



Avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2005
relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la
concurrence sur le réseau autoroutier (AMCRA) sur les problèmes
de concurrence pouvant résulter de la privatisation annoncée des
sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre en date du 1^{er} août 2005 enregistrée le 2 août 2005 sous le numéro 05/0062A, par laquelle l'Association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier a saisi le Conseil de la concurrence sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, d'une demande d'avis portant sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation annoncée des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes, notamment sur les marchés de travaux autoroutiers ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne, notamment ses articles 81 et 82 ;

Vu la directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ;

Vu le code de la voirie routière ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, fixant ses conditions d'application ;

Vu la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 modifiée, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence ;

Vu la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;

Vu 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 ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du gouvernement entendus lors de la séance du 9 novembre 2005, ainsi que les représentants de l'Association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier, de la société Autoroutes Paris Rhin Rhône, de la Compagnie financière et industrielle des Autoroutes, de la direction générale des routes et de l'Agence des participations de l'État, en application des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent.

1. Le gouvernement a engagé depuis juin 2005 un processus de privatisation de trois sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes dont l'État détient actuellement le contrôle majoritaire en tant qu'actionnaire, directement ou indirectement par l'intermédiaire de l'établissement public Autoroutes de France, à savoir Autoroutes du Sud de la France (ASF), Autoroutes Paris Rhin Rhône, (APRR) et l'ex-Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF). Ces sociétés, ainsi que leurs trois filiales majoritaires également concessionnaires d'autoroutes, respectivement la Société des Autoroutes Estérel, Côte d'Azur, Provence, Alpes (ESCOTA), la Société des Autoroutes Rhône-Alpes (AREA) et la Société des Autoroutes Paris Normandie (SAPN) (ci-après, les six ensemble, les « SEMCA »), exploitent la majeure partie du réseau autoroutier à péage en France, soit, en ordre de grandeur, 7000 kilomètres sur 8000. Le millier de kilomètres d'autoroutes à péage restant est exploité pour l'essentiel par la Compagnie financière et industrielle des Autoroutes (Cofiroute) dont l'actionnariat a été dès l'origine entièrement privé. Par ailleurs l'État met à la disposition des usagers environ 2500 kilomètres d'autoroutes gratuites.
2. L'Association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier (AMCRA), auteur la présente demande d'avis, regroupe des entreprises actives dans le bâtiment et les travaux publics, indépendantes des grands groupes du secteur que sont en France Vinci, Eiffage et Bouygues. En substance, cette association craint que le changement de statut des actuelles SEMCA au regard des règles sur la passation de leurs marchés, ne conduise à une diminution sensible de la concurrence dans ces domaines, en raison de la privatisation de ces sociétés, ainsi que de leur contrôle par des actionnaires disposant de groupes eux-mêmes actifs dans le domaine des travaux publics autoroutiers ou dans celui des services associés à l'exploitation des autoroutes.
3. Plus précisément, l'AMCRA a saisi le Conseil de la concurrence des questions qui suivent :
 - 1°. *La cession à des sociétés privées de la totalité des participations de l'État dans le capital des SEMCA est-elle de nature à affaiblir la concurrence si les cessionnaires sont des entreprises ou groupes d'entreprises de travaux publics ?*
 - 2°. *Dans l'hypothèse où les sociétés privées concessionnaires d'autoroutes seraient soumises à un contrôle de gestion de la part de l'Etat-concédant, peut-on les considérer comme des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 ?*
 - 3°. *Si les sociétés privées concessionnaires d'autoroutes ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, doivent-elles cependant être soumises à un régime juridique homogène, qu'elles aient été dès leur origine des sociétés purement privées ou qu'elles aient été des SEMCA, privatisées par la suite ?*
 - 4°. *Quelle que soit la qualification retenue, quels sont les principes généraux selon lesquels il conviendrait que soient attribués les marchés de travaux par les concessionnaires autoroutiers pour permettre une concurrence effective, au bénéfice du consommateur, sur les marchés du transport, des travaux autoroutiers et des services annexes offerts aux automobilistes ?*
 - 5°. *S'agissant plus particulièrement du marché des travaux de construction, de rénovation, d'entretien et d'élargissement demandés par des sociétés privées*

concessionnaires d'autoroutes, également susceptibles d'intervenir, directement ou indirectement, comme offreurs de ces prestations :

- Doit-on appliquer les mêmes règles aux marchés passés dans le cadre des concessions existantes et des concessions futures ?*
- Est-il envisageable que la concurrence soit préservée sans imposer aux concessionnaires de procéder à un appel public à la concurrence, aux termes de procédures claires et non discriminatoires ?*

6°) *Compte tenu de l'importance et de la complexité des questions de concurrence soulevées par la privatisation du secteur autoroutier, une surveillance de celui-ci confiée à une Autorité de régulation indépendante (mission qui pourrait être assurée par le Conseil de la concurrence lui-même) constitue-t-elle une solution souhaitable? »*

4. La saisine de l'AMCRA est recevable. Ses statuts, déposés en annexe à sa saisine, disposent qu'elle a notamment pour objet « *de favoriser, développer, promouvoir et mettre en œuvre toute action concourant à la préservation des intérêts professionnels des entreprises indépendantes réalisant des travaux nécessaires à la construction des autoroutes, notamment en matière de concurrence* ». Ils précisent que peut devenir membre toute personne morale appartenant au secteur des entreprises de travaux publics de construction routière, classée dans la catégorie des entreprises indépendantes et remplissant certaines conditions. L'AMCRA constitue ainsi une organisation professionnelle visée à l'article L. 462-1 du code de commerce. Par ailleurs, ses statuts prévoient que son président la représente en justice et dans tous les actes de la vie civile. Le Conseil de la concurrence a donc valablement été saisi par le courrier du président de l'AMCRA en date du 1^{er} août 2005.
5. Les questions posées étant relatives à des acquisitions d'entreprises et pouvant donc être appréhendées dans le cadre du droit des concentrations, le Conseil de la concurrence rappelle, à titre liminaire, qu'il ne lui appartient pas, lorsqu'il est saisi d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, de donner une opinion sur les problèmes de concurrence posés par une opération de concentration comme il le ferait dans le cadre d'une saisine du ministre de l'économie sur le fondement de l'article L. 430-6 du code de commerce. En particulier, l'appréciation éventuelle portée par le Conseil sur les marchés pertinents concernés par les questions de concurrence qui lui sont soumises au titre de l'article L. 462-1 du code de commerce ne saurait préjuger de la détermination des marchés en cause ou des marchés affectés qui serait faite à l'occasion du contrôle d'une opération de concentration.
6. De même, dans le contexte de la présente saisine, le Conseil ne saurait se prononcer sur le point de savoir si telle ou telle pratique d'un opérateur est ou serait contraire aux articles 81 ou 82 du traité instituant la Communauté européenne ou aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce. En effet, seule une saisine contentieuse et la mise en œuvre de la procédure pleinement contradictoire prévue par les articles L. 463-1 et suivants du code de commerce sont de nature à conduire à l'appréciation de la licéité d'une pratique au regard des dispositions prohibant les ententes illicites, les abus de position dominante ou les abus d'état de dépendance économique.
7. Le Conseil souligne également que dans le cadre de la présente saisine, il procède à l'analyse des questions posées de son point de vue d'autorité de concurrence, mais qu'il n'a naturellement pas pour rôle d'effectuer la synthèse de tous les intérêts publics concernés par l'opération de privatisation envisagée.

8. Il faut notamment rappeler que le droit de la concurrence, qu'il soit de source communautaire ou nationale, est neutre par rapport à la propriété publique ou privée des entreprises. En particulier, l'article 295 du traité instituant la Communauté européenne stipule « *que le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres* », tandis que son article 86, paragraphe 1, précise : « *Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus.* ». Pour sa part, l'article L. 410-1 du code de commerce, introduisant le livre IV relatif à la liberté des prix et de la concurrence, dispose : « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et des services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public.* ».
9. Le Conseil estime qu'il y a lieu de répondre globalement aux questions qui lui sont soumises en indiquant, d'une part, les conséquences juridiques de la privatisation des SEMCA sur les obligations de ces opérateurs au regard des textes communautaires et nationaux concernant la commande publique et en analysant, d'autre part, les questions générales de concurrence soulevées par cette situation nouvelle.

