



**Avis n° 21-A-09 du 30 juillet 2021
relatif à un projet d'arrêté fixant la liste des marchés de fournitures
et de services passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes
exclus de l'obligation de publicité et de mise en concurrence**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre, du 18 décembre 2020, enregistrée sous le numéro 20/0116 A, par laquelle l'Autorité de Régulation des Transports a saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis concernant un projet d'arrêté fixant une liste de marchés de fournitures ou de services exclus des obligations de publicité et de mise en concurrence applicables aux sociétés concessionnaires d'autoroutes n'ayant pas la qualité de pouvoir adjudicateur, en application du 2° bis de l'article L. 112-12 du code de la voirie routière ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu le code de la voirie routière ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, les représentants de l'Autorité de Régulation des Transports et le commissaire du Gouvernement, entendus lors de la séance du 29 juin 2021 ;

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

Résumé¹

L'Autorité rend un avis sur un projet d'arrêté établi par l'Autorité de Régulation des Transports (ci-après « ART »), en application des nouvelles dispositions du 2° bis de l'article L. 122-12 du code de la voirie routière, issu de l'article 163 de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités.

Le dispositif prévu par cet alinéa permet aux sociétés concessionnaires d'autoroutes de ne plus être soumises à leurs obligations de publicité et de mise en concurrence, pour les marchés de fournitures et services. Une double condition est toutefois requise : que les marchés exclus ne présentent pas de lien direct et spécifique avec les missions qui ont été déléguées aux sociétés autoroutières, et que la liste qui en sera établie tienne compte de l'impact de ces marchés sur le bon fonctionnement concurrentiel des secteurs concernés.

Dans son projet d'arrêté, l'ART a fait le choix d'une méthode reposant sur une classification CPV (nomenclature applicable aux avis de marchés publics européens) en sélectionnant 127 de ces codes pour lesquels les obligations de publicité et de mise en concurrence sont maintenues, tous les autres étant exclus.

L'Autorité émet deux réserves sur le projet d'arrêté qui lui est soumis.

Tout d'abord, l'Autorité estime qu'une analyse de l'impact concurrentiel des marchés exclus dans les secteurs concernés aurait permis, conformément à la demande du législateur, de donner une assise à l'identification des marchés destinés à être soustraits aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Ensuite, la classification CPV utilisée par l'ART comporte des limites, notamment quant à son utilisation (notamment possibilité de contournement du bon code, etc.).

Afin de lever ces réserves, l'Autorité, consciente des contraintes qui pèsent sur le régulateur sectoriel, et des avantages proposés par le projet d'arrêté, notamment en termes de simplicité et de pragmatisme, recommande d'apporter deux modifications au projet qui lui est soumis.

L'Autorité estime conforme à l'intention du législateur la réintégration de l'ensemble des contrats de maîtrise d'œuvre et d'assistance à maîtrise d'ouvrage dans les marchés soumis à publicité et mise en concurrence. Les représentants de l'ART ont par ailleurs déclaré en séance que cette réintégration n'imposerait pas une charge de contrôle démesurée sur ses services.

Enfin, l'Autorité, en conformité avec ses avis et recommandations antérieurs dans ce secteur d'activité, préconise d'intégrer dans l'arrêté à venir les obligations de publicité et de mise en concurrence pour les marchés pour lesquels existe un risque d'attribution à une entreprise liée au capital d'une société concessionnaire d'autoroute, afin de permettre de pallier les risques liés à l'absence d'analyse concurrentielle systématique menée par l'ART. Le régulateur sectoriel devrait également exercer un contrôle systématique, a posteriori, sur les marchés sur lesquels il a identifié la présence d'une entreprise liée.

¹ Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de l'avis numérotés ci-après.

SOMMAIRE

I.	LA SAISINE ET SON CONTEXTE SECTORIEL.....	5
A.	PRÉSENTATION GÉNÉRALE DU SECTEUR	5
B.	LE DISPOSITIF JURIDIQUE DANS LEQUEL S'INSCRIT LA DEMANDE D'AVIS	6
1.	L'INSTAURATION DES OBLIGATIONS DE PASSATION DES MARCHÉS ISSUE DE LA LOI N° 2015-990 DU 6 AOÛT 2015 POUR LA CROISSANCE, L'ACTIVITÉ ET L'ÉGALITÉ DES CHANCES ÉCONOMIQUES.....	6
2.	LA RESTRICTION DU CHAMP DE PASSATION DES MARCHÉS, ISSUE DE LA LOI N° 2019-1428 DU 24 DÉCEMBRE 2019 D'ORIENTATION DES MOBILITÉS	7
C.	LE PROJET D'ARRÊTÉ SOUMIS À L'EXAMEN DE L'AUTORITÉ.....	8
1.	LES MARCHÉS RETENUS APPARTIENNENT À QUATRE CATÉGORIES RÉPERTORIÉES PAR L'ART	8
2.	LES MARCHÉS SÉLECTIONNÉS SONT RÉPERTORIÉS SUIVANT UN CODE CPV	9
II.	ANALYSE.....	10
A.	LES ENJEUX DU PROJET D'ARRÊTÉ PROPOSÉ	10
B.	UN DISPOSITIF LÉGISLATIF QUI ENCADRE STRICTEMENT LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE.....	11
1.	LES CONDITIONS FIXÉES DANS LA LOI LOM	11
a)	La constitution d'une liste dérogatoire de marchés de fournitures et services	12
b)	L'absence de lien direct et spécifique avec les missions déléguées aux sociétés concessionnaires d'autoroutes.....	12
c)	La prise en compte de l'impact sur le bon fonctionnement concurrentiel des secteurs concernés	12
2.	LA CONCEPTION RESTRICTIVE DES EXCEPTIONS À LA MISE EN CONCURRENCE VOULUE PAR LE LÉGISLATEUR.....	13
C.	RÉSERVES ET RECOMMANDATIONS DE L'AUTORITÉ.....	14
1.	LES RÉSERVES DE L'AUTORITÉ	14
a)	Sur le critère d'analyse de l'impact concurrentiel des marchés exclus de la mise en concurrence.....	14
b)	Sur les limites du choix d'une méthode reposant sur la classification CPV	15
	<i>Une possibilité de détournement de l'utilisation du code.....</i>	<i>15</i>
	<i>L'utilisation de codes CPV ne constitue une obligation que lorsque les seuils européens sont atteints.....</i>	<i>15</i>
	<i>Le caractère non adaptatif de la liste CPV.....</i>	<i>15</i>
2.	LES RECOMMANDATIONS DE L'AUTORITÉ	16
a)	Sur la réintégration de l'ensemble des contrats de maîtrise d'œuvre et d'assistance à maîtrise d'ouvrage.....	16

b) Sur la préconisation de sélection et d'analyse complémentaires sur les marchés présentant des risques d'entreprises liées	17
CONCLUSION.....	18

1. Par lettre du 18 décembre 2020 enregistrée sous le numéro 20/0116 A, l’Autorité de la concurrence (ci-après « l’Autorité ») a été saisie par l’Autorité de Régulation des Transports (ci-après « ART ») d’une demande d’avis sur un projet d’arrêté pris en application des nouvelles dispositions du 2° bis de l’article L. 122-12 du code de la voirie routière, issu de l’article 163 de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d’orientation des mobilités.
2. Selon celles-ci :
« Tout marché de travaux, fournitures ou services passé par un concessionnaire d'autoroute pour les besoins de la concession est régi par la présente section, à l'exception des marchés :
(...)
2° bis De fournitures ou de services ne présentant pas un lien direct et spécifique avec les missions qui ont été déléguées au concessionnaire conformément à l'article L. 122-4. Un arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et des transports, pris sur proposition de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières, après avis de l'Autorité de la concurrence, fixe la liste de ces marchés en prenant en compte leur impact sur le bon fonctionnement concurrentiel des secteurs concernés ».
3. En vertu de ces dispositions, l’arrêté doit comporter la liste des marchés de fournitures ou de services exclus des obligations de publicité et de mise en concurrence applicables aux sociétés concessionnaires d’autoroutes n’ayant pas la qualité de pouvoir adjudicateur.
4. Le dispositif prévu par cet article permet à ces sociétés de déroger à leurs obligations de publicité et de mise en concurrence, pour ce qui concerne les marchés de fournitures et services, sous la double condition que ces marchés ne présentent pas de lien direct et spécifique avec les missions qui ont été déléguées aux sociétés autoroutières et que la liste qui en sera établie tienne compte de l’impact de ces marchés sur le bon fonctionnement concurrentiel des secteurs concernés.
5. Après avoir présenté la demande d’avis (I), l’Autorité formulera un certain nombre de remarques et recommandations (II).

I. La saisine et son contexte sectoriel

A. PRÉSENTATION GÉNÉRALE DU SECTEUR

6. Une concession autoroutière est un contrat par lequel l’État confie à un opérateur économique (le concessionnaire), pour une durée déterminée, la conception, la construction, l’entretien, l’exploitation et la maintenance d’une infrastructure autoroutière, en contrepartie de la perception d’un droit d’utilisation (le péage) acquitté par les usagers.
7. Le secteur autoroutier concédé compte dix-neuf sociétés concessionnaires, réparties dans les trois catégories suivantes :

- deux sociétés à capitaux majoritairement publics qui ont des pouvoirs adjudicateurs², ATMB et SFTRF ;
 - dix sociétés à capitaux privés, dont chacune d’entre elles exploite moins de 200 km d’autoroute concédée : CEVM, ALIS, ARCOUR, ADELAC, A’LIENOR, ALICORNE, ATLANDES, ALBEA, ARCOS, et ALIAE ;
 - sept sociétés à capitaux privés, dont chacune d’entre elles exploite plus de 200 km d’autoroute concédée, qui représentent environ 95 % du chiffre d’affaires du secteur³, appartenant à trois groupes :
 - le groupe VINCI, qui comprend les sociétés ASF, COFIROUTE et ESCOTA ;
 - le groupe EIFFAGE, qui comprend les sociétés APRR et AREA ;
 - le groupe ABERTIS, qui comprend les sociétés SANEF et SAPN.
8. Seuls les achats de la dernière catégorie de sociétés, appartenant à ces trois groupes, sont concernés par le présent avis⁴.
9. Parmi l’ensemble des missions confiées à l’ART, celle conférée par l’article L. 122-14 du code de la voirie routière consiste à « *veille[r] à l’ exercice d’ une concurrence effective et loyale lors de la passation des marchés définis à l’article L. 122-12 [du même code]* », par les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs.

B. LE DISPOSITIF JURIDIQUE DANS LEQUEL S’INSCRIT LA DEMANDE D’AVIS

1. L’INSTAURATION DES OBLIGATIONS DE PASSATION DES MARCHÉS ISSUE DE LA LOI N° 2015-990 DU 6 AOÛT 2015 POUR LA CROISSANCE, L’ACTIVITÉ ET L’ÉGALITÉ DES CHANCES ÉCONOMIQUES

10. L’Autorité a déjà rendu deux avis sur le secteur autoroutier, l’avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2006 portant sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation annoncée des sociétés d’économie mixte concessionnaires d’autoroutes, et l’avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 relatif au secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires.
11. Prenant en compte certaines recommandations de l’Autorité, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques a instauré, afin de permettre une meilleure régulation concurrentielle, des obligations, pour les sociétés concessionnaires d’autoroutes, de publicité et de mise en concurrence dans le cadre de la passation de leurs marchés de travaux, fournitures et services. Elle a ainsi créé l’article L. 122-12 du code de la voirie routière, aux termes duquel :

² Au sens de l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

³ ART, Rapport annuel exercice 2018 sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d’autoroutes, page 13.

⁴ En application du premier alinéa de l’article L. 122-17 du code de la voirie routière et de l’article R.122-33 du même code, le concessionnaire d’autoroutes qui n’est pas pouvoir adjudicateur est dispensé de l’obligation de constituer une commission des marchés si la longueur contractuelle des ouvrages de sa concession est inférieure à 200 km, et les sociétés concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs sont, elles, soumises de plein droit aux textes relatifs à la commande publique.

« Par dérogation au 3° du II de l'article 12 de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, tout marché de travaux, fournitures ou services passé par un concessionnaire d'autoroute pour les besoins de la concession est régi par la présente section, à l'exception des marchés :

1° Régis par le code des marchés publics ou 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 sous réserve de l'article L. 122-13 ;

2° Conclues avant la date de mise en service complète des ouvrages ou aménagements prévus au cahier des charges initial de la délégation ;

3° Ou mentionnés à l'article 7 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précitée. »

12. Les décrets n° 2016-234 du 1^{er} mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes et n° 2016-552 du 3 mai 2016 relatif à la passation des marchés par les concessionnaires d'autoroutes ont complété le dispositif, en imposant aux sociétés concessionnaires d'autoroutes le respect des principes issus de la commande publique pour leurs achats, notamment la liberté d'accès, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures.
13. C'est ainsi que, au-delà de certains seuils (500 000 € HT pour les marchés de travaux et 240 000 € HT pour les marchés de fournitures ou services), les concessionnaires, qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs et dont la longueur du réseau concédé excède 200 km, qui souhaitent conclure des marchés de travaux, fournitures ou services pour les besoins de la concession, sont tenus de respecter une procédure de publicité et de mise en concurrence, sauf exceptions précisées par voie réglementaire.
14. De sorte que les sept sociétés concessionnaires les plus importantes du secteur citées ci-avant au paragraphe 7 et concernées par le présent avis, doivent instituer une commission des marchés, qui définit les règles internes pour la passation et l'exécution des marchés de travaux, fournitures et services, et veille à leur respect.
15. L'attribution des marchés est soumise à l'avis préalable de la commission des marchés, après respect des mesures de publicité et de présentation des offres concurrentes. Cet avis est transmis à l'ART.
16. Cette procédure formalisée est garante de la transparence et de la mise en concurrence des marchés.

2. LA RESTRICTION DU CHAMP DE PASSATION DES MARCHÉS, ISSUE DE LA LOI N° 2019-1428 DU 24 DÉCEMBRE 2019 D'ORIENTATION DES MOBILITÉS

17. L'article 163 de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités (ci-après « LOM ») a inséré, dans l'article L. 122-12 du code de la voirie routière, précité, un alinéa 2° bis qui permet d'exempter certains marchés des obligations de publicité et de mise en concurrence.

18. L'article L. 122-12 du code de la voirie routière dispose désormais que :
« *Tout marché de travaux, fournitures ou services passé par un concessionnaire d'autoroute pour les besoins de la concession est régi par la présente section, à l'exception des marchés :*

(...)

2° bis De fournitures ou de services ne présentant pas un lien direct et spécifique avec les missions qui ont été déléguées au concessionnaire conformément à l'article L. 122-4. Un arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et des transports, pris sur proposition de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières, après avis de l'Autorité de la concurrence, fixe la liste de ces marchés en prenant en compte leur impact sur le bon fonctionnement concurrentiel des secteurs concernés ».

C. LE PROJET D'ARRÊTÉ SOUMIS À L'EXAMEN DE L'AUTORITÉ

19. Le projet d'arrêté de l'ART, pris sur le fondement des dispositions citées au paragraphe précédent et soumis à l'Autorité pour avis, prévoit une exclusion de principe des obligations de publicité et de mise en concurrence de l'ensemble des marchés de fournitures ou de services passés par un concessionnaire d'autoroutes pour les besoins de la concession, à l'exception d'une liste annexée qui énumère les marchés pour lesquels ces obligations sont maintenues. Cette liste présente une double spécificité : les marchés retenus appartiennent à quatre catégories répertoriées par l'ART (1) et sont sélectionnés selon un code CPV (2).

1. LES MARCHÉS RETENUS APPARTIENNENT À QUATRE CATÉGORIES RÉPERTORIÉES PAR L'ART

20. L'ART propose de retenir, non pas, comme prévu au 2° bis de l'article L. 122-12 du code de la voirie routière précité, la liste des marchés qui seront exclus des obligations de publicité et de mise en concurrence, mais celle des marchés qui continueront à être soumis à ces obligations. L'article 1^{er} de son projet d'arrêté est, partant, ainsi rédigé :

« La liste des marchés visés au 2° bis de l'article L.122-12 du code de la voirie routière comprend l'ensemble des marchés de fournitures ou de services passés par un concessionnaire d'autoroute pour les besoins de la concession, à l'exception de ceux figurant dans la liste annexée au présent arrêté ».

21. Dans la note accompagnant sa saisine, l'ART précise que ces marchés sont les suivants :
- les marchés de maîtrise d'œuvre relatifs aux opérations routières : il s'agit d'un poste qui représente une part financière non négligeable d'une opération routière (7 % en moyenne) et qui joue un rôle central dans la préparation et le pilotage de la passation des travaux et pour lequel « *l'impartialité des maîtres d'œuvre est primordiale pour le bon fonctionnement concurrentiel du marché aval des travaux* »⁵ ;
 - un seul marché d'assistance à la maîtrise d'ouvrage relatif à la réalisation d'études amont (études de dossier et demandes de principe) ; il présente, pour l'ART, « *un enjeu concurrentiel semblable à celui des marchés du maître d'œuvre* » car il

⁵ Note d'accompagnement, page 6.

constitue la phase préalable des « *spécifications fonctionnelle et techniques* » que le maître d'ouvrage aura élaborées et définies, et « *qui seront complétées et détaillées par le maître d'œuvre* »⁶ ;

- les marchés de fourniture de carburants, dans la mesure où l'achat du carburant sur les aires d'autoroutes présente un caractère captif et où le contrôle de ces aires (installations annexes) constitue l'une des missions confiées par le législateur à l'ART ;
- les marchés regroupés sous l'intitulé « *fournitures et services nécessaires à l'exploitation de la route* », ou parfois sous celui de « *fourniture de matériels et services utiles à l'exploitation* », qui constituent un ensemble assez hétéroclite de prestations.

2. LES MARCHÉS SÉLECTIONNÉS SONT RÉPERTORIÉS SUIVANT UN CODE CPV

22. L'ART propose d'annexer à l'arrêté la liste des marchés de fournitures et de services correspondant aux quatre catégories de marchés décrites ci-dessus, présentée selon la classification CPV. Cet acronyme CPV, pour *Common Procurement Vocabulary* (vocabulaire commun en traduction française), désigne une nomenclature consolidée par le règlement n° 213/2008 du 28 novembre 2007 de la Commission européenne⁷. Il s'agit d'un système de classification applicable aux avis lancés lors des marchés publics, obligatoire pour les marchés d'ampleur européenne. Il comprend jusqu'à neuf chiffres et vise à harmoniser et standardiser les références utilisées pour décrire l'objet d'un marché.
23. Sur les 8 632 codes existants, l'ART en a retenu 127 au total, qu'elle a réparti selon quatre catégories de fournitures et services :
 - vingt pour les marchés de maîtrise d'œuvre ;
 - un seul pour les marchés d'assistance à maîtrise d'ouvrage ;
 - quinze pour les carburants ;
 - quatre-vingt-onze pour la rubrique « *utile (ou nécessaire) à l'exploitation* », regroupant les autres fournitures ou services retenus.

⁶ Note d'accompagnement, page 7

⁷ Règlement (CE) n° 213/2008 de la Commission du 28 novembre 2007 modifiant le règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) et les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relatives aux procédures en matière de marchés publics, en ce qui concerne la révision du CPV.

II. Analyse

A. LES ENJEUX DU PROJET D'ARRÊTÉ PROPOSÉ

24. L'ART est destinataire des projets de contrats dont le montant dépasse les seuils de publicité et de mise en concurrence, et répondant aux « *besoins de la concession* », conformément aux dispositions du premier alinéa de l'article L. 122-12 du code de la voirie routière.
25. Cependant, l'ART a systématiquement souligné, dans chacun de ses rapports annuels⁸, que la notion de « *besoins de la concession* » était insuffisamment précise et risquait d'être interprétée de manière restrictive par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, afin de soustraire nombre de leurs contrats aux obligations de publicité et de mise en concurrence.
26. Aussi, comme indiqué dans l'extrait de son Rapport annuel pour 2018 cité ci-dessous, les travaux parlementaires ayant abouti à l'adoption de l'article 2° bis étaient-ils particulièrement attendus par l'ART, afin de préciser cette notion et lui permettre de mieux délimiter [et affermir] le périmètre de son contrôle sur les sociétés d'autoroutes⁹ :

« 2.1. Périmètre de contrôle de l'Autorité

Les pouvoirs de contrôle des procédures de mise en concurrence des sociétés concessionnaires conférés à l'Autorité sont circonscrits aux marchés passés pour les besoins de leur concession (articles L. 122-12 et L. 122-13 du code de la voirie routière). Pourtant, il n'existe aucune définition de la notion de besoin de la concession dans les textes.

A défaut d'une définition claire, les règles de publicité qui avaient été mises en place pour renforcer la concurrence dans le secteur ainsi que le contrôle de l'Autorité pourraient se trouver limitées.

Compte tenu des interprétations divergentes entre les sociétés concessionnaires et l'Autorité¹⁰ sur la notion de " besoins de la concession ", des échanges ont été initiés dès 2017¹¹ et se sont poursuivis au cours de l'exercice 2018 dans le cadre d'un groupe de travail rassemblant l'Autorité, l'ensemble des sociétés concessionnaires et l'Association des sociétés françaises d'autoroutes (ASFA).

L'objectif de ce groupe de travail était de déterminer les catégories d'achats relevant des obligations de publicité et de mise en concurrence et d'envisager de ne pas les appliquer pour les autres catégories.

Cependant, les travaux engagés n'ont pas permis de s'accorder sur un périmètre commun et ont été suspendus en attendant l'issue des discussions sur la loi d'orientation des mobilités. Par ailleurs, l'Autorité a pu constater que certaines sociétés concessionnaires utilisaient ce vide juridique pour exclure du champ des obligations de mise en concurrence des achats qui sont pourtant directement liés à leur activité de concessionnaire d'autoroutes

⁸ Rapport 2017 page 5, rapport 2018 page 6, rapport 2019 page 7.

