

UNIVERSITE DES ANTILLES

Faculté de droit de la Martinique

Ecole doctorale Laboratoire Caribéen de Sciences Sociales

LE CONTROLE DANS LES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC D'EAU

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT PUBLIC

Présentée et soutenue par

M. Alexandre ABOU

Sous la direction du Professeur Antoine DELBLOND

Membres du jury :

Justin DANIEL, Professeur de sciences politiques à l'Université des Antilles

Bertrand BEAUVICHE, Conseiller référendaire à la Cour des Comptes

Jean-François SAVARD, Professeur de sciences politiques à l'Université du Québec.

Antoine DELBLOND, Professeur de droit public à l'Université de Nantes (directeur de thèse).

Carine DAVID, Professeur de droit public à l'Université des Antilles (co-directrice).

Maude ELFORT, Maître de conférences en droit public à l'Université de Guyane

Isabelle VESTRIS, Maître de conférences en droit public à l'Université des Antilles

Soutenue le 11 mars 2020

Campus de Schœlcher

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont au professeur Alain Laguerre, qui a été mon directeur de thèse pour la plus grande partie de ce travail, pour ses orientations et ses conseils très avisés, et sans qui ce travail n'aurait pas eu lieu.

Ils vont aussi au professeur Antoine Delblond, qui a accepté de prendre la suite de la direction, pour son implication et ses encouragements.

Je remercie également le professeur Jean-François Savard pour son soutien et son aide dès le début de ce travail et sa relecture attentive.

Je tiens à remercier enfin les professionnels du secteur de l'eau qui ont accepté de débattre ouvertement sur les questions qui nous ont occupé pendant ces années, et en particulier Benjamin Gestin, directeur de la régie des eaux de Paris.

RESUME

Le contrôle des délégations de service public (DSP) d'eau apparaît de prime abord comme un pouvoir de l'administration qui se traduit par des prérogatives de puissance publique. L'exécution contractuelle nous montre que l'on doit plutôt constater une inversion du pouvoir en raison des nombreuses renégociations du contrat.

Il ne s'agit pas pour la collectivité publique de reprendre le contrôle de la gestion du service public, celle-ci étant déléguée mais d'être capable de s'assurer que cette gestion est conforme à l'intérêt général du service public, dont elle a la responsabilité *in fine*. La thèse dégage des outils permettant de s'assurer de cette conformité à l'intérêt général et s'attache à définir des principes de l'action publique. Ces principes définissent ce que peut être, non un contrôle, au sens d'un pouvoir de contrôle, mais un contrôle comme instrument d'une régulation à définir.

La régulation de la DSP semble pouvoir être définie par la capacité de conduire des négociations, initiales et complémentaires à l'aide d'outils juridiques et financiers comme l'évaluation de la valeur ajoutée du service. Elle permet une négociation efficace car loyale et encadrée. La configuration décentralisée de la gestion des services d'eau en France doit permettre de trouver un régulateur qui combine une régulation nationale et locale ainsi que l'ouverture du champ de la médiation et de la conciliation.

ABSTRACT

We usually consider public control over water concession contracts as a power of the administration, which appears through its prerogative of public power. However, contractual execution shows us a reverse balance of power, because of the numerous renegotiations.

The purpose is not to develop advantages for public administration to take over the management of water public service, yet given to a private body, but to ensure that private management meets public interest goals. That is public authorities' responsibilities. We tried to find ways to define principles of public action to ensure that private management meets those goals. Those principles are a framework, which does not consist in a power of control but in power of regulation to be set.

This regulatory approach is based on a strong capacity of conducting initial and complementary negotiations. Legal and financial means, such as the assessment of the added value of services provided, can be used in order, for the negotiation process, to be fair and framed. The situation of a local governance in water public services leads us to build a regulatory framework that can combine both local and national aspect, opened to mechanisms for mediation and regulation.

TABLE DES ABREVIATIONS

<i>AFD</i>	<i>Agence française de développement</i>
<i>AITF</i>	<i>Association des ingénieurs territoriaux de France</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
<i>AMF</i>	<i>Association des maires de France</i>
<i>AMO</i>	<i>Assistance à maîtrise d'ouvrage</i>
<i>AOT</i>	<i>Autorisation d'occupation temporaire</i>
<i>ASTEE</i>	<i>Association Scientifique et Technique pour l'Eau et l'Environnement</i>
<i>ATEN</i>	<i>Ateliers techniques des espaces naturels</i>
<i>BJCP</i>	<i>Bulletin juridique des contrats publics</i>
<i>BOAMP</i>	<i>Bulletin officiel des annonces de marchés publics</i>
<i>BRGM</i>	<i>Bureau de recherche géologique et minière</i>
<i>CA</i>	<i>Cour d'appel</i>
<i>CAA</i>	<i>Cour administrative d'appel</i>
<i>CACEM</i>	<i>Communauté d'agglomération du Centre de la Martinique</i>
<i>CARE</i>	<i>Compte annuel de résultat d'exploitation</i>
<i>CC</i>	<i>Conseil Constitutionnel</i>
<i>CCAP</i>	<i>Cahier des charges administratives particulières</i>
<i>CCSPL</i>	<i>Commission consultative des services publics locaux</i>
<i>CE</i>	<i>Conseil d'État</i>
<i>CEDD</i>	<i>Conseil économique pour le développement durable</i>
<i>CEDH</i>	<i>Cour européenne des droits de l'homme</i>
<i>CEMAGREF</i>	<i>Centre national du machinisme agricole du génie rural, des eaux et des forêts</i>
<i>CEP</i>	<i>Compte d'exploitation prévisionnels</i>
<i>CESC</i>	<i>Conseil économique social et culturel</i>
<i>CGCT</i>	<i>Code général des collectivités territoriales</i>
<i>CGDD</i>	<i>Commissariat général au développement durable</i>
<i>CGEDD</i>	<i>Conseil général de l'environnement et du développement durable</i>
<i>CGPPP</i>	<i>Code général de la propriété des personnes publiques</i>
<i>CJCE</i>	<i>Cour de justice des Communautés européennes</i>
<i>CMP</i>	<i>Code des marchés publics</i>

CMU	Couverture maladie universelle
CNFPT	Centre national de la fonction publique territoriale
COSO	Commitee Of Sponsoring Organization Of the Treadway
CP	Contrat de partenariat
CP-ACCP	Contrats publics – Actualité de la commande et des contrats publics
CRC	Chambre régionale des comptes
CREDOC	Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie
CRF	Compte de résultat financier
CRTC	Chambres régionales et territoriales des comptes
DAF	Direction de l'Agriculture et de la Forêt
DCE	Directive cadre européenne
DOM	Département d'outre-mer
DREAL	Direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement
DSP	Délégation de service public
EEASM	Etablissement de l'eau et de l'assainissement de Saint-Martin
EPCI	Établissement public de coopération intercommunale
ETP	Equivalent temps plein
FNCCR	Fédération nationale des collectivités concédantes et régies
FNDAE	Fonds national pour le développement des adductions d'eau
FNUAP	Fonds des Nations-Unies pour la population
FSL	Fonds social Logement
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
GEMAPI	Gestion des milieux aquatiques et prévention des inondations
GIP	Groupement d'intérêt public
GRH	gestion des ressources humaines
IDE	Investissements directs étrangers
IFAC	International Federation of Accountants
IFEN	Institut français de l'environnement
IGD	Institut de la gestion déléguée
IIAE	Institute of internal Auditors
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
INTOSAI	International Organisation of Supreme Audit Institutions
IOTA	Identification des installations, ouvrages, travaux, activités

<i>IPSAS</i>	<i>International Public Sector Accounting Standards</i>
<i>JCP</i>	<i>Juris-Classeur (périodique)</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
<i>LOLF</i>	<i>Loi organique relatives aux lois de finances</i>
<i>MAPP</i>	<i>Mission d'appui aux partenariats public privé</i>
<i>MAPTAM (loi)</i>	<i>Modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles</i>
<i>MARC</i>	<i>Modes alternatif de règlement des conflits</i>
<i>MOD</i>	<i>Maîtrise d'ouvrage déléguée</i>
<i>MOP</i>	<i>Maîtrise d'ouvrage publique</i>
<i>NAO</i>	<i>National Audit Office</i>
<i>NOTRé (loi)</i>	<i>Nouvelle organisation territoriale de la République</i>
<i>OFWAT</i>	<i>Office of Water</i>
<i>OMS</i>	<i>Organisation mondiale de la Santé</i>
<i>ONEMA</i>	<i>Office national de l'eau et des milieux aquatiques</i>
<i>ONU</i>	<i>Organisation des Nations Unies</i>
<i>OPE</i>	<i>Observatoire parisien de l'eau</i>
<i>PFI</i>	<i>Private Finance Initiative</i>
<i>PFIC</i>	<i>Public Internal Financial Control</i>
<i>PLU</i>	<i>Plan local d'urbanisme</i>
<i>PNF</i>	<i>Parcs nationaux de France</i>
<i>PNUD</i>	<i>Programme des Nations Unies pour le Développement</i>
<i>POS</i>	<i>Plan d'occupation des sols</i>
<i>PPP</i>	<i>Partenariat public privé</i>
<i>PSC</i>	<i>Public Sector Comparator (ou CSP : comparateur du secteur public)</i>
<i>QPC</i>	<i>Question prioritaire de constitutionnalité</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue de droit public</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil Lebon</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue Française de droit administratif</i>
<i>RFFP</i>	<i>Revue française de finances publiques</i>
<i>RJE</i>	<i>Revue juridique de l'environnement</i>
<i>RJEP/CJEG</i>	<i>Revue juridique de l'économie publique</i>
<i>RMI</i>	<i>Revenu minimum d'insertion</i>
<i>RPQS</i>	<i>Rapport sur le prix et la qualité du service</i>

<i>SATESE</i>	<i>Service d'assistance technique aux exploitation de stations d'épuration</i>
<i>SCOT</i>	<i>Schéma de cohérence territoriale</i>
<i>SDAGE</i>	<i>Schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux du bassin</i>
<i>SEDIF</i>	<i>Syndicat des eaux d'Ile de France</i>
<i>SEM</i>	<i>Société d'économie mixte</i>
<i>SEMOP</i>	<i>Société d'économie mixte à opération unique</i>
<i>SIAEAG</i>	<i>Syndicat Intercommunal d'Alimentation en Eau et d'Assainissement de la Guadeloupe</i>
<i>SICSM</i>	<i>Syndicat intercommunal du Centre et du Sud de la Martinique</i>
<i>SISPEA</i>	<i>Système d'information des services publics d'eau et d'assainissement</i>
<i>SME</i>	<i>Société martiniquaise des eaux</i>
<i>SPA</i>	<i>Service public administratif</i>
<i>SPIC</i>	<i>Service public industriel et commercial</i>
<i>SPL</i>	<i>Société publique locale</i>
<i>TA</i>	<i>Tribunal administratif</i>
<i>TAQ</i>	<i>Tribunal administratif du Québec</i>
<i>TRI</i>	<i>Taux de rendement interne</i>
<i>VAN</i>	<i>Valeur actuelle nette</i>

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	12
§ 1. DEFINITION DES CONCEPTS ET PROBLEMATIQUE	12
§2. PROBLEMATIQUE DE LA REGULATION DES SERVICES D’EAU	24
§3. LA METHODE DE LA RECHERCHE.....	33
§4. LE PLAN PROPOSE	34
PARTIE I : COMPETENCES ET POUVOIRS DANS LA DELEGATION DES SERVICES PUBLICS D’EAU	35
TITRE 1 : L’AFFIRMATION D’UN POUVOIR	36
1.1. LES FONDEMENTS THEORIQUES DU POUVOIR DE CONTROLE	37
1.2. LES FINALITES DU CONTROLE.....	58
TITRE 2 : L’INVERSION DU POUVOIR	92
2.1. LES ACTEURS DE L’EAU	93
2.2. LES CARACTERISTIQUES ECONOMIQUES ET JURIDIQUES DES DSP	114
PARTIE II : LA QUETE D’UNE REGULATION	195
TITRE 3 : LES OBJECTIFS DE LA REGULATION. L’APPORT DES DIFFERENTS MODES DE GESTION	200
3.1. LA REGIE : LA RESERVIBILITE DE LA GESTION.....	202
3.2. LE MARCHE DE SERVICE : UNE CONCURRENCE ACCRUE.....	221
3.3. LE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE : LA PERFORMANCE ET L’EVALUATION.....	233
3.4. LA PRIVATISATION AU ROYAUME-UNI : LE PRINCIPE DE LA REGULATION	262
3.5. LES MODELES MIXTES DU CONTRAT ET DE L’AGENCE	270
TITRE 4 : LES INSTRUMENTS DE LA REGULATION. LA VALORISATION DU CONTRAT	276
4.1. LA VALORISATION DES COMPETENCES ET DES ACTIFS.....	279
4.2. LES OUTILS DE LA MAITRISE DU RISQUE.....	313
4.3. L’EVALUATION DE LA VALEUR AJOUTEE DU PROJET.....	337
TITRE 5 : LES INSTRUMENTS DE LA REGULATION. LA NEGOCIATION DU CONTRAT	359
5.1. LES NEGOCIATIONS PEU ENCADREES	360
5.2. LA PRATIQUE DE LA NEGOCIATION	373

5.3. UN NOUVEAU CADRE DE LA NEGOCIATION	381
TITRE 6 : LES AUTORITES DE LA REGULATION. LE CONTRAT ET L'AGENCE	399
6.1. LE RENFORCEMENT DU ROLE DE L'USAGER.....	401
6.2. LE ROLE DU JUGE ET DES MARC DANS LA RESOLUTION DES LITIGES.....	426
6.3. LA QUESTION DU REGULATEUR.....	437
CONCLUSION GENERALE	453
BIBLIOGRAPHIE.....	458
TABLE DE JURISPRUDENCE, AVIS ET RAPPORT.....	482
TABLE DE MATIERES	497
ANNEXES.....	503

INTRODUCTION

Il nous paraît utile, préalablement à l'exposition de la question étudiée, et afin de bien poser les limites du sujet et d'avoir une première idée de ses implications, de définir les principaux concepts que nous allons développer dans ce travail de recherche.

§ 1. DEFINITION DES CONCEPTS ET PROBLEMATIQUE

A) LE SERVICE PUBLIC DE L'EAU

Un service public est une activité d'intérêt général régie par des règles spéciales distinctes du droit commercial. Le service est assuré sous la responsabilité d'une personne publique, même s'il n'est pas géré toujours par une personne publique. Il est présenté comme « *une activité d'intérêt général accomplie avec sujétions ou prérogatives exorbitantes¹* ». Il faut que l'objet du service soit l'intérêt général et non l'intérêt particulier, du-t-il dût-il coïncider en partie avec l'intérêt général². Selon Maurice Hauriou : « *Un service public est une organisation créée par une personne administrative en vue de la satisfaction d'un besoin collectif [...] Il y a là trois idées dont nous constaterons à chaque instant les relations étroites, celle de service public, celle d'utilité publique, celle de droit de puissance publique³* ».

La notion de service implique qu'il y ait une prestation et qu'elle soit organisée. Une convention d'occupation du domaine public simple, sans sujétion, n'est pas un service public. Les sujétions en termes d'obligation d'intérêt général peuvent cependant être accessoires par rapport à l'objet du contrat, comme les concessions de plage, la notion de service public revêtant une extension large.

Le service de l'eau répond à cette définition du service public. Il s'agit d'un service organisé qui comporte des sujétions particulières et qui est d'intérêt général. Le service de l'eau (en dehors de l'eau réservée à des usages industriels et agricoles) est organisé selon deux composantes essentielles : la production et la distribution de l'eau potable et l'assainissement des eaux usées. Le service de l'eau potable consiste à produire une eau de bonne qualité à partir de ressources de plus ou moins

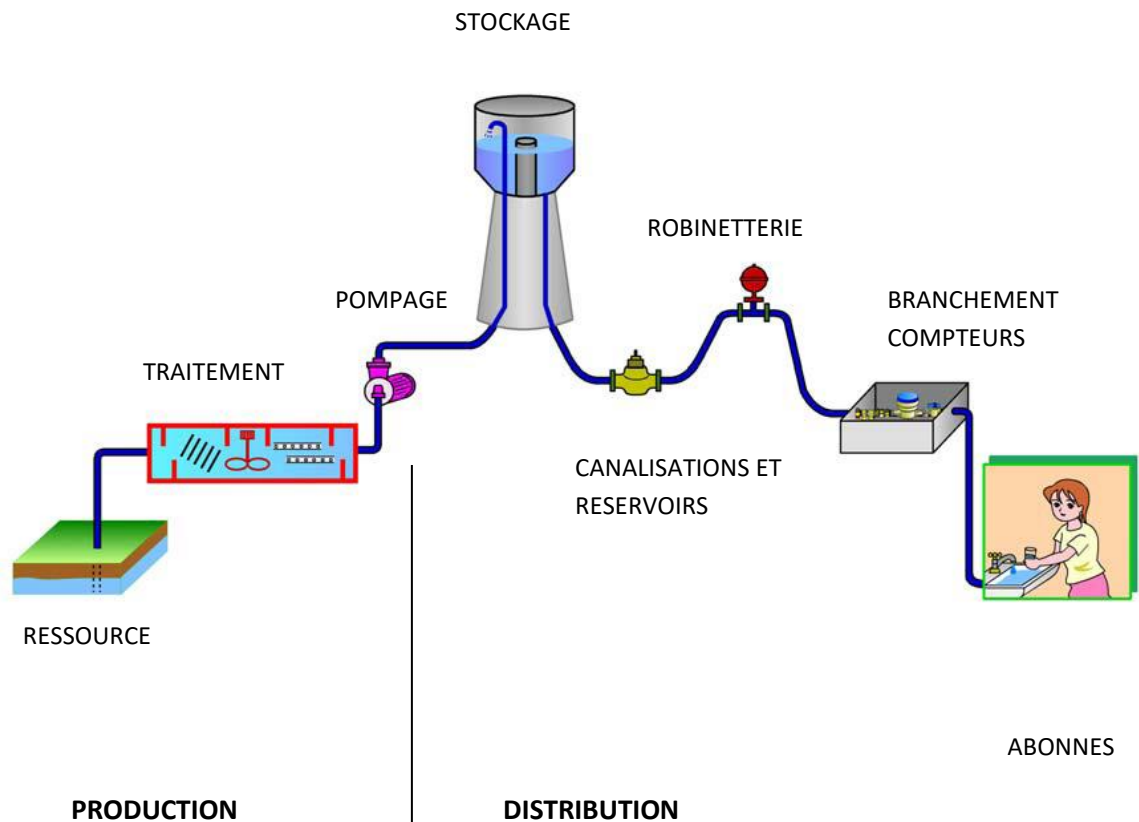
¹ RICHER Laurent, *Droit des contrats publics*, LGDJ, 7^{ème} édition, 2010, p. 518.

² CE, 12 mars 1999, *Ville de Paris*, n°186085.

³ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif*, Librairie du recueil général des lois et arrêts et du journal du palais, 1893, p. 717 et s.

bonne qualité, grâce à des traitements, à la stocker, dans des réservoirs et, par l'intermédiaire de canalisations, à la distribuer aux abonnés.

Schéma n°1 : Description d'un service d'eau potable

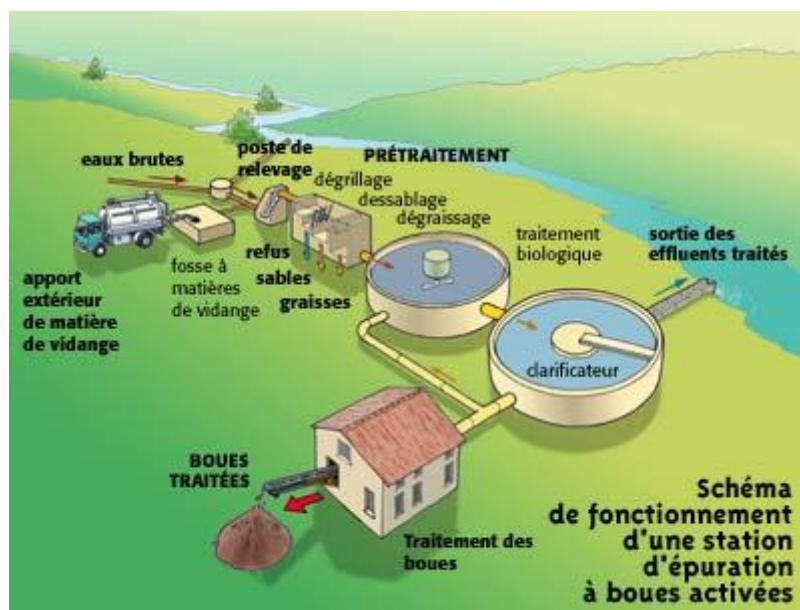


Ce service met en jeu des équipements très conséquents. Ainsi, par exemple, en Martinique, pour une population de moins de 400 000 habitants, les réseaux de production et de distribution de l'eau potable représentent:

- 35 captages
- 12 usines de traitement de potabilisation
- 298 réservoirs
- plus de 3000 km de réseaux.

Le service d'assainissement, collectif ou non collectif, est un service rendu directement aux usagers, qui consiste à le débarrasser des eaux usées, porteuses de maladies potentielles et à rendre l'eau usée à la nature après l'avoir traitée pour la rendre compatible avec une absorption saine par le milieu. Il s'agit donc d'un service qui se rapproche d'un service sanitaire.

Schéma n°2 : Description d'un service d'assainissement collectif



Le service de l'eau comporte des sujétions juridiques puisqu'il doit répondre aux contraintes des « lois » de Rolland (égalité, continuité et mutabilité). Le bien délivré est étroitement contrôlé par des normes sanitaires. Le bien lui-même, l'eau est définie, non comme un « bien public », mais comme un « bien commun » (« *common good* »). Les biens communs sont des biens à usage collectif dont la consommation ou l'usage peut aboutir à l'éviction d'autres consommateurs. Ils se distinguent en cela, des biens publics dont la consommation n'est pas susceptible d'évincer d'autres consommateurs ou usagers. Les règles et dispositifs de sécurité publique, les prévisions météorologiques, sont des biens publics⁴. L'eau, comme l'air, est un bien commun, dont la surutilisation peut aboutir à des effets d'éviction. La qualité de l'eau, sa disponibilité, participent à la santé, qui comporte, pour certains de ses aspects une dimension de bien public, voire de « bien public mondial⁵ ».

⁴ Paul SAMUELSON, *The Pure Theory of Public Expenditure*, 1954. Il définit les biens publics comme collectifs (non exclusifs) et non rivaux et les biens communs comme collectifs (non exclusifs) et rivaux.

⁵ « Du fait des externalités, le contrôle des maladies contagieuses est un bien public ». « Nous faisons valoir que si la santé peut présenter des propriétés publiques et privées, la mondialisation est de nature à en modifier l'équilibre, faisant de la santé un bien public mondial », in KAUL Inge, GRUNBERG Isabelle, STERN Marc, *Les biens publics mondiaux*, Editions Economica, Paris, 2002, p. 136-137. La Commission nationale consultative des droits de l'homme indiquait dans son avis du 20 septembre 2007 que « le droit à l'eau est indispensable à l'exercice du droit à la dignité et du droit à la santé ».

La gestion du service d'eau correspond à un intérêt général, puisque « *L'eau est un objet politique : elle est à la fois un patrimoine partagé et un bien économique en raison de sa qualité, sa rareté et de sa mise à disposition pour de multiples usages. C'est une ressource vitale qui concerne toute l'humanité. Elle est aussi une cause de risques majeurs. Elle est enfin une ressource qui ne peut être gérée qu'à long terme. L'eau est indispensable à la vie. C'est une composante essentielle des écosystèmes. L'eau est nécessaire à la quasi-totalité des usages économiques. La maîtrise des eaux, l'approvisionnement de la population en eau potable et l'assainissement des effluents demeurent l'une des responsabilités principales reconnues aux autorités publiques*⁶ ».

B) LA DELEGATION

La délégation est un mode de dévolution de la gestion d'un service public. A ce titre, elle s'oppose à la réalisation du service par les moyens propres de la collectivité publique, c'est-à-dire en régie. L'objet de la dévolution est la gestion du service et non le service lui-même. Le service lui-même, avec ses composantes matérielles (installations) et immatérielles (fichiers clients par exemple), appartient toujours à la collectivité publique. C'est ce qui distingue la délégation de service de la privatisation du service. Le gestionnaire du service reste le « locataire » du service public. La dévolution implique que la collectivité publique confie la gestion du service public à une autre entité.

La personne publique ne doit pas être exclue de l'activité assurée par son partenaire. Elle doit déterminer le contenu du service et non laisser à la personne privée le soin de le faire. De même qu'une vente en l'état futur d'achèvement VEFA à laquelle se joint une personne publique se distingue d'un marché public, une simple subvention se distingue d'une délégation : la personne publique doit définir l'objet et les contours de la mission (ou de l'ouvrage pour un marché public).

La personne publique délégante ne doit pas non plus en être trop proche du délégataire. La délégation porte sur un service organisé et autonome

⁶ Rapport Conseil général de l'environnement et du développement durable, Conseil général de l'alimentation, de l'agriculture et des espaces ruraux, Inspection générale des finances Inspection générale de l'administration, Conseil Général de l'Économie, de l'Industrie, de l'Énergie et des Technologies, Université Paris-Diderot : Évaluation de la politique de l'eau : LEVRAUT Anne-Marie (2014).

économiquement, c'est-à-dire identifié et qui produit des recettes provenant d'un prix payé par les usagers. On retrouve ici deux dimensions : la dimension « d' "entreprise" de service public », comme l'a montré Laurent Richer⁷, c'est-à-dire la présence d'une autonomie de gestion et d'exploitation associée à un risque, ainsi que la notion d'un service à dimension commerciale. Outre la rémunération, substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation⁸, c'est bien la notion de risque qui caractérise la délégation de service public, le juge administratif rejoignant en cela le juge européen⁹. En tout état de cause il doit y avoir un lien entre les résultats d'exploitation du service et la rémunération du délégataire.

Dans la délégation ou « concession » de service public on retrouve d'ailleurs l'idée d'exclusivité de la concession définie en droit commercial et le fait que le concessionnaire doit faire son affaire du risque commercial de la vente aux usagers/clients : « la "concession" est le contrat commercial conclu intuitu personae par lequel un commerçant indépendant dit "concessionnaire" se procure auprès d'un autre commerçant, fabricant ou grossiste, dit le "concédant" des marchandises qu'il s'engage à commercialiser sous la marque du concédant, lequel lui confère une exclusivité pour un temps et dans une ère géographique délimitée¹⁰ ». Ce qui est délégué au concessionnaire c'est la partie commerciale de l'activité.

La question de la (bonne) distance entre la collectivité publique et « l'entreprise » privée ou publique délégataire est la question récurrente des délégations de service public. Comment faire en sorte que la collectivité publique et l'entreprise soient à bonne distance et le restent et quelle est cette « bonne distance » ?

C) LA GESTION

Quand on met en place la gestion d'un service par contrat, comme c'est le cas dans les délégations de service public, on sort du schéma classique du management : fixation des objectifs – mobilisation des ressources – contrôle. En effet, les outils classiques de management dans le cadre d'une structure intégrée (entreprise, établissement ou collectivité publique), et en particulier les outils d'information,

⁷ RICHER Laurent, *Droit des contrats publics*, LGDJ, 7ème édition, 2010, p. 521.

⁸ C'est la définition qui figure dans le code général des collectivités territoriales, à l'article L. 1411-1, issu de la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001.

⁹ CE, 24 mai 2017, *Société Régale des Iles*, n°407213.

¹⁰ BRAUDO Serge, *Dictionnaire de droit privé*.

sont homogènes, tirés de l'activité de la structure elle-même. La situation est différente dans la gestion par contrat, puisque les outils ne sont pas aussi bien partagés que dans une gestion intégrée. L'activité de contrôle, de « contre-rôle », c'est-à-dire de vérification sur la base d'outils partagés ou homogènes, devient alors problématique. Cette situation est le propre de toute relation partenariale. Le mode de relation entre les partenaires ne peut se limiter à un contrôle au sens restreint du terme. Le mode de régulation entre les partenaires ne peut être celui d'une « régulation de contrôle » au sens des théories de la régulation¹¹ (prescription des tâches, subordination marquée, asymétrie cognitive).

Faut-il pour autant renoncer, quand on est en situation de partenariat, de délégation, à ce qui fait la raison d'être du management : l'atteinte des objectifs, à un coût raisonnable, sans gaspillage de moyen (avec une préservation de la ressource), résumée par la formule des « 3 E » (économie, efficacité, efficience) ? Même si la gestion d'un service public est assurée en délégation, elle demeure dans le périmètre de la « gestion publique ». Ce sont d'ailleurs les juridictions financières qui sont chargées d'en évaluer la qualité. On rappellera que « *c'est seulement la gestion du service public qui est déléguée*¹² » et non le service public lui-même, celui-ci ne faisant ni l'objet d'un transfert de compétence à une entité privée ni l'objet d'un simple mandat qui ne donnerait aucune réelle responsabilité au gestionnaire privé. On constate que le contrôle, tel qu'il est institué par les dispositions législative et renforcé par la jurisprudence, ne porte réellement que sur le service public : la continuité du service, l'égalité devant le service public (et notamment l'accès au service) et son adaptation aux besoins (mutabilité). Il porte peu sur la gestion du service. Le fait que ce ne soit pas le service public mais uniquement sa gestion qui soit déléguée autorise-t-il que le contrôle ne porte que sur le service public et non sur sa gestion ? C'est la question que nous posons dans ce travail et nous y répondons par la négative en recherchant les moyens de mettre en place ce contrôle, quitte à redéfinir la forme juridique du contrat.

Il s'agit donc de redéfinir le contrôle, c'est-à-dire la phase qui suit la mobilisation des moyens et permet de s'assurer de la réalisation des objectifs ou de procéder à des ajustements. On peut évoquer le *reporting* (reportage), l'évaluation, la négociation encadrée, etc. Il peut s'agir aussi d'instaurer une nouvelle forme de

¹¹ BRECHET Jean-Pierre, « Le regard de la théorie de la régulation sociale de Jean-Daniel Reynaud », *Revue française de gestion*, vol. 184, no. 4, 2008, pp. 13-34.

¹² DELVOLLE Pierre, Les contradictions de la délégation de service public, *AJDA*, 20 septembre 1996, p. 678.

contrôle et de partage des données dans le cadre d'un concept plus englobant que celui du management, celui de la gouvernance (ou gouvernement), impliquant la supervision et l'arbitrage, non seulement des parties au contrat, mais aussi des autres parties impactées par le service. C'est le cas notamment des usagers qui ont à exercer leur jugement sur l'utilisation et la consommation d'une ressource partagée et parfois rare : l'eau.

D) LE POUVOIR DE CONTROLE

La puissance (*potentia*) peut être définie comme une force matérielle et intellectuelle de conservation de soi. On peut distinguer, avec Hobbes, la « puissance matérielle », comme les facultés du corps et de l'esprit, la force, la prudence, la générosité et la « puissance instrumentale », comme les richesses, la réputation, les amis¹³. Il s'agit d'un attribut donné par la nature ou que nous acquérons. Le pouvoir (*potestas*) est ce que nous permet la puissance : pouvoir d'aller et venir sans entrave, par exemple. Le pouvoir peut être défini comme la « *possibilité pour certains individus ou groupes d'agir sur d'autres individus ou groupes*¹⁴ ». C'est une possibilité d'agir, soit directement, soit indirectement. Le pouvoir trouve sa source dans la puissance mais ne s'identifie pas à la puissance. Le pouvoir fait l'objet d'un encadrement dans tout Etat de droit ou gouvernement civil. Ce qui fait qu'une puissance importante peut se traduire par un pouvoir très limité, mais un pouvoir important ne peut exister sans une puissance importante.

Si l'encadrement des contrats de DSP donne un pouvoir relativement important, formellement, à la collectivité publique (comme la modification unilatérale du contrat, la résiliation unilatérale, le contrôle, ...), le rapport de puissance (notamment du fait de la richesse, mais aussi de la connaissance technique ou financière), et sur le long terme, la relation de pouvoir qui va en découler, n'est pas aussi avantageuse pour la collectivité publique, surtout quand on se situe dans une relation de négociation. Le pouvoir est lié à la relation à l'autre : « *Le pouvoir trouve sa source dans les lois, la hiérarchie, la force, la pression, l'appartenance à un groupe lui-même puissant ou dans l'ascendant personnel (le charisme) ou fonctionnel (l'expertise). Ce n'est pas un attribut, mais il apparaît au sein d'une*

¹³ HOBBS Thomas, *Léviathan*, 1651, Edition Gallimard, 2000, chapitre 10, p. 170.

¹⁴ CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard, *L'Acteur et le Système*, Seuil, 1977.

relation ; en négociation, le pouvoir ne vaut que s'il est perçu par la partie adverse, s'il est crédible¹⁵ ». Un pouvoir sans réelle puissance est voué à rester très limité.

Dès lors que les attributs du pouvoir, comme la capacité de gestion, la connaissance des données du service et les ressources financières, appartiennent au délégataire, comment conserver encore le pouvoir d'agir sur les déterminants du service ? Il existe un certain paradoxe à déléguer la gestion du service et en même temps à vouloir peser sur les déterminants du service et notamment son prix. Quelles possibilités d'agir reste-t-il donc à la collectivité qui a délégué la gestion du service ? Telle est la question examinée ici.

Originellement, la notion de contrôle a un sens précis, « *au sens propre, contrôle, contraction de « contre-rôle », désigne un registre tenu en double à fin de vérification ; d'où le sens figuré de surveillance¹⁶ ».* Cette définition est intéressante, car elle met l'accent sur la possibilité de tenir en double un registre, à fins de vérification, c'est-à-dire d'avoir deux fois la même information pour chacune des parties.

Plus globalement, le terme de contrôle est une « *notion à étendue variable¹⁷ ».* Il a deux sens principaux, l'un qui se rapporte à l'action faite en contrepartie de l'autonomie laissée au gestionnaire, avec deux modalités : le sens de vérifier, inspecter, surveiller, c'est le sens du contrôle d'une administration sur son cocontractant qui gère en toute autonomie un service (contrôle des DSP par exemple) et l'autre modalité étant le sens de diriger une opération effectuée par un cocontractant (contrôle d'un marché public par exemple). L'autre sens se rapporte à la maîtrise des opérations. Ce dernier sens est le sens de l'anglais « control ». Il implique « *la maîtrise des éléments essentiels de la gestion, c'est-à-dire non seulement de l'exercice des pouvoirs juridiques, mais aussi de la disposition des hommes, des biens et des capitaux¹⁸ ».*

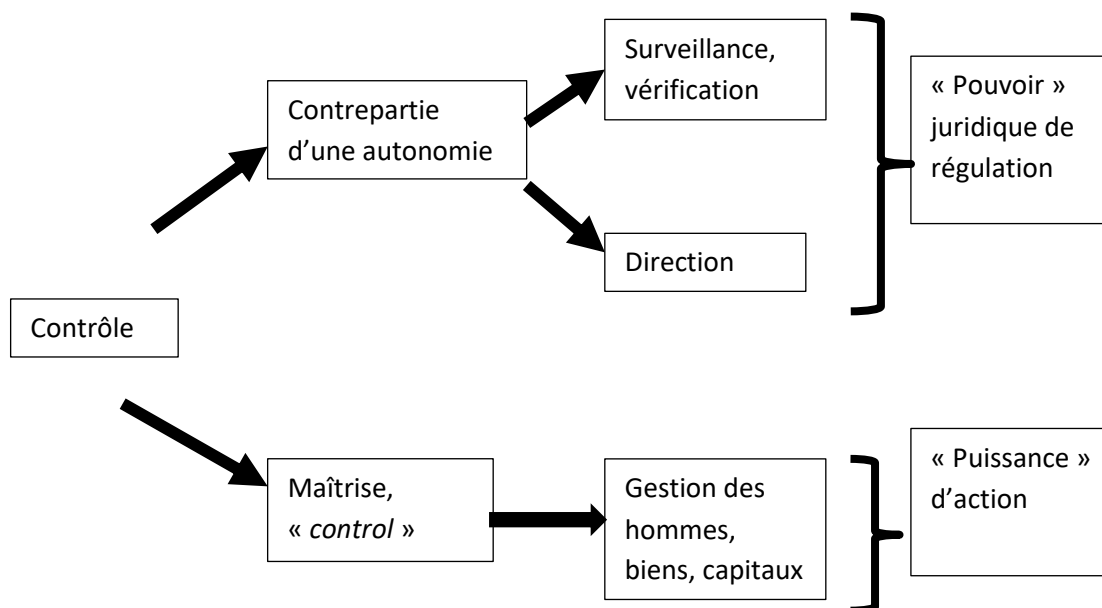
¹⁵ FAUQUERT Guillaume, *Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation – Contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable*, 2007, p. 189.

¹⁶ *Encyclopedia universalis*.

¹⁷ DUBOIS, Jean-Pierre, *Le contrôle administratif sur les établissements publics*, LGDJ, 1982, p. 32.

¹⁸ DUBOIS, Jean-Pierre, *Le contrôle administratif sur les établissements publics*, LGDJ, 1982, p. 33.

Schéma n°3 : La notion de contrôle



Le contrôle peut être conçu comme une forme de pouvoir, à condition qu'il se traduise par une puissance d'action. Le pouvoir de contrôle, entendu comme la possibilité de contrôler, n'implique pas que le contrôle se manifeste par l'exercice d'un réel pouvoir et *a fortiori* n'implique pas le contrôle comme pouvoir (« *control* »).

Les délégations de service public, ou concessions, seul terme utilisé pour l'Etat désormais, suivent le même régime juridique qu'il s'agisse de l'Etat ou des collectivités locales, les dispositions spécifiques à l'Etat contenues dans la loi « Sapin » ayant été abrogées. Compte-tenu de la répartition des compétences, nous nous intéresserons ici spécifiquement aux DSP et concessions des collectivités territoriales.

E) LES PARADOXES DU CONTROLE DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

a) Une origine confuse de la DSP

La notion de délégation de service public, à défaut de l'expression elle-même (apparue officiellement en 1992¹⁹), a d'abord existé sous la forme du contrat de « concession », de travaux d'abord puis de service. La concession est définie par le commissaire du gouvernement Chardenet comme le « *contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution d'un service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public*²⁰ ».

Avant la définition générale du contrat de concession de travaux et de service, l'action publique de gestion par des entreprises privées se faisait dans le cadre de la concession de travaux publics²¹ et non de services. La différence est notable du point de vue du contrôle de la personne publique. En effet, si la concession de travaux a un objet relativement limité : la construction d'un ouvrage et son exploitation, ce qui suppose une action de contrôle relativement simple, puisqu'il s'agit de s'assurer que l'ouvrage correspond bien à ce qui avait été demandé et que l'exploitation d'un ouvrage et son contrôle est relativement simple, il n'en est pas de même d'un service public. Celui-ci vise des objectifs de continuité, d'égalité, de mutabilité et d'accessibilité, qui nécessite une approche du contrôle beaucoup plus complexe, pour pouvoir les rendre compatibles avec la gestion privée.

La notion de concession de service public a émergé à un moment où on ne connaissait que la concession de travaux publics. Comme l'indique Xavier

¹⁹ Le terme de délégation de service public est apparu pour la première fois dans la loi n°92-125 du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la république qui dispose notamment, en son article 52 : « *Les conventions de délégation de services publics locaux qui doivent être passées par les communes et leurs établissements publics sont, à compter du 1er janvier 1993 et en application des directives communautaires qui les concernent, soumises à une obligation de publicité préalable dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat* ».

²⁰ CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. CE, p. 125, RD publ. 1916.206.

²¹ La concession de travaux est « *un contrat par lequel un entrepreneur s'engage, envers une personne administrative, à exécuter un travail public, moyennant la concession de l'exercice d'un droit de puissance publique qui est généralement le droit de lever une taxe* », HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif*, Librairie du recueil générale des lois et arrêts, 1893, p. 623.

Bezançon, « *les travaux publics dominent l'esprit juridique du siècle, et la notion de service public est mise dans l'ombre par la vague d'équipements et d'innovations technologiques qui naissent naturellement dans les concessions très classiques de travaux publics*²² ». La pratique du contrôle dans les concessions de service est donc née dans la confusion, dans le décalque du contrôle des contrats de concession de travaux dont la nature n'est pas la même que dans l'exécution d'un service public. La confusion de la notion est reconnue par le professeur Pierre Delvolvé : « *Conçue à partir du modèle de la concession de service public, comme une solution permettant de combiner les exigences du service public et la souplesse de la gestion, elle accumule désormais les contrôles et les contraintes. On ne sait pas exactement ce qu'elle est. On ne conçoit plus clairement ce qu'elle fait [...]. La notion est floue, le système incohérent*²³ ».

De plus, dans la relation entre personne publique et personne privée, la concession correspond à une stratégie d'éloignement de la sphère publique des services qui peuvent être considérés comme « industriels et commerciaux », c'est-à-dire proche du domaine d'intervention des entreprises privées. Il s'agit pour la collectivité publique d'éviter un certain nombre de risques qu'elle souhaite confier au secteur privé. Il y a d'abord le risque technique ou d'exploitation, l'entreprise privée étant considérée comme mieux armée techniquement pour réaliser le service. Puis il y a le risque économique et financier : gérer en propre des services publics suppose une mobilisation de personnels, de moyens techniques et financiers, qui supposent des engagements annuels et surtout pluriannuels lourds. Le contrat de concession est donc d'abord un moyen pour la personne publique d'éviter ces risques et de faire assurer par les entreprises privées un service dont on souhaitait se décharger. La stratégie d'évitement qui est à l'origine à la base des concessions est peu propice à une forte implication dans le contrôle des services ainsi concédés.

La constitution du service public d'eau suit celui de l'électricité, du gaz et du transport, tous services issus de la révolution industrielle de la fin du XIX^{ème} siècle. La révolution industrielle entraîne un phénomène d'urbanisation auquel il fallait trouver des solutions. L'accès à l'eau potable, puis à l'assainissement, a été un de ces défis auxquels il s'agissait de répondre. Des travaux importants ont été menés par les collectivités elles-mêmes, comme la ville de Paris, qui a réalisé des grands

²² BEZANCON Xavier, *Les services publics en France, De la révolution à la première Guerre Mondiale*, 1983, Presses de l'Ecole nationale des ponts et Chaussées, p. 59.

²³ DELVOLLE Pierre, Les contradictions de la délégation de service public, *AJDA*, 20 septembre 1996, p. 678.

travaux dès les années 1830 pour augmenter les capacités de la ville sur les captages des sources²⁴. La disponibilité de l'eau de source devenant problématique dans les villes, les collectivités publiques ont eu recours à des captages directs dans les eaux de rivières, puis à des procédés de filtration des eaux de rivière, procédés intervenus bien tardivement, en 1896 pour ce qui concerne la banlieue de Paris et 1898-1899 pour la ville de Paris²⁵.

On retrouve un autre paradoxe dans le début des concessions dans le domaine de l'eau. Les concessions étaient d'abord vues comme des moyens de faire entrer un revenu fiscal dans les caisses de la commune sans avoir à trop dépenser pour les infrastructures et la mise en place du service. Il s'agissait de mettre en place un service payant aux usagers et d'en reverser une partie à la commune par le biais de la « surtaxe » : « *Les communes déléguaient fréquemment à des entreprises privées la distribution publique de l'eau potable et, dans certains cas, le captage, l'adduction et le traitement. Ceci résulte de plusieurs cahiers des charges notamment le cahier des charges type qui est contenu dans le décret du 6 juillet 1907*²⁶ ». Le contrôle n'était donc pas au centre des préoccupations de la collectivité. Etonnamment, alors que le souci de la rémunération était largement répandu, c'est la forme de la régie intéressée qui fut le premier contrat de délégation des eaux de Paris, signé entre la ville et la Compagnie générale des eaux le 11 juillet 1860. Ce contrat transférait les équipements réalisés à la ville de Paris en contrepartie du droit d'exploiter le service pendant 50 ans, avec des charges limitées et des fortes potentialités de profits, qui se sont réalisés.

b) Les objectifs du contrôle à préciser

Le contrôle des DSP est une affaire d'administration, c'est ce qui apparaît le plus évident au juriste. Mais c'est aussi une affaire de gestion et de finances. La notion d'équilibre financier des concessions a été abordée depuis longtemps avec le souci légitime de protéger la situation financière du cocontractant de l'administration, notamment par rapport à un pouvoir de modification unilatérale du contrat. Au-delà de cette préoccupation s'est exprimé le souci de l'équité globale du contrat, exprimé

²⁴ On citera les travaux du puit artésien de Grenelle en 1858, percé à 549 mètres de profondeur, sous l'impulsion du président du conseil municipal de Paris, François Arago.

²⁵ BEZANCON Xavier, *Les services publics en France, De la révolution à la première Guerre Mondiale*, 1983, Presses de l'Ecole nationale des ponts et Chaussées, p. 113.

²⁶ BEZANCON Xavier, *Les services publics en France, De la révolution à la première Guerre Mondiale*, 1983, Presses de l'Ecole nationale des ponts et Chaussées, p. 117.

par le commissaire du gouvernement Léon Blum, dans ses conclusions sous l'arrêt du 11 mars 1910, Compagnie française des tramways : « *Il est de l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de réaliser, dans la mesure du possible, une égalité entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées... Les avantages et les charges doivent se balancer de façon à former la contrepartie des bénéfices probables et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession est impliquée, comme un calcul, l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui.* ».

Dans l'exécution des contrats de gestion de l'eau, et notamment leur modification, on observe davantage une modification concertée du contrat, du fait du délégataire, qu'une modification unilatérale de l'administration. Le principe de protection de la situation financière du cocontractant de l'administration peut suffire quand on est dans une configuration de confiance et de relative transparence entre le délégant et le délégataire. Mais quand le contrat est amené à être souvent modifié jusqu'à être déséquilibré, qu'en est-il du rétablissement de l'équilibre du contrat ? Modifier unilatéralement, en intégrant des contraintes nouvelles et non prévues est une chose, modifier de façon concertée mais avec des niveaux d'information qui peuvent être très différents entre les partenaires et des comportements opportunistes de part et d'autre, est autre chose. Le droit administratif a encadré le premier cas de figure. Il peine à encadrer le deuxième cas de figure, avec des conséquences importantes, tant par rapport au prix du service rendu que par rapport à la légalité de l'ensemble du contrat, notamment au regard du principe d'égal accès à la commande publique. Il est alors nécessaire de redéfinir ce qui peut être une « équivalence honnête » entre les partenaires.

§2. PROBLEMATIQUE DE LA REGULATION DES SERVICES D'EAU

A) UNE GESTION PRIVEE EN CONCURRENCE AVEC UNE GESTION PUBLIQUE

Si l'appel à la gestion privée pour la maintenance et l'exploitation de réseaux d'eau potable et d'assainissement est largement répandu en France depuis longtemps, ce n'est pas le cas dans tous les pays. Ainsi 85% de la population des États-Unis est desservie par de tels réseaux publics d'eau. En Allemagne, 70% des entreprises gestionnaires de l'eau potable sont publiques et 90% pour l'assainissement. On assiste d'ailleurs depuis quelques années à un retour vers l'internalisation de la

gestion de ces services, même s'il faut relativiser le mouvement de retour en régie. Le journal « Les Echos » indiquait déjà fin 2014 : « *Au cours des quinze dernières années, plus de 180 villes et collectivités de 35 pays ont repris le contrôle de leurs services d'eau, pointe un rapport publié jeudi par le Transnational Institute (TNI), l'Unité de recherches internationale sur les services publics (PSIRU) et l'Observatoire des multinationales. Ce rapport intitulé "Là pour durer : la remunicipalisation de l'eau, un phénomène global en plein essor" montre comment, malgré plus de trente ans de promotion de la privatisation et des partenariats public-privé (PPP), les élus sont de plus en plus nombreux à reprendre en main la gestion de l'eau* »²⁷. Le mouvement de « remunicipalisation » a concerné en France des villes emblématiques comme Grenoble, Paris, Rennes, Nice ou Montpellier.

La cour des comptes a publié²⁸ une analyse comparative de la gestion des services gestionnaires publics et privés de l'eau sur la métropole du Grand Paris. Elle fait les constats suivants : des prix différents (moins chers dans le cas de la gestion publique de la ville de Paris), mais qui se rapprochent, qui s'expliquent par la différence de fiscalité entre opérateurs publics et privés, les disparités en termes d'investissement sur le réseau, et la configuration du service (densité de population desservie). Elle constate une diminution de prix à l'échéance des contrats, et des rendements élevés, proches de 90%, soit 10 points au-dessus de la moyenne nationale.

La Cour réitère des observations déjà formulées lors d'enquêtes précédentes, comme la difficulté d'identifier les coûts indiqués par les opérateurs concernant les frais de siège notamment. Les frais de siège non justifiés et la rémunération propre du délégataire sont évalués à 0,10 € par m³ au syndicat des eaux d'Ile de France (SEDIF), dont le délégataire privé est le groupe VEOLIA et 0,21 € pour le syndicat de la presqu'île de Gennevilliers (délégataire privé : SUEZ). La régie de Paris (opérateur public) supporte également des coûts qui ne sont pas réellement justifiés, comme des redevances d'occupation du domaine de la ville de Paris. Le montant pour la régie des eaux de Paris s'élève à 0,07 €/m³.

²⁷ sur https://www.lesechos.fr/27/11/2014/lesechos.fr/0203970599990_gestion-de-l-eau---le-secteur-public-gagne-du-terrain.htm#Ch5uOlipMjDsVTwH.99. Les Echos du 27 novembre 2014.

²⁸ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2018*, « L'alimentation en eau potable de la métropole du Grand Paris : une nouvelle stratégie pour de nouveaux enjeux ». La documentation française, 2018, p. 441-496.

Le rapport relève un problème général de la gouvernance de l'eau. Si la Cour note que la cohérence entre la gestion du petit cycle de l'eau (production, distribution et assainissement) et la gestion du grand cycle (protection de la ressource, prévention des inondations – « GEMAPI ») a été accrue dans les autres régions de France, grâce notamment à la loi du 27 janvier 2014 confiant le grand cycle de l'eau aux métropoles et intercommunalités à fiscalité propre, la situation du Grand Paris est différente, puisque 12 établissements publics territoriaux *sui generis* ont été créés et détiennent la compétence du petit cycle alors que c'est la métropole qui a la compétence du grand cycle. On observe qu'avec les agences de l'eau compétentes également sur le grand cycle de l'eau, la situation devient, sur la métropole du Grand Paris encore plus confuse.

La Cour préconise une mutualisation de la compétence de la gestion de l'eau, comme cela se fait dans les grandes métropoles comme Tokyo, New-York ou Londres, qui permettrait des gains de productivité sur les équipements et de réduire les surcapacités de production dans un contexte de diminution durable de la consommation liée à la désindustrialisation notamment.

Il est intéressant de noter que les opérateurs privés, dans leurs réponses aux observations des juridictions financières, défendent la pertinence du modèle de la délégation ainsi que de la gestion plus localisée des services d'eau. Le groupe SUEZ nuance ainsi fortement l'opportunité de la mutualisation de la compétence, préférant mettre en avant l'adaptabilité, la proximité d'une gestion moins centralisée. Le groupe VEOLIA rappelle l'importance de la rémunération liée à la performance et l'utilité de l'incitation du délégataire à atteindre ses objectifs. Il rappelle les risques réels et significatifs pris par le délégataire. Le groupe VEOLIA rappelle les dispositions de la « négociation triennale » et insiste sur le fait que « *la procédure ne peut donc avoir pour finalité de revoir la rémunération du délégataire pour le seul motif que selon telle ou telle analyse, elle serait jugée excessive alors que conforme au contrat* ». L'objectif de cette renégociation est de « *tenir compte des changements dans les conditions de fonctionnement du service*²⁹ ». Le groupe VEOLIA rappelle également l'importance de la recherche et du développement dans les grands groupes, qui leur permettent d'avoir une expertise unanimement reconnue.

²⁹ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2018*, p. 494.

D'un point de vue de la gouvernance de la cité, de la santé, la question d'un contrôle de ces services par les autorités publiques paraît évident. D'un point de vue économique, l'importance du capital nécessaire, la présence d'actifs très spécifiques, l'existence de « monopole naturel » pousseraient à l'internalisation des services d'eau. Il faut aussi reconnaître le rôle important qu'a joué la concession dans l'histoire économique de la France, et comme l'indique Xavier Bezançon, « *l'histoire de la révolution industrielle française du XIX^{ème} siècle repose largement sur les processus de délégation de travaux publics*³⁰ » et qu'elle joue encore dans la modernisation des infrastructures nationales. On peut dès lors se demander si le modèle de la DSP, ou du moins du partenariat entre public et privé sous la forme concessive, ne nécessite pas la mise en place d'une régulation des autorités publiques afin de redonner au modèle de la DSP toute sa pertinence, permettant notamment une réduction des coûts de transaction. C'est sur la définition des modalités de cette régulation que porte cette recherche.

B) LA DIRECTIVE CONCESSION ET L'EXCLUSION DU SECTEUR DE L'EAU

Un contexte d'exclusion très particulier : le débat gestion publique / gestion privée

La directive concession prévoyait d'inclure le secteur de l'eau. Ainsi que le disait Michel Barnier le 12 septembre 2012 : « *s'agissant du champ d'application de la directive, que ce soit parfaitement clair aussi : pour la Commission, nous ne sommes pas dans un exercice sectoriel. Nous tiendrons compte de lois spécifiques ou de droits exclusifs là où ils existent déjà mais par ailleurs nous voulons un cadre simple, pour une application horizontale*³¹ ». Mais à ce moment, une lutte a été menée dans différents Etats et en particulier en Allemagne, dont le système de gestion est basé sur des sociétés publiques, les *Stadtwerke*, qui fonctionnent comme des quasi-régies, dans le but de défendre la gestion publique de l'eau potable. L'exclusion du secteur de l'eau de la directive concession s'est faite également dans un contexte idéologiquement marqué par la pression d'une partie du secteur associatif qui défend l'idée d'un droit à l'eau garanti, d'un accès universel, et d'une exclusion du secteur de l'eau de la libéralisation. Ce lobbying s'est finalement traduit par une pétition mise en place dans le cadre de l'article 11 § 14 du Traité sur

³⁰ BEZANCON, Xavier, *Les services publics en France, De la révolution à la première Guerre Mondiale*, 1983, Presses de l'Ecole nationale des ponts et Chaussées, p. 38.

³¹ Michel Barnier, cité par PACHEN-LEFEVRE Marie-Hélène, HAOUAS Ilhem, *Concessions exclues du champ d'application de la directive*, *Contrats publics* n°141, mars 2014.

le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui a recueilli 1,6 millions de signatures. Les idées défendues par les associations à l'origine de cette pétition font valoir que l'eau n'est pas une marchandise et que la gestion de l'eau doit être « *publique, démocratique et transparente*³² ». La concession étant perçue comme une libéralisation, la réponse a été d'exclure le secteur du périmètre de la directive concession.

On aboutit au paradoxe que le secteur où la concession est le plus largement répandu, le secteur de l'eau, est exclu du champ de la directive concession. Les conséquences juridiques en France ne sont pas majeures sur la passation dans la mesure où l'arsenal juridique national est assez complet, par rapport aux mesures prises dans la directive. Cependant, certaines avancées dans le domaine de la transparence auraient été certainement intéressantes, ce qui est paradoxal au regard de l'objectif poursuivi d'une gestion transparente de l'accès à l'eau.

De leur côté, les entreprises du secteur de l'eau étaient plutôt favorables à une directive concession, avec deux préoccupations principales, celle d'assouplir et de sécuriser la régulation des concessions en France d'une part et celle de pouvoir mieux exporter ce modèle de contrat en Europe par la reconnaissance du contrat de concession dans le droit européen.

La motivation particulièrement mal justifiée affaiblit la régularité juridique des exclusions

L'exclusion du secteur de l'eau est ainsi justifiée : « *Les concessions dans le secteur de l'eau sont souvent soumises à des arrangements spécifiques et complexes qui doivent faire l'objet d'une attention particulière, compte tenu de l'importance de l'eau en tant que bien public revêtant une importance fondamentale pour l'ensemble des citoyens de l'Union. Les caractéristiques particulières de ces arrangements justifient d'exclure le secteur de l'eau du champ d'application de la présente directive*³³ ».

Il n'est absolument rien dit sur la nature des « *caractéristiques particulières de ces arrangements* » et le rapport avec la notion de bien public est tout sauf clair. On

³² « Charte des porteurs d'eau », « Les porteurs d'eau » est un mouvement international porté en France par la fondation France-libertés.

³³ Considérant n°40 de la directive n°2014/23 du 26 février 2014.

peut se demander avec le professeur Laurent Richer³⁴, en quoi la complexité et la spécificité de ces arrangements seraient liées au mode de gestion en concession ou à la notion de bien public. Ce manque de clarté des motivations serait susceptible d'entacher la validité même de l'exclusion posée par la directive selon Laurent Richer.

Les débats sur la passation des concessions

La transposition de la directive ne change pas radicalement les règles de passation des DSP, issues de la « loi Sapin », mais ce sont désormais les règles de l'ordonnance de transposition de la directive et de son décret d'application qui régissent l'ensemble du droit applicable aux concessions et donc aux contrats de DSP, le législateur ayant choisi de refondre les anciennes règles dans le dispositif général applicable à tous les secteurs.

Les nouvelles règles, non applicables au secteur de l'eau, opèrent quelques changements à la marge, comme la définition plus précise des critères et leur hiérarchisation, la reconnaissance des enjeux environnementaux, sociaux et d'innovation dans le choix des candidats. On retrouve ici la volonté de mélanger les objectifs d'efficacité de la commande publique avec d'autres objectifs de politique publique, mélange qui n'est pas forcément heureux, avec le risque qu'aucun des objectifs ne soit atteint³⁵.

Les débats sur l'équilibre nouveau défini dans l'exécution des concessions

Même s'ils ne concernent pas le secteur de l'eau, de nombreux points ont fait débat au moment de la négociation de la directive et après, au moment de sa transposition en droit national. Parmi ces débats, celui des avenants ou modifications³⁶ au contrat retiennent particulièrement l'attention.

³⁴ « Une anomalie de la directive 2014/23 sur l'attribution des concessions: l'exclusion de l'eau », RICHER Laurent, juin 2016, in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Marcou*, Les éditions de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, mai 2008, p. 579-592.

³⁵ L'avis du CAE est très tranché sur la question : « Assigner des objectifs environnementaux et sociaux à la commande publique est inefficace », in Congrès de la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies de juin 2016.

³⁶ L'article 140 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics a supprimé le terme d'avenant pour le remplacer par celui de « modification ». On constate cependant que le terme d'avenant persiste dans d'autres références, comme à l'article L. 1414-4 du CGCT. En outre, pour les marchés signés avant le 1^{er} mars 2016, il reste encore légitime de parler d'avenant.

La modification du contrat fait l'objet d'un équilibre nouveau. En premier lieu, le titulaire d'un contrat de plus de 5 ans devra justifier de la réalisation d'investissement et de la nécessité d'une durée supérieure à 5 ans pour l'amortissement des installations. Cela ne change pas la règle générale sur la durée des concessions, avec le principe de la limitation et de la détermination de la durée « *en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés* » (article 34 de l'ordonnance).

En deuxième lieu, une nouvelle limite est instaurée pour la passation d'avenants. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance et du décret, c'était la notion de « *modification d'éléments substantiels du contrat* », dont la jurisprudence a fixé les contours, qui permettait de considérer un avenant comme régulier ou irrégulier. Désormais, l'ordonnance, en son article 55, introduit la notion de « *changement de la nature globale du contrat de concession* ». Cette notion paraît plus souple et plus floue. Enfin la prolongation de la durée du contrat d'un an pour motif d'intérêt général est supprimée pour les contrats de moins de 10 ans.

Il y a donc un nouvel équilibre entre une durée peut être plus courte ou en tout cas, si elle est plus longue, justifiée par des investissements, et une certaine souplesse dans la possibilité de renégocier les contrats. On remarque que les propositions initiales de la directive concession étaient très réservées sur les possibilités d'avenant et mettait une quasi-interdiction à leur modification. Le résultat final est très éloigné puisque les possibilités d'avenant peuvent aller jusqu'à 50% du montant du contrat initial. Ce taux est très important, et supérieur aux recommandations qui avaient été faites par les rapporteurs du Conseil d'analyse économique³⁷. Ainsi que l'indique le professeur Stéphane Saussier, « *ce taux introduit de l'insécurité*³⁸ », mais il oblige à se forger de vraies compétences de négociation, sachant que tout contrat complexe de long terme se renégocie. Il ajoute une idée fondamentale : « *Face à cette large possibilité de renégocier les contrats, le seul moyen de protéger les citoyens et parties prenantes est la transparence : disposer d'informations fiables sur les renégociations et leurs résultats est primordial* ».

³⁷ SAUSSIÉ Stéphanie et TIROLE Jean, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Notes du conseil d'analyse économique*, 2015/3 (n° 22), p. 1-12.

³⁸ Cf. Congrès de la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies de juin 2016.

Dans le domaine de l'eau on reste dans le *statu quo*, avec une complexité accrue du dispositif général, puisque selon le secteur d'activité, la sécurité juridique sur tel ou tel point du contrat, comme les avenants, ou l'indemnisation du cocontractant en cas de résiliation du contrat, sera modulée.

La question de l'évaluation préalable des concessions s'est aussi posée. Certains, comme la direction des affaires juridiques du ministère des Finances, étaient favorables à cette l'évaluation préalable. Les projets d'ordonnance et de décret initiaux, visant à transposer la directive, avaient évoqué l'obligation de soumettre les autorités concédantes à une évaluation préalable, comme c'est le cas pour certains marchés et pour les contrats de partenariat. Cette proposition n'a pas été retenue pour la rédaction finale des textes de transpositions. Les autorités concédantes s'étaient, en revanche, élevées contre cette obligation³⁹.

On précisera également les termes de délégation et de concession. L'article 38 de la « loi Sapin⁴⁰ » qui disposait qu'« *une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public [...]* » a été abrogé par l'ordonnance du 29 janvier 2016. Il a été remplacé par le nouvel article L. 1411-1 du CGCT : « *Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession* ». Pour les collectivités territoriales, le contrat de DSP fait partie de la catégorie juridique des concessions de services, mais conserve, pour un temps encore incertain, sa spécificité. Pour l'Etat en revanche, la terminologie a disparu.

C) L'IMPACT DE LA REFORME TERRITORIALE SUR LA REGULATION

On assiste à une réforme en profondeur du cadre législatif de la gouvernance des services d'eau et d'assainissement. Les lois MAPTAM du 27 janvier 2014 et NOTRe du 7 août 2015 opèrent une redistribution des compétences et des outils des services d'eau. Les questions patrimoniales et financières occupent ainsi et vont encore occuper une place importante dans les transferts entre collectivités. Les négociations, ainsi que des litiges, sont déjà nombreux.

³⁹ Cf. Congrès de la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies de juin 2016.

⁴⁰ Codifié notamment à l'article L. 1411-1 du CGCT.

La gestion de l'eau reste un enjeu politique fort, comme le montrent les discussions au parlement entre le Sénat et l'Assemblée nationale à l'occasion de la question du transfert de compétence de l'échelon communal vers l'échelon intercommunal et plus précisément vers les agglomérations à l'occasion des rapports déposés par François Bonhomme début 2018. L'objectif principal du Sénat, dans la proposition de loi initiale, était de maintenir la compétence de l'eau et de l'assainissement parmi les compétences optionnelles des communautés de communes et d'agglomération, plutôt que d'en faire des compétences obligatoires à compter de 2020, comme le prévoit la loi NOTRe.

Aux termes de nombreux débats et d'échanges entre les deux assemblées, aux cours desquels les assemblées ne sont pas parvenues à un accord, la proposition de loi n°643⁴¹ a été adoptée par l'Assemblée nationale le 5 juillet 2018. Elle maintient le principe de la compétence obligatoire des EPCI cités, et donc du transfert obligatoire de cette compétence pour les communes qui ne l'ont pas encore fait. Elle décale cependant, et uniquement pour les communautés de communes, la date d'entrée en vigueur de ce transfert au 1^{er} janvier 2026, sous certaines conditions : une délibération prise avant le 1^{er} juillet 2019 et un nombre représentatif de commune au sein de l'EPCI, représentant 25% des communes et 20% de la population.

Ces débats ne sont pas exempts d'un certain nombre de paradoxes. Le rapport reproche aux EPCI à fiscalité propre de ne pas avoir un périmètre adapté à celui des services d'eau⁴² mais celui des communes est encore plus réduit, notamment quand les politiques de préservations de la ressource sont conduites à l'échelle des bassins versants, sur des périmètres très larges. Certaines préoccupations paraissent légitimes, comme le risque de perte de compétence au niveau des équipes municipales, mais là aussi, il y a un certain paradoxe à mettre en valeur les compétences et la technicité locale et à ne pas regrouper les services pour monter en compétence, notamment face aux sociétés délégataires ou aux régies bien organisées.

Parallèlement aux compétences des collectivités locales, l'Etat accentue le volet stratégique des plans d'actions opérationnels territorialisés (PAOT), qui déclinent au niveau du département les programmes de mesures élaborés au niveau des

⁴¹ Cf. Rapport n°675 fait au nom de la commission des lois, par François Bonhomme, sénateur.

⁴² Rapport n°675 fait au nom de la commission des lois, par François Bonhomme, sénateur, p. 10.

bassins par les agences de l'eau. Le résultat attendu est de parvenir à atteindre les objectifs de la directive cadre sur l'eau⁴³, sur la qualité des milieux aquatiques, alors que le délai prescrit est, pour nombre de milieux, largement dépassé.

§3. LA METHODE DE LA RECHERCHE

Le travail de la recherche s'est basé sur différentes sources.

Nous nous sommes appuyés sur les travaux d'analyse juridique, de réflexion, d'enquête relatifs aux contrats de la commande publique, que ces travaux aient une dimension historique, juridique ou économique et économétrique.

Nous avons sollicité la réglementation et la jurisprudence, avec l'appui des débats législatifs, les commentaires de la doctrine et les conclusions des rapporteurs publics.

Nous avons procédé à des audits d'organismes gestionnaires des services publics d'eau et d'assainissement. Nous avons réalisé entre 2012 et 2017 une enquête sur les collectivités publiques et les entités privées de la Caraïbe française : Guadeloupe, Martinique, Saint-Martin, Saint-Barthélemy. Cette enquête englobe 32 études particulières réalisées dans le cadre de la chambre régionale et territoriale des comptes des Antilles-Guyane.

Nous avons mené une étude comparative des contrats de DSP : cinq contrats sur le périmètre des Antilles et trois contrats-type au niveau national. Les cinq contrats d'eau potable couvrent la grande majorité des communes de Martinique et de Guadeloupe en prenant pour grille de lecture l'analyse de la répartition des risques et leur évolution dans le temps.

Nous avons procédé à une étude, à un niveau national, de l'ensemble des avis rendus sur les DSP par les chambres régionales des comptes. L'objectif était de confirmer ou non les observations que nous avons faite dans la région Caraïbe. Nous avons choisi de répertorier et d'analyser les avis rendus par les juridictions financières sur les contrats de DSP dans le domaine de l'eau, avis rendus selon les dispositions de l'article L. 211-8 du code des juridictions financières. Les CRTC ont rendu 25 avis

⁴³ Directive 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau

sur des conventions relatives au domaine de l'eau depuis le milieu des années 1990 (1993 à 2012). Nous en avons exploité 40, soit tous, à l'exception de ceux qui ne traitaient que de question d'irrecevabilité ou d'incompétence.

Nous avons mené des entretiens avec des exploitants (Compagnie générale des eaux, Lyonnaise des eaux, régie des eaux de Paris, régie de l'agglomération de Fort-de-France « Odyssi ») et avec les collectivités délégantes.

§4. LE PLAN PROPOSE

Nous proposons d'examiner le sujet en développant dans une première partie une analyse théorique relative aux compétences et pouvoirs dans les délégations de service public d'eau (Partie I) aux termes de laquelle nous observons l'affirmation d'un pouvoir de l'administration (Titre I) qui s'exprime surtout à travers le contrôle administratif du service, mais également d'une inversion de ce pouvoir (Titre II) dès lors que nous sommes dans la gestion du service, dans l'exécution du contrat, ce qui nous amène à élargir le concept de contrôle à celui de régulation.

Dans une seconde partie, nous abordons la quête d'une régulation (Partie II), en examinant ses objectifs (Titre III), ses instruments, comme la valorisation du contrat (Titre IV) et la négociation (Titre V), puis son institutionnalisation à travers une autorité (Titre VI).

PARTIE I : COMPETENCES ET POUVOIRS DANS LA DELEGATION DES SERVICES PUBLICS D'EAU

L'analyse des fondements juridiques du contrôle nous indique qu'il y a, dans tout contrat destiné à la gestion d'un service public, l'affirmation d'un pouvoir de contrôle (Titre I) car ce qui est délégué c'est la gestion du service et non le service lui-même, dont les règles d'égal accès, de continuité et de mutabilité doivent être garanties par la personne publique. Les finalités du droit à l'eau justifient cette responsabilité publique.

Cependant la structuration de la gouvernance de l'eau, qui place face à des collectivités nombreuses une organisation oligopolistique du service, aboutit à nous montrer une inversion de ce pouvoir (Titre II). L'analyse des déterminants économiques et juridiques des contrats de DSP semble bien confirmer cette situation.

TITRE 1 : L’AFFIRMATION D’UN POUVOIR

Introduction du titre 1

L’étude de la DSP conduit à définir ce que peut représenter un « pouvoir de contrôle », dans le cadre d’une délégation de service public qui fait intervenir plusieurs acteurs en situation de partenariat, et à analyser les finalités poursuivies par le contrôle. Le contrôle d’un service public semble comporter deux dimensions qui sont d’une part l’administration du service, c’est-à-dire la définition des règles d’accès au service, des conditions générales de son fonctionnement, les normes à respecter, et d’autre part la gestion du service qui a pour objectif de rendre le service en consommant le moins de ressources possibles, notamment financières.

Il importe de définir dans un premier temps le pouvoir de contrôle, son positionnement juridique et son positionnement dans la relation partenariale. La seconde partie du Titre I est consacrée aux finalités qui doivent être celles du contrôle dans le cadre du service public de l’eau.

1.1. LES FONDEMENTS THEORIQUES DU POUVOIR DE CONTROLE

Contrôler un service public nous semble relever de deux activités complémentaires. En premier lieu il s'agit d'atteindre les objectifs qui justifient l'existence du service public lui-même, comme par exemple la distribution en tous lieux et à toutes heures d'eau potable de bonne qualité. Cependant la mise en place d'un service et son exploitation nécessitent des ressources limitées qu'il faut mobiliser sur la durée. Il faut donc être attentif à l'économie du service.

C'est en ce sens que nous parlerons d'une part d'un contrôle administratif du service et d'autre part d'un contrôle managérial du service. Les objectifs s'imposent, mais la ressource se gère. Cela reflète la double nature des services publics qui justifie le terme de « convention » : à la fois réglementation et contrat.

1.1.1. LE CONTROLE « ADMINISTRATIF » DU SERVICE

1.1.1.1. LE CONTROLE COMME MARQUEUR DU CONTRAT DE DROIT PUBLIC

Le contrôle apparaît comme un des éléments identificateurs du contrat administratif en raison de son caractère exorbitant du droit commun des contrats. La clause de contrôle est en effet qualifiée le plus souvent de clause exorbitante⁴⁴. Il en est ainsi quand l'administration contrôle les stocks de production agricole⁴⁵, contrôle le résultat financier de son co-contractant⁴⁶ ou encore quand le contrat prévoit que le co-contractant s'engage à délivrer des documents, comptables notamment, à l'administration⁴⁷.

Cependant, ce n'est pas tant la clause de contrôle elle-même qui caractérise le contrat administratif, que la place du contrôle dans l'économie générale du contrat. Ce n'est que quand le pouvoir de contrôle s'insère dans un ensemble de stipulations qui peuvent être considérées comme exceptionnelles que le contrat sera regardé

⁴⁴ ROBLOT-TROIZIER Hélène, « Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA*, 2007, p. 990.

⁴⁵ CE, sect. 10 mai 1963, *Société coopérative agricole de production « la Prospérité fermière »*, n°54141.

⁴⁶ CE, Ass., 26 février 1965, *Société du vélodrome du Parc des Princes*, n°65549.

⁴⁷ Tribunal des Conflits, 22 juin 1998, *Agent judiciaire du Trésor c/ Miglierina*, n°03003.

comme administratif et non du seul fait de l'existence d'un pouvoir de contrôle, qui peut exister dans les contrats de droit commun. C'est dans les cas où l'existence des clauses du contrat marque la volonté de la puissance publique d'exercer un pouvoir exorbitant sur son cocontractant que l'on peut parler du contrôle comme marqueur du contrat de droit public.

Dans les contrats administratifs en général, et les délégations de service public en particulier, le contrat lui-même organise le contrôle, par des dispositions particulières souvent regroupées en un chapitre spécifique intitulé « le contrôle du délégataire ». Mais si le contrat organise le contrôle, il n'en est pas le fondement. En effet, le fondement du contrôle se trouve dans la responsabilité que détient l'administration du fait du service public dont elle a la charge. C'est le sens que donne Léon Blum à l'attitude qui doit être celle de l'administration vis-à-vis du service quand il indique que « *l'Etat reste garant de l'exécution du service vis-à-vis de l'universalité des citoyens (...) L'Etat ne peut se désintéresser du service public de transport une fois concédé (...) [car il] est concédé, sans doute, mais il n'en demeure pas moins un service public*⁴⁸ ». Le contrôle est alors autant un droit qu'un devoir de l'administration. L'administration doit vérifier que le service fonctionne correctement mais aussi qu'il est géré conformément aux intérêts financiers de l'usager du service et de l'administration.

Pour la doctrine, c'est l'objet du contrat, c'est-à-dire l'exécution d'un service public, qui fonde le contrôle de l'administration et non les stipulations du contrat. Même en l'absence de dispositions contractuelles, l'administration a le droit et le devoir d'exercer son contrôle sur le service. Cette obligation de contrôle est renforcée par l'affirmation du principe de loyauté contractuelle dans les contrats publics, depuis l'arrêt « Béziers I⁴⁹ ».

1.1.1.2. UN CONTROLE INITIALEMENT CONÇU COMME « ADMINISTRATIF »

Une délégation de service public est, comme le rappelle également le professeur Gérard Marcou, plus une délégation de la gestion du service qu'une délégation du

⁴⁸ Léon Blum, Conclusions, CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des Tramways*, n°16178.

⁴⁹ CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n°304802.

service proprement dit⁵⁰. Le service lui-même reste *in fine* contrôlé par la collectivité publique. Le contrôle porterait donc sur le service public, dans sa configuration générale, l'atteinte de ses objectifs, sa gestion étant déléguée et donc exclue du périmètre de la responsabilité de la collectivité publique. Et on constate en effet que les outils juridiques mis à disposition de la collectivité sont des outils conçus pour lui permettre de contrôler le service et non de contrôler la gestion du service.

L'administration peut exercer deux types de contrôle : un contrôle « souple », par la négociation, l'ajustement du contrat aux circonstances ou bien un contrôle « dur », qui se manifeste par la décision unilatérale (modification, résiliation). Ces deux formes de contrôle ont deux objectifs différents : l'un a pour objectif une bonne gestion du service, l'autre a pour objectif sa sauvegarde. La question de la bonne gestion du service est la question qui se pose dans les conditions normales de déroulement du service. La question de la sauvegarde du service se pose dans des conditions exceptionnelles. On observera que la collectivité tend à disposer d'outils de contrôle du service essentiellement dans des circonstances exceptionnelles.

Cela nous amène à faire une distinction entre « l'administration » du service, qui recouvre tout ce qui relève de l'accès au service, de l'orientation générale du service (extension à d'autres usagers, etc.), c'est-à-dire la définition des conditions générales de l'accès et du fonctionnement du service, et la « gestion » du service, c'est-à-dire les conditions techniques et économiques de son fonctionnement. Autant la première activité est entièrement soumise au droit administratif, autant la deuxième combine le droit administratif, pour ce qui est des relations avec l'administration cocontractante et le droit privé, pour ce qui est des relations avec les usagers⁵¹ et les autres tiers.

Dans « l'administration » du service il y a inégalité au profit de la personne publique, inégalité compensée par les différentes théories jurisprudentielles

⁵⁰MARCOU Gérard, L'expérience française de financement privé des infrastructures et des équipements, in *Annuaire des collectivités locales*. Tome 19, 1999.

⁵¹Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Romieu (CE, 6 février 1903, *Terrier*, rec. 94) indiquait que dans certains cas « *on se trouve en présence d'un service public fonctionnant avec ses règles propres et son caractère administratif* » dans d'autres cas, *on se retrouve « en face d'actes, tout en intéressant la communauté, empruntent la forme de gestion privée et entendent se maintenir exclusivement sur le terrain des rapports de particulier à particulier, dans des conditions de droit privé »*.

(imprévision, fait du prince, force majeure), en raison du fait que l'administration du service a des conséquences économiques. Dans la « gestion » du service il y a inégalité au profit de la personne privée, en raison du fait que le contrôle de la gestion procède du savoir technique et économique sur le service qui induit les décisions de gestion. Le contrôle de la gestion du service est le fait du délégataire, en raison de son savoir sur le service, et du fait que le pouvoir de contrôle dépend étroitement du savoir dont on dispose.

La composition du prix du service reflète cet équilibre des champs de compétences des partenaires au contrat. Une partie du prix revient à l'administration du service : la surtaxe, qui est reversée à l'administration (collectivité publique) et une partie du prix revient à la gestion du service : la part du délégataire, du fermier. Le prix intègre une troisième composante qui est liée à l'administration du service, non à l'administration locale, mais à l'administration plus générale de la ressource nécessaire au service : c'est la taxe « agence de l'eau⁵² ».

Comme le prix est un tout et qu'il conditionne dans une certaine mesure l'accès au service et qu'il est largement lié aux conditions techniques et économiques de l'exécution du service qui relèvent de la gestion par le délégataire, on en déduit que ce dernier a aussi une responsabilité dans le fonctionnement général du service. Quand, il y a de cela plusieurs dizaines d'années, la question du prix était secondaire, c'est-à-dire quand les prix étaient suffisamment bas pour ne pas engendrer de contestation, la question du contrôle et de la régulation des prix et du service en général ne se posait pas. A partir du moment où les prix ont augmenté et sont devenus un élément essentiel de l'accès et du fonctionnement du service, alors la question de l'administration du service, et du contrôle en général, s'est posée. Il faut alors se poser la question du contrôle (et des outils de contrôle) non seulement de l'administration du service mais aussi de la gestion du service, la question du contrôle « managérial » du service.

1.1.1.3. LES FORMES DU POUVOIR DE CONTROLE

Le contrôle de l'administration sur son cocontractant peut prendre différentes formes, que l'on peut retrouver d'ailleurs dans le même contrat, quand il s'agit de contrat complexe comme les DSP.

⁵² Ou office de l'eau aux Antilles, à la Réunion et en Guyane.

Le contrôle comme tutelle, un pouvoir proscrit dans la relation contractuelle

Certains actes sont caractéristiques du pouvoir de tutelle, comme l'approbation préalable et obligatoire des actes de l'entité contrôlée, ou encore la substitution de l'autorité de tutelle à l'entité contrôlée dans certaines circonstances. D'autres actes, comme la nomination des dirigeants, leur révocation, la possibilité d'annuler directement les actes de l'entité contrôlée, définissent également un pouvoir de tutelle

Ce type de pouvoir apparaît, dans son aspect général, incompatible avec la relation contractuelle. C'est le sens des conclusions du commissaire du gouvernement Josse dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 18 juillet 1930, Compagnie du chemin de fer, PLM et autres. *« Si [le ministre des travaux publics] peut certainement exiger des compagnies qu'elles lui communiquent tous marchés, même tous projets de contrat ; mais ce droit de communication reconnu [...] on ne peut pas en faire découler un droit de tutelle, un droit d'approbation [...]. L'approbation des marchés par une autorité étrangère aux compagnies aboutit – qu'on le veuille ou non – à substituer en fait [à la concession] une régie plus ou moins déguisée ».*

Le contrôle comme direction : un pouvoir en dehors du périmètre du contrat de DSP

La notion de maîtrise d'ouvrage fait émerger une autre conception du pouvoir de contrôle : celle d'un pouvoir de contrôle entendu comme pouvoir de direction. La loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée a défini précisément la notion de maître d'ouvrage ainsi que ses attributions spécifiques. L'article 2-I de la loi affirme la position particulière du maître d'ouvrage, gardien de l'intérêt général, le définissant ainsi : *« Le maître de l'ouvrage est la personne morale [...] pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre ».* Le pouvoir du maître d'ouvrage est un pouvoir de programmation, de direction et de contrôle. Il peut recourir à un maître d'œuvre pour apporter la réponse architecturale, technique et économique qui corresponde au programme qu'il a défini. Il doit préparer le choix de l'entreprise, approuver les documents que lui remet le maître d'œuvre, il doit assurer la gestion des contrats (de maîtrise d'œuvre et de travaux), suivre l'exécution des travaux et réceptionner l'ouvrage. Le pouvoir de direction autorise

le maître de l'ouvrage à fixer les modalités d'exécution du contrat. Cependant il ne l'autorise pas à intervenir dans l'exécution même de l'ouvrage⁵³. Le pouvoir de direction et de prescription trouve sa limite dans le fait qu'il ne saurait transformer le contrat d'entreprise en contrat de travail. Le cocontractant doit conserver une capacité d'initiative qui n'existe plus s'il est un simple salarié du maître d'ouvrage.

Ce type de pouvoir de contrôle est associé à la position de maître d'ouvrage. C'est le type de contrôle que l'on trouve dans les marchés publics mais également dans tous les contrats d'entreprise, et donc non spécifiquement dans les contrats publics. Ce n'est pas la nature publique ou privée du contrat qui est à l'origine du pouvoir de contrôle, mais bien un positionnement particulier de chacun des deux partenaires, en tant que maître d'ouvrage et prestataire. C'est l'idée défendue par le professeur François Llorens : c'est la nature de contrat d'entreprise qui conditionne le pouvoir de contrôle et de direction que détient le maître de l'ouvrage. Le défaut de contrôle par le maître ouvrage entraîne la mise en jeu de sa responsabilité et l'atténuation de la responsabilité contractuelle de l'entreprise en cas de litige⁵⁴.

Dans le cas des services d'eau ce type de pouvoir de contrôle existe, non pas dans le contrat de DSP lui-même, mais dans le rapport des entreprises au maître d'ouvrage à l'occasion des travaux qui sont menés, soit par la collectivité dans le cadre des travaux d'extension ou de renforcement des capacités du service, soit par l'entreprise délégataire, dans le cadre des travaux d'entretien ou de renouvellement, dans le cas d'un contrat d'affermage. Dans le cadre de la maîtrise d'ouvrage, la collectivité, ou l'entreprise gestionnaire du service est, vis-à-vis des entreprises de travaux, dans une situation de pouvoir de direction, de décision unilatérale⁵⁵.

Ce pouvoir de direction, découlant du positionnement en tant que maître d'ouvrage est toujours partagé entre les deux parties au contrat de DSP, sans concerner pour autant la relation entre les deux partenaires. Plus la partie des travaux qui incombe à la personne publique est importante, plus ce type de contrôle aura l'occasion de s'exercer pour la personne publique, plus la partie consacrée aux travaux qui incombe au délégataire est importante, plus ce type de pouvoir de contrôle sera exercé par le délégataire, mais ce type de contrôle n'existe pas entre le délégant et le délégataire eux-mêmes. Il peut arriver que le délégataire soit aussi le prestataire

⁵³ CE 28 octobre 1977, *Martin, Lebon*, p. 407.

⁵⁴ CAA, Paris 31 décembre 2003, *société Start informatique*, n° 99PA03950.

⁵⁵ CE, 25 février 1994, *SOFAP-Marignan*, n°144641.

pour la réalisation de travaux pour le compte de la collectivité, dans ce cas, la collectivité détient un pouvoir de direction sur l'entreprise, non en tant que délégataire, mais en tant que simple prestataire. Ainsi que l'indique le professeur Christophe Guettier, « si, dans un marché de travaux publics on conçoit que l'administration puisse effectivement exercer un tel pouvoir de direction en liaison avec sa situation de maître de l'ouvrage (mais à condition de ne pas délivrer des prescriptions abusives), en revanche, dans le cadre d'une concession de service public, il est nécessaire de concilier un tel pouvoir avec le principe que la gestion du service public est d'abord l'affaire du concessionnaire⁵⁶ ».

On fera remarquer que dans le cadre d'un marché de service pour la gestion d'un service d'eau et d'assainissement, et non plus d'un contrat de DSP, ce type de pouvoir de contrôle est susceptible de ressurgir dans les relations avec le prestataire. On peut donc établir que le pouvoir de contrôle comme pouvoir de direction existe bien dans le cadre des services d'eau mais dans la mesure où la collectivité publique est maître d'ouvrage de travaux. Le contrat strict de DSP échappe à ce type de pouvoir de contrôle.

Le contrôle comme surveillance : un pouvoir au cœur du contrat, ou une simple prérogative ?

Hormis la direction des travaux dans certains cas, que la collectivité va exercer, elle ne dispose pas d'un pouvoir de direction dans le domaine de la gestion du service public, car elle a procédé à la délégation de sa gestion. Or les actes de gestion, la gestion toute entière du service, impliquent la liberté et la responsabilité de sa gestion. Les actes de gestion ne peuvent faire l'objet, par exemple, d'autorisation préalable du délégant, comme l'avait affirmé le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Ville de Mascara*⁵⁷, si le contrat ne le prévoit pas. Tout exercice d'une tutelle quelconque sur une partie de la gestion équivaldrait à enlever la responsabilité de gestionnaire au délégataire. C'est ce qu'indiquait le commissaire du gouvernement Josse, dans l'arrêt *Compagnie PLM et autres* précité.

Si la tutelle est à proscrire, sous peine de dénaturer le contrat et même de supprimer la relation contractuelle, cela n'empêche pas de prévoir, y compris dans un contrat de délégation, un type de contrôle qui ne soit pas uniquement un contrôle-

⁵⁶ GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 3^{ème} édition, 2004, p. 432.

⁵⁷ CE, 3 avril 1925, *Ville de Mascara*.

surveillance, mais un contrôle qui irait jusqu'à prescrire des modalités d'exécution du service, du type des marchés publics, sous réserve bien sûr que les prescriptions ne soient pas abusives. Si le modèle de contrôle-direction ne peut être considéré comme étant une règle générale des contrats administratifs, la règle générale étant celle du contrôle-surveillance, les parties peuvent convenir de l'instauration de ce premier type de contrôle. C'est l'analyse que fait le professeur Hélène Roblot-Troizier dans son étude sur le pouvoir de contrôle de l'administration : « *Ainsi, dans l'exécution des conventions de délégation de service public, bien que l'autorité administrative se contente d'un contrôle-surveillance, de la bonne exécution du contrat et du fonctionnement normal du service public, les parties peuvent prévoir un contrôle renforcé de l'administration, en soumettant certaines décisions du délégataire à approbation préalable parce qu'elles intéressent directement l'organisation et le fonctionnement du service public*⁵⁸ ».

Le régime normal de la relation de contrôle entre l'autorité délégante et le délégataire est bien le « contrôle-surveillance ». Le professeur Hélène Roblot-Troizier considère que « *le contrôle opéré par l'autorité concédante est donc, par principe, limité dans son étendue et peut se définir comme étant un « contrôle-surveillance*⁵⁹ » et non comme un contrôle-direction. En outre, ce contrôle constitue une responsabilité propre de la personne publique qu'elle ne peut éluder. Elle doit par exemple faire respecter les dispositions du contrat qui concernent les tiers, comme le règlement de service⁶⁰.

Si on ne peut ôter à l'aspect de direction la nature d'un pouvoir, puisqu'il existe bien un « pouvoir de direction », une possibilité d'action directe, on peut s'interroger sur la qualification de pouvoir pour une activité de surveillance. Le dictionnaire Larousse définit le verbe pouvoir comme « *Avoir la possibilité, les moyens physiques, matériels, techniques, etc., intellectuels, psychologiques, etc., de faire quelque chose* ». Sans action, le concept de pouvoir est vide. Surveiller est bien une action, mais son incidence sur le fonctionnement du service nécessite autre chose. L'idée d'un contrôle-surveillance ne renvoie à la notion d'un pouvoir que dans un sens très limité, la surveillance étant la situation de celui qui est en observation, pour une action future mais qui n'est pas directement dans l'action.

⁵⁸ ROBLOT-TROIZIER Hélène, Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant, *RFDA*, 2007, p. 990.

⁵⁹ Ibidem, p. 990.

⁶⁰ CE, 14 janvier 1998, *Commune de Toulon*.

S'il n'existe pas de pouvoir de contrôle véritablement, il existe un pouvoir de sanction.

De ces premiers développements, on déduira que le contrôle des DSP a pour fondement la notion de service public, que le contrôle est une activité principalement de surveillance qui s'exerce surtout dans le champ de l'administration du service plutôt que dans celui de sa gestion. En outre cette activité ne relève pas en elle-même d'un véritable pouvoir.

1.1.2. LE CONTROLE « MANAGERIAL » DU SERVICE

1.1.2.1. LES DIFFERENTS NIVEAUX DE MANAGEMENT

Les DSP peuvent s'analyser comme une répartition des responsabilités entre l'administration d'un service, c'est-à-dire la définition des objectifs et le contrôle de l'atteinte de ses objectifs, et sa gestion, c'est-à-dire la mobilisation des moyens adéquats. La collectivité publique « *cesse de gérer le service : le concessionnaire ou le "fermier" exploite à ses risques et périls, les bénéfices comme les pertes sont pour lui, il est maître d'ouvrage des travaux à réaliser, il est employeur des salariés ; elle conserve le contrôle de la gestion : le contrat définit les obligations qui garantissent que l'activité continuera à répondre aux exigences du service public (continuité, égalité), la collectivité doit veiller au respect de ces obligations et en sanctionner la violation, elle est responsable envers les tiers à titre subsidiaire en cas d'insolvabilité du concessionnaire ou fermier*⁶¹ ». La collectivité publique est non seulement en charge du contrôle du service lui-même, de son administration conformément aux règles du service public, mais elle est en charge du contrôle de son équilibre économique et financier, composante « managériale » du contrôle du service public.

Le langage courant⁶² définit le management comme un « *processus qui consiste à définir des objectifs et coordonner les efforts des membres d'un groupe pour pouvoir atteindre ces objectifs* ». Le management est décrit au moyen des actions suivantes : *Diriger* : c'est-à-dire fixer des objectifs et déterminer les voies pour les atteindre, *Mobiliser* : c'est-à-dire mettre en œuvre des ressources humaines, financières et matérielles de façon optimale et enfin, *Contrôler* : c'est-à-dire vérifier

⁶¹ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2010, 7^{ème} édition, p. 497, 498.

⁶² <http://sabbar.fr/management/le-management-strategique-et-le-management-operationnel/>

si les objectifs ont été atteints et décider, le cas échéant, de prendre des mesures correctives nécessaires. Les manuels distinguent différents types de management selon l'horizon temporel dans lequel ils s'exercent : sur le court terme, on parle du management opérationnel et sur le long terme, on parle du management stratégique.

Ces mêmes manuels définissent le management stratégique comme « *l'ensemble des décisions qui relèvent de la direction de l'entreprise et qui ont pour ambition de définir la stratégie de l'entreprise. Ces décisions stratégiques ont un impact à long terme et ont pour objectif principal d'assurer le développement et la pérennité de l'entreprise* ». Le long terme est défini comme étant une durée de plus de deux ans. Cela peut consister par exemple à lancer un nouveau produit sur le marché, à conquérir tel ou tel segment de marché, à acquérir une autre entreprise, etc. Si on remplace le mot « entreprise » par l'expression « service public », on a une définition de ce que peut être le management stratégique d'un service public. La collectivité délégante joue ce rôle quand elle conserve sa capacité d'investissement sur les investissements stratégiques : augmentation de la capacité de desserte d'un territoire en eau potable, mise en service d'une nouvelle station d'épuration, choix du délégataire, etc. Elle doit veiller à la pérennité du service par le contrôle des moyens qui lui sont consacrés.

Le management opérationnel, pour sa part, correspond aux décisions prises, en générale par la hiérarchie intermédiaire (chefs de services, contremaîtres, etc...) et qui sont relatives à la gestion courante de l'entreprise. « *Ces décisions concernent le court ou le moyen terme et ont pour objectif l'optimisation des ressources pour atteindre les objectifs fixés*⁶³ ». Il s'agira par exemple de la mise en place d'actions promotionnelles, de l'embauche de collaborateurs, de la fixation des prix, etc. Ce volet du management correspond à ce que fait un délégataire de service public pour la gestion courante du service : mise en place d'une nouvelle application informatique, etc.

Le management stratégique appliqué à la gestion publique a fait l'objet d'un certain nombre de recherches portant notamment sur le « management territorial », conçu comme le management stratégique dans les organisations publiques territoriales⁶⁴. Ces recherches sont cependant peu nombreuses et ce domaine reste encore un vaste

⁶³ <http://sabbar.fr/management/le-management-strategique-et-le-management-operationnel/>

⁶⁴ BACKOFF Robert, WECHSLER Barton, CREW, Jr. Robert E. (1993), "The Challenge Of Strategic Management In Local Government", *Public Administration Quarterly*, Summer, pp. 127-144.

domaine d'exploration, ainsi que nous le rappelle le professeur Solange Hernandez⁶⁵. La question du management stratégique est une des questions importantes débattues par les théoriciens de la nouvelle gestion publique⁶⁶ et elle apparaît comme une question importante du contrôle de la gestion des services publics d'eau.

L'analyse des liens entre le management stratégique et le management opérationnel révèle différents cas : la relation entre une société mère et une société filiale, ou bien encore la relation entre une société titulaire d'un contrat, avec les sous-traitants. On peut établir les relations suivantes.

Tableau n°1 : Relations de contrôle entre des sociétés

	Management stratégique	contrôle ↔	Management opérationnel
Différentes sociétés	Société mère	↔	société filiale
	Société titulaire d'un contrat	↔	société sous-traitante
	Société titulaire d'un contrat	↔	société co-traitante
Une seule société	Direction centrale	↔	directions opérationnelles

Source : A. Abou.

La question de la coordination du management stratégique et du management opérationnel ne se pose pas dans les mêmes termes selon qu'il s'agisse d'une société unique, de sociétés distinctes appartenant à un même groupe ou bien encore de deux entités totalement distinctes.

⁶⁵HERNANDEZ Solange, « Paradoxes et management stratégique des territoires : Étude comparée de métropoles européennes. », *Vie & sciences de l'entreprise* 1/2008 (N° 178), p. 54-75. On citera également sa thèse de doctorat en Sciences de Gestion, soutenue le 25 novembre 2006 à l'Institut de Management Public et de Gouvernance Territoriale d'Aix-en-Provence, intitulée « Paradoxes et management stratégique des territoires : étude comparée de métropoles européennes ». L'auteur, Solange Hernandez cite certains pionniers de la discipline comme Decoutère, Ruegg, Joye, 1996 ou encore Casteigts, 2000, 2003, qui rapprochent le management stratégique des entreprises et celui des villes.

⁶⁶DECOUTERE Stéphane (1997), La nouvelle gestion publique vue en termes de management territorial et de milieu innovateur. L'exemple du Valais, dans M. Finger, B. Ruchat, *Pour une nouvelle approche du management public. Réflexion autour de Michel Crozier*, Ed. Séli Arslam., p.75. On citera également FAVOREU Christophe, *La démarche stratégique dans le management des collectivités territoriales : état des pratiques, pertinence et objectifs*, Thèse es Sciences de Gestion, Institut d'Administration des Entreprises d'Aix-en-Provence, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille 3, 5 juin 2000.

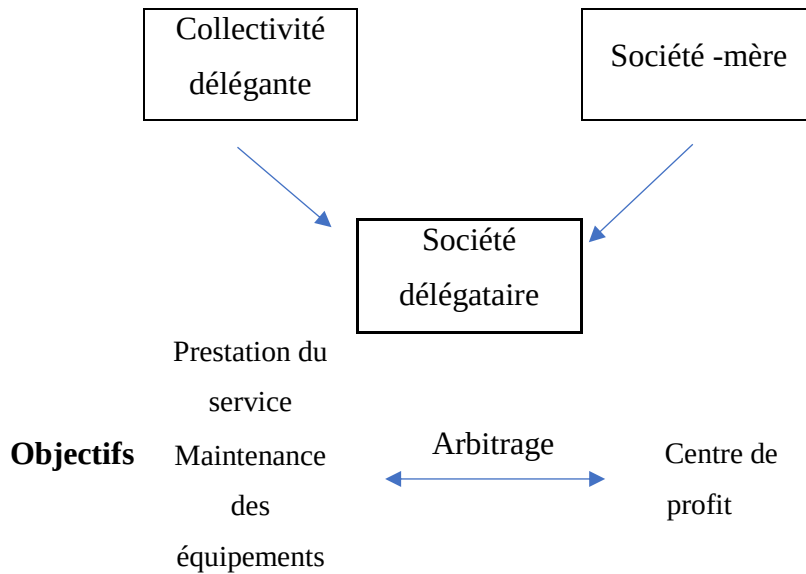
Dans le cas d'une société unique, la coordination entre les deux types de management se fait plus aisément, le management opérationnel répondant à un management stratégique unique et la conciliation des objectifs est relativement facile. Dans le cas de sociétés distinctes mais appartenant au même groupe de sociétés, il y a deux managements stratégiques qui se superposent, celui du groupe l'emportant sur celui des sociétés. L'institution globale, le groupe, unifie le management stratégique.

Quand on est en présence de sociétés distinctes mais liés à un projet, comme c'est le cas pour les partenariats public-privé, c'est le projet qui unifie le management stratégique. Le contrat est censé unifier le management stratégique. Mais le management stratégique du projet est distinct du management stratégique de la société ou du groupe de sociétés qui exerce le management opérationnel (le délégataire). Ces problématiques d'articulation entre management stratégique et management opérationnel sont communes aux projets public-privés et aux entreprises, aux groupes d'entreprises avec des filiales opérationnelles : les objectifs stratégiques des partenaires sont différents et parfois contradictoires. Les choses se compliquent encore avec les durées courtes de DSP, où les objectifs stratégiques du délégataire sont limités à un profit assez rapide avec le moins de risques possibles. Les objectifs stratégiques en matière d'eau, comme la protection de la ressource, sa qualité, sont des objectifs à long terme, sur 30 voire 50 ans. Ils n'entrent pas dans l'horizon des contrats de DSP dont la durée moyenne est proche de 11 ans.

Le positionnement d'un double management stratégique est singulier dans le cas des DSP. Le management stratégique de la direction du groupe a l'avantage d'avoir un contrôle sur la société en termes de participation au capital, la filiale étant souvent contrôlée très majoritairement par la société mère. C'est aussi ce que l'on retrouve quand on est dans le cas d'une collectivité avec un établissement public qui est sous sa tutelle.

Ainsi, le délégataire, dans le cas d'une société filiale, comme c'est souvent le cas en France, se trouve sous le coup d'un double management stratégique : celui du projet, du service public dont elle assure la gestion et qui fait intervenir la collectivité publique, et celui de la société-mère qui fixe les objectifs à sa filiale.

Schéma n°4 : Positionnement du management stratégique d'une DSP



1.1.2.2. LE CONTROLE COMME MAITRISE MANAGERIALE

Dans le cadre du management de projet ou de service public, qui est celui des DSP, nous tenterons de définir plus précisément la place du contrôle.

Dans le domaine du management des services publics, la réglementation européenne évoque la notion de systèmes de gestion et de contrôle ou *Management and control systems* (MCS). Mais il faut faire attention à la terminologie et à la précision du vocabulaire. Le mot *control* en anglais signifie d'abord maîtriser ou diriger, et que très secondairement contrôler ou vérifier. Ainsi l'expression « *financial control* » signifie non pas contrôle financier au sens français de l'expression mais maîtrise de la gestion financière, de même que « *internal control* » signifie maîtrise de la gestion (par des outils internes). Le contrôle interne peut être défini comme « *l'ensemble des moyens (de toute nature) mis en œuvre par la gestion (le management) pour réaliser ses objectifs et maîtriser (ou contrôler) les risques*⁶⁷ ». Cette définition assez générale nous semble pertinente dans le cadre des DSP dans son approche par les résultats et par les risques, même si cette définition s'applique à celle du contrôle interne et non au contrôle en général.

⁶⁷ COHEN Alain-Gérard, *Contrôle interne et audit publics*, LGDJ, 2008, p. 46.

Dans le cadre du contrôle interne, plusieurs outils sont à la disposition des contrôleurs. Selon l'auteur de « *Contrôle interne et audit publics* » il y a trois catégories d'outils. Il y a d'abord le « recueil des procédures » qui décrit précisément qui fait quoi et comment. Il est constitué d'une multitude de documents écrits (important) qui permettent de répondre à la question du « qui fait quoi comment » : l'organigramme fonctionnel et non hiérarchique, la description des postes, les circuits des documents, les modalités du rendre compte (*reporting*), les objectifs à atteindre, les moyens à mettre en place et à utiliser, les indicateurs de résultat, etc.

Il y a ensuite « les systèmes », comme le système comptable et financier (budget, comptabilité, comptabilité analytique, etc.), les systèmes de *monitoring* qui permettent un suivi de catégories d'opérations, comme les fonds structurels européens par exemple, ou les opérations d'investissement, les systèmes de données de la gestion des ressources humaines (référentiels d'emplois et de compétences par exemple), ou les logiciels de contrôle de gestion.

Il y a enfin les « contrôles », c'est-à-dire les vérifications qui sont menées, soit avant la mise en œuvre d'une action soit après la mise en œuvre d'une action (contrôle *ex ante* et contrôle *ex post*). Le contrôle *ex ante* peut prendre la forme d'un visa (d'un contrôleur financier par exemple) ou la forme d'un avis donné par une personne compétente (par exemple l'avis de la chambre des comptes sur le budget d'une collectivité territoriale). Il peut prendre également la forme d'un contrôle avant paiement (contrôle du comptable sur une dépense par exemple). Le contrôle *ex post* repose sur la représentativité d'un échantillon et une priorisation des opérations à risques, et l'obtention par un tiers de renseignements. C'est le type de contrôle *ex post* menée par la Commission européenne pour le contrôle des fonds structurels européens, dont le règlement CE n°438-01 rappelle la méthodologie⁶⁸.

Les outils de contrôle interne visent la maîtrise managériale. Ils ne se limitent donc nullement au contrôle appréhendé comme vérification, ils utilisent pleinement les autres types d'outils permettant une bonne maîtrise managériale : les recueils de procédures avec la culture de l'écrit et de la précision, et les outils que constituent les systèmes d'information comptable ou les systèmes opérationnels.

⁶⁸ COHEN Alain-Gérard, *Contrôle interne et audit publics*, LGDJ, 2008, p. 54.

La question du contrôle a été largement étudiée pour ce qui est des rapports entre entreprises privées et notamment dans les groupes d'entreprises, entre la maison-mère (le siège) et les filiales. Ainsi, dans un article paru en 2012, l'enseignant-chercheur Hanane Bedi (Lyon III) indique : « *la question de l'autonomie ou non des filiales ne permet pas de comprendre comment les relations sont établies entre le siège et les filiales. La nature de ces liens nous amène à mobiliser le concept de contrôle du siège sur les filiales. Nous mobilisons tout particulièrement les travaux d'Ouchi (1979), de Martinez et Jarillo (1991) et de Harzing (1999) pour identifier quatre formes de contrôle : le contrôle par les personnes, le contrôle bureaucratique, le contrôle par les résultats et le contrôle par la socialisation et les réseaux. Les trois premiers modes reposent sur des mécanismes formels de contrôle tandis que le quatrième mode se fonde sur des mécanismes informels. Ces modes de contrôle suivent une logique additive et non de substitution (Harzing, 1999)⁶⁹ ».*

Le contrôle par les personnes renvoie à la question des « expatriés », c'est-à-dire les agents qui ne font pas partie du personnel recruté localement, mais qui sont des agents de l'encadrement supérieur appartenant à la société qui détient la filiale locale. Ils n'ont pas un contrat de travail avec la filiale, mais avec la société mère, qui peut elle-même être la filiale d'une autre société plus importante. C'est souvent le cas des sociétés gestionnaires des services d'eau et d'assainissement, filiales de grands groupes, dont notamment le directeur général, le directeur financier et le directeur technique sont des agents de la société –mère.

Le contrôle bureaucratique renvoie au contrôle du respect des procédures formelles mises en place. Les filiales sont censées communiquer au siège un rapport hebdomadaire. Ainsi, pour la société Schneider Electric : « *le groupe met en place deux modes de contrôle : un contrôle bureaucratique par l'accroissement des procédures, comme pour France Télécom, et surtout un contrôle par la socialisation et les réseaux en vue de diffuser des valeurs partagées et une culture d'entreprise commune⁷⁰.* »

Parmi les modes de contrôle informel, d'après l'étude précitée, la société Publicis, comme la société Schneider Electric, se caractérise « *par un contrôle par la*

⁶⁹ BEDDI Hanane, Les relations siège-filiales dans les firmes multinationales : vers une approche différenciée ? *Revue Management international*, Volume 17, Numéro 1, Automne, 2012, p. 89–101.

⁷⁰ Ibidem, p. 96.

socialisation mais sans que cela ne soit lié à une politique d'expatriation développée. Pour autant, le groupe cherche à développer une culture d'entreprise au niveau mondial. Ainsi, chaque filiale se doit d'avoir « l'ADN de Publicis, l'âme d'une agence Publicis » (Directeur de filiale). Cet élément est en relation avec le fait que les individus font carrière dans le groupe. Le développement d'une culture d'entreprise se fait via le transfert de valeurs partagées et est en lien avec l'histoire du groupe et le fait que Publicis est encore une entreprise familiale. Cette culture est caractérisée par la place donnée au consensus et l'absence de procédures⁷¹. »

Il y a donc un rapport particulier entre le siège et les filiales que l'on ne retrouve pas dans le cas du rapport entre la collectivité publique et le délégataire : la société mère, le « siège », est détenteur de deux leviers importants du contrôle : la détention du savoir et la détention du capital. Ces deux aspects vont déterminer les relations entre le siège et les filiales : Hanane Beddi nous indique : « *Les relations siège-filiales varient alors en fonction de ces deux cas : le siège-expert, apportant un savoir-faire, et le siège-actionnaire, contrôlant les activités des filiales. Le transfert des connaissances dans le groupe a lieu principalement dans le sens du siège vers les filiales. C'est lié au fait que les filiales du groupe sont dispersées dans le monde entier et qu'il y a peu de relations latérales⁷².* » Le savoir, à travers les outils de gestion et de production de données, est transmis par le siège aux filiales. L'expertise technique va être mise en place localement par la filiale, mais les outils « maison », comme les logiciels métiers, sont développés par le siège qui en facture l'usage. C'est le cas des filiales dans le domaine de l'eau, mais également dans la gestion des transports publics, avec des outils comme les logiciels de gestion du trafic passager, de gestion en temps réel des mouvements des bus, ou pour l'eau, des logiciels de *monitoring* technique ou de facturation.

A travers l'utilisation des outils de contrôle d'une société mère sur ses filiales nous appréhendons les instruments du « pouvoir de contrôle », qui sont : le savoir-faire stratégique, le capital, la gestion des hommes et principalement des managers stratégiques, la diffusion d'une culture d'entreprise et donc une « socialisation » par l'entreprise. On peut établir une comparaison entre les instruments de contrôle ou de pouvoir détenus par le siège, par la filiale et ceux détenus par le gouvernement local.

⁷¹ BEDDI Hanane, Les relations siège-filiales dans les firmes multinationales : vers une approche différenciée ? *Revue Management international*, Volume 17, Numéro 1, Automne, 2012, p. 96.

⁷² Ibidem, p. 96.

Tableau n°2 : Répartition des attributions de pouvoir entre entités (activité privée)

	Siège	Filiale	Gouvernement local
Savoir-faire stratégique	X		
Capital	X		(X)
Gestion des managers stratégiques	X		
Culture d'entreprise	X		
Savoir-faire technique		X	
Procédures	X		

Source : A. Abou

Les études réalisées sur la répartition des attributions et sur les relations de contrôle et de transfert de connaissance entre les sociétés globales et leurs filiales, montrent que l'essentiel des attributs du contrôle reste dans les mains de la société mère. Ces relations ne sont pas figées et les politiques entre les différentes sociétés ne sont pas les mêmes mais les déterminants essentiels sont identiques.

L'irruption au capital des sociétés filiales de gouvernements hôtes de ces filiales peut changer quelque peu la donne. C'est le cas des gouvernements qui prennent des participations dans une entreprise filiale d'un groupe étranger, c'est également le cas quand une collectivité prend une participation dans une filiale d'un groupe (comme dans le cas des sociétés d'économie mixte, SEM ou SEMOP). De même, peuvent se développer, mais assez rarement, des relations transversales entre filiales elles-mêmes ou bien des relations entre un siège régional et non plus uniquement central. Cela peut changer également la nature des relations entre le siège et les filiales.

La relation collectivité délégante / entreprise délégataire est complètement différente, par rapport à la répartition des instruments de contrôle et de pouvoir, de celle de la relation entre société-mère et filiale. Le lieu du « pouvoir » est clairement situé au siège dans le cas de la relation siège/filiale. Cela n'est pas le cas de la collectivité délégante dans la relation collectivité/délégataire. Le délégant se trouve, pour ce qui est des principaux outils de contrôle que nous avons identifiés (savoir-faire, capital, gestion des ressources humaines, culture d'entreprise), dans une situation proche du gouvernement local hôte de la société, à la différence que le

délégant est responsable du service, alors qu'un gouvernement, local ou non d'ailleurs qui investit dans une société, limite son rôle à un rôle d'actionnaire. Il y aura quelques différences bien sûr, si le contrat est de type « concession » ou de type « affermage », mais la logique et le rapport de pouvoir restent les mêmes.

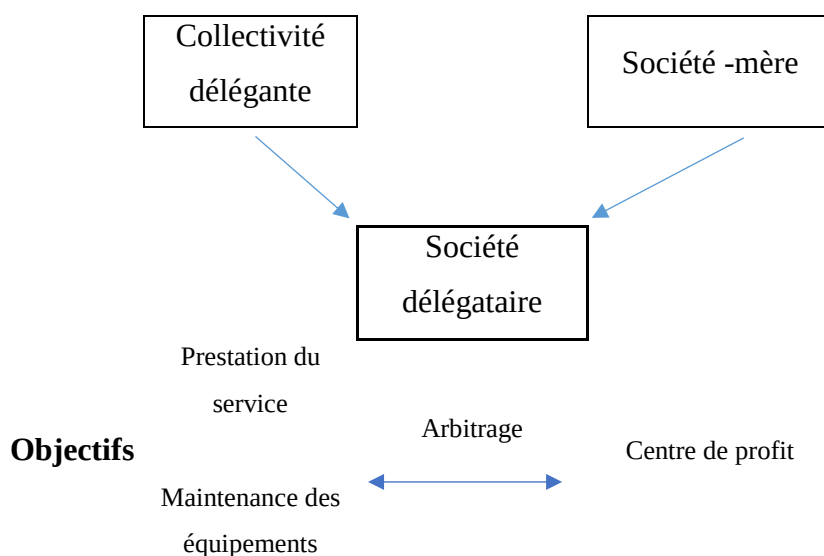
Tableau n°3 : Répartition des attributions de pouvoir entre entités (DSP)

	Délégataire		Délégant
	Siège	Filiale	Collectivité publique
Savoir-faire stratégique	X		
Capital (capitaux de l'activité)	X		X
Gestion des managers stratégiques	X		
culture d'entreprise	X		
savoir-faire technique		X	

Source : A. Abou

Les outils du management stratégique sont entre les mains de la société délégataire et non dans la collectivité délégante. Dans le schéma ci-dessous, on voit que les outils et moyens de contrôle sur la société délégataire, appartiennent principalement à la société-mère et non à la collectivité délégante.

Schéma n°5 : Positionnement du management stratégique d'une DSP



**Moyens
de
contrôle**

Procédure
(rapports)

Personnel
Socialisation
Procédures
(rapports), données,
logiciels maison
Capital
Expertise

Source : A. Abou

1.1.2.3. LA COORDINATION DANS LE MANAGEMENT GLOBAL DU SERVICE

On voit donc que le modèle de contrôle dans la gestion des services publics dans une DSP est marqué par d'évidentes faiblesses. Cela confirme bien que l'on est dans un modèle de contrôle du service et non de sa gestion.

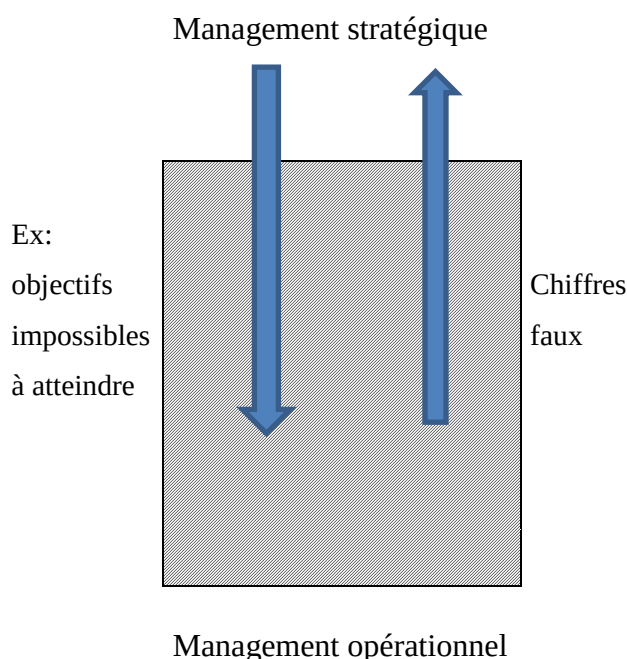
Le faible exercice du management stratégique par la collectivité publique (absence de contrôle, de compétence financière dans le management stratégique, etc.), et le partage du management stratégique du service entre la collectivité et la société délégataire et son groupe d'appartenance ont pour conséquence un faible partage des informations et une forte récurrence des renégociations, rendues possibles par le caractère incomplet du contrat et ajoute à la difficulté de maîtrise du service.

La concurrence entre les managements stratégiques est inhérente à toute forme de partenariat : la relation entre les partenaires se caractérise par une durée de relation limitée dans le temps et par un échange marchand de prestations. Ces deux caractéristiques sont naturellement plus marquées dans le management en partenariat que dans le management entre dirigeants et salariés (management intégré, régie). Il est donc nécessaire que les partenaires s'accordent sur certains objectifs stratégiques si on veut rendre efficace le management global du service.

Cependant, la coordination dans le management stratégique ne suffit pas et une forme de coopération renforcée entre le management stratégique et le management opérationnel paraît nécessaire. En effet, une interaction entre les partenaires au contrat au niveau du management opérationnel lui-même paraît indispensable sauf à rendre le contrôle très problématique : partages de données, échange organisé d'outils (bases de données, etc.), formation du personnel, etc. Le contrôle, comme

étape nécessaire du management global du service public (au même titre que la fixation des objectifs et la mobilisation des ressources) ne trouve pas vraiment sa place dans le contrat de DSP. Le modèle de la DSP pose comme hypothèse que dans les partenariats, le management de projet peut permettre la réalisation de l'optimum de gestion du service public. Améliorer ce modèle suppose de réduire les comportements opportunistes qui entravent l'atteinte de l'objectif global de rendre le meilleur service possible.

Schéma n°6 : l'espace de dialogue dans le management



L'espace grisé représente un lieu de comportements « opportunistes », avec, pour la collectivité, la fixation par exemple d'objectifs impossibles à atteindre, la réalisation de prestations qui ne relèvent pas du délégataire et pour le délégataire, la communication de chiffres faux, de résultats biaisés. On retrouve ce type de comportement sur les objectifs de rendement de réseau par exemple. La collectivité va fixer des objectifs très difficiles à atteindre, compte tenu de l'état des réseaux, et le délégataire va intégrer dans son taux de rendement des ventes en gros (sans avoir à tenir compte des pertes sur le réseau entre le compteur de la vente en gros et l'abonné⁷³).

⁷³ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES DE MARTINIQUE, Rapport de gestion sur la Société martiniquaise des Eaux (SME), 2015. « Les modalités de calcul du rendement induites par le changement de périmètre du SICSM doit amener à revoir à la hausse les objectifs de rendement. En effet, dans la configuration d'avant le 1er janvier 2015, la SME vend de l'eau à l'ensemble des clients abonnés du périmètre du SICSM, c'est-à-dire que la production vendue tient compte des

Cette zone représente un espace qu'il s'agit de réorganiser car il est facteur de « coûts de transactions » importants dus à ces comportements opportunistes. On retrouve ces coûts au moment de la préparation du contrat, au moment de sa signature mais aussi au moment de son exécution et la relation entre le management stratégique et le management opérationnel est un des lieux privilégiés de ces coûts. Ils peuvent être réduits par la mise en place de systèmes de *reporting*, de médiations ou d'arbitrage, etc. qui se fondent sur des données communes sur le service. Cela renforcerait également le caractère plus complet du contrat de DSP.

S'agissant du rôle du contrôle, comme il a été dit plus haut, le partage du management du service entre plusieurs entités peut conduire à une certaine opacité dans les relations. L'exclusivité de la gestion se double d'une exclusivité de l'information. En effet, un certain nombre d'outils, comme l'outil de production de données, l'outil comptable et financier, échappent à la personne publique et la production des données est formatée pour un *reporting* à la société mère et non à la collectivité délégante. Certains outils de management, de contrôle interne, d'audit interne, tels qu'on peut les voir dans les groupes d'entreprises ne sont bien sûr pas valides dans le cadre d'un partenariat. Il paraît cependant nécessaire de mettre en commun une partie des systèmes de contrôle, de se mettre d'accord sur des standards, des référentiels communs qui permettent une maîtrise des différents niveaux de management : le management opérationnel et le management stratégique et une articulation cohérente de ces deux managements. Pour cela, l'administration doit notamment se ménager un accès, forcément partiel, à un certain nombre d'outils de gestion du service et forger également ses propres outils. L'accès est forcément partiel car l'administration ne peut s'immiscer dans la gestion même du service.

Conclusion

L'analyse des relations managériales permet ainsi de mieux définir les finalités auxquelles doit répondre un contrôle efficace : améliorer le management global du

pertes sur l'ensemble du réseau, des usines jusqu'aux particuliers, notamment ceux du Lamentin et de Saint-Joseph. Depuis le 1er janvier 2015, la SME vend de l'eau aux abonnés de toutes les communes sauf Lamentin et Saint-Joseph. Concernant ces deux communes, la vente d'eau est mesurée aux compteurs de sortie du réseau du SICSM et d'entrée du réseau de la CACEM. Ainsi, sur les communes du Lamentin et de Saint-Joseph, l'eau est vendue sans tenir compte des pertes sur le réseau jusqu'à l'abonné. Il en résulte une augmentation mathématique des volumes vendus pour un volume produit constant ».

service. Après avoir abordé la notion de contrôle, il s'agit maintenant de préciser les raisons pour lesquelles un contrôle est nécessaire, en dehors des obligations générales de l'administration de contrôler tout service dont elle a la responsabilité, et ce qui fait que le secteur de l'eau doit faire l'objet spécifiquement d'un contrôle.

1.2. LES FINALITES DU CONTROLE

Les finalités répondent aux fondements du contrôle: le contrôle « administratif » est essentiellement destiné à répondre à l'usager et citoyen en définissant les conditions d'accès au service ainsi que les conditions de sa participation à la définition et au contrôle du service. Le contrôle « managérial » est destiné à répondre au « client » du service et de lui offrir le meilleur service au meilleur prix.

On doit également évoquer des enjeux plus généraux qui émergent depuis quelques années en lien avec les problématiques environnementales et avec la promotion des droits humains en général. La place prise par la lutte contre la pollution de la ressource se concrétise par une augmentation très significative de la partie du prix de l'eau consacré à la protection de l'environnement (redevances des agences et offices de l'eau). Le service d'assainissement est directement lié aux enjeux environnementaux et de santé. Enfin, le changement des modes traditionnels de gestion de l'eau, liés aux effets d'une mondialisation accélérée et au développement urbain⁷⁴, renouvelle la question de l'affirmation des droits humains généraux en matière d'eau et d'assainissement.

A la différence des années 1970 et 1980, la relation n'est plus celle entre un usager-client, une collectivité et un délégataire, parties à des relations contractuelles qui concernent la fourniture d'un bien : l'eau potable. La relation est plus complexe, elle fait intervenir l'usager dans toutes ses composantes (client, consommateur, citoyen, être humain), une collectivité, qui n'est plus l'échelon communal désormais, et un opérateur, dans une prestation globale regroupant : la fourniture d'eau potable, la préservation de l'environnement (de la ressource), l'assainissement, et tout cela dans un contexte globalisé où les équilibres en matière de ressources sont parfois précaires. Le fait que le prix de la fourniture d'eau proprement dite soit désormais minoritaire dans le prix global de la prestation servie traduit ce nouvel état de fait.

⁷⁴ Notamment dans les pays dit « en développement ».

Certaines périodes de l'histoire du développement des services d'eau ont favorisé la figure du citoyen, d'autres celle du consommateur, d'autres enfin, celle de l'être humain en général. Selon la situation également, certaines problématiques peuvent apparaître plus importantes que d'autres : en situation de crise, ce sont les enjeux humains qui peuvent être mis en avant, en situation normale, ce sont les enjeux liés à la consommation, au prix et à la qualité qui peuvent être prioritaires.

Les solutions apportées à ces enjeux peuvent être communes et satisfaire l'ensemble des partenaires. Souvent les problématiques sont communes à ces enjeux : le prix bas permet un accès à tous, le contrôle démocratique permet une meilleure qualité de l'eau, etc. Cependant certaines solutions peuvent aussi entrer en conflit, dès lors qu'elles n'ont pas été suffisamment préparées, ou qu'elles ne prennent pas en compte toutes les composantes de la problématique du service de l'eau. Par exemple dans le cadre d'un droit à l'eau, supprimer toute sanction à l'égard de ceux qui ne payent pas l'eau peut aboutir à des impayés qui mettent en péril l'équilibre du service public lui-même.

Nous aborderons l'examen de la finalité du contrôle par le biais des trois figures de l'utilisateur que sont le consommateur, le citoyen et l'être humain en général, autour desquelles peuvent se préciser les finalités du contrôle.

1.2.1. LE PRIX DE L'EAU

La situation du consommateur est celle d'un rapport marchand avec le service. Le consommateur souhaite une eau de bonne qualité à un prix bas. Pour cela il souhaite pouvoir comparer la qualité et les prix entre différents services d'eau, différents types de gestion de l'eau, pour choisir le meilleur service possible. Pourtant, le prix apparaît comme étant le résultat d'une construction partenariale, sur lequel la collectivité, et encore moins l'utilisateur, n'ont pas de véritable maîtrise.

1.2.1.1. LA QUESTION DU PRIX DE L'EAU

Le niveau moyen du prix de l'eau en France n'est généralement pas considéré en soi comme problématique. Il se situe dans la moyenne européenne pour un service de bonne qualité. Il est en outre relativement faible comparé au prix de biens courants moins essentiels, comme les télécommunications par exemple. Ce qui est

source de questionnement c'est davantage l'augmentation du prix de l'eau et la disparité du prix de l'eau selon les territoires.

Le prix de l'eau a beaucoup augmenté dans les années 1980 et 1990 en France. Il aurait doublé entre 1980 et 1989 selon certains rapports⁷⁵. Cette augmentation était considérée comme minorée en raison du procédé de calcul de l'INSEE⁷⁶. A cette époque, les acteurs reconnaissaient qu'il y avait une augmentation mais ne la considéraient pas comme problématique, l'indice du prix des services ayant également doublé sur la période. C'est à cette période également que les entreprises de l'eau se sont internationalisées et ont accru fortement leurs profits. Cela n'est pas sans lien avec certaines pratiques mises en lumière par la Cour des comptes dès les années 1970⁷⁷, comme par exemple les révisions tarifaires très inflationnistes, dans un contexte de manque d'information des collectivités territoriales et des usagers. Le rapport de la Cour des comptes de 1976 notait déjà à ce moment que la différence de tarif était de 20 à 30% entre les prix pratiqués par les opérateurs privés (plus élevés) et les prix pratiqués par les régies publiques.

La gestion privée n'est cependant pas seule responsable de cette augmentation du prix. La Cour observait déjà que la comparaison avec les régies était faussée par le fait que les régies n'amortissaient pas suffisamment les équipements et tenait une comptabilité qui ne faisait pas toujours apparaître les véritables coûts de gestion du service, la collectivité publique pouvant en partie supporter la charge de la gestion. Au cours des années 1980 et 1990 les services urbains se sont étoffés avec la généralisation de l'assainissement collectif. La facturation de l'assainissement étant assise sur les consommations d'eau, l'assainissement explique donc aussi, en partie, l'augmentation du prix de l'eau durant les années 1980 et 1990.

Par ailleurs, la forte disparité entre les territoires pose un problème d'équité dans la distribution de l'eau avec le rapport entre les prix constatés qui peut aller de 1 à 10 selon les régions. Alors même que les intercommunalités mettent en place une péréquation des prix sur le territoire communautaire, les disparités restent importantes. Les principaux facteurs ont été explicités par le rapport du Conseil

⁷⁵ CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, « L'eau : gestion des ressources et protection de la qualité », Rapport présenté par M. Philippe MANGIN, 12/13 mars 1991.

⁷⁶ GUERIN-SCHNEIDER Laetitia, LORRAIN Dominique, Note de recherche sur une question sensible : les relations puissance publique - firmes dans le secteur de l'eau et de l'assainissement, *Flux*, n°52/53, avril 2003, p. 41.

⁷⁷ Cour des comptes, *Rapport au Président de la République*, 1976.

économique et social (CES) de 1991⁷⁸ et, avant lui, par le rapport Jousseau⁷⁹ en 1982, qui a identifié six principaux facteurs de disparité :

- Le facteur géographique, c'est-à-dire, la qualité et la quantité de la ressource sur le territoire.
- Le facteur socio-économique : la présence de gros consommateurs permanents fait baisser le prix, alors qu'au contraire la présence de nombreux consommateurs sur une courte période (territoires touristiques) nécessite d'importantes installations longues à amortir.
- Le facteur technique renvoie à la qualité des procédés mis en place pour le traitement des eaux ou la mise en sécurité des équipements.
- Le facteur managérial : une bonne négociation des contrats et une bonne gestion permet de réduire le coût du service.
- Le facteur historique : si les conditions économiques et financières ont permis la réalisation des équipements à des coûts peu élevés, ces conditions vont persister dans le temps en raison de la capacité d'acceptation des usagers : les usagers vont davantage accepter des prix élevés mais stables, plutôt que des prix bas qui augmentent fortement.

Sur la période récente, on n'observe pas d'augmentation systématique du prix. Le magazine 60 millions de consommateurs relevait que « *dans 85% des 130 villes classées par l'association et la fondation France Libertés, les prix ont augmenté en moyenne de 6,3% depuis 2011 [jusqu'à 2014], pour une inflation de 4% »*⁸⁰.

1.2.1.2. LE PRIX REFLETE IMPARFAITEMENT LES COUTS

Les études montrent la faible corrélation entre le coût, la technicité et le prix du service

Le prix dépend en partie de la technicité du service. La Cour des comptes rappelait que « *les contraintes d'approvisionnement pèsent fortement sur le prix de base de l'eau potable. La France dispose d'une ressource en eau abondante mais en quantité et en qualité inégalement réparties sur l'ensemble du territoire. La*

⁷⁸ CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, « L'eau : gestion des ressources et protection de la qualité », Rapport présenté par M. Philippe MANGIN, 12/13 mars 1991.

⁷⁹ GUERIN-SCHNEIDER Laetitia, LORRAIN Dominique, Note de recherche sur une question sensible : les relations puissance publique - firmes dans le secteur de l'eau et de l'assainissement, *Flux*, n°52/53, avril 2003, p. 40.

⁸⁰ 60 millions de Consommateurs, France Libertés, « Opération transparence, menace sur le service public de l'eau » Dossier de presse, 20 mars 2015.

moyenne de prix régional établie en 2000 montre que la mobilisation de la ressource est plus coûteuse dans les régions Nord-Pas-de-Calais et Bretagne. Au contraire, le prix le plus faible était en Auvergne, région riche en eaux de bonne qualité facilement accessibles⁸¹ ». Elle précisait par exemple que le surcoût moyen du procédé de traitement des nitrates et des pesticides représentait 13,7% du prix total de l'eau vendu par le Syndicat mixte de l'Arguenon-Penthievre (SMAP), dans les côtes d'Armor.

L'origine de la ressource conditionne aussi le prix. Ainsi, aux Antilles, le coût de revient de la production d'eau potable à partir de l'eau salé, par le procédé d'osmose inverse, peut être estimé, dans les meilleures conditions, à 0,80 à 1 € le m³, et ce coût peut être supérieur si la population desservie est peu nombreuse⁸², alors que le coût de production d'un m³ d'eau à partir de l'eau de surface se situe entre 0,10 et 0,20 € en moyenne aux dires des professionnels de la gestion de l'eau. L'origine de la ressource et les techniques employées sont loin d'être le facteur déterminant du prix du service, étant supposé que plus l'exploitation est particulière et complexe, plus les coûts sont supposés être élevés et plus le prix final du service est élevé.

Parmi les caractéristiques techniques du service susceptibles d'influencer le prix, il y a : le type d'approvisionnement en eau, la qualité du réseau, le volume consommé, la densité de l'habitat, etc. Une étude publiée en 2007⁸³ qui se fonde sur les données recueillies dans la base de données issue du logiciel GSP⁸⁴ en 2002, comporte une analyse statistique sur un échantillon de 70 services d'eau. L'hypothèse testée est de savoir si le prix est défini en fonction de l'équilibre budgétaire du service, selon une logique de régulation « *cost plus* », ce qui revient à se poser la question : est-ce que la détermination du prix suit une logique de coût ? L'étude en arrive à la conclusion générale que le lien entre les caractéristiques techniques et le prix est assez peu explicatif : les caractéristiques techniques ne permettent pas de rendre compte de manière satisfaisante des prix constatés : « *les déterminants du prix*

⁸¹ COUR DES COMPTES, *Rapport au Président de la République*, « La gestion des services publics d'eau et d'assainissement ». Décembre 2003, p. 24-25.

⁸² CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, *Rapport d'observations définitives, Etablissement des eaux et de l'assainissement de Saint-Martin– EEASM. Exercices 2006 et suivants*. Décembre 2012.

⁸³ FAUQUERT Guillaume, *Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation – Contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable*, 2007.

⁸⁴ GSP « gestion des services publics » est un logiciel développé par la société Diadème ingénierie pour les activités de conseil des directions de l'agriculture et de la forêt (DAF).

d'ordre technique sont donc peu nombreux et ne permettent pas d'approcher le prix réel de manière satisfaisante⁸⁵ ».

Il s'agit ici d'une conclusion générale et cela ne veut pas dire que la structure technique du service n'a pas d'influence sur le prix du service. Cela veut simplement dire qu'ils n'expliquent pas, à eux seuls ou de façon prépondérante, la formation du prix. L'auteur constate tout de même que le prix est notamment influencé par le type d'approvisionnement en eau : une eau de surface et de bonne qualité permettra de délivrer un service à un prix inférieur. La densité de l'habitat est une composante importante aussi, *« plus l'habitat est dense, plus le prix à payer est faible⁸⁶ »*. Les résultats sur des données de 2004 permettent également à l'auteur de préciser que les taux de conformité des analyses de qualité n'ont pas d'influence significative sur le prix. En revanche, la durée de stockage renchérit le prix, tout comme le taux de renouvellement des branchements.

Les tests sur la corrélation entre le niveau des performances et le prix du service sont négatifs. Et l'auteur de conclure que *« le niveau de performance atteint n'a pas non plus de relation claire avec le prix, en dehors du niveau de fuites du réseau⁸⁷ »*.

L'étude compare également les comptes d'exploitation prévisionnels (CEP) et les comptes rendu financiers d'exécution sur la structure des coûts. Elle aboutit à la conclusion intéressante que *« les charges locales sont extrêmement bien prévues⁸⁸ »* (eau, énergie, main d'œuvre) alors que les charges plus générales prévisionnelles ou réalisées sont très peu corrélées (frais généraux, investissements propres, sous-traitance, impôts).

La conclusion de l'étude sur ce point est que les inducteurs de coûts, c'est-à-dire les facteurs qui sont à l'origine des coûts, sont faiblement liés au prix. On citera notamment parmi ces facteurs faiblement liés au prix : les coûts énergétiques, l'impact de la concurrence. D'autres facteurs en revanche, comme la taille du service, le nombre d'abonnés, le volume facturé par abonné ainsi que la densité linéaire du réseau, vont avoir un effet en diminuant le prix dès lors que la taille du

⁸⁵FAUQUERT Guillaume, *Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation – contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable*, 2007, p. 171.

⁸⁶ Ibidem, p. 158.

⁸⁷ Ibidem, p. 166.

⁸⁸ FAUQUERT Guillaume, *Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation – contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable*, 2007, p. 165.

service est plus importante. De même, la qualité de l'eau prélevée, c'est-à-dire la simplicité du traitement de l'eau ou bien la qualité du réseau, définie pas son rendement, permettent d'obtenir un tarif moins élevé également.

Les observations des juridictions financières montrent la difficile connexion entre le coût et le prix du service

Les enquêtes menées par les juridictions financières aboutissent à des conclusions similaires. Elles mettent en lumière la difficulté de l'appréhension des coûts dans le modèle de la DSP, en particulier la faible corrélation entre le prix pratiqué et le coût des charges générales. Les charges générales correspondent pour partie à des variables d'ajustement sans lien avec la structure du service. S'agissant de la prévision des charges entre le compte d'exploitation prévisionnel (CEP) et les comptes de résultats financiers (CRF), les observations d'audit amènent cependant à nuancer les conclusions tirées de l'analyse statistique relatives à la justesse des prévisions sur les charges locales et l'imprécision sur les charges plus générales.

Dans la gestion en DSP, le prix reflète difficilement les coûts pour les raisons suivantes :

- 1) La répartition des charges indirectes se fait souvent au *prorata* de la valeur ajoutée du contrat

Dans les comptes rendus annuels de résultat d'exploitation (CARE), la société délégataire présente ses méthodes d'élaboration des comptes annuels. Elle indique⁸⁹ notamment que « *le CARE prend en compte deux particularités essentielles du métier de délégataire de service public : la première de ces particularités est la mutualisation des moyens et matériel, (...) la seconde particularité est la nécessité de faire se correspondre sur des documents annuels, les dépenses dont certaines sont susceptibles de varier fortement d'une année à l'autre et des recettes qui ont, au contraire, été fixées d'avance pour la durée du contrat* ». On retrouve ces deux particularités dans les comptes à travers les produits et charges indirects et les charges calculées. Ces charges représentent 43% des charges totales, qui ne sont donc pas directement imputables au contrat et ne peuvent être retracées, si tant est

⁸⁹CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Société martiniquaise des eaux (SME), Exercices 2009 et suivants. Octobre 2016.

qu'elles le puissent, qu'indirectement, selon des méthodes complexes et peu transparentes.

Même les charges locales sont difficilement traçables dans certains cas. Les charges locales de personnel sont imputées à différents contrats sans que la traçabilité de l'affectation de ces charges aux contrats ne soit établie.

2) La composante « politique » de la fixation du prix déconnecte celui-ci de son coût réel

De nombreux services se vendent et s'achètent de l'eau en gros. Il arrive souvent que l'eau vendue en gros soit vendue beaucoup plus chère que le coût de revient. La marge acquise sur ces ventes permet d'abaisser le prix de l'eau distribuée aux usagers de son propre réseau. Il s'agit de décisions prises notamment par les élus locaux qui souhaitent ménager des tarifs plus avantageux pour leurs administrés.

Les observations d'audit menées en Guadeloupe et en Martinique font clairement apparaître ce facteur « politique ». C'est ainsi le cas du contrat signé par le syndicat intercommunal du centre et du sud de la Martinique (SICSM⁹⁰) avec la société martiniquaise des eaux (SME) qui prévoit une augmentation considérable de l'eau vendue en gros pour la communauté d'agglomération du centre de la Martinique (CACEM). Cela a été aussi le cas du syndicat intercommunal d'alimentation en eau et d'assainissement de la Guadeloupe (SIAEAG), quand, dans une décision du 28 mai 2008, le syndicat a multiplié par quatre le prix de la vente d'eau en gros.

3) La sous-estimation des coûts d'entretien, de maintenance et de renouvellement du réseau

La sous-estimation de ces coûts résulte d'une méconnaissance ou d'une sous-estimation par les collectivités publiques, de leur patrimoine. Les collectivités n'amortissent pas leur patrimoine de façon adéquate, ce qui fausse les coûts affichés. Certaines baisses de tarif proviennent d'ailleurs d'une diminution de la redevance de la collectivité et donc de la ressource affectée au renouvellement et au renforcement du réseau.

⁹⁰ Syndicat intercommunal du Centre et du Sud de la Martinique, contrat du 20 mars 2015 signé avec la société martiniquaise des eaux (SME).

La sous-estimation peut aussi être liée dans certains cas à l'absence de transfert complet du patrimoine entre collectivités compétentes pour la gestion de l'eau. Quand une commune transfère la compétence à un établissement public de coopération intercommunale (EPCI), le patrimoine n'est pas toujours affecté à l'EPCI ou à la structure de gestion de l'eau (régie par exemple), et la collectivité, le plus souvent, n'amortit pas les biens. C'est le cas observé pour la commune de Fort de France⁹¹, ainsi que pour la collectivité de Saint-Martin⁹².

- 4) La difficulté d'appréhender le niveau de marge et donc d'intégrer dans le tarif ce qui pourrait être un niveau « normal » de marge

La marge finale du contrat comprend en réalité d'autres marges que les marges visibles affichées dans les comptes. Le fonctionnement des fonds de travaux est un exemple des marges invisibles. On rappellera que les fonds de travaux fait partie des « travaux exclusif », c'est-à-dire des travaux réalisés dans le cadre du contrat, par application du bordereau des prix annexés au contrat. Ces travaux, même si les tarifs peuvent s'inspirer des tarifs pratiqués dans le secteur, sont déconnectés de la situation particulière de l'offre et de la demande à un moment donné, l'entreprise pouvant, pour réaliser les prestations dont elle a la charge, négocier des tarifs plus avantageux que ceux proposés dans le bordereau des prix. Les marges constituées ne sont donc pas visibles par la collectivité délégante.

La comptabilisation sur un fonds de travaux se fait de la manière suivante : Apparaissent en charges la dotation que le délégataire verse à ce fonds et en produits les facturations faites à la collectivité délégante et aux clients (particuliers ou entreprises). La facturation comprend la couverture des coûts et la marge du délégataire. La dotation est censée représenter la couverture des coûts (l'avance des coûts). Cependant cette dotation est à l'entière discrétion du délégataire. Il en résulte que la marge réelle sur les travaux est très difficilement vérifiable et le résultat du fond de travaux est à la discrétion du délégataire.

L'impact du résultat du fond de travaux dépend du montant des travaux facturés chaque année. Si le délégataire facture plus sur une année que le montant de la

⁹¹ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Commune de Fort-de-France. Exercices 2012 et suivants. En cours de publication.

⁹² CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, *Rapport d'observations définitives*, Etablissement des eaux et de l'assainissement de Saint-Martin– EEASM. Exercices 2006 et suivants. Décembre 2012.

dotation du fonds, le résultat sera positif et impactera positivement le CARE tout entier. Inversement, si le délégataire fait peu de travaux une année, elle fera apparaître un résultat déficitaire du fonds et donc impactera négativement le CARE.

Les travaux exclusifs peuvent donc être des centres de marge importants et peuvent représenter 20% des produits de la délégation. La répartition, dans le tarif à l'utilisateur, entre ce qui relève des coûts réels et ce qui relève de la marge est donc peu aisée à établir précisément dès lors que le fonds de travaux constitue une part importante du chiffre d'affaires du délégataire.

5) Les autres produits non comptabilisés, comme les produits de trésorerie.

Dans son rapport de 2003⁹³, la Cour des Comptes rappelle la difficulté de lier le tarif du service aux coûts réels du service, observations qui ont conservé toute leur pertinence aujourd'hui. Elle indique que « *Certains produits de la délégation, qui devraient couvrir une partie des charges imputées au compte annuel fourni à la collectivité délégante, sont parfois omis ou sous-estimés, ce qui peut contribuer à masquer les excédents du service ou même faire apparaître un déficit fictif. A partir des moyens de la délégation, la société exploitante peut créer des produits ou des services dont on peut ne trouver aucune trace dans les comptes annuellement rendus à la collectivité délégante. Or, si le service génère des gains autres que ceux liés au prix de vente au consommateur, il doit en être tenu compte dans la fixation de ce prix. Il en est ainsi des produits financiers qui peuvent être tirés du placement de la trésorerie générée par le décalage entre le recouvrement des factures d'eau, conservée dans les comptes des sociétés et le reversement effectif aux bénéficiaires : délégant ou organismes publics (agence de l'eau, fonds national des adductions d'eau, voies navigables de France) et éventuellement exploitant de l'assainissement* ». Il est en effet remarquable qu'aucune des DSP auditées, à ce moment et encore aujourd'hui, ne comptabilise les recettes provenant des placements de trésorerie.

Dans le rapport d'observations définitives sur la Société martiniquaise des eaux, rendu par la Chambre régionale des comptes Antilles Guyane en 2016, la société délégataire ne comptabilise aucune recette à ce titre. Il est indiqué : « *Les principales sources de trésorerie productrices de revenus financiers sont la*

⁹³ COUR DES COMPTES, *Rapport au Président de la République*, « La gestion des services publics d'eau et d'assainissement ». Décembre 2003, p. 47.

conservation des redevances (reversées à l'ODE) pendant une certaine période de temps et les produits des fonds de travaux et de renouvellement. Une grande partie de ces produits revient donc au contrat passé avec le SICSM. Il importerait de communiquer la part des produits financiers provenant du contrat signé avec le SICSM sur l'eau potable et sur l'assainissement. La SME indique que le contrat induit un coût financier puisque la SME a l'occasion, d'après les indications données par la SME, d'actionner la convention de trésorerie avec le groupe Lyonnaise des eaux. Mais dans ce cas, il conviendrait d'identifier les coûts de trésorerie supportés par la SME et qui se répercutent sur le contrat du SICSM⁹⁴ ». La Chambre des comptes a ainsi fait la recommandation d'« identifier l'ensemble des charges et des produits financiers dans les comptes de la délégation ».

Conclusion

De ces développements on peut conclure qu'identifier le « vrai » coût de l'eau est une mission impossible. En outre, les acteurs de la gestion de l'eau : la collectivité publique, le délégataire et, dans une certaine mesure, le consommateur, n'ont pas obligatoirement un intérêt direct à afficher le vrai coût de l'eau et la répartition précise de ses composantes. Le choix du sous-investissement dans la durabilité du service (investissements de long terme), et dans la durabilité de la ressource (avec les coûts environnementaux associés) est aussi un choix du consommateur et du citoyen, qui souhaite le plus souvent un prix de l'eau le plus faible possible et reporte sur l'avenir des coûts actuels.

L'objectif du contrôle dans ces conditions est néanmoins de connaître le plus précisément possible les composantes du coût de l'eau et de construire un prix, sinon vrai, du moins acceptable et justifié.

1.2.2. LE DROIT A L'EAU

La cité s'est toujours constituée autour de points d'eau et la gestion de l'eau fait partie des activités qui forment le cœur de la cité. Les fonctions urbaines et sociales nécessitent une bonne répartition de l'eau et donc un contrôle public sur le service de l'eau. Si la qualité et le prix sont des déterminants importants, l'accès à l'eau, en continu et pour tous les citoyens, est une priorité sociale. Le droit à l'eau, la question

⁹⁴ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Société martiniquaise des eaux (SME), Exercices 2009 et suivants. Octobre 2016, p. 21.

de l'assainissement et la question du respect de l'environnement, c'est-à-dire le rapport de l'homme en général et de ses activités avec le milieu dans lequel il évolue, touchent aussi à la question de la dignité humaine.

1.2.2.1. LE STATUT DE L'EAU

L'eau est appréhendée dans le droit français comme une marchandise mais ce n'est pas une marchandise comme une autre. C'est un bien protégé par une réglementation précise, en raison de la valeur ajoutée de la disponibilité de cette ressource essentielle pour toute civilisation. Pour définir le statut juridique de l'eau, on doit distinguer quatre éléments : l'eau elle-même, « courante », le milieu dans lequel l'eau est présente et enfin les installations qui servent à la capter, la conduire, la stocker, pour différents usages dont celui de la consommation humaine (eau potable). S'agissant des usages de l'eau, certains sont commerciaux, comme la production et la distribution de l'eau potable et certains non commerciaux, comme l'eau utilisée par les services d'incendie et de secours par exemple. Il y a enfin l'eau usagée et son retour au milieu naturel.

L'eau elle-même, l'eau « courante », appartient à tous

L'eau elle-même est considérée dans la plupart des cas comme « *res communis* », elle n'appartient donc à personne⁹⁵. Le code civil précise que « *il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous*⁹⁶ ». Les propriétaires ou riverains n'ont qu'un droit d'usage dans les conditions fixées par la loi.

La juridiction administrative le rappellera à l'occasion de contentieux nés du prélèvement d'eau dans des cours d'eau présents sur la propriété des riverains : « *Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 97 du code rural : Les riverains n'ont le droit d'user de l'eau courante qui borde ou qui traverse leurs héritages que dans les limites déterminées par la loi. Ils sont tenus de se conformer, dans l'exercice de ce droit, aux dispositions des règlements et des autorisations émanées de l'administration ; qu'il résulte de ces dispositions que les propriétaires riverains des cours d'eau non domaniaux ne disposent sur l'eau desdits cours d'eau,*

⁹⁵ DROBENKO Bernard, *Introduction au droit de l'eau*, Ed. Johanet, 2014, p. 35.

⁹⁶ Code civil, art. 714, tiré de la loi du 29 avril 1803.

qui n'est pas susceptible d'appropriation, que d'un droit d'usage qu'ils exercent dans les conditions et les limites déterminées par la loi⁹⁷ ».

La directive cadre de l'union européenne de 2000 énonce que « *l'eau n'est pas un bien marchand comme les autres* ». En effet, elle dispose d'un statut de « *res communis* », c'est-à-dire un bien qui ne peut, sauf exceptions, faire l'objet d'une appropriation. Dès lors et quel que soit le propriétaire du milieu, l'eau n'est pas susceptible d'appropriation et son usage est déterminée par la loi.

Le milieu qui porte l'eau

Si l'eau est une chose commune, il en est différemment du milieu qui la porte. Le lit et les berges des rivières ont différents propriétaires. La loi de 1898 distinguait les voies navigables (qui peuvent porter des embarcations) et les voies non navigables. Les premières étaient soumises à un régime de droit public, tandis que les autres relevaient du droit privé. Ces notions sont toujours utilisées aujourd'hui pour distinguer les cours d'eau domaniaux des cours d'eau non-domaniaux mais d'autres données entrent en ligne de compte.

Le statut de domanialité est en effet issu de la distinction de 1898 mais celui-ci résulte aujourd'hui d'une décision administrative selon un classement qui repose sur le motif d'intérêt général qui justifie ce classement : navigation, alimentation des eaux de navigation, besoin en eau de l'industrie, de l'agriculture, des populations, besoin de protection contre les inondations, etc. Par ailleurs, si les cours d'eau domaniaux ont fait initialement partie du domaine public de l'Etat, une partie de ces cours d'eau a été transférée aux collectivités locales avec la décentralisation.

Les départements d'outre-mer ont un régime particulier. C'est la loi qui définit le caractère domanial ou non des milieux. L'article L. 5121-1⁹⁸ du Code général de la propriété des personnes publiques dispose que « *Dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion, sous réserve des droits régulièrement acquis par les usagers et propriétaires riverains à la date du 6 avril 1948 et validés avant le 6 avril 1953 : 1° Les sources et, par dérogation à l'article 552 du code civil, les eaux souterraines font partie du domaine public de*

⁹⁷ CAA Bordeaux, n°00BX02386.

⁹⁸ Modifié en dernier lieu par la loi n°2006-1772 du 30 décembre 2006.

l'Etat ; 2° Les cours d'eau et lacs naturels, sous réserve de leur déclassement, font partie du domaine public fluvial défini à l'article L. 2111-7 du présent code. ».

Le domaine public de l'Etat est donc plus étendu qu'en métropole puisque par exemple, les eaux souterraines en font partie par dérogation à l'article 552 du code civil qui dispose que « *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* », sous réserve des droits régulièrement acquis par les usagers et riverains à la date du 6 avril 1948. Un usage strictement domestique ne donnera cependant pas lieu à autorisation, ce qui n'est pas le cas des autres usages.

S'agissant des eaux non domaniales, notion qui n'est définie juridiquement que par opposition à la notion d'eaux domaniales, son usage est régi par le principe que « *l'usage de l'eau appartient à tous dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurs établis*⁹⁹ ». Il y a donc lieu de préserver les intérêts privés du propriétaire du milieu dont le droit s'inscrit cependant dans le droit des autres propriétaires et notamment des usagers inférieurs, en vertu du principe que l'usage par le propriétaire est subordonné à la condition de « *la rendre à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire*¹⁰⁰ ».

Mais pour ces eaux, il y a lieu de préserver l'intérêt général également. Celui-ci se manifeste dans la préservation des écosystèmes mais aussi dans la conciliation des différents usages. Dans ce cadre, des servitudes d'usage peuvent être instaurées.

Les ouvrages et l'eau qui les alimentent appartiennent au domaine public de l'EPCI

Les ouvrages (captage, transformation, stockage, adduction) vont transformer l'eau naturelle en eau « captée » ou « transformée ». Les questions qui se posent sont les suivantes : les biens de captage, d'adduction, de stockage font-ils partie du domaine public ou du domaine privé et du domaine public ou privé de quelle collectivité ? L'autre question est : l'eau « captée » ou « transformée » a-t-elle changé de statut, est-elle passée de *res communis* à un domaine, public ou privé, et lequel ?

Deux conditions sont requises pour attribuer le caractère d'appartenance au domaine public : le critère déterminant est l'affectation à l'utilité publique du bien,

⁹⁹ Article L. 210-1, alinéa 2 du code de l'environnement.

¹⁰⁰ Article 644 du code civil.

auquel la jurisprudence à ajouter un second critère : la notion d'aménagement spécial. Typiquement, un lavoir qui n'est plus affecté à l'usage du public ne pourra plus être considéré comme une dépendance du domaine public. L'eau « captée » et traitée sur telle ou telle commune répond aux deux critères. Mais à quel domaine public le bien est-il affecté ? Le domaine public communal, départemental, de l'Etat, voire « intercommunal » ou communautaire ?

Si on prend l'exemple des lavoirs ou fontaines communaux, le caractère de dépendance du domaine public communal, a été consacré par une décision déjà ancienne de la Cour de Cassation¹⁰¹. Depuis 1861, la jurisprudence judiciaire a jugé que les eaux qui alimentent une fontaine publique communale font partie du domaine public municipal, même pour la portion de ces eaux excédant les besoins des habitants¹⁰². Cette interprétation a été confirmée en 1889¹⁰³, dans une configuration où l'eau surabondante est l'eau qui n'est pas consommée par les habitants et non l'eau destinée à d'autres habitants (dans une intercommunalité par exemple, qui n'existait pas à l'époque). On voit ici que le juge attribue tant les fontaines elles-mêmes que l'eau qui alimentent les fontaines communales au domaine public communal. Il y a donc bien une distinction entre le statut de l'eau « naturelle » et qui n'est pas incluse dans un service (lavoir, fontaine, eau potable

¹⁰¹ Cour de Cassation, Chambre civile, 14 février 1900, D.P. 1900.1.593.

¹⁰² Point confirmé par la Cour de cassation, 4 juin 1866, D.P. 1867.1.35 (« vainement le pourvoi objecte que ce principe (la domanialité publique) n'est applicable qu'aux eaux qui sont indispensables pour la satisfaction des besoins communaux et non aux eaux superflues et surabondantes »), et Req. Cass. 15 novembre 1869, D.1870.I.275 : « *Attendu qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre celles qui sont nécessaires aux besoins des habitants et celles qui excèdent ces mêmes besoins ; que cette circonstance essentiellement variable ne peut avoir pour effet de changer leur destination publique et de modifier les conséquences légales qui en découlent* ». Voir également, à propos des conséquences sur les concessions accordées sur ces eaux : C.A. Lyon, 14 janvier 1881, D. 1882.II.182, infirmé par Civ. Cass. 24 janvier 1883, Commune d'Ambierle c/ Allier, D. 1884.I.107. On verra sur ce point le mémoire de FARINETTI Aude, « L'eau domaniale. La gestion des fontaines publiques et des lavoirs à Lyon », Université Lyon III, 1999.

¹⁰³ « ...les eaux qui alimentent les fontaines publiques d'une ville font partie du domaine public municipal [...] sans distinction entre celles indispensables à la satisfaction actuelle des besoins communaux et les eaux superflues et surabondantes [...] ». Cf. Cour de Cassation, Chambre civile, 30 avril 1889, Commune d'Alet contre compagnie générale des eaux minérales d'Alet, D. 1889.I.373.

distribuée) et l'eau justement incluse dans un service et destiné à l'alimenter¹⁰⁴ et qui a un statut de dépendance du domaine public¹⁰⁵.

Sur la question de l'appartenance au domaine public communal ou au domaine public de l'intercommunalité, l'exemple des fontaines de Lyon est intéressant dans la mesure où la Communauté urbaine s'est vu transférer la propriété de la voirie routière et des places publiques sur lesquels étaient situées ces fontaines. La question qui se pose est de savoir si le transfert a eu pour conséquence de déposséder la Ville de Lyon de ses fontaines. La réponse est négative dans la mesure où le texte précise que le transfert de propriété ne s'opère que « *dans la mesure où (les biens) sont nécessaires à l'exercice des compétences de la Communauté* ». Or les fontaines n'ont d'autre lien avec la voirie que leur situation géographique et on peut difficilement prétendre que l'acquisition de ces ouvrages soit une condition nécessaire à l'exercice des compétences en matière de voirie.

1.2.2.2. LA NATURE DU DROIT A L'EAU

Le droit à l'eau comme composante du droit au logement se matérialise par l'interdiction des coupures

Durant les années 90 s'est développée l'affirmation de droit sociaux nouveaux et notamment le droit des plus pauvres à un logement, à un revenu minimum, à la santé, à l'éducation et à la culture, avec la création du revenu minimum d'insertion (RMI, 1988), du fonds social du logement (FSL, 1990), de la couverture maladie universelle (CMU, 1999). Le droit à l'eau est ainsi considéré, non comme un droit spécifique, mais comme faisant partie du droit au logement, avec des conséquences sur la délivrance du service de distribution d'eau potable et notamment l'interdiction progressive des coupures d'eau.

¹⁰⁴ Cette position est également adoptée par le Conseil d'Etat qui a jugé que les eaux effectivement captées (et non celles qui sont susceptibles de l'être) et destinées à l'usage du public font partie du domaine public de la commune. Les installations de captage, de distribution, sont soumises, pour leur appartenance au domaine public, aux mêmes conditions que les eaux communales. CE, 16 novembre 1962, Ville de Grenoble.

¹⁰⁵ L'eau connaît ainsi un statut de bien marchand protégé (*res communis*), comme eau à l'état naturel, un statut de bien non marchand (comme appartenant au domaine public) quand elle alimente dans le circuit de la transformation puis un statut de bien marchand vendu aux abonnés.

Les lois du 1^{er} décembre 1988¹⁰⁶ et du 29 juillet 1992¹⁰⁷ sur le revenu minimum d'insertion avaient posé les bases d'un dispositif de solidarité pour l'aide à la prise en charge des factures d'eau. Une charte « solidarité eau » a été élaborée le 6 novembre 1996 pour être signée entre les différents partenaires de la fourniture d'eau. Elle prévoit notamment le maintien du service le temps de l'examen de la situation sociale des usagers, des abandons de créances, etc. Cette charte a eu une application très relative en raison du nombre de partenaires concernés. La loi relative à la lutte contre les exclusions avait mieux précisé les droits garantis, mais sans fixer des obligations et des sanctions au non-respect de ces droits. Elle fait reposer la garantie des droits sur le volontariat des partenaires concernés : collectivités territoriales, entreprises gestionnaires, avec une participation des départements. Il résulte de ces dispositions que les coupures d'eau sont interdites pour les foyers en situation de précarité. Mais la grande complexité de traitement des dossiers par les multiples autorités concernées : fonds social logement, caisses communales d'action sociale, CAF, services sociaux des départements, etc., a conduit à ce qu'un nombre non négligeable d'autorités ne s'engagent pas dans le dispositif.

Au début des années 2000, on évaluait à 150 000 le nombre de coupures d'eau par an, pour diverses raisons. Il était d'ailleurs très difficile de connaître la raison réelle des coupures et notamment la situation réelle des foyers qui motivaient les impayés : précarité sociale et refus de payer. Le nombre de coupures liés à la précarité était estimé à 15% du total, soit environ 20 000. Finalement les coupures d'eau ont été interdites par la loi du 15 avril 2013¹⁰⁸ avec une entrée en application au 1^{er} mars 2014. Contrairement à l'électricité ou au gaz, qui ne peuvent être coupés qu'en dehors de la période hivernale, cette interdiction est permanente.

Les conséquences de ces dispositions sont très importantes dans le dispositif de gestion des services d'eau et notamment le dispositif de gestion contractuelle de la DSP. Les impayés ont fortement augmenté, rendant le risque économique, lié à la demande, plus important, et l'exploitation par l'entreprise privée moins attractif.

¹⁰⁶ Loi n°88-1088 du 1^{er} décembre 1988, relative au revenu minimum d'insertion.

¹⁰⁷ LOI n°92-722 du 29 juillet 1992 portant adaptation de la loi n°88-1088 du 1^{er} décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion et relative à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale et professionnelle.

¹⁰⁸ LOI n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, dite loi « Brottes ».

Le droit à l'eau comme composante des droits de l'homme

Le droit de l'eau a évolué sur le plan international, passant d'une question seconde à une question de premier plan souvent débattue au sein des organisations internationales et en particulier les instances de protection des droits de l'homme. Quelle est la nature et quels sont les fondements de ce droit à l'eau ? Il s'est constitué un droit à l'eau qui n'a pas véritablement acquis un statut de droit juridiquement protégé par le droit international mais qui peut se concevoir néanmoins comme un droit en devenir, ou un « *droit coutumier in statu nascendi* »¹⁰⁹.

Pour se convaincre de l'ampleur que prend la question de la protection de l'accès à l'eau, on peut se reporter à diverses sources du droit international. La principale source est l'observation général n°15 du comité des droits économiques, sociaux et culturels, adoptée en novembre 2002. L'observation générale affirme que « *le droit à l'eau consiste en un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun* ». Le Conseil des droits de l'homme a reconnu l'importance de ce droit dans la résolution relative au droit à l'eau adoptée en septembre 2010, en affirmant que le droit à l'eau « *découle du droit à un niveau de vie suffisant et qu'il est indissociable du droit au meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint, ainsi que du droit à la vie et à la dignité*. » La résolution du Conseil des droits de l'homme, tout comme l'observation du comité des droits économiques, sociaux et culturels n'est pas contraignante et ne saurait introduire un nouveau droit international contraignant. Cependant ces résolutions marquent un pas important dans l'émergence d'un tel droit.

On peut également se référer à de nombreuses résolutions de l'assemblée générale des Nations-Unies, comme la résolution 55/2 de l'assemblée générale des Nations-Unies : « *déclaration du millénaire* », de septembre 2000 qui fixe l'objectif de réduire de moitié la proportion de personnes qui n'ont pas accès à l'eau potable et à l'assainissement d'ici 2015¹¹⁰. On peut également citer la résolution votée le 28 juillet 2010 (A/64/L.63/rev.1) pour la reconnaissance du droit à l'eau comme droit fondamental, résolution initiée par la Bolivie. Cette résolution a été adoptée avec

¹⁰⁹ PERTERSMANN Marie-Catherine, *Les sources du droit à l'eau en droit international*, Ed. Johanet, 2013.

¹¹⁰ L'objectif a été atteint dès 2010, mais avec des disparités et essentiellement grâce aux progrès en Chine et en Inde.

une forte minorité d'abstention, ce qui enlève à son poids pour peser sur la création du droit. Mais le Conseil des droits de l'homme 15/9 du 30 septembre 2010 a adopté sans vote, et donc par consensus, une résolution sur les droits de l'homme et l'accès à l'eau potable et à l'assainissement. D'autres résolutions ont succédé à ces débats de 2010. En mars 2011, la résolution A/HRC/16/L.4, en septembre 2011, la résolution A/HRC/18/L.1, en septembre 2012, la résolution A/HRC/21/L.1, toutes des résolutions du Conseil des droits de l'homme sur le droit fondamental à l'eau potable et à l'assainissement.

On ne peut tirer de ces résolutions la mise en place d'un droit contraignant, ni même l'existence d'une *opinio juris sive necessitatis* (croyance de droit ou de nécessité), qui est la conviction que l'usage répété constitue une norme de droit. En effet, la Cour internationale de justice, dans un avis du 8 juillet 1996 a déclaré que quand une résolution a été adoptée avec un nombre non négligeable de votes contre et d'absentions, la résolution n'établit pas l'existence d'une *opinio juris*. Les divergences persistent entre les Etats sur l'opportunité de la création d'un nouveau droit, comme sur ses contours et sa nature. Cependant, on peut tirer de ces débats et résolutions qu'il y a de plus en plus d'Etats qui participent aux débats sur la question du droit à l'eau et qu'il se forme une prise de conscience de la nécessité d'agir pour la protection de ce droit. On notera la déclaration ministérielle qui a fait suite au 6^{ème} forum mondial de l'eau (2012) qui se donne pour objectif « *d'accélérer la mise en œuvre des obligations en matière du droit de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement par tous les moyens appropriés* ».

Le droit à l'eau, tel qu'il est conçu et reconnu au niveau international s'est forgé comme un « *droit indispensable pour réaliser d'autres droits dont il dépend* »¹¹¹. Ce n'est donc pas un droit autonome ni de valeur contraignante en lui-même, mais c'est un jalon, non encore totalement stabilisé, dans l'application des droits de l'homme.

Un des enjeux de ce droit à l'eau est le rôle qu'il peut jouer dans la reconfiguration des relations sociales entre les Etats et à l'intérieur des Etats. L'accession à l'eau est une question technique mais c'est aussi une question politique. Comme l'indique la chercheuse Marie-Catherine Pertersmann : « *ce que nous appelons le droit à l'eau est en fait le droit de participer, sur la base de non-discrimination,*

¹¹¹ PERTERSMANN Marie-Catherine, Les sources du droit à l'eau en droit international, Ed. Johanet, 2013, p. 109.

aux infrastructures de la société qui touchent à l'approvisionnement en eau »¹¹². Le contrôle des services d'eau a pour but de réaliser les objectifs politiques et sociaux du droit à l'eau.

S'agissant de la gestion elle-même, publique ou privée, les instances internationales n'entrent pas dans cette considération. Quel que soit le mode de gestion, c'est aux Etats de garantir la protection de ce droit à l'eau. Mme Catarina de Albuquerque, rapporteur spéciale du Conseil des droits de l'homme sur le droit à l'eau et à l'assainissement indique : *« le cadre relatif aux droits de l'homme ne préconise pas une forme particulière de fourniture de services. Il est clairement établi que, du point de vue des droits de l'homme, les Etats peuvent choisir d'associer ou non des acteurs non étatiques à la fourniture de services de distribution d'eau et d'assainissement. En revanche, l'Etat ne peut pas se soustraire à ses obligations au regard des droits de l'homme et demeure donc le principal responsable. Aussi, son rôle est-il crucial, y compris lorsque d'autres acteurs sont associés à la fourniture de services »¹¹³.*

L'impact du droit à l'eau sur la régulation des DSP

Comme nous l'avons vu, le droit à l'eau, au niveau national ou international, n'est ni un droit autonome, ni un droit qui a valeur contraignante en lui-même. Néanmoins, ce droit à l'eau a un impact dans l'exécution des contrats et dans la relation contractuelle entre les autorités publiques et les gestionnaires de l'eau.

Au niveau international, se pose spécifiquement la question de la relation entre les entreprises gestionnaires, souvent des entreprises étrangères, et notamment françaises, et les Etats dans lesquelles elles détiennent des contrats pour la production et la distribution de l'eau. L'exemple de la Bolivie est éclairant à ce sujet. En 2000, après avoir obtenu la concession de l'eau, la société concessionnaire avait augmenté les tarifs, provoquant la révolte des paysans de la région du Cochabamba. A l'occasion de ce conflit s'était posée la question du droit à l'accès à la ressource en eau et de la protection de ce droit par une législation efficace. L'absence de réglementation des usages de l'eau entre les agriculteurs et le

¹¹²Ibidem, p. 98.

¹¹³ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, XVème sessions, Rapport de l'experte indépendante Catarina de Albuquerque, A/HRC/15/31 du 29 juin 2010, paragraphe opératif n°63.

délégataire de l'eau potable a ainsi eu un effet désastreux quand elle se combine avec la privatisation de la ressource.

En cas de conflit, naissant par exemple de la volonté pour une administration publique d'imposer une réglementation ou des normes ou des tarifications particulières, ou naissant du non-respect par l'entreprise de l'exécution de ses obligations, les parties font appel à des arbitrages internationaux. Deux types de droits vont s'opposer : le droit pour l'entreprise à la protection des investissements directs étrangers (IDE) et le droit pour un Etat de prendre des mesures d'intérêt général, mais qui vont affecter la valeur de l'investissement fait par l'entreprise.

Or, il apparaît qu'« *en matière d'IDE, le droit international offre une protection des intérêts susceptibles d'être mis en jeu nettement déséquilibrée au profit des aspects économiques*¹¹⁴ ». La raison de ce déséquilibre est liée au fait que « *les mécanismes de garantie du respect de normes environnementales et sociales manquent encore, dans une très large mesure, de force contraignante* ». Ce n'est pas le cas de la protection accordée par le droit international économique qui dispose de modes de règlement des différends qui peuvent être déclenchés de façon unilatérale. « *En cas de différend entre l'IPE¹¹⁵ et l'Etat hôte, le premier a la possibilité de saisir des juridictions spécialisées, [...] Ce faisant, ces juridictions ne prennent que très mal en compte les considérations d'intérêt général qui ont pu pousser les autorités publiques à modifier les conditions d'exécution du contrat* ». En fait, les arbitres vont examiner la conformité du comportement des Etats au contrat et la façon dont les entreprises sont généralement traitées dans des cas similaires.

Au niveau national, la France ne reconnaît pas formellement le droit à l'eau. L'article L. 110-1 du code de l'environnement précise que « *l'usage de l'eau appartient à tous et chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiques acceptables* ». C'est dans la définition du logement décent que se trouve imposé l'installation d'alimentation en eau potable, les installations d'évacuation des eaux usées, etc. Le professeur Bernard Drobenko qualifie l'approche de la France « *pour l'essentiel économique et consumériste*¹¹⁶ ». Le droit à l'eau en tant que tel n'est pas

¹¹⁴ Gestion privée de l'eau : où va le droit international ? Vanessa Richard, Centre d'études et de recherches internationales et communautaires (CERIC), UMR 6201 CNRS/ université Paul-Cézanne Aix-Marseille-III, in CONSEIL D'ETAT, *L'eau et son droit, Rapport public 2010*, p. 517.

¹¹⁵ IPE : Investisseur privé étranger.

¹¹⁶ DROBENKO Bernard, *Introduction au droit de l'eau*, Ed. Johanet, 2014. p. 269.

reconnu formellement, malgré les propositions de loi faites en ce sens. Les atténuations au caractère marchand de l'eau sont assez faibles. Elles se traduisent par exemple par l'interdiction des coupures d'eau¹¹⁷, ou la délivrance gratuite de l'eau aux services d'incendie et de secours.

La question d'un tarif social est également une des façons d'aborder la question du droit à l'eau. Des études ont été faites sur le sujet et ont abouti au consensus que le prix de l'eau ne devrait pas dépasser 3% des revenus d'un ménage. Ces dépassements restent rares, sauf dans certaines régions qui ont un historique des prix défavorable et des conditions de production de la ressource et de délivrance du service particulières¹¹⁸.

1.2.2.3. L'ASSAINISSEMENT : UN DROIT A LA SANTE ?

Il faut rappeler aussi que dans le droit à l'eau, tel qu'il est défini par exemple par le Conseil économique et social des Nations-Unies, il y a le droit à l'assainissement. Il ressort que le droit à l'eau se décompose du droit à l'eau potable d'une part et du droit de disposer d'un équipement de traitement des eaux usées, du droit à l'assainissement. On retrouve cette même conception dans les documents du fonds des Nations-Unies pour la population (FNUAP) et de l'organisation mondiale de la santé (OMS)¹¹⁹.

La question de la nature du service : un service public industriel et commercial (SPIC) ou un service public administratif (SPA) ?

L'identification du service public est loin d'être aisée tant l'objet des services publics est étendu. Et ainsi que l'écrivait le professeur Pierre Delvolvé, « *cette diversité a conduit à la distinction des services administratifs et des services industriels et commerciaux, selon des critères qui ajoutent à la difficulté de reconnaître un service public*¹²⁰ ». C'est particulièrement le cas pour l'assainissement.

¹¹⁷ Cf. Loi n°2013-312 du 15 avril 2013 dite « Loi Brottes ». L'interdiction des coupures d'eau est associée à la limitation très forte des cas autorisés de limitation du débit.

¹¹⁸ C'est le cas par exemple de l'île de Saint-Martin aux Antilles françaises. Cf. CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, *Rapport d'observations définitives*, Etablissement des eaux et de l'assainissement de Saint-Martin– EEASM. Exercices 2006 et suivants. Décembre 2012.

¹¹⁹ DROBENKO Bernard, *Introduction au droit de l'eau*, Ed. Johanet, 2014, p.266.

¹²⁰ DELVOLVE Pierre, *Le droit administratif*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2010, p. 46.

Le régime juridique du service public de l'assainissement a été assimilé à celui de l'eau potable. C'est l'article 75 de la loi du 29 novembre 1965¹²¹ qui statue sur le caractère industriel et commercial des services d'assainissement. Il dispose : « *Les réseaux d'assainissement et les installations d'épuration publiques sont financièrement gérés comme des services à caractère industriel et commercial* ». Après modifications par notamment par la loi du 3 janvier 1992, ces dispositions deviendront l'article L. 2224-11 du CGCT qui dispose que « *les services publics d'eau et d'assainissement sont financièrement gérés comme des services à caractère industriel et commercial* ».

La notion de SPIC renvoie à « *l'exploitation dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire*¹²² », parmi les trois critères du service public industriel et commercial, il y a l'objectif économique, l'organisation du service pour produire, et le financement. Comme l'indique le professeur Antoine Delblond, « *la législation impose aux communes un financement autonome de leur services publics industriels et commerciaux*¹²³ ». Un service communal d'assainissement sera qualifié de service public industriel et commercial en raison de son mode de fonctionnement et notamment de son financement, par les redevances perçues sur la consommation d'eau potable¹²⁴.

Cependant, le financement des services d'assainissement, et notamment le déséquilibre financier que l'on constate souvent dans ces services, les besoins très importants de renouvellement et d'investissements pour se conformer à la réglementation européenne, l'intervention de financements de l'Etat et de l'Europe par les fonds structurels, tout cela peut faire douter de l'application du critère d'une « *exploitation dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire* ». On remarquera que la loi n'indique pas explicitement que l'assainissement est un SPIC, elle indique simplement que la gestion financière du service doit être assurée comme celle d'un SPIC. Ces dispositions permettent une gestion indépendante du budget général des collectivités, avec le cantonnement du risque sur une autre structure que le budget de la collectivité elle-même.

¹²¹ Loi n°65-997 du 29 novembre 1965.

¹²² Tribunal des Conflits, 22 janvier 1921, *Colonie de la Côte d'Ivoire contre Société commerciale de l'Ouest africain*, n°00706.

¹²³ DELBLOND Antoine, *Droit administratif*, Ed. Larcier, 2009, p. 220.

¹²⁴ CE, 20 janvier 1988, *SCI La colline*, n°70719.

On constate bien l'ambiguïté du statut juridique du service de l'assainissement dans le cas de réseaux non séparatifs (unitaires) avec le service d'évacuation des eaux pluviales. En effet, contrairement au service d'assainissement, ce dernier est défini comme un service public administratif. L'article L. 2226-1 du CGCT indique : « *La gestion des eaux pluviales urbaines correspondant à la collecte, au transport, au stockage et au traitement des eaux pluviales des aires urbaines constitue un service public administratif relevant des communes, dénommé service public de gestion des eaux pluviales urbaines* ». Qu'advient-il quand le service est exécuté par un réseau unitaire dans le cadre d'un contrat de délégation par exemple ? On observe que ni la loi ni la jurisprudence ne prévoit l'exploitation par un contrat unique, mais il n'y a pas non plus d'interdiction absolue. « *La jurisprudence a toujours considéré que chaque service public distinct devait faire l'objet d'une convention propre, et qu'était contraire aux règles de la gestion déléguée l'exploitation sous une même convention de deux ou plusieurs services publics différents. Il s'agit là d'une règle de saine gestion et de transparence destinée à éviter qu'une activité déficitaire soit financée par les usagers d'un autre service*¹²⁵ ». Gérer deux services avec un même contrat n'est pas une pratique de bonne gestion certes, mais reste à savoir si cela est interdit formellement et par quelle règle.

Pour les réseaux séparatifs on peut envisager deux contrats en effet, mais pour un réseau unitaire, cela n'est pas possible pour des raisons purement techniques. La collectivité doit alors passer un seul contrat pour l'exécution des deux services. Cependant, même s'il y a un seul contrat, la gestion de l'assainissement en tant que SPIC impose de séparer les produits et les charges de chacun des services : la redevance d'assainissement ne peut être utilisée pour des travaux concernant l'eau pluviale. La collectivité doit alors verser une quote part correspondant à la charge spécifique de ce service¹²⁶.

Parallèlement à la question juridique du statut de l'assainissement, se pose la question du changement éventuel du statut juridique du service des eaux pluviales. L'utilisation de plus en plus importante des eaux pluviales, dans l'agriculture ou dans la consommation domestique, avec les rejets dans le réseau d'assainissement associé, pose la question de la prise en compte des prestations liées à cette catégorie

¹²⁵ Rép. Min. intérieur n°1671, JOAN Q 2 août 1993, p. 2352.

¹²⁶ Voir : Rép. Min. à la question écrite n°30338, JO Sénat 30 août 2001 et voir P. Blanquefort et G. Terrien, « Collectivités locales et service public de l'assainissement », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, n°38, septembre 2008, ainsi que B. Neveu : « Le service des eaux pluviales est-il soluble dans le service public de l'assainissement », *Revue Complément Service publics* – avril 2011.

d'eau. Le Conseil d'Etat en tire certaines conclusions : « *la possibilité de conférer une valeur économique positive aux différentes catégories d'eaux, notamment aux eaux brutes et aux eaux pluviales [...] devrait logiquement conduire à faire basculer à son tour ce service dans la catégorie des SPIC*¹²⁷ ».

Il est donc significatif que la question de la distinction de la gestion, par contrat, de deux services n'ait pas fait l'objet de règle ou de jurisprudence particulière. Cela montre la volonté certes de distinguer deux types de service différents, en raison de leur mode de financement, mais qui concernent le même cycle de l'eau.

Des enjeux importants et des résultats limités

La France est l'un des pays d'Europe disposant d'un taux de raccordement à l'assainissement collectif le plus faible, soit 82%¹²⁸. Cela s'explique aussi par la relativement faible densité de population par rapport au reste de l'Europe. De l'enquête menée en 2008, il ressortait que 2% des logements n'ont ni assainissement collectif, ni assainissement autonome. Si on ajoute les logements raccordés à la collecte mais non à la station d'épuration, 4% des logements n'ont pas de système d'assainissement, soit plus d'un million de logements. Sur les 96% de logements raccordés, une partie importante de l'épuration n'est pas conforme aux règles élaborées au niveau européen.

Les directives ont fixé les normes à atteindre ainsi que les délais maximaux d'atteinte de ces normes, mais les résultats ne sont pas satisfaisants et la France a été condamnée à de multiples reprises.

Les causes en sont attribuées, selon le Conseil d'Etat¹²⁹, notamment, à:

- L'investissement financier à mettre en place. Dans son rapport de mise en œuvre de la directive de 1991, rédigé en 2004, la Commission européenne évaluait les investissements nécessaires à 152 milliards d'euros.
- L'organisation du service : une multitude de maîtres d'ouvrage qui ne décident pas tous de s'investir dans cette problématique et qui n'en ont pas tous les moyens.
- Une insuffisance des moyens d'incitation et de contrôle.

¹²⁷ CONSEIL D'ETAT, L'eau et son droit, *Rapport public 2010*, p. 116.

¹²⁸ Source : SOeS – SSP, enquêtes "Eau et assainissement", 2008.

¹²⁹ CONSEIL D'ETAT, *L'eau et son droit, Rapport public 2010*, p. 181.

- Une dispersion des polices de l'eau.
- La faiblesse du droit pénal de l'environnement.

Le traitement des eaux usées nécessite un investissement financier conséquent et des compétences techniques importantes. La gestion de l'assainissement en France par le niveau communal ne va pas sans poser de problèmes. C'est le cas pour les structures communales ou intercommunales en milieu rural qui disposent de vastes espaces mais n'ont pas les moyens financiers de réaliser les investissements nécessaires.

On pourrait ajouter à ces causes, une recherche encore embryonnaire sur la régulation de l'assainissement. Ainsi que le souligne les chercheurs, « *Une question est particulièrement peu développée, celle de savoir si les mêmes modèles institutionnels et outils de la régulation peuvent être utilisés pour l'eau et l'assainissement. Cela reflète le fait que la réflexion sur l'organisation institutionnelle du secteur assainissement est peu avancée*¹³⁰ ».

1.2.2.4. LA PROTECTION DE LA RESSOURCE : UN DROIT DE L'ENVIRONNEMENT ?

En amont de la production et de la distribution d'eau potable qui font l'objet des contrats de DSP, et qui définissent le petit cycle de l'eau, se trouve le grand cycle de l'eau et sa régulation. L'influence du grand cycle sur le petit cycle est directe, le grand cycle déterminant les conditions dans lesquelles va s'opérer le petit cycle de l'eau. Le droit à l'eau est un droit à une eau de bonne qualité et disponible en quantité suffisante. Ainsi, par le paiement des taxes et redevances, les usagers participent directement à la régulation du grand cycle de l'eau. Cependant, quand on examine les conditions de financement de ce service de protection de la ressource, on constate que c'est le « consommateur domestique » de l'eau qui supporte quasiment seul cette charge.

En effet, les principes régissant l'activité des organismes en charge de la protection de la ressource en eau (et notamment les agences et offices de l'eau) sont, en théorie, ceux qui s'appliquent à toute institution œuvrant dans le domaine de l'environnement. Ces principes ont été dégagés lors de la Conférence de Rio en

¹³⁰ TREMOLET Sophie, BINDER Diane, Note de recherche, « La régulation des services d'eau dans les pays en développement », Agence française de développement (AFD), 19 avril 2010, p. 51.

1992 et mis en application dans la Charte de l'environnement¹³¹, élevée au rang de texte constitutionnel. Ces principes ont pour but d'assurer la réalisation d'un développement durable et sont :

- Le principe de prévention qui impose d'anticiper l'impact des activités humaines sur l'eau.
- Le principe de précaution qui impose d'éviter les situations d'irréversibilité.
- Le principe de pollueur/payeur qui impose aux acteurs économiques d'intégrer les effets des activités sur l'eau et de faire supporter par les pollueurs les conséquences de leurs activités.
- Le principe de participation qui doit conduire à renforcer l'information et la participation du public au processus décisionnel et favoriser l'accès à la contestation gracieuse et contentieuse.

Les redevances perçues par les agences et offices de l'eau doivent donc être soumises à ces principes. Ce n'est pas le cas. L'analyse des ressources des organismes¹³² montre bien que ces ressources proviennent à 90% de l'utilisateur domestique du service, le consommateur et non des principaux auteurs des pollutions (agriculture et industrie).

Avec la prise en compte des problématiques environnementales, la configuration du service change dans la mesure où le coût de la préservation et de l'amélioration de la qualité de la ressource vient s'ajouter à un coût de revient de la production et de la distribution du service. Cette situation de l'irruption d'un coût exogène n'est pas propre au domaine de l'eau et on la retrouve dans la gestion des aéroports ou des ports par exemple avec l'augmentation des coûts de sécurité et des taxes aéroportuaires corrélatives. Ces taxes ne représentent pas un coût direct lié à la mise à disposition du bien, mais un coût indirect. Il y a alors une difficulté supplémentaire à gérer un service dont l'une des grandes composantes, le prix, échappe en partie au gestionnaire du service.

Le respect du droit à l'eau n'est pas de la seule responsabilité des partenaires au contrat puisqu'il est de la responsabilité de l'Etat et des agences (ou office) de l'eau. Il est cependant un objectif qui doit être atteint par le service public de l'eau, qu'il soit géré par une DSP ou en régie.

¹³¹ Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

¹³² Les rapports d'observations définitives des chambres régionales des comptes de Martinique et de Guadeloupe sur les Offices de l'eau de Martinique (2015) et Guadeloupe (2017) montrent clairement la faible application du principe.

1.2.3. LA MAITRISE DE LA POLITIQUE DE L'EAU

Etant une ressource vitale et non remplaçable, parfois rare, l'eau et sa gestion comportent un enjeu politique. Il s'agit collectivement de pouvoir choisir le système qui paraisse le plus juste et le plus acceptable et de régler les conflits d'usage de l'eau.

La composante locale des enjeux de pouvoir a toujours été très importante pour ce bien difficilement transportable sur de longues distances. Une cité, une collectivité, aura l'ascendant sur une autre si elle garde le pouvoir sur la ressource en eau. Cela s'observe à un niveau international, dans ce que l'on a pu appeler les « guerres de l'eau », et au niveau local, à l'occasion de la recomposition des services d'eau, et notamment la prise de compétence par les communautés d'agglomération. Nombreuses sont les discussions et les conflits sur la gestion de la production de l'eau, qui ne se trouve pas forcément sur le territoire de telle ou telle intercommunalité. Ces conflits ont souvent une tournure politique. C'est la même question qui se trouve posée dans les problématiques de vente d'eau en gros : d'une collectivité vers une autre collectivité ou vers le délégataire ou l'opérateur d'une autre collectivité.

1.2.3.1. LA MONTEE EN PUISSANCE DES GRANDES INTERCOMMUNALITES

Certains principes du droit de l'eau ont un impact sur la gestion contractuelle des services d'eau potable et d'assainissement. Ainsi le principe d'une gestion intégrée de la ressource, qui est un des principes de base du droit de l'eau et consiste à prendre en compte les différents niveaux locaux, régionaux, nationaux, s'est heurté au principe d'une gestion très locale des services d'eau potable, qui, jusqu'à une date très récente, relevaient de la compétence communale.

La loi n°2015-991 du 7 août dite « NOTRé » ouvre davantage le périmètre de la gestion de l'eau avec l'affirmation du principe de l'exercice de la compétence de l'eau au niveau des agglomérations. Il s'agit d'un changement majeur dans la gouvernance de l'eau. C'est également une des réponses à l'exigence posée par le principe d'une gestion intégrée de la ressource. Comme le rappellent certains spécialistes du secteur de l'eau : *« Historiquement, les compétences eau et assainissement ont été portées par les communes. Du fait des investissements*

nécessaires à la réalisation des réseaux et ouvrages, des syndicats de communes se sont constitués. Ainsi, contrairement aux secteurs des transports et des déchets, l'eau a conservé une organisation principalement communale ou exercée par des structures spécialisées. La loi NOTRe, avec un objectif affiché et assumé de simplification du « millefeuille territorial » que constitue l'empilement commune, syndicat et communauté, a fait le choix de privilégier les EPCI à fiscalité propre. Ainsi, pour l'eau et l'assainissement, l'objectif final est de faire remonter les responsabilités à une échelle intercommunale¹³³ ». Parmi les conséquences de la loi NOTRe, « les syndicats qui rassemblent moins de trois EPCI seront automatiquement supprimés. Ces mesures vont impacter directement les 25 000 services d'eau et d'assainissement communaux existants ainsi que les 2300 syndicats qui ont la compétence eau et les 1100 qui ont la compétence assainissement. Seuls vont subsister les syndicats à une échelle supra-locale, quasi-départementale¹³⁴ ».

Plusieurs conséquences peuvent être envisagées, de ce changement d'échelle dans la gestion des services d'eau, sur la régulation des DSP :

- Un possible renforcement des collectivités vis-à-vis des opérateurs.
- La survenance d'un certain nombre de conflits d'usage entre collectivités, avec des incidences sur les ventes d'eau en gros et donc sur l'équilibre des contrats de DSP.
- L'éloignement possible entre l'utilisateur et le lieu de pouvoir de la collectivité, dans la mesure où l'élection du président de l'EPCI est moins directement démocratique que celle du maire.

Avec l'attribution de la compétence de droit commun pour l'eau potable et l'assainissement aux communautés d'agglomération, la localisation de la ressource devient une question majeure dans la régulation des services d'eau. De l'accès à la ressource et à sa maîtrise dépendra les conditions dans lesquelles le service sera rendu à l'utilisateur. La recomposition des compétences et des périmètres va, dans certains cas faire de l'eau, un fort enjeu de pouvoir.

¹³³ Entretien avec Eric Mourot, juriste référent du cabinet Espelia. <http://www.environnement-magazine.fr/article/43442-loi-notre-l-eau-passe-a-echelle-intercommunale/>.

¹³⁴ Ibidem.

Ainsi un certain nombre de conflits d'usages de l'eau entre collectivités sont nés, soit entre communes, ou entre communes et syndicats intercommunaux¹³⁵, soit encore entre EPCI¹³⁶, à l'occasion des discussions sur la répartition de l'actif et du passif des anciens syndicats de communes. Ces conflits comportent des enjeux de pouvoir entre élus locaux qui n'ont souvent rien à voir avec la bonne gestion de la ressource, et qui, au contraire, contribuent parfois à aggraver les conditions de gestion des services. Ainsi il arrive que le changement de périmètre aboutisse à la revendication, par une communauté d'agglomération, des ressources naturelles qui se situent sur son périmètre mais qui avait été exploitées à l'aide d'équipements construits par une autre collectivité.

Une inadéquation entre le périmètre du bassin d'approvisionnement et le service d'eau potable entraîne des mécanismes de ventes d'eau en gros entre différentes collectivités qui peuvent fausser l'équilibre financier du service et répartir la charge de façon non équitable entre usagers de différents services. Les usagers et les services deviennent alors concurrents sur une même ressource. Il peut arriver que qu'un des services d'eau diminue le prix de vente aux usagers de son service en contrepartie d'une augmentation du prix des ventes d'eau en gros. La charge est alors répartie, *in fine*, de façon inéquitable entre les usagers des différents services.

Encadré n°1 : Les effets de la recomposition territoriale dans le domaine de l'eau : l'exemple de la Guadeloupe¹³⁷

La question du « renforcement des collectivités publiques » est plus complexe qu'il n'y paraît. Le cas de la Guadeloupe est significatif de cette complexité. La mise en place de la loi NOTRe ne s'est pas véritablement traduite, aux Antilles, par le renforcement des collectivités vis-à-vis des opérateurs ou une rationalisation de la gestion de l'eau.

Certes, le nombre de collectivités en charge de l'eau est passé, en 2010 en Guadeloupe, de 12 collectivités à 9 en 2014. Après la loi NOTRe, il est passé à 6 en 2016, avec, en plus, 4 conventions de gestion (Lamentin, Deshaies, Sainte-Rose, Trois-Rivières).

¹³⁵ Voir par exemple le conflit qui oppose le syndicat mixte et la commune de Montpellier, CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic Saint-Loup*, n°290540.

¹³⁶ On pourra citer beaucoup d'exemple de multiplication des conflits, notamment outre-mer : entre la CACEM et le SICSM en Martinique, entre le SIAEAG et la CASBT en Guadeloupe, etc.

¹³⁷ Source : Observatoire de l'eau de Guadeloupe, 2018.

Pour ce qui est des opérateurs, on est passé de 7 opérateurs, dont trois opérateurs privés à 9 opérateurs, avec la création de la régie du SIAEAG et de la régie de Cap excellence. Il y a certes un « renforcement » des collectivités vis-à-vis des opérateurs privés, avec le départ programmé d'opérateurs privés, mais qui s'est accompagné d'un morcellement de la gestion. Le réseau avait été conçu avec une assez grande unité technique, conçu pour répartir la ressource localisée en Basse-Terre (communes de Capesterre et de Petit-Bourg principalement) sur l'ensemble des communes de la côte au vent et de la Grande-Terre, ainsi que les îles proches (Les Saintes et Désirade). Cette conception était cohérente avec la création du SIAEAG, compétent sur près de 160 000 habitants en 2012, avec un prestataire unique. Après la mise en œuvre de la loi NOTRe, le réseau a été géré par 3 opérateurs (Générale des Eaux, Régie Eaux d'excellence, Régie du SIAEAG) et trois autorités publiques compétentes, avec les difficultés techniques et de gouvernance qui ont fait suite à cette dispersion.

Le relèvement de la compétence de la gestion de l'eau vers les établissements publics de coopération intercommunale et particulièrement les communautés d'agglomération pose aussi la question de la gouvernance démocratique locale. L'exigence d'une participation plus grande des citoyens à la gestion de l'eau se heurte à une décision qui fait passer le droit commun de la gestion de l'eau d'une entité élue démocratiquement par la voie directe, la commune, à une entité dont le responsable n'est pas directement élu par les citoyens. Cette situation renforce l'exigence d'une meilleure régulation et d'une plus grande transparence de la gestion des DSP.

1.2.3.2. LA VOLONTE D'UNE MAITRISE LOCALE DANS UN CONTEXTE DE TRANSPARENCE LIMITEE

En période de tension entre les gestionnaires de l'eau et les usagers par exemple, de conflit entre les acteurs politiques et les citoyens, on observe une relocalisation des préoccupations, une volonté de maîtrise locale du service.

En Guadeloupe, à la suite des conflits dans la gestion de l'eau entre le SIAEAG et les autres collectivités, due à une augmentation massive du prix de la vente d'eau en gros en 2008, dans un contexte de troubles sociaux et suite à la révélation de pratiques de gestion très contestables par la chambre régionale des comptes de

Guadeloupe¹³⁸, un phénomène de remunicipalisation accélérée de la gestion de l'eau a été observé, avec la constitution de trois régies nouvelles sur le périmètre d'une population d'environ 200 000 habitants.

Dans l'affaire « Carignon », qui avait révélé la participation de certaines sociétés gestionnaires de l'eau à des pratiques de corruptions, les associations défendant les consommateurs, ont plus misé sur la régulation locale que sur la régulation nationale : *« Mais alors que les organisations de consommateurs agréées attendent de l'Etat un plus fort encadrement de l'action des collectivités locales – comparaison des performances, pouvoirs de sanctions et de réglementation confiés à une autorité administrative indépendante – les associations d'usagers souhaitent un renforcement de la maîtrise publique locale des services d'eau »*¹³⁹. » Le professeur Géraldine PFLIEGER note cependant que ce qui est vrai en situation de conflit, l'émergence de la figure du citoyen, et la valorisation des enjeux locaux, s'efface peu à peu en situation normale, au profit de la figure du consommateur.

Le règlement des conflits n'est pas favorisé par le manque de transparence dans le secteur, malgré les progrès accomplis. Si le principe de participation, un des principes du droit de l'eau, consiste à associer les usagers au processus décisionnel et à renforcer l'information, la gestion de l'eau par le biais d'une DSP est le fait d'une négociation entre deux parties au cours de laquelle l'information et la participation des usagers restent très limitées, que cela soit avant, pendant ou après la mise place du contrat.

Certains progrès ont été effectués dans le partage de l'information sur les services, avec la publication des différents rapports imposés peu à peu par la législation¹⁴⁰. Le législateur, tout comme le juge administratif, sont les gardiens de la bonne information des assemblées. L'information de l'assemblée délibérante est en effet un point incontournable lors de la passation des contrats de DSP. Cette information n'est pas toujours assurée de façon adéquate et le juge sanctionne l'absence de transparence sur les conditions de la passation d'une DSP.

¹³⁸ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Rapport d'observations définitives*, Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de la Guadeloupe (SIAEAG) – exercice 2005 et suivants. Décembre 2012

¹³⁹ PFLIEGER Géraldine, *Consommateur, client, citoyen : l'usager dans les nouvelles régulations des services de réseaux. Les cas de l'eau, de l'électricité et des télécommunications en France*, Ecole des Ponts – ParisTech, 2003, p. 347.

¹⁴⁰ Cf. La partie consacrée à l'usager (titre 6).

Ainsi, dans une décision du 4 juillet 2012, le Conseil d'Etat sanctionne d'absence d'information du conseil communautaire : « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que les négociations avec les deux candidats dont les offres avaient été jugées recevables ont été menées sur la base d'une durée de la convention de trente ans et que le rapport au conseil communautaire présentait une synthèse des offres formulées pour cette seule durée ; que, toutefois, ce rapport proposait aux membres du conseil communautaire d'autoriser la signature de la convention pour une durée de vingt ans seulement, en précisant que la conséquence de cette orientation, qui se traduirait par une indemnisation à hauteur de la valeur des biens non amortis à l'issue du contrat, serait " un moindre renchérissement du coût au m³ de l'investissement (environ 0,02 euros / m³) (...)" , mais sans préciser le montant de la valeur de cette indemnisation alors qu'elle s'élevait à près de dix-sept millions d'euros ; qu'une telle omission, qui caractérise une insuffisance d'information des membres du conseil communautaire, affectant nécessairement le consentement donné par le conseil, a entaché d'illégalité la délibération du 11 juin 2009 par laquelle le conseil communautaire de la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION CHARTRES METROPOLE a décidé la signature de la convention avec la société VEOLIA EAU - COMPAGNIE GENERALE DES EAUX¹⁴¹ ».* La sanction se limitera cependant à annuler la convention en cas d'absence d'autorisation nouvelle donnée à l'exécutif dans un délai de 3 mois.

Conclusion du titre 1

Le pouvoir de contrôle des délégations de service public se définit comme une prérogative de puissance publique de la collectivité publique et comme un devoir vis-à-vis des usagers, en tant que « garant » du service public. Le droit à l'eau n'a cessé de se renforcer, tant sur le plan national qu'international bien qu'il ne soit pas reconnu comme tel par de nombreux pays, dont la France. Il est perçu comme une des composantes des droits de l'homme en tant que composante essentielle d'un droit à la santé. L'accès à ce droit est lié à la question du prix de l'eau mais aussi aux dispositifs mis en place pour la protection de ce droit : l'interdiction des coupures et la mise en place de mesures sociales. Le contrôle trouve sa légitimité dans l'administration d'un service public et non dans le management (ou la gestion) d'un service industriel et commercial.

¹⁴¹ CE, 4 juillet 2012, *Communauté d'agglomération de Chartres métropole*, n°352417.

Pourtant, la dimension managériale n'est pas étrangère à l'administration d'un service public, et cette deuxième dimension prend le pas sur la première quand les parties sont dans une relation de partenariat de longue durée. Qu'administre-t-on quand on ne dispose pas des outils techniques, financiers, managériaux (*reporting*, gestion du personnel, culture d'entreprise, etc.) qui permettent le suivi, l'évaluation et la direction du service ? C'est là tout le paradoxe des délégations de service public.

L'exercice du contrôle se heurte alors à la relation qui existe entre une collectivité délégante qui ne détient qu'une partie du savoir-faire stratégique et du capital, qu'elle partage le plus souvent avec la société-mère de la société locale délégataire. La collectivité publique ne détient pas les leviers de contrôle de la gestion : gestion des managers stratégiques, la culture d'entreprise ou le savoir-faire technique (qui revient à la filiale, société délégataire). Elle ne dispose d'un pouvoir sur les procédures que de façon indirecte car elle dépend des données produites et des logiciels utilisés par le délégataire. Elle ne peut avoir un pouvoir de « contre-rôle ».

L'objet du contrôle n'est pas de contrôler la gestion du service, puisqu'elle est déléguée, mais plutôt de s'assurer de sa compatibilité avec les objectifs que l'on a définis, et d'imposer au délégataire de rendre des comptes, fidèlement, sincèrement de sa gestion, à la collectivité publique. Celle-ci doit s'assurer de la capacité effective de son délégataire à faire respecter les grands principes du service public : continuité, mutabilité, égalité et neutralité. Le respect de ces principes impose des obligations de sincérité sur les comptes produits, comme étant la base de la confiance entre une collectivité et son délégataire.

TITRE 2 : L'INVERSION DU POUVOIR

Introduction du titre 2

L'analyse des relations de pouvoir et d'influence est nécessaire pour caractériser la portée d'un contrôle. Le contrat de DSP d'eau s'inscrit dans un environnement institutionnel qui laisse subsister deux acteurs majeurs : les communes regroupées et les grandes sociétés devenues, pour certaines, internationales. La portée du contrôle d'un SPIC dépend aussi des caractéristiques économiques du domaine d'activité et de l'équilibre des relations défini par le contrat dont la forme et la pratique ont été modelées par la jurisprudence.

Nous tenterons de caractériser le rôle des acteurs du domaine de l'eau (partie 2.1.) et les déterminants économiques et juridiques du contrat de DSP d'eau (partie 2.2.). Dans la première partie nous verrons le rôle respectif des acteurs et comment se conçoit la maîtrise « locale » du service. Dans la deuxième partie on s'appuiera sur les théories économiques liées au contrat long de partenariat (2.2.1.) et sur l'équilibre du contrat tel qu'il a été définie par la réglementation et la jurisprudence (2.2.2.).

2.1. LES ACTEURS DE L'EAU

Deux grands phénomènes ont forgé la structuration des acteurs des services publics après la révolution française et tout au long du XIX^{ème} siècle : « *la volonté de libérer le commerce et l'industrie en permettant d'entreprendre dans tous les domaines*¹⁴² », qui s'est traduite par la limitation initiale des régies dans la gestion des services publics, et l'émergence de la liberté de contractualisation pour les collectivités locales « *séculairement considérées comme mineures, et à qui l'on donne brutalement des responsabilités claires et des compétences de plus en plus nombreuses tout en contrôlant étroitement leurs contrats par voie de décret en Conseil d'Etat ou par la loi*¹⁴³ ».

Le modèle de la concession est alors promu et il est admis que l'administration ne doit pas empiéter sur les prérogatives des commerçants, ou des entreprises privées en générale. Le modèle de la concession avait déjà connu quelques réussites (mais aussi quelques déboires) au XVII^{ème} et au XVIII^{ème} siècle, dans l'établissement des colonies en Amérique par exemple : les pouvoirs publics souhaitaient favoriser l'émergence de grandes entreprises financières et industrielles qui avaient vocation à devenir des partenaires puissants de l'administration, dans la conquête industrielle et économique du monde. Le modèle de la concession s'inscrit aussi dans une logique de financement des infrastructures : à défaut de ressources internes, il faut trouver des ressources externes et faire financer par des tiers les ouvrages que l'on considère comme essentiels et structurants. La construction des grands services publics à la fin du XIX^{ème} siècle, comme l'électrification, les chemins de fer, le gaz, l'eau et l'assainissement, traduit un besoin qui dépasse les capacités de l'administration.

Le développement des collectivités locales comme acteurs majeurs dans la gestion des services publics locaux est long et difficile dans la mesure où, même s'il est reconnu une liberté de contractualisation, cette liberté est toujours sous surveillance, comme le rappelle le caractère relativement récent des lois de décentralisation. Au moment de l'émergence des grands services publics, Xavier Bezançon nous rappelle que « *l'autorité ne sait pas faire, ne veut pas faire, et n'a en général par les moyens de faire ni le droit de faire, aussi est-elle en permanence*

¹⁴² BEZANCON Xavier, *Les services publics en France, De la révolution à la première Guerre Mondiale*, 1983, Presses de l'Ecole nationale des ponts et Chaussées, p. 38.

¹⁴³ Ibidem, p. 58.

confronté à sa propre incapacité en matière infrastructurelle et aux sollicitations d'inventifs réalisateurs privés¹⁴⁴ ». Ces considérations restent encore valables aujourd'hui pour un certain nombre de collectivités. Même si la gestion des eaux a depuis longtemps été du ressort de la collectivité locale, « l'inventivité » du secteur privé et le poids du centralisme a quelque peu restreint les capacités des collectivités locales à prendre la mesure de leur rôle dans le contrôle de ces services publics.

2.1.1. UN ETAT MODESTE

2.1.1.1. L'ETAT PROMOTEUR DU LIBERALISME REPUBLICAIN

La promotion du modèle français de partenariat public privé qu'est la délégation de service public, est la résultante d'un contexte idéologique marqué au XIX^{ème} siècle par la montée du libéralisme : « *La gestion en régie par les collectivités publiques est philosophiquement et pratiquement très mal vue. Rejetée par son caractère antithétique avec les lois libérales révolutionnaires, qui fondent la primauté de l'entreprise individuelle sur toute autre forme d'entreprise, la gestion en régie est en permanence prohibée, déconseillée, voire autorisée par l'Etat dans des cas très spécifiques*¹⁴⁵ ». Xavier Bezançon indique que « *le service ne peut être géré en régie qu'exceptionnellement, et pour des raisons prouvées et mesurées préalablement*¹⁴⁶ ». Il faut remarquer à cette occasion, que cette conception est actuellement au principe de la PFI (*Private Finance Initiative*) en Grande-Bretagne. C'est aussi le principe à l'œuvre dans les réformes libérales de la commande publique aux Etats-Unis.

Le modèle de gestion privée émerge dans un rapport de pouvoir particulier entre l'Etat central et les collectivités territoriales. Une des raisons qui expliquent l'affirmation de ce mode de gestion souple, avec les différents types de contrats associés (affermage, concession, régie intéressée) et la place qu'occupent les sociétés privées dans le modèle français, réside dans la répartition du pouvoir entre institutions en France¹⁴⁷. L'Etat fort ne veut pas de collectivités locales fortes. Le « socialisme municipal » est découragé, avec une position ferme du Conseil d'Etat.

¹⁴⁴ BEZANCON Xavier, *Les services publics en France, De la révolution à la première Guerre Mondiale*, 1983, Presses de l'Ecole nationale des ponts et Chaussées, p. 58.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 39.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 40.

¹⁴⁷ Cf. LORRAIN Dominique, *Le modèle français des services urbains*, Economie et humanisme, 1990, n°305.

En effet, malgré la volonté affichée du gouvernement de cette époque¹⁴⁸ de favoriser les interventions économiques des communes, le Conseil d'Etat s'en tient aux principes qu'il avait définis, en déclarant que « *les entreprises ayant un caractère commercial restent, en général, réservées à l'initiative privée*¹⁴⁹ ». Il est nécessaire que des circonstances particulières justifient l'intervention publique. Or l'eau et l'assainissement sont des services industriels et commerciaux.

Au nom d'une vision libérale de la société et notamment de la protection de la liberté du commerce et de l'industrie contre toute prescription trop importante dans le domaine du commerce ou contre toute concurrence d'instances publiques qui viendrait limiter l'initiative commerciale privée, le Conseil d'Etat a fixé les limites de l'intervention des collectivités publiques, Etat et collectivités locales, dans le domaine industriel et commercial. C'est le sens de l'arrêt du 30 mai 1930, « *Chambre syndical du commerce en détail de Nevers* », qui, face aux décrets des 5 novembre et 28 décembre 1926 et face aux délibérations des communes instaurant des services municipaux de ravitaillement en denrées de toutes sortes, a posé les conditions très limitatives à une intervention des collectivités dans le domaine commercial. L'intervention ne peut se justifier que par la présence d'un intérêt public lié à « *des circonstances particulières de temps et de lieu* ». Le Conseil d'Etat a ainsi fait prévaloir le libéralisme strict sur le « socialisme municipal ».

La concession est également le reflet d'un fonctionnement institutionnel marqué par l'ancrage local des élus nationaux et la proximité entre le monde politique et le mode des affaires. L'Etat n'a pas joué de rôle de régulateur dans le domaine de la production et de la distribution d'eau. Il a été même très discret, ce qui ne correspond pas à l'idée d'un Etat interventionniste ou « colbertiste », tel qu'on a l'habitude de se le représenter et tel qu'il s'est positionné après la seconde guerre mondiale dans d'autres domaines. Comme le faisait remarquer l'écrivain et journaliste Yvan Stéfanovitch : « *A la libération, les communistes font le forcing pour la nationalisation de l'électricité et du gaz, élaboré par l'un des leurs, Marcel Paul, ministre de la production industrielle, et adoptée par la loi du 8 avril 1946. Mais jamais un mot pour réclamer une nationalisation de l'eau*¹⁵⁰ ». L'auteur fait aussi remarquer que le principal client de la Compagnie générale des eaux n'est autre que le syndicat des communes de la banlieue de Paris, qui deviendra le

¹⁴⁸ Notamment avec la formation du Front populaire à l'issue des élections des 26 avril et 3 mai 1936.

¹⁴⁹ CE, sect. 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, n°06781.

¹⁵⁰ STEFANOVITCH Yvan, *L'empire de l'eau : Suez, Bouygues et Vivendi Argent, politique et goût du secret*, 2005, Ed. Ramsay, p. 151.

Syndicat des eaux d'Ile de France (SEDIF) par la suite, dont le président, Georges Marrane est un ancien membre du bureau politique du parti communiste. L'Etat a favorisé l'organisation d'une gestion partenariale entre les collectivités et les entreprises de l'eau et s'est bien gardé d'intervenir directement.

2.1.1.2. L'ETAT ORGANISATEUR DE LA POLITIQUE DE L'EAU

Outre la gestion du petit cycle de l'eau, la préservation, la gestion et la police de la ressource en eau, c'est-à-dire le grand cycle de l'eau, fait l'objet d'une politique publique précise, organisée depuis les années 1960 par bassin hydrographique¹⁵¹.

Au niveau central

L'Etat, afin d'accompagner sa politique et dans le cadre des engagements pris pour atteindre les objectifs de la directive cadre européenne (DCE) a créé en 2006 l'office national de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA), établissement public qui a pour mission de mutualiser les connaissances, les expertises et des données sur l'eau et qui est devenu, le 1^{er} janvier 2017, l'Agence française pour la biodiversité, en regroupant sous la forme d'un groupement d'intérêt public (GIP), l'atelier technique des espaces naturels (Aten), l'agence des aires marine protégées et les parcs nationaux de France (PNF).

L'Etat a en charge la police de l'eau qui s'appuie sur une réglementation générale d'origine nationale et supra nationale. Cette dernière est prédominante puisque « 80 % de la réglementation nationale en matière d'environnement est d'origine communautaire (très nombreuses directives, quelques règlements¹⁵²) ». L'activité de police de l'eau consiste à définir la réglementation applicable, comme par exemple l'élaboration d'une nomenclature permettant de classer les installations existantes ou à venir afin de définir un régime de contrôle applicable (autorisation préalable, déclaration, etc.). L'Etat a ainsi instauré, avec la loi sur l'eau du 3 janvier 1992, la nomenclature IOTA (Identification des installations, ouvrages, travaux et activités).

¹⁵¹ Cf. La loi n°64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre la pollution.

¹⁵² CONSEIL GENERAL DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE, (LEVRAUT Anne-Marie), Rapport Conseil général de l'environnement et du développement durable, Conseil général de l'alimentation, de l'agriculture et des espaces ruraux, Inspection générale des finances Inspection générale de l'administration, Conseil Général de l'Économie, de l'Industrie, de l'Énergie et des Technologies, Université Paris-Diderot, 2014.

Enfin, l'Etat se charge de conduire l'évaluation de cette politique publique, au moyen de ses services d'évaluation que sont le conseil général des ponts et chaussées et les services centraux d'inspection et également d'outils d'évaluation comme ceux mis en place par l'ONEMA, avec par exemple le système d'information des services publics d'eau et d'assainissement (SISPEA) conçu en premier lieu pour rendre compte à la commission européenne des résultats fixés par la directive cadre européenne (DCE). Pour sa part, le conseil général de l'environnement durable mène des missions de conseil qui peuvent porter sur l'organisation de la distribution de l'eau sur un territoire.

Au niveau local

La politique de l'eau au niveau local est définie sur le périmètre des bassins hydrographiques, « gouvernés » par le comité de bassin pour la concertation et les décisions stratégiques et par les agences et offices de l'eau pour la mise en œuvre opérationnelle en partenariat avec les acteurs locaux. Le comité de bassin comprend une part importante de représentants des collectivités locales (40%). Cependant, les agences de l'eau, outils de sa mise en œuvre, sont des établissements publics placés sous la tutelle du ministre chargé de l'environnement.

Les agences de l'eau sont des acteurs majeurs de la politique de l'eau mais leur rôle reste limité à la définition d'un cadre d'intervention, le schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE), et au financement partiel de ses interventions. A l'origine, ces agences étaient uniquement des agences financières, les « agences financières de bassin » créées en 1964, qui n'avaient pas de pouvoir de police de l'eau ou de fonction de maîtrise d'ouvrage. Dotées de deux catégories d'intervention : les aides financières et les redevances, ces dernières, assimilées à des impositions, n'ont plus de réel caractère incitatif. Un état des lieux réalisé en janvier 2017 par le ministère chargé de l'environnement le reconnaît et souligne l'absence d'efficacité de ces agences sur les pollutions aux nitrates et pesticides d'origine agricole : « *L'examen de la qualité de l'eau en France montre globalement une très nette régression des pollutions industrielles, domestiques et urbaines depuis la création des Agences de l'eau il y a 50 ans, mais un accroissement des pollutions agricoles et d'élevage, essentiellement sur les nitrates et pesticides. Les redevances des Agences de l'eau sont des taxes visant à limiter la pollution de l'eau, couvrant par exemple l'émission de pesticides ou l'élevage* ».

intensif. Elles ne sont cependant pas toujours fixées à des niveaux suffisants pour réduire significativement les pollutions et n'en couvrent pas l'intégralité. La pollution par les engrais minéraux n'est par exemple pas couverte : les dommages que ces substances causent dans les eaux continentales et littorales (algues vertes par exemple) ne sont donc pas reflétés dans leur prix¹⁵³ ».

Les agences de l'eau ont développé leur action en reprenant en 2004 les attributions du fonds national pour le développement des adductions d'eau potable (FNDAE) et en prenant quelques opérations en maîtrise d'ouvrage. Les interventions de l'Etat lui-même à travers ces agences sont assez modestes. Ainsi pour les contrats de rivière, un des instruments de maintien de la qualité des cours d'eau, l'Etat n'a consacré que 80 M€ entre 1981 et 2008, pour un programme global de 2 640 M€¹⁵⁴.

Les mesures de police de l'eau sont exécutées localement. L'Etat exerce ces missions par l'intermédiaire des directions régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement (DREAL), placées sous l'autorité des préfets.

2.1.2. LES COLLECTIVITES TERRITORIALES RESPONSABLES DU SERVICE ET DISPERSEES

Même si le modèle administratif français reste centralisé, les rapports de pouvoir ont évolué depuis la fin du XIX^{ème} siècle, ainsi que les contrats de DSP. Les collectivités locales et l'Etat central ont continué à trouver un intérêt pour ce modèle qui se caractérise par sa souplesse et sa réglementation assez légère, privilégié parfois au détriment de la maîtrise approfondie du service par la collectivité publique.

La restriction posée par le Conseil d'Etat sur la gestion publique de services industriels et commerciaux par les collectivités publiques, a très largement évolué. Il doit certes y avoir un intérêt public justifié, mais une justification de plus en plus large est désormais admise. Cet intérêt peut être justifié par des circonstances particulières, mais la carence de l'initiative privée n'est plus le seul motif¹⁵⁵. Est justifiée la gestion d'un service public industriel et commercial qui est le prolongement d'un service existant, comme par exemple le contrôle et l'entretien

¹⁵³Ministère de l'environnement, de l'énergie et de la mer, en charge des relations internationales sur le climat, Fiscalité environnementale : Un état des lieux, Janvier 2017.

¹⁵⁴CONSEIL D'ETAT, L'eau et son droit, *Rapport public 2010*, p. 88.

¹⁵⁵CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, n°275531.

de l'assainissement collectif, qui est un prolongement du service municipal de l'hygiène et de la sécurité publique. Cet intérêt peut également être justifié par la nature de l'activité de l'administration, comme l'activité de police ou l'activité d'administration ou de production de services et ce, quelles que soient les circonstances. Désormais prévaut non plus le principe de non concurrence de l'entreprise privée mais celui d'égalité de la concurrence entre société privée et personne publique (entreprise, collectivité publique, établissement, etc.)¹⁵⁶.

La position du Conseil d'Etat a ainsi évolué sur la gestion publique. Si théoriquement, la gestion des services d'eau devait être assurée plutôt par des entreprises privées, au regard notamment des risques financiers importants de ce secteur, au moins pour la mise en place du service (importants investissements), il a été accepté que des régies municipales se créent.

2.1.2.1. LES REGIONS ET LES DEPARTEMENTS EN CHARGE DE LA PLANIFICATION ET DU MONDE RURAL

On fera d'abord remarquer que la compétence des collectivités locales pour la gestion et la surveillance des milieux aquatiques n'a rien d'une compétence obligatoire : *« Rien n'oblige des collectivités à s'organiser pour la gestion d'un milieu : ce n'est pas une compétence obligatoire : il n'existe pas de "service public de la rivière", contrairement aux services d'eau potable et d'assainissement¹⁵⁷ »*. Cependant, elles interviennent à divers titres.

Les régions, au titre de leur compétence d'aménagement du territoire, participent à la gestion de la ressource d'un point de vue stratégique et opérationnel. Elles élaborent le schéma régional d'aménagement et de développement durable. Elles interviennent à travers les contrats de projets Etat-région en finançant des opérations de préservation et de gestion de la ressource.

Les départements ont une compétence spécifique sur les milieux ruraux et périurbains. Ils sont les acteurs historiques du développement des zones rurales,

¹⁵⁶ CE 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, n° 212054.

¹⁵⁷ CONSEIL GENERAL DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE, (LEVRAUT Anne-Marie), Rapport Conseil général de l'environnement et du développement durable, Conseil général de l'alimentation, de l'agriculture et des espaces ruraux, Inspection générale des finances Inspection générale de l'administration, Conseil Général de l'Économie, de l'Industrie, de l'Énergie et des Technologies, Université Paris-Diderot, 2014, p. 164.

avec le soutien aux agriculteurs, notamment pour le drainage des eaux et l'irrigation des zones agricoles, ce qui justifie leur fonction de production d'eau brute et leur rôle dans la mise en place de barrages et l'extension des services d'eau potable dans les zones rurales, avec l'aide du FNDAE, géré aujourd'hui par les agences de l'eau. A la fin des années 1990, les départements investissaient près de 750 M€ par an sur la compétence eau.

Le département exerce une mission d'assistance aux communes et EPCI « *qui ne bénéficient pas de moyens suffisants pour l'exercice de leur compétences*¹⁵⁸ ». Un service spécifique, le Service d'assistance technique aux exploitants de station d'épuration (SATESE) a été créé dans les années 1970 pour assister les communes qui s'équipaient de services d'assainissement collectif. Les SATESE, créés pour assister et former les agents, sont devenus des services des conseils départementaux en 1982. L'article 73 de la loi n°2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques a été précisé par le décret du 26 décembre 2007¹⁵⁹, qui définit la mission d'assistance technique que les départements mettent en œuvre au profit des collectivités maîtres d'ouvrage.

2.1.2.2. LES COMMUNES ET INTERCOMMUNALITES RESPONSABLES DES SERVICES PUBLICS D'EAU

Le rôle historique de la commune

Le Conseil d'Etat nous rappelle que, si l'eau potable est principalement du ressort de la commune, en raison du rapprochement qui a pu être fait entre la compétence de l'eau et les compétences énumérées dans la loi du 5 avril 1884 et notamment la police de l'hygiène et de la salubrité, la loi de 1884 n'a jamais exclusivement attribué la compétence de l'eau potable aux communes. Le Conseil d'Etat le rappelle dans un arrêt du 13 mars 1985¹⁶⁰, par lequel il a jugé qu' « *aucun texte de nature législative ne confère l'exclusive compétence aux seules communes* » s'agissant de l'organisation de la distribution de l'eau. Les départements, notamment, ont pu décider d'intervenir dans ce domaine.

¹⁵⁸ Cf. Article L. 3232-1-1 du CGCT. Cette disposition permet à la collectivité d'intervenir dans un domaine concurrentiel mais limité.

¹⁵⁹ Décret n°2007-1868 du 26 décembre 2007 relatif à l'assistance technique fournie par les départements à certaines communes et à leurs groupements, dans les domaines de l'assainissement, de la protection de la ressource en eau, de la restauration et l'entretien des milieux aquatiques modifiant le code général des Collectivités Territoriales

¹⁶⁰ CE, 13 mars 1985, *Ville de Cayenne*, n°19321 et 19322.

La loi du 30 décembre 2006 a cependant conforté l'échelon communal. L'article L. 2224-7-1 du CGCT dispose que « *les communes sont compétentes en matière de distribution d'eau potable* ». L'article précise : « *Toutefois, les compétences en matière d'eau potable assurées par les départements ou les associations syndicales à la date du 31 décembre 2006 ne peuvent être exercées par les communes sans l'accord des personnes concernées* ».

Le CGCT définit le contenu de la compétence communale dans le domaine de l'eau potable : « *Le maire dispose de pouvoirs de police générale (garant de la sécurité et de la salubrité publique) qui peuvent le conduire à prendre des décisions dans le domaine de l'eau. Il est responsable de la distribution d'eau potable, de la collecte et du traitement des eaux usées de la commune. Il peut s'organiser dans un cadre intercommunal. Il est responsable du choix du mode de gestion, qui peut être soit réalisé en régie, soit confié au secteur privé par délégation de service public. Il établit le zonage d'assainissement prévu à l'article L. 2224-10 du CGCT⁴ et dont le contenu a été élargi à deux nouvelles zones par la loi du 12 juillet 2010 : outre les zones d'assainissement collectif et celles d'assainissement non collectif, le zonage inclut dorénavant « les zones où des mesures doivent être prises pour limiter l'imperméabilisation des sols et pour assurer la maîtrise du débit et de l'écoulement des eaux pluviales et de ruissellement » et celles « où il est nécessaire de prévoir des installations pour assurer la collecte, le stockage éventuel et, en tant que de besoin, le traitement des eaux pluviales et de ruissellement lorsque la pollution qu'elles apportent au milieu aquatique risque de nuire gravement à l'efficacité des dispositifs d'assainissement »*. La loi avait également prévu l'établissement, avant fin 2013, d'un « schéma d'assainissement collectif » comprenant « *un descriptif détaillé des ouvrages de collecte et de transport des eaux usées qui devra faire l'objet d'une mise à jour selon une périodicité fixée par décret* » (article L. 2224-8-I du CGCT). Quant à l'assainissement des eaux pluviales urbaines, c'est un service public administratif communal qui relève du budget général mais peut faire l'objet d'une taxe affectée (article L. 2333-97 du CGCT).

Le rôle affirmé de l'intercommunalité

En raison de l'émiettement extrême des communes françaises et du niveau d'investissement nécessaire à un service d'eau viable, les communes ont dû se

regrouper et les trois quarts des communes¹⁶¹ gèrent leur réseau d'eau potable en intercommunalité¹⁶². En 2015, on comptait 33 211 services d'eau et d'assainissement, gérés par 22 208 collectivités¹⁶³. Cette dispersion est une difficulté rappelée par le rapport du conseil général des ponts et chaussées de 2014 sur l'évaluation de la politique de l'eau, qui indique que *« l'efficience de l'organisation des très nombreux services publics d'eau et d'assainissement existants (35 000 SPEA) ne saurait être considérée comme bonne, moins encore optimale¹⁶⁴ »*. La recommandation de réorganiser le territoire pour obtenir un périmètre pertinent avait été de nombreuses fois émise par la Cour des comptes, ainsi que par le Comité national de l'eau en 2011.

La loi NOTRe¹⁶⁵ vise à répondre à cette dispersion en instaurant le transfert obligatoire des compétences eau et assainissement vers les EPCI. Les services d'eau communaux et les syndicats d'eau existants devront être dissous s'ils desservent moins de 15 000 habitants, et ne recouvrent pas au moins trois EPCI à fiscalité propre. Les intercommunalités et maintenant les communautés d'agglomération, sont compétentes pour l'organisation des services publics d'eau et d'assainissement. Cette compétence est cohérente avec les compétences en matière d'urbanisme comme l'élaboration du schéma de cohérence territoriale (SCOT) et du plan local d'urbanisme (PLU).

L'objectif affiché est de réduire fortement le nombre de collectivités gestionnaires et parallèlement d'accroître leur efficacité. Ainsi que le rapporte la Gazette des collectivités territoriales : *« L'équation est connue : on compte aujourd'hui 35 160 services d'eau et d'assainissement, gérés par 24 162 collectivités. Demain – au 1er janvier 2020 -, il ne devrait plus y en avoir que 1 500 à 3 500 ! [...] Il y aura donc moins de services, mais ils seront dotés de moyens humains, techniques et*

¹⁶¹ Site eaufrance : www.services.eaufrance.fr.

¹⁶² L'observatoire des services d'eau et d'assainissement indiquait, dans son rapport sorti en septembre 2018, que le taux de gestion intercommunale (qui indique la proportion de communes ayant transféré toutes leurs compétences eau et assainissement) été évalué au plan national à 52,8 % pour l'année 2015. Ce taux a vocation à atteindre 100 % au 1^{er} janvier 2020 (Panorama des services et de leur performance en 2015, p. 22).

¹⁶³ L'observatoire des services d'eau, Panorama des services et de leur performance en 2015, p. 19.

¹⁶⁴ CONSEIL GENERAL DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE, (LEVRAUT Anne-Marie), Rapport Conseil général de l'environnement et du développement durable, Conseil général de l'alimentation, de l'agriculture et des espaces ruraux, Inspection générale des finances Inspection générale de l'administration, Conseil Général de l'Économie, de l'Industrie, de l'Énergie et des Technologies, Université Paris-Diderot, 2014 p.7.

¹⁶⁵ Loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant sur la nouvelle organisation territoriale de la République.

*financiers plus importants, ce qui devrait les aider à relever les défis actuels et à venir de la gestion locale de l'eau*¹⁶⁶ ».

Un rôle complexe et ambigu qui ne qualifie par l'échelon local comme le meilleur régulateur du service ni même comme un régulateur

La responsabilité d'un service dont la collectivité n'a pas la gestion directe, implique une activité de régulation de l'activité du gestionnaire. Celle-ci implique à son tour un positionnement spécifique qui ne semble pas pouvoir être assumé par les collectivités territoriales, parties aux contrats.

Les critères de définition d'une bonne régulation ont fait l'objet de recherches, notamment au Royaume-Uni et aux Etats-Unis, et d'une mise en pratique dans les guides d'évaluation des systèmes de régulation de la Banque mondiale. Parmi ces critères définis notamment par Sophie Trémolet et Niraj Shah¹⁶⁷, figurent la clarté dans la répartition des rôles et l'autonomie par rapport au pouvoir politique¹⁶⁸.

S'agissant du premier critère, celui de la clarté des rôles, il nécessite une répartition sans ambiguïté entre la fixation des objectifs politiques, la régulation et la production du service public en lui-même. Les collectivités locales mélangent ces fonctions. En effet, la collectivité a tout d'abord pour mission de fixer les objectifs politiques du service, les conditions d'accès, le choix du mode de gestion, le périmètre du service, etc. mais elle est également coproductrice du service puisque dans les cas d'affermage, mode le plus répandu de la production du service, elle reste propriétaire des installations, elle est responsable dans certains cas de la vente d'eau en gros à d'autres collectivités ou aux opérateurs. Loin d'être un arbitre extérieur, la collectivité a ses intérêts propres et qui peuvent revêtir une dimension politique, voire démagogique comme par exemple le choix de la faiblesse du prix de l'eau au prix d'un sous-investissement. La collectivité souhaitera que l'investissement pèse le moins possible sur son propre budget.

¹⁶⁶La gazette des communes, « Loi NOTRé : les coulisses du transfert des compétences eau ». En ligne. MIS À JOUR LE 22/03/2017 Par ARNAUD GARRIGUES • Club : Club Techni.Cités.

¹⁶⁷TREMOLET Sophie et SHAH Niraj : « Wanted ! Good regulators for Good Regulation: An evaluation of Human and Financial Resource Constraints for Utility regulation ». A report by Environmental Resource Management (ERM) and Tremolet Consulting for the World Bank, Washington D.C., 2005.

¹⁶⁸ Les autres critères sont : la redevabilité, la participation, la transparence, la prévisibilité.

Enfin, les collectivités jouent un rôle de régulateur des services, en tant qu'autorité organisatrice de la concurrence entre les prestataires, elles organisent la concurrence pour le marché, et elles choisissent les opérateurs. Les collectivités se sont également entourées « d'experts¹⁶⁹ » pour exercer ce rôle de régulateur. Prenant acte de la faiblesse de la commission consultative des services publics, instituée par la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la république, et surtout de la faiblesse de leur propre information sur les services d'eau, l'association des maires avait créé avec la FNCCR, l'association « Service public 2000 », ainsi que le rappelle le Haut conseil du secteur public dans son rapport de 1999¹⁷⁰.

S'agissant du second critère, il implique que le régulateur doit être une instance juridiquement et budgétairement séparée du pouvoir politique afin de garantir la réalité de son autonomie par rapport à celui qui définit les règles applicables au secteur. Le positionnement de la collectivité ne lui permet pas de jouer ce rôle.

Au vu des deux principaux critères d'une « bonne régulation », certes définie en référence principalement à un modèle centralisé de régulation, on peut douter que le niveau local soit le mieux adapté. Si on considère la formation du prix de l'eau et les déterminants qui sont à l'origine de sa formation, on arrive également à la conclusion que les collectivités territoriales ne sauraient être des régulateurs. Se basant sur l'analyse des déterminants de la fixation du prix de l'eau, le chercheur Guillaume Fauquert en arrive à la conclusion que, « *Au final, les autorités locales ne sont pas forcément à considérer comme des régulateurs du service de l'eau délégué : depuis la décentralisation et d'arrêt du contrôle des prix par l'Etat, ceux-ci ne sont pas régulés par les collectivités mais co-décidés par les exploitants et les collectivités en fonction des enjeux et des rapports de pouvoir*¹⁷¹ ».

¹⁶⁹ L'indépendance de ces experts, parfois directement liés à des opérateurs, peut être parfois sujet à caution.

¹⁷⁰ HAUT CONSEIL DU SECTEUR PUBLIC, *Rapport 1999 : Quelle régulation pour l'eau et les services urbains ?*, p. 28.

¹⁷¹ FAUQUERT Guillaume, *Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation – Contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable*, 2007, p. 232.

2.1.3. LES ENTREPRISES DELEGATAIRES : UNE GESTION OLIGOPOLISTIQUE SOUS CONTRAINTE ACCRUE

Le nombre d'usagers de l'eau desservis par des compagnies privées dans le monde est passé de 90 millions en 1988 à 278 millions en 2000 et 350 millions en 2008. Sur les 350 millions d'usagers, 235 millions sont des usagers de services gérés par des entreprises françaises. Les groupes VEOLIA et ENGIE (Suez) sont les premiers opérateurs mondiaux avec un chiffre d'affaires réalisé pour les deux tiers à l'étranger.

Les entreprises privées sont très présentes dans le domaine de l'assainissement également. En France, elles interviennent dans 6 300 usines environ¹⁷², représentant un tiers des stations mais elles gèrent les trois quarts des installations de grande capacité (dont la capacité est supérieure à 10 000 équivalents-habitant - EH). Elles détiennent près de 60% des capacités totales de traitement (57 millions d'équivalent-habitants).

Si on se réfère au nombre des services, une majorité, soit 69%, des services d'eau potable et 77% des services d'assainissement sont gérés par des régies¹⁷³, mais si on considère la population desservie, une large majorité de la population soit (61%) est desservie en eau potable par un service géré par une entreprise privée, en délégation (53 % pour l'assainissement).

2.1.3.1. LA DIMENSION FINANCIERE ET POLITIQUE DES GRANDES ENTREPRISES DE L'EAU

A leur création, au début de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, les sociétés privées françaises ont été très intéressées par un modèle de gestion qui, d'une part, correspondait à un marché en plein développement (la généralisation de l'eau potable et de l'assainissement), et d'autre part, impliquait financièrement les collectivités publiques pour une partie des investissements (régies intéressées ou affermagés), ce qui réduisait d'autant les risques. Ce fut le modèle de l'affermage qui pris corps avec les premiers contrats signés par la Compagnie générale des eaux (son plus gros contrat à ce moment fut un contrat de régie intéressée). Gérer une

¹⁷²BIPE, Les entreprises de l'eau : Les services publics d'eau et d'assainissement en France : Données économiques, sociales et environnementales, 2015.

¹⁷³Observatoire national du SISPEA, *Rapport 2014*.

compagnie des eaux était plutôt un bon placement. La Compagnie générale des eaux fut d'ailleurs, à son origine, davantage une société d'investisseurs et de financiers qu'une société d'industriels et d'ingénieurs. Ses principaux actionnaires sont des banques parisiennes, genevoises et anglaises, auxquels se sont adjoints des spéculateurs divers. On y retrouve les plus grandes banques d'affaires : les frères Pereire, Charles Lafitte, le Baron Hottinguer, la banque Rothschild¹⁷⁴.

Les entreprises de l'eau ont une histoire qu'il est intéressant de rappeler pour bien comprendre leur rôle dans le développement des délégations et les critiques dont elles ont également fait l'objet. On peut la faire commencer, pour l'époque moderne, en 1853, date de la fondation de la Compagnie générale des eaux (branche actuelle de VEOLIA environnement). C'est le duc de Morny lui-même, demi-frère de Napoléon III, député et en passe de devenir Président du corps législatif, qui serait à l'origine de la constitution de la Compagnie, instaurée par décret impérial du 14 décembre 1853. L'époque est à la constitution des grandes entreprises industrielles de réseaux, comme les chemins de fer, dans lesquels le duc de Morny s'était également engagé, entreprises qui ont besoin de capitaux et qui s'appuient à la fois sur les grandes banques et sur les autorités publiques. L'eau était, à cette époque, un secteur qui avait déjà fait ses preuves en termes de rentabilité, comme le montrait l'exploitation des eaux dans la ville de Londres.

La société lyonnaise des eaux et de l'éclairage (Lyonnaise des eaux) a aussi une origine bancaire puisqu'elle fut directement fondée par le Crédit Lyonnais, le 2 février 1880. La présence des banques dans le capital des sociétés d'eau n'est pas étonnante en soi, beaucoup de contrats étant à cette époque, hormis le fameux contrat du 11 juillet 1860 attribué à la Compagnie générale des eaux pour la ville de Paris, des contrats de concession, demandant donc un investissement conséquent. Avec l'électrification, la société connut une croissance rapide, et avec le gaz et l'eau elle devint la première capitalisation boursière de France en 1936. L'eau était très largement minoritaire dans son chiffre d'affaires avant la seconde guerre mondiale. La nationalisation du secteur de l'électricité et du gaz par la loi du 8 avril 1946 changeât la donne pour la société qui dut se redéployer sur le secteur de l'eau.

¹⁷⁴STEFANOVITCH Yvan, *L'empire de l'eau : Suez, Bouygues et Vivendi Argent, politique et goût du secret*, Ed. Ramsay, 2005, p. 73.

Comme la Compagnie générale des eaux, la Lyonnaise des eaux appuya son développement sur la proximité avec le monde politique. Son troisième président, Jules Roche, président de 1889 à 1922, sera en même temps député de l'Ardèche (1898 à 1912), ministre du commerce et des colonies (1890), ministre du commerce et de l'industrie (1892)¹⁷⁵. Cette proximité des entreprises de l'eau et du monde politique ne fera que se confirmer dans l'histoire de ces entreprises.

2.1.3.2. LE DEVELOPPEMENT DES ENTREPRISES DE L'EAU VERS UNE SITUATION OLIGOPOLISTIQUE

Les principes qui guident le secteur de l'eau à cette époque sont résumés par le premier président de la Compagnie générale des eaux, le comte Henri Siméon, « *Les affaires de distribution d'eau dans les villes, si nous en jugeons par les exemples de l'Angleterre et de l'Amérique, sont de nature à justifier les meilleures espérances. (...) mais nous voyons que ces entreprises sont généralement bonnes là surtout où elles ne se font pas de concurrence*¹⁷⁶ ». Monopole ou oligopole, discrétion, relations privilégiées avec les représentants des municipalités (ainsi que des capacités techniques et d'ingénierie considérables) furent les ressorts de la réussite de ces entreprises.

On peut comparer l'histoire industrielle de la gestion de l'eau et celle de la gestion du rail. Aux Etats-Unis, à l'origine, les différentes compagnies existantes ont d'abord géré chacune une partie de réseau, puis elles se sont associées en cartels pour limiter les effets d'opportunisme et de trop grande concurrence dans un domaine où l'investissement est conséquent et non redéployable. Enfin, en raison du comportement d'opportunisme de certains membres du cartel et en l'absence, à l'époque, de sanctions légales, les compagnies de chemin de fer ont opté pour la fusion¹⁷⁷, jusqu'à la constitution de monopoles.

¹⁷⁵ STEFANOVITCH Yvan, *L'empire de l'eau : Suez, Bouygues et Vivendi Argent, politique et goût du secret*, Ed. Ramsay, 2005, p. 139.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 75.

¹⁷⁷ CHANDLER A. D., *The Visible Hand : The Managerial Révolution in American Business*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press. Cité par WILLIAMSON Oliver, *Les institutions de l'économie*, Inter-éditions, 1994, p. 292.

L'économiste américain Oliver Williamson¹⁷⁸ a montré comment la structure organisationnelle d'un secteur économique, et des entreprises elles-mêmes, a apporté des solutions à un environnement technique et économique qui s'était modifié. Ainsi, à l'occasion de la structuration des compagnies de chemin de fer, les entreprises ont connu une innovation organisationnelle, constituée par la recomposition de la structure hiérarchique et la répartition des activités entre activités de soutien et activités opérationnelles. Cette innovation a « *ouvert la voie vers l'entreprise moderne*¹⁷⁹ ».

Dans le secteur de l'eau en France, les conditions techniques et économiques ont contribué à forger des modes de gouvernances des entreprises du secteur et à donner la configuration que l'on connaît, avec une structure oligopolistique du marché. Les décisions administratives et juridictionnelles ont plutôt favorisé l'émergence de cette structuration, chaque personnalité dirigeante apportant sa touche particulière¹⁸⁰.

Les entreprises de l'eau restent, jusqu'au milieu des années 70, des entreprises importantes certes, mais des « *entreprises de second rang*¹⁸¹ ». Ce n'est que dans les années 1980 et 1990, que les principales entreprises de l'eau vont devenir des sociétés globales, grâce à une stratégie de rachat d'entreprises et l'intégration verticale et horizontale. La Compagnie générale des eaux est ainsi devenue, au début des années 1980, l'actionnaire majoritaire de la société Campenon Bernard, spécialisée dans le béton précontraint, technique utile pour la construction des grandes canalisations. Elle fit l'acquisition de la filiale BTP de Saint-Gobain en 1986-1988, la société générale d'entreprise (SGE). L'entreprise passa ainsi de 52 000 salariés au début des années 70 à 100 000 à la fin des années 1970 et 270 000 en 1996, avec plus de 3 000 filiales. Pour sa part, la Lyonnaise des eaux avait racheté en 1986 la société Degremont, leader dans la construction de stations d'assainissement et dans le traitement de l'eau. Cette technicité permettra à la Lyonnaise des eaux de remporter divers marchés à l'étranger. Elle racheta aussi en

¹⁷⁸ Oliver Williamson est né en 1932 et a été pris Nobel d'économie en 2009, pour ses travaux sur la gouvernance économique des entreprises, prix partagé avec Mme Elinor Ostrom, première femme prix Nobel d'économie, pour ses travaux sur la gouvernance des biens communs.

¹⁷⁹ WILLIAMSON Oliver, *Les institutions de l'économie*, Inter-éditions, 1994, p. 293.

¹⁸⁰ Ainsi que le montre Yvan Stéfanovitch tout au long de son ouvrage bien documenté.

¹⁸¹ GUERIN-SCHNEIDER Laetitia, LORRAIN Dominique, Note de recherche sur une question sensible : les relations puissance publique - firmes dans le secteur de l'eau et de l'assainissement, *Flux*, n°52/53, avril 2003, p. 38.

1990 le numéro 2 du BTP, l'entreprise Dumez, et en 1991, la société de distributions d'eaux intercommunales (SDEI).

Afin de se structurer, les entreprises délégataires et associées au domaine de l'eau ont créé dès 1938, la fédération professionnelle des entreprises de l'eau (FP2E). Elle regroupe la presque-totalité des entreprises en charge de la gestion des services d'eau et d'assainissement en France dont les principales sont VEOLIA, SUEZ, SAUR, SOGEDO, Derichebourg. Elle se présente comme « *le porte-parole des opérateurs de services publics d'eau et d'assainissement sur les thèmes où l'intérêt commun est engagé*¹⁸² ».

Ces entreprises exercent un lobbying important, à l'instar, par exemple, des entreprises du secteur chimique qui se sont illustrés dans le lobbying lors de l'adoption du règlement REACH¹⁸³ en 2008. Le lobbying au niveau national et européen est favorisé par un encadrement souple qui consiste en un dispositif d'enregistrement volontaire à un « registre européen des représentants d'intérêts » au niveau communautaire et par un dispositif similaire au niveau national, auprès uniquement de l'assemblée nationale¹⁸⁴.

L'importante concentration du secteur de l'eau a des conséquences sur le jeu de la concurrence. Ainsi que le mentionnait la Cour des comptes : « *La spécificité des techniques utilisées dans les secteurs de l'eau et de l'assainissement autant que la concentration des entreprises en groupes oligopolistiques sont un obstacle à l'exercice d'une véritable concurrence pour l'attribution des marchés de travaux*¹⁸⁵ ». En outre, le secteur nécessite de forts investissements initiaux et des coûts irrécupérables importants qui peuvent dissuader des nouvelles entreprises d'entrer dans ce secteur¹⁸⁶.

¹⁸² Site internet de la fédération professionnelle des entreprises de l'eau (FP2E).

¹⁸³ REACH : *Registration, Evaluation and Authorisation of Chemicals* (Enregistrement, évaluation et autorisation des substances chimiques) : règlement qui impose l'enregistrement des produits chimiques et pose l'obligation d'utiliser parmi des produits alternatifs, les produits les moins nocifs.

¹⁸⁴ Loi organique n°2013-906 du 13 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

¹⁸⁵ COUR DES COMPTES, *Rapport au président de la République*, « La gestion des services publics locaux d'eau et d'assainissement ». Janvier 1997, cité par le HAUT CONSEIL DU SECTEUR PUBLICS, *Rapport annuel 1999*, p. 35.

¹⁸⁶ Cf. MOUGEOT Michel et NAEGELEN Florence, « Coûts irrécupérables et structures de marchés endogènes : le cas des marchés régis par appel d'offres », *Revue d'économie politique*, mai-juin 1992.

2.1.3.3. DES CONTRAINTES DE PLUS EN PLUS FORTES SUR LES DELEGATAIRES

Parallèlement à la montée en puissance des entreprises du secteur, il faut noter que des contraintes de plus en plus fortes s'exercent sur l'activité des entreprises délégataires. S'il est vrai que la rentabilité économique des services d'eau et d'assainissement a pu être, à certaines époques et sur certains territoires, très forte, les conditions économiques, environnementales et juridiques de leur activité se sont durcies. L'exigence d'une plus grande concurrence et d'une plus grande transparence, les difficultés économiques des usagers, la dégradation des milieux aquatiques, etc., toutes ces conditions ont incontestablement changé l'environnement des contrats de délégation de service public et leur niveau de rentabilité.

La loi Brottes¹⁸⁷ du 15 avril 2013 et son décret d'application en date du 27 février 2014, ont modifié l'article L. 115-3 du code de l'action sociale qui dispose que « *En cas de non-paiement des factures, la fourniture d'énergie et d'eau, un service téléphonique et un service d'accès à internet sont maintenus jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande d'aide. [...] Du 1er novembre de chaque année au 31 mars de l'année suivante, les fournisseurs d'électricité, de chaleur, de gaz ne peuvent procéder, dans une résidence principale, à l'interruption, y compris par résiliation de contrat, pour non-paiement des factures, de la fourniture d'électricité, de chaleur ou de gaz aux personnes ou familles* ». Cette loi avait fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) déposée par la société SAUR, elle-même attaquée par un client. Par une décision du 29 mai 2015, le Conseil constitutionnel a donné tort à la SAUR et validé ainsi la loi. Tout comme les coupures quel que soit le moment de l'année, la réduction de la pression de l'eau est interdite. C'est ce qu'a jugé le tribunal de Limoges, dans une ordonnance du 6 janvier 2016¹⁸⁸. Même s'il existe d'autres causes, ces dispositions ne sont pas étrangères à l'augmentation des impayés. On observe en effet au niveau national une tendance à l'augmentation des impayés sur l'eau, puisqu'en 2013, le taux était de 1,42 %, soit deux fois le taux de 2009. En 2014 et 2015, il s'est encore accru,

¹⁸⁷ Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes.

¹⁸⁸ L'ordonnance du 6 janvier 2016 prononcée par le tribunal de Limoges ordonne le versement de 3 600 € de dommages et intérêts par la SAUR et l'obligation de rétablir le débit complet d'eau sous peine d'astreintes.

beaucoup de communautés d'agglomération ayant vu leur taux d'impayés multiplié par trois depuis 2011¹⁸⁹.

Pour le cas des Antilles par exemple, la situation est aggravée par un taux d'impayé initial déjà important. Ainsi, la chambre territoriale des comptes notait : « à Saint-Martin, le taux d'impayé était de 21 % sur les factures de 2014, en forte augmentation puisqu'il était de 7 % en 2010. Il a atteint 35% pour le dernier exercice (impayés à 8 semaines). Une étude réalisée en 2016¹⁹⁰ dans le cadre de l'assistance à maîtrise d'ouvrage pour l'établissement des eaux de Saint-Martin, montre que les impayés sont principalement le fait de professionnels et de collectivités publiques. Les particuliers représentent 96 % des abonnés mais seulement 55 % des mauvais payeurs. Les collectivités publiques et les entreprises représentent 4 % des abonnés et 45 % des impayés. La cessation de fourniture d'eau pour impayés, dans le cas des professionnels et des institutions, est légale et devrait être pratiquée¹⁹¹ ».

A cette occasion, la chambre territoriale des comptes avait noté que malgré les mesures mises en place par le délégataire, comme le suivi précis des difficultés de paiement, la diversité des moyens de paiement, les coupures d'eau quand cela est possible, l'ampleur prise par ce phénomène impliquait « des efforts qui ne relèvent pas seulement du délégataire : dettes des établissements publics locaux et nationaux et de la collectivité, contrôle des installations et des conditions d'existence juridique des sociétés, dispositions d'ordre public visant à rétablir le paiement des factures d'eau, contrôle du raccordement et de la facturation des abonnés au regard des bases de taxation, etc¹⁹². ». Ces impayés entraînent donc des difficultés de trésorerie pour les entreprises délégataires qui supportent principalement ce risque.

Les entreprises délégataires ont pu être aussi confrontées à des situations de concurrence accrues dans un contexte réglementaire plus contraignant, qui avait donné lieu, déjà en 2011, à une mise en garde de la part du cabinet Services publics 2000. Ainsi, le directeur de cette institution estimait que « La guerre économique

¹⁸⁹ Voir www.eaufrance.fr. A titre d'exemple l'agglomération Anger Loire métropole a vu son niveau d'impayés passer de 0,6 % à 1,8 % entre 2011 et 2014.

¹⁹⁰ Cabinet Espelia, juin 2016.

¹⁹¹ CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, *Rapport d'observations définitives*, Collectivité territoriale de Saint-Martin. Exercices 2007 et suivants. Juin 2018, p. 144.

¹⁹² Ibidem.

entre opérateurs semble basculer vers l'irrationnel¹⁹³ ». On est passé d'une sous-concurrence à une « hyperconcurrence » selon lui, qui résulte d'un ensemble de causes comme la baisse du nombre de contrats, la concurrence des régies et la grande rivalité entre les différents opérateurs privés. Le risque qui peut résulter de ces situations est la dégradation du service et en particulier de son patrimoine, avec une diminution des travaux d'entretien et de renouvellement des équipements. « Une offre trop alléchante est annonciatrice de dégradation du service et du patrimoine. Le service d'eau potable chiffré à 1 euro ne sera jamais équivalent à celui facturé 1,5 euro » indiquait le directeur de Service publics 2000.

En outre, les contraintes environnementales liées à la protection de la ressource ont été renforcées. Le renforcement de ces protections a un coût, supporté principalement par les usagers des services d'eau et d'assainissement et qui se traduit par un renchérissement du prix de l'eau. Pour éviter une trop forte hausse du prix global de l'eau, les partenaires de la DSP sont obligés de revoir leur propre part dans la perception du prix payé par l'utilisateur par rapport aux taxes prélevées par les agences et offices de l'eau.

La chambre régionale des comptes de Martinique relevait que, contrairement aux principes « pollueur-payeur » du droit de l'environnement, les redevances pour prélèvement de la ressource en eaux pénalisent les acteurs des services d'eau potable par rapport aux pollueurs principaux que sont les agriculteurs et les industriels. Ainsi, le plafond du prélèvement est de 5 centimes d'euros par m³ d'eau prélevée dans le milieu, à usage d'eau potable, 0,5 centimes d'euros par m³ d'eau prélevée à usage d'eau d'irrigation et 2,5 centimes d'euros par m³ d'eau prélevée pour les autres usages économiques. La chambre note que « *L'agriculture consomme entre 12 et 15 millions de m³ par an mais n'est taxée que sur 9 millions de m³, ceci en raison d'un « déficit de comptage » (constitué souvent de fraudes sur les compteurs). La chambre constate que la modulation des taux ne reflète pas les niveaux de prélèvements respectifs de chaque catégorie d'utilisateurs. /De plus, la taxation s'opère sur l'eau prélevée dans le milieu. Pour les usagers, plus les fuites sur réseau d'eau potable sont importantes, plus le gestionnaire du réseau va répercuter le montant de la taxe, majorant ainsi le taux fixé par l'office de l'eau. C'est particulièrement vrai en Martinique où le rendement des réseaux est faible, ce qui majore d'autant le taux de la redevance. L'utilisateur doit donc payer un surcoût*

¹⁹³ L. Madoui, A. Garrigues, *La Gazette.fr* . Publié le 21 octobre 2011.

pour atteindre la somme demandée par l'ODE. Cette somme va par exemple de 9 centimes pour le SICSM à 13 centimes pour l'ODYSSI¹⁹⁴. »

Conclusion sur les acteurs

Le panorama des acteurs de l'eau potable et de l'assainissement s'organise ainsi autour de deux pôles de poids très inégal. Il y a d'un côté un Etat organisateur général mais très peu présent, et des usagers sans réelle place dans le système : ils ne participent pas vraiment à la stratégie du service et leur place dans la consultation et la concertation est des plus réduites. De l'autre côté il y a deux acteurs importants qui se font face : les élus locaux, divisés en une multitude de services et avec des capacités économiques et juridiques parfois très limitées, et des sociétés délégataires très puissantes tant sur le plan économique que juridique, structurées et qui ne jouent pas toujours le jeu de la concurrence.

Le législateur est producteur des règles du droit des contrats publics mais il préfère laisser le Conseil d'Etat régler pragmatiquement les questions, plutôt que d'intervenir directement. Il est organisateur de la politique de l'eau : il définit l'organisation générale, exerce la police de l'eau, notamment par le biais des services déconcentrés et des agences de l'eau. Il a également joué un rôle moteur dans le développement des opérateurs de la gestion de l'eau (entreprises délégataires). Si l'on devait considérer la régulation générale par les deux éléments qui la composent : le rôle d'autorité de réglementation (l'encadrement par les textes) et le rôle d'autorité de régulation¹⁹⁵ (la régulation d'un système par des mécanismes d'incitation, de sanction, etc.), l'Etat joue uniquement un rôle d'autorité de réglementation.

Les collectivités locales apparaissent comme des autorités sous influence. Même si leur rôle est de plus en plus affirmé, elles ne peuvent être de vrais régulateurs en raison de leur caractère d'instance politique et de la grande imbrication dans la répartition des rôles (opérateur/régulateur) puisque la collectivité publique est partie prenante de l'investissement dans le service.

¹⁹⁴ CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, Rapport d'observations définitives, Collectivité territoriale de Saint-Martin. Exercices 2007 et suivants. Juin 2018.

¹⁹⁵ CONSEIL GENERAL DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE (CGEDD), Pierre-Alain ROCHE coordonnateur, *rapport n°010151-01*, Eau potable et assainissement : à quel prix, février 2016.

Le marché de l'eau, en raison de son caractère oligopolistique, concentre les « créances¹⁹⁶ » sur quelques entreprises délégataires et les régies. Son fonctionnement doit s'appréhender dans le cadre de contraintes économique, sociale et environnementale. Les usagers¹⁹⁷ sont la finalité du service, mais leur rôle direct reste très modeste dans la régulation du secteur de l'eau. Enfin, l'aspect international des acteurs de l'eau (institutions, entreprises, expression des usagers) fait apparaître des opportunités (nouveaux marchés) et des contraintes (droit des peuples, droit de l'homme, contestations) qui nécessitent que des règles de fonctionnement plus adaptées soient mise en place.

2.2. LES CARACTERISTIQUES ECONOMIQUES ET JURIDIQUES DES DSP

Le service de la production et de la distribution d'eau en France est un service économique, produit par des entités économiques (régies, entreprises), qui aboutit à un prix payé par le consommateur, l'eau ayant le statut d'un bien marchand, même si ce n'est pas un bien marchand comme les autres. Autour de la relation contractuelle de base pour l'exploitation du service, la problématique de la préservation de la ressource est de plus en plus prégnante, ce qui se traduit par un impact significatif sur le prix du service. On observe une modification générale de la configuration du service, qui n'est plus un pur service économique fondé sur une ressource abondante et facilement accessible, mais est un service qui utilise une ressource rare et fragile qui nécessite une intervention plus grande de la puissance publique, dont le prix commence à poser des problèmes d'accessibilité.

¹⁹⁶ Au terme de « contrat » on peut substituer, du point de vue de l'entreprise, celui de « créance », le contrat de DSP étant aussi un placement financier, si on se réfère à la financiarisation des contrats publics.

¹⁹⁷ Dont nous verrons plus précisément la place dans le titre 6.

2.2.1. LES CARACTERISTIQUES ECONOMIQUES DES DSP D'EAU

2.2.1.1. LA NOTION DE CONTRAT INCOMPLET ET DE COUT DE TRANSACTION

Les théories économiques du contrat, comme la théorie des coûts de transaction¹⁹⁸ ou la théorie des contrats incomplets¹⁹⁹ ont renouvelé la vision des relations inter-firmes en proposant de nouveaux modèles d'explication. Cette partie de la recherche en sciences économiques et en management s'est intéressée aux modes de gouvernance et à leurs avantages réciproques. L'objectif était de trouver et d'analyser les déterminants des choix stratégiques des entreprises, quand, par exemple, elles décident d'exporter des biens ou de créer des filiales à l'étranger, quand elles décident de créer des filiales communes, ou d'absorber une autre entreprise. Les firmes vont alors choisir entre différents modes de gouvernances, différentes « institutions économiques », que sont le marché, le contrat ou encore la hiérarchie, c'est-à-dire, l'internalisation. Certaines des notions élaborées à l'occasion de ces recherches et les modèles explicatifs qui sont avancés sont utiles à notre objet parce que ces théories placent le contrat au centre de leur modèle et comparent le contrat aux autres modes d'action, comme l'internalisation ou le recours au marché. En recourant à la délégation, la collectivité fait le choix du contrat incomplet.

Les DSP sont des contrats incomplets

La notion de contrat incomplet s'oppose à la notion de contrat complet (« *complete contract* ») développé par les théoriciens de l'économie. Le contrat complet ou « contrat parfait » prévoit toutes les éventualités dans son exécution et organise les solutions pour y répondre. Parfaite information des contractants et comportement rationnel sont les corolaires du contrat complet. A l'inverse, le contrat incomplet est marqué par l'incertitude dont la notion juridique d'imprévision est une des expressions²⁰⁰. Pour Oliver Williamson, tous les contrats complexes sont des

¹⁹⁸ Théorie formulée par COASE Ronald, *The Nature of the Firm*, 1937 et développée par WILLIAMSON Oliver, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1985.

¹⁹⁹ Théorie développée par GROSSMAN Sanford, *The Informal Role of Price*, 1989 et HART Oliver, *Incomplete contracts and renegotiation*, 1995.

²⁰⁰ Cf. TAFOTIE Roger, L'incomplétude contractuelle comme imprévision endogène ou structurelle du contrat, faculté de droit de l'université Mc Gill et Université de Montréal, *Document de travail* n°4, avril 2015.

contrats incomplets²⁰¹. Les contrats de DSP sont donc considérés comme un des types de contrats incomplets. La conséquence du contrat incomplet est la renégociation régulière du contrat. A l'occasion de ces renégociations, le risque est « *que l'une ou les deux parties n'obtiennent pas l'ensemble du rendement marginal de son investissement (effet de holdup). Le point le plus crucial est donc le déficit dans les incitations à investir*²⁰² ».

La notion de clauses de sauvegarde est également inhérente aux contrats incomplets, « *les clauses de sauvegarde peuvent être définies comme des mécanismes assurant un minimum de sécurité aux contractants (incitation à investir en réduisant les risques d'opportunisme), générateurs de confiance et permettant aux parties de s'adapter aux contingences imprévues (capacité d'adaptation ex post) (Williamson [1996]). Ces mécanismes peuvent prendre plusieurs formes et ne sont pas toujours inclus dans le contrat*²⁰³ ».

Les parties au contrat vont instaurer des clauses de sauvegarde permettant de se prémunir des comportements opportunistes tout en évitant un règlement judiciaire des conflits qui peuvent survenir. En effet, le juge détient une rationalité limitée sur les parties et l'environnement du contrat et peut être amené à prendre une solution non adaptée à la relation contractuelle, d'où l'usage de clauses d'arbitrage dans ces contrats, la clause d'arbitrage faisant entrer dans le jeu contractuel une tierce partie qui est réputée plus compétente que le juge. Sur ce point, la conception répandue chez les économistes du contrat, de l'imperfection du juge et donc de la supériorité de la régulation privée est fortement nuancée par les juristes et certaines analyses empiriques²⁰⁴.

Si les premiers contrats de DSP d'eau et d'assainissement, de 1850 jusqu'à 1923 étaient considérés comme des contrats complets en vertu d'une conception rigoureuse du contractualisme, ce n'est plus le cas à partir de 1923, moment où apparaît la nécessité d'adapter le contrat aux mutations importantes de la société et

²⁰¹ WILLIAMSON Oliver, "The theory of firm as governance structure : from choice to contract", in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 16, n°3, Summer 2002, p. 174.

²⁰² FARES M'Hand, SAUSSIÉ Stéphanie, Coûts de transaction et contrats incomplets, *Revue française d'économie*, Année 2002, 16-3, p. 200.

²⁰³ FARES M'Hand, SAUSSIÉ Stéphanie, Coûts de transaction et contrats incomplets, *Revue française d'économie*, Année 2002, 16-3, p. 125.

²⁰⁴ KIRAT Thierry, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats « incomplets » à la pratique des contrats administratifs », *Revue internationale de droit économique* n°1, 2003.

de l'économie²⁰⁵. Ainsi que l'indique Roger Tefotie : « *la notion d'incomplétude pourrait constituer une piste sérieuse de réflexion pour expliquer la tendance actuelle à la fragilisation de l'effet obligatoire des contrats, notamment des contrats économiques, lesquels paraissent donner lieu à une renégociation permanente*²⁰⁶ ».

Plusieurs hypothèses servent de base à ces modèles explicatifs que sont les contrats incomplets. La première est celle de la rationalité limitée des individus, qui doivent agir en tenant compte de la liberté des autres et donc sans connaître leurs décisions à tout moment. Ainsi que le précise Oliver Williamson : « *La contractualisation complète n'est plus une alternative organisationnelle réaliste quand l'hypothèse de rationalité limitée est prise en compte*²⁰⁷. La deuxième est celle d'un environnement incertain qui empêche de prévoir tous les cas possibles et qui ne fait pas dépendre la relation économique de la seule relation entre individus libres et à la rationalité limitée. La troisième hypothèse est la caractéristique psychologique qualifiée d'opportunisme défini comme la « *capacité des êtres humains à tromper les autres en leur cachant de l'information, en trichant ou en transgressant les règles d'équité ou la loi*²⁰⁸ ». L'opportunisme est une constante que l'on retrouve dans les contrats longs du type des DSP, notamment sous la forme décrite par Oliver Williamson : « *Plus généralement l'opportunisme se réfère à la divulgation d'informations incomplètes ou dénaturées, spécialement aux efforts calculés pour fourvoyer, dénaturer, déguiser, déconcerter ou semer la confusion. Il est responsable des conditions réelles ou artificielles d'information asymétrique, lesquelles compliquent généralement les problèmes d'organisation économique*²⁰⁹ ». On notera que plus la prestation est facile à obtenir parce qu'il existe de nombreux fournisseurs et qu'il est facile d'en changer et que seul le prix va orienter le choix, plus le comportement opportuniste est rare. Plus la prestation fait l'objet de fournisseurs rares, plus le fournisseur sera tenté d'avoir un comportement opportuniste, sachant qu'il détient un monopole ou un quasi-monopole.

²⁰⁵ PEZON Christelle, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000.

²⁰⁶ TAFOTIE Roger, *L'incomplétude contractuelle comme imprévision endogène ou structurelle du contrat*, faculté de droit de l'université Mc Gill et Université de Montréal, *Document de travail n°4*, avril 2015, p. 16.

²⁰⁷ WILLIAMSON Oliver, *Les institutions de l'économie*, InterEditions, 1994, p. 69.

²⁰⁸ Ibidem, p. 7.

²⁰⁹ Ibidem, p. 71.

Les DSP induisent des coûts de transaction importants

Dans le choix de la durée du contrat ou du mode de la réalisation du service, en interne ou par délégation, l'estimation du coût de transaction revêt une importance particulière puisque le choix va dépendre en grande partie de ces coûts.

La transaction est ainsi définie par Oliver Williamson : « *Il y a transaction lorsqu'un bien ou un service est transféré à travers une interface technologiquement séparable*²¹⁰ », « *la contrepartie de la friction [lors de l'échange de bien ou de service] est le coût de transaction : les parties de l'échange agissent-elles de façon harmonieuse ou existe-t-il des malentendus et des conflits fréquents qui entraînent des délais, des ruptures et d'autres dysfonctionnements*²¹¹ ? ». Si la théorie économique classique s'intéresse surtout aux coûts de productions, la théorie des coûts de transaction appelle à ne pas négliger ces coûts, les coûts de transaction représentant les « *coûts de fonctionnement du système économique*²¹² ».

Ces coûts de transaction recouvrent des réalités diverses. Quand il s'agit de mettre en place une gouvernance par le contrat, ils recouvrent notamment la publicité de la passation du contrat (surtout pour ce qui concerne les contrats de la commande publique), la négociation initiale du contrat et toutes les renégociations qui suivent, les éventuelles indemnités de fin de contrat, de rupture, les coûts de suivi et de contrôle du contrat, etc. Quand il s'agit de mettre en place un service ou une filiale, ces coûts représentent le coût d'investissement, du personnel, les coûts de suivi et de contrôle. On distingue habituellement les coûts *ex ante* : rédaction, négociation, garantie des contrats et les coûts *ex post* : les coûts de mauvaise adaptation, les coûts de marchandage (concessions de chacun), les coûts d'organisation et de fonctionnement des structures de gouvernance du contrat (qui ne sont pas forcément les tribunaux classiques), les coûts « *d'établissement d'engagements sûrs* ». Les coûts *ex ante* et les coûts *ex post* sont interdépendants : il faut les prendre en compte globalement. Pour les DSP d'eau et d'assainissement, ils comprennent, outre les coûts de mise en place des offres, de procédure, de suivi, les coûts liés aux pertes de compétence technique et de gestion des services de la collectivité sur le service de l'eau.

²¹⁰ Ibidem, p. 19.

²¹¹ WILLIAMSON Oliver, *Les institutions de l'économie*, InterEditions, 1994p. 19-20.

²¹² Ibidem, p. 38.

L'estimation des coûts de transactions fait partie du choix stratégique. Ils peuvent être plus élevés dans un type de gouvernance que dans un autre : *a priori* l'usage du marché est moins coûteux que la rédaction de contrats complexes, ou que la réalisation en interne des prestations, sans pour autant que le type de gouvernance le moins coûteux *a priori* soit forcément le meilleur pour le type de transaction que l'on veut passer. Ainsi que l'indique Michel Ghertman : « *Les coûts de transaction internes à l'entreprise, synonymes de rapports à la fois hiérarchiques et humains – et donc de coûts de management – doivent être comparés aux coûts des transactions des autres modes de gouvernance pour apprécier de façon comparative quel est le plus efficace en terme de minimisation des coûts de transaction*²¹³ ». On pourrait tout à fait transposer ces considérations aux choix de gouvernance dans le cadre de services publics : l'appel à des contrats très courts (« marché spot », c'est-à-dire le marché sur lequel on échange immédiatement les biens), l'appel à des contrats longs de type DSP ou bien le choix de l'internalisation des prestations doivent être éclairés par l'évaluation de ces coûts²¹⁴.

Les DSP impliquent la présence d'investissements spécifiques

La présence ou non « d'actifs spécifiques » va être une des composantes du choix de gouvernance que va faire la firme, ou l'autorité responsable d'un service industriel et commercial. « *La spécificité d'un actif se définit en référence au degré avec lequel un actif peut être redéployé pour un autre usage ou par d'autres utilisateurs sans perte de sa capacité de production*²¹⁵. » Les actifs spécifiques sont des actifs qui demandent des investissements spécifiques, en formation, en expertise, en matériel ou en logiciel. Un agent qui nettoie ne détient pas un actif spécifique, un agent qui détient un savoir-faire en matière de nettoyage d'équipements radioactifs détient un actif spécifique. Dans le cas de l'eau potable et de l'assainissement, nous sommes en présence d'actifs spécifiques, sur le matériel ou l'immatériel, comme les compétences techniques.

Selon la théorie des coûts de transaction, quand on est en présence d'actifs non spécifiques, facilement échangeables sans perte de valeur, la solution préférable sera l'appel au marché. En revanche, en cas d'actifs spécifiques, la réponse par le

²¹³ WILLIAMSON Oliver, *Les institutions de l'économie*, 1994, InterEditions, préface, p. 7.

²¹⁴ Voir l'annexe n°1 sur les coûts de transaction.

²¹⁵ WILLIAMSON Oliver, *Les institutions de l'économie*, InterEditions, 1994.

marché n'est pas adéquate en raison des coûts importants associés à la rupture des relations, à la création d'autres relations, des risques de rupture d'approvisionnement, etc. Il faut alors opter soit pour des contrats non standards, de moyen ou long terme, soit pour l'intégration, c'est-à-dire la réalisation en interne de la prestation (la hiérarchie). Dans ces hypothèses, les coûts de transaction peuvent être importants mais ils sont justifiés et amortis par le moindre risque et la plus grande stabilité des transactions.

Les coûts de transaction sont générés par les hypothèses réalistes des échanges : *« Il faut se prémunir de la limitation de la rationalité. Pour cela, on va signer des contrats, on va s'entourer de spécialistes, d'experts, de conseils. Il faut se prémunir de l'opportunisme et pour cela, multiplier les clauses des contrats, multiplier les risques de procès, donc, là aussi, on va s'engager dans des dépenses. Et enfin, il faut se prémunir de la spécificité des actifs en prévoyant des clauses de redéploiement ou de rachat, ou encore de partage des coûts en cas de rupture de contrat, et là encore, cela est coûteux²¹⁶ »*. Ces hypothèses décrivent assez bien la situation des services publics industriels et commerciaux et notamment les services d'eau. Il s'agit bien de contractualisations dans un contexte d'investissements non redéployables (spécificité des actifs), comme, par exemple, les logiciels de gestion (clientèle, programmation des interventions, etc.) et de télégestion (compteurs) développés pour un service donné, les équipements électriques et électromécaniques ainsi bien sûr que les usines et les canalisations.

La théorie des coûts de transaction fait un lien direct entre la spécificité des actifs et le degré d'intégration organisationnelle. Une des raisons qui peut inciter une entreprise ou une collectivité publique à internaliser la prestation et non pratiquer l'*outsourcing* (l'externalisation), c'est l'exploitation d'actif spécifique. Dès lors qu'ils seront spécifiques, non seulement les coûts demandés par le prestataire seront importants car il s'agira d'actifs non transférables pour d'autres activités, mais, en outre, l'entreprise (ou la collectivité publique) risque de devenir dépendante du prestataire pour ses besoins, ceux-ci n'étant pas standards. Elle préférera recourir à l'internalisation, qui induit des coûts de management (personnel, etc.) sur lequel elle a plus de contrôle que sur un contrat commercial, fut-il un contrat public, censé permettre un contrôle plus grand de la collectivité publique. En effet, le management interne, qui passe notamment par les contrats de travail, permet une

²¹⁶ GOMEZ Pierre-Yves, « La théorie des coûts de transaction », EM Lyon.

affectation de la ressource plus contrôlée, l'organisation ayant un pouvoir hiérarchique sur le personnel.

Plus l'actif est spécifique plus les partenaires ont intérêt à ce que la relation se déroule bien dans le temps. *« On parle alors de contrat de quasi-intégration. Les deux contractants, non seulement se mettent d'accord sur un produit, mais aussi sur un processus, une manière de fabriquer, des délais, une politique de qualité commune, qui fait que si les deux organisations, les deux firmes ou tout simplement les deux individus restent indépendants l'un de l'autre, ils sont dans une relation plus forte que celle du marché, mais aussi plus forte que celle d'un simple contrat. Ils sont dans une situation où l'intégration n'a pas encore lieu pleinement, mais ils s'ajustent de manière à créer ensemble une quasi-organisation²¹⁷ »*. C'est le cas par exemple des régies d'eau et d'assainissement, services qui dépendent soit directement, soit par l'intermédiaire d'un conseil d'administration, de la collectivité. C'est la situation d'une intégration en présence d'actifs spécifiques. On pourrait presque en conclure que la forme économique « naturelle » des services d'eau et d'assainissement est la régie ou la quasi-régie.

Tableau n°5 : Les structures de gouvernance efficaces (Williamson 1985)

		Degré de spécificité des actifs		
		Non spécifiques	Mixte	Spécifiques
Fréquence des transactions	Occasionnelle	Gouvernance du marché (contractualisation classique)	Gouvernance avec arbitrage (contractualisation néo-classique)	
	Récurrente		Gouvernance bilatérale (Contractualisation évolutive)	Gouvernance unifiée

Le contrat (ou gouvernance) de marché correspond à une transaction occasionnelle avec un l'objet complètement circonscrit et qui prévoit toutes les éventualités

²¹⁷ GOMEZ Pierre-Yves, « La théorie des coûts de transaction », EM Lyon.

(contrat complet). C'est l'inverse de la relation *intuitu personae*, l'individualité des contractants n'important pas.

Le contrat avec arbitrage est un contrat de long terme, qui s'exécute dans un contexte d'incertitude. Pour atténuer les comportements opportunistes et les conflits divers, le contrat prévoit une gouvernance particulière, sous la forme d'un arbitrage extérieur.

Le contrat bilatéral fait interagir deux contractants autonomes. On peut citer comme exemple les contrats de sous-traitance ou les contrats de franchise.

La gouvernance unifiée ou l'internalisation est celle qui peut être le plus efficace dans un contexte de forte incertitude et d'actifs très spécifiques. La coordination doit être étroite entre les partenaires, dans le cadre d'une « firme » par exemple. La « firme » a un contenu largement discuté, elle est un « nœud de contrats²¹⁸ » mais aussi une forme d'intégration capitalistique ou encore une « firme-réseau²¹⁹ », c'est-à-dire une forme d'intégration non uniquement capitalistique.

L'application de ces notions aux services publics de l'eau

Dans la relation entre la collectivité et l'entreprise sur le service de production et de distribution de l'eau²²⁰, les actifs sont partagés de façon inégale entre la collectivité et son cocontractant : l'entreprise possède des outils logiciels spécifiques qu'elle a développés. Elle dispose d'un certain nombre d'agents formés spécifiquement à la gestion de tels services : ingénieurs, techniciens. La collectivité de son côté dispose d'actifs beaucoup plus importants en valeur et non mobilisables pour une autre activité. Ces actifs sont la quasi-totalité des équipements du service. Le personnel, pour une grande partie, est obligatoirement récupéré par le service public, c'est donc aussi une partie « d'actif » (pour ce qui est notamment des formations, des compétences) qui présente un risque relativement limité pour l'entreprise.

²¹⁸ JENSEN Michael, MECKLING William, "Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and capital structure", *Journal of Financial Economics*, 1976, Vol 3, pp. 305–360.

²¹⁹ CHASSAGON Virgile, Qu'est-ce qu'une firme-réseau ? XVIIe Conférence Internationale de Management Stratégique (AIMS), May 2008, France. p.25, 2008.

²²⁰ Si on prend le cas très généralisé (« standard ») de l'affermage avec des îlots concessifs.

L'enjeu pour la collectivité est d'obtenir que les équipements nécessaires au fonctionnement du service soient toujours mobilisables sans avoir à les renouveler alors que cela n'était pas prévu ou à les réparer à grands frais, sans avoir à subir une rupture dans la continuité du service public. La nature de « bien destiné au service public » fait partie de la spécificité de ces actifs des services publics. Le risque essentiel pour la collectivité, par rapport à la spécificité des actifs est la question de l'entretien, du renouvellement, de l'adaptation aux nouvelles technologies et aux nouveaux besoins, et du bon fonctionnement de ces actifs. Le risque dans la DSP est que cette partie de la mission, confiée à l'entreprise, ne soit pas assurée, qu'elle fasse l'objet d'un comportement opportuniste. Comme on l'indiquait plus haut, « *le point le plus crucial est donc le déficit dans les incitations à investir*²²¹ ». Chaque partenaire doit protéger ses actifs, et dans ce domaine, la collectivité peut avoir beaucoup à perdre. Cette considération doit entrer en ligne de compte de façon décisive dans la gouvernance du service.

S'agissant des coûts de transaction dans les services publics, il y a des spécificités dans les contrats publics par rapport aux contrats privés. Ainsi, l'obligation de publicité et de mise en concurrence des contrats publics induit des coûts de transaction plus élevés en raison de relative complexité et lourdeur de la procédure.

Les coûts du contrôle sont aussi élevés dans les services d'eau et d'assainissement. Dans le cas des canalisations d'eau potable et d'assainissement, la caractéristique des réseaux, le fait qu'ils soient enterrés, rend complexe et coûteux le contrôle de la réalisation effective des investissements réalisés par le délégataire pour renouveler, renforcer ou accroître la dimension du réseau²²².

La théorie des coûts de transaction insiste sur l'efficacité des arbitrages privés, qui font intervenir des professionnels du secteur concerné et aboutissent, selon cette théorie, à des coûts de transaction moins élevés. Ce n'est pas encore le cas pour tous les contrats publics d'affaires et notamment les DSP. Le recours au juge administratif reste le droit commun des contrats de l'administration, même si sur ces points les choses évoluent vers un rapprochement entre les contrats privés et les contrats publics.

²²¹ WILLIAMSON Oliver, *Les institutions de l'économie*, InterEditions, 1994.

²²² CHONG Eshien, HUET Freddy, 2010. « Partenariats public-privé et investissements de fin de contrat : le cas de l'industrie de l'eau en France », *Recherches économiques de Louvain*, pages 413-448.

La théorie des contrats est pertinente en ce qu'elle insiste sur la mise en place de structures de gouvernance de la vie du contrat chargées de résoudre les conflits mais aussi de les prévenir et de les atténuer. Il y a donc une inadéquation entre la nécessité d'une gouvernance du contrat long et le positionnement des acteurs, qui se retrouve face à face dans la négociation permanente. Ce sont ces instruments de régulation ou de médiation qui font défaut.

La théorie des coûts de transaction fournit un cadre explicatif pertinent pour le domaine de la gestion de l'eau. Elle permet de mieux comprendre le fonctionnement de ces contrats et de s'interroger sur les mécanismes qui permettent à ces contrats non standard (DSP, contrats de gérance, etc.) ou à l'intégration (régie, y compris mixte de régie et de marchés de services) de fonctionner le mieux possible compte tenu des circonstances de la vie réelle des relations partenariales (rationalité limitée, opportunisme).

2.2.1.2. LES THEORIES DU MONOPOLE A L'ORIGINE DE LA NOTION DE REGULATION

Outre les théories des contrats incomplets et des coûts de transaction, les théories du monopole apportent un éclairage très utile sur la question du contrôle des contrats dans le domaine de l'eau.

L'intérêt d'un régulateur

On parle de monopole naturel, par opposition à un monopole légal, quand la configuration du secteur conduit à la réduction du nombre d'opérateurs à un opérateur unique, en raison des importantes économies d'échelle qui peuvent être réalisées. C'est donc la situation où le produit aura le coût le plus faible si une seule entité le produit et c'est le cas pour des secteurs où les investissements sont très importants. Le secteur de l'eau, tout comme celui des services postaux ou de l'énergie, est traditionnellement associé au monopole naturel. Ce sont des secteurs qui demandent de très importants investissements initiaux, pour délivrer le service aux premiers clients, mais une fois les investissements réalisés, la fourniture du service à un client supplémentaire se fait à un coût réduit (on parle de coût marginal faible).

La notion de monopole doit être précisée pour les différents secteurs de monopole naturel. Dans les domaines de l'énergie (électricité et gaz), une entité détient un monopole sur le transport des produits et les opérateurs sont en concurrence sur les produits apportés. Pour l'électricité en France, c'est la société RTE (réseau de transport d'électricité) qui détient le monopole de transport de l'électricité haute tension, au Royaume Uni par exemple, c'est la société Transco, qui détient le monopole pour le stockage et le transport du gaz. Le rôle du régulateur est alors de s'assurer du libre accès des entreprises de distribution au réseau de transport et de contrôler les tarifs d'accès à ce réseau.

Pour l'eau, la situation est différente puisqu'il n'y a pas de réseau commun géré par une seule entité. Ce sont les collectivités locales qui sont propriétaires des réseaux et non des entreprises nationales. Le réseau est donc par nature très fragmenté. Par ailleurs, là où il y a concurrence entre les distributeurs, sur un marché, pour le secteur de l'énergie, il n'en va pas de même pour l'eau, où il n'y a plus de concurrence une fois que le droit d'utilisation du réseau est donné à un opérateur de production et/ou de distribution d'eau. Le monopole existe donc sur un réseau très circonscrit et pour un temps limité, celui de la durée de la délégation. Cette situation pose la question de la mise en commun de réseau, via l'intercommunalité, voire la mise en commun de la production d'eau potable. On en reste aujourd'hui à une vision institutionnelle (le cadre de l'EPCI), sans aller vers une vision plus large de la gestion de la ressource (par bassin versant par exemple²²³). Le régulateur de la concurrence pour l'accès au réseau est la collectivité elle-même, par une mise en concurrence, tous les 11 ans en moyenne.

La gestion du service par un monopole « désintéressée », est la plus profitable qui soit, collectivement et théoriquement. En revanche, dans le cadre d'un monopole intéressé, qui correspond à la réalité, l'équilibre du monopole induit un état économique moins favorable. Le monopole tarifie au coût moyen²²⁴. Alors que dans une situation concurrentielle de marché dans laquelle existe une concurrence pure et parfaite, les concurrents proposent des biens au coût marginal, soit inférieur au coût moyen. La différence entre le coût moyen majoré du profit du monopoleur et le coût marginal est le coût associé au comportement du monopole, encore appelée « charge morte du monopole ». La notion de monopole est ainsi associée à

²²³ On pourrait envisager le transfert des infrastructures d'eau aux agences de l'eau par exemple.

²²⁴ Le coût moyen est égal au coût d'une unité produite. Il est égal au coût total divisé par la quantité produite. Le coût marginal est le coût supplémentaire induit par la dernière unité produite.

celle de rente de monopole ou « surprofit », c'est-à-dire l'excédent de profit dégagé par le monopole par rapport à une situation où s'exercerait une concurrence. Le surprofit peut donc amener à abolir l'intérêt du monopole.

Afin d'éviter que la situation de monopole n'aboutisse à ces surprofits qui ont pour effet de fournir un service moins intéressant à un prix plus élevé, la théorie économique s'est intéressée à la régulation de ces monopoles. La régulation, dans la théorie économique, peut être définie comme l'intervention du régulateur avec pour objectif de maximiser le surplus collectif. Le surplus collectif est le surplus tant du vendeur (producteur), que du consommateur. Le surplus du consommateur est défini comme le gain obtenu pour un produit entre ce que le consommateur est prêt à mettre et ce qu'il paye vraiment. Moins le produit devient cher, plus il est prêt à l'acheter et plus son surplus est important. C'est le même principe pour le vendeur mais en sens inverse : plus le produit est cher, plus son surplus est important. Si le prix proposé par le vendeur est situé à un niveau trop important, il n'arrivera pas à écouler tous les produits qu'il pourrait écouler. De leur côté, si les acheteurs ne sont pas prêts à mettre un certain prix, les vendeurs seront découragés de vendre. Ces deux situations sont sous-optimales. La situation dans laquelle il y a un prix d'équilibre est alors optimale. Le régulateur a cette fonction d'évaluer la marge du monopoleur et de ramener les tarifs à un niveau plus proche de l'optimum. Il a pour rôle notamment de fixer le prix de telle sorte qu'il se rapproche du prix d'équilibre, permettant un surplus collectif maximum. Si on est en situation d'information parfaite, le régulateur connaît les coûts du monopoleur et il peut savoir à quel niveau les ajuster, en fonction des caractéristiques du secteur. C'est très rarement le cas et ce n'est pas le cas du secteur de l'eau.

Dans le domaine de l'eau certains auteurs²²⁵ ont proposé un cadre conceptuel pour analyser les modes de gouvernance des services publics d'eau et d'assainissement. Ce cadre comporte plusieurs dimensions. La première de ses dimensions est l'incitation : Il s'agit de se demander si l'opérateur est incité à accroître les performances du service : diminuer ses coûts, accroître l'efficacité du service et remplir ses obligations de service public. La deuxième de ses dimensions est la régulation : il s'agit de se demander si le contrat remplit bien son rôle, s'il sert de cadre suffisamment rigide pour que les obligations des uns et des autres soient

²²⁵ BREUIL Lise, NAKHLA Michel, « Concilier efficacité et service public dans les concessions de service d'eau et d'assainissement dans un environnement institutionnel incertain, *Revue d'économie industrielle*, n°111, 3ème trimestre 2005.

respectées, mais suffisamment souple pour que la modification des conditions d'exécution du contrat n'entraîne pas sa rupture prématurée.

La régulation par les prix n'est pas le seul type de régulation possible. Il y a la régulation dans des systèmes où la concurrence n'existe pas mais où la comparaison peut se faire : la régulation va se faire par la « réputation²²⁶ », une mauvaise réputation entraînant un coût disproportionné pour l'entreprise qui l'oblige à respecter ses engagements. Il peut y avoir une régulation par la comparaison²²⁷ entre entreprises du même type, avec la fixation du prix par référence aux meilleurs coûts.

La régulation par la concurrence pour le marché

Il s'agit d'une régulation par le processus concurrentiel et non pas un instrument réglementaire direct. La concurrence pour le marché est définie comme la mise aux enchères du droit de servir la demande. L'objectif de cette concurrence est d'atteindre le coût moyen minimal, c'est-à-dire le coût minimal permettant de conserver un profit pour le monopoleur.

La concurrence pour le marché est présentée comme un substitut à la concurrence dans le marché. Cette théorie part de l'idée que dès lors qu'une situation de concurrence interne à un marché donné ne permet pas de réguler les opérateurs de ce marché, l'exploitation d'une situation de monopole doit pouvoir faire l'objet d'une régulation par une mise en concurrence pour accéder à ce marché. Elle est considérée comme une forme de régulation qui peut accompagner²²⁸ ou remplacer²²⁹ la régulation administrative traditionnelle. Dans certains cas elle peut remplacer la régulation traditionnelle puisque, « *l'attribution de la fourniture d'un bien à l'entreprise proposant le prix le plus bas conduit, en présence d'une concurrence suffisante, à un prix égal au coût moyen et à l'élimination de la rente du monopole*²³⁰ ».

²²⁶ « *Sunshine regulation* ».

²²⁷ « *Yardstick competition* ». C'est la méthodologie employée par l'OFWAT au Royaume-Uni pour définir le *price cap* qu'elle applique aux entreprises gestionnaires des services d'eau.

²²⁸ CHADWICK Edwin, "Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe; of Competition for the Field, as compared with the Competition within the Field of Service", 22 J. *Royal Statistical Soc'y*. 381 (1859).

²²⁹ DEMSETZ Harold, "Why Regulate Utilities?" *Journal of Law and Economics*, 1968.

²³⁰ MOUGEOT Michel, NAEGELEN Florence, « Coûts irrécupérables et structures de marchés endogènes : le cas des marchés régis par appel d'offres », *Revue d'économie politique*, mai-juin 1992, p. 745.

Le modèle français de régulation des DSP par la concurrence est un mixte entre la concurrence et le principe de *l'intuitu personae*. Il ne propose pas une mise aux enchères, puisque la procédure est négociée. En outre, de nombreuses caractéristiques des contrats limitent la portée de cette mise en concurrence : la durée longue des contrats, la limitation effective de la concurrence en situation d'oligopole, etc.

Cette question de la concurrence pour le marché fait l'objet d'une analyse annuelle à travers le rapport de l'observatoire des services publics d'eau et d'assainissement, consacré aux procédures issues de la loi Sapin. Le rapport daté de septembre 2012 indiquait ainsi : « *L'année 2008, année d'élection municipale, est marquée par une relative baisse du nombre de procédures lancées (584) par rapport à 2007. Comme en 2007, une majorité des contrats remis en concurrence a déjà fait l'objet d'une procédure de mise en concurrence. Les nouveaux contrats intègrent des objectifs quantifiés de performance, assortis de pénalités en cas de non-respect. Bien qu'en hausse, le nombre moyen d'offres par procédure reste limité (2,8). En 2008, comme les années précédentes, l'observatoire « loi Sapin » met en évidence l'effet de la taille des services délégués comme un facteur important pour caractériser l'attractivité des services pour les opérateurs et dès lors la concurrence dont ils peuvent bénéficier lors des négociations. Ainsi les services de moins de 10 000 habitants, et plus encore ceux de moins de 4 000 habitants, semblent les moins attractifs et bénéficient donc moins de l'effet concurrentiel* ». Le rapport précise également : « *La durée moyenne des contrats, après procédure, se stabilise autour de 11 ans sur la décennie 1998-2008. Les procédures donnent lieu à une diminution du prix (pondéré par le volume) payé au délégataire, tant en eau potable qu'en assainissement collectif, et quelle que soit la taille du service. Pour l'utilisateur, cette baisse de la part délégataire n'est cependant pas toujours perceptible car elle est souvent associée à une hausse de la part de la collectivité. Les résultats observés confirment cependant les tendances de baisse de prix observées les années précédentes*²³¹. »

La régulation par les prix

La théorie économique a développé les notions de régulation incitative, de contrat de partage de profit (*profit sharing contract*), etc., notamment quand il s'agit de

²³¹ EAUFRANCE, OBSERVATOIRE NATIONAL DES SERVICES D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT, *Rapport de 2012*, p. 3.

réguler le comportement de l'entreprise en charge d'un service public. Il existe deux principales régulations par les prix, qui sont la régulation « *cost plus pricing*²³² » et la régulation « *price cap*²³³ » sachant qu'il y a tous les degrés entre ces deux types. Cette régulation des entreprises d'un secteur est typiquement le cas dans le domaine de l'énergie et en particulier de l'électricité²³⁴. Dans le domaine de l'eau cette régulation n'appartient pas à une autorité centrale mais est exercée par les collectivités territoriales à travers la passation et les ajustements du contrat.

La régulation de type « *price cap* »

Le type de régulation, « *price cap regulation* » a été mis en place au Royaume-Uni dans les années 1980, au moment des privatisations d'entreprises présentes dans les services publics. Elle met en relation l'augmentation générale des prix (« *cap index* »), la capacité pour l'entreprise de réaliser des économies par rapport aux autres entreprises du secteur et l'évolution de ses coûts de production. Un prix plafond, qui évolue comme l'inflation, est fixé. Les gains de productivité et la maîtrise des coûts permettent à l'entreprise de réaliser ses marges. La régulation de type « *price cap* » sera donc fortement incitative pour la réduction des coûts internes.

C'est une technique de régulation utilisée depuis la fin des années 1990 au Royaume-Uni dans le domaine de l'eau notamment, mais également en Australie et dans certains pays d'Asie. La régulation est obtenue par la mise en place d'une autorité extérieure et indépendante. Le modèle britannique²³⁵, par exemple, est basé sur une régulation forte et centralisée d'entreprises privées qui sont propriétaires des infrastructures. Un régulateur national, l'Ofwat²³⁶, assure la régulation économique des entreprises et fixe le prix qui reste invariable pendant 5 ans. Il dispose donc de moyens juridiques et techniques importants qui lui permettent de réaliser des audits annuels, de faire des comparaisons des services entre eux

²³² « Coût et prix »

²³³ « Prix plafond »

²³⁴ Par exemple, le cabinet Microeconomix a réalisé une étude pour le compte de l'entreprise Réseau de transport d'électricité (RTE - filiale de EDF) qui a notamment pour objet de comparer la régulation du transport de l'électricité en France et les principales pratiques en cours dans cinq pays en Europe.

²³⁵ Modèle de l'Angleterre et du pays de Galles, décrit par BREUIL Lise, NAKHLA Michel, « Concilier efficacité et service public dans les concessions de service d'eau et d'assainissement dans un environnement institutionnel incertain », ENGREF Montpellier - Laboratoire de Gestion de l'Eau et d'Assainissement, *Revue d'économie industrielle*, n°111, 3ème trimestre 2005

²³⁶ *Office of water services.*

(*benchmarking*), ce qui réduit l'asymétrie d'informations entre l'autorité régulatrice, les entreprises, les municipalités²³⁷ et les usagers. Ce régulateur a intégré au début des années 2000 la dimension des usagers à travers un organisme indépendant, *WaterVoice*, rattaché à l'Ofwat.

Si l'on souhaite que le contrat soit incitatif, pour le partenaire privé, à réduire les coûts du service, on préférera un contrat de type « *price cap* », c'est-à-dire à prix plafonné. Le principe est de d'établir à l'avance la rémunération de l'entreprise régulée ce qui a pour effet de lui donner le maximum d'incitations à la réduction de ses coûts. Cette régulation laisse à l'entreprise la totalité des bénéfices dégagés, donc l'intégralité de la rente. Ces contrats sont fortement incitatifs car ils font porter le risque (opérationnel, commercial ou financier) sur l'opérateur. Cette régulation n'a de sens que sur le périmètre de coûts sur lequel l'entreprise peut agir. L'avantage de la régulation par « *price cap* » est l'économie faite sur le contrôle de l'opérateur en situation de monopole en raison de la facilité de voir si le prix plafond est respecté. Habituellement, une revue est faite tous les 4 ou 5 ans.

L'inconvénient de ce type de contrat est qu'il nécessite de bien connaître tous les coûts du service afin que le risque pris par l'opérateur soit correctement calculé. En outre ce type de contrat n'incite pas l'opérateur à investir puisqu'il n'a pas de forte visibilité sur le développement du service.

Dans le domaine de l'électricité, la régulation « *price cap* » périodique est l'instrument le plus utilisé. Cette régulation est mise en œuvre pour une durée définie et est périodiquement révisée. La fixation de la durée de la période sous « *price cap* » est très importante car elle définit la nature de la régulation. Une régulation « *price cap* » trop souvent révisée sera l'équivalent d'une régulation « *cost of service* », c'est-à-dire qu'elle sera peu incitative à la réduction des coûts. Plus la durée est longue, plus l'incitation à la réduction des coûts est forte. Cependant si la période est trop longue, l'adéquation du prix à la situation économique générale sera moins bonne et vont survenir des risques de révision de cette régulation. L'étude réalisée pour le compte de l'entreprise RTE indique, qu'en matière d'électricité, la durée optimale d'une régulation « *price cap* » est comprise entre deux et cinq ans.

²³⁷ Les municipalités ont été dépossédées de leur compétence par la réforme de 1989.

L'exemple de la régulation du gaz au Royaume Uni par la méthode du « *price cap* » est instructive sur les modalités d'application de cette régulation. Celle-ci a été analysée dans une note rédigée par Laurent David en 1999²³⁸. Cette régulation est du type RPI-X, où le RPI (« *Retail Price Index* ») représente le taux de variation annuel des prix de détail et X, un « *facteur de productivité* » que l'on estime être celui de l'entreprise en situation de monopole. Ce facteur, qui vient en déduction de l'augmentation des prix, sert à acter ces gains de productivité et à inciter à les prolonger.

Il est intéressant d'observer comment une telle régulation peut évoluer par rapport à l'exécution des prestations. L'autorité britannique de régulation du gaz (*Ofgas*) avait estimé en 1997 que les profits accumulés sur trois ans par l'entreprise de transport et de stockage du gaz, Transco, étaient excessifs en raison d'une sous-évaluation initiale du volume des transactions. Elle a proposé la mise en place une régulation RPI-X non plus sur les prix mais sur les recettes réalisées par l'entreprise et donc en intégrant à la fois l'effet prix et l'effet volume. Cette appréciation avait été critiquée par l'opérateur en raison de la plus faible incitation à encourager le développement des volumes. L'arbitrage du MMC (*Merger and Monopoly Commission*) a été sollicité et par un avis du 29 mai 1997, la MMC a « *estimé qu'un plafond de recettes dénaturait le price cap, formule à laquelle le régulateur gazier devait rester attaché* ». Finalement, l'*Ofgas* a décidé de revoir sa régulation et a mis en place en 1998, une formule hybride de « *price cap* ». L'auteur de cette étude nous indique que « *cette formule réalise un compromis entre la répartition de l'incertitude concernant les volumes estimés sur l'ensemble des plafonds et le maintien d'une certaine incitation en atténuant la baisse des plafonds de prix au cours de la période de contrôle*²³⁹ ». Cette illustration nous montre qu'il existe différents outils de régulation, qui peuvent être modulés en fonction des objectifs poursuivis.

Concrètement, la méthode de « *price cap* » peut se traduire dans une DSP d'eau, par la limitation de la durée de la convention avec un tarif plafonné.

²³⁸ DAVID Laurent, « La réglementation par price cap : Le cas du transport de gaz naturel au Royaume-Uni », *Cahier n° 99.09.14*, septembre 1999.

²³⁹ DAVID Laurent, « La réglementation par price cap : Le cas du transport de gaz naturel au Royaume-Uni », *Cahier n° 99.09.14*, septembre 1999, p. 11.

La régulation « *cost of service*²⁴⁰ »

Elle consiste à ajuster les prix aux coûts, par un remboursement des coûts exposés pour la réalisation de la prestation. Cette régulation est pratiquée dans certains secteurs stratégiques comme l'armement. Elle consiste à déterminer le prix unitaire des prestations et d'ajouter une marge pour l'entreprise. Cette méthode est pratiquée dans le cas où la détermination à l'avance du prix est aléatoire, comme le domaine de la recherche par exemple, elle permet de garantir une viabilité de la production. L'inconvénient de cette méthode est de ne pas prendre en compte la demande et qu'il n'y a pas de visibilité sur la vraisemblance de l'achat par le client, de la production au prix calculé. C'est une méthode peu adaptée *a priori* au secteur de l'eau en France dans lequel la régulation par le client est nécessaire compte tenu du mode de paiement par les usagers du service.

Ce type de régulation appelée « *cost of service* » est également dénommée « régulation par le taux de rendement ». Elle consiste à ajuster le prix au plus juste en se basant d'une part sur le coût du service et d'autre part en ajoutant un taux de rendement que l'on estime juste ou raisonnable pour les actionnaires de l'entreprise. L'objectif est de ne pas laisser une rente trop importante et injustifiée à l'entreprise. Dans ce type de régulation, les prix facturés sont indexés sur les coûts réalisés pour rendre le service. L'opérateur ne va pas seul supporter le risque puisque les clients facturés supportent également une partie du risque (opérationnel, commercial ou financier) en prenant en charge les augmentations de coût. Ce type de contrat est donc peu incitatif à la maîtrise des coûts, mais est incitatif à l'investissement.

Un autre inconvénient est d'ailleurs l'incitation à surinvestir que comporte une telle régulation. Le taux de rendement étant le rapport entre le résultat et le montant des actifs, une valorisation des actifs engendre un ajustement des tarifs à la hausse pour préserver le taux de rendement de l'entreprise. Le monopole risque alors de réaliser des investissements qui ne sont pas forcément justifiés économiquement. Enfin, le coût de contrôle peut être important : l'ajustement régulier au coût du service implique de connaître et d'auditer les coûts du service de façon très régulière, ce qui est non seulement difficile mais aussi coûteux.

L'avantage de cette régulation est de donner les moyens à une entreprise en situation de monopole d'innover et d'investir. L'autorité régulatrice pourra

²⁴⁰ « Coût du service ».

demander et exiger de l'opérateur qu'il soit plus réactif quant à l'atteinte des objectifs de qualité ou à la mobilisation des moyens nécessaires pour atteindre les objectifs d'un service public efficace.

La régulation mixte

Si la distinction théorique entre ces deux types de régulation est aisée, il faut noter que la différence entre les deux méthodes tient aussi à la fréquence des ajustements du prix par rapport aux coûts du service. La régulation « *price cap* » va privilégier un ajustement moins fréquent que celle par « *cost of service* ». Si on modifie les paramètres de durée de réajustement, on retrouve les avantages et les inconvénients de l'autre méthode. *« Si, dans le cadre d'une réglementation par cost plus, la période de contrôle s'étend au-delà d'une année, la firme est incitée à réaliser des gains de productivité pour que ses coûts soient inférieurs aux prix fixés en début de période. A l'opposé, dans le cadre d'un plafond de prix, si la période de contrôle est raccourcie, le plafond sera réajusté régulièrement pour « coller » aux coûts, ce qui réduira l'incitation du monopole à les réduire²⁴¹ ».* Dans la pratique, les méthodes sont souvent nuancées.

Dans le cas de l'électricité en France, on trouve une intéressante combinaison de régulation, associant « *price cap* » et « *cost of service* », ainsi décrite : *« La régulation du transport de l'électricité peut ainsi s'articuler autour d'un mécanisme incitatif central couvrant les coûts d'exploitation accompagnés d'autres mécanismes, notamment pour réguler les investissements (par exemple en combinant une approche cost of service avec un outil de planification) mais aussi pour la qualité de service (par exemple par l'intermédiaire d'un mécanisme incitatif ciblé qui peut très bien être inclus dans un price cap). Outre les mécanismes d'ajustement aux facteurs externes sur lesquels l'entreprise régulée ne peut agir, il convient de définir des règles précises de révision du price cap à l'issue de la période de régulation. En effet, dans le cas contraire, si l'entreprise régulée anticipe que la révision du price cap ne va lui laisser aucun bénéfice des efforts réalisés, elle ne sera pas incitée à en fournir en fin de période²⁴². »*

²⁴¹ DAVID Laurent, « La réglementation par price cap : Le cas du transport de gaz naturel au Royaume-Uni », *Cahier n° 99.09.14*, septembre 1999.

²⁴² LEVEQUE François, MUIZON Gildas de, « La régulation incitative appliquée au transport de l'électricité », Cabinet Microeconomix, janvier 2008.

Parmi les standards de contrat ou les types de contrat existant entre personne privée et personne publique, on trouve les contrats de partage de bénéfice (*profit sharing contract*), les contrats de partage de production (*Production-Sharing Agreement / PSA*), qui sont des accords signés entre une entreprise, opérateur, et un gouvernement qui confie le risque financier de l'exploration du service et des ressources à l'entreprise, qui obtient en échange une part de la production qui va être tirée de son exploitation²⁴³. La propriété de la ressource reste à l'Etat sur lequel elle est prélevée, ce qui distingue ce type de contrat d'autres contrats passés antérieurement qui attribuaient les ressources à la société exploitante.

Des modèles mixtes ont été instaurés dans certains pays d'Asie et d'Amérique latine dans les années 1990. Ils combinent à la fois le modèle français de la délégation de service par un contrat (et non la privatisation des installations) et la présence d'un régulateur indépendant de dimension nationale ou régionale. Cependant, ces modèles ont été mis en place dans des environnements « instables », marqués par une desserte en eau assez faible et des difficultés pour trouver un financement public important. Les risques étaient grands pour les opérateurs, tentés de verrouiller les contrats pour assurer leurs investissements, et pour les collectivités publiques²⁴⁴, qui ne s'étaient pas données les moyens d'avoir des régulateurs efficaces et dissuasifs. Dans beaucoup de cas, il y a eu des renégociations systématiques des contrats, et dans certains cas des ruptures. Le système a dysfonctionné dans certains cas en raison d'un positionnement trop en retrait du régulateur et du choix de modèle « *price cap* », moins stabilisant que le modèle « *cost plus* »²⁴⁵.

Ces exemples et les observations que l'on en tire, renseignent sur l'utilité que peut avoir un régulateur extérieur, indépendant et suffisamment outillé juridiquement et techniquement, notamment par rapport aux renégociations des contrats. La présence de régulateurs capables de mener des audits sur le coût des services, de faire des comparaisons (*benchmark*) et d'imposer des sanctions et des niveaux de prix apparaît alors décisive. Le modèle français est assez différent puisque la France n'est pas dans le cas d'un marché d'entreprises privées propriétaires des

²⁴³ Ces contrats sont utilisés pour l'exploitation des hydrocarbures par exemple.

²⁴⁴ Ces modèles ont par exemple été mis en place dans les villes de Buenos aires (1993), Jakarta (1997), La Paz (1997), Manille (1997), Manaus (2000).

²⁴⁵ Les contrats de concession en Amérique latine ont été analysés par GUASH J Luis, LAFFONT, Jean-Jacques et STRAUB Stéphane notamment : « Renegotiation of concession contracts in Latin America - Evidence from the water and transport sectors », Elsevier B.V., *International Journal of Industrial Organization*, 2007.

installations qu'il s'agit de réguler ni dans le cas d'une incertitude institutionnelle qui pousserait les entreprises à prendre des garanties exorbitantes, mais ces exemples montrent le rôle important d'une balance de pouvoir entre l'incitation au meilleur coût et l'obtention d'un meilleur service. L'encadrement de la négociation des contrats paraît être plus efficace que le contrôle, très restreint, du délégataire par la collectivité délégante. La possession par l'autorité de régulation de standards, issu de son activité d'audit, et de *benchmarking*, apparaît également être essentielle à la mise en œuvre de la régulation.

Le cas de l'eau en France est celui d'un « *price cap* » aménagé permettant d'accroître la richesse à partager par les parties prenantes, mais avec des coûts de transaction inévitables : « *dans le système de régulation des services d'eau en France, le système de fixation des prix est hybridé à partir d'un price cap, prédominant, et d'un cost plus*²⁴⁶ ».

2.2.1.3. LES THEORIES DE L'AGENCE ET « L'ALEA MORAL »

Les économistes²⁴⁷ qui ont travaillé sur la gouvernance d'entreprise ont étudié les relations inter firmes, desquelles on peut rapprocher la relation entre délégataire et délégant. Ils ont tenté de modéliser, à travers la théorie de l'agence, les relations entre les détenteurs des moyens de production que l'on appelle « principal » et dont le modèle est l'actionnaire ou les actionnaires et le gestionnaire de ces moyens, que l'on appelle « agent » qui est le gérant ou le directeur général. Dans cette relation, les intérêts sont amenés à s'opposer puisque l'actionnaire veut maximiser ses dividendes et le gestionnaire veut maximiser son bénéfice, en mobilisant les ressources financières des actionnaires. Ce dernier a son intérêt propre, qui peut être opposé à celui du principal. Il fait l'objet d'une surveillance qui a un coût, les « coûts d'agence ». Une des problématiques essentielles de l'agence a été définie par Adam Smith²⁴⁸ et consiste dans la circonstance que l'agent est un « *régisseur de l'argent d'autrui plutôt que de leur propre argent* », à la différence des « associés ». C'est la lutte classique pour la répartition de la valeur ajoutée en présence d'une asymétrie d'informations entre un gestionnaire qui connaît les coûts

²⁴⁶ FAUQUERT Guillaume, Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation – Contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable, 2007, p. 64.

²⁴⁷ On citera JENSEN Michael, MECKLING William, "Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and capital structure", *Journal of Financial Economics*, 1976, Vol 3, pp. 305–360.

²⁴⁸ SMITH Adam, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776.

d'exploitation et donc la formation de la valeur ajoutée et un actionnaire, informé de seconde main, de ces éléments.

Pour aplanir les difficultés et conserver la maîtrise de la relation, au bénéfice de la coopération et des gains qu'elle engendre, les acteurs doivent mettre en place un système d'ajustements. Quand les intérêts paraîtront trop divergents, il conviendra par exemple d'intéresser les agents au bénéfice du principal, dans leur rémunération²⁴⁹. Dans une DSP d'eau, ces ajustements pourraient consister par exemple, en l'intéressement du délégataire au bon état du réseau (critère de performance), mesuré de façon indépendante. Le maintien de la bonne coopération a un coût, comme les coûts de surveillance de l'agent (du délégataire), ou encore les « coûts d'engagement » ou d'incitation, le délégataire devant réaliser des audits pour garder la confiance de la collectivité délégante. « *Les coûts d'engagement résultent de la rédaction par la firme de rapports financiers et de la réalisation d'audits par des experts extérieurs à la firme*²⁵⁰ ». Enfin, un troisième type de coût a été identifié comme un coût inévitable, découlant des décisions prises par l'agent qui ne seront pas toujours strictement conformes aux seuls intérêts du principal. Ce dernier coût est parfois appelé « perte résiduelle ».

Le modèle de la DSP est le monopole bilatéral, c'est à dire la situation où un seul fournisseur fournit un seul client. C'est une situation assez rare dans la vie économique mais qui se retrouve, non à l'état parfait, dans les DSP : « *la collectivité a le monopole des droits d'exploitation de son service, alors que l'exploitant sortant détient un quasi-monopole du fait de ses informations, de son expérience et de la relation de confiance développée avec la collectivité*²⁵¹ ».

Le tableau de Stackelberg²⁵² fournit un panorama des différents types de relation entre un acheteur et un vendeur, allant du monopole bilatéral à la concurrence parfaite.

²⁴⁹ C'est le principe de l'attribution de stock option aux dirigeants d'entreprises.

²⁵⁰ GABRIE Hubert, JACQUIER Jean-Louis, *Les théories modernes de l'entreprise: l'approche institutionnelle*. Economica, 2001, p. 248.

²⁵¹ FAUQUERT Guillaume, Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation – Contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable, 2007. p. 64.

²⁵² Economiste allemand (1905-1946).

Tableau n°6 : Tableau de Stackelberg

Demande /offre	Un vendeur	Quelques vendeurs	Nombreux vendeurs
Un acheteur	Monopole bilatéral	Monopsone contrarié	Monopsone
Quelques acheteurs	Monopole contrarié	Oligopole bilatéral	Oligopsone
Nombreux acheteurs	Monopole	Oligopole bilatéral	Concurrence parfaite

D'un point de vue économique, les modalités de passation des contrats de dévolution de la gestion d'un service public pourraient également s'analyser comme la vente de franchises. Une franchise est « *un accord commercial et juridique par lequel une entreprise appelée « franchiseur » s'engage à fournir à une seconde entreprise, dite « franchisee », une marque, un savoir-faire et une assistance permanente en contrepartie d'une rémunération*²⁵³ ». La collectivité donne le droit à une entreprise, d'exploiter, sous sa responsabilité propre, un service, en contrepartie duquel elle obtient une rémunération, la « surtaxe ». La collectivité fournit non un savoir-faire ou une marque mais un réseau en état de marche ainsi qu'une coopération pour l'entretien de ce réseau, qui peut s'assimiler à une assistance. On y retrouve des problématiques et des paradoxes similaires : une liberté pour l'exploitant mais avec une contrainte qui peut être forte, la question de la durabilité de la prestation et de son niveau de qualité, la question des modalités d'organisation et donc des schémas contractuels à mettre en place pour assurer le développement de l'activité dans une optique gagnant-gagnant, les comportements opportunistes qui peuvent se développer. La notion d'agent a, dans le domaine de la franchise²⁵⁴, un sens différent de celui du rapport entre le principal et l'agent puisqu'il est au service direct du principal et contrôle les franchisees. Dans ce domaine, l'agent peut avoir des prérogatives importantes comme les restrictions à l'achat, la qualité des fournisseurs, les inspections (pour la garantie de la qualité)²⁵⁵.

²⁵³ Définition issue du site « Wikipedia ».

²⁵⁴ Dans le domaine de la pratique économique de la franchise, un agent peut être utilisé comme gardien du respect par chaque franchisee, de ses obligations et notamment de la qualité du service ou du bien distribué. Il doit concevoir et faire appliquer des pénalités le cas échéant. Il est soit employé par le franchiseur, soit par les franchisees eux-mêmes qui souhaitent garder un contrôle par chacun de ses obligations de qualité.

²⁵⁵ On verra sur ce point l'analyse de WILLIAMSON Oliver, *Les institutions de l'économie*, InterEditions, 1994, p. 220.

Le secteur de la distribution de l'eau potable peut également, en tant que modèle de gouvernance, être comparé, en tant que modèle de fonctionnement, au secteur de la distribution commerciale. On a face à face les distributeurs d'eau que sont les grandes entreprises du secteur de l'eau, et les producteurs d'eau que sont les nombreuses collectivités locales, dont les distributeurs utilisent les capacités pour commercialiser de l'eau potable. On a donc une relation entre quelques distributeurs en situation de monopole ou de quasi-monopole sur leur zone géographique et des « producteurs » qui vendent leur production d'eau à ces distributeurs. Si on envisage la situation de cette façon, plutôt que de monopole, il faudrait parler de monopsonne, situation caractérisée par la présence de nombreux vendeurs (les collectivités locales) pour peu d'acheteurs (les groupes de sociétés délégataires).

En cas de pouvoir de monopsonne²⁵⁶, c'est-à-dire la capacité pour un acheteur-distributeur puissant d'orienter les prix des fournitures à la baisse, qui se traduirait dans le cas de l'eau, d'orienter les redevances, ou les moyens en général consacrés à la production d'eau, à la baisse, la question du financement des investissements spécifiques de la collectivité se pose. Ainsi que l'écrivent Jean Tirole et Patrick Rey à propos des relations entre producteurs et distributeur dans le domaine de la grande distribution : « *L'exercice d'un pouvoir de négociation important vis-à-vis des producteurs soulève des difficultés particulières lorsque les producteurs doivent réaliser des investissements spécifiques ; un fort pouvoir de négociation des distributeurs fait en effet que la rémunération de ces investissements n'est plus assurée*²⁵⁷ ». Avec une pression à la hausse sur le coût du service et une pression à la baisse sur le prix, la collectivité peut être incitée à diminuer sa rémunération et donc ses capacités à développer son réseau et à effectuer les renouvellements qui lui incombent. C'est un peu la situation que l'on retrouve avec un très faible taux de renouvellement des infrastructures au plan national. La théorie économique²⁵⁸ a analysé les relations entre la concurrence entre acheteurs-distributeurs ou au

²⁵⁶ Le monopsonne est le cas symétrique du monopole. C'est la situation qui présente un acheteur pour un grand nombre de vendeurs. Les collectivités pourraient paradoxalement se trouver en situation de monopsonne, en tant que producteurs d'infrastructures pour des acheteurs (les délégataires) par le biais de la redevance.

²⁵⁷ TIROLE Jean, REY Patrick, Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs, *Rapport au Conseil d'analyse économique*, 2000, p. 14.

²⁵⁸ CHEMLA Gilles, "Downstream Competition, Foreclosure and Vertical Integration", *Journal of Economics & Management Strategy*, 1999, et CHIPTY Tasneem, SNYDER Christopher, "The Role of Firm Size in Bilateral Bargaining: A Study of the Cable Television Industry", *The Review of Economics and Statistics*, 81 (2), 1999, cités par TIROLE Jean, REY Patrick, Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs, *Rapport au Conseil d'analyse économique*, 2000, p. 14.

contraire leur concentration et les investissements réalisés. La concurrence entre les acheteurs protège les investissements et permet de les augmenter. A l'inverse la concentration des acheteurs dissuade les producteurs d'investir en raison du peu de rémunération qui sera retiré de leur vente.

L'avantage du monopsonne est la spécialisation du bien par rapport à l'acheteur-distributeur, c'est-à-dire la production d'un bien qui répond mieux à ses attentes. Sur le plan de l'eau, si on transpose le raisonnement, on pourrait supposer que la concentration des acheteurs-distributeurs, permet une harmonisation des *process* de production, une « normalisation » du bien produit, qui serait plus généralement conforme à la norme exigée par le distributeur d'eau.

Conclusion sur les caractéristiques économiques

Le recours aux théories économiques du contrat permet de mieux cerner les notions de coût de transaction, d'actif spécifique que sont les équipements en matière d'eau, de mécanisme de régulation en cas de monopole, les incidences des situations de monopsonne pour la préservation des actifs spécifiques.

L'analyse économique montre la fragilité de l'équilibre des contrats de DSP. L'importance des actifs spécifiques et leur préservation nous pousserait à privilégier l'internalisation de la gestion des services d'eau. Le caractère incomplet des contrats fragilise « l'effet obligatoire des contrats » et donc l'importance de la phase de passation initiale du contrat, sachant que le contrat exécuté ne sera pas du tout le même que le contrat passé initialement et qu'il risque de faire l'objet de renégociations répétées. La situation oligopolistique des partenaires, confrontant quelques vendeurs (délégataires) à de très nombreux acheteurs (collectivités locales), implique la mise en place d'une concurrence pour le marché, mais qui est, comme on l'a vu, limitée dans la mesure même ou le « marché », le contrat, évolue sans cesse. Le rapport de force dans la relation bilatérale entre la personne publique et son cocontractant est dès lors inévitablement à l'avantage du cocontractant.

C'est à la recherche d'un équilibre par la définition de règles sur la passation du contrat et son exécution que se sont attelés tant le législateur que les juridictions administratives, au nom de la protection de l'intérêt général.

2.2.2. LES CARACTERISTIQUES JURIDIQUES DES DSP D'EAU

Le contrat lui-même, fruit de la volonté des parties, est le premier cadre juridique des relations entre les partenaires au contrat. S'y superposent les règles définies par le législateur et celles posées par le juge. Les relations juridiques dans les contrats publics sont caractérisées par l'importance du législateur et du juge des contrats publics, le Conseil d'Etat, gardiens de l'intérêt général. En ce sens, les contrats publics se distinguent nettement des contrats privés qui font davantage appel à l'autonomie de la volonté des parties.

Cela n'a pas toujours été le cas puisque depuis les débuts de la pratique de la concession (au XVI^{ème} siècle) jusqu'au début de la mise en place des grands services publics, c'est-à-dire autour de 1900, c'était le contractualisme qui prévalait. La concession était définie comme un pur contrat, à partir de la définition de l'article 1101 du code civil, avec l'application du principe commun selon lequel le contrat est la loi des parties : *« le contrat de concession est la loi de l'administration comme celle du concessionnaire : il ne peut y être porté atteinte sans le consentement réciproque des parties »*²⁵⁹, ce qui faisait dire que *« jusqu'à l'aube du XX^{ème} siècle, la concession de service public était invariablement considérée comme un contrat pur et simple »*²⁶⁰. La particularité du contrat administratif de concession, la présence de clients tiers au contrat, était expliquée par la « stipulation pour autrui ».

A partir du début du XX^{ème} siècle, cette conception a été très critiquée par les grands auteurs du droit administratif moderne comme Léon Duguit, Maurice Hauriou et Gaston Jèze, au motif que *« l'acte de concession présente le caractère d'un véritable règlement »*²⁶¹. En 1906, le recours pour excès de pouvoir avait été reconnu aux usagers, pour leur action contre des mesures prises par le concédant dans le cadre de l'exécution du contrat²⁶². C'est à la fin de l'influence du contractualisme que naît la question du pouvoir de contrôle de l'administration, au

²⁵⁹ CHRISTOPHE Albert, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, Maresq Aîné, 1862, p. 130, cité par Laurent de CARRATIER DUBOIS : Le Conseil d'Etat, l'économie et le service public : concessions et services publics industriels et commerciaux (années 1880-1950), *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2005/3, p. 51 à 74.

²⁶⁰ LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLLE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, p. 101.

²⁶¹ Ibidem, p. 101.

²⁶² CE, 21 décembre 1906, *Syndicat Croix de Seguey Tivoli*, Rec. p. 969.

moment où naît ce que certains appellent une « *police de la gestion*²⁶³ ». Cette police de gestion va se manifester par les clauses réglementaires qui vont encadrer l'exécution du service.

Après une approche théorique du contrat de concession sous la forme d'une « théorie de la double nature du contrat », qui consistait à considérer que le contrat de concession avait une nature réglementaire vis-à-vis de l'usager (notamment, le cahier des charges) et une nature contractuelle pour ce qui concerne la relation entre le concédant et le concessionnaire²⁶⁴, cette approche a été abandonnée au profit de la théorie actuelle de l'acte mixte : « *la nature de la concession est en partie réglementaire et en partie contractuelle [...] selon la catégorie de clause*²⁶⁵ ». Dans le cahier des charges, certaines clauses sont réglementaires notamment celles relatives à l'organisation du service ou encore les tarifs (le droit de percevoir une redevance sur les usagers²⁶⁶), d'autres contractuelles, comme les avantages accordés au concessionnaire par le concédant, comme les clauses de garantie d'exclusivité, ou de durée de la concession. Ces dernières ne sont pas opposables aux usagers, en vertu de l'effet relatif des contrats.

Le terme de « convention » est d'ailleurs préféré par certains auteurs, au terme de « contrat » pour dénommer la convention de concession, car il exprime un acte qui se différencie de l'acte unilatérale et qui comporte des éléments contractuels et des éléments réglementaires. La concession est alors définie comme « *une convention à effets réglementaires*²⁶⁷ », et plus précisément « *les conventions à effets réglementaires sont des accords de volonté, des conventions, mais ne sont pas des contrats*²⁶⁸ ». Elles suivent cependant un régime juridique « *analogue à celui des contrats*²⁶⁹ ».

²⁶³ CARRATIER DUBOIS Laurent de, Le conseil d'état, l'économie et le service public : concessions et services publics industriels et commerciaux (années 1880-1950), *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2005/3, p. 57.

²⁶⁴ Cette conception ne permettait pas de rendre compte notamment du fait que l'organisation du service public échappe à la relation contractuelle.

²⁶⁵ LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, p. 104.

²⁶⁶ Les tarifs de la concession « constituent dans son ensemble une disposition réglementaire », Cass., civ. 25 janvier 1924, S1924, I, 384.

²⁶⁷ LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, p. 108.

²⁶⁸ Ibidem, p. 121.

²⁶⁹ Ibidem, p. 122.

Aujourd'hui le mouvement semble repartir en sens inverse et on constate une tendance à un rapprochement entre contrat public et contrat de droit commun dans le sens d'une plus grande liberté accordée aux parties dans la sphère des contrats publics, sous l'effet notamment des questions liées au financement privé des contrats publics, en particulier dans les contrats de partenariat. Les exigences de sécurité des financeurs poussent à une « normalisation » du droit des contrats publics qui fait dire à certains auteurs que *« la promotion de la liberté contractuelle semble aujourd'hui consacrer le retour au premier plan du contrat comme instrument de répartition des rôles et des risques entre les parties, le contrat public devenant, à l'image du droit privé, un instrument de régulation juridique. Loin de consacrer la marginalisation du droit public, dont la plupart des institutions préservent tout leur sens, la relative convergence du droit des contrats public et privé manifeste aussi la volonté des pouvoirs publics d'administrer autrement »*²⁷⁰.

Ce même mouvement de banalisation est observé pour les différents contrats de la commande publique sous la pression du droit de l'Union européenne et de la montée en puissance des acteurs privés et des financements privés dans les différents domaines de la construction, de l'aménagement et de la gestion des services d'intérêt général. Dans le domaine de l'urbanisme opérationnel par exemple, les opérations, en raison de leur dimension « politique » ont traditionnellement fait l'objet d'un traitement juridique à part. Avant la loi Sapin, les concessions d'aménagement étaient conclues sans mise en concurrence. Après la loi « Sapin », une loi spécifique adoptée en 1994 est venue les exclure de son champ d'application. Il a fallu la loi du 20 juillet 2005²⁷¹ et le décret du 22 juillet 2009²⁷², et après l'intervention de requalifications juridiques par la Cour de justice de l'Union européenne, pour que les concessions d'aménagement entrent dans les cases du droit « harmonisé » de la commande publique. Ainsi que l'indique le professeur Jean Bernard Auby, *« naguère considérés comme des contrats d'une nature spécifique [...], ils se révèlent, sous le regard du droit européen surtout, constituer simplement une variété particulière de marché, ou bien une forme de concession de travaux »*²⁷³, selon la part de risque économique de l'opération. Le mouvement ne concerne donc pas que les contrats de délégation de service public,

²⁷⁰ LEQUIEN Michel, CUCHE Pascal, « La notion de « bancabilité » dans les opérations de financement privé d'équipements publics », *Etude Cabinet Ashurst, Droit Administratif* n° 12, Décembre 2004.

²⁷¹ Loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement.

²⁷² Décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009 relatif aux concessions d'aménagement.

²⁷³ AUBY Jean-Bernard, « Partenariats public-privé et aménagement urbain », *Revue juridique de l'économie publique*, n°697, mai 2012, Etude 4, p. 9.

« ce mouvement de banalisation s'alimente en vérité d'un développement des logiques contractuelles et de concurrence, fortement impulsé par le droit de l'Union européenne²⁷⁴ » et s'inscrit dans ce que Jean-Bernard Auby appelle la banalisation du droit des personnes publiques.

2.2.2.1. LES LOIS DU SERVICE PUBLIC DANS LE MODELE DE LA CONCESSION.

Les lois du service public : de la concession à la DSP

La notion de concession signifie, au sens premier, l'abandon d'un avantage, d'un droit, d'une prétention²⁷⁵. C'est par exemple le droit concédé à une personne privée d'exploiter les fruits de sa mise en valeur d'un bien détenu par une collectivité publique : comme le sous-sol pour l'exploitation minière ou une propriété dont l'exploitation est donnée à une personne privée pour une durée limitée, comme les concessions coloniales par exemple. La notion de concession est très ancienne et a précédé de beaucoup celle de service public. Les biens et les services qui ont été mis en concession, ont parfois été érigés en services publics, comme les concessions de chemin de fer, mais les deux notions sont bien distinctes. Le développement du service public s'est fait en plusieurs étapes.

La première étape a été celle du financement privé d'équipements publics qui est un procédé très ancien tout comme les mécanismes juridiques permettant l'association du privé et du public. On évoquera bien sûr les concessions de canaux au XVII^{ème} siècle et la fameuse concession du canal du midi en 1666 au fermier général Pierre-Paul Riquet. Les caractéristiques juridiques de ces contrats sont que d'une part la collectivité publique confie la réalisation et, le cas échéant, l'exploitation de l'ouvrage ou du service à une entreprise privée qui en assure le financement et que d'autre part l'actif réalisé et exploité reste toujours dans le périmètre du domaine public.

La seconde étape a été celle du financement privé de services publics à proprement parler. Sur la base des contrats de concession ou de contrats voisins se sont organisés le financement et la gestion des grands services publics (eau, gaz, électricité, etc.) au XIX^{ème} siècle. Ces contrats ont été utilisés pendant le XX^{ème}

²⁷⁴ Ibidem, p. 8.

²⁷⁵ Dictionnaire Larousse.

siècle, pour ces services, parfois jusqu'à la substitution d'un opérateur public à l'opérateur privé, comme cela a été le cas avec les nationalisations de 1946²⁷⁶.

La logique de la concession « *est de conférer le droit de mettre en valeur des biens, à la place de la collectivité publique, qui accepte de se retirer* » est assez différente de la logique de la délégation de service public qui fait entrer les lois du service public dans l'activité du délégataire qui exploite en son nom et à ses risques le service. Cette dernière est fondée sur le partenariat, la puissance publique prenant en compte les impératifs économiques de la société privée et l'entreprise privée répondant aux impératifs du service public en laissant, dans certains cas, la puissance publique intervenir puisqu'il s'agit d'un service affecté au public dont la collectivité est *in fine* responsable.

Le professeur Gérard Marcou précise que même si la pratique est ancienne, la notion de « délégation de service public » est récente puisque c'est la loi du 29 janvier 1993, dite « loi Sapin », qui a formalisé la notion sans toutefois la définir. Elle désigne les contrats qui « *ont pour objet de confier à un entrepreneur l'exécution même du service public*²⁷⁷ ». Il s'agit d'ailleurs plus d'une gestion déléguée que d'un service délégué, au regard de ce qui a été dit plus haut.

Les lois qui régissent les services publics contribuent à la régulation des contrats de DSP. Les partenaires doivent assurer le respect du principe d'égalité, qui comprend notamment la neutralité et la laïcité, de continuité des services publics et d'adaptabilité (ou de mutabilité).

La nature du service public : SPIC ou SPA ?

La nature du service public tient une grande importance dans sa régulation. Deux logiques sont à l'œuvre : la logique de la consommation d'un bien privatif qui doit être financé par le consommateur du bien, et la logique de l'usage d'un bien commun qui doit être financé par des ressources communes. Même si les services publics administratifs (SPA) peuvent faire l'objet de concessions, les services

²⁷⁶ BEZANÇON Xavier, *Les services publics en France, du Moyen-Age à la Révolution*, Presse de l'Ecole nationale des ponts et chaussées, 1995, in Gérard MARCOU. 7 - L'expérience française de financement privé des infrastructures et des équipements, *Annuaire des collectivités locales*. Tome 19, 1999, pp. 61-99.

²⁷⁷ MARCOU Gérard, L'expérience française de financement privé des infrastructures et des équipements. In *Annuaire des collectivités locales*. Tome 19, 1999, p. 64.

publics industriels et commerciaux (SPIC) sont le « *terrain d'élection de la concession de service public*²⁷⁸ ».

En elle-même l'eau semble correspondre à ces deux formes d'usage : à la fois bien privatif de consommation, qui peut même faire l'objet d'un usage commercial, comme dans les entreprises de lavage, mais aussi un bien de base indispensable à la vie et à la santé, tout comme l'air.

Pendant longtemps l'eau a plutôt été considérée comme un bien commun financé par des ressources communes. Le statut juridique du service public de l'eau potable a varié, avant 1926²⁷⁹, en fonction du titulaire de la gestion du service. S'il était géré par la collectivité publique, la commune ou ses regroupements, le service était considéré comme administratif et donc financé par les ressources collectives de la commune. S'il était géré par une entreprise, sous la forme de la délégation de la gestion du service, alors il devait être considéré comme industriel et commercial et donc financé uniquement par les usagers du service. On rappellera que la notion de service public industriel et commercial avait été dégagée peu de temps auparavant, par la jurisprudence du « bac d'Eloka » du 22 janvier 1921²⁸⁰ et que le terme même avait été utilisé pour la première fois par le Conseil d'Etat en décembre de la même année²⁸¹.

Par les décrets des 5 novembre et 28 décembre 1926, les communes ont été autorisées à gérer des services publics industriels et commerciaux, qui acquièrent cette qualification dès lors qu'ils sont susceptibles d'être gérés par des entreprises et répondent aux critères dégagés par la jurisprudence du Conseil d'Etat : l'intérêt public conçu dans un sens assez restrictif²⁸² et la caractérisation du service par des règles et des conditions qui sont celles des entreprises privées²⁸³. Dès lors ce n'est pas la nature du titulaire de la gestion qui va définir le régime juridique, mais les conditions de la gestion du service. Cela ne change rien aux services qui faisaient l'objet d'une délégation de leur gestion à une entreprise privée, puisque ceux-ci étaient déjà considérés comme des SPIC, mais cela unifie le mode de gestion des

²⁷⁸ LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, p. 287.

²⁷⁹ CONSEIL D'ETAT, L'eau et son droit, *Rapport public 2010*, annexe 11, p. 345.

²⁸⁰ CE, 22 janvier 1921, *Colonie de la Côte d'Ivoire contre Société commerciale de l'Ouest africain*, n°00706.

²⁸¹ CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, Leb. p. 333.

²⁸² CE, sect. 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*, n°06781.

²⁸³ CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, n°30701.

services d'eau. La gestion de l'eau est dans tous les cas un SPIC, avec les contraintes attachées d'équilibre financier du service, d'interdiction de subvention, sauf cas très circonscrits définis par les articles L. 2224-1 et 2 du CGCT.

Le cas de la nature juridique du service d'assainissement a été longtemps débattu. Si la distribution de l'eau potable peut être considérée comme un bien privatif de consommation, c'est beaucoup moins évident pour le service d'assainissement. Certes il est lié à la dépollution du bien d'eau potable utilisé, mais ce n'est pas toujours le cas, l'assainissement concerne tous les rejets, indépendamment de la connexion au réseau public d'eau potable. En outre, le bénéfice de l'assainissement est la santé publique qui est un bien collectif.

Pendant longtemps, le service d'assainissement a été considéré comme un service public administratif et ses ressources ont été constituées de taxes. Aussi pendant longtemps, les juridictions n'ont pas retenu la qualification de SPIC pour les services d'assainissement, le Conseil d'Etat estimant que les redevances perçues pour l'assainissement ne constituaient pas un prix mais une taxe²⁸⁴. Ce n'est qu'en 1988 que le Conseil d'Etat juge clairement et définitivement que le service d'assainissement, dont la redevance est basée sur la consommation d'eau, est un service public industriel et commercial²⁸⁵. C'est la loi qui a tranché désormais cette question en indiquant que « *les services publics d'assainissement sont financièrement gérés comme des services à caractère industriel et commercial*²⁸⁶. »

2.2.2.2. LA PASSATION DES CONTRATS : L'EQUILIBRE ENTRE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET INTUITU PERSONAE

Un encadrement récent de la passation des DSP.

Ainsi que le rappelle Xavier Bezançon, « *A l'instar de l'Ancien régime, les marchés passés en régie vont continuer de faire l'objet de règles générale de passation et d'exécution et ce, dès les lois révolutionnaires. [...] En revanche, on ne trouve pas trace dans la législation du XIX^{ème} siècle d'une réglementation générale du régime d'exécution des contrats de concession de travaux public*²⁸⁷ ». Pendant longtemps,

²⁸⁴ CE, avis n°330792 du 15 avril 1982.

²⁸⁵ CE, 20 janvier 1988, *SCI La colline*, n°70719.

²⁸⁶ Article 2224-1 du CGCT.

²⁸⁷ BEZANCON Xavier, *Les services publics en France, De la révolution à la première Guerre Mondiale*, 1983, Presses de l'Ecole nationale des ponts et Chaussées, p. 39.

et jusqu'à l'arrivée de la loi Sapin, dans le domaine des partenariats public privé de type concession ou DSP, les pouvoirs publics ont été peu préoccupés par l'encadrement de l'efficacité de la commande publique ou de sa transparence. La liberté de choix du prestataire et la liberté de négociation étaient totales, l'attribution de ces contrats étant considérée comme *intuitu personae*, soit, « à raison de la personne », de son identité, de sa réputation, de sa solvabilité, etc.

Alors que le droit des marchés publics s'est largement ouvert aux principes de mise en concurrence, le droit des concessions est longtemps resté en marge de ce mouvement. La montée en puissance du droit de la concurrence et du libéralisme en général ainsi que les atteintes trop manifestes à la probité²⁸⁸ ont amené le législateur et l'autorité juridictionnelle à encadrer les règles de passation pour initier une plus grande concurrence et une plus grande transparence dans les secteurs concernés par ces contrats, c'est à dire les grands services publics industriels et commerciaux.

La passation des contrats obéit aujourd'hui à un équilibre subtil entre le principe de concurrence pour le marché, imposé non pas par un souci d'efficacité de la commande publique ou de régulation du prix, mais par un souci de transparence lié aux affaires de corruption, et le principe de *l'intuitu personae* qui permet une adaptation du contrat aux besoins du service et est un des éléments de la confiance nécessaire à un contrat de longue durée. La législation et la réglementation de la période 1992-1995²⁸⁹ ont amené des modifications substantielles au régime juridique des concessions sur trois domaines : les procédures de passation, le contenu des engagements contractuels et les contrôles des contrats. On en restera, pour ce qui concerne cette partie, à l'encadrement de la passation.

En premier lieu, des étapes administratives préalables ont été instaurées dans le but de renforcer la transparence et la démocratie locale. La commission consultative des services publics locaux comprend des usagers du service, représentés par des membres des associations locales ainsi que des représentants de la collectivité, désignés à la représentation proportionnelle. Elle se prononce obligatoirement sur

²⁸⁸ C'est d'ailleurs le rapport de la Commission de prévention de la corruption (1992) placée sous la direction de Robert Bouchery, conseiller d'Etat, qui a initié la loi Sapin sur ce domaine.

²⁸⁹ Le décret n°92-1310 du 15 décembre 1992, de simplification du Code des marchés publics, la loi n°93-122 du 29 janvier 1993, le décret n°93-471 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993, la loi n°95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public.

tout projet de DSP. L'assemblée doit délibérer sur le principe de la délégation après avoir été saisie d'un rapport dont la matérialité doit pouvoir être établie. Souvent ce rapport présente les différentes options possibles pour la gestion du service et l'avantage de la DSP. Le choix même du mode de gestion fait par l'assemblée délibérante ne relève pas de la compétence du juge administratif, qui ne peut que sanctionner le formalisme de la procédure (absence de délibération), en vertu du principe constitutionnel de la libre administration des collectivités locales énoncé à l'article 72 de la constitution.

Une commission de DSP est constituée sur un mode comparable à la commission d'appel d'offres pour les marchés avec pour rôle d'établir la liste des candidats admis à concourir, d'ouvrir les offres et d'émettre un avis sur les candidats avec lesquels l'autorité habilitée à signer le contrat peut négocier. Elle est également consultée pour les avenants modifiant l'économie de la DSP (augmentation du montant global de 5%).

En second lieu, une mise en concurrence est organisée pour l'émergence d'offres concurrentes. La mise en concurrence est obligatoire, sauf pour les établissements publics dépendant de la collectivité, qui incluent, dans leur statut, le service à déléguer ou qui sont en situation de quasi-régie. Elle n'est pas non plus obligatoire après une procédure de mise en concurrence qui n'a pas permis que des offres soient proposées ou acceptées par la collectivité, à l'instar des marchés publics.

Les délégations de service public ne sont plus régies par la loi du 29 janvier 1993, mais font partie du régime des concessions qui englobe les concessions de service et les concessions de travaux, anciennement régies par l'ordonnance n°2008-854 du 15 juillet 2009. Ce régime est fixé par l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et son décret d'application n°2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession, qui transposent en droit national la directive n°2014/23/CE du 26 février 2014. Le nouveau régime des concessions fixe comme critère de distinction avec les marchés public, le risque assumé par l'exploitant du service ou le concessionnaire en général.

La version initiale de la directive concession²⁹⁰ évoquait dans son propos préliminaire (11) « *la nécessité d'assurer une véritable ouverture du marché et un*

²⁹⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession, du 20 décembre 2011.

juste équilibre dans l'application des règles d'attribution des concessions dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux » et incluait donc naturellement ces secteurs dans le champ de la directive. Le secteur de l'eau a finalement été exclu des dispositions formalisées relatives à la passation des contrats²⁹¹.

La procédure d'appel à candidatures est formalisée avec la distinction (seuils²⁹²) entre les concessions selon leur montant et leur objet. Les concessions d'un montant supérieur (calculé à partir du chiffre d'affaires du concessionnaire sur la durée de la concession) à 5 225 000 € devront respecter les formes suivantes : la hiérarchisation des critères d'attribution, la rédaction de l'avis de concession selon le modèle communautaire, la publication de l'avis de concession au JOUE, au BOAMP (ou un autre journal d'annonces légales), ainsi que dans une publication spécialisée, le respect du délai de 30 jours minimum (ou 25 jours si la remise des offres s'est effectuée par voie électronique) entre la date d'envoi de l'avis et la date de réception des candidatures, pour les offres, le décret du 1^{er} février 2016 dispose, en son article 18, que « *Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à vingt-deux jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre*²⁹³ », la notification aux candidats évincés du rejet de leur candidature, et enfin la publication de l'avis d'attribution.

Les concessions d'un montant inférieur à 5 225 000 € ainsi que les concessions dans le domaine de l'eau, des transports, ainsi que certains services sociaux n'auront à respecter qu'un formalisme simplifié. La rédaction de l'avis est simplifiée²⁹⁴, l'avis de concession est publié au BOAMP ou dans quelque autre journal d'annonces légales, la réception des candidatures et des offres doit s'effectuer dans un délai raisonnable.

S'agissant de l'établissement de la liste des candidats admis à concourir, les critères sont posés par la loi : l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service et

²⁹¹ La problématique de l'exclusion presque systématique du secteur de l'eau des dispositions communes interroge. On rappellera que c'est un secteur qui, contrairement à ce que l'on aurait pu penser, n'a pas été nationalisé au lendemain de la seconde guerre mondiale, alors qu'il s'agit d'un service public de base et que tant d'autres secteurs ont été nationalisés. Cela a été la même chose en 1981, alors que tant d'autres secteurs, comme le gaz ou l'électricité par exemple, ont été nationalisés. Cela montre la relation particulière entre le monde politique et le secteur de l'eau.

²⁹² Le seuil des 106 000 € pour les « petites délégations » est supprimé.

²⁹³ 17 jours en cas de transmission électronique.

²⁹⁴ Il renvoie à l'arrêté du 23 mars 2016 qui propose un modèle simplifié.

l'égalité des usagers devant le service public²⁹⁵, termes repris par l'article 45 de l'ordonnance de 2016²⁹⁶. La collectivité peut sélectionner à partir de critères propres qu'elle fait figurer dans l'avis. Le juge contrôle l'erreur manifeste d'appréciation sur l'établissement de la liste des candidats admis²⁹⁷. C'est la commission de DSP qui établit cette liste sous la forme d'un avis simple dont l'autorité habilitée à signer pourrait s'écarter, mais en encourant des risques juridiques s'il n'y a pas de motivation objective.

Les documents de la consultation précisent les quantités et la qualité des prestations demandées, les conditions de tarification du service, etc. C'est un cahier des charges de la DSP. Les rapports techniques d'exploitation du précédent délégataire doivent pouvoir être remis à tous les candidats. Le prix de vente de l'eau en gros, pratiqué par le précédent fermier doit être porté à la connaissance de tous les candidats, quand bien même ce prix serait un élément de l'offre de ce fermier pour le nouveau contrat de délégation, telle a été la décision de la Cour de cassation sur un contentieux de la concurrence né à l'occasion de la passation d'une DSP²⁹⁸.

Enfin, en troisième lieu, le délégataire est choisi après une négociation dépourvue de formalisme contraignant, comme cela a toujours été le cas pour les DSP. L'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 dispose que « *les autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires* ». La procédure n'est pas strictement encadrée, ni le délai maximum. Le principe à respecter vaut pour toutes les négociations : égalité de traitement et d'information pour les différents candidats.

Le seul cadre de la négociation est l'interdiction de négocier sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou encore les conditions minimales mentionnées dans les documents de la consultation. Les négociations ne doivent pas aboutir à un bouleversement du contrat, mais uniquement à des modifications limitées : prestations complémentaires comme la désodorisation d'une station d'épuration, ou la prolongation d'une durée de 6 mois du contrat d'affermage.

²⁹⁵ CGCT, art. 1411-1 alinéa 2.

²⁹⁶ « L'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public », selon l'article 45 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

²⁹⁷ TA Paris, 16 mars 1995, *Sté Entreprise de gestion et de services*, Rec. CE, tables, p. 896.

²⁹⁸ Cour de Cassation, 3 mai 2000, *Suez Lyonnaise des Eaux*, n°98-18.602, *Contrat, marchés publics* 2000, n°19. Cf. *Jurisqueur administratif* sur les DSP (fascicule n°660).

S'agissant des critères de choix, les DSP n'ont pas les mêmes critères que les marchés publics. Si pour les marchés, il s'agit de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, pour les DSP, en vertu de l'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, « *le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution* ».

La question de la publicité des critères de sélection des offres a fait l'objet d'une avancée progressive par palier. Jusqu'en 2009, le principe qui prévalait était celui posé par l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 octobre 2006²⁹⁹, selon lequel la collectivité délégante était libre de choisir de communiquer ou non les critères de sélection des offres. Cette position a été critiquée par la doctrine car elle n'était pas en phase avec le principe de transparence des procédures et d'égalité de traitement des candidats, principes valables pour toute la commande publique³⁰⁰. Ainsi, le contrôle du juge sur le choix du délégataire était considéré comme ayant une portée qui reste « *théorique tant que la loi française, en violation du principe de transparence, continue à ne pas imposer la publication des critères de choix de l'offre*³⁰¹ ».

En 2009, plusieurs décisions³⁰² sont venues remettre en cause ce principe et y ont substitué le principe de la publicité des critères des choix. Le principe, posé par l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 décembre 2009, est que la collectivité délégante doit communiquer les critères de choix des offres aux candidats. Cependant, si le Conseil d'Etat justifie la communication des critères par le respect des « *principes généraux du droit de la commande publique*³⁰³ », il pose une limite à ce principe, en considérant que la personne publique « *n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères* ». Ce régime reste actuellement le régime en vigueur pour la passation des contrats avec quelques adaptations apportées par la directive concession.

²⁹⁹ CE, 20 octobre 2006, Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance, n°287198.

³⁰⁰ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, affaire C-458/03.

³⁰¹ Cf. RICHER Laurent, note sous CE 7 nov. 2008, Département de la Vendée, *AJDA* 2008. 2. Cf. DREYFUS, Jean-David, « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA* 2009, p. 1529.

³⁰² TA VERSAILLES, 28 mai 2009, *Société Antenna Audio*, n°09447, CAA LYON, 14 mai 2009, *SEMARAP*, n°07LY02163, puis enfin la décision du Conseil d'Etat, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée du domaine national de Versailles*, n°328827.

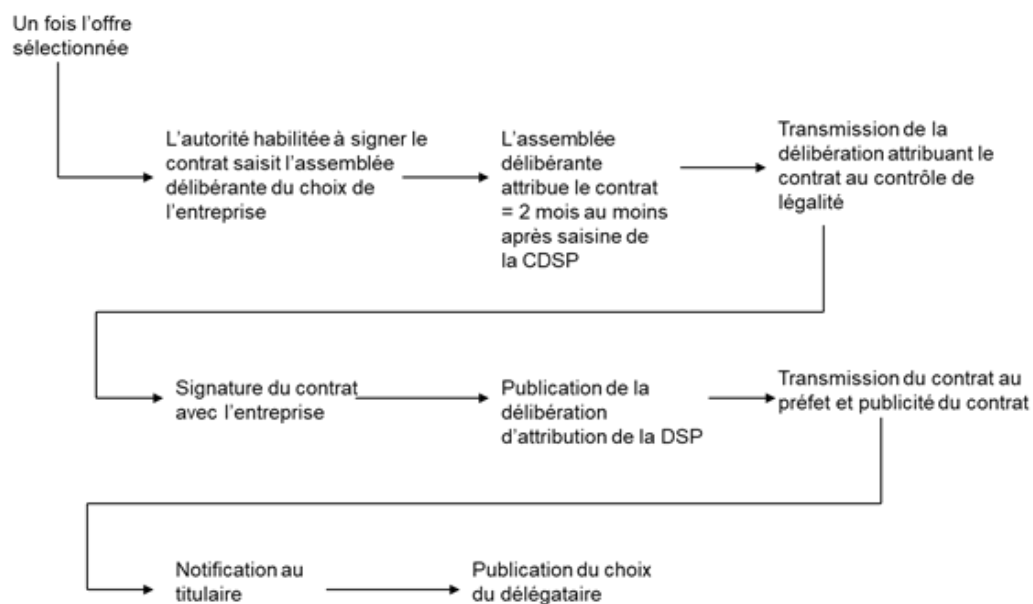
³⁰³ Liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures.

En effet, avant l'intervention de la directive de 2014, les critères du jugement des offres devaient être annoncés dans les documents de la consultation, sans que les modalités de mise en œuvre de ces critères (hiérarchisation, pondération, etc.) ne soit obligatoirement communicables. Aujourd'hui, ce principe vaut pour les DSP de moins de 5 225 000 € ainsi que celles des secteurs exclus, comme l'eau. Pour les autres DSP, les critères doivent être annoncés et hiérarchisés par ordre d'importance décroissant, conformément à l'article 27 de l'ordonnance. Le champ des concessions échappe encore au niveau de la précision des critères qui existe dans le domaine des marchés publics. Et sur cette question, les remarques du professeur Richer sont encore valables.

La signature du contrat suit le schéma général suivant :

Schéma n°7 : Procédure de passation des contrats de DSP

La procédure de passation : Signature et notification de la DSP



Les dispositions relatives à la transparence de l'exécution du contrat sont applicables à toutes les DSP, y compris sur les secteurs exclus. Elle est censée être assurée par un système dit de *l'open data*, permettant l'accès via internet aux principaux éléments du service et notamment aux investissements réalisés. Ces données à communiquer sont fixées par le décret d'application de l'ordonnance

(article 34). La régulation fixée par la directive, sur la durée des concessions n'a pas été reprise dans le droit national. Les concessions d'une durée de plus de 5 ans étaient réservées aux contrats qui prévoient une part d'investissement. L'ordonnance ne le prévoit pas.

Sur d'autres points, le droit national est plus restrictif, notamment sur l'interdiction de soumissionner pour les entreprises qui n'ont pas fait la preuve de leur faculté à respecter leurs engagements : celles qui ont dû verser des dommages et intérêts, ou ont fait l'objet de résiliation ou de résolution du fait du manquement à leurs obligations sont exclues des procédures de passation durant trois ans.

Les intérêts des délégataires sont davantage préservés en cas de rupture du contrat, notamment en permettant l'indemnisation pour les dépenses utiles mais aussi une indemnisation pour le préjudice lié à la rupture, par ces délégataires, de leurs engagements financiers en raison de la fin anticipée du contrat.

Ce régime n'introduit pas de rupture avec le système existant. Il modernise les conditions d'exécution du contrat avec l'*open data*, qui devra être mis en place obligatoirement au 1^{er} octobre 2018. Ce nouvel instrument est susceptible de poser la question de l'équilibre entre « *la protection du secret des affaires et l'exigence de transparence et d'information des usagers*³⁰⁴ ».

La place du code des marchés publics dans la passation et l'exécution des services d'eau potable et d'assainissement.

La mise en place et la gestion d'un service d'eau met en jeu différentes missions qui vont être soumises à des règles différentes, où le code des marchés publics prend sa place.

On peut distinguer plusieurs activités :

- A) la production, l'achat d'eau en gros et la distribution d'eau potable. Ces deux activités forment la partie exploitation du service.
- B) Les travaux liés à l'exploitation : entretien, renouvellement partiel du réseau.
- C) Les travaux liés au renouvellement partiel, au renforcement ou à l'extension du réseau.

³⁰⁴ *La Gazette des communes*, 29 février 2016, p. 55.

Selon que ces activités seront effectuées par la collectivité publique ou par une entreprise privée, c'est-à-dire selon l'option de gestion choisie par les collectivités : régie, marché de service, affermage ou concession, les règles vont être différentes.

- a) L'exploitation du service est soumise au code des marchés publics ou aux règles relatives aux DSP.

S'agissant de l'exploitation, la question de l'achat d'eau en gros est rapidement réglée. Le code des marchés publics ne s'applique pas. En effet, dès lors que l'achat d'eau est effectué par « *une entité adjudicatrice exerçant l'activité d'exploitation mentionnée au premier alinéa du 2° de l'article 135³⁰⁵* », les dispositions du code des marchés publics ne s'appliquent pas. « *L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable* » sont autant d'activités qui définissent la notion d'entité adjudicatrice opérateur de réseau. Ainsi, les collectivités qui sont maîtres d'ouvrage des réseaux, qu'elles exploitent elles-mêmes le service d'eau par le biais d'une régie par exemple, ou qu'elles mettent à disposition le réseau à un fermier ou à un concessionnaire, doivent être considérées comme des entités adjudicatrices opérateurs de réseaux. Elles ne sont donc pas soumises au code des marchés publics pour l'achat d'eau en gros.

C'est le sens que donne le ministre de l'économie et des finances, dans sa réponse à la question n°25069³⁰⁶: « *Conformément aux dispositions de l'article 137 du code, une collectivité territoriale qui passe un marché pour acheter de l'eau n'est pas soumise aux règles de procédure et de publicité du code des marchés publics pour cet achat dès lors qu'elle peut être qualifiée d'entité adjudicatrice exerçant l'activité d'exploitation mentionnée au premier alinéa du 2° de l'article 135³⁰⁷. Une collectivité territoriale qui assure la maîtrise d'ouvrage des travaux du réseau peut être considérée comme une entité adjudicatrice au sens de l'article 135 (2°) dans la mesure où elle met à disposition d'un exploitant le réseau. Cette lecture de l'article 137 du code est du reste conforme à la directive n° 2004/17 puisque celle-*

³⁰⁵ Article 137 du code des marchés publics.

³⁰⁶ Question écrite n° 25069 de M. Xavier Pintat (Gironde - UMP), publiée dans le JO Sénat du 02/11/2006 - page 2744.

³⁰⁷ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a abrogé l'article 135 du CMP.

ci précise que la « présente directive ne s'applique pas aux marchés pour l'achat d'eau, pour autant qu'ils soient passés par des entités adjudicatrices exerçant une ou les deux activités visées à l'article 4, paragraphe 1 », ces deux activités étant, d'une part, la mise à disposition ou l'exploitation, et d'autre part, l'alimentation. » La mise à disposition du réseau recouvre donc à la fois l'affermage et la concession, c'est-à-dire les cas où la collectivité reste maître d'ouvrage des travaux et les cas où la collectivité n'est plus maître d'ouvrage des travaux (dans le cas des concessions).

Cette question de l'achat d'eau en gros se pose avec une acuité particulière depuis que certaines communautés d'agglomération revendiquent l'exercice effectif de la compétence eau et assainissement, en lieu et place des syndicats intercommunaux, avec l'entrée en vigueur de la loi NOTRe qui a imposé la correspondance des périmètres entre les communautés d'agglomération et l'exercice de la compétence eau et assainissement. En effet, pour l'exercice effectif de la compétence, ces communautés demandent la mise à disposition des usines de production qui desservent les communes membres, et la vente d'eau en gros devient alors un enjeu important. Plutôt que d'acheter l'eau en gros à un tarif relativement élevé, elles souhaitent que les usines leur soient mises à disposition et payer ainsi l'eau à prix coûtant. Certaines collectivités ne se sont pas privées de dénoncer les ventes d'eau effectuées par les syndicats de communes anciennement gestionnaires de l'eau pour leurs communes membres, en arguant de la violation des règles de concurrence, et de l'abus de position dominante du fournisseur d'eau.

S'agissant du service lui-même d'exploitation de la production et de la distribution d'eau, le régime d'attribution de cette prestation de service va différer selon le mode de gestion choisi. Si la collectivité choisit la régie, elle est dispensée de toute mise en concurrence, y compris de toute obligation d'évaluer quel est le système le plus efficace pour la gestion de son service d'eau. Si la collectivité choisit le marché de services, elle se soumet au code des marchés publics. Il est prévu que des certains accords-cadres et marchés publics sortent du champ d'application du CMP en application de l'article 140 du CMP (article 3-14° du CMP). Cet article transpose l'article 30 de la directive 2004/17/CE relative aux règles de passation des marchés des opérateurs de réseaux et concerne uniquement les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une activité d'opérateurs de réseaux dans certains secteurs déterminés qui sont notamment le secteur du gaz, de l'électricité et de la chaleur, de l'eau et de l'assainissement, des transports ou encore de la gestion des ports et des aéroports.

Ces secteurs peuvent sortir du champ d'application du CMP à condition qu'ils deviennent réellement ouverts à la concurrence, selon une procédure qui relève des instances européennes. Dès lors que leur fonctionnement concurrentiel sera reconnu, les activités relevant de ce secteur ne seront plus soumises au CMP. En pratique, seul le secteur des télécommunications est sorti du champ du CMP. S'agissant de la distribution d'eau potable, elle reste régie par les dispositions du CMP, comme l'indique la réponse du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi : *« Depuis cette décision [décision de la commission de 1999 de reconnaître le secteur des télécommunications comme totalement concurrentiel], les opérateurs français de ce secteur agissent, pour leurs achats, comme toute entreprise privée et n'ont plus à respecter les procédures du code des marchés publics. L'activité consistant à distribuer l'eau destinée à la consommation humaine relève de la compétence des communes en vertu de l'article L. 2224-7-1 du code général des collectivités territoriales. N'étant pas, par conséquent, exercée dans des conditions concurrentielles, elle n'est pas susceptible de sortir du champ d'application de la deuxième partie du code des marchés publics. Le ministère de l'économie n'a pas connaissance d'autres secteurs dans lesquels les conditions seraient réunies. Aucune grande entreprise ne s'est manifestée dans la période récente pour en obtenir le bénéfice³⁰⁸. »*

Si la collectivité choisit la délégation de service publique, elle ne se soumet pas au code des marchés publics, mais à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales (pour ce qui concerne les collectivités locales). On peut rappeler toutefois que la DSP est une autre forme de marché public, au sens du droit communautaire. On peut donc dire qu'en choisissant la DSP, la collectivité se soumet au droit des marchés publics en général, qui comprend la directive 2004/17/CE.

b) Les travaux relatifs à l'exploitation du service

S'agissant des travaux d'entretien ou de renouvellement, pour ce qui concerne les travaux moins lourds, ils sont réalisés soit sous maîtrise d'ouvrage privée, quand le service est inclus dans le marché de prestation de services ou bien encore dans le

³⁰⁸ Réponse ministérielle n°11278, JO Sénat, 22 avril 2010, p. 1014. Cf. la note de la direction des affaires juridiques du ministère des finances sur les exclusions de l'article 3 du code des marchés publics.

cas de la délégation de service public, soit sous maîtrise d'ouvrage publique quand la collectivité a choisi d'effectuer le service en interne.

Les marchés passés entre personnes privées, exception faites des contrats passés en tant que « mandataire » d'une collectivité publique, même dans le cadre de l'exécution d'un service public, sont des contrats de droit privé et ne sont pas soumis au code des marchés publics. Ainsi, dans le cadre des marchés de service ou des DSP, le code des marchés publics ne s'applique pas.

c) Les travaux relatifs à l'extension ou au renforcement du service

Ces travaux reviennent, sauf cas de concession ou d'ilots concessifs limités, à la collectivité publique et sont ainsi soumis aux règles du code des marchés publics. Ils représentent la plupart du temps une part significative du coût du service. Au total, la place du code des marchés publics dans les services d'eau et d'assainissement peut être synthétisée dans le tableau suivant.

Tableau n°8 : le champ des marchés publics pour les travaux des services d'eau

	Achat d'eau en gros	exploitation	Travaux exploitation	Travaux extension renforcement
Régie	Hors CMP	Hors CMP	CMP	CMP
Marché de service	Hors CMP	CMP	Hors CMP	CMP
Affermage	Hors CMP	Hors CMP	Hors CMP	CMP
Concession	Hors CMP	Hors CMP	Hors CMP	Hors CMP

Source : A. Abou

Le code des marchés publics ne s'imposera que sur une partie, certes significative mais relativement restreinte de l'activité de gestion d'un service d'eau potable, axée pour ce qui concerne les DSP, qui sont majoritairement des affermage, sur les travaux d'extension et de renforcement effectués par la collectivité publique.

Cependant le code des marchés publics n'est pas le seul instrument de la mise en œuvre du droit de la concurrence. Celui-ci est aussi mis en œuvre par l'instrument

juridique spécifique qu'est l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, à travers en particulier son article 53³⁰⁹ qui dispose que « *les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques* ».

L'assujettissement aux règles de la concurrence fixée initialement par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986³¹⁰.

Dès lors qu'une entité, publique ou privée, se livre à une activité de production, de distribution et de services, elle entre dans le champ de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, sanctionnée par le Conseil de la concurrence, c'est la règle fixée par l'article 53 de l'ordonnance. L'article L. 430-9 du Code de commerce définit les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence en disposant que « *L'Autorité de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, enjoindre, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre.* ».

Ce pouvoir a été exercé par l'Autorité de la concurrence (alors Conseil de la concurrence) à l'occasion des comportements anticoncurrentiels des deux principales entreprises délégataires : la Compagnie générale des eaux et la Lyonnaises des eaux. Dans sa décision du 11 juillet 2002³¹¹ le Conseil de la concurrence a qualifié d'abus de position dominante le comportement de ces sociétés consistant à s'abstenir de se faire concurrence pour les cas où étaient en lice des sociétés filiales communes des deux entreprises. La décision du 11 juillet avait été confirmée dans son intégralité par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 février 2003. Cela s'est traduit, aux Antilles par exemple, par le décroisement des participations, et la constitution de deux filiales détenues chacune par l'une des deux sociétés-mères, en Guadeloupe, la Générale des eaux et en Martinique, la Lyonnaise des eaux. Ces zones d'influence ont toutefois subsisté.

³⁰⁹ Article L. 410-1 du code de commerce.

³¹⁰ Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

³¹¹ Conseil de la concurrence, décision n°02-D-44 du 11 juillet 2002.

L'acte d'attribution d'une délégation de service public suite à une procédure de passation n'est pas une activité de production, de distribution et de services, mais une activité d'organisation du service public. Le Conseil de la concurrence n'est donc pas compétent pour connaître d'une telle activité. Cependant, cela n'implique pas que les dispositions de l'ordonnance ne sont pas applicables à ces actes, mais seulement que ce n'est pas au Conseil de la concurrence, et aux juridictions de l'ordre judiciaire, mais aux juridictions de l'ordre administratif, d'apporter une solution au regard de l'ordonnance précitée. L'arrêt du Tribunal des conflits du 6 juin 1989 précise ainsi qu' « *il résulte de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 que les règles qui y sont définies ne s'appliquent aux personnes publiques qu'autant que celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution et de services. L'organisation du service public [...] n'est pas constitutive d'une telle activité. L'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché. Il n'appartient en conséquence qu'aux juridictions de l'ordre intéressé de vérifier la validité de cet acte au regard des dispositions [...] de l'ordonnance susvisée*³¹² ». Cette décision avait été prise à l'occasion d'un comportement suspect d'une collectivité et de son délégataire dans le cadre de la passation du contrat de DSP d'eau potable de la ville de Pamiers.

Après un temps d'hésitation³¹³, le Conseil d'Etat a admis que des décisions d'attribution de DSP pouvaient, en elle-même, restreindre ou fausser les règles de la concurrence³¹⁴.

L'encadrement européen

Les débats autour de la directive concession³¹⁵ reflètent les discussions entre les tenants d'une grande liberté de gestion des services publics et ceux qui souhaitent un renforcement des règles de concurrence et de transparence. Le débat avait débuté dès l'adoption des directives sur les marchés de travaux et sur les marchés de service à la fin des années 1980. Il s'agissait de savoir si les concessions étaient soumises au droit des marchés publics. Si les concessions de travaux sont en effet soumises,

³¹² TC, 6 juin 1989, *Préfet d'Île-de-France c/Saede/Ville de Pamiers*, n°02578, RFDA 1989, 459, concl. STIRN, AJDA 1989, 467.

³¹³ CE, 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux*, n°138504.

³¹⁴ CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais et autre*, n°169907. Rec. 393, concl. STAHL, AJDA 1997, 1012.

³¹⁵ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014.

au-delà d'un certain seuil, à une procédure de publicité³¹⁶, les concessions de services étaient hors du champ de toute réglementation. Les délégations de service public n'appartiennent pas à la sphère des marchés publics de service, au sens du droit communautaire. La directive sur les marchés publics de 1992 ne les mentionne pas, ni la directive n°2004-18, qui régit les concessions de travaux.

L'arrêt *Telaustria*³¹⁷ avait posé le principe de non-discrimination ainsi que son corollaire, l'obligation d'instaurer une procédure de publicité dans les contrats de concession, procédure qui, en ce qui concerne la France, existait déjà par les lois de 1993-1995. Certains observateurs avaient alors vu dans la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté européenne un mouvement vers une assimilation de plus en plus importante du régime des concessions au régime des marchés publics. Le juge européen avait en effet restreint le champ des contrats susceptibles d'être qualifiés de concession et par là augmenté le champ de ceux susceptibles d'être qualifiés de marchés publics. La seule rémunération du concessionnaire par un tiers au contrat ne suffit pas à emporter la qualification de concession. Un tel contrat s'il prévoit un mécanisme d'ajustement des tarifs limitant le risque d'exploitation, doit être qualifié de marché public. C'est le sens de la décision « Auroux » du 18 janvier 2007³¹⁸. De même si les recettes provenant de tiers ne constituent qu'une activité accessoire du concessionnaire, le contrat ne peut être qualifié de concession³¹⁹.

La version initiale de la directive concession³²⁰ reconnaissait le caractère complexe et la particularité des contrats de concessions qui impliquent que le partenaire privé assume des risques et des responsabilités qui relèvent normalement de l'autorité concédante et reconnaît la nécessité que le concédant dispose de marges de manœuvre et de la capacité de négocier le contenu du contrat. La proposition de directive souhaitait cependant imposer des règles relatives à cette négociation.

Les élus locaux, pour leur part, avaient clairement exprimé leur préférence pour un « *cadre juridique minimal* » et des « *règles simples et claires* »³²¹ pour l'attribution

³¹⁶ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004.

³¹⁷ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, affaire C-324/98.

³¹⁸ CJUE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux Commune de Roanne*, affaire C-220/05.

³¹⁹ CJUE, 18 juillet 2007, *Commission c/ Italie*, 18 juillet 2007, affaire C-382/05.

³²⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession, du 20 décembre 2011.

³²¹ Voir le communiqué de l'association des maires de France lors des discussions sur les propositions de la commission européenne : http://www.amf.asso.fr/document/index.asp?DOC_N_ID=11120&refer=http://www.amf.asso.fr/recherche/resultat.asp?q=concessions#sthash.sPsLFCMJ.dpuf

des concessions, suivant en cela les déclarations du commissaire européen, Michel Barnier. Ils avaient été soutenus en ce sens par le gouvernement³²².

La directive « concession » a finalement été le résultat d'un compromis entre les positions et a rappelé la liberté dont dispose chaque Etat pour organiser ses services publics ou d'intérêt général. L'apport de la directive est de mettre en place des exigences procédurales qui n'existaient pas auparavant et de renforcer la sécurité juridique des contrats de concession de service. Avant la directive, les concessions n'étaient encadrées au niveau européen que par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, à travers notamment l'arrêt Telaustria précité. Il existe désormais un cadre procédural formel qui s'impose aux organismes public concédant.

Les ambitions de la directive restent toutefois mesurées. On peut constater d'abord qu'elle ne traite absolument pas de l'exécution des contrats de concession, mais uniquement de la passation et des éventuels avenants. De plus, les ambitions initiales du législateur, définies dans le projet de directive n°2011/0437 du 20 décembre 2011 ont été considérablement amoindries par les modifications successives apportées, notamment sur la demande de la France.

S'agissant de la durée des concessions, la version initiale, dans son article 16, encadrait strictement cette durée en insistant sur deux points : « *permettre au concessionnaire de recouvrer les investissements effectués* » et « *lui assurer une rémunération raisonnable du capital investi* ». L'article 18 de la version finale est beaucoup plus vague et laisse une grande marge dans la définition de la durée de la concession. Dans un premier point elle indique que le pouvoir adjudicateur « *en estime la durée sur la base des travaux ou des services demandés* », ce qui ne peut être moins précis. Dans un deuxième temps, pour les concessions supérieures à 5 ans, elle limite la durée au « *temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés* ». La formulation est ici significative, ce n'est plus le concédant qui a la main sur l'estimation de la durée, c'est le concessionnaire. L'autre critère pour l'estimation de la durée est « *un retour sur les capitaux investis* », sans que la directive ne précise si ce retour doit être raisonnable ou non.

³²² Réponse à la question écrite n° 08054 de M. Daniel Percheron, publiée dans le JO Sénat du 02/07/2015 - page 1584.

S'agissant de la publicité les dispositions sont restées quasiment les mêmes entre la version initiale (article 26 et suivants) et la version définitive (articles 31 et suivants), à quelques simplifications près. L'avis d'attribution des concessions de service de plus de 2,5 M€ n'est plus prévu. Certains domaines sont exclus de la mise en concurrence comme le domaine artistique (œuvre d'art ou performance). En revanche, dans la version initiale, toute une partie était consacrée aux garanties données aux soumissionnaires quant à la transparence du déroulement de la procédure d'attribution (article 35 de la proposition de directive initiale). Elle traitait des règles de négociations assurant la « traçabilité » des négociations, avec des comptes rendus écrits, et l'information des candidats et soumissionnaires qui ont été écartés, comme les motifs du rejet de leur offre, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue. La partie relative à la transparence de la négociation a été retirée du texte final, alors que la partie relative à l'information des candidats a été conservée dans la version finale de la directive (article 40).

Le délai de présentation des candidatures pour la concession était de 52 jours dans la proposition initiale. Elle est ramenée à 30 jours dans la directive adoptée (article 39), voire même 22 jours lorsque la procédure se déroule par phases successives.

Sur les critères d'attribution les versions restent comparables, le principe de critères objectifs, liés à l'objet de la concession est rappelé. Ces critères doivent être classés par ordre décroissant d'importance. La directive adoptée fait cependant mention de la possibilité de solutions innovantes (article 41) qui, si elles sont proposées, peuvent conduire le pouvoir adjudicateur à modifier l'ordre des critères. Cette solution doit cependant apparaître comme présentant des performances exceptionnelles et non prévues initialement par le pouvoir adjudicateur. Ce dernier doit dans ce cas publier une nouvelle invitation à soumissionner pour la concession.

S'agissant de la modification des contrats en cours (les avenants) la directive initiale prévoyait une nouvelle procédure d'attribution en cas de modification substantielle. On retrouve la même idée dans la directive adoptée, mais le sens de l'expression « *modification substantielle* » a quelque peu changé. La directive initiale imposait une nouvelle attribution quand l'avenant « *modifie l'équilibre de la concession en faveur du délégataire*³²³ ». La directive adoptée rajoute : « *d'une manière qui*

³²³ Article 42.

*n'était pas prévue dans la concession initiale*³²⁴ ». La directive initiale était assez claire, la nuance apportée rend la disposition peu opérante.

La valeur de la modification du contrat autorisant un avenant avait été limitée à 5% du montant de la concession. La directive adoptée la limite à 10% avec un seuil fixé à 5,186 M€. De plus l'article 43 précise que dans la limite de ces valeurs, il n'y a pas à appliquer les conditions du paragraphe 4 alinéa *a* à *d* de l'article 43, c'est-à-dire : l'inclusion de conditions qui auraient permis l'admission d'autres candidats, la modification du contrat en faveur du concessionnaire, l'extension du champ d'application du contrat, point qui n'était pas explicitement affirmé dans la version initiale de la directive.

Les grands opérateurs privés des services publics n'ont pas manqué d'apporter leurs observations critiques sur le projet de directive, notamment sur la place des entreprises et établissements du secteur public. Le groupe VINCI avait estimé que les articles 11 et 15 du projet de directive ne permettaient pas « *d'assurer un meilleur accès aux marchés des concessions au sein de l'Union* ». L'article 11 traite des concessions attribuées à une entreprise liée et vise notamment les concessions attribuées à des SEM liées aux pouvoirs adjudicateurs. Il prévoit de ne pas faire entrer ces concessions dans le champ de la directive. Le groupe VINCI critiquait également les dispositions relatives à la gestion en régie (article 15 du projet de directive). S'il trouvait normal le choix de ce type de gestion, il indiquait que c'est à la condition de respecter le principe d'égalité de traitement et de transparence qui puisse permettre une remise en concurrence des contrats. Il proposait d'encadrer la condition du chiffre d'affaires en imposant aux régies de ne pas se porter sur les marchés concurrentiels autre que les compétences de la collectivité de rattachement de la régie. Sur ces deux points le groupe VINCI n'a pas obtenu le résultat espéré. L'article sur les entreprises liées a été maintenu en l'état ainsi que l'article relatif aux régies, avec même une condition moins restrictive pour les régies quant au chiffre d'affaires réalisé avec la collectivité de rattachement : 80% au lieu de 90%³²⁵.

³²⁴ Article 43.

³²⁵ Article 17 de la directive adoptée.

2.2.2.3. L'EXECUTION DES CONTRATS : L'EQUILIBRE ENTRE LIBERTE DE GESTION ET CONTROLE DE « SAUVEGARDE »

Dans le domaine de l'exécution des contrats, l'enjeu est de parvenir à combiner l'autonomie de gestion du délégataire, qui est la contrepartie obligée du risque de gestion qui lui revient, le caractère incomplet du contrat, inhérent à un contrat long et complexe, et la mise en concurrence régulière des monopoles d'exploitation, qui exprime l'impératif d'un égal accès des entreprises à la commande publique et est une des conditions de l'efficacité économique du service rendu.

Le principe de la durée limitée des contrats de DSP

La limitation de la durée obéit à certaines finalités. « *La loi du 29 janvier 1993 répond à un impératif d'ordre public qui est de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation*³²⁶ ». L'article 40 de la loi du 29 janvier 1993, codifié à l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, dispose : « *Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre* ». On pourrait ajouter à ces finalités, celle de l'efficacité économique : la concurrence pour le monopole permet d'optimiser le rendement des prestataires.

D'une manière générale, le pouvoir législatif et réglementaire a précisé deux cas d'application de la limitation de la durée. Il s'agit d'abord de l'exploitation de certains services, comme les services d'eau (loi « Barnier » de 1995 qui limite à 20 ans la durée des DSP d'eau) et les casinos (paragraphe 5 de l'article 3 de l'arrêté ministériel du 23 décembre 1959 qui limite à 18 ans la durée prévue dans le cahier des charges des DSP). Il s'agit ensuite des DSP qui imposent que les installations soient à la charge du délégataire (les concessions et les affermages intégrant des îlots concessifs). Pour ce dernier cas, l'arrêt de 2009 va préciser que « *La durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une*

³²⁶ CE, 11 août 2009, *Société Maison Comba*, n°303517, AJDA, 2009, p. 1524.

*collectivité délégante, peut être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements*³²⁷ ».

Pour les autres DSP, en particulier les affermage sans investissements, cette durée « est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire ». Cette formulation est certes assez vague. Il s'agit de trouver un équilibre qui rende compatible deux contraintes : assurer une certaine rentabilité du contrat d'une part, pour que l'entreprise y trouve son intérêt, et assurer une remise en concurrence régulière. L'on ne peut déconnecter le risque pris par l'entreprise dans sa gestion et la durée du contrat. Un contrat qui se rapproche d'un contrat de gestion d'un bien immobilier n'est pas *a priori* un contrat très risqué. Sa durée ne peut dépasser certaines limites sans entrer en contradiction avec le principe d'ordre public énoncé par la loi « Sapin ».

On notera que le contrôle du juge est un contrôle restreint. La jurisprudence est assez pragmatique, ainsi que l'y invite le Conseil d'Etat dans son arrêt de 2009 précité :

- Ainsi l'erreur manifeste d'appréciation a été retenue pour une DSP de gestion d'un parking sur 30 ans sans investissement à réaliser. TA Lille, 23 février 1995, préfet du nord. RFDA 1996, 423.
- Il n'y avait pas d'erreur manifeste d'appréciation pour une DSP de 6 ans dans le domaine des pompes funèbres, CE, 22 nov. 1997, Sté BC.
- Il n'y avait pas d'erreur manifeste d'appréciation pour une DSP de 12 ans pour la gestion d'un centre nautique sans investissement. Le dossier montrait que le service s'équilibrait au bout de la 10^{ème} année).
- Il n'y avait pas d'erreur manifeste d'appréciation pour une DSP de 30 ans pour un service de pompes funèbres avec investissements, CE, 11 août 2009, Société maison Comba, n°303517, précité. Ce qui est important ici c'est la considération que la durée d'amortissement comptable n'est pas le seul critère d'appréciation de la durée. L'appréciation porte sur un équilibre beaucoup plus général.

³²⁷ CE, 11 août 2009, Société Maison Comba, n°303517.

D'autres règles s'accordent davantage avec le principe de la concurrence, comme la décision du Conseil d'Etat du 7 mai 2013, Société auxiliaire du parc de la région parisienne (SAPP), alors qu'il n'y a pas de limite juridique (autre que l'amortissement) à la durée d'un contrat de DSP (hors les domaines réglementés comme nous l'avons vu précédemment), cette décision pose le principe de la possibilité d'une résiliation en cas de durée excessive, motivée par l'impératif d'ordre public de la remise en concurrence périodique des contrats.

On observe donc que la tendance générale sur la durée des contrats de DSP est à une restriction de la durée d'exécution. L'esprit de la loi de 1993 qui accorde une place importante à l'impératif d'ordre public de libre accès à la commande publique s'exprime, par exemple, dans la réponse ministérielle du 2 juin 2016. A la question de la possibilité de l'exploitation d'un restaurant d'altitude sur 30 ans, le ministre a ainsi répondu : *« La règle générale est donc la limitation de la durée de la convention, laquelle peut être adossée sur la durée de l'amortissement lorsque des investissements sont à réaliser. L'exploitation d'un restaurant d'altitude n'entre pas dans le champ des dérogations prévues par la loi. Par conséquent, il ne peut être envisagé de fixer une durée supérieure à la durée normale d'amortissement des installations créées par le délégataire. L'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatifs aux contrats de concession rappellent le principe de limitation des durées de conventions de délégation de service public. En effet, le II de l'article 6 du décret susmentionné indique que pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat »*. Ainsi, la durée maximale de la convention de délégation de service public ne pourra pas excéder cinq ans sauf s'il est nécessaire d'amortir les investissements réalisés par le délégataire dans le cadre de l'exécution du contrat³²⁸ ».

³²⁸ Question écrite n° 21318 de M. Jean Louis Masson (Moselle - NI). Réponse du Ministère de l'intérieur publiée dans le JO Sénat du 02/06/2016 - page 2399.

Le pouvoir des parties de faire appliquer le contrat et de sanctionner les manquements est marqué par une plus grande immixtion du juge dans les relations contractuelles

L'objet de tout contrat est de faire en sorte que chaque partie puisse bénéficier de ses droits contractuels et remplisse ses obligations contractuelles. Le juge sanctionne les manquements à la loi des parties et peut le faire de façon indirecte, en décidant d'une indemnisation du manquement ou d'une façon directe par l'interprétation précise des clauses du contrat.

La première façon d'obtenir la sanction des manquements au contrat est de mettre en œuvre la responsabilité contractuelle du cocontractant. Le Conseil d'Etat indique que « *le juge du contrat, saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, peut seulement, en principe, rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions qui ouvrent droit à indemnité*³²⁹ ». Plutôt que comme l'établissement du principe selon lequel l'indemnisation est le droit commun de la sanction de l'inexécution de ses obligations contractuelles, cette formulation a été interprétée comme l'interdiction pour un cocontractant de l'administration de demander d'emblée l'annulation d'une mesure prise par l'administration. Il doit se contenter d'une indemnité (dommage-intérêt) qui compensera la non-exécution du contrat par l'administration.

La deuxième façon d'obtenir la « sanction » du manquement est d'établir la réalité de l'importance du manquement. C'est l'objet du recours en interprétation, dans le cas de dispositions contractuelles qui peuvent donner lieu à des interprétations différentes en raison de leur caractère laconique³³⁰ ou obscur. Le juge, saisi d'un tel recours, indiquera la façon d'interpréter les clauses du contrat pour une exécution loyale des obligations de chaque partie. L'interprétation a l'autorité relative de la chose jugée et s'impose donc aux parties.

Le juge peut aussi intervenir directement dans l'application des obligations contractuelles, mais il ne peut aller à l'encontre du principe de liberté contractuelle et la limite de son action rencontre le contenu des clauses du contrat, qu'il ne peut modifier de façon trop importante. Il pourra ainsi corriger les erreurs matérielles, cas exceptionnel, ou demander aux parties de régulariser des clauses irrégulières,

³²⁹ CE, 27 février 2015, *Commune de Béziers*, n°357028.

³³⁰ CE, 20 mars 1987, *Sté Éts Louis Méhault et Fils c/ Cne Guer*, n°38905 : RD publ. 1988, p. 1415.

comme par exemple des clauses qui accorderaient au cocontractant privé une indemnisation supérieure à son préjudice, en vertu du principe d'interdiction pour les personnes publiques de consentir à des libéralités³³¹. Outre les erreurs matérielles, le juge corrige les clauses irrégulières du contrat. Le juge a aussi la possibilité de renforcer ou de limiter la portée des clauses pénales contenues dans le contrat, quand elles apparaissent manifestement excessives ou dérisoires. Il modifie ainsi l'équilibre du contrat et accroît sa portée normative. Ce faisant, le juge a étendu, depuis l'arrêt du 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, le champ de ses compétences pour modifier les clauses pénales d'un contrat. Le Conseil d'Etat a considéré « *qu'il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché* »³³².

Les critères pour qualifier les pénalités comme manifestement excessives ou dérisoires n'avaient pas été vraiment fixés. La Cour d'appel de Marseille a eu l'occasion de fixer un certain nombre de critères en s'inspirant du juge judiciaire. Le critère du préjudice subi par le créancier est central, et la pénalité ne saurait être inférieure. Elle doit être supérieure pour conserver son caractère dissuasif. S'agissant de services public, le préjudice doit être considéré au regard du préjudice certes de l'administration mais aussi des usagers, telle a été l'observation du rapporteur public dans cette affaire³³³. Il résume son propos en disant que « *le caractère excessif (ou dérisoire) des pénalités de retard s'apprécie, le cas échéant, au regard du préjudice subi par l'administration, mais également au regard de l'atteinte portée au fonctionnement du service public et à l'intérêt général, tout en tenant compte du comportement du débiteur, notamment dans le cas où celui-ci est de mauvaise foi* »³³⁴.

³³¹ L'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités est une règle coutumière, qui n'a jamais fait directement l'objet d'une codification législative ou réglementaire. Cette interdiction trouve sa justification et son origine dans le principe d'égalité devant le service public et est utilisée dans les arrêts relatifs notamment aux relations contractuelles entre personne publique et opérateurs privés de services publics.

³³² CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, n°296930. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat avait modulé à la baisse les pénalités de retard prévue par le contrat liant l'OPHLM de Puteaux et la société SERBOIS.

³³³ CAA de Marseille, 9 novembre 2015, Société Ecollect, n°14MA02747.

³³⁴ Renaud Thiélé, AJDA n°6/2016, 22 février 2016, p. 321.

A cette occasion on observera un traitement juridique différencié entre la personne publique et la personne privée. Le Conseil d'Etat considère « *qu'en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, l'autorité concédante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier un contrat de concession, sous réserve des droits à indemnité du concessionnaire et que l'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé ; que ce principe, découlant de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, ne s'appliquant pas aux personnes privées, rien ne s'oppose en revanche à ce que ces stipulations prévoient une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration*³³⁵ ».

Ce principe est une sécurité juridique en ce qu'il oblige le cocontractant de l'administration à justifier précisément de son préjudice. Mais il ne trouve pas dans tous les cas à s'appliquer car seul le juge contrôle la mise en œuvre de l'interdiction des libéralités, à la condition bien sûr qu'il soit saisi.

L'autre façon qu'a le juge d'intervenir directement dans l'exécution du contrat est la prescription d'agir dans un sens déterminé, qu'il peut faire au partenaire de l'administration : la prescription d'une obligation de faire. Là encore, le juge fait la différence entre la personne publique et le cocontractant privé. A l'égard de l'administration, le juge ne peut adresser d'injonction. Il s'agit ici de l'immixtion la plus « grave » dans la liberté contractuelle. C'est pour cela que le juge s'interdit de s'immiscer et de prescrire une obligation à un cocontractant dès lors que l'administration a le pouvoir de contraindre son cocontractant à agir dans le respect du contrat. Certes on peut supposer que si le juge est saisi, c'est que l'administration ne dispose pas du pouvoir de contraindre son partenaire à respecter ses obligations, ce qui est le cas le plus fréquent. Avoir le pouvoir d'assurer l'exécution forcée du contrat par un cocontractant est un cas exceptionnel. Ainsi, par exemple, l'administration a dû saisir le juge pour contraindre un fournisseur privé à remplacer des ordinateurs défectueux, ne disposant pas, en l'absence de décision

³³⁵ CE 4 mai 2011, *Chambre de Commerce et d'Industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, n°334280 : Publié au Rec.

juridictionnelle, de pouvoir de contrainte³³⁶, c'est le cas également pour contraindre une entreprise à réparer des ouvrages construits avec des vices de construction. Dans ces cas d'urgence, c'est le juge des référés qui est saisi. Les injonctions sont assorties du prononcé de l'astreinte pour être rendues efficaces.

L'interdiction au juge de faire acte d'administration protège en théorie la personne publique contre toute velléité du juge de lui enjoindre de faire quelque chose. Cependant cette velléité est de plus en plus pressante et un mouvement vers l'extension des pouvoirs du juge du contrat semble s'affirmer, motivé par le souci de faire respecter le principe de la loyauté contractuelle. Dans le cas de la résiliation par l'administration d'un contrat, le juge peut remettre en cause cette résiliation si elle n'est pas réellement motivée par un motif d'intérêt général : le simple déséquilibre de la relation contractuelle, ne peut être une cause de résiliation³³⁷. Dans ce cas, le contrat revient à son état antérieur, et l'administration est finalement contrainte de reprendre la relation contractuelle. Ce contrôle de la résiliation, si on la considère comme une mesure d'exécution du contrat, peut s'apparenter à une injonction donnée à l'administration. A partir de l'appréciation du juge sur cette décision de l'administration, certaines juridictions ont souhaité l'appliquer à des mesures de modification unilatérale du contrat³³⁸. Ce mouvement est justifié par certains³³⁹, par le fait que si toute modification par avenant, bilatérale, est sévèrement encadrée, il n'est pas logique que les modifications unilatérales ne soient pas autant encadrées, et notamment il n'est pas logique que les modifications unilatérales aboutissent à remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale du contrat.

³³⁶ CE 1^{er} mars 2012, *Société d'assistance conseil informatique professionnelle*, n°354628.

³³⁷ CE, 27 février 2015, *Commune de Béziers*, n°357028.

³³⁸ TA Lille, 20 février 2013, *Société Eaux du nord*, n°1005463.

³³⁹ Une partie de la doctrine et des juridictions de premier ressort.

Tableau n°9 : Les pouvoirs du juge à l'égard des contractants : une certaine inégalité en faveur de la personne publique mais qui tend à s'estomper

	Personne publique	Personne privée
Interprétation des clauses du contrat	Oui	Oui
Indemnisation du préjudice	Oui	Oui
Encadrement de l'indemnisation du préjudice	Non	Oui
Renforcement des clauses pénales	Oui	Oui
Injonction de faire	Non	Oui

Source : A. Abou.

Ce tableau anticipe sur le pouvoir du juge par rapport aux actes de résiliation du contrat, analysé ci-après. Il montre que sur certains points l'action du juge n'est pas équivalente à l'égard de l'un ou l'autre cocontractant, selon qu'il est une personne publique ou une personne privée. Plusieurs observations peuvent être faites sur ce point.

D'abord, on doit admettre que l'encadrement plus important des actions de la personne privée par rapport à la personne publique est parfois de peu d'effet pratique. Le fait qu'une personne privée puisse ne pas être indemnisée au-delà de son préjudice est une règle bien normale. Il arrive cependant qu'elle le soit, car cette obligation d'une indemnisation adéquate ne vaut que quand le litige est formé devant le juge. En dehors de la présence du juge, ou le recours d'un tiers, dont la recevabilité serait tout à fait hypothétique, les parties peuvent s'indemniser du montant qu'elles auront choisi.

Ensuite nous devons observer que, sur l'injonction de faire, les situations juridiques des partenaires au contrat sont en train de s'harmoniser, sous la poussée du contrôle de plus en plus serré du pouvoir de résiliation et de la jurisprudence Béziers II, que nous analysons plus loin.

Le pouvoir de modification du contrat et son corollaire : le droit à l'équilibre financier du contrat

Le pouvoir de modification du contrat prend sa source dans la fin du « contractualisme » qui a marqué la vision des contrats entre les entreprises privées

et l'administration à la fin du XIX^{ème} siècle et à l'occasion de la réorganisation des chemins de fer. Le 20 octobre 1899, le préfet de Haute-Savoie avait pris un arrêté prescrivant à son concessionnaire, la compagnie des chemins de fer économique du Nord, d'établir un service d'hiver. La Compagnie avait contesté cette décision et obtenu gain de cause au motif que le tableau de service des trains ne pouvait être modifié que par accord réciproque³⁴⁰. Le 1^{er} mars 1901, le gouvernement avait pris un décret qui « *se borne à disposer que, si les installations des gares, leur personnel ou le matériel roulant sont insuffisants pour permettre à la Compagnie d'assurer dans les circonstances normales la marche régulière du service [...], le ministre devra prendre les mesures nécessaires pour y pourvoir*³⁴¹ », le décret prévoyait notamment l'obligation de chauffer les trains en hiver. Le Conseil d'Etat avait alors considéré comme légitime l'intervention de l'Etat, ce qui avait marqué la fin de la conception que seul les dispositions stipulées dans le contrat valent dans l'organisation des services publics. La gestion contractuelle des services publics économiques est alors devenue de moins en moins contractuelle, l'intervention des pouvoirs publics étant admise, hors du contrat, dans le cadre cependant d'une pratique circonscrite. Ce pouvoir de modification est cependant d'une part conditionné par des compensations indemnitaires et d'autre part limité dans son extension³⁴².

Sur le premier point, celui des compensations financières, on évoque traditionnellement le principe de l'équilibre financier du contrat. Il s'agit d'en cerner la portée. L'équilibre financier est la contrepartie des « *facteurs de mutabilité, notamment du fait des pouvoirs d'intervention unilatéral de l'administration dans l'exécution du contrat*³⁴³ ». Le droit à l'équilibre financier du contrat a été posé par l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 mars 1910, Compagnie générale française des Tramways, qui reconnaît le droit pour l'entreprise au maintien de l'équilibre financier du contrat, en indiquant « *qu'il appartiendrait seulement à la compagnie, si elle s'y croyait fondée, de présenter une demande d'indemnité en réparation du préjudice qu'elle établirait lui avoir été causé par une aggravation ainsi apportée aux charges de l'exploitation* ». Dans ce dernier cas,

³⁴⁰ CE, 23 janvier 1903, *Chemins de fer du Nord*.

³⁴¹ CE, 6 décembre 1907, *Chemins de fer de l'Est*, n°4244, rec. p. 913.

³⁴² On observera que le pouvoir de modification reste préservé par rapport au pouvoir de résiliation du contrat : le juge administratif a refusé d'étendre la jurisprudence « Béziers II », qui permet au juge de prescrire le retour à l'état antérieur à la résiliation, à la modification. Le cocontractant de l'administration ne peut prétendre qu'à l'indemnisation.

³⁴³ LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, p. 716.

c'est l'administration qui avait modifié unilatéralement le cahier des charges du contrat pour imposer des obligations nouvelles au concessionnaire, en l'espèce l'augmentation du nombre de rames en circulation³⁴⁴.

On parle parfois du droit au rétablissement de « l'équation financière du contrat ». Mais il faut définir la portée de ce droit. Il n'est nullement « synonyme de gestion équilibrée de l'entreprise³⁴⁵ ». Ainsi que le font valoir les auteurs du *Traité des contrats administratifs*, « la jurisprudence de l'équilibre financier est une jurisprudence d'équité³⁴⁶ ». Il ne s'agit pas de « l'assurance du concessionnaire ou de l'entrepreneur contre les déficits éventuels de l'exploitation³⁴⁷ ». En théorie, en fonction de l'action de l'administration, deux cas de figure se présentent.

Quand la rupture de l'équilibre financier est issue d'un fait extérieur à l'administration, on ne peut, avec exactitude, évoquer un « droit à l'équilibre financier ». La rupture de l'équilibre est alors un terme vague avec des « conséquences juridiques limitées³⁴⁸ ». Par exemple, « le concédant n'est jamais tenu d'autoriser le concessionnaire à relever le tarif du service³⁴⁹ ». On ne pourra véritablement parler de rétablissement de l'équilibre que pour les cas d'imprévision, c'est-à-dire de bouleversement du contrat. Et même dans ce cas, il n'y a pas obligation de rétablir l'équilibre initial mais « seulement de fournir au cocontractant une contrepartie pour l'aider à faire face à un déséquilibre périlleux³⁵⁰ ». Il n'y aura un rétablissement à l'équilibre initial que si le contrat le prévoit.

Avec la construction jurisprudentielle de la théorie de l'imprévision, établie par l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 mars 1916, Compagnie général du gaz de Bordeaux (aux conclusions du commissaire du gouvernement Chardenet), le concessionnaire aura droit à une indemnisation partielle du préjudice causé. Celle-ci prévoit qu'en

³⁴⁴ La modification unilatérale du contrat est cependant peu pratiquée. On trouve des cas de contentieux principalement dans les délégations de service public de transport : CE, 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de canne, le Cannet, Mandelieu-la-Napoule, n°318617 ou CE, 5 juillet 2013, Société Véolia Transport Valenciennes Transvilles, n°367760.

³⁴⁵ LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, p. 717.

³⁴⁶ Ibidem, p. 717.

³⁴⁷ Ibidem, p. 717.

³⁴⁸ Ibidem, p. 719.

³⁴⁹ LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, p. 719.

³⁵⁰ Ibidem, p. 719.

cas de survenue d'un événement imprévisible et temporaire, le contractant de l'administration doit poursuivre l'exécution du service, même si cette exécution est rendue plus difficile. Cette théorie est spécifique au droit administratif et n'est absolument pas reconnue par le juge civil³⁵¹. Elle manifeste un acte d'autorité. Dans le cas de l'imprévision, pour justifier l'intervention des pouvoirs publics, il faut que « *l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée* ». Dans le cas de la Compagnie du gaz de Bordeaux, les prix du charbon avaient été multipliés par 5 en raison de la situation de guerre et de pénurie. Le Conseil d'Etat réaffirmait d'ailleurs la responsabilité des parties dans le calcul des aléas du marché. Le Conseil d'Etat considérait « *que la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager* », et ensuite introduisait le cas anormal de la situation de guerre qui venait bouleverser l'économie du contrat.

Quand la rupture de l'équilibre financier est le fait de l'administration, on peut évoquer un droit au rétablissement de l'équilibre financier. Dès lors que l'administration décide par des mesures extracontractuelles, de modifier le contrat et son équilibre, c'est-à-dire dans les cas de « fait du prince », le cocontractant a droit à une indemnisation intégrale de son préjudice. Le fait du prince est constitué par une aggravation imprévisible des conditions d'exécution du contrat, résultant d'une mesure licite prise par l'autorité contractante. Il s'agit d'un aléa juridique plus qu'économique qui lui, relève de la théorie de l'imprévision que nous avons évoquée ci-dessus.

Le point est discuté de savoir si tout le pouvoir de modification unilatérale se ramène *in fine* à la théorie du fait du prince ou s'il en est distinct. Dans une conception restrictive du fait du prince, on distinguera le pouvoir de modification du contrat issu du pouvoir propre de l'administration comme partie au contrat, de l'obligation pour le cocontractant de l'administration de prendre en comptes les dispositions édictées unilatéralement par l'administration dans le cadre de son pouvoir de police. Dans une conception extensive du fait du prince, on englobera les deux types de pouvoir de modification. La première conception, plus classique, distingue donc le pouvoir de modification du contrat et la théorie du fait du prince,

³⁵¹ Cour de Cassation, 6 mars 1876, *Canal de Craponne*.

qui justifie les indemnisations en cas de modification des conditions d'exécution du contrat.

A cet égard la conception que l'on peut se faire du « fait du prince » a des conséquences sur les responsabilités des cocontractants. La théorie du fait du prince est traditionnellement présentée comme une modalité d'exécution du contrat qui prend l'aspect d'une indemnisation correspondant à des conditions d'exécution différentes de celles initialement contractualisées et correspondant à une « exécution par équivalent ». Le professeur Thomas Pez s'oppose à cette conception et indique que *« La responsabilité contractuelle compense par une indemnité l'inexécution préjudiciable du contrat, mais elle n'est pas en elle-même une forme d'exécution de celui-ci. Il ne s'agit pas tant d'une exécution par équivalent que d'un équivalent de l'exécution : le débiteur [la collectivité publique] ne continue pas d'exécuter l'obligation contractuelle initiale (qui demeure inexécutée) mais il exécute une nouvelle obligation, égale en valeur, celle de réparer le préjudice³⁵² »*.

Le professeur Thomas Pez examine la responsabilité contractuelle du fait de l'inexécution, telle qu'elle est définie par le juge administratif et fait le constat que *« l'évaluation du préjudice causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle [...] ne suffit pas toujours à assurer la parfaite couverture des risques encourus »*. Ces considérations remettent en cause le principe de l'automaticité de la réparation intégrale du préjudice et semble redonner une plus grande importance à la responsabilité vis-à-vis du risque.

Sur le deuxième point, celui de la limite des modifications du contrat, le pouvoir de modification doit se combiner avec le principe du respect de la volonté des parties et de la force obligatoire des contrats. Le contrat administratif y est soumis. Le contrat ne peut être substantiellement modifié ni unilatéralement ni par voie d'avenant d'ailleurs. En outre les parties ont la possibilité de limiter les effets des modifications sur l'exécution du contrat. C'est clairement le cas, et c'est même une obligation pour les contrats de partenariat, dont la modification peut impliquer la remise en cause des financements extérieurs. L'article L. 1414-12 du Code général des collectivités territoriales impose aux collectivités publiques d'insérer, dans leurs contrats, des clauses relatives *« aux conditions dans lesquelles il peut être*

³⁵² PEZ Thomas, Thèse : *Le risque dans les contrats administratifs*, Université panthéon- Assas, 2006. Résumé, p. 4.

procédé – par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique - à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant ». Le professeur François Llorens faisait déjà observer que les « limitations conventionnelles sont non seulement valables mais encore strictement appliquées. Elles montrent qu'en dépit de la reconnaissance d'un pouvoir de modification unilatéral, le principe de la force obligatoire du contrat conserve, même en droit administratif, toute sa valeur et peut le cas échéant faire obstacle à son exercice³⁵³ ».

Les sanctions de l'inexécution

La mise en régie

Dans les cas de faute suffisamment grave et avérée, et dont la responsabilité incombe au délégataire³⁵⁴, la collectivité délégante peut reprendre en main l'exploitation du service en utilisant les moyens humains et matériels de la société délégataire. Cette mise en régie des moyens du délégataire suspend temporairement le contrat, donc également les droits à rémunération prévus dans le contrat, sans y mettre fin. C'est donc toujours l'entreprise titulaire du contrat qui réalise l'exploitation, même si elle le fait sous la direction de la collectivité.

Le pouvoir de mise en régie du délégataire s'accompagne de garanties importantes de forme et de fond. Le juge veille au respect de la mise en demeure préalable et des délais associés³⁵⁵ ainsi que de la réalité des fautes reprochées au délégataire³⁵⁶. La mise en régie constitue une étape soit dans la continuation du contrat, si la direction de l'entreprise réussit à exécuter le service conformément aux dispositions du contrat sans défaillances graves, soit dans le passage vers sa résiliation.

La résiliation

La résiliation unilatérale, et donc, sans recours au juge, est considérée comme le pouvoir de sanction le plus important dont dispose la personne publique dans le

³⁵³ LLORENS François, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, LGDJ, 1981, p. 261.

³⁵⁴ CE, 4 mars 1991, *Département de la Haute-Loire*, n°81446.

³⁵⁵ CE, 26 novembre 1993, *SA du nouveau port de Saint-Jean-Cap-Ferrat*, n°85161.

³⁵⁶ CE, CE, 4 mars 1991, *Département de la Haute-Loire*, n°81446.

cadre de ses relations contractuelles. Nous examinerons la résiliation dans son ensemble, tant unilatérale que juridictionnelle, tant du fait de la personne publique que du fait de la personne privée. Pour être complet il ne faut pas non plus oublier la résiliation amiable, qui n'est ni unilatérale ni juridictionnelle. Nous tenterons d'en tirer quelques conséquences quant au réel pouvoir de sanction qui se manifeste par la résiliation et son équilibre dans les relations entre la personne publique et la personne privée.

La résiliation unilatérale du côté de l'administration

La résiliation, ou rupture prématurée du contrat, avec un effet pour l'avenir, à la différence de l'annulation et de la résolution, a été reconnue à la personne publique depuis longtemps par le juge administratif³⁵⁷. C'est même une des singularités du contrat administratif, devenu un principe général du droit administratif, c'est-à-dire que la résiliation unilatérale peut s'appliquer même dans le silence du contrat³⁵⁸ et aucune disposition contractuelle ne peut permettre au délégant d'y renoncer, l'administration étant dépositaire de l'organisation et du fonctionnement des services publics³⁵⁹.

Elle peut être motivée par une faute du cocontractant ou bien être non fautive. Dans ce dernier cas, elle peut être motivée par une inexécution non fautive (cas de force majeure par exemple), ou bien elle peut être fondée sur un motif d'intérêt général. Ce dernier peut être défini de façon très large : il peut être économique, juridique, technique ou être la résultante d'un choix de gestion de la personne publique³⁶⁰, choix d'abandonner le projet, nouvelle réglementation ou réorganisation d'un service.

La résiliation unilatérale, qui est une clause exorbitante du droit commun des contrats, a pour contrepartie l'obligation d'indemniser intégralement le cocontractant du préjudice qu'il a subi. C'est le régime de la responsabilité de l'administration du fait du prince qui s'applique. Cette indemnisation comprend le *damnum emergens* (l'indemnisation des investissements réalisés) et le *lucrum*

³⁵⁷ CE, 17 mars 1864, *Paul Dupont*, D., 1864.3.87.

³⁵⁸ CE, 2 mai 1958, *Distillerie Magnac-Laval*, n°32401. Rec., p. 246.

³⁵⁹ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, n°41589, 41699. Rec CE, p. 141, *AJDA*, 1985, p. 620 et *AJDA* 1986, p. 21 pour les conclusions de B. Genevoix.

³⁶⁰ Pour un motif budgétaire par exemple, cf. CE, 23 nov. 1983, *Commune de Mont-de-Marsan c/ Fries* n°30493.

cessans, le manque à gagner du fait de l'exploitation du service ou de la réalisation du contrat tout simplement.

On notera la difficulté pratique qu'il y a dans la résiliation unilatérale du contrat. Le législateur n'a pas prévu une forme de transition avec la nouvelle gestion du contrat qui soit simple. En effet, contrairement au code des marchés publics qui prévoit, qu'en cas d'inexécution fautive par son cocontractant, l'administration peut passer un marché négocié, avec une mise en concurrence, mais sans publicité préalable³⁶¹. Ce n'est pas le cas des DSP et l'administration doit passer la nouvelle DSP dans les conditions ordinaires prévues par la législation (loi du 29 janvier 1993³⁶² et code de la commande publique).

La résiliation unilatérale du côté du cocontractant privé

La résolution unilatérale n'est plus l'apanage de la personne publique, le cocontractant de l'administration pouvant désormais résilier certains contrats à certaines conditions.

Tableau n°10 : La résiliation par les cocontractants

	Personne publique	Personne privée
Droit de résiliation unilatérale	Oui, à condition de ne pas mettre en cause la loyauté contractuelle	Non pour les DSP et les contrats de gestion d'un service (mais oui pour les autres)
Encadrement du droit de résiliation unilatérale	Oui	Oui

Source : A. Abou

Il faut d'abord rappeler que le cocontractant d'une personne publique, dans le cadre d'un contrat public, ne peut pas faire valoir l'exception d'inexécution³⁶³. La possibilité d'être délié de ses propres obligations dès lors que l'autre partie ne

³⁶¹ Article 35-II-1° du code des marchés publics.

³⁶² Cf. BRACONNIER Stéphane, *Droit des services publics*, PUF, 2007, p. 547.

³⁶³ On définira l'exception d'inexécution comme le droit pour une partie à un contrat synallagmatique de refuser d'exécuter ses obligations en raison de la non-exécution par l'autre partie de ses propres obligations envers soi. Ce refus est temporaire et constitue non une annulation de ses obligations mais un simple ajournement.

respecte pas les siennes, est reconnue par le juge judiciaire mais non par le juge administratif, et ce, depuis déjà longtemps³⁶⁴. La suspension de l'exécution du contrat, tout comme la résiliation unilatérale du contrat lui est traditionnellement interdite. Il doit solliciter le juge s'il veut obtenir cette résiliation, qui ne l'accordera que dans des situations très particulières, comme la faute grave par exemple³⁶⁵.

La portée de cette interdiction de se prévaloir de l'exception d'inexécution n'est pas d'ordre public, même s'agissant des contrats administratifs qui ont pour objet l'exécution d'un service public. Elle a évolué jusqu'à la reconnaissance de cette possibilité dans certains cas. C'est l'apport de l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 octobre 2014³⁶⁶. Désormais un cocontractant de l'administration peut résilier unilatéralement le contrat en cas de méconnaissance par l'administration de ses obligations. Cependant cette possibilité n'existe pas dans le cas de contrats qui ont pour objet l'exécution même d'un service public. Un contrat de DSP, ou un marché de services publics, ne peut donc prévoir une clause de résiliation actionnée par le partenaire privé à raison du défaut du respect, par la personne publique, de ses obligations. Il y a une autre condition de la mise en œuvre de cette possibilité : le cocontractant doit avoir mis la personne publique en mesure de s'opposer pour motif d'intérêt général à cette résiliation. Ce pouvoir est cependant un pouvoir qui marque plus l'échec de la relation contractuelle que la réelle maîtrise qu'a l'administration sur le service. Il s'accompagne, dans les cas les plus fréquents, d'une résiliation pour motif d'intérêt général, d'un paiement d'une indemnisation qui couvre le manque à gagner du cocontractant, sans bénéfice pour le service lui-même

Sur la question de savoir quel est le contrôle effectué par le juge administratif sur le motif d'intérêt général qu'évoquera dans ces conditions la personne publique, le Conseil d'Etat apporte une réponse dans son arrêt dit Béziers III³⁶⁷. Cet arrêt s'appliquait en l'espèce à la relation entre deux personnes publiques, la commune de Béziers et la commune de Villeneuve-Les-Béziers, cependant la question posée était de préciser l'appréciation du juge sur le motif d'intérêt général qui justifierait la résiliation unilatérale par une personne publique. Le conseil d'Etat précise que le motif d'intérêt général pourra être constitué « *en cas de bouleversement de l'équilibre de la convention ou de disparition de sa cause ; qu'en revanche, la seule*

³⁶⁴ CE, 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*, n°92888.

³⁶⁵ CE 12 mars 1999, *SA Méribel 92*, n°176694.

³⁶⁶ CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke location*, n° 370644.

³⁶⁷ CE, 27 février 2015, *Commune de Beziers*, n°357028.

*apparition, au cours de l'exécution de la convention, d'un déséquilibre dans les relations entre les parties n'est pas de nature à justifier une telle résiliation*³⁶⁸ ». L'équilibre de la relation contractuelle est donc modifié par cet arrêt du conseil d'Etat, dans la mesure où la possibilité de rupture unilatérale du contrat administratif est une clause exorbitante du droit commun au profit de la personne publique, existant même en dehors de l'existence de toute clause spécifique du contrat. Les DSP et les marchés de service public restent encore titulaires de cette prérogative.

La résiliation juridictionnelle par les parties au contrat

En premier lieu, la résiliation peut être mise en œuvre par la voie juridictionnelle pour cause exceptionnelle, c'est-à-dire en cas d'un bouleversement définitif du contrat (cas de force majeure). L'une ou l'autre partie peut la déclencher. C'est le cas ouvert par l'affaire des Tramways de Cherbourg³⁶⁹. Les parties peuvent bien sûr rechercher un accord amiable permettant de continuer le contrat en prenant d'autres hypothèses d'exécution, mais en cas de désaccord, la saisine du juge est inévitable.

Les causes exceptionnelles peuvent être la force majeure, comme par exemple une pollution accidentelle d'un captage qui rend l'exploitation impossible ou multiplie le coût d'exploitation du service. C'était le cas dans l'affaire de la commune de Staffelfelden³⁷⁰, où la résiliation avait été demandée par l'entreprise gestionnaire du service, en l'absence de volonté de la commune d'augmenter le tarif de l'eau. Le Conseil d'Etat avait reconnu le droit de l'entreprise à demander la résiliation du contrat. En l'espèce, le juge avait accordé une indemnité correspondant à 95% du déficit d'exploitation sur la période concernée.

Une des causes exceptionnelles peut aussi être le bouleversement de l'économie du contrat. Le Conseil d'Etat a ainsi admis cette motivation dans son arrêt du 24 novembre 2008 relatif à une affaire qui opposait la commune de Montpellier et un syndicat mixte sur l'organisation du service d'alimentation en eau potable, en « *considérant qu'une telle convention conclue entre deux personnes publiques pour organiser leurs services publics, ayant à ce titre un caractère administratif, peut, ainsi qu'il a été demandé en l'espèce, faire l'objet d'une résiliation par le juge*

³⁶⁸ Ibidem.

³⁶⁹ CE, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, n°89655.

³⁷⁰ CE, 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden*, n°184722.

*administratif pour un motif d'intérêt général ou en raison d'un bouleversement de son économie*³⁷¹ ».

En second lieu, les parties peuvent demander au juge la résiliation du contrat au cas où elles estimerait le contrat irrégulier. Dans ce cas particulier, le juge va apprécier l'importance des irrégularités soulevées au regard du principe de l'exigence de loyauté contractuelle. Ce principe s'apparente au principe de l'exécution de bonne foi des obligations contractuelles posé par le code civil et la jurisprudence³⁷² du juge civil de cassation³⁷³. Il est cependant moins absolu en droit administratif des contrats qu'en droit civil des contrats. En droit civil des contrats, les parties ne peuvent faire valoir un vice qu'elles auraient dû voir à la signature du contrat et avec lequel elles se sont arrangées.

Depuis l'arrêt du Conseil d'Etat de 2009, *Commune de Béziers*³⁷⁴, le juge apprécie la légitimité de l'invocation par les parties des irrégularités du contrat et, dans un deuxième temps, apprécie les suites à donner au contrat en fonction de la nature des irrégularités et en tenant compte de l'objectif de la stabilité des relations contractuelles, élément important de la sécurité juridique des contrats, notamment pour les contrats de la commande publique³⁷⁵. Le juge décidera alors la poursuite des relations contractuelles ou bien la résiliation du contrat, avec, si cela le justifie, un effet différé, ou bien encore, dans les cas d'irrégularité les plus graves, la résolution du contrat.

Le troisième cas est aussi le cas le moins exceptionnel, la résiliation pour manquement aux obligations contractuelles du cocontractant. Il s'agit de la résiliation pour faute. En général les contrats organisent une procédure amiable de conciliation. Elle est parfois obligatoire, comme c'est le cas notamment pour les contrats de la commande publique qui obéissent aux dispositions des CCAG existants. Dans un contrat hors exécution d'un service public, contrats qui ne peuvent prévoir de telles clauses, les clauses relatives à la résiliation ne peuvent être mises en œuvre qu'après avoir laissé la possibilité pour l'administration de mettre en œuvre ses prérogatives de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général. La

³⁷¹ CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic Saint-Loup*, n°290540.

³⁷² L'arrêt du 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, est la formulation la plus radicale de la force des obligations contractuelles et par là de l'obligation d'exécution de bonne foi de ces obligations.

³⁷³ C. civ. art 1134, al. 3.

³⁷⁴ CE, sect., 28 décembre 2009, *commune de Béziers*, n° 304 802.

³⁷⁵ Principe qui sous-tend notamment la décision CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n°305420.

personne privée, en cas de mise en œuvre de cette prérogative, se mettra en faute, si elle suspend l'exécution du contrat³⁷⁶.

Les conditions de la demande de résiliation juridictionnelle sont un peu particulières concernant la personne publique et notamment les contrats de délégation de service public. En effet, si dans le cas général l'administration ne peut demander au juge de prononcer une décision ou une mesure qu'elle peut décider ou mettre en application elle-même, le juge accepte une demande de résiliation, si celle-ci a des effets différents d'une mesure de résiliation prise unilatéralement par l'administration. Sur les délégations de service public, ce n'est pas le cas : le juge n'accepte pas une demande de résiliation si les clauses du contrat prévoient cette mesure³⁷⁷.

S'agissant de la qualification de la faute nécessaire à la résolution du contrat, il est nécessaire qu'elle soit d'une gravité particulière, que cette faute soit commise indifféremment par la personne publique ou la personne privée. C'est ce que retient le juge contre l'administration quand il considère que les fautes commises par l'administration sont « *suffisamment graves pour justifier la résiliation à ses torts*³⁷⁸ » (torts de la commune) ou *a contrario* quand le Conseil d'Etat considère que « *que si la société concessionnaire n'a pas engagé les travaux préparatoires à la réalisation de la phase "post-olympique" du projet, il résulte de l'instruction que cette circonstance était due à la rupture de l'équilibre financier du contrat en partie provoqué par les agissements de la commune ; que si cette circonstance apparaît constitutive d'une faute, elle n'est pas d'une gravité suffisante pour justifier la déchéance du concessionnaire*³⁷⁹ ». On suivra ici l'argumentation de Nil Symchovicz³⁸⁰, quand il écrit : « *il ne faut pas voir dans les quelques décisions citée [par un auteur] l'illustration d'un traitement juridique particulier des demandes en résiliation de contrat formulées à l'encontre de l'administration* ». Les fautes doivent être graves et pas seulement les fautes de l'administration.

On constatera, pour conclure sur les résiliations juridictionnelles, que si les conditions de mise en place de la résiliation juridictionnelle diffèrent un peu entre

³⁷⁶ CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke location*, n° 370644.

³⁷⁷ CE, 25 mars 1991, *Copel*, n°90747.

³⁷⁸ CE, 12 mars 1999, *Société anonyme MERIBEL 92*, n°176694.

³⁷⁹ Ibidem.

³⁸⁰ SYMCHOVICZ Nil: « L'intervention du juge du contrat dans l'exécution des contrats administratifs » *AJDA*, 6/2015 p. 320.

le contractant personne publique et le contractant personne privée, les principes et l'appréciation des éléments décisifs, comme la nature de la faute invoquée, sont les mêmes.

Tableau n°11 : La résiliation du point de vue des personnes (publique ou privée)
au contrat

Motif de la résiliation	Personne publique	Personne privée	Type de résiliation	Observations
Pour motif d'intérêt général	oui	non	Unilatérale	Indemnisation maximale pour la personne privée, en contrepartie du pouvoir exceptionnel de l'administration
Quand le contrat a indiqué comme clause la possibilité de résilier par une des parties	oui	oui (sauf contrat de SP)	unilatérale	Les conditions de mise en œuvre pour le cocontractant privé sont très encadrées et de tels clauses refusées dans les contrats de service public
Motif de la résiliation	Personne publique	Personne privée	Type de résiliation	Observations
Pour irrégularité du contrat (recours en contestation de validité du contrat)	oui	oui	juridictionnel	La gravité des irrégularités sera mise en balance de l'exigence de loyauté de l'exécution du contrat
Pour faute (manquement aux dispositions contractuelles)	oui	oui	juridictionnel	Appréciation identique de la nature de la faute (faute grave) quel que soit la partie au contrat

Source : A. Abou.

Le juge apprécie le droit de résiliation au vu des vices du contrat et de l'atteinte à l'intérêt général

Le droit de contracter et le droit de résilier un contrat appartiennent aux parties. Le juge ne détient qu'un pouvoir limité en raison du respect qui s'attache à la liberté des parties aux contrats. Il opère traditionnellement, comme nous l'avons dit, un contrôle restreint dans ce domaine. Le juge va se limiter à contrôler les mesures d'exécution qui pourraient avoir des conséquences particulières sur l'une ou l'autre

des parties. Il va s'intéresser notamment aux conditions de résiliation des contrats qui peuvent avoir donné droit à indemnisation d'une partie.

Avec la jurisprudence « Bezier II³⁸¹ », appliquée aux cas de résiliation de contrats de DSP³⁸², le Conseil d'Etat va un peu plus loin. Il va, dans certains cas, accepter de juger de la validité de la résiliation et de l'obligation ou non de reprendre les relations contractuelles. Ce recours contre la résiliation est équivalent pour l'une ou l'autre partie au contrat (publique ou privée). Une des deux parties peut donc demander à reprendre provisoirement la relation contractuelle.

Le juge, saisi en référé, doit examiner d'abord que l'exécution du contrat n'est pas devenue sans objet, ensuite, il doit apprécier s'il y a urgence. Pour cela il doit examiner s'il y a des atteintes graves, soit à l'intérêt général, soit à l'intérêt du requérant (notamment financier). Il doit examiner s'il y a des atteintes graves à l'intérêt de tiers, notamment le titulaire du nouveau contrat. Enfin, il doit s'assurer qu'un des moyens invoqué est propre à constituer un doute sérieux sur la validité de l'acte de résiliation. Pour cela il doit chercher si les vices invoqués, de la décision de résiliation, sont d'une gravité suffisante pour conduire à une reprise des relations contractuelles.

Quand il y a une résiliation qui est contestée devant lui, le juge des référés est compétent pour l'apprécier et la juger valide ou pas et pour ordonner la reprise des relations contractuelles. Cependant, il ne pourra le faire qu'après l'appréciation d'un certain nombre de conditions. En outre, il ne pourra pas ordonner cette reprise des relations contractuelles, et ce, quel que soit le vice de la décision de résiliation, quand il estime que le juge du fond, le juge du contrat, serait amené à prononcer, après cependant avoir vérifié si cette résiliation ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat en raison des vices invoqués. Pour résumer, un contrat trop vicié par des irrégularités, ne pourra être repris, quels que soient les vices de la résiliation elle-même. Cela donne une certaine liberté aux parties qui s'estiment lésées, pour se libérer d'un contrat trop vicié, en le résiliant de façon unilatérale. Cette liberté n'est pas octroyée de la même façon qu'il s'agisse de la partie publique ou de la partie privée du contrat. En effet, un contrat trop vicié, mais pour lequel la résiliation porterait une atteinte excessive à l'intérêt général, c'est-à-dire le cas, en général, d'un contrat vicié en défaveur du cocontractant de

³⁸¹ CE, 21 mars 2011, *Commune de Bézier*, n°304806.

³⁸² CE, 17 juin 2015, *Commune de Bézier*, n°389044, *AJDA* 2015, p. 1237.

l'administration, ne pourrait pas être résilié trop facilement par le cocontractant privé. Le juge administratif se veut toujours le gardien de l'intérêt général. Le juge des référés s'immisce dans le contrat liant les parties, en appréciant les conditions de résiliations. Il n'a pas le pouvoir cependant, comme le juge du fond, de réformer le contrat.

On peut conclure de ces considérations que le pouvoir de résiliation unilatéral reste l'apanage de la personne publique dans le cadre des contrats qui visent l'exécution d'un service public. Dans les autres types de contrats, ce n'est plus le cas depuis l'arrêt du Conseil d'Etat, dit « Béziers II ». L'équilibre du contrat est dès lors changé entre la personne publique et la personne privée. Les DSP restent pour le moment à l'écart de ce mouvement qui tend à harmoniser l'équilibre des relations juridiques entre les parties privée et publique au contrat et à banaliser l'action publique. Il convient aussi bien sûr d'examiner toute résiliation à la lumière de l'indemnisation à laquelle aura droit le cocontractant de l'administration.

L'indemnité contractuelle dans les contrats de DSP en cas de résiliation ou de nullité du contrat

L'indemnité contractuelle est prévue pour réparer le préjudice subi par le cocontractant en cas de résiliation du contrat ou de tout autre motif de nullité du contrat. Elle peut, et le plus souvent désormais, elle a, une fonction dissuasive. Elle a pour but d'inciter la collectivité publique à ne pas avoir recours à la résiliation pour motif d'intérêt général.

Dans le domaine de la fixation de l'indemnité contractuelle, la liberté contractuelle a encore un champ d'action important même si la jurisprudence tend à l'encadrer. La limite à la liberté contractuelle est déterminée par l'atteinte à l'ordre public. Il s'agit notamment de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités. L'appréciation du juge entre la libéralité d'une part et la conclusion d'un contrat comportant des dispositions défavorables à la collectivité publique d'autre part constitue l'espace de liberté contractuelle entre les partenaires au contrat. Si l'arrêt « Mergui³⁸³ » pose clairement la notion de limite à la liberté contractuelle des parties, le commissaire du gouvernement Rougevin-Baville précise dans ses conclusions l'espace de liberté sur la fixation du montant de l'indemnité contractuelle : « *ce qui est d'ordre public, et ne peut pas faire l'objet de dispositions*

³⁸³ CE, 19 mars 1971, *Mergui*, n° 79962.

contractuelles librement négociées, ce n'est pas une éventuelle exagération de l'indemnité convenue, car, après tout, une transaction peut être plus ou moins bonne. Et le juge ne doit donc pas pouvoir refuser une homologation de l'accord des parties par le seul motif que la somme offerte par l'administration lui paraît supérieure au préjudice subi, à moins que la disproportion ne soit telle que la prétendue transaction ne devienne une libéralité³⁸⁴ ».

La dimension pénale des indemnités contractuelles fait l'objet d'une liberté encadrée également par le juge qui peut augmenter ces pénalités si elles apparaissent dérisoires ou bien les diminuer si elles apparaissent excessives. Alors que pour les contrats privés, cette faculté de modulation par le juge est explicitement prévue au nouvel article 1231-5 du code civil, cette faculté n'a été reconnue pour les contrats publics que par la jurisprudence « OPHLM de Puteaux » en 2008³⁸⁵. Le juge administratif ne pourra se prononcer que s'il est saisi de conclusions en ce sens, alors que le juge civil pourra se prononcer d'office.

L'indemnité contractuelle joue donc un rôle important dans la régulation des relations contractuelles. Sur ce point, l'ordonnance du 29 janvier 2016, dans son article 56 procède à un renforcement de la sécurité juridique du régime d'indemnisation du cocontractant en préservant le caractère divisible des clauses indemnitaires par rapport aux autres clauses. Ainsi si un tiers attaque le contrat et en obtention l'annulation, les clauses indemnitaires demeurent. L'article prévoit aussi que l'indemnisation du concessionnaire comprendra le périmètre des dépenses utiles mais également les dépenses associées au financement et à la rupture des contrats de financement liant le concessionnaire à ses partenaires financiers.

Conclusion sur les caractéristiques juridiques des DSP d'eau

L'inégalité entre partenaires au contrat de DSP, au bénéfice de la personne publique, justifiée par l'intérêt général qui s'attache à l'exécution d'un service public, s'estompe de plus en plus au motif du renforcement de la loyauté contractuelle. De son côté, le juge intervient de plus en plus pour préserver l'équilibre du contrat et la volonté initiale des parties. Il contribue par-là à une meilleure régulation de la relation contractuelle, en restreignant les comportements

³⁸⁴ Concl. Publiée au Rec. CE 1971, p. 235, citée par MOIROUX Julien, RAPP Lucien, *Contrats publics et finance d'entreprise*, LGDJ, 2016, p. 84.

³⁸⁵ CE, 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, n°296930.

opportunistes des uns ou des autres. La construction jurisprudentielle a cherché faire la balance entre des « pouvoirs » de l'administration, exorbitant du droit commun, pouvoir de sanction de l'inexécution, modifications du contrat, résiliation, et la préservation des intérêts financiers du cocontractant de l'administration : réparation du préjudice, théorie de l'imprévision, théorie du fait du prince, indemnité de résiliation.

Afin de préserver la force du contrat, l'authenticité de la volonté des parties et d'éviter les « arrangements », le juge a accru ses possibilités d'intervention tout en prenant soin de ne pas s'immiscer directement dans la relation contractuelle, en affirmant son droit à modeler les pénalités par exemple, ou à apprécier les motivations d'une résiliation, ou encore à limiter la durée des conventions de DSP. Ce faisant, le juge organise mieux la relation contractuelle sans la modifier fondamentalement. Ainsi, le principe de l'équilibre financier reste une des pierres angulaires de la construction jurisprudentielle, contrepartie du pouvoir de modification unilatérale. Le cadre juridique ainsi défini ne favorise pas toujours une responsabilité plus affirmée des partenaires au contrat, par rapport à leurs engagements vis-à-vis d'un tiers : le bénéficiaire et financeur du service public, l'usager. Cet encadrement marque la prégnance de la conception de l'adaptation du contrat aux circonstances plutôt que la volonté d'atteindre les résultats fixés dans l'esprit de l'engagement initial des parties.

Conclusion sur les caractéristiques du contrat

L'encadrement relativement récent des procédures de passation laisse une grande liberté de négociation et de renégociation. Cette possibilité d'adaptation du contrat à la situation économique dans laquelle se trouve le service est en phase avec le système de production et de distribution de type oligopolistique qui trouve sa justification économique : la mise en place de services qui peuvent comporter des risques financiers importants et qui nécessitent un temps long de retour sur investissement et l'adaptation aux conditions d'exercice des prestations demandées. C'est le cas du domaine de l'eau potable et de l'assainissement. Le droit des concessions a accompagné un rapport économique entre des entreprises délégataires titulaires d'une compétence et d'une expérience reconnue et des collectivités qui achètent un service indispensable à leurs habitants et à leurs activités. Il a contribué à clarifier et assainir un certain nombre de pratiques et d'arrangement.

Dans le domaine de l'eau, un déséquilibre s'est tout de même produit dans le partage des risques réels entre les entreprises du secteur et les collectivités publiques, souvent à l'avantage des entreprises et au désavantage des collectivités publiques. Le mode de régulation par un partenariat de longue durée n'a pas pu atteindre un optimum partagé par les acteurs du système en raison de l'inégalité entre les partenaires et en l'absence de régulateur général. Il y avait, pour l'Etat, une contradiction à refuser aux collectivités un développement plus important de leurs compétences et de leurs prérogatives dans le domaine et à ne prévoir aucun régulateur qui puisse veiller à un équilibre général.

Conclusion du titre 2

Si la collectivité est, en tant que responsable *in fine* du service public, attributaire d'un pouvoir juridique de contrôle vis-à-vis de son partenaire, deux éléments concourent à inverser la relation de pouvoir. En premier lieu, le jeu institutionnel des acteurs dans le domaine de l'eau, se caractérise par un Etat distant, des collectivités territoriales émiettées et peu aguerries et des entreprises puissantes et rompues à la gestion contractuelle. En deuxième lieu, le contrat de DSP fait l'objet d'une procédure de passation formellement caractérisée par une mise en concurrence, mais qui est biaisée par les nombreuses renégociations liées à l'exécution du contrat.

1. Un rapport de force inversé entre les acteurs

Le rapport entre l'Etat et les collectivités locales a façonné la régulation locale des DSP, avec un Etat très en retrait, autorité générale de réglementation qui laisse l'encadrement précis du service et sa gestion à un couple formé par la collectivité territoriale isolée et peu aguerrie à la négociation des contrats, et l'entreprise délégataire, filiale d'un groupe global le plus souvent, bien organisée et rompue à la « gestion » du contrat.

La société délégataire dispose d'un pouvoir bien plus grand que ne le laisse supposer la configuration juridique du contrat. Il y a des raisons historiques et institutionnelles à cet état de fait : le rôle de l'état et des collectivités locales et leurs rapports, la particularité du développement du secteur économique de la gestion de l'eau en France, etc. L'histoire s'est cristallisée sous la forme d'un type de relation : la concession de service publique, qui connaît des variantes dans son contenu juridique, mais qui prend la plupart des cas la forme d'un affermage, avec des ilots concessifs plus ou moins étendus.

L'analyse aboutit à la conclusion que le niveau local, même s'il se renforce, ne saurait être autorité de régulation car c'est une partie prenante à la production du service dont la dimension politique altère la neutralité nécessaire à la fonction.

2. Un pouvoir de passation de l'administration contrecarré par un pouvoir d'exécution qui revient au partenaire privé du contrat

La concurrence et le mode d'adaptation du contrat dans le temps sont les deux caractéristiques de l'équilibre du contrat de DSP : une réelle mais faible mise en concurrence d'une part et une très grande adaptation du contrat au contexte juridique et économique dans lequel il évolue, l'exécution influençant la passation. Les DSP se caractérisent par un faible renouvellement du cadre fondamental pour ce qui est de l'exécution du contrat, malgré une importante jurisprudence.

L'analyse des caractéristiques économiques du secteur des DSP d'eau nous montre un secteur marqué par un système oligopolistique, c'est-à-dire composé de beaucoup d'acheteurs (les collectivités locales) et de quelques vendeurs (sociétés délégataires), à la différence des marchés publics. Dans cette configuration, le mode d'attribution des contrats se fait selon le mode de la concurrence pour le marché et non de la concurrence dans le marché. C'est la raison pour laquelle le marché ne peut servir de régulateur, et que la régulation nécessite une plus grande intervention de la puissance publique. Celle-ci doit s'opérer par une bonne organisation de la concurrence pour le marché (multiplication des candidatures), mais elle nécessite plus encore un bon suivi de l'exécution du contrat. C'est ce qui fonde la nécessité d'un contrôle. La formalisation conceptuelle des outils de régulation (« *Cost plus / Price cap* ») permet de situer le mode de régulation existant, sachant qu'il s'agit le plus souvent d'un mixte entre les deux formules. Tant l'analyse que l'observation de la dérive du prix de l'eau nous indiquent que sur les DSP il s'agit d'une régulation qui a un caractère « *Cost plus* » marqué. Ce type de régulation vaut surtout pour les secteurs innovants dont on ne maîtrise pas vraiment les coûts, mais non pour des secteurs traditionnels, comme l'eau, dont les coûts sont assez précisément déterminés.

L'analyse économique met aussi en lumière l'importance des coûts de transaction associés aux DSP qui sont liés à la multiplication des négociations et renégociations, ainsi que la présence d'investissements spécifiques liés au secteur particulier de l'eau potable, et qui implique une protection particulière. La présence d'un contrôle efficace se justifie en présence d'investissements spécifiques car la collectivité doit s'assurer que ce service stratégique fait l'objet d'investissements suffisants et d'une maintenance adéquate.

Le cadre juridique actuel prend en compte les composantes économiques du secteur de façon partielle. Elle est protectrice des biens de la délégation ainsi que des intérêts financiers du délégataire. En revanche, elle l'est moins des intérêts financiers des usagers. En effet, le retard sur l'application des principes de transparence, d'égalité de traitement des candidats dans les DSP par rapport aux marchés publics a pénalisé et pénalise encore la possibilité d'avoir des offres réellement concurrentes et d'avoir une claire vision des conséquences des multiples renégociations des contrats.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Jusqu'à une époque encore relativement récente, c'est-à-dire jusqu'à la loi « Sapin » du 29 janvier 1993, l'absence de règle formalisée de passation et les prérogatives traditionnelles et exorbitantes du droit commun, comme le pouvoir de modification et de résiliation unilatérale caractérisaient un certain « pouvoir » de la personne publique dans l'administration du service, même si on pouvait difficilement qualifier ce pouvoir de pouvoir de contrôle.

En effet, l'exécution du contrat dans un contexte économique oligopolistique manifestent un pouvoir plus important du délégataire dans le contrôle du service et en particulier de sa gestion. Le caractère nécessairement incomplet du contrat donne au cadre des relations entre les parties un caractère très évolutif, puisqu'il est sans cesse renégocié. La mise en place de règles de passation avec la soumission aux règles de concurrence, n'a pas fondamentalement modifié le rapport de force entre les parties puisque ce qui n'a pas été obtenu par le délégataire au moment de la conclusion du contrat peut être rattrapé au moment des différentes négociations qui émailleront la vie du contrat. Le pouvoir de gestion rejaillit alors sur l'ensemble du contrat, son exécution comme sa dévolution, puisque sa dévolution prend déjà en compte son exécution future³⁸⁶.

Au surplus, on observe, comme le dit le professeur Jean-Bernard Auby, une banalisation des mécanismes contractuels, que nourrit « *un développement des logiques contractuelles et de concurrence, fortement impulsé par le droit de l'union européenne* ». Elle se traduit notamment par l'affirmation du principe de loyauté contractuelle, au détriment de l'appréciation des droit « exorbitants » de l'administration : les limites du droit de modification ou du droit de résiliation unilatérale sont de plus en plus précisées par la jurisprudence³⁸⁷, et au détriment également de la stricte légalité des contrats, dès lors que les irrégularités du contrat ne vicient pas trop le contrat.

³⁸⁶ Cette inversion du « pouvoir » n'est pas sans rappeler la fameuse dialectique du maître et du valet, développée par G. W. F. Hegel, dans la *Phénoménologie de l'esprit*, pour faire comprendre le développement de la conscience vers sa propre liberté. Faire permet de parvenir à une réalisation de soi plus complète, par un pouvoir direct sur les choses, que faire faire. Mais, plus généralement, il montre le rôle du travail dans la conscience de soi.

³⁸⁷ CE, 27 février 2015, *Commune de Béziers*, n°357028.

Cette logique se comprend très bien quand on rapporte cette évolution à l'implication de l'investissement privé dans la gestion des contrats publics, qui deviennent pour les entreprises, des « créances publiques ». On la voit à l'œuvre dans les débats qui ont eu lieu à l'occasion de la directive concession de 2014 : la durée du contrat doit permettre « *un retour sur les capitaux investis*³⁸⁸ » et non plus d' « *assurer une rémunération raisonnable du capital investi* », comme cela avait été rédigé initialement. La renégociation régulière des contrats est posée comme un mode normal de la vie du contrat de concession.

Une relation contractuelle « banalisée », couplée avec une inégalité manifeste dans les capacités du délégataire et du délégant à faire évoluer le contrat tout au long de sa durée, comporte un risque accru de la perte du contrôle de l'administration sur les modalités contractuelles d'exécution du service public. Ce risque doit être assumé mais de façon calculée et être mis en balance de l'investissement privé qui peut être réalisé dans les services publics. Si on observe une investissement privé accru dans la gestion de bons nombres d'équipements publics, ce n'est pas forcément le cas du secteur de l'eau pour lequel l'investissement privé a toujours été important en France. On pourrait même avoir tendance à constater l'inverse, un relatif désinvestissement dans ce secteur. Ces raisons nous amènent à considérer comme utile de toujours rechercher, comme le disait Léon Blum, cette « équivalence honnête » entre les risques pris et les avantages concédés. L'objectif qui doit être recherché alors n'est pas tant d'un contrôle, que d'une régulation, permettant de trouver cette équivalence tout au long de la vie du contrat.

Les théories économiques du monopole ont mis la question de la régulation et plus particulièrement celle du régulateur public au centre de l'action publique dans des domaines qui touchent les services publics dits industriels et commerciaux. Historiquement, la notion de régulation des grands réseaux collectifs est issue de la relation entre les pouvoirs publics et les opérateurs dans les domaines du rail, de l'énergie (l'électricité et le gaz) puis le domaine des télécommunications. Ces services se sont historiquement constitués, non sous la forme de monopole, mais sous la forme de marché (notamment aux Etats-Unis), puis d'oligopoles, c'est-à-dire d'entreprises peu nombreuses qui se sont structurées progressivement, jusqu'à constituer des monopoles, plus efficaces économiquement, avec la constitution des opérateurs dits « historiques ». La question de la régulation s'est posée avant la mise

³⁸⁸ Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, article 18.

en place de ces monopoles, au moment de la constitution des oligopoles, quand les pouvoirs publics ont jugé contreproductif la captation de la rente des monopoles.

Dans le domaine de l'eau, il n'y a jamais eu de monopole, comme cela a été le cas des autres domaines, la situation étant celle d'un oligopole avec une composante non négligeable de gestion interne en régie. Contrairement aux autres secteurs de réseaux, l'eau n'a jamais fait, en France l'objet d'une réelle régulation, le secteur apparaissant préservé tant de la régulation que de la nationalisation. Il n'y a cependant aucune raison économique fondamentale à ce qu'il n'y ait pas de régulateur dans le domaine de l'eau, au contraire. Les raisons de cette absence nous semblent essentiellement d'ordre politique et institutionnel : ce sont les collectivités territoriales qui détiennent la compétence de l'eau et certaines d'entre elles ne souhaitent pas d'une régulation qui pourrait aboutir à restreindre cette compétence.

Il nous paraît désormais utile d'examiner l'hypothèse d'une régulation et ses conditions de possibilité, en examinant ses objectifs, les moyens possibles de sa mise en œuvre et sa forme.

PARTIE II : LA QUETE D'UNE REGULATION

L'analyse des déterminants juridiques et économiques ainsi que des relations de pouvoir entre les parties au contrat nous amène à élargir le concept de contrôle à celui de régulation.

C'est à cette quête d'une régulation que nous partons, en interrogeant les différents modes de gestion des services publics d'eau sur leurs objectifs de régulation (Titre III). Nous parvenons à dégager des instruments pertinents de cette régulation, comme la valorisation du contrat (Titre IV) et la négociation encadrée entre les parties (Titre V), puis nous posons la question de son institutionnalisation à travers une autorité (Titre VI).

Introduction à la partie II : la notion de régulation

Nous avons évoqué la notion de régulation en montrant l'utilité de son principe et en définissant ses objectifs. Le caractère polysémique du terme est souligné par le *Dictionnaire des régulations*³⁸⁹. Deux notions semblent être constitutives de l'idée de régulation : celle de système et celle d'efficacité. La théorie économique la définit comme l'intervention du régulateur avec pour objectif de maximiser le surplus collectif résultant d'une coopération entre différents acteurs économiques. La notion de régulation fait référence à un système évolutif dont l'équilibre doit être maintenu pour assurer les objectifs du système. On parle ainsi de la régulation dans la santé, d'un système économique, de la circulation routière. Le sens courant définit la régulation surtout dans le domaine technique ou médical : « *action de régler un appareil, d'en corriger le fonctionnement ; fait d'être réglé* », « *fait d'assurer un fonctionnement correct, un rythme régulier : régulation du trafic routier*³⁹⁰ ». Dans le domaine de l'économie, la régulation peut se définir comme le « *processus complexe par lequel un système économique et social parvient à se reproduire dans le temps tout en conservant l'essentiel de ses caractéristiques structurelles*³⁹¹ ». Comme l'indique le professeur Michel Bazex à propos de l'intervention publique dans l'économie, « *la régulation pourrait être définie comme l'introduction de la préoccupation d'efficacité au centre des politiques publiques et donc de leur régime juridique, dans le but d'assurer l'équilibre entre le bon fonctionnement du marché et l'intérêt général*³⁹² ».

L'idée de régulation fait également référence à l'idée de norme. La régulation définit les instruments nécessaires au respect ou au rétablissement d'une norme. Cette norme est à définir et il peut y avoir différentes normes. Ainsi, dans le domaine médical, la maladie n'est « *pas une perte de norme mais une allure de la vie réglée par des normes vitale ment inférieures ou dépréciées*³⁹³ ». On peut ainsi parler de normes de bonne gestion, de marges « normale » du délégataire. A l'égard de la maladie, considérée comme un écart par rapport à la bonne norme qu'est la santé, la médecine, avec l'ensemble des savoirs et des pouvoirs qui lui sont attachés, est envisagée comme un instrument de régulation.

³⁸⁹ *Dictionnaire des régulations*, sous la direction de Michel BAZEX, Gabriel ECKERT, Régis LANNEAU, Christophe LE BERRE, Bertrand du MARAIS, Arnaud SEE, Lexis nexis, Paris, 2016, p. 3.

³⁹⁰ *Dictionnaire Larousse*.

³⁹¹ *Ibidem*.

³⁹² BAZEX Michel, La régulation, nouvelle méthode d'intervention des personnes publiques en matière économique, in Florilège du droit public : *Mélanges en l'honneur de J. P. Boivin*, Paris, La Mémoire du droit, 2012, p. 343.

³⁹³ CANGUILHEM Georges, *La connaissance de la vie*, Paris, Vrin, 1992 [1965], p. 166.

La notion de régulation doit être rapprochée mais aussi distinguée de celle de réglementation. A la différence de la régulation, la réglementation exprime des normes déterminées à un moment donné et ces normes, comme par exemple les règles de passation des contrats, sont un des éléments du système global. La réglementation fixe des normes (qui ne sont pas figées mais qui comporte des éléments de stabilité) qu'il s'agit d'atteindre par un système de régulation. La réglementation est une des expressions des normes mais elle n'est pas la seule, les codes sociaux et moraux, les caractéristiques techniques sont aussi l'expression de normes dans différents domaines. La régulation sous-entend le réajustement permanent alors que la réglementation est une norme qui sert de référence pour que le système se maintienne. La réglementation a pu être définie comme étant l'adoption de loi ou de règlements et la régulation comme étant l'interprétation, le respect de l'esprit et l'adaptation à la réalité du terrain³⁹⁴. Les politiques publiques consistent à définir les normes applicables et les objectifs à atteindre, comme, dans le domaine de l'eau, la définition d'un taux d'accès au service, ou la détermination des modalités d'accès à la ressource.

La question de la régulation publique dans le domaine des réseaux s'est posée au moins à trois moments historiques : dans le domaine ferroviaire aux Etats-Unis dans les années 1920, au moment de la déréglementation des services publics aux Royaume-Uni dans les années 1980 et au moment de l'introduction de la concurrence dans les services publics en Europe à la fin des années 1990. Il s'est toujours agit de rétablir un équilibre qui pouvait être menacé, notamment par l'action d'un monopole. La première autorité de régulation en France a été celle des télécommunications, l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep), créée en 1997. La première mention de la notion de régulation dans la loi a été faite dans la loi n°2001-420 « nouvelles régulations économiques » (NRE) du 15 mai 2001.

Parallèlement, dans les années 1970, s'est développée la « théorie de la régulation » qui consiste en une critique à la fois des théories classiques et marxistes de l'économie. « *En un sens la théorie de la régulation (TR) se définit à partir d'une double critique adressée respectivement à la théorie néoclassique et aux*

³⁹⁴ TREMOLET Sophie, BROWNING Sara, "The Interface Between Regulatory Framework and Tri-Sector Partnership". A report for Business Partners for Development Research and Surveys Series <http://www.bpd-waterandsanitation.org/English/docs/regulation1.pdf>.

*conceptions traditionnelles du marxisme*³⁹⁵. Elle définit un mode de régulation comme un « ensemble de procédures et de comportement (individuels et collectifs) qui a la propriété de (1) reproduire les rapports sociaux, (2) de soutenir et piloter le régime d'accumulation en vigueur, et (3) d'assurer la compatibilité dynamique d'un ensemble de décisions décentralisées ». La théorie de la régulation n'est pas directement pertinente pour l'approche de la régulation des services publics dans la mesure où elle s'intéresse au fonctionnement du système capitaliste dans son entier et se veut explicative de la survenue des crises du système. Cependant la définition qui est donnée de la régulation contribue à préciser la notion de régulation et son rôle dans nos sociétés complexes. Ces théories font le constat que les systèmes ne s'autorégulent pas et qu'il y a toujours un jeu libre des acteurs qui va faire évoluer un système et finalement le coproduire.

L'objectif de la régulation est de « compenser « les défaillances du marché », telles que les monopoles naturels, les externalités, l'existence de biens collectifs, par exemple, mais aussi permettre l'échange à travers la réduction des asymétries d'information, des coûts de transaction ou la définition précise de droits de propriété³⁹⁶ ». Compte tenu de ce que nous avons analysé dans la première partie, la notion de régulation nous paraît tout à fait adaptée pour analyser le fonctionnement des contrats publics dans le domaine de l'eau. Si le terme de « contrôle » peut s'appliquer sur l'action de vérification de tel ou tel point du service public de l'eau, comme la qualité de l'eau, la continuité du service public, ou encore les données financières et économiques du service, l'action globale que doit exercer la collectivité sur le service et sa gestion déléguée relève de la « régulation » car elle fait référence à des normes partagées auxquelles il s'agit de parvenir. Certains auteurs l'ont bien noté, la définissant, dans le domaine de l'eau et de façon générale, comme « l'ensemble des actions visant à appliquer la réglementation et à la faire évoluer en fonction des circonstances en vue de

³⁹⁵ BOYER Robert, La diversité des institutions d'une croissance tirée par l'information ou la connaissance » in Centre Saint-Gobain pour la recherche économique (éditeur), *Institutions et croissance*, Paris, Albin Michel, 2001. p. 327-398 : « Par rapport à la première, les recherches régulationnistes insistent sur le fait que le rapport marchand [...] résulte d'une construction sociale et non pas d'une donnée résultant de la confrontation spontanée d'agents économiques (Boyer, 2001a). Par rapport aux conceptions marxistes, la TR partage l'idée qu'il convient de distinguer le rapport de production capital-travail du rapport marchand mais est en désaccord quant à l'unicité de la dynamique d'accumulation du capital que ces rapports sociaux sont susceptibles d'impulser ».

³⁹⁶ *Dictionnaire des régulations*, sous la direction de Michel BAZEX, Gabriel ECKERT, Régis LANNEAU, Christophe LE BERRE, Bertrand du MARAIS, Arnaud SEE, Lexis nexis, Paris, 2016, p. 3.

*permettre l'application de ces arbitrages sociétaux sur le long terme*³⁹⁷ » ou comme « *le contrôle suivi et attentif exercé par un organisme public sur les activités ayant une valeur pour la communauté*³⁹⁸ ». La régulation permet l'arbitrage entre les différents intérêts en jeu dans le service public concerné : les usagers, les investisseurs et exploitants (entreprises), la collectivité publique en tant que représentant des citoyens et de l'intérêt public dans le temps long.

Il est communément admis qu'il y a deux grands modèles de régulation dans les services publics : la régulation par le contrat, inspirée par la tradition française des contrats de DSP et la régulation par l'agence, sur le modèle de certains services publics aux Etats-Unis et au Royaume-Uni. Cependant d'autres modèles existent qui mêlent les deux types de régulation ou qui font appel à d'autres modes de régulation : la mise en place de pôles d'expertise, la régulation participative, l'autorégulation³⁹⁹.

Comme nous l'avons vu dans la première partie, la configuration juridique et économique du contrat de DSP, ainsi que le jeu des acteurs, ne permettent pas une régulation efficace par le contrat tel qu'il existe actuellement dans le secteur de l'eau. Il nous semble que la recherche d'outils de régulation est essentielle dans la construction d'une relation partenariale équilibrée, qu'elle soit institutionnelle ou contractuelle. La menace, souvent théorique, de la résiliation du contrat, instrument ultime du contrôle du contrat, manifeste certes un pouvoir de contrôle, mais surtout un échec de la gouvernance du service. Il nous apparaît important de trouver les formes de régulation qui permette d'atteindre les objectifs définis par les collectivités publiques et de définir, avec le gestionnaire, le meilleur moyen de les atteindre.

Nous proposons donc d'approfondir la question de la régulation en examinant les types de régulations qui s'opèrent dans les différents modes de gestions, pour tenter de définir ce que peuvent être les principes directeurs de la régulation (titre 3), en proposant de renforcer les instruments de la régulation (titre 4 et 5) et en posant la question de la place d'un régulateur (titre 6).

³⁹⁷ TREMOLET Sophie, BINDER Diane, Note de recherche, « La régulation des services d'eau dans les pays en développement », Agence française de développement (AFD), 19 avril 2010.

³⁹⁸ TREMOLET Sophie, BROWNING Sara, The Interface Between Regulatory Framework and Tri-Sector Partnership. A report for Business Partners for Development Research and Surveys Series <http://www.bpd-waterandsanitation.org/English/docs/regulation1.pdf>.

³⁹⁹ TREMOLET Sophie, BINDER Diane, Note de recherche, « La régulation des services d'eau dans les pays en développement », Agence française de développement (AFD), 19 avril 2010.

TITRE 3 : LES OBJECTIFS DE LA REGULATION. L'APPORT DES DIFFERENTS MODES DE GESTION

Introduction du titre 3

Nous examinerons dans cette partie différents modes de gouvernance des services publics de l'eau et de l'assainissement en mettant l'accent sur la relation de gouvernance entre le management stratégique et le management opérationnel, entre l'« agent » et le « principal ». L'analyse des différents types de contrats et des différentes modalités de gestion du service public de l'eau, permettront de définir des notions clés qui nous semblent utiles pour un partenariat plus équilibré.

L'analyse du fonctionnement en régie nous permet de mesurer l'importance de la « réversibilité » de la gestion. L'analyse du marché de service met l'accent sur le rôle de la régulation par la concurrence même si elle est développée à la marge, comme c'est le cas dans des situations oligopolistiques (*fringe competition*). L'analyse du contrat de partenariat est intéressante en ce qu'il place la performance au cœur de l'exécution du contrat. Elle implique des clauses de « revoyure » et un partage des données. L'analyse du modèle anglais de la gestion privée avec un régulateur central nous éclaire sur la fonction de la régulation et le rôle d'une agence. Nous tenterons de voir ce que ces notions et pratiques peuvent apporter au management des DSP et en particulier à la fonction de contrôle vu comme régulation.

Le tableau suivant caractérise les types de relations entre le management stratégique et le management opérationnel dans les différents modes de gouvernance des services publics.

Tableau n°12 : Les relations de management des différents modes de gouvernance

Type de gouvernance	Management stratégique (MS)	Management opérationnel (MO)	Modalité de régulation entre MS et MO
Régie	Personne publique	personne publique	Intégration (tutelle)
Marché de services	Personne publique	Personne privée	Contrat court
DSP	Personne publique / personne privée	Personne privée	Contrat long
PPP	Personne publique / personne privée	personne privée	Contrat complexe
Entreprise commune	Mixte public / privé	Mixte public / privé	Intégration de projet

Source : A. Abou

Ce tableau met en perspective deux types de relation : la relation intégrée au sein d'une organisation unique, qui peut être commune à la collectivité et au partenaire privé et la relation de type contractuel entre deux organisations qui disposent chacune d'un management stratégique, avec des objectifs stratégiques spécifiques.

3.1. LA REGIE : LA RESERVIBILITE DE LA GESTION

La régie apparaît comme un mode de gouvernance des services d'eau qui peut permettre une maîtrise du service. La proximité avec la gouvernance de la collectivité territoriale peut le faire croire. Cependant, la proximité avec la gouvernance politique de la collectivité peut être un inconvénient. La maîtrise de la gestion, la connaissance des données du service ne vont pas de soi. L'analyse montre que la qualité de la gestion est perfectible, même si elle est en progrès.

3.1.1. PLACE ET PERFORMANCE DES REGIES

3.1.1.1. LA PLACE MINORITAIRE DES REGIES DANS LA GESTION DE L'EAU

La jurisprudence de 1930⁴⁰⁰ avait entravé le développement des initiatives en limitant l'exercice d'activités commerciales par les communes au cas particulier de la carence de l'initiative privée. Ce régime s'était assoupli en 1935, avec l'assujettissement des communes gérant des SPIC au régime fiscal des entreprises privées et une certaine normalisation de la régie. Outre l'idée que l'administration ne devait pas faire concurrence au secteur privé, c'était aussi la gestion publique qui était visée, en tant qu'elle était soupçonnée de ne pas uniquement être soumise à des critères d'efficacité économique, certaines décisions relevant plutôt impératifs politiques.

La gestion en régie concerne de nombreux services puisque sur 31 000 services d'eau et d'assainissement, 22 000 sont gérés en régie⁴⁰¹. Elles sont souvent de petite taille : sur 22 000 régies, 20 000 (soit plus de 90%) alimentent une population de moins de 3 500 habitants. Sur les principales agglomérations c'est la délégation de service public qui est le mode de gestion le plus répandu. Un certain nombre d'agglomérations significatives ont cependant opté pour la gestion directe en régie.

⁴⁰⁰ CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale de commerce de détail de Nevers*, n°06781.

⁴⁰¹ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2015*: « La gestion directe des services d'eau et d'assainissement : des progrès à confirmer ». Février 2015.

Tableau n°13 : Les principaux contrats de DSP d'eau potable en France

Ville ou agglomération	Population desservie	Opérateur	Date du dernier contrat
SEDIF	4 500 000	VEOLIA	2011
Lyon	1 309 878	Eau du grand Lyon (VEOLIA)	1986
Lille	1 065 000	Ileo (VEOLIA)	2016
Marseille	1 049 902	Eaux de Marseille Métropole (VEOLIA)	2014
Bordeaux	749 595	L'eau Bordeaux Métropole (SUEZ)	1991
Toulouse	509 481	VEOLIA (Affermage et concession)	1990

Source : A. Abou (certaines agglomérations ont différentes modalités de gestion de l'eau, selon les communes qui la composent).

Tableau n°14 : Les principales régies et SPL d'eau potable en France

Ville ou agglomération	Population desservie	Opérateur	Date du passage en régie ou SPL
Paris	2 220 445	Régie Eau de paris	2009*
Nice	545 000	Régie Eau d'Azur	2013-2015
Grenoble	444 078	SPL eau de Grenoble Alpes	2015**
Strasbourg	435 000	Régie Service de l'Eau	
Nantes	400 636	Régie de l'eau	
Montpellier	355 139	Régie des eaux	2016
Rouen	320 000	Régie Eau de la métropole Rouen Normandie	
Rennes	252 678	SPL eau du bassin rennais	2015

*La régie de Paris a été créée par délibération du 24 novembre 2008. Elle n'assure cependant l'ensemble des activités du service public de l'eau que depuis 2010.

**2015 est la date de la fusion des deux SPL présentes sur l'agglomération de Grenoble, l'une succédant à une régie, l'autre ayant été créée en 2013.

Source : A. Abou

On remarquera que dans certaines grandes agglomérations la gestion est souvent partagée : une partie des communes est gérée en direct par le biais d'une régie, et un autre par le biais d'une délégation. C'est le cas par exemple à Nantes où 60% de la population est desservie par la régie et 40% par des délégataires privés. A

Grenoble, la situation est un peu particulière puisque l'eau est exploitée par une société publique locale, qualifiée par son directeur de « quasi-régie », mais en fait liée par contrat de délégation de service public à la communauté d'agglomération. C'est également le cas à Rennes qui, après 130 ans de gestion en DSP avec le groupe VEOLIA, a choisi en 2015 le contrat de délégation de service public avec une SPL nouvellement créée. Même quand il y a des régies, les opérateurs privés ne sont pas absents. Ainsi, la métropole de Rennes confie la gestion de l'eau à trois opérateurs : la SPL, le groupe VEOLIA et le groupe SAUR.

Les raisons et l'étendue du retour des régies

Le mouvement de « remunicipalisation » des services publics fait partie de l'actualité de ces dernières années. Il a même fait l'objet d'une étude consacrée par *La Semaine juridique* et publiée en mars 2014. Elle concerne au premier chef le secteur de l'eau avec la médiatisation du passage en régie à Grenoble en 1996, et Paris en 2009. Le terme de « remunicipalisation » est d'ailleurs, ainsi que le dit Sébastien Saunier, une « *fausse idée claire, souvent instrumentalisée dans le discours politique*⁴⁰² », qui est juridiquement multiforme. Elle traduit « *le retour d'une des formes de la municipalisation* », c'est-à-dire des nombreuses formes qu'elle peut désigner : la fin des DSP, la fin d'une gestion associative, et le recours à la régie simple, à un établissement public ou à une SPL. Les formes juridiques de cette municipalisation se retrouvent bien dans le secteur de l'eau, avec la ville de Rennes ou de Grenoble qui gère le service à travers une SPL, ou Montpellier et Paris, qui ont mis en place des régies personnalisées.

Des raisons avancées pour le retour en régie ou en gestion « publique » de façon plus générale (régie et SPL) sont : le prix de l'eau et un meilleur contrôle du service. Ainsi la ville de Rennes et le syndicat intercommunal « Eaux du bassin rennais » considèrent que les objectifs de la création de la SPL sont : « *accroître leur [conseil municipale, comité syndical] maîtrise publique de la gestion des services d'eau ; de mutualiser leurs moyens d'exploitation ; d'ouvrir la possibilité aux services d'eau d'autres collectivités de rejoindre la SPL. Ce choix marque, pour ces deux collectivités, la volonté de renforcer le contrôle de leur service public en matière d'eau potable*⁴⁰³ ». Ce contrôle sous-entend une maîtrise des prix.

⁴⁰² SAUNIER Sébastien, *La Semaine Juridique Administration et Collectivités territoriales*, n°10, 10 mars 2017, n°2066.

⁴⁰³ Site « Eaux du bassin rennais » : http://www.eaudubassinrennais-collectivite.fr/gestion-du-service-de-l-eau/50-2015-un-nouveau-mode-de-gestion/202-pourquoi-une-spl.html?cat_id=50

A cette raison économique les collectivités ajoutent une raison politique. La ville de Rennes évoque ainsi que « *Cette société publique locale sera par ailleurs le vecteur d'une citoyenneté renforcée sur la thématique environnementale, en impliquant tous les acteurs de la Cité (collectivités, associations, entreprises) dans la gestion de l'eau*⁴⁰⁴. » Le passage en régie est parfois motivé par une plus grande participation citoyenne à la gestion de l'eau et au processus de décision dans les services publics. Ainsi que le présente la Régie des eaux de Paris, « *L'exigence démocratique et de transparence dans la gestion publique de l'eau a constitué le socle fondamental de la remunicipalisation de l'eau potable à paris*⁴⁰⁵ ».

On peut évoquer également une moins grande attractivité des DSP d'eau pour les entreprises, en raison de la diminution de la consommation d'eau potable, sachant que c'est l'entreprise délégataire qui supporte le risque lié à la demande.

S'il existe un mouvement de retour à la gestion en régie, ce mouvement reste limité dans son ampleur. Parfois le retour en régie s'accompagne d'un recours massif aux marchés de prestation de service, comme cela a été le cas pour la régie des eaux de Paris au moment du changement du mode de gestion. Cette situation a été temporaire, mais la ville a maintenu l'externalisation de certaines prestations de maintenance du réseau et a recours à des prestataires pour les 75 M€ de travaux effectués chaque année sur ses équipements.

3.1.1.2. UNE PERFORMANCE PERFECTIBLE

La Cour des comptes a mené en 2015 une enquête approfondie sur un échantillon de régies, dans le but, non de comparer les différents modes de gestion, régie ou DSP, mais dans le but d'évaluer la qualité de leur gestion. Elle indiquait, dans son projet d'insertion, que « *La soixantaine de contrôles opérés dans ce cadre montre que l'organisation territoriale, encore trop parcellisée, est un frein à l'amélioration de la gestion des régies qui sont le plus souvent fonctionnellement isolées et coopèrent peu entre elles*⁴⁰⁶ ».

⁴⁰⁴ Site « Eaux du bassin rennais » : http://www.eaudubassinrennais-collectivite.fr/gestion-du-service-de-l-eau/50-2015-un-nouveau-mode-de-gestion/202-pourquoi-une-spl.html?cat_id=50.

⁴⁰⁵ Contrat d'objectif 2015-2020 du service public de l'eau de Paris.

⁴⁰⁶ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2015* : « La gestion directe des services d'eau et d'assainissement : des progrès à confirmer ». Février 2015.

D'une manière générale, la Cour des comptes note une professionnalisation indéniable de la gestion en régie. Il reste que les marges de progrès sur la fiabilité des comptes des régies sont encore grandes : « *Si d'incontestables progrès ont été constatés par les chambres régionales des comptes dans la gestion directe des services d'eau et d'assainissement, des améliorations importantes restent encore à apporter, notamment en matière de connaissance patrimoniale, d'approche du coût réel du service, d'ajustement des tarifs aux besoins de financement présents et à venir*⁴⁰⁷ ».

Le rendement de réseau est lié à une connaissance patrimoniale souvent trop limitée

La Cour des comptes souligne le fait que si la taille du réseau n'est pas directement corrélée avec le rendement de réseau, « *la capacité à réduire les pertes des réseaux est étroitement liée à la connaissance patrimoniale et à la mise en place de moyens ou de procédures de suivi*⁴⁰⁸ ». Or il y a un lien direct, quoique non systématique, entre la taille du service et la connaissance du réseau. Plus le service est limité, plus ses moyens en expertise technique sont limités et moins la connaissance du réseau est bonne. L'indice de connaissance du réseau⁴⁰⁹ est de 41 sur 120 pour les services desservant moins de 1000 habitants, et de 75 sur 120 pour les services desservant plus de 100 000 habitants.

Les chambres régionales des comptes ont constaté que pour certaines régies, la comptabilité de stock n'était pas mise en place, ce qui faussait les résultats annuels et donc l'analyse financière. Pour sa part, la chambre régionale des comptes de Martinique avait constaté que la régie ODYSSI⁴¹⁰ tenait une comptabilité de stocks et les biens destinés à être utilisés pour le service ont été valorisés dans le bilan du service eau. Ce sont essentiellement des marchandises : vannes, robinets, tuyaux PVC, etc. ainsi que des compteurs.

⁴⁰⁷ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2015* : « La gestion directe des services d'eau et d'assainissement : des progrès à confirmer ». Février 2015, p. 241.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 227.

⁴⁰⁹ L'indice de connaissance et de gestion patrimoniale des réseaux d'eau est un indicateur qui évalue sur une échelle de 0 à 100, à la fois le niveau de connaissance du réseau et des branchements et l'existence d'une politique de renouvellement pluri-annuelle du service d'eau potable.

⁴¹⁰ La régie des eaux ODYSSI, une des plus importantes régies outre-mer, est la régie de l'agglomération de Fort-de-France en Martinique, elle dessert 162 000 habitants.

La Cour des comptes a relevé qu'en 2012, le taux de renouvellement des réseaux d'eau potable était seulement de 0,8% soit un renouvellement complet tous les 125 ans, ce qui ne correspond pas à la durée de vie des installations. Le faible renouvellement n'est pas l'apanage des régies. Sur la région parisienne, le rapport de la Cour des comptes indique des chiffres assez proches entre les différents opérateurs : 0,7% pour le syndicat des eaux d'Ile de France (SEDIF), 0,59% (en glissement pour les années 2012-2016) pour la régie des eaux, 0,76% pour le syndicat des eaux de la presqu'île de Gennevilliers (SEPG)⁴¹¹.

Si les opérations de renouvellement ne sont pratiquement pas subventionnées, les opérations structurantes, comme la mise en place de station d'épuration, la construction ou reconstruction d'usines d'eau potable peuvent l'être. En général, ces subventions ne sont pas attribuées en fonction du mode de gestion du service public (régie ou DSP), mais il peut arriver que cela soit le cas, et rien n'empêche une collectivité de subventionner des opérations parce qu'elles sont destinées à un service géré en régie ou en DSP. C'est le débat qui avait animé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 8 juillet 2011⁴¹² relative au département des Landes. Il avait alors invalidé une disposition du CGCT qui affirmait le principe de non-discrimination de l'octroi de subventions, au nom du principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales. Ces dispositions peuvent avoir, très localement, des effets sur les prix des services d'eau gérés en régie. Ainsi, comme le fait remarquer la Cour des comptes, pour les communes membres du SYDEC (syndicat départemental d'équipement des communes des Landes), les opérations menées sont pour les deux tiers subventionnées.

Par ailleurs, les dotations aux amortissements ne sont pas toujours bien calibrées, la méconnaissance du patrimoine entraînant une sous-évaluation de ces dotations. Des durées d'amortissement trop longues peuvent être constatées.

Un prix moyen plus bas mais qui peut masquer l'absence de comptabilisation de certains coûts d'exploitation

La Cour des comptes a fait le constat d'un prix moyen (eau et assainissement) de 3,78 € le m³ (1^{er} janvier 2012) et d'un prix, pour les seuls services gérés en régie,

⁴¹¹ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2018* : « L'alimentation en eau potable de la métropole du Grand Paris : une nouvelle stratégie pour de nouveaux enjeux ». Janvier 2018, p. 450 et 470.

⁴¹² CC, Décision n° 2011-146 QPC du 8 juillet 2011.

de 3,52 € le m³. Cela peut faire penser que les prix des régies sont plus bas que ceux des services délégués. Cela n'est pas tout à fait le cas, en raison du non-respect fréquent des règles budgétaires et comptables posées par l'article L. 2221-38 du CGCT qui dispose que « *les taux de redevance dus par les usagers de la régie [...] sont établis de manière à assurer l'équilibre financier de la régie* ».

Parmi les entorses aux règles budgétaires on peut citer l'affectation des charges générales communes à plusieurs services, comme les charges des personnel et d'administration. Ces charges sont souvent supportées par le budget qui réalise la marge la plus importante, c'est-à-dire le budget de l'eau, qui supporte ainsi des dépenses qui devraient être rattachées au service de l'assainissement. On peut également trouver des opérations non soldées qui datent d'avant la création des régies dotées de la personnalité morale. Les opérations comptable d'amortissement qui devaient être prises en charge sur le budget de la commune sont ainsi laissées à la charge de la régie. La chambre régionale des comptes de Martinique notait ainsi : « *Pour la trésorerie, et avant que la régie d'eau et d'assainissement de Fort-de-France n'ait acquis la personnalité morale (1999), la régie était liée à la ville de Fort-de-France par un compte de liaison, qui doit être en crédit sur le budget de la régie et en débit sur le budget de Fort-de-France. Il aurait dû être soldé lors de la création d'ODYSSI*⁴¹³ ».

La comptabilisation de provisions pour créances susceptibles d'être irrécouvrables n'est pas toujours faite. C'est le cas également pour la régie ODYSSI, pour laquelle la chambre régionale des comptes a observé que « *L'importance des impayés devrait conduire ODYSSI à provisionner ce risque à hauteur du montant concerné*⁴¹⁴ ». L'absence de l'inscription de ces provisions aboutit à minorer le coût réel de la prestation. La chambre régionale des comptes de Martinique a pu ainsi recommander qu'« *il serait souhaitable qu'ODYSSI se dote d'un système de comptabilité analytique lui permettant de connaître notamment les coûts des différentes unités de production, de distribution d'eau potable et de traitement des eaux usées afin de pouvoir mettre en œuvre plus finement des stratégies d'optimisation comme la suppression de certains équipements non rentables ou dégradés, le redéploiement des personnels, etc.* ».

⁴¹³ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Commune de Fort-de-France, Exercices 2012 et suivants. (En cours de publication).

⁴¹⁴ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Régie communautaire de l'eau et de l'assainissement – Odyssi – Exercices 2007 et suivants. Mars 2015.

Le statut du personnel des régies, dont le principe veut que les agents soient soumis au code du travail, permet une souplesse de gestion. Seul le comptable et le directeur doivent être des agents publics⁴¹⁵. Le coût du personnel, en soi, n'est pas défavorable dans le cas des régies. Au contraire, on s'aperçoit que dès qu'il faut basculer d'une gestion privée à une gestion publique, les coûts de personnel augmentent, l'employeur public n'ayant pas autant de charges (conventions collectives, assurances complémentaires, etc.) que l'employeur privé⁴¹⁶. Dès lors que les agents recrutés ne sont pas recrutés dans l'objectif de la bonne marche du service mais pour d'autres raisons, il en va tout autrement bien sûr. Certains cas ont été constatés par les chambres régionales des comptes dans leurs contrôles.

L'approvisionnement des services d'eau et d'assainissement concerne, pour une part, des biens spécifiques de ces services : compteurs, canalisations, logiciels, ingénierie, conseil. Dans la mesure où ils sont liés à des actifs spécifiques, leur gestion doit être examinée avec soin. Selon la théorie des coûts de transaction, des contrats relativement longs, permettant de stabiliser la fourniture de telles prestations sont souhaitables. Dans le cadre des DSP ou même hors DSP, il faut s'interroger sur les rapports entre ces fournisseurs de biens spécifiques et les distributeurs-délégataires des services d'eau. Une intégration verticale trop poussée des distributeurs-délégataires peut conduire à faire obstacle à une véritable indépendance des collectivités dans la gestion de leur réseau.

Il est donc important, de préciser et parfois de revoir les relations avec les fournisseurs d'actifs spécifiques. L'instauration de centrales d'achat entre différentes autorités publiques gestionnaires est souhaitable. Il est sans doute nécessaire d'analyser précisément la nature des relations entre les délégataires et les fournisseurs de ces biens, voire de réguler certains liens d'exclusivité ou de préférence ou de trop grande proximité s'ils existent, entre ces fournisseurs et les délégataires.

Au caractère souvent partiel des coûts de production s'ajoute l'absence de comptabilisation de certains coûts de transaction, comme par exemple les coûts engendrés par le comportement opportuniste de certains fournisseurs, qui peuvent

⁴¹⁵ CE, 26 janvier 1923, *Robert Lafreygère*, n°62529.

⁴¹⁶ Cf. IGD- Association des Maires, Rapport du groupe d'études présidé par Gilles Le Chatelier, octobre 2007.

être en situation de monopole ou encore le coût des savoir-faire et de leur perte ou non, notamment les savoir-faire techniques. Ces coûts sont différents quand on est en situation de régie ou en situation de DSP, où les coûts de transaction sont *a priori* plus élevés. Dans l'un et l'autre cas, ils sont rarement valorisés. L'absence de comptabilisation de ces différents coûts a un impact significatif. A titre d'exemple, la chambre régionale des comptes de Martinique note que « *L'impact des anomalies signalées est très significatif puisqu'il représente pour le compte de résultat un montant de 3 445 411 €, soit 70 % du résultat d'exploitation dégagé en 2013 ou 143 % du résultat dégagé en 2012*⁴¹⁷ ».

3.1.1.3. UNE REGULATION DISPARATE ENTRE LES REGIES

Les limites de l'autorégulation.

Les régies fonctionnent selon un type de régulation qualifié d'« autorégulation ». La municipalité dirige elle-même l'établissement et la ville: elle fixe les prix, les objectifs de périmètre du service et les conditions d'accès, les paramètres de la qualité du service. Le statut de la régie lui donne une indépendance plus ou moins grande, qu'elle soit régie simple, régie dotée de l'autonomie financière ou régie dotée à la fois de l'autonomie financière et de la personnalité morale. Outre la régie, d'autres formes de gestion directe existent, comme les sociétés publiques locales (SPL). L'autorégulation peut être exercée directement ou « par les pairs ». Dans ce dernier cas, elles sont obligées de communiquer des informations sur leurs performances afin de pouvoir les comparer à d'autres régies. C'est un mécanisme d'incitation qui est largement favorisé, notamment dans certains pays en développement⁴¹⁸. Ce type de régulation fonctionne dès lors qu'il existe une volonté de servir l'intérêt commun et que la régulation par les pairs permet d'obtenir des résultats en termes d'amélioration de la performance. La limite est l'immixtion du politique dans la gestion du service. Cette immixtion peut se traduire par des prix trop bas par rapport au coût du service, mais également par des conflits d'intérêt⁴¹⁹.

⁴¹⁷ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Régie communautaire de l'eau et de l'assainissement – Odyssi – Exercices 2007 et suivants. Mars 2015, p. 31.

⁴¹⁸ TREMOLET Sophie, BINDER Diane, Note de recherche, « La régulation des services d'eau dans les pays en développement », Agence française de développement (AFD), 19 avril 2010, p. 20.

⁴¹⁹ La priorité est parfois donnée à des travaux de raccordement pour certaines habitations isolées mais politiquement importante, au détriment de groupes d'habitations plus facilement raccordables par exemple.

Les régies, parce qu'elles sont proches de la collectivité publique, doivent faire l'objet d'une régulation, tout comme une entreprise publique ou une société d'économie mixte, gérant un service public. Le besoin de régulation est identique à celui des entreprises privées en situation de monopole, même si la forme de la régulation peut être spécifique. En effet, le mode d'incitation n'étant pas le même pour une entreprise privée, tirée par le profit et une entreprise publique qui y est moins incitée et dont les dirigeants et les actionnaires ne sont pas directement rémunérés sur la base du résultat de leur entreprise. L'avantage de la régie est que l'ensemble des flux générés par l'activité retourne au service public de l'eau.

Selon Anton Eberhard, expert de la Banque mondiale sur les infrastructures et leur régulation dans les pays en développement, « *The initial focus may need to be on building political and regulatory commitment with parallel work on commercialization reforms coupled with diminishing subsidies support*⁴²⁰ ». Deux types de mesures de régulation peuvent être développés pour les entreprises publiques, au sens large, gestionnaires de services publics. Le premier type est le cadre de régulation comme par exemple l'existence d'un contrat de performance, qui définit des objectifs de développement de compétences, de professionnalisation, de rationalisation des coûts ainsi que du *benchmarking* avec les autres entités gestionnaires. Le deuxième type de régulation est la réforme de la gestion même de l'entité publique : l'amélioration de la commercialisation, de la facturation, etc.

Le mode de gestion en régie n'est pas forcément synonyme de transparence des comptes et de la gestion, en raison d'abord de l'absence de mise en concurrence permise par la réglementation pour la dévolution de la gestion d'un service d'eau à une régie ou à une SPL. Comme l'indique le professeur Rozen Noguellou qui compare les deux modes de gestion et en soulignent les inconvénients : « *Si l'externalisation ne saurait être considérée comme étant systématiquement adaptée, au moins est-elle entourée de garanties de transparence qui permettent d'en connaître le coût réel, voire le processus d'évaluations préalables. La remunicipalisation, parce qu'elle ne passe pas par des mécanismes contractuels ou parce que les contrats conclus échapperont à toute mise en concurrence, est par*

⁴²⁰ EBERHARD Anton, « A re-assessment of Independent Regulation in Infrastructure in Developing Countries: Improving Performance through Hybrid and Transitional Models », The annual World Bank Conference on Development Economics, Washington DC, 2006, cité par *Rapport AFD 2010*, p. 49. "L'accent doit d'abord être mis sur le renforcement de l'engagement politique et réglementaire, avec un travail parallèle sur les réformes de la commercialisation en diminuant les subventions publiques".

*principe un processus plus opaque, ce qui ne saurait être une garantie pour les finances publiques*⁴²¹ ».

La transparence très relative des données

Beaucoup de petits services gérés en régie n'ont pas mis en place de commission consultative des services publics locaux (CCSPL) car ils sont dispensés de cette obligation par la taille ou le mode de gestion du service. La Cour de comptes a constaté que les données financières sur les travaux et leur prévision manquent souvent dans les rapports : *« A l'exception des plus importantes, peu de régies présentent de manière complémentaire un rapport d'activité comparable à celui que tout délégataire doit produire chaque année*⁴²² ». La Cour notait que *« de manière paradoxale, les usagers sont moins informés sur la gestion de leur service que si celui-ci avait été confié à un tiers dans le cadre d'une délégation de service Public*⁴²³ ».

L'objectif de transparence n'est alors pas toujours au rendez-vous et certaines informations de base manquent encore pour exercer un contrôle citoyen sur la marche des services. Ainsi la chambre régionale des comptes de Martinique notait : *« ODYSSI n'élabore ni ne diffuse aucune annexe à ses comptes, en méconnaissance de ses obligations réglementaires. Cela est préjudiciable à la gouvernance interne de l'établissement et notamment l'information des membres du conseil d'administration ainsi qu'à l'information de ses partenaires extérieurs. Il est impératif qu'ODYSSI mette en place ces documents*⁴²⁴ ».

Une régulation renforcée pour certaines régies comme la régie des eaux de Paris

La Régie des eaux de Paris est un établissement public industriel et commercial doté d'un conseil d'administration. Fait rare, elle a attribué voix délibérative aux

⁴²¹ NOGUELLOU Rozen, La remunicipalisation et les contrats, *La Semaine Juridique Administration et Collectivités locales* n°10, 10 mars 2014, 2071, p. 7.

⁴²² COUR DES COMPTES, *Rapport au Président de la République* : « La gestion directe des services d'eau et d'assainissement : des progrès à confirmer ». Février 2015.

⁴²³ Ibidem, p. 228.

⁴²⁴ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Régie communautaire de l'eau et de l'assainissement – Odyssi – Exercices 2007 et suivants. Mars 2015.

représentants des associations et de l'observatoire parisien de l'eau (OPE)⁴²⁵. Il est certain que cette mesure est difficilement envisageable dans le cas des délégations de service public. La présence de l'opposition municipale au conseil d'administration, des représentants d'association d'usagers, l'objet statutaire de la régie qui limite les possibilités de financement d'activités périphériques, le contrat d'objectifs, sont autant de modes de régulation de l'action de la régie.

Un contrat d'objectif entre la régie et la ville a été signé pour 6 ans, soit la durée de la mandature. Il s'inspire largement des contrats de délégation de service public pour ce qui est de la définition des indicateurs du degré d'atteinte des objectifs fixés. Le contrat d'objectif couvrant la période 2015-2020 définit une limite maximale de la progression du prix de l'eau, fixée à 2% par an. En matière d'information des usagers et citoyens, le contrat définit des indicateurs supplémentaires par rapport aux indicateurs réglementaires (fréquence des interruptions non programmées, délais de branchement, taux de réclamation). Il s'agit notamment des délais de réponse aux demandes écrites, du taux de prise en charge des appels téléphoniques, du taux de respect des plages horaires pour les rendez-vous fixés, du nombre d'animations de journées de classes d'eau.

Le contrat fixe un cadre relativement prescriptif, y compris sur les moyens que la régie doit employer. Il fixe la limite de la progression de la masse salariale, à 2%⁴²⁶, il fixe un plafond d'emplois, avec un effectif cible à 3 ans, il impose un certain nombre de politiques expérimentales, comme l'expérimentation d'une « plomberie sociale », consistant dans le diagnostic des installations et la pose de kit de réduction de la consommation, etc. Des objectifs en termes de formation des agents, sont fixés. Même la communication interne de la régie fait l'objet d'un encadrement par le contrat d'objectif, point qui paraît aller au-delà des relations habituelles entre une autorité et un exploitant.

Une inscription dans la durée

L'avantage des régies, comme l'avantage des contrats longs est l'inscription de l'action dans la durée. La protection de la ressource nécessite une action sur le long terme, les pollutions doivent être réduites or ces pollutions résultent de pratiques

⁴²⁵ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES ILE DE FRANCE, *Rapport d'observations définitives*, Régie Eau de Paris – exercice 2009 et suivants. Juin 2014.

⁴²⁶ REGIE DES EAUX DE PARIS, Contrat d'objectif 2015-2020 du service public de l'eau de Paris, p. 40.

agricoles anciennes. Il faut en effet plusieurs dizaines d'années pour remplacer la culture intensive traditionnel par de la culture biologique dans les zones de captage des sources. Les régies peuvent alors, comme la régie des eaux de Paris, s'investir sur des politiques de préservation de la ressource, avec des gains de productivité sur le long terme. Dans le cadre de DSP, ces mesures ne peuvent pas toujours être inscrites sur la durée de la DSP, avec un retour sur investissement dans un délai raisonnable.

3.1.2. LE ROLE DES REGIES DANS LA REGULATION PAR LA CONCURRENCE POUR LE MARCHE

3.1.2.1. L'EFFECTIVITE DE CETTE CONCURRENCE

Les nombreux débats sur le choix du mode de gestion ne sont sans doute pas étrangers à la baisse des prix qui a été constatée dans certaines agglomérations. Soit que les villes ont choisi le passage en régie, soit que les villes qui ont gardé le mode de la gestion déléguée ont pu obtenir des conditions plus avantageuses sur le prix en partie en raison de la concurrence pour le marché, introduite par la menace d'un passage en régie. Une forme de concurrence a joué, que la collectivité ait opté pour la régie ou pour le renouvellement de la DSP.

A titre d'exemple, la ville de Montpellier a créé une régie, avec une baisse annoncée de tarif de 10%. La ville de Bordeaux avait connu une baisse de 3% du prix de l'eau sur la période 2011-2014 au moment de la renégociation de la DSP. La question de la gestion en régie avait été débattue mais c'est la DSP, dans un contexte de concurrence avec des entreprises étrangères notamment⁴²⁷, qui avait été conservée comme mode de gestion, avec une baisse annoncée de 6%. A Nice, après une augmentation continue entre 2009 et 2014, la ville prévoyait une baisse du prix de l'eau à partir de 2015, de l'ordre de 6%, suite à la reprise en régie de la gestion de l'eau. De même, le SEDIF avait obtenu une baisse du tarif de l'eau de 10 centimes en 2017, soit 7% du prix, en renégociant une partie de la DSP qui lie le syndicat au groupe VEOLIA.

Il faut cependant considérer ces diminutions de tarif avec précaution, en l'absence d'une analyse fine des conditions, soit de la reprise en régie, soit de la conclusion du nouveau contrat. Dans le cas de transfert de charge sur la collectivité par

⁴²⁷ La société *Guelsenwasser* en particulier.

exemple, avec une modification du périmètre des prestations, on ne peut pas alors parler de réelle baisse des prix.

3.1.2.2. LES CONDITIONS DE CETTE CONCURRENCE : LA REVERSIBILITE

La « charte des services publics locaux », signée le 16 janvier 2002 par l'assemblée des départements de France, l'association des maires de France et l'association des régions de France, sous la présidence de Christian Poncelet, président du Sénat, donne une place toute particulière à la notion de réversibilité : elle se fixe comme objectif de « *favoriser le libre choix par les élus du mode de gestion et sa réversibilité* ». La réversibilité peut être définie au sens large comme la faculté de se déplacer, de se produire, dans un sens ou dans le sens inverse. Le groupe d'études constitué dans le cadre de la réalisation de l'objectif fixé par la charte des services publics locaux, associant l'institut de la gestion déléguée (IGD) et l'association des maires de France avec l'appui de l'association des maires des grandes villes de France et le CNFPT, l'a définie « *non comme la possibilité d'une succession de multiples et rapides va et vient entre modes de gestion [...] mais bien plutôt que l'assurance pour les collectivités publiques de conserver leur liberté dans le choix du mode de gestion*⁴²⁸ ».

La « réversibilité » nous paraît être une notion importante pour la question de la régulation des DSP. Maîtriser un contrat de prestation comme celui d'une DSP implique la maîtrise du choix de l'opportunité de conclure ou non ce contrat. Elle implique la possibilité de ne pas recourir à ce type de contrat pour lui préférer un mode alternatif d'exécution de la prestation. Un choix éclairé suppose donc que le choix du mode de gestion soit réversible.

Cette liberté est d'autant plus importante que le domaine de la gestion de l'eau n'est pas un véritable marché, en raison de sa configuration oligopolistique. La véritable concurrence ne va pas consister forcément en la mise en concurrence des différents opérateurs privés de gestion de l'eau, elle va aussi consister en la mise en concurrence des opérateurs privés avec des opérateurs publics auxquels la collectivité peut faire appel. La capacité à développer et faire fonctionner le service

⁴²⁸ Institution de la gestion déléguée (IGD) – Association des maires, *Rapport* du groupe d'études présidé par Gilles Le Chatelier, octobre 2007.

public de l'eau en tant qu'opérateur, est un des critères de bonne maîtrise ou non du choix du contrat de DSP et de son contrôle.

- *La question du transfert des personnels*

Les conclusions des groupes de travail sur la question du changement du mode de gestion du point de vue du personnel sont à ce sujet très éclairantes. Le groupe de travail « Barbusiaux⁴²⁹ » s'était fixé pour objectif de « *neutraliser les effets du changement des conditions d'emploi des personnels en cas de changement de mode de gestion* ». Pour sa part, le groupe de travail « Le Chatelier⁴³⁰ » s'est fixé l'objectif plus modeste « *d'accompagner les transitions pour que les changements de mode de gestion puissent s'opérer de la manière la plus équilibrée et la plus satisfaisante possible* ». Il s'est donc particulièrement intéressé à la question sensible de la gestion du personnel lors des changements de gestion.

Si la reprise du personnel n'est pas imposée dans le cas d'un passage de la régie à la DSP, elle est imposée quand il s'agit du passage de la DSP à la régie, où il y a automaticité du transfert de personnel. Le rapport préconise, dans le premier cas (régie vers DSP), la mise en place de textes imposant la reprise des agents contractuels par le délégataire, ainsi que la consultation obligatoire des instances du personnel dans la régie. Dans le deuxième cas (DSP vers régie), l'automaticité du transfert impose une expertise des conditions d'emploi des personnels.

La loi du 26 juillet 2005 fait obligation de maintenir la rémunération des agents transférés, avec la prise en compte des avantages des conventions collectives. Au global il en ressort un surcoût pour les régies (qui peut être estimé à 10% en moyenne) qui doivent également prévoir l'assurance chômage, la retraite complémentaire et le taux de cotisation (branche famille et maladie). Pour connaître précisément ces coûts, le rapport évoque le rapport annuel du délégataire. Cependant, aucune obligation n'existe, pour le délégataire, de fournir une information complète sur les conditions d'emploi et de rémunération des salariés. Le rapport du groupe de travail suggère d'inclure plus de données informatives sur

⁴²⁹ Institution de la gestion déléguée (IGD), *Rapport à l'Institut de la gestion déléguée*, « Quelle compétition pour l'amélioration du service public ? : comparabilité, transparence, réversibilité : régie, marché, partenariat, délégation », Lavoisier SAS, juin 2005, IGD. Rapport issu du groupe de travail intitulé « L'harmonisation des conditions de compétition entre les modes de gestion des services publics », présidé par Christian Barbusiaux.

⁴³⁰ Institution de la gestion déléguée (IGD) – Association des maires, *Rapport du groupe d'études* présidé par Gilles Le Chatelier, octobre 2007.

le personnel dans ces rapports. Il suggère également d'inclure dans le cahier des charges de la délégation la communication de ces informations, au titre des mesures de continuité, et de prendre en compte « *la valeur patrimoniale du savoir-faire des salariés transférés* ». Cette mesure est destinée à prévenir des comportements opportunistes qui consisteraient pour le délégataire à conserver ces savoir-faire et à transférer des agents d'exécution. Ces comportements s'observent systématiquement dans les cas de transfert.

La question du nombre d'agents transférés est très délicate car la collectivité qui reprend les agents en régie est, sauf cas rare, dans l'impossibilité de connaître la quotité exacte de travail consacrée par les agents à chacune des tâches, nombre d'agents ayant des tâches multiples, comme l'administration générale ou la réalisation d'interventions techniques, par exemple. Certains agents travaillent sur plusieurs contrats. La ventilation des tâches des personnels est une donnée qu'il est extrêmement difficile, voire impossible de connaître pour une entité extérieure à l'entreprise.

Quand on examine la mise en œuvre concrète des transferts, il apparaît que les difficultés sont nombreuses. Le passage d'un système à un autre se heurte à la question à la fois du nombre d'agents transférés mais aussi de la qualification des agents transférés. Quand la ville de Paris a décidé de reprendre le service en régie, 65 cadres avaient été identifiés comme travaillant pour les sociétés délégataires. Ce chiffre était en totale discordance avec le chiffre déclaré par les délégataires et n'était pas non plus celui qui a finalement été retenue lors du transfert.

Tableau n°15 : Les cadres transférés à la régie Eau de Paris

Effectif employé*	Effectif déclaré	Effectif transféré	dont cadres supérieurs
65	26	25	0

*selon l'expertise sociale menée par un cabinet d'audit missionné par Eau de Paris

Source : Rapport d'observations définitives, Eau de Paris, CRC Ile de France, 2014.

Parmi les cadres transférés, il ressort que la majorité d'entre eux n'avait pas l'expérience d'encadrement suffisant, soit parce qu'ils étaient des agents de maîtrise nommés cadres quelques semaines avant par leur employeur, soit qu'ils étaient

techniciens encadrant et non cadres véritablement. En outre, plusieurs étaient en toute fin de carrière. Les entreprises délégataires n'avaient transféré aucun cadre supérieur, alors même que plusieurs de ces cadres étaient en fonction dans les services.

La nécessité de recruter des cadres, et donc le manque de technicité des agents transférés par rapport aux besoins, avait été la source de difficultés importantes durant les deux premières années d'exploitation de la régie. Ces difficultés s'étaient manifestées dans tous les domaines : la relation avec la clientèle, la relation avec les fournisseurs, le taux de réalisation du programme de travaux qui a chuté pendant deux ans, passant de 80% à 60 et 50%.

La gestion comptable et financières avait également été impactée par les insuffisances des transferts de compétences, en raison du manque de cadre et de la différence des systèmes de gestion, ainsi que de la lourdeur de la chaîne comptable publique. Il avait ainsi fallu deux ans et des surcoûts importants avant que la situation ne se normalise. La régie avait dû faire appel à un cabinet d'audit pour l'aider à résorber ses factures en instance (avec un délai moyen de paiement de 103 jours en 2012) et avait engagé une dépense de 2 M€ d'intérêt de retard sur trois années⁴³¹. L'obligation de recruter des cadres nouveaux avait impacté le fonctionnement du service. La définition précise, à l'avance, des compétences et de l'expérience à maintenir au sein du service, apparaît donc la condition d'une réversibilité de la gestion.

La contrainte d'harmoniser la situation sociale des agents au sein du service pénalise la réversibilité de la gestion, par ses conséquences sur l'organisation et la difficulté d'anticipation des coûts. Cette contrainte est d'autant plus forte qu'elle n'est pas anticipée. Et l'anticipation n'est pas forcément possible en l'absence de communication d'éléments d'information sur la situation des agents. A titre d'exemple, Eau de Paris n'avait eu accès au personnel et à ses représentants qu'à la fin de l'année 2009 pour un transfert au 1^{er} janvier 2010. La communication des informations sur les agents (primes spécifiques, interprétation de la convention collective, nombre d'agents, qualité des agents, fonctions, etc.) avait été limitée. L'audit mené par la collectivité avait permis d'avoir une vue plus fine de la

⁴³¹ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES ILE DE FRANCE, *Rapport d'observations définitives*, Régie Eau de Paris – exercice 2009 et suivants. Juin 2014, p. 30.

situation, bien qu'il ait été conduit dans des conditions difficiles en raison de la réticence des sociétés délégataires.

Pour la régie Eau de Paris, le surcoût lié à l'harmonisation de la situation des agents, accompagnée de quelques mesures d'amélioration des carrières s'était traduit par une augmentation de 12,7% de la masse salariale, soit 8 M€ supplémentaires⁴³².

- *La question des systèmes d'information.*

Le système d'informations est également un élément essentiel dans la question de la réversibilité de la gestion. On le montrera à travers deux exemples de passage d'une gestion déléguée à une gestion directe ou par marché.

Dans le premier cas, la ville de Paris avait créé sa régie en deux temps : la gestion de la production et du transport (mai 2009) dans un premier temps et la gestion de la distribution de l'eau (janvier 2010) dans un deuxième temps. Elle avait dû constater qu'au 1^{er} janvier 2010, elle n'était pas en mesure de mettre en place son propre système d'information de gestion de l'activité de distribution avant 24 mois, n'étant pas « *en capacité de connaissance technique, ni de délai juridique, de disposer de ses propres systèmes d'information et de métiers associés*⁴³³ ». La régie avait donc dû signer des marchés de prestation de service avec les opérateurs en place afin qu'ils mettent à sa disposition leurs outils de gestion des informations. Ces biens, matériels et immatériels : équipements électriques, logiciels, licences ne sont en effet pas des biens de retour, et donc ne sont pas reversés dans l'actif de la régie automatiquement et gratuitement. Ces biens sont parfois associés à des « technologies propriétaires » et reviennent à la société qui les a installés. Les prestations avaient concerné quatre domaines : la mise à disposition des système de comptage et de relève⁴³⁴ (télé relève), avec la maintenance du parc installé (compteurs et équipements de télé-releve), la gestion des abonnés, qui comprend la gestion des contrats, la facturation (établissement, envoi), les interventions auprès des abonnés, la mise à disposition du système d'informations pour le traitement des encaissements, du recouvrement, du contentieux et enfin la mise à disposition du système pour la gestion des interventions et des travaux. Le coût total de ces

⁴³² CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES ILE DE FRANCE, *Rapport d'observations définitives*, Régie Eau de Paris – exercice 2009 et suivants. Juin 2014, p. 42.

⁴³³ Procès-verbal du conseil d'administration de la régie des eaux, du 1^{er} juillet 2009.

⁴³⁴ Ces systèmes de « *smart metering* » (mesure intelligente) ont été développés par les opérateurs : Ondeo systems développé par Suez et Homerider Systems, développé par VEOLIA.

marchés de prestation de service s'était ainsi élevé à 33,7 M€, pour une durée de 18 mois pour l'un (13,3 M€) et de 21 mois pour l'autre (20,4 M€)⁴³⁵. Les surcoûts liés aux systèmes d'informations ont donc été très importants et auraient dû être anticipés.

Le deuxième cas est le passage de la DSP à un marché de service, puis à une régie, dans le cas du Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de la Guadeloupe (SIAEAG). Nous reviendrons plus précisément sur ce cas dans la partie consacrée aux outils de valorisation du patrimoine (titre 4). Il s'agissant de la question du caractère stratégique des systèmes d'information, question sur laquelle la Cour des comptes avait insisté dans son rapport de 2015. Elle recommandait ainsi de *« préciser, dans les conventions de délégation de service public à venir et en cours, le statut des biens confiés au délégataire, et de ceux indispensables à la continuité du service, en particulier les système d'information »*⁴³⁶.

Conclusion sur les régies

La régie apparaît comme un mode de gestion efficace à condition d'être relativement indépendant du pouvoir politique dans la gestion du service, d'être dans une situation de régulation du type autorité organisatrice / opérateur, sans une immixtion trop importante de la gestion du service. La régie est aussi efficace comme alternative possible et crédible à la gestion en DSP et donc comme outil de régulation de la lutte pour le monopole de gestion du service public. Dès lors que la régie a une réelle indépendance de gestion, on peut alors rapprocher sa gestion de celle des sociétés publiques locales ou des sociétés de projet.

⁴³⁵ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES ILE DE FRANCE, *Rapport d'observations définitives*, Régie Eau de Paris – exercice 2009 et suivants. Juin 2014, p. 22.

⁴³⁶ COUR DES COMPTES, *Rapport au Président de la République* : « La gestion directe des services d'eau et d'assainissement : des progrès à confirmer ». Février 2015, p. 241.

Tableau n°16 : Avantages et inconvénients traditionnellement attribués à l'externalisation

Avantages supposés	Inconvénients supposés
Se recentrer sur son métier	Moins grande adaptation à la spécificité de la collectivité publique
Profiter de l'expertise de spécialistes extérieurs	Perte d'énergie (effort de cohérence et contrôle des externalisations)
Allègement des structures	Perte de la mémoire et de la compétence technique de la collectivité publique
Réduction des coûts (par l'optimisation des moyens)	Risque de dépendance de la collectivité vis-à-vis du partenaire privé

Tableau n°17 : Avantages et inconvénients traditionnellement attribués à la gestion en interne d'un service public

Avantages supposés	Inconvénients supposés
Service moins coûteux par la réduction de certains coûts (siège, rémunération des actionnaires)	Moins d'optimisation des coûts car moins de pression du résultat
Entretien de la mémoire et de la compétence technique dans la collectivité	Moins d'expertise technique car moins de recherche de pointe
Meilleur contrôle du service : identification et utilité des travaux réalisés	

Source : A. Abou

3.2. LE MARCHÉ DE SERVICE : UNE CONCURRENCE ACCRUE

Le recours à la forme juridique du marché est peu fréquent dans la gestion des services d'eau et d'assainissement. Sans doute est-ce lié à la conception traditionnelle selon laquelle un marché peut servir à procurer à l'administration les biens, les services ou les ouvrages dont elle a besoin et mais non à gérer véritablement un service public, cette fonction incombant au contrat de DSP. L'article 1^{er} du code des marchés publics précise que les biens, services, fournitures ou ouvrages sont destinés à répondre aux besoins des personnes publiques et non aux besoins des usagers. Cependant, on peut dire, avec David Moreau, que « rien n'interdit d'un point de vue juridique d'envisager qu'un marché puisse confier la

gestion d'un service public, d'abord parce qu'un marché peut porter sur le « cœur de métier » même d'un service public, ensuite parce que le prestataire peut jouir d'une certaine autonomie dans la gestion de cette activité, enfin parce qu'il peut aussi en assumer la responsabilité juridique⁴³⁷».

L'article 12-3° de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics indique que « *sont des activités d'opérateur de réseaux au sens de la présente ordonnance : [...] La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable* ». L'exploitation des réseaux d'eau est donc mentionnée comme activité susceptible de faire l'objet d'un marché. C'est seulement le mode de rémunération qui va déterminer la qualification juridique (DSP ou marché public), mais non le métier de gestionnaire d'un service d'eau.

Dans les faits, comme on l'a rappelé, les marchés d'exploitation des services d'eau et d'assainissement sont rares. Ce sont souvent des marchés de transition ou des marchés complémentaires d'une gestion par DSP ou en régie le plus souvent. C'est le cas par exemple de la ville de Paris ou de Toulouse, c'est également le cas du Syndicat intercommunal d'alimentation en eau et d'assainissement (SIAEAG) de la Guadeloupe, qui a disposé d'un marché de service entre 2008 et 2014.

3.2.1. LE POUVOIR DE CONTROLE DU FAIT DE LA MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE

3.2.1.1. LE CONTROLE LIE A LA MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE

Une activité de gestion d'un service par une personne privée peut être reconnue comme un service public, même si le gestionnaire du service ne détient pas un contrat de délégation de service public ou un marché public. Il faut cependant que la collectivité publique « *en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son*

⁴³⁷ MOREAU David, *Les marchés de service public*, mai 2005, p. 92.

organisation⁴³⁸ ». Alors l'activité doit être qualifiée de service public. Cela n'empêche pas qu'en cas de service public reconnu, la collectivité doive passer une DSP ou un marché public de service (hormis les cas de « *in house* »). La qualité de service public se caractérise donc par l'organisation publique voulue par la collectivité.

Le contrôle du caractère public d'un service qui fait l'objet d'un contrat avec une personne privée est valable aussi bien pour les marchés publics que pour les DSP. Ce contrôle implique un droit de regard sur l'activité du gestionnaire du service. Dans son arrêt du 9 décembre 2016, le Conseil d'État rappelle que la collectivité publique « *s'est bornée à fixer les jours d'ouverture et à imposer à l'intéressée de respecter le caractère historique et culturel des sites dont elle devait assurer l'exploitation mais n'a exercé de contrôle ni sur le montant des droits d'entrée, ni sur les prix de vente des produits vendus sur les sites, ni sur les horaires d'ouverture des sites et n'a prescrit à la preneuse aucune obligation relative, notamment, à l'organisation de visites guidées ou d'activités culturelles ou à l'accueil de publics particuliers*⁴³⁹ », que partant, elle a failli à son obligation de contrôle sur le gestionnaire du site et n'a pas manifesté sa volonté de faire de ce service un service public.

Le Conseil d'Etat avait également sanctionné l'absence de contrôle dans sa décision du 3 décembre 2010 « *Stade Jean Bouin*⁴⁴⁰ ». Le commissaire du gouvernement avait conclu à la difficulté « *d'identifier une quelconque mission de service public*⁴⁴¹ ». Si certaines prescriptions peuvent être imposées au gestionnaire dans un but d'intérêt général, il faut que le contrôle aille plus loin et caractérise « *la volonté de la ville d'ériger ces activités en mission de service public*⁴⁴² ». On trouvera typiquement, comme exemple de clause qui disqualifie une activité de service public, la clause de rupture unilatérale au bénéfice du titulaire du contrat.

L'obligation de contrôle porte sur la nature du service et les conditions « publiques » dans lequel il est rendu et non sur la gestion du service effectué. Dès

⁴³⁸ CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n°284736 qui conclut à la qualité de service public ou CE, 23 mai 2011, *Commune de Six-Four les Plages*, n°342520, qui réfute cette qualité

⁴³⁹ CE, 9 décembre 2016, *Commune de Fontvieille*, n° 396352.

⁴⁴⁰ CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris*, n° 338272.

⁴⁴¹ ESCAUT Nathalie, « La reconstruction du stade Jean Bouin est-elle une délégation de service public ? Les conventions d'occupation domaniale doivent-elles faire l'objet de publicité et de mise en concurrence ? », *BJCP*, Janvier 2011, n° 74, p. 36 à 54.

⁴⁴² CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris*, n° 338272.

lors que le service est assuré, que les obligations de service public sont remplies et que la collectivité publique a les moyens juridiques de contrôler le respect de ces obligations, le périmètre du contrôle semble achevé. La qualité de la gestion, le contrôle de performance est secondaire et ne fait pas l'objet d'un pouvoir de direction de la part de la collectivité publique, le délégataire ayant seul ce pouvoir.

La situation est différente du cas de la maîtrise d'ouvrage, dans la mesure où l'ouvrage est fait pour la collectivité publique. Dans le cas des DSP, l'ouvrage, le service est fait pour le mandataire (le délégataire), qui, dans un deuxième temps répond aux objectifs du service public, qui rend compte à la collectivité publique. La nature du contrôle est donc différente. C'est le délégataire qui prend le risque, il agit donc pour lui et rend compte parce qu'il s'agit du service public. Dans le cas du marché, c'est la collectivité publique qui prend le risque de l'ouvrage. Le prestataire agit pour elle.

La notion de marché est intéressante dans la mesure où elle implique la définition d'un cahier des charges et la maîtrise d'ouvrage et donc un pouvoir particulier de contrôle, lié à la responsabilité propre du maître d'ouvrage. Le maître d'ouvrage est défini comme « *l'entité porteuse d'un besoin, définissant l'objectif d'un projet, son calendrier et le budget consacré à ce projet. Le résultat attendu du projet est la réalisation d'un produit, appelé ouvrage*⁴⁴³ ». La position de maître d'ouvrage s'applique spécifiquement quand il s'agit d'un ouvrage, défini comme « *le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique*⁴⁴⁴ », mais elle s'applique aussi aux projets, comme les projets informatiques. Comme nous l'avons indiqué précédemment, la position de maître d'ouvrage implique un type de contrôle particulier, un pouvoir de direction sur les opérations.

Le marché de gestion d'un service d'eau et d'assainissement est un marché mixte, à la fois de service et de travaux. Il peut comporter une plus grande part de service et une moins grande de travaux. Ainsi, le marché du SIAEAG précité est passé comme un « *marché de prestations de services relatif à la production, adduction et distribution de l'eau potable sur le périmètre du SIAEAG*⁴⁴⁵ ». Il inclue des

⁴⁴³ Définition tirée de Wikipedia « maîtrise d'ouvrage ».

⁴⁴⁴ Directive 2004/18 cf. CJUE, 25 mars 2010, Affaire C-451/08 *Helmut Müller GmbH c/ Bundesanstalt für Immobilienaufgabe*.

⁴⁴⁵ Annonce n°183 publiée le 1^{er} décembre 2007, BOAMP, 232 A, passée par le SIAEAG en vue de conclure un marché de service pour la production, l'adduction et la distribution de l'eau potable.

prestations relatives au bon fonctionnement, l'entretien et la surveillance des installations de prise d'eau, de traitement, d'adduction et de distribution d'eau mais aussi la réalisation de travaux de branchement, d'entretien et de réparation et de renouvellement des ouvrages, pour lesquels la collectivité publique est maître d'ouvrage. Le périmètre de la maîtrise d'ouvrage est plus grand dans le marché de service que dans la DSP, ce qui tend à supposer un contrôle plus important, ou du moins une responsabilité de contrôle plus importante.

Il en va différemment pour la délégation de service public puisque le délégataire devient maître d'ouvrage des installations pour ce qui concerne les compétences qui lui reviennent en vertu du contrat (construction, renouvellement et entretien pour les contrats de concessions et renouvellement et entretien pour les contrats d'affermage). Dans le cas des concessions de travaux, c'est le concessionnaire qui est maître d'ouvrage.

Le pouvoir de direction associé à la maîtrise d'ouvrage impose un devoir de contrôle de la part du maître d'ouvrage, dont il est redevable en cas de contentieux, par exemple, avec son prestataire. L'arrêt, déjà mentionné, de la Cour administrative d'appel de Paris du 31 décembre 2003 sanctionne l'absence de contrôle suffisant : *« Considérant, toutefois, qu'il résulte de l'instruction que la COMMUNE DE PALAISEAU n'a pas utilisé les pouvoirs de contrôle et de sanction coercitive prévus aux articles 8 et 9 du marché souscrit par la société Start Informatique pour obtenir soit une bonne exécution dudit marché soit sa résiliation plus rapidement ; que cette carence de la commune dans l'application des clauses du marché a contribué à l'aggravation de son préjudice ; que, par suite, il y a lieu de limiter la responsabilité de la société START INFORMATIQUE à hauteur de 75 % du préjudice subi par la COMMUNE DE PALAISEAU⁴⁴⁶ »*. Le préjudice pour le service public sera donc en plus grande partie supportée par la collectivité publique si elle est maître d'ouvrage.

Plus que le défaut de contrôle lui-même, qui est tout de même sanctionné⁴⁴⁷, la délégation de service public emporte un partage des responsabilités quand les victimes du service public sont des tiers (et non des usagers). Ainsi la responsabilité liée au fonctionnement de l'ouvrage relève du délégataire, par contre la responsabilité liée à *« son existence, à sa nature et à son dimensionnement*

⁴⁴⁶ CAA Paris, 31 décembre 2003, *Société INFORMATIQUE*, 99PA03950, inédit au recueil Lebon.

⁴⁴⁷ CE, 5 nov. 1937, *Sieur CAIRE*, Rec. Lebon 1937, p. 899.

*appartient à la personne publique délégante*⁴⁴⁸ ». Pour ce qui concerne les usagers du service public, la responsabilité du délégataire fait obstacle à celle de la collectivité délégante, sauf dans certains cas, comme l'insolvabilité du délégataire⁴⁴⁹. Le risque plus grand de mise en jeu de la responsabilité de la collectivité publique dans le cas du marché public est susceptible de l'inciter à mettre en place des outils de contrôle plus efficaces.

Le contrôle est théoriquement plus grand dans le marché que dans la DSP car le périmètre de la maîtrise d'ouvrage est plus grand. Cependant, la responsabilité dans les dommages, liée à l'absence de contrôle est surtout sanctionnée pour les travaux, la responsabilité de la collectivité pour défaut du fonctionnement du service peut également être recherchée, à l'inverse d'une gestion en DSP.

3.2.1.2. LA RESPONSABILITE DU CONTROLE DANS LA LOGIQUE DU MANDAT ET DE LA DSP

La logique de la maîtrise d'ouvrage directe est bien différente de la logique du transfert de cette maîtrise d'ouvrage dans le cas de la DSP. Ce transfert, qui va plus loin que la délégation, pourrait faire penser à la logique du mandat. Le mandat au sens du code civil est défini dans le dictionnaire juridique⁴⁵⁰ comme « *à la fois le pouvoir et le document par lequel ce pouvoir est transmis. Ces appellations visent la convention par laquelle une personne donne à une autre le pouvoir de faire pour elle un ou plusieurs actes juridiques* ». Il se caractérise par certaines dispositions : « *Le mandat est un contrat intuitu personae, il finit normalement à l'échéance du terme prévu par les contractants ou par la dénonciation du mandant. [...] Le mandataire répond de ses fautes envers son mandant, lequel est engagé par les actes que celui-ci a réalisés en son nom dans la limite de ses pouvoirs, à son tour, le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans l'exécution du mandat qui lui a été confié. Mais, n'est pas tenu à indemnisation à l'égard de la victime le préposé conducteur d'un véhicule de son commettant impliqué dans un accident de la circulation qui agit dans les limites de sa mission (2^e chambre civile, 28 mai 2009)* ». La DSP va bien sûr plus loin, dans les attributions matérielles du délégataire, que le mandat au seul sens du code civil. La logique de la DSP s'en

⁴⁴⁸ CE, 26 novembre 2007, *M. Migliore*, n°279302.

⁴⁴⁹ CE, 12 avril 1995, *Syndicat intercommunal pour l'aménagement hydraulique de la vallée de l'Hers Mort*, n°68314. CE, 13 novembre 1970, *Ville de Royan*, n°06145.

⁴⁵⁰ BRAUDO Serge, *Dictionnaire du droit privé*, 1996-2017 (en ligne).

écarter cependant dans la mesure où le délégataire fait en partie écran à la responsabilité de la collectivité.

Dans le cas de maîtrise d'ouvrage, le mandat est possible. S'agissant des marchés publics, il s'agit de la maîtrise d'ouvrage déléguée, définie comme « *un mandat où le maître d'ouvrage confie à un mandataire, agissant en son nom et pour son compte, une partie de ses attributions pour la réalisation d'une opération immobilière*⁴⁵¹ » et réglementée depuis la loi MOP du 12 juillet 1985. Ce n'est pas le cas des marchés privés où la maîtrise d'ouvrage déléguée n'est pas prévue par les textes et où s'appliquent les dispositions du droit commun des mandats (article 1984 à 2010 du code civil). Le mandat peut aller jusqu'à confier une très grande partie des attributions de la maîtrise d'ouvrage. Il connaît cependant des limites plus faibles en droit privé qu'en droit public. S'agissant du droit privé, « *Le mandataire ne peut réaliser d'actes matériels, si ce n'est à titre accessoire, et ne peut disposer de la maîtrise totale de l'opération : il aide son mandant, mais ne se substitue pas à lui. Il résulte de cette absence de définition officielle de la maîtrise d'ouvrage déléguée en droit privé une grande liberté contractuelle. Mais il faut veiller au contenu du contrat, afin d'éviter le risque de requalification*⁴⁵². »

Dans les contrats publics, le mandataire peut avoir des compétences larges puisqu'il signe des contrats au nom du maître d'ouvrage. C'est ce qui distingue la maîtrise d'ouvrage déléguée (MOD) et l'assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO). « *Les missions confiées au MOD devront par ailleurs être définies précisément mais aussi de manière limitative, le mandataire ne pouvant, traditionnellement, aller « au-delà de ce qui est porté dans son mandat » (art. 1989 C. civ.). Ces missions sont classiquement de quatre ordres : conseil juridique, gestion comptable et financière, assistance administrative et missions techniques (montage et conduite de l'opération). Ces prestations sont donc d'ordre intellectuel. Si, accessoirement, peuvent exister quelques missions d'ordre matériel, la prépondérance de ces dernières entraînera la requalification en contrat d'entreprise, soumis aux articles 1779 et suivants du Code civil (Cass. 3e civ., 28 février 1984, n° 82-15550). Le MOD ainsi désavoué sera soumis aux responsabilités spéciales des constructeurs (articles 1792 et suivants du C. civ.)*⁴⁵³. ».

⁴⁵¹ © LeMoniteur.fr. <http://www.lemoniteur.fr/articles/maitrise-d-ouvrage-deleguee-attention-aux-risques-de-requalification-32191857>.

⁴⁵² Ibidem.

⁴⁵³ Ibidem.

On peut donc établir trois caractéristiques du mandat (droit commun) comme un pouvoir « au nom de », qui comporte des missions limitativement énumérées, caractérisées par l'absence de prépondérance de réalisation de travaux dans les missions. Si on se plaçait d'un point de vue du droit privé, la DSP apparaît comme une forme juridique mixte entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise. Dans le cas d'un contrat d'entreprise, il s'agit de réaliser un service pour un client maître d'ouvrage pour un prix fixé à l'avance. Dans le cadre d'un service public délégué on retrouve également la logique de mandat puisque le gestionnaire gère un service en lieu et place de la collectivité, et encaisse les recettes du service. En outre, les missions du délégataire sont limitativement énumérées.

Il faut cependant préciser ce qui différencie le mandat de la délégation de service public. Le délégataire sera le maître d'ouvrage des ouvrages qui lui sont demandés, dès lors que la délégation comporte une dimension concessive. Il disposera pleinement des attributions du maître d'ouvrage. Le contrat de DSP est à distinguer précisément du contrat de délégation de maîtrise d'ouvrage, qui lui, comporte des dispositions précises concernant le rôle du maître d'ouvrage et la remise des ouvrages au maître d'ouvrage. La loi MOP définit les missions qui ne peuvent être déléguées à un mandataire. Dans l'affaire qui a opposé l'Etat et la Société anonyme d'économie mixte nationale Bibracte⁴⁵⁴ en 2009, le Conseil d'Etat a jugé que l'Etat n'avait pas délégué sa maîtrise d'ouvrage à la société, avec le maintien d'un contrôle technique et financier sur les ouvrages et une remise des ouvrages dès l'achèvement des travaux, mais « *lui a confié par un contrat global la réalisation des ouvrages constitutifs du centre archéologique et son exploitation, lesdits ouvrages n'étant remis à l'Etat qu'au terme des quinze ans de la convention* ». L'Etat n'avait donc pas assuré le rôle de maître d'ouvrage, alors qu'il lui revenait de le faire et le contrat a été requalifié.

La logique du mandat entraîne, pour sa part, une responsabilité spécifique de contrôle. Agissant « pour le compte de », le mandataire exerce ses missions à raison de la confiance que lui accorde le mandant. Ce dernier doit étroitement vérifier que cette confiance n'est pas abusée. Si c'est le cas, le mandataire commet une infraction d'abus de confiance, sanctionnée par l'article 314-1 du code pénal, qui le définit comme « *le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés* ».

⁴⁵⁴ Conseil d'Etat du 17 juin 2009, *Société anonyme d'économie mixte nationale Bibracte*, n°297509.

à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé⁴⁵⁵ ». Ce risque impose un contrôle particulier sur les conditions d'exécution du contrat que l'on ne trouve pas dans le contrat de DSP.

Si on retrouve une logique de mandat, par le fait que le délégataire exécute une mission de service public qui est définie par la collectivité publique, celle-ci s'arrête dans la considération que c'est pour son propre compte que le délégataire agit et non pour celui de la collectivité publique. A cet égard, la forme contractuelle de la régie intéressée se rapproche davantage de la logique du mandat. On peut conclure avec les auteurs du *Traité des contrats administratifs* qu'« ainsi, si le concessionnaire est chargé d'une mission pour l'administration, il l'accomplit pour son propre compte, non pour celui de l'administration. En cela, la concession se différencie de la régie intéressée⁴⁵⁶ ». La délégation de service public « se différencie aussi du mandat, par lequel une partie charge l'autre de la représenter et d'agir en son nom. Le mandataire engage directement le mandant. Or, en principe, le concessionnaire n'est pas un mandataire, la concession n'est pas un mandat⁴⁵⁷. » C'est d'ailleurs pour cela que le juge administratif a refusé de qualifier de contrat administratif les contrats conclus par le concessionnaire avec des tiers⁴⁵⁸.

Du point de vue de la responsabilité contractuelle, la DSP se distingue nettement du mandat et du marché public. La responsabilité de la collectivité est bien moins engagée. C'est ce qui a fait aussi l'attrait de cette forme de contractualisation pour la collectivité délégante.

En outre, dans la relation contractuelle présente dans un marché, dès lors que les travaux sont défectueux, le maître d'ouvrage peut refuser de payer en totalité ou en partie, mais il appartient au juge de faire la part des responsabilités entre l'exécutant de la prestation et le maître d'ouvrage qui détient un pouvoir de direction. Dans la relation contractuelle de la DSP, si la prestation de service est défectueuse, ce n'est pas la collectivité qui paie et donc il est difficile de rechercher sa responsabilité à l'occasion d'une absence de paiement de sa part. C'est l'utilisateur, qui paie, et qui serait en droit, le cas échéant, de chercher la responsabilité de contrôle de la collectivité publique, mais de façon limitée.

⁴⁵⁵ Article 314-1 du Code pénal.

⁴⁵⁶ LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLLE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, p. 293.

⁴⁵⁷ Ibidem, p. 293

⁴⁵⁸ CE, 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*.

Mais la recherche du fondement de cette responsabilité de contrôle atteint vite ses limites. S'il s'agit du contrôle de la qualification de service public d'une activité menée par le délégataire, c'est tout à fait possible, mais l'activité est le plus souvent adéquatement qualifiée de service public, sauf défaillance grave dans la délivrance du service. On pourrait envisager par exemple le cas d'un service d'eau potable qui ne soit pas délivré dans des conditions normales d'un service public : des « tours d'eau » par exemple, c'est-à-dire dans la délivrance d'un service qui n'est pas véritablement un service public (soumis au principe de continuité, de mutabilité et d'égalité).

La difficulté de la mise en jeu de la responsabilité est que, pour l'exécution du service, la relation contractuelle n'existe pas entre l'usager et la collectivité publique, puisque l'usager n'est lié qu'au seul délégataire par un contrat de droit privé. Ce serait donc sur un fondement extracontractuel que cette responsabilité pourrait être mise en cause : les actes détachables du contrat, procédure longue, sans effet utile le plus souvent et peu pertinente sur l'exécution du contrat.

Une responsabilité pourrait être recherchée sur le fondement de l'insuffisance du contrôle du bon état du service : l'absence de renouvellement des réseaux, l'absence d'investissements adéquats, ou sur le fait que le prix ne reflète pas le service rendu. Mais on se retrouve confronté à la même difficulté procédurale. La collectivité peut s'abriter derrière le délégataire. C'est le délégataire qui a la responsabilité de faire fonctionner le service et de pourvoir, pour la part qui lui revient, à sa pérennité. La collectivité a néanmoins la responsabilité de contrôler et le service « *n'en demeure pas moins un service public*⁴⁵⁹ ». La mise en cause de la collectivité reste très difficile.

La responsabilité de l'administration devrait donc pouvoir être mise en cause pour ce défaut de contrôle, soit dans le cadre d'un contentieux entre le délégataire et la collectivité publique : l'indemnisation due par le délégataire doit être réduite de la part que doit prendre en charge la collectivité publique du fait de sa responsabilité de contrôle, soit dans le cadre d'un contentieux entre les usagers et la collectivité et son délégataire. Le groupe de travail ENA avait pointé cette difficulté propre aux délégations de service public. Il avait ainsi émis la proposition d'élargir le recours de plein contentieux contre le contrat, issu de la décision « Tropic Travaux

⁴⁵⁹ Commissaire du gouvernement Josse, CE, 18 juillet 1930, *Compagnie du chemin de fer, PLM et autres*, RDP 1931, p. 14

signalisation », aux associations de consommateurs et d'usagers⁴⁶⁰, mais il n'y a pas eu de traduction de cette proposition.

3.2.2. UNE CONCURRENCE ACCRUE PAR LE RECOURS AUX MARCHES

3.2.2.1. LE RECOURS AU MARCHÉ PERMET THÉORIQUEMENT UNE MISE EN CONCURRENCE PLUS EFFICACE

Les marchés de service destinés à la gestion d'un service d'eau et d'assainissement sont généralement d'une durée plus courte que les DSP, ce qui assure une remise en concurrence régulière. On notera une durée de 6 années pour le contrat de prestation du service précité du SIAEAG. Les procédures de mise en concurrence des marchés, faisant plus de place aux offres et moins à *l'intuitu personae*, garantissent une ouverture plus grande à la concurrence. Cependant, la faiblesse du nombre de cas ne permet pas de conclure à une effectivité de la mise en concurrence pour les marchés d'exploitation de services d'eau potable et d'assainissement. On observera que le modèle de la régie intéressée est une forme de contrat qui se rapproche fortement du marché de prestation de service.

La directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur les concessions tend à l'harmonisation des différents outils de la commande publique notamment entre les concessions et les marchés publics de service. Quand les marchés ne comportent pas de travaux, la durée d'une concession est limitée à 5 ans. L'exclusion du secteur de l'eau des règles formelles de passation est cependant de nature à enlever tout intérêt à la passation de marchés publics de service dans le domaine de l'eau en raison du formalisme léger qui s'attache à la passation des DSP.

3.2.2.2. LES LIMITES DU RECOURS AU MARCHÉ DE SERVICES

Le faible nombre de gestions par un marché de service peut trouver diverses explications. L'une d'elles a déjà été mentionnée : l'interprétation qui a longtemps prévalu, y compris par les plus hautes instances juridictionnelles, que les marchés de service ne peuvent que répondre à un besoin de la collectivité publique et non

⁴⁶⁰ ENA, Promotion 2007-2009 « Willy BRANDT » La délégation de service public : un modèle à repenser ? Février 2009, p. 40.

des usagers. Une autre explication peut consister dans la procédure elle-même de marché qui peut apparaître plus contraignante et moins garante de la relation de confiance entre les partenaires au contrat.

Enfin, la DSP a un avantage pour la collectivité délégante : le transfert de responsabilité et a un avantage notable pour le délégataire : la maîtrise de la trésorerie. Dans le marché public, c'est la collectivité qui garde la maîtrise de la trésorerie, qui, dans le cas des services publics d'eau et d'assainissement, est abondante, en raison des délais courts de paiement des factures. Dans le cas d'un marché de prestation de service, c'est la collectivité qui perçoit les fonds et doit d'ailleurs créer une régie de recettes. Le prestataire ne peut encaisser les recettes, sous peine d'être qualifié de comptable de fait. Une régie doit donc être instituée puisque, ainsi que le précise le Conseil d'Etat : *« le mandataire d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public local, qui n'est pas le préposé du comptable, ne peut être qualifié de régisseur s'il n'est pas nommé dans les conditions fixées par les articles R. 1617-1 et suivants du code général des collectivités territoriales⁴⁶¹ »*.

Conclusion sur les marchés de services

Le rapprochement entre la DSP et le marché de service public permet de mesurer la délégation de responsabilité que la DSP comporte. Un plus grand contrôle sur le délégataire ne peut passer que par une plus grande responsabilité du délégant, surtout vis-à-vis des destinataires du service que sont les usagers.

Le marché de service n'est pas utilisé pleinement pour gérer les services d'eau et d'assainissement en raison peut-être de l'inadaptation relative d'un contrat court à un service demandant des investissements importants. On remarque cependant que l'utilisation de contrats d'affermage avec une durée tendanciellement plus courte, se rapproche d'un usage des marchés de prestation de service, avec la différence notable de la question de la trésorerie. La question de la trésorerie et du pouvoir relatif de contrôle sont les avantages des marchés de service pour la collectivité délégante par rapport à la DSP.

⁴⁶¹ CE, avis n° 373788 du 13 février 2007.

3.3. LE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE : LA PERFORMANCE ET L'EVALUATION

La montée en puissance des partenariat public –privé, dont le contrat de partenariat, devenus « marché » de partenariat est une des modalités, est instructive sur la façon dont la ressource financière privée s'impose peu à peu dans la construction des ouvrages publics et la gestion des infrastructures. Elle renouvelle profondément tant la gestion publique que le droit qui y est associé.

Bien que les marchés de partenariat n'aient pas vocation à exploiter des services publics en eux-mêmes, nous trouvons un intérêt particulier quant aux dispositifs de suivi du contrat, d'évaluation des composantes d'un projet, qui nous paraissent être utiles à l'élaboration d'une régulation.

3.3.1. LA LOGIQUE BUDGETAIRE DE LA « PRIVATE FINANCE INITIATIVE » (PFI)

3.3.1.1. LA PFI EST VUE SOUS L'ANGLE DE LA REFORME DES FINANCES PUBLIQUES

La PFI a été officiellement initiée en 1992, par le gouvernement conservateur de John Major au Royaume-Uni, mais elle avait déjà commencé dès 1987. Elle s'est amplifiée après 1992, sous le gouvernement travailliste de Tony Blair. En 1997, elle a fait l'objet d'un audit (*The Bates Review*) et a été approfondie et mieux encadrée, notamment par la mise en place du *Public Sector Comparator* (PSC) et « d'un cadre comptable public basé sur les principes de la comptabilité patrimoniale (RAB – Resource Accounting and Budgeting) en 1998, lequel facilita la comparaison entre coûts publics et coûts privés⁴⁶² ». On notera qu'initialement, par le terme de *Private Finance Initiative* (PFI) initialement utilisé, c'est la logique financière qui a prévalu par rapport à la logique de gestion liée à ce nouvel instrument juridique de la commande publique. La dénomination est devenue par la suite le *Public-Private Partnerships* (PPP).

⁴⁶² MARTY Frédéric, VOISIN Arnaud « Le contrat de partenariat constitue-t-il une private finance initiative à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique », *Revue internationale de droit économique* 2006/2 (t. XX, 2), p. 136.

La plupart des formes de PFI confient l'ensemble des opérations au secteur privé : « *designs, builds, finances and operates (DBFO) facilities based on 'output' specifications decided by public sector managers and their departments*⁴⁶³ ». Le secteur public décide des spécifications du produit et s'assure que le transfert des risques au secteur privé est réel et permet de répondre au principe du « *Best value for money* ». Les biens appartiennent au partenaire privé et, à la fin du contrat, soit ils restent des biens privés, soit ils sont retournés à la personne publique.

Au Royaume-Uni, dès 2001, le nombre de projets et l'ampleur de la réforme étaient conséquents puisque 449 projets avaient été engagés pour un montant de 20 milliards de livres. Il s'agissait aussi bien d'hôpitaux que de lignes de transports (tunnel sous la manche par exemple), d'écoles, recouvrant aussi bien ce que nous appelons services publics administratifs qu'industriels ou commerciaux. Différents types de PFI ont été expérimentés, ainsi que le montre le tableau suivant.

Tableau n°18 : Les différents types de PFI.

Différents types de PFI	Définition	Contribution publique	Contrôle / gestion du projet	Mise en concurrence	Allocation des risques/ récompenses	Comparateur avec le secteur public
Free standing project	Projet avec un retour rapide sur investissement (pont payant)	Non	Privé	Non	Non	Non
Joint venture (co entreprise, société de projet)	Le secteur public s'assure du bénéfice social du projet	oui mais limitée et prédéfinie	privé	oui	oui	oui
Services sold to the public sector	Projet nécessitant un important investissement (maison de retraite, prisons, etc.)	Oui.	privé	oui	oui	oui

Source : RESEARCH PAPER 01/117, 18 DECEMBER 2001, *The Private Finance Initiative (PFI)* - House of Commons

⁴⁶³ HOUSE OF COMMONS (United Kingdom), research paper 01/117, 18 december 2001, *The Private Finance Initiative (PFI)* -. « les opérations de conception, de construction, de financement et d'exploitation, basées sur les indicateurs de résultats décidés par les décideurs publics et leur administration ».

L'idée était de faire participer le secteur privé au financement d'équipements publics, dans le but de limiter l'utilisation de fonds publics dans les capitaux investis (dépenses d'investissements). Il n'était pas exigé de démontrer que le projet privé était plus intéressant que le projet public, mais simplement qu'il était efficace. Il n'y avait pas de limite fixée en termes de retour sur investissement ou de limitation de profits pour l'entreprise privée. En contrepartie, un réel risque était exigé, avec aucune garantie de combler un manque à gagner par les impôts.

La PFI relie clairement la réforme des finances publiques et les nouveaux contrats de la commande publique. Les chercheurs Frédéric Marty et Arnaud Voisin nous rappellent que : « *L'expérience britannique illustre la nécessaire conjonction entre réforme de la commande publique, réforme de la comptabilité publique et réforme plus générale de l'action publique*⁴⁶⁴ ». Un travail de fiabilisation des comptes, notamment sur le volet patrimonial, est la condition pour un éventuel transfert de la construction des équipements et de la gestion des services publics au secteur privé : « *la mise en œuvre de comparateurs reposant sur des données comptables fiables et non biaisées est une condition sine qua non à une mise en concurrence équitable*⁴⁶⁵ ». La PFI est associée à la « rationalisation » des investissements publics et à la « modernisation » budgétaire : une bonne connaissance des coûts est nécessaire à une dévolution de la gestion du service au secteur privé. La démarche de fiabilisation des comptes apparaît comme une étape indispensable du contrôle des services et du contrôle de leur délégation à un partenaire privé. De même, un contrôle des DSP ne peut se passer d'un changement dans les pratiques des finances publiques, locales ou nationales : valorisation du patrimoine, connaissance des coûts, évaluation, comparabilité entre gestion publique et gestion privée.

3.3.1.2. LE CHAMP DES DSP EST LARGEMENT COUVERT PAR LA LOGIQUE DE LA PFI

La pertinence d'une analyse des outils de la PFI pour l'analyse des DSP en France se justifie dans la mesure où la PFI recouvrait en 2005, au Royaume-Uni, 18% du nombre de contrat signés et 55% des montants engagés. Le domaine des services aux collectivités, hors transport, (déchets, énergie, éclairage, etc.) représente 11%

⁴⁶⁴ MARTY Frédéric, VOISIN Arnaud, « Le contrat de partenariat constitue-t-il une private finance initiative à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique », *Revue internationale de droit économique* 2006/2 (t. XX, 2), p. 136.

⁴⁶⁵ Ibidem, p. 137.

des contrats signés⁴⁶⁶. Le métro de Londres, des ponts et autoroutes à péage ont fait l'objet d'une délégation de gestion au secteur privé.

Parmi les contrats conclus dans le cadre de la PFI, outre les contrats qui peuvent se rattacher à la définition juridique des DSP, certains contrats sont similaires aux contrats français de partenariat⁴⁶⁷. L'estimation faite pour les contrats signés jusqu'à avril 2005 indiquait que 23% des contrats signés, pour un montant représentant 17% du montant des contrats signés pouvaient relever des contrats français de partenariat⁴⁶⁸. Au total, 41% des contrats de PFI représentant 72% des montants relèveraient de la DSP ou du contrat de partenariat (CP).

Hormis le financement par l'utilisateur, la logique des contrats de partenariat se rapproche de celle des DSP, notamment les concessions : l'objet du contrat est une prestation globale et la maîtrise d'ouvrage revient au partenaire privé. Sur la rémunération, les contrats se distinguent : dans le cas du PPP, la rémunération est un prix versé par la collectivité publique alors que dans le cas de la DSP, il s'agit d'une redevance versée par l'utilisateur. Ce critère, pour distinctif qu'il soit, et qui fait classer le CP dans la catégorie juridique des marchés pour l'Union européenne, n'est pas si décisif. Il existe des marchés sans prix⁴⁶⁹ et des DSP qui sont financées très accessoirement par des redevances et donc essentiellement par un prix⁴⁷⁰. La différence essentielle est le risque d'exploitation pris dans le cadre des DSP.

Les DSP obéissent, comme tout partenariat public-privé, à une logique de financement partiellement privée. La part entre fonds privés et fonds publics dépend du type de DSP selon que le type de contrat se rapproche de la régie intéressée, de l'affermage ou de la concession. Si on considère le modèle le plus répandu dans la gestion des services d'eau, l'affermage avec quelques îlots concessifs

⁴⁶⁶ Ibidem, p. 146-147.

⁴⁶⁷ Contrats issus de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

⁴⁶⁸ MARTY Frédéric, VOISIN Arnaud, « Le contrat de partenariat constitue-t-il une private finance initiative à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique », *Revue internationale de droit économique* 2006/2 (t. XX, 2), p. 147.

⁴⁶⁹ CE, 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, n°247298, « en contrepartie des prestations ainsi assurées par la SOCIÉTÉ JEAN-CLAUDE DECAUX, la commune l'a autorisée à exploiter, à titre exclusif, une partie du mobilier urbain à des fins publicitaires et l'a exonérée de redevance pour occupation du domaine public ».

⁴⁷⁰ CE, 30 juin 1999, *Syndicat Mixte du Traitement des Ordures Ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais (SMITOM)*, n° 198147, « la part des recettes autres que celles correspondant au prix payé par le SMITOM devait être d'environ 30 % de l'ensemble des recettes perçues par le cocontractant du SMITOM ; que, dans ces conditions, la rémunération prévue pour le cocontractant du SMITOM était substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service ».

(renouvellement des équipements, travaux comprenant des opérations ponctuelles de reprise complète avec des extensions limitées), on peut estimer que l'appel aux fonds privés peut constituer les trois quarts des fonds servant à rendre le service. L'exemple de la répartition des fonds dans le cas du syndicat intercommunal du centre et du sud de la Martinique⁴⁷¹ (SICSM), qui exploitaient le service par un contrat signé avec la Société martiniquaise des eaux (SME), fournit un modèle non général mais assez standard de ce type de DSP.

Tableau n°19 : Dépenses du service SICSM (2014)

Total du service	42 680 543	
Financement public	9 898 904	23,2%
<i>dont exploitation</i>	3 436 975	
<i>dont investissement</i>	6 461 929	
Financement privé	32 781 639	76,8%
<i>dont exploitation</i>	20 376 995	
<i>dont investissement</i>	12 404 644	
Part exploitation	23 813 970	55,8%
Part investissement	18 866 573	44,2%

Source : CRC Antilles-Guyanes, rapport d'observations définitives – SICSM et SME, 2016.

Une des différences entre le contrat de partenariat et la DSP est la participation publique à la gestion du service dans le cadre d'une équipe projet, pour ce qui concerne le CP, alors que la gestion est entièrement déléguée au partenaire privé dans la DSP : dans le CP, « *Le pilotage est une activité quotidienne assurée par une équipe de projet intégrée public-privée*⁴⁷² ». Dans le cas d'un affermage, il y a une relation proche dans la combinaison gestion (privé) et développement (public), mais avec des responsabilités bien distinctes.

La logique à l'œuvre dans la PFI consiste à payer pour un service rendu, en fonction de critère de performance et de qualité, avant d'être une logique de paiement différé d'un investissement dont la collectivité publique devient (ou non) le propriétaire.

⁴⁷¹ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, Rapport d'observations définitives, Syndicat intercommunal du centre et du Sud de la Martinique (SICSM) – Exercices 2009 et suivants. Décembre 2016. Le service concerne uniquement l'eau et produit et distribue l'eau pour une population de 212 000 habitants.

⁴⁷² MARTY Frédéric, VOISIN Arnaud, « Le contrat de partenariat constitue-t-il une private finance initiative à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique », *Revue internationale de droit économique* 2006/2 (t. XX, 2), p. 140.

Cette logique se concrétise par le fait que des pénalités peuvent peser sur les flux financiers de paiement en cas de non atteinte des objectifs. Cette même logique se retrouve parfois dans les DSP, avec, par exemple, des clauses systématiques de paiement de pénalité ou de majoration de redevance (surtaxe – dans le cas de l’affermage) en cas de non atteinte des résultats. Ces clauses, qui ne sont pas généralisées, sont justifiées, par exemple, si le rendement de réseau n’est pas atteint ou si les investissements de renouvellement ne sont pas faits, il reviendra à la collectivité de les réaliser.

Partant de cette proximité entre DSP et PFI dans le mode de partenariat, que l’on retrouve pour 41% des contrats observés en 2005, on peut légitimement examiner les outils développés dans le cadre de la PFI, pour s’en inspirer dans l’analyse du management des contrats de DSP.

3.3.1.3. LES ENSEIGNEMENTS APPORTES PAR LA COMPARAISON DES COUTS

Il est possible de tirer des enseignements sur les conditions d’évaluation et de contrôle des coûts par les gestionnaires publics et privés à partir des outils développés dans le cadre du partenariat public privé. Afin de rendre possible les comparaisons de coût entre le secteur privé et le secteur public, deux types d’outils issus de la gestion privée peuvent être développés : une comptabilité publique proche des standards de la comptabilité privée, notamment une comptabilité analytique et patrimoniale d’une part et la mise en place d’outils spécifiques comme les comparateurs de coûts qui utilisent les procédures standards pour les stratégies de choix d’investissement d’autre part.

La mise en place d’une comptabilité standardisée

La normalisation de la comptabilité publique est relativement ancienne, mais le rapprochement avec certains principes généraux de la comptabilité sont récents. Une des comptabilités les plus abouties est celle des communes et des établissements publics. L’instruction M14, généralisée en 1997, se rapproche fortement de la comptabilité générale, avec quelques particularités. Pour l’Etat, la LOLF précise, comme cela était l’évidence depuis un certain temps pour les comptes des collectivités territoriales : « *La comptabilité générale de l’Etat est fondée sur le principe de la constatation des droits et obligations. Les opérations*

sont prises en compte au titre de l'exercice auquel elles se rattachent, indépendamment de leur date de paiement ou d'encaissement./ Les règles applicables à la comptabilité générale de l'Etat ne se distinguent de celles applicables aux entreprises qu'en raison des spécificités de son action⁴⁷³ ».

Une comptabilité standardisée est indispensable, mais elle ne suffit cependant pas à permettre une comparaison des coûts. C'est l'objet de la démarche de comptabilité analytique qui reste peu développée dans les collectivités et établissements publics. L'individualisation des services d'eau et d'assainissement permet d'avoir une vision globale du coût des prestations. Le coût global est ainsi circonscrit, mais il n'est pas complet pour autant, en raison du faible développement d'une comptabilité patrimoniale. L'obligation de provisionner est par exemple récente et non généralisée. Dès lors que des éléments de patrimoine sont des biens productifs de revenu et affectés à un SPIC, ils doivent donc être amortis en application de l'article R. 2321-1 du CGCT. Cependant cette obligation ne s'impose que pour les biens acquis après le 1^{er} janvier 1996, ce qui pose problème pour des réseaux anciens et vieillissant qui n'ont pas fait l'objet d'amortissement.

Certains acteurs publics, possédant une comptabilité d'entreprise ont réussi à mener à bien des évaluations économiques de leurs projets. On notera les expériences intéressantes d'EDF et de la SNCF, qui ont démontré l'efficacité de la mesure des coûts dès lors que l'on passe à une comptabilité permettant de les retracer. La ligne TGV Paris-Atlantique a ainsi été réalisée avec une marge d'erreur de 1% par rapport à l'évaluation initiale⁴⁷⁴.

La mise en place de comparateurs de coûts : le *Public Sector Comparator*

Le *Public Sector Comparator* (PSC) est issu du retour d'expériences fait en 1997 sur les PFI réalisées ou en cours au Royaume-Uni. Il a été validé par le *National Audit Office* (NAO). Son objet est d'établir un coût complet des projets comme s'ils étaient conduits en interne par l'administration. Il se base sur la procédure standard, telle qu'elle est formalisée pour le choix des investissements dans le secteur privé,

⁴⁷³ Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

⁴⁷⁴ TROSA Sylvie, MARTY Frédéric, VOISIN Arnaud. La construction des méthodes de comparaison de coûts public-privé : les enseignements des expériences étrangères. In: *Politiques et management public*, vol. 22, n° 3, 2004. « Une génération de réformes en management public : et après ? » Actes du treizième colloque international - Strasbourg, jeudi 24 et vendredi 25 novembre 2003 - Tome 2. pp. 49.

qui suppose de définir des critères de choix d'un investissement⁴⁷⁵. Ces critères consistent en la prise en compte du temps dans le recours à l'investissement public (l'urgence du service public), la répartition du financement, le risque financier du projet.

La prise en compte du temps consiste à répondre à la question suivante : faut-il faire payer les équipements aux contribuables actuels ou étaler la charge sur différentes générations de contribuables ? Il s'agit de calculer le coût de la ressource : un paiement par crédits budgétaires est moins onéreux mais moins juste également. Il faut alors pouvoir calculer précisément le coût de la ressource selon que les crédits proviennent de la fiscalité, des emprunts publics ou des emprunts privés. Il faut donc procéder à des actualisations du capital public, comme du capital privé pour pouvoir comparer les coûts.

La prise en compte du risque consiste principalement à analyser les deux risques majeurs : le retard de la mise en œuvre de l'investissement (risque d'investissement) et la sous-évaluation des charges ou la sous-évaluation des produits (risque d'exploitation). L'outil d'analyse financière de base est un outil de mesure de la rentabilité des investissements, le *Cash-Flow Return On Investment* (CFROI). Il permet de dégager plusieurs ratios comme la valeur actualisée nette d'un investissement (VAN), le taux de rentabilité interne d'un investissement (TRI) et le délai de récupération du capital investi.

La méthode consiste à actualiser des flux de trésorerie. Le premier flux étant le décaissement des fonds nécessaires au projet, les autres étant les flux de produits/charges, c'est-à-dire le résultat, chaque année, de l'exploitation de l'équipement mis en place. Actualiser signifie tenir compte de la dévaluation du flux dans le temps : plus le bénéfice est éloigné dans le temps, moins il a de valeur : un bénéfice de 100 par an sur les trois dernières années du projet (soit 300) est inférieur à un bénéfice de 300 sur la première année d'un projet, sachant que les 300 dégagés la première année peuvent être placés et rémunérés ou réinvestis.

Le premier ratio mesurant la rentabilité d'un investissement est la valeur actualisée nette d'un investissement⁴⁷⁶ (VAN). Elle se calcule en actualisant chaque résultat annuel (y compris l'investissement de départ) par un taux que l'on détermine par

⁴⁷⁵ Ibidem.

⁴⁷⁶ Cf. annexe n°2 « VAN et TRI ».

exemple en se référant aux taux que pourrait rapporter un placement sûr à taux fixe (type obligataire). Chaque flux sera « dévalué » de ce taux au fur et à mesure du temps. Le second ratio habituel est le taux de rentabilité interne (TRI) qui se calcule en cherchant le taux qui ramène la VAN de l'investissement à 0. Il s'agit simplement d'un autre ratio décrivant la même réalité. Le TRI est donc à comparer au taux de financement de l'investissement. S'il est supérieur, le projet est rentable. Sinon, il n'est pas rentable.

Un troisième ratio permet de connaître le nombre d'années nécessaires à la rentabilité de l'investissement, c'est le délai de récupération du capital investi (« Point Mort » ou *Break Even*). Il exprime le nombre d'années, de mois nécessaires pour que le cumul des flux de trésorerie actualisé atteigne le montant du capital investi.

La gestion du risque est ainsi au cœur de la logique de la PFI-PPP. En effet, seule la gestion du risque et la performance présumée du secteur privé pour les gérer (risque d'exploitation, risque de malfaçon, etc.) justifient les surcoûts qu'engendrent les PPP. C'est ce qui ressort de l'analyse du modèle d'évaluation préalable mise en place par la Mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPP) ainsi que les analyses des rapports d'évaluation des projets de PPP⁴⁷⁷. Le choix de faire assumer le risque par le cocontractant privé, outre l'avantage budgétaire de lisser la charge de l'investissement, a été à l'origine de la politique de PFI mise en place au Royaume-Uni.

L'expérience des contrats de partenariat, ou du partenariat public privé en général, nous enseigne que pour un projet de longue durée avec des investissements significatifs, il est utile, voire indispensable d'évaluer la rentabilité globale du projet. Cette rentabilité est une rentabilité financière⁴⁷⁸, mais aussi économique et sociale. La signature du CP doit être ainsi précédée d'une évaluation financière qui compare la maîtrise d'ouvrage publique (MOP) et la maîtrise d'ouvrage privée (PPP), mais aussi d'une analyse coûts/avantages qui valorise les avantages économiques et sociaux : le temps gagné, la pollution évitée, la santé, etc. par rapport au coût du projet.

⁴⁷⁷ C'est ce qui ressort de l'analyse des rapports d'évaluation réalisés en 2013 du PPP du Transport en commun en site propre (TCSP) en Martinique.

⁴⁷⁸ Cf. annexe n°3 « Evaluation financière. Guide du *National Audit Office* ».

On trouve également cette méthode dans l'évaluation des projets d'investissement qu'ils soient publics ou privés, portés par les sociétés d'économie mixte par exemple. Il s'agit de se demander quel besoin de fonds propre est nécessaire à la société qui construit les infrastructures ? Si par hypothèse, l'actionnaire à 80% est la ville, cette question revient à se demander : Quel somme d'argent la ville est prête à perdre si le projet n'aboutit pas ? Qu'est-ce que la ville doit prévoir comme somme minimum pour pouvoir absorber d'éventuelles pertes et pour en même temps être crédible auprès des financeurs du projet (banques) ?

L'objectif est de parvenir à l'équilibre financier du projet, c'est-à-dire 1) une trésorerie qui devient égale à l'endettement financier et 2) les capitaux propres reconstitués. Cela peut aboutir, pour la collectivité publique, à la décision de se retirer du projet, en transformant par exemple la SEM en filiale de la société exploitante, sans que les finances publiques soient exposées à des pertes⁴⁷⁹ ?

Conclusion : un travail de mise en œuvre collectif par le ministère des finances et les juridictions financières

La réalisation d'un outil d'évaluation des risques commun à différents projets menés selon différents types de contrats (DSP, contrat de partenariat, etc.) pourrait être pertinente, à l'image du guide d'élaboration du « dossier d'affaires » des grands projets d'infrastructure publique élaboré par le secrétariat du Conseil du Trésor au Québec⁴⁸⁰. Le contrat de DSP tel qu'il est pratiqué en France est d'ailleurs mentionné dans un des documents du secrétariat du Conseil du Trésor du Québec intitulé « la politique cadre sur les partenariats public-privé⁴⁸¹ » : « *La gestion déléguée, concept surtout utilisé en France, s'apparente à une formule d'impartition pour les services publics tarifés aux usagers. Les services publics qui ne prévoient pas de tarification aux usagers comme dans les domaines hospitalier et carcéral, ne peuvent faire l'objet de contrats de type gestion déléguée. La formule de PPP qu'étudie présentement la France vise notamment à permettre des*

⁴⁷⁹ Cf. annexe n°4 : « L'équilibre financier d'un projet ».

⁴⁸⁰ SECRETARIAT DU CONSEIL DU TRESOR (Gouvernement du Québec), Bibliothèque nationale du Québec, ISBN 2-550-42855-2 – juin 2004.

⁴⁸¹ « La politique cadre sur les partenariats public-privé », Secrétariat du Conseil du Trésor du Québec, 2004. Ce document définit « l'impartition » : « Le concept est similaire à la gestion déléguée mais il s'applique généralement à un service public existant. L'impartition implique souvent un transfert d'employés du secteur public vers l'entreprise privée qui obtient le contrat d'impartition. L'impartition peut englober aussi les modèles de PPP définis précédemment » (p. 14).

partenariats dans ces domaines ». Les projets en DSP ne font pas cependant l'objet d'un outil d'évaluation spécifique, ou communs aux PPP.

Les retours d'expériences effectués par certaines administrations étrangères ont établi que la méthode d'élaboration de ces instruments (les comparateurs de coûts) combine « *prescriptions normatives et enseignements issus des évaluations ex post des politiques publiques*⁴⁸² ». Les chercheurs qui se sont penchés sur ces questions ont montré que les institutions supérieures de contrôle (ISC), du type de la Cour des comptes, jouent un rôle déterminant dans la mise en place de ces outils. C'est le cas du *General Accounting Office* (Cour des comptes américaine) et du *National Audit Office*. Dans le cas britannique, c'est l'œuvre combinée de la *Treasury Task force* et de la NAO qui a permis de dégager les outils nécessaires à l'amélioration des pratiques de partenariat. En France, cette tâche reviendrait au ministère des finances et aux juridictions financières. L'étude précitée indique que « *les contrôles opérés par la cour des comptes française et les chambres régionales des comptes ne participent pas de la même façon à une démarche d'évaluation des politiques publiques. Le contrôle par les chambres régionales des comptes des délégations de service public permet toutefois de jeter les premières bases d'évaluation et de dégager quelques enseignements*⁴⁸³ ».

Ainsi, malgré la LOLF et les travaux menés par la Cour des comptes et les juridictions financières, la formalisation d'outils d'évaluation, tout comme la culture de l'évaluation, qui suppose une démarche, des pratiques d'évaluation et un retour sur ces pratiques, sont encore insuffisants. Sans doute serait-il profitable dans ce domaine d'élargir la conception du contrôle *a posteriori*, par une culture de l'évaluation « chemin faisant » et vers le développement d'outils partagés d'évaluation des politiques publiques.

⁴⁸² TROSA Sylvie, MARTY Frédéric, VOISIN Arnaud, La construction des méthodes de comparaison de coûts public-privé : les enseignements des expériences étrangères. In: *Politiques et management public*, vol. 22, n° 3, 2004. « Une génération de réformes en management public : et après ? » Actes du treizième colloque international - Strasbourg, jeudi 24 et vendredi 25 novembre 2003 - Tome 2, pp. 55.

⁴⁸³ TROSA Sylvie, MARTY Frédéric, VOISIN Arnaud, La construction des méthodes de comparaison de coûts public-privé : les enseignements des expériences étrangères. In: *Politiques et management public*, vol. 22, n° 3, 2004. « Une génération de réformes en management public : et après ? » Actes du treizième colloque international - Strasbourg, jeudi 24 et vendredi 25 novembre 2003 - Tome 2, p. 56.

3.3.1.4. PREMIERS BILANS DE LA PFI

En 1997, le Trésor britannique a réalisé une revue des procédures de PFI (*The Bates review*) et un service spécialisé a été constitué. C'est à partir de ce moment que des guides ont été rédigés. L'objectif de réduction des dépenses publiques par leur remplacement par des dépenses privées était assumé, mais il n'en reste pas moins que cette diminution apparente annonce des dépenses publique futures : « *We know that, like all off-balance sheet spending, the PFI flatters the official accounts. Future liabilities do not show up in the accounts* »⁴⁸⁴, les dépenses de la PFI étant considérées comme hors bilan. Les PFI ont posé de vrais problèmes de transparence dans les comptes, ainsi que le relevait la revue *The economist* en 1995 : « *Moreover, it is impossible to assess the financial impact of any risk transfer because contracts between the government and its suppliers are usually kept secret to protect commercial confidentiality* »⁴⁸⁵. En 1996, le Trésor a fait apparaître les risques futurs dans un document séparé. Le comité en charge des standards comptables a préconisé de faire apparaître ces charges dans le bilan, ce qu'a fait le gouvernement en 1998, mais pas pour l'ensemble des financements. Un même mouvement a été observé en France quand il s'est agi de réintégrer les loyers des PPP dans le bilan des organismes publics.

Sur la question de l'apport des PFI aux finances publiques, le bilan est mitigé : les coûts non immédiatement visibles sont importants, le PFI transformant un apport immédiat en capital en paiement récurrents sur le budget de fonctionnement. Le rapport « Bate » avait conclu que sans le PFI les règles budgétaires auraient également été préservées.

Sur la question de l'apport des PFI sur le plan de la « *best value for money* », le bilan est mitigé aussi. L'appel à candidatures à travers la PFI a permis dans certains cas d'obtenir des offres plus intéressantes qu'avec la procédure classique de financement public : 50 M£ ont été mobilisés pour la prison de Fazakerley, soit une somme comprise entre la proposition retenue et le montant figurant dans le comparateur (*public sector comparator*). Mais les dépassements de délai et de

⁴⁸⁴ "Buy now, pay later", *Financial Times*, 19 April 1996. « Nous savons que, comme c'est le cas pour toutes les dépenses hors bilan, la PFI privilégie les comptes officiels avec des dettes futures qui n'apparaissent pas dans les comptes ».

⁴⁸⁵ "Cooking the books", *Economist*, 28 October 1995. « En outre, il est impossible d'évaluer l'impact financier du transfert d'aucun risque car les contrats entre le gouvernement et ses fournisseurs sont gardés secrets pour protéger le secret des affaires ».

budget similaires aux projets publics, ou parfois plus importants dans les projets en PFI, ont dans certains cas annulé ces avantages. Comme explication, le comité du Trésor suggérait alors que les dépassements dans les projets publics étaient dus à un biais d'optimisme, les hypothèses les plus favorables ayant tendance à être retenue. Quant aux projets en PFI, la raison avancée a été, dans la majorité des cas, le changement d'avis chez les responsables, publics, du projet. Ces explications sont justifiées dans nombre de cas mais elles restent partielles.

La différence n'est pas toujours si nette entre la maîtrise d'ouvrage publique et la maîtrise d'ouvrage privée. Ainsi, la comparaison de la gestion des opérations en MOP et en PPP à l'occasion du contrôle d'opération du TCSP en Martinique a montré que le dépassement de coûts s'est avéré être similaire, avec un dépassement de délai un peu plus important pour les opérations sous maîtrise d'ouvrage publique⁴⁸⁶.

3.3.2. LA LOGIQUE D'EVALUATION DANS LES MARCHES DE PARTENARIAT

3.3.2.1. PRESENTATION DES MARCHES DE PARTENARIAT

La mise en place en 2004 des contrats de partenariat en France répond à une logique un peu différente de celle de la PFI au Royaume-Uni. En premier lieu la création de ces contrats ne s'inscrit pas véritablement dans une nouvelle politique publique. En effet, la France avait mis en œuvre depuis longtemps des partenariats public-privé, avec la pratique largement répandue des concessions et des DSP. Faire financer des équipements publics par des partenaires privés à une échelle importante n'a donc rien de nouveau. La PFI s'était d'ailleurs inspirée en partie de ce qui avait été fait en matière de DSP en France⁴⁸⁷. La logique des contrats de partenariat est une logique de relance de la commande publique, dans un contexte de fonds publics rares. Ces nouveaux instruments de la commande publique n'ont pas été accompagnés par une modernisation des finances publiques, puisque celle-ci l'a précédée avec la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) du 1^{er} août

⁴⁸⁶ COUR DES COMPTES, Rapport public annuel 2019, La gestion des fonds structurels et d'investissement (FESI) en outre-mer : des résultats inégaux, une démarche de performance à consolider, février 2019.

⁴⁸⁷ MARTY Frédéric, VOISIN Arnaud, « Le contrat de partenariat constitue-t-il une *private finance* initiative à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique », *Revue internationale de droit économique* 2006/2 (t. XX, 2), p. 143.

2001, et les contrats de partenariat ont été conçus comme des outils de choix de mode de réalisation et non comme des outils d'évaluation ou de contrôle des finances publiques.

Le procédé des contrats de partenariat a été utilisé pour les grands projets de construction comme les établissements scolaires ou les gares, les infrastructures urbaines, comme l'éclairage public ou la voirie, et des équipements à vocation sportive ou culturelle comme les stades, les piscines, les salles de spectacle. Le développement de ces contrats a été important entre 2005 et 2012 et ils représentent une part non négligeable des investissements publics, de l'ordre de 5%. Par rapport aux marchés publics et aux contrats de DSP, le contrat de partenariat s'applique cependant à un volume restreint d'opérations et représente approximativement 0,2% du PIB (contre 10% pour les marchés et 5% pour les DSP)⁴⁸⁸, soit environ 4 milliards d'euros par an.

Le contrat de partenariat est issu de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, modifiée par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat et par l'article 14 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés (LAPCIPP). Lors de l'examen de l'article 6 de la loi d'habilitation, la loi n°2003-591 du 2 juillet 2003, habilitant le gouvernement à simplifier le droit, article consacré à l'assouplissement de certaines règles relatives à la commande publique, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'émettre une importante réserve d'interprétation en indiquant que les ordonnances qui seraient prises en application de cet article, ne pourront déroger aux principes régissant la commande publique, comme l'égalité devant la commande publique, la protection de la propriété publique ou le bon usage des fonds publics que pour des motifs d'intérêt général. Il avait précisé en effet que « *les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* »⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ Cf. SAUSSIER Stéphane et TIROLE Jean, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », Notes du conseil d'analyse économique 2015/3 (n° 22), p. 1-12. DOI 10.3917/ncae.022.0001.

⁴⁸⁹ CC, Décision n°2003-473 du 26 juin 2003.

L'ordonnance du 23 juillet 2015⁴⁹⁰ a recomposé la typologie des contrats publics en intégrant les marchés (ou contrats) de partenariat⁴⁹¹, dans la sphère des marchés publics, avec des règles spécifiques énoncées aux articles 66 à 82 et 87 à 90 de l'ordonnance. Trois types de contrat doivent donc être distingués : les marchés publics, les délégations de service public et les conventions d'occupation domaniale (qui sont ainsi clairement distinguées des contrats de partenariat).

Cette typologie juridique des contrats peut être croisée avec une typologie axée sur leur logique de financement. Ainsi que le soulignent Julien Moiroux et Lucien Rapp⁴⁹², les contrats publics « *sont appelés à devenir des objets financiers* » au sens où les créances qui sont le résultat de ces contrats, sont attractives car généralement solides. La part prise par la logique financière, résultant d'un basculement des disponibilités financières publiques, rares, vers les disponibilités financières privées, abondantes, est telle qu'elle soutient désormais le classement des contrats publics, qui se fait autour de cette logique de financement. Ainsi, on peut distinguer, selon la typologie axée sur le financement, deux ensembles de contrats publics, les contrats à financement internalisé (marchés) et les contrats à financement externalisé (DSP et contrats de partenariat). Le financement des CP est assuré dans le cadre de *Project financing*, impliquant le plus souvent la création d'une structure dédiée, ou dans le cadre d'un *Corporate financing*, fondée sur la structure capitalistique des entités en charge du projet.

La particularité des contrats à financement externalisés est l'attention portée à la « bancabilité » du projet, à la capacité du projet à dégager du *cash* pour garantir la position des financeurs. Le projet de contrat fait alors l'objet d'une analyse de risques approfondie, qui caractérise ce type de contrats. Les contrats de DSP comme les contrats de partenariat font naître une créance publique qui fait toute l'attractivité des projets : dans un cas il s'agit de la redevance, le droit de prélever une somme d'argent de l'exploitation d'un service public, et dans l'autre cas il s'agit du loyer versé par la personne publique. Cette proximité entre les deux types de contrat nous pousse à examiner la pertinence des outils développés spécifiquement pour les contrats de partenariats, par les financeurs en particulier, et notamment l'outil d'évaluation préalable et la grille d'analyse des risques.

⁴⁹⁰ Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, codifiée dans la partie 2 du Code de la commande publique au livre II « Dispositions propres aux marchés de partenariat ».

⁴⁹¹ Article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

⁴⁹² MOIROUX Julien, RAPP Lucien, *Contrats publics et finance d'entreprise*, LGDJ, 2015.

3.3.2.2. L’EVALUATION PREALABLE : UNE ANALYSE BIAISEE PAR UN MODELE ORIENTE

L’évaluation préalable correspond à l’objectif de garantir que les dérogations au droit commun de la commande publique que constituent les contrats de partenariat, ne deviennent pas un mode commun de passation et d’exécution des contrats publics. Cette évaluation préalable est une évaluation entre les différentes solutions existantes pour la mise en place du projet. Elle doit faire le bilan entre les coûts et les avantages des différentes solutions possibles parmi les contrats de la commande publique (marché, DSP, AOT, bail emphytéotique, etc.), et surtout expliquer en quoi le recours au contrat de partenariat paraît représenter la meilleure solution.

Cette évaluation doit également aboutir à préciser le degré de solidité financière du partenaire au contrat, sur le modèle de l’évaluation des candidatures dans la passation des marchés publics (pour ce qui concerne la capacité technique et financière des candidats). Elle doit être obligatoirement réalisée par un prestataire extérieur⁴⁹³. Celui-ci peut aussi bien être public, comme la mission d’appui à la réalisation des contrats de partenariat, que privé.

Les observateurs⁴⁹⁴ avaient noté que ces évaluations préalables étaient en partie biaisées en raison de l’objectif du gouvernement de promouvoir ces partenariats comme vecteur d’une relance économique. Pour les promouvoir, l’Etat avait mis dans la balance des coûts et avantages un certain nombre de garanties financières, notamment par le biais de cautionnement à des taux pouvant aller jusqu’à 80% du montant du projet. Ces dispositions ont été de nature à valoriser les avantages de ce type de contrat en sécurisant les financements. L’engagement de la Caisse des dépôts et consignation a été aussi une garantie de sécurité et de disponibilité des financements. Cette observation sur le caractère biaisé des méthodes d’évaluation conduite par les ministères n’est pas nouvelle puisque le NAO recommandait déjà en 1999⁴⁹⁵ une plus grande rigueur dans les comparaisons entre coûts publics, le choix de la PFI favorisant une évaluation favorable aux projets en PFI au détriment des projets conduits en interne par l’administration.

⁴⁹³ Conformément au décret du 19 octobre 2004.

⁴⁹⁴ DESRUMAUX Nicolas, « L’évaluation économique préalable des partenariats public-privé. Anticipation des risques et contrôles financiers », Lille, janvier 2011 (article en ligne) p. 12.

⁴⁹⁵ NATIONAL AUDIT OFFICE, *Examining the value of deals under the Private Finance Initiative*, 1999.

D'après le modèle de la MAPP⁴⁹⁶, l'évaluation doit s'appuyer sur quatre domaines : 1) un cadrage économique, 2) un chiffrage incluant les travaux mais aussi le fonctionnement de l'ouvrage, avec des hypothèses d'évolution, 3) l'actualisation du projet, avec des taux d'actualisation, 4) une évaluation des risques à l'aide d'une matrice de risques. Les modèles proposés par la MAPP valorisent notamment les coûts globaux actualisés pour permettre une comparaison entre contrat de partenariat et marché public et survalorisent, selon certains analystes, l'aspect financier et comptable : « *L'évaluation préalable est supposée valoriser le partenaire le plus performant. Mais la précision comptable et financière exigée est telle que la performance, critère qualitatif, s'efface devant la rentabilité, critère financier*⁴⁹⁷ ».

S'agissant de l'efficacité économique des contrats de partenariat, il s'agit de bien mettre en perspective les gains attendus et les charges liées à la gestion privée d'un équipement public et notamment les charges de financement, plus élevées que dans le cas d'un financement public : « *Les surcoûts financiers d'un investissement financé par un opérateur privé sont compensés par la capacité de ce dernier à trouver des solutions techniques lui permettant de réaliser et surtout d'entretenir l'équipement à des coûts inférieurs à ceux qui seraient mis en œuvre par une collectivité territoriale*⁴⁹⁸ ».

Une première évaluation globale des contrats de partenariat a été tentée par la Cour des comptes et publiée dans son rapport public annuel de 2015⁴⁹⁹. Des enquêtes plus partielles avaient déjà été conduites par la Cour des comptes en 2011, sur les partenariats public-privé dans le secteur pénitentiaire⁵⁰⁰ et en 2014 dans le secteur hospitalier⁵⁰¹. En 2015, une enquête commune à la Cour et à treize chambres régionales a été conduite avec comme objectif de dresser un bilan des 149 contrats de partenariat signés (depuis l'origine jusqu'à août 2014), à partir d'un échantillon

⁴⁹⁶ L'appui à l'évaluation des PPP est une des missions de la mission d'appui aux partenariats public-privé. Cette mission est désormais confiée à la mission d'appui aux financements des infrastructures (FIN INFRA), issue du décret n°2016-522 du 27 avril 2016, qui en a repris les attributions.

⁴⁹⁷ DESRUMAUX Nicolas, « L'évaluation économique préalable des partenariats public-privé. Anticipation des risques et contrôles financiers », Lille, janvier 2011 (article en ligne), p. 18.

⁴⁹⁸ HUET Gaëtan, « Contrats de partenariat : vers un premier bilan », JCP, éd. A, n°16, 18 avril 2011, 2147.

⁴⁹⁹ COUR DES COMPTES, *Rapport au Président de la République* : « La gestion directe des services d'eau et d'assainissement : des progrès à confirmer ». Février 2015.

⁵⁰⁰ COUR DES COMPTES, *Communication à la commission des finances de l'assemblée nationale* : Les partenariats public-privé pénitentiaires, octobre 2011.

⁵⁰¹ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2014*, Les partenariats public-privé du plan Hôpital 2007 : une procédure mal maîtrisée, p. 369-417. La documentation française, février 2014.

de 29 contrats représentatifs des secteurs et des types de collectivité (Etat, grandes et petites collectivités locales). On rappellera que si les contrats de partenariat concernent parfois des grands projets visibles, comme les grands stades, il s'agit tout de même d'un mode de la commande publique qui reste assez marginal, notamment pour les collectivités locales. Entre 2004 et 2014, la commande publique des collectivités locales, qui représente 70% de la commande publique totale en France, a représenté un montant de 550 milliards d'euros. Seuls 4,07 milliards d'euros ont été dépensés selon le mode du contrat de partenariat, soit à peine 1%.

La Cour avait constaté que la majorité des contrats étaient portés par des communes (64%) et concernaient, pour 41% d'entre eux, des équipements urbains. Parmi ces équipements urbains, deux groupes se détachaient : les stades et l'éclairage public, ce deuxième groupe souvent constitué de contrats de partenariat d'un montant relativement faible, à l'inverse des contrats relatifs aux stades.

La Cour avait posé une réserve de taille sur la portée de l'évaluation qu'elle a conduite en indiquant qu'« *il n'est pas possible, faute de recul, de trancher la question de leur performance réelle par rapport à des formules plus classiques de la commande publique*⁵⁰² ». Les contrats étant d'une durée très longue, pouvant aller jusqu'à 32 ans, pour les contrats de l'échantillon étudié, la performance finale des contrats était difficilement évaluable seulement 10 ans après la signature des premiers contrats. Ses conclusions ont donc concerné les points suivants : la pertinence de l'évaluation préalable, le respect des règles de concurrence pour la passation des contrats, l'équilibre du contrat à long terme et les risques associés, et enfin le suivi du contrat.

La Cour soulignait en premier lieu l'insuffisance des évaluations préalables. Cette évaluation est justifiée par le statut dérogatoire que constitue le contrat de partenariat par rapport au mode classique de la commande publique, le contrat de partenariat étant passé sous la forme négociée et pour des durées très longues. La Cour notait que le critère invoqué pour le choix de ce type de contrat avait été systématiquement celui de la complexité du projet et jamais de l'efficacité

⁵⁰² COUR DES COMPTES, *Rapport au Président de la République* : « La gestion directe des services d'eau et d'assainissement : des progrès à confirmer ». Février 2015, p. 148.

économique⁵⁰³ ou de l'urgence⁵⁰⁴. Ce n'est donc ni le calcul de performance économique, ni l'obligation urgente de réaliser le projet qui a motivé le choix, mais un critère de complexité, assez vague en lui-même et qui, par ailleurs, n'est réellement un obstacle que si la personne publique ne s'entoure pas d'une assistance à maîtrise d'ouvrage performante. Les chambres régionales des comptes avaient constaté que dans certains cas la complexité du projet n'était pas établie au regard de circonstances exceptionnelles (délais contraints, nécessité de dépollution préalable, etc.).

En outre, les analyses comparatives, qui forment le corps même de l'évaluation préalable, apparaissaient le plus souvent biaisées. La Cour des comptes relève que « *L'évaluation préalable apparaît dès lors comme un moyen de valider un choix a priori de la collectivité en faveur du contrat de partenariat*⁵⁰⁵ ». La Cour mentionne une définition erronée du programme, des comparaisons qui surestiment les délais et les coûts de la maîtrise d'ouvrage publique ou des évaluations qui sont faites sur des périmètres complètement différents de ceux qui vont être retenus au moment de la signature du contrat. Ces considérations nous paraissent aller dans le sens d'une coopération accrue entre les Instituts supérieurs de contrôles (ISC) et les administrations compétentes pour la constitution de modèles d'évaluation.

On notera que les analyses élaborées pour l'évaluation préalable reposent principalement sur un modèle mise en place et validé par la MAPP⁵⁰⁶. Ce modèle comprend un modèle financier, présenté dans un *Guide d'utilisation du modèle financier d'évaluation préalable*⁵⁰⁷ qui explique le fonctionnement du logiciel d'évaluation. Ce modèle est basé sur l'actualisation des valeurs d'encaissements et de décaissements sur la durée du projet, modèle classique d'évaluation de la rentabilité des projets, utilisé par les investisseurs pour connaître la rentabilité du projet et des capitaux investis. Ce modèle est utilisé pour les contrats de concessions par exemple et en général pour tous les projets qui nécessitent de forts investissements. Il n'appelle pas dans l'ensemble d'observation particulière, à l'exception de la partie concernant l'évaluation des risques et leur répartition.

⁵⁰³ Critère instauré par la loi du 28 juillet 2008.

⁵⁰⁴ Un seul projet a été initialement motivé par l'urgence mais la MAPP a requalifié la motivation en complexité du projet.

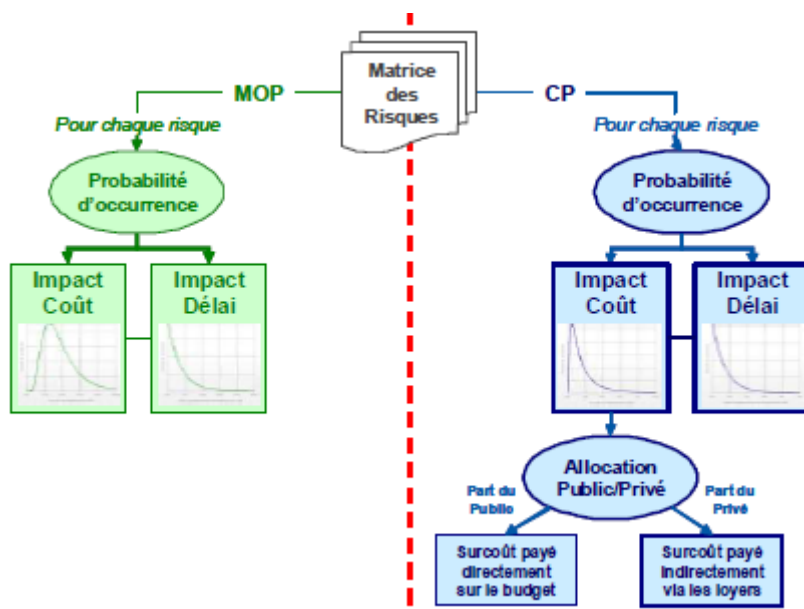
⁵⁰⁵ COUR DES COMPTES, *Rapport au Président de la République* : « La gestion directe des services d'eau et d'assainissement : des progrès à confirmer ». Février 2015, p. 159.

⁵⁰⁶ Cf. annexe n°5 : « La MAPP et la modélisation du risque ».

⁵⁰⁷ Cf. Guide d'utilisation du modèle financier d'évaluation préalable, MAPP, version du 18 avril 2011 par exemple.

La clé de ce modèle réside en effet dans la répartition des risques, à travers la matrice des risques. Celle-ci détermine pour chaque risque la probabilité d'occurrence, et ses conséquences en termes de délai ou de coût. S'agissant de la maîtrise d'ouvrage publique, le risque est entièrement supporté par la personne publique. S'agissant du contrat de partenariat, le risque est réparti entre la personne publique et la personne privée. Par défaut, le modèle propose des valeurs sur la probabilité d'occurrence de différentes catégories de risques ainsi que leurs conséquences en termes de délai et de coût, dans le cas de la maîtrise d'ouvrage publique (MOP) et dans le cas du contrat de partenariat (CP). Par exemple, dans le secteur de l'aménagement urbain, sur la partie étude, la probabilité d'occurrence du risque de défaillance est de 2% tant pour la MOP que pour le CP. L'impact proposé sera par contre différent. En termes de coût il sera situé entre 3% et 11% pour le CP alors qu'il sera de 5 à 15% pour la MOP. En termes de délai, il sera situé entre 1 et 7 mois pour le CP et 1 à 9 mois pour la MOP. Les différentes catégories de risques sur les différentes phases du projet sont ainsi modélisées.

Schéma n°8 : Principe de prise en compte des risques dans le modèle



Source : Guide d'utilisation du modèle financier d'évaluation préalable, p. 21. Mission d'appui aux partenariats public-privé, 18 avril 2011.

Cette matrice de risque est capitale pour la détermination des valeurs finales et la comparaison des modes d'organisation de projet, MOP ou CP. En effet, sans la prise en compte de ces risques, le projet en MOP est systématiquement plus intéressant que le projet en CP, en raison de la procédure d'instruction et de passation des CP qui est plus coûteuse et du financement des CP qui est plus coûteux également. On rappellera que le financement des projets compte pour une part extrêmement importante dans l'équilibre du projet et il peut aller jusqu'à 30% du coût du projet. Et sur ce point il faudra comparer un financement bancaire à 2 % par exemple pour un financement public et un financement beaucoup plus cher pour un financement privé, avec des capitaux propres habituellement rémunérée à 9 ou 10% dans les meilleurs cas. Seule la prise en considération des risques associés au projet pourra faire pencher la balance en faveur de l'un ou de l'autre mode de la commande publique.

Il n'est donc pas surprenant, au vu du modèle mis en place par la MAPP, que les analyses menées conduisent le plus souvent à privilégier le CP plutôt que la MOP. Ainsi que l'indique la Cour des comptes : « *Avant prise en compte des risques, l'actualisation des coûts est souvent défavorable au contrat de partenariat, ce qui s'explique par la nécessité de rémunérer les fonds propres mobilisés et par un recours à l'endettement dans des conditions moins favorables qu'une collectivité publique en direct. A l'inverse, l'actualisation des coûts après prise en compte des risques redevient favorable au contrat de partenariat*⁵⁰⁸ ». Cela s'explique par le fonctionnement du modèle ci-dessus présenté.

La Cour parvient à la conclusion, après examen des analyses faites par les projets de l'échantillon, que le risque et les coûts associés sont parfois majorés indument au détriment de la MOP. Elle cite ainsi le projet de centre intercommunal d'action social du Val de Gers qui évalue le coût du risque de surdimensionnement de l'équipement à 9% du montant des travaux alors qu'il ne valorise pas ce risque dans l'option CP. De même le risque contentieux est valorisé à 1% en CP et à 7% en MOP, ce qui peut paraître assez surprenant. La Cour avait estimé ce risque à 2% en MOP.

L'évaluation du risque est un exercice bien périlleux et difficile. Il est certain que, d'une manière générale, on ne peut nier le caractère *a priori* plus risqué des projets

⁵⁰⁸ COUR DES COMPTES, *Rapport au Président de la République* : « La gestion directe des services d'eau et d'assainissement : des progrès à confirmer ». Février 2015, p. 161.

en maîtrise d'ouvrage publique, ne serait-ce que par la composante « politique » de la maîtrise d'ouvrage, qui peut modifier significativement le projet en cours de route et selon des circonstances particulières. Cela n'autorise pas cependant une surévaluation systématique et majeure du risque. La modélisation rencontre alors sa limite.

3.3.2.3. LA MECONNAISSANCE DES REGLES DE CONCURRENCE

La modalité de passation des contrats de partenariat est le dialogue compétitif. Ce dialogue est normalement encadré, notamment par la « charte du dialogue compétitif » du 18 janvier 2007 qui doit garantir la transparence des procédures et l'égalité des candidats. On retrouve pour les contrats de partenariat les mêmes critiques que celles qui ont été faites sur les marchés négociés. La Cour des comptes a constaté que cette charte n'était pas souvent appliquée. Elle notait en particulier des dérives dans le secteur de l'éclairage public qui voit souvent revenir les mêmes entreprises. L'opacité des notations a été également relevée, comme dans le cas de l'attribution du contrat du grand stade de Lille.

Le rôle des assistants à maîtrise d'ouvrage (AMO) donne aussi lieu à des critiques récurrentes de la Cour des comptes qui relève la « porosité » entre les AMO et les entreprises attributaires. Elle a pu noter que certaines offres comportaient des passages entiers des rapports d'évaluation préalable. On retrouve aussi les mêmes assistants sur les différentes phases du projet, l'aide à la passation, le suivi, l'exécution du contrat, ce qui est fortement déconseillé. Certaines informations privilégiées ne sont pas communiquées à tous les candidats et certains candidats se révèlent être les AMO. Ces errements ne sont pas propres aux contrats de partenariat, même si le rôle particulier des assistants à maître d'ouvrage, la procédure négociée ou la complexité de la procédure avec les analyses et les évaluations préalables sont des facteurs de risque supplémentaires.

3.3.2.4. L'ABSENCE DE DEMONSTRATION D'UNE PLUS GRANDE PERFORMANCE

L'examen des clauses contractuelles dans les CP montre que les intérêts des personnes publiques ne sont pas toujours protégés comme ils le devraient. Certaines des clauses obligatoires prévues par l'article L. 1414-12 du code général des

collectivités territoriales ne sont pas prévues, notamment pour garantir l'affectation des ouvrages au service public.

Comme pour les contrats de DSP, on s'aperçoit que les clauses de pénalité au profit de la personne publique et en vue de la performance du service ne sont pas toujours prévues, ou bien que ces pénalités sont plafonnées à des niveaux non incitatifs pour la personne privée. La Cour des comptes remarque également des clauses peu opérantes, comme, pour l'éclairage public, l'obligation de remplacement des équipements dégradés lors que ces dégradations sont commises par des auteurs identifiés. Cette éventualité arrivant rarement, les obligations du partenaire sont donc très amoindries et la performance du service en sera également diminuée.

La répartition des risques est un élément décisif de l'équilibre dans tous les partenariats, que l'on soit dans le cas des contrats de partenariat ou des contrats de délégation de service public. C'est même un élément de justification du recours aux contrats de partenariat. Une mauvaise répartition des risques aura un impact très important dans les contrats de partenariat en raison de la durée longue de ces contrats. La Cour des comptes a pu constater que le risque majeur est parfois assuré par la personne publique. Elle cite le cas du contrat du stade de Lille qui prévoit que les recettes d'exploitation (billetterie) sont perçues par l'opérateur alors que les risques d'exploitation sont assumés par la collectivité territoriale. La même répartition illogique se retrouve dans le contrat de haut débit conclu par le Conseil départemental des Hautes-Pyrénées, réservant à la collectivité l'essentiel du risque commercial, avec des garanties de recettes données à l'opérateur.

L'analyse de l'exécution des contrats sur la période considérée, soit 10 ans, de 2004 à 2014, nous amène à constater que les faiblesses que l'on trouve dans le suivi des DSP se retrouvent également dans le suivi des contrats de partenariat. Les moyens techniques et humains consacrés au suivi du contrat font souvent défaut. Il arrive que l'audit du contrat soit parfois même commandé et payé par l'opérateur lui-même.

La Cour remarque que les tableaux de bords prévus ne respectent pas toujours les obligations tirées des articles L. 1414-14 et R. 1414-8 du CGCT. L'opérateur communique alors des documents qui ne peuvent servir au contrôle obligatoire que doit faire la collectivité. Elle cite notamment l'absence de données sur les recettes annexes du contrat, alors que ces recettes font partie de l'équilibre général du

contrat, ou encore les obligations relatives à la sous-traitance. On retrouve ici les mêmes difficultés de communication de rapport ou de pertinence des informations contenues dans les rapports que dans les contrats de délégation de service public.

La difficulté de l'évaluation tient aux références qui peuvent servir à évaluer. On ne peut comparer et évaluer la performance d'un contrat ou d'un mode de gestion par rapport à un autre qu'avec un référentiel commun. Ce référentiel peut être constitué par le contrat initial. Ainsi les différentes périodes d'exécution du contrat pourront être comparées entre elles et avec les objectifs de performance initiaux du contrat. De même, différents modes de gestion pourront être comparés entre eux si l'objet de la gestion reste le même. La MAPP indique que 97% des contrats de partenariat sont renégociés, avec des ajustements conséquents : ajustement de périmètre, modification des dispositions financières ainsi que des objectifs de performance. Outre la question de la concurrence initiale, la question du référentiel d'évaluation devient alors problématique. La Cour nous rappelle⁵⁰⁹ que comparer une opération d'éclairage public qui revient à 450 000 € par an en maîtrise d'ouvrage publique avec un contrat de partenariat qui revient à 800 000 € mais est censé garantir des installations en bon état, n'est pas chose aisée. La garantie contractuelle de récupérer des installations en bon état a aussi un prix.

La Cour des comptes remarque que sur le plan financier, les contrats de partenariat se révèlent défavorables aux collectivités, par rapport aux prévisions établies. Cependant, sur le plan du service rendu, la Cour constate des améliorations, au moins sur certains types de contrats, et notamment les contrats dans le secteur de l'éclairage public. *« En matière d'éclairage public, les premières années d'exécution de certains contrats permettent d'observer des gains d'énergie et une efficacité globale améliorée, même si un doublement des dépenses est souvent constaté dans ce domaine⁵¹⁰ »*. La Cour indique également : *« un respect des délais de construction est également à mettre au crédit des contrats de partenariat, même si cette règle peut souffrir de rares exceptions⁵¹¹ »*. La Cour des comptes a observé que les dépenses d'entretien peuvent également être réduites dans certains cas, par le recours au contrat de partenariat.

⁵⁰⁹ COUR DES COMPTES, *Rapport au Président de la République* : « La gestion directe des services d'eau et d'assainissement : des progrès à confirmer ». Février 2015, p. 172.

⁵¹⁰ Ibidem.

⁵¹¹ Ibidem, p. 173.

Les partenariats sont parfois clairement choisis en raison de la facilité qu'ils offrent de lever des fonds importants pour réaliser des infrastructures visibles. Les mécanismes comptables instaurés obligent à une comptabilisation de l'ensemble de l'opération initiale à l'actif (compte d'immobilisation 21) et au passif (compte 167 « Emprunt et dettes assorties de conditions particulières »). Pour l'entretien et la maintenance des équipements réalisés, la visibilité est un peu moins grande puisque les amortissements ne sont pas forcément pratiqués, ainsi que l'indiquent les instructions comptables applicables : « Toutefois, dans les contrats de type PPP pour lesquels le partenaire privé a une obligation d'entretien qui conduit à conserver au bien sa valeur d'origine sur la durée du contrat de partenariat, l'amortissement n'a pas lieu d'être pratiqué⁵¹² », ce qui laisse une marge d'appréciation et donc aussi un risque d'absence d'inscription de certaines charges.

Certaines collectivités vont placer ces engagements financiers dans d'autres structures qui ne dépendent pas directement de la collectivité : un établissement public de coopération culturelle pour la réalisation d'un théâtre à Perpignan ou une société d'économie mixte pour les droits et obligations du contrat du musée de la mer à Biarritz⁵¹³. Les engagements de la collectivité apparaissent ainsi moins visibles, mais cela constitue un risque, comme nous le rappelle la quasi-faillite de la ville d'Angoulême en 1989 en raison des dettes réparties dans les divers satellites de la commune. Les engagements dans une SEM sont aussi risqués pour la collectivité qui peut être appelée à une recapitalisation ou à une action en comblement de passif.

Au total, la Cour des comptes tire un bilan assez mitigé de l'utilisation des contrats de partenariat par les collectivités publiques depuis 2004. La pertinence du choix de ce mode de gestion n'apparaît pas établie, la Cour mentionne l'absence « d'avantages décisifs par rapport aux formules classiques de la commande publique ou de gestion déléguée ».

L'analyse des partenariats contractuels de type PFI-CP apporte plusieurs enseignements. L'évaluation préalable entre les différents modes de gestion d'un projet nous semble un outil pertinent. C'est un effort pour centraliser et standardiser des données et modéliser ainsi un contrat complexe et en faire apparaître le coût en

⁵¹² Fiche du Comité national de fiabilité des comptes locaux, janvier 2014.

⁵¹³ COUR DES COMPTES, *Rapport au Président de la République* : « La gestion directe des services d'eau et d'assainissement : des progrès à confirmer ». Février 2015, p. 174.

fonction de différentes hypothèses sur les risques du contrat. Certaines des analyses menées par les collectivités sont d'ailleurs considérées comme pertinentes par la Cour des comptes.

Certaines faiblesses ont été relevées. La première est sans doute le manque d'objectivité, l'évaluateur étant aussi intéressé par le choix final du mode de gestion, les évaluations peuvent apparaître comme des validations *a posteriori* de choix déjà fait. Ce biais est renforcé par le positionnement des instances d'expertise censées valider ou accompagner ces évaluations. La MAPP est à la fois un promoteur de ces contrats et une assistance pour les mettre en place. La confusion des rôles a été critiquée par la Cour des comptes, qui préconise de « *retirer à la MAPP sa mission de promotion des contrats de partenariat et renforcer sa fonction d'expertise indépendante en faveur des collectivités locales*⁵¹⁴ ». La MAPP doit donc avoir un positionnement plus neutre et assurer une réelle mission d'expertise et non être un organe de validation des décisions de recourir à ce type de contrat.

S'agissant de la capacité d'expertise, et notamment le modèle financier de 2011, ce dernier n'a pas fait l'objet d'un audit externe. La MAPP elle-même n'a pas fait l'objet d'un audit particulier même si une présentation et un suivi ont été réalisés par l'*European PPP Expertise Centre (EPEC)*⁵¹⁵. Il aurait été pertinent qu'un audit externe soit réalisé sur la méthodologie et les modèles élaborés et diffusés par la MAPP). Il apparaît important de relativiser, dans certains cas, l'hypothèse d'une maîtrise d'ouvrage publique comme toujours plus risquée qu'une maîtrise d'ouvrage privée. Il paraît ainsi nécessaire de mieux objectiver les risques.

L'évaluation des résultats de ces contrats de partenariat pose d'autres difficultés. La question du référentiel est délicate : peut-on prendre le modèle de la gestion antérieure, c'est-à-dire de la réalisation du service selon un mode de maîtrise d'ouvrage publique, et sur quel périmètre de service se baser ? Comment évaluer un modèle par rapport à ses propres référentiels, notamment en termes d'objectifs de performance, quand ces objectifs changent, et quand le contrat fait l'objet de renégociations (on rappellera que 97% des contrats de partenariat ont été renégociés).

⁵¹⁴ COUR DES COMPTES, *Rapport au Président de la République* : « La gestion directe des services d'eau et d'assainissement : des progrès à confirmer ». Février 2015, p. 177.

⁵¹⁵ European PPP expertise centre (EPEC), *Rapport*, avril 2012.

La Cour des comptes s'est surtout posé la question de la pertinence du choix de recours à ce mode de gestion, plutôt que la question de l'évaluation réelle de la performance de ces contrats. Elle avait d'ailleurs indiqué sa difficulté à mener cette évaluation au vu du caractère relativement récent de ces contrats. Elle tire donc des enseignements et des recommandations qui sont davantage basés sur l'encadrement du choix que sur le suivi et le contrôle de la performance des contrats. Elle recommande ainsi d'intégrer au débat d'orientation budgétaire obligatoire avant le vote du budget, l'examen du rapport annuel d'exécution du contrat de partenariat, d'encadrer les missions d'expertise qui accompagnent la collectivité par la nomination d'un AMO spécifique pour les différentes phases de passation du contrat. La recommandation de disposer de l'expertise et des moyens de suivi avant de se lancer dans ce type de contrats, relève également de l'encadrement du choix de ce mode de gestion.

On peut tirer de cette évaluation quelques pistes pour renforcer l'encadrement financier et comptable de ces contrats dans l'optique d'une meilleure maîtrise des finances publiques et dans l'optique d'un meilleur pilotage de l'outil même de contrat de partenariat. La Cour des comptes propose ainsi de créer une obligation, pour les collectivités locales, comme pour l'Etat, de mener une « *étude de soutenabilité budgétaire au stade de l'évaluation préalable* ». La Cour recommande enfin la modification des normes comptables dans deux directions. La première est l'inscription hors bilan de la collectivité des engagements pris par les établissements ou les entreprises liées à la collectivité (établissements publics, SEM, etc.) dans le cadre de la signature de ces contrats. La deuxième est l'inscription de la totalité des coûts du projet en engagements hors bilan, c'est-à-dire les coûts d'investissement mais aussi de maintenance, d'exploitation. Ces recommandations sont des mesures de transparence et de prudence, qui rentrent dans le cadre de l'évaluation de la soutenabilité des équilibres financiers des collectivités et sont pour certaines transposables au contrat de DSP.

Dans le cadre des DSP, la comparaison public / privé, même si elle n'est pas juridiquement obligatoire, peut ainsi avoir sa raison d'être à différentes étapes du projet. Tout d'abord quand on se situe dans la période du choix de mode de gestion, par une DSP ou en interne, et cette évaluation est encore plus utile si une partie importante du service est susceptible d'être financée par l'entreprise (îlots concessifs par exemple). Il est alors possible, sous réserve de trouver le format adéquate de l'outil d'évaluation, de réaliser une évaluation préalable avant le choix

du mode de gestion. L'évaluation peut aussi, et peut-être surtout, avoir son utilité à des moments clés du projet, comme lors de renégociations importantes. Le modèle peut être ainsi utilisé comme étalon de mesure du coût du projet et permettre une évaluation des résultats donnés par le délégataire par rapport aux résultats donnés par le modèle de l'évaluation préalable. Il permettra d'éclairer les conditions de la renégociation.

3.3.3. L'EQUILIBRE DES POUVOIRS DANS LE PARTENARIAT INSTITUTIONNALISE

Les nouveaux instruments juridiques créés par la loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, et l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, complètent le partenariat public-privé traditionnel contractuel, par un partenariat institutionnel, consistant dans l'implication des partenaires dans une structure commune. La loi du 1^{er} juillet 2014⁵¹⁶ permet aux communes, départements, régions et aux établissements publics de coopération intercommunale, de créer une société d'économie mixte à opération unique (SEMOP), avec un partenaire privé. La collectivité publique doit détenir au moins un tiers du capital et un tiers des droits de vote au conseil d'administration. Au plus elle peut détenir 85% du capital. Ainsi que l'indique le professeur Stéphane Braconnier, « *Ce nouveau positionnement de la personne publique accentue toutefois la mutation de la physionomie du marché de partenariat qui, au gré des renforcements successifs de l'implication de la personne publique dans les missions afférentes au contrat, à travers le seul financement d'abord, puis à travers la participation minoritaire au capital de la société de projet, s'éloigne progressivement du modèle traditionnel du partenariat, public-privé, dans lequel la personne publique agit comme un acheteur public, qui acquiert, auprès d'un partenaire privé, une prestation globale donnant lieu à une rémunération performantielle. De simple acheteur, la personne publique qui passe un marché de partenariat en devient un acteur à part entière*⁵¹⁷. » Ce type de partenariat offre de nouvelles perspectives aux collectivités publiques pour créer des infrastructures mais aussi pour gérer des services publics comme l'eau et l'assainissement.

⁵¹⁶ Loi n°2014-744 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, codifiée aux articles L.1541-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

⁵¹⁷ BRACONNIER Stéphane, « Les nouveaux marchés publics globaux et marchés de partenariat » — *AJDA* 2015. P. 1795.

La création de structures intégrées de type SEMOP, constitue une modalité de gouvernance qui associe des partenaires publics et privés sous le mode de la « propriété commune ». Ce mode de gouvernance est analysé par la théorie des coûts de transaction comme une façon de consolider une transaction, un contrat. On retrouve ce schéma dans le droit des affaires, avec l'organisation des sociétés qui peuvent créer des filiales communes. L'objectif est le partage des investissements, des risques relatifs au projet et la mutualisation des infrastructures. Ainsi, dans le domaine de l'eau, la Compagnie générale des eaux et la Lyonnaise des Eaux détenaient des filiales communes. Cette pratique avait été jugée anticoncurrentielle par le Conseil de la Concurrence et ces filiales communes avaient été dissoutes. La situation est différente quand il s'agit d'un partenariat public privé, l'objectif n'étant pas *a priori* un contournement du droit de la concurrence.

On notera que, si la constitution de la SEMOP et le choix du partenaire privé de la collectivité n'est pas soumis à des contraintes procédurales particulières, l'activité d'une SEMOP, quand elle est dans le champ de la commande publique, est soumise aux procédures de passation des contrats de la commande publique. Il en est de même quand il s'agit d'une société détenue entièrement par des personnes publiques, titulaires d'un contrat de la commande publique par la procédure du *in house*, et qui intégrerait un opérateur extérieur. L'intégration d'un partenaire extérieur doit être précédé d'une mise en concurrence⁵¹⁸.

L'avantage des SEMOP est de limiter l'asymétrie d'information : les données de gestion sont les mêmes pour tous les actionnaires, notamment sur le positionnement des personnels sur les différentes tâches, les coûts de production, ce qui peut constituer un avantage significatif dans l'activité de contrôle du service et de sa gestion. Les fonctions de contrôle impliquent aussi des coûts de fonctionnement du conseil d'administration, représentant le contrôle des « agents » par les actionnaires (le « principal »), comme indiqué plus haut dans nos observations sur la théorie de l'agence. La SEMOP constitue ainsi une façon pour la collectivité de reprendre un certain pouvoir de contrôle, en se mettant non en dehors du cadre entrepreneurial mais à l'intérieur même de ce cadre et en se donnant la possibilité de partager des données plus fiables, issues de l'activité de la « filiale » commune à la collectivité et à l'exploitant. Ce mode de gestion n'élimine pas cependant le risque lié au rapport entre « l'agent » et le « principal⁵¹⁹ ». L'association institutionnalisée permet de

⁵¹⁸ CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset*, n°C-196/08.

⁵¹⁹ Cf. le schéma n°6.

développer un certain degré d'expertise et de contrôle communs ce qui représente un avantage important par rapport à l'objet qui nous occupe, le contrôle dans les contrats de DSP, c'est-à-dire le contrôle du service et, dans une certaine mesure, de sa gestion, pour ce qui est nécessaire à l'atteinte des objectifs du service.

Cependant, deux remarques peuvent être faites. La première est que le partage de données et d'expertise a ses limites entre associés d'une entreprise commune. On le voit avec les SEM de transport par exemple, qui associent parfois un professionnel du transport (comme Transdev par exemple, filiale la Caisse des Dépôts et Consignations et de VEOLIA) et une collectivité, et d'autres partenaires. Les logiciels, certaines données et services ne sont pas partagés et font l'objet de contrats spécifiques. Le départ ou la restriction de la participation d'un des partenaires entraîne souvent un certain nombre de difficultés dans la continuité de l'exploitation. La deuxième remarque tient à la procédure de choix des partenaires associés dans la SEMOP. Elle reste peu formalisée, peu transparente, ce qui peut faire douter des critères de choix et de la performance, *in fine*, de l'association. Cette même remarque peut être faite dans le cas des procédés de dévolution *in house*, avec les sociétés publiques locales par exemple.

3.4. LA PRIVATISATION AU ROYAUME-UNI : LE PRINCIPE DE LA REGULATION

Le cas de la privatisation régulée de l'eau au Royaume-Uni nous permet d'analyser les modalités de régulation qui sont à l'œuvre dans les approches par la théorie de l'agence. L'enjeu de la mise en place d'un régulateur central est de parvenir à une solution qui permette d'éviter la capture de la régulation par certaines parties, dans le secteur de l'eau potable⁵²⁰.

3.4.1. VUE D'ENSEMBLE

La situation d'ensemble et l'historique du système de gestion de l'eau au Royaume-Uni peuvent être décrits de la façon suivante⁵²¹.

⁵²⁰ STRAUB, Stéphane, "The risk of regulatory capture by the operators themselves is also non negligible", "Governance in Water Supply", *Working Paper n°11*, September 2009, Global Development Network.

⁵²¹ Cette description est essentiellement issue de documents internes de l'OFWAT.

Le “*Water Act*”⁵²² de 1973 avait défini dix bassins de rivière majeurs sur l’Angleterre et le Pays de Galles et avait constitué dix autorités publiques gestionnaires de bassin, compétentes pour l’eau et l’assainissement. Tous les actifs des autorités locales et des entreprises gestionnaires avaient alors été transférés à ces nouvelles autorités sans que cela ne mette fin, dans un premier temps, à la présence de sociétés privées gestionnaires de la distribution d’eau. Au fil des années, ces autorités avaient accumulé des dettes, tout comme le gouvernement qui contribuait à leur financement, les investissements nécessaires n’avaient pas tous été réalisés et le service connaissait des problèmes de financement.

Pour pallier ces inconvénients, la loi de 1983 avait diminué le rôle des autorités publiques et préparé la voie à la privatisation. Les premières discussions avaient proposé une privatisation des autorités publiques dans leur configuration initiale c’est-à-dire la privatisation des 10 autorités. Il s’agissait également de nommer le directeur général des services d’eau comme régulateur responsable de la fixation du prix et des standards de performance. Contrairement au secteur du gaz ou de l’électricité, la concurrence dans le secteur de l’eau était assez limitée, puisque chaque opérateur détenait un monopole sur sa zone géographique. Le système prévoyait une comparaison de la gestion des différentes sociétés. Le projet prévoyait aussi la détention d’un pouvoir de blocage par le gouvernement (« *golden shares* ») pour empêcher la prise de participation non souhaitable dans ces sociétés. Le gouvernement avait délibérément écarté un système de délégation tel qu’établi en France, en raison de la rareté des remises en concurrence (à l’issue de contrats longs), de la durée longue nécessaire au retour sur investissement compte tenu des coûts de réalisation et de l’incitation faible pour délégataire à investir en fin de contrat.

Après beaucoup de controverses, la loi de 1989 avait été adoptée. Elle avait autorisé la privatisation des anciennes autorités publiques, devenues dix sociétés privées. Le Secrétaire d’état en charge de l’environnement avait fixé la première limite de prix pour 10 ans, puis cette mission avait été dévolue à directeur général de l’eau, régulateur du système. Il appartenait au régulateur économique de collecter des informations détaillées sur les performances de chaque compagnie, tenue communiquer son programme d’investissement ainsi que ses coûts de gestion. Le rôle du régulateur est alors de produire des évaluations comparatives entre les

⁵²² OFWAT (*Water Services Regulation Authority*), DEFRA (*Department for Environment, Food and Rural Affairs*), *The development of the water industry in England and Wales*, 2006.

compagnies, de définir les objectifs de productivité, d'évaluer chaque compagnie avec l'appui d'auditeurs consultants, et d'établir un classement.

Les propositions initiales de régulation consistaient en un « *price cap RPI-X* », sur le modèle de ce qui avait été fait dans le domaine des télécommunications, plutôt qu'une régulation « *rate of return* », le premier type étant considéré comme plus simple, moins coûteux et plus incitatif. Le modèle de régulation « *price cap* » a cependant été un peu modifié par rapport au modèle type en raison des investissements qui devaient être consentis pour mettre les équipements aux normes européennes. Plutôt que le RPI-X, c'est le RPI + K qui a été choisi, K étant un facteur lié à l'investissement en capital des sociétés (un facteur de retour sur investissement établi en fonction du programme d'investissement prévu par chaque compagnie).

La privatisation avait été marquée également par un changement dans l'approche comptable des actifs. Au lieu de considérer chaque élément d'actif comme ayant sa propre durée de vie, la méthode adoptée a consisté à concevoir le réseau comme un système unique d'actifs destiné à être entretenu de façon perpétuelle. Les dépenses de renouvellement ou d'extension sont donc financées par les clients de façon continue, sans attendre le moment précis de réalisation de ces investissements⁵²³. Les dépenses de maintenance des infrastructures sous-terraines font l'objet d'un lissage pour constituer une charge annuelle sans qu'il n'y ait de provision spécifique pour dépréciation à inscrire dans les comptes.

Pour aider les entreprises dans cette privatisation et compte tenu de leur situation, le gouvernement avait effacé les dettes de long terme et apporté de la trésorerie. Le coût de la privatisation et de l'apport en trésorerie avait été compensé avec la vente au secteur privé des autorités gestionnaires de l'eau.

Un certain nombre de dispositions sont ensuite venues renforcer le système. On peut citer la loi de 1991 qui a défini précisément les pouvoirs du régulateur, la « *Competition Act* » de 1998 qui interdit les ententes et les abus de position dominante, avec le renforcement des pouvoirs d'investigation du régulateur, et l'instauration de prérogatives similaires à celles du ministre du commerce.

⁵²³ Cela correspond un peu à la « surtaxe » dans les contrats de DSP qui est reversée non pas en continu mais en une fois ou plusieurs fois par an à la collectivité pour la réalisation des investissements de capacité ou de renforcement.

Le ministre de l'environnement avait octroyé les licences⁵²⁴ aux entreprises pour une durée minimale de 25 ans. Cette licence détaille les conditions d'exercice de la mission. Elle prévoit les modalités d'indexation des prix (facteur K), une révision des limites de prix, fixée initialement tous les 10 ans, mais cette disposition a été revue en 1998 pour fixer la périodicité à 5 ans. Les compagnies doivent produire annuellement des états financiers permettant de mesurer leurs coûts. Le régulateur peut ajuster le coefficient K n'importe quelle année, dès lors que des changements, mesurés sur 5 ou 15 ans, peuvent représenter plus de 10% du chiffre d'affaires. D'autres circonstances peuvent amener à réviser les tarifs, comme l'ampleur des impayés, ou des circonstances imprévisibles. Enfin, la grille tarifaire est, depuis 2000, approuvée par *l'Office of Water* (OFWAT).

La licence prévoit également le détail des comptes et des informations financières que les compagnies doivent fournir au régulateur pour évaluer leur situation financière et leurs performances. Les sociétés gestionnaires doivent certifier qu'elles sont en mesure d'assurer le service pour les 12 prochains mois par leurs ressources propres. Elles doivent fournir des informations sur le niveau de service délivré et doivent communiquer leur plan de maintenance et d'investissement permettant au régulateur de s'assurer du maintien des standards du service. Les entreprises titulaires des licences doivent impérativement être indépendantes par rapport à un groupe de sociétés et la part d'une société ou d'un individu ne peut excéder 15% des droits de vote.

3.4.2. LE ROLE DE L'OFWAT

L'agence de régulation, *l'Office of Water* (OFWAT) est au cœur du système. Elle est indépendante, son directeur est nommé pour une période de 5 ans par le gouvernement et est responsable devant le parlement. L'OFWAT est financé par les entreprises par le biais de la vente des licences et par une contribution des sociétés gestionnaires à son fonctionnement.

Le régulateur a une fonction générale de surveillance et de protection : la protection des consommateurs, la surveillance des entreprises afin qu'elles délivrent un service de qualité et qu'elles aient les moyens de financer l'entretien du patrimoine. Pour cela, le régulateur vérifie la qualité comptable des comptes communiqués par les

⁵²⁴ Il s'agit d'une licence octroyée unilatéralement par l'administration.

entreprises gestionnaires. Les performances des sociétés gestionnaires sont évaluées et comparées. Compte tenu des coûts de contrôle, le nombre peu élevé de sociétés contrôlées (dix en Angleterre et au Pays de Galles) est un atout. On voit ici bien la différence entre la régulation centralisée de l'OFWAT qui est face à dix sociétés gestionnaires des eaux et l'organisation décentralisée en France qui met plusieurs milliers de collectivités territoriales face à quelques grandes sociétés globales.

Les pouvoirs du directeur de l'OFWAT sont importants. Il peut décider de pénalités financières en cas de comportement anti-concurrentiel ou d'abus de position dominante, il peut imposer des sanctions financières aux entreprises en cas de non-respect des conditions posées à l'exercice de leur licence. Si un litige oppose le directeur de l'OFWAT et les sociétés gestionnaires sur un comportement anti-concurrentiel ou un abus de position dominante, l'appel se fait devant la commission de la concurrence (*Competition Commission*). Le ministre en charge de l'eau est responsable de la mise en place des lois sur l'eau, de la définition des normes de délivrances de l'eau. C'est un service spécifique du ministère qui est chargé de l'inspection sur la qualité de l'eau de consommation humaine, le « *Drinking Water Inspectorate* » (DWI)⁵²⁵.

Les contrôles effectués par le régulateur l'ont amené à réviser les prix en 1994. En effet, il avait constaté qu'en raison des retards dans la mise en œuvre du programme d'investissement, les sociétés gestionnaires avaient dégagé des profits qui n'étaient plus acceptables. Après concertation, certaines sociétés gestionnaires ont accepté une baisse du coefficient K, d'autres l'ont refusé. Ces dernières ont néanmoins vu leur coefficient K ajusté.

Il semble que cette normalisation de la révision des prix tous les cinq ans, associée à un pouvoir d'investigation important de la part du régulateur sur les résultats et la performance des entreprises du secteur, permette le maintien des bonnes conditions générales de l'exécution du service. La régulation permet de vérifier le respect des engagements de chacun, de vérifier que les entreprises ont des ressources suffisantes pour faire face à leurs charges et que les profits engendrés ne sont pas disproportionnés par rapport au risque pris. Dans les faits, le régulateur a eu l'occasion de diminuer le prix plafond, en 2000 par rapport à 1999. A titre

⁵²⁵ OFWAT (*Water Services Regulation Authority*), DEFRA (*Department for Environment, Food and Rural Affairs*), *The development of the water industry in England and Wales*, 2006, p. 55.

d'exemple, dans le comté d'York, les prix ont augmenté de 3,9% par an sur la période 2005-2010, selon la détermination du régulateur en 2005. Cette évolution est proche de la moyenne globale⁵²⁶.

La détermination du facteur K pour chaque compagnie est basée sur l'analyse de la différence entre les exigences de revenu de la société (basé sur les différentes charges courantes et les charges liées aux investissements) et les revenus attendus des ventes aux clients. C'est cette différence qui permet de fixer le prix plafond, afin que la société ait les revenus nécessaires à l'exercice de ses missions. Il s'agit donc bien d'une régulation de type « *price cap* » mâtinée par une régulation de type « *cost of service* ». Le procédé d'évaluation de l'efficacité des sociétés gestionnaires permet aussi de récompenser les entreprises qui ont obtenu des résultats en termes d'efficacité et d'efficience.

Afin que le service soit toujours de bon niveau, l'OFWAT évalue le coût de la maintenance des actifs à chaque révision des prix. Les hypothèses de coût sont définies pour tous les coûts des sociétés gestionnaires. C'est cet aspect prévisionnel, mais sur la base d'une prévision partagée et évaluée par un expert indépendant, qui permet ensuite l'évaluation. Ce système d'évaluation est plus pertinent que l'évaluation du résultat à partir d'un compte d'exploitation prévisionnel fait par la seule entreprise et dans le cadre de la présentation de son offre, c'est-à-dire une prévision à moindre coût, comme cela se pratique dans le système des DSP françaises. Ainsi pour la partie « actifs », le rapport de l'OFWAT indique : « *Ofwat considers the capital maintenance expenditure necessary for companies to maintain their assets. This involves an assessment of the condition of the infrastructure and non-infrastructure assets and use of econometric models to determine future capital investment requirements to maintain the condition of the assets*⁵²⁷ ». La méthode d'évaluation est faite par le biais d'un « *common framework* » (cadre commun).

Les plans d'investissement de long terme (25 ans) sont préparés par les sociétés gestionnaires, mais vérifiés et expertisés par l'OFWAT. L'amélioration des

⁵²⁶ Ibidem, p. 59.

⁵²⁷ OFWAT (Water Services Regulation Authority), DEFRA (Department for Environment, Food and Rural Affairs), *The development of the water industry in England and Wales*, 2006, p. 62: « L'Ofwat estime les dépenses d'entretien nécessaires à la préservation des actifs. Cela implique une évaluation de l'état des actifs d'infrastructure et des autres actifs et l'utilisation de modèles économétriques pour déterminer les caractéristiques des futurs investissements en capital nécessaires à la préservation de l'état des actifs ».

procédés et du service est également prise en compte. L'OFWAT vérifie et évalue également le juste coût des capitaux en se référant à des experts des marchés financiers, spécialistes dans le financement des entreprises. Le but est de déterminer ce coût pour le cas d'une entreprise bien gérée (standard de bonne gestion). L'expertise sur ces coûts permet d'ajuster également le facteur K. C'est la diminution de ce coût dans les années 2000 qui a permis de réduire l'augmentation des prix par rapport aux années 1990. L'OFWAT prend en compte également le risque de survenance d'événements extérieurs heureux ou malheureux, comme l'existence d'une situation anormale d'impayés par exemple.

Le régulateur publie 5 rapports annuels à partir des audits menés sur les comptes au moins de juin de l'année : le « *Financial performance and expenditure of the water companies in England and Wales* », le « *Levels of service for the water industry in England and Wales* », le « *Security of supply, leakage and the efficient use of water* », le « *Water and sewerage service unit costs and relative efficiency* » et enfin, le « *Tariff structure and charges* »⁵²⁸.

Les audits sont menés par des « *reporters* », qui sont des ingénieurs conseil nommés et payés par les sociétés gestionnaires, après approbation de l'OFWAT, mais qui utilisent des guides élaborés par l'OFWAT. Ces audits concernent les éléments non financiers des sociétés gestionnaires. Des « *auditors* » conduisent les audits financiers des sociétés gestionnaires, en utilisant les « *Regulatory Accounting Guidelines* » élaborés par l'OFWAT. Des « *valuers* » effectuent l'évaluation des actifs (vente et acquisition d'actifs)⁵²⁹.

Le Royaume-Uni a fait le choix, avec l'OFWAT, d'un régulateur économique spécifique : il fixe les prix et évalue la soutenabilité économique du secteur de la distribution de l'eau potable. A la différence d'autres régulateurs, il ne s'occupe pas de la qualité de l'eau potable, dont la régulation revient au service du *Drinking Water Inspectorate* et à la qualité des eaux de rivière, dont la régulation revient à la *Environment Agency*.

⁵²⁸ Soit, en français, « La performance financière et les dépenses des compagnies d'eau potable en Angleterre et au Pays de Galles », « Le niveau des services de l'industrie de l'eau en Angleterre et au Pays de Galles », La sécurité des approvisionnements, les fuites et l'usage efficient de l'eau » ; « L'efficacité relative et les coûts unitaire de l'eau et de l'assainissement » ; « La structure des tarifs et les charges ».

⁵²⁹ OFWAT (Water Services Regulation Authority), DEFRA (Department for Environment, Food and Rural Affairs), *The development of the water industry in England and Wales*, 2006, p. 70.

Il est également intéressant de noter que le régulateur du Royaume-Uni a un rôle d'initiative pour la participation des usagers dans le système de régulation. Il a ainsi créé le « *Consumer Council for Water* », groupe de consommateurs institutionnalisé qui a un rôle d'information des consommateurs, d'évaluation de la performance du service, à travers la publication d'une revue annuelle. Il traite les plaintes des consommateurs et peut engager un recours contre les gestionnaires du service. A la lumière de la faible implication en France des usagers des services publics, qui sont très dispersés il est vrai, ce rôle d'institutionnalisation de groupes d'usagers peut avoir son intérêt, même si ce système peut avoir l'inconvénient d'un manque d'indépendance de ces acteurs institutionnalisés comme l'ont montré certaines recherches⁵³⁰.

3.4.3. LES AUTRES CAS DE REGULATION PAR L'AGENCE INSPIRES PAR LE MODELE BRITANNIQUE

Ce modèle de privatisation régulée a été mis en place ailleurs qu'au Royaume-Uni, la banque mondiale ayant d'ailleurs promu pendant longtemps ce modèle de régulation. Le principe de l'agence de régulation a ainsi été institué dans certains pays d'Afrique anglophone comme le Ghana, le Kenya, la Tanzanie, la Zambie et dans certains pays d'Amérique latine, comme la Bolivie, la Colombie, le Honduras, le Pérou⁵³¹. S'agissant du Kenya, l'organisation est décrite dans une note du ministère français des finances : « *L'autorité nationale de régulation (Water Service Regulatory Board, WASREB) délivre les licences d'exploitation aux huit agence régionales qui dépendent d'elle (Water Services Boards, WBS), mais ces dernières sont autonomes financièrement et responsables des services de distribution d'eau et d'assainissement qu'elles peuvent exercer en direct ou déléguer à des agences opératrices (Water Service Providers, WSP). Les WSB sont responsables des investissements et propriétaires des infrastructures dont elles confient l'exploitation aux WSP*⁵³² ».

S'agissant de la privatisation des opérateurs, elle s'est instaurée progressivement, notamment en raison des échecs aux Philippines (Manille) et en Argentine (Buenos Aires). Dans ce dernier cas, la crise financière majeure de 2001-2002, qui s'est traduite par la très forte dévaluation du peso, avait compromis l'équilibre financier

⁵³⁰ HALL David (2002) : « La représentation des consommateurs dans les services d'eau au Royaume-Uni », *Flux* 2002/2-3, n°48-49, 2002.

⁵³¹ Recherche AFD 2010, point 2.3.

⁵³² Note du 19 mars 2016, Ambassade de France au Kenya, service économique.

du contrat de délégation, ce qui avait abouti à un conflit ouvert entre la société *Aguas Argentinas* (groupe Suez) et le gouvernement argentin.

Conclusions sur la privatisation régulée au Royaume-Uni

Le modèle britannique fondé sur le couple privatisation / régulation centrale a l'avantage d'utiliser des outils d'évaluation standardisés sur le territoire et de se référer à des standards de bonne gestion. Il permet des comparaisons entre opérateurs, ce qui est facteur de transparence. Il paraît à même de garantir un bon niveau de service puisque les installations, les actifs sont audités régulièrement.

La plus grande efficacité de ce modèle n'est cependant pas prouvée. Une investigation approfondie, sur l'état des actifs par exemple, pourrait seul permettre de l'affirmer. En termes de prix de l'eau, la situation du Royaume-Uni est médiane en Europe : ils sont légèrement supérieurs à la moyenne européenne, avec 4,19 € le m³ (eau et assainissement), contre une moyenne européenne de 4,05 € (au niveau de l'Union Européenne) et 3,52 € en France⁵³³. Cependant toute appréciation du prix doit prendre en compte la qualité du service fourni et l'état des installations.

3.5. LES MODELES MIXTES DU CONTRAT ET DE L'AGENCE

L'idée d'adopter un modèle mixte entre la régulation par l'agence et par le contrat de délégation a rapidement été défendue lors de l'ouverture des pays en développement à la participation du secteur privé dans le domaine de l'eau potable, suite à l'analyse des faiblesses tant dans les systèmes prônant la régulation par le contrat que dans ceux prônant la régulation par l'agence.

Le contrat long est un bon instrument de gestion du service en ce que, s'il est basé sur la confiance, il permet un partenariat efficace, mais il est nécessairement incomplet et donne lieu à des comportements opportunistes qu'il n'est pas facile de réguler dans une relation bilatérale, surtout lorsque les partenaires sont en situation de forte asymétrie. L'agence est un outil pertinent de régulation car relativement indépendant, compétent et doté de prérogatives importantes. C'est cependant un mode de régulation qui peut être coûteux et qui laisse moins d'initiatives d'adaptation aux acteurs.

⁵³³ Source : www.eaufrance.fr

Combiner les deux outils de la régulation peut donc présenter des avantages pour éviter la relation bilatérale qui peut se révéler stérile et donner au contrat les moyens d'être un véritable outil de partenariat en le rendant moins susceptible de comportements opportunistes. Lise Breuil et Michel Nakhla⁵³⁴ définissent le rôle respectif du contrat et du régulateur : « *Le contrat liant la collectivité (parfois l'État) et l'opérateur est généralement aussi complet que possible, prévoyant l'ensemble des objectifs et engagements sur la durée du contrat. L'autorité de régulation doit d'abord veiller au respect des engagements contractuels, et fournir une expertise autonome, pour éviter le face-à-face entre la municipalité et l'opérateur* ».

Ce modèle mixte a été appliqué dans certaines pays en développement, avec des résultats plus ou moins concluants. Le modèle a été adopté en Asie (Philippines, Indonésie), en Afrique (Mali, Mozambique, Niger), ainsi qu'en Amérique latine (Colombie, Argentine, Pérou, Chili, Panama). La ville de Manille a adopté ce modèle avec un succès très relatif en raison du manque d'autonomie de l'autorité de régulation (*Metropolitan Waterwork and Sewerage System – Regulatory Office-MWSS-RO*). En effet, dans ce dernier cas, le MWSS-RO était supervisé par un comité présidé par le président des Philippines et le président lui-même n'a pas hésité à trancher le conflit qui opposait la société gestionnaire et l'autorité responsable de l'eau, contre l'avis du MWSS-RO. Il a été constaté que, dans certains cas, la présence d'un régulateur a permis de réguler le contrat et de réduire le nombre de renégociations⁵³⁵. L'intérêt de cette régulation a été démontré en Amérique latine notamment⁵³⁶.

Le type de régulation par le contrat et l'agence nécessite un équilibre qu'il n'est pas aisé d'atteindre. Une grille d'évaluation de la qualité de la régulation a été élaborée

⁵³⁴ BREUIL Lise, NAKHLA Michel, École des Mines de Paris - Centre de Gestion scientifique et INA PG, « Concilier efficacité et service public dans les concessions de service d'eau et d'assainissement dans un environnement institutionnel incertain », ENGREF Montpellier - Laboratoire de Gestion de l'Eau et d'Assainissement, *Revue d'économie industrielle* — n° 111, 3^{ème} trimestre 2005.

⁵³⁵ GUASH J Luis, LAFFONT Jean-Jacques, STRAUB Stéphane (2003): "Renegotiation of Concession Contracts in Latin America". *Policy research Working Paper*. The World Bank, Avril 2003.

⁵³⁶ FOSTER Vivien (2005), « Ten years of water service reform in Latin America : toward an Anglo-French model », *Water Supply and Sanitation Sector Board Discussion Paper Series n°3*, World Bank, Washington DC.

par la banque mondiale⁵³⁷, assortie de nombreux critères. Parmi ces critères, on peut énoncer la solidité légale (fondements juridiques de l'autorité de régulation), la puissance financière (l'indépendance et le budget), l'autonomie de décision (indépendance, durée des nominations, collégialité des décisions). La qualité de cette régulation est décisive dans le secteur de l'eau qui demande de forts investissements et est soumis à une exigence sociale et politique forte. Dans le rapport entre le contrat et l'agence, la bonne régulation va dépendre aussi du type de contrat. Plus le contrat comporte une part importante d'implication de la part des opérateurs privés, comme les contrats de concession comportant des investissements importants, plus l'indépendance du régulateur, sur la fixation du prix, sera un facteur déterminant de la stabilité des relations.

Il s'agit de trouver un équilibre entre le risque de vider le contrat de son contenu par un régulateur qui aurait un comportement trop arbitraire ou trop extérieur à l'intérêt du service à long terme et le risque que les parties au contrat capturent la régulation au détriment des usagers du service. La régulation par l'agence est souvent mal perçue par les opérateurs privés qui peuvent voir dans la régulation *« un intrus dans le secteur, essayant coûte que coûte d'établir son pouvoir en prenant des mesures punitives contre les opérateurs plutôt que d'en soutenir l'essor »*⁵³⁸ et parfois par les pouvoirs publics qui peuvent y voir un coût supplémentaire. Le risque de conflit, de méfiance ou de contentieux peut en effet être aggravé par un régulateur non adapté.

On observera que dans la régulation par l'agence, le contrat n'est jamais très loin non plus. Dans le modèle britannique de la régulation par l'agence, la licence, octroyée par le ministère en charge du secteur de l'eau, fait office de contrat dont le régulateur, l'OFWAT, est chargé de vérifier la bonne application et la bonne adaptation aux conditions d'exercice du service. Outre l'intérêt que l'on peut trouver à la question de l'agence pour réguler les contrats de DSP, reste l'épineux problème de trouver un modèle qui soit réellement adapté à la situation spécifique d'une région.

⁵³⁷ ANDRES, Luis, GUASCH, J. Luis, and STRAUB Stéphane : "Does Institutional and Regulatory Design Matter for Infrastructure Sector and Firm Performance?", World Bank Policy Research Working Paper, WPS4378, 2007.

⁵³⁸ TREMOLET Sophie « Un point sur la privatisation de l'eau en Afrique », *Annales des mines, responsabilité et environnement*, avril 2006, n°42.

En effet, le type de régulation doit être le mieux adapté au contexte juridique et économique dans lequel le service d'eau est délivré. Cela conduit le chercheur Dominique Lorrain⁵³⁹ à préconiser la mise en place d'un organisme de régulation qui exercerait une régulation légère consistant essentiellement en une régulation de type « *sunshine regulation* ». Son rôle consisterait à mesurer la performance et à construire le système de règles et de normes qui encadrent l'exercice de la gestion du service. Il pourrait avoir un rôle de conseil auprès des autorités locales. C'est le type de régulation que recommande Dominique Lorrain dans le système français de régulation qui est territoriale. Le type de régulation préconisé resterait donc assez souple. Elle pourrait s'accompagner d'un renforcement par l'instrument du contrat lui-même. Ainsi que le rappelle Tonci Bakovic de la Banque mondiale : « *Regulatory independance must be combined with a clearly specified regulatory contract that must be negociated by political authorities. [...] the key component of the regulatory contract is a performance-based, multi-year tariff-setting system*⁵⁴⁰ ».

La question de la régulation par l'agence pose la question du niveau de régulation adapté dans le cas d'une gestion décentralisée des services d'eau. L'agence est souvent placée au niveau national alors que le contrôle du contrat est réalisé localement. Il est possible de concevoir un organisme de soutien à la régulation qui soit au niveau national et un contrôle et une régulation du contrat qui s'opère au niveau local avec des outils de comparaison standardisés au niveau national, voire européen.

Conclusion du titre 3

L'analyse des différentes formes de gouvernance du service d'eau potable et d'assainissement, permet de dégager un certain nombre de notions clé et d'outils dans l'amélioration du management du service et de son contrôle. La comparaison de la DSP avec d'autres modes de gestion nous permet de voir quels sont les autres « pouvoir de contrôle », ou plutôt les types de régulation possibles dans la gestion des services publics d'eau.

⁵³⁹ LORRAIN Dominique, « Faut il un régulateur pour les réseaux techniques urbains ? » in HENRY, QUINET, 2003, *Concurrence et service public*, L'harmattan, Paris. Cf. *Rapport AFD 2010*, p. 47.

⁵⁴⁰ BAKOVIC Tonci, TENENBAUM Bernard, WOOLF Fiona, « Regulation by Contract: A New Way to Privatize Electricity Distribution ? », *Working Paper n°14*, Banque mondiale, Washington DC. Cité par *AFD rapport 2010*, p. 44. « Une autorité de régulation indépendante doit être combinée avec un contrat normatif clairement spécifié qui doit être négocié avec les autorités politiques. L'élément clé d'un contrat normatif est un système basé sur la performance et avec une tarification fixée sur plusieurs années ».

La gestion en régie est censée permettre une meilleure maîtrise des déterminants du service, comme ses caractéristiques techniques, ses coûts. Cela se vérifie à condition de pouvoir maîtriser l'aléa politique par une gouvernance adéquate et de disposer d'une gestion rigoureuse en particulier dans le domaine patrimonial. Il n'en reste pas moins que la dispersion des régies et les faibles économies d'échelle restent des points délicats à régler pour les régies.

Au-delà de la comparaison sur la maîtrise de la gestion du service, l'idée de réversibilité du mode de gestion nous paraît être un élément décisif, un fil directeur dans la relation avec le partenaire, établissement public ou délégataire, dans la définition d'une maîtrise du service.

La gestion par le biais d'un marché de services est rare et occasionnelle le plus souvent. Elle nous apparaît cependant pouvoir être un mode de gestion efficace, alliant une mise en concurrence plus formalisée et un pouvoir renforcé, accompagné d'une responsabilité plus affirmée, de contrôle du prestataire, avec le pouvoir de direction inhérent à la qualité de maître d'ouvrage. Elle n'est cependant pas adaptée à toutes les situations, notamment quand il s'agit de construire un partenariat durable et stratégique.

Le partenariat public privé sous la forme du contrat de partenariat n'est pas utilisé pour la gestion de l'eau, celui-ci étant axé sur la réalisation d'ouvrages sans perception directe de redevances de la part des usagers. Associé à un marché de service, le montage conviendrait à la gestion de l'eau. Les outils d'évaluation que ce type de contrat oblige à mettre en place nous paraissent non seulement intéressants mais aussi très pertinents, voire nécessaires à la gestion d'un service sur de nombreuses années. Le comparateur du secteur public, les outils d'évaluation financière, doivent pouvoir être mis en place pour l'évaluation des contrats, à son point initial, mais surtout à différents moments et à chaque renégociation du contrat.

La gestion centralisée de l'eau au Royaume-Uni nous montre l'exemple d'un pouvoir de régulation qu'implique toute activité de contrôle. Il associe une immixtion dans les données chiffrées de la gestion des entreprises attributaires à une capacité de régulation de la rémunération de ces entreprises : en cas de surmarge, elles sont amenées à reverser une partie de leurs profits. Le « modèle » a ses limites. Il ne garantit pas la modération des prix, et surtout, il exclut les collectivités

territoriales de la régulation du système, ce qui n'est la conception du modèle français de gestion des services d'eau.

TITRE 4 : LES INSTRUMENTS DE LA REGULATION. LA VALORISATION DU CONTRAT

Introduction du titre 4

Les pouvoirs publics doivent veiller à la qualité du service public, c'est la notion même de service public qui impose de pouvoir modifier le contrat pour prescrire un niveau de qualité dans les prestations demandées : c'était le cas de l'obligation de chauffage dans les services publics de transports au début du XX^{ème} siècle, c'est aussi le cas pour des prescriptions relatives à la qualité de l'eau ou pour l'obligation de continuité du service d'eau. La légitimité du contrôle n'existe pas uniquement au regard de la qualité du service mais aussi, dans une certaine mesure, au regard de sa gestion. Peut-on se désintéresser de la question du prix des obligations d'entretien, de renouvellement, d'amortissement des équipements du service ? Toutes ces questions relèvent de la gestion du service et non pas de la qualité du service public rendu *stricto sensu*.

Le législateur a décidé que la qualité de la gestion devait être contrôlée et a imposé au délégataire, de rendre compte de sa gestion du service. Contrôler la qualité de la gestion c'est définir et prescrire l'application de normes de bonne gestion. Et cela est affaire de régulation, de définition des instruments permettant d'atteindre ces normes.

Les services d'eau sont financés par des fonds privés, comme les redevances des usagers⁵⁴¹, les fonds propres apportés par les entreprises délégataires, mais aussi de fonds publics apportés par les collectivités publiques. Il y a un intérêt public à contrôler les financements publics mais il y a aussi un intérêt public à ce que les financements privés soient durables et sécurisés. C'est ce que fait le régulateur britannique quand il examine les comptes des sociétés gestionnaires des bassins

⁵⁴¹ Les recettes perçues par le délégataire ont la nature de fonds privés, c'est ce qu'a depuis longtemps reconnu le juge des comptes, même si le débat reste encore d'actualité sur le critère précis de détermination de la nature publique ou privée de la recette « création de recettes » ou « encaissement d'une recette préexistante », comme l'ont montré les débats à l'occasion de l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 novembre 2009, *Société Prest'action*, n°297877. Voir : LASCOMBE Michel, VANDENDRIESSCHE Xavier, « La notion de recettes publiques, la gestion de fait et les contrats contenant un mandat financier », *AJDA* 2009, p. 2401, et SARTORIO François, GIVORD Laurent, « Les risques attachés au maniement de fonds publics pour les opérateurs privés – Le cas particulier de la surtaxe d'affermage », *AJDA* 2012, p. 1898.

hydrographiques : il procède à une analyse de la structure du bilan des entreprises, établit des ratios de sécurité, etc. L'intérêt public commande donc l'aller plus loin dans le contrôle des données financières des entreprises délégataires afin de savoir dans quelles conditions financières sont gérés les services publics. Tout comme une entreprise partenaire à un contrat de partenariat s'assurera de la solidité financière de l'exploitation pour assurer son retour sur investissement, la collectivité doit s'assurer de la solidité financière de l'exploitation et des investissements réalisés dans ses services publics.

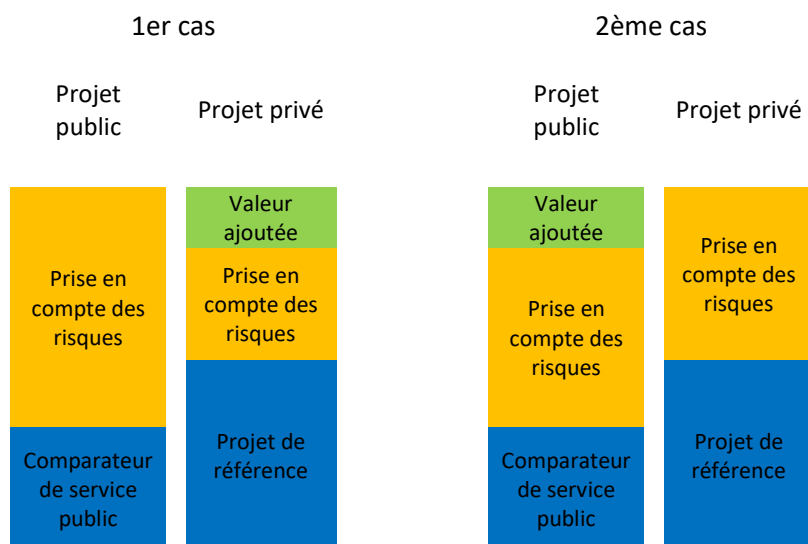
S'il existe trois grands modes d'exercice de la commande publique, que sont les marchés publics, les contrats de délégation de service public et les contrats de partenariat, il y a entre tous ces contrats, distincts du point de vue juridique, de multiples modalités d'aménagements qui font voir, d'un point de vue économique, un « *continuum*⁵⁴² » de solutions offertes à la puissance publique. Dans cette optique, nous essaierons de voir dans quelle mesure les modèles d'évaluation des contrats de partenariat peuvent être pertinents dans le cas des DSP d'eau potable et d'assainissement. Nous poserons l'hypothèse suivante : le contrôle doit consister en l'évaluation régulière de la valeur ajoutée d'un contrat (ou d'une modalité de réalisation d'un service public, pour les cas où le service est géré en régie interne). Le contrôle est une étape dans la régulation, qui doit permettre d'apporter une remédiation.

L'évaluation de la valeur ajoutée des différentes modalités possibles de réalisation de travaux et de services publics a été conduite à l'occasion de la mise en place des contrats de partenariat. De nouveaux outils d'évaluation ont été développés, comme le « comparateur du secteur public » (CSP), le « projet de référence », « l'analyse quantitative des risques », et « l'analyse de la valeur ajoutée ». Le « comparateur du secteur public » est un outil de valorisation de la construction et de la gestion d'un équipement par la personne publique. Il s'agit de modéliser le coût global du projet. Cette valorisation est censée utiliser les modalités d'évaluation que ferait un promoteur privé par rapport à un tel projet, d'où la dénomination de l'outil. Le « projet de référence » est la valorisation de la construction et de la gestion d'un équipement par la personne privée, telle qu'on envisage de le faire (il faudrait alors imposer aux soumissionnaires, non pas un mémoire technique, mais un projet de référence). « L'analyse quantitative des risques » suppose de valoriser les risques

⁵⁴² SAUSSIÉ Stéphanie et TIROLE Jean, *Rapport du Conseil d'analyse économique*, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », 2015. p. 3.

et de les répartir sur chacun des partenaires. La « valeur ajoutée » est la différence entre les deux valorisations, la valorisation par le projet privé étant censé apporter une valeur ajoutée, c'est-à-dire une économie dans le coût global du projet. Elle fait l'objet d'une analyse argumentée.

Schéma n°8 : la valorisation du contrat



Source : A. Abou

Nous essaierons de voir dans quelle mesure les contrats de DSP, dans le domaine de l'eau, peuvent entrer dans cette logique d'évaluation, et ce qu'apporterait une telle pratique dans le renforcement de la maîtrise des services.

Afin de voir si les contrats de DSP entrent dans cette logique, nous suivrons les différentes phases de l'élaboration de la valeur ajoutée : la capacité à élaborer un coût global de projet, pour un projet mené en interne ou en DSP, la capacité de définir une répartition des risques, et puis enfin la capacité à définir une valeur ajoutée, c'est-à-dire de dégager une différence entre le projet mené en interne et celui mené à l'aide d'un contrat en partenariat avec une entreprise spécialisée.

Dans la première partie, nous aborderons la question de la valorisation des compétences et des actifs d'une DSP et verrons d'une part ce qu'apportent les études menées sur la maîtrise du patrimoine dans les DSP d'eau, et d'autre part ce qu'apporte notre étude sur les services d'eau dans la Caraïbe française sur ce point. Dans un deuxième temps nous aborderons la question de la répartition des risques : le rôle de cette répartition et la façon dont elle se pratique, à travers l'étude d'un

certain nombre de contrats. Enfin, nous tenterons de voir dans quelle mesure une appréciation de la valeur ajoutée peut être réalisée et ce qu'elle peut apporter.

4.1. LA VALORISATION DES COMPETENCES ET DES ACTIFS

La gestion des biens est essentielle car de celle-ci va découler tant l'efficacité du service que sa pérennité. Les biens de la délégation sont des biens destinés à un service public essentiel, ce qui en fait une catégorie spécifique de biens de par leur nature et également de par leur matérialité économique particulière : certains équipements bien spécifiques ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs. La valorisation du service peut s'analyser sous trois angles : la valorisation des ressources humaines, la maîtrise du patrimoine matériel et immatériel et la protection des actifs stratégiques.

Il est souhaitable de minimiser le risque de l'entretien, du renouvellement, de l'adaptation aux nouvelles technologies et aux nouveaux besoins, et du bon fonctionnement des actifs, en apportant des garanties et des protections contre des comportements opportunistes. Le contrôle de ces biens revêt un caractère stratégique.

4.1.1. LA VALORISATION DES RESSOURCES HUMAINES

La gestion des ressources humaines est un élément fondamental de la bonne marche d'un service public. Le maintien dans le service d'une technicité et d'une compétence suffisantes est la condition indispensable à la qualité du service rendu.

4.1.1.1. L'OBLIGATION DE TRANSFERT D'AGENTS ENTRE LA COLLECTIVITE PUBLIQUE ET L'ENTREPRISE DELEGATAIRE

Les chambres régionales des comptes ont pu constater que la gestion des compétences dont le caractère stratégique a été bien compris par les sociétés délégataires, s'est parfois faite au détriment de la collectivité publique et de la qualité du service. La fin de la délégation peut être l'occasion, pour le délégataire, de repositionner son personnel compétent et qualifié sur d'autres contrats ou

d'autres missions et de se débarrasser du personnel dont elle ne souhaite plus la collaboration⁵⁴³.

En cas de changement d'employeur, la législation du travail impose la reprise des personnels par le nouvel employeur. C'est l'application de l'article L. 122-12-1 du code du travail dont le Conseil d'Etat⁵⁴⁴ et la Cour de cassation⁵⁴⁵ ont reconnu l'application aux cas de transfert d'une entité économique autonome, comme un service d'eau et d'assainissement d'une personne privée vers une personne publique. Les juridictions françaises ont suivi en cela la juridiction européenne. L'article L. 122-12-1 dispose : *« A moins que la modification visée au deuxième alinéa de l'article L. 122-12 n'intervienne dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement ou liquidation judiciaires, ou d'une substitution d'employeurs intervenue sans qu'il y ait eu de convention entre ceux-ci, le nouvel employeur est en outre tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, des obligations qui incombent à l'ancien employeur à la date de cette modification. / Le premier employeur est tenu de rembourser les sommes acquittées par le nouvel employeur en application de l'alinéa précédent, sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans la convention intervenue entre eux. »*

La personne publique doit proposer un contrat de travail au salarié transféré. Si les salariés refusent l'offre, le contrat prend fin de plein droit, ce qui équivaut à un licenciement, qui doit se faire selon les règles du droit du travail. Concernant la rémunération, la collectivité publique rémunère les salariés en référence aux salaires qu'ils détenaient avant leur transfert et non en référence aux rémunérations servies pour une qualification et un niveau de responsabilité équivalente dans la fonction publique⁵⁴⁶.

On observe un parallélisme des procédures dans le cas réciproque du passage d'une régie à un service délégué géré par une entreprise privée. L'article L. 1224-3-1 du code du travail, issu de la loi n°2009-972 du 3 août 2009 prévoit que le délégataire doit proposer un contrat aux agents non titulaires employés par la collectivité et qui

⁵⁴³ On l'a vu nettement dans la fin de la délégation de la ville de Paris, cf. CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES ILE DE FRANCE, *Rapport d'observations définitives*, Régie Eau de Paris – exercice 2009 et suivants. Juin 2014.

⁵⁴⁴ CE, 22 octobre 2004, *Lamblin*, n°245154.

⁵⁴⁵ Cour de Cassation, Chambre sociale, 22 juin 2002 n°01-43467.

⁵⁴⁶ Avis du CE n°299307 du 21 mai 2007.

travaillent dans le service public transféré. Tout comme dans le sens inverse, le contrat proposé reprend les clauses substantielles du contrat détenu par les agents (rémunération, niveau de responsabilité). En cas de refus par les agents, le contrat prend fin de plein droit.

Dans la mesure où les agents d'un SPIC sont des agents de droit privé, en dehors du directeur et du comptable, le transfert ne devrait être qu'un changement d'employeur. C'est le cas habituel des régies dotées de la personnalité morale. Les régies non dotées de la personnalité morale ont parfois recours à des agents de droit public et même les régies autonomes ont souvent du personnel détaché dans les effectifs. Pour ces derniers la solution du détachement des agents publics vers l'entreprise privée est une solution tout à fait possible.

Sur le périmètre de l'obligation de transfert des personnels, dans le sens de la régie vers le service délégué, la collectivité est tenue de transférer tous les personnels de droit privé et les agents non titulaires travaillant dans le service. Cependant pour les personnels fonctionnaires, cette obligation n'existe pas. Le fonctionnaire, quand il appartient à la fonction publique territoriale, peut néanmoins être détaché. Dans le sens du service délégué vers la régie, l'entreprise est tenue de transférer l'ensemble des contrats de travail du personnel exerçant leur activité dans le service. Par ailleurs, le transfert des personnels ne doit pas être progressif mais doit se faire globalement. L'expertise sociale vise à déterminer de façon précise les conditions d'emploi des agents travaillant dans un service. Si elle est souhaitable, on a vu⁵⁴⁷ que la réalisation de ces expertises ne permet pas toujours d'avoir une vision précise des conditions d'emploi des agents.

Le rapport annuel du délégataire devrait être théoriquement une source d'information sur la situation, les conditions d'emploi et la rémunération des agents exerçant au sein des services délégués. L'article R. 1411-7 du CGCT détaille le contenu de ce rapport et indique à l'alinéa I-h qu'il comprend : « *Les engagements à incidences financières, y compris en matière de personnel, liés à la délégation de service public et nécessaires à la continuité du service public* ». La rédaction de cette disposition est assez floue, suffisamment pour ne pas mettre d'obligation d'une information complète de la collectivité sur la situation précise de chacun des salariés.

⁵⁴⁷ Cf. partie 3.1.2. (titre 3) : sur les conditions de la réversibilité et le cas du passage de la gestion des eaux en régie à Paris.

Dans le rapport remis en octobre 2007 à l'Institut de la gestion déléguée par le groupe d'études présidé par Gille Le Chatelier⁵⁴⁸, les rapporteurs préconisent une interprétation plus large des obligations qui incombent aux entreprises délégataires en vertu de l'article R. 1411-7 précité, indiquant qu'une « *interprétation plus large pourrait être souhaitée dans le cadre d'une plus grande fluidité des modes des gestion* ». Il est souhaitable de rédiger précisément les dispositions à communiquer à la collectivité publique dans le cadre de cet article R. 1411-7 du CGCT. Celui-ci imposerait la communication précise des conditions d'emploi des agents validé par le conseil d'administration de l'entreprise délégataire et indiquant notamment la quote part du temps passé sur le contrat objet de la délégation par rapport au temps de travail total de chaque agent.

En pratique, le transfert du personnel entre administration de l'Etat ou des collectivités territoriales donne toujours lieu à des incompréhensions. La précision des conditions d'emploi des agents sur un document mis à jour régulièrement est d'autant plus essentielle.

4.1.1.2. LA VALORISATION DES COMPETENCES DES AGENTS

Au titre des mesures de continuité du service ou des mesures de fin de contrat, le savoir-faire des salariés doit pouvoir être valorisé. Mentionner dans les contrats, ou ses annexes, les compétences nécessaires à l'exercice des missions, permettrait d'éviter que le délégataire ne transfère ailleurs les compétences nécessaires au service⁵⁴⁹. Le rapport précité précise que « *si rien n'est fait en ce sens, le risque existe de voir des entreprises limiter le savoir-faire des personnels locaux (susceptibles de les quitter pour la régie, ou d'ailleurs aussi un autre délégataire, à l'expiration du contrat) en les cantonnant aux tâches d'exécution, et de situer la valeur ajoutée de l'entreprise dans des structures mutualisées que l'entreprise conservera* ».

Le cas s'est produit avec l'entreprise Transmontagne, délégataire initial d'un service public de remontées mécaniques, qui employait un agent non salarié par la société locale titulaire de la délégation mais salarié du siège « *en mission au Val-*

⁵⁴⁸ Institution de la gestion déléguée (IGD), Rapport à l'Institut de la gestion déléguée par le groupe d'études présidé par Gille Le Chatelier, octobre 2007, p. 18.

⁵⁴⁹ Cela est valable en sens inverse pour le transfert d'un service en régie vers un service délégué.

d'Allos pour la durée de la délégation de service public ». Le savoir-faire de cet agent devait être transféré à l'entreprise qui a succédé à Transmontagne, comme il aurait dû être transféré à la collectivité si elle avait repris le service en régie. La Cour de cassation en a conclu « *que M. X..., avant le transfert du service, avait été spécialement et exclusivement affecté à l'exploitation des stations du Val-d'Allos par la société sortante ; que la cour d'appel a pu déduire de ses constatations et énonciations, d'une part, qu'une entité économique disposant de moyens spécifiquement affectés à la poursuite d'une finalité économique propre avait été transférée à la société Rémy Loisirs et, d'autre part, que le contrat de travail de M. X... devait être repris par cette société et qu'à défaut la rupture de ce contrat lui était imputable*⁵⁵⁰ ». Cet arrêt souligne la nécessité d'envisager le transfert des personnels en s'appuyant sur la réalité des tâches effectuées : un agent affecté à un service doit être transféré à ce service, au moins pour la quotité de son affectation.

La question de la quotité de travail de chaque agent affecté au contrat, qui n'est pas abordée dans le rapport précité, est un des points importants car on retrouve cette situation dans de nombreux cas : les agents des entreprises filiales de grands groupes sont pour une partie non négligeable d'entre eux, affectés à différents contrats. La reconstitution de ces quotités par la collectivité délégante est quasiment impossible sans les données précises de la société qui emploie les agents. Cette question est souvent source de mésentente et peut permettre de contourner les règles d'un transfert adéquat des personnels et des compétences.

4.1.1.3. LA REDUCTION POSSIBLE DES CHARGES INDIRECTES

La répartition des charges pour les sociétés appartenant à un groupe de sociétés obéit au principe de la mutualisation. Les sociétés locales d'exploitation, filiales, font appel pour certaines fonctions à un centre de mutualisation qui fournit ses services à plusieurs filiales. Il peut y avoir différents niveaux de mutualisation, au niveau régional, d'un centre opérationnel ou d'une agence.

On distingue donc les charges directes de personnel, directement identifiables, et les charges de personnel mutualisées, qui concernent des fonctions comme la gestion des ressources humaines, le service achat, la gestion de la clientèle. Ces charges indirectes sont réparties sur chacun des contrats, et figurent sur les comptes annuels de résultat d'exploitation (CARE), en fonction d'une répartition à la valeur

⁵⁵⁰ Cour de cassation, chambre sociale, 9 novembre 2005, n°03-47188.

ajoutée de chaque contrat, le plus souvent. La difficulté est que les agents ne font pas forcément un décompte de leurs heures par contrat mais par type d'activité (production, travaux, fonction support, etc.). Les salaires sont versés par l'entreprise locale, mais sont refacturés à une instance de mutualisation (un groupement d'intérêt économique par exemple, GIE au sein du groupe ou agence), cette instance refacture alors aux différentes sociétés les charges mais en y appliquant une clé de répartition à la valeur ajoutée du contrat, en attribuant plus de charges pour les sociétés qui produisent une plus grande valeur ajoutée. Tout se passe comme si l'instance de mutualisation prenait tout en charge puis réimputait à chacune des sociétés sa part de charge de personnel, non sur la base de charges réelles, mais sur la base d'une répartition proratisée. L'objectif est d'optimiser fiscalement les résultats et de lisser les marges ou les résultats négatifs de chacune des filiales. L'impôt sur les sociétés affiché dans les CARE ne correspond d'ailleurs par à un vrai impôt, mais est censé correspondre à la contribution théorique de la filiale (ou du contrat) à l'impôt sur les sociétés que paie le groupe au niveau national. Il y a donc un vrai écart entre les exigences juridiques liées au transfert des agents et les modalités de calcul des charges de personnel.

Dans le cas de l'audit de la société délégataire du service relevant de la compétence du syndicat intercommunal du Centre et du Sud de la Martinique (SICSM)⁵⁵¹, la chambre régionale des comptes a constaté une répartition des charges de personnel très complexe. Les agents sont affectés à différentes tâches : l'exploitation du service, la réalisation de travaux d'entretiens, de renouvellement. Ces travaux sont comptabilisés spécifiquement sur les CARE et font l'objet d'une facturation. Dans le décompte du fonds de travaux les frais de personnel et les frais de structure sont également comptabilisés, comme l'indique la répartition des heures travaillées par les agents⁵⁵². Certains agents travaillent sur plusieurs contrats. Cependant aucune justification n'est donnée sur le temps des agents passé en dehors du périmètre du contrat couvert par la DSP. Les chiffres donnés sur le temps travaillé peuvent varier d'un document à l'autre, entre 225 000 heures et 304 000 heures. Cela traduit le fait que l'entreprise communique des données tantôt sur l'ensemble de son personnel, tantôt sur l'ensemble de son personnel consacré à un contrat.

⁵⁵¹ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Société martiniquaise des eaux (SME), Exercices 2009 et suivants. Octobre 2016.

⁵⁵² Voir annexe n°6 : « Données sur le personnel SME ».

Ainsi, pour 172 agents⁵⁵³, la société délégataire communique les données sur les heures travaillées, la répartition entre eau potable et assainissement. De ces données il a pu être établi le temps moyen travaillé par agent, le nombre d'ETP sur l'eau et sur l'assainissement, mais toutes ces données sont relatives à la société prise dans son ensemble et non par contrat, ce qui reste problématique.

D'autres données communiquées permettent d'avoir le décompte jour par jour de chacun des agents. Des codes sont associés, permettant vraisemblablement d'identifier le temps passé par chaque agent pour chacun des contrats auquel il est associé, mais il n'a pas été possible d'obtenir les références des codes et d'associer le temps passé par chaque agent au titre de chaque contrat. Cela est cependant possible et doit être demandé par la collectivité publique.

Comme les études statistiques l'ont également montré⁵⁵⁴, on constate que si l'estimation des charges directes de personnel est assez précise et fiable, ce n'est pas le cas des charges indirectes. Cela est dû au moins en partie aux modalités de répartition des charges indirectes en fonction de la valeur ajoutée du contrat, qui ne peut être fixée à l'avance par définition.

Dans son mémoire technique remis en tant que soumissionnaire pour le contrat de DSP de 2003, la société délégataire du SICSM avait décomposé le coût analytique de son personnel en fonction des types d'activités (production, distribution, travaux, etc.). D'après le délégataire, le coût analytique est une donnée élaborée par la direction centrale et non localement et l'objet du coût analytique est simplement de proposer une offre et non de suivre l'évolution du contrat par rapport à l'offre proposée. Il n'a donc pas été possible pour la collectivité d'obtenir du délégataire la même répartition analytique pour comparer le coût analytique au coût exécuté lors du contrat, avec une répartition selon les critères du coût analytique.

Par rapport au mémoire technique présenté lors de la soumission des offres, les charges directes de personnel de 2003 sont en 2013 plus élevées de 47% par rapport à 2003⁵⁵⁵. La chambre a constaté une forte augmentation des charges directes de personnel sur la période concernée : 24,5% en 4 ans, ce qui justifie une approche analytique de la gestion du personnel. S'agissant des charges indirectes, l'audit

⁵⁵³ Voir annexe n°6 : « Données sur le personnel SME ».

⁵⁵⁴ FAUQUERT Guillaume, Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation – Contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable, 2007.

⁵⁵⁵ Voir annexe n°6 : « Données sur le personnel SME ».

établit qu'elles sont plus élevées de 108 % en 2014 par rapport à la proposition faite dans le mémoire technique. Cela révèle une appréciation sous-évaluée dans le mémoire technique ou bien un décompte trop important dans le CARE. On peut aussi attribuer cette différence à la comptabilisation de ces charges indirectes au *prorata* de la valeur ajoutée des contrats. Si le contrat avait gardé la valeur ajoutée indiquée initialement, les charges indirectes n'auraient représenté que 23% des charges totales de personnel et se seraient établies à 1 707 539 €, soit 567 446 € de moins que dans le compte 2014. Cette somme correspond sans doute à la somme « en trop » que payent les clients en raison de la part que leur contrat occupe dans la valeur ajoutée totale de la société délégataire.

La dernière année du contrat, est atypique. Les dépenses de personnel bondissent de 1 M€, soit près de deux fois et demi l'augmentation annuelle moyenne sur les quatre années précédentes. Rien ne semble justifier cette augmentation dont une grande partie est liée à l'augmentation des charges indirectes. Les charges indirectes de personnel, qui ne peuvent être rattachées spécifiquement au contrat (certains travaillent sur d'autres contrats, comme les personnels d'encadrement ou certains techniciens) devraient, en théorie, être assez réduites car, d'après ce qu'il ressort des entretiens avec le personnel de direction, il est aisé de rattacher chaque agent à un service et à un contrat. La part des charges indirectes dans les charges totales de personnel est de 33%. Un agent sur trois n'est pas identifié comme travaillant spécifiquement pour le contrat. Cela est supérieur au taux annoncé par le délégataire dans son mémoire technique (23%).

Au regard des données fournies par la société, il est quasiment impossible de vérifier la pertinence des inscriptions relatives aux charges de personnel alors même que les entretiens menés avec les cadres de la société permettent de voir qu'il est tout à fait possible de diminuer, dans une grande mesure, la part des charges indirectes.

4.1.2. LA VALORISATION DU PATRIMOINE MATERIEL ET IMMATERIEL

4.1.2.1. LE LIEN ENTRE LE PRIX ET LA MAITRISE PATRIMONIALE

Nous avons émis l'hypothèse que la valorisation du patrimoine est un outil important de la construction d'une régulation. Il nous a donc semblé important de cerner la part qu'occupe la composition du patrimoine des services d'eau, avec ses

caractéristiques techniques, dans la détermination du prix de l'eau. L'approche quantitative est complémentaire à notre approche initiale de type plutôt qualitative. L'approche statistique en particulier permet d'avoir une approche globale sur les déterminants d'une grandeur. Par exemple, pour savoir si, globalement, c'est-à-dire en dehors des facteurs locaux, un déterminant comme la complexité des infrastructures, par exemple, a un effet sur une grandeur, le prix, il est utile de mettre en place un outil statistique permettant de déterminer les corrélations.

Pour l'approche quantitative sur la question du prix et de ses déterminants, dont les caractéristiques du patrimoine, nous nous sommes référés au travail de recherche menée par Guillaume Fauquert⁵⁵⁶. Il s'appuie sur l'observatoire des services publics d'eau et d'assainissement, instance chargée de mesurer la performance des services d'eau et d'assainissement au niveau national, qui publie deux rapports annuels, l'un sur l'impact des procédures de mise en concurrence dites « Loi Sapin » sur les services d'eau et d'assainissement, qui utilise les réponses à des enquêtes et l'autre rapport qui expose un panorama des services et de leur performance. Ce deuxième rapport utilise le système d'information des services publics d'eau et d'assainissement (SISPEA), créé par la loi sur l'eau et les milieux aquatiques, et qui fournit depuis novembre 2009 des indications sur l'organisation, les tarifs, les performances des services. La durée de collecte et de traitement des informations est longue puisque les rapports publiés dans l'année donnent les chiffres de l'année N-3.

L'auteur cherche à trouver les corrélations et à définir la « complexité des structures » à partir de différentes variables, comme l'origine de la ressource (surface ou souterraine), la qualité de l'eau brute (propre ou polluée), les capacités de stockage (fortes ou faibles), le dénivelé du réseau (fort ou faible), la structure de l'habitat (concentré ou dispersé)⁵⁵⁷. Les résultats obtenus sont les suivants :

Certaines caractéristiques du patrimoine expliquent la formation du prix

L'auteur a développé les méthodes statistiques évoquées sur la base de données issue du logiciel GSP des DDAF dans son enquête de 2004 (124 individus) et de 2006 (836 individus).

⁵⁵⁶ Voir l'étude déjà citée de Guillaume Fauquert sur « Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation – Contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable » (ENGREF – 2007).

⁵⁵⁷ Voir annexe n°7, Méthodologie de l'étude.

L'enquête de 2004 montre que 29% (R^2 de 0,29) de la variance du prix est déterminé par un certain nombre de facteurs techniques (densité linéaire, nombre de consommateurs, indice linéaire de perte, volume des importations d'eau, type de traitement). L'enquête de 2006 confirme cette corrélation avec un R^2 de 0,26. Le volume de consommation est corrélé de façon significative au prix, avec un coefficient de corrélation négative de -0,62 dans l'enquête de 2006 : dans 62% des cas observés, un fort volume de consommation est corrélé à un prix plus bas en moyenne.

L'auteur en tire les conclusions suivantes : sur l'échantillon observé, lorsque l'on introduit la variable « taux de renouvellement des branchements », le prix augmente de 13%. Plus il y a de renouvellement, plus le prix est élevé. Quand on introduit la variable « densité linéaire », le prix baisse de 13%. Plus le réseau dessert une population dense, moins le prix est élevé. Quand on introduit la variable « importation d'eau », le prix augmente de 35%. Plus le service utilise de l'eau importée, plus le prix est élevé.

Les résultats de ces études doivent toutefois être relativisés. En effet, seulement 54% des services (sur un échantillon de 836) a pu faire l'objet d'une estimation correcte du prix (marge d'erreur de moins de 20%). L'auteur en conclue : « *Les déterminants du prix d'ordre technique sont donc peu nombreux et ne permettent pas d'approcher le prix réel d'une manière satisfaisante*⁵⁵⁸ ».

La connaissance du patrimoine a une incidence sur la formation du prix

L'auteur met en lumière la forte corrélation entre certains postes de dépenses prévus dans le compte d'exploitation prévisionnel (CEP) et leur réalisation dans les comptes de résultat financier (CRF) : l'achat d'eau, l'énergie, main d'œuvre directement imputée⁵⁵⁹, qui apparaissent ainsi bien appréhendés par les gestionnaires.

⁵⁵⁸ FAUQUERT Guillaume, Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation – Contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable, 2007, p. 171.

⁵⁵⁹ Ibidem, p. 165.

L'étude de corrélation souligne également la faible corrélation entre ce qui est prévu au CEP pour les charges indirectes (frais généraux, une partie de la sous-traitance) et les charges calculées (investissements propres) et les réalisations dans les CRF.

Ces résultats viennent à l'appui de l'idée que la connaissance du patrimoine et la prévision de ces coûts sont des éléments déterminants pour un ajustement plus précis du prix aux coûts et pour l'uniformisation des marges entre les contrats. Dès lors que les coûts sont connus et bien évalués, les divergences entre CEP et CRF peuvent être expliquées et un contrôle effectif peut être effectué.

Nous avons identifié, parmi les variables étudiées dans la recherche mentionnée, les variables qui traduisent la connaissance du réseau et du patrimoine en général par les collectivités :

- L'exploitation en régie préalablement à la DSP
- La réalisation d'une étude d'un retour en régie, qui peut traduire cette volonté de mieux connaître son patrimoine, de mieux le maîtriser.
- La réalisation d'un audit préalable du service.

La première variable est sans doute la plus significative d'une bonne connaissance du patrimoine : une collectivité qui a exploité son service en régie connaît bien son patrimoine et est capable d'étalonner les coûts d'une gestion en DSP et ainsi peut prévenir un prix trop élevé. Cette variable n'a cependant pas été étudiée directement dans la recherche précitée. Elle l'a été indirectement à travers la variable « histoire » que l'auteur a pu dégager non par la méthode statistique mais par les entretiens avec les parties prenantes⁵⁶⁰.

L'auteur a étudié, à l'aide de ces entretiens, des contrats divergents par rapport aux moyennes statistiques (prix très différent de la moyenne par exemple et corrélations atypiques). Il a identifié plusieurs contrats avec des prix très inférieurs à la moyenne (entre -33% et -71%). Sur ces contrats plusieurs suivent une période de gestion en régie. Il en conclut, s'agissant d'un service en particulier : *« l'élu externalisait auparavant certaines prestations de service à l'entreprise qui est devenue son fermier. Un bon suivi de ces prestations de service a impliqué que l'entreprise a été mise en défaut par l'élu, ce qui lui a permis de faire pression en négociation »*⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ FAUQUERT Guillaume, Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation – Contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable, 2007, p. 167-170.

⁵⁶¹ Ibidem, p. 170.

La deuxième variable a fait l'objet d'une étude statistique, mais elle n'est pas véritablement concluante. L'étude menée sur cette variable constate que, paradoxalement, l'étude d'un retour en régie est corrélée positivement au prix : le prix est plus élevé (de 14%) pour les services envisageant le retour en régie. En fait, de plus amples calculs montrent que ce n'est pas l'étude de la régie qui est corrélée au prix plus élevé mais le nombre d'avenants que le contrat a connu. Et plus le contrat a d'avenant, plus le prix est élevé et plus la collectivité étudie le retour en régie.

La troisième variable « l'audit préalable du service » a fait l'objet d'un traitement statistique de régression linéaire⁵⁶². La corrélation est négative : la présence d'un audit préalable fait baisser le prix de 3%. Mais le degré de significativité n'est cependant pas considéré comme atteint. L'auteur en conclut que « *cette variable n'a pas d'impact significatif sur le prix final*⁵⁶³ ».

On peut conclure de l'analyse de ces données que la connaissance du patrimoine est un atout indubitable pour la négociation. On peut également en conclure que les décideurs se dirigent vers une réappropriation du patrimoine dès lors qu'ils voient que le contrôle de la DSP leur échappe (renégociations nombreuses, prix en augmentation). Enfin les audits préalables ne sont pas les garants d'un prix moins élevé. Cela ne veut pas dire qu'ils ne sont pas les garants d'une maîtrise des prix et d'une meilleure maîtrise de la délégation, car ce sont peut-être (surement même) les DSP historiquement les plus chères, qui ont fait l'objet d'une décision d'audit préalable. Ce biais peut, sur ce point précis, invalider le résultat auquel aboutit l'étude menée. En outre, si l'échantillon est significatif, il est quand même relativement restreint : la base de données est celle de l'observatoire de la loi Sapin (358 individus), limitée à 329 individus en raison des données manquantes, pour lesquelles 285 contrats ont fait l'objet d'un audit préalable.

⁵⁶² FAUQUERT Guillaume, Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation – Contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable, 2007, Annexe 11.

⁵⁶³ Ibidem, p. 181.

4.1.2.2. LES FAILLES DANS LA VALORISATION DU PATRIMOINE

Le cadre de la connaissance du patrimoine

Aux termes d'un contrat de DSP, les biens de la délégation doivent être répertoriés dans un inventaire exhaustif. Celui-ci fait apparaître notamment, mais non exclusivement, les ouvrages d'adduction, de production et de stockage, de pompage et de surpression, les canalisations répertoriées par commune avec leurs caractéristiques détaillées, les accessoires sur réseau, les branchements et nourrices, les jauges, les compteurs et modules radio, les infrastructures éventuelles de communication à distance destinées au relevé des compteurs, à la supervision et aux alarmes, les bâtiments de toute nature et locaux mis à disposition par la collectivité, les logements mis à dispositions, les terrains nus faisant partie des biens affermés, les équipements de bureau, les équipements de laboratoire, le système d'information (infrastructures, matériels informatiques, de téléphonie, progiciels, logiciels et applications), les éventuels biens de reprise des contrats de délégation de service public précédents.

Si l'un des intérêts de l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, est le renouvellement de la théorie sur la qualification juridique des biens des délégations de service public, son objet initial était de résoudre un différend portant sur les biens affectés à la concession entre la commune de Douai et la société ERDF et notamment sur la question de savoir si la collectivité concédante pouvait exiger du concessionnaire qu'il fasse l'inventaire de la totalité des biens de la concession. Il s'agissait ainsi d'une question relative au contrôle des biens de la délégation par la collectivité délégante, du point de vue de la connaissance de ces biens. Le Conseil d'Etat valide le droit de la collectivité à disposer de toutes informations sur son patrimoine : « *Considérant qu'il résulte des principes mêmes de la délégation de service public que le cocontractant du concédant doit lui communiquer toute information utile sur les biens de la délégation ; [...] qu'il résulte de ces dispositions que le concessionnaire est tenu, pour permettre à l'autorité concédante d'exercer son contrôle sur le service public concédé, de lui communiquer, à sa demande, toutes informations utiles, notamment un inventaire précis des ouvrages de la concession, avec la détermination de leur valeur brute, de leur valeur nette comptable et de leur valeur de remplacement*⁵⁶⁴ ». Si le Conseil d'Etat s'est appuyé sur les dispositions propres au secteur de l'électricité et du gaz,

⁵⁶⁴ CE, *commune de Douai*, 21 décembre 2012, n° 342788.

puisque'il cite les dispositions de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales, il donne à ces dispositions une portée générale applicable à toute DSP : « *Les autorités concédantes précitées assurent le contrôle des réseaux publics de distribution d'électricité et de gaz. A cette fin, elles désignent un agent du contrôle distinct du gestionnaire du réseau public de distribution. / Chaque organisme de distribution d'électricité et de gaz tient à la disposition de chacune des autorités concédantes précitées dont il dépend les informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique utiles à l'exercice des compétences de celle-ci, [...]. Il communique chaque année, notamment, la valeur brute, la valeur nette comptable et la valeur de remplacement des ouvrages concédés* ».

Sur le domaine spécifique de l'eau et de l'assainissement, et sur le plan technique, l'arrêté du ministre en charge de l'écologie et du développement durable du 2 décembre 2013 modifiant l'arrêté du 2 mai 2007 relatif aux rapports annuels sur le prix et la qualité des services publics⁵⁶⁵ a défini un « *indice de connaissance et de gestion patrimoniale des réseaux d'eau potable* ». L'indice prend en compte notamment « *l'existence d'un plan des réseaux de transport et de distribution d'eau potable mentionnant la localisation des ouvrages et des dispositifs généraux de mesures [...], la définition d'une procédure de mise à jour du plan des réseaux, [...] l'existence d'un inventaire des réseaux* », etc. « *Un total de 40 points [sur 120] est nécessaire pour considérer que le service dispose du descriptif détaillé des ouvrages de transport et de distribution d'eau potable* ». L'indice est codifié P103.2B.

Sur les données nationales de 2015, l'indice moyen de connaissance se situe à 83 sur 120⁵⁶⁶. S'il ne traduit pas complètement la connaissance technique et patrimoniale des équipements, l'indice est un indicateur de cette connaissance. Un nombre significatif de services, parfois importants, ont un indice largement en dessous de 40, soit une connaissance minimale de leur patrimoine et ne disposent pas ainsi d'outils suffisants pour en assurer la gestion. Sur 13 586 services d'eau potable en France en 2013, un peu moins de 5 187 avaient renseigné l'indice et sur les 5 187 services, 753 avaient un indice inférieur à 40, soit 15% des services

⁵⁶⁵ Arrêté du 2 décembre 2013 modifiant l'arrêté du 2 mai 2007 relatif aux rapports annuels sur le prix et la qualité des services publics d'eau potable et d'assainissement. NOR : DEVL1323309A

⁵⁶⁶ Cf. Site EauFrance, données 2015 sur la France entière.

d'eau⁵⁶⁷. Il existe donc, sur la connaissance technique du patrimoine, une grande marge de progression.

Les chambres régionales des comptes ont eu l'occasion de critiquer la méconnaissance de ce patrimoine. Ainsi la chambre régionale des comptes de Provence-Alpes-Côte d'Azur, dans un avis du 13 février 2014 sur la convention de délégation de service public de l'eau conclue le 27 novembre 2013 par la communauté urbaine Marseille Provence Métropole avec la Société des Eaux de Marseille, résume les difficultés juridiques et de gestion induits par cette méconnaissance : « *L'absence d'inventaire des biens de retour reflète l'absence de connaissance de son actif par la communauté urbaine. Cette absence peut aussi être regardée comme conférant un avantage concurrentiel substantiel au profit du délégataire sortant, qui a été reconduit. Elle fragilise la notion même de contrat, dès lors que ces inventaires constituent des éléments essentiels du contrat. Sa régularité s'en trouve atteinte puisque les moyens matériels affectés à la délégation ne sont pas connus. Elle suscite aussi des doutes sur les conditions dans lesquelles les travaux de renouvellement ont été estimés et pris en compte au stade de l'analyse des offres. Elle rend difficile le contrôle par le délégant du respect de ses obligations par le délégataire, notamment en ce qui concerne les travaux d'entretien à sa charge*⁵⁶⁸ ». Dans le cas de ce contrat, comme dans beaucoup d'autres, la réalisation de l'inventaire est laissée à la discrétion de l'entreprise délégante et entre dans ses missions.

S'agissant d'un service aussi suivi que le service d'eau et d'assainissement de Paris, qui, au demeurant est très facile d'accès puisque 90% des installations sont accessibles (égouts ou galeries), la chambre régionale des comptes d'île de France constate que « *les données relatives à l'évaluation et à l'amortissement des biens figurant à l'actif du budget annexe ne permettaient pas la valorisation précise des installations, en raison de leur manque de fiabilité*⁵⁶⁹ ».

⁵⁶⁷ Cf. site Eaufrance. Les données sont calculées à partir des tableaux généraux disponibles sur le site.

⁵⁶⁸ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE COTE D'AZUR, Avis n°2014-0009 du 13 février 2014 sur la convention de délégation de service public de l'eau conclue le 27 novembre 2013 par la communauté urbaine Marseille Provence Métropole avec la Société des Eaux de Marseille, p. 27.

⁵⁶⁹ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES ILE DE FRANCE, Rapport d'observations définitives, Politique de l'eau – Ville de Paris – exercice 2009 et suivants, juillet 2014, p. 49.

Nous avons mené une enquête sur le patrimoine des services d'eau en Caraïbe française afin de d'évaluer l'état de la connaissance et de maîtrise du patrimoine de la part des collectivités organisatrices du service, permettant de mieux définir les actions à entreprendre pour élaborer un « comparateur du secteur public » pour les DSP.

Périmètre de l'étude

Nous avons réalisé entre 2012 et 2017 une enquête sur la gestion de l'eau dans les collectivités de la Caraïbe française : Guadeloupe, Martinique, Saint-Martin, Saint-Barthélemy. Cette enquête englobe les gestionnaires suivants :

Tableau n°20 : Périmètre de l'enquête Caraïbe française

Région	Nom	Type d'organisme	Population desservie	Type de travaux utilisés	Nombre d'avis et de rapports
Guadeloupe	SIAEAG	Collectivité délégante	130 000	Audit de gestion, Avis budgétaires	7
Guadeloupe	CAGSC SIAEAG	Collectivité délégante	50 000	Avis au préfet	1
Guadeloupe	Régie de Sainte-Rose	Régie	20 000	Audit de gestion Avis budgétaires	5
Martinique	Odyssi	Régie	168 000	Audit de gestion	1
Martinique	SICSM	Collectivité délégante	202 000	Audit de gestion et avis sur DSP	4
Martinique	SME	Société délégataire		Audit de gestion	1
Saint-Martin	EEASM	Etablissement public	40 000	Audit de gestion, Avis budgétaires, avis sur DSP	7
Saint-Barthélemy	Collectivité de Saint-Barthélemy	Collectivité délégante	8 000	Audit de gestion	1
Saint-Martin	Collectivité de Saint-Martin	Collectivité délégante	40 000	Audit de gestion	1
Guadeloupe	Office de l'eau	Etablissement public	385 000	Audit de gestion	1
Martinique	Office de l'eau	Etablissement public	400 000	Audit de gestion	1
Martinique	CACEM	EPCI	168 000	Avis budgétaire	1
Guadeloupe	SIAEP Grands fonds	EPCI	15 000	Audit de gestion	1
Totaux			833 000		32

Cette enquête a permis d'aborder la question du patrimoine des services d'eau et d'assainissement sous l'angle financier, juridique et technique. L'enquête s'est focalisée sur la connaissance des biens de la délégation et la traduction comptable et financière de cette connaissance. Elle a permis d'approcher la relation entre la connaissance et la maîtrise de ces biens et la performance technique et financière du service.

Méthodologie de l'enquête

Cette enquête s'est étalée sur 6 années 2012-2017. Elle prend pour support des travaux qui ont été menés dans le cadre des attributions des chambres régionales des comptes avec les outils méthodologiques d'audit général et d'analyse des comptes.

On rappellera que l'un des fondements théoriques de l'audit est la théorie de l'agence. Celle-ci part du fait que la complexité des organisations transforme les relations de pouvoir et de savoir : le propriétaire, l'actionnaire, le responsable d'un service public (Etat ou collectivité locale), que l'on regroupe sous le vocable de « principal » ne peut plus avoir une emprise directe sur le management opérationnel, « l'agent ». Il est nécessaire alors de rétablir le niveau de savoir et de pouvoir au profit du principal. C'est le rôle de l'audit. La fonction d'audit peut aller au-delà de ce positionnement, notamment quand l'audit formule des recommandations opérationnelles au management lui-même et formule des recommandations d'efficacité. C'est ce double positionnement qui définit le fondement théorique de l'audit, tel que le conçoivent les spécialistes actuels du rôle de l'audit⁵⁷⁰. Les chambres des comptes sont donc, pour une partie de leurs attributions, dans une position d'auditeurs externes au sens large. Les juridictions financières ont renforcé cet aspect d'« audit » par la systématisation des recommandations aux gestionnaires et le suivi systématique de ces recommandations, prévus dans la réforme des chambres régionales des comptes de 2011⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ RENARD, Jacques, *Théorie et pratique de l'audit interne*, Eyrolles, 2010, p. 76-77.

⁵⁷¹ La loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles donne la possibilité au Premier président de la Cour des comptes de fixer des normes professionnelles. Ces normes sont mises en œuvre par voie d'arrêtées après avis du Conseil supérieur, et un arrêté a été pris par le Premier président le 17 juillet 2013 pour définir les normes générales applicables au contrôle.

La méthode a consisté à apprécier les risques inhérents au management. Elle procède à l'analyse et au traitement des documents produits par l'organisation. Les juridictions financières sont destinataires de l'ensemble des pièces budgétaires et comptables des collectivités publiques : actes budgétaires (budgets), actes comptables (mandats et titres, état des immobilisations, état de l'actif, etc.), pièces justificatives (factures, marchés, arrêtés, etc.) et documents de synthèse (comptes de résultat, bilans, balances des comptes, comptes administratifs, etc.). L'instruction a été enrichie par l'envoi de questionnaires⁵⁷² destinés aux élus et aux équipes managériales. Enfin l'instruction a été complétée par les entretiens sur place et les visites sur site.

S'agissant de l'aspect strictement patrimonial de l'audit, les documents comptables utilisés sont principalement l'état de l'actif, la balance des comptes. Les inventaires des biens sont également utilisés, notamment les inventaires et les plans de réseaux réalisés par les différents prestataires et délégataires.

Les travaux menés sur ces matériaux ont consisté à :

- Identifier le patrimoine utilisé pour les services publics des eaux et de l'assainissement.
- Identifier les producteurs des données relatives au patrimoine et préciser le degré de communication de ces données.
- Evaluer le degré de maîtrise par la collectivité publique de ces éléments de patrimoine.
- Etudier la transcription comptable de ces éléments de patrimoine.

Les travaux des juridictions financières ont été réalisés dans des cadres juridiques différents, mais avec les mêmes méthodes. Il s'agit du rapport de gestion, dénommé « rapport d'observations définitives » (ROD), du rapport qui fait suite à une saisine par le représentant de l'Etat en raison de la situation financière difficile de l'organisme, dénommé « avis budgétaire », du rapport qui fait suite à une saisine du représentant de l'Etat en raison du doute sur la validité juridique et la soutenabilité financière d'un contrat de DSP, dénommé « avis sur une DSP » ou bien encore de travaux menés sur simple demande des autorités étatiques sur un point particulier en débat.

⁵⁷² Cf. l'annexe n°8 : « Méthodologie de l'enquête Caraïbe française ».

Conclusions de l'enquête sur les biens des délégations

Les résultats de ces travaux ont fait l'objet de publications sur le site de la Chambre régionale des comptes Antilles-Guyane⁵⁷³. Chacune des appréciations fait l'objet d'une documentation et d'une justification adéquate, conformément aux normes professionnelles en vigueur dans les juridictions financières.

Certains cas nous paraissent emblématiques des difficultés particulières de gestion des biens des délégations, que nous retraçons dans les fiches particulières suivantes.

- Le Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de la Guadeloupe (IAEAG) : gestion des biens immatériels : connaissance de la clientèle, maîtrise des fichiers clients.
- La régie communautaire « Odyssi » : répartition entre les biens de la collectivité en général et ceux du service de l'eau en particulier.
- Le syndicat intercommunal du centre et du sud de la Martinique (SICSM) et la société martiniquaise des eaux (SME) : le suivi des biens du contrat dans le cadre d'une large délégation de la maîtrise du patrimoine au délégataire.
- L'établissement des eaux et de l'assainissement de Saint-Martin (EEASM) : la maîtrise des ressources du service dans un contexte de concurrence avec l'exercice privée (hors service public) de la gestion de l'eau.

Il s'agit de 4 cas-limites où la difficulté de maîtrise des biens du service entraîne le risque de la remise en question du service public lui-même.

Le transfert des biens : l'exemple d'Odyssi

Contexte : il s'agit d'une régie communautaire qui a succédé à une régie municipale gérée pendant 50 ans par la même municipalité et dans un contexte de rénovation urbaine qui faisait passer l'amélioration des conditions sociales et sanitaires de vie avant la préoccupation de bonne gestion.

Un état de l'actif est produit chaque année pour l'eau et l'assainissement. Cependant, le patrimoine n'est pas entièrement recensé. En effet, ODYSSI n'a pas récupéré tout l'actif de la ville de Fort-de-France (même s'il en a récupéré toute la dette). En outre, le transfert

⁵⁷³ Voir annexe n°7 : « Travaux effectués – enquête sur l'eau dans la Caraïbe française ».

de l'actif pose des problèmes de transcription comptable notamment quand il s'agit d'équipements non réalisés, comme les canalisations prévues et financées dans certains quartier (délibération d'emprunt en ce sens) et non trouvées.

La difficulté provient aussi de l'identification du passif à récupérer, certains emprunts de la ville ayant servi à financer partiellement les réseaux mais aussi d'autres opérations.

Une autre difficulté se pose, celle de la valorisation de l'actif et la prise en compte des amortissements. Avant le 1^{er} janvier 2006 et la mise en vigueur de la comptabilité M14, la comptabilité communale n'imposait pas un amortissement systématique des biens, et peu de communes le faisaient. Depuis cette date, les communes doivent amortir les biens, mais seulement ceux acquis depuis le 1^{er} janvier 1996. On voit que pour les équipements d'eau et d'assainissement, dont une grande partie est antérieure à 1996, la question du financement futur des réseaux se pose.

Nous avons pu observer également, que près de 10 ans après la création d'une régie communautaire, la ville a dans son actif (compte 2153) des réseaux d'eau, pour une valeur historique de 17,89 M€ et d'assainissement, pour une valeur de 34,6 M€. Ces biens qui sont utilisés par la régie des eaux ODYSSI devaient figurer aux comptes 24 de la collectivité affectante « Immobilisations affectées, concédées, affermées ou mises à disposition » et non au compte 21 de la collectivité. Ils devaient être transférés au bilan de l'établissement compétent en matière d'eau et d'assainissement, ODYSSI, avec les amortissements adéquats.

Un audit patrimonial a été conduit. Un premier rapport a été communiqué à ODYSSI en décembre 2013. Il a recensé de façon exhaustive l'actif qui doit être transféré à ODYSSI. Cet actif représenterait une valorisation de plusieurs dizaines de millions d'euros. Le transfert de cet actif posera le problème de l'amortissement des installations non encore totalement amorties, et donc entraînera une charge pour la collectivité.

Cette dispersion de l'actif entre plusieurs collectivités et établissements nuit donc à la bonne gestion et au contrôle sur les actifs. La responsabilité de l'exploitant et celle de la collectivité propriétaire ne peuvent qu'être brouillées par cette situation : le renouvellement partiel par l'exploitant se substituant, par exemple, au remplacement par le propriétaire.

Les biens immatériels : l'exemple du SIAEAG

Contexte : Il s'agit d'un service géré pendant 40 ans (1968-2008) par le même délégataire. Le passage en marché de service puis en régie en 2014 s'est accompagné d'une relation très conflictuelle entre la collectivité responsable du service et le délégataire (Compagnie générale des eaux – Guadeloupe - CGE).

Avec la signature du marché de prestation de services en 2008, le SIAEAG a dû mettre en place un service de gestion des clients, chargé de recevoir les paiements et de gérer les réclamations. Ce système, prévu par le CCAP du marché, comprend une régie, conformément aux articles R.1617-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, chargée de percevoir les paiements. Le directeur général adjoint de la Compagnie générale des eaux Guadeloupe a assuré les fonctions de régisseur. La partie réclamation a été gérée par le « service gestion » basé au SIAEAG.

Deux types de traitement des recettes du SIAEAG ont été organisés. Les paiements ordinaires transitent par la régie et font l'objet d'émissions de titres après encaissement. Les fonds perçus par la régie sont transférés sur un compte au Trésor géré par le comptable public. La régie est censée percevoir les sommes jusqu'à 2 mois après la date limite de paiement. Il y a par ailleurs un traitement spécifique pour les « impayés », c'est-à-dire l'absence de paiement au-delà du délai de 2 mois à compter de la date d'exigibilité des sommes. Les sommes sont recouvrées par le comptable, à la suite de l'émission d'un titre spécifique pour chaque débiteur, et par voie de rôle, à partir des fichiers d'impayés transmis par la CGE. Dans la pratique, les titres sont émis bien plus tard que le délai de 2 mois, avec parfois un délai incompatible avec le recouvrement des factures.

La régie a eu beaucoup de difficultés à être opérationnelle, notamment pour ce qui concerne les instruments de paiement (TIP, CB, chèques, etc.), en raison de la désorganisation de la collectivité publique. S'agissant des titres que le SIAEAG devait émettre à l'encontre des usagers qui étaient en situation d'impayé, des dysfonctionnements majeurs ont entraîné la perte irrémédiable de nombreuses créances. En effet, la prescription d'assiette est le délai qui court pour émettre le titre de recette matérialisant les droits de l'établissement. A défaut d'émission du titre dans le délai, la prescription est acquise au débiteur. En matière de redevance d'eau cette prescription est de deux ans.

Les difficultés dans la communication des fichiers entre le prestataire et le SIAEAG rajoutées à l'expérimentation d'une nouvelle application informatique sur la gestion de clientèle par le prestataire a conduit à ces dysfonctionnements majeurs : facturation très en retard, facturation erronée, réclamations et incidents de paiement nombreux. Ces

dysfonctionnements ont eu des conséquences qui ont duré plusieurs années. Les conséquences ont été catastrophiques en termes de manque à gagner pour le service. La prescription d'assiette a touché plusieurs millions d'euros de recette. Le SAIEAG a dû annuler des milliers de facture en raison des montants erronés et s'est privé de recettes considérables. Le taux d'impayés a atteint 20% pour certaines années de facturation.

Ce retour d'expérience montre que les fichiers clients et les logiciels de facturation, de relance et de traitement des réclamations sont des outils stratégiques dont la mauvaise maîtrise peut mettre le service en péril. Quand la gestion de ces outils relève du délégataire, des garanties doivent être prévues.

La délégation au gestionnaire de la maîtrise du patrimoine : l'exemple du SICSM

Contexte : il s'agit d'un service géré par une entreprise en délégation depuis plus de 30 ans, avec de bonnes relations entre collectivité et délégataire, mais un mode de gouvernance qui a clairement pris l'option de déléguer et de « laisser faire ».

Le SICSM a affermé depuis 1977 son service à la Société Martiniquaise des eaux (SME), filiale de la Lyonnaise des eaux qui intervient dans les domaines de la production et de la distribution d'eau potable. Elle procède également à la collecte et au traitement des eaux usées. L'assistance technique au SICSM ainsi que le système d'information géographique (SIG) et d'une télésurveillance centralisée font également partie du contrat d'affermage. La SME doit aussi procéder aux divers travaux de maintenance et d'entretien sur les ouvrages et elle est chargée d'avertir le SICSM en cas de gros travaux à entreprendre. Il lui appartient enfin d'assurer la relation avec la clientèle.

Pendant la période récente, deux contrats avaient été signés entre le SICSM et la SME. Le premier contrat a été signé pour 12 ans à partir du 1^{er} janvier 2003. Il devait être modifié par un avenant en 2012 mais, suite à la saisine du préfet de la Martinique, la chambre régionale des comptes a émis un avis défavorable sur cet avenant. Cette dernière a constaté que cet avenant ne respectait pas le droit commun, en particulier parce qu'il bouleversait l'économie générale du contrat. Ainsi, des modifications substantielles de durée (passant de 12 à 16 ans) et de volume d'investissements à la charge du fermier (passant de 13,80 M€ à 21,3 M€) avaient été constatées. Cet avenant avait été retiré et un nouveau contrat signé en 2015. Il s'agit d'un contrat avec une dimension concessive importante, où le délégataire prend une part prééminente dans la gestion du service.

La chambre des comptes a pu constater que la construction d'une importante STEP a été attribuée à une entreprise filiale de Suez Environnement, pour un marché de plus de 11 M€ alors même que les offres avaient été analysées par une autre entreprise filiale de Suez Environnement et que l'exploitant est également filiale de Suez environnement. La chambre notait que l'avis du directeur du service de l'assainissement avait été réservé sur certains points de l'offre, notamment sur la possibilité d'augmenter les capacités de la station, point qui aurait pu conduire à un second tour de négociation. Ce point laisse un doute quant à l'objectivité du maître d'œuvre sur les offres présentées et montre une emprise claire du partenaire au contrat sur la politique d'investissement.

Cette situation est confirmée par le fait que les investissements sont, très majoritairement, programmés par le délégataire et que les investissements les plus essentiels, décidés par les élus du SICSM sont systématiquement remis à une date ultérieure. Le volume programmé par le SICSM est d'ailleurs très supérieur au volume des travaux réalisés. La programmation par la SME apparaît un frein à un pilotage réel des opérations.

***Le coût de la ressource et les erreurs de gestion menacent le service public lui-même :
l'exemple de l'EEASM.***

Contexte : c'est celui, très particulier de la reprise, par un établissement public rattaché, d'une dette communale, avec un niveau de prix exorbitant, dans un contexte de faible contrôle général de l'accès à la ressource (nappes phréatiques, etc.) et des conséquences d'une gestion privative, en concurrence avec le service public.

L'établissement des eaux et de l'assainissement de Saint-Martin, EEASM, créé le 7 mars 2006, avait repris le passif transféré à son budget par la commune au moment du passage du statut de commune au statut de collectivité territoriale. Celui-ci avait été constitué par la vente de la commune aux abonnés à un prix (3,40 € en moyenne le m³) inférieur au coût d'achat de l'eau (entre 4,17 et 5€). Le différentiel de 1,5 M€ par an, a entraîné une dette de 15 M€ au 31 décembre 2005.

Le prix final pour une facture standard de 120 m³ (première tranche et deuxième tranche) s'établit à 5,89 € le m³ en 2016. Ce prix s'entend sans la facturation de l'assainissement collectif. Avec l'assainissement collectif, le prix est à 8,46 € le m³ pour une consommation moyenne de 120 m³. La facture moyenne s'établit pour un foyer à 650 € annuellement pour une consommation de 68 m³. Pour une consommation standard de 120 m³, la facture moyenne est de 1 092 € par an. Les dépenses représentent environ 5% du revenu à Saint-Martin, soit un taux largement supérieur au 3%, considéré comme un taux limite. Pour

certains foyers fragiles cette part représente 7% des revenus (contre une dépense de 1,25% des revenus des ménages, au niveau national).

Le prix pour les structures importantes (hôtels, etc.) est démesuré. Avec la tranche de facturation la plus élevée dès 22 m³ et des tarifs autour de 16 € le m³. Ces consommateurs ont recours à des procédés alternatifs d'alimentation en eau, notamment les stations de dessalement privées qui permettent un prix estimé par les fournisseurs d'installations à 3 €, hors coûts de contrôle et de mise en conformité et hors coûts de traitement des eaux usées. C'est le cas des structures hôtelières de l'île. Il appartient à ces structures de déclarer et de faire agréer leur installation, notamment sur les points sensibles comme les rejets de saumures ou la qualité de l'eau potable délivrée. L'Agence régionale de santé (ARS), chargée de ce contrôle, a demandé à 6 établissements de se mettre en conformité avec la loi dès 2011. Un seul dossier de régularisation a été transmis pour instruction. Des forages doivent être déclarés et pour ceux dépassant les 100 000 m³ par an, être préalablement autorisés. Il n'y a eu aucune déclaration effectuée et aucune demande d'autorisation.

La loi Brottes du 15 avril 2013, avec son décret d'application en date du 27 février 2014, interdit à tout distributeur de couper l'alimentation en eau dans une résidence principale même en cas d'impayé et cela tout au long de l'année. Ces mesures, tout comme la situation économique et sociale en général, ne sont pas étrangères à l'augmentation des impayés. On observe en effet au niveau national une tendance à l'augmentation des impayés sur l'eau. A Saint-Martin la situation est identique, à la différence que le taux d'impayés était déjà très élevés, autour de 10 %. Le taux d'impayé est à Saint-Martin de 21% sur les factures de 2014, en forte augmentation puisqu'il était de 7% en 2010.

L'enquête relative à la connaissance du patrimoine des services d'eau dans les Antilles française montre de graves défaillances dans le pilotage du service. Ainsi s'agissant de la plus importante régie des Antilles, avec 34 500 abonnés et 168 000 habitants desservis, ODYSSI, la régie communautaire de l'agglomération de Fort-de-France, la chambre régionale des comptes indiquait dans son rapport : « le patrimoine n'est pas entièrement recensé. En effet, ODYSSI n'a pas récupéré tout l'actif de la ville de Fort-de-France (même s'il en a récupéré toute la dette). [...] Un audit patrimonial est en cours [...] Il a recensé de façon exhaustive l'actif qui doit être transféré à ODYSSI. Cet actif représenterait une valorisation de plusieurs dizaines de millions d'euros⁵⁷⁴. »

⁵⁷⁴ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Régie communautaire de l'eau et de l'assainissement – Odyssi – Exercices 2007 et suivants. Mars 2015.

En outre, la commune détient dans son patrimoine des biens qui devraient être affectés à ODYSSI. En effet, elle a dans son actif des réseaux d'eau, pour une valeur historique de 17,9 M€ et d'assainissement, pour une valeur de 34,6 M€. Ces biens doivent être transférés à ODYSSI, avec transfert d'une dotation pour amortissement, qui a été évalué à 20,3 M€ par la chambre régionale des comptes.

On retrouve ce problème récurrent dans le contrat de DSP du SIAEAG, signé avec la Compagnie générale des eaux pour la période de 1968 à 2008. L'inventaire des installations et de leur état a été réalisé de manière unilatérale et sans contradiction. Nous avons pu noter également une communication très lacunaire des informations disponibles dans les systèmes d'information géographique des opérateurs⁵⁷⁵.

Le manque de fiabilité de l'inventaire des biens engendre donc toute une cascade de conséquences juridiques et économiques. Le contrat n'est pas régulier puisque formé « *en l'absence d'éléments essentiels censés répertorier les moyens affectés à la délégation*⁵⁷⁶ ». L'absence d'inventaire pose également le problème des conditions dans lesquelles les offres des entreprises concurrentes ont pu être analysées. En l'absence d'indication sur les biens, il est aléatoire d'estimer les travaux de renouvellement nécessaires et aléatoire de prendre en compte ces travaux comme critère de partage des offres concurrentes.

La collectivité n'a également aucun moyen de contrôler le respect par le délégataire de ses obligations d'entretien et de renouvellement et ne peut sanctionner la société en cas de défaillance.

En outre, l'absence de données sur la valorisation des biens peut avoir des conséquences sur la régularité de la mise à disposition des biens à l'entreprise délégataire au regard du régime européen des aides d'Etat. En effet, cette mise à disposition peut se comprendre comme une aide accordée par l'Etat or de telles

⁵⁷⁵ Cas du contrat de DSP entre la CACEM et la Société martiniquaise de service du 1^{er} mai 2006., in CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Communauté d'agglomération de centre de la Martinique – CACEM Exercices 2009 et suivants. Octobre 2015.

⁵⁷⁶ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE COTE D'AZUR, Avis n°2014-0009, L. 1411-18 du CGCT, Délégation de service public de l'eau – Communauté urbaine de Marseille. Février 2014.

aides sont incompatibles avec le marché intérieur, sauf dérogation⁵⁷⁷. La mise à disposition n'est pas considérée comme une aide de l'Etat mais comme la compensation d'une obligation de service public si les quatre conditions posées par la Cour de justice de l'Union européenne sont remplies⁵⁷⁸. Or l'absence d'inventaire ne permet pas la réalisation de la condition de la transparence du calcul de la compensation de l'obligation de service public. Et, au-delà de 15 M€ de « compensation », il est nécessaire de notifier l'avantage à la Commission européenne.

Au vu de la fragilité de la maîtrise du patrimoine des services publics on s'interrogera sur la protection juridique qui y est associée.

4.1.3. LA PROTECTION JURIDIQUE DES BIENS STRATEGIQUES

4.1.3.1. LE STATUT DES BIENS PENDANT LA DUREE DU CONTRAT

L'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) définit le domaine public de la façon suivante : « *le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public* ». Quand un bien intègre le domaine public, il fait l'objet d'une protection particulière, exorbitante du droit commun et un certain nombre de garanties traditionnellement applicables aux propriétés privées, sont interdites sur le domaine public, comme par exemple le nantissement, le crédit-bail, ou encore l'hypothèque.

⁵⁷⁷ L'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) dispose que, « sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

⁵⁷⁸ L'arrêt « Altmark », 24 juillet 2003 pose le principe que les compensations de service public ne constituent pas des aides d'État au sens de l'article 107 du TFUE si quatre critères cumulatifs sont remplis : l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente, la compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable, enfin, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée aurait encouru.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 21 décembre 2012, *Commune de Douai*⁵⁷⁹, a redéfini le statut des biens des délégation de service public pendant et après le contrat. Il le fait en trois temps :

Premièrement il rappelle la distinction fondamentale entre les biens nécessaires (ou indispensables) au service et les biens utiles au service, mais qui peuvent faire l'objet d'un remplacement sans remettre en cause l'économie du service. Cette distinction est le critère de jugement essentiel pour la définition du statut des biens de la DSP.

Pendant la durée du contrat, le principe est, qu'en cas de silence du contrat, les biens indispensables au service réalisés par le délégataire sont la propriété de la collectivité publique, et ce dès la fin de leur construction, et quel que soit le terrain d'assiette des équipements réalisés : une propriété publique ou une propriété du délégataire. Ainsi « *dans le cadre d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique* ». Ce sont les biens de « retour ».

En revanche, les biens simplement utiles au service réalisés par le délégataire sont la propriété du délégataire. En cas de silence du contrat, la faculté doit être laissée à l'administration de les acquérir. Ce sont les biens de « reprise ». Il avait déjà été admis que les biens utiles au service puissent faire l'objet, par la voie des clauses contractuelles, d'une intégration dans le domaine public de la collectivité, soit dès l'achèvement de leur réalisation, soit à la fin du contrat.

Deuxièmement, l'arrêt opère un réajustement des droits entre le délégant et le délégataire sur les biens non situés sur la propriété de la personne publique, mais indispensable au service : c'est le cas par exemple des compteurs. Il arrive que les compteurs soient la propriété du délégant, mais ils peuvent aussi être propriété du délégataire, cela dépend des termes du contrat. Quand ils ne sont pas la propriété de la collectivité délégante, celle-ci a néanmoins un droit sur ces biens, que l'arrêt *Commune de Douai* vient renforcer : « *le contrat peut attribuer au délégataire ou au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des ouvrages qui,*

⁵⁷⁹ CE, 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788.

bien que nécessaires au fonctionnement du service public, ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique, ou des droits réels sur ces biens, sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession, en cours de délégation, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée ».

Troisièmement, l'arrêt du Conseil d'Etat autorise des transferts de droit de propriété sur les biens de la collectivité délégante. Les biens de retour sont censés revenir obligatoirement de droit à la collectivité publique dès leur construction et seule une loi pouvait en disposer autrement. Désormais, les parties au contrat ont la possibilité de prévoir une propriété différente de ces biens pour la durée du contrat. Ces biens peuvent devenir la propriété du délégataire pendant la durée du contrat et à certaines conditions. La condition essentielle de l'attribution de ce droit est que cette attribution ne « *soit pas susceptible d'affecter la continuité du service public* ». Le Conseil constitutionnel avait déjà eu l'occasion à de nombreuses reprises de rappeler le lien entre la continuité des services publics et le respect de la domanialité publique⁵⁸⁰. Une condition supplémentaire est rajoutée pour que des droits de propriété soient accordés sur des biens construits sur le domaine public : le délégataire doit bénéficier d'une décision qui confère un droit réel sur le bien en question, par le biais d'une convention d'occupation avec droits réels, d'une autorisation d'occupation temporaire (AOT) avec droits réels ou d'un bail emphytéotique administratif (BEA).

⁵⁸⁰ CC, Décision n°94-346 du 21 juillet 1994, *AJDA*, 1994, p. 786.

Tableau n°21 : Le statut des deux types de biens des DSP durant la convention

Biens indispensables (nécessaires) au service public : les biens de retour

Sur le domaine du délégataire		Sur le domaine d'un tiers pour lequel le délégataire a obtenu des droits réels	Sur le domaine public	
Dans le silence du contrat : bien = délégant	Contrat peut stipuler Bien = délégataire (jusqu'à la fin du contrat), si "garanties propres à assurer la continuité du service public" Faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession du contrat pendant la durée du contrat	Bien = délégataire, si le contrat stipule que le titulaire bénéficie d'un droit réel, dit droit de superficie, et conditionné à l'obtention de "garanties propres à assurer la continuité du service public"	Dans le silence du contrat: bien = délégant. Il fait partie du domaine public (avec la protection exorbitante qui lui est attachée)	Contrat peut stipuler Bien = délégataire à deux conditions: droit réel donnée par un titre d'occupation, et (jusqu'à la fin du contrat), si "la nature et l'usage des droits consentis ne sont pas susceptibles d'affecter la continuité du service public"

Biens utiles au service public : les biens de reprise

Sur le domaine du délégataire	Sur le domaine public
Bien = délégataire	Bien = délégataire à une condition: droit réel donnée par un titre d'occupation (jusqu'à la fin du contrat).

Source : A. Abou

4.1.3.2. LE STATUT DES BIENS A L'EXPIRATION DU CONTRAT ET L'INDEMNISATION

La distinction des catégories de biens dans le contrat de délégation s'est longtemps basée sur les stipulations du contrat et en l'absence de clause de retour obligatoire, le juge a estimé un temps que le bien devait être considéré comme bien du délégataire. Récemment, le juge a réaffirmé avec force la prééminence du critère de l'affectation du bien au service sur les stipulations contractuelles. Certes cette prééminence est valable pour les biens qui sont nécessaires au service et non ceux qui sont simplement utiles, mais le juge s'affranchit parfois des stipulations contractuelles pour requalifier certains biens qui avaient été qualifiés de biens de

reprise. Désormais, un bien nécessaire à un service public ne peut faire l'objet d'une appropriation privée.

Le statut des biens simplement utiles à l'exploitation du service public ne pose pas de problème particulier. Ces biens, propriété du délégataire, sont repris soit gratuitement, soit contre le paiement d'un prix par la personne publique, si elle juge utile de reprendre ces biens. Sinon ils sont détruits par le concessionnaire. Le contrat peut donc prévoir le sort fait à ces « biens de reprise ».

La jurisprudence a défini les biens de retour par trois critères : ce sont des biens affectés à un service public, nécessaire à son exploitation et qui font l'objet d'une clause de retour obligatoire. Le caractère gratuit des biens de retour est souvent ajouté, mais il n'est pas nécessaire à l'identification des biens de retour. Les biens réalisés par le concessionnaire ou par le fermier, sous maîtrise d'ouvrage privée, devient un bien public dès son achèvement. Il intègre alors le domaine public. L'obligation de remise des biens en l'état par le délégataire provient de la qualification de bien de retour. Le contrôle de cette obligation est une tâche essentielle de la collectivité publique.

Le Conseil d'Etat précise qu'à l'expiration de la convention, « *les biens qui sont entrés dans la propriété de la personne publique font nécessairement retour à celle-ci*⁵⁸¹ ». Il s'agit d'abord des biens qui sont entrés depuis l'achèvement de leur construction dans le patrimoine de la personne publique. Il s'agit bien d'un retour, même si ces biens n'ont pas quitté le domaine public, car ils n'étaient pas à la disposition de la personne publique, mais à la disposition exclusive de la personne privée pour la gestion de la délégation de service public.

Ainsi, tous les biens nécessaires au fonctionnement du service public font l'objet de ce retour à la personne publique, qu'ils soient entrés depuis le début dans le patrimoine de la personne publique ou qu'ils soient restés, pendant la durée du contrat, dans le patrimoine de la personne privée concessionnaire. Il y aura simplement une différence dans les modalités du retour à la personne publique de ces biens nécessaires au service, selon que la personne publique était propriétaire ou non du terrain d'assiette ou des équipements. En effet, si la personne publique était propriétaire du terrain d'assiette et des équipements, qui étaient donc juste confiés au délégataire, il s'agit d'un simple retour en jouissance. Par contre, si la

⁵⁸¹ CE, 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788.

personne privée était propriétaire du terrain et des équipements, il s'agit d'un retour en jouissance et d'un retour en pleine propriété, avec des conséquences financières différentes. Enfin, dans le cas, plus complexe d'une propriété du terrain d'assiette par la personne publique et d'une propriété des équipements par la personne privée, en vertu d'un droit réel qui lui a été octroyé par la personne publique, il y a un retour des équipements en jouissance et en pleine propriété.

La question de la gratuité des biens de retour s'est posée depuis longtemps, les biens du contrat pouvant être nombreux avec un amortissement échelonné tout le long du contrat et au-delà. Le principe est que la gratuité ne vaut que pour les biens prévus à l'origine de la convention. En cas d'investissements intervenus au cours du contrat, la loi a prévu, s'agissant par exemple des remontées mécaniques⁵⁸², qu'une indemnisation est possible, sous la forme d'une indemnité de reprise librement stipulée par les parties au contrat. Dans cet exemple, il s'agissait du cas d'un service public d'exploitation du domaine skiable qui n'est pas un service public captif, ce qui donne une autre dimension à l'impératif d'équilibre financier du contrat et justifie que l'indemnité puisse être négociée.

Quel que soit le statut des biens de la DSP, la personne publique qui a délégué la gestion n'a plus de prise sur la gestion des biens, et ce quel que soit le statut des biens. Les biens « de reprise » sont des biens du délégataire. Les biens « de retour » sont confiés au délégataire pour la gestion du service et sont des biens dont il dispose de la jouissance exclusive, que ces biens appartiennent au domaine public, qu'ils appartiennent au délégataire, soit du fait de sa propriété des terrains d'assiette, soit du fait de la propriété des équipements et de la jouissance du terrain par le biais d'une autorisation du délégant.

Sur la question de l'indemnisation, en fin de contrat, de la personne publique ou de la personne privée, les cas sont les suivants : les biens de retour sont rendus gratuitement à la personne publique. Une indemnisation peut cependant intervenir au profit de la personne publique si les biens ne sont pas rendus en bon état de fonctionnement. Une indemnisation peut intervenir au profit du délégataire si les biens n'ont pas été complètement amortis. On fera une distinction selon que le bien a appartenu d'emblée au domaine public ou non. Si le bien a été apporté, comme un apport en nature par le délégataire à la délégation, il faudra qu'il fasse une évaluation de cet apport pour le compter dans le solde du contrat. S'agissant des

⁵⁸² CE, Avis du 19 avril 2005, n° 371234, Section des Travaux.

biens « de reprise », non indispensables au fonctionnement du service, ils appartiennent au délégataire qui peut les remettre au délégant gratuitement ou à un prix fixé par les parties, au titre du rachat de ces biens. Le délégant n'est pas obligé de les reprendre. Les enjeux financiers de l'indemnisation peuvent être très importants et la définition précise du périmètre de chaque type de bien est donc indispensable à l'équilibre du contrat.

4.1.3.3. LE SORT DES BIENS « OUTILS » INDISPENSABLES A LA GESTION DU SERVICE

Une question importante reste cependant en suspens : celle des biens qui apparaissent indispensables au fonctionnement du service mais qui sont propriétés du délégataire, et qui ne sont *a priori* ni des biens de retour ni des biens de reprise. On vise ici en particulier les outils de gestion de l'information. Ces biens, matériels et immatériels sont constitués par les équipements électriques, les logiciels, les licences et autres droits. Ils servent notamment au comptage et à la relève (télé relève), à la gestion des abonnés (gestion des contrats, facturation, interventions auprès des abonnés, traitement des encaissements, du recouvrement, du contentieux), à la gestion des interventions et des travaux. Ces biens sont devenus indispensables à la gestion d'un service d'eau et d'assainissement. Les contrôles des chambres régionales des comptes ont noté à de nombreuses reprises le caractère stratégique de ces biens : quand leur gestion n'est pas anticipée, c'est toute la gestion du service qui est négativement impactée au niveau technique, opérationnel⁵⁸³ et financier⁵⁸⁴.

Ces biens indispensables sont associés à des technologies propriétaires et reviennent donc à la société qui les a installés. Ils ne sont pas des biens de retour alors même qu'ils sont devenus strictement indispensables à la gestion du service. Ils ne sont pas non plus des biens de reprise véritablement dans la mesure où ils ne font pas l'objet d'une cession de la part de l'entreprise propriétaire, mais simplement d'une prestation de service éventuelle, si les partenaires le souhaitent. Cette problématique n'est pas propre aux DSP d'eau potable, on la retrouve pour la gestion des transports publics notamment avec les outils de télégestion du réseau.

⁵⁸³ Cas du SIAEAG, Cf. CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Rapport d'observations définitives*, Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de la Guadeloupe (SIAEAG) – exercice 2005 à 2011. Décembre 2012.

⁵⁸⁴ Cas de la régie des eaux de Paris.

Cette question avait été évoqué dans la revue *Contrat publics* de novembre 2011, Benoît Neveu insistait sur les « nombreuses incertitudes » que recèle la notion de bien de retour que cela soit dans le domaine des biens matériels mais aussi des biens immatériels : « *Les règles propres au droit de la propriété intellectuelle doivent elle céder devant le principe de continuité du service public pour permettre à la collectivité délégante de récupérer les biens immatériels tels que les logiciels au motif que ces biens sont nécessaires au fonctionnement du service ?*⁵⁸⁵ ». Il nous semble que le contrôle de ces biens est un élément stratégique du contrôle des DSP. Or dans les contrats examinés, aucune clause ne concerne les outils de gestion des données du service. Le seul point évoqué est la transmission du fichier des abonnés, qui doit être effectuée dans un format exploitable par la collectivité publique.

Plusieurs solutions peuvent être envisagées pour donner à la collectivité publique un certain contrôle sur ces biens. Une solution serait de les considérer comme des biens de retour. Le Conseil d'Etat, dans l'arrêt précité, visait les biens de la concession d'électricité de la commune de Douai, mais indiquait de façon générale que « *l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique* ». Les logiciels étant des biens meubles incorporels, appartiendraient à la catégorie des biens de retour, en l'absence de mention dans le contrat. Cependant cela peut être contestable dans la mesure où l'outil est développé par l'entreprise qui détient des droits de propriété intellectuelle et dans la mesure où l'outil n'a pas été développé uniquement à partir du financement du contrat de DSP, mais à partir des ressources de l'entreprise. Ces biens pourraient être considérés comme des biens de reprise, avec une indemnisation adéquate de l'outil logiciel, ce qui paraît plus acceptable. En revanche pour ce qui concerne les données liées à la ressource ou à la clientèle, il s'agit clairement de biens de retour.

D'autres solutions sont envisageables pour permettre à la collectivité publique de mieux contrôler ces biens. La première consisterait pour la collectivité à se doter d'outils logiciels propres permettant la réalisation des fonctions évoquées plus haut (relation avec les abonnés, gestion des relèves, des interventions et des travaux), en dehors des outils propriétaires des sociétés délégataires. Les collectivités peuvent faire appel à des sociétés spécialisées, par le biais de contrat de développement de logiciel spécifique. Dans ce type de contrat l'organisme public détient des droits sur

⁵⁸⁵ NEVEU Benoît, Dépasser la théorie des biens de retour, *CP-ACCP*, n°115 – novembre 2011, p. 3.

le futur logiciel et l'éditeur peut soit lui concéder un droit d'usage dans le cadre d'une licence, soit lui transférer les droits de propriété intellectuelle, notamment sur les « codes sources⁵⁸⁶ » des logiciels.

Une autre solution serait d'introduire une clause de réversibilité dans le contrat de DSP sur la partie spécifique du contrat relative à l'utilisation des logiciels et progiciels de gestion du service. Cette clause permet de reprendre certaines prestations qui font l'objet du contrat en cas de disparition du prestataire, d'inexécution du contrat ou quand le contrat arrive à terme.

Il y a donc une distinction à faire et un réel équilibre à trouver, entre le principe de la jouissance exclusive des biens qu'est en droit d'attendre le concessionnaire pour réaliser sa mission, en effet, « *la jouissance exclusive des biens litigieux par le concessionnaire, pendant la durée de la concession ne fait pas obstacle à leur appartenance à l'autorité concédante*⁵⁸⁷ », et le contrôle sur ces biens, qui ne peut être laissé complètement au délégataire, dès lors qu'il s'agit de biens stratégiques.

Conclusion sur la valorisation des compétences et des actifs

Les recherches menées sur un spectre significatif de pratiques de contrôle nous amènent à cerner des pistes d'amélioration du contrôle des contrats de DSP, comme la construction d'un contrôle patrimonial précis et exigeant. Ce contrôle est nécessaire car il engage les budgets futurs de la collectivité et sa responsabilité dans la délivrance du service. L'absence d'attention à la gestion patrimoniale apparaît comme une des sources de l'échec du contrôle des DSP.

Nous avons identifié les obstacles à une valorisation globale du projet. L'absence d'une véritable comptabilité patrimoniale des biens du service, l'absence d'identification précise des moyens humains, en nombre d'agents, en compétence, en qualification, l'absence de valorisation des biens stratégiques du service, l'absence d'une vision stratégique sur la pérennité du service et les conditions de

⁵⁸⁶ Le prestataire de service est sauf disposition contractuelle contraire, propriétaire des codes sources des logiciels développés. Ces codes peuvent faire l'objet d'un transfert de propriété intellectuelle à l'organisme qui a demandé la prestation. Si l'organisme est propriétaire des codes sources et qu'il fait appel à un prestataire pour la maintenance corrective et évolutive du logiciel, le prestataire ne pourra se prévaloir de la propriété des codes sources modifiés, qui resteront propriété de l'organisme (Cass. Com., 15 novembre 2011, N° de pourvoi: 10-26617).

⁵⁸⁷ Cour de cassation, Chambre civile 1, 3 mars 2010, 08-21.311, Inédit.

son maintien en bon état, sont autant d'obstacles à une valorisation globale du projet.

Il nous semble que certaines mesures pourraient déjà être prises tant au niveau de la réglementation que des pratiques contractuelles :

1. Revoir la rédaction de l'article R. 1411-7 du CGCT en imposant la communication précise des conditions d'emploi des agents, validés par le conseil d'administration de l'entreprise délégataire, et indiquant notamment la quote part du temps passé sur le contrat objet de la délégation par rapport au temps de travail total de chaque agent.
2. Intégrer dans le contrat, au titre des mesures de fin de contrat, la valorisation des savoir-faire des agents, comme élément de patrimoine de la DSP.
3. Communiquer (de la part du délégataire) à la collectivité délégante une répartition analytique des données sur le personnel : temps de travail, coût moyen, répartition sur les fonctions.
4. Garder, pour la collectivité, le contrôle des biens stratégiques et notamment des solutions logicielles de gestion du service, en négociant des stipulations contractuelles suffisamment protectrices des intérêts des collectivités.

La deuxième étape de la construction de la valeur ajoutée d'un projet consiste à s'intéresser à la maîtrise du risque, qui passe par la répartition du risque entre délégataire et collectivité délégante.

4.2. LES OUTILS DE LA MAITRISE DU RISQUE

La répartition des fonctions, des tâches, ainsi que la répartition des biens entre différentes catégories juridiques associées à des protections différentes (bien de retour ou de reprise) conduit à une répartition globale du risque dans la DSP. La maîtrise du risque fait partie du contrôle de la DSP et en est un des points essentiels. Il faut la voir dans ses différentes dimensions : à l'intérieur d'un cadre donné (le contrat) d'une part et dans la perspective d'évolution de ce cadre (les figures du contrat dans le temps). Le contrat cristallise une répartition des risques entre les parties. Nous aborderons le risque à travers la rédaction des clauses de plusieurs contrats d'une part, et à travers l'évolution des dispositions du contrat au fil du temps d'autre part. Cette dernière analyse fait l'objet du chapitre suivant.

Chaque type de contrat propose une répartition des risques différente. La note du Conseil d'analyse économique (CAE) de 2015, expose cette répartition pour les trois grands types de contrat⁵⁸⁸. Le transfert de risque de la personne publique vers la personne privée doit être perçu comme un transfert de risques négatifs mais aussi de risques positifs, d'opportunités.

Tableau n°22 : Le transfert des risques dans les outils de la commande publique

	Marchés public	Délégations de service public	Contrats de partenariat (PPP)
Paiement différé	Non	Oui généralement par l'utilisateur	Oui par la puissance publique
Transfert du risque de production (du service ou de l'infrastructure)	Oui	Oui	Oui
Transfert du risque lié à la demande	Oui	Oui	Non ou peu
Transfert du risque lié au coût d'exploitation	Oui dans les marchés de service	Oui	Oui partiellement
Contrat global	Non sauf CREM(*)	Oui	Oui
Maîtrise d'ouvrage	Public	Privée	Privée
Durée du contrat	Court-moyen terme	Moyen-long terme	Long terme

(*) Les CREM sont les marchés de conception, de réalisation, d'exploitation ou de maintenance.

Source : « Renforcer l'efficacité de la commande publique », Stéphane Saussier, Jean Tirole. Conseil d'analyse économique | « Notes du conseil d'analyse économique ». 2015/3 n° 22, pages 3.

L'évaluation des contrats de partenariat, telle que l'a fixée la réglementation⁵⁸⁹ a pour objet d'éclairer le choix d'un mode de réalisation d'un projet en maîtrise d'ouvrage publique ou privée et non le contrôle de ce projet. Mais rien n'empêche de faire porter cette évaluation sur d'autres types de contrats. Le calcul global de coût et l'évaluation par les outils de comparateur du secteur public, du projet de référence et l'actualisation de cette évaluation par l'analyse de risque, peuvent être

⁵⁸⁸ SAUSSIÉR Stéphane et TIROLE Jean, *Rapport du Conseil d'analyse économique*, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », 2015. p. 3.

⁵⁸⁹ L'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics renforcent la phase d'évaluation préalable que les services doivent mener lorsqu'ils choisissent de faire appel à un contrat de partenariat. Le décret prévoit la mise en place d'une étude du mode de réalisation du projet (dont l'appui relève de FIN INFRA – direction du Trésor) et une étude de soutenabilité budgétaire et patrimoniale qui doit notamment comporter une analyse des « coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat » (dont l'appui relève de la DGFIP).

utilisés pour permettre le réexamen du projet via une clause de « revoyure ». Dans le cas où le suivi du projet montrerait une différence marquée avec les coûts évalués, des mesures de correction pourraient être prises. Celles-ci pourraient par exemple consister en la réduction ou l'augmentation de la redevance versée par le délégataire ou encore une variation sur le prix : baisse ou augmentation du prix. La correction ne saurait cependant être uniquement une variation du prix, ce qui traduirait un renvoi de la responsabilité vers l'utilisateur du service. En effet, le principe de la répartition du risque, consiste pour les partenaires d'assumer ce risque sans le reporter sur l'utilisateur.

Les matrices de risques sont rarement formulées explicitement dans les DSP, elles existent de façon informelle, par les clauses du contrat, notamment dans la répartition des tâches sur les travaux. Cette répartition fait apparaître des déséquilibres importants et de nombreux domaines où les risques ne sont pas vraiment répartis et où les critères de répartition ne sont en tout cas que rarement objectifs.

Nous avons élaboré une matrice de risques adaptée aux services d'eau⁵⁹⁰, puis nous avons procédé à une enquête sur la répartition des risques dans les contrats qui couvrent la grande majorité des territoires de Martinique et de Guadeloupe, soit cinq contrats⁵⁹¹ d'eau potable. Nous avons comparé leurs clauses avec d'autres contrats signés en France hexagonale et de différents types : un contrat de longue durée signé entre la Compagnie Générale des eaux et la ville d'Antibes, un contrat des années 1990 signé entre VEOLIA et la ville de Gap et un contrat des années 1980 signé entre VEOLIA et la ville de Dourdan, avec deux objectifs. Le premier est de cerner les points les plus problématiques de la répartition des risques, le deuxième est d'identifier les mesures susceptibles de mieux répartir les risques. L'analyse des clauses contractuelles porte sur un nombre limité de contrats mais rend compte des principaux enjeux de la répartition des risques dans une DSP.

L'enquête a porté sur la répartition des risques liés aux points suivants :

- Les paramètres généraux d'exploitation
- L'état du personnel et des ouvrages
- Les travaux d'entretien et de réparation

⁵⁹⁰ Cf. Annexe n°13 : « Matrice des risques » et annexe n°14 « Matériaux utilisés pour l'étude des contrats d'eau et d'assainissement aux Antilles et pour l'analyse des avis sur les DSP d'eau rendus par les juridictions financières depuis 1993 ».

⁵⁹¹ Cf. Annexe n°10 : « Source documentaire – enquête sur l'eau dans la Caraïbe française ».

- Les travaux de renouvellement partiel et de grosse réparation
- Les travaux de complet renouvellement, d'extension et de renforcement
- Les moyens de contrôle

Sur l'échantillon de contrats sélectionnés, on peut tirer les enseignements suivants :

4.2.1. LES PARAMETRES GENERAUX D'EXPLOITATION DU SERVICE

1. L'EXPLOITATION

Identification des risques	Prise en charge du risque			Commentaires
	Personne publique	Personne privée	Partage	
Fréquentation du réseau (nombre de clients)		X		Le risque "normal" de fréquentation du réseau incombe au délégataire. Le risque "anormal" est partagé. Cela se traduit par des clauses de révision du contrat (révision du prix) dans des cas de variation de la demande de +/- 20%, avec un volume de référence fixé et une variation qui peut être comptée par rapport à une moyenne sur les deux dernières années, afin d'éviter les cas exceptionnels. Ce taux est le cas le plus répandu dans les contrats, cependant, le pourcentage peut varier et on a constaté que le contrat peut prévoir un risque partagé dès la variation de +/- 10%.
Défaut d'approvisionnement et indisponibilité des ouvrages (hors force majeure)		X		La suspension de l'approvisionnement, pour défaut de disponibilité des ouvrages, est un risque qui incombe normalement au délégataire. On constate cependant que l'application de pénalité n'est pas systématiquement effectuée dans les contrats. Le ciblage spécifique du défaut de disponibilité d'un ouvrage n'est mentionné que dans un seul contrat, qui y associe également des pénalités.
Révision à la hausse du prix de la prestation			X	On observe que les conditions de révision du prix sont nombreuses et rarement précises. Outre les variations dans la demande, ces conditions touchent à la hausse de certaines composantes du coût du service: l'énergie, le prix de l'eau achetée. Elles peuvent être liées à des changements dans les conditions d'exploitation des ouvrages qui ont des conséquences significatives sur l'équilibre du contrat. Cette formulation laisse libre cours aux interprétations. Certains contrats (récents) prévoient une révision tous les 5 ans, à l'image de ce qui est également observé en métropole. On se base ici sur les conditions inscrites dans les contrats et non sur la pratique des contrats, qui, elle, révèle que les conditions de révisions ne sont pas toujours respectées.

Identification des risques	Prise en charge du risque			Commentaires
	Personne publique	Personne privée	Partage	
Inflation du prix en raison de la formule de calcul	X			La part fixe de la formule paramétrique est systématiquement inflationniste et non évaluée. Elle est souvent limitée à 10 voire 15% du total des indices et a vocation à représenter la partie invariante des charges et les gains de productivité. Les gains de productivité sont notamment fonctions de la durée du contrat et de sa nature: plus il est long et plus il intègre de nombreux travaux, plus les gains sont importants. L'automatisation généralisée dans les usines de production a induit des gains de productivité très importants, qui n'ont pas été répercutés dans la variation du prix. Les charges invariantes doivent également être évaluées: les amortissements liés aux travaux déjà réalisés n'ont pas vocation à être affectés d'un indice d'évolution, tout comme les annuités de dette. Ensuite la formule ne reflète pas la structure des coûts, sans que cela entraîne en soi un caractère inflationniste d'ailleurs. En effet, souvent, la part du personnel apparaît surévaluée dans le coefficient d'actualisation par rapport à celle constatée dans les comptes et l'indice lié au personnel a été peu dynamique. Il en est de même pour l'électricité dont le prix a connu une évolution dynamique. La surestimation de ces deux composantes se neutralise. Enfin, certains paramètres spécifiques, comme le prix de l'eau achetée, peuvent rendre inflationniste la formule dans un contexte spécifique ⁵⁹² .
Actualisation du système de gestion clientèle / défaut de relève des compteurs / défaillance dans la facturation / défaut de paiement		X		Le risque associé à la gestion de la clientèle, à la facturation et au paiement par les usagers revient au délégataire. Cependant il se répercute également sur le prix en général et sur la part de redevance revenant à la collectivité publique. Il est donc en partie partagé. Parfois, mais rarement, les contrats prévoient un engagement sur le taux d'impayés. Mais ces engagements ne sont pas sanctionnés.
Engagements de performance sur la qualité du service (qualité de l'eau, pression, réponse aux réclamations, etc.)		X		La qualité de l'eau fait souvent l'objet d'un engagement, ce qui paraît normal. L'engagement sur la pression ne concerne que peu de contrat et les contrats les plus récents. Les sanctions sont rares sauf pour les interruptions. Les engagements sur les réponses aux clients sont très rares.

Analyse :

L'observation principale concerne l'imprécision des conditions de la négociation et les multiples occasions de révision des prix.

⁵⁹² Sur ce point les relations « politiques » entre les différents gestionnaires, communautés d'agglomérations ou de communes, peuvent rendre ce facteur aléatoire.

4.2.2. L'ETAT DU PERSONNEL ET DES OUVRAGES

2. ETAT DU PERSONNEL, DES OUVRAGES ET AUTRES ELEMENTS DU PATRIMOINE

Identification des risques	Prise en charge du risque			Commentaires
	Personne publique	Personne privée	Partage	
Méconnaissance de l'état du personnel et de son coût	X			La plupart des contrats fournissent des informations minimales: liste des personnes travaillant régulièrement sur la DSP. On trouve une déconnexion entre les charges de personnel telles que prévues dans le mémoire technique, à l'appui de l'offre de l'entreprise et les charges de personnel qui apparaissent dans les CARE. L'analyse montre que certaines charges de personnel semblent être comptabilisées deux fois: en tant que quote part pour les opérations de renouvellement, et au titre des charges d'entretien, qui comprennent également du renouvellement. Cette surestimation a également été constatée sur d'autres contrats hors champ territorial de l'étude.
Situation initiale dégradée du patrimoine / inventaire du patrimoine			X	La situation commune est celle de données minimales sur les ouvrages, avec une possibilité de correction de son état initial dans les 6 mois d'exécution du contrat. La connaissance de l'état du réseau ne fait pas systématiquement l'objet d'une mise en commun. Les mises à jour se font annuellement.
Objectif de rendement de réseau			X	Le rendement de réseau dépend des différents partenaires au contrat. Pour une part importante il dépend du délégataire, et s'améliore par la recherche des fuites et leur résolution. Une part revient à l'état du réseau lui-même, qui dépend en grande partie du renouvellement (délégataire et collectivité). Les engagements sur un rendement sont fixés en général sur les contrats récents. Cependant ces rendements sont rarement sanctionnés par des pénalités et quand ils le sont, le périmètre de ces sanctions est limité souvent à la dernière année du contrat et les conditions mises pour l'application de ces pénalités conduit à les rendre parfois inopérantes (obligation de pose d'"oreilles" ⁵⁹³ par la collectivité publique) en contrepartie de la responsabilité du délégataire.
Accès limité au fichier des abonnés	X			Il est normalement la propriété de la collectivité. Mais il est souvent remis peu avant la fin de la délégation, y compris dans certains contrats récents.
Mise en place d'un SIG, propriété et accès à ce SIG			X	La mise en place d'un système d'information géographique (SIG) n'est pas systématique.
Engagements de performance sur l'état du patrimoine	X			La plupart du temps, il n'y a pas d'engagement. Sur certains contrats récents, des indicateurs sont définis comme l'indice de connaissance du réseau, le taux d'interruption non programmé.

⁵⁹³ Les « oreilles électroniques » sont des capteurs qui « entendent » les fuites d'eau. Elles permettent de localiser les fuites sur le réseau.

Analyse :

Plusieurs conclusions peuvent être tirées de l'analyse de la répartition des risques au niveau de l'exploitation du service.

On remarque tout d'abord que le risque d'exploitation qui comprend essentiellement le risque sur la demande et le risque sur le prix, repose, pour ce qui est de la demande, sur le délégataire, mais pour ce qui est du prix, sur les deux parties au contrats. En effet, par le jeu des clauses de révision du prix et de la formule d'indexation, le risque du prix est largement transféré sur la collectivité ou plutôt sur le client captif du service organisé par la collectivité.

Sur la réalité des coûts d'exploitation des DSP, qui sont essentiellement des coûts de personnel, c'est l'opacité qui prévaut. Le système de traçabilité des dépenses est conçu pour que des rapprochements avec une gestion directe ou avec des coûts préétablis soient quasiment impossible. La préconisation de la Cour des comptes dans son rapport public annuel de 2011, de permettre le rapprochement entre la configuration du compte annuel de résultat d'exploitation rendu chaque année et celle du compte d'exploitation prévisionnel communiqué avec le mémoire technique du délégataire au moment de la soumission de son offre, n'est toujours pas suivi d'effet⁵⁹⁴.

Sur les objectifs de rendement, on peut comprendre que le risque est partagé puisque le rendement d'un réseau dépend des actions de long terme qui incombent à la collectivité et des actions de court terme qui incombent au délégataire. Rares sont les contrats qui s'aventurent à fixer des rendements contractuels ambitieux ou alors avec une contrepartie très contraignante pour la collectivité.

⁵⁹⁴ Sauf sur quelques contrats récents comme celui du SEDIF.

4.2.3. LES TRAVAUX D'ENTRETIEN ET DE REPARATION

3. TRAVAUX -ENTRETIEN - REPARATION

Identification des risques	Prise en charge du risque			Commentaires
	Personne publique	Personne privée	Partage	
Absence / retard de travaux		X		L'absence de travaux de réparation ou le retard est presque systématiquement sanctionné, notamment quand il provoque des interruptions d'approvisionnement.

4.2.4. LES TRAVAUX DE RENOUVELLEMENT ET DE GROSSE REPARATION

4. TRAVAUX- RENOUVELLEMENT (1) - GROSSES REPARATIONS

Identification des risques	Prise en charge du risque			Commentaires
	Personne publique	Personne privée	Partage	
Absence / retard de travaux			X	La garantie de renouvellement conduit systématiquement à une sous réalisation des travaux de renouvellement. Sinon, les travaux sont réalisés dans le cadre de programmes et hors programme. L'utilisation d'un fonds de travaux conduit à faire faire par le délégataire des travaux qui relèvent de la collectivité, dans les conditions de prix et de passation du délégataire et donc ne sont pas contrôlées. Les retards sont en général sanctionnés par des pénalités.
Surcoût des travaux	X			La garantie de renouvellement renchérit les travaux. L'application des prix des bordereaux de prix n'est pas toujours respectée et les prix appliqués sont parfois déconnectés des prix du marché.
<i>Cadrage précis de la répartition des travaux</i>			X	En général le modèle est celui d'une répartition classique : les travaux de renouvellement sont réalisés par le fermier à l'exception du renouvellement des ouvrages de génie civil et les canalisations sur plus d'une certaine longueur (6 m ou 12 m). Les travaux neufs sont à la charge de la collectivité, qui en assure la maîtrise d'ouvrage, à l'exception des travaux relatifs à la pose de nouveaux branchements lesquels incombent le plus souvent au fermier. Même si le cadrage est devenu plus précis pour les contrats récents, il est souvent assez large pour donner lieu à la prise en charge par l'un ou l'autre des partenaires.

4. TRAVAUX- RENOUELEMENT (1) - GROSSES REPARATIONS

Identification des risques	Prise en charge du risque			Commentaires
	Personne publique	Personne privée	Partage	
<i>Obligation minimale de travaux</i>	X			La définition d'une obligation minimale de travaux n'est pas systématiquement prévue. Ce n'est pas le cas quand les travaux sont financés sur une "garantie" de renouvellement. Les contrats récents obligent à un montant minimum de travaux. Le contrôle reste à la charge de la collectivité sur la consistance réelle des travaux réalisés.

(1) Le renouvellement consiste en la réalisation de travaux qui visent à garantir les niveaux de performance des ouvrages et notamment leur durée d'utilisation. Il se distingue de l'amortissement (qui relève, lui, de la collectivité).

Analyse :

Dans une délégation, les travaux concernent aussi bien le renforcement et l'extension des équipements que le renouvellement de ces équipements.

Le renouvellement des installations pose sans doute les questions les plus complexes dans la gestion d'une délégation de service public. Il s'agit d'abord de définir les biens renouvelables de la délégation et ceux qui ne le sont pas. Ensuite il s'agit d'identifier celui qui est en charge du renouvellement et pour quels biens. C'est la délicate question de la répartition des charges de renouvellement entre le délégataire et la collectivité. La question du financement du renouvellement est également complexe, tout comme celle de son contrôle.

Si l'objectif est de parvenir à un bon état de fonctionnement des équipements et des réseaux, alors, plus le rendement de réseau s'améliore, plus les coûts de fonctionnement de l'usine, les coûts de recherche des fuites et de réparation sont réduits et plus la marge commerciale issue de la vente d'eau est importante. Cependant, l'amélioration du réseau et des équipements a un coût, qui, à un moment donné, va dépasser les gains attendus de productivité. Le délégataire (comme tout autre exploitant) peut alors être tenté de laisser les équipements se détériorer. La tentation est aussi de faire payer par l'autre partie, les améliorations nécessaires du réseau et des équipements, soit que ces charges devraient revenir à la collectivité (amortissement et une partie du renouvellement), soit qu'elles devraient revenir au délégataire (entretien et renouvellement). C'est tout l'enjeu de la répartition des travaux et de leur financement.

Précisions sur la répartition entre les différents types de contrats

Il faut faire ici une distinction entre les types de contrats qui relèvent d'une logique d'affermage et ceux qui relèvent d'une logique de concession.

En matière **d'affermage**, les travaux sont de différents ordres :

- *Les travaux sous maîtrise d'ouvrage de la collectivité.*

Les travaux concernent le renforcement et l'extension des réseaux, mais aussi les gros travaux de renouvellement (sur des longueurs de plus de 12 ou 18 mètres, par exemple, sur les canalisations). Ils concernent enfin le remplacement des équipements défectueux. Ces travaux sont financés par les fonds propres des collectivités, l'endettement, les subventions et les dotations aux amortissements. Ils suivent les procédures applicables aux marchés publics.

Une note établie par la chambre régionale des comptes d'Île de France a fait le point en 2000 sur les risques associés au renouvellement des installations par le délégataire. Elle rappelle que le renouvellement des installations de la délégation est une obligation légale dont l'objectif est de maintenir le niveau des actifs du service. Le renouvellement, quand il est confié au délégataire, est une « *substitution de celui-ci à la politique d'amortissement de la collectivité (une clause concessive), il n'est pas à entendre comme une mesure de gestion patrimoniale* » de l'entreprise délégataire⁵⁹⁵. Mais ils ne concernent jamais tous les équipements de la délégation. On retrouve ces clauses de renouvellement à la charge du délégataire tant dans les contrats de concession que dans les contrats d'affermage.

- *Les travaux sous maîtrise d'ouvrage de l'entreprise délégataire.*

Ces travaux échappent par définition au code des marchés publics. Ces travaux peuvent être prévus dans un fonds de travaux. Il s'agit par exemple du « fonds de travaux de déplacement des canalisations et d'améliorations ». Ils concernent la réfection des installations (usines, stations de pompage, réservoirs) : revêtement, toiture, voirie, etc., mais également le déplacement des canalisations sur demande d'un gestionnaire de voirie ou d'une personne privée, des renouvellements de

⁵⁹⁵ BERNINGER Christian, « Contrôler les délégations de service public », Support de formation à la Cour des comptes, septembre 2007.

réseaux obsolètes ou fragiles, ou des travaux de raccordement. Ces travaux sont réalisés par le biais d'un fonds de travaux doté chaque année d'une somme prévue en charge au CARE et donc financée par le prix de l'eau (il ne s'agit pas d'une dotation de la collectivité). Le fonds de travaux est un procédé qui vise à rendre plus souple la gestion du réseau. La difficulté est de contrôler les travaux réellement effectués et d'ajuster les dépenses aux besoins du service, en évitant les travaux inutiles.

Les fermiers peuvent réaliser aussi des travaux d'amélioration. Ce sont des travaux mineurs, comme des compteurs complémentaires avec pour objectif de mieux suivre le rendement et déceler les fuites. Ces travaux sont réalisés sur fonds propres de l'entreprise et sont amortis sur la durée du contrat, par une dotation aux amortissements figurant dans le CARE.

On peut trouver également des travaux de renouvellement ou de modernisation des installations de dispositifs de télésurveillance. Ils concernent les équipements électromécaniques et hydrauliques qui doivent être changés car leur durée de vie va expirer avant la fin du contrat, les équipements de télégestion qui doivent être mis à jours en cas d'obsolescence. Ils ont pour objet également le renouvellement de branchements défectueux, la mise à niveau des tampons et des bouches à clé, ces éléments ayant pu être recouverts de goudron par exemple. Ils ont pour objet enfin de changer les compteurs trop anciens. Ce programme est financé par une dotation de renouvellement figurant dans le CARE.

Les contrats évoquent parfois la notion de « travaux à titre exclusif ». Cette notion est mal définie et renvoie soit à l'ensemble des travaux qui incombent au délégataire et s'oppose aux travaux réalisés par le délégataire dans le cadre de marchés de la collectivité délégante, soit il s'agit d'une notion spécifique à définir. Ils sont *a priori* définis comme des « *travaux de branchement, d'intervention ponctuelle sur les équipements servant à la défense contre l'incendie, de déviation ponctuelle de réseau ou de raccordement de réseaux neufs*⁵⁹⁶ ».

⁵⁹⁶ Réponse de Jean-Pierre Gorges, président à Chartres Métropole aux observations définitives de la chambre régionale des comptes, 19 novembre 2007.

En matière **de concession**, les travaux sont répartis différemment.

Analyse des contrats

De l'analyse des contrats nous pouvons tirer quelques enseignements généraux. En premier lieu, si la question de la réparation et de l'entretien des équipements et du réseau ne pose pas de problème quant à la répartition du risque, qui revient au délégataire, ce n'est pas le cas des autres travaux, qui concernent le renouvellement et les grosses réparations. Les contrats les plus récents tentent de clarifier la répartition des tâches en listant le plus précisément possible les tâches qui incombent à l'un et l'autre des partenaires, mais les espaces d'interprétation et de discussion sont nombreux ainsi que la possibilité de comportements opportunistes.

En effet, l'analyse des risques menés sur les contrats de DSP nous indique que la répartition des risques pose problème sur la maintenance générale des installations et notamment le renouvellement. En premier lieu, on voit que beaucoup de contrats de DSP laissent de grandes incertitudes sur le périmètre du renouvellement. Le renouvellement des installations est théoriquement partagé entre la collectivité et le délégataire. Le contrat définit des critères, mais les critères de répartition varient d'un contrat à l'autre : clôtures au-delà d'une certaine longueur, canalisations au-delà d'une certaine longueur, peinture du bâti au-delà d'une certaine surface, etc. Ensuite, la notion même de renouvellement est sujette à interprétation. Le renouvellement est censé être une opération ponctuelle nécessaire au fonctionnement d'un équipement et qui permet de préserver sa durée normale de fonctionnement. Mais comme la durée normale de fonctionnement d'un équipement n'est pas connue de façon précise, les renouvellements peuvent inclure ce qui devrait relever du changement global de l'équipement, notamment en matière de réseau, où l'équipement est sans cesse « renouvelé » mais jamais changé complètement. Ainsi, ce qui devrait être financé par de l'amortissement sur le budget de la collectivité peut aussi être amené à être financé par le renouvellement courant du service et donc par l'entreprise. Comme l'entreprise tente de minimiser ses coûts sur ce poste, les travaux de renouvellement connaissent des retards importants de façon générale.

L'absence de frontière claire dans le jeu des acteurs sur ce qui relève du délégataire et ce qui relève de la collectivité encourage les comportements opportunistes de l'un et l'autre des acteurs au contrat. Par exemple, à l'occasion du renouvellement

d'un équipement, les partenaires se posent la question du remplacement à l'identique ou du remplacement par une technologie plus aboutie, mais également plus chère. L'enjeu est ici pour l'entreprise délégataire de faire payer à la collectivité délégante un outil qui va permettre au délégataire d'augmenter sa productivité. Ainsi, le remplacement d'une machine de compactage et de séchage des boues par une machine plus performante va entraîner un gain de productivité en termes de temps passé par agent pour cette tâche de compactage et de séchage, un gain sur les coûts de sous-traitance, puisque les camions qui viennent évacuer les boues viendront de façon plus espacée et augmenteront ainsi la rentabilité du contrat. En contrepartie, l'enjeu pour la collectivité délégante est d'avoir un service qui fonctionne mieux mais aussi un gain en termes financiers, par un ajustement soit du prix, plus bas, soit du service plus important rendu par le délégataire. Le comportement opportuniste de la collectivité peut se traduire par le fait de vouloir faire payer par le délégataire le renouvellement général de ses équipements, ce qui lui évite d'inscrire des provisions à son budget et lui permet de faire porter ses dépenses sur d'autres postes.

Le financement du renouvellement

- La répartition du financement entre collectivité et délégataire

Les ressources permettant le financement de ce qui relève de la collectivité et ce qui relève du délégataire varient au cours de la vie du contrat. Il arrive fréquemment que les ressources revenant au délégataire augmentent plus vite que celles revenant à la collectivité. Les avenants observés conduisent parfois à « sacrifier » la part de la collectivité. Les moyens de faire face à la répartition des risques entre les deux partenaires s'en trouvent alors affectés, et la répartition des risques également.

Cette observation sur l'évolution des ressources de la collectivité par rapport aux ressources du délégataire aux Antilles n'est pas généralisable à la France entière. C'est ce que nous avons observé sur les cas de notre étude, mais ce n'est pas un mouvement général au niveau national. En effet, l'observatoire de la loi « Sapin » (édition de mars 2017 – synthèse des données 2014) a plutôt constaté un mouvement inverse : « *La baisse observée de la rémunération du délégataire pour les services d'eau et d'assainissement (-21% en 2014) confirme la tendance des années précédentes. Depuis 2009, les niveaux de baisse sont très importants (supérieurs à 20% en moyenne). Néanmoins, la baisse de la part délégataire n'est*

pas systématiquement ressentie par l'abonné. Lorsqu'elle se produit, elle est le plus souvent compensée par une hausse de la part revenant à la collectivité. Ainsi, dans 61% des services, le prix total (part collectivité + part délégataire) supporté par l'utilisateur reste stable ou augmente⁵⁹⁷ ».

L'utilisation d'un fonds de travaux, dans certains contrats, brouille les responsabilités et la répartition des risques. Alors que l'affermage traditionnel attribue les travaux d'entretien, de renouvellement fonctionnel au délégataire, et les travaux de renouvellement patrimonial et d'extension / renforcement à la collectivité publique, le fonds de travaux permet de faire outre le renouvellement fonctionnel, de l'extension et du renforcement ainsi que du renouvellement patrimonial. Ces travaux sont soustraits à l'obligation de mise en concurrence et sont effectués sur bordereau de prix définis par le délégataire.

- Le financement par les dotations aux provisions

Les provisions sont des charges que le délégataire inscrit dans les comptes de la délégation pour pouvoir faire face à ses obligations en matière d'entretien et de renouvellement des canalisations et des divers équipements du service d'eau potable. L'inscription de provisions suppose l'existence d'un inventaire complet des installations du service. Cet inventaire doit être établi normalement contradictoirement entre la collectivité délégante et le délégataire, la collectivité se devant de connaître les moyens qu'elle met à disposition de l'entreprise délégataire.

Techniquement le calcul se fait à partir d'une base de la provision, constituée de la différence entre le coût estimé de remplacement du bien et son coût initial. Cette base est multipliée d'un coefficient égal au rapport du nombre d'années écoulées depuis l'investissement initial sur la durée de vie estimée de l'investissement. On obtient alors le montant de la provision à inscrire⁵⁹⁸.

Le plus souvent les délégataires tiennent un « compte de renouvellement » ou « fonds de travaux », crédité par une partie des redevances collectées auprès des usagers et débité par les travaux effectués pour le renouvellement. Le montant de

⁵⁹⁷ Observatoire de la loi Sapin - G-EAU – AgroParisTech avec le soutien de l'Agence Française pour la Biodiversité (AFB), « Impacts des procédures de mise en concurrence des délégations de service public sur les services d'eau et d'assainissement » Etude, p. 7.

⁵⁹⁸ BERNINGER Christian, « Contrôler les délégations de service public », Support de formation à la Cour des comptes, septembre 2007.

ces provisions varie en fonction de la taille du service et des équipements et de la mission confiée à l'entreprise délégataire. Plus les missions confiées sont étendues, plus le service se rapproche d'une concession ou devient une véritable concession.

Un certain nombre de règles encadrent le calcul des provisions. Le plan comptable général est de peu d'utilité puisque la comptabilisation de la provision pour renouvellement n'est prévue qu'à titre optionnel (article 393-1, point 3) et que par ailleurs, il ne contient aucune disposition sur le mode de comptabilisation et d'évaluation des provisions pour renouvellement⁵⁹⁹. En revanche la loi fiscale⁶⁰⁰ détermine certaines règles pour permettre leur déduction du résultat imposable des sociétés. L'instruction fiscale du 18 juin 1998⁶⁰¹ précise le régime relatif aux provisions pour renouvellement mises en place par les entreprises qui exploitent des biens concédés. La déduction fiscale des provisions pour renouvellement est une exception pour ces entreprises exploitant des biens concédés et répond à des critères précis. L'instruction précise que « *La provision n'est admise en déduction du résultat imposable que si l'obligation de renouvellement au titre de laquelle est constituée la provision s'impose à l'entreprise, en exécution d'une stipulation contractuelle./ 7.L'obligation de renouvellement peut ainsi résulter d'une garantie contractuelle, dite de garantie totale, donnée dans le cadre d'un contrat de maintenance mais également d'un bail de location, d'un mandat de gestion ou d'exploitation. Elle peut aussi résulter des clauses des cahiers des charges des contrats de droit public de concession ou d'affermage./8.La notion de renouvellement excède le simple entretien des biens ou leur maintien en état de fonctionnement. Elle consiste en l'engagement de procéder au remplacement du bien à l'identique afin de permettre la continuité d'exploitation ou le maintien d'un niveau de production donné./ 9.Sauf exception, cette obligation de renouvellement doit trouver à se matérialiser pendant la période couverte par le contrat (durée de la concession, de la location ou de la garantie ...). Ainsi, les biens dont la durée de vie technique, au moment de leur mise en service, est supérieure à la durée du contrat restant à courir, ne peuvent faire l'objet d'une provision pour renouvellement.* » L'instruction précise également : « *14.Toutefois, la provision ne peut être déduite des résultats imposables que si les biens renouvelables sont utilisés comme moyen d'exploitation dans le cadre de l'activité de l'entreprise sur laquelle pèse l'obligation de renouvellement. Le fait que l'entreprise soit*

⁵⁹⁹ KPMG, les règles comptables applicables aux délégations de service public, IMA, 28 avril 2009.

⁶⁰⁰ Code général des impôts, article 39-1-5°, issu de l'article 5 de la loi de finances pour 1998, modifiée par la loi 2014-1655- du 29 décembre 2014.

⁶⁰¹ B.O.I. n° 112 du 18 juin 1998.

temporairement utilisatrice des biens sans en être propriétaire, ne s'oppose pas à la déductibilité de la provision, pour autant que ces biens acquis en remplacement dans le cadre de l'obligation de renouvellement soient destinés à être transférés gratuitement, en fin de contrat, par le locataire au loueur ou par le fermier ou le concessionnaire à l'autorité concédante. » Il en résulte que les conditions principales de la déductibilité des provisions pour renouvellement sont la mise en place d'un plan de renouvellement des installations, l'engagement de remplacement des installations permettant la continuité de l'exploitation et le retour gratuit des biens mis en concession.

En conséquence, si l'engagement de remplacement n'est pas respecté, il peut y avoir des conséquences fiscales pour l'entreprise délégataire qui pourrait faire l'objet d'un redressement sur ce point. Le délégataire pourra alors ne pas voir ses provisions acceptées en déduction de son résultat fiscal si le renouvellement n'était pas véritablement opéré par l'entreprise délégataire. Cette disposition peut ainsi être un levier de contrôle efficace de la part de la collectivité délégante ou du régulateur en général.

La question de savoir si les provisions servent bien à leur objet et plus généralement si ces provisions peuvent être suffisamment contrôlées, est une question récurrente car le contrôle des provisions n'est pas chose aisée et les accusations de « détournement » de ces provisions à d'autres fins ont parfois été portées contre les sociétés délégataires. Un ancien salarié du groupe VEOLIA environnement indiquait, à l'audience d'un procès qui l'a opposé au groupe VEOLIA, que les provisions « *ont été siphonnées en 1996 [...] pour éponger les dettes du groupe dans l'immobilier, la communication et investir dans l'industrie du cinéma* »⁶⁰². Quand elles ne servent pas à financer des travaux étrangers à la délégation, des accusations d'opacité ont été portées. Un élu de la ville de Paris avoue ainsi n'avoir « *aucune capacité pour changer ce système d'opacité générale entre ce qui est réellement affecté aux travaux et l'argent généré par ces provisions placées par les deux sociétés privées sur des comptes rémunérés* »⁶⁰³. Une chambre régionale des comptes a constaté que « *la convention n'a pas prévu la tenue d'un compte*

⁶⁰² Jean-Luc Touly, Audience d'octobre 2004, cité par STEFANOVITCH Yvan, *L'empire de l'eau : Suez, Bouygues et Vivendi Argent, politique et goût du secret*, 2005, p. 49-50.

⁶⁰³ Ibidem, p. 51.

*d'emploi des dotations, permettant au syndicat de connaître la nature et le montant des travaux de renouvellement exécutés par le fermier »*⁶⁰⁴.

Les provisions qui servent à financer les travaux de renouvellement ne suivent pas un circuit concurrentiel, les travaux étant parfois réalisés par des filiales des groupes délégataires, ce qui interroge sur le critère du meilleur coût possible pour le service. La Cour des comptes notait déjà dans son rapport de 2003 que « *ces dispositions permettent aux délégataires de faire appel à des entreprises de leur groupe, sans rechercher nécessairement celles qui garantiraient l'obtention du meilleur prix pour le niveau de prestations demandé* »⁶⁰⁵. Si les règles de concurrence s'appliquent à la maîtrise d'ouvrage publique, quand les sociétés délégataires sont maîtres d'ouvrage, elles ne sont pas tenues de mettre en concurrence les prestataires. Les opérateurs du secteurs sont rattachés aux « secteurs exclus » du champ d'application de la directive sur les marchés publics, mais couverts par la directive n°93/38 du 14 juin 1993⁶⁰⁶.

Le calcul des provisions n'est pas toujours très clair non plus, c'est ce qui ressort de nombreux rapports des chambres régionales des comptes : aucun élément de calcul ne figure dans les documents transmis à l'autorité délégante, que cela soit dans les contrats eux-mêmes ou dans les rapports du délégataire. Pour les provisions pour renouvellement⁶⁰⁷, le délégataire doit pouvoir justifier des montants de travaux effectués afin de pouvoir comparer ces montants au montant de la provision mise en place. Et lorsque les justificatifs de travaux sont apportés, le montant ne doit pas comporter des majorations pour « frais généraux » ou autres montants non justifiés⁶⁰⁸. La Cour des comptes faisait remarquer la comptabilisation fantaisiste de provisions qui prenait parfois en compte des immobilisations qui avaient atteint leur fin théorique de vie et qui n'avaient fait l'objet d'aucun remplacement, pour des montants qui pouvaient représenter jusqu'à 14% des charges du compte de la

⁶⁰⁴ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PAYS DE LA LOIRE, *Rapport d'observations définitives*, SIVOM de Blois – exercice 1993 et suivants. Décembre 1998

⁶⁰⁵ COUR DES COMPTES, *Rapport au Président de la République*, « La gestion des services publics d'eau et d'assainissement ». Décembre 2003, p. 34.

⁶⁰⁶ Directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

⁶⁰⁷ BERNINGER Christian, « Contrôler les délégations de service public », Formation à la Cour des comptes, septembre 2007.

⁶⁰⁸ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE COTE D'AZUR, Ville de Toulon, service de l'eau et de l'assainissement, In « enquête de suivi sur la gestion de l'eau et de l'assainissement », février 2001, p. 41.

délégation⁶⁰⁹. Les juridictions financières avaient proposé que les clauses contractuelles soient modifiées par voie d'avenant, en insérant une clause contractuelle qui obligerait le délégataire à investir dans la délégation la totalité de la garantie de renouvellement ou à reverser le trop-perçu de la garantie par rapport aux travaux effectués, au délégant⁶¹⁰.

- Le financement par les « garanties de renouvellement »

Dès lors que la logique de la garantie pour continuité de service public est inscrite dans le contrat, ce qui est de moins en moins le cas, la logique de la répartition des risques est bouleversée puisqu'il revient au seul délégataire de s'assurer que les travaux sont conformes à l'intérêt du service. Il assume seul le risque de continuité, sachant que le montant des provisions mises en place est toujours bien supérieur au montant des travaux réellement engagés, selon une logique assurantielle. Les sociétés qui ont mis en place ces « garanties » justifient cette garantie au motif que la société délégataire gère le service à ses risques et périls⁶¹¹. C'est une charge difficile à contrôler par la collectivité délégante et qui peut être versée à fonds perdus au délégataire.

La question des provisions excessives et de leur sort en fin de contrat s'est posée à de nombreuses reprises. Certains juristes ont défendu l'idée que les provisions constituaient des obligations comptables de la société délégataire et non des obligations contractuelles de renouvellement, et qu'en cas de non utilisation des provisions, elles devaient revenir à la société délégataire⁶¹². Le cabinet KPMG avait conclu à la liberté totale dans le domaine puisque le plan comptable ne prévoit rien⁶¹³.

Cette position n'est pas celle des juridictions administratives. Le principe qu'elles mettent en avant est que les provisions constituées doivent être dépensées

⁶⁰⁹ COUR DES COMPTES, *Rapport au Président de la République*, « La gestion des services publics d'eau et d'assainissement ». Décembre 2003, p. 44, pour le cas du contrat d'assainissement de la ville d'Albi.

⁶¹⁰ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES ILE DE FRANCE, Ville de Paris. In « enquête de suivi sur la gestion de l'eau et de l'assainissement », février 2001, p. 41.

⁶¹¹ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES RHONE ALPE, Syndicat intercommunal de distribution du sud-ouest lyonnais(SIDESOL).

⁶¹² STEFANOVITCH Yvan, *L'empire de l'eau : Suez, Bouygues et Vivendi Argent, politique et goût du secret*, 2005, p. 48.

⁶¹³ KPMG, les règles comptables applicables aux délégations de service public, IMA, 28 avril 2009.

intégralement par le délégataire ou bien reversées à la collectivité délégante si elles n'ont pas été consommées⁶¹⁴. Le Conseil d'Etat est également intervenu sur cette question en 2009 et a jugé que, hormis des stipulations contraires ou des éléments qui permettraient de caractériser une volonté différente des parties, le solde positif du « fonds de travaux » doit revenir au délégant à l'issue du contrat. Il indique en effet que *« dès lors que les recettes alimentant ce compte étaient destinées au financement des travaux, ce solde ne pouvait revenir qu'à [l'autorité délégante] pour laquelle il constituait le cas échéant une recette destinée à financer ou à faire prendre en charge par un futur [délégataire] des travaux relatifs à ces biens, nonobstant la circonstance que [le délégataire] avait à sa charge les frais de renouvellement des installations »*⁶¹⁵.

Ce mode de financement a été largement critiqué par les chambres régionales des comptes en raison du fait que cette comptabilisation fonctionne comme une assurance prise par le délégataire et ne donne donc, en aucun cas, lieu à un reversement en cas de dépense inférieure aux inscriptions prévues. La chambre régionale des comptes de Rhône-Alpes rappelle que *« la provision pour renouvellement des immobilisations concédées ne constitue pas une prime de risque mais est conçue comptablement et fiscalement pour couvrir des dépenses prévisibles »*⁶¹⁶. En effet, les provisions pour renouvellement sont déduites du bénéfice imposable de la société et ne peuvent donc être assimilées à une prime de risque, la société délégataire n'étant d'ailleurs pas habilitée à pratiquer une activité d'assurance. La chambre régionale des comptes de Provence – Côte d'Azur *« considère que la provision pour renouvellement ne peut s'apparenter aux réserves techniques pratiquées par les compagnies d'assurance, dans la mesure où le renouvellement des biens n'est pas un risque mais une obligation contractuelle »*⁶¹⁷. Malgré les mises en garde cette pratique reste de mise et présente dans des contrats récents et encore en vigueur⁶¹⁸.

⁶¹⁴ CAA Nantes, 29 décembre 2000, *Sté IDEX c/Commune d'Hérouville-Saint-Clair*, n°93NT00403 96NT00405 96NT00475 99NT01453 99NT01478.

⁶¹⁵ Conseil d'État, 23 décembre 2009, *Société des pompes funèbres OGF*, n°305478.

⁶¹⁶ Ibidem.

⁶¹⁷ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE COTE D'AZUR, Syndicat de l'eau du Var. 26 juin 2000, p. 31 (Site internet de la Cour des comptes).

⁶¹⁸ Contrat entre la communauté d'agglomération du centre de la Martinique (CACEM) et la société martiniquaise de service (filiale du groupe SAUR) signé le 1^{er} mai 2006 et en vigueur jusqu'en 2016.

Conclusions

Aujourd'hui il est procédé à la répartition des risques liés au renouvellement selon un critère de la nature des biens. Une partie du renouvellement revient à la collectivité, comme les bâtiments (biens immeubles, clôtures, etc.) ou les sections de réseau supérieures à un certain nombre de mètres linéaires. Le délégataire est chargé de l'autre partie du renouvellement. Cette répartition pourrait être effectuée selon la valeur ajoutée des travaux. On sait que plus le rendement des réseaux est élevé, plus les travaux nécessaires à l'augmentation de ce rendement sont importants et plus le rendement financier marginal des investissements diminue et également l'incitation du délégataire à améliorer le rendement du réseau.

Il pourrait être pertinent, pour les travaux dont la répartition n'est pas directement l'application des clauses du contrat, de lier directement la compétence et le financement sur les travaux à faire avec le gain attendu en termes de ventes d'eau. Pour un rendement inférieur à $x\%$, défini pour chaque réseau ou type de réseau, les gains sont susceptibles de permettre, dans un délai raisonnable, d'amortir les travaux effectués par le délégataire. Il reviendrait donc au délégataire d'engager tous les travaux. Au-delà, on peut imaginer une prise en charge par la collectivité publique, le rendement répondant à des objectifs de préservation de la ressource, c'est-à-dire des objectifs plus généraux qui concernent autant le citoyen que l'utilisateur.

4.2.5. LES TRAVAUX D'EXTENSION ET DE RENFORCEMENT

5. TRAVAUX - EXTENSION - RENFORCEMENT

Identification des risques	Prise en charge du risque			Commentaires
	Personne publique	Personne privée	Partage	
Absence / retard de travaux	X			Les travaux sont normalement réalisés sous maîtrise d'ouvrage de la collectivité, avec appel à la concurrence en vertu du code des marchés publics. Des délais peuvent théoriquement être plus longs en raison des procédures de passation, mais une bonne utilisation du code permet une adéquation entre les travaux nécessaires et leur planification.
<i>Cadrement précis de la répartition des travaux</i>			X	Voir ci-dessus la question de l'absence de clarté entre renouvellement et renforcement ou travaux nouveaux.
Difficulté de financement pour travaux	X			Le fermier est tenu de percevoir, normalement gratuitement, pour le compte de la collectivité la surtaxe s'ajoutant au prix de l'eau. On constate plusieurs difficultés: le délai de reversement de la surtaxe est parfois contractuellement long, pouvant aller jusqu'à 8 mois. Les pénalités de retard ne seraient pas dissuasives si elles étaient appliquées. La collectivité supporte, comme le délégataire, la part des impayés puisque le reversement de surtaxe se fait sur les montants perçus par les délégataires. Enfin, on a constaté que l'effort de maintien du prix de l'eau a été fait d'abord, dans les contrats examinés, au détriment de la part perçue par la collectivité, qui dans tous les cas n'augmente pas ou peu.

Analyse :

Comme pour le renouvellement des équipements, on retrouve la même difficulté de cadrage de la répartition des travaux d'extension et de renforcement entre ce qui relève du délégataire et ce qui relève de la collectivité. Ce manque de cadrage concerne les contrats qui suivent une logique concessive, les contrats de pur affermage étant relativement clairs puisqu'il revient à la collectivité de financer ce type de travaux.

La question du renforcement et de l'extension des installations est liée à la question du financement et des modalités de perception de ces financements. Les contrats analysés sont tous marqués d'une part par des délais relativement longs de reversement de la surtaxe par le délégataire, et d'autre part par le caractère peu dynamique du montant de ces surtaxes, qui n'évoluent pas de façon corrélée avec

le prix global du service d'eau. Enfin, on ne peut dissocier non plus de ces problématiques, la question de la maintenance générale sur le long terme des équipements, par le biais des mécanismes d'amortissement que la collectivité, et le délégataire, doivent mettre en place. L'amortissement permet au service de lutter contre la dégradation progressive, par le temps, des biens de la délégation. Le renouvellement se distingue théoriquement de l'amortissement en tant qu'il permet au bien de durer plus longtemps dans un meilleur état. Il permet de conserver au bien sa capacité de durer autant que le permet sa durée d'amortissement et donc d'éviter un vieillissement prématuré.

4.2.6. LES MOYENS DE CONTROLE

6. CONTRÔLE

Identification des risques	Prise en charge du risque			Commentaires
	Personne publique	Personne privée	Partage	
Absence / retard de communication des documents réglementaires	X			Rares sont les contrats qui prévoient des sanctions, mais c'est le cas pour les contrats récents.
Difficile lisibilité des comptes: ex: Transmission d'un compte d'exploitation non conforme au compte d'exploitation prévisionnel	X			Impossible traçabilité des charges de personnel. Les CARE ne sont pas présentés comme les comptes d'exploitation prévisionnels, comme le recommandait la Cour des comptes (2011).
Garanties / non exécution des obligations			X	Tous les contrats ne prévoient pas le dépôt d'une garantie pour non-respect des obligations contractuelles. Quand c'est le cas, le dépôt est faible et non actualisé: allant de 20 000 € (non actualisé depuis les années 1980 pour certains) à 200 000 €.
Coût du contrôle			X	Il est parfois prévu et mis en partie à la charge du délégataire pour des sommes modestes: 25 000 €.

Analyse :

Les contrats analysés prévoient des dispositions relatives au contrôle de la délégation. Les contrats récents prévoient des pénalités beaucoup plus nombreuses, même si leur caractère opératoire peut parfois être mis en doute. Le montant faible ou l'absence dans les clauses contractuelles de garanties permettant à la collectivité de faire face à l'absence d'exécution, par le délégataire, de ses obligations, dénote

une faible pratique du contrôle. La mise en place de garanties réciproques entre les parties au contrat est pourtant une des composantes essentielles de la gouvernance des contrats.

On retrouve des mécanismes de garantie dans les relations commerciales et notamment dans les relations entre franchiseur et franchisés. On avait déjà abordé la relation entre le délégant et le délégataire sous une forme analogue à celle du franchiseur et du franchisé. Le souci du franchiseur va être de maintenir une qualité qui fasse que son réseau reste attractif. La tentation du franchisé qui aura un comportement opportuniste, sera de profiter de la franchise pour attirer les clients, tout en faisant le moins d'investissements possibles. Le risque pris est à la fois collectif et individuel. Pour garantir le franchiseur contre ce risque de comportement, il peut mettre en place des garanties en obligeant le franchisé à effectuer des investissements qui seront perdus en cas de résiliation du contrat. L'objectif est que la pénalité liée à la perte du capital investi soit plus importante que le bénéfice qu'il peut tirer d'un comportement de triche. On peut citer par exemple l'obligation faite au franchisé de louer son local avec un bail de courte durée au lieu de posséder le terrain d'assiette. « *Cet arrangement de bail crée une situation où une résiliation peut contraindre le franchisé à se déplacer et par là même à lui imposer une perte en capital s'élevant au montant de son investissement initial non récupérable*⁶¹⁹ ». On peut imaginer la mise en place de garanties de ce type pour des équipements stratégiques, obligeant l'entreprise titulaire du contrat, à maintenir un haut niveau dans l'entretien des équipements par exemple.

4.2.7. CONCLUSION : UNE CLARIFICATION ET UNE FORMALISATION DE LA REPARTITION DES RISQUES

L'application d'une matrice des risques aux contrats de DSP permet de faire ressortir les points les plus délicats de la répartition du risque et ceux qui doivent faire l'objet de mesures de contrôle renforcé. Différentes mesures sont possibles :

- Un outil d'analyse des risques constitué d'une grille d'analyse à intégrer formellement au contrat.

⁶¹⁹ KLEIN Benjamin et LEFLER Keith B., "The role of market forces in assuring contractual performance", *Journal of Political Economy*, 1989, august, 615-41, cité par WILLIAMSON Oliver, *Les institutions de l'économie*, InterEditions, InterEditions, 1994, p. 219.

- Un suivi des provisions permettant la liaison précise entre les provisions et les travaux de renouvellement effectués ainsi que les déductions fiscales obtenues au titre de ces provisions.
- Un suivi du personnel et des coûts associés.
- Un mécanisme de répartition de travaux entre collectivité et délégataire qui soit en relation avec le rendement de réseau et les gains de productivité. Un investissement en liaison directe avec une augmentation de la productivité doit en priorité être du ressort de l'exploitant.
- Une formule d'indexation qui comporte une part fixe plus importante que les 15 ou 20% affichés habituellement.
- Des procédures plus encadrées de dévolution des marchés privés avec les prestataires extérieurs.

4.3. L'EVALUATION DE LA VALEUR AJOUTEE DU PROJET

Une fois que les composantes d'un service public d'eau ont été valorisées et donc que le coût global a pu faire l'objet d'une estimation, il s'est agi de déterminer la répartition des risques et des charges entre la collectivité publique et l'opérateur privé.

Afin de savoir si le choix de l'opérateur privé, compte tenu de la répartition de risques et de charges, est pertinent, et si, dans le temps, le partenariat reste une « bonne affaire » pour le service public, il est nécessaire de comparer le projet global hors partenariat et le projet global avec le partenariat d'un côté, et de comparer le projet global en partenariat à différents moments de son évolution dans le temps, pour savoir s'il reste pertinent. C'est l'objet de l'évaluation de la valeur ajoutée.

4.3.1. LES PRINCIPES DE L'EVALUATION

L'évaluation de projet consiste à mettre en place une évaluation préalable et un bilan coût / avantage. L'évaluation préalable, dans les partenariats public-privé (PPP – BEA, CP, concessions – affermage, etc.) a pour but de déterminer la meilleure façon de mener un projet, et d'éclairer le choix entre les différentes modalités que sont la maîtrise d'ouvrage publique et la maîtrise d'ouvrage privée. Il est une aide à la décision sur la réalisation ou non d'un projet d'investissement.

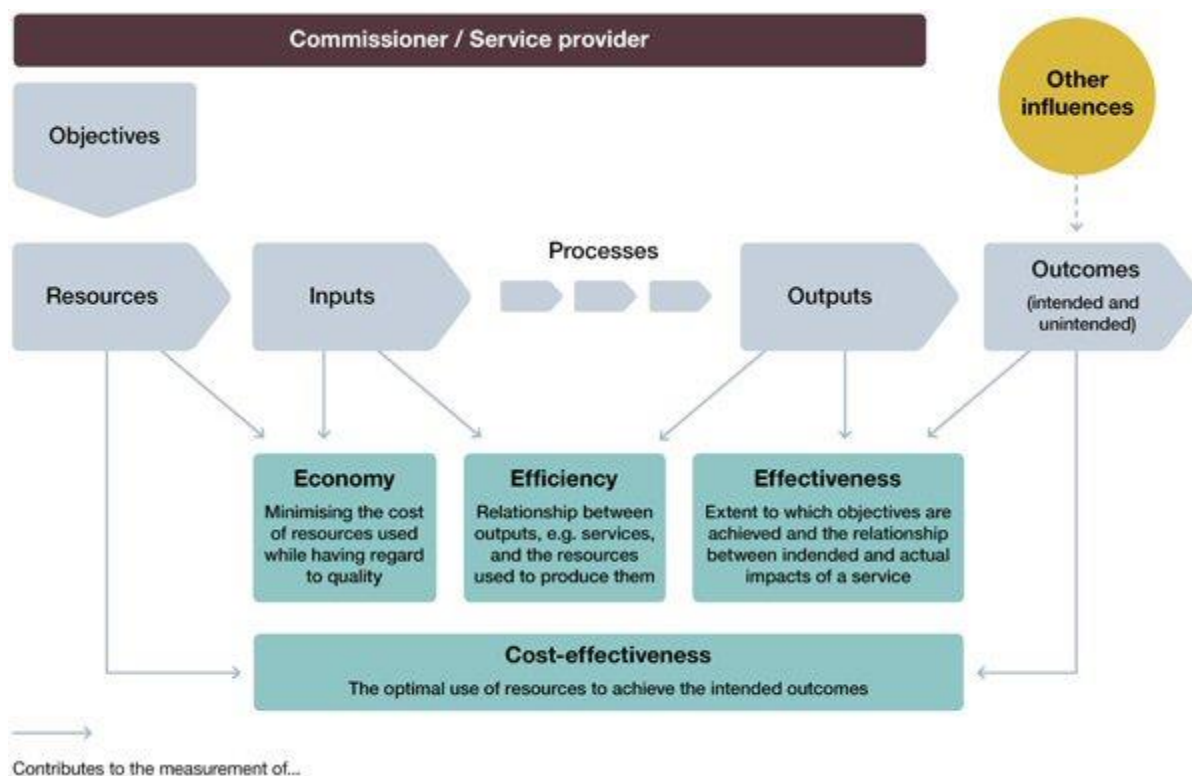
La réforme de l'Etat au Royaume-Uni dans les années 1980 a encouragé les administrations à comparer le fonctionnement des services publics et celui des entreprises privées, avec comme objectif de réduire les impôts et la place de l'Etat. Comme l'indique le professeur Yvon Pesqueux, « *le projet du New Public Management est d'insuffler « l'esprit d'entreprise » dans l'appareil d'Etat en introduisant des logiques de marché dans son fonctionnement, perspectives de la gouvernance privée comprises, c'est-à-dire en faisant comme si la concurrence qui est toujours citée comme étant fondatrice de l'efficience du marché puisse tenir lieu de principe politique*⁶²⁰ ».

Le principe directeur est celui de la « *Best Value for Money* », qui analyse la production d'un service sous les trois angles de l'économie, de l'efficience et de l'efficacité. Le schéma proposé par le *National Audit Office* (NAO) résume précisément les angles d'analyse de cette méthode qui peut s'énoncer par « dépenser moins » (économie), « dépenser bien » (efficience) et « dépenser de façon avisée » (efficacité). Les principes de l'évaluation sont résumés ainsi par le NAO : « *The National Audit Office (NAO) uses three criteria to assess the value for money of government spending i.e. the optimal use of resources to achieve the intended outcomes:*

- ***Economy***: *minimising the cost of resources used or required (inputs) – spending less;*
- ***Efficiency***: *the relationship between the output from goods or services and the resources to produce them – spending well; and*
- ***Effectiveness***: *the relationship between the intended and actual results of public spending (outcomes) – spending wisely.*⁶²¹ ”

⁶²⁰ PESQUEUX Yvon, Le ” nouveau management public ” (ou *New Public Management*). 2006. <hal-00510878>

⁶²¹ Le NAO utilise trois critères pour évaluer la « valeur du service pour l'argent dépensé » des dépenses gouvernementales, c'est-à-dire la meilleure utilisation des ressources pour atteindre les objectifs fixés : **Economie** : minimiser le coût de la ressource utilisée ou nécessaire (dépenser moins), **Efficience** : la relation entre les résultats en termes de biens et services et les ressources pour les produire (dépenser bien), **Efficacité** : la relation entre les objectifs et les résultats atteints de la dépense publique (dépenser de façon avisée).



Source: <https://www.nao.org.uk/successful-commissioning/general-principles/value-for-money/assessing-value-for-money/>

En France, l'usage du contrat de partenariat s'inspire de ces pratiques et suppose une évaluation préalable qui doit présenter « *avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat*⁶²² ». Les DSP ne font pas l'objet d'une semblable obligation puisque les dispositions du CGCT imposent seulement que la collectivité se prononce « *sur le principe de toute délégation de service public local* », à partir d'un rapport de présentation « *contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire*⁶²³ ». La différence dans l'approche et la préparation du projet est notable. L'impact sur les finances publiques est certes différent entre un PPP qui fait l'objet de décaissement de loyers et un service d'eau et d'assainissement qui est en totalité ou presque autofinancé par le client final, c'est-à-dire l'utilisateur. Il n'en

⁶²² Ordonnance n° 2004-559, art. 2 et CGCT, art. L. 1414-2-b).

⁶²³ Article L. 1411-4 du CGCT.

reste pas moins qu'il s'agit de deux types de projets qui engagent les finances de l'utilisateur sur le long terme.

Outre le fait que la collectivité publique s'investit dans les services publics d'eau et d'assainissement, et même s'y investit de plus en plus, il nous semble que l'utilisateur mérite aussi un travail de clarté et d'évaluation sur les services qui lui sont proposés. L'évaluation préalable pour les DSP n'aurait pas uniquement pour objet de démontrer la pertinence d'un choix de déléguer ou non, ou de justifier de choix, elle aurait aussi pour objet de proposer un cadre normé dans lequel les deux parties, publiques et privées auraient une visibilité du coût global prévisionnel du service et de la répartition des engagements de chacun. Elle permettrait de poser un jalon extérieur permettant d'évaluer le contrat. Elle aurait pour objet de mesurer le contrat par rapport à un modèle standardisé de coûts⁶²⁴ pour une maîtrise d'ouvrage interne mais aussi de mesurer le contrat de DSP par rapport à lui-même, à différents moments de son exécution et des négociations qui peuvent intervenir.

4.3.2. LA FORME DE L'EVALUATION

4.3.2.1. L'ANALYSE DES COUTS

Une évaluation préalable des coûts doit s'attacher dans un premier temps à déterminer le coût d'investissement du service sur une période donnée. Ce coût d'investissement peut être déterminé par l'ensemble des charges nécessaires à l'entretien, aux réparations, au renouvellement partiel et à l'amortissement des installations. Un audit patrimonial des installations est un préalable. L'entretien du réseau obéit à des normes techniques dont il est possible de prévoir le coût. Les réparations et renouvellement peuvent également faire l'objet d'un coût prévisionnel précis, en dehors des réparations liées à des circonstances exceptionnelles. L'amortissement des installations obéit à des normes techniques selon le type de bien à amortir. La présence de technologies nouvelles ou de nouveaux matériaux⁶²⁵ peuvent rendre la prévision plus approximative, mais sur le long terme, l'amortissement est prévisible. Le coût des investissements doit également intégrer des prévisions d'extension et de renforcement qu'il appartient à la collectivité publique d'établir en fonction de ces choix, de son programme

⁶²⁴ Coûts évalués selon des méthodes standardisées et non des coûts standardisés, ceux-ci n'auraient pas de sens pour des services publics qui ont des données physiques et techniques différents.

⁶²⁵ Comme cela l'a été pour l'introduction du polyéthylène haute densité (PEHD).

d'urbanisation, des prévisions d'évolution et de répartition de la population sur son territoire.

Le coût d'exploitation du service peut être précisément estimé au regard de la permanence et de la standardisation des structures d'exploitation. Des normes de coût peuvent être assez aisément déterminées : nombre d'agents et coût des agents, coût des équipements électromécaniques, et des charges courantes de fonctionnement. Les coûts d'investissement et d'exploitation additionnés forment le coût global de l'exécution du service.

L'analyse des coûts trouve actuellement un regain d'intérêt dans le domaine des services d'eau et de l'assainissement. En témoignent les guides rédigés sous l'égide de l'association scientifique et technique pour l'eau et l'environnement (ASTEE) en partenariat avec l'association des ingénieurs territoriaux de France (AITF) et l'ONEMA :

- « Gestion patrimoniale des réseaux d'eau potable – Elaboration du descriptif détaillé des ouvrages de transport et de distribution d'eau », 2013.
- « Gestion patrimoniale des réseaux d'eau potable – Volume II : optimiser ses pratiques pour un service durable et performant », 2016.
- Gestion patrimoniale des réseaux d'eau potable – Approche croisée par le suivi des activités et l'analyse des coûts du service », 2017. Ce dernier guide donne des clés pour la mise en place d'une comptabilité analytique dans les services d'eau et d'assainissement.

Parallèlement la fédération nationale des collectivités concédantes et régies (FNCCR) a engagé un « programme d'analyse comparative » sur 2017-2019 qui concerne 40 collectivités volontaires qui ont souhaité partager un certain nombre de résultats techniques et financiers, avec pour objectif de trouver des pistes pour mieux identifier les coûts et mieux les maîtriser.

L'analyse des coûts se fonde sur les données produites par le service à travers différents outils qui sont répertoriés dans le tableau suivant :

Tableau n°23 : Les outils producteurs de données sur le service

Outils	Fonction
SIG (système d'information géographique)	C'est l'outil qui permet de positionner et de décrire les éléments techniques de patrimoine. Il doit permettre une connaissance quantitative et qualitative du patrimoine.
GMAO (gestion de la maintenance assistée par ordinateur)	L'outil est une aide à la décision en matière de maintenance ou de renouvellement.
Applications métiers	Il peut s'agir d'outils RH de comptabilisation du temps travaillé par les agents sur telle ou telle fonction.
Logiciel comptable et financier	Permet d'établir les documents comptables et financiers réglementaires. Des modules spécifiques comme la gestion comptable des immobilisations, existent.

Source : A. Abou, inspiré du Guide -Gestion patrimoniale des réseaux d'eau potable, ASTEE, 2017, p. 37.

On relèvera que c'est souvent le cloisonnement entre les outils, l'absence d'interface, qui sont sources de difficultés pour la constitution de données servant à l'élaboration d'un coût.

Il est nécessaire de préciser les objectifs que l'on se donne pour la mise en place d'une comptabilité analytique : connaître les coûts qui intéressent la structure, en fonction de sa configuration et des objectifs fixés. C'est parce le coût global n'est pas identique sur son périmètre et qu'il dépend de la configuration du service qu'il est utile de le mesurer. Une ressource peut s'avérer peu coûteuse (pas de traitements importants, abondance) et nécessiter des coûts de transport limités (peu de réservoirs nécessaires, peu de stations de relevage, etc. en fonction de la configuration géographique du territoire).

Les retours d'expérience sur le calcul des coûts dans les grandes collectivités montrent que la comptabilité analytique est, actuellement, loin d'être une réalité pour les services d'eau et d'assainissement, y compris les plus grands services, même si la démarche se met en place peu à peu. Sur la communauté d'agglomération du Grand Lyon (DSP pour l'eau potable), une démarche d'analyse des coûts du service, au sens strict, n'a pas été engagée. Cependant, la communauté effectue depuis 2015 et son nouveau contrat de DSP, un suivi du compte de la délégation (CARE) sous la forme du compte d'exploitation prévisionnel, ce qui

facilite les comparaisons. Sur la métropole de Lille (gestion en régie), « *le dispositif est à construire*⁶²⁶ ».

Le syndicat des eaux d'Ile de France (SEDIF), pour sa part, a imposé à son délégataire de produire une répartition analytique de ses coûts chaque année. Ces coûts sont répartis par fonction : production (puis par usine), relèvement/stockage (réservoirs, stations de relèvement, canalisations), distribution, gestion des abonnés, R & D, administration, communication, frais généraux et divers. Le SEDIF s'applique à lui-même les catégories de coûts de son délégataire, pour les dépenses dont il a la charge (gestion patrimoniale : renouvellement, travaux neufs). Il compile ensuite la répartition des coûts pour afficher le coût synthétique par grande activité du service. La démarche vise le contrôle du délégataire mais a aussi une visée de communication « pédagogique ». La grille imposée au délégataire pour la présentation des comptes est un tableau à double entrée avec en ligne la décomposition des imputations comptables en produits et en charges et en colonne les différentes fonctions du service, rappelées plus haut (production, relèvement/stockage, etc.)⁶²⁷. Si cette dernière démarche paraît simple, il est important de connaître d'une part la fiabilité des données sources (par exemple le pointage avec un téléphone cellulaire pour les charges de personnel en intervention sur telle ou telle fonction), d'autre part les clés de répartition utilisées pour les charges indirectes.

4.3.2.2. LA REPARTITION DES COUTS

Il s'agira ensuite de répartir ces coûts en fonction du choix de partage des risques de la collectivité, responsable *in fine* du service. La répartition des risques déterminera la répartition des coûts d'investissement et d'exploitation entre chacun des partenaires. Il serait utile à ce stade d'établir une analyse financière de mesure de rentabilité des investissements fondée sur la valeur actualisée des flux de trésorerie.

Pour le délégataire, l'investissement est constitué par exemple par les flux négatifs relatif aux charges de travaux de réparation et de renouvellement (infrastructures et équipements électromécaniques) et en exploitation par les coûts généraux

⁶²⁶ ASTEE, Gestion patrimoniale des réseaux d'eau potable – Approche croisée par le suivi des activités et l'analyse des coûts du service », 2017, p. 47.

⁶²⁷ Voir annexe n°10 : « Comptabilité analytique imposée par le SEDIF ».

d'exploitation (personnel et autres). Le flux positif est constitué par les redevances versées par les usagers.

Pour la collectivité publique, l'investissement est constitué par exemple par les flux négatifs relatif aux charges de travaux d'amortissement et d'extension et de renforcement du réseau et en exploitation par les coûts généraux d'exploitation (personnel et autres). Le flux positif est constitué par la redevance (surtaxe) versées par le délégataire.

Le taux de rentabilité du projet pour chacun des partenaires peut ainsi être calculé et comparé au taux de financement de chacune des entités pour connaître la rentabilité réelle du projet. C'est à ce moment que des arbitrages pourront être fait sur la répartition des risques. La redevance versée à la collectivité peut servir de variable d'ajustement de cette répartition des risques.

Le suivi du contrat doit alors consister à actualiser ces différents paramètres pour les ajuster en fonction de la réalisation et redéfinir une répartition jugée comme équitable qui aura été auparavant déterminée dans le contrat. En cas de déséquilibre en faveur du délégataire (surprofit), la redevance pourra être ajustée à la hausse. En cas de déséquilibre en défaveur du délégataire, elle pourra être ajustée à la baisse.

Des modèles d'évaluation préalable ont été définis pour les PPP, notamment par la MAPP. Cependant ces modèles d'évaluation sont dirigés dans l'objectif de faire un choix entre différentes modalités de gestion d'un équipement ou d'un service public (ou les deux). Par ailleurs, certains analystes ont critiqué, à juste titre, le fait que le modèle préconisé privilégie une approche financière au détriment des avantages socio-économiques qui ne sont pas valorisés : *« Leur inconvénient majeur [aux coûts globaux actualisés, méthode employée par l'outil d'évaluation de la MAPP] est qu'ils ne prennent pas en compte les gains d'utilité socio-économique, reléguant ces derniers à des outils étrangers à ce type d'évaluation, dont la mobilisation paraît hasardeuse. La MAPPP elle-même le reconnaît, qui réintroduit les rendements socio-économiques dans les VAN nettes à titre de correction. Il apparaît surprenant que les avantages socio-économiques soient malmenés dans l'évaluation, car de tels avantages génèrent des gains, matériels et immatériels, pesant dans l'arbitrage public⁶²⁸ »*. Nous avons vu que la méthode de la MAPP

⁶²⁸ DESRUMAUX Nicolas, « L'évaluation économique préalable des partenariats public-privé. Anticipation des risques et contrôles financiers », Lille, janvier 2011 (article en ligne), p. 15.

n'était pas exempte de critiques, notamment sur les méthodes de valorisation des risques, méthode qui induisent une survalorisation automatique des bénéfices d'un PPP par rapport à d'autres types de gestion. L'approche de la rentabilité financière est complémentaire de la réalisation d'une étude coût/avantage.

A ce stade, l'évaluation préalable peut avoir plusieurs objectifs :

- Comparer les solutions entre la maîtrise d'ouvrage publique, par un prestataire de service ou en régie directe, et la maîtrise d'ouvrage privée, avec les variantes de l'affermage ou de la concession.
- Fixer un cadre de référence pour évaluer le contrat (ou plus généralement les modalités de gestion du service) à travers le temps.

Les méthodes d'évaluation sont utilisées actuellement pour des projets portés par des engagements bancaires conséquents où les banques sont parties prenantes directes du projet. Si la première condition est réalisée dans le cas des DSP d'eau et d'assainissement, ce n'est pas le cas du deuxième point, puisque les banques ne sont pas parties prenantes d'un projet mais sont les partenaires des parties prenantes. Il en irait différemment dans le cadre d'un projet porté par une société de projet ou une SEMOP, avec une ou plusieurs institutions financières parties prenantes du projet.

Le coût des études nécessaires à une évaluation peut paraître dissuasif pour les projets qui n'ont pas une assez grande ampleur. Certains analystes indiquent que *« Cette méthode est onéreuse. Les coûts d'étude sont de l'ordre de 500 000 euros pour 300 millions d'euros d'investissement⁶²⁹ »*. Il s'agit là d'un argument de poids car le coût de la régulation doit être proportionné au projet et à ses risques. Autre remarque, certaines méthodes d'analyse des risques sont considérées parfois comme trop théoriques et abstraites par les partenaires privées. C'est la critique qui avait été adressée à la méthode développée par la MAPP, quand elle s'est appuyée sur une société spécialisée dans les assurances pour développer sa méthode d'analyse de risques : *« Pour les entreprises, la MAPP semble avoir adopté l'approche britannique qui consiste à faire appel à une société de risk management qui analyse les risques, les probabilise et détermine leur impact sur le coût et les délais⁶³⁰ »*. Cette méthode donne trop d'importance à chacun des risques sans avoir

⁶²⁹ LAVARDE Christine, « Quelle valorisation pour les risques dans les contrats de partenariat ? » IGD, décembre 2008. p. 20.

⁶³⁰ Ibidem.

une vue du risque plus globale. Il est sans doute nécessaire d'adapter la méthode d'analyse des risques, en cherchant la moins biaisée des méthodes, sachant que toutes les méthodes reposent sur des hypothèses contestables.

4.3.3. LA QUESTION DU FINANCEMENT DES BIENS

Dans sa note de commentaire de l'arrêt du 21 décembre 2012, l'avocat Jean-Sébastien Boda⁶³¹ recensait : « *deux problématiques distinctes des opérateurs économiques, relayées par la doctrine [...] : la classification des biens des délégations, d'une part (A), et l'optimisation du financement privé des biens nécessaires au fonctionnement du service public, d'autre part (B).* » La question de l'optimisation du financement privé des biens destinés au service public se pose dans tous les types de contrats de partenariat, que l'on soit en délégation de service public, affermage ou concession, ou contrat de partenariat, certes à un degré moindre dans le cas des DSP par rapport aux contrats de partenariat.

Dans le cadre d'un contrat d'affermage, qui est le type de contrat de DSP le plus répandu dans le domaine de l'eau, les biens sont situés souvent sur le domaine public et sur le domaine privé du délégataire mais aussi de tiers. Les biens sont financés dans la plupart des cas à la fois par la personne publique et le délégataire, soit sous la forme de travaux de renouvellement dans le cadre des affermagements classiques, soit sous la forme de renouvellement, d'extension et d'investissements nouveaux, dans le cadre de contrats mixte d'affermages avec « îlots concessifs ». Les équipements peuvent également être financés dans le cadre de concession.

Au-delà de la différence entre les DSP et les autres contrats tirés de la PFI (comme les contrats de partenariat) qui réside dans le rôle pris par les financeurs privés, ces contrats attirent les investisseurs par leur « bancabilité ». Ce terme traduit l'entrée des financeurs privés dans le champ du contrat et les modifications qu'elle impose dans la pratique des contrats publics. « *Un projet est « bancable » lorsque l'analyse de l'ensemble de ses termes économiques, commerciaux, financiers, techniques, juridiques, politiques et sociaux permet de conclure à la viabilité et la solidité financière du projet sur le long terme*⁶³² ».

⁶³¹ JCP / La semaine juridique – Edition administrations et collectivités territoriales n° 8. 18 février 2013, p. 5.

⁶³² LEQUIEN Michel, CUCHE Pascal, La notion de « bancabilité » dans les opérations de financement privé d'équipements publics, Etude, Ashurst, p. 2. *Droit Administratif* n° 12, Décembre 2004, étude 22.

La préoccupation de la « bancabilité » des contrats publics incite à réexaminer la régulation globale des contrats à l'aune d'un certain nombre d'exigences posées par les financeurs privés. Elle est à l'origine d'un « renouveau » de la pratique contractuelle dans le domaine des contrats publics dans la mesure où le contrat sera passé au crible de la sécurité financière : la régulation extracontractuelle des aléas et la protection contre ces aléas dans le contrat. Une attention particulière est portée aux conditions de résiliation des contrats ainsi qu'aux clauses permettant de sauvegarder les droits des prêteurs. Parmi celles-ci, il y a bien sûr les sûretés permettant de garantir les prêts consentis et donc les garanties sur les actifs.

Le régime de la domanialité publique est donc confronté directement à ces préoccupations de « bancabilité » des projets d'investissement. Le régime de la domanialité est en effet strict dans ses principes : inaliénable⁶³³, imprescriptible⁶³⁴, insaisissable⁶³⁵, il est doté d'une protection élevée qui rend la mise en place de sûretés plus compliquée. Cependant depuis la fin des années 1980, des aménagements au régime de la domanialité ont été apportés, avec la possibilité du bail emphytéotique administratif⁶³⁶ qui prévoit la détention de droits réels sur des dépendances du domaine public des collectivités territoriales. Les droits réels comme les ouvrages « *sont susceptibles d'hypothèque uniquement pour la garantie des emprunts contractés par le preneur en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué*⁶³⁷ ». L'ordonnance relative aux contrats de partenariat prévoit également des droits réels sur les ouvrages construits⁶³⁸.

La décision « *Commune de Douai* », dont nous avons rappelé les dispositions, ouvre la porte, dans le domaine des délégations de service public, à des possibilités de financements privés des équipements publics plus diversifiés et plus importantes. Même si le Conseil d'Etat confirme le principe que les biens de retour sont la propriété de la personne publique, il laisse la possibilité pour les parties de prévoir une appropriation temporaire des biens par la personne privée, dès lors qu'ils ne sont pas sur la propriété d'une personne publique : « *Le contrat peut attribuer au*

⁶³³ art. L. 3111-1 du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P).

⁶³⁴ art. L. 3111-1 du CG3P.

⁶³⁵ art. L. 2311-1 du CG3P.

⁶³⁶ Article L. 1311-2 du CGCT.

⁶³⁷ Article L. 1311-3-2° du CGCT.

⁶³⁸ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, article 13-I.

délégataire ou au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des ouvrages qui, bien que nécessaires au fonctionnement du service public, ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique, ou des droits réels sur ces biens, sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession, en cours de délégation, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée⁶³⁹ ». Pour les autres biens, situés sur la propriété de la personne publique, le Conseil d'Etat renvoie aux aménagements du principe de la domanialité publique prévus par la loi⁶⁴⁰.

La question du financement privé des biens de la délégation peut permettre, paradoxalement, une meilleure gouvernance sur ces biens. Une plus grande ouverture au financement privé implique en effet un plus grand contrôle de la personne publique responsable *in fine* du service. L'inventaire des biens de la délégation, précis, valorisé, partagé et fixé contractuellement, permet de clarifier les relations entre la personne publique et le délégataire. Le patrimoine est ainsi estimé selon une valeur partagée, ce qui clarifie les besoins relatifs à son entretien et à son renouvellement. Le défaut de certaines délégations, comme nous avons pu le constater dans les audits conduits par les juridictions financières⁶⁴¹, est la méconnaissance, par la collectivité, de son patrimoine. Il en résulte une liberté parfois complète pour le délégataire, pour estimer l'état réel du patrimoine, parfois proposer des travaux qui ne sont pas les plus adéquats, ou des travaux qui ne font que reporter la charge sur la collectivité, tout en préservant les bénéfices pour le délégataire. Par exemple, le fait de proposer des renouvellements complets de portions de canalisation permet de les imputer sur les dépenses de renouvellement incombant à la collectivité, pour un bénéfice qui revient au délégataire, avec un meilleur rendement de réseau. Cette pratique n'est pas toujours justifiée⁶⁴².

Ces comportements opportunistes sont favorisés par un niveau de connaissance inégal des équipements, entre les partenaires au contrat. Il arrive que dans des contrats de DSP, l'inventaire exhaustif soit prévu mais renvoyé à un audit ultérieur

⁶³⁹ CE, 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788.

⁶⁴⁰ Ce sont les autorisations d'occupation temporaires constitutives de droits réels, les baux emphytéotiques administratifs et le crédit-bail.

⁶⁴¹ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Régie communautaire de l'eau et de l'assainissement – Odyssi – Exercices 2007 et suivants. Mars 2015

⁶⁴² Ibidem.

qui peut durer un an ou plusieurs années⁶⁴³. Une valorisation dans le cadre d'un financement privé permet d'avoir une vision du patrimoine en termes de valeur et de risque, ce qui permet de réduire les comportements opportunistes du délégataire ou du délégant sur la nature des biens et leur état. Un meilleur contrôle nécessite, au-delà de la question de la protection juridique, une répartition des risques basée sur une connaissance précise des biens des délégations. L'apport d'une expertise extérieure, qu'elle soit le fait d'un audit classique ou à l'occasion de l'arrivée d'un financeur extérieur dans la relation contractuelle permet de rééquilibrer la relation et de réduire les comportements opportunistes défavorables à la performance du contrat.

Tableau n°24 : Les enjeux liés aux biens des DSP

Les enjeux	Biens indispensables		Biens utiles
	Sur le domaine public	Sur le domaine du concessionnaire	
Financement	Délégataire ou personne publique	Délégataire	Délégataire
Gestion	Délégataire	Délégataire	Délégataire
Indemnisation	Gratuit ou indemnisation au profit du délégant si le bien n'est pas en bon état ou indemnisation au profit du délégataire si le bien n'est pas amorti	Gratuit Il faut que le délégataire évalue le bien s'il l'a apporté dans le contrat.	Gratuit ou rachat

Source : A. Abou

Dès lors que les financements privés sont facilités, la forme de la délégation de service public peut devenir assez différente de ce qu'elle est. Le choix du mode de gestion en concession peut être encouragé par ces changements. Une inflexion en faveur des concessions est d'ailleurs observée dans le champ global des DSP, avec une immixtion plus importante des entreprises privées dans la gestion des équipements publics⁶⁴⁴. Les orientations prises sur le financement des biens des

⁶⁴³ Cf. CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, *Avis* n°2011-0046, Contrat de délégation de service public de l'aéroport de Saint-Martin. Juillet 2011.

⁶⁴⁴ Cf. LEQUIEN Michel, CUCHE Pascal, La notion de « bancabilité » dans les opérations de financement privé d'équipement public, *Dr adm.* Déc. 2004, étude 22, ainsi que BRISSON Jean-François : L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public, *AJDA*, 2005, 591. Et que BRACONNIER Stéphane et MOREL Jean-Baptiste, Regards sur les partenariats public-privé internationaux, *Contrat marchés publ.* 2007, étude 3. On

services publics doivent donc d'autant plus inciter à se doter d'outils de contrôle et d'évaluation.

4.3.4. LA TRANSPARENCE ET L'UTILISATION DES DONNEES

4.3.4.1. L'EQUILIBRE ENTRE TRANSPARENCE ET SECRET DES AFFAIRES

La question de l'absence de transparence et de la dissimulation des bénéfices et du patrimoine entre dirigeants / exploitants et actionnaires / propriétaires n'est pas récente. Fernand Braudel en retraçant l'histoire du capitalisme évoquait les anomalies des comptes de la Compagnie néerlandaise des indes orientales⁶⁴⁵. Elle possédait deux comptabilités, l'une à Amsterdam et destinée aux actionnaires, l'autre à Batavia (île de Java), destinée aux dirigeants, dans les Indes orientales néerlandaises. Les dirigeants de la Compagnie omettaient des mouvements de fonds, des actifs et des passifs, ce qui avait pour effet d'irriter les actionnaires réunis dans la banque d'Amsterdam. A tel point que le président du conseil des actionnaires, Johannes Hudde, avait essayé, sans succès, de réformer le système comptable de la Compagnie. Les conflits d'intérêt et une volonté de maximiser les bénéfices aux profits des dirigeants avait conduit à masquer les réels bénéfices de la Compagnie et contribué plus tard à sa perte.

La question de la réduction de l'asymétrie de l'information est ici centrale. Il s'agit de trouver un équilibre entre différentes préoccupations : celle de la protection des actifs et du service public d'une part et celle de la particularité de la gestion par l'entreprise délégataire (protection du secret des affaires) d'autre part, dans le cadre de l'obligation de loyauté contractuelle entre les partenaires et de l'obligation de transparence, d'intérêt public.

On identifie dans les contrats de DSP deux types d'asymétrie d'information : l'information liée à l'analyse économique du service : la connaissance de la demande, des coûts d'exploitation, d'un côté et l'information liée à la capacité de traiter les données, c'est-à-dire l'expertise d'un autre côté. Cette dernière asymétrie, d'expertise, est liée à la mise en place ou non des compétences humaines

peut voir ce mouvement dans l'évolution des modèles de DSP dans d'autres domaines que l'eau potable et l'assainissement, comme celui des concessions portuaires.

⁶⁴⁵ BRAUDEL Fernand, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme XVe-XVIIe, t. 3 Le Temps du monde*, Armand Colin, 1993 (1979).

nécessaires. Nous avons constaté que les agents qui sont en charge du contrôle et du suivi des DSP ont le plus souvent des compétences juridiques ou des compétences techniques, plus rarement des compétences globales : juridiques, d'analyse économique, financière et comptable et un minimum de connaissances techniques. Comme l'indique l'économiste Jean Tirole, « *Il existe donc une double asymétrie en matière d'expertise et d'information qui favorise la partie privée et qui encourage les renégociations opportunistes visant, pour l'entreprise, à s'approprier une plus grande partie de la rente*⁶⁴⁶ ».

Afin de réduire cette asymétrie, certaines mesures avaient été prises avec l'entrée en vigueur de la loi n°95-101 et notamment son article 73 qui crée le « rapport annuel sur le prix et la qualité du service public d'eau potable ». Le rapport est à destination des élus mais aussi des usagers et du public en général. Mais c'est surtout le décret du 14 mars 2005 relatif au « rapport annuel du délégataire⁶⁴⁷ » qui apporte les précisions nécessaires au contrôle. Le décret est entré en vigueur pour les rapports rendus au 1^{er} juin 2007 et a été abrogé dans le cadre de la réforme de 2016, par le décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016.

La question de la transparence des comptes et de ses limites, et notamment des informations précises sur la détermination des profits et leur utilisation, a été clairement posée par les chercheurs. Vouloir une transparence parfaite sur la détermination des coûts et de profits et leur utilisation poserait le problème du principe même de la gestion déléguée. Si une gestion est déléguée, c'est que l'on accepte qu'une partie des informations de gestion relève du délégataire et ne relèvent que de lui. Laetitia Guérin-Schneider et Dominique Lorrain exposent le problème en ces termes : « *Que resterait-il du principe de la gestion déléguée, si tous les coûts et tous les choix étaient connus de tous ? Se posent deux problèmes : économique et politique. En économie, cela revient à vouloir la transparence du marché [...]. Or il se trouve [...] que la grande firme s'est précisément développée en proposant une solution autre que le marché à la coordination des échanges. Sa supériorité (dans certains cas) vient de sa capacité à arbitrer entre des ressources ; mais cette capacité et les informations liées font partie de ses compétences et constituent un actif invisible. [...] Il y a aussi un problème politique. La maturité des échanges entre puissance publique et firme n'est pas celles des relations firmes-*

⁶⁴⁶ SAUSSIÉ Stéphanie et TIROLE Jean, *Rapport au Conseil d'analyse économique*, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », 2015/3 (n° 22), p. 1-12, p. 5.

⁶⁴⁷ Décret n°2005-236 du 14 mars 2005.

*firmes. [...] S'il est légitime, sur un certain nombre de points, de rechercher plus d'information, la limite n'est pas facile à trouver et il n'est pas certain que l'excès de contrôle sur l'affectation des moyens facilite le fonctionnement du secteur, dans l'intérêt des parties*⁶⁴⁸ ». La question n'est donc pas celle de l'absence d'asymétrie d'information, car il y en aura toujours une, mais celle de son ampleur.

Le secret des affaires est évoqué à cette occasion. Il fait d'abord l'objet d'une protection. Ainsi, une autorité administrative doit occulter, au stade de la publication, des mentions qui porterait atteinte au secret des affaires : c'est la décision du Conseil d'Etat du 9 mai 2001⁶⁴⁹. En outre, dans certains cas, le chiffre d'affaires détaillé, réalisé ou prévu par une entreprise sur un segment d'un marché est couvert par le secret des affaires, ainsi que l'ont décidé le Conseil d'Etat⁶⁵⁰, et la commission d'accès aux documents administratifs (CADA)⁶⁵¹. Le secret des affaires est régulièrement invoqué par les entreprises qui ne souhaitent pas divulguer d'informations qui pourraient nuire à leur positionnement concurrentiel.

Il y a cependant des limites au secret des affaires. Dans sa décision du 12 mai 1998, le Conseil de la concurrence indique ainsi que « *la SLE (société Suez Lyonnaise des eaux) a refusé de communiquer son prix de vente de l'eau en gros [...] au motif que l'objet de la consultation portant sur la fourniture et la distribution publique d'eau potable, son prix de production-transport " est un des éléments de son offre et ne peut à ce titre être dévoilé jusqu'à l'ouverture des plis "*. La SLE a donc bien essayé de tirer argument de la protection du secret commercial. La société Suez-Lyonnaise des eaux, après avoir refusé de communiquer à ses concurrents, son prix de vente en gros de l'eau potable, a communiqué un prix abusivement élevé dans des conditions non transparentes. Ainsi la cour d'appel de Paris, par son arrêt du 29 juin 1998, a enjoint à la société Suez-Lyonnaise des eaux « *de communiquer, dans un délai de 4 jours à compter de la notification du présent arrêt, à tout tiers qui en ferait la demande dans le but de se porter candidat à la procédure de mise en concurrence lancée par les communes de Villemoisson-sur-Orge, les Ulis et Grigny, son prix de vente en gros de l'eau potable établi de manière objective, transparente et non discriminatoire, en écartant de ce prix tout coût étranger à la*

⁶⁴⁸ GUERIN-SCHNEIDER Laetitia, LORRAIN Dominique, Note de recherche sur une question sensible : les relations puissance publique - firmes dans le secteur de l'eau et de l'assainissement, *Flux*, n°52/53, avril 2003, p. 38.

⁶⁴⁹ CE, 9 mai 2001, *Société Chep France SA*, n°231320.

⁶⁵⁰ CE, 30 janvier 2015, *Région PACA*, n°374022, dans l'*AJDA* n°12/2015 du 6 avril 2015, p. 675.

⁶⁵¹ CADA, avis n°2011-2128 du 12 mai 2011, *Président du conseil général de l'Aube*.

*production*⁶⁵² ». Le secret des affaires doit donc se combiner avec le principe de la libre concurrence.

Le rapport annuel du délégataire est un important outil de transparence. Le professeur Stéphane Braconnier indique que « *le rapport doit donc réaliser un équilibre délicat entre l'exigence de transparence, qui justifie l'existence même du rapport, et la confidentialité inhérente à la vie des affaires*⁶⁵³ ». La collectivité a en effet une obligation de loyauté vis-à-vis de son délégataire. La cour administrative d'appel avait jugé que « *la commune avait manqué à ses obligations contractuelles, d'une part, en ne réalisant pas certains travaux, d'autre part, en développant d'autres équipements et en organisant des manifestations sur d'autres sites* ». Jugeant cependant que « *la cour n'a apporté sur ces différents points aucune précision permettant au juge de cassation d'exercer son contrôle*⁶⁵⁴ », le Conseil d'Etat avait annulé l'arrêt de la cour administrative d'appel, et n'avait pas fait droit aux demande d'indemnisation de la société « Var expansion » à l'encontre de la ville de Toulon, qu'elle soupçonnait d'avoir organisé des manifestations concurrentes.

L'asymétrie d'information va être accentuée par le niveau de formation et de technicité des agents de la collectivité délégante et du délégataire. C'est le constat qui a été fait pour les tous les services d'eau audités par la chambre régionale des comptes Antilles-Guyane par exemple. Soit les agents avaient des compétences techniques : ingénieurs, notamment recrutés dans les entreprises délégataires, soit ils avaient des compétences juridiques : connaissance des contrats et des marchés publics, mais rarement, ou même jamais, ils n'avaient de compétences économiques ou d'analyse et de gestion financière. La situation évolue cependant, avec la publication d'offres d'emplois qui ciblent précisément l'expertise financière. C'est encore souvent le recours à une expertise extérieure et ponctuelle qui permet une interprétation pertinente des données financières transmises par le délégataire.

Des bonnes pratiques d'échange de données entre collectivités et délégataires sont parfois mises en avant, mais on observe que ces échanges de données ont surtout un caractère technique. Par exemple, dans le cas de l'agglomération du Grand Lyon, deux systèmes (SI) d'information coexistaient, le SI de la collectivité et celui du

⁶⁵² Cour d'appel de Paris, 29 juin 1998, Suez-Lyonnaise des eaux.

⁶⁵³ BRACONNIER Stéphane, *Droit du service public*, 2007, PUF, p. 550.

⁶⁵⁴ CE, 25 juillet 2001, *Ville de Toulon*, n°217307.

délégataire. La collectivité a un accès au SI du délégataire sur l'aspect métier. En revanche, il n'a pas un accès, même restreint, aux données du SI pour les ressources (RH et finances)⁶⁵⁵.

La mise en place de la directive concession en France par le biais de l'ordonnance de transposition du 29 janvier 2016 et son décret d'application a été l'occasion de relancer le débat sur le rapport entre le secret des affaires et la transparence des informations. La partie du décret relative à l'exécution des contrats de concession (titre III du décret) est applicable à l'ensemble des contrats de DSP, y compris dans le secteur de l'eau. L'ordonnance prévoit, en son article 53, le principe général de l'accessibilité « sous un format ouvert » (*open data*) « *des données essentielles du contrat de concession, sous réserve des dispositions de l'article 38* » qui protège le secret industriel et commercial. Le décret précise, en son article 34, les données essentielles communicables. On retiendra en particulier les données suivantes : « *la valeur et les principales conditions financières du contrat* », « *les données relatives à l'exécution du contrat* », « *les dépenses d'investissement réalisées par le concessionnaire* », « *les principaux tarifs à la charges des usagers* », et surtout : « *les données relatives à chaque modification apportée au contrat de concession* », « *les incidences de la modification sur la durée ou la valeur du contrat ainsi que sur les tarifs à la charge des usagers* ». Ces données doivent être accessibles depuis le 1^{er} octobre 2018.

Il y a donc, dans la transposition de la directive, des éléments pertinents sur la valorisation du contrat, comme un début de partage d'information sur la valorisation du contrat et sur ce que chaque modification est susceptible d'apporter tant sur la durée et la valeur du contrat que sur les tarifs pour les usagers. Ce partage doit être l'occasion, après chaque modification du contrat, d'instaurer une réelle actualisation de la grille de répartition des risques du contrat et de permettre une évaluation de la valeur ajoutée globale du contrat et de la modification en particulier. Cependant, si, par ces dispositions nouvelles, l'information semble davantage partagée, les conditions de modification du contrat sont également allégées et nullement conditionnées à une évaluation ou à des engagements en termes d'atteinte des objectifs ou de valeur positive générale de la modification du contrat pour le service.

⁶⁵⁵ ASTEE, Gestion patrimoniale des réseaux d'eau potable – Approche croisée par le suivi des activités et l'analyse des coûts du service », 2017, p. 55.

Sur le strict plan des échanges de données, certaines avancées précédentes ont été annulées par les nouvelles dispositions. Il en est ainsi du coefficient de lissage des comptes. On doit rappeler que le lissage des données comptables est une des techniques de la « *gestion des données comptables* ». La gestion des données comptables peut se définir comme un traitement des données comptables qui vise à moduler les résultats en imputant les produits à l'exercice qui en a le plus besoin et en diminuant les charges. La gestion des données comptables se fonde sur la « *conception de la comptabilité comme instrument de la stratégie générale de l'entreprise ou de ses dirigeants*⁶⁵⁶ », avec comme motivation d'induire les partenaires en erreur. Suite aux opérations de gestion des données comptables, « *les états financiers ne présenteront plus une image fidèle de la situation financière de l'entreprise*⁶⁵⁷ ». Le lissage des données conduit à présenter des résultats sous-évalués et lissés sur la durée du contrat, masquant la réelle rentabilité du contrat sur chacune des années de la délégation et faisant apparaître, par exemple, une date de retour sur investissement beaucoup plus tardive que la date réelle. L'absence d'information de la collectivité sur une partie des comptes met le délégataire « *en mesure d'augmenter le niveau de sa rémunération sans que la personne publique n'en soit informée ou exige une contrepartie matérielle correspondante*⁶⁵⁸ ».

Alors même que cette technique a été interdite pour les entreprises cotés sur des places internationales, elle reste autorisée pour les comptes des délégations de service public. Le décret du 14 mars 2005 avait pourtant prévu une communication automatique chaque année de ce coefficient de lissage. Ce n'est plus le cas dans le décret de 1^{er} février 2016, qui supprime l'adverbe « notamment », dans la formule antérieure : « *Ce rapport comprend, notamment* », c'est-à-dire qu'il liste de façon exhaustive les éléments compris dans le rapport annuel du délégataire et le coefficient de lissage ne figure pas dans les éléments à transmettre.

4.3.4.2. L'UTILISATION DES INFORMATIONS

Les informations, quand elles existent, ne sont que rarement discutées au sein des instances décisionnelles des collectivités. Les collectivités ne semblent pas être

⁶⁵⁶ STOLOWY Hervé et BRETON Gaétan, La gestion des données comptables, une revue de la littérature, janvier 2003, *Revue Comptabilité - Contrôle - Audit* 2003/1 (Tome 9), p. 125-151.

⁶⁵⁷ STOLOWY Hervé et BRETON Gaétan, La gestion des données comptables, une revue de la littérature, janvier 2003, *Revue Comptabilité - Contrôle - Audit* 2003/1 (Tome 9), p. 125-151.

⁶⁵⁸ VILA Jean-Baptiste, recherches sur le rôle de l'amortissement pour rationaliser la rémunération du cocontractant, in *Contrats et marchés publics* n°5, mai 2010.

organisées pour réellement utiliser les informations et parfois ne souhaitent pas non plus faire usage des informations qui pourraient être disponibles⁶⁵⁹.

Les comptes rendus financiers des délégataires semblent avoir un autre usage que de décrire fidèlement et objectivement les coûts du service et les contraintes du délégataire. L'étude précitée, menée en 2004 par Guillaume Fauquert, a montré le rôle important de la négociation dans l'établissement des prix des délégations de service public et le rôle important joué par le compte-rendu financier dans ces négociations. L'auteurs a déterminé clairement que « *l'évolution de la recette prévisionnelle liée à un contrat nouvellement négocié (relativement à la recette historique) est généralement dépendante de la marge brute exposé dans le dernier compte rendu financier*⁶⁶⁰ ». Les comptes-rendus exposent un coût, qui sert à justifier le prix que le délégataire proposera dans son offre de renouvellement de contrat.

Il apparait, dans ces conditions, difficile pour la collectivité de s'appuyer sur les comptes du délégataire pour mettre en place une surveillance précise du service et pour prétendre le réguler. Parlant du compte-rendu financier, l'auteur précise : « *Cet outil étant réalisé par les opérateurs, il est légitime de se demander dans quelle mesure la ventilation des dépenses présentées influe sur la décision de la collectivité et s'il ne constitue pas un frein à une juste définition du prix*⁶⁶¹ ». Il semble que, plus généralement le coût du service, même évalué selon d'autres modalités que les comptes-rendus financiers du délégataire, ne soit pas un déterminant de premier ordre dans la fixation du prix de l'eau dans les contrats de DSP. L'étude précitée indique que des facteurs comme la zone géographique concernée, l'identité de la société mère du délégataire ou le degré de concurrence sur le périmètre de la délégation, ont un impact très significatif sur le prix.

⁶⁵⁹ Dans son avis n°2014-0010 du 13 février 2014, la chambre régionale des comptes de Provence Alpes Côte d'azur précise : « *La chambre observe, à la lecture des pièces du dossier, que, tant au stade de la décision de principe du recours à une délégation de service public qu'à celui de l'approbation des orientations du cahier des charges, le choix d'une durée de 15 ans pour chacune des DSP n'a pas été justifié par MPM et n'a donné lieu à aucun débat dans les différentes instances concernées* »

⁶⁶⁰ FAUQUERT Guillaume, *Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation - Contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable*, ENGREF (AgroParisTech), 2007, p. 110.

⁶⁶¹ Ibidem.

Conclusion du titre 4

L'évaluation de la valeur ajoutée du contrat de DSP est un outil qui doit servir à asseoir un instrument de contrôle et donc un pouvoir de régulation dans les contrats.

Les enquêtes réalisées montrent que la connaissance du patrimoine est corrélée positivement à des prix bas. Cette connaissance peut venir de ce que le service était géré en régie ou bien qu'un audit préalable du service a été réalisé. Si tant est que la maîtrise des prix traduit un meilleur contrôle du contrat, la connaissance du patrimoine apparaît être un outil de régulation du contrat.

Nous avons mené une étude de cas pour évaluer la connaissance et la maîtrise par la collectivité des deux déterminants principaux du service que sont la gestion du personnel et la gestion du patrimoine matériel et immatériel. Les audits réalisés ont mis en évidence la défaillance que constitue l'absence de connaissance des moyens humains affectés aux contrats. Les documents financiers et de gestion communiqués par l'entreprise délégataire dans le cadre d'audits ne permettent pas de cerner précisément ces moyens : les mutualisations sur plusieurs contrats, les refacturations sur des comptes de travaux de charges de personnel, font obstacle à toute connaissance précise. *A fortiori* les documents communiqués dans le cadre de la réglementation actuelle ne permet pas un véritable contrôle.

Nous avons conduit une enquête sur la quasi-totalité des gestionnaires de l'eau aux Antilles. Elle a mis en exergue les difficultés rencontrées pour obtenir une telle connaissance. Quatre cas sont emblématiques de ces difficultés, traduisant : la dispersion du patrimoine, l'absence de maîtrise des données du service (données clientèle et logiciel notamment), la délégation totale de la gestion du patrimoine au délégataire avec une inflation du coût des travaux, liée à la perte du contrôle des données patrimoniales. Dans ces conditions, il nous paraît important de préserver un certain degré de contrôle de la collectivité sur les biens stratégiques de la délégation.

Dans un second temps nous avons procédé à une analyse des principaux contrats de DSP en Guadeloupe et en Martinique au regard de la répartition des risques, à partir d'une grille de répartition des risques que nous avons élaborée. Nous constatons que, contrairement à ce qui pourrait être une répartition équilibrée des risques que l'on pourrait attendre du principe même de la délégation de service public, une

partie importante du risque revient à la collectivité, notamment pour ce qui est du renouvellement des équipements. Le plus souvent aucune sanction n'est prévue pour contraindre le délégataire à investir dans le service conformément à ses obligations contractuelles. Certains investissements qui augmentent directement la rentabilité du service, ne sont pas pris en charge par le délégataire. Une formalisation et une application des dispositions contractuelles existantes sont donc nécessaires.

Une évaluation précise du service, qui passe par la valorisation des actifs, ainsi que du contrat (son potentiel bénéficiaire), peut permettre l'exécution équitable du contrat, à la condition que des informations précises et stratégiques soient partagées entre les partenaires. La prise en compte les évolutions de la matrice des risques et la valorisation du service et de son exploitation, avec les coûts analytiques du service, à différents moments du contrat et notamment avant et après les négociations et les renégociations permet de faire varier la valeur ajoutée du contrat et de le comparer aux conditions d'une gestion directe en interne. Cette évaluation, c'est-à-dire l'analyse de la valeur ajoutée, tout au long du contrat, en continue ou au moins régulièrement peut viser à mesurer l'utilité marginale du contrat de DSP. C'est un outil de décision mais cela peut-être, encore plus, un outil de négociation.

TITRE 5 : LES INSTRUMENTS DE LA REGULATION. LA NEGOCIATION DU CONTRAT

Introduction au titre 5

La négociation peut être définie comme « *tout échange destiné à résoudre une divergence d'intérêts entre des parties qui se perçoivent en opposition*⁶⁶² ». Dans son ouvrage sur la négociation⁶⁶³, Christophe Dupont précise que l'objet de la négociation est de « *transformer la valeur globale de la situation de telle sorte que si un accord est conclu, il crée une valeur qui est supérieure à ce qui serait le cas si l'accord n'avait pas pu être obtenu* ». Une des caractéristiques de la négociation est donc d'être « *nécessairement à « somme positive », c'est-à-dire que l'accord doit générer des gains pour chaque partie en présence par rapport à la situation de statu quo*⁶⁶⁴ ». Une discussion qui aboutit à des concessions pour l'une seule des parties n'est pas une négociation.

Nous nous efforcerons dans un premier temps d'exposer les règles existantes dans le domaine de la négociation des contrats publics et des DSP en particulier, puis, dans un deuxième temps, d'analyser les résultats pratiques obtenus dans les négociations des DSP, qu'il s'agisse de la négociation initiale ou des renégociations (« avenants » ou « modifications »). Nous proposerons alors des pistes pour un cadre de négociation plus efficace.

⁶⁶² Article de l'*Encyclopaedia Universalis*.

⁶⁶³ DUPONT Christophe, *La négociation. Conduite, théorie, applications*, Dalloz-Sirey, 1994.

⁶⁶⁴ FAUQUERT Guillaume, Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation – Contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable, 2007, p. 187.

5.1. LES NEGOCIATIONS PEU ENCADREES

L'équilibre contractuel est souvent renégocié dans les DSP, à la différence des marchés publics. La négociation est inséparable de la nature incomplète des contrats de DSP. Les cas de rupture de l'équilibre contractuel initial ne sont pas rares. Ainsi, dans les années 1990, peu de temps après des scandales retentissants dans le domaine de l'eau, le Haut conseil des services publics faisait remarquer que « *sur 35 avenants répertoriés entre 1991 et 1998, 6 seulement (dont ceux relatifs à Grenoble et à Lille) se sont traduits par des baisses tarifaires tandis que certains autorisaient des hausses importantes allant jusqu'à 30% dans l'année suivant leur entrée en vigueur*⁶⁶⁵ ». La situation a quelque peu changé depuis cette époque mais la question de l'équilibre de la négociation reste primordiale car, comme le faisait remarquer très justement le professeur Alain Laguerre : « *que contrôler si tout est négociable ?* » De même que « *la concurrence impose ses limites à la mutabilité du marché*⁶⁶⁶ », le contrôle impose ses limites à la mutabilité des délégations de service public.

La négociation est encadrée par le juge selon les modalités du contrôle restreint. Le pouvoir de renégociation est lui-même encadré, d'une part par les dispositions du contrat, mais aussi par des grands principes dégagés par la jurisprudence, comme celui de la non modification de l'équilibre financier du contrat.

5.1.1. DES REGLES TRES SOUPLES ENCADRENT LA NEGOCIATION INITIALE

5.1.1.1. UNE GRANDE LIBERTE DANS L'ORGANISATION DE LA NEGOCIATION

La formalisation de la négociation initiale est simplifiée dans les DSP par rapport aux marchés publics. La commission spécifique des délégations de service publics, prévue à l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, a un pouvoir consultatif et d'information des élus limité par rapport à celui de la commission d'appel d'offres des marchés publics. Cette dernière examine les candidatures et les offres, élimine les offres non conformes à l'objet du marché,

⁶⁶⁵ HAUT CONSEIL DU SECTEUR PUBLIC, *Quelle régulation pour l'eau et les services urbains ?* Décembre 1999.

⁶⁶⁶ LAGUERRE Alain, *Concurrence dans les marchés publics*, Berger-Levrault, 1989, p. 124.

choisit l'offre économiquement la plus avantageuse et attribue le marché. Elle peut en outre déclarer l'appel d'offres infructueux et doit donner un avis favorable pour l'engagement d'une procédure négociée. La commission de DSP, quant à elle, n'a d'autre pouvoir que celui d'analyser les offres et de présenter un rapport adressé aux élus. Le juge veille cependant scrupuleusement au respect de cette obligation d'information des élus. Il est prudent par exemple de joindre l'avis de la commission à la convocation des élus, même si le juge a pu admettre la possibilité d'une consultation en séance⁶⁶⁷. Même si, dans le cadre des marchés publics ou des DSP, les commissions ont un rôle différent, elles sont là pour garantir que la prise de décision a eu un caractère collégial. La commission de DSP contribue à la « *clarté des relations entre la collectivité délégante et les entreprises aspirant à être délégataires* »⁶⁶⁸.

La décision de choisir les entreprises avec qui l'exécutif va négocier est encadrée par le juge selon les modalités du contrôle restreint, c'est-à-dire sur le fondement de l'erreur manifeste d'appréciation. L'article 1411-5 du CGCT fixe la règle générale : « *Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre* ». L'exécutif n'a donc pas l'obligation de négocier avec toutes les entreprises qui ont présenté une offre, et la collectivité n'est pas non plus obligée de faire connaître sa décision de ne pas poursuivre les négociations avec l'un seulement des candidats admis⁶⁶⁹. Le Conseil d'État a également confirmé « *qu'aucune règle n'encadre les modalités de l'organisation des négociations par la personne publique* »⁶⁷⁰. Une décision du tribunal administratif a même jugé qu'il est « *loisible (pour l'autorité délégante) d'engager une négociation avec l'un quelconque des candidats et même de n'engager aucune négociation si elle s'estime satisfaite des offres présentées, ceci sans qu'il soit besoin de faire connaître aux candidats sa décision sur ce point* »⁶⁷¹. La seule contrainte concerne le fait de préjuger du nombre de candidats retenus pour présenter une offre et l'inscription, par la commission, des candidats sur la liste des candidats admis à présenter une offre. En effet, la collectivité publique n'a pas le droit de fixer à l'avance un nombre maximum de candidats qui pourront être retenus et la commission ne peut pas

⁶⁶⁷ TA Marseille, 12 juin 2005, Ass. *FARE SUD*, n° 0404639.

⁶⁶⁸ Cf. DELVOLLE Pierre, *Les contradictions de la délégation de service public*, AJDA 1996, p. 675, et ZAVOLI Philippe, *Délégation de service public et exigence de sincérité*, AJDA, 2006, p. 1150.

⁶⁶⁹ CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine Strasbourg et Sté Seche Eco Ind.*, n°336120 et n°336135.

⁶⁷⁰ CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n°334845.

⁶⁷¹ TA Cergy-Pontoise, 2 décembre 2010, *SA APR*, n°07-07713.

inscrire sur la liste des candidats admis à remettre une offre une partie seulement des candidats qui ont satisfait aux critères de recevabilité des candidatures⁶⁷².

La durée de la négociation est encadrée mais de façon souple, par une durée minimale entre le moment où la commission est saisie et la signature du contrat de délégation, soit deux mois, en vertu de l'article L. 1411-7 du CGCT.

5.1.1.2. L'OBJET DE LA NEGOCIATION : TOUT N'EST PAS NEGOCIABLE

Une fois le cadre défini, c'est-à-dire les partenaires de la négociation et la durée minimale de la procédure, il faut préciser l'étendue des modifications qui peuvent être amenées aux offres formulées par les candidats. L'objet de la négociation est de faire évoluer les offres, certes, mais tout en respectant les principes de la commande publique, c'est-à-dire, la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. Si les modifications portées aux offres sont trop importantes, la procédure est dénaturée. Les offres peuvent par exemple être modifiées pour respecter le règlement de la consultation. Ainsi le Conseil d'Etat a jugé que *« si certaines offres, et notamment celle d'Air France, ne correspondaient pas exactement aux exigences de service public énoncées dans le règlement particulier d'appel d'offres, la collectivité (...) pouvait, sans manquer aux obligations de mise en concurrence qui lui incombait (...) demander à certains des candidats de modifier leur offre afin qu'elle satisfasse à ces exigences⁶⁷³ »*. Les adaptations à l'objet du contrat doivent être toutefois mesurées et ne pas conduire à favoriser certaines entreprises.

Si certains éléments essentiels du contrat ne peuvent être modifiés, comme par exemple le rallongement de la durée prévisionnelle du contrat, d'autres éléments peuvent faire l'objet de négociations. Il en est ainsi par exemple du plafonnement de la rentabilité du contrat, ou de l'obligation de partager entre le délégataire et la collectivité les surplus dégagés par l'exploitation du service. Dans ce cadre, la rémunération des actionnaires peut être négociée, tout comme le plafonnement des frais de structure ou de toute autre charge.

⁶⁷² CE, 30 juin 1999, « SMITOM », n°198147.

⁶⁷³ CE, 14 mars 2003, *Sté Air lib et autre*, n°251610.

L'enjeu pour les partenaires réside moins dans le périmètre de la négociation que dans la capacité à réellement négocier les termes financiers du contrat. Cela implique que les partenaires aient une vision précise de l'ensemble du service, d'un point de vue technique mais aussi économique et avec un recul historique suffisant. Une collectivité qui aura géré pendant de nombreuses années son service avec une régie bien organisée, tout comme le délégataire qui aura géré le service pendant de nombreuses années, auront un avantage indiscutable dans la négociation. La collectivité qui n'aura pas une vision technique et économique de l'ensemble du service devra s'entourer de professionnels du secteur concerné, et être en mesure d'imposer sa vision des coûts.

5.1.1.3. L'ARRET COMMUNE D'OLIVET A MULTIPLIE LES OCCASIONS DE RENEGOCIER LES CONTRATS

Dans son arrêt « Commune d'Olivet » du 8 avril 2009⁶⁷⁴, le Conseil d'Etat considère que la loi du 29 janvier 1993 répond à un impératif d'ordre public, constitué par la liberté d'accès aux contrats de DSP et la transparence des procédures de passation et que cet impératif constitue un motif d'intérêt général susceptible de faire appliquer les normes posées par cette loi ainsi que celle du 2 février 1995, aux contrats en cours. Il considère qu'un « *tel motif d'intérêt général [...] implique [...] non seulement qu'aucune stipulation relative à la durée du contrat, convenue entre les parties après la date d'entrée en vigueur de la loi, ne peut méconnaître les exigences prévues par son article 40⁶⁷⁵, mais en outre que les clauses d'une convention de délégation de service public qui auraient pour effet de permettre son exécution pour une durée restant à courir, à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi, excédant la durée maximale autorisée par la loi, ne peuvent plus être régulièrement mises en œuvre au-delà de la date à laquelle cette durée maximale est atteinte* ».

Au-delà du 3 février 2015, la clause de durée des contrats signés avec les délégataires avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 février 1995 (qui limite à 20 ans la durée des contrats de DSP) ne pouvait plus être régulièrement exécutée, sauf à démontrer qu'une telle prolongation de durée est nécessaire pour l'amortissement

⁶⁷⁴ CE, 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux et commune d'Olivet*, n°271737.

⁶⁷⁵ L'article 40 de la loi du 29 janvier 1993, modifié par l'article 75 de la loi du 2 février 1995, pose le principe que les DSP doivent être limitées dans leur durée, que cette durée est déterminée en fonction des prestations demandées au délégataire, et que la durée de la convention ne peut dépasser la durée normale d'amortissement des installations.

des installations et à effectuer une saisine de la direction régionale des finances publiques (DRFIP), pour avis, sur la durée de la DSP. Si cette dernière possibilité a parfois été mise en œuvre, beaucoup de collectivités ont saisi cette occasion pour sortir des contrats longs qu'elles avaient conclus. On estime à 500, le nombre de nouveaux contrats qui ont ainsi été négociés, à l'occasion de la caducité des anciens contrats. Mais cette occasion n'a pas toujours été saisie⁶⁷⁶.

L'intérêt pour les collectivités de l'arrêt du Conseil d'Etat précité est, qu'à l'occasion d'une caducité, l'indemnité à verser au délégataire est bien moins grande qu'en cas de résiliation unilatérale. En effet, en cas de résiliation unilatérale, la compensation versée au cocontractant par la collectivité comprend les deux composantes usuelles du calcul indemnitaire, c'est-à-dire d'une part le *damnum emergens*, c'est-à-dire la perte subie du fait notamment des investissements réalisés pour l'exécution du contrat, et d'autre part le *lucrum cessans*, c'est-à-dire le manque à gagner, s'il y a réellement perte de bénéfice, et ce de la date de résiliation jusqu'au 5 février 2015. Dans le cas de la caducité, seule le *damnum emergens* est dû obligatoirement au délégataire : le contrat étant caduc à sa date d'interruption, il n'y a pas lieu d'y ajouter le manque à gagner.

Pour le calcul de la part non amortie des investissements, le Conseil d'Etat met en avant l'équilibre économique du contrat et non le calcul étroit de l'amortissement comptable : « *la durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une collectivité délégante, peut-être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements*⁶⁷⁷ ». L'indemnité sera donc appréciée par rapport à l'économie générale du contrat dans toutes ses composantes. Si le contrat a atteint une rentabilité normale à la date de la caducité, aucune indemnité n'est due.

En revanche, la poursuite du contrat au-delà de février 2015, nécessite que soit faite la démonstration de l'utilité économique d'une telle poursuite. Les collectivités ont

⁶⁷⁶ C'est par exemple le cas de Saint-Martin, cf. CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, *Rapport d'observations définitives*, Collectivité territoriale de Saint-Martin. Exercices 2007 et suivants. Juin 2018.

⁶⁷⁷ CE, 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne (SAPP)*, n° 365043.

donc eu l'opportunité de sortir des contrats anciens dans des conditions plus favorables⁶⁷⁸.

5.1.2. LES REGLES QUI ENCADRENT LES RENEGOCIATIONS

L'encadrement de la négociation, et surtout des renégociations, répond à plusieurs impératifs. D'abord, elle ne peut pas vider de son sens le principe de publicité, d'égal accès à la commande publique et de transparence des procédures en renégociant le contrat juste après son attribution. L'objectif est également de réguler les rapports entre le délégant et le délégataire afin qu'une des parties n'impose pas de façon trop marquée ses propres intérêts. Il s'agit enfin de permettre au contrat d'évoluer dans le temps tout en s'adaptant aux circonstances, de combiner souplesse et stabilité dans l'intérêt bien compris des parties et des usagers.

L'encadrement des avenants a évolué notablement ces dernières années. Avant 2007, c'est la notion de bouleversement de l'économie du contrat qui prévalait pour juger de la régularité ou non d'un avenant. A partir de 2007, l'appréciation des avenants s'est appuyée sur la notion de modification d'un élément substantiel de la délégation et non plus sur l'idée de bouleversement de l'économie du contrat⁶⁷⁹. Ainsi le Conseil d'Etat rappelait qu'« *un avenant ne peut pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation, tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire* » et la collectivité ne peut confier au délégataire « *la réalisation d'investissements conduisant à la réalisation d'un ouvrage dissociable des ouvrages déjà construits, en raison de sa dimension, de son coût et de son autonomie fonctionnelle*⁶⁸⁰ ».

Depuis l'ordonnance du 29 janvier 2016⁶⁸¹ et sa codification dans le Code de la commande publique, comme nous l'avons mentionné en introduction, c'est la notion, plus floue, de changement de « *la nature globale du contrat de concession* »

⁶⁷⁸ La ville de Toulouse a obtenu de la société Veolia, par un avenant, une baisse du tarif d'eau potable de 25 % en contrepartie de la poursuite de la relation contractuelle jusqu'en 2020. Le contrat de délégation de service public avait été signé en 1990 pour une durée de 30 ans. La clause de durée est donc devenue caduque le 5 février 2015 et les parties ont trouvé un accord pour permettre de justifier économiquement la poursuite du contrat jusqu'à son terme.

⁶⁷⁹ Cf. CAA Paris, 17 avril 2007, *Sté Kéolis*, n°06PA02278 : « Considérant que la légalité d'un avenant à une délégation de service public doit s'apprécier uniquement au regard de l'absence de modification d'un élément substantiel de la délégation et non du bouleversement de son économie ».

⁶⁸⁰ CE, avis, Section des travaux publics, 9 avril 2005, n°71234.

⁶⁸¹ La réglementation actuelle est composée de l'article L.1411-5 modifié du CGCT, de l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et des articles 36 et 37 du décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016.

qui est applicable. Si le décret du 1^{er} février 2016 indique expressément que les procédures de passation formalisée (chapitre 2, titre II du décret) sont applicables aux contrats de droit commun (non exclus du périmètre de la directive, comme les contrats d'eau), il n'en est pas de même pour le titre III relatif à l'exécution des contrats de concession, qui intègre la transparence (chapitre 1^{er}) ou la modification du contrat de concession (chapitre 3). Ainsi, des conditions nouvelles sont ouvertes pour la mise en place d'avenants, notamment le fait de les avoir prévues dans le contrat initial, grâce à des « *clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque*⁶⁸² ». La possibilité des avenants de prolongation d'un an pour motif d'intérêt général est supprimée. Cette réforme est intéressante dans la mesure où, même si elle est assez conciliante dans les conditions de modification du contrat, elle précise ces conditions et incite, voire même oblige, les partenaires au contrat à anticiper son exécution et sa fin.

5.1.2.1. LE DROIT AU RESPECT DE L'EQUILIBRE FINANCIER DU CONTRAT EST MAINTENU MAIS MODIFIE

La jurisprudence a dégagé différents principes de régulation de l'exécution contractuelle. Parmi eux, le principe de l'équilibre financier, qui paraît plutôt de nature à stabiliser le rapport contractuel et est peu incitatif à des réductions de coûts ou à des changements dans la configuration du service. Ce principe doit s'articuler avec le principe de la gestion du service aux risques et périls du délégataire.

Le principe de l'irrévocabilité financière du contrat n'est pas absolu, les clauses tarifaires pouvant être modifiées dès lors que les obligations du délégataire sont modifiées. Mais en dehors de ces cas et des cas exceptionnels (l'imprévision, le fait du prince, la force majeure) que nous avons abordés, la DSP doit assurer la balance entre d'une part l'équilibre financier du contrat et d'autre part le fait pour le délégataire d'assumer le risque d'exploitation.

La nouvelle réglementation sur les concessions amène un changement en clarifiant la responsabilité de chacun des partenaires. D'une part, les possibilités de modifier le contrat restent larges, et sont même accrues dans certains cas (anticipation du réexamen), mais restreintes dans d'autres cas (modification unilatérale). Les six hypothèses de modification sont clairement énoncées à l'article 36 du décret : les cas d'anticipation, dans le contrat de clauses précises de réexamen, les cas de

⁶⁸² Article 36 du décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016.

travaux ou services supplémentaires (dans la limite de 50% du montant du contrat initial, à chaque modification), les cas de « *circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir* », les cas de cessions de contrat, les cas de modifications non substantielles (qui ne doivent pas avoir pour effet de fausser la mise en concurrence initiale du contrat), et enfin les cas de modifications marginales (le total de ces dernières ne devant dépasser 10% du montant initial du contrat).

D'autre part, le contrat ne peut être modifié unilatéralement pour motif d'intérêt général. Il n'a pas à être préservé coûte que coûte et doit être résilié si sa modification n'est pas conforme aux conditions réglementaires posées, comme l'indique l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 : « *Lorsque l'exécution du contrat de concession ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues par la présente ordonnance, le contrat de concession peut être résilié par l'autorité concédante* ».

5.1.2.2. LE DELEGATAIRE DOIT ASSUMER LE RISQUE FINANCIER DE L'EXPLOITATION

La notion de risque au moment de la signature du contrat

Pour évaluer l'économie du contrat au moment de sa signature, les parties se réfèrent à deux éléments principaux : d'une part les investissements mis à la charge du délégataire et sa marge bénéficiaire et d'autre part la durée de la délégation. Le délégataire joint à son offre un compte d'exploitation prévisionnel sur la durée du contrat ou au moins sur une durée longue s'il ne couvre pas toute la durée du contrat.

En droit national, la notion de risque s'entend comme le risque pour le délégataire de ne pas dégager une marge nette bénéficiaire à hauteur de ce qu'il pouvait escompter. En droit européen, la directive du 26 février 2014 indique : « *L'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La*

part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable⁶⁸³ ».

Le Conseil d'Etat avait limité la durée des conventions par rapport à l'amortissement des installations : *« la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre⁶⁸⁴ »*. La directive européenne ne va pas à l'encontre de ces principes, elle énonce dans son article 18 *« Pour les concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée maximale de la concession n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques. »* Elle précise au même article que *« Les investissements pris en considération aux fins du calcul comprennent tant les investissements initiaux que ceux réalisés pendant la durée de la concession »*.

La notion de risque⁶⁸⁵ au moment de la phase d'exécution du contrat

Au-delà de cette première phase contractuelle, différents facteurs peuvent modifier l'économie du contrat. Il y a des facteurs internes (investissements supplémentaires, nouvelles obligations, etc.) et des facteurs externes (sujétions imprévues, influences d'éléments concurrentiels, etc.) qui peuvent amener un déséquilibre financier dans l'exploitation de la DSP.

Il faudra bien distinguer entre les facteurs qui doivent conduire au rétablissement de l'équilibre et ceux qui doivent être assumés par le délégataire. Une nouvelle obligation à la charge du délégataire doit être compensée. En revanche l'absence de réussite dans la commercialisation d'une partie des biens n'a pas vocation à être compensée.

Sur ce point il faut préciser que la théorie de l'imprévision, qui met en place un mécanisme indemnitaire extracontractuel et permet au délégataire d'être indemnisé

⁶⁸³ Directive n°2014/23/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concessions, article 5-1.

⁶⁸⁴ CE, 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux et commune d'Olivet*, n°271737.

⁶⁸⁵ Voir annexe n°11 : « Le risque financier du contrat : le cas de la DSP de la gestion d'une marina ».

très largement des pertes subies (90%) est d'ordre public et donc s'impose aux parties, mais en contrepartie, elle exige des conditions rigoureuses. Les circonstances de l'exécution du contrat doivent être extérieures à la volonté des parties, elles doivent être exceptionnelles et provoquer un bouleversement de l'économie du contrat qui doit être temporaire. La question du seuil du bouleversement de l'économie du contrat est bien sûr envisagée au cas par cas, mais il a été jugé qu'un surcoût de 3% par rapport au montant définitif du contrat n'était pas un bouleversement⁶⁸⁶. Ce seuil peut être fixé contractuellement.

La notion de risque inhérent à la gestion d'un service public s'est posée à l'occasion des crises économiques, et récemment encore avec la crise des « *subprime* » de 2008, qui ont eu l'occasion de modifier sensiblement les conditions d'exécution de certains contrats. Cependant le juge s'est toujours montré très prudent quant au déclenchement de l'application de la théorie de l'imprévision dans ces circonstances. Sur les quarante dernières années, le juge a été confronté à cette question dans 38 affaires et n'a appliqué la théorie que dans seulement deux cas⁶⁸⁷. Le juge considère que chaque opérateur est censé connaître les risques de son secteur d'activité et il considère les critères remplis que s'il s'agit d'une crise sectorielle précise qui n'était pas raisonnablement prévisible.

Dans la mesure où la décision unilatérale est très strictement encadrée par le juge, toute modification financière du contrat ne pourra se faire que par la négociation et dans ce domaine, puisque le service public doit être assuré, l'exécution du service primera sur son coût, ce qui tend toujours, par construction, à donner un avantage à l'exploitant. Si la collectivité publique s'aperçoit que le bien a été amorti plus vite que prévu par exemple, elle ne peut modifier unilatéralement les tarifs de la délégation.

5.1.3. L'IMPERATIF DE LA LOYAUTE DE LA NEGOCIATION

La question de la loyauté de la négociation est centrale. En effet, il est fréquent, et parfois il apparaît presque normal pour le délégataire que les équilibres décidés et la situation du service, quelques années après son entrée en vigueur, ne soient quasiment pas comparables avec l'offre qui avait été émise et discutée avec les autorités publiques, comme si l'offre était simplement une offre commerciale pour

⁶⁸⁶ CE, 30 novembre 1990, *Sté Coignet Entreprise*, n°53636.

⁶⁸⁷ MOIROUX Julien, RAPP Lucien, *Contrats publics et finance d'entreprise*, p. 145.

remporter le contrat et que les parties allaient désormais s'arranger pour gérer le service. Ce constat a été fait autant par les juristes et les observateurs avisés des contrats de la commande publique que par les organismes d'audit comme la Cour des comptes ou les chambres régionales des comptes.

La négociation et l'arrangement sont deux choses très différentes. A l'occasion de deux affaires concomitantes, qui ont donné lieu à une décision du juge des référés de Bordeaux et une autre, inverse, du juge des référés de Pau, sur deux contrats de délégation du service public de distribution d'eau potable, la nature de la loyauté de la négociation a pu être mieux définie⁶⁸⁸. Dans ces deux cas, le requérant était le même : la société Agur (société aquitaine de gestion urbaine), retenue par les collectivités publiques avec les entreprises sortantes, sur la listes des candidats admis à présenter une offre. Dans les deux cas, ce sont les entreprises sortantes qui ont été choisies par la collectivité délégante. Le juge a pu distinguer ce que peut être la négociation d'une offre, parfaitement légale, et ce qui constitue la proposition d'une offre nouvelle, faite à l'occasion d'une négociation, c'est-à-dire une offre illégale.

Dans le cas jugé par le tribunal administratif de Bordeaux⁶⁸⁹, le juge a suivi les arguments de la société Agur, requérante, dans sa demande d'annulation de la décision d'attribution qui était intervenue après une négociation ayant abouti à une baisse de 5% par rapport à l'offre initialement présentée par l'entreprise titulaire de la nouvelle délégation. Il a ordonné la reprise de la procédure d'attribution à la phase de l'examen des offres. Dans le cas jugé à Pau, le juge a rejeté les conclusions de la société Agur, malgré une diminution, à l'issue des négociations, de 20% du montant de l'offre négociée par rapport à l'offre initiale et malgré le fait que cette diminution importante a abouti à une offre de prix « *de très peu inférieur à celui de la Société Agur* ». Le juge des référés de Pau⁶⁹⁰ a estimé que ce prix négocié, était simplement le résultat de négociations « régulièrement entreprises ».

On observera tout d'abord que les marchés usent très largement de la négociation dans les procédures de conclusion des contrats. Hormis l'appel d'offres, qui est,

⁶⁸⁸ Cf. BRACONNIER Stéphane, « Quelques réflexions sur l'étendue de la négociation dans les conventions de délégation de service public – Note sous TA Bordeaux, 26 septembre 2005, Société Agur et TA Pau, 17 octobre 2005, Société Agur », *AJDA* 2006, p. 554 et ZAVOLI Philippe, Délégation de service public et exigence de sincérité, *AJDA*, 2006, p. 1150.

⁶⁸⁹ TA Bordeaux ord. 26 septembre 2005, Société Agur, *AJDA* 2006, p. 554.

⁶⁹⁰ TA Pau ord. 17 octobre 2005, Société Agur, n°0501955

théoriquement, le mode de passation de droit commun en France, la négociation est souvent reconnue comme facteur d'efficacité de la commande publique et donc largement pratiquée. Le relèvement des seuils de l'appel d'offres lors de la réforme du code des marchés publics de 2006 a largement contribué à faire reconnaître la négociation comme une modalité habituelle de passation des marchés.

L'analyse des décisions des juges dans les affaires précitées, fait apparaître trois points que les parties doivent respecter pour que les négociations soient considérées comme loyales et régulières.

En premier lieu, l'offre négociée ne doit pas apparaître comme une « nouvelle offre ». Une nouvelle offre étant une offre qui comporte des prestations différentes de celles présentées dans l'offre initiale. Cette notion n'est sans doute pas facile à appréhender en pratique. Le juge va ainsi sanctionner une offre qui reflète un bouleversement de l'économie générale du contrat⁶⁹¹. Mais la question se pose de savoir de quel montant une offre doit être modifiée pour constituer une offre nouvelle. Le juge du tribunal administratif de Bordeaux s'est contenté d'indiquer que « *l'offre [est] si inférieure à l'offre initiale qu'elle doit être regardée comme une offre nouvelle* ».

Ensuite, si, dans l'offre négociée, le montant du contrat proposé tient compte de possibles évolutions faites par rapport à l'offre initiale, ces modifications ne doivent pas avoir pour effet de rendre les offres des différents concurrents non comparables entre elles, en enlevant par exemple certaines prestations importantes. La limite de la négociation est la comparabilité des offres, pour être sûr que l'offre choisie est bien la meilleure offre parmi celles proposées. L'offre négociée peut être adaptée mais non modifiée, ces adaptations remplissant les conditions d'être « *de portée limitée, d'apparaître objectivement nécessaires au service et de ne présenter entre les entreprises restant en concurrence aucun caractère discriminatoire*⁶⁹² ».

Enfin, pour mieux cerner le contenu réel des négociations, et leur caractère opératoire et non une remise arrangée pour emporter ou garder un contrat, le juge cherche à déterminer la réalité de la négociation sur les différents points du contrat et sanctionne les négociations qui n'ont fait l'objet d'aucune réelle discussion. Ainsi

⁶⁹¹ CE 22 janvier 1998, *Préfet du Puy-de-Dôme*, n°155409.

⁶⁹² BERGEAL Catherine, concl. sous CE 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaïse*, Lebon p. 283 ; *RFDA* 2000, p. 1031 ;

la même société Agur avait obtenu gain de cause dans un litige l'opposant à une des grandes sociétés du secteur de l'eau au motif que la diminution importante liée à la négociation avait été « *obtenue après négociation n'étant justifiée par aucun élément précis, tant technique que financier*⁶⁹³ ». De même une offre anormalement basse et non justifiée sera sanctionnée⁶⁹⁴.

On peut déduire des modalités de contrôle définies par le juge que le contrôle sur la négociation est assez délicat, la limite entre la négociation portant sur des éléments précis et discutés et l'arrangement masqué par des justifications plus ou moins précises n'étant pas facile à déterminer. Ainsi que le suggérait Philippe Zavoli⁶⁹⁵ : « *Comment expliquer que le délégataire sortant, qui propose une offre dont le montant initial est comparable à celui qu'il a pratiqué jusqu'alors, se trouve, subitement après « négociation », en mesure de présenter un rabais de l'ordre de 20 % ? De deux choses l'une, ou bien ses tarifs (antérieurs ou nouveaux avant négociation) lui assurent une marge bénéficiaire telle qu'elle conduit à faire payer à l'usager un service trop cher ou bien le service, dans le cadre du nouveau contrat (après négociation), sera déficitaire, en méconnaissance du principe d'équilibre financier de l'article L. 2224-1 du code général des collectivités territoriales* ». Et il s'agit d'une situation que l'on retrouve de façon récurrente dans les négociations de DSP.

La faible sincérité de la négociation fausse la relation contractuelle, puisque la situation de départ, avec une offre sous-estimée de 20%, se traduira inévitablement par des renégociations ou bien des rattrapages sur d'autres postes, qui fausseront l'ensemble de la relation contractuelle, et aboutiront, dans le meilleur des cas pour le délégataire par un redressement de la situation financière de la délégation. Il arrive alors que dès que l'offre a été négociée, elle devient caduque et les parties ne s'en soucient plus guère lors de l'exécution du contrat et des négociations futures. Pourtant, cette offre initiale devrait être la pierre de touche du contrôle du contrat, celle à laquelle les parties devraient se référer pour suivre l'évolution des conditions de déroulement du contrat et qui devrait permettre le contrôle des droits et obligations de chacun. Mais c'est rarement le cas.

⁶⁹³ TA Poitiers 29 septembre 2004, *Société Agur*, n° 0302070, inédit.

⁶⁹⁴ CAA Marseille 27 juin 2002, *Syndicat d'agglomération nouvelle du Nord-Ouest de l'Etang de Berre*, n°00MA01402, AJDA 2002, p. 1456 ; ACCP 2003, n° 18, p. 56, comm. C. Cabanes et P. Marty.

⁶⁹⁵ ZAVOLI Philippe, Délégation de service public et exigence de sincérité, AJDA, 2006.

Les exigences liées à la transparence des négociations ont été améliorées en particulier par la loi « Sapin ». On peut faire découler l'obligation de la sincérité des offres des dispositions du code général des collectivités territoriales qui concernent la DSP, notamment son article L. 1411-1, al. 3, relatif au mode d'élaboration des offres ou bien l'article L. 2224-1 relatif à l'équilibre financier ou encore l'article L. 1411-3 relatif au rapport annuel d'information sur le service. Cette transparence a ses limites et trouve rarement l'occasion d'une véritable sanction.

5.2. LA PRATIQUE DE LA NEGOCIATION

La liberté importante qui est donnée aux parties lors des négociations nous amène à nous interroger sur la pratique de ces négociations et les suites qui vont en être tirées sur la forme du contrat.

La négociation est censée être un outil d'amélioration du contrat puisqu'elle permet d'ajuster le contrat à la réalité d'un service d'eau particulier. Mais cela suppose que les parties aient une connaissance relativement approfondie et équilibrée des conditions de gestion du service. C'est la distorsion dans cette connaissance qui est à l'origine de contrats mal conçus initialement et surtout mal renégociés.

5.2.1. LA NEGOCIATION INITIALE DES CONTRATS

L'étude précitée, conduite par Guillaume Fauquert en 2007, réalise une analyse factorielle des correspondances entre le prix et différents déterminants (compte rendu financier de la dernière année du contrat, enjeu pour l'entreprise sortante, autonomie de décision de l' élu, connaissance du service, nombre d'offres, nombre de réunions de négociation). La deuxième étude de corrélation réalisée a pour objectif de rechercher les déterminants de la variation du prix au cours de la négociation. Elle montre que le compte rendu financier de la dernière année d'exploitation du service joue un rôle important : plus le compte de résultat apparaît déficitaire, plus le niveau de la première offre est élevé, et inversement, plus il est bénéficiaire, plus le niveau de la première offre est faible. Il en est de même pour la variation du prix au cours de la négociation : les variations sont nettement à la baisse en cas de compte d'exploitation bénéficiaire.

Cette corrélation se retrouve dans les observations émises dans les audits de DSP menées par les juridictions financières. La chambre régionale des comptes de Martinique avait attiré l'attention en 2016 sur le caractère atypique et insincère des chiffres exposés dans le compte rendu financier et en particulier les chiffres de la dernière année d'exécution du contrat : « *L'année 2014, dernière année du contrat, est atypique. Les dépenses de personnel bondissent de 1 M€, soit près de deux fois et demi l'augmentation annuelle moyenne sur la période 2009-2013. Rien ne justifie cette augmentation dont une partie, 400 000 € est liée à l'augmentation des charges indirectes*⁶⁹⁶ ». La chambre avait dû corriger le résultat de cette année 2014 en indiquant : « *Le résultat corrigé de 2014, dernière année du contrat, ne tient pas compte de l'augmentation majorée des charges directes de personnel, qui augmentent de près de 600 000 € alors que l'augmentation moyenne constatée pour la période précédente est inférieure à 400 000 €. Il ne tient pas compte de l'augmentation de la sous-traitance, fixée à 6,5 M€ alors que la moyenne pour la période antérieure se situe aux alentours de 5 M€.* » Une estimation plus réaliste de la fin de la gestion de la DSP avait corrigé les résultats de l'exploitation.

Sur la deuxième étude de corrélation, la variation à la baisse du prix au cours des négociations est aussi corrélée à l'importance de l'enjeu pour l'entreprise : un fort enjeu impliquera des concessions sur le prix. La variation est aussi corrélée à l'implication de l'élu, c'est-à-dire sa capacité à être relativement indépendant, son implication et sa connaissance du service. L'importance de la connaissance du service par l'élu a été confirmée lors d'entretiens avec des spécialistes du conseil aux collectivités (direction de l'agriculture et de la forêt, cabinets privés de conseil).

Les entretiens menés montrent le caractère souvent flou des objectifs poursuivis par la collectivité : « *Si les enjeux sont clarifiés au travers de discussions plus ou moins formelles, les objectifs restent souvent vagues*⁶⁹⁷ ». Les objectifs ne sont pas toujours précisés ou formalisés et il manque une vision globale du service. La valorisation globale du projet évoquée au titre 4 peut permettre de préciser et de quantifier les objectifs que se propose d'atteindre la collectivité publique. Elle est aussi de nature à démontrer la connaissance du service et à montrer la capacité du

⁶⁹⁶ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Syndicat intercommunal du centre et du Sud de la Martinique (SICSM) – Exercices 2009 et suivants. Décembre 2016, p. 24-27.

⁶⁹⁷ FAUQUERT Guillaume, *Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation – Contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable*, 2007, p. 214.

service à avoir des alternatives à la négociation⁶⁹⁸ et donc à renforcer le pouvoir de négociation de la collectivité.

Les négociations entre délégant et délégataire s'apparentent à des négociations commerciales, le délégataire tentant de placer son produit auprès du délégant et le délégant acceptant de payer un prix pour le service rendu. Mais il ne s'agit pas de négociations commerciales classiques pour trois raisons. D'abord, cette négociation aboutit à confier un service et un approvisionnement à une entreprise et non à une multiplicité de fournisseurs. Ensuite la sanction financière de la négociation ne porte pas directement sur celui qui négocie : c'est le client, représenté par la collectivité qui va supporter le prix et les conditions du service et non la collectivité elle-même. Enfin, la durée de la relation est longue et la négociation initiale n'est que le début, ou la base de la relation entre les partenaires au contrat.

Ces éléments amènent à s'intéresser à la question de la négociation tout au long du contrat. En effet, la négociation initiale des contrats risque de perdre tout son bénéfice dès lors que des renégociations nombreuses, qui sont l'occasion de comportements opportunistes *ex post*, vont s'engager durant la vie du contrat. Il est donc utile d'en observer de près le déroulement.

5.2.2. LES RENEGOCIATIONS DES CONTRATS

Les données sur la renégociation dans les contrats de DSP d'eau et d'assainissement ne sont pas faciles à trouver. L'observatoire de la loi « Sapin » s'intéresse essentiellement aux nouvelles procédures de dévolution des contrats. Certains observatoires ont été mis en place dans des centres de recherches, comme à l'université de Bordeaux⁶⁹⁹, mais les travaux sur les renégociations de contrats restent rares. Nous avons donc choisi de répertorier et d'analyser les avis rendus par les juridictions financières sur les contrats de DSP dans le domaine de l'eau, avis rendus en vertu des dispositions de l'article L. 211-8 du code des juridictions financières⁷⁰⁰. Les chambres régionales et territoriales des comptes ont rendu

⁶⁹⁸ C'est la capacité à avoir une possibilité de « BATNA » (*Best Alternative To a Negotiated Agreement*). Voir FISHER Roger, URY William, PATTON Bruce, *Negotiating an Agreement Without Giving in*, Random House, 1999.

⁶⁹⁹ Chaire "les contrats de partenariat public - privé : enjeux contemporains et défis pour l'avenir" Rapport de l'observatoire des PPP - novembre 2013

⁷⁰⁰ Celui-ci dispose que « La chambre régionale des comptes peut contrôler les conventions relatives à des délégations de service public dans les conditions prévues à l'article L. 1411-18 du code général des collectivités territoriales. »

environ 40 avis sur des conventions relatives au domaine de l'eau depuis le milieu des années 1990 (1993 à 2014). Nous les avons tous exploités à l'exception de ceux qui ne traitaient que de questions d'irrecevabilité ou d'incompétence.

5.2.2.1. DES AVENANTS TRES NOMBREUX

Parmi les contrats étudiés sur le thème des avenants, on signalera le contrat entre le Syndicat des eaux de la Basse Ardèche (SEBA) et la SAUR qui a été signé le 16 mars 1982 mais a fait l'objet de 10 avenants successifs, soit un avenant tous les deux ans, le contrat ayant été résilié le 30 juin 2004 car jugé illégal par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 29 juillet 2002⁷⁰¹.

La chambre régionale des comptes de Guadeloupe note que la DSP entre la Compagnie générale des eaux Guadeloupe et le SIAEAG a été « *prolongée sur 40 années sans aucune remise en concurrence. Le contrat initial a été signé en 1968, pour une durée de 5 ans à compter de la mise en service le 1^{er} janvier 1969, renouvelable par tacite reconduction*⁷⁰² ». Ce contrat avait ensuite été prolongé de 15 ans à compter de 1990 afin de tenir compte de l'entrée d'une nouvelle commune dans le syndicat et de la mise en service d'une d'adduction d'eau vers l'île voisine de la Désirade, de l'incidence du passage du cyclone Hugo, et de la mise en service de la télégestion. Il s'agissait certes d'événements importants, mais qui avaient plus impacté les finances du délégant que celles du délégataire, en raison des caractéristiques d'affermage de la DSP. La chambre fait remarquer qu'au total, « *12 avenants ont été signés, le dernier en 2006* », soit un tous les trois ans⁷⁰³.

L'observation du nombre important de renégociation dans les contrats de DSP est corroboré par d'autres études. On citera par exemple une étude menée en 2003 et 2004 sur la zone Amérique latine Caraïbes⁷⁰⁴, où, sur un échantillon de 1 000 contrats de concession, le taux de renégociation constaté a été de 75% dans le

⁷⁰¹ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES AUVERGNE RHONE ALPES, *Avis n°2004-557*, Syndicat des eaux de la basse-Ardèche, contrat de délégation de service public de distribution de l'eau potable. Septembre 2004.

⁷⁰² CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Rapport d'observations définitives*, Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de la Guadeloupe (SIAEAG) – exercice 2005 et suivants. Décembre 2012.

⁷⁰³ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Rapport d'observations définitives*, Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de la Guadeloupe (SIAEAG) – exercice 2005 et suivants. Décembre 2012

⁷⁰⁴ GUASH, J Luis, "Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions, Doing it Right", The World Bank Development Studies / Banque mondiale, Washington D.C, 2004.

secteur de l'eau contre une moyenne de 40% dans les autres secteurs (télécommunications, transport, électricité). La renégociation intervenait en moyenne un an et demi après la signature du contrat. Cela traduit, pour les auteurs de cette étude, un contournement de la pression concurrentiel par la rédaction d'engagements assez généraux qui seront précisés par la suite.

5.2.2.2. DES AVENANTS PRESQUE SYSTEMATIQUEMENT DEFAVORABLES AU DELEGANT SURTOUT POUR LES CONTRATS SIGNES AVANT 2000

L'équilibre du contrat est souvent remis en question dans le mesure où, à travers les renégociations, des risques supplémentaires sont transférés du délégataire vers la collectivité publique. Ainsi, la chambre régionale des comptes Rhône-Alpes a examiné en 1994, le contrat qui liait la ville de Saint-Etienne et son délégataire et a constaté un transfert du risque de consommation et du risque d'encaissement à la ville. *« L'article 4 de l'avenant n° 5, prévoient que, dans le cas où les encaissements de la société au titre des ventes en gros, seraient, au 1^{er} juillet de l'année N + 1, inférieurs à la somme de 26.253.000 F indexée, la différence serait déduite de la redevance annuelle à reverser à cette date par la société au titre de l'article 5 alinéa 2b du présent contrat⁷⁰⁵ »*. La chambre a, en outre, constaté que *« dans le cas de Saint-Etienne, la société envisageait de réduire les investissements alors que l'autofinancement était maintenu voire augmenté »*.

Il y a cependant des cas, rares, où les avenants vont modifier le contrat dans un sens favorable à la collectivité et à l'utilisateur. Il est en ainsi dans le cas examiné par la chambre régionale des comptes Midi-Pyrénées : *« Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède une modification de l'équilibre du contrat à l'avantage net de l'utilisateur du service de l'eau, par rapport à sa situation antérieure, après prise en compte de sa contribution indirecte, en tant que contribuable, au paiement du prix de l'eau par les services municipaux dans le cadre du budget principal de la commune ; que si le délégataire a accepté de moindres recettes ou certains manques à gagner, ces révisions étaient, selon la ville, justifiées par l'écart que celle-ci avait constaté entre les charges effectives qu'il avait supportées et celles qu'il avait calculées dans son compte rendu à la collectivité, en particulier s'agissant du niveau des provisions pour renouvellement constituées, dont le niveau*

⁷⁰⁵ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES RHONE ALPES du 25 octobre et 8 novembre 1994, n° 94-147.

excédait notablement les dépenses engagées à ce titre, dont la ville a pu obtenir certaines justifications⁷⁰⁶ ». Il s'agissait alors, il est vrai, d'une rectification du contrat suite à des surprofits du délégataire.

5.2.2.3. DES AVENANTS ENCORE TRES SOUVENT DEFAVORABLES AU DELEGANT MAIS QUI VIENNENT AUSSI RECTIFIER DES ANOMALIES, POUR LES CONTRATS SIGNES APRES 2000

La chambre régionale des comptes de Provence-Côte d'Azur avait étudié les contrats d'eau de la ville de Saint-Raphaël en 1998, la gestion de l'assainissement par le SIVOM en 1998 et la gestion du syndicat de production d'eau (syndicat des eaux du Var-Est -SEVE) en 2001. C'est dans ce dernier contrôle qu'elle a pu formuler des observations sur les avenants du contrat de potabilisation de l'eau brute signés entre le SEVE et la compagnie méditerranéenne d'exploitation des eaux (CMESE, filiale de VEOLIA). Les parties avaient indiqué avoir pris en compte les observations que la chambre régionale des comptes Provence-Côte d'Azur avait formulées dans le cadre de son avis sur la ville de Saint-Raphaël. Or elle doit constater que cet avis est loin d'avoir été suivi.

La chambre régionale des comptes indique : « La chambre note par ailleurs, qu'en dehors des motifs de la saisine du Préfet portant sur la création dans l'avenant n° 4 d'un compte de renouvellement et la modification de la formule de variation du prix, cet avenant modifie d'autres dispositions non négligeables du contrat qui ne se justifient pas et sont toutes favorables au délégataire : C'est ainsi que par une disposition nouvelle dans l'article 12 supprimant l'article 17 du contrat, le délégataire pourrait être en même temps maître d'œuvre et attributaire des travaux pour lesquels il a soumissionné ; le délégataire continuerait à facturer aux communes avec leur accord express (article 16-3 et 33) les coûts de production des usines au lieu de les facturer au Seve ; le délégataire pourrait demander (article 18) une révision des prix en cas de variation des volumes vendus de 10 % au lieu des 30 % prévus initialement à l'article 26 du contrat ; le délégataire transférerait au Seve des charges qui normalement lui incombent (modification de l'article 16 par l'article 11-3-2-1) ; l'avenant n° 4 autoriserait par ailleurs en son article 34 une présentation des comptes selon une méthode analytique contrairement aux avis de la chambre et de la commission tripartite ; il permettrait enfin au délégataire de

⁷⁰⁶ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MIDI PYRENEES, Commune de Tarbes, 17 février 2000, n°FA004901.

conserver sans les restituer au Seve jusqu'à la fin du contrat et sans lui verser les intérêts correspondants, les sommes perçues auprès des usagers et non utilisées pour les travaux de renouvellement (article 24 modifiant l'article 39 du contrat)⁷⁰⁷».

De graves irrégularités sont entérinées par l'avenant n°4 à ce contrat. Cet avis précise : *« Un pointage minutieux de cet article, permet de constater que si la réparation et l'entretien des matériels de traitement (décantation, filtration, stérilisation) restent à la charge du délégataire, par contre le renouvellement de ces équipements est transféré à la charge du syndicat ce qui signifie que le Seve, plutôt que d'obliger son délégataire à remplir ses engagements techniques et financiers, décide contrairement aux dispositions prises lors de l'élaboration du contrat, de prendre à sa charge le renouvellement d'une partie des équipements, sans que pour autant une baisse des tarifs à l'utilisateur soit envisagée, ce qui signifie que dans ce cas de figure, le renouvellement des matériels de traitement serait payé deux fois ».*

On retrouve des avenants qui augmentent le nombre de cas où le contrat peut faire l'objet d'avenants, réduisant du même coup, les risques pour les entreprises délégataires. On retrouve ces dispositions dans les contrats d'eau et d'assainissement de Saint-Etienne. En effet, c'est le cas de l'avenant n° 4 au contrat de concession du service d'assainissement de la ville de Saint-Etienne, approuvé par délibération du conseil municipal du 7 juillet 2003. La chambre régionale des comptes Rhône Alpes indique : *« l'article 2 de l'avenant, modifiant l'article 38 du contrat de concession, inclut dans les cas de révision la situation dans laquelle, pour une année donnée, les volumes annuels facturés cumulés sur les trois derniers exercices s'écartent de plus ou moins 3,5 % d'un montant forfaitaire égal à 24 810 657 m³ ; que dans ce cas de figure, l'avenant prévoit que, si l'une des parties le demande, il est procédé à une réunion en vue de la fixation d'un nouveau prix ».* Elle ajoute : *« que cette clause s'inspire du dispositif retenu par le huitième avenant au contrat de concession du service de l'eau ; que, toutefois, cet article 2 prédétermine le mode de calcul de ce nouveau prix par l'application d'une formule de calcul ; qu'il découle notamment de cette formule qu'une diminution des volumes de 3,5 % est compensée par une augmentation des prix de la même proportion ; qu'il en résulte une garantie de chiffre d'affaires pour l'entreprise concessionnaire,*

⁷⁰⁷ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE COTE D'AZUR, Syndicat de l'eau du Var-Est (SEVE), Saisine n° 2001-0496, Séance du 21 août 2001.

*contraire en soi au principe selon lequel un service concédé est exploité aux risques et périls du concessionnaire ; que le texte de cet avenant ne permet en outre pas d'apprécier les conditions dans lesquelles pourrait s'exprimer la liberté de négociation des parties lors d'éventuelles négociations en vue de la révision du prix*⁷⁰⁸ ».

On peut citer l'avenant n°4 au contrat d'affermage du service d'assainissement signé le 14 décembre 2007 entre la commune de Châteauneuf-sur-Loire et la SA. SAUR le 4 juillet 1990 pour une durée de vingt-cinq ans. La chambre régionale des comptes du Centre indique « *que l'article 3 de l'avenant n° 4 modifie de manière sensible les conditions dans lesquelles s'effectue le renouvellement des matériels des bassins d'orage et de la station d'épuration, en indiquant que ce dernier est à la charge de la collectivité* ». Il s'agissait de mettre en place une nouvelle station d'épuration mais avec des contraintes financières importantes pour la collectivité et l'usager et notamment les dispositions suivantes : « *suppression de l'article prévoyant le reversement par le fermier à la collectivité de 10 % du chiffre d'affaires ; mise en place de frais de contrôle à la charge du fermier ; mise en place d'une rémunération spécifique, forfaitaire, au titre des charges d'exploitation du réseau pluvial*⁷⁰⁹ » et une augmentation des tarifs de 9,6%.

Parmi les avis les plus récents, il n'y a pas eu d'examen d'avenants aux contrats existants mais l'examen de nouveaux contrats qui s'inscrivent cependant dans la continuité des anciens⁷¹⁰. La chambre régionale des comptes de Provence-Côte d'Azur a examiné le contrat de DSP passé entre la communauté urbaine de Marseille Provence Métropole et la Société des eaux de Marseille signé le 27 novembre 2013. Ce nouveau contrat s'inscrit dans le cadre de l'harmonisation des contrats de la métropole de Marseille. La chambre constate que la baisse du prix de 11 % est obtenue avec une diminution « *conséquente* » des travaux de renouvellement alors que la société a augmenté son niveau de marge, niveau jugé

⁷⁰⁸ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES AUVERGNE RHONE ALPES, avis n° 2003-371-2, Séance du 11 septembre 2003.

⁷⁰⁹ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES CENTRE, Avis n° 3 du 23 mai 2008.

⁷¹⁰ L'observatoire de la loi Sapin sur les procédures de délégation avait indiqué un nombre moyen d'offres restreints par procédure (2,3 en 2010) et un taux de reconduction des délégataires sortants élevé, de 87 %.

« *inacceptable* » dans les premières propositions de la société, mais accepté à un niveau encore plus élevé que celui jugé « *inacceptable*⁷¹¹ ».

Des observations des juridictions financières, on peut conclure que le fruit des négociations est rarement satisfaisant. La grande liberté, ou l'insuffisance de régulation, qui existe dans la négociation est sûrement en grande partie responsable de ces résultats peu satisfaisants. Le nombre important d'avenants sur les contrats, tous les deux ou trois ans par exemple, permet de se demander si les partenaires au contrat, et en premier lieu la collectivité, ont effectivement réalisé un bilan sur l'exécution du contrat, si les performances du contrat ont été mesurées et si des actions augmentant une valeur ajoutée du service ont été menées. Quand le résultat des renégociations apparaît favorable, on se rend compte qu'il s'agit plutôt d'un ajustement du contrat au regard de certains coûts identifiés. Il arrive également que les renégociations aboutissent à la réduction du risque pour le délégataire à tel point que le contrat ne saurait être encore qualifié de délégation de service public. Plus généralement, il n'y pas, à l'occasion des renégociations, d'évaluation du service rendu, d'évaluation de la valeur ajoutée du contrat par rapport à ce qui avait été convenu au départ. Ces renégociations favorisent les comportements opportunistes dès lors que les conditions sont remplies. Les coûts de transaction, qui incluent les coûts engendrés par les comportements opportunistes, sont alors majorés.

5.3. UN NOUVEAU CADRE DE LA NEGOCIATION

L'analyse de la pratique de la négociation nous fait voir les inconvénients de la faiblesse du cadre de référence financier notamment par rapport auquel les négociations sont susceptibles d'enrichir la relation contractuelle (et le service) ou alors de la dégrader. Le juge des comptes tente alors de juger de la conformité à des principes, de définir des standards par rapport auquel il propose une appréciation tant de la régularité juridique que l'équilibre financier de la DSP, quand il est saisi au titre de l'article L. 211-8 du code des juridictions financières (formulation d'un avis sur une DSP suite à une saisine du préfet) mais aussi dans le cadre des examens de gestion.

⁷¹¹ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE COTE D'AZUR, Avis n°2014-0010, L. 1411-18 du CGCT, Délégation de service public de l'eau – Communauté urbaine de Marseille. Février 2014.

Nous nous arrêterons sur la question du principe, du standard et de la norme car elles nous paraissent avoir un rôle central dans le contrôle dans des domaines des partenariats complexes et des contrats incomplets, c'est-à-dire dans la régulation.

5.3.1. LES NOTIONS DE PRINCIPE, DE STANDARD ET DE NORME

On doit distinguer le principe du standard. Le principe peut être défini comme une « *règle d'action s'appuyant sur un jugement de valeur et constituant un modèle ou un but* ». Le dictionnaire Larousse définit un standard comme une « *règle fixe à l'intérieur d'une entreprise pour caractériser un produit, une méthode de travail, une quantité à produire, le montant d'un budget* » et l'adjectif standard comme ce « *qui est conforme à une norme de fabrication en grande série* ». Le mot est parfois synonyme d'étalon ou synonyme de système (les systèmes de télévision par exemple). La règle a ainsi un caractère abstrait, à la différence du standard qui possède un caractère concret. Alors que l'application d'une règle fait appel au raisonnement et à la logique, « *c'est l'intuition et l'expérience pratique des choses qui inspirent et guident le juge dans l'application empirique du standard*⁷¹² ».

5.3.2. L'UTILITE DE CERTAINS PRINCIPES DANS LE CADRAGE DES NEGOCIATIONS

La régulation des relations peut être renforcée par le contrat lui-même, avec comme objectif la mesure et la comparaison des performances des opérateurs tout au long du contrat. L'insertion de clauses spécifiques s'appuieraient sur l'appréciation des principes suivants :

Le principe de la renégociation périodique et les clauses à durée plafonnée

Le cantonnement de la négociation à des moments précis de la vie du contrat permet de faire vivre la loyauté contractuelle. L'idée d'une renégociation périodique mais

⁷¹²Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise : contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique, Sanhūrī, 'Abd al-Razzāq Aḥmad al-, Marcel Giarđ (éd.), 1925, cité par RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Paris, 1980, p. 26.

encadrée été développée par Jean-Baptiste Vila⁷¹³ et Antonin Gras⁷¹⁴. Un contrat de longue durée pourrait faire l'objet d'une renégociation tous les 5 ans, un contrat court, tous les deux ans. Le présupposé de l'efficacité de ces renégociations est bien sûr la disposition de données financières fiables. Certains auteurs proposent de changer les critères sur lesquels doivent être appréciées les informations communiquées à la collectivité publique par les gestionnaires en charge du service : *« On pourrait très bien considérer, afin de tenir compte de la logique multidivisionnelle des groupes que l'obligation de fournir des informations aux collectivités locales ne s'organise pas sur une base annuelle et communale mais par grande exploitation et sur un cycle de 5/7 ans, selon la durée du contrat. L'Angleterre et d'autres contrats internationaux, prévoient des clauses de « revoyure » dont l'avantage est qu'elle permet un examen approfondi multicritères de l'exécution de la mission⁷¹⁵ ».*

Il nous semble que l'insertion d'une clause spécifique de « revoyure », c'est-à-dire d'examen approfondi des conditions d'exécution du contrat est en effet nécessaire. Certaines collectivités ont déjà mis en place ces clauses, comme par exemple le contrat signé en 2015 entre Grand Lyon Métropole et VEOLIA qui prévoit une révision à mi-contrat, pour un contrat d'une durée de 8 ans. Elle doit être l'occasion d'une remise à plat avec des conséquences qui soient véritablement incitatives : la révision des prix à la hausse en cas de difficultés réelles d'exécution du service dans les conditions antérieures et au vu de données comptables et extracomptables précises, mais aussi la révision à la baisse sur la base de critères précis d'exécution des obligations en matière patrimoniale par exemple.

Il appartient à la collectivité publique de réformer complètement son appréhension des données patrimoniales. Ce n'est qu'avec des outils performants, tant sur le plan technique, pour l'inventaire et la détermination de la situation des équipements, que sur le plan comptable, pour la connaissance et la transcription financière de la gestion de ces équipements, que ces clauses de revoyure peuvent aboutir à une amélioration des conditions d'exécution du service. Le contrôle préalable à l'activation de la clause de revoyure doit donc être suffisamment formalisé pour permettre une régulation efficace.

⁷¹³ VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs* : Thèse, université de Toulouse Capitole I, soutenue le 30 novembre 2009 ».

⁷¹⁴ GRAS Antonin, *Équilibre financier des contrats de délégation de service public*. Centre de recherche sur le droit public (CRDP), université Paris Ouest Nanterre La Défense.

⁷¹⁵ Ibidem.

Les conditions de possibilité de la renégociation d'un contrat devraient être durcies et formalisées. L'idée d'une renégociation périodique tous les 5 ans pour les contrats longs se justifie pleinement. Elle permet d'avoir suffisamment de recul sur l'exécution du service et en même temps de permettre les ajustements et les adaptations nécessaires à la vie du contrat. Cette durée pourrait être modifiée en cas d'événement exceptionnel qui changerait radicalement les conditions d'exécution du contrat. La contrepartie de ce risque est l'ajustement de la rémunération du délégataire pour en tenir compte. Cette condition est de nature à augmenter la responsabilité de chacun des acteurs et la « redevabilité » du délégataire vis-à-vis du délégant.

La notion de clause de durée plafonnée permet de limiter la durée d'un contrat tout en se laissant la possibilité de la réduire en cas d'atteinte de la « marge normale » revenant au délégataire, mais sans possibilité de l'étendre. Ainsi que l'indique Philippe Cossalter, « *les durées endogènes de concession ne sont que l'un des moyens d'assurer la protection du concessionnaire et le partage des fruits de l'exploitation*⁷¹⁶ ». La question du critère permettant de définir la durée maximale n'est pas évidente. Ce critère peut être la marge elle-même sur la durée du contrat, mais elle nécessite un audit précis des comptes. Il peut être le taux de rentabilité interne (TRI) qui prend en compte l'actualisation de tous les flux financiers liés à la mise en place d'un investissement et à son exploitation sur une certaine durée. Le maniement de ce critère est délicat car il nécessite un accès à la comptabilité du concessionnaire, qui est en général refusée. La manipulation des données de coût est alors aisée pour le délégataire. Le critère le plus simple, utilisé dans certains contrats est le chiffre d'affaires. L'avantage est que le chiffre d'affaires est une donnée qui ne nécessite pas de calcul et d'investigations. C'est l'exemple du contrat relatif au viaduc de Millau qui a été signée pour une durée de 78 ans. Le contrat prévoit que le contrat pourra s'arrêter en 2044 si le chiffre d'affaires réel cumulé dépasse la somme prévue de 375 M€⁷¹⁷.

On observera que le contrôle par le régulateur britannique des entreprises de gestion de l'eau intègre parfaitement la question de la profitabilité et de la durée des contrats

⁷¹⁶ COSSALTER Philippe, « Les concessions à durée endogène », *Droit administratif*, 2006, n°5, p.4.

⁷¹⁷ SAUSSIÉ Stéphanie et TIROLE Jean, *Rapport au Conseil d'analyse économique*, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », 2015/3 (n° 22), p. 1-12, p. 4.

(licence) de gestion. Il n'a pas hésité à réduire les profits quand des surprofits ont été observés⁷¹⁸.

La question du principe d'équilibre financier du contrat

Le droit reconnu à l'équilibre financier d'un contrat de DSP doit être interrogé. Ce droit à l'équilibre justifie des soutiens publics particuliers à certains types de contrat. Ainsi un service de transport urbain⁷¹⁹, qui est intrinsèquement déficitaire, ou la construction d'usine de valorisation des déchets, nécessitent un appui financier des collectivités publiques et une sécurisation du financement. Ce n'est pas le cas des services d'eau et d'assainissement qui s'autofinancent. Plus précisément, ce principe consiste à énoncer que dès lors que des modifications, des additions à la consistance du service et qui sont susceptibles d'instaurer des contraintes ou des manques à gagner sont décidées par l'administration, l'entreprise délégataire a le droit de demander et d'obtenir une indemnisation⁷²⁰.

Le principe de l'équilibre financier du contrat peut aller à l'encontre d'un pouvoir de réajustement ou de régulation, voire de rectification de la part de la personne publique, comme si les dispositions initiales du contrat, avec ses modifications consenties (avenants) ne pouvaient, quel que soit l'évolution du contrat, faire l'objet d'ajustements au profit de la collectivité et non compensés financièrement. Ainsi, avec ce principe, un contrat mal conçu ou dont les conditions d'exécutions aboutiraient à un surprofit non justifié, ne pourrait faire l'objet d'un ajustement de la part de la collectivité publique. Cela nous semble aller à l'encontre du principe de responsabilité et de redevabilité de chacune des parties au contrat.

Il ne s'agit pas bien sûr de remettre en cause le droit à indemnisation du délégataire en cas de charges complémentaires non prévue et décidée par l'administration ou en cas de résiliation du contrat, et de contester l'affirmation du Conseil d'Etat, selon laquelle, par exemple, « *même en l'absence de manquement de la ville à l'exécution de ses obligations fixées par la convention, la résiliation unilatérale de la convention pouvait ouvrir, au profit de la société droit à une indemnité compensant la perte de bénéfices subie du fait de cette résiliation*⁷²¹ ». Mais, dans l'optique

⁷¹⁸ Cf. partie 3.4. de la présente recherche.

⁷¹⁹ C'est d'ailleurs un service de transport urbain la Compagnie générale française des tramways qui est à l'origine de ce principe.

⁷²⁰ CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, n°16178.

⁷²¹ CE 18 novembre 1988, *Ville d'Amiens*, n°92888.

d'une évaluation du contrat avant toute renégociation, le principe d'équilibre financier du contrat est de nature à gêner les négociations et à empêcher la conclusion d'accord équitable suite à une évaluation partagée de la situation économique et financière d'une DSP. Si l'évaluation du contrat montre une évolution trop défavorable pour la collectivité, les partenaires doivent pouvoir réajuster les conditions d'exécution du contrat. Le principe du partage des gains et de pertes nous paraît préférable à celui de l'équilibre financier du contrat, hors bien sûr les cas évoqués.

Le principe de l'évaluation préalable à la négociation et à la renégociation

Une étude préalable à toute négociation ou renégociation nous paraît indispensable à la réussite de ces négociations ou renégociations. En cas de négociation, les formes de cette évaluation ont été esquissées précédemment. En cas de renégociation, cette étude doit faire le bilan de l'exécution du service. Elle pourrait comprendre :

- La mise à jour de l'évaluation du service réalisée préalablement à la conclusion du contrat initial.
- Un compte rendu financier qui soit dans le format standardisé du compte d'exploitation prévisionnel réalisé par le délégataire au moment de la conclusion du contrat.
- Un audit des équipements du service.
- Une analyse coûts / avantages d'une renégociation du contrat.

Cette étude doit permettre la mesure de la performance du service offert et des résultats tant au niveau de l'économie, que de l'efficacité et de l'efficience. Or cette mesure de l'efficacité n'est possible que si les données permettant de la mesurer sont disponibles. Ces données sont des données de coût du service, etc. données qui ne sont pas toujours disponibles en raison du manque de fiabilité des données transmises par les délégataires.

Les renégociations devraient donc être également conditionnées à la transmission de données fiables et précises. En l'absence de transmission de ces données, l'ouverture de la négociation ne serait pas admise. Pour cela il serait nécessaire d'imposer un cahier des charges pour les partenaires au contrat, qui inclurait des clauses contractuelles relative à la transmission de ces données dans le cadre d'un avenant au contrat.

L'avis de la commission de DSP et de la CCSPL

Il s'agit de prendre en compte la difficulté que pose la relation spécifique entre l'agent (ici, l'élu, l'administrateur) et le principal (le citoyen, l'utilisateur) dans la négociation. On avait mentionné plus haut que l'une des différences entre la négociation commerciale et la négociation en DSP est que le décideur, la collectivité publique, n'est pas celui qui supporte les conséquences financières de la DSP. Il est donc nécessaire de remettre l'utilisateur dans la boucle de la négociation sachant que c'est lui qui supporte les conséquences de cette négociation et que les contrats durent en général plus longtemps que la durée d'un mandat local.

Plusieurs organes interviennent dans la prise de décision sur le choix du contrat de DSP. La commission de délégation de service public comprend des membres à voix délibérative, qui, à l'exception de son président, sont élus par l'assemblée délibérante. Ces membres sont tous des élus de l'assemblée et le président est le maire ou le responsable de l'exécutif de la collectivité. La Commission Consultative des Services Publics Locaux (CCSPL) prévue par l'article L. 1413-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) est ouverte aux usagers des services publics par l'intermédiaire de leurs associations représentatives. Les associations de défense des usagers et consommateurs ont souhaité depuis longtemps la généralisation de cette instance et son implication plus grande dans les décisions prises. Ainsi que l'indiquait Bernard Schockaert, administrateur de l'UFC-Que Choisir ?, lors de son audition par la mission d'évaluation et de contrôle sur le financement et la gestion de l'eau de l'Assemblée Nationale, le 8 février 2001 : « *En matière de concurrence, lorsque le consommateur doit faire appel à un service d'eau [...], il se trouve face à un distributeur et il ne peut pas en changer. [...] C'est pourquoi nous demandons que les comités locaux de services publics en matière d'eau soient effectivement mis en place afin que les consommateurs, avec les collectivités, puissent apporter leur avis et qu'il soit pris en compte*⁷²² ».

On peut imaginer une association de la commission de DSP et de la CCSPL à la procédure de renégociation, avec une information précise de ses membres et la formulation d'un avis de chacune de ces instances, postérieurement à la renégociation, mais préalablement à la signature de l'avenant.

⁷²² Cité par PFLIEGER Géraldine, *Consommateur, client, citoyen : l'utilisateur dans les nouvelles régulations des services de réseaux. Les cas de l'eau, de l'électricité et des télécommunications en France*, 2003, p. 352.

Outre la négociation du prix, la CCSPL peut jouer un rôle sur les questions de la qualité du service et la protection de la ressource. La commande publique, en raison des montants qui sont en jeu, est parfois utilisée pour la réalisation d'objectifs environnementaux ou sociaux. Cette approche est considérée comme inefficace par certains analystes, notamment pour la raison que l'introduction de critères sociaux ou environnementaux réduit le nombre de candidats potentiellement intéressés et donc réduit la concurrence, ce qui réduit l'efficacité de la commande publique⁷²³. Dans le cas de l'eau potable, la situation nous semble tout de même différente du cas général de la commande publique, puisque la préservation de la ressource est directement à l'origine de la performance du service. Les objectifs de bonne gouvernance ou de qualité de la ressource ne sont pas réellement des objectifs distincts de l'efficacité du service public. La commission de DSP pourrait donc avoir à se prononcer sur ces critères de performance sur la gestion globale de la ressource, à laquelle contribue le contrat de DSP.

5.3.3. LE RÔLE DU STANDARD DANS LE CADRAGE DES RELATIONS CONTRACTUELLES

Ainsi que nous l'avons dit, le standard s'appuie sur une appréciation concrète des situations. Il s'agit d'une modalité normée de l'appréciation d'une situation, mais avec cette idée que la norme en question est suffisamment souple pour évoluer dans le temps ou avec les circonstances particulières. Le standard a été définie, par rapport à l'activité juridictionnelle, comme une « *direction générale destinée à guider le juge dans l'administration du droit et à lui donner une idée de son but et de sa finalité*⁷²⁴ », ou plus généralement comme la « *mesure d'une conduite moyenne d'une personne normale dans des circonstances particulières*⁷²⁵ ».

Le standard a une fonction éminente dès lors que l'on ne peut s'appuyer sur des règles qui prévoient tous les cas de figures. Dans le cas du contrat de DSP, les règles

⁷²³ SAUSSIÉ Stéphanie et TIROLE Jean, *Rapport au Conseil d'analyse économique*, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », Notes du conseil d'analyse économique 2015/3 (n° 22), p. 1-12, p. 7.

⁷²⁴ *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise : contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique*, Sanhūrī, 'Abd al-Razzāq Ahmad al-, Marcel Giard (éd.), 1925, cité par RIALS Stéphanie, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Paris, 1980, p. 26.

⁷²⁵ Ibidem.

posées par le contrat ou par la réglementation du contrat, ne peuvent tout régir, puisque le contrat de DSP est un contrat incomplet. « *L'apparition du standard est donc un phénomène tout récent [...] qui correspond à la complexité croissante de la vie et à l'insuffisance évidente des règles pour tout prévoir et tout régir*⁷²⁶ ». Cette situation de complexité correspond bien au domaine des contrats dit « complexes ».

Le professeur Stéphane RIALS a montré le rôle fondamental du standard dans l'élaboration du jugement du juge administratif. Il en a révélé l'usage abondant dans le contentieux de l'excès de pouvoir, et dans le contentieux de la cassation. Nous devons également constater son usage et son utilité tant dans les contrats eux-mêmes que dans l'appréciation des contrats, par le juge administratif, par le juge financier, ou l'auditeur.

L'usage du standard dans les contrats

L'usage du standard se retrouve à tous les moments de l'exécution du contrat, dans la rédaction des clauses.

On retrouve la référence à des standards, à des comportements normés, dans l'obligation faite au délégataire d'assurer la continuité du service, « *en toute circonstances, sauf cas de force majeure*⁷²⁷ ». En cas de situation de crise, le contrat indique que « *les mesures prises par le délégataire sont proportionnées à la gravité du non-respect des exigences de qualité* ».

S'agissant du fonctionnement du service et des moyens consacrés, le contrat va évoquer l'affectation des « *moyens humains nécessaires en nombre et en qualification* ». La collectivité va attendre de son délégataire qu'il « *optimise le fonctionnement de l'usine de production* », qu'il développe un « *programme ambitieux* » de renouvellement des branchements.

Dans la partie du contrat consacrée aux travaux, il est clairement fait référence aux standards professionnels et au critère de normalité : « *les travaux d'entretien et de renouvellement comprennent les opérations qui sont nécessaires pour en assurer*

⁷²⁶ Ibidem, p. 29-30.

⁷²⁷ Nous prendrons l'exemple d'un contrat de DSP très récent qui a la caractéristique d'être un contrat « standard », pour la rédaction des clauses que l'on va citer. Il s'agit d'un contrat signé entre la collectivité de Saint-Martin et la société SAUR le 15 novembre 2018.

en permanence la continuité du service public et pour éviter un vieillissement anormal des installations ».

L'aspect financier du contrat fait appel à des catégories qui relèvent de la valeur, du jugement moral, du bon sens, de l'appréciation sans précision excessive, toutes qualifications qui appartiennent à l'idée de standard. Ces qualifications relèvent de ce que RIALS appelle la « raisonnable⁷²⁸ » : les vertus de « loyauté », « prudence », « diligence », « bonne foi ». Le contrat parle ainsi de « juste coût » pour l'imputation du coût des travaux de renouvellement réalisés par le délégataire (ce qui signifie notamment que ces coûts ne doivent pas comprendre des frais généraux). C'est la même idée de comportement raisonnable qui est supposée dans les clauses qui indiquent que « le niveau du tarif doit permettre d'assurer l'équilibre financier du contrat sur sa durée⁷²⁹ ».

Sur les modifications susceptibles d'être apportées au contrat, les standards sont empruntés au décret du 1^{er} février 2016⁷³⁰. Ces clauses évoquent un « inconvénient majeur » ou à une « augmentation substantielle des coûts » pour la collectivité, pour les travaux devenus nécessaires et qui imposeraient alors la signature de modifications au contrat.

L'usage du standard par le juge administratif des contrats

Le professeur Stéphane RIALS a cité de nombreux exemples de formulation de standard dans les jugements des juridictions administratives et du juge de cassation en particulier. Outre ceux déjà cités de « loyauté », de « prudence », de « diligence », de « bonne foi », on peut retrouver l'usage de standard d'« entretien normal », de « durée normale d'utilisation », de « rémunération excessive », de « bénéfice normal », de « prix normal », d'« équivalence », que l'on retrouve également dans le contentieux des contrats. Ces standards sont issus de différentes sources du droit : la loi mais aussi la jurisprudence, la constitution, les traités et les conventions internationales. Les termes de « suffisant / insuffisant », de « normal / exorbitant / abusif » relèvent quasiment tous du standard.

⁷²⁸ RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Paris, 1980, p. 24.

⁷²⁹ Contrat de DSP signé entre la collectivité de Saint-Martin et la société SAUR le 15 novembre 2018.

⁷³⁰ Article 36 du décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession.

Il faut cependant apporter une précision sur la confusion qu'il peut y avoir sur le mot « normal », comme nous l'indique le professeur Stéphane RIALS. Le terme de « normal » ne suppose pas toujours l'idée de standard. Quand il est synonyme de « droit commun », comme par exemple dans l'expression « durée normale du mandat du maire » ou « règles normales de recrutement », le terme de normal ne renvoie pas à l'idée d'autonomie et de marge d'appréciation du juge. Il ne suppose pas, dans ces cas, un standard. Avec l'usage du standard, le juge se réserve un pouvoir d'appréciation qui changera dans le temps, par rapport aux normes et aux valeurs sociales car « *la création du standard par le juge lui permet de réserver une partie de son pouvoir*⁷³¹ ».

L'utilisation de standards traduit un positionnement particulier du juge par rapport aux parties au litige, laissant aux parties une partie du pouvoir d'appréciation. Il préfère parfois renoncer à contrôler certains aspects, comportements de l'administration, dans le cas de litige en excès de pouvoir, ou des partenaires à un contrat, dans le cas de litige né d'un contrat, en raison du manque d'expertise qu'il se reconnaît : « *n'étant pas médecin, il refuse de contrôler la condition de moralité pour être inscrit au tableau du conseil de l'ordre, laissant à ce dernier l'appréciation de cette condition*⁷³² ». Cela ne veut pas dire que la mise en œuvre des standards par l'administration ou les parties au contrat ne font pas l'objet d'un contrôle, « *si le juge édicte lui-même une prescription formulée à l'aide de standards, ce ne peut être que pour lier le pouvoir discrétionnaire de l'administration*⁷³³ ».

Dans le cas des contrats, il s'agit pour le juge de lier les partenaires au contrat dans une obligation de comportement normé, l'objectif du standard n'étant pas de laisser aux partenaires le soin d'apprécier ce que l'on entend par le standard en question. Le standard est donc un instrument de contrôle qui donne aux partenaires les moyens d'apprécier si leur comportement s'accorde avec le standard, mais non de juger du standard lui-même.

On avait eu l'occasion de rappeler que, dans ses conclusions sous l'arrêt du 11 mars 1910, Compagnie française des tramways, le commissaire du gouvernement Léon

⁷³¹ RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Paris, 1980, p. 57.

⁷³² RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Paris, 1980, p. 240.

⁷³³ Ibidem, p. 237.

Blum avait utilisé l'expression « *l'équivalence honnête* ». Cette formulation nous paraît être un standard plus opérationnel que le principe de l'équilibre financier tel qu'évoqué plus haut.

L'usage du standard et de la norme par le juge financier et l'auditeur

De même que le recours aux standards permet d'apprécier ce qui n'est pas explicitement formulé dans les lois et règles générales, il permet de palier l'incomplétude des contrats incomplets que sont les DSP. Le standard étant « *à titre essentiel instrument de mesure des comportements humains*⁷³⁴ », il est un instrument de mesure des comportements opportunistes des parties au contrat.

Les notions de standard et de norme peuvent avoir une signification presque équivalente dans certains contextes. Le standard comme « *mesure moyenne de conduite sociale correcte*⁷³⁵ » renvoie à une norme sociale, mais elles doivent être distinguées. La norme est plus précise, laisse moins de marge d'appréciation que ne laisse supposer le standard, ainsi que nous l'avons vu. La particularité de la norme par rapport au standard est qu'elle est habituellement définie précisément, alors que le standard renvoie à une conformité générale. Les deux notions ont pour objectif de permettre la comparabilité des situations, des pratiques.

Dans le domaine de la gestion, les notions de standard et de norme sont associées, à une activité particulière de contrôle : le contrôle interne et l'audit. Avoir des points de comparaison permet de contrôler la conformité d'un comportement, d'une procédure, d'un processus, à une bonne pratique ou à une pratique standardisée, reconnue comme un standard⁷³⁶.

⁷³⁴ Ibidem, p. 74.

⁷³⁵ POUND Roscoe, *Social Control through law*, 1942, cité par Stéphane RIALS, op.cit., p. 24.

