arafer
autorité de régulation des activités ferroviaires et routières

Version publique du document

Avis n° 2016-063 du 11 mai 2016
relatif à la composition de la commission des marchés de la société des Autoroutes Paris-Normandie (SAPN)

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

Vu la saisine, présentée par la société des Autoroutes Paris-Normandie (ci-après « SAPN »), enregistrée le 27 avril 2016 au greffe de l'Autorité et déclarée complète au 28 avril 2016, conformément à l'article 50 du règlement intérieur de l'Autorité ;

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

Vu l'avis n° 2016-059 relatif à la composition de la commission des marchés de la société des Autoroutes Paris-Normandie (SAPN) ;

Après en avoir délibéré le 11 mai 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 membres proposés par la société SAPN sont les suivants :

   - Monsieur *[A]* en qualité de membre indépendant,
   - Monsieur *[B]*,
   - Monsieur *[C]* en qualité de membre indépendant,
   - Monsieur *[D]* en qualité de membre indépendant,
   - Madame *[E]*,

Ainsi, trois des cinq membres que la société SAPN envisage de nommer à sa commission des marchés sont présentés comme personnalités indépendantes.

2. ANALYSE

4. 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.

5. 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.* »

6. 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. »

7. 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

8. 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.

9. 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.

10. 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.

11. 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 d'adopter, sans toutefois en faire une obligation contraignante.

12. En revanche, si le concessionnaire d'autoroute 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. Dans une telle hypothèse, l'Autorité estime souhaitable de 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.

13. 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.

14. En l'espèce, le mandat d'un membre indépendant de la commission comporte une durée de trois ans et est renouvelable une fois. Il présente en outre un caractère irrévocable sauf empêchement de longue durée ou manquement grave du membre à ses obligations. Ces conditions permettent 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.

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

15. 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.

16. L'Autorité constate que la société SAPN précise dans sa saisine que la commission des marchés « *est composée de cinq à sept membres désignés par la société concessionnaire : trois à cinq membres siégeant au nombre des membres indépendants (…)* ». La saisine ne contient cependant que cinq personnalités proposées dont trois membres siégeant au titre des membres indépendants.

17. Dans ces conditions, l'Autorité estime qu'elle n'est valablement saisie de la composition de la commission des marchés de la société SAPN qu'en tant qu'elle comporte cinq membres.

18. Dans l'hypothèse où la société SAPN souhaiterait élargir la composition de sa commission des marchés à sept membres, elle devrait nécessairement saisir de nouveau l'Autorité pour avis conforme.

2.3. Sur l'indépendance des personnes pressenties pour être nommées à la commission des marchés

19. Comme l'Autorité l'a déjà constaté dans son avis n° 2016-059, 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.

20. 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.

2.4. Sur la composition de la commission des marchés

21. Il résulte de tout ce qui précède que trois membres sur les cinq candidatures analysées ci-dessus, soit une majorité de membres de la commission, doivent 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. Les prescriptions de l'article L. 122-17 sont en conséquence respectées.

22. L'Autorité rappelle, en outre, que les membres de la commission des marchés instituée auprès de la société SAPN sont tenus de porter à la connaissance de la société concessionnaire ainsi qu'à celle de l'Autorité tout changement qui aurait une incidence sur le contenu de leur déclaration d'intérêts. Par ailleurs, toute décision de nomination ou de reconduction dans ses fonctions d'un membre de la commission des marchés devra faire l'objet d'une nouvelle saisine par la société SAPN afin que l'Autorité puisse rendre un avis sur la nouvelle composition de ladite commission.

CONCLUSION

L'Autorité émet un avis favorable sur la composition de la commission des marchés de la société SAPN.

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

L'Autorité a adopté le présent avis le 11 mai 2016.

Présents : Monsieur Pierre Cardo, président ; Madame Anne Yvrande-Billon, vice-présidente ; Madame Marie Picard ainsi que Monsieur Yann Pétel, membres du collège.

Le Président

Pierre Cardo