TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE
14 MARS 2011
GREFFE
N°

A MONSIEUR LE PRESIDENT
TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE MARSEILLE
22-24 rue Breteuil
13 281 MARSEILLE CEDEX 06

MEMOIRE EN DEFENSE
(Référé Provision - Art. R. 541-1 du CJA)

POUR :

COMMUNAUTE URBAINE MARSEILLE PROVENCE METROPOLE
Les Docks-Atrium 10.7
BP48014
13567 Marseille Cedex02

COPIE

Ayant pour Avocat,
Maître Jorge MENDES CONSTANTE
Avocat au Barreau de Marseille
Exerçant au sein de l'association MCL Avocats
Domicilié 27 bd. Charles Moretti
Téléphone : 04 91 47 06 18 – Télécopie : 04 91 42 87 61

CONTRE :

La société EVERE,
1140 avenue Albert Einstein BP51, MONTPELLIER

Ayant pour Avocats,
Me Michèle ANAHORY
Avocat au Barreau de Montpellier
Société Landwell & Associés

Dossier n°1100289-3

I. – FAITS ET PROCEDURE

Pour exercer ses compétences dans le domaine de l'élimination des déchets ménagers et assimilés, la Communauté Urbaine Marseille Provence Métropole s'est orientée vers un projet comportant la réalisation d'un ensemble de traitement des déchets avec valorisation biologique et énergique.

Souhaitant confier la conception, le financement, 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 Collectivité Territoriales.

Par délibération du 20 décembre 2003, le Conseil de Communauté a validé le principe du recours à la délégation de service public, en application de l'article L.1411-4 du CGCT.

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'entreprises composée des sociétés Urbaser SA et Valorga International.

Un terrain appartenant au domaine privé du Port Autonome de Marseille (PAM) a été retenu afin d'y implanter ladite construction. Ce terrain est situé dans la zone industrialo portuaire de Fos-sur-Mer et de Port Saint Louis du Rhône.

Le groupement Urbaser SA / Valorga International, retenu à l'issue de la procédure de mise en concurrence a crée, conformément à ce qui était prévu par le contrat de délégation, une société dédiée à l'exploitation du site, la société Evere SAS. Evere SAS est aujourd'hui l'entreprise délégataire du service public de traitement et de valorisation des déchets de la CUMPM et assure à ce titre l'ensemble des opérations inhérentes à la convention de délégation établie pour la création et l'exploitation du centre de traitement multi filières dédié.

Le montant total de l'investissement pour la construction des ouvrages que le délégataire s'est engagé à supporter dans le cadre de la délégation de service public était de 280 087 690 € HT.

Le délégataire a néanmoins présenté en juillet 2009 à l'autorité délégante une demande indemnitaire de **107 084 819 €** au titre de l'indemnisation **des dépenses et travaux supplémentaires** répartis en trois catégories et subdivisés en 42 postes de réclamations :

- Les surcoûts au niveau du génie civil sont chiffrés à 43 837 950 €
- Les surcoûts au niveau des équipements sont chiffrés à 28 166 229 €
- Les surcoûts au niveau des prestations sont chiffrés à 35 080 440 €

Les dépenses et travaux supplémentaires exorbitants feraient passer le montant de l'investissement exigé par la convention de délégation de service public de 280 087 690 € HT à **387 172 509 € HT.**

Contrairement à ce qui est présenté par la société EVERE, 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.

La CUMPM refuse d'indemniser le délégataire pour les *dépenses et travaux supplémentaires réalisés pendant la construction des ouvrages de l'incinérateur de Fos.*

C'est la raison pour laquelle la CUMPM a sollicité par requête enregistrée le 25 novembre 2010 la désignation d'un expert chargé d'examiner, « **d'un stricte point technique** », comme il l'est d'ailleurs admis par la société requérante, la demande indemnitaire de la société EVERE de **107 084 819 €** .

C'est dans ces conditions que par ordonnance en date du 7 décembre 2009 et du 26 avril 2010, Monsieur BONIFAY a été désigné en qualité d'expert avec pour mission de :

> *« Prendre connaissance du dossier technique et financier remis par la société EVERE, délégataire du centre de traitement des ordures ménagères, à la CUMPM en juillet 2009 en vue de demander la rétribution des dépenses et 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 ».*

L'expertise en cours a donc deux ambitions :

- l'une de vérifications des dépenses et travaux supplémentaires réalisés pendant la construction des ouvrages de l'incinérateur
- l'autre sur **l'imputabilité desdites dépenses.**

Toutefois, avant le dépôt du rapport final, la société EVERE sollicite par la voie du référé provision, le versement de la somme de 39 493 679 euros HT, somme arrêtée provisoirement par l'expert dans sa note de synthèse n°4 au titre des dépenses et travaux supplémentaires supportés pendant la construction des ouvrages de l'incinérateur par le délégataire.

La demande présentée par la société EVERE ne résiste pas à l'analyse et sera rejetée pour les moyens de fait et de droit subséquents

.../...

