

# Jean PICHAVANT & Jean-Daniel CHETRIT

- AVOCATS A LA COUR -

## OBSERVATIONS DES AUTEURS DE LA COMMUNICATION ACCC /C/ 2007/ 22 SUR LES CONCLUSIONS PRELIMINAIRES

ASSOCIATION DE DEFENSE ET DE PROTECTION DU LITTORAL DU GOLFE DE FOS-SUR-MER,  
COLLECTIF CITOYEN SANTE ENVIRONNEMENT DE PORT-SAINT-LOUIS-DU-RHONE  
FEDERATION D'ACTION REGIONALE POUR L'ENVIRONNEMENT (FARE SUD)

Les communicants remercient le Comité de leur avoir adressé ses conclusions préliminaires relatives à la communication ACCC/C/2007/22 sur le respect par la France de ses obligations, au titre de la Convention d'Aarhus, en matière de processus décisionnel et d'accès à la justice.

Ils en ont soigneusement étudié les termes et souhaitent faire part au Comité de leur crainte qu'un fait essentiel n'ait peut-être pas été suffisamment pris en considération.

Cette crainte résulte de la lecture des conclusions préliminaires qui ne paraissent pas tenir compte de l'élément juridique et matériel qui est, à leurs yeux, central dans l'affaire qu'ils soumettent au Comité.

D'autant plus que, dans ses rapports précédents rendus dans les communications ACCC/C/2005/17 et ACCC/C/2006/16 (avec leurs additifs respectifs), le Comité semblait avoir adopté une position devant conduire à une solution inverse à celle actuellement proposée.

Dans l'affaire qui nous occupe (communication ACCC/C/2007/22), le Comité s'attache à analyser les conséquences et les modalités d'adoption de deux décisions, la délibération du 20 décembre 2003, d'une part, et l'arrêté d'autorisation du 12 janvier 2006, d'autre part.

Mais, pour les communicants, ce n'est pas l'adoption de ces décisions qui caractérise vraiment la méconnaissance par la France de la Convention.

C'est, en réalité, la délibération du 13 mai 2005 qui empêche Marseille Provence Métropole de modifier les options techniques du projet et sa localisation géographique, une fois cette délibération adoptée (pièce n°20).

En effet, la délibération du 13 mai 2005 crée, pour l'entreprise désignée par cette délibération, un droit à indemnisation en cas de résiliation du contrat par MPM.

20 rue Laffitte  
75009 PARIS

Tél : 01 44 85 20 90  
Fax : 01 58 60 28 19

Or la modification des options techniques du projet n'aurait pu se faire par simple avenant car elle aurait entraîné une modification substantielle du contrat, étant précisé qu'une telle modification substantielle doit conduire à une nouvelle mise en concurrence en application des règles de mise en concurrence prévues par les directives européennes en matière de marchés publics et la législation française en matière de délégation de service public (par exemple : CJCE, 19 juin 2008, *Republik Österreich (Bund)*, req. n°C-454/06).

Ainsi, après la délibération et la signature du contrat, une modification importante du projet pour tenir compte des demandes du public aurait nécessairement impliqué la résiliation du contrat.

A cet égard, les communicants rappellent que lors de l'enquête publique, le public a unanimement demandé que les incinérateurs soient remplacés par des méthaniseurs.

Or si MPM avait voulu accéder à cette demande, elle aurait été dans l'obligation de résilier le contrat signé au mois de juillet 2005 (pièce n°21). Elle n'aurait, en effet, pas eu le droit de modifier les choix techniques en maintenant le contrat signé au mois de juillet 2005, puisque ces choix étaient ceux qui avaient été annoncés pour la mise en concurrence au titre des directives en matière de marché public et des règles françaises de mise en concurrence en matière de délégation de service public. De fait, ces choix entraînent des coûts d'investissement différents, des rendements d'élimination des déchets différents, des valorisations différentes, des contraintes d'exploitation différentes.

Une telle résiliation aurait été prononcée sans que l'entreprise signataire du contrat n'ait commis de faute.

En vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'entreprise qui n'était pas fautive aurait eu droit, alors, à une indemnisation très importante. Outre les frais d'études (relativement marginaux dans un tel dossier) MPM aurait surtout dû compenser la perte des revenus que l'entreprise pouvait attendre du contrat et les préjudices de toute nature que la perte du contrat lui aurait occasionnés (pièce n° 70 : Extraits des ouvrages des Professeurs RICHER et BOITEAU).

Or, en l'occurrence, le contrat accorde l'exploitation de l'usine pour vingt ans, à l'entreprise. L'indemnisation aurait donc été considérable.

Ainsi, l'audit du dossier récemment réalisé pour le compte de MPM chiffre à une fourchette comprise entre 40 millions d'euros et 100 millions d'euros les indemnisations pour perte d'exploitation et pertes diverses qui auraient dues être versées à l'entreprise, en cas de résiliation du contrat (pièce n°71 audit de MPM sur les possibilités de résiliation).

Cette somme ne comprend évidemment pas le coût de construction des ouvrages.

Cette situation paraît bien correspondre à celle décrite par le Comité quand il a estimé que :

*« Une question essentielle qui se pose est celle de savoir si le public a eu la possibilité de participer, à un stade ou à un autre du processus, à la décision concernant ces choix technologiques avant que les événements sur le terrain aient effectivement écarté les autres options possibles. Si le cadre législatif d'une Partie à la Convention est tel que la seule possibilité offerte au public pour contribuer à la décision ECE/MP.PP/2008/5/Add.10 page 12 concernant le choix des technologies conformément aux dispositions de l'article 6 de la Convention afférentes à la participation du public se situe à un stade auquel il n'existe plus aucune possibilité réelle de voir certains choix technologiques acceptés, le cadre législatif en question n'est pas compatible avec la Convention » (§54 du rapport relatif à la communication ACCC/C/2005/17 version française avec additif, au 2 mai 2008).*

Les communicants ont, certes, conscience que la délibération du 13 mai 2005 n'est pas une décision qui porte sur les modalités environnementales, au sens strict, d'exploitation des ouvrages.

Mais il paraît impossible de considérer que MPM aurait été en situation de prendre en compte la demande du public de modification du choix technique d'élimination des déchets - c'est-à-dire de modifier les options techniques - dès lors qu'une telle modification aurait nécessairement conduit à la résiliation du contrat signé au mois de juillet 2005 et à l'ouverture d'un droit à indemnité considérable pour l'entreprise.

Par conséquent, on ne peut pas raisonnablement considérer qu'il existait encore une véritable possibilité, pour MPM, de prendre en compte les demandes unanimes de modification des options techniques du projet qui ont été présentées par le public pendant l'enquête publique.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JD detf'.

Productions sur le droit des contrats administratifs

Pièce n° 70 : Extraits des ouvrages des Professeurs RICHER et BOITEAU

Pièce n° 71 : audit de MPM sur les possibilités de résiliation