

Avis n° 2016-008 du 20 janvier 2016

relatif au projet de décret fixant les modalités d'application des sections 3 à 5 du chapitre II du titre II du code de la voirie routière

L'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ci-après l'Autorité),

Saisie pour avis par courrier de la directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes en date du 6 janvier 2016 en application des articles L. 122-11, L. 122-22 et L. 122-28 du code de la voirie routière et enregistré au greffe de l'Autorité le 11 janvier 2016 ;

Vu le code de la voirie routière ;

Vu le code des transports ;

Vu le code des relations entre le public et l'administration ;

Vu la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, notamment ses articles 13, 15 et 18 ;

Après en avoir délibéré le 20 janvier 2016 ;

Emet l'avis suivant :

1. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques étend, à partir du 1^{er} février 2016, le champ de compétence de l'Autorité au secteur autoroutier concédé. Les nouvelles missions qui lui sont ainsi attribuées s'organisent autour de deux axes : le suivi économique des concessions autoroutières et le contrôle de deuxième niveau des procédures de passation des marchés par les concessionnaires autoroutiers au-delà de certains seuils.
2. Ce cadre juridique circonscrit précisément l'action de l'Autorité. A cet égard, l'Autorité tient à faire observer qu'il ne lui reviendra pas de se prononcer sur le niveau ou les évolutions des tarifs autoroutiers, contrairement à la lecture qui pourrait être faite de l'intitulé de la section 3 « *Régulation des tarifs de péage* » du chapitre II du titre II du code de la voirie routière. Tout au plus, l'Autorité se trouve chargée de rendre un avis, consultatif, sur les futurs projets de contrats ou d'avenants aux contrats existants, dès lors que ceux-ci présenteraient une incidence sur les péages ou la durée de la concession.

3. C'est dans ce contexte qu'il convient de resituer le projet de décret fixant les modalités d'application des sections 3 à 5 du chapitre II du titre II du code de la voirie routière pris en application de l'article 13 de la loi susvisée du 6 août 2015 dont est saisie l'Autorité.

1- SUR LES DELAIS D'INSTRUCTION IMPARTIS A L'AUTORITE

4. Les sections 3 à 5 du chapitre II du titre II du code de la voirie routière précisées par le projet de décret introduisent plusieurs procédures requérant l'avis (consultatif ou conforme) de l'Autorité ou donnant compétence à celle-ci pour agir devant les juridictions. Si les délais d'instruction de certaines procédures sont fixés au niveau législatif (articles L. 122-8 et L. 122-27 du code de la voirie routière), d'autres sont en revanche précisés ou organisés par le projet de décret (articles R. 122-32, R. 122-34, R. 122-35 et R.122-37).
5. Ces derniers délais doivent être fixés de manière raisonnable, afin de permettre à l'Autorité d'exercer correctement les missions qui lui ont été confiées par le Parlement, en disposant d'un temps d'instruction adapté aux demandes dont elle sera saisie. Or, les délais impartis par le projet de décret ne permettent pas à l'Autorité de répondre à cet objectif et pourraient ainsi altérer la qualité des avis qu'elle sera amenée à rendre ou des actions qu'elle pourra engager devant les juridictions en application de l'article L. 122-20 du code de la voirie routière.
6. Sauf à amputer de sa portée le dispositif voulu par le législateur, l'Autorité demande que les délais fixés ou organisés par le projet de décret soient en conséquence revus conformément aux recommandations détaillées ci-dessous.

2- SUR L'APPLICATION DE LA REGLE DU « SILENCE GARDE VAUT ACCEPTATION » AUX AVIS DE L'AUTORITE

7. L'article L. 122-17 prévoit que la composition de la commission des marchés instituée par un concessionnaire d'autoroute et les règles internes édictées par cette commission sont soumises à l'avis conforme de l'Autorité. Les articles R. 122-34 (I) et R. 122-35 (II) créés par le projet de décret organisent ces procédures d'avis en précisant que ces derniers sont réputés favorables en cas de silence gardé par l'Autorité.
8. S'agissant de l'application à ces procédures d'avis conforme de l'Autorité du principe inspiré par l'article L. 231-1 du code des relations entre le public et l'administration selon lequel le silence vaut décision d'acceptation, l'Autorité réitère une nouvelle fois les remarques qu'elle a émises dans son avis n° 2015-0161 du 13 mai 2015 et juge inappropriée l'application d'un tel principe dans les cas d'espèce.
9. L'Autorité relève, à l'inverse, que la règle du « silence gardé vaut refus » s'applique aux décisions prises par le ministre chargé de la voirie nationale (cf. IV de l'article R. 122-45).
10. L'Autorité demande ainsi que soit supprimée des dispositions des nouveaux articles R. 122-34 (I) et R. 122-35 (II) la règle selon laquelle le silence gardé par l'Autorité vaut avis conforme, dans le respect de l'intention du législateur. L'Autorité rappelle, si besoin en est, qu'elle s'attachera à rendre ses avis dans les délais impartis, comme

¹ Avis n° 2015-016 du 13 mai 2015 sur le projet de décret relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, points 22 à 25

en témoigne, notamment, sa diligence à examiner le présent projet de décret dans le calendrier que lui impose le Gouvernement.

3- SUR LA COMPOSITION DE LA COMMISSION DES MARCHES D'UN CONCESSIONNAIRE D'AUTOROUTE

11. L'article L. 122-17 prévoit la mise en place d'une commission des marchés au sein de chaque concessionnaire d'autoroute dont la longueur du réseau excède un certain seuil. L'article R. 122-33 créé par le projet de décret fixe les seuils au-delà desquels l'institution d'une commission des marchés est obligatoire. Neuf concessionnaires d'autoroutes seront ainsi soumis à l'obligation d'instituer une telle commission.
12. Cette commission est appelée à jouer un rôle important car elle est la garante du libre accès des acteurs économiques aux marchés de travaux, fournitures et services passés par le concessionnaire. Elle est, en effet, chargée de contrôler le respect des procédures de passation et d'exécution des marchés passés par le concessionnaire et de rendre un avis sur l'attribution des marchés soumis à une procédure de publicité et de mise en concurrence, ainsi que sur la conclusion des principaux avenants à ces marchés. La composition de la commission des marchés est soumise à l'avis conforme de l'Autorité. Le nouvel article R. 122-34 fixe un délai d'un mois à l'Autorité pour rendre son avis au concessionnaire à compter de la saisine.
13. Si le délai d'un mois peut être considéré comme raisonnable en régime normal, ce délai sera insuffisant pour permettre à l'Autorité d'exercer correctement son contrôle et d'examiner précisément la composition des premières commissions instituées lors de l'entrée en vigueur de ces dispositions (soit une cinquantaine de nominations à examiner simultanément si l'on raisonne sur la base de la taille des commissions des marchés actuellement en place dans certaines sociétés²). L'Autorité demande donc que le délai fixé à l'article R. 122-34 soit porté à deux mois à compter de la réception par l'Autorité de la saisine complète.
14. Par ailleurs, l'Autorité attire l'attention du Gouvernement sur l'absence de définition de critères objectifs au I de l'article R. 122-34 permettant d'apprécier l'indépendance des membres proposés par le concessionnaire. L'Autorité recommande donc que soit *a minima* précisé que l'indépendance des membres des commissions des marchés doit s'entendre notamment vis-à-vis des sociétés concessionnaires.

4- SUR LA PRESIDENCE DE LA COMMISSION DES MARCHES

15. Le II du nouvel article R. 122-34 prévoit que la commission des marchés est présidée par un de ses membres, nommé par le concessionnaire d'autoroute. Le président est amené à jouer un rôle central pour la bonne application des nouvelles règles de passation et d'exécution des marchés des concessionnaires d'autoroutes. Il est donc indispensable qu'il puisse agir en toute indépendance d'esprit et de moyens vis-à-vis du concessionnaire d'autoroute.
16. En effet, le président de la commission des marchés est responsable de l'information de l'Autorité préalablement à l'attribution des marchés du concessionnaire, comme prévu à l'article L. 122-16 et à l'article R. 122-37 créé par le projet de décret, et de son information en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, comme prévu à l'article L. 122-20.

² Les commissions des marchés instituées par les concessionnaires historiques en application de leurs contrats de concession comptent en moyenne de 5 à 7 membres.

17. L'Autorité est donc réservée sur le principe d'une nomination sans aucun encadrement du président par le concessionnaire, et ce d'autant plus que la loi se borne à prévoir que la commission des marchés est composée en majorité, et non en totalité, de membres indépendants.
18. Le texte rendrait ainsi possible la nomination comme président de la commission des marchés d'un membre qui ne serait pas indépendant, ce qui pourrait être le cas, en particulier, d'un employé du concessionnaire d'autoroute. Les obligations pesant sur le président en application du code de la voirie routière seraient susceptibles, dans ce dernier cas de figure, d'entrer en conflit avec les obligations qui s'appliquent au salarié vis-à-vis de son employeur (lien de subordination et devoir de loyauté par exemple).
19. Pour renforcer l'effectivité du dispositif, l'Autorité est d'avis que le président soit élu, ou à défaut désigné, parmi les personnalités indépendantes n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires au sens du premier alinéa de l'article L. 122-17. Une telle obligation serait propre à conforter l'indépendance du fonctionnement de la commission et à prévenir, en particulier, le risque de conflit d'intérêt dans lequel serait inévitablement placé tout président employé par le concessionnaire.

5- SUR LES REGLES INTERNES DE LA COMMISSION DES MARCHES

20. L'article L. 122-17 prévoit que la commission des marchés est chargée de définir les règles internes pour la passation et l'exécution des marchés de travaux, fournitures et services. Il dispose que ces règles sont soumises à l'avis conforme de l'Autorité. Le nouvel article R. 122-34 prévoit que l'Autorité transmet son avis dans un délai de deux mois à compter de la saisine.
21. Si le délai de deux mois peut être considéré comme raisonnable en régime normal, ce délai sera insuffisant pour permettre à l'Autorité d'exercer correctement son contrôle et examiner précisément les premières règles édictées à l'entrée en vigueur de ces dispositions par les commissions des neuf concessionnaires concernés³. L'Autorité demande donc que le délai fixé au nouvel article R. 122-35 soit porté à trois mois.
22. Par ailleurs, le dernier alinéa du nouvel article R. 122-35 prévoit que : « *Les règles définitives établies par la commission sont transmises à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières avant leur entrée en vigueur.* » S'agissant d'un avis conforme, l'Autorité souligne qu'en cas d'avis défavorable, le concessionnaire serait tenu de lui soumettre, pour avis, un nouveau projet de règles mis en conformité avec le premier avis rendu, et ceci jusqu'à obtention d'un avis explicitement favorable. A défaut, les avis susceptibles d'être rendus par la commission des marchés seraient considérés comme irréguliers.
23. Enfin, le I de l'article R. 122-35 précise le contenu de ces règles internes, en limitant toutefois leur champ d'application à la seule commission des marchés et non au concessionnaire d'autoroute dans son ensemble (comme prévu au 2^{ème} alinéa de l'article L. 122-17). Pour éviter de donner une portée inopportunément restrictive au champ d'application de ces règles, l'Autorité demande de supprimer les mots « *de la commission des marchés* ».

³ Pour information, les règles internes actuellement en vigueur représentent jusqu'à une centaine de pages pour chaque concessionnaire, alors que leur champ est moindre.

