

Avis n° 2022-096 du 15 décembre 2022

relatif aux procédures de passation, par la société Sanef, de trois contrats d'exploitation d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer les activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur les aires de La Sentinelle Est, de Saint-Éloi et de Saint-Hilaire-Cottes situées respectivement sur les autoroutes A2, A25 et A26

L'Autorité de régulation des transports (ci-après « l'Autorité »),

Saisie par le ministre chargé de la voirie routière nationale le 16 novembre 2022 ;

Vu le code de la commande publique, notamment son article R. 3121-6 ;

Vu le code de la voirie routière, notamment ses articles L. 122-27, R. 122-44 et D. 122-46-1 ;

Vu l'arrêté modifié du 8 août 2016 fixant les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier concédé ;

Vu l'avis de l'Autorité n° 2020-075 du 19 novembre 2020 relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants, de restauration (activité facultative) et de boutique sur l'aire de Saint-Éloi, située sur l'autoroute A25, par la société Sanef ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le collège en ayant délibéré le 15 décembre 2022 ;

Considérant l'ensemble des éléments qui suivent :

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 3 août 2021, la société Sanef a lancé, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, deux procédures de consultation visant à renouveler l'attribution des contrats d'exploitation sur le domaine public autoroutier concédé d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer les activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur les aires de La Sentinelle Est, d'une part, de Saint-Éloi et de Saint-Hilaire-Cottes, d'autre part, situées respectivement sur les autoroutes A2, A25 et A26, les contrats d'exploitation actuels de ces aires arrivant à expiration le 31 décembre 2022.

2. À la date limite impartie par les avis de publicité pour soumissionner, à savoir le 15 décembre 2021 pour l'aire de La Sentinelle Est et le 17 janvier 2022 pour les aires de Saint-Éloi et Saint-Hilaire-Cottes, la société Sanef n'avait reçu, pour chacune des deux procédures, aucune candidature ni, par conséquent, aucune offre.
3. À la suite de ces infructuosité, la société Sanef indique avoir contacté différents acteurs du marché pour évaluer leur intérêt pour conclure, sur le fondement des articles L. 3121-2 et R. 3121-6 2° du code de la commande publique, des contrats de gré à gré, de même durée que celle initialement proposée dans la consultation et moyennant des modifications non substantielles par rapport à l'offre minimale exigée dans le dossier de consultation des entreprises. Faute d'opérateur intéressé, elle indique avoir engagé ensuite, sur le fondement des articles L. 3121-2 et R. 3121-6 3° du même code, trois procédures de gré à gré avec les concessionnaires en place, pour l'attribution de trois contrats d'exploitation, d'une durée de deux ans à compter du 1^{er} janvier 2023, pour chacune des trois aires de La Sentinelle Est, de Saint-Éloi et de Saint-Hilaire-Cottes.
4. Le 16 novembre 2022, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis dans le cadre des trois présentes procédures.

2. CADRE JURIDIQUE

5. Il résulte de l'article L. 122-24 du code de la voirie routière que les contrats, mentionnés à l'article L. 122-23 du même code, passés par le concessionnaire d'autoroute « *en vue de faire assurer par un tiers la construction, l'exploitation et l'entretien des installations annexes à caractère commercial situées sur le réseau autoroutier concédé* », sont attribués à la suite d'une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire. Ces conditions et exceptions sont précisées aux articles R. 122-40 à R. 122-41-1 du même code.
6. En application de l'article L. 122-27 du code de la voirie routière, l'attributaire est agréé, préalablement à la conclusion du contrat mentionné à l'article L. 122-23, par l'autorité administrative, après avis de l'Autorité, qui dispose d'un délai d'un mois à compter de la date de la saisine pour se prononcer. Cet avis porte sur le respect des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du code précité. En cas d'avis défavorable, la délivrance de l'agrément à l'attributaire est motivée par l'autorité administrative.
7. En vertu de l'article R. 122-42 du code de la voirie routière, l'agrément prévu à l'article L. 122-27 du même code est délivré par le ministre chargé de la voirie routière nationale.
8. Pour les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, la passation et l'exécution des contrats d'exploitation mentionnés à l'article L. 122-23 du code de la voirie routière sont régies, en vertu de l'article R. 122-41 du même code, par les titres II et III du livre 1^{er} de la troisième partie du code de la commande publique, sous réserve des adaptations qu'il prévoit.
9. Aux termes de l'article L. 3121-2 du code de la commande publique : « *l'autorité concédante peut passer un contrat de concession sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'État, lorsqu'en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse ou d'une urgence particulière, le respect d'une telle procédure est inutile ou impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'autorité concédante* ».

