

N° 0704528

COMMUNAUTE URBAINE DE LYON

M. Michel
Rapporteur

M. Arnould
Rapporteur public

Audience du 24 septembre 2009
Lecture du 22 octobre 2009

C-BJ

LA DEMANDE

- LA COMMUNAUTE URBAINE DE LYON, dont le siège est 20, rue du Lac, BP 3103 à Lyon Cedex 03 (69399), a saisi le tribunal administratif d'une requête, présentée par Me Cabanes, avocat au barreau de Paris, enregistrée au greffe le 25 juin 2007, sous le n° 0704528.

La COMMUNAUTE URBAINE DE LYON demande au tribunal :

- . de prononcer la résolution de la convention portant sur la gestion de son réseau de chauffage urbain s'il estime qu'aucune considération tirée de la portée effective sur le contrat des vices allégués ou l'atteinte excessive à l'intérêt général ne s'y oppose,
- . de tirer les conséquences indemnitaires de la résolution du contrat en tenant compte de la responsabilité de la société Elvya dans les événements qui ont conduit à la résolution,
- . qu'il n'y a pas lieu dans les circonstances de l'espèce de faire droit à une demande indemnitare de la société Elvya au titre du manque à gagner.

.....

- Par un mémoire en défense enregistré le 29 octobre 2007, présenté par la SCP Cabinet Boivin et Associés, la société Elvya (SNC Energie Lyon Villeurbanne Avenir-ELVYA) conclut, à titre principal, à ne pas prononcer la nullité de la convention et de permettre la poursuite de son exécution, et, à titre subsidiaire, de ne pas conférer un caractère rétroactif à la nullité du contrat et de condamner la communauté urbaine de Lyon à lui verser la somme de 93 184 787 euros hors taxes, sauf à parfaire, correspondant aux dépenses utiles, à la taxe

sur la valeur ajoutée correspondante et aux gains manqués jusqu'en 2029, augmenté des intérêts aux taux légal à compter de la date de résolution du contrat, de condamner la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON à payer l'intégralité des frais et honoraires d'expertise et à rembourser la société Elvya de ceux qu'elle aurait le cas échéant versés sur le fondement de l'article R. 621-13 du code de justice administrative, d'ordonner le paiement de toutes les sommes susvisées dans un délai de 2 mois à compter de la notification du jugement à intervenir, sous astreinte de 500 euros par jour de retard et de mettre à la charge de la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

- Par un mémoire enregistré le 12 décembre 2008, présenté par la Selarl Cabinet Cabanes - Cabanes Neveu Associés, représentée par Me Cabanes et Me Neveu, avocats au barreau de Paris, la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON persiste dans ses précédentes conclusions.

.....

- Par un mémoire enregistré le 27 février 2009, présenté par la SCP Cabinet Boivin et Associés, la société Elvya persiste dans ses précédentes conclusions et porte ses prétentions indemnitaires à la somme de 64 395 647 euros, sauf à parfaire.

.....

- Par un mémoire enregistré le 28 avril 2009, présenté par la Selarl Cabinet Cabanes - Cabanes Neveu Associés, représentée par Me Cabanes et Me Neveu, avocats au barreau de Paris, la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON persiste dans ses précédentes conclusions et demande en outre au tribunal de désigner un expert judiciaire chargé de procéder à l'évaluation contradictoire des dépenses utiles engagées par la société Elvya, voire à titre subsidiaire le montant du manque à gagner qui résulterait pour cette dernière de la résolution de la convention litigieuse.

.....

- Par un mémoire enregistré le 28 avril 2009, présenté par la SCP Cabinet Boivin et Associés, la société Elvya persiste dans ses précédentes conclusions et porte ses prétentions indemnitaires à la somme de 65 794 606 euros, sauf à parfaire.

.....

- Par un mémoire enregistré le 4 juin 2009, présenté par la SCP Cabinet Boivin et Associés, la société Elvya persiste dans ses précédentes conclusions et porte ses prétentions indemnitaires à la somme de 68 842 216 euros, sauf à parfaire, et dans le cas où une expertise serait ordonnée de donner acte à la société Elvya de ses réserves quant à la mission d'expertise demandée.

.....

- Par un mémoire enregistré le 22 juin 2009, présenté par la Selarl Cabinet Cabanes - Cabanes Neveu Associés, représentée par Me Cabanes et Me Neveu, avocats au barreau de Paris, la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON persiste dans ses précédentes conclusions

et demande en outre au tribunal de condamner la société Elvya à payer au moins la moitié des frais et honoraires d'expertise et de laisser à sa charge ceux qu'elle aurait le cas échéant versés pour les besoins de la présente action et de fixer un délai de versement à la société Elvya des indemnités qui lui seraient dues au titre de la résolution du contrat qui ne soit pas inférieur à six mois à compter de la notification du jugement à intervenir.

.....

- Par un mémoire enregistré le 22 juin 2009, présenté par la SCP Cabinet Boivin et Associés, la société Elvya persiste dans ses précédentes conclusions.

.....

- Par un mémoire enregistré le 16 juillet 2009, présenté par la Selarl Cabinet Cabanes - Cabanes Neveu Associés, représentée par Me Cabanes et Me Neveu, avocats au barreau de Paris, la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON persiste dans ses précédentes conclusions.

.....

- Par un mémoire enregistré le 17 juillet 2009, présenté par la SCP Cabinet Boivin et Associés, la société Elvya persiste dans ses précédentes conclusions.

.....

L'INSTRUCTION DE L'AFFAIRE

En application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative, la clôture de l'instruction a été fixée au 16 décembre 2008, par ordonnance en date du 12 novembre 2008.

En application de l'article R. 613-4 du code de justice administrative, l'instruction a été rouverte jusqu'au 14 août 2009, par ordonnance en date du 31 juillet 2009.

En application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, les parties ont été informées, par courrier du 17 septembre 2009, de ce qu'était susceptible d'être soulevé d'office le moyen tiré de ce que l'autorité de la chose jugée, qui s'attache au jugement du tribunal administratif de Lyon du 15 décembre 2005 dans les requêtes n^{os} 0406582 et 0408032, confirmé par arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon du 8 février 2007 n^{os} 06LY00183 - 06LY00354, implique nécessairement la nullité de la convention litigieuse.

La COMMUNAUTE URBAINE DE LYON a présenté un mémoire en réponse au moyen le 22 septembre 2009.

La société Elvya a présenté un mémoire en réponse au moyen le 23 septembre 2009.

L'AUDIENCE

Les parties ont été régulièrement averties de l'audience publique qui a eu lieu le 24 septembre 2009.

A cette audience, le tribunal assisté de Mme Thomas, greffière, a entendu :

- le rapport de M. Michel, conseiller,
- les conclusions de M. Arnould, rapporteur public,
- les observations de Me Neveu, substituant Me Cabanes, avocat de la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON et de Me Memlouk, substituant Me Ferrand, avocat de la société Elvya.

LA DÉCISION

Après avoir examiné la requête ainsi que les mémoires et les pièces produits par les parties et vu :

- le code général des collectivités territoriales,
- l'arrêté du 18 mars 2009 fixant la liste des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel autorisés à appliquer, à titre expérimental, les dispositions de l'article 2 du décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009,
- le code de justice administrative ;

Sur les conclusions à fin de résolution de la convention :

Considérant que, par un jugement en date du 15 décembre 2005, le tribunal administratif de Lyon a prononcé l'annulation de la décision du 23 juillet 2004 par laquelle le président de la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON a décidé de signer avec la société Dalkia France une convention de délégation de service public pour la production et la distribution de chaleur, de vapeur et de froid sur le territoire des communes de Lyon et Villeurbanne aux motifs, d'une part, que le conseil de la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON ne pouvait autoriser son président à signer la convention litigieuse sans que le comité mixte paritaire de la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON ait été préalablement consulté conformément à l'article 33 de la loi du 26 janvier 1984 et, d'autre part, que la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON a méconnu le règlement de la consultation en modifiant tardivement le dossier de consultation concernant le non remplacement de l'un des groupes frigorifiques, alors que ledit règlement ne permettait la modification du dossier, fut-ce de « détail », que quinze jours au plus tard avant la date de remise des offres, et violé le principe d'égalité de traitement entre les candidats ; que par cette même décision, le tribunal, saisi de conclusions à fin d'injonction sur le fondement de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, a considéré que, eu égard à la nature des vices dont était entachée la décision de passer la convention, dont l'un touchait aux conditions de la mise en concurrence, l'annulation de cette décision impliquait nécessairement la nullité de la convention et que la Communauté urbaine ne démontrait pas que la résolution de ladite convention porterait une atteinte excessive à l'intérêt général et a, en conséquence, enjoint à la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON, au cas où elle ne pourrait obtenir de la société délégataire la résolution de la convention, de saisir le juge du contrat dans un délai de quatre mois à compter de la notification du jugement susmentionné, aux fins de voir prononcer cette résolution ; que, par un arrêt en date du 8 février 2007, la cour administrative d'appel de Lyon a confirmé le jugement du tribunal administratif de Lyon aux motifs que l'irrégularité de la modification du dossier de consultation des entreprises et la rupture d'égalité de traitement entre candidats qui en est résultée suffisait à entraîner l'annulation de la décision de signer la convention ; que, par cette même décision, la cour administrative d'appel a considéré que la sanction du