6- SUR LES MOYENS DE LA COMMISSION DES MARCHES

24. L'article L.122-17 prévoit que la commission des marchés est chargée de veiller au respect des procédures de passation et d'exécution des marchés de travaux, fournitures et services du concessionnaire. Elle doit pour cela disposer des moyens nécessaires à l'exercice des missions qui lui sont imparties par cet article et par les nouveaux articles R. 122-35 à R. 122-38. Or, cette question centrale des moyens de la commission n'est pas traitée par le projet de décret soumis à l'avis de l'Autorité, ce qui, ajouté à l'absence de précision sur le critère de compétence des membres de la commission, est susceptible de porter préjudice à la qualité du contrôle mené par la commission des marchés et à la pertinence de ses avis.
25. L'Autorité demande donc que le I de l'article R. 122-35 relatif à la composition des règles internes soit complété afin de prévoir explicitement les conditions permettant à la commission des marchés d'exercer le contrôle effectif des marchés, s'agissant notamment des moyens mis à sa disposition par le concessionnaire, et de préciser les conditions d'accès de la commission à toute information nécessaire à l'exécution de ses missions.

7- SUR L'INFORMATION DE L'AUTORITE PAR LA COMMISSION DES MARCHES

26. Le I du nouvel article R. 122-37 précise les modalités de l'information préalable de l'Autorité par la commission des marchés, en distinguant les cas des marchés soumis à l'avis de la commission (2° du I) des autres marchés non soumis à l'avis de la commission (1° du I).
27. Le dernier alinéa de cet article fixe le contenu du dossier devant être transmis à l'Autorité, en renvoyant à un arrêté, pris après son avis, la composition détaillée de ce dossier. L'Autorité estime qu'il ne serait pas de bonne administration que de recourir systématiquement à des mesures d'instruction ou à l'exercice de son droit d'accès aux informations détenues par les concessionnaires, en application de l'article L. 122-32, pour mener à bien, en l'absence de cadre réglementaire suffisamment défini, son travail d'instruction et de contrôle des marchés. Dès lors, le contenu du dossier devra être fixé de manière complète par cet arrêté, afin de permettre à l'Autorité d'exercer plus efficacement et sans inutile procédure préalable son contrôle.
28. Le nouvel article R. 122-37 prévoit que le président de la commission des marchés transmet à l'Autorité dans un délai d'une semaine, un dossier de présentation d'un projet de marché ou d'avenant sur lequel un avis a été rendu par la commission.
29. L'Autorité recommande de rendre plus précis ce délai. En effet, le point de départ de ce délai n'est pas explicite et devrait normalement commencer à courir à compter de la date à laquelle l'avis a été rendu par la commission.
30. Par ailleurs, l'Autorité souhaite que la rédaction du 1° du I du nouvel article R. 122-37 soit précisée pour indiquer qu'il s'agit d'un « *délai d'une semaine au plus* » tard et que « *la commission est informée de la passation d'un marché* » sur lequel un avis de la commission n'est pas requis.

8- SUR LE DELAI DE CONCLUSION DES CONTRATS APRES INFORMATION PREALABLE DE L'AUTORITE

31. Les nouveaux articles R. 122-32 et R. 122-37 (II) imposent que les marchés conclus par le concessionnaire d'autoroute le sont au plus tôt une semaine après transmission des éléments nécessaires à l'information préalable de l'Autorité prévue

à l'article L. 122-16. Ce délai est trop limité pour permettre à l'Autorité d'exercer correctement son contrôle et, le cas échéant, de saisir le juge des référés en cas de manquement constaté (cf. points 1 et 2 plus haut).