I. Les activités et les entreprises concernées par la demande d'avis

10. Plusieurs activités économiques sont concernées par le projet de privatisation des SEMCA : celle de l'exploitation des autoroutes à péage, celle des travaux de construction et d'entretien des autoroutes et celle des services associés à l'exploitation des autoroutes.
11. L'exploitation des autoroutes à péage se fait, en France, sous un régime de concession de travaux publics autorisé à l'article L.122-4 du code de la voirie routière. La majeure partie du réseau des autoroutes à péage est actuellement exploitée par six SEMCA. La société ASF et sa filiale ESCOTA sont concessionnaires pour environ 3000 km, principalement situés dans le Sud et l'Ouest de la France. La société APRR et sa filiale AREA sont concessionnaires pour environ 2200 km, principalement situés dans le Centre et l'Est du pays. Enfin, la société SANEF et sa filiale SAPN sont concessionnaires pour un peu plus de 1700 km, situés dans le nord-est, le nord et la Normandie.
12. Le concessionnaire privé Cofiroute exploite pour sa part ses 1000 km depuis Paris vers le Sud-ouest, le Val de Loire et la Bretagne. Parmi les concessionnaires appartenant au secteur privé, figure aussi la Compagnie Eiffage du viaduc de Millau. Même si les autoroutes en cause ne sont pas encore exploitées, peuvent aussi être mentionnées la société Alis, concessionnaire du tronçon de l'A 28 entre Rouen et Alençon et la société Arcour, concessionnaire du tronçon de l'A 19 entre Artenay et Courtenay.
13. Ces derniers concessionnaires illustrent le modèle du concessionnaire qui prévaudra à l'avenir pour les nouveaux tronçons. En effet, jusqu'à la réforme autoroutière de 2001, les extensions de réseau se faisaient selon le système dit « d'adossement ». Celui-ci consistait à confier la construction et l'exploitation des nouveaux tronçons aux concessionnaires déjà en place, dans la proximité géographique du nouveau tronçon, moyennant l'incorporation de celui-ci dans la concession initiale et l'allongement de la durée de cette dernière.

Désormais, la construction et l'exploitation de chaque nouveau tronçon sont mises en concurrence. Se portent candidats des groupements d'entreprises comprenant le plus souvent des entreprises de travaux publics et des exploitants, par exemple actuellement des SEMCA, et, le cas échéant, des financeurs. Le groupement vainqueur constitue une société ad hoc qui devient concessionnaire.

14. Les futures autoroutes françaises sont toutefois beaucoup moins importantes, en termes quantitatifs, que les autoroutes existantes. Pour les réseaux concédés, au regard des 8000 km existants, environ 450 kilomètres doivent être mis en service de 2005 à fin 2008. Un rapport du Sénat fait état de 1800 km à construire jusqu'en 2020.
15. En termes de marché, l'activité d'exploitation des autoroutes à péage fait se rencontrer les usagers et les exploitants qui sont respectivement demandeurs et offreurs d'une prestation de services, à savoir la mise à disposition d'une liaison routière sûre et rapide d'un point à un autre, offrant en outre un certain nombre de prestations accessoires.
16. Compte tenu des spécificités du trajet par autoroute, non seulement par rapport au trajet par la route classique mais aussi par rapport au trajet effectué au moyen d'un autre mode transport, qu'il s'agisse de transport de personnes ou de transport de marchandises, il est très probable que dans de nombreux cas, chaque parcours autoroutier constitue un marché distinct au sens du droit de la concurrence.
17. Il existe certes des possibilités de substituabilité intermodale pour certains usagers sur certains trajets et une substituabilité du même ordre entre l'autoroute et la route ou même entre certains tronçons d'autoroute, mais, en général, il est admis que pour la majeure partie des usages, la substituabilité entre un parcours autoroutier et un autre parcours autoroutier, ou un autre mode de déplacement pour rejoindre deux mêmes points, est insuffisante pour considérer que le parcours autoroutier en cause et les autres possibilités de déplacement constituent un seul marché. Dès lors, le plus souvent le concessionnaire d'une autoroute à péage est en situation de monopole à l'égard des usagers.
18. Cette situation est renforcée dans le cas où la gestion de la majorité des tronçons d'une même zone géographique est confiée à un seul opérateur. Cette situation est largement majoritaire en France pour les autoroutes actuelles construites sous le régime de « l'adossment », chaque tronçon nouveau étant confié au concessionnaire du réseau régional existant.
19. La deuxième activité concernée par le projet de privatisation des SEMCA, qui fait l'objet des craintes les plus vives de l'AMCRA, est celle des travaux autoroutiers. Les travaux autoroutiers s'effectuent soit lors de la création d'une autoroute ou d'un nouveau tronçon, soit pour l'entretien (au sens large) ou l'amélioration des autoroutes existantes.
20. L'ampleur et les conditions de ces travaux sont en principe différentes. La construction nécessite en particulier de grands travaux de terrassement, d'assainissement, de confection de chaussées et de construction d'ouvrages d'art. L'entretien et l'amélioration entraînent en général des travaux de moindre ampleur, mais bien souvent sans interruption de la circulation, ce qui nécessite des savoir-faire particuliers, voire des habilitations spécifiques. Les plus gros travaux d'amélioration sont ceux d'élargissement d'une autoroute existante. L'un des membres de l'AMCRA, le groupe Guintoli, s'est fait une spécialité de ces élargissements et réalise selon ses indications 80% de ceux effectués sur les réseaux des SEMCA.
21. En dépit de ces différences d'ampleur et de conditions, il ne semble toutefois pas que les travaux de construction d'une part et d'entretien ou d'amélioration d'autre part doivent être,

à ce stade et sous réserve d'une instruction au fond, considérés comme différents au point qu'il faille les distinguer en termes de marchés au sens du droit de la concurrence. La plupart des entreprises actives pour les uns peut travailler pour les autres, sous réserve peut-être des travaux d'élargissement qui nécessitent des techniques particulières. De plus, même dans les phases de construction, les travaux autoroutiers sont répartis en lots, en général d'une trentaine de kilomètres, qui permettent de ne pas réserver ces travaux à de très grandes entreprises. Par ailleurs, les entreprises qui font des travaux autoroutiers interviennent également sur les autres réseaux routiers ou pour des travaux ferroviaires ou d'urbanisme. Comme le personnel, les matériels sont en grande partie interchangeables pour ces différents types de travaux. Ainsi, le groupe Guintoli réalise-t-il environ 20 % de son chiffre d'affaires chantiers sur les autoroutes et 80% ailleurs.

