

Avis n° 2024-034 du 23 mai 2024

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 26 avril 2024 pour avis conforme du projet de nomination de [] en qualité de membre indépendant de sa commission des marchés ;

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 les avis de l'Autorité n° 2016-044 du 6 avril 2016, n° 2016-055 du 20 avril 2016, n° 2017-016 du 2 février 2017, n° 2017-048 du 31 mai 2017 et n° 2023-019 du 13 avril 2023 relatifs à la composition de la commission des marchés de la société Escota ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le collège en ayant délibéré le 23 mai 2024 ;

Considérant l'ensemble des éléments qui suivent :

1. RAPPEL DES FAITS

1. Par courrier de son directeur général reçu le 26 avril 2024, la société Escota a saisi l'Autorité, pour avis, du projet de nomination de [...] en qualité de membre indépendant de sa commission des marchés.

2. CADRE JURIDIQUE

2. 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.
3. 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.* »
4. 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.* »
5. 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.
6. Dans le cadre de sa mission rappelée au point 2 et en vertu du pouvoir d'avis conforme 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 la composition de celle-ci méconnaît les conditions fixées au premier alinéa du même article, rappelées au point 3.

3. ANALYSE

7. Pour rappel, la commission des marchés de la société Escota est, à la date du présent avis, composée des membres suivants :
 - [...], membre non-indépendant, président de la commission ;

- [...], membre indépendant ;
 - [...], membre indépendant ;
 - [...], membre indépendant ;
 - [...], membre indépendant.
8. Par ailleurs, postérieurement à l'avis de l'Autorité n° 2023-019 du 13 avril 2023 susvisé, la société Escota a informé l'Autorité que [...] avait notifié sa décision de mettre fin à ses fonctions de membre indépendant de la commission des marchés à compter du 30 juin 2023¹. Cet événement était toutefois sans incidence sur le fonctionnement de la commission des marchés et sur le respect de l'exigence de présence majoritaire de membres indépendants fixée par l'article L. 122-17 du code de la voirie routière.
9. La composition de la commission des marchés de la société Escota résultant de la nomination soumise à l'avis de l'Autorité, rappelée au point 1 du présent avis, serait la suivante :
- Un membre non indépendant, [...], en qualité de président de la commission ;
 - Quatre membres indépendants, [...], [...], [...] et [...];
 - Un nouveau membre indépendant, [...].

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

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 indiqué par le passé², 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 constate, au regard des éléments transmis dans le cadre de cette saisine, que le membre indépendant pressenti serait nommé pour un mandat irrévocable de 6 ans. S'il

¹ 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 respecté - Voir le paragraphe V-2 des règles internes de la commission des marchés de la société Escota.

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

n'a pas été fait état du caractère non-renouvelable de ce mandat, l'article R. 122-34 du code de la voirie routière prévoit l'obligation, pour la société Escota, de saisir l'Autorité, pour avis conforme, d'une éventuelle décision de reconduction dans ses fonctions de Monsieur Yves Robichon à l'issue de ce mandat. À ce titre, l'Autorité rappelle qu'une reconduction éventuelle ne saurait excéder une durée de trois ans, afin de ne pas nuire à l'indépendance du membre concerné.

14. En conséquence, les conditions régissant le mandat sont de nature à assurer l'indépendance du membre pressenti.

2.2. Sur l'absence de liens du membre pressenti 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 pressenti à titre principal et à titre secondaire, et aux liens d'intérêts du titulaire et de ses parents proches³ 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 [...], concernant notamment les fonctions et activités exercées précédemment et actuellement, 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.
17. Au regard de ce qui précède et après analyse des éléments déclarés par l'intéressé, l'Autorité estime que [...] 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.

³ « 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

18. L'Autorité émet un avis favorable sur le projet de décision de nomination d'un nouveau membre indépendant à la commission des marchés de 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 23 mai 2024.

Présents : Monsieur Thierry Guimbaud, président ; Monsieur Philippe Richert, vice-président ; Madame Florence Rousse, vice-présidente ; Monsieur Patrick Vieu, vice-président ; Madame Sophie Auconie, vice-présidente.

Le Président

Thierry Guimbaud