⁹ ART, Rapport annuel exercice 2018 de l'ART sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, page 19.

¹⁰ Voir à cet effet le 2.1 du rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes en 2016.

¹¹ Voir à cet effet le 2.1 du rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes en 2017

et devraient à ce titre faire partie des prestations entrant a priori dans le périmètre des besoins de la concession (par exemple, un contrat d'approvisionnement de carburants pour les aires d'autoroutes). Une interprétation restrictive de la notion risquerait donc de réduire le périmètre de contrôle de l'Autorité et remettrait en cause les missions du régulateur.

Le dispositif devrait être clarifié dans le cadre de la LOM qui pourrait prévoir de lister des catégories d'achats exemptées des obligations de publicité et de mise en concurrence compte tenu notamment de leur faible enjeu économique pour le secteur. »

27. En l'absence des clarifications attendues à l'issue de l'adoption de la loi LOM, l'ART a poursuivi les échanges à ce sujet avec les sociétés concessionnaires d'autoroutes¹² :
« S'agissant de la notion de marchés passés pour les besoins de la concession, cette notion n'ayant pas été clarifiée dans le cadre de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités comme cela avait pu être envisagé, l'Autorité poursuivra ses échanges avec les sociétés concessionnaires pour faire émerger une définition partagée par l'ensemble des parties prenantes. »
28. Dans ce contexte, l'ensemble des sociétés consultées se sont prononcées, en septembre 2020, sur une première proposition de liste des marchés exclus des obligations de publicité et de mise en concurrence, élaborée par l'ART.
29. L'ART a pris en compte certaines de leurs positions dans le projet soumis à l'avis de l'Autorité.

B. UN DISPOSITIF LÉGISLATIF QUI ENCADRE STRICTEMENT LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

1. LES CONDITIONS FIXÉES DANS LA LOI LOM

30. L'article 163 de la loi LOM, qui a créé le 2° bis de l'article L. 122-12 du code de la voirie routière rappelé au paragraphe 18 ci-dessus, a prévu deux conditions pour que des marchés de fournitures et services soient dispensés des obligations de publicité et de mise en concurrence applicables aux sociétés concessionnaires d'autoroutes.
31. La liste dérogatoire de marchés de fournitures et services susceptibles d'échapper aux obligations de publicité et de mise en concurrence, qui doit être arrêtée, en vertu des dispositions susvisées, par les ministres chargés de l'économie et des transports doit, par conséquent :
 - être limitée aux marchés ne présentant pas un lien direct et spécifique avec les missions déléguées aux sociétés concessionnaires d'autoroutes ;
 - prendre en compte l'impact de ces marchés sur le bon fonctionnement concurrentiel des secteurs concernés.
32. Ces deux conditions sont examinées ci-après.

¹² ART, rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes en 2019, page 25.

a) La constitution d'une liste dérogatoire de marchés de fournitures et services

33. Il s'agit d'établir une liste sélectionnant les marchés qui pourront désormais ne plus être soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence. Seuls les marchés référencés sur cette liste seront exemptés de cette obligation.

b) L'absence de lien direct et spécifique avec les missions déléguées aux sociétés concessionnaires d'autoroutes

34. Les missions déléguées aux sociétés concessionnaires d'autoroutes figurent à l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, auquel il est expressément renvoyé. Ces missions constituent la contrepartie de l'autorisation de percevoir des péages et recouvrent les « dépenses de toute nature liées à la construction, à l'exploitation, à l'entretien, à l'aménagement ou à l'extension de l'infrastructure. »
35. L'ART¹³ considère que l'objet du contrat de concession est « défini à l'article 1^{er} des conventions de concession comprenant la « construction, l'entretien et l'exploitation des autoroutes ou sections d'autoroutes, et des aires de service (...), y compris les ouvrages et installations annexes », les marchés ayant un lien spécifique et direct avec les missions concédées seraient donc tous les contrats qui concourent à la réalisation de cet objet relativement large. »
36. La notion de lien « direct et spécifique » avec les missions permettrait, toujours selon l'ART, de considérer qu'au final, les marchés couverts par les obligations de mise en concurrence et de publicité sont les marchés de fournitures et services consacrés à la construction, l'exploitation, l'entretien, l'aménagement ou l'extension des infrastructures autoroutières, à l'exclusion « des prestations courantes susceptibles d'être achetées par toute entreprise indépendamment de son domaine d'activité, telles que les prestations d'assurance, de fournitures de bureau, de fluides ou de services courants tels que les prestations de conseil ou les prestations informatiques »¹⁴.

c) La prise en compte de l'impact sur le bon fonctionnement concurrentiel des secteurs concernés

37. Comme souligné par l'ART dans sa note d'accompagnement, cette condition suppose de mener une analyse concurrentielle des secteurs et des entreprises concernées. L'ART l'a souligné dans sa note d'accompagnement : « pour mesurer cet impact, il faudrait pouvoir estimer la pression concurrentielle sur le marché visé en mesurant, par exemple, le nombre d'opérateurs (atomicité des acteurs) ou encore le degré de substituabilité entre les offres de fournitures et services sur un marché géographique donné. Les services proposent donc d'adopter une approche plus générale, en tenant compte, notamment, des enjeux techniques ou économiques que cette prestation pourrait générer, du nombre d'opérateurs, des dépenses réalisées et de la concurrence sur le secteur. Ces critères, qui ne sont pas cumulatifs et constituent un faisceau d'indices, permettraient de caractériser, pour chaque segment d'achat, l'existence ou l'absence d'enjeu concurrentiel sur un secteur »¹⁵.

¹³ Note d'accompagnement, page 5.

¹⁴ Idem page 5.

¹⁵ Idem pages 5 et 6.

2. LA CONCEPTION RESTRICTIVE DES EXCEPTIONS À LA MISE EN CONCURRENCE VOULUE PAR LE LÉGISLATEUR

38. L'amendement qui a créé l'article 163 de la loi LOM a été introduit par la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire (ci-après « la Commission des finances ») de l'Assemblée nationale, sous le numéro CF179.
39. L'exposé sommaire de ses motifs souligne la volonté du législateur de recentrer le périmètre des contrôles de l'ART sur les marchés de travaux pour lesquels les risques d'intégration verticale, et donc d'entreprises liées, sont les plus prononcés.
40. Il s'appuie sur des observations de l'ARAFER (devenue ART), selon laquelle, « *les enjeux concurrentiels portent essentiellement sur les prestations de travaux, secteurs sur lesquels des entreprises liées sont susceptibles de candidater, et de manière beaucoup plus marginale sur les prestations de fournitures.* »
41. Il cite également la recommandation d'une mission d'information commune de l'Assemblée nationale sur l'évaluation de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 précitée, qui avait suggéré, dans sa proposition n° 8, de « *restreindre le champ des marchés pour lesquels la procédure de passation des marchés s'applique, afin d'exclure ceux ne présentant pas de risques de conflits d'intérêts* ».
42. Cependant, les exclusions, telles qu'elles résultent de l'avis même de la Commission des finances du 7 mai 2019, sont de portée limitée.
43. Tout d'abord, l'arrêté à venir n'est destiné à exclure des procédures formalisées que « *certain* » marchés, ainsi que le prévoit l'exposé des motifs :
- « *Cet amendement permet d'atteindre cet objectif.*
- Il établit, à l'article L. 122 12 du code de la voirie routière une exception pour certains marchés de fourniture et de services dont la liste serait définie par un arrêté conjoint (...)* » (soulignement ajouté).
44. De plus, l'avis de la Commission des finances du 7 mai 2019, adoptant cet amendement, relève que sa finalité est de [en caractère gras dans le texte initial] « ***restreindre le champ des marchés pour lesquels les concessionnaires d'autoroutes doivent appliquer les procédures de passation des marchés*** », tout en soulignant que cela ne permet de supprimer que « ***certain*** marchés de fournitures et services » et « ***sous plusieurs conditions strictes*** », et précise que l'arrêté à venir définira « *la liste de ces marchés* », « *sur proposition de l'ARAFER* » et « *après avis de l'Autorité de la concurrence* », « *en prenant en compte leur impact sur le bon fonctionnement concurrentiel des secteurs concernés* ».
45. Dès lors, les caractéristiques essentielles de la liste prévue au 2° bis de l'article L. 122-12 du code de la voirie routière ont été clairement énoncées. Il s'agit d'une liste :
- énumérant les marchés de fournitures et services exclus des procédures de passation des marchés ;
 - réduite, dans la mesure où elle ne concerne que « certains » marchés ;
 - établie par l'ART, après analyse sur l'impact du bon fonctionnement concurrentiel des secteurs concernés.

C. RÉSERVES ET RECOMMANDATIONS DE L'AUTORITÉ

1. LES RÉSERVES DE L'AUTORITÉ

46. Les réserves de l'Autorité sur le projet de l'ART concernent, d'une part, l'abandon du critère d'analyse de l'impact concurrentiel des marchés exclus sur les secteurs concernés, et, d'autre part, les limites de la méthode reposant sur la classification CPV.

a) Sur le critère d'analyse de l'impact concurrentiel des marchés exclus de la mise en concurrence

47. Plutôt que d'étudier l'impact des marchés exclus sur le bon fonctionnement concurrentiel des secteurs concernés, l'analyse conduite par l'ART a consisté à procéder à une évaluation de l'impact de la réduction des obligations de publicité et de mise en concurrence des secteurs concernés à l'aune des activités des sociétés concessionnaires d'autoroutes et de leurs groupes.
48. De sorte que, au lieu de dresser la liste des marchés exclus, elle a établi une liste des marchés continuant à être soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence, recouvrant 127 codes CPV.
49. L'approche retenue par l'ART présente toutefois plusieurs limites du point de vue de l'Autorité
50. Dans la note accompagnant sa saisine, l'ART a expliqué sa démarche par son absence de compétence pour mener une analyse de l'impact concurrentiel des achats, hors du secteur autoroutier stricto sensu :
- « L'Autorité n'étant compétente que sur le seul secteur des autoroutes concédées, ses services doivent se concentrer sur l'analyse des marchés ayant potentiellement un impact sur le secteur autoroutier. Ses pouvoirs d'investigations ne lui permettant d'obtenir que des données ou des informations des opérateurs intervenant sur ce secteur, l'Autorité ne serait pas en mesure d'objectiver l'impact concurrentiel d'un segment d'achat qui ne serait pas spécifique au secteur autoroutier concédé. En outre, de telles prérogatives relèvent soit des compétences de la DGCCRF, soit de celles de l'Autorité de la concurrence. Ainsi, faute de pouvoir objectiver ce critère, les services de l'Autorité proposent de considérer que l'impact sur le secteur est caractérisé lorsque le projet considéré est susceptible d'avoir un impact sur le secteur autoroutier concédé »¹⁶.*
51. L'ART estime ainsi qu'en tant que régulateur sectoriel, elle veille aux seuls manquements aux règles de passation de marchés prévues par l'application du droit de la commande publique et du code de la voirie routière¹⁷. Même si certaines analyses économiques auraient pu être menées pour chaque type de marché identifié, en particulier la délimitation de marchés pertinents et l'examen du nombre d'acteurs et du degré de substituabilité de l'offre et la demande sur ce périmètre, l'ART n'a pas procédé à celles-ci pour les raisons évoquées supra. Elle a donc choisi une approche en termes de marchés de produits et services, au moyen d'une nomenclature préétablie.

