RÉPONSE DE MONSIEUR JEAN-YVES MIAUX, DIRECTEUR GÉNÉRAL DE LA SOLEAM

CONCERNANT LE RAPPORT D'OBSERVATIONS DÉFINITIVES RELATIVES À LA VÉRIFICATION DES COMPTES ET AU CONTRÔLE DES COMPTES ET DE LA GESTION DE LA SOCIÉTÉ LOCALE D'ÉQUIPEMENT ET D'AMÉNAGEMENT DE L'AIRE MÉTROPOLITAINE AIX-MARSEILLE-PROVENCE (SOLEAM)

société locale
d'équipement et d'aménagement
de l'aire métropolitaine

soleam

N/Réf : JPK/Directeur Juridique/N°210805
Dossier suivi par Jean Paul KAPLANSKI
jp.kaplanski@soleam.net
04.88.91.91.23 - 06.88.82.64.54

Monsieur Nacer MEDDAH
Président de la Chambre régionale
des comptes
17 rue de Pomègues
13295 Marseille CEDEX 08

Marseille le 2 mars 2021,

Dossier Suivi par : Bertrand MARQUES
Vos ref :GREFFE/BM/CP/n°1155
Contrôle n°2019-0030
Rapport d'observations définitif

Chambre Régionale des Comptes
Provence - Alpes - Côte d'Azur
du 03 MARS 2021
N° 2021-0191
Courrier Arrivée

Monsieur le Président,

Je fais suite à la transmission le 5 février 2021 de votre Rapport d'observations définitives, assortie d'un délai de communication pour la SOLEAM, de 1 mois.

Conformément à la procédure d'examen de gestion, vous trouverez donc ci-joint, les réponses que la SOLEAM souhaite formuler sur les observations et les recommandations du Rapport d'observations définitives, portant sur la gestion de la SOLEAM de sa création le 30 mars 2010 jusqu'au 31 décembre 2018.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'assurance de ma considération distinguée.

Le Directeur général

Jean-Yves MIAUX

société locale
d'équipement et d'aménagement
de l'aire métropolitaine

soleam

Chambre Régionale des Comptes
Provence - Alpes - Côte d'Azur
du 03 MARS 2021
N° 2021-0131
Courrier Arrivée

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES

Contrôle n°2019-0030

REPONSE DE LA SOLEAM AU RAPPORT D'OBSERVATIONS DEFINITIVES DE LA CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES SUR LES EXERCICES 2010 A 2018

Mars 2021

SPL au capital de 5.000.000 euros • Sièges social et administratif : Le Louvre et Paix - 49, la Canebière - CS 80024 - 13232 Marseille Cedex 01
Tél. : 04 88 91 91 91 - contacts@soleam.net • SIRET 524 460 888 000 26 - TVA int. FR 93 524 460 888 - Code APE 4299Z

Table des matières

1 LA SOLEAM PREND ACTE DU CONSTAT PAR LA CHAMBRE DE LA SITUATION BILANCIELLE SAINE DE LA SOCIETE ---- 4

2 LA CHAMBRE A NEANMOINS PROPOSE DES PISTES D'AMELIORATION ET DE RECOMMANDATIONS SUR PLUSIEURS POINTS QUE NOUS ALLONS REPRENDRE CI-APRES ---- 7

2.1 LA PRISE EN COMPTE DES RECOMMANDATIONS DE LA CHAMBRE ---- 7
2.2 LES PISTES D'AMELIORATION PROPOSEES PAR LA CHAMBRE DANS LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIETE ---- 9
2.2.1 COMPOSITION DU COMITE TECHNIQUE ---- 9
2.2.2 LA GESTION DES RESSOURCES HUMAINES ---- 9
2.2.3 ORGANISATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE ---- 9

3 POINTS SUR LESQUELS LA SOLEAM ENTEND CONTREDIRE LES OBSERVATIONS DE LA CHAMBRE AU RAPPORT D'OBSERVATIONS DEFINITIVES ---- 10

3.1 LES PRODUITS FINANCIERS DECOULANT DES AVANCES DE TRESORERIE SUR LES MANDATS NE CONSTITUENT PAS DES RECETTES POUR LA SOLEAM ---- 10
3.2 LE CUMUL AUTORISE PAR LE CONSEIL D'ADMINISTRATION DU MANDAT SOCIAL DU DIRECTEUR GENERAL AVEC UN CONTRAT DE TRAVAIL EST PERMIS TANT EN DROIT DES SOCIETES QU'EN DROIT DU TRAVAIL ---- 12
3.3 LE MANDAT DE DEMOLITION DE L'IMMEUBLE DU 15 RUE DE LA FARE (13001) NECESSITAIT LE RECOURS A UN MARCHE DE DEMOLITION EN URGENCE IMPERIEUSE AU VU DU RAPPORT ALARMANT DE L'EXPERT DESIGNE PAR LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF ---- 19
3.4 LE MANDAT DE CONSTRUCTION DE LA BIBLIOTHEQUE INTERUNIVERSITAIRE (13001) A CERTES CONNU UNE MODIFICATION DE SON PROGRAMME EN COURS DE REALISATION DE CHANTIER DU FAIT DU FUTUR UTILISATEUR (AIX MARSEILLE UNIVERSITE) MAIS LES MODIFICATIONS INDUITES ONT ETE REALISEES CONFORMEMENT AUX DISPOSITIONS DES REGLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE ET DE LA LOI SUR LA MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE (MOP) ---- 22
3.4.1 LE MARCHE DE MAITRISE D'ŒUVRE A ETE MODIFIE EN COURS DE PHASE D'EXECUTION DE CHANTIER DE MANIERE REGULIERE CONFORMEMENT AUX DISPOSITIONS DE FORME ET DE FOND EXIGEES PAR LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE ALORS EN VIGUEUR CONCERNANT LES MARCHES NEGOCIES COMPLEMENTAIRES ---- 23
3.4.2 DU FAIT DE LA NECESSAIRE REPRISE DES ETUDES DE MAITRISE D'ŒUVRE, EN COHERENCE ET SELON LE PARRALLELISME DES FORMES, LES MARCHES DE TRAVAUX ONT ETE LEGALEMENT MODIFIES PAR DES MARCHES COMPLEMENTAIRES. ---- 32
3.4.3 LES LOTS MOBILIERS SPECIFIQUES ONT ETE ATTRIBUES SELON PUBLICITE ET MISE EN CONCURRENCE DANS LE CADRE D'UNE PROCEDURE ADAPTEE CONFORME AUX DISPOSITIONS DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE EN VIGUEUR ---- 35
3.4.4 CONCLUSION SUR LA BIU, LES MODIFICATIONS CONTRACTUELLES INDUITES PAR LA MODIFICATION DE PROGRAMME DEMANDEE PAR AIX MARSEILLE UNIVERSITE , SONT NON SEULEMENT REGULIERES D'UN POINT DE VUE JURIDIQUE MAIS ELLES ETAIENT LES SEULES A MEME DE PRESERVER UNE SAINE GESTION DES DENIERS PUBLICS ---- 36
3.5 LA COMPOSITION DE LA CAO DE LA SOLEAM A ETE CALQUEE SUR LE PRINCIPE DE CELLE DE SES ACTIONNAIRES SELON LES REGLES DU CODE GENERAL DES COLLECTIVITES TERRITORIALES ET A TOUJOURS ETE REUNIE DURANT LA PERIODE OBSERVEE EN RESPECTANT LES REGLES DE QUORUM ---- 38
3.6 L'OPERATION GRAND CENTRE-VILLE DE MARSEILLE ---- 38
3.6.1 LES AMBITIONS ELEVEES ET LE CALENDRIER ---- 38

3.6.2 LES OBJECTIFS REVISES A FIN 2015 ET ADOPTES DANS LE DERNIER CRAC ET PRESENTES EN COMITE DE PILOTAGE LE 15 FEVRIER 2021. ----------39
3.6.3 LA REMUNERATION DE LA SOLEAM SUR L'OPERATION GRAND CENTRE VILLE----------41
3.6.4 CONTRAIREMENT AUX AFFIRMATIONS DE LA CHAMBRE, LA REQUALIFICATION DE LA PLACE JEAN JAURES NE CONSTITUE PAS LA SEULE REALISATION CONCRETE ENGAGEE A CE JOUR ET IL EST TOUT AUSSI CONSTESTABLE D'AFFIRMER QUE SOLEAM N'AURAIT PAS IDENTIFIE AU PREALABLE LA PROBLEMATIQUE DU LOGEMENT SUR LE POLE DE LA PLAINE 43
3.7 LES AUTRES OPERATIONS D'AMENAGEMENT----------45

CONCLUSION ----------46

Par lettre du 4 juillet 2019, la Chambre avisait SOLEAM de l'ouverture d'un examen de gestion. Les exercices contrôlés sont de 2010 à 2018 au cours desquels un nombre important de mandats de construction d'équipement et de concession d'aménagement a été confié à la SOLEAM.

L'examen de gestion s'est déroulé sur 18 mois pendant lesquels les collaborateurs de la société ont été très mobilisés pour répondre oralement et par écrit aux nombreuses questions posées par les rapporteurs. Des milliers de pages de documents ont été transmises pour être analysées, ceci traduit la rigueur du contrôle au terme duquel des propositions d'amélioration du fonctionnement de la société ont été formulées et 4 recommandations mises en avant.

1 LA SOLEAM PREND ACTE DU CONSTAT PAR LA CHAMBRE DE LA SITUATION BILANCIELLE SAINE DE LA SOCIETE

Comme le rappelle la Chambre, SOLEAM a été créée ex nihilo, en mars 2010, par quatre collectivités à savoir les communes de Marseille, Gémenos, Cassis et Tarascon, sous la forme d'une société publique locale d'aménagement (SPLA) avec un capital de 500 000 €.

Rapidement, deux nouvelles collectivités ont souhaité en 2011, entrer au capital : la Ville de La Ciotat et la Communauté Urbaine Marseille Provence Métropole, entité qui a souhaité que préalablement à son entrée au capital, la forme de la société soit transformée en société publique locale (SPL), ce qui permettait d'élargir le champ d'action de SOLEAM.

Au démarrage de la société, le temps de garnir le carnet de commandes, SOLEAM fonctionnait en partenariat avec la Société d'Economie Mixte Marseille Aménagement, à travers un groupement d'intérêt économique (GIE) qui permettait de faire intervenir du personnel de Marseille Aménagement sur le démarrage des premières opérations de SOLEAM.

En 2012, une dizaine de personnes a été transférée de Marseille Aménagement à SOLEAM, pour en direct intervenir sur différentes opérations dont la concession Opération Grand Centre Ville (OGCV).
En 2013, les collectivités actionnaires de Marseille Aménagement et de SOLEAM ont souhaité procéder à une fusion absorption des deux structures, sous la seule autorité de SOLEAM.
Le capital est alors passé de 500 000 à 5 000 000 d'euros et le personnel de 12 à 65 personnes, SOLEAM reprenant toutes les opérations transférables de Marseille

Aménagement, l'actif, le passif et le patrimoine dont les deux villages d'entreprises de Saint Henri et de Mourepiane proposant des surfaces de bureaux et d'activités aux PME-PMI, générant ainsi des recettes locatives.

En 2017, la Ville d'Aubagne est entrée au capital, en 2018 la Ville de Tarascon en est sortie. En 2019, suite aux transferts de compétences dans les domaines de l'aménagement, de l'urbanisme et du logement des communes vers la Métropole créée en 2016, la Ville de Marseille, jusqu'alors majoritaire au capital à hauteur de 80%, a cédé une partie de ses actions et n'en a gardé que 20%, la Métropole devenant actionnaire majoritaire à 79%.