vice tiré de la rupture d'égalité de traitement entre les candidats, qui affecte la comparaison des offres, n'était pas susceptible de faire l'objet d'une régularisation, et impliquait nécessairement la recherche de la nullité du contrat au sens de l'article L. 911-1 du code de justice administrative et qu'en l'absence d'atteinte excessive à l'intérêt général l'annulation de la décision de signer la convention avec la société Dalkia France impliquait nécessairement, au sens de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, la constatation de la nullité dudit contrat ; que la cour administrative d'appel de Lyon, eu égard à la complexité des questions relatives à la définition des modalités de reprise du service, a porté à dix-huit mois le délai donné par le tribunal pour rechercher une résolution amiable ; que la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON n'ayant pu trouver un accord avec son cocontractant, elle a saisi le tribunal en exécution de ce jugement ;

Considérant que, eu égard à ses motifs, l'exécution du jugement et de l'arrêt susmentionnés implique en principe la résolution de la convention litigieuse ; qu'il appartient toutefois au juge du contrat saisi à cette fin de statuer en tenant compte de la situation de droit et de fait existant à la date de sa décision ;

Considérant, en premier lieu, que la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON ne justifie d'aucune circonstance de droit nouvelle de nature à faire obstacle à la résolution du contrat ;

Considérant, en deuxième lieu, que si les parties font valoir que la résolution du contrat porterait une atteinte excessive à l'intérêt général et serait de nature à affecter la continuité du service public de chauffage urbain, la sécurité de l'approvisionnement et l'économie du service, il résulte de l'instruction que les travaux objet de la convention litigieuse ont été, ainsi que le soutiennent les parties elles-mêmes, en grande partie réalisés ou sont en cours de réalisation ; qu'en outre, les parties n'établissent pas que la résolution de la convention ne permettrait pas l'achèvement des travaux dans des conditions techniques et de sécurité satisfaisantes ; que, par ailleurs, ni les incidences financières de la résolution de la convention ni le fait, à le supposer établi, pour les usagers de ne pouvoir bénéficier de la baisse tarifaire qui était prévue à la convention, ou le risque de désabonnement des usagers en raison de l'absence de baisse tarifaire invoquée, ne sont constitutifs, dans les circonstances de l'espèce, d'une atteinte excessive à l'intérêt général ;

Considérant, en dernier lieu, qu'en se bornant à invoquer une atteinte à l'intérêt général, la société Elvya n'apporte aucun élément de nature à caractériser une situation justifiant que le juge fasse usage de son pouvoir de modulation dans le temps des effets de la nullité ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de prononcer la résolution de la convention litigieuse ;

Sur les conclusions à fin d'indemnisation :

En ce qui concerne le droit à indemnité :

Considérant que l'entrepreneur dont le contrat est entaché de nullité peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé ; que les fautes éventuellement commises par l'intéressé antérieurement à la signature du contrat sont sans incidence sur son droit à indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause de la collectivité, sauf si le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de l'administration, ce qui fait obstacle à l'exercice d'une telle action ; que dans le cas où la nullité du contrat résulte

d'une faute de l'administration, l'entrepreneur peut, en outre, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes, prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration ; qu'à ce titre il peut demander le paiement des sommes correspondant aux autres dépenses exposées par lui pour l'exécution du contrat et aux gains dont il a été effectivement privé par sa nullité, notamment du bénéfice auquel il pouvait prétendre, si toutefois l'indemnité à laquelle il a droit sur un terrain quasi-contractuel ne lui assure pas déjà une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée ;

En ce qui concerne la responsabilité quasi-contractuelle :

Considérant, ainsi qu'il a été dit, que l'entrepreneur dont le contrat est entaché de nullité peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé ; que, dans le cas où le contrat en cause est une concession de service public, il peut notamment, à ce titre, demander à être indemnisé de la valeur non amortie, à la date à laquelle les biens nécessaires à l'exploitation du service font retour à l'administration, des dépenses d'investissement qu'il a consenties amputées du montant des bénéfices et avantages éventuellement obtenus durant l'exécution du service ; qu'en outre, dans le cadre d'une concession de service public, l'enrichissement de la collectivité concédante n'implique pas nécessairement l'appauvrissement du concessionnaire dès lors que l'enrichissement des deux parties a pu se faire aux dépens de l'usager ;

Considérant que les parties s'opposent sur la consistance des investissements réalisés et leur évaluation, sur les dépenses indirectes ainsi que sur le montant des bénéfices et avantages éventuellement obtenus durant l'exécution du service par le concessionnaire ; qu'en l'état de l'instruction, les pièces produites par les parties ne permettent pas au tribunal de se prononcer sur ces éléments ; qu'il y a donc lieu, avant dire droit, d'ordonner une expertise aux fins définies ci-après ;

