A MONSIEUR LE PRESIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE MARSEILLE
22-24 RUE BRETEUIL
13006 MARSEILLE

MEMOIRE EN REPLIQUE

Article R. 541-1 du Code de justice administrative

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE
19 MAI 2011
GREFFE
N° .....

POUR :

La société EvéRé SAS, société par actions simplifiée au capital social de 2.900.000 Euros, immatriculée au RCS de Montpellier sous le numéro 483 665 873, ayant son siège social situé au 1140 avenue Albert Einstein, BP 51, à Montpellier (34935), représentée par son Président domicilié en cette qualité audit siège,

Ayant pour Avocats :

Maître Michèle ANAHORY
Avocat au Barreau de Montpellier
Cabinet d'avocats Simmons & Simmons

CONTRE :

La COMMUNAUTE URBAINE MARSEILLE PROVENCE METROPOLE (CUMPM) dont le siège est sis Atrium 10.7 – Les Docks, BP 48014, Marseille Cédex, représentée par son Président en exercice

Ayant pour Avocat :

Maître Jorge MENDES CONSTANTE
Avocat au Barreau de Marseille

PLAISE A MONSIEUR LE PRESIDENT

PLAISE A MONSIEUR LE PRESIDENT

Par un mémoire enregistré au greffe du Tribunal de céans le 14 mars 2011, la Communauté Urbaine Marseille Provence Métropole (Ci-après la CUMPM) conclut au rejet de la requête présentée par la Société EvéRé dans le cadre de la présente instance.

La défenderesse estime au soutien de ses conclusions que, contrairement à ce qui aurait été présenté par la Société EvéRé, *« il n'y a aucune négociation en cours, aucun accord que ce soit sur le principe de l'indemnisation ou le montant de l'indemnité »* et qu'en tout état de cause, elle *« refuse d'indemniser le délégataire pour les dépenses et travaux supplémentaires réalisés pendant la construction des ouvrages de l'incinérateur de Fos ».*

Ce refus, dans une logique qu'on peine à suivre, aurait justifié qu'elle ait sollicité la désignation d'un expert, auquel il est par ailleurs prétendu que le juge, dans l'ordonnance en date du 7 décembre 2009, aurait confié deux missions tendant d'une part à la vérification des dépenses réalisés et d'autre part à la détermination de leur imputabilité, seconde mission qui n'aurait pas encore été réalisée.

Au terme de cette présentation dont on se bornera à cet instant d'indiquer qu'elle est particulièrement surprenante, pour ne pas dire choquante, la CUMPM prétend :

- que l'obligation invoquée serait sérieusement contestable, dès lors que l'expert ne se serait pas, à ce stade de ses travaux, prononcé sur « l'imputabilité desdites dépenses et travaux supplémentaires » et que par conséquent la requête serait « prématurée » ;

- que les dépenses alléguées en tout état de cause ne sont pas imputables à la CUMPM, la présentation faite par la Société EvéRé étant à cet égard « absurde » ;

- que s'agissant d'un contrat de délégation de service public, il appartient au délégataire, qui exploite à ses risques et périls le service délégué, d'assumer les éventuels dépenses nécessaires pour assurer la continuité du service ;

- qu'il n'en va autrement, aux termes des dispositions du contrats, que s'agissant de travaux réalisés en cas de *« force majeure rendant plus onéreuse la réalisation des travaux projetés, dont il appartiendra (au délégataire) de rapporter la preuve »* au sens des articles 11 et 17.1.1 de la convention de délégation de service public, preuve que la Société EvéRé ne rapporterait pas ;

- que seraient notamment susceptibles d'être pris en charge les travaux supplémentaires ou complémentaires imposés par des prescriptions résultant d'autorisation d'exploiter, au sens de l'article 46 de la convention

- que la question de l'appréciation de la survenance d'une situation de force majeure est en tout état de cause une question de droit dont l'appréciation est du seul office du juge du fond ;

- qu'en tout état de cause, la convention de délégation de service public a fait l'objet d'un avenant numéro 2 signé le 10 décembre 2010 qui a eu pour conséquence d'accorder à la société requérante la somme de 29 873 426 €, avenant qui matérialiserait que la CUMPM aurait *« tenu son engagement de proposer un protocole d'accord sous la forme d'un avenant comme elle s'y était engagée lors de l'accédit du 8 novembre 2010 »* ;

- gardant le plus extraordinaire pour la fin, la CUMPM prétend au terme de sa réinvention des rapports entretenus depuis plusieurs mois avec son délégataire, que *« les conclusions sur l'imputabilité n'ont jamais été soumises à la contradiction des parties »*, et répète qu'elle *« réfute l'idée de devoir la moindre somme au délégataire ».*

Il sera démontré, ci-après, outre que l'ensemble des moyens avancés par la CUMPM manque en fait comme en droit, que la présentation qui est faite par la collectivité publique constitue en réalité **une violation manifeste et particulièrement grave du principe de confiance légitime.**

Au regard de sa gravité, la Société EvéRé entend, à titre liminaire, exposer le préjudice financier qu'elle subit du fait de la rupture de l'équilibre économique du contrat qui la lie avec la CUMPM (**I**) et les raisons qui l'ont malgré tout conduite à ne pas solliciter sa résiliation (**II**), avant d'indiquer les raisons pour lesquelles elle estime que sa demande de provision n'est pas sérieusement contestable et s'inscrit ce faisant parfaitement dans les énonciations de l'article R. 541-1 du Code de justice administrative (**III**).

I. A TITRE LIMINAIRE, SUR LE PREJUDICE ACTUELLEMENT SUBI PAR LA SOCIETE EvéRé

1. Ainsi qu'elle a eu l'occasion de l'évoquer dans le cadre de la requête introductive d'instance, la société EvéRé, lors de l'exécution de la convention de délégation de service public qui la lie avec la CUMPM, a eu à subir, du fait d'événements extérieurs à sa volonté, de très nombreux éléments perturbateurs, générateurs de retards sur le planning de réalisation du chantier (recours juridiques, manifestations, travaux rendus nécessaires en raison de l'état du sol qui s'est avéré différent de celui décrit dans les documents de la consultations, modifications de l'ouvrage du fait de demandes de la CUMPM..) et qui ne lui sont aucunement imputables.

Le préjudice subi par la Société EvéRé résulte deux causes différentes :

- Les **retards dans la construction** résultant du décalage de calendrier du fait de **causes extérieures** au délégataire, dont cette dernière a d'ailleurs retenu l'existence dans le cadre d'un avenant et qui a justifié le décalage de la mise en service industrielle de l'usine (A) ;

- la **réalisation de nombreux travaux modificatifs supplémentaires** (B) ;

Il en résulte pour la société dédiée à l'exécution du contrat de délégation de service public, la Société EvéRé SAS comme pour sa société mère, la Société URBASER, un préjudice financier particulièrement lourde **et une dégradation préoccupante de leur situation financière (C).**

A. Les retards dans le calendrier de construction

2. La réalité de ce décalage du calendrier de construction ne saurait être contesté par la CUMPM qui, par délibération AGER 002-1021/09/CC en date du 19 février 2009, a accepté d'augmenter de 19 mois et 15 jours le délai prévu pour la Mise en Service Industrielle de l'équipement objet de la délégation de service public (Pièce n°1).

