

Avis n° 2016-217 du 23 novembre 2016
relatif à la passation du contrat d'exploitation des installations commerciales annexes
situées sur l'aire de Saint-Julien-Montdenis par la société française du tunnel routier du
Fréjus

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

Vu la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale, enregistrée au greffe de l'Autorité et déclarée complète le 24 octobre 2016, sur le projet de contrat relatif à l'exploitation de l'activité de distribution de carburant, de boutique et de restauration sur l'aire de Saint-Julien-Montdenis (A43) entre la société française du tunnel du Fréjus (ci-après « SFTRF ») et la société DYNEFF ;

Vu le règlement d'exécution (UE) n° 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standards pour la publication de l'avis dans le cadre de la passation des marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011 ;

Vu le code des transports ;

Vu le code de la voirie routière ;

Vu l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ;

Vu la loi n° 55-4 du 4 janvier 1955 concernant les annonces judiciaires et légales, modifiée par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 et la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 ;

Vu le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession ;

Vu le décret n° 2016-234 du 1^{er} mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes, notamment son article 4 ;

Après en avoir délibéré le 23 novembre 2016 ;

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. PROCÉDURE

1. Les articles L. 122-23, L. 122-24 et L. 122-25 du code de la voirie routière disposent que les contrats passés par les concessionnaires 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 et de mise en concurrence.

2. En application des articles L. 122-27 et R. 122-42 du code de la voirie routière, les concessionnaires d'autoroute doivent solliciter du ministre chargé de la voirie routière nationale l'agrément de l'attributaire ou du concessionnaire de tout contrat visé à l'article L. 122-23 du code de la voirie routière préalablement à la conclusion dudit contrat ou à sa cession à un nouvel exploitant. L'agrément ne peut être délivré qu'après avis de l'Autorité, qui dispose d'un délai d'un mois à compter de la date de la saisine par le ministre pour se prononcer sur le respect des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du même code.

2. COMPETENCE DE L'AUTORITE

3. Aux termes de l'article L. 122-27 du code de la voirie routière, l'avis devant être rendu par l'Autorité dans le cadre de la procédure d'agrément visée à cet article porte sur le respect des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du même code. L'article L. 122-24 prévoit ainsi que, pour « *la passation des contrats définis à l'article L. 122-23, le concessionnaire d'autoroute procède à une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire* ». L'article L. 122-25 dispose que les « *procédures de passation des contrats définis à l'article L. 122-23 sont définies par voie réglementaire* ». Ces procédures sont précisées aux articles R. 122-40 et suivants du code de la voirie routière.
4. Les dispositions des articles L. 122-24 et L. 122-25 du code de la voirie routière s'appliquent ainsi à la conclusion des contrats visés à l'article L. 122-23 du code de la voirie routière.
5. Il incombe ainsi à l'Autorité d'exercer un contrôle sur la procédure d'attribution de ces contrats. À cet égard, le I de l'article 4 du décret du 1^{er} mars 2016 susvisé prévoit que la sous-section 1 de la section 5 du chapitre II du titre II de la partie réglementaire du code de la voirie routière régissant la procédure de passation des contrats des concessionnaires 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, s'applique uniquement aux contrats pour lesquels une publicité est engagée à compter du 1^{er} avril 2016.
6. Par un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication le 1^{er} avril 2016, la société SFTRF a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un contrat portant sur l'activité commerciale de distribution de carburant, de restauration légère et à la carte et de vente en boutique sur l'aire de Saint-Julien-Montdenis (73). Le contrat ayant ainsi fait l'objet d'une publicité engagée le 1^{er} avril 2016, l'Autorité est compétente pour rendre un avis dans le cadre de la procédure d'agrément de l'exploitant pressenti.

3. REGLES APPLICABLES A LA PROCEDURE DE PASSATION DU CONTRAT

7. Les dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession sont applicables aux contrats susceptibles d'être qualifiés de contrats de concession au sens des articles 5 à 7 de ce texte lorsqu'ils sont conclus par des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 9 du même texte.
8. Un contrat de concession est défini, en vertu de l'article 5 de l'ordonnance susvisée, comme un contrat par lequel « *une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix* ». L'article dispose, en outre, que la « *part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable* ».

9. Le projet de contrat auquel se rapporte la présente procédure d'agrément a pour objet l'exploitation, sur une aire de services sur autoroute concédée, d'une activité commerciale de distribution de carburant, de restauration et de vente en boutique au profit des usagers de l'autoroute. La rémunération du cocontractant de la société SFTRF serait exclusivement assise sur les recettes perçues sur les usagers de l'aire. Le risque économique associé à l'exploitation de ces activités serait ainsi entièrement transféré au cocontractant de la société SFTRF, de sorte que celui-ci ne peut pas être regardé comme exposé à une perte purement nominale ou négligeable au sens de l'article 5 de l'ordonnance susvisée. Le projet de contrat présente ainsi, par son objet, le caractère d'un contrat de concession au sens du texte susvisé.
10. Aux termes de l'article 9 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, doit être qualifié de pouvoir adjudicateur toute personne morale de droit privé créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, dont soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur, soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur.
11. Ainsi qu'il ressort d'un avis adopté le 16 mai 2002 par le Conseil d'État (Assemblée, n° 366305), les sociétés concessionnaires d'autoroute sont chargées de missions visant à satisfaire des besoins d'intérêt général autres qu'industriel et commercial.
12. En outre, ainsi que l'a également relevé le Conseil d'État dans ce même avis, sans que cela soit remis en cause dans les circonstances de l'espèce, plus de la moitié des membres de l'organe de direction des sociétés concessionnaires à capitaux majoritairement publics sont désignés par un pouvoir adjudicateur. La société SFTRF constitue ainsi un pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance précitée.
13. Il résulte des éléments qui précèdent que la société SFTRF était soumise, pour la conclusion du contrat qui fait l'objet de la présente procédure d'agrément, aux dispositions de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et de son décret d'application.
14. À cet égard, la circonstance que le projet de contrat considéré ait fait l'objet de deux procédures d'appel d'offres infructueuses organisées sur la base des dispositions du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005¹ (lequel a fait l'objet d'une abrogation à compter du 1^{er} avril 2016) ne permettait pas à la société SFTRF d'organiser la procédure de passation du contrat dans le cadre d'une procédure négociée en vertu des dispositions de l'article 33 du décret du 30 décembre 2005 susvisé. En effet, seules les dispositions de l'ordonnance du 29 janvier 2016 étaient applicables à la date de conclusion de ce contrat.
15. En outre, il ne peut être considéré que la société SFTRF pouvait appliquer les dispositions de l'article 11 du décret du 1^{er} février 2016 susvisé, lequel permet la conclusion d'un contrat de concession sans publicité ni mise en concurrence préalable dans le cas où aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue lors de la procédure initiale, pour autant que les conditions du contrat ne soient pas substantiellement modifiées. En effet, la possibilité de recourir à cette dérogation est conditionnée au fait que le contrat considéré ait fait l'objet d'une procédure infructueuse organisée sur la base des règles établies par l'ordonnance du 29 janvier 2016 et son décret d'application, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.
16. En tout état de cause, à supposer qu'il soit procédé à un contrôle *in concreto* de la satisfaction des règles de procédure établies par l'ordonnance du 29 janvier 2016 et son décret d'application par les procédures organisées précédemment par la société SFTRF pour la conclusion de ce contrat, les règles de publicité appliquées (notamment le contenu de l'avis d'appel public à la concurrence) ne présentaient pas, pour l'exercice effectif de la concurrence, de garanties identiques. Il ne

¹ Décret 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 publics.

saurait donc être considéré que les deux procédures infructueuses antérieures constituaient des procédures infructueuses au sens du 2° de l'ordonnance du 29 janvier 2016, ce qui aurait permis la conclusion du contrat sans publicité ni mise en concurrence et permis d'envisager l'application volontaire de règles de procédure non applicables de plein droit.

17. C'est ainsi en application des seules dispositions de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et de son décret d'application que le projet de contrat dont l'Autorité est saisie devait être conclu.

4. PROCEDURE DE PASSATION

4.1. Sur la détermination de la procédure applicable

18. L'article 35 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée dispose que les autorités concédantes procèdent à une publicité dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire, selon l'objet du contrat de concession ou sa valeur estimée hors taxe.
19. Afin de déterminer, en l'absence d'estimation de la valeur du contrat par la société SFTRF dans l'avis de publicité, la valeur estimée du contrat conformément aux dispositions de l'article 7 du décret du 1^{er} février 2016 susvisé et, partant, la procédure applicable à sa conclusion, l'Autorité s'est appuyée sur les déclarations de chiffres d'affaires de l'exploitant actuel ainsi que sur les estimations de chiffres d'affaires prévisionnels produites par les deux soumissionnaires. Il ressort ainsi de l'instruction que la valeur estimée du contrat sur la durée globale envisagée est supérieure au seuil (5,225 millions d'euros H.T.) prévu au 2° de l'article 9 du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession et qu'il devait ainsi être conclu conformément au régime de publicité et de mise en concurrence applicable aux contrats dont la valeur excède ce seuil.
20. La détermination de la procédure applicable emporte deux conséquences sur les modalités de rédaction de l'avis de concession et de sa publication.

4.2. Sur l'avis de concession

21. Aux termes de l'article 14 du décret du 1^{er} février 2016 susvisé, pour les contrats de concession dont la valeur excède le seuil susmentionné, l'autorité concédante doit publier un avis de concession conforme au modèle fixé par le règlement d'exécution du 11 novembre 2015 susvisé.
22. Le modèle d'avis numéro 24 annexé au règlement d'exécution du 11 novembre 2015 susvisé prévoit au point II.2.6 que la mention de la valeur estimée du contrat constitue un élément qui doit obligatoirement figurer dans l'avis.
23. L'avis envoyé pour publication le 1^{er} avril 2016 au Moniteur des travaux publics et à la revue Pétrole et Gaz ne mentionnant aucune valeur estimée du contrat, l'Autorité constate que la rédaction de l'avis est irrégulière en ce qu'elle méconnaît les dispositions de l'article 14 du décret du 1^{er} février 2016 susvisé.

4.3. Sur les supports utilisés pour la publication de l'avis de concession

24. L'article 15 du décret du 1^{er} février 2016 susvisé dispose que pour les contrats de concession dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure à 5,225 millions d'euros hors taxe, « l'autorité concédante publie [cet] avis de concession au Journal officiel de l'Union européenne, au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales ainsi que dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné ».

25. Il ressort des éléments versés au dossier de saisine que la société SFTRF n'a procédé à aucune publicité au *Journal officiel de l'Union européenne*. Eu égard à la garantie que présente, lorsqu'elle est requise, cette publication pour l'exercice effectif de la concurrence, en particulier s'agissant d'un contrat à l'intérêt transfrontalier manifeste de par son lieu d'exécution et sa valeur, l'Autorité considère que ce défaut de publication constitue une irrégularité substantielle de nature à vicier l'ensemble de la procédure de passation. Le fait que la conclusion du contrat intervienne à la suite de deux procédures infructueuses organisées sur la base de règles procédurales distinctes est sans incidence sur ce point (voir point 16 du présent avis).
26. En outre, en l'absence de publication au Bulletin officiel des annonces de marchés publics, l'avis devait être publié dans un journal d'annonces légales dans le département du siège de l'autorité concédante ou dans le département d'exécution du contrat si ce dernier est différent. En l'espèce, le département du siège de la société SFTRF étant le même que le département du lieu d'exécution du contrat, la publication aurait dû être faite dans le département de la Savoie. Or, ni la revue *Pétrole et Gaz*, ni *Le Moniteur des travaux publics* ne constituent des journaux d'annonces légales pour ce département au sens des articles 1 à 3 de la loi du 4 janvier 1955 concernant les annonces judiciaires et légales et de l'arrêté du préfet de la Savoie du 6 janvier 2016 modifié qui fixe annuellement la liste des journaux habilités à publier les annonces judiciaires et légales pour l'année 2016 dans son département.
27. L'Autorité constate que la société SFTRF n'a donc pas respecté les modalités de publicité auxquelles la procédure était soumise au titre des dispositions de l'article 15 du décret du 1^{er} février 2016.

CONCLUSION

L'Autorité émet un avis défavorable sur la procédure d'attribution du contrat portant sur l'exploitation des installations annexes à caractère commercial implantées sur l'aire de Saint-Julien-Montdenis.

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 23 novembre 2016.

Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; Madame Anne Yvrande-Billon, vice-présidente ; Madame Marie Picard ainsi que Monsieur Michel Savy, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman