

LES CONCESSIONS D'AUTOROUTES DANS LA LOI DU 6 AOUT 2015 POUR LA CROISSANCE, L'ACTIVITE ET L'EGALITE DES CHANCES ECONOMIQUES

par
Laurent RICHER

L'histoire des autoroutes en France (sur laquelle voir : C. Abraham *Les autoroutes concédées en France (1955-2010)*, Celse, 2011) est un concentré des débats relatifs au meilleur mode de gestion des équipements collectifs : gestion publique, activité privée réglementée ou concession après appel d'offres. Les dispositions sur les concessions d'autoroutes introduites, avec une certaine précipitation, dans la « loi Macron » montrent que la France n'a pas fait un choix clair et définitif, sans doute parce que l'État cherche à cumuler les avantages de la réglementation et ceux de la concession, ce qui aboutit en grande partie à gommer ceux de la concession.

Les termes du débat sur l'intérêt et l'efficacité respectives de la réglementation et de la concession ont notamment été exposés par Oliver Williamson et par Harold Demsetz.

Les deux auteurs centrent leur propos sur les monopoles naturels, mais il est largement possible de l'extrapoler aux équipements collectifs et services publics économiques.

Demsetz¹ considère qu'il n'existe pas d'argument économique convaincant pour préférer la réglementation étatique (*public regulation*) à l'attribution d'un droit exclusif après mise en concurrence (*franchise bidding*). Il se penche, en particulier, sur la question des *windfalls* (aubaines), qui rejoint les « rentes » qu'a cru pouvoir identifier l'Autorité de la concurrence dans son avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires. Demsetz expose que si le prix est fixé définitivement pour une longue durée, des effets d'aubaine peuvent en résulter. Ce n'est certes pas spécial à la gestion des *public utilities*, mais dans leur cas l'aubaine peut être acquise sur une longue durée. Pour éviter ce phénomène vaut-il mieux créer une commission

¹ Harold Demsetz « Why Regulate Utilities? », *Journal of Law and Economics*, Vol. 11, No. 1 (Apr., 1968), pp. 55-65 (<http://www.jstor.org/stable/724970>)

de régulation ou conclure un contrat ? Selon l'auteur le meilleur moyen de gérer l'incertitude est de choisir le type de contrat adéquat, avec des clauses d'adaptation, rien ne démontre qu'un système de régulation par fixation d'une rémunération « *cost plus rate* » permette de mieux gérer l'incertitude.

À l'opposé, selon Williamson², la difficulté d'anticiper les conditions d'exploitation et notamment les coûts de longue durée et l'opportunisme de l'entreprise privée imposent, de toute façon, un contrôle étroit, ce qui transforme, en fin de compte, la concession en instrument de réglementation.

Dans les années récentes, et plus précisément, depuis que les concessions d'autoroutes sont soumises à concurrence, l'État français a cherché à améliorer le système concessif en perfectionnant les contrats, notamment par l'introduction de clauses de performances (v. p. ex. la convention de concession passée entre l'État et la société ALBEA approuvée par le décret n° 2011-2011 du 28 décembre 2011). Avec la loi Macron un virage est pris vers la réglementation et le contrôle, sous l'appellation de « régulation », qui est impropre en l'absence de toute problématique d'accès au marché et de compétition sur le marché.

Les dispositions sur les concessions d'autoroutes ont été introduites dans la loi Macron pour tirer les conséquences de l'avis de l'Adlc n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires et des conclusions du groupe de travail du Sénat, qui a remis son rapport le 17 décembre 2014.

Le résultat est un abâtardissement du système concessif, dont la dimension contractuelle est fortement diminuée.

Les innovations portent sur trois points :

- l'autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), créée par la loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports du 8 décembre 2009, devient autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) ;
- des dispositions sur la fixation des péages et les clauses financières des concessions sont introduites ;

² Oliver E. Williamson « Franchise Bidding for Natural Monopolies-in General and with Respect to CATV », *The Bell Journal of Economics*, Vol. 7, No. 1 (Spring, 1976), pp. 73- (<http://www.jstor.org/stable/3003191>)

- la passation des marchés des concessionnaires est encadrée plus strictement qu'elle ne l'était.

