'intégralité des commentaires qui lui auront été transmis, à l'exclusion des parties couvertes par un secret protégé par la loi et, le cas échéant, sous réserve des passages que les contributeurs souhaiteraient garder confidentiels.

A cette fin, les contributeurs sont invités à indiquer précisément les éléments qu'ils considèrent devoir être couverts par un secret protégé par la loi.

L'Autorité se réserve le droit de publier une synthèse des contributions (sous réserve des éléments confidentiels), sans faire mention, le cas échéant, de leurs auteurs.

Sommaire

1. CONTEXTE ET ENJEU DE LA DEFINITION DE MARCHES PASSES POUR LES BESOINS DE LA CONCESSION.....	4
2. LA PRATIQUE DES SOCIETES CONCESSIONNAIRES.....	4
3. ELEMENTS D'ANALYSE DE LA NOTION DE « MARCHES PASSES POUR LES BESOINS DE LA CONCESSION »	5
3.1. L'objet social principal des sociétés concessionnaires recouvre celui de la convention de concession mais n'est pas nécessairement exclusif.....	5
3.2. Une interprétation jurisprudentielle extensive des dépenses engagées pour l'exécution d'un contrat.....	6
3.3. Le rattachement des prestations dont la contrepartie serait le péage aux « besoins de la concession »	6
4. PERIMETRE RETENU PAR L'AUTORITE.....	7
5. REGULARISATION DES ACHATS EXCLUS ET SANCTION EN CAS DE MANQUEMENTTERREUR ! SIGNET NON DEFINI.	

1. CONTEXTE ET ENJEUX DE LA DEFINITION DE MARCHES PASSES POUR LES BESOINS DE LA CONCESSION

Aucune disposition législative ou réglementaire ne définit ce que recouvre la notion de « *marché passé pour les besoins de la concession* ».

Partant du constat que l'Autorité s'est vue confier ses attributions pour répondre aux risques spécifiques¹ liés à la passation de leurs marchés de travaux par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, le législateur n'a pas retenu de critère qui limiterait le champ de ce contrôle aux seuls marchés de travaux et c'est la notion de marchés passés « *pour les besoins de la concession* » qui a été inscrite dans la version finale du texte.

Les travaux parlementaires n'éclairent pas sur les contours de cette notion – qui apparaissait déjà dans le projet de loi initial présenté par le gouvernement - ni sur l'intention précise qui a été celle du législateur en l'adoptant. Or, l'ensemble du dispositif de la section 4 du chapitre II du titre II du code de la voirie routière relatif à la régulation des marchés de travaux, fournitures et services du réseau autoroutier concédé qui détaille les modalités de passation et de contrôle des marchés auxquels sont soumises les sociétés concessionnaires, s'applique exclusivement aux marchés passés « *pour les besoins de la concession* » (articles L. 122-12 et L. 122-13 du code de la voirie routière).

En l'absence d'une définition claire, une interprétation restrictive de la notion de marchés passés pour les besoins de la concession peut conduire à considérer que certains des achats passés par une société concessionnaire d'autoroute le seraient pour des besoins distincts de ceux de la concession. Ces achats seraient alors en dehors du champ des obligations prévues par le code de la voirie routière et échapperaient donc par nature au contrôle de l'Autorité.

L'objectif pour l'Autorité est donc de clarifier cette notion et par extension le périmètre de son contrôle, après avoir consulté l'ensemble des acteurs du secteur.

2. LA PRATIQUE DES SOCIETES CONCESSIONNAIRES

Dès l'entrée en vigueur du nouveau dispositif de passation instauré par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, les sociétés concessionnaires ont fait valoir à l'Autorité que certains de leurs achats seraient exclus du périmètre du contrôle de l'Autorité puisqu'ils n'étaient pas passés pour les besoins de la concession.

L'Autorité a ainsi pu constater que des prestations ne faisaient pas l'objet de mise en concurrence alors qu'elles paraissaient inhérentes à l'objet même des concessions, à l'instar des prestations liées à la viabilité hivernale des ouvrages ou encore les prestations de communication. Selon la société considérée, l'Autorité a ainsi évalué à 15 à 30 % la proportion des achats des sociétés échappant à son contrôle.

¹ Risques identifiés notamment par l'Autorité de la Concurrence et la Cour des comptes, qui avaient constaté une tendance des sociétés concessionnaires à attribuer une part importante de leurs marchés de travaux à des entreprises liées.

Deux arguments principaux ont été portés à la connaissance de l'Autorité pour justifier cette exclusion à l'obligation de mise en concurrence :

- une interprétation finaliste des missions de contrôle dévolues à l'Autorité, qui lui ont été confiées pour faire face à des situations concurrentielles spécifiques aux marchés de travaux. Selon cette acception, le fait de vouloir contrôler d'autres catégories de prestations irait à l'encontre de cette mission initiale,
- une interprétation liée à l'objet ou la nature des prestations, les sociétés concessionnaires considérant que l'activité d'une société, quel que soit son objet social, implique des dépenses et des investissements qui ne seraient pas liés spécifiquement à l'activité de concessionnaire d'autoroute. Les dépenses qui ne sont pas directement liées à l'exécution des prestations relevant spécifiquement de l'objet de la concession seraient ainsi exclues (notamment les frais généraux tels que les frais de siège ou de fournitures administratives, les dépenses liées à l'approvisionnement en énergie, télécommunications, etc.).

