

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 (Sanef)

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

Saisie par la Société des Autoroutes Nord et Est de la France (ci-après « Sanef ») le 14 avril 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 (Sanef) ;

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 les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 10 mai 2022,

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 préalablement à toute décision de nomination ou de reconduction dans ses fonctions d'un membre de leur commission des marchés.

2. La société Sanef a saisi l'Autorité pour avis, par courrier de son Président-directeur général reçu le 14 avril 2022, sur le projet de désignation de trois membres indépendants au sein de sa commission des marchés. Ces derniers doivent remplacer trois membres indépendants dont le mandat arrive à expiration.
3. La société Sanef propose, en qualité de membres indépendants, les trois personnes suivantes¹ :
 - Monsieur [...];
 - Monsieur [...];
 - Monsieur [...];

en remplacement des trois membres indépendants suivants :

- Monsieur [...]²;
- Monsieur [...]³;
- Monsieur [...]⁴.

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 fixées à 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 de l'article L. 2511-8 du code de la commande publique ;

3° Les attributaires passés ;

4° Les soumissionnaires potentiels. »

¹ Les membres non-indépendants restent inchangés, à savoir [...] et [...].

² Voir la décision de l'Autorité n° 2019-031 du 23 mai 2019.

³ *Id.*

⁴ *Id.*

7. Dans le cadre de sa mission rappelée au point 4, et en vertu de ce 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 5.

1.1. Sur les conditions de durée régissant le mandat des membres pressentis

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 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.
10. À cet égard, et comme l'Autorité l'a déjà indiqué⁵, 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.
11. En l'espèce, l'Autorité observe, au regard des éléments transmis dans le cadre de cette saisine et des règles internes de la société Sanef⁶, que les mandats des membres indépendants pressentis sont limités à une durée de 3 ans, renouvelables une seule fois, sans mention de leur caractère irrévocable.
12. Si la durée de 3 ans fait obstacle à ce que des liens d'intérêts puissent, par le fait de l'écoulement du temps, se créer avec le concessionnaire d'autoroutes, le silence gardé sur le caractère irrévocable du mandat des membres pressentis ne garantit pas leur pleine liberté de décision.
13. En conséquence, l'indépendance des membres pressentis n'est pas assurée. L'Autorité demande donc à la société Sanef de prévoir expressément le caractère irrévocable de leur mandat.

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

14. 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, à sa participation financière au capital d'une société et à la présence de parents proches intéressés.

⁵ Voir notamment, en ce sens, l'avis n° 2016-116 du 29 juin 2016, point 10.

⁶ Les dernières règles internes de la société Sanef ont fait l'objet de la décision de l'Autorité n° 2018-028 du 4 avril 2018.

15. Les éléments déclarés par Messieurs [...] et [...] concernant les fonctions et activités précédemment exercées, les intérêts qu'ils détiennent, ainsi que ceux de leurs parents proches, ne sont pas de nature à faire naître un doute sur leur indépendance dans l'exercice de leurs fonctions au sein de la commission des marchés de la société Sanef.
16. En revanche, Monsieur [...] détient des participations financières au capital des opérateurs économiques Eiffage, Spie et Vinci, qui sont des soumissionnaires potentiels des marchés passés par la société Sanef. Ces liens sont de nature à faire naître un doute sur l'indépendance de l'intéressé dans l'exercice des fonctions de membre de la commission des marchés de la société Sanef.
17. Au regard de ce qui précède et après analyse des éléments déclarés par les membres pressentis, l'Autorité estime que Messieurs [...] et [...] peuvent être regardés comme des personnalités 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. Au contraire, Monsieur [...], ne peut être regardé comme une personnalité indépendante, n'ayant aucun lien direct avec les attributaires passés et les soumissionnaires potentiels au sens des articles précités.

CONCLUSION

19. L'Autorité émet un avis défavorable sur la composition de la commission des marchés envisagée par la société Sanef, qui n'est pas conforme aux articles L. 122-17 et R. 122-34 du code de la voirie routière, dès lors qu'elle ne comprendrait pas, en majorité, des membres indépendants disposant d'un mandat irrévocable.

*

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 10 mai 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