

CABINET DE CASTELNAU

AVOCATS ASSOCIÉS

Monsieur Michel BONIFAY**Expert**

47, Cours Pierre Puget,

BP 328

13177 MARSEILLE Cedex 20

Paris, le 10 février 2010

fax. 04 - 99 - 13 - 69 - 51

Par courrier simple et courrier électronique

Affaire : CUMPM c/ EVERE SAS
Incinérateur de Fos-sur-Mer
dossier n°0908347-0

Vos ref : TA.171.a-MB pr.09/1401.1

Objet : Dire à expert n°1

Monsieur l'Expert et Cher Monsieur,

Je fais suite, par la présente note, à la réunion d'expertise qui s'est tenue dans vos locaux en date du 28 janvier 2010.

Dans le cadre du présent dire, la CUMPM entend formuler un certain nombre d'observations relatives :

- au contexte dans lequel intervient la présente expertise (I),
- au cadre contractuel de ce dossier (II),
- à la position de la Communauté Urbaine sur la réclamation transmise par la société EVERE en juillet 2009 (III),

I. Présentation du contexte dans lequel intervient la présente expertise

La Communauté Urbaine de Marseille Provence Métropole (ci-après la CUMPM) a élaboré, le 19 décembre 2002, un schéma général de gestion des déchets ménagers et assimilés qui décline les grandes orientations du programme sur lequel elle s'engage, en réponse aux des nombreuses critiques émises par la Commission européenne et la Préfecture des Bouches-du-Rhône et à l'encontre de l'exploitation de la décharge d'Entressen.

A cet égard, le Préfet des Bouches-du-Rhône avait imposé à la CUMPM une remise en état progressive du site de la décharge par un arrêté du 2 juillet 2002. Ce même arrêté lui enjoignait de déposer, avant le 31 décembre 2002, un projet de traitement alternatif à l'utilisation de ce centre, qui accueille aujourd'hui 80% de ses déchets ménagers (soit 450.000 tonnes par an).

Afin de se conformer à cette injonction, la communauté urbaine adonc transmis en préfecture le 19 décembre 2002, un schéma général de gestion des déchets ménagers et assimilés qui décline les grandes orientations du programme sur lequel elle s'engage.

Ce programme consacre le principe du recyclage des matériaux et comporte, notamment, la mise en place d'un centre de traitement des déchets.

La Communauté urbaine a voulu que ce centre de traitement soit conçu, pour la première fois en France, de façon à regrouper sur un même site le tri et le recyclage des déchets ménagers résiduels, leur valorisation ainsi que le traitement des déchets ultimes.

Le centre se compose ainsi schématiquement, pour ses principaux équipements :

- d'un **important centre de tri** des déchets ménagers, permettant la séparation de 3 fractions de déchets : les recyclables (papiers – cartons, métaux, PVC...), les fermentescibles (fraction biologique des déchets) et les ordures résiduelles dont la valorisation matière est impossible,
- d'une **unité de méthanisation** des déchets afin de traiter la fraction biologique des déchets ménagers précédemment triés, permettant d'une part, la production de compost aux normes destinées à une valorisation agricole et d'autre part, la production d'électricité dite verte,
- d'une **unité de traitement des déchets (incinérateur)**, permettant de traiter la partie des déchets ménagers qui ne peuvent plus faire l'objet d'un quelconque recyclage tout en exploitant leur potentiel calorifique (production d'énergie).

Ce choix devait tenir compte principalement de quatre données, dont certaines étaient particulièrement contraignantes :

- un site industriel d'environ 18 hectares d'un seul tenant, afin d'accueillir la totalité des équipements du centre de traitement,
- un site éloigné d'une distance raisonnable des habitations,
- un site situé à proximité immédiate de lignes à haute tension pour permettre le raccordement au réseau public d'électricité,
- un site relié au réseau ferré, afin d'assurer le transport d'environ 400.000 tonnes par an de déchets.

La zone industrialo-portuaire (ZIP) de FOS-SUR-MER était, par son aménagement, **la seule à permettre de répondre à cette quadruple contrainte**. Aucun site sur le territoire de la communauté urbaine ne le permettait.

C'est ainsi qu'après avoir échoué dans une tentative d'acquisition d'un terrain sur le site dit du CABAN Sud à FOS-SUR-MER, la communauté urbaine a signé un bail à construction avec le Port Autonome de Marseille (PAM).