En ce qui concerne la responsabilité quasi-délictuelle :

Considérant que, pour les motifs précédemment exposés, la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON a conclu la convention litigieuse en méconnaissance des règles de la mise en concurrence et a ainsi commis une faute de nature à engager sa responsabilité ; que, pour sa part, en se prêtant à la conclusion d'une convention dont elle ne pouvait ignorer l'illégalité, compte tenu, d'une part, du fait qu'en tant que société mère de la société Prodith, titulaire de la précédente convention, elle était informée de la modification du dossier de la consultation et avait pu adapter son offre, et, d'autre part, de son expérience en qualité de soumissionnaire à des procédures de passation de contrat lancées par les personnes publiques, la société Dalkia France a commis une faute de nature à atténuer la responsabilité de la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON à concurrence de 50 % ;

Considérant qu'en l'état des affirmations contraires des parties, il y a lieu de prescrire, avant-dire-droit, une expertise aux fins de chiffrer les demandes de la société Elvya, venant aux droits et obligations de la société Dalkia France, au titre de la responsabilité quasi-délictuelle ;

le tribunal décide :

Article 1er : La convention de délégation de service public pour la production et la distribution de chaleur, de vapeur et de froid sur le territoire des communes de Lyon et Villeurbanne conclue entre la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON et la société Dalkia France est déclarée nulle et de nul effet.

Article 2 : Les conclusions de la société Elvya tendant à la limitation de la portée des effets de la nullité sont rejetées.

Article 3 : Il est, avant de statuer sur le surplus des conclusions de la requête, prescrit une expertise à l'effet de chiffrer les dépenses exposées par la société Elvya qui ont été utiles à la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON ainsi que les bénéfices dont la société Elvya a été privée par la résolution de la convention, qui sera confiée à un collège d'experts.

Les experts auront notamment pour mission :

1° de lister les investissements invoqués et réalisés par la société Elvya et ceux qui auront été abandonnés ;

2° d'évaluer, pour chacune des opérations, le montant des dépenses exposées à l'origine de décaissement par la société Elvya, en distinguant les investissements proprement dits (dépenses d'investissements non amorties) et les autres dépenses qui s'ajoutent au coût de ces investissements (frais financiers, frais de structure dites « marge amont »), en se plaçant à la date de la clôture de leurs opérations ou à la date de la conclusion d'une nouvelle convention, si celle-ci est antérieure à la clôture des opérations et en joignant les éléments permettant d'en apprécier l'utilité et notamment les conventions d'emprunt et de délégation de maîtrise d'ouvrage, qui seront annexées au rapport ;

3° de chiffrer les bénéfices, éventuellement corrigés des provisions à reprendre à la date de la clôture de leurs opérations, et les avantages divers dont la société Elvya a pu bénéficier pendant l'exploitation du service, et notamment les plus values réalisées par la vente des quotas carbone ;

4° d'évaluer le montant de la taxe sur la valeur ajoutée acquittée par la société Elvya au vu du résultat des opérations de dépenses ;

5° d'évaluer le bénéfice dont la société Elvya a été privée par la résolution de la convention en expliquant la signification et l'incidence du taux d'actualisation retenu sur cette évaluation.

Article 4 : Les experts seront désignés par le président du tribunal administratif. Ils accompliront leur mission conformément aux articles R. 621-1 à R. 621-14 du code de justice administrative.

Article 5 : Les experts disposeront des pouvoirs d'investigation les plus étendus. Ils pourront entendre tous sachants, se faire communiquer tous documents et renseignements, sous réserve, et dans les conditions définies ci-dessus, de ceux qui seraient couverts par le secret industriel et commercial des affaires, faire toutes constatations ou vérifications propres à faciliter l'accomplissement de leur mission et éclairer le tribunal administratif.

Article 6 : Tous droits et moyens des parties sur lesquels il n'a pas été statué par le présent jugement demeurent réservés jusqu'en fin d'instance.

Article 7 : Le présent jugement sera notifié à la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON et à la société Elvya.

Délibéré à l'issue de l'audience du 24 septembre 2009 où siégeaient :

- M. Wyss, président,
- M. Séville et M. Michel, assesseurs.

Prononcé en audience publique le vingt-deux octobre deux mille neuf.

Le président,

Le rapporteur,

La greffière,

J.-P. Wyss

A. Michel

P. Thomas

La République mande et ordonne au préfet du Rhône en ce qui le concerne, et à tous huissiers de justice à ce requis, en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition,
Un greffier,