

Avis n° 2017-025 du 8 mars 2017 **relatif à la composition de la commission des marchés de la société Autoroutes du Sud de la France (ASF)**

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 Autoroutes du Sud de la France (ci-après « ASF »), par un courrier enregistré au greffe de l'Autorité le 8 février 2017 et un dossier déclaré complet le 15 février 2017, 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 par les concessionnaires d'autoroute pour la composition de leurs commissions des marchés ;

Vu les avis n°s 2016-045 du 6 avril 2016 et 2016-057 du 20 avril 2016 relatifs à la composition de la commission des marchés de la société ASF ;

Après en avoir délibéré le 8 mars 2017 ;

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 ASF a été validée par avis de l'Autorité n°s 2016-045 du 6 avril 2016 et 2016-057 du 20 avril 2016.
3. La société ASF a saisi l'Autorité, par courrier de son directeur général enregistré le 8 février 2017, de la nomination d'un nouveau membre de sa commission des marchés.

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, 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 ASF dans sa saisine initiale étant insuffisants 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 a procédé à une demande de régularisation de la saisine, par un courrier en date du 9 février 2017, puis à une mesure d'instruction, par un courrier en date du 24 février 2017. Les compléments et informations supplémentaires demandés lui ont été adressés par des courriers réceptionnés les 15 et 26 février 2017.
6. Le membre proposé par la société ASF est M. [A], en qualité de membre indépendant.
7. Pour rappel, la commission des marchés de la société ASF validée par l'Autorité dans les avis susvisés est composée des membres suivants :
 - M. [B], en qualité de membre indépendant ;
 - M. [C], en qualité de membre indépendant ;
 - M. [D] ;
 - M. [E], en qualité de membre indépendant ;
 - M. [F], en qualité de membre indépendant ;
 - M. [G] ;
 - M. [H], en qualité de membre indépendant.

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 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 ASF est irrévocable et limité à une durée 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° 2016-045 du 6 avril 2016 susvisé.

2.2. Sur l'indépendance de M. [A],

15. Il ressort de la déclaration d'intérêts initiale de M. [A], que ce dernier est administrateur indépendant de la société [X], société mère d'un groupe d'ingénierie spécialisé dans le domaine des infrastructures. La société [X] détient 90 % de la société [Y] et 85 % de la société [Z]. A la suite de la mesure d'instruction adressée en retour par l'Autorité le 24 février 2017, M. [A], a été conduit à compléter sa déclaration initiale en reconnaissant, d'une part, être administrateur indépendant bénévole des sociétés [Y] et, d'autre part, participer au comité stratégique non exécutif de la société [Z].
16. L'Autorité constate que la société [Y] est déjà intervenue sur des chantiers sous maîtrise d'ouvrage de la société ASF, soit notamment un chantier concernant l'autoroute A87 (contournement sud de La Roche-sur-Yon) et un chantier concernant l'autoroute A89, toutes deux concédées à la société ASF. En outre, la société [Y] étant spécialisée dans la prévention des risques et la sécurité des travailleurs sur les chantiers du bâtiment et de travaux publics, celle-ci est susceptible de répondre en qualité de soumissionnaire aux marchés passés par la société ASF.
17. L'Autorité relève en outre que la société [Z] est spécialisée en maîtrise d'œuvre et en assistance à maîtrise d'ouvrage notamment dans le domaine des infrastructures routières et autoroutières et de l'aménagement du territoire et est, à ce titre, également susceptible de répondre en qualité de soumissionnaire aux marchés passés par la société ASF.
18. Eu égard à la qualité d'administrateur des sociétés [X] et [Y] ainsi que celle de membre du comité stratégique non exécutif de la société [Z] de M. [A], et nonobstant la circonstance que ses fonctions d'administrateur sont exercées de manière bénévole et qu'il ne dispose à ce titre que de quatre actions (une pour la société [X] et trois pour la société [Y]) qui lui ont été prêtées par les dirigeants de ces sociétés selon ses déclarations, celui-ci entretient des liens d'intérêts actuels avec des attributaires passés et des soumissionnaires potentiels des marchés passés par la société ASF.

19. Ainsi, M. [A], 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.

2.3. Sur la composition de la commission des marchés

20. La société ASF n'a pas porté à la connaissance de l'Autorité de modifications qui aurait une incidence sur le contenu des déclarations d'intérêts des membres déclarés indépendants par l'Autorité dans ses avis des 6 et 20 avril 2016 susvisés.
21. Il résulte de tout ce qui précède que cinq des huit 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.
22. L'Autorité rappelle que les membres de la commission des marchés instituée auprès de la société ASF 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 ASF afin que l'Autorité puisse rendre un avis sur la nouvelle composition de ladite commission.
23. Enfin, au vu des difficultés rencontrées dans l'instruction du présent avis à recueillir spontanément des informations fiables et complètes, l'Autorité rappelle fermement que les personnalités proposées par les sociétés concessionnaires d'autoroutes pour siéger dans leurs commissions des marchés en qualité de membres indépendants sont tenues de déclarer de manière exhaustive les liens d'intérêts qu'elles ont avec les opérateurs visés à l'article R. 122-34 du code de la voirie routière, notamment en renseignant de manière rigoureuse le formulaire de déclaration d'intérêts annexé à la décision n° 2016-029 du 23 mars 2016 susvisée.

ÉMET L'AVIS SUIVANT

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

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

L'Autorité a adopté le présent avis le 8 mars 2017.

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

Le Président

Bernard Roman