10. À cet égard, l'article R. 3121-6 du même code prévoit que les contrats de concession peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants :

« 1° Le contrat de concession ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ;

2° Lorsque aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue ou lorsque seules des candidatures irrecevables au sens de l'article L. 3123-20 ou des offres inappropriées au sens de l'article R. 3124-4 ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande ;

3° En cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'autorité concédante publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service concédé par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, à la condition, d'une part, que la continuité du service soit justifiée par un motif d'intérêt général et, d'autre part, que la durée de ce nouveau contrat de concession n'excède pas celle requise pour mettre en œuvre une procédure de passation »¹.

3. ANALYSE DU RECOURS À UNE PROCÉDURE DE GRÉ À GRÉ

11. La société Sanef indique, au cas présent, avoir proposé à différents opérateurs économiques la conclusion de contrats de gré à gré sur le fondement du 2° de l'article R.3121-6 du code de la commande publique après avoir constaté le caractère infructueux des deux procédures de consultation mentionnées au point 1. Les dispositions de ce 2° autorisent le recours à une procédure de gré à gré lorsqu'aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue, pour autant que le contrat conclu dans le cadre de cette procédure ne présente pas de modification substantielle par rapport aux conditions prévues dans le dossier de consultation des entreprises attaché à la procédure déclarée infructueuse.
12. Or, l'Autorité relève que les contrats de gré à gré objet du présent avis présentent des modifications substantielles par rapport aux conditions qui figuraient dans les dossiers de consultation des entreprises attachés aux deux procédures déclarées infructueuses par la société Sanef. En particulier, les obligations à la charge des titulaires de ces contrats, notamment en matière d'investissements à réaliser, ont été sensiblement allégées par rapport à celles initialement prévues², la durée contractuelle, initialement fixée à huit ans (aire de la Sentinelle Est) et quinze ans (aires de Saint-Éloi et de Saint-Hilaire-Cottes) ayant été ramenée à deux ans pour chacun des trois contrats.
13. L'Autorité constate donc que les conditions requises pour recourir à des contrats de gré à gré sur le fondement de l'article R. 3121-6 2° n'ont pas été respectées. Au cours de l'instruction, la société Sanef a fait valoir que ce n'est qu'après avoir constaté l'absence de candidat intéressé à la reprise, de gré à gré, de l'exploitation des aires concernées dans des conditions non substantiellement modifiées par rapport aux conditions de la consultation initiale qu'elle a fait le choix de se placer sur le terrain du 3° de l'article R. 3121-6 du code de la commande publique.

¹ Pour l'application de ces dispositions du code de la commande publique aux contrats d'exploitation des installations annexes, l'autorité concédante s'entend comme la société concessionnaire d'autoroute.

² Il résulte des contrats de gré à gré que, à la différence des dossiers de consultation des entreprises mis à disposition des opérateurs dans le cadre des procédures de mise en concurrence lancées par la société Sanef, le titulaire n'est plus chargé de la réhabilitation des bâtiments commerciaux, de la réfection des sanitaires, de la reprise des infrastructures de distribution de carburant, etc.

