

## **Avs n° 2017-014 du 2 février 2017** **portant sur le projet de décret relatif à la régulation des contrats dans le secteur autoroutier**

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 2 janvier 2017 en application des articles L. 122-22 et L. 122-28 du code de la voirie routière ;

Vu le code des transports ;

Vu le code de la voirie routière ;

Vu la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, notamment son article 41 ;

Vu l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;

Vu le décret n° 2016-234 du 1<sup>er</sup> mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes ;

Vu le décret n° 2016-552 du 3 mai 2016 relatif à la passation des marchés par les concessionnaires d'autoroutes ;

Après en avoir délibéré le 2 février 2017 ;

### **ÉMET L'AVIS SUIVANT**

1. L'article 41 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a modifié les dispositions des sections 4 à 6 du chapitre II du titre II du code de la voirie routière, relatives à la régulation des marchés de travaux, fournitures et services du réseau autoroutier concédé, aux contrats relatifs aux installations annexes sur les autoroutes concédées et à l'Autorité.
2. Conformément aux articles L. 122-22 et L. 122-28 dudit code, les modalités d'application des sections 4 et 5 de ce chapitre sont précisées par décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Autorité.

3. Les modifications apportées par la loi du 9 décembre 2016 précitée à ces sections rendant nécessaire l'adaptation de leurs dispositions réglementaires d'application, un projet de décret relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes a été soumis à l'avis de l'Autorité par la directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes le 2 janvier 2017.
4. Outre les ajustements rendus nécessaires par l'adoption de la loi du 9 décembre 2016 précitée, le projet transmis à l'Autorité comporte également des dispositions visant à simplifier et clarifier l'interprétation de certaines dispositions.

## 1. SUR LES REGIMES DE PASSATION DES MARCHES

5. Dans le projet de décret, les intitulés de la sous-section 1 et de la sous-section 1 bis de la section 4 du chapitre II du titre II de la partie réglementaire du code de la voirie routière font respectivement référence aux « *concessionnaires à capitaux majoritairement privés* » et aux « *concessionnaires à capitaux majoritairement publics* » afin de distinguer les régimes de passation applicables aux marchés.
6. Il conviendrait de renommer ces intitulés en visant les concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs et les concessionnaires qui n'en sont pas puisque leurs régimes juridiques résultent de cette qualification sans être conditionnés par leur structure capitalistique majoritairement privée ou publique.
7. L'article R. 122-32 du code de la voirie routière fixe désormais à 2 000 000 € HT le seuil de procédure formalisée applicable aux marchés de travaux relevant de l'article L. 122-13 du même code. L'Autorité est favorable à l'abaissement de ce seuil par rapport au seuil de droit commun aujourd'hui en vigueur conformément aux obligations inscrites à l'article 6 de leurs contrats de concession.
8. Par ailleurs, si cette nouvelle sous-section 1 bis traite du régime de passation applicable aux marchés de travaux relevant de l'article L. 122-13 précité, elle ne précise pas le régime de passation applicable aux marchés de fournitures ou services relevant du même article, qui demeure par défaut celui des dispositions de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. L'Autorité suggère, pour assurer une meilleure lisibilité du régime applicable à l'ensemble des marchés relevant de l'article L. 122-13, de préciser que les seuils de procédure formalisée pour les marchés de fournitures ou services relevant de l'article L. 122-13 du code de la voirie routière, sont les seuils européens mentionnés au 1° de l'article 42 de l'ordonnance précitée.
9. Si cette suggestion était retenue, les seuils applicables aux marchés relevant de l'article L. 122-13 du même code seraient ainsi tous mentionnés à l'article R. 122-32. L'Autorité propose qu'en ce cas, le b) du 4° de l'article R. 122-39 fasse directement référence aux seuils mentionnés à l'article R. 122-32.

## 2. SUR LES CONDITIONS DANS LESQUELLES LE MARCHÉ PEUT ÊTRE MODIFIÉ

10. Le projet de décret comporte l'ajout d'un point VII aux dispositions de l'article R. 122-31 du code de la voirie routière rendant applicables aux marchés relevant de l'article L. 122-12 les règles relatives aux modifications des marchés publics issues du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 précité.
11. Afin de corriger ce qu'elle suppose être une erreur matérielle, l'Autorité propose de renvoyer au chapitre IV du titre IV de la première partie du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, et non au chapitre IV du titre III qui est relatif à la passation des marchés publics.

