PROTOCOLE D'ACCORD TRANSACTIONNEL

ENTRE :

L'Office Public d'Habitat (OPH) Clichy Habitat, dont le siège est sis 4 bis, rue Charles Paradinas à Clichy-la-Garenne (92110), pris en la personne de son représentant légal en exercice, son Président, domicilié ès qualité audit siège.

d'une part

Et :

La Société de Distribution de Chaleur de Clichy (SDCC), société par actions simplifiée au capital de 1 208 776 Euros, dont le siège social est sis Tour Pleyel – 153 boulevard Anatole France – 93521 Saint Denis, immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Nanterre sous le n° B 652 026 436, représentée par son Président, Monsieur Damien TEROUANNE, dûment habilité aux fins des présentes.

ci-après la SDCC,

d'autre part

Ensemble désignées « les Parties »

IL EST PREALABLEMENT EXPOSE CE QUI SUIIT :

1. Contexte

La concession de chauffage urbain de la commune de Clichy-la-Garenne a été attribuée le 18 janvier 1965 à la Compagnie Générale De Chauffage A Distance suite à une délibération du Conseil Municipal du 18 novembre 1963.

L'article 2 du Cahier des charges de la convention de concession prévoyait une durée de 30 ans « à compter de la mise en service des installations de chauffage urbain. ».

Par un premier avenant en date du 8 janvier 1975, l'article 2 de la Convention de concession a été modifié pour intégrer des dispositions financières.

Par un deuxième avenant daté de décembre 1991, la convention de concession et son cahier des charges ont été modifiés sur les points suivants:

- Dispositions financières,
- Prolongation de la concession jusqu'en septembre 2015,
- Substitution de la Compagnie Générale De Chauffage A Distance par la Société De Distribution De Chaleur De Clichy (SDCC).

Le cahier des charges a été modifié au total par huit avenants (1968, 1975, 1976, 1987, 1991, 1999, 2001).

La durée initiale du contrat de trente ans a été prolongée, par voie d'avenant signé le 10 décembre 1991, d'une durée de 15 ans, pour se poursuivre jusqu'au 30 septembre 2015 (article 2 modifié du Cahier des charges).

Par ailleurs, et afin d'assurer l'alimentation en chaleur par la CPCU du réseau Nord de Levallois, concédé à la société Levallois Energie Maintenance (LEM), une convention tripartite a été signée le 22 mai 1990 pour une durée de 28 ans entre la société INES, la SDCC et la commune de Clichy-la-Garenne.

Le réseau primaire de chaleur de Clichy-la-Garenne, géré par la Société de distribution de chaleur de Clichy (SDCC), est donc relié à celui de Paris géré par la Compagnie parisienne de chauffage urbain (CPCU) et à celui de Levallois, l'ensemble étant contrôlé par la société Elyo-Suez.

Cela étant, l'Office Public d'Habitat « Clichy Habitat » est un usager du service de chaleur et est lié par contrat à la SDCC. Il est donc directement impacté par la gestion du service qui est faite par le concessionnaire.

Cette gestion a fait l'objet de nombreux rapports et audits commandés par la Commune de Clichy-la-Garenne.

2. Le contrôle et les audits de la concession par la Commune

A l'origine, le contrôle technique était effectué par un ingénieur thermicien de la Commune, puis de 1987 à 1999, par un cabinet extérieur, le cabinet CFERM.

La Commune de Clichy-la-Garenne a décidé, à partir de 1999, d'initier un audit généralisé (technique, financier et juridique) du contrat de concession, de ses avenants successifs et des conditions de leur application.

C'est ainsi que, dans un premier temps, la Commune a confié au groupement de sociétés SARTORIO / TEC/ FINANCE CONSULT une mission générale d'analyse juridique, financière et technico-économique :

- des relations contractuelles entre la Commune et la société SDCC ;
- des conditions d'exploitation de la concession de fourniture de chauffage urbain par la SDCC, notamment quant aux tarifs pratiqués en fonction des diverses catégories d'usager,

La synthèse de cet audit a été remise à la Commune de Clichy-la-Garenne le 23 novembre 2000.

Puis la Commune de Clichy-la-Garenne a confié une seconde mission d'audit à la société Finance Consult, portant plus précisément sur les exercices 2001 à 2003 de la société SDCC.

Les objectifs du contrôle financier ont été clairement définis et listés comme suit :

- vérifier le respect des règles applicables à l'exécution des services publics : égalité, continuité, adaptabilité ;
- vérifier le respect des règles applicables à une délégation de service public ;
- contrôler le respect des clauses financières du dispositif contractuel ;
- contrôler la sincérité des informations contenues dans les CRF annuels ;
- contrôler la cohérence des informations extraites de la comptabilité analytique et reprises dans le CRF avec la comptabilité sociale de l'entreprise en cas de société dédiée ;
- contrôler la permanence des méthodes comptables appliquées par le délégataire ;
- vérifier la pertinence des clauses financières, et plus particulièrement celles qui définissent la rémunération du délégataire ;
- vérifier la structure financière du délégataire et sa capacité à assurer la pérennité du service ;
- vérifier le principe d'une exploitation aux risques et périls par le délégataire ;
- conserver la mémoire de l'économie du service délégué ;
- recueillir les informations financières susceptibles de permettre une éventuelle renégociation du contrat, et du coût du service pour les usagers.

Sur la base notamment des éléments comptables fournis par la SDCC, l'auditeur a pu établir, pour certains chapitres d'études, une étude évolutive pour la période courant de l'année 2000 à l'année 2003.

La société FINANCE CONSULT a donc réalisé des audits sur les exercices 2001, 2002 et 2003 dont les résultats ont été communiqués à la ville respectivement en janvier 2003, janvier 2004 et février 2005. Les conclusions de ces études sont parfaitement concordantes et rejoignent par ailleurs les résultats de l'analyse technico-économique effectuée par le groupement de sociétés SARTORIO / TEC/ FINANCE CONSULT en 2000.

La Commune de Clichy-la-Garenne a ensuite confié en 2007 au cabinet PILLE, ingénieur conseil, une mission d'audit juridique et financier. L'analyse de la concession a été étendue aux exercices 2004 et 2005 d'exploitation de la concession par la SDCC.

Un dernier audit a été réalisé par le groupement Finance Consult / Cabinet Schaeffer sur les exercices des années 2005 à 2009. Il a été remis en novembre 2009 pour les 4 premiers exercices considérés.

Sur la base des conclusions de ces différents audits et sur proposition de la Commission consultative des services publics locaux, le conseil municipal de la Commune de Clichy-la-Garenne a rejeté les comptes du concessionnaire SDCC pour les exercices 2008 et 2009.

La Commune a enfin entrepris un travail approfondi d'analyse comptable et financière des comptes de la concession, notamment en s'adjoignant les conseils d'un cabinet d'Experts comptables, le cabinet COMPTES, afin d'accompagner la réflexion engagée par la commission d'information et d'évaluation du chauffage urbain qui a clos ses travaux 23 juin 2010. Cette démarche a permis d'établir poste par poste un budget détaillé de la concession, permettant une appréciation plus fine et un contrôle plus effectif des activités du concédant, et indirectement du prix de la concession.

3. La saisine de la Chambre Régionale des Comptes d'Ile-de-France

Lors de sa réunion du 17 janvier 2008, la Commission consultative des services publics locaux avait formulé le souhait, à l'unanimité, que le Conseil municipal saisisse la chambre régionale des comptes d'Ile-de-France (CRC) afin de réaliser un contrôle de la concession de chauffage urbain dans la plus parfaite transparence de la procédure publique.

Le Conseil municipal, lors de sa séance du 29 janvier 2008, a pris acte de ces avis et a donc saisi la CRC.

Le rapport de la Chambre régionale des Comptes a été remis le 9 juillet 2010.

Il relève que « l'examen des documents élaborés par les auditeurs, montre, en effet, de nombreuses pistes d'améliorations possibles de cette concession de chauffage, non seulement sur la tarification, mais aussi dans ses aspects techniques et juridiques ». (p.17)

Concernant la question du transfert de chaleur de la CPCU au réseau de Levallois (LEM), régi par la convention tripartite du 22 mai 1990, le rapport de la Chambre Régionale des Comptes faisait apparaître une tarification spécifique comportant :

- une partie proportionnelle, égale à 1,03 fois le tarif CPCU ;
- une partie fixe, calculée sur mois (octobre/avril), qui représente la quote-part de l'abonnement CPCU prise en charge par Elyo (pourcentage du volume des ventes LEM par rapport aux ventes totales de MWh).

La CRC constatait également que l'acheminement de la chaleur achetée par la société Elyo se faisait via la mise à disposition des canalisations du réseau de la commune de Clichy-la-Garenne, en contrepartie du versement par Elyo de deux redevances :

- une redevance de 2% des ventes hors taxe de l'énergie transférée (sur une saison de chauffe), à destination de la SDCC ;
- une redevance de 4% des ventes hors taxe de l'énergie transférée (sur une saison de chauffe) à destination de la Commune de Clichy-la-Garenne.

Tirant les conséquences des critiques du rapport de la CRC, les parties ont convenu d'envisager un terme anticipé à cette convention tout en modifiant ses modalités d'application dans la période transitoire.

La complexité des liens tissés entre plusieurs sociétés, l'existence de nombreux flux financiers entre ces sociétés financiers, l'importance et la diversité de leurs relations contractuelles ont donc entamé la confiance dans une gestion transparente par la SDCC de la concession du chauffage urbain de la commune de Clichy-la-Garenne. A cela s'est ajouté le constat d'une tarification élevée de la fourniture de chaleur.

4. Des tarifs de vente de chaleur aux usagers Clichois élevés

Tant les différents audits techniques et financiers réalisés par la commune de Clichy-la-Garenne que le rapport de la Chambre Régionale des Comptes d'Ile-de-France ont mis en exergue le caractère élevé des tarifs de vente de la chaleur aux usagers Clichois, parmi lesquels en premier lieu l'Office Public d'Habitat et ses consommateurs finaux.

L'analyse des tarifs dans le cadre de l'audit réalisé par la société FINANCE CONSULT faisait en effet ressortir un tarif moyen de vente de chaleur aux abonnés du réseau (hors réseau LEM), sur l'exercice 2003 largement supérieur à la moyenne nationale de l'échantillon AMORCE en 2003.

Une telle constatation avait déjà été faite en 1998, année au cours de laquelle l'auditeur de la SDCC concluait que « le réseau de chaleur de Clichy se situe comme le plus cher de l'échantillon », s'appuyant sur la méthode du « logement-type » d'AMORCE.

Le compte rendu de l'audit réalisé par le groupement Finance Consult / Cabinet Schaeffer indiquait que :

« Les coûts de chaleur vendus aux abonnés de la Commune de Clichy sont anormalement élevés, une moyenne de 90,65 € HT / MWh a été constaté en 2008 alors que le prix moyen de la chaleur sur les réseaux français était de 56,10 € HT / MWh en 2007 (valeur 2008 non connue à ce jour) »

L'OPH a confié parallèlement une mission d'étude tendant à établir un bilan chauffage au cabinet Bernard.

Il ressort des conclusions de ce rapport remis en 2008 que l'enjeu pour une amélioration du service est « avant tout tarifaire » :

« - sur le poste fourniture de chaleur avec un prix du MWh prohibitif 81,5 € (R1+R2) /MWh, 56% au-dessus de la moyenne repère de l'enquête AMORCE (52,3). Un retour théorique à la moyenne reviendrait à diminuer votre facture d'environ 875 k€. [...] - sur le poste abonnement R2, il est par contre envisageable de renégocier avec la S.D.C.C. certaines puissances souscrites actuellement surdimensionnées. L'enjeu théorique est de l'ordre d'au moins 40 k€ sur 820 k€ d'abonnement (5% de la dépense R2). - sur le poste du coût d'exploitation par ELYO, ici très élevé par rapport au travail effectif à réaliser dans les sous-stations. - sur le prochain contrat, pour le même prix, voire moins, vous devriez avoir une prestation beaucoup plus complète. »

5. La procédure judiciaire engagée par l'OPH Clichy Habitat

Suite aux premiers audits que la commune a fait réaliser, les dispositions relatives à la tarification ont été entièrement revues.

Le rapport d'audit réalisé en 2000 par le groupement TEC a notamment servi de base à la conclusion de l'avenant n°8 du 26 novembre 2001 dans le cadre de la renégociation tarifaire quinquennale prévue à l'article 25 du cahier des charges.

Plusieurs dispositions potentiellement préjudiciables aux usagers ont été supprimées. Néanmoins, il est apparu que ces mesures étaient insuffisantes pour réparer les erreurs passées et rétablir l'équilibre de la gestion de la concession du réseau de chaleur de la Commune de Clichy-la-Garenne.

C'est pourquoi, en même temps que la Commune, l'OPH a entrepris une action en justice devant le Tribunal administratif de Versailles.

Devant la juridiction administrative, la société SDCC a conclu à titre principal à l'irrecevabilité de la requête pour incompétence de l'ordre administratif.

Par ordonnance en date du 4 juin 2008, sur la procédure introduite par l'OPH Clichy Habitat, le Tribunal administratif a fait droit à cette fin de non-recevoir et s'est estimé incompétent pour connaître de la demande de référé expertise introduite, en considérant :

« Qu'en raison de la nature des liens existant entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers, qui sont des liens de droit privé, les tribunaux judiciaires sont les seuls compétents pour connaître de l'action formée par un usager contre les personnes chargées de l'exploitation de ce service ».

Tirant les conclusions de cette ordonnance, l'OPH Clichy Habitat a assigné la société SDCC devant le Tribunal de Grande Instance de Bobigny aux fins d'obtenir le remboursement de sommes indûment versées sur la base des tarifs pratiqués par la société SDCC dans le cadre de la fourniture de chaleur urbaine. Se basant sur les différents rapports et audits réalisés, notamment sur le rapport du Cabinet Bernard, l'OPH a réclamé à la SDCC la somme de 27 750 000 euros, augmentée des intérêts légaux.

Par conclusions d'incident, la société SDCC a demandé au juge de la mise en état de se déclarer incompétent, soutenant que les juridictions administratives étaient seules compétentes pour statuer sur ce litige.

Par une ordonnance du 10 novembre 2010, le juge de la mise en état a jugé cette exception d'incompétence irrecevable. La société SDCC a interjeté appel de cette ordonnance le 25 novembre 2010.

L'action introduite par l'OPH est donc actuellement pendante devant le Tribunal de Grande Instance de Bobigny, étant précisé que la Cour d'appel de Paris a également été saisie par la SDCC de la question de l'incompétence du juge judiciaire.

Cela étant, l'OPH n'a pas renoncé pour autant à conduire des négociations avec la société SDCC. Ces négociations ont abouti au présent protocole transactionnel.

* *
*

Entre-temps, la Chambre Régionale des Comptes a rendu son rapport et résumé les différents points exposés ci-dessus en concluant notamment que :

« La concession de chauffage urbain, qui remonte à 1965, présente de grandes faiblesses ou anomalies, tant sur les plans juridique que tarifaire ou financier, le réseau primaire de chaleur de Clichy, géré par la Société de distribution de chaleur de Clichy (SDCC), se trouvant relié à

celui de Paris géré par la Compagnie parisienne de chauffage urbain (CPCU) et à celui de Levallois, l'ensemble étant contrôlé par la société Elyo-Suez.