¹⁶ Note d'accompagnement, page 5.

¹⁷ ART, Rapport annuel exercice 2018 de l'ART sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, point 2.2.3, La compétence de l'Autorité en matière de concurrence et l'articulation avec les instances spécialisées, page 23.

52. Aussi, en l'absence des informations nécessaires, l'Autorité de la concurrence n'a pas été en mesure de conduire une analyse précise des secteurs concernés par les marchés, dans des conditions souhaitables.

b) Sur les limites du choix d'une méthode reposant sur la classification CPV

53. L'ART a retenu un total de 127 codes CPV pour lesquels des obligations de publicité et de mise en concurrence sont maintenues. Ce nombre peut paraître peu important au regard de l'ensemble des 8 632 codes CPV existants, mais ces derniers couvrent l'ensemble des activités économiques et dépassent largement le seul secteur autoroutier.
54. Le recours à l'utilisation de codes CPV comporte cependant une triple limite :
- ces codes peuvent aisément être contournés ;
 - leur utilisation ne constitue une obligation que lorsque les seuils européens sont dépassés ;
 - la sélection de certains codes fige la situation.
55. Ces limites sont examinées ci-après.

Une possibilité de détournement de l'utilisation du code

56. La possibilité, pour l'acheteur, de ne pas utiliser le bon code CPV d'un marché, et par ce biais, de s'abstraire des obligations de mise en concurrence et de publicité, n'est pas négligeable. L'utilisation de cette nomenclature préconisée par l'ART ne constitue donc pas une garantie absolue, au regard des règles qui encadrent l'avis de publication.

L'utilisation de codes CPV ne constitue une obligation que lorsque les seuils européens sont atteints

57. Il n'existe pas de garantie que les codes CPV soient utilisés systématiquement, même si leur utilisation dans les marchés nationaux de la commande publique est possible et existe. D'ailleurs, dans sa réponse aux questions de l'Autorité, l'ART a précisé qu'« *elle ne dispose de la codification selon la typologie CPV que pour 37 % des marchés de fournitures et services sur les exercices 2017 à 2019* ».

Le caractère non adaptatif de la liste CPV

58. L'établissement d'une liste dérogatoire, reposant sur une approche par objet des marchés, ce que permet le code CPV, plutôt que sur une approche des risques concurrentiels d'opérateurs sur un marché, fige une fois pour toutes les prestations et biens nécessitant une procédure de publicité et de mise en concurrence.
59. Cette cristallisation des positions ne permet pas de tenir compte des évolutions des liens capitalistiques qui ponctuent la vie économique des entreprises, et, en l'occurrence, des sociétés du secteur autoroutier, même si l'ART dispose toujours de la possibilité de contrôler les marchés *a posteriori*, ou si l'actualisation régulière de cette liste pourrait aussi être envisagée.

2. LES RECOMMANDATIONS DE L'AUTORITÉ

60. Si l'analyse concurrentielle menée par l'ART aurait dû être plus poussée, le projet d'arrêté présente des avantages, notamment en termes de simplicité et de pragmatisme. L'Autorité relève à cet égard que si l'un des objectifs poursuivis par le législateur était le recentrage du contrôle de l'ART sur les plus gros marchés, en 2020 déjà, seuls 159 projets de marchés sur 346¹⁸, soit 46 %, avaient été examinés par l'ART¹⁹.
61. Ces réserves étant faites, l'Autorité, consciente des contraintes qui pèsent sur le régulateur sectoriel, souhaite, dans une perspective constructive, formuler un certain nombre de recommandations sur la proposition d'arrêté qui lui est soumise.

a) Sur la réintégration de l'ensemble des contrats de maîtrise d'œuvre et d'assistance à maîtrise d'ouvrage

62. L'Autorité constate que si l'ART souhaite continuer de soumettre aux obligations de publicité et mise en concurrence la plupart des marchés de maîtrise d'œuvre, en répertoriant une vingtaine d'entre eux au sein des codes CPV, il en va différemment des marchés d'assistance à maîtrise d'ouvrage, l'ART n'ayant retenu, au final, qu'un seul code CPV au titre de cette activité.
63. L'ART a précisé que les motifs ayant concouru à cette élimination quasi complète des marchés d'assistance à maîtrise d'ouvrage reposent essentiellement sur les discussions issues des consultations menées par l'ART auprès des sociétés concessionnaires d'autoroutes.
64. Sur les 19 codes retenus dans un premier temps par l'ART, un seul a été retenu en définitive par le régulateur sectoriel.
65. L'ART justifie ce choix en précisant que « *l'ensemble des sociétés concessionnaires d'autoroutes souhaite qu'ils [les marchés d'assistance à maîtrise d'ouvrage] soient exclus des obligations de mise en concurrence en remettant en cause le lien direct et spécifique avec l'objet du contrat. Les SCA [sociétés concessionnaires d'autoroutes] considèrent en effet qu'il ne s'agit pas d'activités directement liées à leur mission de service public* ».
66. Ainsi que le relève l'ART, citant la réponse d'une société concessionnaire d'autoroutes, cette analyse des sociétés concessionnaires d'autoroutes reposerait sur le fait que les prestations concernées seraient externalisées :
« *Les prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage sont déclenchées lorsque le maître d'ouvrage ne dispose pas de ressources internes lui permettant de réaliser ses propres missions, le conduisant de facto à externaliser. Elles doivent donc s'analyser comme une assistance au maître d'ouvrage dans la gestion de ses projets, sans que cela ne constitue une participation à l'exécution des missions de service public* »²⁰.
67. Or, le recours à des prestataires extérieurs ne saurait justifier l'exclusion de ces marchés. De plus, le maintien de la soumission de ces contrats aux obligations de publicité et de mise en concurrence ressort clairement de l'intention du législateur de 2019.

