

Avis n° 2023-019 du 13 avril 2023

relatif à la composition de la commission des marchés de la société des autoroutes Esterel, Côte d'Azur, Provence, Alpes (Escota)

L'Autorité de régulation des transports (ci-après « l'Autorité »),

Saisie par la société des autoroutes Esterel, Côte d'Azur, Provence, Alpes (Escota), le 16 mars 2023 ;

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° 2016-044 du 6 avril 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société Autoroutes Esterel-Côte d'Azur (ESCOTA) ;

Vu l'avis n° 2016-055 du 20 avril 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société Autoroutes Esterel-Côte d'Azur (ESCOTA) ;

Vu l'avis n° 2017-016 du 2 février 2017 relatif à la composition de la commission des marchés de la société Autoroutes Esterel, Côte d'Azur, Provence, Alpes (ESCOTA) ;

Vu l'avis n° 2017-048 du 31 mai 2017 relatif à la composition de la commission des marchés de la société Autoroutes Esterel, Côte d'Azur, Provence, Alpes (ESCOTA) ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 13 avril 2023,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

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. Pour rappel, le dernier avis conforme rendu par l'Autorité avait approuvé la composition de la commission des marchés de la société Escota, dont les membres étaient les suivants¹ :
 - Monsieur [...], membre non-indépendant, président de la commission ;
 - Monsieur [...], membre indépendant ;
 - Monsieur [...], membre indépendant ;
 - Monsieur [...], membre indépendant ;
 - Monsieur [...], membre indépendant ;
 - Monsieur [...], membre indépendant.
3. Par courrier de son directeur général, daté du 16 mars 2023, la société Escota a saisi l'Autorité, pour avis, du projet de nomination de monsieur [...], en qualité de membre indépendant de la commission des marchés de la société Escota.
4. Compte tenu des éléments joints à la saisine, la composition de la commission des marchés de la société Escota soumise à l'avis de l'Autorité est la suivante :
 - Un membre non indépendant, monsieur [...], en qualité de président de la commission ;
 - Quatre membres indépendants, messieurs [...], [...], [...] et [...]
 - Un nouveau membre indépendant, monsieur [...].
5. À l'occasion de cette saisine, la société Escota a informé l'Autorité que monsieur [...] avait cessé d'être membre de sa commission des marchés au cours de l'année 2022. L'Autorité relève que la commission des marchés de la société Escota a néanmoins pu fonctionner normalement en dépit de cette absence, dans la mesure où elle était composée d'une majorité de membres indépendants et où le quorum nécessaire à la prise de décision était respecté².

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.* ».
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 Voir l'avis favorable de l'Autorité n° 2017-048 du 31 mai 2017 susvisé.

² Voir le paragraphe V-2 des règles internes de la commission des marchés de la société Escota.

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.
10. Quelle que soit l'appréciation faite de la nomination de monsieur [...], aucun changement de situation de messieurs [...], [...], [...], [...] et [...] n'ayant été porté à la connaissance de l'Autorité depuis qu'elle a rendu les avis favorables susvisés, la commission des marchés de la société Escota restera composée d'une majorité de membres indépendants et le quorum nécessaire à la prise de décision demeurera respecté. Néanmoins, un changement dans la situation des membres actuels ou dans la composition de la commission pourrait remettre en cause ce constat. C'est pourquoi la nomination de monsieur [...] sera analysée dans la suite du présent avis.

2.1. Sur les conditions régissant le mandat du membre indépendant pressenti

11. 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.
12. 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.
13. À cet égard, et comme l'Autorité l'a déjà indiqué par le passé³, 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.
14. En l'espèce, l'Autorité observe, au regard des éléments transmis dans le cadre de cette saisine, que le membre indépendant pressenti serait nommé pour un mandat unique et irrévocable de 9 ans.
15. En conséquence, la limitation dans le temps de son mandat ainsi que son caractère irrévocable sont de nature à assurer l'indépendance du membre pressenti.

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

2.2. Sur l'absence de liens du membre pressenti avec le concessionnaire, les entreprises liées, les attributaires passés et les soumissionnaires potentiels

16. 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 pressenti 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.
17. 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 Escota.
18. Au regard de ce qui précède et après analyse des éléments déclarés par le membre pressenti, 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.

CONCLUSION

19. L'Autorité émet un avis favorable sur la composition de la commission des marchés envisagée par la société Escota.

*

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

L'Autorité a adopté le présent avis le 13 avril 2023.

Présents : Monsieur Patrick Vieu, vice-président, président de séance ; Madame Florence Rousse, vice-présidente ; ainsi que Madame Sophie Auconie, vice-présidente.

Le Vice-Président,
Président de séance

Patrick Vieu

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).