

Avis n° 2016-058 du 20 avril 2016

relatif à la composition de la commission des marchés de la société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF)

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

Vu le code de la voirie routière, notamment ses articles L. 122-17 et R. 122-34 ;

Vu la saisine, présentée par la société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France (ci-après « SANEF »), enregistrée le 23 mars 2016 au greffe de l'Autorité et déclarée complète au 8 avril 2016, conformément à l'article 50 du règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu les avis n° 2016-043, 2016-044 et 2016-045 du 6 avril 2016 et les avis n° 2016-055, 2016-056 et 2016-057 du 20 avril 2016 relatifs à la composition des commissions des marchés des sociétés COFIROUTE, ESCOTA et ASF ;

Après en avoir délibéré le 20 avril 2016 ;

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. PROCÉDURE

1. En vertu du deuxième alinéa de l'article L. 122-7 du code de la voirie routière et du I de l'article R. 122-34 du même code, les concessionnaires d'autoroutes sont tenus de saisir l'Autorité pour avis conforme préalablement à toute décision de nomination ou de reconduction dans ses fonctions d'un membre de leur commission des marchés.
2. Aux termes de ce dernier article, la saisine doit comprendre, outre l'identité de la personne concernée, la nature des fonctions exercées, celles précédemment exercées, une déclaration d'intérêts, les conditions, notamment financières et de durée, régissant le mandat de la personne concernée. Elle doit préciser si la personne pressentie est au nombre des membres indépendants de la commission.
3. Les éléments transmis par la société SANEF dans sa saisine initiale étant insuffisants pour mettre l'Autorité en mesure de porter une appréciation sur l'indépendance des membres et exercer pleinement la mission qui lui a été impartie par la loi, celle-ci a demandé, par courrier en date du 4 avril 2016, des compléments d'informations. Ces compléments lui ont été adressés par courrier daté du 5 avril 2016 et réceptionné le 7 avril 2016.
4. Les membres proposés par la société SANEF sont les suivants :
 - Monsieur [A] en qualité de membre indépendant,
 - Monsieur Henri-Pierre Chavaz,

- Monsieur [C] en qualité de membre indépendant,
- Monsieur [D] en qualité de membre indépendant,
- Madame Laurence Pinot-Lacan,
- Monsieur [F] en qualité de membre indépendant.

Ainsi, quatre des six membres que la société SANEF envisage de nommer à sa commission des marchés sont présentés comme personnalités indépendantes.

2. ANALYSE

5. L'article L. 122-14 du code de la voirie routière assigne à l'Autorité la mission de veiller à l'exercice d'une concurrence effective et loyale lors de la passation des marchés de travaux, fournitures ou services passés par un concessionnaire d'autoroute dans les conditions de l'article L. 122-12 du même code.
6. En vertu du premier alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière, « *Pour toute concession d'autoroute dont la longueur du réseau concédé excède un seuil défini par voie réglementaire, le concessionnaire institue une commission des marchés, composée en majorité de personnalités indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires. Elle inclut au moins un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.* »
7. Aux termes du I de l'article R. 122-34 du code de la voirie routière, « *[l']indépendance est appréciée à l'égard de l'ensemble des opérateurs économiques suivants :*
 - 1° *Le concessionnaire ;*
 - 2° *Les entreprises qui y sont liées, au sens du II de l'article 19 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;*
 - 3° *Les attributaires passés ;*
 - 4° *Les soumissionnaires potentiels.* »
8. Dans le cadre de sa mission rappelée au point 5, l'Autorité a la faculté de s'opposer à l'institution d'une commission des marchés dont la composition ne respecterait pas les conditions du premier alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière, tenant à la présence majoritaire de personnalités indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires.

2.1. Sur les conditions générales régissant le mandat des membres proposés

9. Conformément au deuxième alinéa de l'article R. 122-34 du code de la voirie routière, l'Autorité est rendue destinataire des informations relatives aux conditions, notamment financières et de durée, régissant le mandat des personnes pressenties comme membres de la commission des marchés.
10. Ces conditions constituent l'un des éléments qui doit permettre de garantir, avec le degré d'assurance exigé, l'indépendance requise par la loi des membres de la commission des marchés à l'égard des acteurs économiques listés à l'article R. 122-34 du code de la voirie routière.