### 3. SUR LA TRANSMISSION DES MARCHES NON SOUMIS A L'OBLIGATION DE PUBLICITE ET DE MISE EN CONCURRENCE

12. Les modifications affectant l'article R. 122-30 et le III de l'article R. 122-31 du code de la voirie routière conduisent notamment à l'exclusion de toute obligation de publicité et de mise en concurrence des marchés de travaux répondant aux caractéristiques énumérées aux I et II de l'article 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, au même titre que les marchés de fournitures ou services.
13. Si l'Autorité n'est pas opposée à une telle modification, qui a pour seul effet d'appliquer, sur ce point, aux marchés de travaux relevant de l'article L. 122-12 le régime de droit commun, elle souhaiterait néanmoins que soit maintenue l'obligation d'information imposée aux concessionnaires pour ces marchés dès lors que leurs montants dépassent certains seuils afin de pouvoir, en particulier, s'assurer en temps utile du bien-fondé du recours, par les sociétés concessionnaires, aux dispositions de l'article 30 du décret n° 2016-360 précité.
14. De la même manière, elle souhaite pouvoir s'assurer du bien-fondé de l'application de ces dernières dispositions pour les marchés de fournitures et de services dont la valeur estimée excède certains seuils.
15. Il est donc proposé de modifier l'article R. 122-39 afin que soient transmis à l'Autorité pour information les marchés de travaux, fournitures ou services répondant aux caractéristiques énumérées à l'article 29 et aux I et II de l'article 30 du décret précité dès lors que leur valeur estimée est supérieure ou égale aux seuils mentionnés aux 2° et 3° de l'article R. 122-30 et à l'article R. 122-32.
16. Dans un souci de cohérence, l'Autorité propose une modification de l'article R. 122-36 qui prévoit que les marchés et avenants définis au I de l'article R. 122-39 sont soumis à l'avis de la commission des marchés, en précisant que ne sont visés que les marchés soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence ou dont la passation est effectuée selon l'une des procédures formalisées énumérées au I de l'article 25 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

### 4. SUR LA DUREE DES CONTRATS D'EXPLOITATION

17. L'article R. 122-40-1 du projet de décret prévoit que « *les contrats d'exploitation ont une durée qui ne peut excéder le temps raisonnablement escompté par l'exploitant pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat.* »
18. Cette rédaction restrictive pose une difficulté pour déterminer la durée de contrats qui ne mettent à la charge de l'exploitant qu'un faible volume d'investissements. Pour y remédier, l'Autorité suggère de calquer le régime de la durée de ces contrats sur celui applicable aux contrats de concession en vertu des dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et de son décret d'application n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 1986.
19. L'article 34 de l'ordonnance précitée dispose que la durée d'une concession est limitée et doit être déterminée en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements. L'article 6 du décret n° 2016-86 complète ces principes généraux, disposant que la durée du contrat ne saurait excéder le temps escompté pour l'amortissement des investissements réalisés, avec un retour sur les capitaux investis, ce principe ne s'appliquant que pour autant que la durée du contrat soit supérieure à 5 ans.

20. L'Autorité propose, en écho aux dispositions précitées, de compléter l'article R. 122-40-1 tout d'abord en rappelant le principe posé par l'article 34 de l'ordonnance n° 2016-65 puis, conformément au II de l'article 6 du décret n° 2016-86, en précisant que la durée est limitée à l'amortissement des investissements pour les contrats d'une durée supérieure à cinq ans.

## **5. SUR LA PUBLICATION DES RAPPORTS ET SYNTHÈSES DE L'AUTORITÉ**

21. Le projet de décret comporte une modification de l'article R. 122-47 du code de la voirie routière pour préciser que la publication des rapports et synthèses de l'Autorité mentionnés aux articles L. 122-9 et L. 122-21 intervient au plus tard le 31 décembre de l'année en cours.
22. Si l'organisation comptable des sociétés concessionnaires impose que la publication du rapport public portant sur l'économie générale des conventions de délégation et de la synthèse des comptes des concessionnaires prévue à l'article L. 122-9 soit fixée au 31 décembre de l'année en cours, il ne semble toutefois pas strictement indispensable d'appliquer les mêmes délais au rapport sur les marchés prévu à l'article L. 122-21.
23. En effet, le second alinéa de l'article R. 122-38 fixe au 31 mars de chaque année la date limite de transmission des rapports d'activité annuels des commissions des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes par le président de chaque commission. Dès lors, l'Autorité suggère de conserver la date limite du 30 juin de l'année en cours pour la publication du rapport annuel sur les marchés prévu à l'article L. 122-21 afin de ne pas décaler de manière excessive la publication de la date de réception de certaines informations.

