

Avis n° 2016-118 du 29 juin 2016
relatif à la composition de la commission des marchés de la société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont Blanc

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

Vu la saisine, présentée par la société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont Blanc désignée par le sigle ATMB Autoroutes et Tunnel du Mont Blanc (ci-après « ATMB »), enregistrée le 9 mai 2016 au greffe de l'Autorité et déclarée complète au 16 juin 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 ;

Après en avoir délibéré le 29 juin 2016 ;

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. PROCÉDURE

1. En vertu du deuxième alinéa de l'article L. 122-17 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 éléments transmis par la société ATMB dans sa saisine initiale étant insuffisants pour mettre l'Autorité en mesure de porter une appréciation sur l'indépendance des membres et exercer la mission qui lui a été impartie par la loi, celle-ci a demandé, par courrier en date du 16 mai 2016, des compléments d'informations. Ces compléments lui ont été adressés par courrier daté du 30 mai 2016. Au regard des éléments contenus dans cet envoi, l'Autorité a demandé, par courrier en date du 2 juin 2016, de nouveaux compléments d'informations, transmis par courrier daté du 13 juin 2016.

4. Les membres proposés par la société ATMB sont les suivants :

- M. [A] en qualité de membre indépendant,
- Mme [B], en qualité de membre indépendant,
- M. [C], en qualité de membre indépendant et de président,
- M. [D],
- M. [E], en qualité de membre indépendant.

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

2. ANALYSE

5. 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.

6. 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.* »

7. 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. »

8. 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

9. 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.

10. 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.

11. 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.
12. 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.
13. 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.
14. 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.
15. En l'espèce, le mandat de chaque membre indépendant de la commission est valable pour une durée de six ans, renouvelable une fois pour une durée de trois ans, étant entendu que, comme précisé par la société ATMB, le mandat ne peut excéder neuf ans. De plus, l'Autorité observe que les mandats sont irrévocables sauf empêchement de longue durée ou manquement grave du membre à ses obligations. De telles conditions de mandat sont conformes aux principes évoqués précédemment.

2.2. Sur l'indépendance de Mme [B]

16. Il ressort du *curriculum vitae* de Mme [B] que cette dernière détient un mandat d'administratrice au sein de la société ATMB depuis 2014.
17. Or, le mandat d'administratrice détenu par Mme [B] au sein de la société ATMB caractérise l'existence d'un lien d'intérêt effectif et actuel entre celle-ci et le concessionnaire, opérateur économique visé à l'article R. 122-34 du code de la voirie routière, de nature à remettre en cause son indépendance dans le cadre de ses fonctions au sein de la commission des marchés de la société ATMB.

18. Ainsi, eu égard au lien entretenu par Mme [B] avec la société ATMB, l'Autorité estime que cette dernière ne peut être regardée comme une personnalité indépendante 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.

2.3. Sur l'indépendance de M. [C]

19. Il ressort de la déclaration d'intérêt et du *curriculum vitae* de M. [C] que ce dernier détient un mandat d'administrateur au sein de la société ATMB depuis 1983.
20. Or, le mandat d'administrateur détenu par M. [C] au sein de la société ATMB, caractérise l'existence d'un lien d'intérêt effectif et actuel entre celui-ci et le concessionnaire, opérateur économique visé à l'article R.122-34 du code de la voirie routière, de nature à remettre en cause son indépendance dans le cadre de ses fonctions au sein de la commission des marchés de la société ATMB.
21. Ainsi, eu égard au lien entretenu par M. [C] avec la société ATMB, l'Autorité estime que ce dernier ne peut être regardé comme une personnalité indépendante 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 l'indépendance de M. [E]

22. Il ressort de la déclaration d'intérêts de M. [E] que ce dernier est président du comité d'interface de la société [...], laquelle est détenue en partie par la société [...] et ayant pour objet la réalisation des travaux et la gestion du boulevard Périphérique Nord de [...]. En outre, M. [E] a exercé, de 2011 à 2015, la fonction de directeur général de la société [...], société concessionnaire de l'autoroute [...] dont les sociétés [...] et [...] sont actionnaires.
23. Les sociétés [...] et [...] intervenant dans le domaine du bâtiment et des travaux publics, celles-ci sont donc susceptibles de répondre en qualité de soumissionnaires aux marchés passés par la société ATMB.
24. Il en résulte que la participation à la commission des marchés de la société ATMB de M. [E], alors que ce dernier est lié, au moins depuis les trois dernières années, aux sociétés [...] et [...], est de nature à remettre en cause son indépendance dans le cadre de ses fonctions au sein de la commission des marchés de la société ATMB.
25. Ainsi, l'Autorité estime que M. [E] ne peut être regardé comme une personnalité indépendante 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.

2.5. Sur l'indépendance de M. Maurice de Boisséson

26. Les éléments déclarés par M. [A] concernant tant les fonctions et activités actuellement ou précédemment exercées, les intérêts qu'il détient, ainsi que ceux de ses parents proches, ne sont pas de nature à susciter un doute sur son indépendance dans l'exercice de sa fonction au sein de la commission des marchés.

27. Ainsi, l'Autorité estime, après analyse des éléments déclarés, que M. [A] peut être regardé comme une personnalité indépendante 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.

2.6. Sur la composition de la commission des marchés

28. Il résulte de tout ce qui précède que seul un membre sur les cinq candidatures présentées peut être regardé comme indépendant 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.
29. La commission des marchés de la société ATMB n'est donc pas composée majoritairement de personnalités indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires, contrairement aux prescriptions de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière.

CONCLUSION

L'Autorité émet un avis défavorable sur la composition de la commission des marchés de la société ATMB.

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

L'Autorité a adopté le présent avis le 29 juin 2016.

Présents : Monsieur Pierre Cardo, président ; Madame Anne Yvrande-Billon, vice-présidente ; Messieurs Jean-François Bénard, Yann Pétel et Michel Savy, membres du collège.

Le Président

Pierre Cardo