II. – DISCUSSION : L'OBLIGATION INVOQUEE A L'ENCONTRE DE LA CUMPM EST SERIEUSEMENT CONTESTABLE

Aux termes de l'article R. 541-1 du code de justice administrative : « *Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable* »

En application de ces dispositions, et nonobstant le caractère provisoire de la décision à prendre, il appartient au juge des référés, saisi d'une demande de provision, d'examiner si les moyens qui lui sont présentés par le défendeur, ne conduisent pas à regarder comme sérieusement contestable l'obligation invoquée à l'encontre de ce dernier.

Le Commissaire du gouvernement L. VALLEE a insisté, dans ses conclusions sur l'affaire Ministre de l'économie c/ SA Générale Electric Fleet Services (Req. n°250345), sur le fait que le juge du référé-provision devait s'en tenir « ***à un seuil d'évidence*** », et que « *pour générer l'allocation d'une provision au créancier, la probabilité de l'existence de l'obligation non sérieusement contestable doit confiner* ***à la certitude*** ».

En l'espèce, aucune certitude ne peut exister.

Au contraire, tout s'y oppose.

L'obligation dont se prévaut la société EVERE est sérieusement contestable notamment en raison des termes mêmes de la convention de délégation de service public (notamment les article 8, 11, 17 et 46) et de l'absence de prise de position de l'expert sur **l'imputabilité** *des dépenses et travaux supplémentaires réalisés pendant la construction des ouvrages de l'incinérateur de Fos et des préjudices d'exploitation en résultant pour le délégataire.*

En effet, et comme il a été précisé, l'expertise en cours a deux ambitions : l'une concernant la vérification des dépenses et travaux supplémentaires réalisés et l'autre concernant **l'imputabilité desdites dépenses** et travaux supplémentaires réalisés.

Or, l'expert BONIFAY n'a pas commencé cette deuxième mission.

Au préalable, et avant tout développement sur l'absence de caractère incontestable de la créance, il convient de revenir sur le cadre juridique applicable à la délégation de service public et l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales qui définit la délégation de service public comme le contrat « *par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* ».

La question de la frontière entre marché public et délégation de service public est un grand classique du droit de la commande publique. Rappelons que par la décision Préfet des Bouches-du-Rhône du 15 avril 1996 (Req. n°168324), le Conseil d'Etat a jugé, que « l*es contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation sont soumis aux règles régissant les marchés publics* ».

Ainsi, en délégation de service public, **la rémunération varie selon les performances du gestionnaire**. Elle implique un **risque** de perte ou de gain qui dépend directement de la façon dont le service est géré. Pour le dire autrement, « *si le délégataire tire une part sensible de ses ressources des résultats de l'exploitation et non d'un prix qu'on lui versera quoi qu'il arrive, c'est (...) qu'il assume une part importante du* ***risque économique lié à l'exploitation*** » (concl. D. Casas sur CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, Req. n°289234).

Si l'attention s'est focalisée sur le critère du mode de rémunération, on ne doit cependant pas perdre de vue une autre des conditions des délégations de service public : un véritable transfert de gestion.

La société EVERE, délégataire de service public, qui s'est vue transférer la gestion du service public par la CUMPM exploite à **« ses risques et périls »** en assumant le risque économique lié à la convention de délégation de service public.

La société requérante n'est pas rémunérée par la CUMPM, comme c'est le cas pour les marchés publics. Les couts de construction, comme les surcoûts sont financés par le **délégataire**.

C'est donc au seul délégataire d'assumer la charge financière des couts de construction, à ses risques et périls.

Le risque financier est d'ailleurs rappelé à plusieurs reprises dans la convention de délégation de service public (**Pièce n°1**). En effet, l'article 8.1 de la convention de délégation de service public intitulé « *Financement et réalisation des ouvrages* » dispose que :

> « *Le DELEGATAIRE* ***finance*** *et réalise sous* ***sa maîtrise d'ouvrage*** *et à ses frais et* ***risques****, l'ensemble des études et travaux nécessaires à la réalisation des ouvrages.* ».

C'est limpide. La CUMPM n'a pas à financer les travaux nécessaires à la réalisation des ouvrages. En conséquence, elle n'a pas à financer les **travaux supplémentaires** réalisés.

L'article 8.2 de la convention intitulé « *Exploitation technique des ouvrages et gestion du service public* » précise, pour sa part, que :

> « *Le DELEGATAIRE assure sous sa responsabilité et à ses **frais, risques et périls**, le fonctionnement et l'entretien des ouvrages, de leurs dépendances, de leurs abords et des accès routiers et ferroviaires du site d'implantation, jusqu'aux points de raccordement entre ces derniers et les accès déjà existants* ».

L'article 11 de la convention intitulé « *Maîtrise d'ouvrage* » précise également que :

> « *Le DELEGATAIRE est maître d'ouvrage pour la réalisation des ouvrages décrits à l'article 9. **Ces travaux sont réalisés sous sa responsabilité** [...]*
> *Ainsi, et sauf cas de **force majeure** rendant plus onéreuse la réalisation des travaux projetés, dont il lui appartiendra de rapporter la preuve matérielle, le DELEGATAIRE **ne pourra en aucune manière en aucune manière revendiquer du DELEGANT une quelconque révision des conditions financières de la délégation de service public au motif d'un dépassement du montant des investissements*** ».

C'est tout autant limpide. Sauf cas de force majeure, le délégataire ne peut **en aucune manière** revendiquer une quelconque révision des conditions financières de la délégation de service public au motif d'un dépassement du montant des investissements.

La société EVERE a manifestement oublié la convention de délégation de service public qui lie les parties.

L'article 17.1.1 de la convention redit la même chose :

> « ***sauf cas de force majeure dont il lui appartiendra de rapporter la preuve matérielle, le DELEGATAIRE ne pourra solliciter aucune révision de l'économie de la délégation de service public, en invoquant un quelconque dépassement du cout des travaux*** ».

C'est simple, seule la **force majeure** permettrait au délégataire de revendiquer une quelconque révision des conditions financières de la délégation de service public.

L'obligation dont se prévaut la société EVERE est, d'ores et déjà, et pour cette seule raison, sérieusement contestable.

Alors que seule la force majeur rendrait incontestable la créance revendiquée, la société requérante ne motive pas sa requête de référé-provision sur ladite force majeure et ne rapporte pas la preuve matérielle lui permettant de solliciter la révision de l'économie de la délégation conformément aux articles 8, 11 et 17 de la convention de délégation des service public.

En tout état de cause, ne constitue pas une obligation non sérieusement contestable une obligation dont l'appréciation relève d'une question de droit qui soulève une difficulté sérieuse (C.E. 29 janvier 2003, *Ministre de l'économie c/ SA Générale Electric Capital Fleet Services,* Req. n°250345 ; C.E. 22 octobre 2008, *Commune de Plestin les Grèves*, Req. n°309956).

A la lecture des articles 8, 11, 17 et 46 de la convention de délégation de service public une **difficulté juridique sérieuse** existe de nature à voir rejeter la requête en référé provision dont l'obligation non sérieusement contestable doit avoir ***un seuil d'évidence*** qui *confine* ***à la certitude***.

Or, l'appréciation de la force majeure qui permettrait en application des articles 8, 11 et 17 de la convention d'indemniser le délégataire pour les dépenses et travaux supplémentaires supportés relève **d'une question de droit** dont l'appréciation doit être faite par les juges du fond.

La requête ne pourra qu'être rejetée pour cette première contestation sérieuse compte tenu de l'existence d'un différend juridique sérieux entre les parties.

A – SUR L'ABSENCE DE POSITION DE L'EXPERT SUR L'IMPUTABILITE DES DEPENSES ET TRAVAUX SUPPLEMENTAIRES

1. LA REQUETE EST PREMATUREE

La conclusion de la note de synthèse n°4 est simple : « *A ce jour, le montant estimé des travaux supplémentaires analysés et estimés par nos soins*, [...] *s'élève à la somme de 39 493 679 euros HT* »

L'expert précise également dans son compte rendu d'accedit n°4 (Pièce adverse n°4) que « *les montants des postes étudiés sont susceptibles d'être révisés à la hausse ou à la baisse, et que c'est la somme globale des postes figurant au chapitre VII : CONCLUSION PROVISOIRE de la note de synthèse qui est a minima.* »

Toutefois, à ce stade de l'expertise, l'expert n'a fait que chiffrer provisoirement le montant des dépenses et travaux supplémentaires **réellement supportés par le délégataire**.

A cet égard, la CUMPM est **demanderesse** à l'expertise pour vérifier **l'imputabilité** desdites dépenses c'est-à-dire à qui incombe la prise en charge des coûts supplémentaires allégués par le délégataire mais elle reste « ***défendeur*** *face à la réclamation financière d'EVERE* » (page 19 de la note de synthèse de l'expert, Pièce adverse n°2).

L'autorité délégante demande d'ailleurs à l'expert que son analyse porte « **tant sur l'imputabilité des travaux supplémentaires qui sont demandés que sur le montant réclamé par le Délégataire** » (page 19 de la note de synthèse de l'expert, Pièce adverse n°2).

Or, l'expert n'a pas commencé son analyse de l'imputabilité des dépenses et travaux supplémentaires allégués.

La CUMPM, autorité délégante ne pourrait indemniser le délégataire (maître d'ouvrage) que pour les dépenses qui seraient d'une part vérifiées par l'expert et, d'autre part, qui lui **seraient imputables** en application de la théorie de la force majeure conformément aux articles 8, 11, 17 et 46 de la convention de délégation de service public.

En tout état de cause, seule l'analyse de l'imputabilité des dépenses et travaux supplémentaires permettra d'identifier le débiteur.

Il faut naturellement que le débiteur soit identifié avec certitude. A défaut, le caractère incontestable de la créance ne peut être reconnu par le juge du référé-provision qui *de facto* ne peut que rejeter la demande. C'est ce qui ressort notamment de l'arrêt du Conseil d'Etat, *Société Bernard Travaux Polynésie*

du 3 décembre 2003 (Req. n°253748). Dans cette espèce, il a été jugé que le fait que le débiteur du requérant puisse être soit l'Etat, soit une Société d'Economie Mixte, empêche de faire droit à la demande de provision : « *que, dans ces conditions, si cette entreprise apportait la preuve des prestations réalisées, le débiteur de la créance afférente aux acomptes ne pouvait néanmoins être déterminé avec certitude* ».

A cet égard, l'imputabilité des dépenses et travaux supplémentaires réalisés pendant la construction des ouvrages de l'incinérateur devra non seulement être précisé par l'expert mais également confronté aux articles 8, 11, 17 **et 46** de la convention de délégation de service publics signée entre les parties.

En effet, l'article 46 mentionne les « *événements exonérateurs de responsabilité* » du délégataire :

> « *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 pour effet de suspendre ou d'arrêter tout ou partie des travaux et qui ne seraient pas imputables au délégataire* »

En d'autres termes, la société requérante est seule responsable des dépenses et travaux supplémentaires réalisés pendant la construction des ouvrages de l'incinérateur sauf :

- Cas de force majeur (article 8, 11 et 17 de la convention).
- si les sujétions techniques imprévues sont liées au sol et au sous-sol ;
- si les travaux complémentaires ou supplémentaires sont imposés par les autorisations d'exploiter si elles sont plus contraignantes que la convention ;
- recours contentieux suspensifs engagés par un tiers qui auraient pour effet de suspendre ou d'arrêter tout ou partie des travaux et qui ne seraient pas imputables au délégataire.

A ces quatre cas, pourraient s'ajouter les charges extra contractuelles en application de la théorie de l'imprévision. A cet égard, l'événement (pris isolément) qui affecte l'exécution du contrat et qui entraine son bouleversement

économique, doit être imprévisible, irrésistible et extérieur aux volontés des parties.

Dans l'hypothèse d'un bouleversement de l'économie du contrat procédant d'un fait étranger aux parties, la théorie de l'imprévision pourrait s'appliquer. Toutefois, le cocontractant ne peut voir le manque à gagner réparé (CE, 9 décembre 1932, *Tranways de Cherbourg*, p. 125) mais percevoir une indemnité au titre de l'imprévision, alors limitée aux charges extracontractuelles (CE, 14 juin 2000, *Cne de Staffelfelden*, Req. n°184722).

En d'autres termes, les juges du fond devront, un jour, se prononcer sur l'imputabilité des dépenses et travaux supplémentaires réalisés pendant la construction des ouvrages de l'incinérateur en application des articles 8, 11, 17 et 46 de la convention et, le cas échéant, en faisant application de la théorie de la force majeure ou de l'imprévision.

En dehors de ces situations, la CUMPM n'a pas à indemniser le délégataire.

C'est la raison juridique pour laquelle la CUMPM refuse le principe de toute indemnisation et c'est ainsi qu'elle a été amenée à demander à l'expert que son analyse porte « **tant sur l'imputabilité des travaux supplémentaires** qui sont demandés que sur le montant réclamé par le Délégataire » (Page 19 de la note de synthèse n°4, Pièce adverse n°2, op. cit).

Or, l'expert n'est qu'au stade de la vérification du montant réclamé par le Délégataire. L'étendue de la responsabilité de chacune des parties n'a pas encore été abordée.

En effet, la société EVERE a décidé concomitamment à une expertise en cours, de former une requête en référé-provision alors que l'expert n'a pas encore déterminé les éléments de responsabilité et d'imputabilité mais s'est contenté d'analyser 10 chefs de dépenses sur 42.

A quoi servira la deuxième mission de l'expert, celle qui consiste à déterminer l'imputabilité des dépenses si le juge du référé-provision s'accorde d'ores et déjà pour tenir pour responsable des dépenses et travaux supplémentaires l'autorité délégante ?

La requête en référé-provision est pour le moins prématurée et sera en conséquence rejetée.

Partant, et en application des articles 8, 11, 17 et 46 de la convention de délégation de service public, il y a une totale incertitude sur le principe de ladite créance qui prive la société EVERE du caractère non sérieusement contestable requis par l'article R. 541-1 du Code de justice administrative.

2. *A CE STADE DE L'EXPERTISE, LES DEPENSES ALLEGUEES NE SONT PAS IMPUTABLES A LA CUMPM*

En tout état de cause, il convient de reprendre quelques exemples significatifs de la **non imputabilité** à la CUMPM des dépenses alléguées dans les différentes réclamations portées par la société EVERE.

Ainsi et à titre d'exemple :

- **Concernant la réclamation N°1 : Impact des retards dans la construction (Point VI-4-1 de la note de synthèse n°4, p. 44 à 64)**

L'expert ne précise à aucun moment l'imputabilité du retard de 19 mois dans la construction des ouvrages. Il se contente, à ce stade de l'expertise, de constater ce retard et de chiffrer son coût, de manière provisoire d'ailleurs.

