

Avis n° 2022-062 du 28 juillet 2022

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 transports (ci-après « l'Autorité »),

Saisie par la Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France (ci-après « Sanef ») le 21 juillet 2022 ;

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

Vu la décision n° 2016-029 du 23 mars 2016 portant adoption des lignes directrices relatives à l'instruction des saisines transmises au titre de l'article R. 122-34 du code de la voirie routière par les concessionnaires d'autoroute pour la composition de leurs commissions des marchés ;

Vu l'avis n° 2016-058 du 20 avril 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société Sanef ;

Vu l'avis n° 2016-064 du 11 mai 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société Sanef ;

Vu l'avis n° 2018-028 du 4 avril 2018 relatif au projet de règles internes pour la passation et l'exécution des marchés de travaux, fournitures et services de la société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France ;

Vu l'avis n° 2019-030 du 23 mai 2019 relatif à la composition de la commission des marchés de la société Sanef ;

Vu l'avis n° 2019-081 du 21 novembre 2019 relatif à la composition de la commission des marchés de la société Sanef ;

Vu l'avis n° 2022-034 du 10 mai 2022 relatif à la composition de la commission des marchés de la Société des Autoroutes Nord et Est de la France ;

Vu l'avis n° 2022-039 du 2 juin 2022 relatif à la composition de la commission des marchés de la Société des Autoroutes Nord et Est de la France ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le collège en ayant délibéré le 28 juillet 2022 ;

Considérant l'ensemble des éléments qui suivent :

1. PROCÉDURE

1. Conformément au deuxième alinéa de l'article L. 122-17 et au I de l'article R. 122-34 du code de la voirie routière, les concessionnaires d'autoroutes sont tenus de saisir l'Autorité, pour avis conforme, de la composition de leur commission des marchés. L'Autorité transmet son avis au concessionnaire d'autoroutes dans un délai d'un mois à compter de la saisine. Passé ce délai, l'avis est réputé favorable.
2. Le 2 juin 2022, l'Autorité a rendu un avis favorable sur la composition de la commission des marchés de la société Sanef comprenant¹ :
 - Monsieur [...], membre non indépendant et Président de la commission des marchés ;
 - Monsieur [...], membre indépendant et vice-président de la commission des marchés ;
 - Monsieur [...], membre indépendant.
3. Par courrier de son Président-directeur général daté du 20 juillet 2022, la société Sanef a saisi l'Autorité, pour avis, du projet de désignation d'un nouveau membre indépendant, Monsieur [...].
4. Compte tenu des éléments joints à la saisine, la composition de la commission des marchés de la société Sanef soumise à l'avis de l'Autorité est ainsi la suivante :
 - Un membre non indépendant, Monsieur [...], Président de la commission des marchés ;
 - Deux membres indépendants, Messieurs [...] et [...], ce dernier assurant les fonctions de vice-président de la commission ;
 - Un nouveau membre indépendant, Monsieur [...], nommé avec un mandat de trois ans.
5. La commission des marchés de la société Sanef composée de Messieurs [...], [...] et [...] a déjà fait l'objet d'un avis favorable de l'Autorité daté du 2 juin 2022². Aucun changement de situation de ces trois membres n'ayant été porté à la connaissance de l'Autorité depuis cet avis, seule la nomination de Monsieur [...] sera analysée dans le cadre du présent avis.

2. ANALYSE

6. 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 fixées à l'article L. 122-12 du même code.
7. 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.* »

¹ Voir l'avis favorable de l'Autorité n° 2022-039 du 2 juin 2022 susvisé.

² *Id.*

8. 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 de l'article L. 2511-8 du code de la commande publique ;
 - 3° Les attributaires passés ;
 - 4° Les soumissionnaires potentiels. »
9. Dans le cadre de sa mission rappelée au point 6, et en vertu du pouvoir d'avis qu'elle tient du deuxième alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière, l'Autorité a la faculté de s'opposer à la nomination d'une personne au sein d'une commission des marchés si celle-ci méconnaît les conditions fixées au premier alinéa du même article, rappelées au point 7.

2.1. Sur les conditions régissant le mandat des membres indépendants pressentis

10. 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 régissant le mandat des personnes pressenties comme membres de la commission des marchés.
11. Ces conditions constituent l'un des éléments qui doivent 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.
12. À cet égard, et comme l'Autorité l'a déjà indiqué³, la limitation du mandat dans le temps, combinée à son caractère irrévocable, sont des conditions rigoureusement nécessaires pour s'assurer de l'indépendance des membres, étant précisé que :
- la durée limitée du mandat a pour objet de faire 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 au membre une complète liberté de décision dès lors que ni son attitude, ni ses prises de position sur les dossiers ne sont susceptibles d'être influencées par la volonté de ne pas indisposer les responsables de la société d'autoroute.
13. En l'espèce, l'Autorité observe, au regard des éléments transmis dans le cadre de cette saisine, que le mandat du membre indépendant pressenti est limité à une durée de 3 ans, renouvelable une seule fois et irrévocable.
14. En conséquence, la limitation dans le temps du mandat des membres indépendants ainsi que son caractère irrévocable sont de nature à assurer l'indépendance des membres pressentis.

³ Voir notamment, en ce sens, les avis n° 2022-039 et 2022-040 du 2 juin 2022, point 10.

2.2. Sur l'absence de liens des membres presentis avec le concessionnaire, les entreprises liées, les attributaires passés et les soumissionnaires potentiels

15. L'Autorité apprécie l'indépendance des membres conformément aux lignes directrices prises par sa décision n° 2016-029 du 23 mars 2016, eu égard aux activités exercées par le titulaire presenti à titre principal et à titre secondaire, et aux liens d'intérêts du titulaire, et de ses parents proches⁴, avec toute entité dont l'objet social entre dans le champ de compétence de la commission des marchés.
16. En l'espèce, les éléments déclarés par Monsieur [...], concernant notamment les fonctions et activités précédemment exercées ainsi que les intérêts qu'il détient, ne sont pas de nature à faire naître un doute sur son indépendance dans l'exercice de ses fonctions au sein de la commission des marchés de la société Sanef.
17. Au regard de ce qui précède et après analyse des éléments déclarés par le membre presenti, l'Autorité estime que Monsieur [...] peut être regardé comme une personnalité 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.
18. En conséquence, la commission des marchés de la société Sanef soumise à l'avis de l'Autorité, composée de trois membres indépendants et d'un membre non indépendant, doit être regardée comme majoritairement constituée de personnalités indépendantes, conformément à l'article L. 122-17 du code de la voirie routière.

⁴ « Proches parents (conjoint, enfant, parents, frères et sœurs) possédant un lien d'intérêt avec toute entité dont l'objet social entre dans le champ de compétence de la commission des marchés » (Rubrique 4. de la déclaration).

ÉMET L'AVIS SUIVANT

L'Autorité émet un avis favorable sur la composition de la commission des marchés envisagée par 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 28 juillet 2022.

Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; Monsieur Philippe Richert, vice-président ; Madame Florence Rousse, vice-présidente ; Monsieur Patrick Vieu, vice-président ; Madame Sophie Auconie, vice-présidente ; Mesdames Marie Picard et Cécile George, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman