

Avis n° 2016-086 du 1^{er} juin 2016
relatif à la composition de la commission des marchés de la société des autoroutes
Rhône Alpes – AREA

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

Vu le code de la voirie routière, notamment ses articles L. 122-17 et R. 122-34 ;

Vu la saisine présentée par la société des autoroutes Rhône Alpes – AREA (ci-après « AREA »), enregistrée le 2 mai 2016 au greffe de l'Autorité et déclarée complète le 23 mai 2016, conformément à l'article 50 du règlement intérieur de l'Autorité ;

Après en avoir délibéré le 1^{er} juin 2016 ;

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. PROCÉDURE

1. En vertu du deuxième alinéa de l'article L. 122-7 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 AREA dans sa saisine initiale étant insuffisants pour mettre l'Autorité en mesure de porter une appréciation sur l'indépendance des membres et exercer pleinement la mission qui lui a été impartie par la loi, celle-ci a demandé, par courrier en date du 4 mai 2016, des compléments d'informations. Ces compléments lui ont été adressés par courrier daté du 19 mai 2016 et réceptionné le 23 mai 2016.
4. Les membres proposés par la société AREA sont les suivants :
 - M. [A] en qualité de membre indépendant,
 - M. [B] en qualité de membre indépendant,

- M. [C] en qualité de président de la commission,
- M. [D] en qualité de membre indépendant,
- M. [E] en qualité de membre indépendant,
- M. [F] en qualité de membre indépendant.

Ainsi, cinq des six membres que la société AREA envisage de nommer à sa commission des marchés sont présentés comme des 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, « *[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.* »
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 à la société d'autoroute concernée d'adopter, sans toutefois l'y contraindre.
13. En revanche, si la société 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.
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, l'Autorité observe que les mandats des membres indépendants de la commission des marchés de la société AREA sont limités à une durée de neuf ans, sauf démission, 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 MM. [A] et [D]

16. Il ressort des déclarations d'intérêts de MM. [A] et [D] que ces derniers sont salariés de la société [•••] (ci-après la société « [•••] ») qui est en charge de la levée et de la gestion de fonds d'investissements, notamment dans le domaine des infrastructures de transport. MM. [A] et [D] participent à ce titre aux investissements et au suivi des participations de la société [•••] sur le territoire français et, notamment, dans le groupe Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (ci-après « APRR »). Or, la société [•••] détient pour moitié (moins une action) le capital de la société [•••], elle-même actionnaire unique de la société APRR, étant entendu que la société APRR détient la société AREA Participation, elle-même actionnaire unique de la société AREA.
17. Par ailleurs, M. [A] participe, en sa qualité de salarié de la société [•••], à des opérations financières dans l'intérêt du groupe. A ce titre, il est intervenu en février 2015 dans une opération de refinancement des sociétés « APRR / [•••] » pour un montant de [0 - 5] milliards d'euros.
18. Enfin, il ressort des éléments versés au dossier que M. [D] est membre du conseil d'administration de la société ADELAC, société concessionnaire de l'autoroute A41. Or, la société ADELAC a notamment pour actionnaires la société AREA (à hauteur de [0 - 50] %) et des sociétés du groupe [•••] (à hauteur de [0 - 50] %), en particulier [•••] et [•••]. Ces deux dernières sociétés sont des entreprises intervenant dans le domaine du bâtiment et des travaux publics

susceptibles de répondre en qualité de soumissionnaires aux marchés passés par la société AREA.

19. Eu égard aux activités salariées de MM. [A] et [D] au sein de la société [•••], à la participation de M. [A] à l'opération de refinancement des sociétés « APRR/[•••] » et à la qualité de M. [D] de membre du conseil d'administration de la société [•••], MM. [A] et [D] entretiennent des liens d'intérêts actuels avec, respectivement, le concessionnaire AREA, et tant la société AREA que des soumissionnaires potentiels.
20. Ainsi, l'Autorité estime que MM. [A] et [D] ne peuvent être regardés comme des personnalités indépendantes 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. [F]

21. Il ressort de la déclaration d'intérêts de M. [F] que ce dernier est président du comité d'interface de la société [•••], détenue en partie par la société [•••] et ayant pour objet la réalisation des travaux et la gestion du boulevard Périphérique Nord de Lyon. En outre, M. [F] a exercé, de 2011 à 2015, la fonction de directeur général de la société [•••], société concessionnaire de l'autoroute A150 dont les sociétés [•••] et [•••] sont actionnaires.
22. 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 AREA.
23. Il en résulte que la participation à la commission des marchés de la société APRR de M. [F], 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 AREA.
24. Ainsi, l'Autorité estime que M. [F] 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. [B]

25. Si M. [B] a cessé ses activités, tant professionnelles que représentatives, au sein du groupe [•••] depuis plus de trois ans, il résulte de l'instruction qu'il est resté détenteur de titres financiers au sein de ce groupe. En effet, il dispose de 200 actions placées dans un compte « Plan d'Épargne en Actions » dudit groupe et de 15 260 titres, partagés pour moitié en pleine propriété et en usufruit, de la société d'investissement à capital variable SICAVAS [•••], société des salariés actionnaires du groupe [•••].
26. Dès lors, cette participation financière conséquente dans le capital du groupe [•••] et les droits de vote en résultant permettent de caractériser l'existence d'un lien d'intérêt effectif et actuel entre M. [B] et la société [•••].
27. Or, sont des entreprises liées à une entité adjudicatrice, au sens du 3° du II de l'article 19 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, les entreprises qui sont susceptibles d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice au sens du troisième alinéa du 2° de l'article 11. Ce dernier alinéa prévoit que l'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la

majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance.

28. En l'espèce, la société [•••] est actionnaire majoritaire de la société [•••], holding détenant à 100 % la société APRR, qui détient la société AREA via la société AREA Participation. Elle détient donc indirectement la majorité du capital de la société AREA et constitue par voie de conséquence une entreprise liée à une entité adjudicatrice au sens du 3° du II de l'article 19 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, vis-à-vis de laquelle l'indépendance de M. [B] doit être appréciée conformément aux termes du I de l'article R. 122-34 du code de la voirie routière.
29. Ainsi, eu égard au lien entretenu par M. [B] avec la société [•••], 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.

2.5. Sur l'indépendance de M. [E]

30. Les éléments déclarés par M. [E] 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.
31. Ainsi, l'Autorité estime, après analyse des éléments déclarés, que M. [E] 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

32. Il résulte de tout ce qui précède que seul un membre sur les six 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.
33. La commission des marchés de la société AREA 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 AREA.

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

L'Autorité a adopté le présent avis le 1^{er} juin 2016.

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

Le Président

Pierre Cardo