Le système apparaît d'une extrême complexité, accrue à la faveur d'avenants successifs qui ont introduit des erreurs rédactionnelles ou de procédures qui en fragilisent la régularité, et favorisé une tendance inflationniste des coûts unitaires, qui rendent les tarifs discriminatoires selon les catégories d'abonnés et d'usagers. En conséquence, ceux-ci ne sont guère en mesure de comprendre les prix du chauffage urbain.

La commune n'a pas, de son côté, exercé pleinement son rôle d'autorité concédante sur le concessionnaire, tant sur la qualité juridique des textes et des procédures que sur les modalités tarifaires, alors que divers audits avaient cependant signalé maintes insuffisances. Ses propres besoins en chauffage des locaux communaux, ou ceux d'autres organismes publics comme l'office d'HLM n'ont sans doute pas non plus été satisfaits dans les meilleures conditions. Enfin, la commune aurait dû être beaucoup plus vigilante en ce qui concerne le suivi des investissements et des gros travaux sur le réseau, et sur les conditions du retour des biens concédés dans son patrimoine, en fin de concession.

S'agissant des comptes financiers, les résultats de la concession apparaissent fort médiocres, alors que les tarifs unitaires moyens sont très élevés, comparativement à ce qui ressort d'études faites en France sur les autres réseaux de chaleur. L'une des explications réside dans les conditions, particulièrement avantageuses financièrement, mais peu compréhensibles, dans lesquelles la SDCC fournit de l'énergie calorifique à la concession de Levallois-Perret, qui représente le tiers de ses ventes. Ces conditions découlent d'une convention tripartite de 1990, conclue pour 28 ans. Leur persistance apparaît aujourd'hui très contestable sur les plans juridique et financier.

En outre, le prix payé par le consommateur final de chaleur à Clichy résulte aussi d'autres coûts que celui du seul abonnement au réseau primaire de la concession, pourtant élevé.

Au final, cette distribution de chaleur s'insère, depuis fort longtemps, dans un système très peu ouvert à la concurrence extérieure, du fait du contrôle global sur l'ensemble de la société Elyo-Suez. Ce système est juridiquement contestable, au regard des règles actuelles des délégations de service public, et devrait être révisé sur de multiples aspects. »

EN CONSEQUENCE, LES PARTIES SONT CONVENUES DE CE QUI SUIT :

Article 1^{er} – Versement d'une somme de 2.000.000 euros à l'OPH Clichy Habitat

Au titre de la présente transaction, la SDCC versera à l'OPH Clichy Habitat la somme indemnitaire forfaitaire de 2.000.000 (deux millions) euros.

Cette somme sera payée sur présentation de devis ou de factures d'études ou de travaux, à raison de :

- 1.000.000 (un million) euros le 1er avril 2012 au titre des devis, factures d'études ou de travaux de l'année 2012,
- 500.000 (cinq cent mille) euros le 1er janvier 2013, au titre des devis, factures d'études ou de travaux de l'année 2013,
- 500.000 (cinq cent mille) euros le 1er janvier 2014, au titre des devis, factures d'études ou de travaux de l'année 2014.

Article 2- Rénovation énergétique du parc de logement locatif de Clichy-la-Garenne

L'OPH Clichy Habitat s'engage à affecter cette somme à des actions de rénovation de l'habitat destinées à améliorer l'efficacité énergétique de son parc de logements locatifs.

Article 3 – Désistement de la procédure judiciaire

Les stipulations du présent protocole règlent l'intégralité du litige entre les Parties au titre des faits mentionnés au Préambule.

Elles n'emportent en aucun cas reconnaissance, par l'une ou l'autre des Parties, de sa responsabilité ou acquiescement aux positions et prétentions de l'autre Partie.

En conséquence des engagements pris par la Société SDCC en application de l'article 1 du présent protocole, l'OPH Clichy Habitat se déclare remplie dans ses droits et s'engage à se désister, dans un délai de 15 jours à compter de la prise d'effet du présent protocole, et au plus tard le 1er avril 2012, de l'action contentieuse qu'il a introduite devant le Tribunal de Grande Instance de Bobigny le 11 septembre 2008. Ce désistement s'entend de l'intégralité de ses demandes, y compris celles relatives à l'article 700 du Code de procédure civile.

En conséquence, la SDCC se désiste également intégralement de l'action et de l'instance qu'elle a introduite devant la Cour d'appel de Paris le 25 novembre 2010 s'agissant de l'incompétence de l'ordre judiciaire, dans un délai de 15 jours à compter de la prise d'effet du présent protocole, et au plus tard le 1er avril 2012.

Les frais de l'instance éteinte, que les Parties sont convenues de payer au titre de l'article 399 du code de procédure civile, sont à la charge respective de chacune d'entre-elles.

L'OPH Clichy Habitat s'interdit en outre de présenter toute nouvelle réclamation relative aux tarifs du réseau de chaleur de Clichy-la-Garenne pour l'ensemble de la période antérieure à la date de signature du présent protocole.

Article 4 – Exécution de bonne foi

Les Parties s'engagent à exécuter de bonne foi et à titre irrévocable le présent protocole. Elles s'engagent à ne pas remettre en cause les accords intervenus aux présentes.

Le présent accord ne pourra être attaqué ni pour cause d'erreur, ni pour cause de lésion.

Les Parties s'efforceront de régler à l'amiable toutes les difficultés d'exécution du présent protocole qui pourraient survenir. Les éventuels différends, contestations ou litiges qu'elles ne pourraient régler à l'amiable concernant l'exécution du présent protocole relèvent de la compétence du Tribunal de Grande Instance de Bobigny.

Article 5 – Renonciations

En conséquence les Parties renoncent à toute réclamation complémentaire ou supplémentaire en principal, intérêts et capitalisation d'intérêts, ainsi qu'à tous droits, actions et prétentions, au titre de l'objet de la transaction. Les Parties s'engagent à tenir pour nuls et non avenues tous accords, lettres, courriers, notes s'y rapportant hors ceux qui sont joints ou mentionnés à la présente transaction, ainsi qu'à renoncer à tout recours ultérieur, portant sur l'objet de la présente transaction pour la période considérée.

Article 6 – Prise d'effet

L'OPH Clichy Habitat s'engage d'une part à adresser au représentant de l'Etat l'ensemble des documents nécessaires au contrôle de légalité dans un délai de deux jours ouvrables suivant la signature du présent protocole et d'autre part à notifier à la SDCC que les formalités requises ont été effectuées dans un délai de deux jours ouvrables à compter de leur accomplissement. Le présent protocole dûment signé prendra ensuite effet à l'expiration du délai de deux mois à compter de la notification par l'OPH Clichy Habitat à la SDCC de l'accomplissement de l'ensemble des formalités nécessaires au contrôle de légalité.

L'OPH Clichy Habitat s'engage expressément à informer sans retard la SDCC en cas d'éventuel recours gracieux ou contentieux à l'encontre de la délibération l'autorisant à signer le présent acte.

Article 7 – Réciprocité

L'exécution du présent protocole est conditionnée à la signature et à l'entrée en vigueur du protocole d'accord transactionnel entre la commune de Clichy-la-Garenne et la société SDCC, dont il est annexé copie au présent acte.

Il est enfin rappelé que :

Le présent protocole est conclu en application de l'article 2044 du Code civil.

Conformément aux dispositions de l'article 2052 du même code, le présent protocole transactionnel a l'autorité de la chose jugée en dernier ressort entre les parties.

Fait à Clichy, le _____ 2011, en deux exemplaires originaux,

Pour l'OPH Clichy Habitat,

Pour la Société de Distribution de Chaleur de Clichy,

ANNEXE

Projet de protocole entre la commune de Clichy-la-Garenne et la société SDCC