22. Il semble donc exister une substituabilité de l'offre qui ne devrait pas permettre de définir, en matière de travaux publics, un marché limité aux seuls travaux autoroutiers concernés au premier chef par l'impact de la privatisation des SEMCA.
23. Des données concernant la France issues d'une étude du groupe d'analyse économique XERFI de janvier 2005 effectuée à partir de chiffres de l'année 2003, montrent que les travaux routiers, y compris le terrassement et l'assainissement, représentent environ la moitié du chiffre d'affaires des travaux publics en France, lequel s'élevait à 31,4 milliards d'euros. Toujours selon cette étude, la longueur du réseau d'autoroutes concédées ne représente que 0,8% du réseau routier français, qui atteint le million de kilomètres, mais les travaux effectués sur ce réseau représenteraient une part approchant 7% du chiffre d'affaires des travaux routiers.
24. Les données de l'étude montrent également que pour les travaux routiers au sens strict (hors terrassement et assainissement) la quasi totalité des entreprises qui interviennent font désormais partie des trois grands groupes de travaux publics Bouygues, Vinci et Eiffage. Dans l'activité de terrassement « *en grande masse* » qui s'exerce notamment pour les travaux routiers (par opposition au terrassement « *divers* » qui concerne les petits chantiers), l'étude indique que la concentration est également forte, mais qu'à côté des entreprises des trois grands groupes précités, il faut compter la société Razel, filiale du groupe de travaux publics allemand Bilfinger Berger, qui réalise l'un des plus importants chiffre d'affaires, la société Bec Frères, filiale du groupe Fayat (groupe diversifié très présent dans le bâtiment) et deux « *gros* » indépendants, Guintoli et Valérian.
25. L'instruction du présent avis n'a pas fourni d'éléments suffisants permettant d'émettre une appréciation sur la dimension géographique des marchés de travaux publics en cause. Il semble toutefois que cette dimension est au moins nationale.
26. Le troisième type d'activité concerné par le projet de privatisation des SEMCA est celui des services liés à l'exploitation des autoroutes. Peuvent être mentionnés, sans que cette liste soit exhaustive, la perception des péages, le service de sécurité (gestion du trafic, surveillance et interventions), les opérations de maintien de la viabilité, notamment le déneigement, la radio autoroutière, la maintenance des installations de péage, le nettoyage et l'entretien des aires de repos et des bas-côtés, les interventions légères ou provisoires sur les infrastructures (barrières de sécurité, chaussée et ouvrages), l'entretien paysager, les différents services proposés sur les aires de service (carburants, restauration, vente, éventuellement hôtellerie, ou plus récemment gardiennage de parkings poids lourds).
27. Les différentes sociétés d'autoroutes sous-traitent fréquemment ces services, les SEMCA assurant elles-mêmes au minimum la perception du péage ainsi que le service de sécurité. Toutefois, s'agissant des nouveaux tronçons, le contrat conclu entre la société Arcour,

concessionnaire « officiel » du tronçon de l'A 19 entre Artenay et Courtenay, et Cofiroute, par lequel l'exploitation courante de l'ouvrage est confiée à cette dernière, montre que même cette partie essentielle de l'activité d'un concessionnaire d'autoroute peut être sous-traitée. Les données fournies à l'occasion de l'instruction du présent avis ne permettent cependant pas d'approfondir l'analyse de marché de ces différentes activités.

28. Enfin, est également concerné par le projet de privatisation des SEMCA le marché de l'attribution de l'exploitation des autoroutes à péage. Les candidatures à l'achat des parts de l'Etat dans le capital des SEMCA connues sur la place publique, comportent des offres auxquelles participent des entreprises établies à l'étranger, intervenant notamment dans l'exploitation d'autoroutes. L'exemple des activités internationales de Vinci dans le domaine des concessions et de Cofiroute en matière d'exploitation d'ouvrages routiers (Grèce, Etats-Unis, Royaume-Uni, Chili) fournit aussi des éléments allant dans le sens de l'existence d'une dimension mondiale pour ce marché. Toutefois, là encore, les données fournies à l'occasion de l'instruction du présent avis sont insuffisantes pour porter une appréciation fine de la dimension du marché.

II. La situation juridique résultant de la privatisation des SEMCA

29. L'analyse des questions de concurrence soulevées par la présente demande d'avis nécessite de situer les différents concessionnaires d'autoroutes par rapport au cadre juridique communautaire et national de la commande publique.

1. LE DROIT COMMUNAUTAIRE

a) Le texte de base

30. La directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de services, modifiée (JOUE L 134, p. 114), est le texte de consolidation et de réunion des trois directives précédentes qui visaient spécifiquement les trois types de marchés précités. L'article 1^{er}, paragraphe 4, de ladite directive définit la concession de travaux publics comme « un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ». Le titre III (articles 56 à 65) détermine ensuite les règles applicables à ces concessions.

b) L'attribution des concessions

31. S'agissant de leur attribution, le texte prévoit, sous réserve de certaines exceptions, que si la valeur du contrat, évaluée conformément à celle d'un marché public de travaux atteint 5.923.000 € (seuil actuellement applicable périodiquement revu), la concession ne peut

être accordée qu'après des mesures de publicité effectuées au niveau communautaire, permettant de susciter des candidatures. Le concédant est tenu par les règles de procédure énoncées. Néanmoins, les critères de choix relèvent de sa responsabilité, sous bénéfice de deux précisions.

32. D'une part, le concédant est tenu de respecter les règles générales consacrées en droit communautaire, comme celle de l'égalité de traitement (voir en ce sens les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes du 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-1045, points 60 et suivants, du 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, non encore publié au recueil, points 16 et suivants, et du 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, non encore publié au recueil, points 46 et suivants).
33. D'autre part, pour répondre notamment au souci de permettre aux petites et moyennes entreprises d'accéder aux marchés publics de travaux (voir 32^{ème} point des motifs), la directive autorise expressément le concédant à imposer au concessionnaire de confier à des tiers un minimum de 30% des travaux, définis sur la valeur globale des travaux faisant l'objet de la concession, ou d'inviter les candidats à indiquer quel pourcentage de cette nature ils comptent respecter. C'est ainsi que dans l'avis publié par l'Etat pour l'attribution de la concession du nouveau tronçon de l'autoroute A 19 entre Artenay et Courtenay figurait un tel pourcentage minimal de 30%.
34. Cet aspect de la réglementation communautaire ne concerne toutefois que les concessions autoroutières nouvelles ou récentes en France. Comme indiqué au paragraphe 11 du présent avis, les anciennes concessions ont en effet été attribuées, jusqu'à la « *réforme autoroutière* » intervenue en 2001, selon le principe de l'adossement.

c) Les marchés de travaux passés par le concessionnaire

Définition des pouvoirs adjudicateurs

35. Une fois la concession attribuée et le concessionnaire en place, la directive 2004/18 prévoit des régimes différents pour les marchés de travaux passés par le concessionnaire selon qu'il est ou non lui-même pouvoir adjudicateur.
36. La définition des pouvoirs adjudicateurs, notion qui vise les organismes soumis au règles de concurrence des marchés publics, est donnée à l'article 1^{er}, paragraphe 9, du texte et, en ce qui concerne une société concessionnaire d'autoroute, la question est de savoir si elle doit être ou non considérée comme un « *organisme de droit public* » tel que ceux visés par la disposition en cause.
37. Bien que les SEMCA n'aient pas été mentionnées par les autorités françaises dans les listes des organismes de droit public annexées aux directives antérieures sur les marchés publics et ne figurent toujours pas dans l'annexe pertinente (certes présentée comme non exhaustive) de la directive 2004/18, il est admis aujourd'hui, notamment au vu d'un avis du Conseil d'Etat (CE, avis, 16 mai 2002, n° 366.305), qu'elles constituent de tels organismes et, par conséquent, sont des pouvoirs adjudicateurs. Le Conseil d'Etat a en effet estimé que « *les missions de construction, d'entretien et d'exploitation des autoroutes dont sont chargées à titre principal les sociétés d'autoroutes, répondent à des objectifs d'équipement et d'aménagement du territoire, d'une part, et de sécurité accrue des déplacements d'autre part, qui visent à satisfaire des besoins d'intérêt général [ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial]* ».

38. En revanche, dans le même avis, le Conseil d'Etat a estimé que les sociétés concessionnaires d'autoroutes autres que les SEMCA, par conséquent les sociétés du secteur privé comme Cofiroute, ne pouvaient pas être regardées comme des pouvoirs adjudicateurs, faute de remplir un des critères de contrôle public prévus par la directive, à savoir : bénéficier d'un financement majoritairement public ou avoir leur gestion contrôlée par les pouvoirs publics ou avoir leur organe dirigeant composé majoritairement de représentants des pouvoirs publics.