A cet égard, il y a manifestement une incompréhension sur les motifs qui ont conduit l'autorité délégante à accorder une prolongation du délai de construction de 19 mois sans l'imputation de pénalités de retard.

Dans son rapport de synthèse n°4 (page 19), l'expert relate la position de la CUMPM lors de l'accedit du 28/01/10 :

« *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 leur contrat, mettant ainsi 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 réclamées par le délégataire à ce titre.* »

L'accord sur la prolongation du délai de construction n'est pas une reconnaissance de la part de la CUMPM d'une quelconque responsabilité dans les retards mais simplement un acte juridique permettant au délégataire de continuer la construction de l'ouvrage sans subir la pression des établissements financiers et une éventuelle résiliation du contrat de crédit-bail liant la société EVERE aux banques.

A aucun moment de l'expertise, il n'a été évoqué un quelconque accord du délégant et du délégataire sur **l'imputabilité** de ces retards.

C'est justement le mandat de l'expert défini par l'ordonnance du Président du tribunal administratif : identifier les dépenses et travaux supplémentaires réalisés pendant la construction des ouvrages de l'incinérateur de Fos et qui ne seraient pas **imputables** au délégataire.

Dans la mesure où la CUMPM n'a pas reconnu être à l'origine de ces retards, l'imputabilité de ces retards doit être établie par l'expert, ce qui n'est pas encore le cas au stade de l'expertise.

Il est de jurisprudence constante que l'impossibilité d'identifier avec certitude le débiteur empêche de faire droit à la demande de provision (CE, *Société Bernard Travaux Polynésie*, 3 déc. 2003, Req. n°253748, op. cit).

De plus, les postes de réclamation et les montants retenus par l'expert sont injustifiés et inacceptables.

Pour ne donner qu'un exemple, celui des frais d'avocat que la société EVERE veut faire supporter à la CUMPM est topique de la situation (point I-1-4, page 55 du rapport de synthèse n°4) :

« *En fonction des éléments fournis par EVERE [...], le montant de 439 975 euro HT de frais d'avocat peut être pris en considération duquel il ya lieu de déduire certaines notes d'honoraires dont les prestations concernent la marche normale juridique des travaux entrepris.*
A notre avis, il ya lieu de faire droit aux demandes d'EVERE concernant ce poste à la somme de 291 191 euros HT valeur février 2010. »

Sans étayer son raisonnement, en une simple ligne, l'expert évalue les frais d'avocat à 291 191 euros HT.

Ce n'est pas naturellement à la CUMPM, autorité délégante, de payer les frais d'avocat que la société EVERE a pu engager dans le cadre de la construction de ses ouvrages.

C'est absurde.

Un autre exemple anecdotique de poste injustifié dans la réclamation de la société EVERE concerne les frais de communication. La société EVERE indique qu'il « *s'agit de frais de communication et d'information, de conférences de presse, de publication d'article, de reportages de chantier* » (page 57 du rapport de synthèse n°4).

L'expert certifie qu'en effet, la société EVERE a bien dépensé la somme de 258 058 € HT sur ce poste.

Ce n'est naturellement pas à la CUMPM de payer les conférences de presse de son délégataire !

C'est tout autant absurde.

Une convention de service public existe entre les parties et elle devra s'appliquer à chaque poste de réclamation.

Ces deux exemples démontrent, à eux seuls, que l'obligation dont se prévaut la société EVERE est sérieusement contestable.

- **Concernant la réclamation N°2 : la liquéfaction du sol et sismicité (Point VI-4-6 de la note de synthèse n°4, p. 64 à 76).**

Sur la liquéfaction du sol, l'expert précise que :

> « *L'éventualité d'un risque de liquéfaction n'apparaît pas dans le rapport ARCADIS, commandé par la CUMPM et joint aux documents de l'appel d'offres puis annexé, par la suite, à la DSP.*
> *Ce n'est qu'après instruction du PC et obligation de réaliser des études sismiques complémentaires que le risque de liquéfaction des sols s'est avéré. Les études géotechniques réalisées par le délégataire après attribution de la DSP ont permis de constater que le sol était liquéfiable. Les fondations profondes à réaliser avec ce type de sol demandent un surdimensionnement important.*
> *Parallèlement à la prise en compte des risques de liquéfaction du sol, le permis de construire délivré par le Préfet, le 20 mars 2006, exige le passage de la catégorie B à C pour le centre de tri considéré comme une installation de production collective d'énergie* » (page 71 du rapport de synthèse n°4)

L'expert ne se prononce pas sur l'imputabilité de ces travaux supplémentaires.

Toutefois, au regard de l'article 46 de la convention de délégation de service public, il apparaît que ces travaux ne sont pas imputables à la CUMPM.

En effet, ils résultent de l'instruction d'un permis de construire.

Or, l'article 46 de la convention prévoit que seuls les travaux supplémentaires ou complémentaires imposés par des **autorisations d'exploiter** sont imputables à la CUMPM. Un permis de construire n'est pas une autorisation d'exploiter.

De plus, l'obligation de réaliser des études sismiques complémentaires n'est pas un cas de force majeure présentant des difficultés exceptionnelles imprévisibles et extérieure à la volonté du délégataire, ni une sujétion technique imprévue.

Ainsi, non seulement l'expert ne se prononce pas sur l'imputabilité de ces travaux, mais l'article 46 de la convention exclut de fait l'imputabilité de la CUMPM.

Les dépenses et travaux supplémentaires allégués à ce titre ne sont pas imputables à la CUMPM.

- **Concernant la réclamation N°3 : Amélioration du tri primaire (Point VI-4-8 de la note de synthèse n°4, p. 77 à 83).**

Le process de tri primaire a été modifié car il existait des craintes quant à son efficacité au regard des objectifs de répartition des déchets entre UBE (incinération) et UVO (traitement biologique).

Or, « *EVERE réclame 6 459 580 euros pour les surcouts liés aux améliorations du tri primaire* » (p. 81 de la note de synthèse n°4).

Cette remarque de l'expert montre encore une fois qu'il y a confusion dans les demandes de la société EVERE quant à la nature du contrat qui la lie avec la CUMPM et les modalités de gestion du service public qui lui a été confié.

La société EVERE est délégataire de service public et non titulaire d'un marché public. Elle ne réalise pas une prestation rémunérée par la CUMPM selon un prix fixe préalablement établi mais **elle se rémunère sur l'exploitation de l'incinérateur qu'elle construit**. La société EVERE gère l'incinérateur à ses risques et périls (cf. article 8 de la convention) et en assume les risques financiers afférents.

La société EVERE allait donc directement supporter les conséquences d'un système de répartition inefficace des déchets entre l'incinération et le traitement biologique.

Un tel système ne lui aurait pas permis de remplir la mission de service public qui lui a été confiée par la convention à savoir l'exploitation de l'incinérateur, mais aussi, l'absence d'exploitation l'aurait privée de rémunération.

Ainsi, la société EVERE va directement bénéficier de l'amélioration du tri primaire d'une part, pour remplir ses obligations contractuelles de gestion du service public et, d'autre part, pour se rémunérer.

Le cout engendré par l'amélioration du tri primaire est donc un coût qui doit être supporté par le délégataire.

D'ailleurs, l'expert ne précise pas que le coût de l'amélioration du tri primaire est imputable à la CUMPM.

Les dépenses et travaux supplémentaires allégués à ce titre ne sont pas imputables à la CUMPM.

- **Concernant la réclamation N°6 : Modification des spécifications du pont (Point VI-4-13 de la note de synthèse n°4, p. 91 à 97).**

Un pont a été réalisé pour enjamber une voie spécifique desservant le centre de déchets.

Concernant ce pont, l'expert précise que « *Durant notre visite technique du 23/02/2010 une discussion entre les parties s'instaure afin de connaître à la charge de qui ces travaux modificatifs et supplémentaires doivent être imputés ; il apparaît qu'aucune demande n'est en cours par les soins d'EVERE, comme pour le poste précédent, auprès de GPMM. EVERE faisant toutes réserves auprès de la CUMPM dans le cas où il n'obtiendrait pas satisfaction auprès de GPMM.*
Aucune réclamation concernant les modifications des spécifications du pont n'a été effectuée par EVERE auprès du PAM, qui n'est pas son cocontractant aux termes de la DSP. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les représentants de la CUMPM ont reconnu, en cours d'expertise, qu'il appartiendra à la CUMPM de se retourner contre le PAM si le rapport d'expertise mettait à la charge de la CUMPM les surcouts résultant des modifications du pont » (page 33 de la note de synthèse n°4).

L'expert affirme également que « *le tableau chronologique des faits ci-avant démontre que de nombreuses améliorations ont été imposées par le PAM. L'ouvrage, en finalité construit selon les normes parasismiques, possède des caractéristiques plus importantes. Ces contraintes ont été imposées par le PAM propriétaire des lieux après la signature de la DSP.*
Ces demandes émanent du PAM ne pouvait être prévues par URBASER lors de son étude préparatoire à l'établissement de la DSP. »

Il est faux de prétendre que la CUMPM a reconnu qu'elle devait traiter le montant de cette plus value avec le PAM.

Toutefois, l'expert reconnait explicitement que ces travaux ont été demandés par le PAM. Ils sont donc imputables au PAM.

A cet égard, **il n'est pas envisageable de faire supporter à la CUMPM une provision de 6 357 133 euros HT sur des travaux supplémentaires qui seront réglés par le PAM** lorsqu'ils seront, le cas échéant, appelés en cause dans la procédure au fond devant le Tribunal administratif.

De plus, il est de jurisprudence constante que la procédure de référé provision, qui ne permet pas au juge du référé de statuer définitivement sur les droits des parties et ainsi de préjudicier au principal, n'autorise pas les parties défenderesses, en l'absence de condamnations définitives, d'appeler en garantie des personnes.

Les dépenses et travaux supplémentaires allégués à ce titre ne sont pas imputables à la CUMPM.

- **Concernant la réclamation N°9 : Doublement des voies ferrées (Point VI-4-9 de la note de synthèse n°4, p. 105 à 107).**

Le doublement des voies ferrées a fait l'objet de la remarque suivante par l'expert :

> « *Mars 2005 – L'offre initiale d'URBASER ne prévoyait qu'une seule voie ferrée depuis l'aiguillage avec possibilité de stockage d'un convoi en attente d'un déchargement sur une des voies du PAM.*
> *Année 2008 – Le PAM n'accepte plus le stockage d'un convoi sur une de ses voies (non utilisées), le projet est modifié avec le doublement de la voie ferrée.*
> *La réclamation par EVERE du coût de la voie supplémentaire s'élève à 314 332 € déterminé en prenant le cout de l'ensemble des VF pondéré par le ration du surplus de VF à installer sur la quantité de VF installées* ».
> (page 106 de la note de synthèse n°4).

Comme pour l'exemple du pont, les changements concernant la voie ferrée sont imputables au PAM. Le montant de ces travaux supplémentaires ne peut être réclamés à la CUMPM dans le cadre d'un référé provision.

B – SUR L'AVENANT N°2 A LA CONVENTION EN DATE DU 10 DECEMBRE 2010

Curieusement, la société EVERE dans sa requête en référé-provision a totalement passé sous silence l'avenant numéro 2 à la délégation de service public qui vient d'être signé entre les parties le 10 décembre 2010 et qui a eu pour conséquence d'accorder à la société requérante la somme de **29 873 426 €.**

En effet, lors du Conseil de communauté qui s'est réuni en séance plénière le 10 décembre 2010, il a été délibéré sur *« l'approbation de l'avenant n°2 à la délégation de Service Public portant sur la conception, le financement, la réalisation et l'exploitation du centre de traitement multifilières des déchets ménagers et assimilés ».*

L'objet de l'avenant était notamment « d'ajuster et de figer à la date de fin de Mise en Service Industriel (MSI) **les éléments relatifs au financement du projet**, ainsi qu'au calcul de **la redevance financière** en exécution de l'article 17 de la délégation de service public (...) [et] de mettre à jour la formule d'indexation de la rémunération du délégataire ....».

En conséquence, la CUMPM a tenu son engagement de proposer au Conseil de Communauté qui s'est réunit le 10 décembre 2010 un protocole d'accord sous la forme d'un avenant comme elle s'y était engagée lors de l'accedit du 8 novembre 2010.

Naturellement que n'ont pu faire l'objet d'un avenant que les sommes que la CUMPM ne conteste pas en exécution de l'article 17 et 46 de la convention de délégation de service public à savoir notamment **les éléments relatifs au financement du projet**, ainsi qu'au calcul de **la redevance financière** en exécution de l'article 17 de la délégation de service public avec la mise à jour de la formule d'indexation de la rémunération du délégataire.

Il aurait été correct, pour une bonne moralité des débats, de mentionner au Président du Tribunal saisi en référé provision l'existence de l'avenant signé il y moins de 3 mois et qui a eu pour conséquence d'accorder au délégataire la somme de 29 873 426 €, soit plus de 10% du montant initial de la délégation de service public.

Les sommes que la CUMPM ne conteste devoir au délégataire sont directement payées au délégataire sans que ce dernier n'ait besoin de saisir le juge du référé-provision.

C – LES CONCLUSIONS SUR L'IMPUTABILITE N'ONT JAMAIS ETE SOUMISES A LA CONTRADICTION DES PARTIES

Contrairement à ce qui est présenté par la société EVERE, il n'y a aucune négociation en cours, aucun accord sur le principe de l'indemnisation, ni sur le montant de l'indemnité.

La CUMPM réfute l'idée de devoir la moindre somme au délégataire.

La CUMPM n'a jamais reconnu, au contradictoire, que les difficultés rencontrées par le délégataire devaient être assumées par l'autorité délégante.

Au contraire, elle a précisé au cours des discussions entre les parties qu'elle est en ***« désaccord total sur l'intégralité de cette réclamation, tant sur l'imputabilité que sur le montant des différents postes de réclamation »*** (page 19 du rapport de synthèse n°4).

Le principe que les surcoûts rencontrés par le délégataire soient indemnisés par l'autorité délégante n'a jamais trouvé de consensus entre les parties.

La CUMPM ne donne son consentement que pour l'application de la Convention de délégation de service public, aux termes de laquelle l'imputabilité des dépenses et travaux supplémentaires réalisés pendant la construction des ouvrages de l'incinérateur sont de la seule responsabilité du délégataire aux termes de l'article 17 de la convention.

En dehors de l'application de la convention de délégation de service public, la CUMPM n'a aucune ***« conscience de l'obligation légale de paiement susceptible d'en résulter pour elle »*** comme il est allégué.

D'abord elle n'a pas répondu à la demande indemnitaire préalable de **107 084 819 €** dont elle a été destinataire en juillet 2009 de la part de son délégataire au titre de l'indemnisation des dépenses et travaux supplémentaires.

Son silence vaut refus de principe de la réclamation formée par son délégataire.

Ensuite, elle a signé le 13 mai 2005 une délégation de service public qui précisait en son article 17 que les **travaux supplémentaires étaient de la seule responsabilité du maître d'ouvrage**.

Enfin, la CUMPM a précisé en cours d'expertise qu'elle était demanderesse à l'expertise pour vérifier les dépenses allégué par le délégataire mais qu'elle « **est défendeur face à la réclamation financière d'EVERE** ». L'autorité délégante demandant à l'expert que son analyse porte « **tant sur l'imputabilité des travaux supplémentaire qui sont demandés que sur le montant réclamé par le Délégataire** » (page 19 du rapport de synthèse n°4).

La position du Président de la CUMPM lors du Conseil Communautaire du 19 février 2009 n'était pas un engagement de l'autorité délégante à payer les dépenses et travaux supplémentaire. Au contraire, le Président de la Communauté urbaine a précisé en Conseil de communauté que *« ces travaux supplémentaires ont été demandés par le délégataire pour des questions de sécurité. Ils ont été demandés par le Préfet pour des questions d'environnement et ils ont été demandés par l'entreprise EVERE elle-même sur des problèmes techniques difficiles à résoudre (...) Nous avons décidé lorsque nous avons rencontré l'opérateur espagnol de prendre en compte uniquement ce qui était dans le contrat... »*

L'engament du Président de la CUMPM est clair : prendre en compte « **ce qui était dans le contrat** ».

Cet engagement reste d'actualité, la CUMPM veut appliquer la convention de délégation de service public qu'elle a signé avec la société EVERE.

Naturellement que face à une réclamation exorbitante de **107 084 819 €,** l'autorité délégante tente d'abord de contester la somme et de faire baisser la réclamation. Ensuite elle fait du droit, et sur ce point sa position n'a jamais variée, « **ce qui était dans le contrat** ».

Et le contrat, nous le savons, par la combinaison des articles 8, 11, 17 et 46, fait supporter les dépenses et travaux supplémentaires sur le seul délégataire.

D'ailleurs, et à titre anecdotique, la propre société EVERE par requête présentée au Tribunal Administratif de Marseille tendant à modifier l'ordonnance du 7 décembre 2009 pour voir étendre la mission de l'expert judiciaire précisait que *« ses réclamations portent non seulement sur les travaux supplémentaires réalisés*

*pendant la construction de l'ouvrage, **mais également ,d'une part ,sur les dépenses supplémentaires engagées pendant la phase 1 qui ne correspondent pas nécessairement à des travaux supplémentaires et, d'autre part, les préjudices d'exploitation, résultant des surcoûts engagés pendant la phase 1, et qui seront subis par EVERE dans la phase 2 de la délégation de service public »***

C'est-à-dire que la réclamation du délégataire ne porte pas que sur les dépenses et travaux supplémentaires mais aussi sur les **préjudices d'exploitation futurs, éventuels, incertains puisque la mise en service des ouvrages date de novembre 2010.**

Ces éléments juridiquement extraordinaires n'ont jamais été porté à la contradiction les parties en cours d'expertise et n'ont naturellement jamais eu l'accord de l'autorité délégante.

Ainsi, le caractère sérieusement contestable de l'obligation dans son principe est démontré ainsi que dans son étendue.

Partant, et en application des articles 8, 11, 17 et 46 de la convention de délégation de service public, il y a une totale incertitude sur le principe de ladite créance qui prive la société EVERE du caractère non sérieusement contestable requis par l'article R. 541-1 du Code de justice administrative.

PAR CES MOTIIFS

Et tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin même d'office, la Communauté urbaine Marseille Provence Métropole conclut qu'il plaise au Président du Tribunal Administratif de MARSEILLE de :

- **REJETER** la requête de la société EVERE

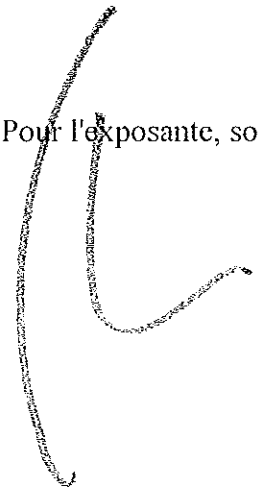
- **CONDAMNER** la société EVERE à payer une somme de 2 500 Euros à la Communauté urbaine Marseille Provence Métropole par application de l'article L.761-1 du Code de justice administrative.

L'exposante se réserve le droit de produire tout mémoire ampliatif ou toute explication complémentaire à l'audience à laquelle cette affaire sera appelée, par l'organe de Maître Jorge MENDES CONSTANTE.

Fait à Marseille en quatre exemplaires, le 14 mars 2011

SOUS TOUTES RESERVES

Pour l'exposante, son conseil



BORDEREAU DES PIECES JOINTES

(Conforme à l'art. R.412-2 du Code de Justice Administrative)

Pièce n°1 : Convention de délégation de service public

Pièce n°2 : Avenant n°2 à la Convention du 10 décembre 2010