3. L'exposé des motifs de cette délégation mentionne à cet égard que :

« Il apparaît que le délai doit être prolongé de la manière suivante :

- *2 mois et 3 jours pour exécution des études géotechniques après le permis de construire, et compte tenu du contexte d'insécurité pour les biens et les personnes qui régnait à cette époque sur le site, et non avant le permis de construire comme prévu dans le planning contractuel ;*
- *8 mois et 27 jours pour suspension par le Tribunal administratif de l'arrêté d'autorisation d'exploiter (une des deux autorisations faisant partir le délai) et pour arrêt de chantier et nécessité d'obtention d'un permis modificatif (24 mai 2006 – 19 février 2007) ;*

- *5 mois et 2 jours pour signature tardive du contrat de crédit-bail, condition du montage de l'opération prévue dans la Convention de DSP, signature intervenue tardivement en raison de très nombreux recours subis par l'opération (38 au total) et dont la masse et l'importance étaient totalement imprévisibles lors de la signature de la Convention ;*
- *3 mois pour allongement des délais de construction liés à la prise en compte de la liquéfaction des sols imposée par l'autorisation d'exploiter et d'un risque sismique surclassé imposé par le permis de construire, eux aussi imprévisibles lors de la signature de la DSP ;*
- *13 jours pour la prise en compte de journées d'intempéries en bien plus grand nombre sur la période de chantier que le nombre normalement prévisible au regard des conditions climatiques moyennes des stations météo voisines pendant plusieurs années successives*

Soit une prolongation du délai de 19 mois et 15 jours, venant se cumuler au délai initial de 28 mois pour faire un total de 47 mois et 15 jours à compter du 20 mars 2006 soit jusqu'au 7 mars 2010 » (Pièce n°2).

Les conséquences financières de ces retards ont été évaluées à minima par l'Expert, ainsi qu'il sera rappelé, à la somme de **14.976.259 € H.T.**

B. Les travaux supplémentaires

4. Le même rapport d'audit (p. 60 et suivantes) rappelle que de nombreux travaux supplémentaires ont été réalisés par le délégataire qui ont *« entraîné d'importants surcoûts ».*

5. Le rapport mentionne à cet égard que *« les premières approches de MPM conduisant à une prise en compte oscillant entre 68 Mo € et 87 Mo € de travaux supplémentaires, une somme moyenne indicative provisoire de 75 Mo € a été intégrée plus loin pour simuler les coûts définitifs des ouvrages ».*

C. La dégradation de la situation financière du délégataire

6. Au total, la société EvéRé souffre d'un préjudice financier particulièrement important et insupportable. Il résulte à cet égard d'une analyse de la situation de la société EvéRé réalisée par le Cabinet PricewaterhouseCoopers en date du 12 mai 2011 que la société enregistre au 31 mars 2011, **soit après trois mois d'exploitation**, une perte de 7,69 millions d'euros (Pièce n°3).

7. Il est précisé à cet égard que *« les coûts des travaux supplémentaires actuellement supportés par la société pèsent très lourdement sur la situation économique de l'entreprise »* l'amortissement de ces travaux représentant 27 % de la perte constatée.

Les travaux supplémentaires supportés par EvéRé participent donc à hauteur de 8 millions d'euros par an à la perte de la Société.

8. EvéRé doit par ailleurs supporter les frais financiers de la dette qu'elle a contractée pour financer les travaux supplémentaires, la dette s'élevant au 31

mars 2011 à 149 millions d'euros, contractés auprès du Groupe dont la société EvéRé est une filiale. Les intérêts de cette dette représentent 1,5 millions d'euros et contribuent à hauteur de 20 % à la perte réalisée par la société au 31 mars 2011.

9. Le Cabinet PricewaterhouseCoopers estime à cet égard que :

> ***« l'évolution de la situation financière d'EvéRé est très préoccupante. L'extrapolation de ce résultat sur une année pleine d'exploitation se traduirait par une perte potentielle d'environ 30 millions d'euros, ce qu'à l'évidence la structure financière actuelle de la société ne pourra supporter.***
> ***En conclusion et au vu de cette analyse, nous estimons que, toute chose égale par ailleurs, la continuité de l'exploitation de votre entreprise est compromise ».***

Par ailleurs, le poids de la dette **s'aggrave de 6 millions d'euros** par an, dès lors que les frais financiers s'élèvent après trois mois d'exploitation à 1,5 millions d'euros et représentent 20 % de la perte réalisée par la société.

Enfin, ces retards et la réalisation de travaux supplémentaires ont et des conséquences s'agissant des coûts d'exploitation qu'evéRé a chiffrées 4,4 M€/an et que la CUMPM a déjà « reconnu » comme étant égaux à 3,3 M€/an. Le compte rendu de la délibération de la CUMPM du 19 février 2009 (Pièce N°4) mentionne à cet égard que de façon fort claire : *c'est le montant sur lequel nous sommes d'accord »).* .

Le versement de la provision sollicitée dans le cadre de la présente procédure, et dont il est rappelé qu'il est en tout état de cause la somme minimale qu'EvéRé est en droit de solliciter dans le cadre de sa demande indemnitaire globale, **est vital pour le délégataire et pour la poursuite du projet d'intérêt général qu'il défend et les emplois dont il est garant.**

Au surplus, son versement contribuerait à amoindrir l'aggravation de la dette financière, en limitant les frais financiers dont EvéRé est fondé à solliciter le remboursement à l'autorité délégante.

Le versement sollicité limitera par conséquent le droit à indemnité d'EvéRé et la charge financière pour la collectivité.

Ces éléments caractérisent en tout état de cause que l'équilibre financier du contrat a été bouleversé ce qui met à risque la continuité même du service public au regard du risque de défaillance financière de la Société délégataire, dans l'hypothèse notamment où le groupe auprès duquel elle s'est endettée ne serait pas en mesure de continuer de la financer.

II. SUR LES CONSEQUENCES TIREES DE CE BOULEVERSEMENT DE L'ECONOMIE DU CONTRAT

10. Cette circonstance a conduit la Société EvéRé, en 2008, à solliciter de l'autorité délégante qu'elle prenne à sa charge les conséquences financières résultant des événements précités, intervenus indépendamment de la volonté du délégataire.

11. La CUMPM n'a pas répondu favorablement à cette demande.

12. Cette circonstance, au regard de l'importance et de la gravité des préjudices subis par elle, aurait dû conduire la Société EvéRé a solliciter du juge administratif qu'il prononce la résiliation du contrat de délégation de service public, dans les conditions prévues par la jurisprudence administrative dont il résulte que :

> *« Au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat et que les conditions économiques nouvelles ont en outre créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure, et autorise à ce titre le concessionnaire, comme d'ailleurs le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une réorientation nouvelle à donner à l'exploitation, de demander au juge la* ***résiliation*** *de la concession, avec indemnité s'il y a lieu » (CE, 14 juin 2000, n° 184722, Cne Staffelfelden c/ SA Lyonnaise des eaux Dumez et Sté Sogest, BJCP 2000, p. 434).*

13. **Telle n'a pas été le choix de la société EvéRé, qui a continué de financer sur ses propres fonds la réalisation de l'équipement qui lui avait été confié par la CUMPM.**

14. Cette décision était, en réalité, motivée par le fait, dont à nouveau la réalité ne pourra pas être contestée, puisqu'il résulte des termes même de la requête présentée par la CUMPM dans le cadre de la procédure de référé expertise que cette dernière ***« consciente des difficultés rencontrées par le délégataire, (...) a accepté d'étudier sérieusement (sa demande) »*** (Requête en référé Provision, Pièce n° 5).

15. La CUMPM convient à cet égard que *« des négociations ont donc été menées entre les parties pour une éventuelle prise en charge de certains postes de réclamation.*

16. La Défenderesse indique encore que *« de nombreuses réunions ont ainsi été organisées avec le délégataire, entre le mois de septembre 2008 et le mois de juin 2009 »* qui 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 »*

17. Elle précise que *« Toutefois, à l'issue de ces négociations, si certains postes de préjudices particuliers ont pu faire l'objet d'accords sur leur principe ou sur leur montant, aucun accord global n'a pu être trouvé ».*

18. Sur la base des éléments résultant de ces très nombreux échanges, le délégataire, EvéRé, a remis à 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).

19. La CUMPM mentionne à cet égard que *« la méthode retenue pour l'élaboration de ce dossier et son contenu sont, pour partie, le résultat des nombreuses réunions de négociation qui se sont tenues entre les parties et des réponses apportées par le délégataire aux demandes de précisions complémentaires de la CUMPM ».*

20. C'est uniquement parce qu'elle estimait que la CUMPM, au terme de ce travail de validation de sa demande accepterait d'indemniser son cocontractant, et au regard des engagements pris à cet égard par la personne publique, dont le détail sera mentionné plus loin, que la Société EvéRé a fait le choix de ne pas saisir le juge d'une demande tendant à la résiliation du contrat et au versement d'une indemnité.

21. La Société EvéRé a encore pu croire que la CUMPM agissait de bonne foi, lorsqu'elle a indiqué qu'elle était, malgré tout, dans l'incapacité de déterminer et de valider, sur le plan technique, le bien fondé de ce dossier, ce qui la conduisait à faire valider, sur ce seul aspects technique, le bien fondé de la demande du délégataire.

22. Les termes mêmes de cette requête et le fait qu'elle soit présentée à la demande de l'autorité délégante, ce qui s'agissant d'un différend portant sur le paiement de travaux supplémentaires apparaît pour le moins révélateur de la réelle volonté de la CUMPM d'indemnise son cocontractant, ont a nouveau rassuré la Société EvéRé sur la bonne foi de la personne publique.

Il est légitime, à ce stade, de s'interroger sur cette bonne foi, à la lecture des écritures de la CUMPM dans la présente instance, qui peuvent s'analyser en un revirement à 180 ° de l'attitude qu'elle a adoptée dans ce dossier depuis près de trois ans.

En effet, cette dernière ne craint pas d'adopter, de façon soudaine, une position en tous points opposée à celle qu'elle avait adoptée à l'égard de son délégataire de service public pendant plus de deux ans, pour estimer, contre toute évidence, que les éléments de la demande indemnitaire n'auraient jamais été porté à la contradiction des parties, et qu'en tout état de cause elle n'est obligée au paiement d'aucune somme par application des dispositions du contrat de délégation de service public.

Cette position est particulièrement surprenante, dans la mesure où jusqu'à la production de ces dernières écritures, la CUMPM avait toujours reconnu le principe d'un droit à indemnisation de son délégataire ce qui l'avait conduite, ainsi qu'il sera rappelé ci-après, à envisager la formalisation d'un avenant au contrat de DSP, puis d'un protocole d'accord et enfin d'une procédure de référé expertise / provision.

23. Ainsi et comme il avait été convenu, les parties se sont rapprochées en novembre 2010 pour envisager les conditions dans lesquelles la somme désormais sécurisée pourrait faire l'objet d'un protocole d'accord.

24. **Les parties ont rédigés ensemble ce document, qui a été adressé par l'avocat de la CUMPM à EvéRé et à la CUMPM par un courriel en date du 8 novembre 2010** (Pièce n° 6).

25. Il peut y être lu que :

« Si, à ce jour, aucun accord définitif sur le montant final du à la Société EvéRé au titre des coûts supplémentaires, ni sur le montant liés à l'un des chefs de préjudices, n'a été trouvé, afin de permettre le passage en Phase 2 d'exploitation de la Délégation de Service Public et d'assurer, ainsi, la continuité du service public de traitement des déchets, les parties souhaitent, néanmoins, amoindrir les difficultés économiques résultant pour le délégataire de la prise en charge financière de coûts supplémentaires tels qu'analysés et estimés dans les conclusions de la note de synthèse n° 4 de l'Expert.

Ainsi et, dans une perspective de discussion visant à aboutir, aux termes des opérations d'expertise, à ***la conclusion d'un protocole d'accord transactionnel global, si les parties parviennent à négocier de bonne foi, les parties sont convenues, par le présent accord, que MPM s'acquittera d'un acompte de 39.493.679 € HT à valoir sur l'indemnité totale à verser à la Société EvéRé.***

Cet acompte correspond à la somme a minima arrêtée par l'expert dans sa note de synthèse n°4, soit 39.493.679 € HT, le présent accord étant dûment approuvé par délibération du conseil communautaire de MPM en date du XX/XX/XXXX qui autorise le Président de MPM à le signer ainsi qu'à payer à la société EvéRé la somme de 39.493.679 € HT ».

26. Cette démarche ne peut être comprise que comme une reconnaissance totale par les deux parties de la méthode de travail de l'expert nommé et des conclusions auxquelles il est arrivé dans sa note de synthèse n°4.

27. Malgré les assurances qui avaient été faites par l'autorité délégante à son délégataire, la CUMPM a finalement fait connaître qu'elle ne souhaitait pas procéder à la signature d'un tel document, au bénéfice de la formalisation d'un référé Provision.

C'est dans ces conditions que la société EvéRé a accepté de procéder au dépôt de la requête objet de la présente procédure, qui est d'ailleurs le parfait pendant de la requête présentée par la CUMPM dans le cadre de la requête de référé expertise.

La position que soutient finalement la collectivité tendant à faire croire qu'elle n'a jamais estimé devoir la moindre somme à EvéRé et devoir faire, UNE TROISIEME FOIS !, valider la demande indemnitaire de cette dernière par ses services techniques est tout simplement scandaleuse.

L'ensemble de ces éléments confirme, s'il en était besoin, le caractère incontestable de la demande présentée par la Société EvéRé.

III. SUR LE CARACTERE INCONTESTABLE DE LA DEMANDE DE PROVISION

28. La Société EvéRé rappelle que le caractère non contestable de l'obligation objet du référé provision, au sens des dispositions de l'article R. 541-1 du Code de justice administrative peut résulter des conclusions d'un rapport d'expertise.

29. C'est ainsi que, pour apprécier le caractère non sérieusement contestable de l'obligation, la Cour administrative d'appel de Versailles a estimé que le juge des référés pouvait s'appuyer sur l'ensemble des éléments tirés d'une expertise en cours, même si la conclusion des opérations de l'expertise n'a pas conféré à ces éléments un caractère définitif, pourvu qu'ils aient été soumis à la contradiction des parties :

> *« Les dispositions de l'article R. 541-1 du Code de justice administrative subordonnent l'octroi d'une provision à la seule constatation par le juge des référés de l'existence d'une obligation dépourvue de caractère sérieusement contestable. Pour apprécier si cette condition est remplie, le juge peut s'appuyer sur l'ensemble des éléments figurant au dossier qui lui est soumis, et notamment ceux provenant d'une expertise en cours, même si la conclusion des opérations de l'expertise n'a pas encore conféré à ces éléments un caractère définitif,* ***pourvu qu'ils présentent un caractère de précision suffisante et qu'ils aient été soumis à la contradiction des parties****. En prenant de tels éléments en compte, le juge des référés ne saurait être regardé ni comme s'immisçant irrégulièrement dans le déroulement de l'expertise, ni comme portant atteinte à l'indépendance et à l'impartialité de l'expert, à* ***qui il incombe de poursuivre normalement sa mission si elle n'est pas achevée à la date à laquelle le juge des référés statue sur la demande de provision*** *»* (Cour administrative d'appel de Versailles, 30 mai 2006, Société Labati, n°05VE01995).

A cet égard l'expertise ne vient que confirmer la dépense réellement engagée par EvéRé pour achever l'équipement objet de la délégation de service public. L'énormité des sommes engagées et l'importance des pertes financières que supporte la Société font qu'elle n'a pas d'autre choix que de solliciter le paiement de la provision en cause qui correspond à des sommes « bien fondées » au sens de l'expertise.

Il convient d'ailleurs de noter que la présente demande de provision ne porte pas sur la totalité des sommes qu'EvéRé estime avoir engagées dans l'intérêt général au titre des postes de préjudice concernés, mais **seulement des montants validés « a minima » par l'Expert.**

30. Ainsi que la Société EvéRé a eu l'occasion de l'indiquer dans sa requête introductive d'instance, l'Expert désigné dans le cadre de la procédure

pendante de référé provision a conclu que les montants *à minima* suivants sont dus à la société EvéRé :

- Réclamation N°1 - Impact des Retards dans la construction : arrêtée provisoirement à la somme de : 14.976.259 € H.T valeur restant à déterminer.

- Réclamation N°2 - Liquéfaction du sol et sismicité : arrêtée provisoirement à la somme de : 4.654.504 € HT valeur restant à déterminer.

- Réclamation N°3 - Amélioration du tri primaire : arrêtée provisoirement à la somme de : 4.117.821 € HT valeur restant à déterminer.

- Réclamation N°4 - Modification des fosses de réception : arrêtée provisoirement à la somme de : 4.255.874 € HT valeur restant à déterminer.

- Réclamation N°5 - Ajout voile de fosse : arrêtée provisoirement à la somme de : 3.174.363 € H.T valeur restant à déterminer.

- Réclamation N°6 - Modification des spécifications du pont : arrêtée provisoirement à la somme de : 6.357.133 € HT valeur février 2010.

- Réclamation N°17 - Doublement des voies ferrées : arrêtée provisoirement à la somme de : 368.806 € H.T valeur à déterminer

- Réclamation N°13 - Poste de garde : arrêtée provisoirement à la somme de : 365.501 € H.T valeur restant à déterminer

- Réclamation N°14 - Bâtiment de stockage des plastiques : arrêtée provisoirement à la somme de : 992.513 € HT valeur restant à déterminer.

- Réclamation N°15 - Couloir Pompiers : arrêtée provisoirement à la somme de : 230.905 € HT valeur restant à déterminer.

31. A ce jour le montant estimé des travaux supplémentaires analysés et estimés a minima par l'Expert, tel que détaillé dans sa note de synthèse N° 4, arrêtée au 30 Octobre 2010 s'élève donc à la somme de : 39.493.679 € HT soit 47.234.440 € TTC.

C'est le montant de la présente demande de provision qui ne concerne que 10 des 27 postes de préjudice, et dont il convient de rappeler qu'elle intervient près d'un an et demi après le début des opérations d'expertises qui devaient initialement durer six mois. Cette demande parfaitement raisonnable ne porte, au surplus, que sur les préjudices dont les montants ont été validés dans le cadre de ces opérations d'expertise et au contradictoire des parties.

32. Pour tenter, en contradiction manifeste avec l'attitude qu'elle avait adoptée depuis l'origine, d'échapper au paiement de cette provision, la Communauté urbaine Marseille Provence Métropole croit pouvoir indiquer que l'expert ne se serait pas prononcé sur le **bien fondé** des demandes d'EvéRé, mais se serait borné à une « **vérification des dépenses** » faites par le délégataire.

Une telle argumentation ne résiste pas un instant à l'analyse. Elle est surplus directement contredite par l'Expert lui-même, comme par la lecture de sa Note.

A. La mission de l'expert

33. La mission confiée à l'expert consiste en effet à :

- **prendre connaissance** du dossier technique et financier remis par la société EvéRé à la CUMPM en juillet 2009 en vue de demander la rétribution des travaux supplémentaires réalisés pendant la construction des ouvrages de l'incinérateur de Fos et qui ne seraient pas imputables au délégataire et des préjudices d'exploitation en résultant pour le 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,

- **se faire communiquer** tous documents et pièces qu'il estimera utiles à l'accomplissement de sa mission et entendre tout sachant,

- **procéder** aux investigations nécessaires pour déterminer l'ampleur, l'origine et les causes des chefs de préjudices invoqués,

- **donner** tous les éléments de fait, techniques et financiers permettant d'établir le bien fondé des chefs de préjudices invoqués,

- **pour les postes considérés comme bien fondés, en apprécier le montant proposé par la société EvéRé,**

- de manière générale, fournir au tribunal tous éléments permettant de déterminer l'importance des préjudices et la réalité des responsabilités encourues le cas échéant.

- de **concilier** si faire se peut, les parties.

34. A la lecture du premier terme de la mission (*« Prendre connaissance.... »)* que la CUMPM prétend, assez grossièrement, pour les besoins de la cause, avoir cru que l'Expert se serait vu confier deux missions, l'une portant sur la validation des montants et l'autre sur la question de savoir à qui, du délégataire et du délégant, doit être imputé la dépense, et en tirer sans qu'on sache bien comment que seule la première de ces missions aurait été menée à bien.

35. Pourtant, à l'évidence, la phrase en cause n'a d'autre objet que de préciser que l'Expert doit débuter sa mission en **prenant connaissance** du *« dossier technique et financier phase 1 et 2 »*, qui contient l'exposé de la demande indemnitaire d'EvéRé correspondant aux postes de dépense qui ne lui sont pas imputables.

L'interprétation qu'en fait la CUMPM est tout à fait incompréhensible.

36. La mission de l'expert à laquelle la CUMPM omet de faire référence, et qui pourtant constitue l'objet même de l'expertise est en réalité rappelée plus loin, c'est celle qui lui intime *« **pour les postes considérés comme bien fondés, d'en apprécier le montant proposé par la société EvéRé ».***

37. Cette phrase particulièrement claire mentionne effectivement que l'Expert a pour mission de procéder uniquement au chiffrage que des seuls postes de réclamation **qu'il estime bien fondés**.

    C'est très exactement ce qu'il a fait dans le cadre de la *« Note de synthèse n°4 des opérations d'expertise »* dont il résulte que :

    « à ce jour le montant estimé des travaux supplémentaires analysés et estimés par nos soins (...) s'élève à la somme de 39 493 679 € HT ».

38. La lecture de cette note n° 4, contrairement à ce que tente de soutenir la CUMPM, au mépris de l'évidence, démontre en effet que l'Expert a tout à la fois déterminé le caractère bien fondé des demandes d'EvéRé et validé (ou modifié) leur chiffrage.

39. En considération du caractère particulièrement surprenant de la position soutenue par la CUMPM, la Société EvéRé, dans un Dire n° 10 en date du 15 avril 2011 a interrogé l'Expert dans les conditions suivantes :

    « En outre, concernant les conclusions de votre note n°4 aux parties du 30 octobre 2010 (p. 130, avant dernier paragraphe), vous avez, au terme d'un travail minutieux, identifié, conformément à l'objet de votre mission, les chefs de préjudice de la demande d'EvéRé (juillet 2009) que vous considérez comme bien fondés en y liant les montants afférents, de telle sorte qu'à ce jour, pour les chefs de préjudice examinés au 30 octobre 2010, vous avez estimé à 39.493.679 € HT a minima le montant des coûts supplémentaires non imputables au délégataire.

    Je vous remercie par avance de nous confirmer cette position claire, que vous avez fixée fin octobre 2010 ».

40. L'Expert judiciaire, dans un courrier en date du 21 avril 2011 (Pièce n°7) ne laisse d'ailleurs persister aucune ambigüité sur ce point. Il peut y être lu que :

    « Quant aux 10 chefs de réclamation étudiés dans notre note de synthèse n° 4 du 30/10/10 s'élevant à un montant a minima de 39 493 679 € HT, nous vous confirmons que nous avons établi cette Note de Synthèse conformément à notre mission en notamment : « En vue de demander la rétribution de travaux supplémentaires réalisés pendant la construction des ouvrages de l'incinérateur de Fos et qui ne seraient pas imputables au délégataire ».

    *Quant au montant a minima, il découle logiquement du fait que **même si les montants de chacun des postes sont donnés à titre provisoire et sont éventuellement susceptibles d'être revus à la hausse ou à la baisse en fonction de nouveaux éléments ou observations des parties, ce montant de 39 493 679 € HT correspondant à 10 postes étudiés ne pourra être inférieur à ceux des 32 postes restant ».***

Aussi pour l'Expert judiciaire, non seulement le montant de 39 493 679 € HT, objet de la présente demande de référé provision, correspond bien à des travaux qui ne sont pas imputables au délégataire, mais en tout état de cause, ce montant provisionnel **est le montant minimum** que le délégataire est en droit de se voir verser dans le cadre de la demande indemnitaire global qu'il a adressé à la CUMPM.

La condamnation de la CUMPM à verser une telle provision s'inscrit ce faisant parfaitement dans le champ des dispositions de l'article R. 541-1 du Code de justice administrative relatives au référé provision

La lecture de la Note de Synthèse n°4, comme du courrier de l'Expert en date du 21 avril 2011 est à cet égard particulièrement éclairante.

B. Les éléments figurant dans la note n° 4

41. Il convient, pour la parfaite clarté de l'exposé, de reprendre, pour les postes de réclamation étudiés à ce jour, les énonciations de la note n°4 de l'Expert.

42. Par ailleurs, les postes de réclamation seront présentés en distinguant ceux qui résultent d'une faute contractuelle du déléguant ou de sujétions imprévues, (1), ceux qui résultent d'une demande de la collectivité (2) et ceux qui résultent d'un retard du chantier (3)

La répartition de ces différents postes de préjudice peut être synthétisée comme suit :

1 - Dépenses résultant d'une situation imprévisible		
		M€
N°2 -	Liquéfaction du sol et sismicité :	4 654
N°6 -	Modification des spécifications du pont :	6 357
N°17 -	Doublement des voies ferrées :	368
N°13 -	Poste de garde :	365
N°15 -	Couloir pompiers :	230
	Sous-total 1 :	*11 974*

2 - Dépenses résultant des retards		
		M€
N°1 -	Impact des retards dans la construction :	14 976
	Sous-total 2 :	*14 976*

3 - Dépenses résultant de la réalisation de travaux complémentaires		
		M€
N°3 -	Amélioration du tri primaire :	4 117
N°4 -	Modification des fosses de réception :	4 255
N°5 -	Ajout voile de fosse :	3 174
N°14 -	Bâtiment de stockage des plastiques :	992
	Sous-total 3 :	*12 538*
	Total général :	***39 488***

1) Les préjudices résultant d'une faute du délagant

La Société Evéré a dû supporter le coût de travaux supplémentaires en raison de l'insuffisance du dossier de consultation des entreprises.
Si la Société EvéRé a effectivement accepté de prendre en charge les risques de l'exploitation des ouvrages elle ne s'est nullement engagée à supporter les aléas de conception même du projet.

Dans la mesure où il n'incombait au délégataire aucune mission de vérification des études et plans fournis aux candidats par le délégant dans le dossier de consultation des entreprises, tous les surcoûts liés aux insuffisances techniques du dossier ne doivent pas rester à la charge de la société X. L'expert d'ailleurs le relève précisément pour les postes de réclamation ci-après. Ces insuffisances caractérisent soit **une faute contractuelle** du délégant à l'égard du délégataire, soit relèvent des **sujétions imprévues**.

. Dans le cadre des postes de réclamations mentionnés ci-après, s'est retrouvée conduite à réaliser des travaux supplémentaires du fait de la survenance de situations qu'elle n'était pas en mesure d'anticiper au stade de la formalisation de son offre.

Dans la plupart des cas, cette situation résulte d'un défaut de formalisation du cahier des charges figurant au dossier de consultation des entreprises et résulte donc d'un manquement de l'autorité délégante.

- **Réclamation N°2 - Liquéfaction du sol et sismicité : arrêtée provisoirement à la somme de : 4.654.504 € HT valeur restant à déterminer.**

43. La Société EvéRé a été conduite à prendre en compte au stade construction un risque de liquéfaction des sols qui n'avait pas été envisagé dans le rapport d'étude de faisabilité géotechnique réalisée par le rapport ARCADIS, commandé par la CUMPL et qui avait été joint au dossier de l'appel d'offres. Cette prise en compte a conduit à modifier de façon importante la consistance des ouvrages pour se mettre en conformité avec le permis de construire modificatif. Les études géotechniques réalisées postérieurement à l'attribution de la DSP ont en effet permis de constater que, contrairement a ce qui avait été indiqué aux candidats, le sol était liquéfiable.

44. L'expert mentionne à cet égard dans sa Note n° 4 aux parties (p. 74 § 4) *: « ce qui signifie que les risques de liquéfaction ont été modifiés par la prise en compte de nouvelles dispositions prises après l'instruction du PC initial du 20 03 2006.* ***Ce qui a entraîné des sujétions spécifiques*** *quant à l'ancrage et la section des pieux sous les bâtiments nécessitant initialement des fondations profonde et la création de pieux de profondeur et d'ancrage identiques sous les bâtiments à structure légère en remplacement de la technique dite Précharge.*

Il ne fait pas de doute que la demande d'EvéRé sur ce point est « bien fondée », ce que l'Expert confirme sans réserve dans ses conclusions.

Le paiement de la somme sollicité à titre provisionnel s'impose.

- **Réclamation N°6 - Modification des spécifications du pont : arrêtée provisoirement à la somme de : 6.357.133 € HT valeur février 2010.**

45. L'offre initiale du délégataire prévoyait la construction de 2200 m de voies ferrées pour l'acheminement des déchets. Ces dernières franchissant une voie routière du Port autonome de Marseille, il avait été prévu de construire un point en béton de 10m de largeur et 35 m de longueur, qui serait emprunté par la voie routière, dans le cadre d'un bail à construction. Aux termes de discussions avec le PAM, c'est finalement la voie de l'offre de concours qui est choisie. Dans ce cadre, le PAM impose que les caractéristiques du Pont soit fortement modifiées, la longueur passant notamment de 35 à 601 mètres et des prestations antisismiques étant ajoutées, le délégataire sollicitant que le surcoût soit pris en charge par la CUMPM.

46. L'offre du délégataire reposait sur les prescriptions techniques de la consultation. Il appartenait au délégant de se rapprocher du Port autonome de Marseille, dont il savait l'accord indispensable pour la réalisation de l'opération, afin de connaître précisément les exigences de l'établissement public. Ou alors, le délégant auraient dû inviter les candidats à se rapprocher du PAM pour connaître ses exigences. Les candidats auraient pu ainsi prévoir les caractéristiques des ouvrages attendus par le Port.

47. A défaut de ces informations, la société EvéRé s'est heurtée aux obligations imposées par l'établissement, lesquelles, évidemment, n'étaient pas négociables et sont à l'origine du surcoût dont l'indemnisation est sollicitée.

48. L'Expert mentionne cet égard dans sa note (p. 96, point E) que :

> *« le tableau chronologique des faits ci-avants démontre que de nombreuses améliorations et modifications ont été imposées par le PAM (...) propriétaire des lieux après la signature de la DSP. D'autre part* ***EvéRé a adressé de nombreux mails et courriers pour informer MPM et le PAM du coût élevé du nouveau projet exigé par le PAM.***
>
> *D'après le tableau chronologique des faits, il apparaît que les modifications du pont ne pouvaient être prévisibles lors de l'étude et de la signature des pièces contractuelles.* ***Cette réclamation d'EvéRé nous paraît donc justifiée ».***

Il ne fait pas de doute que la demande d'EvéRé sur ce point est « bien fondée », ce que l'Expert confirme sans réserve dans ses conclusions.

Le paiement de la somme sollicité à titre provisionnel s'impose.

⚓ Réclamation N°17 - Doublement des voies ferrées : arrêtée provisoirement à la somme de : 368.806 € H.T valeur à déterminer

49. L'offre initiale du délégataire ne prévoyait qu'une seule voie ferrée. Le Port autonome de Marseille refusant, contrairement à ce qui résultait du dossier remis aux candidats, de permettre le stockage des trains sur une voie ferrée lui appartenant, le délégataire a été conduit à réaliser des travaux pour doubler la voie ferrée. Par une demande en date du 3 novembre 2008, le délégataire a sollicité que la CUMPM prenne en charge le surcoût en résultant de l'ajout d'une voie ferrée d'une longueur de 450 m pour permettre le stockage d'un convoi en attente depuis l'aiguillage. La mise en place d'une voie ferrée supplémentaire depuis l'aiguillage a, par ailleurs entraîné l'élargissement du pont.

50. Ce poste de réclamation caractérise, comme le poste de réclamation n° 6 ci-dessus, et pout les mêmes motifs, un manquement du déléguant ou une sujétion imprévue.

51. Ainsi que le relève l'Expert (Note p. 106 point B), *La création de la voie ferrée supplémentaire est une conséquence de l'impossibilité d'utiliser les voies de réserve du PAM. Ce n'est donc pas le PAM qui demande la création de la voie supplémentaire »*

En tout état de cause, la réalisation des travaux a été tacitement acceptée par la CUMPM.

Il ne fait pas de doute que la demande d'EvéRé sur ce point est « bien fondée », ce que l'Expert confirme sans réserve dans ses conclusions.

Le paiement de la somme sollicité à titre provisionnel s'impose.

Réclamation N°13 - Poste de garde : arrêtée provisoirement à la somme de : 365.501 € H.T valeur restant à déterminer

52. La découverte d'une espèce végétale protégée, le lys maritime sur l'emprise du chantier de construction de l'usine a conduit à une modification du permis de construire afin de prévoir :

- la mise en place d'une zone de protection de la plante ;
- la déplacement de la zone d'accès et de contrôle ;
- le contournement de la zone de protection pour l'accès routier.

53. Le délégataire a sollicité de la CUMPM qu'elle prenne en charge financièrement ces travaux qui ne pouvaient pas être prévus dans le cadre de son offre initiale. Aucune réponse n'a été apportée à cette demande.

54. L'expert note à cet égard (Note p. 116, point E) qu'il ***« apparaît au vu de la Chronologie des faits que ces travaux modificatifs sont indépendants de la volonté du délégataire et sont donc à prendre en considération »***.

A nouveau, il ne fait aucun doute que la demande d'EvéRé sur ce point est « bien fondée », ce que l'Expert confirme sans réserve dans ses conclusions.

La découverte de cette espèce protégée était à l'évidence totalement imprévisible pour le délégataire. A l'inverse, il pourra être considéré, et à titre subsidiaire, que le défaut d'information figurant dans le dossier de consultation des entreprises sur la nécessité prendre en compte la présence d'une espèce protégée a incontestablement constitué un **manquement de l'autorité délégante**, dont est résulté un préjudice indemnisable pour le délégataire.

A nouveau, le paiement de la somme sollicité à titre provisionnel s'impose.

- ***Réclamation N°15 - Couloir Pompiers : arrêtée provisoirement à la somme de : 230.905 € HT valeur restant à déterminer.***

55. Le contrat de DSP initial ne prévoyait aucun accès de Secours Pompiers depuis le hall de déchargement des déchets. Un tel couloir sera réalisé à la demande du Sdis des Bouches du Rhône et fera l'objet d'une fiche de modification tendant à ce que la CUMPM prenne en charge le surcoût en résultant, qui restera sans réponse.

56. Ce poste de préjudice caractérise également l'insuffisance de la préparation du projet ou une dépenses imprévisible par le délégant.

57. Dans sa note l'expert (p. 123, point B) relève que*: « **Le contrat de DSP n'avait pas prévu d'accès pompier depuis le hall de déchargement vers la** voirie Sud des zones MAT et PRE. En décembre 2006, sur demande des Pompiers, EvéRé modifie son projet et dessine un couloir pompier de 3,4 m de large et 73m de long environ ».*

Ces travaux n'étant pas prévisibles, l'Expert les juge en toute logique « bien fondés ».

Le paiement de la somme sollicité à titre provisionnel s'impose de plus fort.

2) Les dépenses résultant de travaux complémentaires

58. Il convient enfin de relever, à titre subsidiaire, que de nombreuses dépenses objets de la demande indemnitaire résultent à la fois de la nécessité dans laquelle la Société EvéRé s'est trouvée de réaliser des travaux supplémentaires ou complémentaires, **mais aussi du fait des innombrables recours qui ont été dirigés contre les différentes étapes procédurales conduisant à l'autorisation d'exploiter l'ouvrage.**

59. **La demande indemnitaire de la Société EvéRé porte ainsi sur :**

- **Les frais d'avocats, pour lesquels le montant à prendre en considération a été estimé par l'Expert à hauteur de 291 191 € HT ;**
- **Les déplacements, pour lesquels le montant à prendre en considération a été estimé par l'Expert à hauteur de 310 632 € HT ;**
- **Les frais de communication, pour lesquels le montant à prendre en considération a été estimé par l'Expert à hauteur de 258 058 € HT ;**
-

60. Au regard de la teneur des écritures en réponse sur ce point de la CUMPM, qui semble estimer que la demande de son délégataire sur ce point est « absurde », il convient de rappeler que si, naturellement, le délégataire est comptable des éventuelles conséquences financières résultant du délai **normal** nécessaire à l'obtention des autorisations administratives nécessaires

à l'exploitation, il ne saurait en être de même ici, au regard du caractère **anormal** de ce délai, qui **résulte d'un défaut de préparation politique de ce dossier et de communication à l'égard des riverains** qui constitue à l'évidence un manquement de l'autorité délégante.

61. Il apparaît évident, en effet, que le projet d'édification d'un incinérateur à Fos-sur-Mer a été prise par la Communauté urbaine de Marseille alors que cette dernière ne pouvait ignorer que la plupart des collectivités riveraines (Cornillon, Fos-sur-Mer, Grans, Istres, Miramas et Port-Saint-Louis-du-Rhône, ainsi que les six communes du Syndicat d'Agglomération Nouvelle (SAN) Ouest-Provence, y était farouchement opposées.

62. Le délégataire choisi par la collectivité publique ne saurait être comptable de ce défaut de recherche en amont d'un consensus politique.

Or, cette situation d'impréparation politique a indéniablement créé une situation dont les importantes conséquences financières ne sauraient être supportées par le délégataire.

4) Les dépenses résultant de la réalisation de travaux complémentaires

63. Ces postes de réclamation concernent des demandes de modification de l'ouvrage formulée par l'autorité délégante.

64. Il est particulièrement surprenant que leur paiement fasse, sur le principe, l'objet d'une quelconque discussion.

65. La position de la CUMPM qui prétend, même en ce qui les concerne, ne devoir aucune somme à son délégataire, démontre à elle seule, le peu de cas que fait la défenderesse du principe de loyauté des relations contractuelles...

- **Réclamation N°3 - Amélioration du tri primaire : arrêtée provisoirement à la somme de : 4.117.821 € HT valeur restant à déterminer.**

66. Postérieurement au dépôt de son offre, et à la demande de la CUMPM, le délégataire a été conduit à modifier substantiellement la chaîne de tri primaire. L'objet de cette modification est d'ajouter une installation pilote permettant la captation automatique de certains plastiques à l'aide de séparateurs à optique infra rouge.

67. **L'expert mentionne à cet égard de façon très claire** (note p. 78, tableau en bas que : *la société EvéRé* ***modifie son offre et sa conception initiale pour répondre à la volonté notamment de son client MPM ».***

Il ne fait pas plus de doute que la demande d'EvéRé sur ce point est « bien fondée », ce que l'Expert confirme sans réserve dans ses conclusions.

- **Réclamation N°4 - Modification des fosses de réception : arrêtée provisoirement à la somme de : 4.255.874 € HT valeur restant à déterminer.**

68. Dans le cadre de la réponse à l'appel d'offre, URBASER avait proposé de construire 7 fosses de réception des déchets de section circulaire. Le Permis de construire et l'Autorisation d'exploiter ont été obtenus avec de telles fosses rondes. Ultérieurement, la CUMPM et son assistant Technique, le Cabinet Merlin, solliciteront une modification du projet afin de prévoir 3 fosses rectangulaires.

69. Le délégataire a communiqué une fiche de modification qui a été renvoyé avec la mention, « avis favorable sur le principe de la modification, hors impact sur les coûts et délais (dossier complémentaire exigé non remis).

70. Ainsi que le relève l'Expert, (Note p. 86, point B), *« **il apparaît que la décision de modification des fosses provienne de la CUMPM et du Cabinet Merlin** qui « lancent le débat de la section des fosses et de leurs nombres » pendant l'Etude de Projet Définitif ».*

71. Pour l'expert (Note p. 87, point E) : *« il s'avère donc que cette modification ne soit pas du fait unilatéral du délégataire, cette plus value d'un montant de 4 255 874 € HT est donc à prendre en considération.*

Il ne fait pas le moindre doute que la demande d'EvéRé sur ce point est « bien fondée », ce que l'Expert confirme sans réserve dans ses conclusions.

- **Réclamation N°5 - Ajout voile de fosse : arrêtée provisoirement à la somme de : 3.174.363 € H.T valeur restant à déterminer.**

72. Dans le cadre de son offre, le délégataire n'avait pas prévu de clore la fosse recueillant les déchets. Postérieurement à la notification de la DSP, l'arrêté d'autorisation d'exploiter du 12 janvier 2006 mentionne que *« l'aire de la fosse devra être en dépression lors du fonctionnement des fours d'incinération ».*

73. **Ainsi que le relève l'Expert (Note p. 89, point B), *« EvéRé avait prévu dans son projet initial de clore l'aire de déchargement. Ces dispositions nouvelles obligent le délégataire à modifier son projet de construction pour se mettre en conformité ».***

Il ne fait pas de doute que la demande d'EvéRé sur ce point est «bien fondée », ce que l'Expert confirme sans réserve dans ses conclusions.

- **Réclamation N°14 - Bâtiment de stockage des plastiques : arrêtée provisoirement à la somme de : 992.513 € HT valeur restant à déterminer.**

Alors que le contrat de DSP initial ne prévoyait qu'une surface de stockage des plastiques dans le bâtiment « pré traitement », l'arrêté d'exploiter impose postérieurement l'édification d'un bâtiment dédié, entièrement clos permettant le stockage d'une capacité de maximum de 1000 tonnes.

Le délégataire a sollicité de la CUMPM qu'elle prenne en charge financièrement la charge de ces travaux, dans le cadre des dispositions de l'article 46 du Contrat de DSP, s'agissant de « travaux supplémentaires imposés par les autorisations d'exploiter ». Ainsi que le relève l'expert (Note p. 120 § 4 : *« la CUMPM émet un avis défavorable à la première demande de modification du projet pour création d'un local de stockage des plastiques. EvéRé transmet alors une nouvelle fiche de demande de modification « rev B ». Lors de l'accédit du 6 octobre 2010, EvéRé rappelle que cette fiche (...) n'a jamais fait l'objet d'un avis de la part de la CUMPM. Ainsi, conformément au cahier des procédures, la demande est considérée comme approuvée puisqu'il n'y a pas eu de réponse dans les 15 jours calendaires suivant la réception du document »*

Note, p. 121, point E : *« (...) il s'avère qu'un ouvrage de cette importance n'était pas prévisible au moment de l'étude.* ***La réclamation d'EvéRé paraît justifiée*** *sous réserve d'explications à fournir quant au refus de prise en charge par la CUMPM ».*

Note, p. 120,

A nouveau, il ne fait pas de doute que la demande d'EvéRé sur ce point est « bien fondée », ce que l'Expert confirme sans réserve dans ses conclusions.

3) Les dépenses résultant des retards

Ainsi qu'il a été relevé plus haut, le délégataire a été confronté à des situations diverses qui pont retardé la construction de l'ouvrage.

Les retards objet de la demande indemnitaire résultent à la fois de la nécessité dans laquelle la Société EvéRé s'est trouvée de réaliser des travaux supplémentaires ou complémentaires, mais aussi du fait des innombrables recours qui ont été dirigés contre les différentes étapes procédurales conduisant à l'autorisation d'exploiter l'ouvrage.

Au regard de la teneur des écritures en réponse sur ce point de la CUMPM, qui semble estimer que la demande de son délégataire est « absurde », il convient de rappeler que si, naturellement, le délégataire est comptable des éventuelles conséquences financières résultant du délai **normal** nécessaire à l'obtention des autorisations administratives nécessaires à l'exploitation, il ne saurait en être de même ici, au regard du caractère **anormal** de ce délai, qui **résulte d'un défaut de préparation politique de ce dossier et de communication à l'égard des riverains** qui constitue à l'évidence un manquement de l'autorité délégante.

Cette situation d'impréparation politique a indéniablement créé une situation dont les importantes conséquences financières ne sauraient être supportées par le délégataire.
Les préjudices ici supportés sont certes liés au contrat, mais ils sont indemnisables car ils ne correspondent pas à une exécution normale et prévisible – par le délégataire – du contrat.

Réclamation N°1 - Impact des Retards dans la construction : arrêtée provisoirement à la somme de : 14.976.259 € H.T valeur restant à déterminer.

74. Les conséquences financières des retards dans la construction 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 pour prendre en compte les retards suivant :

- *2 mois et 3 jours pour exécution des études géotechniques après le permis de construire, et compte tenu du contexte d'insécurité pour les biens et les personnes qui régnait à cette époque sur le site, et non avant le permis de construire comme prévu dans le planning contractuel ;*
- *8 mois et 27 jours pour suspension par le Tribunal administratif de l'arrêté d'autorisation d'exploiter (une des deux autorisations faisant partir le délai) et pour arrêt de chantier et nécessité d'obtention d'un permis modificatif (24 mai 2006 – 19 février 2007) ;*
- *5 mois et 2 jours pour signature tardive du contrat de crédit-bail, condition du montage de l'opération prévue dans la Convention de DSP, signature intervenue tardivement en raison de très nombreux recours subis par l'opération (38 au total) et dont la masse et l'importance étaient totalement imprévisibles lors de la signature de la Convention ;*
- *3 mois pour allongement des délais de construction liés à la prise en compte de la liquéfaction des sols imposée par l'autorisation d'exploiter et d'un risque sismique surclassé imposé par le permis de construire, eux aussi imprévisibles lors de la signature de la DSP ;*
- *13 jours pour la prise en compte de journées d'intempéries en bien plus grand nombre sur la période de chantier que le nombre normalement prévisible au regard des conditions climatiques moyennes des stations météo voisines pendant plusieurs années successives.*

75. Ces retards ont en effet eu des conséquences financières particulièrement lourdes pour le délégataire, qui ont été analysées notamment dans le cadre de *l'audit d'expertise environnementale, technique, juridique et financière de la DSP relative à la conception, au financement, à la réalisation et à l'exploitation de l'unité de traitement de déchets multifilières de Fos-sur-Mer*

réalisé en 2009 par les Cabinets De Castelnau et G2C Ingéniérie à la demande de la CUMPM (Délibération FCT 020-28/06/08 CC du 28 juin 2008) dans lequel il peut être lu p. 56 / 57:

> *« Toute modification des délais contractuels vient modifier l'équilibre économique du contrat, notamment à travers cet élément contractuel qu'est le calendrier de décaissement (...) EveRé a transmis un état des décaissements réels datés d'avril 2008, ainsi que le montant des décaissements suivants, de mai à septembre, qui ont été facturés mais non payés.*
> *On constate que le crédit bailleur a versé 84 Mo€ en juillet 2007 au titre de la dette de 115 Mo € constituée à cette date (avancement et frais financiers), diminuée de l'avance-preneur ; puis 80 Mo € de décaissement entre septembre 2007 et mai 2008, lié à l'avancement du chantier. S'y ajoutent 54 Mo € de factures adressées par EveRé à son crédit-bailleur et non payées, correspondant à l'avancement des travaux de juin à septembre 2008, soit un total de 218 Mo €.*
>
> *Il reste donc à financer (dans le cadre contractuel existant et hors travaux supplémentaires) de l'ordre de 79 Mo€, sur la période de 17 mois qui sépare début octobre 2008 à fin février 2009. Faute de mieux, et pour la facilité du calcul, on considérera ici un rythme de décaissement régulier de 4,6 Mo € /mois.*

76. **Les conséquences financières de ces retards doivent naturellement être indemnisées, sur le fondement du droit commun applicable aux contrats administratif, comme sur le fondement du contrat lui-même, dont l'article 17.1.1 mentionne sans aucune ambiguïté que la survenance des mêmes cas de forces majeures qui permettent de modifier le délai contractuel, doivent entraîner une révision de l'économie de la délégation.**

77. Pourtant, la défenderesse, lors de l'expertise et à nouveau dans le cadre de ses écritures, croit devoir expliquer, contre toute évidence, que *« la seule et unique raison qui a abouti à la prolongation de délai a résidé dans le fait que, sans cette prolongation, les établissements financiers avaient la possibilité de résilier le contrat, mettant gravement en péril le projet. Mais cette prolongation de délai ne vaut absolument pas accord de la CUMPM sur sa responsabilité dans ces retards, ou son accord sur le montant des sommes réclamés par le délégataire à ce titre ».*

78. Cette affirmation est par ailleurs à mettre en parallèle avec celle, toute aussi constamment mentionnée par la CUMPM, par laquelle elle indique vouloir s'en tenir strictement aux énonciations du Contrat de délégation de service public.

79. En réalité, ce poste de réclamation ne devrait pas faire l'objet de discussions, **dans la mesure où la CUMPM a d'ores et déjà reconnu, dans la délibération AGER 002-1021/09/CC en date du 19 février 2009 précitée, la réalité de ces retards et leur caractère de force majeure pour le délégataire (<u>Pièce n° 2 précitée</u>).**

80. Ces retards ont ainsi donné lieu à la conclusion d'un avenant n° 1 au contrat de concession, en date du 18 novembre 2009, prolongeant de 19 mois le délai de mise en service industrielle.

81. Or, l'avenant a été passé dans les conditions prévues par l'article 46 du Contrat qui prévoit que :

> *« Les **événements exonérateurs de responsabilité susceptibles de donner lieu à une révision des délais contractuels** seront la force majeure, les sujétions techniques imprévues liées au sol et au sous sol, les travaux complémentaires ou supplémentaires imposés par les autorisations d'exploiter si elles sont plus contraignantes que la présente convention, ainsi que les recours contentieux suspensifs engagés par un tiers qui auraient eu pour effet d'arrêter tout ou partie des travaux et qui ne seraient pas imputables au délégataire ».*

82. En acceptant de passer un avenant révisant les délais contractuels, la CUMPM, si l'on s'en tient strictement aux énonciations de la Convention, a nécessairement reconnu que les événements qui ont justifiés cette révision constituaient des « événements exonérateurs » de responsabilité du délégataire.

83. Ces derniers ont par ailleurs incontestablement constitué *« des circonstances imprévisibles qui ont eu pour effet de bouleverser le contrat, créant des conditions économiques nouvelles et une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, la situation nouvelle ainsi créée constituant un cas de force majeure, et autorisant à ce titre le concessionnaire, comme d'ailleurs le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une réorientation nouvelle à donner à l'exploitation, de demander au juge la **résiliation** de la concession, avec indemnité s'il y a lieu »* au sens de l'arrêt du Conseil d'Etat du 14 juin 2000 précité.

84. L'Expert, pour sa part, confirme logiquement cette analyse objective, en mentionnant que ces préjudices sont incontestablement indemnisables.

- Note p. 63, §1 : *« en l'état nous avons arrêté à ce jour le montant des indemnités ou préjudices à allouer à EvéRé selon le détail ci-après »*

Il ne fait pas de doute, que la demande d'EvéRé sur ce point est « bien fondée », ce que l'Expert confirme sans réserve dans ses conclusions.

La demande de paiement à titre provisionnel est indiscutable

*
* *

A la lecture de ces éléments, tous particulièrement précis, on ne peut que reste interloqué devant la ligne de défense choisie par la CUMPM, tendant à tenter de démontrer, contre toute évidence, que l'Expert ne se serait à aucun moment prononcé sur le bien fondé, et non seulement le chiffrage, des demandes d'EvéRé.

Ainsi qu'il a été démontré ci-avant, les conclusions de l'expert dans ce dossier sont **absolument limpides**. Par ailleurs, elles ont, de longue date, été communiquées à la CUMPM qui n'a que très récemment souhaité les commenter, ce pour quoi elle avait été mise en demeure par l'Expert dans un délai expirant au 30 mars 2011 qu'elle n'a pas jugé utile de respecter.

Les préjudices supportés par la Société EvéRé du fait des travaux supplémentaires qu'elle a dû réaliser du fait de la survenance de circonstances imprévisibles, ou qui auraient dû être mentionnées dans le cahier des charges, des travaux complémentaires qu'elle a été conduite à réaliser à la demande de la CUMPM, et des retards qui en sont résulté sont particulièrement graves et sont de nature à remettre en cause l'existence même de la société et la continuité même du service public.

La Société EvéRé, au regard de la gravité des préjudices financiers qu'elle a subir dans le cadre de l'exécution de ce contrat, n'a en réalité pas d'autre solution, sauf irrémédiable, que de solliciter le paiement de la provision en cause, dont il convient à nouveau de rappeler qu'elle correspond au paiement de montants raisonnables au regard des dépenses engagées utilement pour le projet et du préjudice subi, et considérés comme bien fondés « a minima » par l'Expert.

Pour l'ensemble de ces raisons, le moyen tendant à estimer que la requête présentée par la Société EvéRé dans le cadre du présent référé provision serait à la fois prématurée et mal fondée sera rejeté.

La condamnation de la CUMPM à verser à la Société EvéRé la somme sollicitée à titre de provision s'impose.

PAR CES MOTIFS

Et tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin même d'office, la société EvéRé conclut **de plus fort** qu'il plaise au Président du Tribunal Administratif de MARSEILLE de :

- CONDAMNER LA CUMPM A LUI VERSER LA SOMME DE 39.493.679 EUROS H. T. A TITRE DE PROVISION

- CONDAMNER LA CUMPM A LUI PAYER UNE SOMME DE 8 000 EUROS PAR APPLICATION DE L'ARTICLE L. 761-1 DU CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE

L'exposant se réserve le droit de produire tout mémoire ampliatif ou toute explication complémentaire à l'audience à laquelle cette affaire sera appelée.

Fait à Marseille en quatre exemplaires, le 13 mai 2011

SOUS TOUTES RESERVES

Pour l'exposant, son conseil

BORDEREAU DES PIECES JOINTES

(conforme à l'art. R.412-2 du code de justice administrative)

Pièce n°1 Délégation de service public entre la Communauté Urbaine de Marseille Provence Métropole et le groupement Urbaser SA et Valorga international SA en date du 4 juillet 2005.

Pièce n°2 Délibération AGER 002-1021/09/CC en date du 19 février 2009 de la CUMPM.

Pièce n°3 Synthèse du Rapport d'audit d'expertise environnementale, technique, juridique et financière de la Délégation de Service Public relative à la conception, au financement, à la réalisation et à l'exploitation de l'unité de traitement de déchets multifilière de Fos-sur-Mer réalisé par le Cabinet De Castelnau et G2C ingénierie.

Pièce n°4 Analyse réalisée par le Cabinet PricewaterhouseCoopers en date du 12 mai 2011.

Pièce n°5 : Requête en référé expertise présentée par la CUMPM le 25 novembre 2009.

Pièce n°6 : Projet de protocole d'accord du 6 novembre 2011 entre la Communauté Urbaine Marseille Provence Métropole et Evere SAS.

Pièce n°7 : Courrier de l'expert judiciaire en date du 21 avril 2011.