

Avis n° 2018-071 du 27 septembre 2018 **relatif à la composition de la commission des marchés de la société française du tunnel routier du Fréjus (SFTRF)**

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

Saisie pour avis sur la composition de sa commission des marchés par la société française du tunnel routier du Fréjus (ci-après « SFTRF ») par un courrier enregistré au greffe de l'Autorité le 29 août 2018 et un dossier déclaré complet le même jour, conformément à l'article 51 du règlement intérieur de l'Autorité ;

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 n°s 2016-089 du 8 juin 2016 et 2016-117 du 29 juin 2016 relatifs à la composition de la commission des marchés de la société SFTRF ;

Après en avoir délibéré le 27 septembre 2018 ;

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. PROCEDURE

1. Conformément au deuxième alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière et au 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. La composition de la commission des marchés de la société SFTRF a été validée par les avis de l'Autorité n°s 2016-089 du 8 juin 2016 et 2016-117 du 29 juin 2016 susvisés.
3. La société SFTRF a saisi l'Autorité, par courrier de son directeur général enregistré le 29 août 2018, de la nomination d'un nouveau membre de sa commission des marchés à la suite de la démission d'une personnalité qualifiée d'indépendante.

4. Aux termes de l'article R. 122-34 du code de la voirie routière, la saisine doit comprendre, outre l'identité de la personne concernée, la nature des fonctions exercées, celles précédemment exercées, une déclaration d'intérêts ainsi que 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.
5. Les éléments transmis par la société SFTRF dans sa saisine initiale n'étant pas suffisants pour mettre l'Autorité en mesure de porter une appréciation sur l'indépendance du membre et exercer pleinement la mission qui lui a été impartie par la loi, celle-ci lui a adressé une mesure d'instruction le 5 septembre 2018. Les compléments et informations supplémentaires demandés ont été reçus le 6 septembre 2018.
6. Le membre proposé par la société SFTRF est M. [A], en qualité de membre indépendant.
7. Pour rappel, la commission des marchés de la société SFTRF validée par l'Autorité dans les avis susvisés est composée des membres suivants :
 - M. [B], président de la commission des marchés ;
 - M. [C] ;
 - M. [D], en qualité de membre indépendant ;
 - M. [E], en qualité de membre indépendant ; et
 - M. [F], en qualité de membre indépendant (membre démissionnaire).

2. ANALYSE

8. 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.
9. 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. »
10. Aux termes du I de l'article R. 122-34 du code de la voirie routière, « [I]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. »
11. Dans le cadre de sa mission rappelée au point 8, 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 notamment aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires.

2.1. Sur les conditions générales régissant le mandat du membre proposé

12. Conformément au deuxième alinéa du I 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 pour être membres de la commission des marchés.
13. 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.
14. En l'espèce, l'Autorité observe que le mandat de M. [A] proposé pour être membre indépendant de la commission des marchés de la société SFTRF est irrévocable et limité à une durée globale de neuf ans, sauf empêchement de longue durée ou manquement grave du membre à ses obligations, conformément aux principes posés au point 11 de l'avis n° 2016-089 du 8 juin 2016 susvisé.

2.2. Sur l'indépendance de M. [A]

15. Il ressort de la déclaration d'intérêts de M. [A] que ce dernier est retraité de la fonction publique d'Etat depuis le 1^{er} septembre 2018. Il a exercé l'ensemble de sa carrière au sein de la fonction publique et a occupé de 2014 à 2018 un dernier poste en qualité de chef du pôle Méditerranée de la mission d'appui du réseau routier national (MARRN) à la direction des infrastructures de transport au sein de la direction générale des infrastructures, des transports et de la mer (Ministère de la transition écologique et solidaire). A la suite de la mesure d'instruction adressée par l'Autorité le 5 septembre 2018, M. [A] a précisé le contenu de ses missions au sein de la MARRN.
16. Ces éléments ainsi que ceux relatifs à ses précédentes fonctions et aux intérêts qu'il a déclarés à l'Autorité ne sont pas de nature à susciter un doute sur son indépendance dans l'exercice de ses fonctions au sein de la commission des marchés de la société SFTRF.
17. Ainsi, 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.
18. L'Autorité rappelle, à toutes fins utiles, que l'intéressé doit, préalablement à l'exercice d'une activité lucrative dans une entreprise privée et si cela n'est pas déjà fait, saisir pour avis la commission de déontologie de la fonction publique au titre du III de l'article 25 octies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifié portant droits et obligations des fonctionnaires.

2.3. Sur la composition de la commission des marchés

19. La société SFTRF n'a pas porté à la connaissance de l'Autorité de modifications qui auraient une incidence sur le contenu des déclarations d'intérêts des membres déclarés indépendants par l'Autorité dans ses avis des 8 et 29 juin 2016.
20. Il résulte de tout ce qui précède que trois des cinq membres que comprend la commission, soit une majorité de membres de celle-ci, doivent être regardés comme indépendants 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.

21. L'Autorité rappelle que les membres de la commission des marchés instituée auprès de la société SFTRF sont tenus de porter à la connaissance de la société concessionnaire ainsi qu'à celle de l'Autorité tout changement qui aurait une incidence sur le contenu de leur déclaration d'intérêts. En outre, toute décision de nomination ou de reconduction dans ses fonctions d'un membre de la commission des marchés devra faire l'objet d'une nouvelle saisine par la société SFTRF afin que l'Autorité puisse rendre un avis sur la nouvelle composition de cette commission.

ÉMET L'AVIS SUIVANT

L'Autorité émet un avis favorable sur la composition de la commission des marchés de la société SFTRF.

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

L'Autorité a adopté le présent avis le 27 septembre 2018.

Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; Madame Anne Yvrande-Billon, vice-présidente ; Mesdames Cécile George et Marie Picard ainsi que Monsieur Yann Pétel, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman