

Montpellier, le 9 mars 2010

Confidentiel

Monsieur Julien GIRARD
Société EVERE
Parc du Millénaire - Immeuble Symphonie
Sud
BP51 - F 34935
Montpellier cedex 09

Dossier : EVERE/ CUMPM
Extension de l'expertise au préjudice d'exploitation

Cher Monsieur,

Comme convenu lors de la réunion qui s'est tenue en nos locaux le 8 mars, vous trouverez ci-après notre avis quant à l'opportunité de solliciter une modification de l'ordonnance rendue par le Tribunal administratif le 7 décembre 2009.

La demande de modification aurait pour objet de préciser que la mission de l'expert s'étend non seulement à la détermination de la nature et du montant des « travaux supplémentaires » réalisés par EVERE et qui sont estimés à 107 millions d'euros, hors actualisation, mais aussi au préjudice d'exploitation résultant des retards générés par la réalisation de ces travaux.

Il résulte de notre analyse que :

- Il serait trop risqué de ne pas solliciter la modification de l'ordonnance de référé du 7 décembre 2009 pour préciser que la mission de l'expert couvre non seulement les « travaux supplémentaires » mais aussi les préjudices d'exploitation en résultant pour le délégataire **(1)** ;

- Il nous semble plus judicieux de solliciter cette modification dans le cadre de la procédure de demande d'extension de la mission de l'expert prévue par le nouvel article R.532-3 du Code de Justice administrative **(2)**.

1) Sur la nécessité de solliciter la modification de l'Ordonnance du 7 décembre 2009

Il résulte de la lecture de l'ordonnance du 7 décembre 2009 que la mission de l'expert, qui correspond à celle proposée par l'avocat de la CUMPM est cantonnée à :

- la prise de connaissance du dossier technique et financier remis par la Société EVERE à la CUMPM en juillet 2009 **en vue de demander la rétribution des travaux supplémentaires réalisés pendant la construction des ouvrages et qui ne seraient pas imputables au délégataire ;**
- valider ou non la méthodologie proposée par le délégataire dans le cadre de son dossier ;
- se rendre sur les lieux afin de constater **l'état d'avancement du chantier** et constater la réalité des chefs de réclamation avancés par la société ;
- procéder aux investigations nécessaires pour déterminer l'ampleur, l'origine, les causes des **chefs de préjudice invoqués ;**
- donner tous les éléments de fait, techniques et financiers permettant d'établir le bien fondé des **chefs de préjudice invoqués ;**
- **pour les postes considérés comme bien fondés**, en apprécier le montant proposé par la Société EVERE ;
- de manière générale, fournir au tribunal tous éléments permettant de déterminer l'importance des préjudices et la réalité des responsabilités encourues le cas échéant

Deux interprétations sont possibles :

- La mission de l'expert repose essentiellement et, en premier lieu, sur l'analyse du dossier technique et financier remis par Evere à la CUMPM en juillet 2009. Dès lors que ce dossier fait état de réclamations portant sur les préjudices d'exploitation résultant des travaux supplémentaires, il pourrait être soutenu que la mission de l'expert englobe bien à la fois les impacts financiers des retards sur la phase 1 (construction) mais également sur la phase 2 (exploitation) de la DSP.

- Une autre lecture pourrait, toutefois, consister à considérer que, selon le dispositif de l'Ordonnance, l'ensemble des « chefs de préjudices invoqués » se rattachent à la seule « rétribution des travaux supplémentaires », à l'exclusion du préjudice d'exploitation qui résulte pour EVERE de la réalisation de ces travaux et de la mise en service industrielle différée de l'installation.

En effet, l'Ordonnance vise seulement des travaux supplémentaires : (Pour mémoire l'Ordonnance est ainsi rédigée : « prendre connaissance du dossier technique et financier remis par la Société EVERE à la CUMPM en juillet 2009 en vue de demander la rétribution des travaux supplémentaires réalisés pendant la construction des ouvrages de Fos ».)

Cette lecture restrictive est corroborée par la requête sollicitant nomination de l'expert et le Dire n°1 présenté pour la CUMPM qui ne mentionnent à aucun moment ce second préjudice et font exclusivement état de la demande au titre des travaux supplémentaires pour un montant d'environ 107 millions d'euros.

En conséquence, « le doute est permis » quant à l'étendue de la mission de l'expert aux termes de l'Ordonnance du 7 décembre 2009.

De plus, même si l'expert confirmait expressément que la réclamation de juillet 2009 englobe également, selon lui, les préjudices d'exploitation, la partie adverse pourrait être amenée à soutenir, dans le cadre d'un éventuel contentieux indemnitaire ultérieur, voire dans le cadre des opérations d'expertise lorsque l'ordonnance sera devenue définitive (c'est-à-dire qu'aucun recours ne pourra plus être introduit visant à en modifier le contenu), que la mission de l'expert se limitait aux seules demandes relatives aux travaux supplémentaires mentionnées dans la réclamation.

Il convient par ailleurs de relever qu'aucune disposition du Code de Justice administrative ne permet à l'expert ou aux parties « d'interpréter » la mission confiée par le juge et, qu'en cas de contestation, le juge se rapportera non pas aux déclarations ou position éventuellement exprimées par les parties lors de l'expertise, mais à la seule rédaction de l'ordonnance, pour déterminer si l'expert a outrepassé la mission qui lui avait été confiée.

C'est la raison pour laquelle nous tendons à estimer que l'ordonnance de référé du 7 décembre 2009 doit être modifiée pour préciser que l'expert devra :

« prendre connaissance du dossier technique et financier remis par la Société EVERE à la CUMPM en juillet 2009 en vue de demander la rétribution des travaux et dépenses supplémentaires réalisés pendant la construction des ouvrages et qui ne seraient pas imputables au délégataire et des préjudices d'exploitation en résultant pour le délégataire notamment en raison du retard de la Mise en service Industrielle »

Nous restons naturellement attentifs à vos commentaires sur la rédaction de cette demande, notamment quant à sa cohérence avec les causes techniques à l'origine des préjudices d'exploitation que vous maîtrisez davantage.

2) Sur les voies judiciaires envisageables pour solliciter la modification de l'Ordonnance du 7 décembre 2009

Le dispositif prévu par le Code de justice administratif en matière de référé expertise a été récemment modifié.

Il en résulte notamment que coexistent désormais deux modalités juridictionnelles par lesquelles les parties peuvent solliciter la modification par le juge de la nature de la mission confiée à l'expert : l'appel **(a)** et la demande d'extension **(b)**.

a) L'appel

La demande de modification de EVERE peut tout d'abord **s'inscrire dans le cadre de la procédure d'appel actuellement pendante devant la Cour administrative d'appel de Marseille.**

Le juge d'appel détient, en effet, conformément aux dispositions de l'article R533-3 du Code de justice administrative, les mêmes pouvoirs que le juge des référés de première instance, et pourra donc, sur la base d'une démonstration de l'utilité de la mesure sollicitée, modifier l'ordonnance de première instance.

Toutefois, nous tendons à considérer que cette demande tendant à solliciter du même juge qu'il élargisse la mission de l'expert à des chefs de préjudice dont le montant serait

supérieur à celui des travaux supplémentaires mais également qu'il en réduise la durée pourrait paraître peu cohérente.

Il nous semble donc préférable de distinguer l'action relative à la demande de réduction de la durée de l'expertise de celle visant à obtenir l'extension de la mission de l'expert à l'évaluation des surcoûts d'exploitation.

b) La demande d'extension

Un décret du 22 février 2010 vient d'insérer au sein du Code de justice administrative un article R.532-3 aux termes duquel :

*« Le juge des référés peut, à la demande de l'une des parties formée **dans le délai de deux mois qui suit la première réunion d'expertise, ou à la demande de l'expert formée à tout moment**, étendre l'expertise à des personnes autres que les parties initialement désignées par l'ordonnance, ou mettre hors de cause une ou plusieurs des parties ainsi désignées.*

*Il peut, dans les mêmes conditions, étendre la mission de l'expertise à **l'examen de questions techniques qui se révélerait indispensable à la bonne exécution de cette mission**, ou, à l'inverse, réduire l'étendue de la mission si certaines des recherches envisagées apparaissent inutiles ».*

La demande d'extension doit être communiquée à la partie adverse qui pourra en contester l'utilité. Par ailleurs, le juge pourra convoquer l'expert et les parties à une réunion visant à débattre de la nécessité de cette réunion d'expertise, dont il sera dressé un relevé des conclusions, communiqué aux parties et à l'expert, et versé au dossier (article R. 621-8-1 du Code de justice administrative).

Pour conclure :

Cette seconde modalité de mise en œuvre de la demande de modification nous paraît la plus pertinente dès lors que :

- d'une part, elle permettra de limiter l'incohérence consistant à solliciter dans la même procédure un raccourcissement des délais de l'expertise et un élargissement de la mission de l'expert,

- d'autre part, elle permettra soit au juge de reconnaître l'utilité de la mesure, soit aux parties et à l'expert de se prononcer dans le cadre d'une réunion provoquée par le juge sur cet objet et dont les conclusions seront versées au dossier.

A cet égard, la demande de EVERE pourra s'appuyer sur la position exprimée oralement par l'expert judiciaire, lors de la réunion d'expertise du 23 février 2010, sans démenti de la part de la CUMPM, selon laquelle l'expert a estimé qu'il était compétent pour statuer également sur les surcoûts en terme d'exploitation. Il nous paraît donc opportun de prendre acte de ces propos dans le cadre du Dire qui exposera la position de EVERE sur cette question.

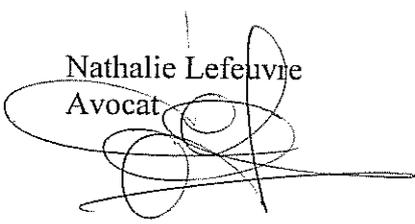
Au regard du délai légal, **la demande d'extension de la mission de l'expert judiciaire doit-être déposée au plus tard le 28 mars 2010.**

Nous vous remercions, par conséquent, de bien vouloir nous faire part de vos instructions très rapidement dans la semaine.

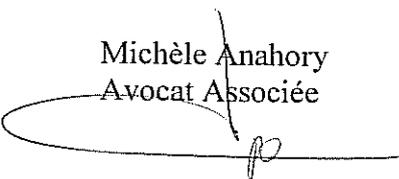
Dans l'attente,

Nous vous prions d'agréer, Cher Monsieur, l'expression de nos salutations les plus cordiales.

Nathalie Lefeuve
Avocat



Michèle Anahory
Avocat Associée



PJ

REFERENCE DU DOC