Comme le souligne la Chambre, l'actionnariat est appelé à évoluer, d'autres communes du Département, envisagent d'entrer au capital dans les prochains mois. Les actionnaires minoritaires seront par ailleurs interrogés sur leur souhait de rester au capital et sur les opérations qu'ils pourraient confier à la SOLEAM.

SOLEAM est une société publique locale , donc détenue à 100% par des actionnaires publics et à ce titre non soumise à la mise en concurrence pour l'attribution de contrats par ses actionnaires, à condition d'une part que SOLEAM travaille exclusivement pour ses actionnaires, ce qui est le cas depuis l'origine et que d'autre part les collectivités actionnaires exercent sur la société un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services.

La Chambre a constaté que tel était bien le cas pour SOLEAM, page 25 du ROD : *« la SOLEAM n'est pas livrée à elle même et dispose de peu d'autonomie. Les Collectivités sont en effet extrêmement présentes dans tout le déroulement des opérations . Les relations très régulières entretenues entre les services opérationnels de la SOLEAM et ceux des collectivités actionnaires, dans le cadre du suivi de ces dernières , permettent de constater l'existence d'un contrôle analogue de facto de la métropole sur son opérateur. »*

De plus, la Chambre a pris note qu'une modification du règlement intérieur de la société adoptée par le conseil d'administration en 2018 prévoit désormais que le contrôle analogue portera sur les orientations stratégiques et les décisions importantes de la société et qu'il serait effectué par le Conseil d'administration, reprenant ainsi les termes de l'article L 2511.4-2° du Code de la commande publique définissant le contrôle conjoint.

Le chiffre d'affaire de la société n'a cessé de croître depuis la création, particulièrement depuis la fusion absorption avec un fléchissement en 2017 dû vraisemblablement aux suites du transfert de compétences des communes vers la Métropole, créée au 1er janvier 2016, mais opérationnelle en raison des recours à compter seulement du deuxième semestre.

C'est ce qui a conduit le Conseil d'administration à mettre en place en 2018, un Comité Stratégique ayant pour mission de réfléchir aux orientations futures de la société, ce qui pour la Chambre représente un premier pas pour éviter un pilotage de la société « *au fil de l'eau* ».

Ce comité stratégique a permis de regarnir le carnet de commandes de la société en 2019 et 2020 :

- pour la Ville de Gémenos, une opération de 320 K€ TTC,
- pour la Métropole Aix-Marseille-Provence : 6 opérations pour 52,2 millions € TTC,
- pour la Ville de Marseille : 6 opérations pour 102,5 millions TTC.

ce qui a eu pour conséquence d'avoir un résultat positif de la société (hors produits locatifs des villages d'entreprises) constaté avec comptes publiés pour 2019, et en cours de validation pour 2020.

Comme le note la Chambre « *le bilan de la SOLEAM met en exergue des ressources durables, principalement mises en place par ses actionnaires. Les capitaux propres sont stables. La société se trouve dans une situation bilancielle saine* ».

2 LA CHAMBRE A NEANMOINS PROPOSE DES PISTES D'AMELIORATION ET DE RECOMMANDATIONS SUR PLUSIEURS POINTS QUE NOUS ALLONS REPRENDRE CI-APRES

2.1 La Prise en compte des recommandations de la Chambre

- **Recommandation n°1 liée à la création de la SPLA d'intérêt national.**

La SPLA-IN est devenue opérationnelle le 17 février 2021, avec l'élection d'un nouveau Président et la désignation d'un Directeur général.

Elle doit travailler dans un premier temps sur « quatre îlots démonstrateurs » dont deux ont fait l'objet d'études opérationnelles par la SOLEAM dans le cadre de la concession grand centre ville (Pôles Noailles et Halle Delacroix).

Les craintes formulées par la Chambre sur l'empiètement de la SPLA-IN sur le territoire d'intervention de la SOLEAM sur le centre ville de Marseille, n'intègrent pas le fait que SOLEAM peut se voir confier des missions par la SPLA-IN conformément à l'article L 1531-1 du Code Général des Collectivités Territoriales : les sociétés publiques locales *« peuvent également exercer leurs activités pour le compte d'une société publique locale d'aménagement d'intérêt national sur laquelle un de leurs membres exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services»*.
En effet, la Métropole et la Ville de Marseille sont actionnaires à la fois de SOLEAM et de la SPLA-IN.

La question du positionnement de SOLEAM par rapport à la SPLA-IN a été d'ailleurs posée en Comité Stratégique du 5 Décembre 2019 et en Comité de Pilotage Grand Centre-Ville, réuni à la demande de SOLEAM le 9 Décembre 2019.

Les réponses apportées consignées au procès verbal ont été les suivantes :
«Il va s'agir de veiller à coordonner les divers acteurs du renouvellement urbain – la future SPLA-IN, l'EPF, Euroméditerranée, Marseille-Habitat, Urbanis-Aménagement, SOLEAM – par un partage des rôles pour accélérer l'action publique sur ces quartiers sans perdre le bénéfice des acquis.»

Sur *« l'ilot démonstrateur Noailles, la SOLEAM poursuivra sa mission concernant la réalisation des équipements publics Ventre-Lieutaud et Arc-Palud.*

La GOU et le PPA intégreront et coordonneront les diverses opérations en cours dont l'OGCV, dans une volonté de partenariat renforcé et non de concurrence.»

Néanmoins la SOLEAM souscrit à la recommandation n°1 de clarification par le Conseil d'Administration de la stratégie d'entreprise au regard de l'instauration du plan partenarial d'aménagement (PPA) du centre-ville de Marseille et la création de la SPLA-IN. Il est précisé que, depuis 2021, le Président de la SPLA-IN est administrateur de SOLEAM et que le Président de SOLEAM est administrateur de la SPLA-IN.

- **Recommandation n°2 relative à l'engagement des démarches pour parvenir à la cloture des concessions à l'arrêt.**

SOLEAM souscrit à cette recommandation, les démarches ont déjà été engagées pour une clôture en 2021 des concessions : Mardirossian, la Valentine et le Rouet et demande à la Métropole qu'il en soit de même pour la concession de la Barasse.

- **Recommandation n°3 relative à la mise en place d'une comptabilité analytique des coûts**

La SOLEAM prend en compte les remarques de la Chambre et va engager la mise en place progressive d'une comptabilité analytique par grands postes pour les nouvelles opérations en vue de permettre la réactualisation de la grille tarifaire et des retours d'expérience sur le déploiement de cette approche méthodologique des coûts.

- **Recommandation n°4 Mettre fin à la gestion en propre du village d'entreprises de Mourepiane**

SOLEAM prend acte de cette demande de la Chambre motivée par le fait que la SOLEAM n'est pas pleinement propriétaire du site implanté sur le domaine public maritime géré par le Grand Port Maritime de Marseille (GPMM), mais est bénéficiaire d'une convention d'occupation temporaire (COT).

SOLEAM va engager des démarches conjointes avec le GPMM et la Métropole, actionnaire majoritaire et compétent dans le domaine du développement économique, en vue d'aboutir à un montage similaire à celui du village d'entreprise de l'Anse du Pharo qui n'est pas une gestion en propre par SOLEAM mais une concession confiée par l'un de ses actionnaires.
Les conditions de sortie et/ou de transfert de la COT en cours seront analysées à cette occasion.

2.2 Les pistes d'amélioration proposées par la Chambre dans le fonctionnement de la société

2.2.1 Composition du Comité technique

La Chambre souligne l'existence et la tenue effective des comités techniques qui se sont réunis avant chaque séance du conseil d'administration , soit au moins 3 fois par an depuis 2011, afin d'examiner les points inscrits à l'ordre du jour.

SOLEAM prend note de la remarque de la Chambre sur la composition actuelle du comité technique qui ne comprend pas d'élus, conformément au règlement intérieur validé dès 2010 et souhaite que le Conseil d'Administration soit réintérrogé à ce sujet, en vue d'améliorer le contrôle analogue.

2.2.2 La gestion des ressources humaines

La Chambre relève que les entretiens du personnel sont régulièrement conduits.

La démarche de gestion prévisionnelle des emplois et compétences (GPEC) initiée en 2019 a été finalisée en 2020. Elle permettra ainsi de bâtir un plan d'emploi et des parcours de carrières visant à pérenniser les effectifs.

SOLEAM va conclure un nouvel accord d'entreprise avec les partenaires sociaux en procédant à la refonte des accords issus de Marseille Aménagement.

2.2.3 Organisation de la Commande publique

SOLEAM a conclu près de 400 marchés publics de 2010 à 2018, soit une moyenne de 44 marchés par an, ce qui représente un total cumulé de 20 millions d'euros HT pour les prestations de services et de 120 millions d'euros HT pour les travaux.

La Chambre indique que le contrôle interne est effectif mais perfectible sur les achats de la structure et l'exécution des marchés avec nécessité de renforcer l'encadrement des opérationnels.

SOLEAM a engagé un audit des contrats d'assurance, va mettre en place et contrôler l'ensemble des procédures de commande publique liées à la structure.
Sur les 400 marchés passés en 2020 et 2018, la Chambre a analysé en détail 88 marchés soit 22% représentant 92,5 millions d'euros sur 140 millions soit 66%.

La SOLEAM prend note des observations transversales à ce sujet et engagera une démarche d'amélioration pour les futurs marchés sur les délais d'exécution (évalués toutefois par la maitrise d'œuvre qui sera sensibilisée sur cet aspect), le contrôle des sous-traitants avec habilitations appropriées, le contrôle de l'éligibilité au régime de l'autoliquidation de la TVA (effectif depuis 2016), la limitation des avenants et la numérotation des ordres de services.

3 Points sur lesquels la SOLEAM entend contredire les observations de la Chambre au rapport d'observations définitives

3.1 Les produits financiers découlant des avances de trésorerie sur les mandats ne constituent pas des recettes pour la SOLEAM

Le contenu d'un mandat de maitrise d'ouvrage est déterminé par l'article L 2422-7 du Code de la commande publique.

« Article L2422-7 - Contenu du contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage
Le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage est conclu par écrit, quel qu'en soit le montant, et prévoit, à peine de nullité ...

2° Le mode de financement de l'ouvrage ainsi que les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage fera l'avance de fonds nécessaires à l'exécution du contrat ou remboursera les dépenses exposées pour son compte et préalablement définies ;

3° Les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le maître d'ouvrage aux différentes phases de l'opération.... »

L'avance versée au mandataire, dans le cadre de ses missions, est destinée au paiement des maîtres d'œuvres, des entrepreneurs et des prestataires de service.

Comme cela a été expliqué lors du contrôle , la SOLEAM a mis en place des comptes bancaires par donneur d'ordres actionnaire, qui sont totalement distincts des comptes société, structure SOLEAM.

Ces comptes par actionnaire permettent la gestion des encaissements des avances par opération et des décaissements nécessaires à l'avancée des opérations, qui en mandat ne peuvent être débiteurs.

Par conséquent il ne peut y avoir de confusion entre ce qui relève des opérations et ce qui relève des comptes de la société. C'est ainsi que les seuls produits

financiers reportés au compte de résultat de la société sont liés à des placements de la structure seule (capital social et partie de rémunération), dont des dépôts à terme et un livret B. La sincérité des comptes établis par l'expert comptable est attestée par le commissaire aux comptes.

Il n'y a jamais eu de produits financiers sur les mandats depuis 2010, donc SOLEAM ne tire aucun bénéfice pour elle même des avances versées par les collectivités pour faire face aux dépenses des opérations.

A défaut d'avance suffisante, il est nécessaire de recourir à des préfinancements qui ont un coût pour la collectivité ou peuvent engendrer des intérêts moratoires à verser aux entrepreneurs et prestataires.

SOLEAM convient qu'il faudrait que les conventions prévoient de manière expresse l'utilisation qui doit être faite de ces avances et le cas échéant avec autorisation de placement à court terme (puisque les comptes courant ne produisent plus actuellement de produits financiers) dont le bénéficiaire ne pourrait être que la collectivité.

La Chambre ne peut donc affirmer en conclusion du rapport de manière péremptoire que la société « *vit sur les avances de trésorerie des collectivités* » .

3.2 Le cumul autorisé par le Conseil d'administration du mandat social du directeur général avec un contrat de travail est permis tant en droit des sociétés qu'en droit du travail

SOLEAM ne partage pas l'analyse de la Chambre sur le caractère, selon elle, *« contestable du cumul des fonctions de direction générale et de direction opérationnelle. »*

En effet, il convient de préciser que M. M travaillait comme salarié, pour la Société d'Economie Mixte Marseille Aménagement depuis 1990, qu'il était depuis 2009 « Directeur Général Adjoint », fonction qui en l'absence de mandat social, dans les faits correspondait à un poste d'Adjoint Technique du Directeur Général ou de Directeur Opérationnel (confirmée par courrier du PDG de Marseille Aménagement en 2013).

A la création de SOLEAM le 30 Mars 2010, un véhicule de fonction a été attribué par SOLEAM à M.M, au titre du mandat social, en tant qu'avantage en nature correspondant au seul élément de rémunération du Directeur Général de SOLEAM.

Alors pourtant que la Chambre a bien pris en compte les fonctions de salarié de M. M. en tant que Directeur Opérationnel de Marseille Aménagement entre le 30/10/2010 et le 28/11/2013, période pendant laquelle il a « *valablement conservé sa qualité de salarié de la société Marseille Aménagement»,* elle remet en cause ce cumul à compter de la fusion-absorption de Marseille Aménagement par SOLEAM, en novembre 2013.

Or préalablement à la fusion-absorption de Marseille Aménagement par SOLEAM, le Professeur Michel BUY, de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, spécialisé en droit du travail et en protection sociale en tant que dirigeant du Master spécialisé de l'Institut du Droit des Affaires consulté à ce sujet, avait estimé tout à fait possible le transfert du contrat de travail préexistant de Monsieur M. avec Marseille Aménagement à la SOLEAM sur la base de l'article L 1224-1 du code du travail.
Le Professeur Buy indiquait qu' « *on peut noter que dans cette hypothèse de maintien du contrat de travail en application des dispositions de l'article L 1224-1 du code du travail, le contrat de travail de M. M. n'aurait pas à être soumis à l'autorisation préalable du conseil d'administration de SOLEAM car il s'imposerait à celle-ci par l'effet de la loi. Nous pensons toutefois qu'il faudrait quand même en informer le conseil d'administration* »

En conséquence, préalablement à la fusion, un avenant au contrat de travail de Monsieur M., a été signé le 12 Novembre 2013, et stipule notamment que « les fonctions techniques » que Monsieur M. exerçait « chez Marseille Aménagement en qualité de Directeur Opérationnel seront... transférées à la SOLEAM ».

La Chambre a pris acte que le mandataire social bénéficiait d'un contrat de travail, antérieurement à sa nomination à ce poste, contrat de travail transmis de par la loi suite à la fusion absorption.

Le conseil d'administration de SOLEAM a été informé et s'est prononcé explicitement à trois reprises sur la poursuite du contrat de travail du dirigeant :

* Le 26 novembre 2013, le Conseil d'Administration est destinataire d'une « *information sur le cumul du mandat social du directeur général, avec un contrat de travail à l'issue de la fusion-absorption* ».

* le 26 juin 2014, le Conseil d'Administration confirme Monsieur M. « *dans ses fonctions de Directeur Général pour une durée de 5 années supplémentaires étant précisé que Monsieur M. reste, sans modification de rémunération, titulaire de son contrat de travail en date du 1er janvier 1990 suite à la fusion-absorption de Marseille Aménagement par SOLEAM le 28 Novembre 2013 à l'issue de laquelle il se trouve en charge des départements opérationnels de la société. Le Conseil prend bonne note du cumul par Monsieur M. de son contrat de travail et de son mandat social qu'il autorise expressément.* »

* le 1er octobre 2019 (au-delà de la période de contrôle de la Chambre),le Conseil d'Administration confirme Monsieur M. dans ses fonctions de Directeur Général pour une durée de 5 années supplémentaires dans les mêmes termes que lors du Conseil d'Administration du 26 Juin 2014 en ce qui concerne le cumul mandat social-contrat de travail avec autorisation expresse.

Dans ces circonstances, c'est de façon erronée que la Chambre émet des doutes sur la réalité des fonctions de salarié du dirigeant, ce sont ces doutes qui la conduisent à contester le cumul.

Tout d'abord, l'opinion du Professeur BUY du 12 mars 2012 mentionne plusieurs arrêts de la Cour de cassation qui admettent l'existence d'une subordination juridique pour :

- « un directeur général de fondation » qui « pouvait exercer des fonctions techniques, scientifiques et d'enseignement, distinctes de ses fonctions de direction, dans un état de subordination envers la fondation » (Cass.soc 23 janvier 2002 n°00-40.825)

- « un PDG de société anonyme qui exerçait les fonctions de comptable » (Cass.soc 18 avril 2008 n°07-40842)

Dans certains cas, il arrive à la Cour de cassation « *d'invoquer l'absence de participation au capital pour retenir la subordination juridique* ». C'est le cas de Monsieur M., qui n'est pas présent au capital de SOLEAM, puisque celui-ci ne peut être détenu que par des Collectivités Publiques.

Par ailleurs, « *la Cour de cassation justifie parfois ses décisions par le fait que le mandataire social est soumis à un pouvoir hiérarchique suffisant, exercé par un actionnaire important ou par le conseil d'administration.* » (Cass.soc 25 février 1998 n°86-44848 ; Cass.soc 28 mars 1979 n°77-41615 ; Cass.soc 6 novembre 1991 n°90-41183, Cass.soc 30 juin 1993 n°90-40799, CA Rouen 29 novembre 2000 RJS 7/01 n°941)

Tel est bien le cas de Monsieur M., mandataire social d'une Société Publique Locale, Société Anonyme au statut particulier puisqu'elle est soumise au contrôle analogue, c'est-à-dire que les collectivités actionnaires exercent en qualité d'actionnaire, le même contrôle que celui qu'elles exercent « *sur leurs propres services* », sur lesquels elles disposent d'un pouvoir hiérarchique.

La contestation de la subordination juridique du salarié par ailleurs mandataire n'a pas été soulevée par la Chambre lors du contrôle de la SEM Marseille Aménagement (rapport définitif du 07/10/13) pour le Directeur Général de Marseille Aménagement entre 1998 et 2013 qui cumulait un mandat social et une fonction salariée de « Directeur Opérationnel » sans que la Chambre y trouve à redire alors qu'aucun contrôle analogue des collectivités ne s'exerçait en SEM. C'est notamment en raison de cette absence de remarques sur ce point par la Chambre que SOLEAM a reconduit les dispositions existantes relatives à la SEM Marseille Aménagement.

Par ailleurs, toutes les jurisprudences citées par la Chambre sont des décisions antérieures à 2013 et ne concernent que des Présidents directeurs généraux, ce que n'a jamais été Monsieur M. et ce qui n'est pas possible puisque seul un élu d'une collectivité actionnaire peut être désigné Président.

Nous remarquons néanmoins le souhait de la Chambre de voir que le contrôle du directeur opérationnel par le Conseil d'administration soit plus formalisé.

La SOLEAM note que la mise en évidence, dans l'organigramme de la société , du directeur opérationnel , en plus du directeur général serait de nature à lever les ambiguïtés à ce sujet.

Par ailleurs, le bulletin de salaire de M.M comportait bien une omission matérielle, en faisant apparaître directeur général et non directeur opérationnel. Cette omission est d'autant plus évidente quand on regarde la date d'ancienneté figurant sur ce bulletin, à savoir 1er janvier 1990, alors que Monsieur M. n'est directeur général que depuis 2010. Cette erreur a été corrigée en mai 2020.

L'analyse du Professeur BUY du 12 mars 2012 mentionne que « *la Cour de cassation a admis la distinction effective entre fonctions techniques et fonctions sociales dès lors qu'il y a eu maintien des attributions d'un directeur technique.* »

Depuis 2013, M.M est en charge en tant que Directeur Opérationnel des départements opérationnels de la Société : Aménagement, Construction et Renouvellement Urbain, comme il l'était auparavant à Marseille Aménagement en tant que Directeur Général Adjoint.

Il apparaît clairement que M.M. participe à des réunions opérationnelles ou/et techniques qui n'ont rien à voir avec le rôle d'un mandataire social, qui est de « *représenter la société dans ses rapports avec les tiers, de nommer et révoquer tous agents de la société, de fixer leurs traitements, salaires et gratifications, de percevoir toutes sommes dues à la société et payer celles qu'elle doit, d'autoriser toutes acquisitions et cessions de biens immobiliers et mobiliers, de consentir, d'accepter, de céder ou de résilier tous baux, contrats de mise à disposition et de conclure tout contrat de prestation de services et de location de biens meubles, de statuer sur tous traités, marchés, soumissions, adjudications, de faire ouvrir à la Société, dans les établissements de crédit ou de banques, tous compte, de souscrire, endosser, accepter et acquitter tous chèques, traites, billets à ordre, lettres de change, d'autoriser tous prêts et avances au personnel de la Société, de contracter tous emprunts, de consentir toutes hypothèques et antichrèses, tous nantissements sur les biens de la Société, d'exercer toutes actions contentieuses, d'autoriser tous compromis, transactions, acquiescements et désistements, toutes antériorités et subrogations, toutes mainlevées d'inscriptions, saisies, oppositions, de déterminer les placements des sommes disponibles et de régler l'emploi des fonds de réserves de toute nature, des fonds de prévoyance et d'amortissement.* ».

Il est donc impossible d'assimiler ces tâches à des fonctions techniques d'une Société Publique Locale intervenant dans les domaines de l'aménagement, de la construction et du renouvellement urbain.

Monsieur M. participe à tous les comités techniques avec des Directeurs des Services Techniques, des Directeurs de l'Urbanisme, des Directeurs de l'Aménagement, des Directeurs des Constructions Publiques et des agents

opérationnels des collectivités publiques actionnaires (16 réunions de 2014 à 2018) hors de la présence d'administrateurs ou d'élus.

Au surplus, le fait que M. M. soit qualifié de Directeur Général dans d'autres comptes-rendus n'est en rien probant pour montrer que ce n'est pas en tant que Directeur Opérationnel qu'il intervient à cette réunion. Il s'agit simplement du titre le plus élevé de M. M. dans l'organisation de SOLEAM, qui est employé de façon usuelle.

Par ailleurs entre le 28 Novembre 2013 et le 31 décembre 2018, Monsieur M. a participé à 38 réunions avec le Président de SOLEAM, l'Adjointe à l'Urbanisme de la Ville de Marseille et Présidente de l'AGAM et Monsieur R. , ayant occupé différentes fonctions opérationnelles et techniques à la Ville de Marseille et à la Métropole Aix-Marseille Provence.
La lecture des ordres du jour de ces réunions montre que Monsieur M. n'apparait pas en tant que Directeur Général et que la part consacrée à l'activité opérationnelle de la société est prépondérante dans ces réunions.

La formation et l'expérience technique de Monsieur M. justifient pleinement son intervention en tant que Directeur Opérationnel de SOLEAM.
A ce titre, il exerce les missions de management des équipes opérationnelles (hors Secrétariat Général et fonctions supports) et d'expertise technique.

Il assure ainsi :

- la gestion et l'animation de 3 équipes opérationnelles Aménagement, Construction et Renouvellement Urbain
- la gestion de l'activité opérationnelle de ces trois équipes au regard des objectifs et des calendriers fixés : montages administratif et financier des opérations, établissement des contrats et avenants, supervision de la commercialisation des opérations, encadrement de la gestion financière des opérations (pilotage global de la production des bilans et CRAC d'opération.
- Un appui technique pour les relations avec les interlocuteurs professionnels de la construction et de l'aménagement :
    - Relecture technique et validation des dossiers de consultation des prestataires : maîtrise d'œuvre (avec cas spécifique des concours), contrôleur technique, coordonnateur sécurité protection de la santé, OPC (Ordonnancement, Planification, Coordination) et entreprises
    - Relecture technique et validation des rapports d'analyse des candidatures et des offres

- Relecture technique et validation des Ordres de Service adressés aux prestataires
- Relecture technique et validation des avenants aux marchés passés avec les prestataires techniques
- Conseil et intervention pour des réunions, des courriers et des comptes-rendus à fort contenu technique en liaison avec des prestataires professionnels dans les domaines de la construction et de l'aménagement : architectes, géomètres, ingénieurs, bureaux d'études techniques, géotechniciens, bureaux de contrôle, coordonnateur sécurité protection de la santé, prestataire OPC (Ordonnancement, Planification, Coordination), programmistes, archéologues, concessionnaires réseaux, Architecte des Bâtiments de France, Conservateur des Monuments Historiques.
- Examen des aspects techniques des contentieux de la société : réclamation chantier, sinistre travaux, garantie décennale, dommages ouvrages.

- Et un rôle d'interface technique auprès des instances extérieures (promoteurs, BET, prestataires techniques, architectes, urbanistes, notaires...).

L'argument développé par la Chambre selon lequel parce que M. M. est accompagné par un Directeur de Département et/ou un Responsable de Programmes, est présent à une réunion ou à un comité en tant que Directeur Général et non en tant que Directeur Opérationnel n'est pas fondé.

Comme cela a été précisé en cours d'examen de gestion à la Chambre par note d'avocat spécialisé :

- Aucune disposition spécifique aux SA n'interdit le cumul entre un mandat de Directeur Général et un contrat de travail,
- Aucune disposition de droit des sociétés anonymes (SA) n'empêchant le cumul entre un mandat social de DG et un contrat de travail, ce cumul est autorisé et fait l'objet d'une admission de principe par la jurisprudence en matière de Société Anonyme à Conseil d'Administration,
- Le contrat de travail doit concerner l'exercice de fonctions techniques distinctes du mandat de Directeur Général, dans le cadre d'un lien de subordination et faisant l'objet d'une rémunération distincte de celle de du mandat de DG.

Il n'y a pas d'équivoque sur la rémunération distincte pour la fonction salariée portant clairement sur des fonctions techniques et celle de mandataire social très explicite dans les procès verbaux des Conseils d'Administration.

Le Directeur Général, dans l'exercice de son mandat social, comme le Directeur Opérationnel, dans ses fonctions techniques, sont étroitement subordonnés au Président et aux représentants des Collectivités Actionnaires comme le démontrent très clairement les 38 réunions menées de fin 2013 à 2018 portant sur les opérations de SOLEAM qui font l'objet de reporting constant et de décisions prises par l'autorité de contrôle et non de manière autonome par le Directeur Opérationnel.

La remarque de la Chambre concernant l'assurance chômage doit être contrebalancée par la réalité que la plupart des mandatataires sociaux font prendre en charge par la société qui les désigne, une couverture assurantielle spécifique « perte d'emploi » qui peut se révéler largement plus coûteuse que la cotisation d'assurance chômage d'un cadre supérieur salarié.

En tout état de cause, le Conseil d'administration de la SOLEAM qui s'est prononcé à 3 reprises, sera réinterrogé sur cette situation et déterminera si des formalisations supplémentaires comme celles suggérées par la Chambre, sur l'organigramme et le lien de subordination au Conseil d'administration du directeur opérationnel, s'avèrent nécessaires pour lever toute ambiguité.

3.3 Le mandat de démolition de l'immeuble du 15 rue de la Fare (13001) nécessitait le recours à un marché de démolition en urgence impérieuse au vu du rapport alarmant de l'expert désigné par le Tribunal administratif

La SOLEAM exerce son activité pour le compte des collectivités locales membres, notamment dans le cadre de mandats de maîtrise d'ouvrage ou de concessions d'aménagement.

Le contexte dans lequel une mission est confiée par une collectivité à la SOLEAM est étranger au bon déroulement de l'action de la SOLEAM.

Ainsi, le fait que la Ville de Marseille ait d'abord cru que l'immeuble situé 15 rue de la Fare appartenait à la SOLEAM puis qu'un mandat de maîtrise d'ouvrage ait été signé, est extérieur à l'action de la SOLEAM. Etant précisé que la SOLEAM a signalé cette erreur dès réception de l'arrêté de péril imminent du 17 novembre 2018.

L'approbation de la convention écrite de mandat a eu lieu par délibération du 20 décembre, soit dans le mois qui a suivi la notification de l'arrêté de péril imminent du 17 novembre 2018.

S'agissant des critiques formulées dans le cadre du Rapport d'observations définitives, la Chambre s'écarte donc de l'examen de gestion de l'entité SOLEAM.

SOLEAM ne pouvait faire autre chose que d'accepter le mandat que lui confiait la Ville de Marseille, dans des circonstances d'urgence évidentes et incontestables au vu de la situation décrite par l'expert désigné par le Tribunal Administratif de MARSEILLE .

Indépendamment de l'analyse de la Chambre, il était inconcevable au vu de l'imminence du péril pointé par l'expert judiciaire désigné par le TA de Marseille (« *Façade présentant un gonflement prononcé vers l'extérieur, par une poussée des parties communes et des pénétrations d'eau de pluie par la toiture ; un ensemble d'étaiement supporte les escaliers, une grande fissure traversante présente au RC, des cloisons supportant des flambages importants liés à la compression des étages supérieurs, menace à tout moment de s'effondrer entraînant une hute de la façade sur la rue. Une menace imminente existe sur cet immeuble avec une très forte probabilité d'entraîner dans sa chute l'immeuble voisin du n°13* ») de ne pas recourir à la procédure d'urgence impérieuse pour faire cesser dans le délai le plus bref tout risque d'atteinte à la sécurité des personnes et des biens avoisinants.

Cette situation d'urgence impérieuse a justifié la passation par la SOLEAM, d'un marché de travaux de démolition négocié sans mise en concurrence (article 30-I-1° du décret n°2016-360 du 25 mars 2016), pour un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées.

Contrairement aux affirmations de la Chambre, l'urgence impérieuse trouve parfaitement à s'appliquer à ce cas d'espèce, comme le rappelle d'ailleurs la doctrine administrative dans la note Direction des Affaires Juridiques (DAJ) de Bercy consacrée à « l'urgence dans les contrats de la commande publique » (actuellement à jour au 4 avril 2019).

La DAJ de Bercy rappelle à cet égard que les acheteurs peuvent passer des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence sur le fondement de l'urgence impérieuse pour « *entreprendre la réfection des voies gravement endommagées* » ou pour « *consolider les ouvrages menaçant de s'effondrer* », (alors même qu'un tel recours est interdit pour la reconstruction de bâtiments déjà effondrés).

Au delà de la doctrine de Bercy, le Juge administratif a établi depuis très longtemps que les conditions du recours à l'urgence impérieuse en de pareils cas ne souffrent pas de discussion ou de débats.

C'est ainsi que dès 1902, comme le faisait observer le commissaire du gouvernement Romieu dans la très célèbre décision Tribunal des Conflits, 2 décembre 1902 sur la Société immobilière St Just : *« La règle de droit public que nous venons d'énoncer et d'après laquelle l'obéissance aux actes de puissance publique est assurée au moyen des sanctions pénales confiées à la juridiction répressive, se trouve insuffisante ou inopérante dans deux cas.*
C'est d'abord le cas d'extrême urgence, entendu dans le sens de péril imminent pour la sécurité, la salubrité, le bon ordre : l'administration est alors investie du droit de prendre des mesures provisoires et de pourvoir d'office à ce qui est nécessaire** ; certaines lois le prévoient expressément, comme la loi du 29 flor. an X sur la grande voirie, la loi du 21 juin 1898 sur la police rurale : mais il n'est pas besoin de textes en cette matière ; tout le monde reconnaît **qu'il est de l'essence même du rôle de l'Administration d'agir immédiatement et d'employer la force publique sans délai ni procédure, lorsque l'intérêt immédiat de la conservation publique l'exige. »

En l'espèce, les conclusions de l'expert judiciaire étaient sans équivoque sur la menace immédiate d'un effondrement de l'immeuble et des immeubles voisins . Le recours à la notion d'urgence impérieuse se justifiait opérationnellement et juridiquement pour éviter un potentiel effondrement sur la voie publique et une réaction en chaîne sur les autres bâtiments.

SOLEAM a ainsi fait toutes diligences pour mener à bien ce mandat, dans le contexte considéré et en période de Noël.

S'il n'appartient pas à la SOLEAM de déterminer s'il eut fallu intervenir antérieurement à sa désignation , la Chambre ne démontre en rien que la réalisation par la SOLEAM de la mission de démolition aurait alourdi le coût de la prestation.

Contrairement aux affirmations de la Chambre, la SOLEAM est bien intervenue dans le cadre d'un mandat écrit de la Ville de Marseille, et sa rémunération est conforme à la grille de rémunération tarifaire de la SOLEAM applicable à tous ses actionnaires, qui stipule que pour des montants inférieurs à 500 000 € HT, la rémunération est « *à étudier et à chiffrer au cas par cas* ».
Il est donc fallacieux d'affirmer que la rémunération de la SOLEAM se situe bien au delà de la rémunération habituelle des mandats qui lui sont confiés.

Postérieurement à la démolition, et dans le cadre de l'avenant n°1 à la convention de mandat précitée, la SOLEAM a eu en charge la gestion des gravats et déchets dont la composition n'avait pu être précisément analysée pour des motifs se rapportant à la sécurité publique. Ce marché a d'ailleurs été passé dans le cadre d'une procédure de droit commun et non dans une procédure d'urgence, qui là ne s'imposait pas.

3.4 Le mandat de construction de la bibliothèque interuniversitaire (13001) a certes connu une modification de son programme en cours de réalisation de chantier du fait du futur utilisateur (Aix Marseille Université) mais les modifications induites ont été réalisées conformément aux dispositions des règles de la commande publique et de la Loi sur la Maîtrise d'Ouvrage Publique (MOP)

Comme le souligne la Chambre, ce mandat anciennement confié par la Ville de Marseille à la SEM Marseille Aménagement en 2009, est un montage contractuel atypique puisqu'il s'agissait de construire un équipement « *in fine* » pour le compte d'un Établissement d'État, devenu durant l'exécution du Mandat, et suite à la fusion de trois universités, Aix-Marseille-Université, à partir du 1er janvier 2012.

C'est dans ce cadre d'intervention, que la Ville de Marseille mandant et maître d'ouvrage délégué de la Région au titre du contrat de plan État-Région (CPER 2007-2013) va subir les effets induits de la fusion d'Aix-Marseille-Université par rapport au programme initial de réalisation de l'ouvrage.

Ces modifications sont notamment énoncées par le courrier du 11 février 2015, du Président d'Aix-Marseille-Université (AMU), Monsieur B. à la Ville de Marseille.

Ce dernier indiquait alors que le programme avait été élaboré au début des années 2000 et que le nouveau schéma directeur induisait une nouvelle réflexion sur l'usage des bibliothèques et que de ce fait il n'était plus nécessaire de disposer d'autant de surfaces et qu'en conséquence un plateau entier pouvait être utilisé pour d'autres activités d'enseignement, ce qui imposait des adaptations en cours de construction.

La Chambre pourra observer qu'il eut été largement préférable pour la bonne conduite du projet de construction que ces modifications eussent été connues dès la fusion en 2012, soit corrélativement à la phase d'études de la Maîtrise d'œuvre et non après le démarrage de la construction au 1er octobre 2014. Il est regrettable que la Chambre n'ait pas pris en compte ce contexte étranger à la gestion de la SOLEAM et à l'action de la Ville de Marseille.

Concernant la durée du mandat, la Chambre fait une erreur d'interprétation entre les durées d'exécution du marché (47 mois) auquel il convient de rajouter les 12 mois relatifs à la garantie de parfait achèvement de l'ouvrage (GPA) qui continuent de solliciter l'action du mandataire, soit 59 mois.

La délibération du conseil municipal du 15 décembre 2008 qui mentionne un délai de 60 mois est donc conforme aux délais d'exécution plus garantie de parfait achèvement.

D 'ailleurs cette présentation de la durée du mandat sera reprise chaque fois selon ce formalisme, dans le corps des motifs de chaque avenant (avenant n°1 à 5) portant ainsi la durée du mandat de 59 mois (47+12 = Acte d'Engagement initial) à 108 mois (96 + 12), les justifications d'augmentation de la durée du mandat étant précisées dans le motif de chaque avenant et de sa délibération afférente.

L'avenant n°5 a prolongé la durée du mandat jusqu'à la fin de garantie de parfait achèvement de l'ensemble des lots des marchés de travaux soit jusqu'au 31 janvier 2018 et il a été signé le 8 janvier 2018 , date non postérieure à la fin du mandat.

Il est également erroné de considérer que la rémunération du mandataire est «*stricto sensu* » corrélée avec l'enveloppe travaux. Il ne s'agit pas d'un contrat de maîtrise d'œuvre.
La part des travaux à réaliser est un des paramètres mais pas le seul, les modifications, la complexité de la modification du programme en phase exécution travaux et l'augmentation des durées de suivi (de 60 mois à 108 mois) sont également des critères de la rémunération négociée entre le mandant et le mandataire.

3.4.1 Le marché de maîtrise d'œuvre a été modifié en cours de phase d'exécution de chantier de manière régulière conformément aux dispositions de forme et de fond exigées par le droit de la commande publique alors en vigueur concernant les marchés négociés complémentaires

En préliminaire, il convient de rappeler que Marseille Aménagement préalablement à la création de la SOLEAM, avait obtenu un mandat de construction, en 2007, après mise en concurrence, alors même qu'un concours de maîtrise d'œuvre avait été lancé par la Ville de Marseille. C'est en raison d'un problème d'insuffisance budgétaire et non de changement important dans le projet, comme le soutient la Chambre, que le concours a été déclaré sans suite ; qui plus est à une phase bien antérieure à celle d'un chantier en cours.

Après budgétisation et relance,le marché de maîtrise d'œuvre en groupement a été attribué par Marseille Aménagement après concours et sélection par un jury de la Ville de Marseille,le 30 novembre 2010.

Ce marché n°11-01, a été notifié le 16 mars 2011 au groupement retenu et l'Ordre de Service de démarrage des prestations a été notifié le 4 avril 2011.

Concernant le marché complémentaire n°15-47 au marché de maîtrise d'œuvre n°11-01, les conditions de recours à cette procédure prévue par le Code des marchés publics sont clairement explicitées dans le rapport de présentation exposé à la Commission d'appels d'offres de la Ville de Marseille du 23 juin 2015 (donc 4 ans après démarrage de la mission) et a donc fait l'objet d'une validation préalable par la Direction de la commande publique de la Ville de Marseille, comme pour tout dossier devant être présenté en Commission d'Appel d'Offres.

Ce marché négocié fait l'objet d'une délibération du Conseil municipal n°15/0665/ECSS du 29 juin 2015 et d'une transmission au contrôle de légalité, sans observation de la Préfecture.

Ladite délibération constitue ainsi une excellente synthèse de ce mandat.

Pour autant la Chambre soutient que le bouleversement du programme de construction de la bibliothèque interuniversitaire aurait conduit à des irrégularités, ce qui relève d'une appréciation erronée tant de la teneur des modifications demandées par la maîtrise d'ouvrage que des textes alors en vigueur sur les possibilités légales d'avoir recours à des avenants ainsi qu'à des marchés complémentaires.

Au préalable, il convient de rappeler que les modifications de programme sur une surface de 1800 m² sur les 8000 m² du projet ont été demandées par le Président de l'Université, M.B par courrier du 11 février 2015, alors même que l'immeuble était en cours de construction depuis 9 mois !

Cette information est essentielle puisque toute la phase de conception intellectuelle de l'ouvrage est achevée depuis longtemps. Le marché de maîtrise d'œuvre est exécuté à 70% et en est à la phase DET (Direction de l'exécution des travaux).

Le démarrage des études ayant débuté le 4 avril 2011, à la date de passation du marché négocié complémentaire, les missions (au sens de la loi MOP) suivantes avaient déjà été réalisées et payées:

- ESQ : Esquisse à 100% = 68 399,12 euros HT
- APS : Avant Projet Sommaire à 100 % = 136 798,24 euros HT
- APD : Avant Projet Définitif à 100% = 232 557,01 euros HT
- PRO : Etudes de Projet à 100 % = 259 916,66 euros HT
- ACT : Assistance pour la passation des contrats de travaux à 100% = 95 758,77 euros HT
- VISA : VISA des études d'exécution à 100% = 124 118,42 euros HT

La mission Direction Exécution Travaux (DET) est déjà démarrée depuis le 1er octobre 2014, et son avancement au 31 mars 2015 (cf. situation n°12 , reçue le 20 avril 2017 pièce f) est de 31,50% de la mission Direction Exécution Travaux de maîtrise d'œuvre, soit 116 346,90 euros Ht sur un total de mission de 369 355,25 euros HT.

C'est ainsi qu'à ce stade d'avancée du chantier 909 776,70 euros Ht ont déjà été payés pour les études de maîtrise d'œuvre sur un total de 1 367 982,40 euros Ht.

La Chambre soutient pourtant « *qu'au regard de l'importance de ces modifications et de leur impact sur le projet , une nouvelle consultation* ***aurait vraisemblablement*** *dû être lancée pour choisir un nouveau maître d'œuvre,* ***éventuellement différent****, la même observation pouvant être formulée pour les marchés de travaux.* »

Dans sa critique, la Chambre n'a pas pris en compte que les marchés de travaux étaient en cours d'exécution et que la SOLEAM n'avait aucune justification légale pour résilier ces marchés.

D'une part la SOLEAM aurait été exposée à un risque contentieux très élevé, avec la possibilité que le juge administratif impose une reprise des relations contractuelles (en l'absence de faute des titulaires des marchés et de tout motif d'intérêt général).

D'autre part, le coût de résiliation du marché de maîtrise d'œuvre et de tous les marchés de travaux se rapportant à l'opération aurait été exorbitant.

Dans ce contexte, la Ville de Marseille et la SOLEAM ont acté d'une modification de la convention de mandat et les marchés de maîtrise d'œuvre et de travaux ont été modifiés conformément aux textes alors applicables.

o 3.4.1.1 Une convention de mandat légalement modifiée

La Chambre confond le régime du mandat de maîtrise d'ouvrage applicable en l'espèce et le régime des marchés publics, ce qui la conduit à une analyse erronée.

La Chambre s'est fondée sur le régime juridique applicable aux avenants aux marchés publics pour conclure à la présence d'un bouleversement profond de l'économie de la convention de mandat.

La Chambre a ainsi tenté de caractériser une évolution du coût du mandat à un pourcentage supérieur à 10 % du montant initial, ce qui pour une SPL en quasi régie ne constitue pas une difficulté contrairement à des prestataires soumis à mise en concurrence.

Conformément à l'article 3 de la loi MOP, le mandataire agit au nom et pour le compte de la maîtrise d'ouvrage, en vue de la réalisation des ouvrages définis par la convention de mandat.

Par courrier du 11 février 2015, le Président d'Aix-Marseille-Université a demandé des modifications du programme de travaux de construction de la bibliothèque universitaire à la Ville de Marseille.

Ces modifications ont été intégrées par avenants successifs dans la convention de mandat que la SOLEAM était en charge d'exécuter.

o 3.4.1.2 un marché de maîtrise d'œuvre légalement modifié

Sans revenir sur l'historique de ce mandat qui a été décrit supra, plusieurs avenants et marchés complémentaires ont été signés entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre pour tenir compte des éléments de mission qui se sont révélés indispensables à la réalisation de l'ouvrage jusqu'à son terme, selon les règles de l'art.

Ces avenants et marchés complémentaires ont tous été transmis au contrôle de légalité et n'ont fait l'objet d'aucune observation de la Préfecture.

Juridiquement, les articles 20 et 35-II, 5° du Code des marchés publics alors en vigueur régissaient respectivement les conditions de recours aux avenants et aux marchés complémentaires (entrant dans la catégorie des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence).

Le guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics à jour en septembre 2014 n'opérait aucune confusion entre les deux techniques juridiques en informant les acheteurs de la sorte :

« L'avenant doit être distingué des marchés complémentaires négociés sans publicité préalable et mise en concurrence (art. 35, II-4° et 5°). Ces marchés complémentaires sont des nouveaux marchés dont le montant cumulé, pour les marchés complémentaires de services et de travaux, ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial »

C'est la raison pour laquelle ces marchés complémentaires ont des numérotations distinctes des marchés initiaux et un régime d'exécution financière et contractuelle propre.

Dans le même sens, la Direction des affaires juridiques de Bercy a toujours admis l'autonomie des marchés complémentaires, comme cela ressort de sa fiche technique intitulée « modalités de modification des contrats en cours d'exécution ». Cette fiche a été mise à jour au 3 janvier 2019 et précise qu'il n'est plus possible de passer de tels marchés complémentaires de travaux depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

Il sera remarqué que les marchés complémentaires en cause ont été conclus avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Concernant précisément les marchés de maîtrise d'œuvre, le Conseil d'Etat considérait que les modifications de programme ou de prestations décidées par le maître d'ouvrage pouvaient donner lieu à une rémunération supplémentaire du maître d'œuvre (CE, 7e et 2e ss-sect. réunies, 29 sept. 2010, Babel, n° 319481, Lebon T), y compris en l'absence d'avenant ou d'une décision à portée contractuelle (CE, 10 février 2014, n°365828).

Enfin, sous l'empire du code des marchés publics alors en vigueur, la jurisprudence admettait également l'usage successif d'avenants ou de marchés complémentaires concernant la même opération de construction (TA Versailles, 8 mars 2016, OTEIS, n° 1103438 ; CAA Bordeaux, 16 déc. 2016, Inédit au Recueil Lebon, n° 16BX01714)

- En premier lieu, la Chambre omet ici le contexte de la passation du marché complémentaire n°15-47 au marché de MOE n°11-01 du 23 juin 2015.

En effet, ce marché complémentaire a été conclu pour prendre en compte les modifications de programme demandées par le Président d'Aix-Marseille-Universitaire, M.B. (tiers au contrat mais utilisateur futur), alors même que le marché de maîtrise d'œuvre était exécuté à plus de 70 %.

La résiliation d'un tel marché de maîtrise d'œuvre, sans motif juridique pertinent aurait fait courir un risque contentieux inconsidéré à la SOLEAM, étant précisé que le juge administratif aurait pu in fine lui imposer une reprise des relations contractuelles.

La résiliation d'un tel marché de maîtrise d'œuvre aurait eu en outre pour conséquence immédiate de stopper la construction de l'ouvrage, avec le risque de ne pas parvenir à son achèvement.

Une telle mesure de résiliation (sans faute de la maîtrise d'œuvre) aurait eu des impacts financiers désastreux puisque la maîtrise d'ouvrage aurait été dans l'obligation d'indemniser le maître d'œuvre (mais également la totalité des intervenants à l'opération de travaux), et de financer une deuxième fois une nouvelle équipe de maîtrise d'œuvre pour la réalisation des mêmes prestations intellectuelles, ce que la Chambre n'aurait pas manqué de reprocher à SOLEAM à fort juste titre.

- En second lieu, la SOLEAM conteste l'appréciation de la Chambre qui considère que le projet a été modifié de manière substantielle de sorte que l'ouvrage final n'est plus comparable par sa consistance et ses fonctionnalités au projet initial.

Il convient là aussi de s'en référer à la synthèse de la délibération du Conseil municipal n°15/0665/ECSS du 29 juin 2015.

La forme du bâtiment n'est en rien modifiée, ni les hauteurs, ni le nombre d'étages, ni la surface développée et la destination est inchangée à savoir d'héberger des activités universitaires de recherche et d'enseignement, ces points sans équivoque et incontestables sont clairement explicités dans la demande de Permis de construire modificatif.

Ces modifications sont techniquement significatives à ce stade d'avancée de l'exécution des travaux (9 mois, fondations et infrastructures réalisées) mais elles consistent uniquement à redistribuer 1800m2 sur la totalité des 8000 m2 pour en faire essentiellement des salles de cours, en lieu et place d'une grande surface de

la bibliothèque (1200 m2) devenue non nécessaire à AMU dans le cadre de sa réorganisation, et en lieu et place de 600 m2 de divers locaux. Il ne s'agit donc pas de changer la nature globale de l'ouvrage.

Dans le cadre de sa délibération, la maîtrise d'ouvrage mesure les conséquences de ces demandes tardives mais les juge indispensables pour le bon fonctionnement des services de l'Université devant y être hébergés.

C'est bien dans ce cadre qu'il est demandé au groupement de Maitrise d'oeuvre de prendre en compte la réalisation de l'étude des modifications de programme demandées par les utilisateurs à travers un marché négocié complémentaire, conformément à l'article 35 II 5 du Code des marchés publics.

- En troisième lieu, la Chambre se fonde succinctement sur un arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1992, pour écarter le sujet sensible des droits de l'architecte sur son œuvre.

Pourtant, l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle reconnaît un droit d'auteur défini comme un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.

Ce droit d'auteur qui est reconnu à l'architecte se décompose notamment en un droit au nom, un droit de repentir et un droit au respect de son œuvre.

Le droit au respect de l'œuvre est « un droit en principe absolu » (Selon les termes de Rémi Rouquette). Le droit au respect de l'œuvre interdit ainsi au maître de l'ouvrage d'intervenir sur l'œuvre sans raison valide, que ce soit pour ajouter des bureaux (CE, 5 janvier 1977), diviser une maçonnerie (CAA Bordeaux 27 décembre 1990, n° 91BX01321), ou faire des modifications diverses (CAA Nantes 27 décembre 2002, Ville de Cholet, n° 99NT01443).

Les modifications de l'ouvrage ne sont juridiquement admises que « dans la seule mesure où elles sont rendues strictement indispensables par des impératifs esthétiques, techniques ou de sécurité publique, légitimés par les nécessités du service public (...) » (Arrêt de principe du Conseil d'Etat du 11 septembre 2006, 11 septembre 2006, Agopyan).

A titre d'exemple, il y a lieu de préciser que la Ville de Nantes a été condamnée à la somme de 100 000 francs au titre de l'indemnisation du préjudice subi du fait de l'atteinte portée au droit d'auteur du maître d'œuvre. (CE 11 septembre 2006 n° 265174)

Ainsi, la SOLEAM se devait de respecter l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle ainsi que la Convention internationale de Berne, de 1886, protégeant le droit d'auteur, sauf à leur dénier toute portée juridique.

En conclusion sur ce point, la critique formulée par la Chambre repose sur la différence d'appréciation des modifications apportées au programme qu'elle considère substantielle, ce que consteste formellement la SOLEAM.

Il est évident pour SOLEAM qu'une nouvelle procédure de concours de maîtrise d'œuvre aurait été longue et généré un coût spécifique (primes de concours) avec de plus une rupture d'un contrat de maîtrise d'œuvre coûteuse et corrélativement un retard de la livraison de l'ouvrage pour les utilisateurs du projet . En tout état de cause cela aurait entraîné une gestion du projet peu économe des deniers publics.

Pour mémoire, la justification dans la délibération est la suivante :

- Les circonstances imprévues liées à la réorganisation de l'Université Aix-Marseille :

Les décisions de l'Université Aix-Marseille-Université (AMU) de reconfigurer ses services et ses besoins sur ces différents sites suite à la fusion des trois anciennes universités constituent un facteur imprévisible, extérieur aux parties que sont la Ville de Marseille, la SOLEAM et les différents prestataires de services ou travaux. La décision d'AMU d'imposer des changements était irrésistible, au sens juridique du terme, pour les parties au contrat

- Des modifications portant sur une partie du bâtiment, indissociable de l'ensemble en cours de travaux

Les modifications projetées ne portent que sur une partie du bâtiment (zonage bibliothèque essentiellement), 1800 m2/8000 m2, soit moins du quart de la surface et consistent essentiellement à rajouter des salles de cours pour faire face aux besoins, en lieu et place d'autres espaces devenus inutiles pour les regroupements des services. Preuve en est, le chantier n'a été arrêté que partiellement le temps de la reprise des études et des chiffrages par les entreprises travaux.

- Du fait que la présente mission ne peut être techniquement confiée qu'au titulaire du marché de maîtrise d'œuvre au regard de la cohérence du projet et de ses droits d'auteur.

Le marché négocié ne peut donc être attribué qu'à l'opérateur (ici le groupement) antérieurement retenu.

Pour l'ensemble de ces raisons, ces services de maîtrise d'œuvre ne pouvaient être et techniquement et économiquement séparés sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur d'un point de vue technique et coûteux pour les finances publiques.

Quatre années après avoir attribué la mission de Maîtrise d'oeuvre, il aurait été totalement incohérent et extrêmement compliqué pour ne pas dire impossible, d'initier à nouveau un concours de maîtrise d'œuvre alors que le chantier était en cours d'exécution.

Cela aurait entrainé un arrêt complet du chantier et donc une non livraison du bâtiment aux utilisateurs, des réclamations financières en cascade des titulaires de marchés de services ou de travaux.
Pour l'ensemble de ces raisons de fond et de forme, c'est donc à bon droit que le Maitre d'Ouvrage mandant a considéré qu'il fallait utiliser l'outil juridique du marché négocié complémentaire (article 35 du Code des Marchés Publics en vigeur) , seul garant de la gestion la plus économe des deniers publics à ce stade d'avancée des travaux.

L'ensemble de ces conditions a donc été respecté par la SOLEAM car il s'agissait bien d'éviter des inconvénients majeurs pour le pouvoir adjudicateur, dont le risque financier, et ces services étaient strictement nécessaires au parfait achèvement de l'ouvrage.

SOLEAM, SPL mandataire du maître d'ouvrage, n'a fait que prendre acte de la décision de la Ville de Marseille résultant elle-même des incidences de la décision d' Aix-Marseille-Université.

La Chambre ne peut donc soutenir que ce marché aurait été passé dans des conditions irrégulières.

3.4.2 Du fait de la nécessaire reprise des études de maîtrise d'œuvre, en cohérence et selon le parrallélisme des formes, les marchés de travaux ont été légalement modifiés par des marchés complémentaires.

Afin de pouvoir parfaitement corréler le suivi de chantier en phase exécution avec les modifications évoquées dans le marché complémentaire de maîtrise d'œuvre, il était nécessaire de modifier en effet miroir tous les lots de travaux, du moins sur la partie mineure initialement destinée à la bibliothèque, par des marchés négociés complémentaires.

Dans son rapport ,la Chambre se contente d'affirmer purement et simplement que les marchés complémentaires étaient irréguliers au motif que les conditions fixées par l'article 35-II, 5° du CMP n'étaient pas réunies.

La Chambre ne procède pas à la démonstration de cette affirmation et ne précise pas la ou les conditions qui n'auraient pas été réunies en fonction des marchés concernés.

Il convient de rappeler que le code des marchés publics alors en vigueur régissait d'une part la pratique des avenants (article 20 du CMP) et d'autre part, la pratique des marchés complémentaires (article 35-II, 5° du CMP pour les marchés de travaux).

Il s'agissait de deux instruments juridiques différents.

Selon les termes du guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, « l'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat modifient ou complètent une ou plusieurs de ses clauses » (p.95 du guide).

Selon les termes du code des marchés publics, les marchés complémentaires *« consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage ».*

L'avenant est donc un ajout au marché initial qui constitue « un ensemble indissociable avec le contrat qu'il entend modifier » (pour reprendre la définition de la Direction des affaires juridiques de Bercy (fiche Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, à jour au 3 janvier 2019 p.12).

Le marché complémentaire constitue un nouveau marché distinct du marché initial (voir point 21.8.1 du guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics p. 96).

Le régime juridique de l'avenant et le régime du marché complémentaire étaient donc parfaitement distincts (respectivement à l'article 20 et à l'article 35-II, 5° du CMP).

Ce n'est qu'avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics et du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics que le recours aux marchés complémentaires a été supprimé, l'ensemble des modifications aux contrats devant désormais avoir lieu par « *l'instrumentum juridique qui est celui de l'avenant.* »

Il convient de rappeler un élément fondamental pour les marchés de travaux en cause, à savoir que l'entrée en vigueur de la réforme (ordonnance n°2015-899 et décret n° 2016-360) a été fixée au 1er avril 2016, pour les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1er avril 2016.

Ainsi, l'examen de la légalité des avenants et des marchés complémentaires est fonction de la période à laquelle ils ont été conclus, et du contrat auquel ils se rattachent pour déterminer le régime juridique qui leur est applicable.

De façon synthétique, il convient ainsi de mettre en exergue que :

- Antérieurement au 1er avril 2016, il était possible d'avoir recours à des avenants et des marchés complémentaires. Les deux outils juridiques étant régis par des règles distinctes.

- Postérieurement au 1er avril 2016, il était possible d'avoir recours à des avenants pour modifier les marchés déjà en cours d'exécution en leur appliquant les règles antérieures (article 20 CMP ou ordonnance n°2005-649),

- Postérieurement au 1er avril 2016 et pour tout marché pour lequel une consultation était engagée ou un avis d'appel public à la concurrence était envoyé à la publication, il convenait d'appliquer le régime juridique nouvellement déterminé par les textes précités.

La SOLEAM ne peut donc souscrire à l'examen sommaire et « *contra legem* » qui est proposé par la chambre.

A titre d'exemple, concernant le lot n°1, la chambre additionne le montant des avenants et des marchés complémentaires alors que les marchés complémentaires sont des marchés autonomes en vertu des textes applicables au jour de leur conclusion.

Après avoir additionné les montants des avenants et marchés complémentaires (en méconnaissance du droit des marchés publics), la chambre considère que la somme obtenue devrait être analysée selon le seul régime des avenants, et qui plus est, selon le régime juridique déterminé par le décret du 25 mars 2016, (alors même que ces textes n'étaient pas applicables aux marchés en cause).

Concernant les lots n°3 et 4, la chambre se rapporte à nouveau au seuil de 15 % figurant dans le décret n°2016-360 (non applicable pour un marché attribué le 7 août 2014), et procède une nouvelle fois à l'addition des montants se rapportant tant aux avenants qu'aux marchés complémentaires (notamment celui signé le 4 janvier 2016, soit avant l'entrée en vigueur de la réforme susmentionnée).

Ainsi juridiquement, le raisonnement est totalement erroné.

La Chambre a de la sorte analysé la légalité des avenants et des marchés complémentaires en fonction de règles qui ne leur étaient pas applicables lors de leur conclusion et en méconnaissance du droit applicable aux marchés publics.

3.4.3 Les lots mobiliers spécifiques ont été attribués selon publicité et mise en concurrence dans le cadre d'une procédure adaptée conforme aux dispositions du droit de la commande publique en vigueur

Comme il a été indiqué lors des précédents points la SOLEAM a passé dans un premier temps un appel d'offres de travaux en 4 lots.

S'agissant d'un ouvrage spécifique nécessitant des mobiliers intégrés à l'ouvrage et donc immeubles par destination, il avait été envisagé dès le lancement du concours de maîtrise d'œuvre de recourir à des achats de mobiliers mais il a fallu attendre la maturation et l'évaluation des besoins au regard de la destination de l'ouvrage et de ses évolutions quant aux services de l'Université devant occuper ce site du fait de la fusion et de l'impact des modifications évoquées supra.

C'est ainsi qu'il a été décidé de passer dans un premier temps un marché, en procédure adaptée, pour une mission d'Assistance à Maîtrise d'Ouvrage aux fins de déterminer les besoins en matière de mobilier pour la BIU.

Ce marché a été passé sous le régime des procédures adaptées Art 28.1 du CMP et a fait l'objet d'une publicité sur les sites et publications de TPBM, Marchés Online, achatpublic.com ainsi que le site web de la SOLEAM.
L'attributaire du marché d'AMO a été le cabinet d'Architecture F-W le 4 novembre 2014 (marché n°14-95).

C'est suite à cette mission, d'AMO qu'il a été décidé de lancer une nouvelle mise en concurrence pour 3 nouveaux lots de travaux , rattachés à l'opération de réalisation de la BIU.
Lot n° 6 Rayonnages Bibliothèque : attribué à la société M.
Lot n° 7 Mobiliers Bibliothèque : attribué à la société R.
Lot n°8 Mobiliers Amphithéâtre: attribué à la société Sté Nouvelle M.

Contrairement à ce qu'énonce la Chambre, ces lots ont bien fait l'objet d'une mesure de publicité en date du 1er septembre 2016 sur les supports suivants : BOAMP, Marchés Online, TPBM, achatpublic.com et site web de la SOLEAM.2016, suivi d'une de mise en concurrence.

Il était tout à possible d'utiliser pour cette consultation, les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 22 du Décret du 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux modalités de computation des seuils en cas d'allotissement.

Enfin la Chambre s'étonne que la Commission d'Appel d'Offres de la Ville de Marseille, n'ait pas été consultée comme cela a été le cas pour les marchés négociés complémentaires, or le Code général des Collectivités locales Territoriales n'ouvre la compétence de la Commission d'Appel d'Offres que pour les marchés formalisés et leurs avenants.
S'agissant de procédure adaptée, la Commission d'Appel d'Offres de la Ville de Marseille ne pouvait à bon droit être consultée.

Pour information de la Chambre, ces marchés de travaux ont également fait l'objet d'une délibération de la Ville de Marseille, séance du 3 octobre 2016 n°16/0898/EFAG, qui n'a appelé aucune observation du contrôle de légalité.

3.4.4 Conclusion sur la BIU, les modifications contractuelles induites par la modification de programme demandée par Aix Marseille Université , sont non seulement régulières d'un point de vue juridique mais elles étaient les seules à même de préserver une saine gestion des deniers publics

Comme cela a été précisé supra, la délibération du Conseil municipal n°15/0665/ECSS du 29 juin 2015 a clairement précisé le contexte et l'impact de la fusion des trois universités par rapport à l'ouvrage en cours de réalisation, tant pour le groupement maîtrise d'œuvre que pour les lots travaux en cours de chantier depuis 9 mois.

S'il y a effectivement une nouvelle stratégie d'Aix Marseille Université (AMU) définie par son Président, dans son courrier du 11 février 2015 qui a pour conséquence de modifier de manière non substantielle le programme en cours d'exécution, il est erroné de considérer qu'il s'agit d'un changement de programme :

- la forme du bâtiment est inchangé ,
- la hauteur du bâtiment, le nombre d'étages et la surface est identique,
- la destination de l'ouvrage est la même mais avec une redistribution interne des besoins surfaciques de moins du quart de la surface totale,
- les changements intervenus ont été réalisés dans le cadre de l'enveloppe budgétaire initiale.

Le postulat de la Chambre qui considère qu'il eut été préférable de rompre les contrats, en cours d'execution de chantier, nous semble contre productif d'un point de vue opérationnel et surtout très coûteux pour les finances publiques.

En effet, un arrêt de chantier assorti d'une résiliation sans justification de tous les contrats en vigueur aurait engendré de nombreuses et lourdes réclamations financières de l'ordre de 2 à 3 millions d'euros HT des entreprises (voire des contentieux) ce qui aurait engendré un surcoût inutile, à fonds perdus, pour l'opération.

Il est également à noter qu'aucune réclamation financière de chantier n'a été formulée.

Au delà, il convient également de prendre en considération les difficultés inextricables de responsabilités en matière d'assurance décennale des entreprises de travaux, notamment si une nouvelle entreprise avait dû être désignée pour réaliser un gros œuvre dont les fondations et les premières élévations ont été construites par un tiers.
Les désordres potentiels sur un ouvrage de cet ampleur potentiellement non conforme à sa destination peuvent se chiffrer là aussi en millions d'euros.

La solution qui a été retenue, en accord avec le mandant et les validations de ses commissions et assemblée délibérante était donc la plus pertinente en terme opérationnel et d'exigence calendaire de livraison de l'ouvrage aux utilisateurs (Université) qui plus est dans le respect de l'enveloppe budgétaire de départ.

3.5 La Composition de la CAO de la SOLEAM a été calquée sur le principe de celle de ses actionnaires selon les règles du Code général des Collectivités Territoriales et a toujours été réunie durant la période observée en respectant les règles de quorum

Concernant les membres de la Commission d'Appel d'Offres (CAO) de la SOLEAM agissant en qualité de pouvoir adjudicateur (en concessions d'aménagement ou pour ses besoins propres) il est inexact d'affirmer que la CAO ne comporte que quatre membres car elle est composée de 5 titulaires (dont le Président de la CAO) et de 5 suppléants conformément aux statuts de la société, avec un quorum fixé à 3 membres.

Toutes les séances des CAO de la SOLEAM ont été tenues avec le quorum requis.

3.6 L'opération grand centre-ville de Marseille

3.6.1 Les ambitions élevées et le calendrier

Les objectifs de l'opération grand centre ville ne peuvent être comparés à ceux des anciens « périmètres de restauration immobilière » (PRI) lancés dans les années 90, antérieurement à la création de la SOLEAM et dont la finalité première était la réhabilitation de logements anciens du centre ville de Marseille par des investisseurs privés dans le cadre des dispositifs de défiscalisation de la loi Malraux.

Aucun PRI n'a été initié dans le périmètre de l'opération grand centre ville, mais une Opération Programmée d'Amélioration de l'Habitat (OPAH) à volet Renouvellement Urbain (OPAH-RU), complétée par des Déclarations d'Utilité Publiques (DUP) de restauration immobilière, une DUP de logements sociaux étudiants, une DUP pour équipements, une Zone d'Aménagement Concerté (ZAC) et une opération de ravalement des façades d'ampleur inédite sur la Ville de Marseille qui a été prolongée après le transfert de la concession à la Métropole, par un mandat de la Ville de Marseille, sur un périmètre élargi grâce à une aide financière importante du Département des Bouches-du-Rhône.

Cette concession n'intervient pas uniquement sur le logement mais comporte également des interventions sur l'espace public et les équipements publics.

Ces interventions croisées étaient prévues dès l'origine, cette opération de renouvellement urbain ayant été conçue sur l'esprit des Périmètres de Renouvellement Urbain (PRU) initiés par l'Agence Nationale pour le Renouvellement Urbain (ANRU) dans l'objectif de mettre en œuvre des actions coordonnées et cohérentes par pôles, pour traiter l'ensemble des composantes des tissus existants.

Le contrat de concession de l'OGCV précisait ainsi que « *l'objectif est de concevoir et mettre en œuvre des programmes complets qui touchent simultanément l'ensemble des composantes de l'habitat et de l'urbain* ».

Au moment de la signature du contrat de concession d'aménagement, le concédant et le concessionnaire n'ignoraient pas le caractère ambitieux d'un délai de réalisation limité à 10 ans et avait demandé qu'un bilan d'étape soit fait en 2017, lequel a conduit à prolonger le délai par avenant de 5 ans jusqu'en 2025.

Le bilan complet de l'opération ne pourra donc être analysé qu'à l'issue de ce délai et non à mi-parcours comme le fait la Chambre,avec une première période essentiellement consacrée à des phases d'études, de validation et de concertation des multiples pôles identifiés selon la méthodologie retenue par le concédant :

- repérage par le concédant (Ville de Marseille jusqu'en 2016 et Métropole ensuite) ,
- diagnostics par la SOLEAM,
- propositions par la SOLEAM,
- concertation- information organisées par la SOLEAM sous la direction du concédant,
- décision par le Comité de pilotage d'engagement des opérations,
- réalisation par SOLEAM et les acteurs publics et privés.

Comme dans toute opération d'aménagement, après les études, les acquisitions et les décisions de la collectivité, c'est dans la deuxième moitié de la durée d'une concession que se concentrent l'essentiel des réalisations, soit de 2019 à 2025 pour l'Opération Grand Centre Ville.

3.6.2 Les objectifs révisés à fin 2015 et adoptés dans le dernier CRAC et présentés en Comité de Pilotage le 15 février 2021.

En premier lieu, il convient d'observer un réajustement de 35 pôles d'intervention initialement prévus à 25 pôles prioritaires dont :

- 17 pôles validés à ce jour,
- 8 pôles étudiés et restant à valider.

Les objectifs révisés à atteindre à l'échéance de 2025 sont les suivants :

- produire 1100 logements en accession (accession aidée, locative adaptée et locative sociale) , (au lieu de 1500 à l'origine),
- aménager 12 000 m2 de locaux d'activités et créer 9000 m2 de locaux à vocation d'équipement (au lieu de 20 000 m2 à l'origine)
- requalifier 50 650 m2 d'espaces publics (au lieu de 15 000 m2 à l'origine)
- inciter à la réhabilitation privée: 132 logements à réhabiliter et 83 immeubles à traiter en parties communes.

Le bugdet a été réévalué de 236 à 196 millions d'euros TTC, compte tenu des projets lancés et de la durée restante de l'opération.

Il a en effet été jugé plus réaliste d'adapter l'objectif de production des logements, la phase opérationnelle n'ayant pas été déclenchée par le concédant sur la totalité des pôles étudiés. La durée des montages juridiques et des procédures de maîtrise foncière expliquent ce recalage.

Sur le budget total de 196 millions d'euros TTC, à fin 2020 :

- 177 millions d'euros TTC d'opérations lancées , soit 90% du budget
- 54 millions d'euros TTC de foncier identifié dont 50% acheté (représentant 34 357 m2) .
- 84 millions d'euros TTC de travaux dont 35% réalisés.

Concernant la production de logements, les missions et objectifs définis par le concédant à l'origine de l'opération (cf Convention de concession 11/136 page 11, §2.1.10 Animation gestion des dispositifs d'aides à la réhabilitation privée et page 14 – Objectifs prévisionnels 2011-2017) ne précisent pas le gabarit des opérations d'amélioration de l'habitat qui seront confiées à la SOLEAM dans le cadre de l'OGCV et restent très généraux : « *Animation du nouveau dispositif municipal ; mise en place d'un dispositif municipal d'aide aux propriétaires privés ...//.. négociation pour entrée en vigueur d'un dispositif partenarial* » .