Ce bail a pour objet de permettre la construction et l'implantation du centre de traitement des déchets ménagers sur un terrain appartenant au Port Autonome d'une superficie de 180.000 m² au lieudit CABAN Sud, dépendant de la zone industrielle de FOS-SUR-MER.

Souhaitant confier la réalisation de cet ouvrage, ainsi que son exploitation à un opérateur économique, la CUMPM a décidé de recourir à une délégation de service public, conformément aux dispositions des articles L.1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

Par délibération en date du 20 décembre 2003, le Conseil communautaire de la Communauté urbaine a donc validé le principe du recours à la délégation de service public.

Cette délibération a fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Tribunal de Marseille, rejeté par jugement en date du 12 juillet 2005, jugement confirmé par la Cour administrative d'appel de Marseille le 23 mai 2008.

Au terme de la procédure de passation mise en œuvre par la CUMPM, la délégation de service public a été attribuée, par délibération du 13 mai 2005, à un groupement d'entreprise composé des sociétés URBASER SA et VALORGA International.

Cette délibération a également fait l'objet de deux recours pour excès de pouvoir.

Par jugement en date du 18 juin 2008, le Tribunal administratif de Céans a statué sur ces deux instances dans un seul et même jugement, et a annulé cette délibération en raison du défaut d'information des conseillers communautaires.

Dans ce contexte, les élus de la CUMPM se sont prononcés, le 28 juin 2008, pour la réalisation d'un audit approfondi du projet, avec plusieurs objectifs distincts :

- disposer d'une vision globale et commune du projet, de ses objectifs, de son avancement, de son coût, de sa pertinence,
- alimenter les négociations en cours avec l'entreprise délégataire, en produisant des éclairages spécifiques sur certains points sensibles,
- éclairer les décisions à prendre, quant au contrat et plus généralement à la suite du projet.

C'est ainsi qu'un audit d'expertise environnementale, technique, juridique et financière du projet a été réalisé.

Les conclusions de cet audit ont fait l'objet d'une synthèse remis aux élus (**production n°1**).

Suivant les conclusions de cet audit, le conseil communautaire a délibéré de nouveau le 19 février 2009 sur l'attribution du contrat de DSP au groupement URBASER/VALORGA, afin de régulariser cette situation.

Le groupement URBASER SA / VALORGA International, retenu à l'issue de la procédure de mise en concurrence a créé, conformément à ce qui était prévu par le contrat de délégation, une société dédiée à l'exploitation du site, la société EVERE SAS.

C'est cette société qui est, actuellement, délégataire du service public de traitement et de valorisation des déchets, auquel le centre de traitement sert de support.

Au titre de cette convention, le délégataire a notamment pour mission :

- le financement de l'ouvrage,
- la réalisation des équipements,
- la demande et l'obtention, sous sa seule responsabilité, de toutes les autorisations nécessaires à la construction des ouvrages, notamment au titre de la réglementation d'urbanisme (permis de construire) et de la réglementation sur les installations classées (autorisation d'exploiter),
- l'exploitation technique des ouvrages et la gestion du service public.

Cette délégation de service public a une durée totale de 23 ans à compter de la date de notification au délégataire (le 18 juillet 2005), décomposée de la façon suivante :

- une phase 1, correspondant à la construction de l'ouvrage, d'une durée initialement estimée à trois ans,
- une phase 2, correspondant à la phase d'exploitation de l'ouvrage, d'une durée de 20 ans.

Le montant total des investissements que le délégataire s'engage à réaliser au titre de la convention de délégation de service public s'élève à **280.087.690 € HT** valeur octobre 2004 (une tranche conditionnelle est également prévue en cas de création d'une unité de traitement avec valorisation énergétique supplémentaire, d'un montant de 88.548.738 € HT).

Depuis la signature de la convention le 4 juillet 2005, le délégataire est donc chargé d'assurer la maîtrise d'ouvrage des travaux de construction du centre de traitement (sa conception, son financement, sa construction) avant d'en assurer son exploitation.

Il convient de souligner que ce projet a suscité de nombreuses oppositions, traduites par de très nombreux recours.

Il est d'ailleurs possible de rappeler les principaux recours intentés dans ce dossier :

- les délibérations approuvant la cession du bail à construction par la CUMPM à EVERE et approuvant la rétrocession de ce bail du 27 juin 2005 ont été attaquées, mais ces recours ont été rejetés par deux jugements en date du 29 juin 2009,
- l'autorisation d'exploiter le centre de traitement des déchets délivrée au délégataire de service public par arrêté préfectoral a fait l'objet d'une ordonnance de suspension prononcée par le juge du référé du Tribunal administratif de Marseille le 28 février 2006, puis, dans un arrêt en date du 15 février 2007, le Conseil d'Etat a annulé cette ordonnance,
- parallèlement à cette demande de suspension, un recours au fond contre cette autorisation d'exploiter a été déposé, qui a été rejeté dans un jugement en date du 13 novembre 2007, aujourd'hui frappé d'appel,
- deux référés suspensions ont été intentés à l'encontre du permis de construire du centre de traitement des déchets, délivré au délégataire de service public par arrêté du 20 mars 2006, qui ont été rejetés par ordonnance du 16 juin 2006, cette ordonnance ayant été confirmée par le Conseil d'Etat dans un arrêt en date du 15 février 2007,
- le recours au fond à l'encontre de ce permis de construire, a, lui aussi, été rejeté par le Tribunal administratif de Marseille dans un jugement en date du 29 juin 2007 aujourd'hui frappé d'appel,
- les travaux ont fait l'objet d'un recours consécutif à la découverte sur le chantier de plants de Lys maritime, qui a finalement été rejeté par un arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence, lequel a fait l'objet d'un pourvoi rejeté par la Cour de cassation le 17 octobre 2007,
- le comité de suivi de la Convention d'Aarhus concernant l'information du public, qui dépend de l'ONU, a été saisi d'un recours, rejeté par le comité le 3 juillet 2009,
- la décision de commencer les travaux a fait l'objet d'un recours en référé suspension rejeté par le Tribunal administratif de Marseille dans une ordonnance du 23 novembre 2006, confirmée par le Conseil d'Etat et d'un recours au fond également rejeté par le tribunal administratif par un jugement du 20 novembre 2008.

Ces très nombreux recours, intentés pendant la phase de construction du centre de traitement (phase 1), ont constitués, pour le délégataire, un élément perturbateur, générateur de retards sur le planning de réalisation du chantier.

De plus, cette phase de construction a également connu, selon le délégataire, de nombreux autres événements qui sont venus perturber sa bonne réalisation.

Les divers événements intervenus en cours de chantier sont, à titre d'illustration, les suivants :

- des manifestations d'opposants au projet ayant entraîné des destructions de matériel,
- l'état du sol et du sol qui s'est révélé différent de ce qui avait été annoncé lors de la consultation,
- une extension du béton du à la présence de limons,
- la modification des fosses de réception,
- le passage au régime thermophile pour la méthanisation...

Ces événements, qui ont perturbé le bon déroulement de ce chantier, ont amené le délégataire à proposer à la CUMPM, par courrier en date du 18 août 2008, la passation d'un avenant à la convention de service public (**production n°2**).

La société EVERE demandait ainsi la prise en charge, par la Communauté urbaine, des travaux supplémentaires réalisés pendant la construction des ouvrages, non imputables au délégataire, et ayant entraîné un surcoût évalué à 76.027.549 euros (valeur octobre 2004).

La CUMPM n'a pas répondu favorablement à cette demande, dans la mesure où elle n'était pas en mesure d'apprécier seule le bien fondé des différents postes de préjudices présentés, soit dans leur principe, soit dans leur montant.

Dans ces conditions, elle n'a donc pas pu valider le montant de cette demande indemnitaire.

Toutefois, consciente des difficultés rencontrées par le délégataire, la CUMPM a accepté d'étudier sérieusement cette demande.

Pour ce faire, des négociations ont donc été menées entre les parties visant à présenter de manière plus justifiée cette réclamation.

Des réunions ont ainsi été organisées avec le délégataire, entre les mois d'avril et de juin 2009.

Ces réunions ont permis :

- au délégataire d'exposer l'ensemble de ses postes de réclamation à la CUMPM,
- à la CUMPM de faire valoir ses objections et ses demandes de compléments à apporter à son dossier par le délégataire.

Toutefois, à l'issue de ces négociations, aucun accord global n'a pu être trouvé.