Régime applicable aux pouvoirs adjudicateurs

39. S'il est pouvoir adjudicateur, un concessionnaire d'autoroute doit, aux termes de l'article 62 de la directive 2004/18, respecter les dispositions de cette même directive sur les marchés publics de travaux lorsqu'il entend les faire exécuter par des tiers. Autrement dit, pour ces travaux d'un montant supérieur à environ 6 millions d'euros, il doit, en substance et sauf cas exceptionnels, organiser une mise en concurrence au niveau communautaire et appliquer l'un des critères d'attribution définis à l'article 53 de la directive, à savoir, soit celui de l'offre économiquement la plus avantageuse au regard, par exemple, de la qualité, la valeur technique ou le coût d'utilisation, soit uniquement le critère du prix le plus bas. Les actuelles SEMCA ne disposant pas, au sein de leurs groupes, des moyens d'effectuer des travaux autoroutiers hormis quelques « *menus travaux* », si des travaux plus substantiels doivent être réalisés, elles sont concrètement placées dans ce cadre.
40. Comme pouvoirs adjudicateurs, elles sont aussi soumises aux règles définies par la directive pour la passation de leurs marchés de services ou de fournitures. A partir d'un seuil de 236.000 Euros, la directive impose qu'elles organisent une mise en concurrence au niveau communautaire et qu'elles appliquent les critères d'attribution définis à l'article 53, mentionnés ci-dessus. A cet égard, si les SEMCA assurent elles-mêmes un certain nombre de services liés à l'exploitation de l'autoroute, la part des services effectués « *en interne* » ou sous-traités semble assez variable selon les sociétés.

Régime applicable aux autres concessionnaires

41. Les obligations prévues par la directive 2004/18 à l'égard des concessionnaires de travaux publics qui ne sont pas pouvoirs adjudicateurs sont plus légères. Tout d'abord, ils ne sont pas soumis au régime prévu pour la passation des marchés de services et de fournitures. Ensuite, s'agissant des marchés de travaux qu'ils souhaitent confier à des tiers, les articles 63, 64 et 65 de la directive organisent, en substance, un régime de publicité apte à susciter des candidatures, comparable à celui retenu pour l'attribution des concessions elles-mêmes, et qui se déclenche également à partir du seuil d'environ 6 millions d'euros. Leurs critères de choix sont donc libres, sous les réserves exprimées à propos de l'attribution des concessions et concernant, notamment, le respect de l'égalité de traitement.
42. C'est dans ce contexte qu'est donnée dans la directive, par un *a contrario*, la définition d'une entreprise tierce par rapport au concessionnaire. L'article 63, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, dispose en effet : « *Ne sont pas considérées comme tierces les entreprises qui se sont groupées pour obtenir la concession ni les entreprises qui leur sont liées.* ». Et le 2^{ème} alinéa du même paragraphe précise : « *On entend par 'entreprise liée' toute entreprise sur laquelle le concessionnaire peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, ou toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur le concessionnaire ou qui, comme le concessionnaire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles*

qui la régissent (...) ». La suite de l'alinéa indique que l'influence dominante est présumée en cas de détention de la majorité du capital ou des droits de vote, ou de la possibilité de désigner plus de la moitié des membres de l'organe dirigeant. Le 3^{ème} alinéa indique, enfin, que la liste exhaustive des entreprises liées au candidat concessionnaire doit être jointe à la candidature à la concession, et que cette liste doit être actualisée par la suite.

43. C'est ce corps de règles communautaires pour les concessionnaires non pouvoirs adjudicateurs qui s'applique à la situation du concessionnaire privé Cofiroute, mais aussi à celle de tout « *groupement* » comprenant une SEMCA et obtenant une concession pour un nouveau tronçon, dès lors que le tour de table de la société concessionnaire *ad hoc* qui en résulte est tel que cette société ne remplit pas les critères de la définition du pouvoir adjudicateur.
44. Il y a cependant lieu de souligner que, sauf s'il est tenu par une clause comme celle évoquée à propos de la concession du nouveau tronçon de l'autoroute A 19, selon laquelle il doit sous-traiter un certain pourcentage des travaux à des tiers, un tel concessionnaire n'est toutefois nullement obligé de donner des travaux à des tiers et peut ainsi, en les confiant à des entreprises liées ou aux entreprises qui se sont groupées pour obtenir la concession, échapper à toute obligation de mise en concurrence. C'est ainsi que, Cofiroute n'a qu'exceptionnellement confié des travaux à des entreprises tierces depuis sa création.

2. LE DROIT NATIONAL

45. Le droit national a repris d'une manière générale les obligations issues des directives communautaires, tout en les renforçant sur certains aspects. Toutefois, dans le cadre de la transposition de la directive 2004/18, qui s'est concrétisée dans le domaine en cause par l'adoption 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, (JORF du 7 juin 2005), ce droit a subi des modifications qui allègent d'ores et déjà les obligations de mise en concurrence auxquelles étaient soumises les SEMCA.

a) Etat du droit avant l'ordonnance de juin 2005

46. Avant l'intervention de l'ordonnance 2005-649, les éléments significatifs qui caractérisaient la situation des concessionnaires d'autoroutes, en sus des obligations découlant des directives communautaires, étaient les suivants.
47. Le I de l'article 48 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, modifiée, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, (dite « loi Sapin » et ci-après désignée ainsi) obligeait, même en dessous des seuils mentionnés aux points précédents, à ce que « *[l]es contrats de travaux, d'études et de maîtrise d'œuvre conclus pour les besoins du service public par les sociétés d'économie mixte, en leur nom ou pour le compte de personnes publiques [soient] soumis aux principes de publicité et de mise en concurrence prévus par le code des marchés publics dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ». Le seuil de déclenchement de ce dispositif était en dernier lieu de 90.000 euros et l'article 10 du décret d'application, le décret n° 93-584 du 26 mars 1993, modifié, faisait état d'une commission d'appel d'offres dont la composition et le fonctionnement étaient fixés par le conseil d'administration ou de surveillance de la société.

48. L'article 11 du même décret prévoyait en substance que la société d'économie mixte choisissait l'offre économiquement la plus avantageuse. Par conséquent, s'agissant de leurs marchés de travaux et pour certains marchés particuliers de services, les SEMCA étaient tenues, à partir d'un seuil assez faible, de mettre les prestataires en concurrence et n'étaient pas entièrement libres de leurs choix, indépendamment des obligations découlant des directives communautaires.
49. En outre, dans le contexte de la « réforme autoroutière » de 2001, chaque SEMCA a créé en son sein une commission consultative des marchés, à laquelle participent, outre des personnels de la société, le contrôleur d'Etat de celle-ci et un représentant de la DGCCRF. Sans qu'il apparaisse clairement si ces commissions se confondent ou non avec celles mentionnées à l'article 10 du décret n° 93-584, portant application du I de l'article 48 de la loi Sapin, elles donnent des avis sur l'attribution des marchés d'une certaine importance et ces avis sont suivis dans la pratique par les responsables des SEMCA.
50. Les seuils d'intervention de ces commissions varient selon chaque société. Par exemple, pour la SANEF, ils sont de 2.000.000 euros pour les marchés de travaux et de 200.000 euros pour les marchés de fournitures et de services et respectivement de 1.000.000 et de 150.000 euros pour sa filiale SAPN. Par rapport aux seuils découlant de la directive 2004/18, ces seuils sont donc significativement plus bas pour les travaux et plus proches pour les services et fournitures. Ils sont plus élevés que le seuil lié à l'application du I de l'article 48 de la loi Sapin.
51. Il serait toutefois nécessaire de déterminer quelle part des marchés des SEMCA, en nombre et en valeur, ces commissions ont jusqu'ici examinée. Selon des données communiquées dans le cadre de l'instruction de la présente demande d'avis par APRR pour les années 2002, 2003 et 2004, la commission constituée au sein de cette société n'aurait examiné qu'un pour cent de ses marchés de travaux, représentant environ 30% de la valeur des commandes. *A contrario*, 70% de la valeur des marchés n'aurait pas fait l'objet d'un examen par ladite commission. En matière de marchés de services et de fournitures, l'intervention de la commission consultative des marchés d'APRR semble avoir été beaucoup plus importante. Elle aurait examiné 53 marchés sur 113 passés par la société, soit 47%, représentant 97% de la valeur des commandes.
52. En 2004 a été créée par décret n° 2004-86 du 28 janvier 2004 une commission nationale des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes chargée de veiller au respect par les SEMCA des règles applicables en matière de passation et d'exécution de leurs marchés, à laquelle les commissions consultatives des dites sociétés doivent envoyer un rapport annuel d'activité. Cette commission nationale peut adresser des recommandations et remet elle-même un rapport annuel au ministre chargé de la voirie nationale et au ministre de l'économie.
53. Il faut ajouter qu'un certain nombre d'activités exercées sur les emprises des autoroutes par d'autres opérateurs que les concessionnaires, comme la distribution de carburant, la restauration, la vente de différents produits ou l'hôtellerie, ont été analysées comme donnant lieu à des conventions d'occupation du domaine public. Indépendamment d'éventuelles obligations de publicité ou de mise en concurrence découlant des textes évoqués ci-dessus, qui ne semblent pas toujours avoir eu à s'appliquer, les cahiers des charges des concessions comportent normalement une clause du type : « *La société concessionnaire passe librement des contrats pour l'exploitation des installations annexes, en principe par voie d'appel à la concurrence, moyennant redevances entrant dans les produits de la concession [sous réserve notamment que le nom des cocontractants soit*

