

Les méthaniseurs intégrés aux Unités de Valorisation Organique **L'environnement juridique et contractuel**

1. Notre Cabinet est spécialisé, d'une manière générale, en droit de la construction, en particulier dans les domaines de la responsabilité des constructeurs et des marchés publics et privés.

C'est dans ce contexte que nous avons suivi, au fil des années, l'évolution du traitement -maintenant appelé valorisation- des ordures ménagères : mise en décharge, enfouissement, incinération, compostage et méthanisation.

2. Mais tournons-nous vers l'objet de ce colloque, le méthaniseur, également appelé digesteur.

C'est le cœur -ou plutôt l'estomac...- de l'Unité de Valorisation Energétique (UVO).

Quelles sont les étapes permettant la méthanisation des déchets ?

⇒ Réception et stockage des déchets entrants : les déchets sont réceptionnés sur dalle dans un bâtiment fermé mis en dépression.

⇒ Le tri :

Les ordures ménagères résiduelles sont envoyées vers une unité de tri mécanique ; un trommel, un crible rotatif, qui va séparer les déchets selon leur taille.

Il va éventrer les sacs poubelles pour libérer la matière.

Ce crible rotatif dispose de plusieurs mailles, et celle de la plus petite taille (6 cm) va permettre de sélectionner une fraction de matière organique valorisable qui, après passage sur un overband magnétique -pour l'élimination des métaux ferreux- et sur une table à rebond -pour l'élimination des fragments lourds : cailloux, inertes...-, va être mélangée avec des déchets verts et des jus issus du process.

⇒ Méthanisation : Cette matière organique fermentescible est introduite dans le digesteur ou méthaniseur, une cuve hermétique, dans lequel elle va séjourner pendant environ 30 jours.

Sous l'effet d'un processus de fermentation anaérobie – c'est-à-dire en absence d'oxygène- , la matière organique se dégrade. Des bactéries anaérobies – c'est-à-dire vivant en absence d'oxygène- consomment la matière organique et la dégradent en sous-produits dont du biogaz riche en méthane.

Le processus de fermentation anaérobie est entretenu par :

- Un lent et permanent malaxage au moyen d'un agitateur,
- Une température de 55°C nécessaire à l'action des bactéries.

Cette température est maintenue par :

- La chaleur dégagée par le processus biologique ;
- La chaleur apportée au moyen d'un réseau de tubes, des« cannes » plongeant dans le digestat (la matière organique en cours de méthanisation) et parcouru par de l'eau chaude.

⇒ Cogénération : Le biogaz est envoyé vers un groupe de cogénération composé d'un moteur et d'un alternateur, transformant le biogaz en chaleur et en électricité.

⇒ Compostage : la matière organique issue du processus de méthanisation, appelée «digestat», est sommairement mélangée à de la matière organique structurante (granulométrie intermédiaire) et mise à composter en casiers pendant 6 semaines, avec une ventilation sous les andains.

3. Ces process complexes ont donné et donnent encore lieu à des litiges techniques, le plus souvent soumis à des expertises judiciaires.

Il n'est guère d'Unités de valorisation qui n'aient connu de telles expertises portant sur les équipements et les performances, mais également sur les nuisances que peuvent occasionner ces Unités, le plus souvent des odeurs.

De plus, il n'y a pas, en l'état, de solution miracle, la complexité de la composition des déchets ménagers -et de leur collecte- rendant difficile la répartition entre ceux qui peuvent être méthanisés et compostés et ceux qui doivent être incinérés ou enfouis.

On évoquera une importante Unité de méthanisation construite dans l'Ouest de la France qui a, très rapidement, été fermée et remplacée par un Centre de tri.

Cette fermeture a reposé, en partie, sur un taux de refus de plus de 50 %, ce qui signifie que plus de la moitié des ordures ménagères entrant dans l'usine n'était pas biodégradable et en ressortait pour faire l'objet d'un autre mode de traitement, par exemple l'incinération.

Ce qui souligne l'importance des conditions de la collecte des ordures ménagères.

On précisera enfin que si la méthanisation produit du biogaz, de l'électricité et du compost, le compost issu des installations de tri mécano-biologique (TMB) ne sera plus commercialisable à compter du 1^{er} janvier 2027 et devra être détruit, en général par incinération.

4. Les litiges contractuels nés dans le cadre de l'exécution des marchés de travaux et d'exploitation de ces Unités donnent lieu à d'autres mesures d'instruction, souvent de nature financière.

Messieurs les Experts – techniques ou financiers- vous devez donc être prêts !

5. Je veux d'abord souligner que si l'Expert Judiciaire, comme on le répète à l'envi, n'a pas à dire le droit, il ne peut ignorer le contexte contractuel et réglementaire et l'étendue des obligations et garanties des parties à son expertise.

La plupart des ordonnances de désignation confient d'ailleurs aux Experts Judiciaires comme premier chef de mission « *de se faire communiquer les documents contractuels liant les parties* ».

On voit des chefs de mission encore plus exigeants :

- « *rechercher et préciser les liens contractuels unissant les parties, décrire les missions confiées par le maître de l'ouvrage à chacun des constructeurs attraités à la présente instance et, si possible, annexer à son rapport les marchés, avenants, ordres de service et tous autres documents utiles* ».

A l'évidence, un Expert ne peut traiter les questions techniques qui lui sont soumises et « *fournir au juge tous éléments techniques et de faits lui permettant de statuer sur les responsabilités* » sans connaître la nature et l'étendue des relations contractuelles entre les parties.

De même, lorsqu'il lui est demandé de « *dire, pour chaque désordre constaté, s'il est de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou le rendre impropre à sa destination* », l'Expert ne peut ignorer que sa réponse à cette demande doit permettre au Juge d'apprécier si la responsabilité décennale du constructeur peut être retenue.

Il doit donc savoir ce qu'est la garantie décennale, comme d'ailleurs les autres garanties auxquelles sont soumises les parties.

6. Ce colloque étant destiné, en premier lieu, à des Experts Judiciaires, je me propose de vous présenter succinctement le contexte contractuel de la construction et de l'exploitation d'une UVO et les différentes garanties auxquelles sont soumis le constructeur et l'exploitant.

7. La construction et l'exploitation d'une UVO vont s'inscrire :

- ⇒ soit dans un marché de conception-réalisation suivi d'une Délégation de Service Public,
- ⇒ soit dans un marché public global de performance, anciennement intitulé CREM,

8. Examinons, dans un premier temps, la formule d'un marché public de conception/réalisation et d'une Délégation de Service Public.

Un maître d'ouvrage, en général un Syndicat de Communes, va confier à une entreprise ou à un Groupement d'entreprises, par un marché de conception/réalisation, la construction d'une usine.

Le maître de l'ouvrage va s'adjoindre un assistant à maîtrise d'ouvrage pour l'accompagner sur les aspects techniques et contractuels du projet.

Ce dernier va en particulier l'assister pour l'établissement du dossier d'installations classées (ICPE).

Le méthaniseur va constituer -on l'a dit- un des maillons – l'estomac- du process industriel de l'Unité de Valorisation Organique.

Le Cahier des Garanties souscrites du marché/ le Cahier des Performances fixera les performances à atteindre par ce méthaniseur et elles seront contrôlées à la réception.

A l'issue de la réception, la conduite et l'entretien des installations passent sous la responsabilité de l'exploitant, auquel le maître de l'ouvrage a, par une Délégation de Service Public, confié l'exploitation, l'entretien et la surveillance de l'UVO.

Dans ce contexte, il existe deux rapports contractuels :

- le premier liant le maître de l'ouvrage aux constructeurs,
- le second liant le maître de l'ouvrage à l'exploitant.

9. Le maître de l'ouvrage peut également retenir le cadre juridique d'un marché public global de performance et, dans ce cas, va confier à une seule entreprise ou à un seul Groupement d'entreprises la conception, la réalisation et l'exploitation de l'Unité de Valorisation Organique.

Dans cette hypothèse, il n'existera qu'un seul rapport contractuel, le rapport liant le maître de l'ouvrage aux constructeurs.

10. Le premier schéma contractuel sera évidemment plus générateur de litige que le second.

L'exploitant, qui veut évidemment réduire ses coûts d'exploitation, n'aura de cesse que d'invoquer un défaut de performance de l'outil qui lui a été remis et des surcoûts liés à sa maintenance.

Le constructeur lui répondra le plus souvent qu'il exploite mal l'outil qui lui a été confié par le maître de l'ouvrage.

La plupart des expertises judiciaires que nous avons eu à connaître ont ainsi été déclenchées sous l'impulsion de l'exploitant qui réclame au maître de l'ouvrage des surcoûts liés au fait que l'usine ne fonctionne pas conformément à ses prévisions.

Ce qui va conduire le maître de l'ouvrage à prendre l'initiative d'une demande de mesure d'instruction, au contradictoire des constructeurs et de l'exploitant, pour voir examiner la conformité des performances par rapport aux prescriptions contenues dans le cahier des performances.

Nous avons eu également à connaître des expertises « plus classiques » portant sur des désordres ayant affecté des méthaniseurs et ayant généré l'arrêt de leur fonctionnement).

Ces expertises ont été l'occasion de débats passionnants sur la qualification des méthaniseurs et sur la question de leur soumission à la garantie décennale des constructeurs.

Nous y reviendrons.

11. Un « arrêt sur image » pour la gestion de l'expertise judiciaire, dans le cas où la construction et l'exploitation n'ont pas été confiées au même Groupement d'entreprises.

Les demandes du maître de l'ouvrage et, par voie de conséquence, les litiges techniques soumis à l'Expert, relèvent de deux rapports contractuels parfaitement distincts :

- le rapport contractuel entre le maître de l'ouvrage et son constructeur qui a ses règles propres (réception, garanties, etc.),
- le rapport contractuel entre le maître de l'ouvrage et son exploitant qui est soumis à d'autres règles.

Le constructeur n'a pas de lien avec l'exploitant, pas plus que ce dernier n'en a avec lui.

Le constructeur ne doit rien à l'exploitant, pas plus que ce dernier ne lui est redevable de quoi que ce soit.

A moins que l'exploitant n'ait mis en cause la responsabilité quasi-délictuelle du constructeur ce qui crée un troisième rapport.

L'Expert Judiciaire devra donc traiter la difficulté technique qui lui est soumise, en la situant -resituant- dans le cadre de l'un ou de l'autre de ces rapports.

Et ce alors que les parties n'auront de cesse de créer **la confusion** dans son esprit.

Il devra par ailleurs veiller à limiter ses opérations aux désordres, non-conformités, etc. qui lui seront soumis, sans se laisser entraîner dans **un** audit général de l'Unité.

Enfin, il ne devra pas oublier, s'il existe, le rôle et la responsabilité de l'assistant du maître d'ouvrage.

12. Avant de procéder à un rappel sommaire des deux contrats, construction et exploitation, un mot sur l'environnement réglementaire.

En application de l'article L.515-14 du Code de l'environnement, les installations d'élimination des déchets constituent des installations classées soumises à autorisation.

Les Unités de méthanisation agricoles sont également soumises à la réglementation sur les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE).

Selon le tonnage d'entrants traités, l'installation devra faire l'objet d'une simple déclaration, d'un enregistrement ou encore d'une demande d'autorisation de la structure.

La demande est présentée, suivant les cas, par le maître de l'ouvrage ou l'exploitant.

L'autorisation d'exploiter est délivrée par le Préfet de département, autorité de police spéciale en matière d'installations classées et, à ce titre, seul compétent.

L'arrêté préfectoral d'autorisation déterminera :

- La nature des déchets admissibles ainsi que leur origine géographique.
- Les quantités maximales de déchets pouvant être traitées annuellement.
- La consistance des installations autorisées (méthaniseur, unité de compostage de digestat, etc.).

En cas de non-respect des dispositions de l'arrêté d'autorisation d'exploiter, le Préfet va mettre en demeure le bénéficiaire de l'autorisation d'exploiter de se conformer aux prescriptions de l'arrêté.

Toute modification substantielle de l'autorisation d'exploiter est soumise à la délivrance d'une nouvelle autorisation.

13. Revenons-en aux contrats et, afin de faciliter l'exposé, j'ai pris le parti de vous présenter successivement les litiges opposant le maître de l'ouvrage au constructeur et à l'exploitant, et ce avant et après la réception.

14. Avant réception, les litiges opposant le maître de l'ouvrage au constructeur vont le plus souvent porter sur un défaut de performances du méthaniseur pendant les essais de réception.

Ces performances sont contrôlées à l'issue d'une réception -progressive- se déroulant en plusieurs phases :

- Une phase de constat d'achèvement des travaux faisant l'objet d'un procès-verbal de constat d'achèvement (CTA).
Tous les ouvrages et équipements sont en place, mais ne fonctionnent pas encore.
- Une phase de mise au point et d'essais à vide.
- Une phase de Mise en Service Industrielle (MSI) qui dure en général entre 4 et 6 mois, au cours de laquelle la conformité des performances de l'usine aux garanties contractuelles est contrôlée.

Pour la vérification de ces performances, le constructeur va rédiger des protocoles d'essais de performances qui seront validés par l'assistant au maître de l'ouvrage.

Les performances attendues pour les méthaniseurs vont se traduire en rendement en biogaz, en production électrique et de chaleur, mais également en engagement en matière d'environnement.

- Une phase d'essais de réception des installations à l'issue de laquelle un procès-verbal de conformité des essais de réception est établi.
- Une phase de réception sanctionnée par un procès-verbal de réception.

A chaque phase, le maître de l'ouvrage peut s'opposer au passage à la phase suivante.

Au terme de cette longue procédure de réception le maître de l'ouvrage et son assistant, s'il existe, pourront difficilement dire... qu'ils ne savaient pas !

15. Quant à l'exploitant, avant réception, son personnel doit, en phase de MSI, assurer l'exploitation des installations sous l'autorité et la responsabilité du constructeur.

Il est, par ailleurs, associé à la construction de l'UVO, en participant aux réunions de chantier en phase de conception et de réalisation des travaux.

Il a un devoir d'alerte du maître de l'ouvrage en cas de dérive du projet par rapport à son contrat, si elle est susceptible d'avoir un impact sur les performances qu'il a souscrites, sur le coût de l'entretien et de la maintenance et sur le respect des prescriptions des arrêtés d'exploitation du site.

L'exploitant perçoit une rémunération pendant la période d'essais et de mise en service industrielle, dont une partie est forfaitaire.

A la réception, les ouvrages et les équipements sont remis au délégataire, à l'exploitant.

Un procès-verbal contradictoire de mise à disposition des installations est signé entre le délégataire et le maître de l'ouvrage.

Le délégataire a encore la possibilité d'émettre des réserves, notamment sur la capacité des installations, sur les performances de l'usine et sur les risques de dérive de ses frais d'entretien et de maintenance.

L'exploitant, associé à la phase de conception et « aux manettes » pendant la MSI, ne devrait donc pas pouvoir non plus dire... qu'il ne savait pas !

16. Avant réception, il existe plusieurs sources de litige ;

- ⇒ Une première liée au refus du maître de l'ouvrage de prononcer la réception en raison du défaut d'obtention des performances.
- ⇒ Une seconde lorsque l'exploitant considère que les conditions du passage à une des phases de la réception ou à la réception ne sont pas réunies et que le maître de l'ouvrage a, à tort, prononcé le passage à la phase de réception suivante ou, à tort, prononcé la réception.

Ce seront là les premières missions d'expertise judiciaire qui vous seront confiées.

17. Après réception, je me propose d'examiner, tout d'abord, les litiges qui peuvent opposer le maître de l'ouvrage au constructeur.

La réception étant prononcée, le maître de l'ouvrage, ne peut plus opposer au constructeur que les garanties contractuelles et légales dont il lui reste redevable.

18. En effet, à compter de la réception, le maître de l'ouvrage ne peut plus venir rechercher la responsabilité contractuelle du constructeur sauf :

- ↳ pour la levée des réserves à la réception,
- ↳ jusqu'à l'expiration du délai de la garantie de parfait achèvement.

Des garanties contractuelles particulières peuvent cependant être prévues par le marché.

A titre d'exemple, on relèvera souvent, pour les méthaniseurs, une garantie anti-corrosion qui s'appliquera sur des équipements tels que les cannes de réchauffage et les réseaux de chauffage.

En revanche, les garanties de performances ont été vérifiées avant la réception, au cours des essais de performances, et le procès-verbal de réception acte de ce qu'elles sont atteintes.

Le maître de l'ouvrage ne pourra donc plus venir rechercher la responsabilité contractuelle du constructeur pour un défaut d'atteinte des performances garanties. Sauf cependant si le marché contient une clause de garantie de maintien de performances.

Après réception, l'exploitant exploite l'usine sous sa seule responsabilité et doit seul répondre du respect des performances garanties.

Or, on voit fréquemment les exploitants prétendre que l'outil qui leur a été remis ne donne pas les performances prévues, alors même qu'elles ont été vérifiées, de surcroît en leur présence, avant la réception.

19. En ce qui concerne les garanties légales, rappelons d'abord les dispositions suivantes :

- article 1792 du Code Civil :

« Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. »

- article 1792-7 du Code Civil :

« Ne sont pas considérés comme des éléments d'équipement d'un ouvrage au sens des articles 1792, 1792-2, 1792-3 et 1792-4 les éléments d'équipement, y compris leurs accessoires, dont la fonction exclusive est de permettre l'exercice d'une activité professionnelle dans l'ouvrage. »

Pendant longtemps, il a été considéré qu'au sein d'une UVO, seuls les ouvrages de génie civil engageaient la responsabilité décennale du constructeur, les équipements de process ne relevant que des garanties contractuelles.

En l'état du droit et de la jurisprudence, cette approche doit être totalement écartée.

L'UVO est en elle-même un ouvrage relevant de la garantie décennale des constructeurs.

Et ce même si, en application de l'article L.243-1-1 du Code des assurances, elle n'est pas soumise à l'obligation d'assurance.

20. Il reste à apprécier si le méthaniseur est en lui-même un ouvrage ou seulement un élément d'équipement industriel qui pourrait échapper à la garantie décennale.

Pour apprécier, on peut donner un exemple de méthaniseur qui présente les caractéristiques suivantes :

- une cuve en béton en demi-cylindre de 7,1 mètres diamètre, 32 mètres de long et d'un volume utile de 1546 mètres cubes,
- insérée dans une structure étanche et sous pression, réhaussée d'une toiture constituée d'une tôle gaufree.

Plusieurs éléments militent pour sa qualification d'ouvrage :

- la fixité au sol du méthaniseur,
- le fait que la cuve soit réalisée en béton, ce qui revient à dire qu'il a été emprunté aux techniques de construction d'un bâtiment.

A l'inverse, d'autres éléments paraissent l'en exclure :

- il n'a aucune autonomie par rapport à l'unité de valorisation organique,
- Il n'a aucune utilité en lui-même dans la mesure où il n'est que la partie d'un process industriel dans lequel il s'intègre.

A ce jour, la juridiction administrative n'a pas tranché, mais nous verrons qu'elle a statué autrement et plus radicalement.

Un Juge des référés administratifs a cependant pu qualifier le digesteur de bâtiment et le Juge judiciaire lui a donné raison en indiquant en particulier (CA Versailles, 11 mars 2024, n°21/02780) :

« Il est à ce titre admis que ces méthaniseurs constituent des ouvrages eu égard à l'importance de la construction, plus de 6 mètres de haut, leur ancrage au sol fixe. Ils ne sont donc pas de simples équipements. »

21. Ce débat n'a cependant d'intérêt que s'il permet de qualifier les méthaniseurs d'éléments d'équipements industriels, au sens de l'article 1792-7 du Code Civil, pour en déduire que si l'UVO relève de la responsabilité décennale des constructeurs, les éléments d'équipements qui la constituent, ayant pour fonction exclusive de permettre l'exercice d'une activité professionnelle dans l'ouvrage, y échappent.

22. Mais ce débat n'a plus de sens dans les marchés publics depuis un arrêt du Conseil d'Etat du 5 juin 2023.

(CE, 7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies, 5 juin 2023, SHOM c/ Société ROUSSEAU, n°461341)

Des Cours Administratives d'Appel avaient déjà régulièrement statué en indiquant qu' « *qu'en tout état de cause* », formule reprise par tous les arrêts, les éléments d'équipements de l'UVO ne pouvaient relever des dispositions de l'article 1792-7 du Code Civil, sans plus d'explications et le Conseil d'Etat a - en définitive statué en indiquant que « *les dispositions de l'article 1792-7 du code civil (...) n'étaient pas applicables à la garantie décennale à laquelle sont tenus les constructeurs au titre des marchés publics de travaux* » (CE, 7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies, 5 juin 2023, SHOM c/ Société ROUSSEAU, n°461341).

Il n'y a donc plus d'équipements industriels en marchés publics.

Tous les équipements d'équipement indissociables relèvent donc de la garantie décennale des constructeurs, si les désordres invoqués relèvent d'une des deux conditions alternatives suivantes :

- Une atteinte à sa solidité.
- Une impropriété de l'usine à sa destination.

Quant aux désordres affectant les équipements dissociables, ils ne relèveront de la garantie décennale du constructeur qu'en cas d'impropriété de l'usine à sa destination.

Mais, à l'évidence, le méthaniseur est un élément indissociable.

Ouvrage ou élément d'équipement, le méthaniseur ne peut échapper à la garantie décennale dans les marchés publics.

23. Venons-en -enfin- aux litiges qui peuvent opposer le maître de l'ouvrage à l'exploitant, après la réception des ouvrages du constructeur.

Tout d'abord, le délégataire doit satisfaire en permanence aux exigences prescrites par l'arrêté préfectoral d'autorisation d'exploiter de l'UVO.

Le non-respect des prescriptions de l'arrêté d'exploitation l'expose à l'application de pénalités.

En cas de non-respect des dispositions de l'arrêté d'autorisation d'exploiter, le Préfet va mettre en demeure la personne publique/l'exploitant de se conformer, dans un délai qu'il détermine, aux prescriptions de l'arrêté.

A défaut de déférer à cette mise en demeure, l'autorité administrative pourra appliquer à l'exploitant les sanctions suivantes (cf. article L.171-8 du Code de l'environnement) :

- l'obliger à s'acquitter entre les mains d'un comptable public du paiement d'une somme correspondant au montant des travaux ou opérations à réaliser,
- faire procéder d'office, en lieu et place de l'exploitant et à ses frais, à l'exécution des mesures prescrites,

- suspendre le fonctionnement des installations ou ouvrages (...) jusqu'à l'exécution complète des conditions imposées,
- prendre des mesures conservatoires nécessaires, aux frais de l'exploitant.

24. Par ailleurs, le délégataire, l'exploitant, doit respecter les garanties de performances qu'il a souscrites.

Sa rémunération va dépendre de l'obtention des performances garanties puisqu'elle est fonction de la vente à des tiers de chaleur et d'électricité.

Les contrats de DSP prévoient également :

- ⇒ le versement de redevances à la personne publique, notamment dans l'hypothèse où la recette globale perçue par le délégataire au titre de la vente d'électricité sur une année excède la recette prévisionnelle annuelle prévue par le bilan prévisionnel d'exploitation,
- ⇒ l'application de pénalités en cas de défaut de production de chaleur ou d'électricité.

Comme il l'a déjà été rappelé, après réception, l'exploitant exploite l'usine sous sa seule responsabilité et doit seul répondre du respect des performances garanties.

25. Il est clair que le nombre et la complexité des litiges techniques et financiers auxquels donne lieu la méthanisation dans les UVO garantissent l'avenir de l'expertise judiciaire...

Cela ne suffit cependant pas à en garantir la pérennité.

D'autant que le compost qu'elle produit ne sera bientôt plus commercialisable et qu'il est maintenant établi que, dans les marchés publics, ce qui -rappelons-le- est le plus souvent le cas, elle engage la garantie décennale des constructeurs.

Pour le moins, serait-il raisonnable de prévoir, sur un même site, un Centre de tri, une méthanisation et une incinération.

Jean-Pierre CLAUDON
Avocat à la Cour

en collaboration avec :
Eve BONNET-CERISIER
Avocat à la Cour

SCPA CLAUDON ET ASSOCIÉS
77, rue Boissière 75116 PARIS
scpa@claudon-associes.com