## **6. SUR LES MODIFICATIONS DES RÈGLES DES COMMISSIONS DES MARCHÉS DES SOCIÉTÉS CONCESSIONNAIRES D'AUTOROUTES**

24. Le II de l'article 3 du projet de décret relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes prévoit que les règles des commissions des marchés sont modifiées pour intégrer les dispositions du décret d'application de la loi n° 2016-1691 précitée au plus tard le premier jour du troisième mois suivant la promulgation de cette loi.
25. Celle-ci ayant eu lieu le 9 décembre 2016, les règles des commissions des marchés devraient être modifiées au plus tard le 1<sup>er</sup> mars 2017. Cependant, compte tenu des délais de signature du décret d'application de la loi n° 2016-1691 précitée mais également des délais auxquels sont soumises les commissions de marchés pour procéder à la modification de leurs règles, en application du II de l'article R. 122-35 du code de la voirie routière et en application de leurs règles internes existantes pour la convocation de leurs membres, l'Autorité propose de fixer la date limite de modification des règles des commissions des marchés au premier jour du cinquième mois suivant la date de publication du décret.

\*

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.

L'Autorité a adopté le présent avis le 2 février 2017.

**Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; Madame Anne Yvrande-Billon, vice-présidente ; Madame Cécile George ainsi que Monsieur Yann Pétel, membres du collège.**

Le Président

Bernard Roman

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

Intitulé de la sous-section 1 de la section 4 du chapitre II du titre II de la partie réglementaire du code de la voirie routière (point 6)

« Passation des marchés par les concessionnaires ~~à capitaux majoritairement privés~~ qui ne répondent pas à la qualification de pouvoirs adjudicateurs »

Intitulé de la sous-section 1 bis de la section 4 du chapitre II du titre II de la partie réglementaire du code de la voirie routière (point 6)

« Passation des marchés par les concessionnaires ~~à capitaux majoritairement publics~~ répondant à la qualification de pouvoirs adjudicateurs »

Art. R. 122-32 – troisième alinéa (point 8)

« Pour les autres marchés, les seuils de procédure formalisée sont les seuils européens mentionnés au 1° de l'article 42 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. »

Art R. 122-39 (I 4°b)) - (point 9)

« Lorsque le marché relève de l'article L. 122-13, les seuils ~~à partir desquels la passation est effectuée selon l'une des procédures formalisées~~ mentionnés à l'article R. 122-32. »

Art. R. 122-31 (VII) – (point 11)

« VII. – Les conditions dans lesquelles le marché peut être modifié sont régies par le chapitre IV du titre ~~III~~ IV de la première partie du décret du 25 mars 2016 susmentionné. »

Art R. 122-39 (I 1°) - (point 15)

« Le projet de marché relevant de l'article L. 122-12 ~~soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence~~ dont la valeur estimée du besoin est supérieure ou égale aux seuils mentionnés aux 2° et 3° de l'article R. 122-30, y compris les marchés non soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence. »

Art R. 122-39 (I 2°) - (point 15)

« Le projet de marché relevant de l'article L. 122-13 ~~dont la passation est effectuée selon l'une des procédures formalisées énumérées au I de l'article 25 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics~~ dont la valeur estimée du besoin est supérieure ou égale aux seuils mentionnés à l'article R. 122-32, y compris les marchés non soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence. »

Art. R. 122-36 – (point 16)

« Sont soumis à l'avis de la commission des marchés les marchés ~~soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence~~ ou dont la passation est effectuée selon l'une des procédures formalisées énumérées au I de l'article 25 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et les avenants définis au I de l'article R. 122-39. »

Art. R. 122-40-1 - (point 20)

« Les contrats d'exploitation ont une durée ~~limitée déterminée en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés à l'exploitant.~~

**Pour les contrats d'exploitation d'une durée supérieure à cinq ans, la durée qui ne peut excéder saurait excéder** le temps raisonnablement escompté par l'exploitant pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat. »

*Art. R. 122-47 - (point 23)*

« Les rapports et synthèses de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières mentionnés aux articles L. 122-9 et L. 122-21 sont transmis au Parlement, au ministre chargé de la voirie routière nationale et au ministre chargé de l'économie concomitamment à leur publication, qui intervient au plus tard le 31 décembre de l'année en cours, **pour le rapport mentionné à l'article L. 122-9, et au plus tard le 30 juin de l'année en cours, pour le rapport mentionné à l'article L. 122-21.** »

*Article 3 (II) projet de décret - (point 25)*

« Les règles des commissions des marchés sont modifiées au plus tard ~~le premier jour du troisième mois suivant la date mentionnée au III du même article 41~~ **le premier jour du cinquième mois suivant la date de publication du présent décret** afin d'assurer leur conformité aux dispositions du deuxième alinéa du V de l'article R. 122-31 du code de la voirie routière, dans leur rédaction résultant du c du 3° de l'article 1er du présent décret ainsi que, le cas échéant, à celles de l'article R. 122-32 du même code, dans sa rédaction résultant du 5° du même article 1er. »