¹⁸ ART, Rapport 2020, page 64.

¹⁹ Sénat, Rapport sur le contrôle, la régulation et l'évolution des concessions autoroutières du 16 septembre 2020 (qui lui-même fait cette proposition), page 231. Ce chiffre constituait d'ailleurs un progrès par rapport à 2018, année où seuls 25 % des marchés reçus avaient été examinés.

²⁰ Note d'accompagnement page 10, sociétés APRR/AREA.

68. En effet, un amendement, portant le numéro CD2311, concernant l'encadrement des achats de fournitures et de services par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, mais plus spécifiquement les marchés d'études et de maîtrise d'œuvre, avait été déposé le 9 mai 2019 à l'Assemblée nationale à l'occasion de l'élaboration de la loi LOM. Il visait à demander « *la suppression de l'encadrement des achats de fournitures et de services par les SCA, notamment s'agissant des marchés d'études et de maîtrise d'œuvre (...)* »²¹.
69. Or, cet amendement a été rejeté, au motif qu'il était trop restrictif.
70. Le maintien de ces marchés dans le champ des marchés soumis à obligations de publicité et de mise en concurrence s'avère d'autant plus justifié qu'ils présentent incontestablement un lien direct et spécifique avec les concessions d'autoroutes.
71. En séance, les représentants de l'ART ont déclaré que cette réintégration n'imposerait pas une charge de contrôle démesurée sur ses services et ont rappelé que c'était d'ailleurs leur position initiale.

b) Sur la préconisation de sélection et d'analyse complémentaires sur les marchés présentant des risques d'entreprises liées

72. En conformité avec les avis et recommandations antérieurs de l'Autorité en la matière, il importe que l'ART contrôle en priorité les marchés présentant des enjeux pour la concurrence, et, notamment, les marchés dont l'attributaire est une entreprise liée aux concessionnaires d'autoroutes. Il s'agit d'éviter que ceux-ci avantagent leurs propres filiales ou des filiales relevant du même groupe, au détriment des concurrents. Un tel contrôle contribue au maintien d'une intensité concurrentielle suffisante sur les marchés concernés, susceptible de se répercuter, à long terme, sur la qualité et le coût des prestations, et donc, indirectement, sur les tarifs des péages.
73. L'Autorité recommande donc d'inclure, dans l'arrêté, les obligations de publicité et de mise en concurrence pour les marchés pour lesquels existe un risque d'attribution à une entreprise liée au capital d'une société concessionnaire d'autoroute, hypothèse que ne peut pas ignorer cette dernière lorsqu'elle envisage de passer un contrat de fournitures ou services au-delà des seuils consacrés.
74. Cette intégration, dans le champ des contrats soumis à publicité et mise en concurrence, de tous les contrats susceptibles d'être confiés à des entreprises liées, permettra de pallier les risques liés à l'absence d'analyse concurrentielle systématique menée par l'ART.
75. Enfin, l'ART pourrait également exercer un contrôle systématique, *a posteriori*, sur les marchés sur lesquels elle a identifié la présence d'une entreprise liée. Cette faculté est permise par le pouvoir de communication dont elle dispose, en vertu de l'article L. 122-31 du code de la voirie routière, qui prévoit :

« L'Autorité de régulation des transports 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. »

²¹ cf. <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/1831/CIION-DVP/CD2311>

Les concessionnaires d'autoroutes et les entreprises intervenant dans le secteur des marchés de travaux, fournitures et services sur le réseau autoroutier concédé sont tenus de lui fournir toute information relative aux résultats financiers de la concession, aux coûts des capitaux investis sur le réseau, aux marchés de travaux, fournitures et services et aux autres services rendus à l'utilisateur et tout élément statistique relatif à l'utilisation et à la fréquentation du réseau. »

76. S'agissant d'un nombre de marchés limité (l'ART a évalué à 22 le nombre de marchés attribués à une entreprise liée sur trois années pour un total de 421 marchés de fournitures et services), ce contrôle, conforme à l'esprit de la loi, ne devrait pas représenter une charge disproportionnée pour le régulateur sectoriel.

CONCLUSION

Au bénéfice des observations qui précèdent, l'Autorité peut émettre un avis favorable sur le projet d'arrêté soumis à son analyse sous réserve des recommandations suivantes : d'une part, de réintégrer dans la liste des marchés soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence l'ensemble des contrats de maîtrise d'œuvre et d'assistance à maîtrise d'ouvrage, et, d'autre part, qu'un contrôle systématique des marchés présentant des risques d'entreprises liées soit effectué par l'ART.

Délibéré sur le rapport oral de M. Didier Pallandre, rapporteur et l'intervention de Mme Laure Gauthier, rapporteure générale adjointe, par Mme Irène Luc, vice-présidente, présidente de séance, Mme Fabienne Siredey-Garnier et M. Henri Piffaut, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

La présidente de séance,

Claire Villeval

Irène Luc