I.- L'ARAFER

L'article 1^{er} de la loi modifie le code des transports pour étendre la compétence de l'ARAF, compétente dans le secteur ferroviaire. Cet élargissement a été préconisé par l'Autorité de la concurrence dans son avis du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires.

Une telle réforme permet à l'État de donner satisfaction à l'opinion en affichant sa volonté de renforcer le contrôle, mais elle procède aussi d'un constat de mauvais fonctionnement du contrôle exercé par l'État concédant, représenté par les services de la direction générale des infrastructures, des transports et de la mer (DGITM), dont les compétences autre que techniques se sont révélées insuffisantes. Williamson aurait vu là une confirmation d'une critique qu'il adresse au système de « *franchise bidding* » : l'administration n'étant pas encline à admettre ses propres erreurs ne peut pas être trop critique à l'égard de l'opérateur qu'elle a choisi (Williamson, art. précit.).

L'ARAFER devra être consultée sur certaines questions autoroutières, elle exercera des contrôles sur les sociétés d'autoroutes et pourra prononcer des sanctions à leur égard. Pour financer ces nouvelles activités (environ 2 millions par an) est créée une redevance de contrôle payée par les concessionnaires dont le produit est affecté à l'ARAFER, qui a la personnalité morale.

Les avis

Le rôle consultatif de l'autorité de régulation concerne avant tout les aspects financiers des concessions, que la DGITM maîtriserait moins que les aspects techniques.

L'ARAFER est d'abord consultée sur les projets de décret fixant le montant des péages (art. L. 122-4 code voirie routière modifié). Plus largement elle l'est aussi sur « les projets de modification de la convention de délégation, du cahier des charges annexé ou de tout autre contrat lorsqu'ils ont une incidence sur les tarifs de péage ou sur la durée de la convention de délégation » (art. L. 122-8).

Mais là ne s'arrête pas la compétence consultative puisque l'autorité « est aussi consultée sur tout nouveau projet de délégation » et dans ce cadre « vérifie notamment le respect de l'article L. 122-4 », qui établit les principes de tarification. Elle donne également son avis sur l'attribution des sous-concessions (art. L. 122-27 c. voirie).

L'ARAFER a aussi un pouvoir de co-décision dans un cas : la composition de la commission des marchés des sociétés d'autoroutes, prévue à l'article L. 122-17 C. voirie rout. et les « règles internes pour la passation et l'exécution des marchés » sont arrêtées sur avis conforme de l'ARAFER, qui, par ailleurs, « veille à l'exercice d'une concurrence effective et loyale lors de la passation des marchés », ce qui implique une surveillance étroite qui est exercée grâce à la transmission à l'autorité des avis des commissions des marchés (voir ci-après).

Les contrôles

L'ARAFER est dotée à la fois d'un pouvoir général de contrôle et de compétences spécifiques.

Au titre de son contrôle général elle est d'abord chargée de publier un « rapport public portant sur l'économie générale des conventions de délégation ». À cela les députés ont ajouté une surveillance sur les données financières qui ont fait débat à la suite de l'avis de l'Autorité de la concurrence : l'Autorité établit annuellement une synthèse des comptes des concessionnaires et elle « assure un suivi annuel des taux de rentabilité interne de chaque concession ». Est également prévu un rapport annuel sur les marchés définis à l'article L. 122-12 et les travaux réalisés en exécution de ces marchés (art. L. 122-21 C. voirie).

L'autorité a ensuite une mission générale de « veille » sur le « bon fonctionnement du régime des tarifs de péage » (art. L. 122-7 C. voirie).

Mais, la disposition la plus innovante est celle qui est introduite à l'article L. 122-20 du code de la voirie routière : l'ARAFER peut saisir le juge compétent d'un référé précontractuel, à l'instar du représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale (L. 551-14 CJA). On est bien loin d'une mission de régulation, l'ARAFER est gardienne de la légalité.

Pour la mise en œuvre de sa mission de contrôle l'ARAFER « peut recueillir des données, procéder à des expertises et mener des études et toutes actions d'information nécessaires dans le secteur des autoroutes concédées. Elle peut notamment, par une décision motivée, prévoir la transmission régulière d'informations et de données par les concessionnaires d'autoroutes et par les entreprises intervenant dans le secteur des marchés de travaux, fournitures et services sur le réseau autoroutier concédé » (Art. L. 122-31 c. voirie).

Elle détient envers les sociétés d'autoroutes et certains de leurs prestataires les mêmes pouvoirs d'investigation que ceux dont dispose l'ARAF (droit d'accès à la comptabilité et aux informations économiques, financières et sociales nécessaires et accès aux locaux) et elle peut prononcer des sanctions en cas d'opposition au contrôle dans les conditions prévues aux articles L. 2135-7 du code des transports (art. L. 122-33 c. Voirie). Des sanctions pénales sont aussi prévues pour les mêmes faits (art. L. 2135-9 et s. c. transp.).

Face à la multiplicité et à la diversité des tâches qui lui sont ainsi dévolues, la question de l'effectivité du contrôle exercé par l'ARAFER risque de se poser dans l'avenir, comme elle se pose actuellement pour le contrôle par le concédant.

II.- LES PÉAGES

En principe les tarifs d'une concession sont déterminés par la volonté des parties et évoluent selon les formules stipulées au contrat. Il existe des cas où le tarif est fixé par voie réglementaire, par exemple pour l'accès aux réseaux d'électricité gérés par ERDF et par les DNN, mais cette situation fait figure d'exception et a conduit une partie de la doctrine à mettre en doute l'existence d'une véritable concession. Il n'en demeure pas moins que la directive 2014/23 sur l'attribution des concessions admet dans son considérant 19 que « Le fait que le risque soit limité dès l'origine ne devrait pas exclure l'attribution du statut de concession. Tel peut être le cas, par exemple, dans les secteurs disposant de tarifs réglementés... »³. Cela vaut pour les autoroutes.

³ à concilier néanmoins avec ce passage du considérant 18 : « L'application de règles spécifiques régissant l'attribution de concessions ne serait pas justifiée si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice évitait à l'opérateur économique tout risque de pertes, en lui garantissant un revenu minimal supérieur ou égal aux investissements effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat ».

Système actuel

Jusqu'à la loi Macron s'est appliqué un système complexe dans lequel la volonté des parties avait une place importante. Selon l'avis déjà cité de l'Autorité de la concurrence, ce système aurait abouti à une hausse annuelle trop avantageuse (80 ou 85 % de l'inflation), ce qui explique la réforme apportée.

Le décret n° 95-81 du 24 janvier 1995 relatif aux péages autoroutiers pose le principe d'une fixation des tarifs de péages autoroutiers chaque année par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, dans les conditions définies par le cahier des charges annexé à chaque contrat de concession, notamment en ce qui concerne les conditions d'évolution. Les tarifs sont applicables à l'expiration d'un délai d'un mois après leur dépôt auprès du ministre chargé de l'économie et auprès du ministre chargé de l'équipement, ce qui équivaut à une procédure d'approbation.

Mais, si un contrat de plan a été conclu entre l'État et une société concessionnaire – pour une durée maximale de cinq ans renouvelable – c'est ce contrat qui fixe l'évolution des péages. Dans les faits, l'ensemble des sociétés concessionnaires a signé un contrat de plan avec l'État.

Réforme

La loi nouvelle réforme le système sur plusieurs points, sans le remettre en cause fondamentalement.

En premier lieu, comme on l'a vu, est prévue l'intervention consultative de l'ARAFER, qui grâce à ses pouvoirs d'investigation devrait avoir une vision claire des coûts.

En second lieu, deux règles de fond nouvelles sont introduites.

Une modification est apportée à l'article L. 122-4 C. voirie en vertu de laquelle le cahier des charges doit comporter certaines clauses concernant les tarifs. Il doit prévoir « un dispositif de modération des tarifs de péages, de réduction de la durée de la concession ou d'une combinaison des deux, applicable lorsque les revenus des péages ou les résultats financiers excèdent les prévisions initiales. En cas de contribution de collectivités territoriales ou de l'Etat au financement de la délégation, ce dispositif peut, à la place ou en complément, prévoir un partage

d'une partie des résultats financiers de la délégation au profit de l'Etat et des collectivités territoriales contributrices ».

Le dispositif de réduction de la durée en fonction des résultats, parfois qualifié de mécanisme de « durée endogène » existe déjà dans les contrats de concession de la nouvelle génération ; il devra être introduit dans les concessions à venir.

De même, la clause de partage des résultats figure aussi dans les contrats récents ; elle paraît contestable, car elle révèle une exagération tarifaire sans contrepartie pour l'utilisateur et constitue donc une forme d'imposition, alors qu'une obligation d'affectation profitant aux usagers serait plus justifiable.

Une autre règle nouvelle porte sur les conséquences des modifications de la concession. Le plus important est que le financement des ouvrages ou des aménagements non prévus au cahier des charges « ne peut être couvert que par une augmentation des tarifs de péages, raisonnable et strictement limitée à ce qui est nécessaire », alors que l'ancien article L. 122-4 permettait aussi de procéder à un allongement de la durée de la concession, ce dont il a été fait application en dernier lieu par l'accord conclu le 9 avril 2015 entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes qui prévoit que celles-ci financent 3,2 milliards d'euros de travaux en contrepartie d'un allongement moyen de deux ans de la durée des contrats de concession. Cette spécificité des concessions autoroutières paraît difficile à justifier alors que la directive 2014/23 sur l'attribution des concessions facilite la modification des contrats pour permettre la réalisation de nouveaux travaux, sans exclure un éventuel allongement.

III. – LES MARCHÉS ET SOUS-CONCESSIONS

En principe le concessionnaire bénéficie d'une autonomie de gestion, qui lui permet, notamment, de conclure librement ses contrats (cf. CE 18 juillet 1930 Chemins de fer PLM, rec. 753 ; D. 1931. 3. 21, concl. Josse). En dérogation à ce principe, la loi Macron, pour tenir compte des critiques vient renforcer l'obligation de publicité et concurrence dans l'attribution des marchés et dans celle des sous-concessions.

Les marchés des concessionnaires

Dans son avis de 2014 l'Autorité de la concurrence a considéré que « les marchés de travaux des SCA sont, pour une large part, attribués à des entreprises liées et selon des modalités discutables ».

Néanmoins, il a aussi reconnu que les règles de passation sont généralement respectées.

Ces règles diffèrent selon que le concessionnaire a ou non la qualité de pouvoir adjudicateur.

Règles actuelles

Les sociétés à participation publique majoritaire ont le caractère d'organismes de droit public au sens des directives sur les marchés et entrent donc dans le champ d'application de l'ordonnance du 6 juin 2005. Il s'ensuit qu'elles doivent mettre en concurrence dès lors qu'ils sont de seuil européen aussi bien leurs marchés de travaux que leurs marchés de services et de fournitures et cela sans exception pour les contrats avec des entreprises liées.

Sont concernées deux SCA à capitaux majoritairement publics, les sociétés tunnelières Autoroute et tunnel du Mont-Blanc (ATMB) et Société Française du tunnel routier du Fréjus (SFTRF).

Les sociétés privées, et donc celles qui ont été privatisées en 2006, ne sont, en revanche pas des pouvoirs adjudicateurs, mais en tant que concessionnaires de travaux elles devaient mettre en concurrence leurs marchés de travaux de seuil communautaire en application de la directive 2004/18, sauf dans le cas où ils sont conclu avec une entreprise liée. Ce régime s'appliquait aux sociétés ADELAC, ALBEA, ALICORNE, A'LIENOR, ALIS, ARCOUR, ATLANDES, CEVM (nouvelles concessions créées à partir des années 2000), ainsi qu'à COFIROUTE. Cependant, pour suivre une recommandation du Conseil de la concurrence, lors de la privatisation, il a été prévu dans les cahiers de charges des concessions des sociétés privatisées que la mise en concurrence n'est pas limitée aux marchés de travaux et que pour les marchés de travaux le seuil est de 2 millions d'euros HT au lieu de 5 millions. Ces sociétés appliquent les règles prévues pour les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs (décret du 31 décembre 2005 pour l'application de l'ordonnance du 6 juin 2005) et elles renoncent à se prévaloir de la

notion d'entreprises groupées ou liées pour se dispenser d'une procédure de mise en concurrence.

Sont concernées APRR, AREA, ASF, ESCOTA, SANEF, SAPN (anciennes sociétés d'économie mixte privatisées), soit 80 % du réseau et 77 % du chiffre d'affaires du secteur (*Source : étude d'impact annexée au projet de loi et commission spéciale du Sénat*).

À l'exception de COFIROUTE, chaque société concessionnaire a aussi l'obligation contractuelle de mettre en place une commission consultative des marchés. chargée d'émettre un avis consultatif sur les procédures de passation de marchés. Ces commissions ainsi que les marchés les plus importants sont soumis au contrôle de la Commission nationale des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes ou d'ouvrages d'art créée par un décret n° 2004-86 du 26 janvier 2004.

La loi Macron renforce les obligations déjà existantes sans apporter de bouleversement, au moins en apparence.

Réforme

La principale innovation consiste à « décontractualiser » la concession en introduisant dans la loi ce qui relevait des clauses contractuelles : selon l'article L. 122-12 nouveau du code de la voirie routière, « tout marché de travaux, fournitures ou services passé par un concessionnaire d'autoroute pour les besoins de la concession » est régi par les règles définies aux articles L. 122-14 et suivants qui sont introduits dans le code de la voirie routière.

Procédures de passation

La publicité est obligatoire pour tout marché dans les conditions qui seront définies par décret en Conseil d'État après avis de l'ARAFER. Ce décret pourra notamment fixer des seuils, mais il est précisé que les « exceptions ne peuvent pas concerner les marchés de travaux d'un montant supérieur à 500 000 € » (art. L. 122-16).

Pour la définition des procédures de passation il est renvoyé aux articles 11 et 12 de l'ordonnance du 6 juin 2005, renvoi éphémère puisque cette ordonnance sera

abrogée à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (vers mars 2016).

L'exception d'entreprise liée n'est pas prévue, ce qui n'a rien d'étonnant puisqu'elle figurait dans les dispositions de la directive 2004/18 relatives aux marchés de concessionnaires de travaux, qui ont disparu dans les directives de 2014, car il a été admis qu'à partir du moment où la mise en concurrence des concessions est généralisée, il n'est plus nécessaire d'imposer celle des marchés du concessionnaire.

En fin de compte, la principale conséquence de la réforme est d'imposer pour l'avenir à la société COFIROUTE, dont la concession ne comporte pas les mêmes stipulations que les autres concessions « historiques », une mise en concurrence allant au-delà des marchés de travaux de seuil communautaire, et encore la portée pratique de l'innovation est-elle limitée puisqu'il semble que COFIROUTE applique en fait les mêmes règles que les sociétés privatisées.

Les dispositions nouvelles ne concernent pas tous les marchés des concessionnaires d'autoroutes.

L'article L. 122-12 nouveau du code de la voirie routière excepte d'abord les marchés des sociétés qui ont la qualité de pouvoir adjudicateur, qui sont déjà soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 ; il excepte aussi les marchés « conclus avant la date de mise en service complète des ouvrages ou aménagements prévus au cahier des charges initial de la délégation ». Cette rédaction générale ne peut viser que les concessions futures; elle ne devrait pas être applicable aux huit concessions qui ont été attribuées après 2001 à l'issue d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, étant donné que les sections autoroutières sur lesquelles elles ont porté sont en service.

La promotion normative ne concerne pas seulement les règles de passation des marchés, les commissions des marchés sont aussi visées.

Commissions des marchés

À l'initiative des députés est désormais inscrits dans la loi l'obligation, pour chaque société concessionnaire d'autoroute dont la taille excède un seuil fixé par voie réglementaire, de disposer d'une commission des marchés.

Les dispositions de l'article L. 122-17 c. voirie qui traitent de la question s'inspirent largement des stipulations introduites dans les concessions, auxquelles s'ajoutent les interventions de l'ARAFER déjà mentionnées.

L'attribution des marchés est soumise à l'avis préalable de la commission des marchés, qui le transmettra à l'ARAFER et l'informerá de tout manquement constaté. Le concessionnaire ne pourra refuser de suivre l'avis de la commission des marchés que par une décision de son conseil d'administration ou de son conseil de surveillance.

La commission des marchés devra aussi être informée des avenants aux marchés conclus par le concessionnaire, ainsi que de la liste des entreprises avec lesquelles il conclut des marchés dans le cadre d'une exception à l'obligation de mise en concurrence.

Les sous-concessions

Les contrats relatifs aux « installations annexes sur les autoroutes concédées » confient à un tiers une partie de la gestion de l'activité de service public en transférant le risque afférent ; il s'agit de sous-concessions, même si la loi ne les dénomme pas.

Mais la loi apporte une limite à la sous-contractualisation : alors que dans un sous-contrat le concessionnaire transfère au tiers ses droits et obligations avec l'autorisation du concédant, l'article L. 122-29 rend beaucoup plus pesante la présence du concédant en prévoyant que « l'autorité administrative arrête les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier concédé », voilà qui est étrange, alors que la concession d'autoroute porte aussi sur les installations annexes.

La « décontractualisation » porte également sur les règles de passation de la sous-concession.

Quand le concessionnaire est un pouvoir adjudicateur, la sous-concession, comme la concession elle-même, relèvera de la future ordonnance sur les concessions, ce que la loi Macron oublie de mentionner.

Dans les autres cas, c'est-à-dire presque toujours, la situation est un peu la même que pour les marchés.

En effet, la plupart des concessions prévoient que la société concessionnaire passe les contrats pour l'exploitation des installations annexes par voie d'appel à la concurrence avec agrément par l'État.

Cette obligation est élevée au rang législatif par le nouvel article L. 122-24 : « 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 ».

Comme auparavant, l'attributaire doit être agréé par l'autorité administrative, préalablement à la conclusion du contrat, mais il est ajouté que cet agrément est précédé d'un avis de l'ARAFER portant sur le respect des règles de mise en concurrence.

L'encadrement est quand même moins lourd que pour les marchés puisque n'est prévue ni l'intervention d'une commission, ni la possibilité pour l'ARAFER de saisir le juge du référé précontractuel, ce qui est normal puisque celui-ci n'est compétent que sur les contrats administratifs passés par un pouvoir adjudicateur (art. L. 551-1 CJA), or, si le sous-contrat, qui est conclu par un concessionnaire et permet l'occupation du domaine public est administratif, il n'est pas conclu par un pouvoir adjudicateur.

* * *

À s'en tenir aux règles de fond, il pourrait sembler que la loi Macron ne va pas changer grand-chose dans le secteur des autoroutes, puisqu'elle a en grande partie pour objet de transformer en législation ce qui était déjà prévu par les contrats les plus récents. Mais à lui seul, ce changement est important, car le passage de la loi du contrat à celle de l'État induit un régime juridique, des relations et des comportements qui ne sont pas les mêmes. Et ce changement n'est pas le seul puisqu'il s'accompagne de l'intervention de prolonger la durée ainsi que de l'intervention, d'une autorité administrative indépendante, ce qui introduit un quatrième acteur dans la relation fiduciaire⁴ à trois personnes (le concédant, le concessionnaire et l'utilisateur) qui caractérise la concession.

⁴ sur ce point voir L. Richer *La concession en débat*, LGDJ, 2014, p. 121 et s.