14. L'Autorité relève cependant que les trois projets de contrats soumis à son avis ont été négociés après que la société concessionnaire a constaté le caractère infructueux des deux procédures de consultation qu'elle avait initialement lancées. Dans ces conditions, les contrats en cause auraient dû être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalable sur le fondement du 2° de l'article R. 3121-6 dont les dispositions, qui couvrent spécifiquement ce cas de figure, sont applicables dans ce cas.
15. Les dispositions du 3° du même article, invoquées par la société Sanef pour justifier le recours à la procédure de gré à gré, s'appliquent à des cas d'urgence qui sont la conséquence de situations distinctes de celles visées au 2°, à savoir l'impossibilité pour la société concessionnaire, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, à la condition, d'une part, que la continuité du service soit justifiée par un motif d'intérêt général et, d'autre part, que la durée du nouveau contrat n'excède pas celle requise pour mettre en œuvre une procédure de passation.
16. Confrontée à l'infructuosité de la consultation initiale, la société concessionnaire ne pouvait se prévaloir de l'« urgence » mentionnée au 3° qui résulterait, selon elle, de l'impossibilité de mettre en œuvre la procédure prévue au 2°, alors même que l'intérêt général exigeait que soit assurée la continuité de l'exploitation des aires en cause au-delà de l'échéance du 31 décembre 2022.
17. En premier lieu, l'Autorité relève que la société Sanef ne démontre pas avoir accompli toutes les diligences soit pour éviter, soit pour anticiper les conséquences d'une éventuelle infructuosité de la procédure de consultation, alors que l'exploitation de l'aire de Saint-Éloi est déjà assurée dans le cadre d'un contrat passé de gré à gré après une première procédure déclarée infructueuse. S'agissant spécifiquement de l'aire de Saint-Éloi, l'Autorité relève en outre qu'alors que le contrat de gré à gré en cours a été conclu pour une durée de deux ans, courant de janvier 2021 à décembre 2022, la société Sanef n'a lancé qu'en août 2021, soit sept mois après le commencement d'exécution du contrat de gré à gré, la procédure de mise en concurrence ayant abouti à une nouvelle infructuosité. Par conséquent, la société concessionnaire s'est elle-même placée dans une situation contrainte en ne prenant pas toutes les mesures qui lui auraient permis d'éviter de se trouver confrontée au risque d'une interruption de service à l'expiration du contrat actuel.
18. En deuxième lieu, l'Autorité constate que la société Sanef, alors qu'elle disposait d'un délai de près de douze mois entre la constatation du caractère infructueux des procédures de consultation (respectivement les 15 décembre 2021 et 17 janvier 2022) et l'échéance des contrats en cours (le 31 décembre 2022), n'a pas démontré l'impossibilité dans laquelle elle se serait trouvée de prendre, dans ce délai, les dispositions nécessaires soit pour assurer elle-même l'exploitation des aires, soit pour faire assurer cette exploitation par les opérateurs en place moyennant la passation d'avenants aux contrats en cours, le temps de trouver de nouveaux preneurs sélectionnés à l'issue d'une nouvelle procédure de consultation.
19. À cet égard, l'Autorité observe, en troisième et dernier lieu, qu'alors que les procédures de passation requièrent un délai compris entre 18 et 24 mois, aucune procédure de mise en concurrence n'a été relancée à ce stade pour l'exploitation des trois aires, de sorte que rien ne permet de prévoir avec un degré d'assurance raisonnable que la situation à laquelle la société Sanef se trouve aujourd'hui confrontée ne se reproduira pas.
20. Il résulte de ce qui précède que les trois projets de contrats soumis à l'avis de l'Autorité, conclus sans publicité ni mise en concurrence préalable à l'issue d'une procédure de consultation déclarée infructueuse, ne respectent pas les dispositions du code de la commande publique applicables dans ce cas. En négociant des contrats de gré à gré dans des conditions substantiellement modifiées par rapport aux conditions initiales de la consultation, la société Sanef a méconnu les obligations qui s'imposaient à elles en l'espèce. Enfin, même en

considérant que le 3° de l'article R. 3121-6 du code de la commande publique pourrait être invoqué, la société concessionnaire, pourtant instruite, par l'expérience, d'une précédente infructuosité, ne semble pas avoir fait preuve de toute la diligence requise pour éviter ou anticiper les conséquences de la situation actuelle et, en tout état de cause, pour lui apporter une réponse conforme au droit parmi les différentes options possibles. La circonstance qu'aucune procédure de passation n'ait été encore relancée en vue de garantir la poursuite de l'exploitation des trois aires en cause dans un cadre à la fois moins précaire et juridiquement plus assuré laisse subsister le doute quant à l'éventualité que ne se reproduise la même situation à l'avenir.

4. ANALYSE DES PROJETS DE CONTRATS

21. Sans préjudice de son analyse développée en partie 3., l'Autorité s'est malgré tout attachée à vérifier les engagements et la politique de modération tarifaire prévus aux contrats objets du présent avis.

4.1. Sur les engagements de modération tarifaire des prix des carburants

22. L'Autorité constate, quand bien même le critère de modération tarifaire prévu à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière n'avait pas vocation à s'appliquer dans le cadre d'une procédure de gré à gré, que la société Sanef a imposé un engagement de modération tarifaire à son cocontractant dans les trois projets de contrats.

4.2. Sur la politique de modération tarifaire en cours d'exécution des contrats

23. Afin de garantir aux usagers une application effective de la politique de modération tarifaire, il appartient à la société concessionnaire de s'assurer, au cours de l'exécution du contrat, de l'application des engagements de modération tarifaire et de sanctionner, le cas échéant, les écarts qui pourraient être constatés, en prévoyant une clause de pénalité suffisamment dissuasive en cas d'inexécution des engagements du preneur.
24. L'Autorité constate que la société concessionnaire a prévu de vérifier régulièrement, au cours de l'exécution des contrats, l'application des engagements de modération tarifaire et de sanctionner, le cas échéant, les écarts qui pourraient être constatés. Ainsi, en cas de méconnaissance des engagements de modération tarifaire, les projets de contrats prévoient l'application, sans mise en demeure préalable, d'une pénalité proportionnelle aux recettes supplémentaires ainsi acquises, avec un coefficient multiplicateur supérieur à 1 :

$$\text{Pénalité} = (\text{Nombre de litres vendus sur la période}) \times [(\text{Prix moyen de vente de la période constaté}) - (\text{Engagement prix moyen maximum sur la période})] \times 3$$

25. L'Autorité estime qu'une pénalité représentant trois fois les avantages financiers qui résulteraient, pour le preneur, de l'application de tarifs plus élevés que ceux qu'il s'est engagé à pratiquer en application du contrat est suffisamment dissuasive, sous réserve que la régularité du contrôle, par la société concessionnaire, des engagements de modération tarifaire relatifs à la distribution de carburants soit suffisante, ce qu'il appartient le cas échéant au concédant de vérifier.

ÉMET L'AVIS SUIVANT

26. L'Autorité émet un avis défavorable sur la procédure de passation de gré à gré, par la société Sanef, des trois contrats d'exploitation d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer les activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur les aires de La Sentinelle Est, de Saint-Éloi et de Saint-Hilaire-Cottes, situées respectivement sur les autoroutes A2, A25, A26.
27. Le présent avis sera notifié au ministre chargé de la voirie routière nationale et publié sur le site internet de l'Autorité.

L'Autorité a adopté le présent avis le 15 décembre 2022.

Présents : **Monsieur Patrick Vieu, vice-président, président de séance ;
Madame Florence Rousse, vice-présidente ; Madame Sophie Auconie,
vice-présidente.**

Le Vice-Président,
Président de séance

Patrick Vieu