

Avis n° 2022-012 du 10 février 2022

relatif au projet de modification des règles internes et des principes généraux de composition de la commission des marchés (ensemble intitulé « règlement intérieur ») de la Société Française du Tunnel Routier du Fréjus (« SFTRF »)

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

Saisie par la Société française du tunnel routier du Fréjus (« SFTRF ») le 14 décembre 2021 ;

Vu le code de la voirie routière, notamment ses articles L. 122-17 et R. 122-35 ;

Vu l'avis n° 2016-117 du 29 juin 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la Société Française du Tunnel Routier du Fréjus ;

Vu l'avis n° 2016-180 du 14 septembre 2016 relatif au projet de règles internes pour la passation et l'exécution des marchés de travaux, fournitures et services de la Société Française du Tunnel Routier du Fréjus ;

Vu l'avis n° 2018-020 du 12 mars 2018 relatif au projet de règles internes pour la passation et l'exécution des marchés de travaux, fournitures et services de la Société Française du Tunnel Routier du Fréjus ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 10 février 2022,

Considérant l'ensemble des éléments qui suivent :

1. RAPPEL DES FAITS

1. Conformément aux articles L. 122-17 et R. 122-35 du code de la voirie routière, la commission des marchés de la SFTRF, sur la composition de laquelle l'Autorité a rendu un avis favorable le 29 juin 2016, a adopté, le 19 juillet 2016, un projet de règles internes sur lequel l'Autorité a rendu un avis favorable le 14 septembre 2016.
2. Le 1^{er} février 2018, la commission des marchés de la SFTRF a adopté un projet de règles internes modifiées intégrant les ajustements rendus nécessaires par l'entrée en vigueur du décret n° 2017-1816 du 28 décembre 2017 relatif à la régulation des marchés et contrats dans le secteur des autoroutes, sur lequel l'Autorité a rendu un avis favorable le 12 mars 2018.
3. Le 14 décembre 2021, la SFTRF a saisi l'Autorité d'un projet de modification des règles internes et des principes généraux relatifs à la composition de sa commission des marchés (ensemble intitulé « règlement intérieur »).

4. Le projet de modification vise principalement à prendre en compte l'entrée en vigueur du code de la commande publique le 1^{er} avril 2019, conformément à l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative et au décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire dudit code, ainsi que le changement de dénomination de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières en Autorité de régulation des transports. Il vise en outre à modifier la composition de la commission des marchés.

2. CADRE JURIDIQUE

5. Conformément au deuxième alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière et au II de l'article R. 122-35 du même code, les sociétés concessionnaires d'autoroutes sont tenues de saisir l'Autorité pour avis conforme concernant la composition de leur commission des marchés ainsi que tout projet de règles internes établi par celle-ci.
6. La composition des commissions des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes est encadrée par l'article L. 122-17 du code de la voirie routière, qui dispose que « *[p]our 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. Par ailleurs, aux termes du I de l'article R. 122-35 du code de la voirie routière, « *[l]es règles internes prévues au deuxième alinéa de l'article L. 122-17 comprennent notamment : 1° Les conditions dans lesquelles la commission se réunit et dans lesquelles elle statue ; 2° Les conditions dans lesquelles il peut être recouru à la procédure d'appel d'offres restreint ; 3° Les conditions dans lesquelles la commission est consultée pour avis sur la passation des marchés ou la conclusion des avenants ; 4° Les conditions dans lesquelles la commission est informée de la décision du conseil d'administration ou du conseil de surveillance autorisant le concessionnaire d'autoroutes à ne pas suivre son avis ; 5° Les conditions dans lesquelles la commission est informée de la passation des marchés et de la conclusion des avenants lorsque son avis n'est pas requis ; 6° Les conditions d'accès de la commission aux informations nécessaires à l'exécution de ses missions ; 7° Sans préjudice des articles R. 122-37 et R. 122-38, les conditions dans lesquelles la commission informe l'Autorité de régulation des transports des conditions de passation et d'exécution des marchés ; 8° La durée limitée pendant laquelle ces règles sont applicables* ».
8. Dans le cadre de sa mission rappelée au point 4, l'Autorité a la faculté de s'opposer à l'institution de règles internes qui ne comprendraient pas les points mentionnés au I de l'article R. 122-35 du code de la voirie routière ou qui ne mettraient pas la commission des marchés en mesure de veiller au respect des procédures de passation et d'exécution des marchés qui lui sont soumis pour avis.

3. ANALYSE

3.1. Sur le respect des points mentionnés au I de l'article R. 122-35 du code de la voirie routière portant sur les règles internes

9. Le projet de règles internes modifié soumis à l'avis de l'Autorité comporte l'ensemble des points mentionnés au I de l'article R. 122-35 du code de la voirie routière tels qu'énoncés au point 7.

10. Bien que cela ne résulte pas d'une modification des règles internes, l'Autorité relève que la rédaction du 2° de l'article IX, relatif aux conditions dans lesquelles la commission informe l'Autorité des conditions de passation et d'exécution des marchés, doit être corrigée, avec la suppression de toute référence à un « avis » qui serait rendu par l'Autorité à cet égard.
11. En ce qui concerne la durée d'application des règles internes, l'article X est modifié par rapport à la version en vigueur, sur laquelle l'Autorité s'était prononcée favorablement, et exige désormais que toute modification du règlement intérieur de la commission des marchés (comportant ses règles internes) soit approuvée à l'unanimité de ses membres délibérants. L'Autorité relève que cette rédaction a pour effet d'octroyer un droit de veto au membre non indépendant de la commission.
12. En ce qui concerne les modifications rédactionnelles visant à prendre en compte l'entrée en vigueur du code de la commande publique le 1^{er} avril 2019 et le changement de dénomination de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières en Autorité de régulation des transports, celles-ci n'appellent pas de commentaires de la part de l'Autorité.

3.2. Sur le respect de l'obligation relative à la proportion de personnalités indépendantes au sein de la commission

13. L'article II du projet de règles internes soumis à l'avis de l'Autorité, qui porte sur la composition de la commission, prévoit que les membres disposant d'une voix délibérative sont au nombre de quatre, au lieu de cinq auparavant, trois d'entre eux demeurant des personnes physiques indépendantes (n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires en raison de leurs compétences), la personne physique non-indépendante pouvant être le directeur général de la société ou le président du conseil d'administration si ce dernier exerce les fonctions de direction générale. Pour ce qui concerne le représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le projet ne diffère pas du texte en vigueur.
14. La modification de la composition de la commission des marchés de la SFTRF est donc conforme à l'obligation énoncée au point 6.
15. La commission ne comprendra ainsi qu'une personne physique non-indépendante, au lieu de deux précédemment. Par ailleurs, en application de l'article III, 4. e) du règlement intérieur, les décisions de la commission des marchés sont adoptées à la majorité simple sans voix prépondérante.
16. Il résulte du projet de modification de la composition de la commission des marchés que les décisions ne pourront être prises qu'avec au moins autant de voix provenant de personnes physiques indépendantes que de voix provenant de personnes physiques non-indépendantes.

ÉMET L'AVIS SUIVANT

L'Autorité émet un avis favorable sur le projet de modification des règles internes et des principes généraux relatifs à la composition de la commission des marchés de la SFTRF adoptée par cette dernière le 12 décembre 2021.

*

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

L'Autorité a adopté le présent avis le 10 février 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