En juillet 2009, le délégataire, EVERE, a donc remis à la CUMPM, autorité délégante, un nouveau « *dossier technique et financier phase 1 et 2* », aux termes duquel il réclame la somme totale de 91.457.151 euros (valeur octobre 2004), soit, après actualisation, la somme de 107.084.819 euros (valeur février 2010).

Ce dossier, extrêmement volumineux, est composé d'un classeur synthétisant les différents postes de réclamation, ainsi que de 42 annexes, chacune composée d'un ou de plusieurs classeurs.

La lecture de ce dossier fait apparaître que les surcoûts réclamés sont répartis en trois grands postes :

- surcoûts au niveau génie civil (37.062.229 euros en valeur 2004, 43.837.950 en valeur 2010),
- surcoûts au niveau des équipements (23.139.688 euros en valeur 2004, 28.166.229 en valeur 2010),
- surcoûts au niveau des prestations (31.255.234 euros en valeur 2004, 35.080.440 en valeur 2010).

Il est également précisé que ce dossier « *remplace la proposition d'avenant en date du 18 août 2008 pour la partie des surcoûts et prend en compte l'ensemble des événements produits et connus jusqu'au 15 février 2009* » (dossier, p.39).

Toutefois, en l'état, la CUMPM est dans l'incapacité de déterminer et de valider, sur le plan technique, le bien fondé de ce dossier.

Dans ces conditions, la CUMPM a sollicité la désignation d'un expert chargé d'examiner, d'un strict point de vue technique, la demande de la société EVERE, d'en valider la méthodologie, de déterminer le bien fondé de chacun des postes de réclamation et, pour les postes lui apparaissant fondés, d'en évaluer le montant.

Tel est le contexte dans lequel intervient la présente expertise.

II. Présentation du cadre contractuel de ce dossier

Le montage contractuel de l'incinérateur de Fos-sur-Mer est constitué de deux grands ensembles de contrats :

- les contrats de premier rang liant la CUMPM et le PAM à la Société EVERE pour la réalisation et l'exploitation de l'UVE constitués par une convention de délégation de service public et un bail à construction (II.1),
- les contrats de second rang passés par la Société EVERE pour l'exécution de ses obligations résultant de la convention de délégation de service public : un crédit-bail immobilier pour le financement des ouvrages associé à une cession de créances au crédit-bailleur et un contrat de promotion immobilière pour la conception-réalisation des ouvrages (II.2).

A ces contrats s'ajoutent des instruments contractuels de garantie liés notamment au financement par crédit-bail des ouvrages (II.3).

1. Les contrats principaux

La mise en place de ce projet repose sur deux contrats principaux :

- la convention de délégation de service public de 23 ans, conclue entre la CUMPM et le délégataire (**production n°3**),
- le bail à construction de 70 ans, conclu entre le PAM et la CUMPM sur le fondement de l'article L.251-1 du code de la construction et de l'habitation (**production n°4**).

II.1.1. Justifications de ce montage

La justification du recours à ce montage original tient dans le fait que le terrain d'assiette choisi pour implanter l'ensemble de traitement des déchets appartient au PAM.

Afin de pouvoir réaliser cet ouvrage dans une totale sécurité juridique, la CUMPM avait souhaité acquérir ce terrain. Une fois ce terrain acquis, elle aurait alors pu conclure un bail emphytéaique administratif (BEA), avec un délégataire de service public, permettant de lui conférer les droits réels sur le bien à réaliser pour lui offrir des possibilités de financement par des organismes bancaires.

La CUMPM avait d'ailleurs approuvé le principe d'une délégation de service public sous la forme d'un bail emphytéaique administratif avec convention d'exploitation non détachable du bail, sur délibération en date du 28 mars 2003.

Ce montage n'a pourtant pas pu être mis en place, en raison de l'impossibilité, pour la CUMPM, d'acquérir le terrain d'assiette du projet.

En effet, le SAN Ouest Provence, qui bénéficiait d'un droit de préemption sur ce terrain, avait déclaré sa volonté d'user de ce droit en cas de vente du terrain. Dès lors, la CUMPM ne pouvait pas devenir propriétaire du terrain d'assiette, et ne pouvait pas conclure de BEA.

Le PAM et la CUMPM ont alors conclu un bail à construction pour contourner cette difficulté et permettre la jouissance du terrain au profit de la CUMPM.

Le bail à construction repose en effet sur une dissociation de la propriété et de la jouissance du sol. Dans le cadre de ce contrat, le preneur du bail à construction (en l'espèce la CUMPM) loue le terrain qui reste la propriété du bailleur (le PAM), en a la jouissance, et s'engage à y édifier des constructions.

II.1.2. Les principales clauses de la convention de délégation de service public

L'article 1^{er} du contrat de DSP stipule qu'il a pour objet de confier au délégataire la conception, le financement, la réalisation et l'exploitation d'un ensemble de traitement des déchets (les installations sont décrites à l'article 9 du contrat), ainsi que la gestion du service public de traitement et de valorisation des déchets auquel cet ensemble sert de support.

Au titre de cette DSP, le délégataire a notamment pour mission :

- le financement et la réalisation des ouvrages,
- l'exploitation technique des ouvrages et la gestion du service public,
- le financement des installations,
- de demander et d'obtenir, sous sa seule responsabilité, toutes les autorisations nécessaires à la construction des ouvrages, notamment au titre de la réglementation d'urbanisme (permis de construire) et de la réglementation sur les installations classées (autorisation d'exploiter).

Conformément aux principes régissant la délégation de service public, le délégataire est le maître d'ouvrage de cette opération, et réalise et exploite les ouvrages de la convention sous sa responsabilité.

Il est à ce titre en charge de tous les travaux de gros entretiens et de renouvellement, ainsi que de l'entretien courant des ouvrages.

Il doit également mettre en place et gérer, à ses frais, un système de contrôle de l'accès des personnes aux ouvrages, ainsi que le système d'admission des déchets.

Il est responsable de tous dommages causés par l'exécution des travaux à l'égard des tiers.

Ainsi, il prend à sa charge toutes les conséquences financières des sanctions qui pourraient lui être infligées par les autorités compétentes, notamment en cas de non respect des critères et des normes de pollution imposés pour le fonctionnement des ouvrages.

Les principales annexes à la convention de délégation de service public sont les suivantes :

- pour les annexes administratives :
 - la garantie de substitution à la société dédiée apportée par la société URBASER SA (A-3),
 - le cahier des garanties souscrites (A-6),
 - l'inventaire des biens utilisés dans le cadre de la délégation, opérant la distinction entre les biens de retour, et les biens propres (A-8),
 - le recueil des polices d'assurance souscrites par le délégataire (A-9),
- pour les annexes techniques :
 - le recueil des prescriptions générales process (T-a-1),
 - le recueil des prescriptions générales Génie-Civil et VRD (T-a-2),
 - le planning prévisionnel de réalisation des travaux (T-c-5).
- pour les annexes financières :
 - le calendrier contractuel de consolidation des financements (F-a-6),
 - la description du montage financier (F-b-3),
 - le compte d'exploitation prévisionnel sur 20 ans (F-c-1).

II.1.3. Les principales clauses du bail à construction

Le bail à construction a été conclu le 21 mars 2005. Par le biais de ce contrat, le PAM a donné à bail à construction à la CUMPM un terrain nu de 180 000 m² figurant au cadastre de la Commune de Fos Section AB n°60, situé dans la zone industrielle de Fos.

Le bail à construction est consenti et accepté pour une durée de 70 ans à compter de la signature du bail à construction.

Le PAM a déclaré que le terrain donné à bail est libre de toute location, occupation ou réquisition.

Le montant du loyer annuel est de 199.800,00€ hors droits, hors frais. Les parties ont convenu à cet égard que par dérogation, à compter de la signature et jusqu'à la date de déclaration d'ouverture du chantier de construction pour l'activité considérée, le loyer est fixé à 5% du montant du loyer annuel soit la somme de 9 990,00€ hors frais, hors droits et sera versé annuellement par le preneur.

L'article 6 du bail à construction reconnaît à la CUMPM, en sa qualité de preneur à bail, le droit de céder tout ou partie de ses droits et obligations et envisage d'ailleurs expressément cette cession par la CUMPM au profit d'un délégataire de service public qu'elle aura choisi pour la réalisation des ouvrages décrits dans le bail à construction.

Sur le fondement de cet article du bail à construction, une cession du bail à construction a donc été conclue le 21 mars 2005 entre la CUMPM (cédant) et le délégataire URBASER SA / VALORGA INTERNATIONAL (cessionnaire).