soumis à l'agrément préalable du ministre chargé de la voirie nationale sur la base d'une demande accompagnée des pièces établissant la réalité de l'appel à la concurrence et justifiant les raisons du choix] ».

54. Les cahiers des charges des SEMCA comportent également une clause générale de recours à la concurrence pour les travaux, rédigée comme suit : « *Pour l'exécution des travaux, la société concessionnaire est tenue, sauf autorisation du ministre chargé de la voirie nationale, de recourir à la concurrence. Toute discrimination entre les entreprises de la Communauté européenne en raison de la nationalité est interdite.* ».

b) Etat du droit tel que modifié par l'ordonnance de juin 2005

55. Par rapport à la situation décrite dans les points qui précèdent, l'ordonnance 2005-649, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2005, a, en ce qui concerne les aspects relatifs à la présente demande d'avis, abrogé le I de l'article 48 de la loi Sapin. Autrement dit, les sociétés d'économie mixte, notamment les SEMCA, ne sont plus légalement tenues par le dispositif contraignant qui les obligeait à une mise en concurrence pour certains de leurs marchés dès le seuil de 90.000 €

3. CONCLUSION SUR LE DROIT APPLICABLE

56. Au vu des éléments qui précèdent, on peut considérer que, une fois privatisées, les anciennes SEMCA se retrouveront très vraisemblablement dans la situation actuelle des concessionnaires non pouvoirs adjudicateurs, comme Cofiroute. Il est en effet peu probable, compte tenu de l'avis du Conseil d'Etat du 16 mai 2002 précité, qu'elles continuent à remplir l'une des conditions de la définition de l'organisme public figurant dans la directive 2004/18, à savoir : bénéficier d'un financement majoritairement public ou avoir leur gestion contrôlée par les pouvoirs publics ou avoir leur organe dirigeant composé majoritairement de représentants des pouvoirs publics.

III. Les questions de concurrence

57. L'AMCRA craint que l'allègement des obligations de mise en concurrence des ex-SEMCA après leur privatisation ne conduise à des phénomènes de marginalisation ou d'éviction d'un certain nombre d'entrepreneurs de travaux publics ou de prestataires de services associés à l'exploitation des autoroutes. Elle pense que ces phénomènes risquent de se concrétiser avant tout pour les travaux si les SEMCA sont rachetées par des groupes ou consortiums comportant des entreprises de travaux publics. En effet, dans ce cas, les actionnaires des ex-SEMCA seront, selon elle, naturellement portés à confier les travaux relatifs aux autoroutes qu'elles exploitent aux entreprises qui leur sont liées. Elle justifie ses craintes par l'exemple de Cofiroute, dès le départ créé dans une logique de consortium, qui ne confie ses travaux qu'aux entreprises de travaux publics liées à ses actionnaires, à savoir Vinci, Eiffage et Bouygues (via Colas).

Le cadre général des questions de concurrence posées par la privatisation des autoroutes

58. En ce qui concerne le marché aval de l'exploitation des autoroutes pour lequel la demande est celle des automobilistes et des entreprises de transport routier et l'offre celle exploitants d'autoroutes, le prix n'est pas librement fixé par les exploitants puisqu'il est représenté par le péage acquitté sur les parcours, dont le montant est décidé par les pouvoirs publics. La question posée par la privatisation est donc celle de la création puis de la régulation de monopoles privés. Il est, en effet, probable que ni la concurrence des autoroutes entre elles, ni celle de la route, ni celle des autres moyens de transport ne représenteront une pression concurrentielle effective de nature à peser sur le niveau des tarifs des péages, si ces derniers deviennent libres. Placée en situation de monopole de fait sur les parcours dont elles détiendront la concession d'exploitation, les sociétés d'autoroutes devraient donc continuer à être soumises à une régulation de leurs tarifs par une autorité publique.
59. En ce qui concerne le marché amont de la construction et de l'entretien des autoroutes pour lequel la demande est celle des exploitants d'autoroutes et l'offre celle des entreprises de travaux publics, la question est celle de l'intégration verticale dans l'hypothèse où le nouvel acquéreur de la SEMCA serait ou bien une entreprise de travaux publics ou bien un groupement comptant en son sein une entreprise de travaux publics.
60. La question posée est alors celle de l'éviction des autres entreprises de travaux publics. Dans ce cas, l'intégration verticale de l'entreprise de travaux et de l'exploitant peut avoir deux conséquences opposées : d'une part, comme pour tout processus d'intégration verticale, on peut s'attendre à un gain d'efficacité lié à la diminution de la double marge qui serait facturée par des entreprises non intégrées, mais, d'autre part, il peut conduire à des coûts de construction et d'entretien majorés par l'absence de mise en concurrence si le niveau des tarifs de péage permet au concessionnaire de se constituer une rente qui profitera aux entreprises de travaux qui lui sont liées.
61. On voit donc que ces deux volets sont liés et posent le problème de la création possible de situations d'intégration verticale s'ordonnant autour de monopoles de fait. Si le prix final du monopole n'est pas régulé, alors on ne peut exclure que le marché connexe des travaux publics soit affecté.
62. Inversement si les tarifs sont régulés de manière à empêcher la constitution d'une rente, alors l'exploitant aura intérêt à réaliser les travaux au meilleur coût, soit par la procédure d'appels d'offres pour trouver, sur le marché, l'entreprise la plus efficace, soit en faisant lui-même les efforts de productivité pour atteindre le même niveau d'efficacité, s'il choisit de faire réaliser la prestation par une entreprise du groupe.
63. S'agissant de l'efficacité de la régulation tarifaire, on peut rappeler que deux méthodes de fixation des prix ont été identifiées par la théorie économique.
64. La première, qui est traditionnellement nommée méthode de tarification en « *cost plus* », consiste à fixer les prix de manière à couvrir l'ensemble des coûts tout en assurant une rémunération raisonnable du capital. Cette méthode a pour intérêt de couvrir les coûts de l'activité tout en assurant que le monopoleur ne bénéficie pas d'une marge indue sur son activité. Mais elle présente l'inconvénient de ne créer aucune incitation à réduire les coûts. Ainsi, les gains de productivité réels ou potentiels ne sont pas extraits du monopole pour être partiellement rendus à l'utilisateur. En outre, la méthode pâtit de l'asymétrie d'information existant en défaveur du régulateur.
65. L'autre méthode, qui est nommée méthode du « *price cap* », consiste à limiter le niveau des tarifs, soit en les baissant, soit en limitant leur hausse, tout en laissant à l'entreprise une marge de liberté dans son organisation et sa gestion. Cette méthode est plus incitative à une réduction des coûts de l'entreprise, à condition que le régulateur lui laisse la possibilité de

conserver une part suffisante du surplus dégagé. La mise en œuvre efficace du *price cap* nécessite une évaluation des réductions de coût qu'on peut raisonnablement attendre du monopoleur, mais aussi une certaine modération des objectifs de manière à ce que l'opérateur ne se voit pas confisquer tout le résultat des efforts de productivité qu'il a pu accomplir. Comme la précédente, cette méthode présente aussi l'inconvénient, en cas de forte asymétrie d'information, de conduire à abandonner une rente importante au monopoleur.