11. A cet égard, la limitation du mandat dans le temps combinée à son caractère irrévocable est une condition rigoureusement nécessaire pour assurer l'indépendance des membres. La durée limitée du mandat fait en effet obstacle à ce que des liens d'intérêts puissent, par le fait de l'écoulement du temps, se créer avec le concessionnaire d'autoroutes au point de placer le membre dans une situation où son indépendance pourrait progressivement être remise en cause. Le caractère irrévocable du mandat garantit en outre au membre une vraie liberté de décision dès lors que ni son attitude, ni son positionnement sur les dossiers ne sont plus susceptibles de le conduire à être démis de ses fonctions par la société d'autoroute. Compte tenu de la jurisprudence applicable et de la pratique habituelle des organes collégiaux, le mandat des membres des commissions des marchés ne doit pas, en conséquence, excéder neuf ans, renouvellement compris.
12. Le caractère non renouvelable du mandat, gage d'indépendance en ce qu'il annihile toute pression pouvant peser sur le membre dans la période précédant une éventuelle reconduction, apparaît cependant comme une bonne pratique que l'Autorité recommande vivement à la société d'autoroute concernée d'adopter, sans toutefois l'y contraindre.
13. En revanche, si la société décidait d'instaurer un mandat renouvelable, le renouvellement ne pourrait intervenir qu'une seule fois, afin d'éviter que la pression évoquée au point précédent ne devienne telle durant le mandat qu'elle porterait nécessairement atteinte à l'indépendance dont le membre doit faire preuve.
14. En outre, l'Autorité recommande, eu égard au lien entre l'indépendance effective du membre déclaré comme tel et sa compétence en matière de marchés, de prévoir un renouvellement par tiers ou par moitié des membres indépendants afin d'éviter un renouvellement simultané de l'ensemble de ces derniers au terme de la durée du mandat. L'Autorité incite vivement la société concessionnaire d'autoroute à renouveler en priorité les membres qui ont exercé cette même fonction depuis le plus grand nombre d'années au sein de la commission des marchés existant préalablement à l'entrée en vigueur des dispositions de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière. Par ailleurs, l'Autorité invite la société, dans l'hypothèse où celle-ci déciderait d'instaurer un mandat renouvelable une fois, à fixer une durée de mandat d'au moins trois ans en vue d'éviter de placer le membre concerné sous la pression inhérente à ce renouvellement peu de temps après son entrée en fonction.
15. En l'espèce, l'Autorité observe que les mandats des membres indépendants de la commission des marchés de la société SANEF sont limités à une durée de deux ans avec possibilité indéfinie de renouvellement. De telles conditions de mandat ne sont pas conformes aux principes évoqués précédemment concernant la durée, incluant un renouvellement limité à une fois, et l'irrévocabilité du mandat.
16. Ainsi, l'Autorité demande à la société SANEF d'instaurer, pour l'ensemble de ses membres indépendants, un mandat, renouvelable au plus une fois, d'une durée maximale de neuf ans renouvellement compris, et présentant, en outre, sauf empêchement de longue durée ou manquement grave du membre à ses obligations, un caractère irrévocable.

2.2. Sur le nombre de membres composant la commission des marchés de la société SANEF

17. Conformément au premier alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière, la commission des marchés instaurée par la société concessionnaire d'autoroute doit être composée en majorité de membres indépendants, sans lien direct ou indirect avec les soumissionnaires. Par ailleurs, les deux premiers alinéas de l'article R. 122-34 du même code disposent que l'Autorité est saisie préalablement à la nomination de chaque membre composant ladite commission.

18. L'Autorité constate que la société SANEF précise dans sa saisine que la commission des marchés « est composée de six à huit membres désignés par la société concessionnaire : quatre à six membres siégeant au nombre des membres indépendants (...) ». La saisine ne contient cependant que six personnalités proposées dont quatre membres siégeant au titre des membres indépendants.
19. Dans ces conditions, l'Autorité estime qu'elle n'est valablement saisie de la composition de la commission des marchés de la société SANEF qu'en tant qu'elle comporte six membres.
20. Dans l'hypothèse où la société SANEF souhaiterait élargir la composition de sa commission des marchés à huit membres, elle devrait nécessairement saisir de nouveau l'Autorité pour avis conforme.