Le but de cette cession est de permettre au cessionnaire (le délégataire) de disposer du terrain d'assiette pour réaliser et exploiter l'ensemble de traitement des déchets ménagers et assimilés.

Par ce contrat, la CUMPM cède tous les droits et obligations résultant du bail à construction qui lui a été consenti par le PAM, à l'exception du droit de préférence en cas de vente du terrain prévu à l'article 12 du bail à construction.

Cette cession a été approuvée par une délibération du conseil de la communauté urbaine en date du 27 juin 2005.

Cette cession est faite à charge pour le cessionnaire notamment de prendre des biens loués dans l'état où il se trouvent, de procéder à l'édification des activités prévues au bail, et de payer au bailleur (le PAM) le loyer stipulé au bail en lieu et place du cédant (la CUMPM).

En outre, le cessionnaire demeure libre de céder à un organisme de crédit tout ou partie des droits résultant du bail à construction pour le financement des ouvrages.

De plus, les droits et obligations transmis à la CUMPM par le biais du bail à construction devaient en outre être cédés au délégataire, afin que ce dernier puisse, à son tour, disposer de la jouissance du terrain afin de lui permettre de réaliser l'ouvrage objet de la DSP.

C'est ainsi qu'un acte de cession du bail à construction a été conclu entre la CUMPM et le délégataire, la CUMPM cédant à ce dernier les droits et obligations pesant sur elle en vertu du bail à construction.

Enfin, dans la mesure où la délégation de service public à une durée moindre que celle du bail à construction (23 ans contre 70 ans), un engagement de rétrocession du bail a été pris par le délégataire, qui s'est engagé à rétrocéder à la CUMPM les droits et obligations issus de la cession du bail à construction au terme (normal ou anticipé) de la DSP.

II.2. Les sous-contrats

Il s'agit des contrats de second rang conclus par le délégataire pour l'exécution de ses obligations résultant de la convention de délégation de service public (financement, conception et réalisation des ouvrages) et du bail à construction cédé.

Ils ne concernent donc pas en principe la CUMPM et ne lui sont pas opposables. Celle-ci n'est liée qu'avec le délégataire (la société EVERE) par les stipulations de la convention de délégation de service public et du bail à construction cédé.

Toutefois, de manière classique lorsqu'il y a recours par le délégataire d'un service public à un crédit-bail pour le financement des ouvrages du service public délégué, il a été conclu une convention tripartite entre l'autorité délégante, le délégataire et le crédit-bailleur qui a notamment pour objet de garantir l'affectation des ouvrages financés par le crédit-bailleur au service public et les conditions de leur retour dans le patrimoine de la collectivité.

II.2.1. Le crédit-bail immobilier conclu par la société EVERE pour le financement de l'installation (production n°5)

Par contrat de crédit-bail conclu en la forme authentique le 16 juillet 2007, l'indivision de Sofergies constituée par Sogefinerg, Génecal et Dexia Flobail, le Crédit-bailleur, s'est engagée à financer la construction des ouvrages édifiées dans le cadre du contrat de promotion immobilière à hauteur de 280.097.691 euros et à donner lesdits ouvrages en bail à la société EVERE, crédit-preneur, assorti d'une promesse unilatérale de vente portant sur les ouvrages.

Le contrat de crédit-bail et les autres contrats liés au financement de l'opération sont interdépendants. En cas d'annulation, de résiliation ou de résolution pour quelque cause que ce soit de l'une quelconque de ces conventions, l'ensemble sera résilié à l'exception :

- de la cession de créances relative à la cession des redevances financières et de l'ensemble des autres sûretés qui continueront à produire leurs effets jusqu'au complet paiement de l'indemnité de résiliation du crédit-bail
- de la convention tripartite
- du bail à construction cédé

II.2.2. Le Contrat de Promotion Immobilière conclu entre le crédit-bailleur et la société EVERE pour la conception-réalisation de l'ouvrage (production n°6)

Le crédit-bailleur, en sa qualité de maître d'ouvrage, a confié, par contrat de promotion immobilière conclu le 16 juillet 2007, à la Société EVERE, en qualité de promoteur, la responsabilité de la construction « clés en main » de l'Installation comprenant toutes les opérations de conception, de construction et de mise en service.

La date de conclusion du CPI est concomitante à celle de la conclusion du contrat crédit-bail dans la mesure où antérieurement la qualité de maître d'ouvrage n'appartenait pas au crédit-bailleur mais à la société EVERE en sa qualité de délégataire de service public en charge de la réalisation de l'UVE. L'article 4.3 décharge à ce titre le crédit-bailleur de toute responsabilité quant au choix de conception, de construction et des modalités d'exécution des travaux arrêtés par le promoteur sous son entière responsabilité.

Conformément aux dispositions des articles 1831-1 à 1831-5 du Code civil, le maître d'ouvrage donne mandat au promoteur de faire procéder pour son compte au prix convenu et dans les délais prévus à la construction et à la mise en service de l'Installation.

Pour l'exécution de sa mission, le promoteur est tenu à l'égard du maître d'ouvrage d'une obligation de résultat de livrer l'installation dans les délais prévus et au prix convenu et de supporter les risques des travaux jusqu'à la date de livraison.

II.3. Les garanties

III.3.1. La convention tripartite entre la CUMPM, le délégataire et le crédit-bailleur (production n°7)

Conclue le 16 juillet 2007 entre la CUMPM, la société EVERE et le crédit-bailleur, elle constitue une pièce classique et indispensable dans le cadre d'un financement en crédit-bail d'un ouvrage affecté à un service public.

En application de l'article 17.2.3 de la DSP, elle a pour objet de :

- prendre acte du recours au crédit-bail pour le financement des ouvrages de la DSP et de la cession du droit réel résultant du Bail à construction au crédit-bailleur pour les besoins du financement par crédit-bail,
- reconnaître le droit de propriété du crédit-bailleur sur les ouvrages, installations et équipements financés en crédit-bail pendant toute la durée du crédit-bail,
- garantir l'affectation des biens financés par crédit-bail au service public de traitement des déchets ménagers et assimilés de la CUMPM,
- organiser les modalités juridiques et financières en fin de crédit-bail de retour des ouvrages dans le patrimoine de la CUMPM,
- prévoir les conséquences de la fin anticipée de la délégation de service public sur le crédit-bail.

III.3.2. L'Engagement de stabilité de l'actionnariat

Conformément à l'article 6.1 de la DSP, la société URBASER SA s'est engagée à maintenir sa participation à hauteur de 80 % du capital et des droits de vote de la société de projet pendant toute la durée de la délégation sauf accord exprès et préalable de la CUMPM (Cette garantie figure à l'annexe F-d-3 de la convention de DSP).

III.3.3. La garantie de substitution d'URBASER

En application de l'article 6.2 de la DSP, la société URBASER SA s'est engagée de manière irrévocable et inconditionnelle à se substituer à première demande et sans formalité à la société dédiée en cas de défaillance de celle-ci quel qu'en soit la cause et à ce titre à reprendre l'ensemble de ses engagements au titre de la DSP.

Cette garantie est donnée pour toute la durée de la convention (Elle figure en annexe A-3 de la DSP).

III.3.4. La garantie d'achèvement et de paiement d'URBASER

Contrairement aux usages en matière de contrats transférant le financement et la maîtrise d'ouvrage d'équipements public à un opérateur privé, la convention de DSP n'a pas prévu à la charge du délégataire l'obligation de constituer au profit de la CUMPM une garantie d'achèvement de l'Installation sous la forme d'une caution bancaire ou d'une garantie à première demande émanant d'un établissement financier.

En principe, cette garantie peut être appelée par la collectivité contractante et/ou par le(s) prêteur(s) en cas de défaillance du cocontractant privé dans la réalisation et la mise à disposition de l'ouvrage.

Toutefois, une garantie de cette nature a bien été constituée par la société URBASER au profit du crédit-bailleur par acte conclu sous seings privés le 16 juillet 2007 et annexé au crédit-bail.

Par cette garantie à première demande, URBASER, le Garant, s'est engagé à garantir au crédit-bailleur, à la fois la bonne exécution par le Crédit-Preneur de ses engagements aux termes du crédit-bail et du CPI pendant la période de construction.

Cette garantie ne peut toutefois être appelée que par le crédit-bailleur et la CUMPM ne dispose d'aucun pouvoir de coercition sur lui.

III. Rappel de la position de la CUMPM sur la réclamation transmise par son délégataire en juillet 2009

Lors de la réunion qui s'est tenue dans vos locaux, j'ai tenu à préciser que si la CUMPM est bien demandeur à l'expertise (puisqu'elle a introduit la requête), elle est néanmoins défendeur face à la réclamation financière d'EVERE.

Ce point me semble très important, et implique, selon moi, que la société EVERE, en sa qualité de demandeur à la réclamation, démontre et justifie ses demandes, et que la CUMPM réponde aux prétentions de son délégataire de manière justifiée.

Je tiens également à souligner que, selon moi, la présente expertise doit porter tant sur l'imputabilité des travaux supplémentaires qui sont demandés que sur le montant réclamé par le délégataire.

A cet égard, un débat a eu lieu en réunion sur un éventuel accord de la CUMPM sur différents postes de réclamation figurant dans la réclamation d'EVERE de juillet 2009.

La société EVERE considère en effet que les discussions qui ont eu lieu entre les parties pendant 3 mois sur la formalisation de cette réclamation prouvent l'existence d'un accord de la CUMPM sur tout ou partie de la réclamation.

A titre d'illustration, sur la question des retards, la société EVERE considère que le fait que la CUMPM ait accordé 19 mois de délais supplémentaires implique qu'elle reconnaît que le délégataire n'est pas responsable desdits retards et implique son accord (au moins implicite) sur l'indemnisation demandée par EVERE sur ce point.

Selon le délégataire, il n'est pas logique d'accorder des délais mais de ne pas vouloir prendre en charge les conséquences financières de ces délais.

La société EVERE a tout de même reconnu en réunion qu'il n'y avait pas eu d'accord formalisé entre les parties sur sa réclamation.

Dans le cadre du présent dire, je tiens à confirmer ce qui a été indiqué en réunion, à savoir que **la CUMPM est en désaccord total sur l'intégralité de cette réclamation, tant sur l'imputabilité que sur les montants des différents postes de réclamation.**

Il paraît de plus nécessaire de rappeler que la seule et unique raison qui a abouti à la prolongation de délais a résidé dans le fait que sans cette prolongation, les établissements financiers avaient la possibilité de résilier leurs contrats, mettant ainsi gravement en péril le projet.

Cependant, cette prolongation de délais ne vaut absolument pas accord de la CUMPM sur sa responsabilité dans ces retards ou son accord sur le montant des sommes réclamées par le délégataire à ce titre.

S'il y a bien eu des discussions entre les parties sur l'élaboration de la réclamation déposée par EVERE en juillet 2009, ces discussions n'ont porté que sur la présentation formelle de cette demande, et ne peuvent, en aucun cas, valoir accord, par la CUMPM, d'une prise en charge de sa part de tout ou partie de cette réclamation.

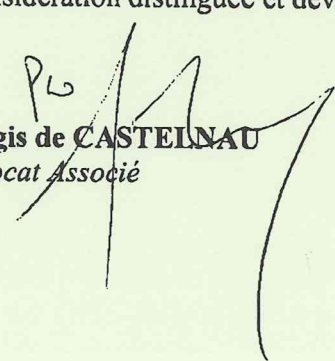
Enfin, je vous confirme qu'en l'état, la CUMPM ne dispose pas d'un dossier contradictoire à celui déposé en juillet 2009 par son délégataire.

La CUMPM entend en effet constituer ce « dossier contradictoire » au fur et à mesure de l'expertise, par le biais de dires répondant postes par postes au dossier d'EVERE.

Bien entendu, mon contradicteur est destinataire du présent dire.

Vous en souhaitant bonne réception,

Je vous prie de croire, Monsieur l'Expert et Cher Monsieur, en l'assurance de ma considération distinguée et dévouée.


Régis de CASTELNAU
Avocat Associé

Copie : Me Michèle Anahory-Zirah, Cabinet Landwell, pour la société EVERE
(michele.anahory-zirah@fr.landwellglobal.com)

BORDEREAU DE PIECES JOINTES

- Production n°1 :** synthèse de l'audit d'expertise environnementale, technique, juridique et financière du projet
- Production n°2 :** première réclamation en date du 18 août 2008
- Production n°3 :** contrat de DSP
- Production n°4 :** bail à construction
- Production n°5 :** crédit-bail immobilier
- Production n°6 :** contrat de promotion immobilière
- Production n°7 :** convention tripartite