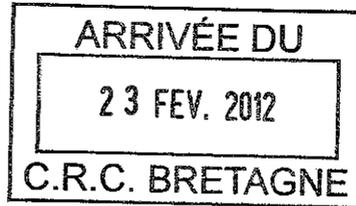


Rennes, le 23 février 2012



CHAMBRE RÉGIONALE
DES COMPTES DE BRETAGNE
3, rue Robert d'Arbrissel
CS 64231
35042 RENNES CEDEX

N/Réf.: EC/JLA/VM 02/12.027
Objet : CONTROLE DE LA CRC
Réponse au rapport définitif

■ **A l'attention de M. Michel RASERA**
Président Conseiller Maître à la Cour des Comptes

Monsieur le Président,

La Chambre Régionale des Comptes a procédé à l'examen de gestion de la société d'économie mixte Territoires & Développement, sur la période 2005-2010.

Les observations provisoires de la chambre ont été adressées à la société par lettre du 19 juillet 2011.

Conformément aux dispositions des articles R 241-12 et R 241-14 du code des juridictions financières et par courrier en date du 17 octobre 2011, nous vous avons fait part de nos remarques sur les observations formulées dans le rapport provisoire. Par ailleurs, vous avez bien voulu nous entendre en audition, comme le prévoient les dispositions de l'article L243-6 du code des juridictions financières, et je vous en remercie vivement.

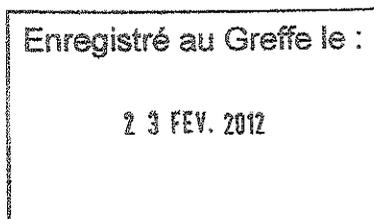
Enfin, par courrier reçu le 23 janvier dernier, vous avez porté à ma connaissance le rapport d'observations définitives arrêté par la Chambre dans sa séance du 13 décembre 2011.

Comme vous m'y invitez dans ce courrier, et en application des dispositions de l'article L.241.11 du code précité, je vous prie de bien vouloir trouver ci-joint notre réponse écrite ayant vocation à être jointe au rapport de la Chambre.

Cette réponse est développée sur les quinze pages (y compris annexes) du rapport joint à la présente lettre de transmission.

Vous souhaitant bonne réception des présentes,

Je vous prie de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de ma haute considération.



Très cordialement,

M. Emmanuel COUET

Président Directeur Général

Société d'Economie Mixte TERRITOIRES & DÉVELOPPEMENT

**REPONSE AUX OBSERVATIONS DEFINITIVES
DE LA CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES DE BRETAGNE**

Exercices 2005 et suivants

La SEM a pris connaissance le 23 janvier 2012 des observations définitives de la Chambre Régionale des Comptes. Elle relève en premier lieu, que la Chambre a pris en compte un certain nombre de ses remarques en réponse au rapport d'observations provisoire et s'en félicite. **Elle relève également l'appréciation satisfaisante que fait la Chambre de la situation financière de la société, de son niveau de capitaux propres, de la gestion de sa dette et du fonctionnement de ses instances dirigeantes.**

Cependant, malgré les remarques apportées par la SEM, la Chambre maintient dans son rapport définitif deux points sur lesquels nous ne partageons pas son analyse :

- **La Chambre fait à notre sens une interprétation erronée du coût réel des prestations de la SCET et des modalités de passation du contrat.**
- **La Chambre s'engage dans le débat juridique sur la reconnaissance des spécificités du contrat de concession, quant au moment de sa conclusion, aux modifications qu'il est possible d'y apporter et aux relations contractuelles traduites dans la grille d'évènements.**

A. LE FONCTIONNEMENT INSTITUTIONNEL ET ADMINISTRATIF

A.1 LE FONCTIONNEMENT INSTITUTIONNEL

Sur le fonctionnement institutionnel et administratif de la société, la Chambre souligne **certains points d'amélioration possibles dans la traçabilité** et la forme des procès verbaux des conseils d'administration et ou des assemblées qui renforcerait encore la sécurité juridique des décisions. Même si la SEM tient à souligner **qu'elle n'a commis sur ces questions aucune irrégularité**, elle fera évoluer la rédaction de ses procès-verbaux et rapports à l'assemblée, afin d'éviter toute ambiguïté quant à la régularité des décisions prises : quorum, majorité et pouvoirs.

De même, la SEM a pris note de la nécessité de mettre en cohérence l'étendue des "subdélégations" de pouvoirs données par le directeur technique aux cadres responsables, avec les délégations qui lui ont été données par le Président Directeur Général. Ces "subdélégations" qui demeurent limitées à un engagement financier plafonné à 4.000 € font l'objet actuellement d'une réécriture.

Par ailleurs, la SEM prend bien note de la recommandation de la Chambre concernant la création d'un règlement intérieur pour le fonctionnement du conseil d'administration et de l'assemblée générale. Elle pourrait effectivement y avoir recours, comme le prévoit l'art L 225-37 du code de commerce en cas d'utilisation de moyens de télécommunication ou de visioconférence ou si les règles statutaires et légales ne lui paraissaient pas suffisantes.

La SEM ne comprend pas très bien, en revanche, la recommandation de la Chambre concernant la mise en place d'une disposition relative à la gestion des conflits d'intérêt telle que le préconise l'autorité des marchés financiers pour les sociétés cotées en bourse. La SEM estime, en effet, qu'elle respecte l'article L 225-102- 1 alinéa 4 du Code de commerce, en demandant chaque année aux administrateurs la liste des mandats qu'ils occupent. Elle précise qu'elle a, de plus, sensibilisé en 2008 les nouveaux élus représentant des collectivités actionnaires par une note -certes de portée générale- sur "les précautions à prendre vis-à-vis du risque de conflit d'intérêt".

La SEM reconnaît en outre que, s'agissant du renouvellement du mandat d'administrateur d'Archipel Habitat en 2008, il a bien eu lieu à une date postérieure à l'expiration du mandat, mais souligne que la société a spontanément régularisé la situation dès le constat de cette omission, en l'inscrivant à l'ordre du jour de l'assemblée suivante.

Sur la question du calendrier de désignation de M. MIRADA comme représentant la Caisse des Dépôts au conseil d'administration, elle demeure sans conséquence sur les décisions du Conseil d'Administration du 15 mars 2006. En effet, M. MIRADA, absent et n'ayant pas donné de pouvoir, n'a pas pu prendre part aux votes au cours de cette réunion.

Enfin, la Chambre considère, qu'il y avait lieu de faire délibérer le conseil d'administration pour autoriser formellement la passation d'un contrat avec la SCET. Si la SEM reconnaît que cette décision aurait été prudente (bien que les administrateurs aient été informés des conditions et modalités de la passation du contrat), elle tient à rappeler cependant qu'il subsiste un doute sur l'application de l'article L 225-38 dans le cas présent. **Selon la SEM, l'article L. 225-38 du code de commerce ne s'applique pas stricto sensu au contrat passé par Territoires & Développement avec la SCET¹.** Cependant, depuis plus d'un an, la SEM a pris, par précaution, la décision de s'imposer, pour tout contrat passé avec la SCET, la procédure qui s'impose aux conventions réglementées.

A.2 LE FONCTIONNEMENT ADMINISTRATIF

La Chambre note que l'évolution des effectifs sur la période 2005-2010 montre "*une flexibilité dans la gestion du personnel de la SEM et une adaptation aux besoins liés aux opérations en cours et à venir*". Elle reconnaît également que cette flexibilité est permise notamment par l'externalisation des missions fonctionnelles effectuées via le contrat de réseau et le contrat de prestations comptables. Elle relève ainsi la volonté de la société de rester "une structure basée sur l'opérationnalité".

La Chambre constate également que "la politique salariale menée par la SEM semble raisonnable et maîtrisée".

Sur le plan des procédures d'achat, la Chambre attire l'attention de la SEM sur la procédure mise en place pour tout avenant d'un montant unitaire supérieur à 15 % ou tout avenant lorsque le total des avenants atteint 15 % du marché initial. La SEM précise que cette procédure, qui consiste en une information donnée au Conseil d'Administration n'a pas pour but d'autoriser la passation de tels avenants de manière systématique, mais constitue bien un moyen d'alerte supplémentaire pour s'assurer du respect des règles en vigueur.

¹ Développement en annexe point 2.1.8.4

B. LES RELATIONS AVEC LES PRESTATAIRES

B.1 LES PRESTATIONS DE LA SCET

a) Le coût des prestations

La Chambre estime, dans la synthèse de son rapport, que les prestations de la SCET s'avèrent parfois coûteuses, et que le contrat de réseau conclu pour 2008-2011 est encore plus onéreux que le précédent contrat 2003-2007, "même si une partie du prix payé est indexée sur le volume d'activité".

Cette appréciation ne nous paraît pas conforme à la réalité. La Chambre est d'ailleurs plus nuancée dans le corps du rapport où elle écrit (§ 3.1.3.1) "**la rémunération versée à la SCET... connaît une évolution significative, liée principalement au volume d'activité croissant de la société**".

En fait, le contrat de réseau conclu pour 2008-2011 est plus avantageux pour la SEM que le précédent, compte-tenu du fait que seules certaines prestations (gestion, conseil) augmentent en fonction de la croissance de l'activité de la société, alors que l'adhésion au réseau est forfaitisée et que le coût de la mise à disposition du directeur n'a augmenté que de 3 %. Ainsi, selon le tableau produit au point 3.1.3, **la rémunération contractuelle a augmenté globalement de 25 % entre 2003 et 2008 (hors prestations ADEXI), alors que, si l'on se rapporte au tableau figurant au point 4.3.1, les produits d'exploitation de la SEM ont presque triplé entre 2003 et 2008** ².

En outre, cette approche par les coûts nous paraît excessivement réductrice, si l'on ne la compare pas aux avantages qui en sont la contrepartie pour la SEM. Ainsi l'importance des prestations de gestion externalisées est précisément ce qui permet la flexibilité dans la gestion du personnel et le centrage de la SEM sur les besoins liés aux opérations, qui sont salués positivement par la Chambre (cf. point A.2 ci-dessus).

De même, les frais de gestion facturés par la SCET pour la mise à disposition du directeur technique sont qualifiés de "surcoût" par la Chambre, mais celle-ci omet de rappeler les contreparties dont nous avons souligné l'importance pour la SEM, à savoir notamment l'absence de coûts spécifiques liés au recrutement et au départ du directeur (notamment les provisions liées au départ en retraite) ainsi que l'avantage de pouvoir disposer à tout moment de cadres parfaitement formés et hautement qualifiés s'appuyant sur l'environnement technique et professionnel de la SCET.

Enfin, l'appréciation selon laquelle la SEM "a réglé des prestations d'études significatives pour un contenu parfois limité" est tout à fait contestable. La Chambre fait ici allusion à l'étude réalisée sur la faisabilité d'une SPLA, pour laquelle la SCET a été retenue à l'issue d'une mise en concurrence lors de laquelle le candidat concurrent proposait un prix de près du double. Outre qu'une partie importante du coût de cette étude a été en fait refacturée à la SPLA une fois celle-ci créée (par une décision du CA prise dès le 11 mai 2010 et non comme le mentionne la Chambre, en cours de contrôle par une décision du CA du 14 décembre 2010), nous contestons l'affirmation selon laquelle cette étude aurait représenté une tâche "de routine" pour la SCET. La Chambre remarque d'ailleurs parallèlement que très peu d'études sur la création de la SPLA avaient déjà été réalisées.

2 91 456 – 23 632
23 632

Quand bien même la SCET pourrait avoir une certaine expérience en la matière, **le travail important d'évaluation de ce que pourrait être l'activité future de la SPLA, son impact sur celle de la SEM et les moyens qui pourraient être mis en commun au sein d'un GIE**, travail qui impliquait de nombreux entretiens avec les responsables des collectivités actionnaires et la recherche des activités que la SEM pourrait développer avec des clients autres que ces collectivités, ne saurait être qualifié "de routine" ni de "contenu limité", et **justifiait amplement le prix de la prestation (ce que la Chambre reconnaissait d'ailleurs explicitement dans son rapport provisoire).**

b) La passation du contrat

La Chambre estime que la passation du contrat de réseau 2008-2011 n'a pas apporté toutes les garanties quant au respect des principes de publicité, de transparence et d'égalité de traitement des candidats.

La SEM souligne sur ce point qu'elle a eu le souci de respecter scrupuleusement ces principes, tels que traduits dans les procédures légales prévues par l'ordonnance du 6 juin 2005 et le décret du 30 décembre 2005 pour la passation des contrats des SEM.

S'agissant de la publicité, comme l'a noté la Chambre (à la fin du paragraphe 3.1.2.1.1.1), la SEM s'est imposé de publier un avis au JOUE et a aligné le délai de réception des candidatures sur le délai le plus long prévu par le décret, allant au-delà même des obligations légales ; elle a par ailleurs, publié un avis d'attribution conformément à cette réglementation. **Le principe de publicité a donc été parfaitement respecté.**

S'agissant du choix de la procédure, des modalités d'allotissement, de la définition des besoins, des critères de jugement et des modalités de choix et d'attribution, on peut toujours discuter en opportunité de certains de ces choix, mais leur légalité ne peut être à notre avis mise en cause. Certes, la SCET s'est trouvée la seule candidate, mais on ne saurait en inférer que la consultation aurait été réalisée de manière à l'avantager potentiellement. Nous contestons à ce sujet formellement l'affirmation de la Chambre selon laquelle la SCET aurait contribué à l'élaboration de la procédure et aurait indirectement participé à la sélection (et ce d'autant plus qu'en l'absence de plusieurs candidats, il n'y a pas eu à proprement parler de sélection, mais une négociation).

La candidature unique de la SCET s'explique simplement par sa position historique d'organisme dédié à l'assistance aux SEM et donc particulièrement expérimentée et qualifiée pour répondre à leurs besoins. On ne saurait reprocher à la SEM d'avoir souhaité continuer à bénéficier de cette qualité de prestations répondant particulièrement bien à ses besoins, d'autant plus que la procédure de mise en concurrence a permis en fait, comme cela a été rappelé plus haut, d'obtenir un rapport coûts-avantages proportionnellement plus avantageux que celui du contrat précédent .

Plus précisément, la Chambre critique le choix par la SEM d'une procédure librement définie sur la base des dispositions de l'article 9 du décret du 30 décembre 2005, parce que selon elle 58 % des prestations du contrat relèveraient de l'article 8 impliquant une procédure formalisée. La SEM avait précisé, et il est dommage que la Chambre ne mentionne pas sa position, que pour elle l'adhésion au réseau ne relève pas de la catégorie 11 "services de conseils en gestion" de l'annexe IIA de la directive : s'agissant d'un service d'échange d'expériences et de documentation, elle doit à notre sens, être rangée dans la catégorie 12 "autres services" de l'annexe II B de la directive, et donc relève de l'article 9.

Dans ces conditions, la proportion des prestations relevant de l'article 8 n'est pas de 58 % mais de 38 % ; ce qui justifie parfaitement le choix par la SEM de la procédure "article 9". Cette question pourrait sans doute être discutée, mais en l'absence de jurisprudence sur ce point la position de la SEM devrait être considérée comme fondée.

En ce qui concerne le déroulement institutionnel de la procédure, la Chambre a bien pris note de la réponse de la SEM précisant que le bureau n'engageait pas la société et que la décision d'engagement, c'est-à-dire de signer le contrat, avait bien été prise par le Président Directeur général ; pourtant elle maintient son affirmation selon laquelle la décision a été prise par le bureau. Sans doute se fonde-t-elle sur le fait que par la suite la SEM a fait évoluer ses procédures, mais cette clarification de forme apportée par la SEM ne remet pas en cause la réalité de la prise de décision par le seul PDG.

En ce qui concerne "l'absence d'allotissement", **la SEM fait remarquer qu'elle a bien procédé en l'occurrence à un allotissement, les prestations d'assurance faisant l'objet d'un lot n°2 distinct des autres prestations objet du lot n° 1.** Certes on aurait pu envisager une différenciation supplémentaire au sein de ce lot, mais la SEM a jugé objectivement que cela ne répondrait pas à ses besoins tels qu'elle les avait définis. Il ne s'agissait nullement ici de favoriser la SCET, car la SEM avait bien prévu expressément la possibilité pour des prestataires de répondre en groupement pour présenter des prestations analogues à celles procurées antérieurement par la SCET.

Il faut souligner ici que pour un pouvoir adjudicateur soumis à l'ordonnance, le choix d'allotir ou non est soumis à une liberté d'appréciation beaucoup plus grande que pour un pouvoir soumis au CMP, car l'ordonnance ne prévoit pas d'obligation formelle d'allotir comme cela est prévu à l'article 10 du CMP. Bien entendu, cela ne les dispense pas de respecter les principes généraux de la commande publique. Mais ceux-ci n'interdisent nullement la réunion de plusieurs types de prestations techniques en un seul lot si cela est justifié techniquement et financièrement.

En l'espèce, la SEM a estimé avoir besoin de prestations cohérentes et coordonnées concourant ensemble au renforcement de ses compétences internes pour son fonctionnement spécifique d'entreprise publique locale et ses activités en matière d'aménagement urbain. Et elle a bien précisé dans son règlement de consultation et son cahier des charges qu'elle devait "s'assurer de la permanence, de la fiabilité et de la cohérence du dispositif d'assistance que représentent ces prestations". De fait, il existe bien une complémentarité et une continuité entre elles, qui justifient qu'il soit techniquement plus efficace et financièrement moins coûteux d'avoir recours à un seul prestataire ou un groupement de prestataires, garantissant ainsi la cohérence entre les divers informations, conseils et assistance fournis à la SEM dans son domaine d'activité particulier.

En ce qui concerne la définition des besoins, la Chambre reconnaît d'ailleurs que la nature des besoins est exprimée de manière assez claire, mais elle remarque que leur évaluation présente quelques faiblesses. Nous admettons que certaines dispositions du cahier des charges manquaient parfois de précision, et nous tiendrons compte des remarques de la Chambre pour les consultations futures. Toutefois, nous ne comprenons pas la remarque de la Chambre au sujet des prestations de conseil, pour lesquelles il était bien clair que les candidats étaient appelés à proposer des prix unitaires et non des prix forfaitaires, comme cela apparaissait dans la décomposition de l'offre de prix. La différenciation entre prestations de courte durée et prestations plus complexes ne concernait pas la nature des prestations, mais leurs modalités de mise en œuvre et de facturation. L'évaluation donnée par la SEM pour les deux modes de prestations avait pour seul but de permettre aux candidats de définir leurs prix unitaires en fonction de l'importance ainsi estimée du volume des prestations attendues, dès lors que la SEM ne souhaitait déterminer a priori ni un minimum ni un maximum pour ses commandes, en volume ou en quantité, comme les textes le permettent expressément.

En ce qui concerne les critères de jugement et l'analyse des offres, les critiques de la Chambre se fondent sur les textes applicables aux procédures formalisées. **Mais dès lors que la SEM s'était placée, à juste titre de son point de vue (cf. plus haut), dans une procédure librement définie conformément à l'article 9, ces textes ne s'appliquaient pas et les critères retenus par la SEM, intégrant l'expérience des candidats, étaient conformes aux textes et à la jurisprudence.** Les critiques de la Chambre sur la question des critères sont alors sans portée.