32. Ce délai ne concorde pas, en outre, avec celui déjà prévu par les règles applicables à la procédure de passation définies par le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés. L'article 46 de ce décret prévoit en effet que : « *Un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification (...) et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique (...).* »
33. Or la notification du marché ne peut intervenir que postérieurement à l'avis de la commission des marchés, puisque cet avis a notamment pour objet (dans le respect de l'organisation propre à chaque concessionnaire) de confirmer ou non l'attributaire pressenti. Par conséquent, le délai d'une semaine tel qu'organisé par les articles R. 122-32 et R. 122-37 (II) revient à prévoir un délai entre la notification du marché et sa conclusion inférieur au délai prévu par l'article 46 du décret susmentionné.
34. Pour les marchés faisant l'objet d'une procédure formalisée, l'Autorité demande que le point de départ du délai parte de la notification du marché et non de sa signature. La notification constitue en effet le point de départ classique du délai en matière de recours dans le cadre des procédures de passation de marchés. Une telle évolution permettrait de porter jusqu'à vingt-trois jours le délai laissé à l'Autorité pour saisir le juge d'un référé précontractuel⁴.
35. Pour les marchés ne faisant pas l'objet d'une procédure formalisée, l'Autorité recommande de porter le délai d'une semaine à seize jours, par symétrie avec les dispositions de l'article 46 du décret du 30 décembre 2005 susmentionné.
36. Enfin, les articles R. 122-32 et R. 122-37 (II) prévoient que les marchés sont conclus au plus tôt dans un délai d'une semaine à compter de la date de leur transmission. Les délais pour agir étant restreints, l'Autorité demande, dans ces deux articles, de faire référence à la date de réception des éléments d'information plutôt qu'à la date de leur transmission.

9- SUR LES DISPOSITIONS TRANSITOIRES RELATIVES AUX COMMISSIONS DES MARCHES

37. L'article 4 du projet de décret précise les conditions d'entrée en vigueur des dispositions introduites, s'agissant en particulier des règles de passation des marchés de travaux, fournitures et services. Le 3° du I de cet article prévoit qu'un concessionnaire d'autoroute disposant antérieurement d'une commission des marchés régulièrement instituée en application de son contrat de concession peut solliciter l'avis conforme de l'Autorité sur la prorogation de la composition de cette commission et de ses règles internes, au plus tard jusqu'au 1^{er} juin 2016.
38. L'Autorité fait remarquer que la loi n'habilite pas le pouvoir réglementaire à aménager une période transitoire qui permette aux commissions des marchés existantes de déroger aux obligations régissant leur composition ou les règles internes. En ce sens, et sauf à priver d'effet utile le pouvoir que la loi a confié à l'Autorité, les

⁴ Soit sept jours entre l'information de l'Autorité et la notification du marché, suivis de onze ou seize jours entre cette notification et la signature du marché.

concessionnaires seront dans l'obligation de la saisir d'une demande d'avis portant sur les règles applicables à leurs commissions des marchés.

39. En tout état de cause, en l'état de la rédaction du projet de décret, le dispositif prévu semble inopérant car, sans préjuger du contrôle que l'Autorité effectuera au cas par cas, peu de commissions créées par les sociétés concessionnaires répondent d'ores et déjà à l'ensemble des règles qui doivent entrer en vigueur le 1^{er} février 2016. Dès lors, à compter de cette date, les commissions des marchés dont les règles n'auront pas reçu l'avis conforme favorable de l'Autorité ne pourront valablement délibérer.
40. Dans ces conditions, l'Autorité recommande la suppression du 3° du I de l'article 4 du projet de décret.

*

41. Au regard des délais d'instruction particulièrement courts laissés à l'Autorité, de l'application de la règle « silence vaut acceptation », de l'absence d'encadrement des conditions de nomination du président de la commission des marchés et des dispositions prévues à titre transitoire, le projet de décret est manifestement en retrait par rapport aux ambitions affichées par la loi : réformer la gouvernance du secteur autoroutier concédé et renforcer son contrôle.
42. Tout en restant dans le cadre établi par le législateur, l'Autorité estime souhaitable de modifier le projet de décret dans le sens d'un renforcement de sa capacité d'action et des obligations relatives aux commissions des marchés.