3. ELEMENTS D'ANALYSE DE LA NOTION DE « MARCHES PASSES POUR LES BESOINS DE LA CONCESSION »

Au regard de la lettre du code de la voirie routière comme de la jurisprudence administrative, une interprétation extensive de la notion de « *marchés passés pour les besoins de la concession* » semble devoir être privilégiée.

3.1. L'objet social principal des sociétés concessionnaires recouvre celui de la convention de concession mais n'est pas nécessairement exclusif

L'objet du contrat de concession défini à l'article 1^{er} des conventions de concession porte sur la « *construction, l'entretien et l'exploitation des autoroutes ou sections d'autoroutes, et des aires de service [...], y compris les ouvrages et installations annexes* ».

L'objectif fixé par cette convention figure dans l'objet social principal des sociétés concessionnaires en des termes qui n'excluent pas que la société soit titulaire de plusieurs contrats de concession, y compris d'ouvrages autres que des autoroutes. Les statuts des sociétés concessionnaires peuvent ainsi comporter des objets additionnels comme :

- la conception, la construction et l'exploitation d'infrastructures de transport, notamment centres routiers, parkings, plates-formes multimodales, plates-formes aéroportuaires ou maritimes ;
- la construction, l'entretien et l'exploitation des infrastructures de télécommunication, notamment en lien avec son activité d'exploitant d'infrastructures de transport ;
- les études et réalisations de procédés de matériels et d'équipements industriels et scientifiques liées directement ou indirectement à la conception ;
- l'exploitation ou la réalisation d'infrastructures de transport ou de télécommunication.

L'objet social des sociétés concessionnaires peut donc être plus étendu que l'objet de la convention de concession elle-même.

Cependant, selon l'analyse de l'Autorité, la seule existence d'un objet social plus étendu n'est pas un indice suffisant pour démontrer concrètement que tous les achats effectivement réalisés par la société concessionnaire ne seraient pas passés pour les besoins de la concession.

3.2. Une interprétation jurisprudentielle extensive des dépenses engagées pour l'exécution d'un contrat

Il résulte de la jurisprudence administrative que peuvent être regardées comme des dépenses engagées « *pour l'exécution du contrat* » et donc comme répondant, fût-ce indirectement, aux besoins du cocontractant de l'administration, des dépenses qui ne sont pas, par nature, spécifiques à l'objet du contrat. Le juge administratif retient ainsi une conception extensive lorsqu'il s'agit d'apprécier le champ des dépenses engagées « *pour l'exécution d'un contrat* », dont on peut rapprocher la notion de « *marchés passés pour les besoins de la concession* ».

Cette conception se traduit, en particulier, dans la jurisprudence relative au droit à indemnisation du cocontractant de l'administration dont le contrat a été annulé. En pareille hypothèse, il résulte de la jurisprudence administrative que le droit à indemnité recouvre (i) les dépenses qui ont été utiles à la personne publique contractante et (ii) dans le cas où la nullité du contrat résulte d'une faute de l'administration, la réparation du dommage imputable à cette faute, qui correspond « *aux gains dont il a été effectivement privé* » du fait de la nullité du contrat et, surtout, pour ce qui nous intéresse, « *au paiement des sommes correspondant aux autres dépenses exposées par lui pour l'exécution du contrat* »².

Si le fait que les frais généraux exposés par une entreprise sont considérés comme des dépenses « *utiles* » à la personne publique n'apparaît pas solidement établi en jurisprudence, en dépit de quelques considérations et décisions en ce sens³, les juridictions administratives regardent habituellement comme susceptibles de constituer, si ce n'est des dépenses utiles, des « *dépenses exposées pour l'exécution du contrat* » les frais généraux, frais de siège⁴, de même que des dépenses d'énergie ou de consommables⁵. Il en est ainsi dès lors que le cocontractant de l'administration est en mesure de démontrer qu'une quote-part de ces frais a été engagée spécifiquement pour l'exécution du contrat annulé, c'est-à-dire qu'ils n'auraient pas été engagés en l'absence d'attribution de ce contrat.

Dans l'hypothèse théorique où les sociétés concessionnaires se trouveraient en situation de demander une indemnisation des dépenses liées à l'exécution du contrat, celles-ci engloberont a priori dans leurs demandes, les dépenses « *non spécifiques* » à l'objet de leur contrat de concession, dès lors que ces dépenses n'auraient pas été engagées en l'absence d'un tel contrat.

3.3. Le rattachement des prestations dont la contrepartie serait le péage aux « besoins de la concession »

En application des dispositions de l'article 5 des conventions de concession, pour tout ce qui est lié à la construction et à l'exploitation des autoroutes, « *la société concessionnaire est autorisée à percevoir des péages sur les autoroutes et des redevances pour installations annexes, dans les conditions définies par le cahier des charges* ».

Ce principe est confirmé à l'article L. 122-4 du code de la voirie routière qui prévoit que l'usage des autoroutes est en principe gratuit mais qu'il peut être institué « *un péage (...) en vue d'assurer la couverture totale ou partielle des dépenses de toute nature liées à la construction, à l'exploitation, à*

² Voir, par exemple, CE, 17 mars 2010, *Société Auxiliaire de parcs*, n° 316721.

³ Voir, notamment, conclusions B. Dacosta sur CE sect., 10 avril 2008, *Société JC Decaux*, n° 244950.

⁴ Voir CAA Bordeaux, 9 juin 2011, *Société Lyonnaise des eaux de France*, n° 06BX01135.

⁵ Voir, en ce sens, CE, 26 mars 2008, *Société SPIE Batignolles*, n° 270772 ; CAA Nancy, 10 juin 2013, *Société Socogim*, n° 12NC00341, pour une application récente de ce principe, mais dans un cas qui n'a pas donné lieu à indemnisation sur ce fondement à défaut de justification, dans leur montant, des dépenses dont le requérant demandait indemnisation.

l'entretien, à l'aménagement ou à l'extension de l'infrastructure ». Dans l'hypothèse où l'exploitation de l'autoroute est concédée, il est prévu au même article que le péage couvre, en outre, « *la rémunération et l'amortissement des capitaux investis par le délégataire* ». Le péage autoroutier n'a donc pas vocation à couvrir d'autres dépenses que celles mentionnées ci-dessus.

Dès lors, outre la fraction correspondant à la rémunération du concessionnaire et à l'amortissement de ses capitaux, toute prestation financée par les recettes de péage doit, a priori, être liée « *à la construction, à l'exploitation, à l'aménagement ou à l'extension de l'infrastructure* » et donc relever des besoins de la concession. A contrario, les dépenses ne relevant pas des besoins de la concession devraient être exclus des dépenses couvertes par le péage appliqué aux usagers de l'infrastructure.

Or, la ressource principale des sociétés concessionnaires, hormis les redevances des installations annexes, est bien constituée par les recettes de péage. De plus, l'Autorité observe que les comptes sociaux et les comptes propres de la concession se confondant, les dépenses engagées par les sociétés pour les besoins de la concession sont nécessairement les mêmes que celles engagées pour le reste de la société.

Ainsi, les dépenses enregistrées dans la comptabilité des sociétés concessionnaires issues des contrats ou marchés devraient être présumées liées aux besoins de la concession sauf à justifier qu'elles soient couvertes par d'autres recettes spécifiques. Des marchés générant au contraire des dépenses enregistrées dans les comptes propres de la concession et couvertes par les recettes de péages sans correspondre à un besoin de la société concessionnaire ne respecteraient pas les principes du droit du péage.

Les raisonnements développés ci-dessus s'étendent naturellement aux redevances pour installations annexes, et, plus généralement, à toute redevance perçue auprès des occupants du domaine public autoroutier concédé.

4. PERIMETRE RETENU PAR L'AUTORITE

Compte tenu des éléments développés ci-dessus, l'Autorité envisage de considérer comme étant passé pour les besoins de la concession, 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. Les achats concernés seraient dès lors soumis aux dispositions de la section 4 du chapitre II du titre II du code de la voirie routière relatif à la régulation des marchés de travaux, fournitures et services du réseau autoroutier concédé.

Seraient notamment exclus les achats en lien avec toute activité de la société conforme à son objet social mais ne présentant aucun rapport avec l'exécution de sa convention de délégation.

Question 1

La notion de marché passé pour les besoins de la concession telle que définie ci-dessus appelle-t-elle des observations de votre part ?

Le cas échéant, quelles prestations seraient exclues au regard des critères définis ci-avant ?

5. MODALITES D'APPLICATION ET REINTEGRATION

Les présentes lignes directrices auraient vocation à s'appliquer dès leur publication, à l'exclusion des contrats qui seraient déjà en cours d'exécution.

Dès lors, à compter de cette publication, les sociétés concessionnaires devraient soumettre aux procédures prévues par le code de la voirie routière les achats exclus jusqu'à présent, conformément au périmètre défini en partie 4.

En tout état de cause, l'Autorité rappelle que le manquement à l'obligation de transmission des informations fixées par décision prise en application de l'article L. 122-33 du code de la voirie routière peut faire l'objet d'une procédure de sanction, conformément aux articles L. 1264-7 et suivants du code des transports.

Question 2

Les principes de réintégration présentés ci-dessus appellent-ils des observations de votre part, notamment quant à leur mise en œuvre ?