2.3. Sur l'indépendance de M. [F]

21. Un membre indépendant d'une commission des marchés ne saurait être soumis à des influences ou pressions extérieures. Il doit également être objectivement impartial, c'est-à-dire offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime, les notions d'indépendance et d'impartialité étant étroitement liées.
22. En l'espèce, les éléments déclarés par Monsieur [F] concernant tant les fonctions précédemment exercées que les intérêts que détiennent ses parents proches ne sont pas de nature à susciter un doute sur son indépendance dans l'exercice de ses fonctions au sein de la commission des marchés.
23. Toutefois, par avis n° 2016-043, 2016-044, 2016-045 du 6 avril 2016, et n° 2016-055, 2016-056 et 2016-057 du 20 avril 2016, l'Autorité a autorisé Monsieur [F] à siéger en qualité de membre indépendant au sein des commissions des marchés des sociétés COFIROUTE, ESCOTA et ASF, toutes trois appartenant au groupe VINCI.
24. Or le groupe VINCI dispose de filiales dans le domaine du bâtiment et des travaux publics susceptibles de répondre en qualité de soumissionnaires aux marchés passés par la société SANEF.
25. Il en résulte que la participation de ce même membre à la commission des marchés de la société SANEF, alors que M. [F] est membre des trois commissions des marchés des sociétés du groupe VINCI et qu'il perçoit des indemnités importantes en cette qualité, peut alimenter des doutes objectivement fondés sur l'indépendance et l'impartialité de ce membre dans le cadre de ses fonctions au sein de la commission des marchés de la société SANEF.
26. Ainsi l'Autorité estime que Monsieur [F] ne peut être regardé comme une personnalité indépendante et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec le concessionnaire, les entreprises qui y sont liées, les attributaires passés et les soumissionnaires potentiels au sens des articles L. 122-17 et R. 122-34 du code de la voirie routière. Dans l'hypothèse où Monsieur [F] déciderait de démissionner de ses mandats au sein des commissions des marchés des sociétés du groupe VINCI, la société SANEF pourrait saisir à nouveau l'Autorité de la candidature de ce dernier comme personnalité indépendante, toutes choses égales par ailleurs, dans le cadre du réexamen de la composition de sa commission des marchés.

2.4. Sur l'indépendance des autres membres pressentis

27. Les éléments déclarés par Messieurs [A], [C], [D] concernant tant les fonctions et activités actuellement ou précédemment exercées, les intérêts qu'ils détiennent, ainsi que ceux de leurs parents proches, ne sont pas de nature à susciter un doute sur leur indépendance dans l'exercice de leur fonction au sein de la commission des marchés.
28. Ainsi, l'Autorité estime, après analyse des éléments déclarés pour chaque membre proposé, que Messieurs [A], [C], [D] peuvent être regardés comme des personnalités indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec le concessionnaire, les entreprises qui y sont liées, les attributaires passés et les soumissionnaires potentiels au sens des articles L. 122-17 et R. 122-34 du code de la voirie routière, sous réserve des modifications devant être apportées aux conditions régissant leur mandat comme il a été mentionné au point 16.

2.5. Sur la composition de la commission des marchés

29. Il résulte de tout ce qui précède que trois membres sur les six candidatures présentées peuvent, sous la réserve mentionnée au point 16, être regardés comme indépendants et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires au sens des articles L. 122-17 et R. 122-34 du code de la voirie routière.
30. La commission des marchés de la société SANEF n'est donc pas composée majoritairement de personnalités indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires, contrairement aux prescriptions de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière.

CONCLUSION

L'Autorité émet un avis défavorable sur la composition de la commission des marchés de la société SANEF.

Le présent avis sera notifié à la société SANEF et publié sur le site internet de l'Autorité.

L'Autorité a adopté le présent avis le 20 avril 2016.

Présents : Monsieur Pierre Cardo, président ; Madame Marie Picard ainsi que Messieurs Jean-François Bénard et Michel Savy, membres du collège.

Le Président

Pierre Cardo