66. On constate donc que, quel que soit le principe retenu, la régulation ne peut être efficace que si le régulateur a une connaissance suffisante des coûts réels de l'activité en cause. Or, lorsqu'il n'est pas lui-même opérateur sur le marché, le régulateur dépend largement des informations que lui fournissent les entreprises soumises à sa régulation, sauf à engager de lourdes campagnes d'audit.
67. Selon les enseignements de la théorie économique, les deux méthodes doivent être utilisées successivement ou par combinaison : « *La théorie retrouve donc l'idée que l'optimum se situe entre les deux types classiques de régulation. Ce n'est ni le price cap pur, ni le cost plus pur, c'est un arbitrage entre les considérations qui priment dans chacun des ces modes de régulation.* » (Jean-Jacques Laffont « Pourquoi réguler ? », in « Les stratégies d'entreprises dans les nouvelles régulations », PUF, 2002)
68. Par ailleurs, on considère généralement que le régulateur doit aussi veiller à ce que la qualité du service ne soit pas affectée, dès lors qu'une des réponses possibles d'une entreprise dont on contraint les prix et qui veut conserver son profit est d'abaisser les dépenses d'entretien ou d'amélioration du service, surtout si elle considère que les usagers sont captifs et qu'ils ne pourront que subir une baisse de qualité, sans perte de chiffre d'affaires pour elle.
69. Le Conseil renvoie sur ces questions en particulier à ses avis n° [04-A-05](#) du 30 janvier 2004, relatif au projet de décret fixant les tarifs d'accès aux réseaux de transport de gaz et aux terminaux méthaniers, n° [04-A-22](#) du 9 novembre 2004 relatif au projet de décret fixant les tarifs des réseaux de distribution de gaz et n° [05-A-04](#) du 4 février 2005 relatif au projet de décret fixant les tarifs des réseaux de transport de gaz naturel.
70. Le Conseil de la concurrence s'est déjà prononcé à plusieurs reprises sur des cas où des groupes verticalement intégrés disposaient d'un monopole sur un marché, notamment lié à l'exercice d'une mission de service public, alors qu'ils étaient en concurrence avec d'autres opérateurs sur des marchés amonts, avals ou connexes à ce marché. Cette situation se retrouve en particulier, comme pour les autoroutes, dans les cas où existe un monopole « *de réseau* » dont, pour des raisons économiques ou environnementales, il n'est pas envisageable d'assurer la duplication.
71. Dans ces circonstances, tout à la fois pour préserver la concurrence et pour éviter que les utilisateurs du monopole et la collectivité publique ne paient des surcoûts liés à l'existence d'une rente de monopole injustifiée, le Conseil recommande une séparation nette entre l'activité de monopole et les activités soumises à la concurrence pour permettre une identification des coûts et ressources de chacune et d'éviter des mécanismes de subventions croisées qui viendraient fausser la compétition sur les activités concurrentielles.
72. Le Conseil a considéré que la meilleure solution est d'assurer que l'activité sous monopole est exercée par une entité juridique séparée par rapport à la ou aux entités qui exercent les activités concurrentielles. A tout le moins, il est nécessaire d'assurer une séparation fonctionnelle et comptable stricte entre les différentes activités, la simple séparation

comptable, appuyée sur une comptabilité analytique permettant d'imputer aux différentes activités leurs coûts et ressources, étant presque toujours une source de contestation.

73. Il est renvoyé à cet égard notamment à l'avis du Conseil de la concurrence n° [97-A-07](#) du 27 mai 1997 sur les questions soulevées au regard du droit de la concurrence par la coexistence chez France Télécom, au sein d'une même structure juridique et commerciale, d'activités de télécommunications exercées en situation concurrentielle et sous monopole, ou à d'autres avis rendus sur des questions similaires concernant la diversification des activités d'EDF et GDF, l'activité de messagerie de la SNCF ou les activités financières de La Poste, ainsi qu'aux avis n° [98-A-05](#) du 28 avril 1998 sur les principes à prévoir pour assurer un fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive 96/92/CE, et n° [00-A-29](#) du 30 novembre 2000 relatif à la séparation comptable entre les activités de production, transport et distribution d'électricité.

Le cas particulier des concessions d'autoroutes

74. Au regard des précédents avis rendus par le Conseil, le cas des concessions autoroutières n'appelle pas un traitement différent, étant toutefois noté qu'il présente la particularité d'une relation entre le régulateur et le régulé s'appuyant sur une composante contractuelle forte : les conditions de la concession.
75. Jusqu'à présent, l'Etat, en tant qu'actionnaire des SEMCA, n'était pas dans une situation dans laquelle ses intérêts de régulateur s'opposent à ceux des entreprises régulées. En toute hypothèse, les imperfections éventuelles de sa régulation étaient sans conséquence financière puisqu'il était aussi le bénéficiaire de la rente qui pouvait, le cas échéant, résulter d'un niveau excessif des péages.
76. De plus, comme les SEMCA étaient tenues de recourir à la mise en concurrence, non seulement sur le plan légal, mais aussi en raison de leur indépendance vis-à-vis des groupes assurant les travaux et la plupart des prestations de services dont elles avaient besoin, beaucoup de facteurs étaient réunis pour limiter, autant que possible, les coûts de ces opérateurs.
77. En revanche, lorsque l'Etat aura privatisé les SEMCA, il risque de se retrouver dans une situation d'asymétrie d'information. Certes, cette asymétrie sera atténuée par le fait que l'État gère lui-même un millier de kilomètres d'autoroutes gratuites, ce qui constitue un « *benchmark* » significatif. Toutefois, il est probable que chaque concessionnaire d'autoroute fera valoir les spécificités de son réseau ou de sa concession pour justifier des différences avec les coûts du réseau géré par l'Etat.
78. En particulier, le contrôle des coûts des concessionnaires d'autoroutes risque d'être particulièrement difficile à l'égard de ceux qui appartiendront à des groupes verticalement intégrés actifs dans les travaux publics et les services associés à l'exploitation de l'autoroute. Les mécanismes de facturation internes à un groupe sont plus difficiles à contrôler que des facturations entre entreprises indépendantes, surtout si ces dernières font suite à des procédures de mise en concurrence.
79. Le danger est alors que les coûts liés à l'exploitation de l'autoroute soient surfacturés, conduisant, soit par l'augmentation du prix des péages, soit par obstacle à leur baisse, à créer une rente de monopole injustifiée, laquelle pourrait elle-même permettre aux groupes concernés de subventionner leurs activités concurrentielles, notamment dans le bâtiment et les travaux publics.

80. Cette bonne régulation des prix sera d'autant plus difficile que la fixation du niveau des péages n'obéit pas à un simple raisonnement financier de rentabilisation du capital investi mais devra tenir compte de différentes politiques publiques comme la sécurité routière, la politique des transports, notamment en ce qui concerne l'équilibre avec le rail, et des considérations environnementales, dont les objectifs sont parfois contraires.
81. L'exemple de la régulation de Cofiroute, qui a fait l'objet de critiques récentes de la Cour des comptes et au sujet de laquelle le ministère de l'équipement reconnaît avoir eu quelques difficultés ces dernières années, montre que les services de l'Etat ne sont pas nécessairement bien armés pour assumer dans de bonnes conditions le contrôle d'une multiplicité de sociétés concessionnaires dont les intérêts particuliers ne seront pas toujours convergents avec les siens.
82. Enfin, il convient de rappeler que le rachat des trois SEMCA par des entreprises privées sera examiné par les autorités de concurrence compétentes en matière de concentration. Même si le Conseil n'est pas interrogé sur ce sujet dans la présente demande d'avis, il observe que l'entrée au capital de ces nouveaux monopoles régionaux de certains des trois groupes de travaux publics déjà associés au sein de Cofiroute pourrait créer, en France, une situation de concentration oligopolistique particulière. Ces groupes de travaux publics, non seulement bénéficieraient chacun d'un domaine réservé protégé par de fortes barrières à l'entrée, mais seraient, en outre, liés structurellement au travers de leur société commune gestionnaire du réseau Cofiroute.
83. On peut noter à cet égard que les SEMCA peuvent, actuellement, soumissionner en partenariat avec une entreprise de travaux de leur choix pour l'attribution de nouvelles concessions, par exemple, ASF avec Bouygues et Colas pour l'attribution de l'A 19 ou APRR avec Eiffage pour un autre appel d'offres. Elles ne pourront vraisemblablement plus le faire si elles sont contrôlées par des groupes de travaux publics. Ce qui introduira une rigidité supplémentaire, la compétition pour la gestion de la concession déterminant le résultat de la construction conformément à l'objet de l'appel d'offres initial, mais aussi l'attribution des travaux futurs d'entretien ou d'amélioration.

IV Les mesures prévues par le gouvernement

84. Le gouvernement, conscient des risques pour la concurrence qu'une privatisation des SEMCA effectuée sans aménagement suffisant pourrait provoquer, a prévu d'introduire des obligations supplémentaires pour les sociétés qui succéderont aux SEMCA, notamment pour tenir compte de leur nouveau statut de concessionnaires non pouvoirs adjudicateurs.
85. Le ministère de l'équipement et celui de l'économie, interrogés lors de la séance, que la relation contractuelle entre l'Etat concédant et les entreprises privées concessionnaires comportera une régulation forte et pérenne des tarifs et l'obligation de maintien d'une certaine concurrence sur le marché des travaux.
86. Les responsables des SEMCA, entendus en séance, ont également exprimé leur souhait que la sélection actuelle par appel d'offres, qu'ils jugent efficace, continue d'être systématiquement utilisée à l'avenir pour la construction et les travaux d'entretien ou d'élargissement.

87. A cet effet, le gouvernement a prévu une modification de l'article 6 du cahier des charges de la concession des SEMCA, portant sur l'exécution des travaux, que les candidats au rachat des SEMCA devraient s'engager à accepter. Le texte actuel de cet article comporte la disposition suivante, déjà mentionnée au point 54 du présent avis :

« Pour l'exécution des travaux, la société concessionnaire est tenue, sauf autorisation du ministre chargé de la voirie nationale, de recourir à la concurrence. Toute discrimination entre les entreprises de la Communauté européenne en raison de la nationalité, est interdite. »

Cette disposition serait remplacée par :

« La société concessionnaire recourt systématiquement à la concurrence pour la dévolution des travaux qu'elle réalise dans le cadre de la concession. Pour ce faire, elle applique notamment les dispositions de l'article 63.1 de la directive 2004-18 du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et ses textes de transposition en droit français. En tout état de cause, la société concessionnaire ne pourra invoquer la notion d'entreprises groupées ou liées au sens de l'article 63.2 de la directive précitée et des textes de transposition pour s'abstraire d'une procédure de mise en concurrence.

La société concessionnaire crée en son sein une commission consultative des marchés, à laquelle est invité de droit un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, chargée de définir les règles internes pour la passation et l'exécution des marchés de travaux et de veiller au respect des procédures de passation et d'exécution de ces marchés en application du présent article.

Les règles internes définies par la commission consultative pour la passation et l'exécution des marchés de travaux et aux fins de veiller au respect par la société concessionnaire des procédures de passation et d'exécution de ces marchés, ainsi que la composition et le fonctionnement de ladite commission sont soumis à l'avis de la commission nationale des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes instituée par le décret n° 2004-86 du 28 janvier 2004.

La commission consultative établit un procès-verbal de ses travaux à l'issue de chacune de ses séances. La société concessionnaire transmet, avant le 30 avril de chaque année, le rapport d'activité annuel de la commission consultative des marchés à la commission nationale des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes.

Les frais de contrôle de la commission nationale des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes sont à la charge de la société concessionnaire. »

88. Devant le Conseil de la concurrence, les représentants de l'administration ont indiqué que ce dispositif vise à maintenir les obligations de mise en concurrence telles qu'elles s'appliquent aujourd'hui aux SEMCA en ce qui concerne les travaux et, d'une manière générale, à ne pas modifier leur pratique de mise en concurrence dès le « premier euro », même lorsque aucune obligation ne pèse sur elles au titre du pouvoir adjudicateur. En particulier, les ex-SEMCA ne pourront pas faire valoir qu'elles entendent confier leurs commandes à des entreprises liées pour échapper à l'obligation de mise en concurrence.
89. Le Conseil prend acte de cette position. Il souligne toutefois que le texte conçu à cet effet n'est pas dépourvu d'ambiguïté. En particulier, la référence à l'article 63 de la directive 2004/18, qui régit la situation des concessionnaires de travaux publics qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, peut laisser penser que les ex-SEMCA ne seront tenues que par des obligations de publicité, mais non plus par les critères de choix qui s'imposent

actuellement à elles, c'est à dire soit celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, soit celui du prix le plus bas.

90. Cette référence peut aussi laisser penser que la mise en concurrence n'est obligatoire que lorsque les travaux demandés atteignent le seuil d'application dudit article, soit environ 6 M€, ce qui peut constituer un seuil raisonnable pour les marchés de travaux et d'élargissement mais qui ne couvrira qu'une très faible part des travaux d'entretien. Elle peut, enfin, laisser penser que les commissions consultatives des marchés propres à chaque société n'interviendront que pour les travaux dont le montant atteint ce seuil, alors qu'elles interviennent aujourd'hui dans de nombreux cas en dessous de celui-ci. En outre, le texte de la modification prévue ne porte pas sur les services et les fournitures, qui pourraient donc n'être soumis à aucune mise en concurrence.
91. La portée de la référence à l'article 63 de la directive devrait donc être précisée, dès lors que sa stricte application, qui ne comporte que des prescriptions minimales, conduirait à une obligation de mise en concurrence très réduite par rapport à la situation actuelle, en contradiction avec l'affirmation selon laquelle, de ce point de vue, « *rien ne changerait* » pour les ex-SEMCA.
92. Enfin, si le Conseil est favorable à la mise en place de mécanismes de mise en concurrence obligatoire en continuité avec celui aujourd'hui imposé aux SEMCA, il ne peut que s'interroger, dans l'hypothèse de la privatisation au profit de groupes de travaux publics, sur la cohérence d'un dispositif juridique qui laisserait le quatrième concessionnaire privé, Cofiroute, sans aucune obligation en matière de mise en concurrence, dans une situation privilégiée, sans autre justification que l'antériorité.

V- La position du Conseil de la concurrence

93. Compte tenu de tout ce qui précède, le Conseil est d'avis que les difficultés d'une bonne régulation future des monopoles privés autoroutiers résultant de la privatisation des SEMCA sont significatives. Parallèlement, il estime que les risques d'atteinte à la concurrence sur le secteur connexe des travaux autoroutiers sont réels. Ces difficultés et risques pourraient être atténués si, d'une part, des garanties de nature structurelle étaient prises et si, d'autre part, les dispositions visant le recours à la concurrence pour les travaux et les services associés à l'exploitation des autoroutes en cause étaient précisées et renforcées.
94. En conséquence, le Conseil recommande, tout d'abord, l'adoption de mesures pérennisant l'existence des sociétés concessionnaires privatisées en tant que personnes juridiques distinctes, interdisant leur fusion avec d'autres entreprises et leur interdisant également d'intégrer dans leur périmètre d'activité propre des activités qu'elles n'assurent pas déjà elles-mêmes.
95. Certes, aujourd'hui, les concessions autoroutières font l'objet d'une exigence de comptabilité séparée. Toutefois, il ne semble pas que cela empêcherait, le cas échéant, d'intégrer dans cette comptabilité des activités de travaux ou de service effectuées par la société elle-même pour la concession, dont l'identification et les coûts seraient *a priori* plus difficiles à apprécier que dans le cadre de relations entre deux entreprises distinctes.

De plus, le rapatriement « en régie » de telles activités pourrait précisément permettre de contourner les obligations de mise en concurrence voulues par le gouvernement.

96. Il recommande, également, de réintroduire explicitement dans le contrat de concession, outre la règle de mise en concurrence systématique, l'obligation de respecter les critères de choix qui s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs. Sans cela, et en dépit d'obligations de transparence, les concessionnaires pourraient privilégier les entreprises qui leur sont liées, ce qui est une attitude économique rationnelle et acceptable lorsqu'elle s'exerce dans un contexte pleinement concurrentiel mais qui poserait un problème en cas de régulation imparfaite et de maintien d'une rente financée par les péages.
97. S'agissant de la solution alternative qui consisterait à imposer, en particulier en matière de travaux, une part minimale de commandes à confier à des tiers, le dispositif existe déjà, comme il a été exposé, pour les concessions récentes ou nouvelles, et pourrait être considéré comme un minimum pour des concessions anciennes « rachetées », lesquelles représentent la majeure partie du réseau autoroutier français, qui vont se prolonger encore pendant environ vingt-cinq ans, et qui, jusqu'à présent, ont fait amplement jouer la concurrence. Le seuil de 30% de sous-traitance qu'un État membre peut imposer à un concessionnaire non pouvoir adjudicateur sur le fondement de la directive pourrait être retenu.
98. Toutefois, cette solution apparaît assez largement inadaptée au problème posé et ne serait qu'un moindre mal. En effet, cette disposition conduit, en pratique, à mener l'entreprise titulaire de la concession, qui réalise elle-même l'essentiel des travaux, à consentir un certain volume de sous-traitance, notamment en faveur des petites et moyennes entreprises du secteur. Mais les entreprises concurrentes, qui ont la capacité technique de réaliser l'ensemble d'un lot de construction, d'élargissement ou de rénovation, ne souhaitent pas être de simples sous-traitants pour des prestations à faible valeur ajoutée, mais être attributaires de commandes correspondant à leur savoir-faire acquis sur un marché concurrentiel. Il faudrait donc une modification en profondeur de la conception même de la règle des 30% et son contrôle en temps réel pour obtenir l'effet recherché. Au demeurant, cette règle sera sans objet si la mise en concurrence systématique reste en vigueur.
99. La règle de concurrence étant posée, il faudrait ensuite fixer à partir de quels seuils de commande les obligations de publicité, de mise en concurrence et d'intervention des commissions consultatives selon des procédures adéquates doivent intervenir. A cet égard, il conviendrait de ne pas négliger les commandes de services et de fournitures afin d'éviter également pour elles que les concessionnaires puissent se prévaloir de l'exception profitant aux entreprises liées. Les seuils de mise en concurrence, dont le niveau doit vraisemblablement être différent selon qu'il s'agit de commandes de travaux, de services ou de fournitures, devraient être fixés de telle manière que l'essentiel des volumes de commandes soit contrôlé par le dispositif procédural évoqué, compte tenu des observations faites au point 51 du présent avis.
100. Enfin, pour aboutir à une situation aussi claire que possible et éviter que l'Etat ne puisse se voir reprocher d'avoir mis les concessionnaires dans une situation de cumul des rôles de juge et partie débouchant sur un conflit d'intérêts, dans la mesure où ils mettraient en œuvre des procédures de mise en concurrence alors qu'ils auraient des intérêts auprès de certains soumissionnaires (voir notamment l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 12 février 1998, Silvano Raso, C-163/96, Rec. p. I-533), les commissions des marchés placées auprès de chaque société devraient disposer d'un véritable pouvoir d'approbation, ce qui doit conduire à écarter leur qualification de « *consultatives* ». A cet

égard, le Conseil n'a pas été convaincu par les explications fournies en séance selon lesquelles le texte actuel devrait être interprété comme donnant à ces commissions, pourtant qualifiées de consultatives, le pouvoir, en l'état, d'émettre des « *avis conformes* » liant le maître d'ouvrage.

101. A défaut de voir ces commissions comporter une majorité de membres indépendants des concessionnaires, le représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes devrait y disposer d'un droit de veto.
102. Le Conseil recommande en tout état de cause de clarifier dès que possible la rédaction de la modification de l'article 6 du cahier des charges des SEMCA afin que celle-ci reflète plus explicitement la portée que le gouvernement a entendu lui donner.
103. S'agissant de la mission de contrôle de l'Etat régulateur, bien qu'interrogé sur ce point par le saisissant, le Conseil n'a pas de recommandation particulière à formuler quant à l'organisation administrative de la régulation. Il rappelle néanmoins que, du point de vue des règles de concurrence, confier la régulation à une autorité administrative indépendante n'est pas nécessaire puisque après la privatisation l'Etat ne cumulera plus les qualités d'actionnaire de certains acteurs du marché et de régulateur. En outre, il y a lieu d'insister sur le fait que le Conseil de la concurrence, garant de l'ordre public concurrentiel au bénéfice du consommateur, n'a pas lui-même vocation à assurer la régulation d'un secteur particulier de l'économie, notamment en ce qui concerne la fixation des prix.

CONCLUSION

104. Dans ces conditions, les atteintes à la concurrence que pourrait entraîner la privatisation des SEMCA devraient pouvoir être limitées. Le risque qu'en l'absence des mesures correctives évoquées ci-dessus, ces atteintes interviennent de manière significative est certes d'autant plus grand que les SEMCA seraient rachetées par des groupes intégrés actifs dans le domaine des travaux publics routiers ou des services associés à l'exploitation des autoroutes.
105. De plus, même si les « *profils* » des nouveaux actionnaires de chacune des ex-SEMCA ne sont pas uniformes, il paraît difficile d'édicter des règles différentes pour l'une ou l'autre. En tout état de cause, le contexte de cette opération d'achat de concessions « *historiques* » pour lesquelles l'essentiel du risque et de l'enjeu industriels sont passés, est très différent de celui d'une compétition pour l'octroi d'une concession sur un tronçon à construire. C'est pourquoi il serait inadapté de s'en tenir aux règles minimales de concurrence retenues pour les marchés liés aux concessions nouvelles, celles-ci ayant fait l'objet d'une compétition pour leur attribution.
106. Les mesures suggérées dans la présente demande d'avis devraient aussi faciliter la mission de l'Etat régulateur. La transparence des coûts et l'incitation à leur réduction qu'elle implique devraient permettre à l'Etat de mieux apprécier la situation lorsqu'il y a lieu d'examiner les demandes d'évolutions tarifaires et, d'une manière plus générale, de mieux appréhender une série de paramètres qu'il doit prendre en compte parmi d'autres dans le cadre de la définition de la politique globale des transports. Les outils évoqués devront toutefois être accompagnés d'un renforcement des moyens pour assurer le contrôle des concessionnaires au titre de la qualité de concédant puisque l'Etat ne pourra plus utiliser sa qualité d'actionnaire.
107. De ce point de vue, il serait de la plus grande aide pour le régulateur futur :

- que les principes de séparation juridique ou fonctionnelle des activités de concession soient strictement appliqués.
- que soient préservés, après la privatisation des SEMCA, des mécanismes de mise en concurrence suffisants dans le cadre de l'attribution des travaux autoroutiers et des prestations de services liées à l'exploitation de l'autoroute.

108. Enfin, le Conseil précise que si certaines recommandations formulées dans le présent avis ne peuvent être formellement imposées dans le cadre du processus de privatisation des sociétés concernées compte tenu de l'échéancier prévu par le gouvernement, il est d'avis qu'elles devraient néanmoins être formalisées au plus tôt dans le cadre des contrats de concession.

Délibéré sur le rapport oral de M. Belorgey, par M. Lasserre, président, Mmes Aubert et Perrot, vice-présidentes.

Le rapporteur général,
Thierry Dahan

Le président,
Bruno Lasserre

© Conseil de la concurrence