Conclusion :

L'Autorité émet un avis défavorable sur le projet de décret fixant les modalités d'application des sections 3 à 5 du chapitre II du titre II du code de la voirie routière et recommande de le modifier dans le sens des propositions jointes en annexe du présent avis.

L'Autorité a adopté le présent avis le 20 janvier 2016.

Présents : Monsieur Pierre CARDO, président ; Madame Anne YVRANDE-BILLON, vice-présidente ; Messieurs Jean-François BENARD et Michel SAVY, membres du collège.

Le présent avis sera notifié à la directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et publié sur le site internet de l'Autorité.

Le Président

Pierre CARDO

Annexe : liste des propositions d'amendement au projet de décret

Article R. 122-32 – 2^{ème} alinéa (points 6, 37, 38 et 39)

« Pour le concessionnaire d'autoroute qui n'en relève pas, elle est assurée par la transmission à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières d'un dossier de présentation du marché et de la procédure de passation. Ce dossier comprend le montant du marché, une description du projet, une description de la procédure de passation et, le cas échéant, les autres éléments précisés par arrêté conjoint du ministre chargé de la voirie nationale et du ministre chargé de l'économie, pris après avis de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières. **Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que celle du II de l'article 33 du décret du 30 décembre 2005 susmentionné, la notification du marché par le concessionnaire d'autoroute intervient au plus tôt une semaine après réception par l'Autorité de ce dossier. Pour les autres marchés, ils sont conclus par le concessionnaire au plus tôt seize jours après réception par l'Autorité de ce dossier.** »

Article R. 122-34 (I) – 2^{ème} alinéa (points 6, 11, 16 et 17)

« L'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières transmet son avis au concessionnaire d'autoroute dans un délai de **deux** mois à compter de la saisine. ~~Passé ce délai, l'avis est réputé favorable.~~

« **Dans son avis, l'Autorité apprécie le respect du critère d'indépendance à l'égard tant du concessionnaire et de ses entreprises liées au sens de l'article 4 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique que des attributaires passés et des soumissionnaires potentiels.** »

Article R. 122-34 (II) – 2^{ème} alinéa (point 22)

« La commission des marchés est présidée par l'un de ses membres **indépendants du concessionnaire et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires au sens du premier alinéa de l'article L. 122-17.** »

Article R. 122-35 (I) (points 26 et 28)

« Les règles internes ~~de la commission des marchés~~ prévues au deuxième alinéa de l'article L. 122-17 comprennent notamment :

« [..]

« **1bis° Les moyens mis à la disposition de la commission par le concessionnaire et les conditions d'accès de la commission à toute information nécessaire à l'exécution de ses missions ;** »

Article R. 122-35 (II) – 2^{ème} alinéa (points 6, 11 et 24)

« L'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières transmet au concessionnaire d'autoroute son avis dans un délai de **trois** mois à compter de la saisine. ~~Passé ce délai, l'avis est réputé favorable.~~»

Article R. 122-37 (I) – 3^{ème} alinéa (points 32 et 33)

« 1° Dans un délai d'une semaine au plus **tard** à compter de la date à laquelle la commission est informée de la passation d'un marché **sur lequel un avis de la commission n'est pas requis**, un dossier de présentation du projet »

« 2° Dans un délai d'une semaine au plus à compter de la date à laquelle la commission a rendu son avis, un dossier de présentation d'un projet de marché ou d'avenant soumis à son avis en application de l'article R. 122-36 ; »

Article R. 122-37 (II) (point 6, 37, 38 et 39)

« II. – Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que celle du II de l'article 33 du décret du 30 décembre 2005 susmentionné, la notification du marché par le concessionnaire d'autoroute intervient au plus tôt une semaine après réception par l'Autorité des éléments prévus au I. Pour les autres marchés, ils sont conclus par le concessionnaire au plus tôt seize jours après réception par l'Autorité des éléments prévus au I. »