Sur le volet de l'incitation à la réhabilitation privée, la SOLEAM s'est vue confier uniquement l'OPAH-RU multi-sites, laquelle, circonscrite à 5 pôles de l'OGCV de 2016 à 2021, a porté sur 83 immeubles (dont 20 copropriétés dégradées) et 132 logements.

Les missions de la SOLEAM portaient sur l'information et le conseil aux propriétaires en vue du montage de demandes de subventions auprès des financeurs signataires de la convention d'OPAH-RU (Anah, Ville, Métropole, Conseil Régional et Conseil Départemental) ; il s'agissait ainsi non pas de réaliser les travaux mais d'animer une opération à visée incitative en direction de propriétaires privés.

De même, sur l'objectif de 1100 logements à produire (réhabilités, restructurés ou neufs), seule une partie était prévue sous maîtrise d'ouvrage SOLEAM (cession de 8 074 m2 de logements restructurés prévus au CRAC à fin 2015; cession de 3 739 m2 au CRAC à fin 2019 soit un équivalent de 75 logements), le solde étant à réaliser par les acquéreurs d'immeubles à réhabiliter ou de parcelles à construire.

Concernant plus particulièrement l'OPAH-RU, malgré des résultats intermédiaires limités, son échéance en janvier 2021 a permis d'accélérer le dépôt des demandes de subventions en fin d'année 2020, soit au total :

- 28 dossiers pour des travaux sur les parties communes concernant 163 logements dont 14 sur les copropriétés dégradées (sur un objectif de 20).
- 7 dossiers pour des travaux sur les parties privatives (7 logements traités dans 6 immeubles).

Les montants de travaux qui seront engagés par les propriétaires privés sont de 5,7 M. d'€ HT.et le montant estimé des subventions tous financeurs confondus est de 3,4 M. d'€ HT, sur une réservation de crédits globale de 6 M d'€ HT sur les 5 ans de l'OPAH-RU.

3 DUP-ORI ont été délivrées en juillet 2019 et janvier 2020, sur 75 immeubles de l'OPAH-RU, pouvant conduire à l'expropriation des biens à défaut d'engagement par les propriétaires, des travaux prescrits sur leur patrimoine.
Les premières enquêtes parcellaires vont être conduites aux 2ème et 3ème trimestre 2021 sur les 28 immeubles des DUP ORI 1 et 2.

3.6.3 La rémunération de la SOLEAM sur l'opération grand centre ville

Comme il a déjà été indiqué, le bilan complet de l'opération ne pourra donc être analysé qu'en 2025 et non à mi parcours en 2018, avec une première période esentiellement consacrée à des phases d'études, de validation et de concertation des multiples pôles identifiés par le concédant.

La remarque de la Chambre concernant la rémunération de la SOLEAM, dans cette opération n'est donc pas significative d'un « coût de gestion de plus en plus élevé » lorsqu'elle utilise la part de la rémunération SOLEAM dans le budget total de l'opération à fin 2018. S'agissant essentiellement d'une rémunération forfaitaire, le ratio utilisé n'aura de sens, qu'à la fin de l'opération au regard des dépenses réalisées.

Ce constat peut être fait également sur d'autres mandats ou concessions qui comportent une rémunération forfaitaire.

Ce type de forfait a pour objectif principal de permettre de financer les équipes chargées notamment de tout le travail préparatoire d'études et d'acquisitions sur une opération d'une telle ampleur.

Au delà de la mise en place d'une équipe opérationnelle dédiée aux missions de renouvellement urbain de 14 personnes, il convient de prendre en compte pour avoir une juste appréciation du travail réalisé, la participation de toutes les fonctions supports avec un investissement tout particulier des équipes :

- Pôle Foncier (déclaration d'intention aliéner, acquisitions ...)
- Pôle action sociale : enquêtes sociales dans le cadre des études pré opérationnelles d'OPAH RU, visites avec le pôle foncier des immeubles à acquérir pour apprécier la « dureté » des relogements, relogements dans des situations de mise en sécurité immédiate, de sortie de situations d'insalubrité et de réalisation de travaux ou de vente,
- Pôle marchés : pour toutes les opérations contractuelles y compris pour le contrôle administratif et financier
- Pôle juridique et contentieux : problématiques de copropriétés, droit immobiliers, successions, baux commerciaux et baux d'habitations, droit des étrangers, expulsions.
- Direction opérationnelle.

La décomposition de la rémunération forfaitaire globale annuelle de l'opération Grand Centre Ville par « pôle » d'intervention a été initiée par SOLEAM à compter de 2016, suite au transfert de la concession de la Ville de Marseille à la Métropole Aix Marseille Provence pour permettre une répartition du forfait de rémunération entre les deux collectivités participant chacune financièrement à l'équilibre du bilan.

Pour autant, seule la rémunération forfaitaire a un sens et il est erroné de la corréler au montant des dépenses de chaque pôle en cours d'opération.
Cette indication ne sera plus portée aux prochains comptes rendus annuels à la collectivité (CRAC) pour éviter toute confusion car elle ne constitue pas un ratio pertinent au regard des dépenses.

A titre d'exemple sur le Pôle Flammarion , les études ont été stoppées dans l'attente d'une décision de la SNCF intéressée par le site proche des voies ferroviaires, pour une opération liée à son activité. Suite au désengagement de la SNCF, elles ont repris, engendrant des coûts supplémentaires et actuellement le pôle est en attente d'une décision ou non de réalisation d'équipements publics de compétence Ville de Marseille (école et maison de quartier). En fonction de ces décisions, il sera peut être nécessaire de reprendre les études. Le temps passé par

SOLEAM à cette occasion n'est nullement proportionnel au montant des études en découlant.

Cet exemple est également observable sur de nombreux pôles de l'opération.

Il est à noter qu'incidemment le transfert des concessions des communes vers la métropole a complexifié la nature de la relation auparavant bipartite et désormais tripartite concernant la réalisation d'équipement publics municipaux.

Enfin, il ne peut être soutenu que SOLEAM « vit » de la rémunération forfaitaire annuelle de l'opération Grand Centre Ville car elle représente moins de 30% de l'ensemble des produits de la société, chaque année.

3.6.4 Contrairement aux affirmations de la Chambre, la requalification de la Place Jean Jaures ne constitue pas la seule réalisation concrète engagée à ce jour et il est tout aussi constestable d'affirmer que SOLEAM n'aurait pas identifié au préalable la problématique du logement sur le Pôle de la Plaine

Il ne peut être affirmé que la Place Jean Jaures constitue la seule réalisation concrète engagée à ce jour , au regard de ce qui a été réalisé sur les pôles canebière feuillants, korsec, fonderie vieille, mazagran , les ravalements de façades.

Il est tout aussi contestable d'affirmer que la SOLEAM n'aurait pas identifié au préalable les bâtiments susceptibles de constituer une intervention portant sur le logement, sur le Pôle de la Plaine.

Le prestataire urbaniste retenu sur les 5 pôles de la Plaine a travaillé sur 121 immeubles repérés ayant fait l'objet d'une première approche au regard de leur statut foncier (statut de propriété , occupation) et de leur état (diagnostic visuel).

Ces 121 immeubles se répartissent de la manière suivante :

- POLE BONS ENFANTS :
  22 immeubles identifiés

- POLE CURIOL :
  27 immeubles identifiés

- POLE NAU :
  11 immeubles identifiés

- POLE OLIVIER FERRARI
  30 immeubles identifiés

- POLE TROIS ROIS
  31 immeubles identifiés

Concernant la requalification de la place Jean Jaures, si l'existence de tensions était prévisible après les ateliers de travail (avec les commerçants, les riverains, les forains, les associations) et après concertation publique, l'intensité peu commune de l'opposition au projet, menée par une minorité déterminée ne pouvait être anticipée dans le cadre du réaménagement d'un espace public, comme l'a souligné le Préfet de Police dans sa conférence de presse du 22 octobre 2018.

L'analyse préalable des menaces pesant sur le projet s'était d'avantage focalisée sur les attentats à la voiture bélier notamment suite aux attaques survenues à Nice le 14 juillet 2016, à Berlin le 19 décembre 2016, à Stockholm le 7 avril 2017, à Manhattan le 31 octovre 2017 et à Barcelone le 17 aout 2017 ; ce qui a d'ailleurs conduit à modifier le projet pour la mise en sureté de la place.

3.7 Les autres opérations d'aménagement

C'est par la volonté du concédant, Ville de Marseille jusqu'en 2016 et Métropole ensuite que les ZAC et Concessions reprises ou non de Marseille Aménagement sont prolongées souvent pour des raisons externes liées à la réalisation ou non réalisation d'équipements ou d'aménagements publics.

L'aménagement se fait sur un temps long soumis à des aléas de l'évolution des politiques d'urbanisme et du marché foncier.

La relation « en quasi régie » ne déresponsabilise pas le concédant mais permet un gain en réactivité : en effet elle économise la durée d'une procédure de mise en concurrence tout en gagnant en souplesse dans l'évolution du projet d'aménagement qui est rarement figé dans le temps long (au moins en comparaison des mandats) de ces opérations en concession du fait de l'évolution du marché du logement, du bureau et de l'activité mais également des politiques de développement. Le recours à une SPL permet à une Collectivité publique une plus grande agilité et transparence pour mener à bien les opérations complexes.

De façon générale, les opérations d'aménagement en concession sont structurellement déficitaires, c'est pourquoi il est souvent fait appel à une société publique locale dans une démarche d'intérêt public, grâce aux contributions financières indispensables des collectivités actionnaires, donneuses d'ordres.

Ces contributions versées sous forme de participations représentent ce qu'il est convenu d'appeler le prix de la politique d'aménagement du territoire.

Au demeurant lorsqu'une opération ne nécessite pas de contribution publique à son équilibre financier, elles sont réalisées par un aménageur privé ou un promoteur.

CONCLUSION

La Chambre n'évoque dans son rapport que les mandats et les concessions dans lequels des difficultés extérieures à SOLEAM ont été rencontrées à l'exclusion des opérations qui se sont déroulées conformément aux prévisions initiales.
En ce sens, les observations de la Chambre ne sont pas représentatives de la gestion des opérations par SOLEAM.

En dix ans, SOLEAM a œuvré sur de multiples réalisations dans les domaines du logement, de l'immobilier d'entreprises, des espaces et des équipements publics, des voiries et du développement de l'attractivité économique.
Les réalisations suivantes ont notamment été passées sous silence par la Chambre :

- Groupe scolaire de la Busserine, 13014 Marseille,
- Hôtel d'entreprise le Carburateur, à la Cabucelle, 13015 Marseille ,
- Réhabilitation de deux résidences pour les marins pompiers de Marseille, 13007 et 13008,
- Réalisation de logements dans les Zac Saint Just 13004, Capelette 13010, Sainte Marthe 13014, Château-Gombert 13013.
- Espaces verts et jeux d'enfants au Plan d'Aou, 13016 Marseille.

Le Chiffre d'affaires de la société est en croissance depuis 2017.

Le résultat société hors produit locatif des villages d'entreprises est positif pour la première fois en 2019 et également en 2020.

Le fonctionnement de la SOLEAM est bien entendu perfectible et les recommandations de la Chambre seront prises en compte pour améliorer l'efficience de la structure.
Les remarques formulées notamment sur les marchés publics et spécifiquement sur la Bibliothèque inter universitaire ne sont fondées que sur des différences d'appréciation et non sur une méconnaissance du cadre juridique applicable.

Les nouvelles opérations confiées à la SOLEAM en 2019 et en 2020, hors période de contrôle, ne confirment pas les craintes de la Chambre sur l'avenir de la société.

SOLEAM est un très bel outil métropolitain qui doit continuer à se développer au service des collectivités actionnaires actuelles et de celles qui demain, les rejoindront.