Par ailleurs, si l'analyse des offres s'est concentrée plus sur les montants des différentes prestations de l'offre que sur les critères qualitatifs figurant au règlement de la consultation, cela était bien naturel dans la mesure où la SEM se trouvait en présence d'une candidature unique, d'un candidat dont elle connaissait déjà les qualités. **La négociation a donc porté non seulement sur les prix, - permettant à la SEM d'obtenir un gain financier non négligeable, quoi qu'en dise la Chambre, de 1.9 % par rapport à l'offre initiale, mais également, ce que néglige de rapporter la Chambre, sur les modalités d'intervention du prestataire notamment sur le contrôle des marchés, ainsi que sur les modalités d'indexation des prestations de gestion.** Cette négociation a finalement permis à la SEM de se voir facturer des montants nettement inférieurs à ceux prévus au contrat pour ces prestations (par exemple en 2010, grâce à ces formules d'indexation, les prestations de gestion des marchés ont été facturées 54.663 € au lieu des 60.000 prévus, et la fonction payeur 19.612 € au lieu de 22.000 €).

c) Les paiements effectués par la SEM

La Chambre fait quelques observations sur des facturations lui paraissant insuffisamment justifiées. Si elle a tenu compte des précisions apportées par la SEM, ses conclusions restent contestables sur certains points. Nous avons déjà répondu plus haut sur la principale critique, concernant l'étude de faisabilité SPLA. Quelques autres points de moindre importance appellent néanmoins des réponses de la SEM. Elles sont indiquées en annexe.

B.2 LES PRESTATIONS DE TENUE DE COMPTABILITE

La Chambre fait état d'une offre "indépendante" du contrat de réseau présentée par la société ADEXI (acte d'engagement du 28 novembre 2007). Nous ne comprenons pas bien cette précision de la Chambre dans la mesure où la société ADEXI est une filiale du groupe ALPHA, sans aucun lien capitalistique avec la SCET ou la Caisse des Dépôts.

Dans son analyse, la Chambre conclut à des faiblesses susceptibles de remettre en cause le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats dans la passation du marché, en tentant de démontrer l'existence d'un avantage pour la Société ADEXI.

La SEM apporte les remarques suivantes :

- Le contrat a été conclu antérieurement à un arrêt du Conseil d'Etat écartant la possibilité en procédure formalisée, d'utiliser un critère de jugement des offres lié à l'expérience des candidats ; **il n'y a donc aucune irrégularité dans le choix des critères.**
- Si la SEM a retenu "la qualité des références dans le domaine des SEM" comme un critère de jugement des offres, le jugement s'est bien fait sur la base des éléments et renseignements produits au titre de l'offre. **Ainsi, les candidats ont été traités de manière égalitaire et en toute transparence.**
- L'annexe au CCTP comprend un grand nombre de données quantitatives, telles que le nombre d'écritures comptables, le nombre d'opérations en cours, le nombre de pièces de dépenses, le nombre de titres paiement, l'évolution des produits d'exploitation et de l'effectif salarié...

L'ensemble de ces données permettaient à un professionnel de la comptabilité de traduire les besoins en temps et en qualification, ce que la SEM n'est pas en mesure d'estimer au mieux. Un jugement des offres de prestations comptables, réduite à une simple comparaison des coûts horaires proposés, ne nous semble pas propice au meilleur achat.

C. L'ANALYSE ECONOMIQUE ET FINANCIERE

La Chambre souligne "la santé financière satisfaisante [de la société] avec des résultats qui sont restés positifs malgré les effets de la crise immobilière et financière, et un bilan solide."

La Chambre relève parallèlement la forte prépondérance de l'activité aménagement dans les produits de la société, qui appelle deux remarques :

- L'analyse comparative reprise par la Chambre dans son rapport d'observations définitif, entre la SEM et un panel de 24 SEM d'agglomération, doit être nuancée en raison de la structure des chiffres d'affaires des sociétés du panel, dont l'activité est plus diversifiée que celle de la SEM.
- Avec un portefeuille actuel de 15 concessions d'aménagement, la société, exposée à une part de risque sur ces opérations, se devait de maintenir un niveau élevé de fonds propres, permettant par ailleurs de mobiliser les financements nécessaires sur les opérations. L'augmentation de capital réalisée en 2009 est venue consolider ces fonds propres, ce que la Chambre relève comme une gestion prudente et sécurisante pour la SEM.

D. LES CONTRATS DE CONCESSION D'AMENAGEMENT

A titre liminaire, Territoires & Développement prend acte de la reconnaissance par la Chambre de l'absence de difficultés sur la forme des concessions d'aménagement conclues avec les communes. Il faut d'ailleurs constater que la Chambre estime même que les contrats sont rédigés globalement de manière satisfaisante, que les modalités de rémunération de la SEM sont définies de manière adéquate, et que l'information apportée par la SEM aux collectivités concédantes, par des comptes rendus annuels dont elle a apprécié le sérieux et la qualité globale, est satisfaisante.

Ceci étant, le rapport définitif de la Chambre révèle la continuation d'un débat juridique sur :

- le moment auquel devraient être conclues les concessions,
- l'ampleur des modifications qu'il est possible d'apporter aux contrats en cours par voie d'avenant,
- et la nature des aléas dont la survenance justifie une discussion entre les parties au contrat, ce dernier point étant lié au précédent.

D.1 LE MOMENT AUQUEL DEVRAIENT ETRE CONCLUES LES CONCESSIONS D'AMENAGEMENT

Le rapport d'observations définitif de la Chambre stigmatise le fait que les collectivités concédantes n'approuvent pas le dossier de réalisation de la ZAC avant la passation de la concession d'aménagement au motif que ce choix peut "*engendrer des modifications significatives dans les clauses financières des contrats de concession, dans l'équilibre de ceux-ci et dans l'analyse de la répartition du risque*". La Chambre ne conteste toutefois pas que cette pratique est permise par le code de l'urbanisme. C'est donc bien sur le seul terrain du droit de la commande publique que se place la critique de la Chambre. Cette critique appelle plusieurs réponses :

- En premier lieu, il est vrai que la concession pourrait être conclue postérieurement à l'approbation du dossier de réalisation sans que cela soit, du point de vue de la SEM, une obligation. Il n'est toutefois pas certain que ce choix soit protecteur des intérêts des collectivités concédantes. En effet, la SEM pourrait alors légitimement considérer que le risque économique assumé par elle se limite à celui ressortant du dossier de réalisation préparé et approuvé par la collectivité, la collectivité devant assumer les conséquences de tout aléa non expressément anticipé dans le cadre du dossier de réalisation.
- En deuxième lieu, la préparation du dossier de réalisation par l'aménageur répond à une demande des collectivités concédantes qui, pour la plupart, ne disposent pas des ressources internes nécessaires à l'élaboration des documents constitutifs du dossier de réalisation.
- En troisième lieu, et pour se placer sur le même terrain que celui de la Chambre, il a déjà été objecté à cette critique, dans le cadre du rapport d'observations provisoire, que **l'objet d'une concession d'aménagement est tout à fait différent de celui d'un marché public de travaux ou de services. Il ne s'agit pas de livrer un bien déterminé à un maître d'ouvrage pour un prix donné, mais de réaliser un ensemble d'actions en vue d'aboutir à la réalisation d'une opération d'urbanisme complexe, qui se poursuit sur une longue durée et qui implique un financement par la réalisation de l'opération elle-même, complété ou non par des financements apportés par la collectivité.** Le concessionnaire est, selon la lettre de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme le maître de l'ouvrage de l'opération, c'est à lui qu'appartient le soin de définir en détail ses modalités techniques et financières de réalisation, **la collectivité concédante ne définissant que les objectifs d'ensemble à atteindre, sous la forme d'un programme, d'un périmètre et d'un bilan financier prévisionnel global.** Ceci est encore renforcé par le fait que le concessionnaire doit prendre en charge une part significative du risque (du moins dans la plupart des concessions) : en opérateur économique avisé, il ne saurait s'impliquer sérieusement dans une opération dont il n'aurait pas lui-même étudié le contenu détaillé. **Il en résulte que le concessionnaire doit intervenir dans la définition même des conditions de réalisation de l'opération.** De ce fait dans le cas d'une ZAC, il est tout à fait normal et même préférable que le concessionnaire soit désigné avant même la mise au point du dossier de réalisation. Il faut et il suffit que la collectivité ait bien défini en amont les objectifs et les missions assignées à l'aménageur. Ce qui suppose en général que le dossier de création ait été approuvé. Par ailleurs, il serait, du point de vue de la SEM, erroné de considérer qu'en signant la concession dès après la création de la ZAC, la collectivité ne respecterait pas son obligation de définir préalablement ses besoins, le dossier de création définissant quoi qu'on en dise les principales caractéristiques de l'opération d'aménagement.

Pour l'ensemble de ces raisons, la SEM ne peut, sur ce point, que se contenter de prendre acte de la position défendue par la Chambre, sans la partager.

D.2 L'AMPLEUR DES MODIFICATIONS QU'IL EST POSSIBLE D'APPORTER AUX CONTRATS PAR VOIE D'AVENANT

Dans sa réponse au rapport d'observations provisoire, Territoires & Développement a :

- d'une part, précisé que de son point de vue, **la concession d'aménagement s'apparente plus aux concessions de service public qu'aux marchés publics de travaux *stricto sensu***,
- d'autre part, se référant à la jurisprudence des juridictions administratives relatives aux conventions de délégation de service public (parmi lesquelles les concessions) défendu la position selon laquelle la légalité d'un avenant à une concession d'aménagement ne saurait s'apprécier à l'aune d'une approche purement quantitative mais bien en fonction de l'existence ou de l'absence d'une "*modification substantielle d'un élément essentiel*" du contrat (pour reprendre le vocabulaire utilisé par le juge) ; raisonnement induisant, *a priori*, une plus grande évolutivité du contrat.

La Chambre ne semble pas invalider le raisonnement. Par contre, elle assimile nombre des avenants conclus par Territoires & Développement à des modifications substantielles d'éléments essentiels.

A ceci, Territoires & Développement souhaite toutefois objecter que :

- **La jurisprudence administrative semble plus souple que la Chambre lorsqu'il s'agit d'apprécier si une évolution du programme de l'opération constitue une modification de l'objet de l'opération d'aménagement.**
- Il ressort du rapport d'observations définitif que la Chambre reste, malgré tout, sur une approche consistant à assimiler concession d'aménagement et marché public de travaux, assimilation que nous contestons sur le plan juridique.
- L'analyse opérée par la Chambre semble parfois décontextualisée ; par exemple les incidents de procédures ayant justifié la prolongation de la durée d'un contrat ne sont pas pris en considération.

La Chambre n'ayant pas repris dans ses observations définitives, les réponses de la SEM sur chacun des cas d'avenants visés par la Chambre, celles-ci sont reprises en annexe ci-jointe.

D.3 LE CONTENU DE LA GRILLE D'ÉVÉNEMENTS INSÉRÉE PAR LES PARTIES AU CONTRAT

Sur ce point, la SEM se félicite que la Chambre souligne "*l'intérêt certain de la formalisation d'une grille d'événements en ce qu'elle clarifie les relations contractuelles, par l'anticipation d'événements et la prise en charge des risques associés.*" De la même façon, elle note avec satisfaction que la Chambre confirme qu'il est légitime que la SEM cherche, au travers de ce document, une certaine protection.

En réalité, le débat porte non pas sur la possibilité et l'opportunité d'un tel document mais sur la nature des aléas qui, au terme de cette grille, doivent, au cas où ils surviendraient provoquer une nouvelle discussion entre la collectivité et son cocontractant ; les cas dans lesquels la prise en charge automatique par le concessionnaire des conséquences financières de l'aléa lui semblant trop rares. Il ne semble pas opportun, dans le cadre de cette réponse, d'ouvrir une discussion sur chacune des rubriques de chacune des grilles.

Par contre, il est important de souligner que la concession étant un contrat, on voit mal pourquoi les parties s'interdiraient de discuter des suites à donner à la survenance d'un aléa, quel qu'il soit.

Le fait que le contrat transfère un risque au contractant de la collectivité ne saurait conduire à considérer que les parties s'interdisent toute discussion ; cette interdiction étant antinomique de l'existence d'un contrat, qui plus est d'un contrat de longue durée, portant sur la réalisation d'une opération d'aménagement public ! Ce qui importe, nous semble-t-il, est que les décisions prises respectent les intérêts légitimes de la collectivité concédante et surtout ne conduisent pas à un avenant modifiant de façon substantielle un élément essentiel du contrat ; étant également rappelé que la collectivité demeure libre dans le cadre de ces discussions de repousser une demande d'avenant.

Sur ce dernier point, nous retenons avec la Chambre "le souci logique de la SEM de se protéger", tout en convenant cependant avec elle que la rédaction de certaines clauses relatives au risque, pourrait encore être améliorée afin d'éviter tout malentendu dans leur lecture ultérieure.

En tout état de cause, nous sommes bien d'accord sur la nécessité de vigilance sur le respect des principes européens et nationaux, tout en veillant à conserver l'originalité du contrat de concession d'aménagement, particulièrement bien adapté à son objet, et qui ne saurait être ramené à une simple prestation d'exécution.

Annexes

Nous reportons ci-dessous les explications apportées à la Chambre dans notre réponse aux observations provisoires et dont celle-ci ne semble pas avoir tenu compte.

Point 2.1.8.4 – L'information apportée aux administrateurs

L'article L 225-38 du Code de commerce concerne à titre principal *"toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et [...] l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3.*

Or, la SCET n'est ni administrateur de la SEM, ni même actionnaire de celle-ci.

Certes, le texte ajoute *"Il en est de même des conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa précédent est indirectement intéressée"*. La Chambre semble considérer que la Caisse des dépôts, dont la SCET est une filiale indirecte (via la SNI), serait intéressée par le contrat du seul fait de cette filiation indirecte. Or rien ne permet d'affirmer un tel "intérêt".

Le dernier alinéa de l'article L.225-38 pourrait peut-être plus concerner la situation de la SEM, puisqu'il vise *"les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si [...] l'un des administrateurs de la société est propriétaire, [...] administrateur, [...] ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise"*. Mais la Caisse des dépôts n'est à notre connaissance pas administrateur de la SCET, ni dirigeant de cette entreprise ; elle en détient certes la propriété, mais de manière indirecte ; or le texte ne précise pas que la propriété indirecte serait visée ; les commentaires sur cette disposition visent les "conventions entre sociétés ayant des dirigeants communs", et on doit donc considérer que seule la propriété directe serait visée.

Point 3.1.3.2.1. - Prestations sur bons de commande

Quelques erreurs de transcription apparaissent dans le tableau : dans la colonne 2008, le chiffre 15.274 € doit être ignoré ; dans la colonne 2009, il faut lire 43.312 € à la ligne "total contrat".

Point 3.1.3.2.1.1. - Mission d'analyse d'opportunité d'un projet sur le centre ancien de Rennes

Contrairement à ce qu'indique la Chambre, l'étude réalisée par la SCET ne se limite pas à des analyses de portée nationale, mais prend bien en compte la spécificité de la situation rennaise. Ainsi, le document de février 2008 comprenait bien une partie n°2 "la problématique du centre ville de Rennes".

Quant au document de synthèse présenté à la ville le 14 janvier 2009, mais élaboré en fait en avril 2008 (selon la date figurant en bas de page), s'il se référait bien évidemment à des expériences menées dans d'autres villes, il était bien essentiellement consacré à l'évaluation des enjeux spécifiques au projet de Rennes et à l'intervention de la SEM Territoires. En tout état de cause, l'objet de l'étude, limité à 3 jours, ne concernait qu'une analyse d'opportunité générale et non une étude technique approfondie de la situation rennaise. Le coût de la prestation, correspondant à ces 3 jours, était donc tout à fait normal.

Point 3.1.3.2.1.2. - Prestation d'audit des marchés

La Chambre évoque un contrat à une date non précisée, or la SEM a bien fourni un exemplaire de ce contrat en date du 25 avril 2007.

Elle indique que l'exécution de la prestation était incomplète, car le document produit ne comporte qu'une analyse de quatre des sept opérations prévues. Cependant, la commande n'impliquait pas la remise d'un document écrit exhaustif mais seulement une demi-journée de "restitution" prenant la forme d'un entretien. La SEM atteste que cet audit a bien été réalisé conformément à la commande

Point 3.1.3.2.3.1. - Mise à jour du Kbis

La facturation de l'accomplissement des formalités nécessaires aux changements d'administrateurs s'explique par le fait que cette prestation, si elle s'inscrit bien dans les missions d'assistance que la SEM peut demander dans le cadre du contrat de réseau, n'est pas comprise dans le forfait facturé pour l'adhésion au réseau, ni dans les prestations contractuelles de gestion, qui n'incluent pas la gestion de la vie sociale.

Quant à l'évaluation à 2 jours de travail, elle se justifie parfaitement par le fait que la prestation ne se limite nullement à des échanges commodes par voie électronique ou par courrier, comme le suppose la Chambre, mais comprend de nombreuses démarches pour obtenir la fourniture, par chaque administrateur concerné, des diverses pièces nécessaires, dont la collecte implique fréquemment des demandes de modifications ou pièces complémentaires, puis la rédaction, la transmission et l'obtention de l'annonce dans le journal d'annonces légales, enfin l'inscription proprement dite au greffe du tribunal de commerce impliquant la réponse aux questions des services du greffe et la vérification de la bonne rédaction de l'inscription. La facturation de cette prestation "clés en main" à hauteur de deux jours de travail d'un agent spécialisé nous paraît parfaitement justifiée.

Point 3.1.3.2.3.2. - Voyage à Saint Pétersbourg

Ce voyage d'études, à côté d'une partie touristique nécessaire pour appréhender le contexte de la ville, comportait 81 % de temps purement professionnel centré sur la visite d'opérations d'aménagement et des rencontres de professionnels en charge de ces opérations, comme la SEM en a justifié auprès de la Chambre.

Il était ouvert à tous les dirigeants de SEM et non aux seuls salariés de la SCET, dans le cadre du programme organisé au titre des échanges d'expériences qui constituent un des services offerts aux SEM dans le cadre de l'adhésion au réseau. C'est bien au titre de ses fonctions de directeur de la SEM, et non en tant que salarié de la SCET, que le directeur de la SEM Territoires a participé à ce voyage. Si l'organisation de ces voyages est incluse dans le coût de cette adhésion, il est normal que les frais directs de chaque voyage ne soient facturés qu'aux SEM participantes.

Point 5.1.2.1 - Opération ZAC Beauregard-Quincé

La Chambre considère que l'équilibre initial de la concession a été modifié du fait des avenants à ce contrat. Il faut signaler que le document transmis à la Chambre, non daté et non signé, ne constituait qu'un projet qui s'est concrétisé dans le cadre de l'avenant dit n° 2, légèrement réactualisé. Dit autrement, le document intitulé avenant n° 1 ne constituait en réalité qu'un document de travail, préparatoire à l'avenant n° 2 et transmis par erreur à la Chambre. L'avenant n° 1, daté et signé, n'avait pour seul objet que la prolongation de la durée de la concession (ce document a été transmis en annexe 5.1.2.1 de la réponse aux observations provisoires).

L'avenant n° 2 a pour objet de préciser le contenu de la mission de l'aménageur au regard des missions réalisées par les services de la ville et de modifier à cet égard la rémunération de l'aménageur. Comme la Chambre l'écrit elle-même, cette modification de la mission de l'aménageur intervient "*de manière très ponctuelle*" (ce document a été transmis en annexe 5.1.2.1 de la réponse aux observations provisoires).