⁷³⁶ La standardisation, de façon générale, a la vertu d'économiser les coûts de transaction en diminuant les temps de négociation nécessaire pour parvenir à un accord. Par exemple, la standardisation de produits à un prix fixe non négociable permet de supprimer le temps de marchandage. La standardisation est depuis longtemps utilisée pour la réduction des coûts, la chaîne fordiste de montage permet d'économiser les coûts de déplacement et les pertes de temps associées à ces déplacements. Les coûts de transaction et de coordination sont également diminués par la standardisation que permet le développement de l'informatisation des communications, ainsi que l'a montré l'étude de Jean-Louis PEAUCELLE, « La baisse du coût de transaction par le commerce électronique : le moindre temps perdu pour les contacts commerciaux », septembre 1998, IAE Paris, Université Paris I – Panthéon Sorbonne – GREGOR.

Les notions de norme, de standard, de contrôle interne public, de contrôle financier interne public (*Public Internal Financial Control - PFIC*) et finalement la notion de standard de contrôle, appliquées à l'administration, se sont développées relativement récemment. Les Etats-Unis, avec la publication en 1992 du *COSO Framework Internal Control*⁷³⁷, ont fait la promotion dans les années 1990 de la mise en place de systèmes de contrôle interne attestés par un auditeur indépendant⁷³⁸. En Europe, à l'occasion de l'entrée de dix nouveaux Etats dans l'Union Européenne, les institutions ont développé un modèle de bonne gestion financière qui emprunte largement aux outils mis en place aux Etats-Unis. Autour de 1999-2001, le PFIC, dans sa version européenne, est apparu.

L'affaire Enron et d'autres affaires qui ont suivi ont incité les gouvernements à accroître la sécurité des systèmes de contrôle dans les entreprises, avec le lien évident entre la fiabilité des systèmes comptables et l'efficacité des systèmes de contrôle interne. La loi de sécurité financière du 17 juillet 2003 pose les mêmes principes que la loi Sarbanes-Oxley aux Etats-Unis : la responsabilité accrue des dirigeants, le renforcement des contrôles internes et la prévention des conflits d'intérêt.

Aujourd'hui, quand on évoque, dans le domaine de l'audit, les « principes, standards ou normes internationalement reconnus », on fait notamment référence aux standards et normes du COSO (I et II) pour le contrôle interne, ainsi que de l'Intosai « *Internal control guidelines* », de l'IIA⁷³⁹ et de l'Intosai pour l'audit, ainsi que les normes comptables internationales de l'IFAC appliquées au secteur public sous le forme des *International Public Sector Accounting Standards* (IPSAS).

L'Union européenne évoque, dans ses règlements, les notions de « standards internationaux » et de « principes et standards généralement acceptés ». Ces notions font surtout référence aux standards comptables.

Dans son ouvrage, Alain-Gérard Cohen⁷⁴⁰ a fait une présentation graphique des différentes activités de « contrôle » que l'on entend dans la « nouvelle gestion

⁷³⁷ Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO). Il s'agit d'une commission à but non lucratif qui a défini en 1992 un standard de contrôle interne et a créé un cadre d'évaluation de l'efficacité des contrôles internes. Le standard « COSO » a été diffusé aux Etats-Unis avec la loi Sarbanes-Oxley de 2002 et en France avec la loi sur la sécurité intérieure de 2003.

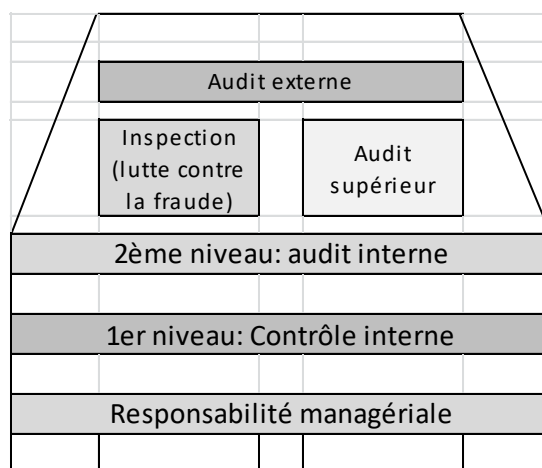
⁷³⁸ COHEN Alain-Gérard, *Contrôle interne et audit publics*, 2008, p. 23 et 24.

⁷³⁹ IIA : Institute of Internal Auditors

⁷⁴⁰ COHEN Alain-Gérard, *Contrôle interne et audit publics*, LGDJ, 2008.

publique ». Intitulée la « maison des normes », elle donne bien l'idée de la structuration du « *control* », de la maîtrise de la gestion publique telle qu'elle peut être mise en œuvre en utilisant les méthodes initiées par certains pays de culture anglo-saxonne.

Tableau n°23 : « La maison des normes »



Source : A-G Cohen, *Contrôle interne et audit publics*, p. 65.

Le développement de l'audit a été la réponse apportée à la question que nous avons évoquée plus haut, du rapport entre l'agent et le principal, développé par la théorie de l'agence. « *En vertu de cette théorie, la complexité des organisations modernes a transformé les relations de pouvoir : le propriétaire – ou « principal » perd peu à peu le contact avec le management de son organisation [...] l'un et l'autres perdent peu à peu la capacité à contrôler ce qui se passe. En effet, les responsables opérationnels – les « Agents » - en savent toujours plus que le principal*⁷⁴¹ ». L'audit permet de remédier à ce déséquilibre d'information et permet de redonner des capacités d'agir au principal. Cependant, il agit également sur le volet de la performance et dans ce cadre, l'auditeur a plutôt tendance à rendre compte au responsable opérationnel.

Si on prend la fonction de l'auditeur comme représentant du principal, on doit poser le principe que l'audit externe (comme par exemple la certification des comptes de la DSP⁷⁴²) doit être engagé à l'initiative de la collectivité publique. Cela est d'ailleurs tout à fait dans la logique de l'objectif de la certification : informer les parties prenantes au contrat et non la direction opérationnelle. C'est le rôle que

⁷⁴¹ RENARD Jacques, *Théorie et pratique de l'audit interne*, Eyrolles, 2010, p. 76.

⁷⁴² Et non pas des comptes du délégataire.

peuvent jouer très occasionnellement les chambres régionales des comptes, dans le cadre de l'autorité générale de contrôle qu'est le préfet, puisque les saisines des chambres régionales des comptes sont le fait des préfets.

L'audit interne peut être défini comme « *une activité indépendante qui donne à une organisation une assurance sur le degré de maîtrise de ses opérations, lui apporte ses conseils pour les améliorer, et contribue à créer de la valeur ajoutée. Il aide cette organisation à atteindre ses objectifs en évaluant, par une approche systématique et méthodique, ses processus de management des risques, de contrôle et de gouvernement d'entreprise et en faisant des propositions pour renforcer son efficacité*⁷⁴³ ». Il est donc davantage tourné vers la direction opérationnelle de l'activité. Dans le cadre d'une DSP, la direction opérationnelle est partagée, notamment dans les cas d'affermage. L'audit interne concerne donc tant l'activité du délégataire que du délégant.

L'audit interne, tout comme l'audit externe, est une activité qui fonctionne avec l'utilisation de normes⁷⁴⁴. Certaines normes donnent une importance toute particulière à l'auditeur. Ainsi la norme 2100 relative à la nature du travail de l'auditeur, comprend la norme 2110 « gouvernement d'entreprise » qui indique que « *l'audit interne doit évaluer et formuler des recommandations appropriées en vue d'améliorer les processus de gouvernance de l'organisation pour [...] une gestion efficace des performances de l'organisation, assortie d'une obligation de rendre compte ; la communication aux services concernés des informations relatives aux risques et aux contrôles ; la coordination des activités et la communication des informations entre le Conseil, les auditeurs externes, les auditeurs internes, les autres prestataires d'assurance, et le management*⁷⁴⁵ ». L'auditeur joue donc un rôle particulier dans la vérification des informations, leur partage entre les différentes instances de gouvernance de l'organisation.

Sur le management des risques, la norme 2120.A1 indique que « *l'audit interne doit évaluer les risques afférents à la gouvernance, aux opérations et aux systèmes d'information de l'organisation au regard de : l'atteinte des objectifs stratégiques*

⁷⁴³ The Institute of Internal Auditors, IIA, 1999.

⁷⁴⁴ Celles-ci sont publiées par l'IFACI, Code de référence international des pratiques professionnelles de l'audit interne, 2009.

⁷⁴⁵ The Institut of Internal Auditors (IIA), Cadre de référence internationale des pratiques professionnelles - Edition 2017. Normes internationales pour la pratique professionnelle de l'audit interne.

*de l'organisation ; la fiabilité et l'intégrité des informations financières et opérationnelles ; l'efficacité et l'efficience des opérations et des programmes ; la protection des actifs ; le respect des lois, règlements, règles, procédures et contrats*⁷⁴⁶ ». On observe ici le rôle important d'une activité d'audit sur la protection des actifs par exemple.

Dans le domaine de l'eau on observe une normalisation de certains indicateurs de performance, la construction d'un référentiel pour évaluer la performance d'un service d'eau potable, sous l'impulsion de l'observatoire national des services d'eau et d'assainissement (« eaufrance »). Récemment, comme nous l'avons dit, sous l'impulsion de l'ASTEE, un guide de la gestion patrimoniale et en particulier de l'analyse des coûts des services d'eau et d'assainissement intitulé « *Approche croisée par le suivi des activités et l'analyse des coûts du service* », a été élaboré et publié en septembre 2017. Il propose une méthode d'analyse des coûts.

Les standards ou référentiels de coûts et de prix, peuvent être un outil très intéressant dans la mesure où ils permettent de confronter des propositions avec un référentiel permettant de comparer les offres entre elle. On citera à ce sujet la remarque de Lætitia Guérin-Schneider et Dominique Lorrain : « *Ce qui importe, ce n'est donc pas de créer la compétition au sens strict, mais de créer un équilibre dans la négociation du prix entre la collectivité et la ou les entreprises. Pour ce faire, une condition nécessaire est l'existence d'un point de comparaison indépendant de l'offre remise par l'entreprise pressentie, qu'il s'agisse d'une offre d'un autre compétiteur, d'une comparaison basée sur la compétition statistique (comme celle mise en oeuvre par l'Ofwat) ou encore d'une estimation contradictoire des coûts produite par la collectivité (souvent avec l'aide de consultants spécialisés indépendants*⁷⁴⁷ ».

Avec la place occupée par les principes, les standards et les normes, le contrôle des contrats comprend des dimensions multiples qui exprime diverses manifestations du droit. Ces formes juridiques peuvent paraître comme autant de limites à la liberté

⁷⁴⁶ The Institut of Internal Auditors (IIA), Cadre de référence internationale des pratiques professionnelles - Edition 2017. Normes internationales pour la pratique professionnelle de l'audit interne

⁷⁴⁷ GUERIN-SCHNEIDER Laetitia, LORRAIN Dominique, « Note de recherche sur une question sensible. Les relations puissance publique - firmes dans le secteur de l'eau et de l'assainissement », *Flux* 2003/2 (n° 52-53), p. 50.

de la négociation, mais elles sont aussi et surtout la condition de possibilité d'une négociation véritable.

Conclusion du titre 5

La négociation, plus que les autres déterminants d'un service public d'eau et d'assainissement, va contribuer à déterminer le prix de l'eau dans une DSP. C'est le résultat principal dégagé par Guillaume Fauquert qui indique que « *l'hypothèse selon laquelle le prix de l'eau en délégation est constitué par un processus de négociation commerciale, est validée*⁷⁴⁸ ». Plutôt de que de parler d'un « juste prix » qui proviendrait uniquement de l'analyse des coûts, de la configuration technique du service ou du jeu de la concurrence, il est plus pertinent de parler d'un « *juste processus*⁷⁴⁹ » de détermination du prix qui permettrait de fixer le meilleur prix pour le service rendu. La négociation, dès lors qu'elle est encadrée et éclairée permet d'atteindre cet objectif.

Le renforcement de l'outil de connaissance et d'évaluation vise à renforcer le caractère « juste » de ce processus, tout comme une plus grande implication des usagers. Ce n'est que par une évaluation continue des données patrimoniales, techniques et financières du service et une bonne information et participation de l'ensemble des parties prenantes que le processus pourra être qualifié de « juste », chaque partie s'engageant précisément sur sa part de responsabilité. Le nouveau cadre de la négociation des concessions incite à mettre en place des outils pertinents de négociation, car celle-ci est remise au centre de l'exécution du contrat, notamment dans le premier cas mentionné par le décret du 1^{er} février 2016, celui de l'anticipation de clauses de réexamen du contrat.

Nous avons analysé les avis rendus par toutes les chambres régionales des comptes depuis le milieu des années 1990, y compris bien sûr les avis rendus par les chambres régionale et territoriales des comptes aux Antilles et en Guyane. Les constats sont sévères pour les collectivités concédantes : avenants très nombreux, pour beaucoup engagés en dehors du cadre réglementaire, et très souvent défavorables à la collectivité publique. Les contrats signés postérieurement à 2000 nous paraissent comporter, pour de très rares cas, quelques modifications en

⁷⁴⁸ FAUQUERT Guillaume, Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation – Contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable, 2007, p. 238.

⁷⁴⁹ Ibidem, p. 283.

apparence favorables au délégant, mais le sens des observations reste le même. Ce qui est surprenant, c'est qu'à aucun moment les performances du contrat n'ont été mesurées, soit avant, soit après une renégociation, ce qui traduit la faible redevabilité dont se sentent investies les parties au contrat vis-à-vis des attentes des usagers sur la performance du service.

Il nous semble qu'un cadre rigoureux de la négociation doit être mis en place. La liberté de renégociation prévue, dès lors que les clauses de réexamen sont incluses dans le contrat⁷⁵⁰, doit inciter à prévoir très précisément les conditions de ces clauses et de les adosser à des indicateurs de résultat. C'est le rôle d'une évaluation préalable à la négociation et à la renégociation des contrats.

Il serait souhaitable d'organiser une activité d'audit spécifique à la structuration contractuelle des DSP, qui comprenne un audit externe mise en place et rémunéré par la collectivité publique et un audit interne partagé entre les deux parties au contrat. L'audit externe peut faire l'objet de mutualisation entre les collectivités ou être organisé au niveau national, auprès d'une instance de régulation à mettre en place.

Il est nécessaire à ce stade de se demander s'il n'est pas nécessaire de renforcer les instances extérieures aux parties qui peut être garante de la justice au sens d'équité nécessaire à l'équilibre du contrat et contribuer à la renforcer et à la maintenir. Le renforcement des attributions de la commission consultative des services publics nous paraît une piste à creuser pour permettre d'objectiver davantage les données produites par les partenaires et les auditeurs du contrat. La question du rôle d'un régulateur central reste également posée.

⁷⁵⁰ Article 36 du décret du 1^{er} février 2016.

TITRE 6 : LES AUTORITES DE LA REGULATION. LE CONTRAT ET L'AGENCE

Introduction au titre 6

Pour améliorer les conditions de la négociation, il est nécessaire de disposer d'outils d'évaluation, mais elle doit aussi s'inscrire dans un cadre favorable, où les parties n'ont pas la menace d'une interférence trop directe d'acteurs extérieurs aux parties, mais où elles sont cependant incitées à prendre la mesure de leur responsabilité, sans la reporter sur les tiers. En effet, les tiers doivent pouvoir s'assurer que le contrat s'exécutera dans des conditions de loyauté réciproque et de « raisonabilité⁷⁵¹ », surtout si ces tiers, les usagers supportent les conséquences financières et pratiques de ces accords.

La gestion déléguée, comme mode de gestion d'un service, lie l'ensemble des parties prenantes au service. Les relations entre ces parties sont fixées par des contrats (le contrat de DSP qui lie l'autorité en charge du service et son prestataire, le contrat d'abonnement qui lie le client au gestionnaire) ou par des dispositions réglementaires (règlement du service, dispositions relatives à la commission communale ou intercommunale des services publics locaux). Ces relations sont régulées par les parties prenantes mais aussi par les tiers : l'Etat qui fixe la réglementation générale, les institutions juridictionnelles et de contrôle qui font application des règles juridiques et financières.

Par rapport au contrat de DSP lui-même, hormis les signataires, toutes les autres parties prenantes sont des tiers. L'analyse du rôle de ces tiers est l'objet du présent titre. L'importance d'un régulateur se mesure aux conséquences de son absence. C'est le cas de la gestion des services publics d'eau par contrat dans les pays en développement où les contrats sont renégociés très souvent. Ainsi que l'exprime Sophie Trémolet et Diane Binder : « *Dans la compétition de départ entre firmes et entre modèles, les français ont longtemps questionné l'idée d'un régulateur fort. [...] Les expériences ont montré que cette analyse avait sa part de vérité. [...]* »

⁷⁵¹ Selon l'expression employée par Stéphane RIALS, in *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Paris, 1980, p. 24.

L'absence d'un tiers acteur – le régulateur – peut laisser la puissance publique locale et la firme dans un face-à-face stérile. Le contrat ne suffit pas à tout⁷⁵² ».

On distinguera d'un côté l'utilisateur et de l'autre, l'ensemble des institutions de contrôle et principalement les juridictions administratives et financières ainsi que le préfet, dans sa fonction de contrôle budgétaire et des actes des collectivités territoriales. Nous nous intéresserons donc au rôle de l'utilisateur dans un premier temps puis au rôle des autres tiers au contrat que sont les instances locales et centrale de régulation : juges, arbitres, conciliateurs et régulateurs.

La question des tiers régulateurs du contrat est celle de la distance adéquate par rapport au contrat et à la gestion du service. Une trop grande proximité, de trop nombreuses interférences et c'est l'équilibre du contrat et la responsabilité des parties qui seront remis en cause avec des conséquences comme l'augmentation des risques techniques associés au service et l'augmentation du prix. Une trop grande distance et c'est le report de la responsabilité des coûts et des risques sur l'utilisateur. La régulation doit permettre aux deux parties d'être gagnantes à terme, selon un principe d'équité. Déléguer c'est avant tout confier un service public, l'objectif doit donc être de renforcer les bases de la confiance.

⁷⁵² TREMOLET Sophie, BINDER Diane, « La régulation des services d'eau dans les pays en développement », *Note de recherche, Agence française de développement (AFD)*, 19 avril 2010.

6.1. LE RENFORCEMENT DU ROLE DE L'USAGER

L'utilisateur du service public est un tiers au contrat entre la collectivité publique et le délégataire. Cependant ce n'est pas un tiers au service public, puisqu'il en est partie prenante, étant en position réglementaire sur certains aspects du service.

Son positionnement nécessite d'être redéfini. En effet, les conséquences financières de la gestion du service sont supportées en très grande partie par l'utilisateur alors que son rôle apparaît très limité dans la régulation du service. Il est notamment en droit de savoir si le prix payé permet de sécuriser le service et de le rendre véritablement pérenne.

6.1.1. UNE MOINDRE CENTRALISATION DE LA REGULATION DE L'EAU QUE DANS LES AUTRES SERVICES DE RESEAUX

On examinera la question de savoir si le statut juridique de l'utilisateur lui confère un rôle dans la régulation des contrats de DSP, s'il dispose des éléments nécessaires à l'exercice de telles prérogatives et comment il s'implique ou non dans une régulation. Il faudra d'abord définir la notion d'utilisateur ainsi que la réalité qu'elle recouvre, puis examiner la question de l'information des usagers, puis de leur participation et enfin de leurs recours éventuels contre les décisions qui les concernent.

6.1.1.1. DEFINITION ET DROITS DE L'USAGER

Il faut distinguer les usagers de l'eau en général et les usagers du service public de l'eau potable et de l'assainissement.

Les catégories d'utilisateurs et leur implication

La catégorie des usagers de l'eau est une catégorie très étendue, puisqu'elle regroupe toute la population. On peut distinguer au moins quatre groupes distincts : les agriculteurs, les pêcheurs, les usagers de l'eau potable, les professionnels usagers de l'eau (tourisme, nautisme, etc.). On peut y ajouter les professionnels du secteur de l'eau domestique : entreprises et collectivités en charge du service public de l'eau et de l'assainissement. Les problématiques associées à cette catégorie très générale sont les conflits d'usage de l'eau et la participation de ces usagers à la

gouvernance de la ressource en eau, dans l'optique de parvenir à une gestion équilibrée de la ressource, et en faisant prévaloir la responsabilité de chacun des acteurs, selon les modalités définies par les lois sur l'eau de 1992 et de 2006. Il s'agit de résoudre les questions importantes du partage de la ressource et de la préservation de la ressource dans un bon état écologique. Ces groupes sont en concurrence et parfois en conflit sur les usages de l'eau. Ainsi, sur la question d'un canal qui prélève une partie de l'eau de rivière, les agriculteurs vont faire valoir le point de vue de l'irrigation, les pêcheurs, les professionnels du tourisme et du nautisme vont insister sur le débit qui est laissé à la rivière. La question de la pollution intéressera davantage les usagers de l'eau potable, les professionnels du tourisme et les professionnels des services d'eau potable.

Outre l'hétérogénéité de ceux que l'on peut appeler les usagers, et les conflits des usages de l'eau, l'implication des usagers ne va pas de soi. Une étude menée en 2003 indique que si l'urgence à intervenir sur les questions de qualité de l'eau est ressentie par la majorité des habitants, le désir d'implication des personnes n'est pas si grand : « *seule une personne sur quatre aimerait être impliquée dans les discussions et débats sur la gestion présente et future de la ressource*⁷⁵³ ». La faible implication des usagers en général est en partie due à une faible information sur le fonctionnement des systèmes de gestion de l'eau. L'étude conclut que « *le public au sens large est manifestement mal informé sur les sujets relatifs à l'eau et sur leurs enjeux globaux*⁷⁵⁴ ». L'étude établit la nécessité d'informer le public, par le biais des explications des experts, cette information est indispensable à une implication véritable des citoyens et préconise d'associer les usagers dès la phase préparatoire des projets. On peut constater une amélioration de l'information sur l'eau depuis le début des années 2000, au regard des actions entreprises par les associations, les médias, les collectivités et les opérateurs. La question de l'implication reste encore d'actualité.

⁷⁵³ LOUBIER Sébastien, RINAUDO Jean-Daniel, GARIN Patrice et BOUTET Annabelle, "Preparing Public Participation at the Catchment Level : Comparison of Three Methodologies Applied to the Hérault River Basin", BRGM et CEMAGREF, 2003. Série EGS, Economie et Gestion des Services, Vol. 10, n°4, p. 747-774 (2009).

⁷⁵⁴ Ibidem, p. 11.

Les usagers du service public de l'eau : définition et droit des usages

La définition juridique de l'usager

L'usager d'un service public, à la différence de l'usager au sens large, a un sens juridique précis, avec des droits et des devoirs attachés à ce statut. On doit constater d'abord qu'« aucune définition juridique de l'usager n'est imposée a priori par le droit positif »⁷⁵⁵. Pour autant, il ressort de la doctrine et de la jurisprudence que c'est la mise en relation qui définit l'usager. Dans le domaine de l'eau potable et de l'assainissement, c'est l'abonné qui est usager. Il y a lieu de distinguer deux catégories : l'usager du service public (et les catégories proches) et les participants non usagers du service public⁷⁵⁶.

La première catégorie a été définie par la doctrine comme le bénéficiaire du service public ou la personne qui « reçoit une service rendu par l'administration, lequel consiste en une prestation, ou au moins une faculté matérielle »⁷⁵⁷. Cette définition intègre l'usager tel qu'il est lié juridiquement au service public par un contrat ou un acte unilatéral, l'usager « candidat », non encore lié juridiquement mais candidat à ce service, qui possède le droit par exemple de former un recours pour excès de pouvoir contre une décision qui s'oppose à sa demande et enfin la catégorie des usagers « potentiels », qui découle de la définition du service public comme ouvert à tous. Cet usager potentiel a le droit de demander à bénéficier d'une prestation accordée à certains usagers⁷⁵⁸.

Dans la deuxième catégorie, on trouve les simples « administrés », qui sont en relation avec l'administration mais ne bénéficient pas d'un service matériel particulier, ou les « bénéficiaires » du service public, mais de façon anonyme, comme les bénéficiaires du service public de la police ou du service public pénitentiaire. Cette deuxième catégorie ne renvoie donc pas à la notion d'usager du service public.

⁷⁵⁵ RICHER Laurent, « L'usager intermédiaire », *CJEG* (cahiers juridiques de l'électricité et du gaz), n°526, novembre 1996.

⁷⁵⁶ TRAORE Seydou, *L'usager du service public*, LGDJ, 2012, p. 35.

⁷⁵⁷ TRUCHET Didier, « Le point de vue d'un juriste : personnes, administrés, usagers, clients ? » in *Administration : droit et attente des citoyens*, La documentation française, 1998, p. 29.

⁷⁵⁸ C'est le cas des usagers qui demande à pouvoir être inscrits à une école de musique municipale en raison de leur lien suffisant avec la commune (travail des parents ou scolarisation de l'enfant) : CE, 13 mai 1994, *Commune de Dreux*, n°116549

Au sein des bénéficiaires du service public, il convient de faire la distinction entre l'utilisateur et les autres catégories d'utilisateurs d'un service : client ou consommateur. L'utilisateur, en effet, doit être distingué du client ou du consommateur, en raison des droits spécifiques qu'il détient et de la position dans laquelle il est par rapport au service. L'utilisateur bénéficie des droits associés au consommateurs-client, comme le droit à la qualité, l'application du droit de la consommation. La jurisprudence a d'ailleurs étendu aux usagers des services publics la protection établie pour le consommateur. Ainsi les clauses abusives, celles « *qui ont pour effet ou pour objet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat*⁷⁵⁹ » peuvent être annulées en vertu du code de la consommation⁷⁶⁰.

L'utilisateur du service public bénéficie en plus de son statut de consommateur, d'une protection particulière, liée à sa position à la fois contractuelle et statutaire dans le service public comme par exemple le droit à la continuité du service. Il est également dans une position contractuelle mais aussi statutaire par rapport aux tarifs fixés par le service public et non négociés par l'utilisateur.

Les droits de l'utilisateur de l'eau

Il faut tout d'abord remettre la question de l'utilisateur dans le contexte du mouvement général du passage d'un statut de droit public à un statut de droit privé que l'on observe dans les services publics et qui se traduit par la transformation d'un certain nombre de services publics administratifs (SPA) en services publics industriels et commerciaux (SPIC). Cela été le cas de La poste en 1990, des pompes funèbres en 1996, dans un mouvement qui a pu être qualifié de « *banalisation du droit des personnes publiques*⁷⁶¹ ». La question est de savoir si le statut juridique de l'utilisateur lui confère une place dans le contrôle des contrats d'une part et si le statut juridique de droit public ou de droit privé, dans lequel il est placé, emporte des conséquences sur la place de l'utilisateur sur les déterminants du contrat et notamment son contrôle.

⁷⁵⁹ Article 132 alinéa 1^{er} du code de la consommation.

⁷⁶⁰ CE, 11 juillet 2001, *Société des eaux du nord*, n°221548.

⁷⁶¹ AUBY Jean-Bernard, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz 1992.

La relation entre l'utilisateur et le gestionnaire du service public est avant tout une relation de droit privé⁷⁶², proche de la relation commerciale avec le client, même si le contrat comporte des clauses exorbitantes du droit commun⁷⁶³, et quel que soit le client, qu'il soit une personne privée, un simple abonné ou une collectivité publique⁷⁶⁴. Ce n'est pas le cas de l'utilisateur intermédiaire, comme une collectivité qui achèterait de l'eau en gros pour son propre service de distribution par exemple, qui semble relever du droit public puisque le Conseil d'Etat s'est considéré compétent pour connaître du litige concernant la résiliation d'un contrat⁷⁶⁵.

L'utilisateur du SPIC est dans une position statutaire vis-à-vis du service puisque le service est régi par des dispositions législatives et contractuelles, le contrat avec la collectivité responsable du service dans le cas d'une DSP, qui fixe des clauses réglementaires, comme celles relatives à l'organisation du service (les horaires d'ouverture des services par exemple).

On peut ainsi parler d'une situation mixte de droit privé et de droit public et d'une « *relation de droit privé à contenu légal et réglementaire* »⁷⁶⁶. Dans la mesure où l'utilisateur n'est pas seulement un client mais aussi un usager du service public, il a un rôle dans la définition du cadre général dans lequel s'inscrit le contrat de DSP. Il est au centre du cahier des charges dans la mesure où le service public constitue un droit pour l'utilisateur, qui emporte des caractéristiques du service, définies au niveau européen dans la notion de « service universel » : l'accès de chacun, la couverture de la totalité du territoire, la spécification d'un niveau de qualité et la fixation d'un prix abordable⁷⁶⁷. En droit national, les « lois » de Rolland imposent l'égalité, la continuité, et la mutabilité. Le contrat de DSP devra donc se conformer à ces principes qui pour les deux premiers, ont une valeur constitutionnelle⁷⁶⁸.

⁷⁶² CE, 13 octobre 1961, *Etablissement Compagnon-Rey*, n°44689.

⁷⁶³ CE, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand c/ commune de Miquelon*, n°1780.

⁷⁶⁴ Cour de Cassation, Chambre civile 1, 24 mars 1998, *Esys Montenay c/ Centre hospitalier de Libourne*.

⁷⁶⁵ CE, 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelfen*, n°184722.

⁷⁶⁶ Note F. Cassin, AJDA, 2005, p. 412.

⁷⁶⁷ Cf. TRAORE Seydou, *L'utilisateur du service public*, LGDJ, 2012. Conseil de la concurrence, avis n°05-A-08 du 31 mars 2005.

⁷⁶⁸ Les juridictions administratives ont reconnu la valeur constitutionnelle du principe d'égalité devant le service public (CE, 9 mars 1951, *Concerts du conservatoire*) et du principe de continuité (CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*). Le Conseil constitutionnel, pour sa part, a attribué une valeur constitutionnelle au principe d'égalité (CC, n°73-51, du 27 décembre 1973) et au principe de continuité (CC, n°79-105 du 29 juillet 1979).

L'existence d'un service public se justifie par les bénéfices qu'en tirent les usagers, notamment en termes de continuité. L'obligation de continuité du service faite par la collectivité au gestionnaire du service découle de cela. Même s'il arrive que la mise en œuvre de ce principe soit contrariée par les conflits qui peuvent exister entre collectivité et gestionnaires. Le juge est garant du respect de ces principes et la liberté d'organisation du service, qui est reconnue à la collectivité, trouve sa limite dans la finalité du service public⁷⁶⁹. C'est cette préoccupation de finalité du service public qui impose la mise en place d'un service minimum dans les services publics. L'exigence du service public, qui se confond parfois avec l'intérêt général, commande de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir le fonctionnement normal des services publics. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de prendre position sur ce point, mettant par exemple la question de la compétence de l'autorité administrative après celle de la continuité du service⁷⁷⁰. Par ce biais, il est reconnu à l'utilisateur des droits qui ne sont pas reconnus au client.

Autre droit de l'utilisateur qui découle de son statut, le droit à la mutabilité des services publics, auquel se rattache par exemple la mise en place d'une démarche qualité pour répondre aux attentes du public. Cette qualité s'entend techniquement d'abord. L'utilisateur est en droit de disposer des technologies modernes pour la production et la distribution de l'eau potable. On peut citer, à titre d'exemple, le cas d'un service public d'eau qui a très longtemps utilisé la technologie du dessalement par thermo-compression, onéreux et polluant, au lieu d'utiliser la technologie de l'osmose inverse, qui avait pourtant été mise au point près de trente ans auparavant et était utilisée très largement⁷⁷¹.

La démarche de qualité des services publics s'entend aussi sur le plan du respect des valeurs et du respect des droits fondamentaux de la personne⁷⁷². Une partie des démarches d'information sur la qualité du service rendu en matière d'eau pourrait être rattachée à ce principe : mieux associer, mieux informer, mieux accueillir l'utilisateur dans les services d'eau sont des préoccupations croissantes des services

⁷⁶⁹ CE, 25 juin 1969, *Sieur Vincent*, n°69449.

⁷⁷⁰ Cf. CE, 5 mars 1948, *Marion*, n°86937 et CE, 8 novembre 2002, *Société Tiscali Télécom*, n°250813.

⁷⁷¹ CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, *Rapport d'observations définitives*, Etablissement des eaux et de l'assainissement de Saint-Martin– EEASM. Exercices 2006 et suivants. Décembre 2012.

⁷⁷² VOISSET Michèle, La reconnaissance, en France, au droit des citoyens à la qualité dans les services publics, *RFDA* 1999, p. 743.

des eaux et de l'assainissement, la dématérialisation des procédures, des démarches de demande de branchement ou de paiement.

On remarquera que tout comme les services de l'eau, les catégories d'utilisateurs sont dispersées dans autant de services : il y a autant de catégories d'utilisateurs que de services d'eau et d'assainissement, car chacun est utilisateur d'un service particulier et non utilisateur globalement du service de l'eau. Cette situation met naturellement l'utilisateur en position de faiblesse par rapport au gestionnaire du service. La situation se présente différemment au Royaume-Uni par exemple, où chaque catégorie d'utilisateur représente en moyenne un dixième de la population totale.

6.1.1.2. L'INFORMATION DES USAGERS

Deux types principaux d'informations sont disponibles pour le public : les informations environnementales et les informations sur la gestion des services publics d'eau.

Le droit à l'information environnementale est consacré par plusieurs textes de portée diverse. La Charte de l'environnement de 2004, intégrée au bloc de constitutionnalité, énonce le principe général dans son article 7 selon lequel « *Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ». La loi du 3 août 2009⁷⁷³ dite « Grenelle 1 », dispose dans son article 30 que « *Les résultats des réseaux de surveillance des milieux aquatiques seront mis à disposition des partenaires concernés et du public dans un délai d'un an après la réalisation de la campagne de mesure* ». L'article 52 dispose que « *L'Etat développera la production, la collecte et la mise à jour d'informations sur l'environnement et les organisera de façon à en garantir l'accès. Il mobilisera ses services et ses établissements publics pour créer un portail aidant l'internaute à accéder aux informations environnementales détenues par les autorités publiques ou à participer, le cas échéant, à l'élaboration de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ». En outre la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée le 25 juin 1998 par la France, a pour

⁷⁷³ Loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

objectif de favoriser l'accès aux informations environnementales et la participation du public aux décisions prises en matière d'environnement. Elle a reçu une traduction en droit communautaire avec la directive 2003/4/CE qui prévoit la communication de droit commun de toute information environnementale dont dispose une collectivité publique. En pratique l'information environnementale devient de plus en plus facilement disponible avec la mise en place de nombreux sites internet d'information sur les données relatives à la qualité des eaux.

Une information large est également disponible sur les services d'eau et d'assainissement. On peut mentionner le site Internet <http://www.eaufrance.fr>, qui est un observatoire des services d'eau et d'assainissement et qui fournit beaucoup de données tant sur la qualité des eaux que sur les services d'eau et d'assainissement. Il met à disposition par exemple 18 indicateurs des services d'eau potables portant aussi bien sur la conformité biologique, le rendement des réseaux, le taux de renouvellement, le taux d'impayés, le taux de réclamation, autant d'informations qui permettent de situer la gestion du réseau dont chacun est usager.

Si l'information globale est maintenant largement répandue et accessible, l'information sur la gestion du service local est organisée différemment. L'outil essentiel de cette information est le rapport sur le prix et la qualité du service (RPQS) prévu par l'article L. 2224-5 du CGCT, qui dispose que *« Le maire présente au conseil municipal ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale présente à son assemblée délibérante un rapport annuel sur le prix et la qualité du service public d'eau potable destiné notamment à l'information des usagers. / Ce rapport est présenté au plus tard dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice concerné. / Le maire y joint la note établie chaque année par l'agence de l'eau ou l'office de l'eau sur les redevances figurant sur la facture d'eau des abonnés et sur la réalisation de son programme pluriannuel d'intervention. / Le rapport et l'avis du conseil municipal ou de l'assemblée délibérante sont mis à la disposition du public dans les conditions prévues à l'article L. 1411-13. / Un décret fixe les indicateurs techniques et financiers figurant obligatoirement dans le rapport prévu ci-dessus ainsi que, s'il y a lieu, les autres conditions d'application du présent article. / Les services d'assainissement municipaux, ainsi que les services municipaux de collecte, d'évacuation ou de traitement des ordures ménagères sont soumis aux dispositions du présent article. »* Cependant, pour que l'information soit disponible pour l'utilisateur, il faut qu'elle soit

disponible pour la collectivité délégante et celle-ci se base en grande partie en effet sur le rapport annuel du délégataire pour établir son propre RPQS.

Les dispositions législatives précitées, issues initialement de la loi du 2 février 1995 et modifiées par la loi du 12 juillet 2010⁷⁷⁴ ont été complétées par un décret et un arrêté du 2 mai 2007⁷⁷⁵ et une circulaire du 28 avril 2008 qui prennent en compte les orientations de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques de 2006. Le décret et l'arrêté de 2007 normalisent les RPQS à compter du 1^{er} janvier 2008 et y intègrent des indicateurs de performance, dont la Cour des comptes avait souligné le manque dans son rapport de 2003, et l'évaluation de l'inscription des services dans une stratégie de développement durable.

Il semble que dans la pratique, la plupart des collectivités en charge de ces services se conforment aux obligations réglementaires. Il manque certainement des informations qualitatives et notamment les taux de satisfaction, les délais de traitement des réclamations par exemple, de même que les actions entreprises pour le développement de l'accessibilité des plus démunis (participations versés au fonds social logement, etc.)⁷⁷⁶.

Enfin, les usagers de l'eau reçoivent la communication du règlement de service qui fixe les conditions dans lesquelles le service est rendu, en matière de branchement, de compteurs, de tarification, de réclamation et les obligations du prestataire et de l'abonné. C'est un acte réglementaire pris par délibération de l'organe délibérant de la collectivité compétente, régi par les dispositions de l'article L. 2224-12 du CGCT issues de la loi sur l'eau de 2006. Ce règlement de service est désormais rendu obligatoire pour les services d'eau, d'assainissement collectif et non collectif.

Le juge judiciaire est attentif à l'information de l'utilisateur, notamment sur les conditions de détermination du prix de la prestation. Ainsi, en l'absence d'information suffisante de l'utilisateur, le gestionnaire du service des eaux ne pourra lui opposer un calcul d'un tarif d'eau basé sur des éléments non communiqués, comme une indexation par exemple⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010.

⁷⁷⁵ Décret 2007-675 du 2 mai 2007.

⁷⁷⁶ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Régie communautaire de l'eau et de l'assainissement – Odyssi – Exercices 2007 et suivants. Mars 2015

⁷⁷⁷ Cour de cassation, Chambre civile 1, 20 novembre 2001, 99-13731.

La question de l'individualisation de la consommation a un impact sur l'information de l'utilisateur même si elle est une question en elle-même car elle pose la question de l'équité des consommateurs d'eau⁷⁷⁸. Dans son rapport de 2003, la Cour des comptes notait l'information particulièrement limitée à laquelle ont accès les habitants des immeubles collectifs, la facture d'eau étant communiquée au gestionnaire de la copropriété, le syndic, qui refacture à l'utilisateur sans lui indiquer des informations détaillées. « *Les collectivités qui ont rendu obligatoire l'équipement de tous les immeubles en compteurs d'eau individuels sont minoritaires* », notait alors la Cour. La loi du 13 décembre 2000 a posé le principe de l'individualisation des compteurs d'eau. Le décret d'application du 28 avril 2003 précise les modalités d'installation des compteurs individuels. La personne chargée du service public a la responsabilité d'adapter le service à l'individualisation des compteurs, mais l'initiative revient au propriétaire de l'immeuble par l'intermédiaire de l'assemblée des copropriétaires et du syndic.

6.1.1.3. LA PARTICIPATION ACTIVE DES USAGERS

Le principe de la participation de l'utilisateur aux questions environnementales

L'association des usagers à la gouvernance générale de l'eau s'inscrit dans la volonté affichée d'un changement du mode de régulation visant à remplacer le mode de régulation vertical ou unilatéral par un mode de régulation plus horizontal, permettant de faire remonter les enjeux et les préoccupations des usagers et de les associer à la gestion de la ressource. La convention d'Aarhus impose aux signataires d'organiser la participation du public à l'élaboration des politiques qui ont un impact sur l'environnement. Comme l'indique le professeur Jean-Pierre Le Bourhis : « *Il s'agit en particulier d'intéresser à la définition de la politique les acteurs devant intervenir dans la mise en œuvre de celle-ci, soit par une*

⁷⁷⁸ MARESCA Bruno, POQUET Guy, Les services distribués en réseau Faut-il généraliser les compteurs individuels dans la distribution de l'eau ? CREDOC, *cahier de recherche* n° 212, novembre 2005. P.6. Les coûts fixes étant les plus importants, la tarification individuelle à la consommation est défavorable aux ménages les plus modestes, défavorable aux familles relativement nombreuses : pourquoi faire payer la même chose à la famille qui consomme de l'eau pour ses besoins essentiels et à une personne qui utilise son eau pour laver sa voiture ? Pourquoi ne pas mettre en place une tarification au forfait en fonction de la composition du ménage avec un dépassement lié à la surconsommation qui serait facturée à part. Ce sont de questions sur lesquelles on reviendra. On retiendra l'exemple canadien développé p. 56 et suiv.

*modification de leurs pratiques (agriculteurs, industriels, ou simples individus), soit par une contribution à l'action publique (riverains propriétaires de cours d'eau), soit enfin en assurant une forme de contrôle social sur la bonne application des décisions collectives*⁷⁷⁹ ». L'Union européenne a concrétisé le principe de la participation des citoyens, avec l'adoption de la Directive cadre européenne sur l'eau 2000/60/EC qui impose que les parties intéressées soient « *activement impliquées dans la préparation des plans de gestion des bassins hydrographiques* »⁷⁸⁰.

Ces dispositions se manifestent en France par le fait que les comités de bassin, instance schématiquement qualifiée de « parlement local de l'eau » au niveau des grands bassins hydrographiques, comprennent 40 % de représentants des usagers. En fait, le collège comprend les représentants des usagers et des personnalités qualifiées (experts). Au niveau des affluents ou sous-bassins, une Commission Locale de l'Eau, peut être mise en place. Dans ce cas, elle est composée pour moitié de représentants des collectivités territoriales, pour un quart des représentants des usagers, et pour un quart des représentants de l'Etat. Son rôle consiste à élaborer un Schéma d'Aménagement et de Gestion des Eaux (SAGE), qui est la déclinaison locale du SDAGE.

La charte de l'environnement de 2008 précitée a posé le principe d'information en matière d'environnement mais aussi de participation des usagers aux décisions prises. La participation du public a cependant été jugée insatisfaisante, notamment par le Conseil constitutionnel qui, dans plusieurs décisions, a censuré le législateur. Il l'a fait pour l'absence de procédure de participation du public dans l'élaboration des projets de décrets de nomenclature des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE)⁷⁸¹ ainsi que des projets de prescriptions générales applicables aux installations enregistrées⁷⁸². Ces décrets de nomenclature classent les installations selon la dangerosité des polluants et soumettent ces installations à des procédures plus ou moins contraignantes allant de la simple déclaration à l'autorisation préalable avec enquête publique, ce sont bien des décisions publiques qui ont des effets sur l'environnement et entrent dans le champ d'application de la charte de l'environnement. Le Conseil constitutionnel a également censuré le

⁷⁷⁹ LE BOURHIS Jean-Pierre, La publicisation des eaux. Rationalité et politique dans la gestion de l'eau en France (1964-2003) - Thèse. Université de Paris I - Panthéon Sorbonne, 2004, p. 113.

⁷⁸⁰ Article 14 de la directive.

⁷⁸¹ Les ICPE sont définies à l'article L. 511-1 du code de l'environnement. Il y en a environ 600 000, constitués de dépôts, ateliers, usines, élevages d'animaux, etc. Les STEP sont des ICPE. En fonction de la dangerosité des polluants, les STEP sont soumises à déclaration ou à autorisation.

⁷⁸² CC, Décision n°2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011.

législateur pour l'absence de participation du public pour les décisions ministérielles fixant les règles et les prescriptions techniques applicables aux installations classées soumises à autorisation⁷⁸³. Autre décision publique ayant une incidence sur l'environnement, la détermination des conditions dans lesquelles l'autorité administrative peut délimiter des zones où il est nécessaire d'assurer la protection quantitative et qualitative des aires d'alimentation des captages d'eau potable d'une importance particulière pour l'approvisionnement. Ces décisions doivent être prises avec la participation du public⁷⁸⁴.

Afin de répondre aux critiques formulées, le gouvernement avait pris l'ordonnance du 5 août 2013, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2013, qui vise à la généralisation des procédures de participation du public prévues à l'article L. 120-1 du code de l'environnement. Le nouvel article L. 120-1 ne concerne pas la participation du public dans les procédures qui prévoient déjà cette participation, comme les enquêtes publiques par exemple. Il étend la participation aux décisions des collectivités locales, qui concernent notamment la gestion des eaux, et définit les modalités de la participation en fonction de la taille de la collectivité concernée. Les dispositions les plus contraignantes concernent les collectivités de plus de 10 000 habitants pour les communes et plus de 30 000 pour les groupements de collectivités. Celles-ci doivent mettre à disposition du public le projet de décision avec une note de présentation par voie électronique. Les observations du public sont consignées de façon électronique pendant un délai de 21 jours minimum, une synthèse, également accessible par voie électronique, doit être réalisée et la décision ne peut intervenir moins de 4 jours après la fin de la consultation.

Les critiques formulées à l'encontre de ces dispositions concernent l'exclusion de certaines décisions comme celles qui ont sur l'environnement « *un effet indirect ou non significatif* »⁷⁸⁵. L'interprétation donnée à ces termes, extensive ou limitative, aura un effet sur la réalité de la marge de consultation du public. En outre, aucune sanction définie n'est prévue en cas de non mise en œuvre de la procédure de consultation. En tout état de cause, les procédures concernent la consultation du public et non sa réelle participation au processus de décision.

⁷⁸³ CC, Décision n°2012-262 QPC du 13 juillet 2012.

⁷⁸⁴ CC, Décision n°2012-270 QPC du 27 juillet 2012.

⁷⁸⁵ Article L. 120-1-1 du code de l'environnement.

Pour les « acteurs de l'eau », également qualifiés de « porteurs d'enjeux » l'étude menée par le BRGM et le CEMAGREF en 2003⁷⁸⁶ montre que le degré de connaissance des hydrosystèmes peut être différent. *« L'analyse des points de vue a d'abord permis de mettre en évidence l'existence de lacunes de connaissance sur le fonctionnement des hydrosystèmes (Garin et Rinaudo, 2002). Seuls les acteurs du monde agricole et des services de l'Etat semblent avoir une « bonne » vision globale du fonctionnement de l'hydrosystème. Les acteurs du secteur de l'eau domestique (techniciens et élus locaux responsables du service d'AEP) ont une vision très locale des ressources (les environs immédiats de leur forage) et parfois erronée. »* Elle préconise de mettre en place en priorité une politique d'information à destination du secteur de l'eau potable. Elle montre également que les préoccupations sont assez différentes : le monde agricole étant préoccupé par les conflits d'usage et le partage de la ressource à l'étiage, le secteur de l'eau potable est préoccupé par la sécurisation de l'approvisionnement et la qualité de l'eau vendue au client, le secteur du tourisme par le débit, la pollution et les politiques d'aménagement.

S'agissant du « grand public » ou du citoyen - consommateur final de l'eau potable, la même étude indique que *« Malgré la perception de cette relative urgence [des questions environnementales], seule une personne sur 4 "aimerait être impliquée dans les discussions et débats sur la gestion présente et future de la ressource" »*. Parmi un échantillon représentatif de la population constitué de 400 personnes, seule 14 se sont présentées pour les groupes de discussion, soit 5% de l'échantillon. Cette proportion ne peut bien entendu être perçue comme la proportion des personnes intéressées par ces questions, puisque la participation aux groupes de discussion implique aussi un choix parmi des priorités quotidiennes. Parmi les personnes impliquées, l'étude montre que *« les groupes de discussion ont révélé que les simples citoyens ont une connaissance très limitée du fonctionnement de l'hydrosystème et de ses frontières. Comme l'enquête d'opinion, ils révèlent également un ensemble de méconnaissances et d'idées fausses »*⁷⁸⁷.

⁷⁸⁶ LOUBIER Sébastien, RINAUDO Jean-Daniel, GARIN Patrice et BOUTET Annabelle, "Preparing Public Participation at the Catchment Level : Comparison of Three Methodologies Applied to the Hérault River Basin", Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM) et le Centre national du machinisme agricole du génie rural, des eaux et des forêts (CEMAGREF), 2003. Série EGS, Economie et Gestion des Services, Vol. 10, n°4, p. 747-774 (2009).

⁷⁸⁷ LOUBIER Sébastien, RINAUDO Jean-Daniel, GARIN Patrice et BOUTET Annabelle, "Preparing Public Participation at the Catchment Level : Comparison of Three Methodologies Applied to the Hérault River Basin", BRGM et CEMAGREF, 2003. Série EGS, Economie et Gestion des Services, Vol. 10, n°4, p. 747-774 (2009), p. 11.

La participation des usagers à la régulation du service dans les pays en développement

La participation des usagers dans certains pays en développement prend une autre dimension que celle dans les pays où l'accès à l'eau est généralisé. Sur le plan opérationnel, des institutions comme la Banque Mondiale, encouragent la participation des usagers comme instrument de régulation du fonctionnement des services d'eau. Cette dernière met l'accent sur le rôle des populations pauvres : *« Too often, services fail poor people – in access, in quantity, quality. [...] governments and citizens can do better. How ? By putting poor people at the center of service provision: by enabling them to monitor and discipline service providers, by amplifying their voice in policy making and by strengthening the incentives for provider to serve poor people »*⁷⁸⁸.

L'analyse de la régulation par les usagers dans les pays en développement montre que certaines conditions sont nécessaires à l'efficacité de cette régulation. Parmi ces conditions, il y a la forte capacité à connaître les enjeux associés à la régulation des tarifs, et aux modalités d'organisation du service afin d'asseoir la crédibilité de ces associations d'usagers. Cela implique des actions de formation et un budget adéquat. La bonne représentativité de ces groupes d'usagers est aussi une condition à leur efficacité : les populations les plus pauvres n'y sont pas souvent représentées en raison du caractère bénévole de ces actions. Enfin, elles doivent faire preuve d'indépendance vis-à-vis des institutions qui les créent ou les soutiennent. L'ensemble de ces conditions est rarement réuni, ce qui limite l'efficacité globale de la participation, même si des résultats intéressants ont été observés⁷⁸⁹.

La participation des usagers à la gestion des services d'eau et d'assainissement

Si, sur la politique de l'eau, le principe de la participation des usagers est posé, en revanche, il n'existe pas un principe général de participation pour les services

⁷⁸⁸ Banque Mondiale (2004) : World Development Report 2004 : Making Services Work for Poor people. Banque Mondiale, Washington DC, cité par *Rapport AFD 2010*, p. 38. « Trop souvent les services ne répondent pas aux besoins des personnes pauvres – en accès, en quantité, qualité [...] les gouvernements et les citoyens peuvent faire mieux. Comment ? En mettant les personnes pauvres au centre de l'accès au service : en leur permettant de surveiller et de contrôler les fournisseurs de services, en faisant mieux entendre leur voix dans la mise en place des politiques publiques et en renforçant les incitations des fournisseurs à rendre les services aux pauvres ».

⁷⁸⁹ A l'image des « Water Watch Group » instaurés en 2002 en Zambie (*rapport AFD 2010*, p. 40).

publics. Pour autant, les usagers sont tout de même présents, à la marge, dans la gestion des services publics d'eau.

On peut distinguer plusieurs types de participation, qui vont de la consultation, simple avis sur un projet donné, à la concertation, participation à la phase d'élaboration du projet lui-même, et le partenariat qui s'inscrit dans la durée du projet. La participation au sein d'un conseil d'administration d'une régie des eaux fait partie de cette dernière modalité. Il faut également bien distinguer entre la voie de la participation, qui est de l'administration concertée et la voie de la démocratie participative, qui s'opère, par exemple, par le biais de référendum locaux. Cette deuxième voie n'est *a priori* pas utilisée dans le cadre de services publics.

Les commissions consultatives des services publics locaux (CCSPL) ont été mises en place par la loi du 6 février 1992 dans le but d'associer les usagers à la gestion des services publics. Toutes les communes de plus de 3 500 habitants ou EPCI comprenant une commune de plus de 3 500 habitants avaient cette obligation de création. La mise en place de ces commissions ne s'est cependant pas déroulée comme prévu puisque le rapport parlementaire sur le projet de loi du 27 février 2002⁷⁹⁰ indiquait que « *Cette formule n'a rencontré qu'un faible succès, puisque l'étude d'impact du projet de loi estime à quelques centaines le nombre de commissions créées* ». D'où la décision prise par la loi du 27 février 2002⁷⁹¹ d'élever le seuil de population pour les réserver aux communes de plus de 10 000 habitants et les EPCI de plus de 50 000 habitants. Les anciennes CCSPL qui ont été maintenues par les maires et les présidents d'EPCI sont alors devenues des comités consultatifs régis par les dispositions de l'article L. 2143-2 du CGCT, avec donc des prérogatives réduites par rapport aux CCSPL. La loi du 30 décembre 2006 a élargi l'association des usagers en permettant la création, facultative, de ces commissions pour les EPCI dont la population est comprise entre 20 000 et 50 000 habitants.

Certains parlementaires regrettent les restrictions, apportées par la loi de 2002, au rôle des CCSPL⁷⁹², pointant du doigt la mauvaise volonté de nombreux élus pour

⁷⁹⁰ Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n°3089, relatif à la démocratie de proximité, par M. Bernard Derosier, Député.

⁷⁹¹ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

⁷⁹² Question écrite n° 11153 de M. Guy Fischer (Rhône - CRC) publiée dans le JO Sénat du 03/12/2009 - page 2788.

créer ces CCSPL et l'exclusion des habitants des communes de moins de 10 000 habitants de ces instances de concertation. Ces commissions doivent obligatoirement comprendre des représentants des associations locales, désignés par l'assemblée délibérante⁷⁹³. Pour sa part, à la suite de la reprise en régie de la gestion de l'eau en 2009, la ville de Paris a décidé de réformer en 2012 le conseil d'administration de la régie des eaux, et a décidé d'attribuer voix délibérative aux représentants des associations et de l'observatoire parisien de l'eau (OPE). Aux 12 membres à voix délibérative (10 conseillers de Paris et 2 représentants du personnel) se sont ajoutées 2 voix pour les représentants des associations et 1 voix pour l'OPE⁷⁹⁴.

6.1.1.4. L'ACTION JURIDICTIONNELLE DES USAGERS

Le contentieux judiciaire pour les clauses contractuelles

Les usagers ont la possibilité de contester les clauses contenues dans leur contrat de fourniture d'eau. En leur qualité de consommateurs ils peuvent, par le biais des associations agréées, solliciter la commission des clauses abusives, placée auprès du ministre chargé de la consommation et régie par les articles L. 534-1 et suivant du code de commerce. Cette commission peut être sollicitée par le juge chargé d'un litige en matière de contrat entre un consommateur et un professionnel et émet des avis à destination de ces juridictions. La contestation est portée directement par l'utilisateur devant la juridiction civile compétente.

Les recours de ce type sont peu nombreux et limités dans leur portée, comme l'avait souligné le rapport de 2009 rédigé dans le cadre de la formation des élèves de l'ENA (promotion « Willy Brandt ») : *« Il faut souligner également l'inefficacité des voies de recours collectives ouvertes aux consommateurs sur le terrain judiciaire par le code de la consommation : l'action dans l'intérêt collectif des consommateurs, l'action en cessation d'agissements illicites et en suppression de clauses illicites ou abusives, l'action en intervention volontaire devant les juridictions civiles et l'action en représentation conjointe. Les trois premières ne permettent que la réparation d'un préjudice collectif et sont donc inadaptées pour réparer les préjudices individuels. La quatrième, qui permet aux particuliers de*

⁷⁹³ Article L. 1413-1 du CGCT.

⁷⁹⁴ CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES ILE DE FRANCE, *Rapport d'observations définitives*, Régie Eau de Paris – exercice 2009 et suivants. Juin 2014

*demander à une association agréée d'agir en leur nom par mandat ne fonctionne pas en pratique du fait de la lourdeur administrative qu'implique la gestion des mandats individuels et des règles très restrictives visant la publicité de l'appel aux victimes. Le rôle des associations de consommateurs s'en trouve d'autant réduit*⁷⁹⁵».

Prenant acte de ces insuffisances, les gouvernements successifs ont ouvert la voie à des procédures de recours de masse. La loi n°2014-344 du 17 mars 2014⁷⁹⁶ a renforcé la position du consommateur et a créé un mécanisme de « *class action* » original. La loi concerne les distributeurs d'eau et interdit la facturation de prestations non expressément commandées ou de frais non prévus au contrat. Elle interdit les clauses de limitation de la responsabilité des professionnels envers les consommateurs. Les frais liés au rejet de paiement des clients en situation de précarité sont aussi interdits. Elle permet le recours au procédé de « client mystère » pour déceler les infractions commises. Elle permet l'action de groupe, qu'elle réserve cependant à certaines associations agréées et dont elle limite les effets aux préjudices patrimoniaux (matériels). Les contentieux ont cependant été peu nombreux depuis l'entrée en vigueur de cette loi puisqu'au 20 décembre 2016, on rapportait seulement **neuf actions** et aucune dans le domaine des services publics d'eau et d'assainissement : trois dans le domaine de l'immobilier, trois dans le domaine financier, une dans le domaine des communications électroniques, une dans le domaine de l'exploitation de camping et une dans le domaine économique⁷⁹⁷.

Le contentieux administratif visant à l'annulation les clauses réglementaires et des actes détachables est complexe

Le premier type de contentieux dont peut se prévaloir l'utilisateur est le contentieux classique de la légalité, soit contre les clauses réglementaires du contrat, soit contre les actes détachables du contrat. La justice administrative a reconnu assez tôt le droit des usagers à contester, de par leur simple qualité d'utilisateur, les décisions qui refusent de faire fonctionner le service public selon les textes applicables, c'est-à-

⁷⁹⁵ ENA, Promotion 2007-2009 « Willy BRANDT » La délégation de service public : un modèle à repenser ? Février 2009.

⁷⁹⁶ Dite « loi Hamon » ou « loi consommation ».

⁷⁹⁷ Cf. <http://www.inc-conso.fr/>

dire le recours pour excès de pouvoir, en vue de la protection des droits subjectifs des usagers⁷⁹⁸.

Dans les contrats de DSP, certaines clauses sont dites « contractuelles », comme la durée de la DSP, ou les avantages financiers du délégataire, d'autres sont dites « réglementaires ». L'identification des clauses réglementaires dans un contrat doit s'appuyer sur le principe défini par le commissaire du gouvernement Odent⁷⁹⁹ : presque toutes les clauses qui organisent les rapports entre le gestionnaire du service et les usagers. Ce qui reste contractuel seraient les clauses d'exclusivité, des clauses relatives aux moyens matériels et humains affectés au service, les clauses relatives aux travaux, les clauses financières à l'exception des tarifs, de leurs conditions de révision et d'actualisation, les clauses de contrôle, les clauses de garantie et de sanctions et les clauses de fin de contrat. On citera l'exemple de l'organisation du service de propreté, qui prévoit le dépôt des déchets dans des sacs plastiques, l'acquisition par les collectivités et les services collectifs de conteneurs adéquats, etc. En fait une clause réglementaire se réfère à l'organisation du service. Le prix et ses conditions de révision sont des clauses réglementaires. La contestation des clauses réglementaires d'un contrat par des tiers au contrat est possible depuis la jurisprudence du Conseil d'Etat *Cayzele*⁸⁰⁰.

Cependant la recevabilité à contester les clauses réglementaires des contrats dépend d'une autre condition : le caractère divisible de ces clauses par rapport au reste du contrat, les clauses divisibles étant les clauses qui ne portent pas sur une condition essentielle du contrat, qui, si elles étaient annulées, priveraient le contrat de son objet ou en bouleverseraient l'équilibre. Or la nature de ce caractère divisible ou non a fait l'objet d'interprétations diverses, selon que l'on considère que toutes les clauses réglementaires d'un contrat sont, par nature, divisible ou non. Ainsi certaines juridictions ont jugé que les clauses réglementaires étaient divisibles du reste du contrat par nature⁸⁰¹, d'autres ont considéré que la recevabilité des tiers dépendait également de la nature divisible de la clause, en elle-même, indépendamment de son caractère réglementaire⁸⁰². Finalement le point non tranché

⁷⁹⁸ CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey – Tivoli*, n°19167.

⁷⁹⁹ Conclusions sous CE, 5 mars 1943, *CGE*, cité par RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2010, p. 228.

⁸⁰⁰ CE, 10 juillet 1996, *Cayzele*, n°138586.

⁸⁰¹ TA Marseille, le 10 Octobre 2006, *Union fédérale des consommateurs*.

⁸⁰² CAA Marseille, 18 décembre 2006, *Cie. Méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, n°02MA01595.

par l'arrêt *Cayzele* a été tranché par l'arrêt *Association Alcaly*⁸⁰³ à l'occasion d'un contentieux sur un avenant à la concession d'autoroute liant l'Etat et la société Autoroutes du Sud de la France (ASF) qui précise : « *Considérant, d'autre part, que les clauses réglementaires d'un contrat sont par nature divisibles de l'ensemble du contrat ; que doit ainsi être écartée l'exception tirée de ce que M. A et l'ASSOCIATION ALCALY seraient insusceptibles de contester devant le juge de l'excès de pouvoir les clauses réglementaires de l'avenant au motif que celles-ci seraient indivisibles du reste du contrat* ».

Un usager peut faire un recours contre le prix, dans un délai de 2 mois à compter de sa publication ou de son affichage (publication ou affichage qui n'est que très rarement effectué matériellement), en invoquant notamment le moyen de l'égalité des usagers devant les charges publiques ou en vertu du principe que les redevances doivent correspondre à un service rendu et en soient la contrepartie. Peut être également invoqué le principe que les recettes et les dépenses doivent s'équilibrer, un service ne peut payer pour un autre (service d'eau pour le service d'assainissement ou service d'eau pour le budget de la commune, etc.). Cependant, en pratique peu de recours de ce type ont prospéré.

Outre les clauses réglementaires des contrats, les actes détachables peuvent être contestés. mais cette contestation est difficile à mettre en œuvre. Par exemple, l'absence de communication de pièces administratives et comptables peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Il faut cependant que ces pièces se rattachent directement à l'activité de service des organismes. Dans ce cas les documents sont qualifiés d'administratifs et sont communicables⁸⁰⁴. Sur cet aspect, le rapport de l'ENA précité note : « *Il apparaît dès lors opportun de substituer aux deux voies de recours actuelles des usagers le recours de plein contentieux de la décision* « *Tropic travaux* ». Cette orientation participerait de la logique consistant à substituer un contrôle sur le contenu des clauses au contentieux procédural. Elle serait d'ailleurs conforme aux orientations du juge communautaire et à la spécificité croissante reconnue au contrat administratif par rapport au contrat civil compte-tenu de son impact sur des tiers – les usagers – et du principe d'égalité d'accès à la commande publique qui le guide. / Afin de concilier ce pouvoir nouveau des usagers avec l'impératif d'une meilleure sécurité juridique, il conviendrait de limiter cette voie de recours aux associations de consommateurs reconnues d'utilité

⁸⁰³ CE, 8 avril 2009, *Association Alcaly*, n°290604.

⁸⁰⁴ CE, 5 mai 2008, *Thiébeaux*, n°294645.

publique et de l'enserrer dans les mêmes limites que le recours de plein contentieux actuel, notamment s'agissant du délai de recours de deux mois. »

6.1.2. UNE MOINDRE CENTRALISATION DE LA REGULATION DE L'EAU QUE DANS LES AUTRES SERVICES DE RESEAUX

La question du prix de l'eau, de la qualité de l'eau distribuée a mis en avant la prégnance des enjeux consommateurs par rapport à d'autres enjeux comme la participation au service public par exemple. La prégnance de ces enjeux modifie la relation au service public et à sa régulation. Ainsi, le professeur Géraldine Pflieger⁸⁰⁵ a montré que, dans le domaine des télécommunications, l'importance des enjeux de consommation a poussé vers une centralisation tant de la régulation que des négociations sur les prix ou la qualité du service. Dans le domaine de l'eau, il y a, historiquement, une moins grande centralisation des négociations et de la régulation que dans les autres services de réseaux comme l'électricité ou la téléphonie. Contrairement à ces deux secteurs, où c'est l'Union fédérale des consommateurs (UFC) qui déclenche les procédures judiciaires, dans le domaine de l'eau, ce rôle revient plutôt aux unions locales des associations des consommateurs : *« Les seules procédures engagées par des unions locales de l'UFC peuvent être observées ponctuellement dans le secteur de l'eau [...] Des unions départementales de l'UFC ont engagé des procédures contre des distributeurs d'eau pour fourniture d'eau non potable, au cours des années 1980 et 1990⁸⁰⁶ ».*

On observe tout de même un mouvement vers une centralisation des réponses aux problématiques de l'eau. Les sociétés délégataires, organisées au niveau national, ont constaté que les problématiques en termes d'exigence de service étaient les mêmes dans les différentes régions et ont adapté leur réponse par une standardisation des normes entre leurs différentes filiales. Ainsi, comme l'indiquait le directeur délégué à la clientèle de la Lyonnaise des eaux en 2001, *« Comme on a une culture décentralisée, nous ne savions pas s'il n'y avait pas un avantage concurrentiel à garder une image d'entreprise très locale et donc à adapter notre offre de service à la demande locale. On a fait des études pour vérifier cette hypothèse-là, en se demandant si, s'agissant de l'eau, il y avait des demandes très*

⁸⁰⁵ PFLIEGER Géraldine, Consommateur, client, citoyen : l'utilisateur dans les nouvelles régulations des services de réseaux. Les cas de l'eau, de l'électricité et des télécommunications en France, 2003.

⁸⁰⁶ Ibidem, p. 319.

locales. Finalement non, la demande est assez homogène. Du coup on a rehomogénéisé notre démarche en faisant un seul type de standards⁸⁰⁷ ».

La création du Haut conseil pour le service de l'eau et de l'assainissement avait d'ailleurs été fortement soutenue par les associations de consommateurs qui y voyait la mise en place d'une concertation et d'une négociation à un niveau central sans avoir à passer par les collectivités territoriales, assimilées à des distributeurs d'eau.

6.1.3. L'ASPIRATION A UNE GESTION PUBLIQUE ET LOCALE DE L'EAU

L'aspiration à la gestion publique et locale de l'eau est interprétée comme la résurgence de la figure du citoyen dans l'utilisateur, mais une figure qui se manifeste principalement à l'occasion de conflits particuliers, comme cela a été le cas lors de l'affaire Carignon. Le professeur Géraldine Pflieger évoque ainsi le contexte de la création des comités de l'eau : « *Les cas de commissions d'utilisateurs actifs restent étroitement liés aux contextes locaux de gestion de l'eau. Comme à Grenoble, en Bretagne ou dans le sud de l'Ardèche (présenté en section 6.3), les commissions consultatives d'utilisateurs de l'eau ont dépassé le registre consumériste pour intégrer des réflexions plus larges sur les modalités de gestion et la protection de l'environnement. Ces exemples restent ponctuels. Ils apparaissent lorsque l'eau devient un enjeu local, source de conflits : dégradation de la qualité de la ressource, préservation de l'environnement, choix d'investissements ou transparence de gestion*⁸⁰⁸ ». Depuis le début des années 2000, la situation a évolué et l'aspiration à cette gestion publique locale s'est concrétisée dans le mouvement de retour à la régie que nous avons analysé au titre 3.

Le souhait d'une plus grande centralisation d'un côté et d'un ancrage local d'un autre côté ne sont pas forcément contradictoires. Ils visent tous deux à renforcer la transparence et la redevabilité des services d'eau. On notera tout de même que l'aspiration à une gestion publique et locale n'est pas obligatoirement synonyme de transparence et de redevabilité, comme nous l'avons démontré précédemment. L'exemple du fonctionnement des régies aux Antilles, confirmé par les observations des chambres régionales des comptes et de la Cour des comptes dans

⁸⁰⁷ Ibidem, p. 326.

⁸⁰⁸ PFLIEGER Géraldine, Consommateur, client, citoyen : l'utilisateur dans les nouvelles régulations des services de réseaux. Les cas de l'eau, de l'électricité et des télécommunications en France, 2003, p. 345.

son enquête sur les régies au niveau national, montre que, par exemple, le risque de sous-estimation des investissements nécessaires est important dans ce mode de gestion. Ce risque est aggravé quand c'est la préoccupation du consommateur qui prédomine. Il est toujours possible d'afficher un prix bas, dès lors que ce prix ne reflète pas la réalité du coût du service. Si la préoccupation du consommateur est renforcée par celle de l'électeur et surtout de l'élu, alors les risques de dérives et de décalage entre le prix affiché du service et son coût réel deviennent importants, ne faisant que reporter sur d'autres le coût réel du service.

En outre, le mouvement de retour en régie s'accompagne d'une parcellisation de la gestion de l'eau qui ne va pas dans le sens d'une rationalisation de la gestion. Ce mouvement est encouragé, paradoxalement, par la loi NOTRe qui attribut la compétence de l'eau potable et de l'assainissement aux communautés d'agglomération, en lieu et place des syndicats intercommunaux qui pouvaient avoir un périmètre plus important. En effet, dénonçant la gestion par les grands syndicats de communes, certaines agglomérations ont repris la compétence de l'eau et de l'assainissement et se sont désengagées des syndicats intercommunaux. Se pose alors la question du partage des structures communes de production d'eau potable, avec leur actif et leur passif, avec les conflits associés.

La chambre régionale des comptes de Guadeloupe a eu l'occasion d'émettre, fin 2016, un avis aux autorités d'Etat sur la question de la répartition de l'actif et du passif du principal syndicat des eaux et de l'assainissement en Guadeloupe et la même problématique se pose en Martinique et ailleurs. La répartition du patrimoine suppose une répartition de l'actif et du passif, or si la répartition de l'actif ne pose pas de problème *a priori* quand il est connu, ce qui est rarement le cas, la répartition du passif et des dettes pose d'emblée la question du coût associé et de sa retranscription dans le prix du service. Trois ans après que la chambre ait été saisie de ces questions et ait rendu un avis, la répartition de l'actif et du passif n'a pas été réglée alors que des régies positionnées sur le même territoire sont déjà en activité. Cela veut dire que faute de répartition de l'actif et du passif, les prix ne prennent pas en compte le financement du patrimoine et la réalité du coût reste masquée aux usagers.

Le mode de gestion, en régie ou en DSP, importe peu si une démarche de valorisation et d'évaluation continue des biens de toute nature et de préservation de la ressource n'est pas mise en place. L'aspiration à la gestion locale de l'eau,

exprimée par certaines associations de consommateurs et une majorité d'élus, comme synonyme d'une meilleure maîtrise du service, montre ses limites. Le focus sur les prix, sans la prise en compte de l'ensemble des coûts du service, les luttes de pouvoir entre collectivités autour de la question de l'eau, montrent qu'une régulation plus centralisée peut être utile.

6.1.4. LA MISE EN PLACE D'ACTIONS DE GROUPE DANS LE CODE DE LA CONSOMMATION ET LE CODE DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

Le rapport précité de l'ENA avait défendu l'idée de l'instauration d'une action de groupe ouverte aux usagers des DSP. Il énonçait qu'*« en permettant la mutualisation des coûts de procédure et la simplification du recours, elle serait une incitation puissante pour que les usagers saisissent le juge civil ; de ce fait, elle constituerait une pression efficace sur les délégataires concernant leur politique tarifaire et le respect de leurs engagements en matière de qualité de service⁸⁰⁹ »*. Trois voies de l'action de groupe ont été ouvertes depuis.

La première procédure est présentée devant la juridiction judiciaire, en vertu de la loi dite « Hamon⁸¹⁰ », du 17 mars 2014, codifiée aux articles L.423-1 et suivants du code de la consommation. Elle ne concerne que les consommateurs, et les contrats de fourniture d'eau sont désormais expressément soumis au code de la consommation. Les obligations découlant de cette loi sont donc applicables aux fournisseurs d'eau potable. Les consommateurs d'eau potable disposent donc du droit ouvert par le dispositif d'action de groupe. Une association représentative ou agréée de défense des consommateurs peut ainsi agir en justice pour obtenir la réparation des préjudices découlant d'un manquement d'un gestionnaire d'un service public d'eau potable.

La deuxième procédure s'effectue également devant les tribunaux judiciaires en vertu de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, qui a introduit à son article 184, une action de groupe spécifique au domaine de la santé⁸¹¹. Cet article précise que sont concernés les *« préjudices individuels subis par des usagers du système de santé placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un producteur ou d'un*

⁸⁰⁹ ENA, Promotion 2007-2009 « Willy BRANDT » La délégation de service public : un modèle à repenser ? Février 2009, p. 42.

⁸¹⁰ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

⁸¹¹ Codifiée aux articles L. 1143-1 à L. 1143-13 du code de santé publique (CSP).

fournisseur de l'un des produits mentionnés au II de l'article L. 5311-1 ou d'un prestataire utilisant l'un de ces produits à leurs obligations légales ou contractuelles ». Ces produits sont des produits médicaux ou sanitaires (médicaments, produits sanguins, produits cosmétiques, etc.) et des services médicaux (dispositifs de diagnostics, logiciels, etc.) et non des services sanitaires au sens large, comme l'assainissement. Cette procédure ne concerne donc pas les services d'eau et d'assainissement.

La troisième voie d'action se fait devant la justice administrative, en vertu des dispositions de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016. Aux termes de l'article L. 77-10-3 du code de justice administrative, « *Lorsque plusieurs personnes, placées dans une situation similaire, subissent un dommage causé par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur* ». L'objet de l'action est la cessation du manquement et la réparation du préjudice. L'action est engagée, comme devant la juridiction judiciaire mais avec moins de restrictions, par les « *associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins et dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte* ». Les domaines ouverts à l'action devant la justice administrative sont limitativement fixés. Il s'agit des discriminations imputables à un organisme public ou privé chargé d'un service public, pour lesquelles le recours est ouvert depuis la publication du décret n°2017-888 du 6 mai 2017 qui précise les modalités de fonctionnement de cette action de groupe. Les autres domaines sont le domaine environnemental, la protection des données personnelles et le domaine de la santé. L'action de groupe doit être précédée d'une phase amiable qui passe par une mise en demeure adressée à l'auteur du préjudice, qui a quatre mois pour répondre, à peine d'irrecevabilité de l'action.

Le bilan de l'action de groupe est très mitigé puisque, comme nous l'avons indiqué précédemment, seulement neuf procédures ont été lancées au titre de la loi consommation, et une seule au titre de la loi santé et qui concerne le scandale de la Dépakine. Il est reproché à la procédure d'être longue et lourde. Les textes organisent en effet deux temps de l'action : il est nécessaire d'obtenir d'abord un jugement définitif sur la responsabilité du manquement, ce qui dure plusieurs années, puis, dans un second temps, les parties (associations) doivent organiser

l'action de groupe elle-même pour obtenir la réparation individuelle des préjudices. Elles doivent alors médiatiser l'action et mobiliser les patients et disposent pour cela d'un délai de 6 mois à 5 ans.

Dans le domaine spécifique de l'eau et de l'assainissement, l'action de groupe peut donc être dirigée dans deux domaines. En premier lieu, elle peut être engagée sur la base de la première voie d'action (loi Hamon) au regard de la qualité du produit consommé. On sait que les risques de pollutions diffuses qui sont d'origines agricole et industrielles nécessitent de faire appel à des technologies de traitement très élaborées et que les normes de potabilité sont devenues plus rigoureuses. Il en ressort que le taux de non-conformité de l'eau distribuée est élevé, notamment en zone rurale où ce taux est deux fois supérieur à celui constaté en milieu urbain.

L'action de groupe peut aussi être engagée sur la base de la troisième voie, contre l'organisme public ou privé gestionnaire d'un service public, dans le domaine de l'environnement. En matière d'environnement, les manquements des personnes publiques sont susceptibles d'être variés et nombreux. L'article L. 142-2 du code de l'environnement mentionne un champ large des actes susceptibles de donner lieu à ces manquements, ainsi les actes « *constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, à l'amélioration du cadre de vie, à la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme, à la pêche maritime ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, la sûreté nucléaire et la radioprotection, les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales ainsi qu'aux textes pris pour leur application* ». L'absence de mise en place de services d'assainissement non collectifs efficaces, comme c'est le cas, par exemple, aux Antilles, pourrait être un motif de contentieux.

L'action des usagers est nécessaire. Elle constitue un pouvoir d'influence sur la gestion du service (« *soft power* »), pouvoir qui peut s'avérer décisif dans certains cas limites⁸¹².

⁸¹² On pense ici au scandale de l'eau contaminée dans la ville de Flint, dans le Michigan, aux Etats-Unis. La mise sous tutelle de la ville en raison de sa situation financière avait conduit les administrateurs à réduire les dépenses consacrées au service d'eau potable et à adopter la solution de puiser de l'eau directement dans la rivière contaminée, sans traitement approprié, entre 2014 et 2016.

6.2. LE RÔLE DU JUGE ET DES MARC DANS LA RÉSOLUTION DES LITIGES

Traditionnellement, le juge administratif joue un rôle important dans la mise en place du cadre des négociations et du règlement des différends entre parties au contrat. Mais le recours au juge n'est pas la seule façon de régler ses différends qui peuvent être nombreux dans le cas de la relation durable entre une collectivité publique et son prestataire délégataire. Du point de vue des praticiens des contrats de partenariat, la gestion du risque contentieux fait partie de la « *gestion contractuelle des risques d'un contrat public*⁸¹³ ». Il est donc logique d'aborder la question de la place du règlement des différends dans le cadre de la meilleure gestion du risque possible.

Il existe un certain nombre de solutions amiables, précontentieuses ou contentieuses des différends, en dehors du périmètre du juge, par le biais des modes alternatifs de résolution des conflits (MARCs). Les MARCs sont des processus volontaires par lesquels les parties vont résoudre leurs différends, sans faire appel au juge, mais à un tiers. On distingue trois types de MARCs, en fonction du rôle que tient le tiers dans le processus. La médiation professionnelle doit permettre aux parties de trouver un accord sans une intervention trop dirigée. La conciliation implique une suggestion forte de la solution par le tiers en question. Enfin l'arbitrage est un processus qui permet au tiers de véritablement trancher le litige, par une sentence arbitrale qui possède, tout comme un jugement de tribunal, l'autorité de la chose jugée et s'impose, y compris par la contrainte, aux parties.

6.2.1. LE RÔLE DU JUGE COMME REGULATEUR DES SERVICES PUBLICS

Le principe de la compétence du juge et en particulier du juge administratif sur les droits et obligations nés de l'exécution des services publics remonte à l'arrêt *Blanco* rendu par le tribunal des conflits le 8 février 1873. Les commentateurs accordent une importance particulière au contexte dans lequel a été pris cet arrêt, et notamment la volonté du Conseil d'Etat de réaffirmer son rôle, dans un contexte politique de mise en doute de sa loyauté républicaine⁸¹⁴. La prise de compétence du juge administratif sur les services publics, domaine en forte expansion à la fin du XIX^{ème} siècle va être le moyen pour le juge d'affirmer non plus une compétence de

⁸¹³ MOIROUX Julien, RAPP Lucien, *Contrats publics et finance d'entreprise*, 2015, LGDJ, p. 11.

⁸¹⁴ Cf. BRACONNIER Stéphane, *Droit des services publics*, 2007, PUF, p. 106.

subsidiarité par rapport au juge judiciaire, compétence définie négativement à l'origine, mais d'affirmer une compétence de droit commun sur les actes qui impliquent des autorités administratives.

L'arrêt *Blanco* permet de dépasser le fondement antérieur de la compétence du juge administratif, qu'était la notion d'acte d'administration⁸¹⁵, c'est-à-dire d'actes d'autorité pris par le pouvoir législatif ou exécutif, fixant des règles impératives, étant entendu que les actes de gestion, et non d'autorité ressortent du juge judiciaire. Au-delà de la notion d'acte d'autorité, c'est tout le service public, ou ainsi que l'expose le commissaire du gouvernement David, dans ses conclusions, « *l'Etat en tant que puissance publique chargée d'assurer la marche des divers services administratifs*⁸¹⁶ » qui doit relever de la compétence du juge administratif. La promotion de la notion de service public est donc constitutive de la place éminente qu'occupe le Conseil d'Etat dans l'élaboration des règles de droit commun dans le domaine de l'administration au sens large. C'est l'arrêt *Blanco* qui fixe cette place et c'est le service public et notamment les chemins de fer, qui donnera au Conseil d'Etat l'occasion de fixer les règles.

Comme nous l'avons montré dans la première partie, le rôle du Conseil d'Etat s'est imposé pour les situations limites ou exceptionnelles dans lesquels se trouvent les parties en conflit : litige relatif à la survie du service public, avec la théorie de l'imprévision, ou à la préservation des intérêts vitaux du délégataire, avec la théorie du fait du prince, par exemple. Pour la « régulation » courantes des relations entre les partenaires au contrat, les moyens de régulation plus souples font défaut. C'est la raison pour laquelle se développe la réflexion autour des modes alternatifs de règlement des différends.

⁸¹⁵ Fondement précisé par la doctrine révolutionnaire de méfiance vis-à-vis de l'institution judiciaire d'une part mais aussi libérale, souhaitant un Etat aux pouvoirs limités.

⁸¹⁶ Conclusions du commissaire du gouvernement David sur TC, 8 février 1873, *Blanco*.

6.2.2. LE RECOURS AUX MARC DANS L'ADMINISTRATION

6.2.2.1. LE DEVELOPPEMENT RECENT DES ALTERNATIVES AU REGLEMENT CONTENTIEUX DES LITIGES : LA MEDIATION ET LA CONCILIATION

La recherche de solutions alternatives pour régler les différends répond à la judiciarisation de plus en plus importante de notre société. Avec l'inflation du contentieux administratif qui augmente de 6% par an depuis 20 ans dans les juridictions du premier degré et de plus de 10% par an dans les juridictions d'appel, le juge doit se recentrer sur ses missions premières et laisser à d'autres acteurs le règlement plus souple de ces différends. Notre société appelle parfois de ses vœux *« des modes plus horizontaux, plus souples, plus efficaces, plus rapides aussi, qui ménagent l'avenir et, en particulier, la qualité des rapports humains et sociaux. C'est en particulier le cas, lorsque des personnes entrées en conflit sont appelées à se côtoyer durablement⁸¹⁷ »*. C'est valable aussi bien pour les conflits qui opposent un agent et son service que pour ceux qui opposent une collectivité et son délégataire.

La médiation est une pratique très proche de la conciliation. Beaucoup de pays ne font pas la distinction entre les deux. En France, cette distinction est issue du statut des intervenants qui diffère. Le conciliateur de justice a été instauré par le décret du 20 mars 1978⁸¹⁸, il est nommé par ordonnance du premier président de la cour d'appel et ses fonctions sont bénévoles, il a des fonctions spécifique en matière de divorce. Le médiateur civil a été instauré par la loi du 8 février 1995⁸¹⁹, il peut être désigné par le juge mais avec l'accord des parties. Ses fonctions sont rémunérées. La conciliation est donc gratuite alors que la médiation peut faire l'objet d'une rémunération. En droit administratif, la médiation est gratuite, dès lors qu'elle est une formalité obligatoire pour un recours contentieux⁸²⁰.

Dans le domaine plus particulier du droit public économique, la conciliation est une pratique ancienne, puisque la mise en place des premiers comités de conciliation,

⁸¹⁷ La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative - Colloque organisé par le Conseil d'Etat, en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME – France), 17 juin 2015.

⁸¹⁸ Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice.

⁸¹⁹ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

⁸²⁰ Article L. 213-5 du code de justice administrative.

placés auprès du ministre des travaux publics, date du décret du 24 décembre 1907. La version moderne de ces comités, appelés « comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics » (CCRA), est issue du décret n°2001-797 du 3 septembre 2001⁸²¹. L'ouverture de la saisine de ces comités au titulaire du marché (réservée à l'administration jusque-là) ne s'est faite qu'en 1981⁸²². Les CCRA sont compétents pour les marchés publics et non pour les autres contrats de la commande publique. Cela ne veut pas dire que des accords ne sont pas possibles entre les partenaires aux contrats, pour éteindre le litige. La circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction⁸²³ inclue dans son périmètre les contrats de délégation de service public. On notera que l'activité des CCRA a été relativement réduite jusqu'en 2009 puisque, alors que l'objectif était de désengorger les tribunaux administratifs, il n'y a eu que 167 avis des CCRA à comparer aux 5 855 affaires devant les TA. La complexité de la saisine des CCRA, les délais de traitement des dossiers (plus d'un an à ce moment) n'en a pas fait un vrai outil alternatif de règlement des conflits. La réforme de simplification engagée par le décret du 8 décembre 2010 avait pour ambition de relancer l'activité des CCRA.

Pour ce qui concerne la médiation et le domaine civil et commercial la transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 a renforcé les outils à disposition des parties. La médiation est désormais définie à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative comme « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* ». L'accord peut être homologué par le juge qui lui donne force exécutoire et le médiateur est rémunéré.

Pour ce qui concerne la justice administrative, les règlements alternatifs ont eu du mal à trouver leur place. La médiation est restée longtemps cantonnée à des cas très particuliers prévus par l'article L. 771-3 du code de justice administrative qui

⁸²¹ Remplacé par le décret n°2010-1525 du 8 décembre 2010.

⁸²² Décret du 18 mars 1981.

⁸²³ Circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique. NOR: ECEM0917498C.

dispose que « *les différends transfrontaliers relevant de la compétence du juge administratif, à l'exclusion de ceux qui concernent la mise en œuvre par l'une des parties de prérogatives de puissance publique, peuvent faire l'objet d'une médiation dans les conditions prévues aux articles 21, 21-2 à 21-4 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative* ». Ce caractère très limité avait fait dire au vice-président du Conseil d'Etat Jean-Marc Sauvé : « *Pour résumer, dans le code de justice administrative, la conciliation est un instrument peu opérationnel, tandis que la médiation a un champ d'application proche de la tête d'épingle*⁸²⁴ », médiation qu'il appelait pourtant de ses vœux.

La loi du 18 novembre 2016⁸²⁵ a comblé une partie de ce retard, en instaurant à l'article L. 213-1 du code de justice administrative le principe de la médiation, définie dans des termes identiques à l'article 21 de la loi du 8 février 1995 précitée. L'article L. 213-5 du même code organise le cadre de la médiation, avec un rôle important donné aux magistrats des juridictions, qui peuvent être saisis par les parties d'une demande de médiation.

Concernant plus spécifiquement les contrats de la commande publique, l'extension de la compétence du médiateur inter-entreprises, devenu médiateur des entreprises créé par le décret du 25 mars 2016 et validé par l'arrêt du Conseil d'Etat du 17 mars 2017⁸²⁶, a permis de compléter le dispositif de règlement amiable des litiges. Le médiateur, service du ministère de l'économie et des finances, est désormais considéré, non seulement comme ne concurrençant pas les professionnels du conseil mais encore comme ayant une « *mission d'intérêt général, qui relève de l'Etat, de développer les modes alternatifs de règlement des litiges, corollaires d'une bonne administration de la justice*⁸²⁷ ». Ainsi que l'indique l'article 127 du décret du 25 mars 2016, « *Les comités consultatifs de règlement amiable ont pour missions de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable. Le médiateur des entreprises agit comme tierce partie, sans pouvoir décisionnel, afin d'aider les parties, qui en ont exprimé la volonté, à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend* ».

⁸²⁴ La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative - Colloque organisé par le Conseil d'Etat, en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME – France), 17 juin 2015, p. 4.

⁸²⁵ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016.

⁸²⁶ CE, 17 mars 2017, M. A..et Ordre des avocats de Paris, n°403768.

⁸²⁷ CE, 17 mars 2017, M. A..et Ordre des avocats de Paris, n°403768.

Par le biais de l'instance du médiateur des entreprises et de la MAPP, devenue FIN INFRA, l'Etat a investi le champ de la médiation, en introduisant une autre façon de réguler les relations entre les administrations et le monde économique que les solutions de stricte légalité, pour y insérer des préoccupations d'équité. On se trouve ici pleinement dans le champ de la régulation, où le sens de l'équité, le bon sens, le souci de l'efficacité économique et sociale rejoignent les préoccupations du service public.

La médiation est perçue avec une certaine ambivalence chez les professionnels du droit. Un des objectifs affichés est de désengorger les tribunaux, ce qui a des aspects positifs, mais cela peut aussi être interprété comme un obstacle à l'accès au juge. On voit ainsi fleurir diverses sortes de médiation, dans le domaine des transports, des assurances, qui ont parfois pour effet d'accélérer les procédures d'indemnisation mais souvent au détriment des victimes, ou bien encore, qui sont de véritables obstacles à l'accès au juge en n'interrompant pas les délais de recours contentieux. Son utilité est cependant réelle, à condition de définir les critères de son usage. Elle est utile pour les cas de proximité obligée après un litige, quand il y a une obligation de « cohabiter ». Elle est utile quand il y a des charges qui dépassent le cadre strictement juridique, comme des rapports personnels difficiles. Elle est aussi utile quand il est nécessaire d'avoir une solution autant en équité qu'en légalité. Enfin, elle apportera une valeur ajoutée d'autant plus importante que les parties à la médiation sont de puissance comparable. Le domaine des relations d'affaires et notamment des relations publiques d'affaires nous paraît être un domaine particulièrement adapté à la médiation.

D'autres pays ont développé depuis plus longtemps ces modes alternatifs, comme le Canada. Le cas de la conciliation organisée au sein du Tribunal administratif du Québec est un exemple intéressant dans le domaine des relations entre administrés et administration.

La conciliation au sein du Tribunal administratif du Québec

Le tribunal administratif du Québec (TAQ) est une instance décisionnelle qui « relève encore constitutionnellement de l'ordre administratif⁸²⁸ » et non de l'ordre juridictionnelle, à la différence d'un tribunal administratif français, mais qui est indépendante des autorités administratives et en particulier du gouvernement du Québec et qui garantit ainsi la neutralité et l'indépendance des décisions prises.

Le TAQ détient une compétence d'attribution dont l'objet est limitativement énuméré aux annexes I à IV de la loi sur la justice administrative et comprend la section des affaires sociales (qui s'occupe par exemple de la protection des personnes dont l'état mental présente un danger, des décisions des services de santé, des services sociaux, d'éducation et de sécurité routière ou encore des décisions prises en matière d'immigration), la section des affaires immobilières (indemnité d'expropriation par exemple ou fiscalité municipale), la section du territoire et de l'environnement (recours contre des « permis de polluer » délivrés par la ville de Montréal ou contre une décision du ministre des transports de créer une voirie publique), la section des affaires économiques (recours contre les décisions de délivrance ou de retrait de permis pour les commerçants ou les transporteurs par exemple).

La procédure est peu formalisée et laisse une grande part à la conciliation. La représentation par un avocat n'est pas obligatoire. En matière de loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger, le tribunal doit s'assurer que le requérant a eu l'occasion d'avoir un avocat. Pour le reste des affaires, la représentation est assez libre : un parent ou une association pour les immigrants par exemple.

La conciliation est suscitée et organisée. Elle est obligatoirement offerte par le président du TAQ ou un président de section quand il s'agit d'un contentieux relatif à une indemnité ou une prestation. Elle ne suspend pas le déroulement de l'instance. Elle permet d'éviter d'aller jusqu'à l'audience.

La procédure est assez ouverte à la discussion et à l'oralité, à travers notamment les conférences préparatoires qui permettent de cibler le litige et de faire admettre certains faits ou de faire certaines déclarations sous serment. Des conférences de gestion permettent de convenir avec les parties sur le déroulement de l'instance et sur le calendrier des échéances s'imposant aux parties. C'est à l'occasion de ces conférences de gestion que les parties sont invitées à participer à une séance de conciliation.

⁸²⁸ LEMIEUX Denis, *Le T.A.Q. est-il encore un tribunal administratif ?* Bulletin d'information n°3 volume 7, Collection municipale et de droit public, aout 2005.

6.2.2.2. LA PLACE DE L'ARBITRAGE DANS LE REGLEMENT DES LITIGES

L'arbitrage est un arrangement privé, en présence d'un tiers. La sentence arbitrale ne peut faire l'objet d'opposition ou de pourvoi en cassation, aux termes des articles 1481 à 1491 du code de procédure civile. Elle a l'autorité de la chose jugée (article 1484 du même code) et « *n'est pas susceptible d'appel, sauf volonté contraire des parties*⁸²⁹ ». Elle peut faire l'objet d'un recours en annulation, défini à l'article 1492 du même code mais dans des conditions très limitées, par exemple si elle est contraire à l'ordre public.

L'arbitrage a pour avantage la rapidité, la résolution des litiges par des professionnels et experts du secteur et la confidentialité, ce qui le rend intéressant pour les litiges commerciaux mais pas toujours adapté au règlement de litiges impliquant des personnes publiques. En effet, s'il est d'usage depuis longtemps de faire appel à l'arbitrage pour régler les différends commerciaux, en matière de contrats administratifs, la pratique est nouvelle et très circonscrite. La question de l'arbitrage dans les contrats publics s'est néanmoins posée en raison du recours de plus en plus grand des collectivités publiques à un financement privé de leurs équipements⁸³⁰. Les financeurs, ainsi que les prestataires privés, souhaitent pouvoir disposer d'une visibilité de long terme sur les contrats dans lesquels ils s'engagent. La mise en place d'un arbitrage est une de leurs revendications, au même titre que le développement des sûretés ou une plus grande liberté dans la passation des contrats, toujours dans le but de se prémunir contre les risques pouvant atteindre leurs créances⁸³¹.

Dans le droit positif actuel, le recours à l'arbitrage dans les contrats publics se heurte à une opposition de principe. L'article 2060 du code civil dispose : « *On ne peut compromettre sur [...] les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public./ Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre* ». Cette dernière disposition ne concernait qu'Electricité de France

⁸²⁹ Article 1489 du code de procédure civile.

⁸³⁰ Cf. BRACONNIER Stéphane, MOREL Jean-Baptiste, « Regards sur les partenariats public-privé internationaux », *Contrat marchés publics* 2007, étude 3.

⁸³¹ Cf. LEQUIEN Michel, CUCHE Pascal, « La notion de « bancabilité » dans les opérations de financement privé d'équipements publics », *Etude Cabinet Ashurst, Droit Administratif* n° 12, Décembre 2004, étude 22.

(EDF) et Gaz de France (GDF) à l'époque où leur statut était celui d'établissements publics industriels et commerciaux.

L'arbitrage est néanmoins possible pour les collectivités locales pour un type de litige très circonscrit, celui de la liquidation des dépenses de travaux et de fournitures. C'est l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 (article 132 du code des marchés publics) qui le prévoit. L'arbitrage est possible aussi pour les litiges relatifs à des contrats de partenariats, ainsi que l'autorise l'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004. Le groupe de travail présidé par M. Labetoulle, ancien conseiller d'Etat, a remis le 27 mars 2007 un rapport qui proposait une ouverture plus grande de l'arbitrage aux collectivités publique pour les litiges nés d'un contrat. Cependant, cette ouverture ne s'est pas concrétisée par un texte. La prohibition des arbitrages reste un principe général du droit, seule la loi peut autoriser le recours à un tel procédé, ainsi que le rappelait l'avis du Conseil d'Etat du 6 mars 1986, relatif au projet « Eurodisneyland » : « *Il résulte des principes généraux du droit public français [que] les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne. Tout compromis ou toute clause compromissoire conclu en méconnaissance de ces principes est atteint d'une nullité d'ordre public*⁸³² ».

Cependant, des exceptions ont été apportées à ce principe. Dans le cadre des marchés publics, l'ordonnance du 23 juillet 2015⁸³³, dans son article 90, dispose que « *les acheteurs peuvent recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat, avec application de la loi française* ». L'ancien article 128 du code des marchés publics⁸³⁴, très peu utilisé, prévoyait l'arbitrage pour la liquidation des dépenses de travaux et de fournitures des pouvoirs adjudicateurs. Cet article a été abrogé par l'ordonnance de 2015 précitée. L'arbitrage est donc réservé aux contrats de partenariat.

Autre exception, celle prévue par la loi du 19 août 1986, votée pour permettre la réalisation des investissements du projet « Eurodisneyland », qui avait autorisé,

⁸³² CE, Avis n°339710 du 6 mars 1986, *Eurodisneyland* (section des travaux publics).

⁸³³ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, ratifiée par l'article 39 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

⁸³⁴ Décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics.

dans son article 9, l'arbitrage : « *l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissaires* ». Les conditions sont très restrictives car limitées aux contrats conjoints entre une société étrangère et un groupe de collectivités et d'établissements publics. En outre, si par principe l'arbitrage n'est pas autorisé pour les collectivités publiques, quelques rares établissements publics industriels et commerciaux, comme la SNCF, peuvent y recourir ainsi que les établissements d'enseignement supérieur et de recherche.

Les contrats publics, hormis les contrats de partenariat, peuvent prévoir des clauses permettant une conciliation préalable à un recours contentieux mais ne peuvent substituer l'arbitrage au droit de recours devant une juridiction, seulement autorisé pour les contrats de partenariat. Pour les contrats de partenariat, les sentences arbitrales devront pouvoir être contestées en appel devant le juge administratif français, sans que les parties puissent renoncer à ce droit. Le tribunal des conflits a fixé la limite entre la compétence du juge administratif et celle du juge judiciaire pour les contrats internationaux. Dans le cas où le recours en annulation « *implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public*⁸³⁵ », le juge compétent est le juge administratif. Dans les autres cas, c'est le juge judiciaire.

Si en droit interne l'arbitrage est peu utilisé, en droit international son usage est largement répandu. En effet, le droit de la protection des investissements étrangers permet le recours à l'arbitrage, prévu à l'article 36 de la convention pour règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissant d'autres Etats, convention qui institue le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Le groupe VEOLIA a eu, par exemple, l'occasion d'utiliser cette procédure contre l'Etat lituanien en janvier 2016, comme il l'a utilisée en 2011 contre la ville d'Alexandrie en Egypte, ou encore au Gabon.

Alors qu'en France, le recours à l'arbitrage dans les marchés publics est en principe prohibé, il n'en est pas de même dans d'autres pays. Par exemple, au Canada, et en particulier au Québec, l'arbitrage est ainsi prévu, sous conditions, à la section

⁸³⁵ Tribunal des Conflits, 17 mai 2010, *INSERM*, n° C3754.

« Règlement des différends » du « règlement sur certains contrats d'approvisionnement »⁸³⁶ des organismes publics pris en application de la loi sur les contrats des organismes publics⁸³⁷. Il est ainsi disposé dans ce règlement que *« l'organisme public et le fournisseur doivent tenter de régler à l'amiable toute difficulté pouvant survenir à l'égard d'un contrat en respectant, le cas échéant, les modalités que le contrat prévoit pour y remédier. / Si la difficulté ne peut être ainsi résolue, elle peut être soumise à un tribunal judiciaire ou à un organisme juridictionnel, selon le cas, ou à un arbitre. Dans ce dernier cas, l'autorisation générale ou spéciale du ministre de la Justice est requise pour les organismes publics visés au paragraphe 1 ou au paragraphe 2 du premier alinéa de l'article 4⁸³⁸ de la Loi⁸³⁹. »*

L'arbitrage est aussi utilisé pour arbitrer les litiges entre les instances de régulation mises en place dans certains Etats et les concessionnaires. C'est le cas aux Philippines, avec le MWSS-RO⁸⁴⁰, ainsi qu'au Chili où, dans le cadre des réformes de l'eau des années 1990, une agence de régulation, la *Superintendencia de Servicios Sanitarios* (SISS) a été instaurée, dont le régime se base sur la comparaison entre les performances des entreprises concessionnaires et une entreprise modèle (*« empresa modelo »*) qui est une entreprise virtuelle servant de modèle d'efficacité. Ces comparaisons aboutissent régulièrement à des conflits d'interprétation qui sont résolus par la nomination d'un panel d'experts, ainsi que le prévoit la loi⁸⁴¹. Le panel en question est composé de trois personnalités, une nommée par chacune des parties (concessionnaire et régulateur) et la troisième est choisi dans une liste d'experts qui fait l'objet d'un accord entre les parties préalablement au contrat. La décision rendue est définitive.

L'arbitrage est utilisé, dans le milieu des affaires, par préférence à une décision juridictionnelle, en raison de l'objectif partagé par les parties de *« poursuivre des*

⁸³⁶ Il s'agit des contrats d'achat ou de location de biens meubles et d'installation et d'entretien de ces biens.

⁸³⁷ Loi sur les contrats des organismes publics (chapitre C-65.1, a. 23) D. 531-2008; D. 292-2016, a. On précisera que la loi sur les contrats des organismes publics concerne tous les types de contrat : marchés ou partenariat public privé ou autres contrats.

⁸³⁸ Il s'agit des ministères du gouvernement ainsi que des organismes dont le budget est voté par l'assemblée nationale du Québec.

⁸³⁹ Article 41 du règlement sur certains contrats d'approvisionnement précité.

⁸⁴⁰ Cf. *Rapport 2010 AFD* Recherche sur la régulation. Cf. Chapitre 3 sur la régulation mixte par l'agence et le contrat.

⁸⁴¹ TREMOLET, Sophie, SHUKLA Padmesh., VENTON Courtenay., (2004), « Contracting Out Utility Regulatory Functions », ERM pour la Banque Mondiale, Londres. Cf. *Rapport AFD 2010*.

*relations harmonieuses*⁸⁴² » et éviter les aspects pénaux et punitifs des décisions judiciaires, objectif que les parties, seules, sont le plus souvent incapables de réaliser. L'avantage mis également en avant est la rapidité de la sentence qui permet un coût de transaction, *in fine*, moins important, et le coût de transaction est un critère d'efficacité du contrat. Ainsi que le dit Oliver Williamson : « *Il existe une énorme différence dans l'évaluation de l'efficacité des contrats selon que la conclusion et l'application d'accords successifs d'adaptation se font aisément et efficacement ou qu'elles sont coûteuses* »⁸⁴³. L'arbitrage est une des réponses à cette problématique.

L'arbitrage se heurte néanmoins à des difficultés : le fait qu'il s'agisse d'argent public interdit que le public se désintéresse totalement des échanges et des litiges. Il est normal que la voie de résolution des conflits soit une voie publique et non une voie privée. Or la voie privée est un arrangement qui n'a pas vocation à être rendu public. Par ailleurs la transparence est une garantie contre l'usage privé qui pourrait être fait de l'arrangement, c'est-à-dire le bénéfice privé que peut obtenir les représentants de la collectivité publique, dès lors qu'ils ne sont plus sous le regard de la justice publique.

6.3. LA QUESTION DU REGULATEUR

Certains services publics disposent d'un régulateur bien identifié : les télécommunications, les transports par voie ferrée, l'énergie, etc. en raison de la configuration du réseau, unique ou interconnecté, mais surtout du mode de gestion des services, par la concurrence des opérateurs pour l'accès à un réseau détenu par un acteur spécifique. D'autres services, comme l'eau ou les transports routiers, n'ont pas de régulateur identifié, pour la raison avancée parfois qu'il y a un monopole de gestion détenu par certains opérateurs sur des parties du réseau.

Cependant, en matière d'eau, le monopole est limité à la fois dans l'espace et dans le temps, et il y a bien concurrence pour l'obtention du droit d'exploiter un réseau, qui, il est vrai, à l'inverse des autres services évoqués, est détenu non par une collectivité mais par de nombreuses collectivités. Si chaque réseau est particulier, il n'en demeure pas moins qu'il y a des normes qui peuvent être dégagées sur la

⁸⁴² AUERBACH Jerold S., *Justice Without Law ?* 1983, New York, Oxford University Press., cité par WILLIAMSON Oliver, *Les institutions de l'économie*, InterEditions, 1994, p. 205.

⁸⁴³ Ibidem, p. 216.

valorisation des actifs, sur des méthodes de gestion des réseaux, comme nous l'avons démontré. A partir de là, il est pertinent de s'interroger sur la comparaison entre les réseaux et la gestion du service en général par rapport à ces normes de gestion, d'entretien des équipements et du service, et sur les moyens de les rendre plus profitables pour les usagers, d'autant qu'il existe une aspiration à une relative uniformité des attentes des usagers vis-à-vis du service rendu quelle que soit la région.

6.3.1. LA POSITION DU PROBLEME

Si les collectivités locales sont présentées comme les régulateurs naturels du contrat, la présente recherche a montré que cela ne peut être le cas, la collectivité cherchant son intérêt propre en tant que partie au contrat. Les collectivités ne peuvent avoir ce rôle de régulateur parce qu'elles ne remplissent pas le critère d'indépendance par rapport aux parties, la collectivité étant co-décideur du prix, avec le délégataire.

Un groupe d'économistes⁸⁴⁴ s'est intéressé au management des contrats, et aux types de gouvernance qui peuvent exister dès lors que plusieurs personnes concourent à la production d'un service. Chaque type de gouvernance induit des coûts de transaction plus ou moins grand selon les comportements ou les instruments de management à mettre en place⁸⁴⁵. Face à la particularité des contrats impliquant des infrastructures lourdes, des incertitudes fortes en raison des durées longues d'amortissement des installations, Oliver Williamson a proposé un modèle de gouvernance trilatérale, qui fait référence à la présence d'un arbitre extérieur qui facilite les négociations. Dans le domaine de l'eau, l'aspect central de la négociation suggère qu'un arbitre extérieur peut jouer un rôle décisif dans le processus d'adaptation du contrat.

⁸⁴⁴ On citera les auteurs liés aux approches « néo-institutionnelles » : Coase, Williamson, Milgrom et Roberts. Cf. BREUIL Lise, NAKHLA Michel, « Concilier efficacité et service public dans les concessions de service d'eau et d'assainissement dans un environnement institutionnel incertain », ENGREF Montpellier - Laboratoire de Gestion de l'Eau et d'Assainissement, Revue d'économie industrielle, n°111, 3ème trimestre 2005.

⁸⁴⁵ BREUIL Lise, NAKHLA Michel, « Concilier efficacité et service public dans les concessions de service d'eau et d'assainissement dans un environnement institutionnel incertain », ENGREF Montpellier - Laboratoire de Gestion de l'Eau et d'Assainissement, Revue d'économie industrielle, n°111, 3ème trimestre 2005.

La question de la régulation dans des domaines ouverts, comme la question du climat ou d'internet fait l'objet de nombreux débats. Dans le domaine de l'eau, on est à la frontière entre un domaine circonscrit : la distribution d'eau potable et l'assainissement des eaux usées et un domaine ouvert : la gestion d'une ressource commune et limitée. Cette situation requiert un type de régulation qui ne soit pas uniquement de type technique ou économique. La question politique et démocratique doit être présente dans la régulation de ce type de secteur. La régulation ne peut donc se résumer à la mise en place d'une gouvernance d'entreprise. Par ailleurs, la situation d'oligopole dans le domaine de la distribution de l'eau et la mutualisation des coûts à différentes échelles peut rendre inefficace une régulation trop centralisée et trop autoritaire.

La question du type de régulation dans ce secteur et notamment la place centralisée d'un régulateur a été abordée dans différentes recherches. Ainsi, pour Laetitia Guérin-Schneider et Dominique Lorrain, si la mise en place d'une institution centralisée peut avoir un rôle pour réduire l'asymétrie d'information entre collectivité publique et délégataire, ce choix n'apparaît cependant pas être optimal dans la configuration d'une gestion décentralisée, car elle pourrait aboutir à annihiler les avantages de cette gestion et les économies d'échelle qu'elle permet : *« Le choix spontané conduit à la création d'une agence et au renforcement des contrôles. Quel serait le coût du dispositif et les gains potentiels ? Pour le contrôle, dans la ligne des rapports Barnier-Mazeaud, l'idée est de faire remonter de l'information depuis chaque exploitation, avec une mise en équivalence des recettes et des dépenses à ce niveau-là (47). Mais est-ce cohérent avec le choix d'opérateurs organisés en firmes multi-divisionnelles (Chandler) dont la valeur ajoutée est de faire des arbitrages des ressources humaines, technologiques et financières, dans le temps (au long d'un contrat) et dans l'espace (entre plusieurs exploitations⁸⁴⁶) »*. Et les auteurs de poursuivre : *« La voie de réforme (Agence et contrôles renforcés) a sa logique. Qu'il nous soit permis en conclusion d'aller au bout de la logique d'un secteur en oligopole, pour esquisser une autre voie de la régulation. On pourrait très bien considérer, afin de tenir compte de la logique multi-divisionnelle des groupes que l'obligation de fournir des informations aux collectivités locales ne s'organise pas sur une base annuelle et communale mais par grande exploitation et sur un cycle de 5/7 ans, selon la durée du contrat. L'Angleterre, ou d'autres*

⁸⁴⁶ GUERIN-SCHNEIDER Laetitia, LORRAIN Dominique, « Note de recherche sur une question sensible. Les relations puissance publique - firmes dans le secteur de l'eau et de l'assainissement », *Flux*, 2003/2 (n° 52-53), p. 50.

contrats internationaux, prévoient ainsi une clause de « revoyure » dont l'avantage est qu'elle permet un examen approfondi, multi-critères de l'exécution de la mission. / Une agence nationale est certainement utile. Nos remarques introductives sur le manque d'informations en sont la première justification. Mais, ce principe admis, sur quelles missions positionner ce genre d'institution ? Du contrôle, comme le font déjà des cours régionales des comptes, ou autre chose ? Dans un marché oligopolistique, une compétition statistique, bien organisée, a une efficacité. Cela passe par la mise en place d'indicateurs ; en nombre limité ils permettent d'avoir un suivi du secteur ; s'ils sont bien calibrés ils peuvent se comparer à ceux d'autres pays européens (48). À partir de là les acteurs peuvent se concentrer sur les points critiques. Organiser une compétition statistique ne signifie pas accumuler des formulaires. Cette architecture serait, de plus, cohérente avec le « modèle » français dans lequel une grande partie de la régulation s'organise déjà localement autour du contrat et des échanges triangulaires du maire, de la firme et de l'utilisateur (49) ».

Cette position prudente est cohérente avec l'organisation actuelle du secteur et propose de faire évoluer le modèle de régulation en l'adaptant aux contraintes économiques du secteur. Cependant, le cheminement de notre recherche aboutit à avoir de sérieux doutes sur l'efficacité de cette régulation si elle n'est pas renforcée. Ainsi, l'option de la rupture anticipée du contrat, conçue comme « *arme de dissuasion*⁸⁴⁷ » n'apparaît pas en être une véritablement. De même, l'utilisateur reste très périphérique dans la régulation. La mise en place d'indicateurs, le travail de normalisation sont révélateurs de la nécessité d'une plus grande organisation de la régulation au niveau central.

Après avoir exploré ce que pourraient être une nouvelle dynamique de régulation – contrôle du niveau local, entre les parties au contrat, nous proposons d'explorer ce que pourraient les contours d'un régulateur centralisé.

⁸⁴⁷ GUERIN-SCHNEIDER Laetitia, LORRAIN Dominique, « Note de recherche sur une question sensible. Les relations puissance publique - firmes dans le secteur de l'eau et de l'assainissement », *Flux*, 2003/2 (n° 52-53), p. 50.

6.3.2. LES ATTRIBUTIONS D'UN REGULATEUR CENTRAL

6.3.2.1. LES FONCTIONS HABITUELLES D'UN REGULATEUR CENTRAL

La montée du modèle consumériste favorise une centralisation de la régulation

La thèse défendue par Géraldine Pflieger tend à démontrer, sur l'ensemble des services publics, qu'ils soient nationaux (électricité, téléphonie) ou locaux (eau, assainissement) que le renforcement de l'aspect consumériste dans les services public est un facteur de centralisation de la régulation. Elle indique : « *nous avons montré que la montée des enjeux consommateurs pousse à la centralisation de la régulation des services de réseaux. Plusieurs facteurs concourent à ce processus de centralisation : des attentes plus fortes de standards de qualité de service de la part des associations et des groupes témoins ; les revendications homogènes des organisations de consommateurs sur l'ensemble du territoire, tant pour les services publics nationaux que pour les services publics locaux ; le recours privilégié des associations à des structures de médiation centralisées ou étatiques (législateur, Conseil de la concurrence, agence de normalisation, Conseil de la consommation, autorités de régulation) ; la centralisation du fonctionnement des entreprises publiques et l'inconsistance des concertations locales d'EDF et de France Télécom, limitant toute forme de négociations locales de l'offre de service ; le maintien d'une organisation centralisée des services d'électricité et de télécommunications pour lesquels la libéralisation n'est pas à l'heure actuelle synonyme de décentralisation⁸⁴⁸* ». Il y a donc bien une dynamique différente entre celle du consommateur, qui tend à une comparabilité de la gestion des services et donc à une certaine centralisation et à une standardisation, et celle du citoyen qui souhaite un contrôle local sur le service. C'est cette complexité et ces dynamiques qui rendent difficile l'application de modèles de contrôle ou de régulation venus d'ailleurs, comme par exemple celui de la régulation centralisée au Royaume-Uni.

⁸⁴⁸ PFLIEGER Géraldine, Consommateur, client, citoyen : l'utilisateur dans les nouvelles régulations des services de réseaux. Les cas de l'eau, de l'électricité et des télécommunications en France, 2003, Ecole des Ponts Paristech, p. 330.

Certains secteurs des services publics font l'objet d'une régulation par une autorité centralisée de régulation. Voyons comment elles sont définies. Si on prend l'exemple de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), l'article L. 36-6 du code des postes et des communications électroniques dispose : *« l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes précise les règles [...]. Afin de prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut fixer des exigences minimales de qualité de service. »* L'article L. 36-6 précise que l'ARCEP *« Contrôle le respect par les opérateurs des obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables »*. L'article L. 36-7 indique que dans ses missions l'ARCEP *« Etablit la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques et fixe leurs obligations »*. On est donc bien dans le niveau d'interprétation des textes applicables, de contrôle et d'arbitrage entre les différents intérêts en jeux.

L'Autorité de la concurrence a aussi un rôle de régulateur. Elle est saisie en cas de recours contre les pratiques anticoncurrentielles et le domaine des DSP n'échappe pas à ces pratiques. Elle s'attaque aux ententes et aux décisions commerciales anticoncurrentielles. A titre d'exemple, le Conseil de la concurrence⁸⁴⁹, sur demande du ministre de l'économie, a examiné⁸⁵⁰ une présomption d'abus de position dominante de la part d'une société titulaire de la DSP (Suez Lyonnaise des Eaux - SLE) avant son renouvellement et qui refusait de communiquer le prix de vente en gros avec les autres sociétés en concurrence pour l'obtention de la DSP. La cour d'appel de Paris, par son arrêt du 29 juin 1998, avait enjoint à la société Suez-Lyonnaise des eaux *« de communiquer [...] son prix de vente en gros de l'eau potable établi de manière objective, transparente et non discriminatoire, en écartant de ce prix tout coût étranger à la production »*, et ainsi que nous l'avions précédemment dit, par un arrêt du 3 mai 2000, la Cour de Cassation avait confirmé l'arrêt de la cour d'appel de Paris⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ Conseil de la concurrence devenu, en 2008, Autorité de la concurrence.

⁸⁵⁰ Décision n°98-MC-04 du 12 mai 1998 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie concernant des pratiques de la société Suez-Lyonnaise des Eaux à l'occasion du renouvellement de contrats de délégation de service public de l'eau potable de plusieurs communes du département de l'Essonne.

⁸⁵¹ Cour de cassation, chambre commerciale, 3 mai 2000, n°98-18602.

Selon le professeur Gabriel Eckert « *L'autorité de régulation se caractérise par le cumul d'un pouvoir d'influence, de réglementation, de décision individuelle, de contrôle et de sanction*⁸⁵² ». Le pouvoir d'influence se traduit par les avis, des recommandations, c'est le domaine de la « *soft law* ». Le pouvoir de réglementation se traduit par l'édiction de règlements, comme par exemple le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF) ou de l'ARCEP, qui sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Ce pouvoir pourrait prendre la forme de cahiers des charges prescriptifs dans le domaine de l'eau. Le pouvoir de décision individuelle se traduit par l'octroi ou le retrait d'autorisations. Le pouvoir de contrôle et de sanction se traduit par la réalisation de contrôle sur place et sur pièce, comme le fait l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), institution chargée de la surveillance de l'activité des banques et des assurances, avec l'établissement de « *programme de rétablissement* », la suspension de dirigeants, la nomination d'administrateurs provisoires. « *Dans le domaine financier, et de plus en plus fréquemment dans le domaine des services en réseau, l'indépendance des régulateurs est fondée sur la volonté d'éviter que les objectifs propres à la régulation sectorielle ne soient concurrencés ou remis en cause par des préoccupations politiques exogènes*⁸⁵³ ». Cette observation renvoie à la raison d'être de la régulation, valable également pour les services publics urbains comme l'eau.

Dans le domaine des contrats, il faut bien distinguer la régulation par le contrat, telle qu'on le voit dans les contrats longs comme les concessions, et la régulation du contrat⁸⁵⁴. La régulation du contrat fixe des limites à la liberté des parties au contrat. Ainsi, la Commission de régulation de l'énergie (CRE) « *participe à la définition des termes du contrat et au plafond des rémunérations*⁸⁵⁵ ». Il s'agit bien de suivre la formation et l'évolution du contrat dans sa composante juridique et économique. Ainsi l'Autorité de régulation des activités ferroviaire (ARAF) « *doit en effet baser ses évaluations sur des dispositions du contrat relatives à l'équilibre*

⁸⁵² ECKERT Gabriel, Article « Autorités de régulation, Autorités administratives et publiques indépendantes » Fiche 10, in *Dictionnaire des régulations*, sous la direction de Michel BAZEX, Gabriel ECKERT, Régis LANNEAU, Christophe LE BERRE, Bertrand du MARAIS, Arnaud SEE, Lexis nexis, Paris, 2016, p. 104.

⁸⁵³ Ibidem, p. 102.

⁸⁵⁴ FOLLIOT-LALLIOT Laurence, Article « Régulation du contrat », Fiche 60, in *Dictionnaire des régulations*, sous la direction de Michel BAZEX, Gabriel ECKERT, Régis LANNEAU, Christophe LE BERRE, Bertrand du MARAIS, Arnaud SEE, Lexis nexis, Paris, 2016, p. 559.

⁸⁵⁵ CE, 28 novembre 2012, *Direct Energie*, n°330548.

économique mais également prendre en compte la perte de recettes, les coûts supplémentaires et les bénéfices éventuels à court et à moyen terme ainsi qu'à l'évolution de la rentabilité des services exploités. En revanche, ce pouvoir d'interprétation doit être circonscrit aux clauses qui ont un effet concurrentiel⁸⁵⁶ » et elle ne doit pas porter sur « l'équilibre de dispositions contractuelles librement négociées⁸⁵⁷ » dès lors que ces clauses ne font pas obstacle à un accès équitable aux infrastructures.

Les tentatives de régulation centrale en France dans le secteur de l'eau

En France, il n'existe pas d'instance nationale qui fixe le prix de l'eau, comme au Royaume-Uni, la fixation du prix est au contraire décentralisée dans les collectivités en charge de la gestion de l'eau, c'est-à-dire les instances intercommunales. Les premiers contrats d'eau (1850-1923) pouvaient être considérés comme faisant l'objet d'une régulation « *price cap* », en raison des clauses figées dans le contrat. A partir de 1923, la régulation est un mixte entre « *cost plus* » et « *price cap* », ainsi que nous l'avons exposé dans la première partie, les dispositions jurisprudentielles et les clauses du contrat permettant d'aménager la vie financière du contrat et permettant à l'opérateur de recouvrer ses coûts et ses investissements.

Une tentative de régulation centralisée a été faite en 1998, quand le Haut Conseil des services publics avait préparé un projet de décret pour la création d'un Haut Conseil pour le service de l'eau et de l'assainissement, sur le modèle des autorités administratives indépendantes. Cette autorité aurait pu saisir le Conseil de la concurrence, les chambres régionales et territoriales des comptes, émettre des recommandations. Mais rapidement ce projet est apparu comme sous-dimensionné par rapport aux enjeux et le Haut Conseil avait préconisé la création d'une « *autorité de régulation de l'eau et de l'assainissement* ». Elle a été conçue comme ayant un rôle de conseil et d'information en développant les méthodes pour maîtriser les prix, des indicateurs de performance, et en réfléchissant sur l'application de taux raisonnables de retour sur le capital investi par les entreprises du secteur (« *fair rate of return* »). Il entraînait dans sa compétence d'imposer un cahier des charges type qui fixe les obligations de renouvellement des installations, les modalités de financement des investissements, la standardisation des formules d'indexation, des durées de délégation dépendant des caractéristiques du service. Le projet lui donnait

⁸⁵⁶ ARAF, Décisions n°2014-013 du 15 juillet 2014.

⁸⁵⁷ Ibidem.

le pouvoir de prononcer des injonctions, notamment de résiliation du contrat, en cas d'irrégularités constatées.

Le Haut Conseil avait, pour formuler ses propositions, auditionné notamment les responsables de l'OFWAT au Royaume-Uni et avait préparé un projet de loi portant sur la création de cette autorité de régulation et sur le contenu de la régulation du secteur de l'eau et de l'assainissement. Ce projet incluait la création de l'autorité de régulation et la création de « sociétés locales de gestion déléguée » à participation majoritaire des collectivités publiques locales, destinées à gérer le service dans le cas de non reconduction des délégataires.

Cette réforme n'a pas vu le jour en raison de l'opposition du Sénat et donc de l'opposition d'une majorité d'élus locaux, à une recentralisation de la gestion de l'eau, jugée contraire à la Constitution. La réforme a donné lieu à de nombreux débats. La fédération nationale des communes concédantes et régies s'était positionnée en faveur du projet de Haut Conseil de l'eau en raison de l'isolement des collectivités locales « *face aux grands opérateurs et aux administrations nationales et européennes*⁸⁵⁸ », à condition toutefois de ne pas en faire un organisme qui entrerait dans les détails de la tarification, comme le font les autorités de régulation des télécommunications ou de l'électricité. Certaines des orientations émises ont tout de même été reprises dans des lois postérieures, comme le renforcement du niveau de l'intercommunalité, la mise en place de sociétés d'économie mixte à opération unique permettant la gestion de services publics comme l'eau (SEMOP). Une régulation des prix de type relativement autoritaire du type de celle mise en place par l'OFWAT n'a jamais été mise en place ni même proposée.

6.3.2.2. LA REDEFINITION DES ATTRIBUTIONS D'UN REGULATEUR CENTRAL

Il semble que le secteur de l'eau doive échapper à la logique d'une régulation centrale « autoritaire », du type des autorités administratives indépendantes que nous avons évoquées. Cependant, une régulation plus efficace et plus directive que la régulation actuelle, lâche et dispersée, apparaît souhaitable. Cette affirmation de la régulation trouve déjà un début de mise en œuvre.

⁸⁵⁸ Rapport d'information n°146 (2000-2001) de Jean-François Poncet et Jacques Oudin, déposé le 14 décembre 2000.

L'élaboration de normes d'évaluation

L'élaboration d'outils de comparaison ressort des fonctions de régulateur. C'est un des objets de la « *Sunshine regulation* ». Il s'agit d'élaborer les normes nécessaires à la comparabilité des services, ainsi que les normes nécessaires à l'évaluation des services. Cette évaluation, contrairement à ce que propose la MAPP, n'aurait pas pour objectif de donner un outil verrouillé et orienté d'évaluation centré sur la rentabilité financière exclusivement, mais serait destinée à faire une évaluation patrimoniale, une évaluation technique, une évaluation des coûts et une évaluation financière. Plutôt qu'une prescription normative, le régulateur viserait une standardisation des évaluations. On voit bien que la logique n'est pas la même que celle de la MAPP : il ne s'agit pas d'imposer un modèle de contrat contre d'autres modèles, mais de permettre d'évaluer sur la base de standards communs, la situation d'un service d'eau et d'assainissement et de pouvoir comparer ce service à différents instants du contrat pour aider à sa renégociation éventuelle, dans un cadre lui-même standardisé.

Le travail actuel d'élaboration de méthodologies de la gestion et de l'évaluation, effectué sous l'égide de l'ASTEE⁸⁵⁹ va dans ce sens. Ce travail est le fruit d'une coopération entre les différents gestionnaires des services d'eau, publics et privé, des chercheurs des laboratoires d'analyse des services d'eau. Il fait également référence aux travaux des chambres régionales des comptes sur l'analyse des coûts. Le travail reste encore cependant long pour atteindre un niveau d'information qui soit suffisant à une correcte régulation. Ainsi que le note le rapport CGEDD-IGA de février 2016, « *la construction, relativement récente, de cette régulation sur les aspects économiques n'est pas encore allée au bout de la démarche. La mission, pour résumer, qualifierait volontiers le système français actuel de « moonlight regulation » (régulation du « clair de lune ») plutôt que de « sunshine regulation » (régulation « par la mise en lumière » [du soleil])*⁸⁶⁰ ».

Le rôle de mise en lumière de la gestion du secteur de l'eau par les juridictions financières a été souligné par le rapport « Roche » : « *Un deuxième niveau de la*

⁸⁵⁹ ASTEE, Gestion patrimoniale au sein des services d'eau et d'assainissement, Approche croisée par le suivi des activités et l'analyse des coûts du service, septembre 2017.

⁸⁶⁰ CONSEIL GENERAL DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE (CGEDD), Pierre-Alain ROCHE coordonnateur, rapport n°010151-01, Eau potable et assainissement : à quel prix, février 2016.

régulation par la mise en lumière consiste à disposer d'une entité indépendante ayant des pouvoirs d'investigation. De tels pouvoirs existent aujourd'hui : ce sont ceux de la Cour des comptes et des Chambres régionales des comptes⁸⁶¹. » Il propose que, plutôt qu'un éclairage par « éclat », au gré des rapports ponctuels communiqués par la Cour des comptes elle-même, un éclairage permanent soit apporté au secteur. Il préconise la constitution au sein des juridictions financières « d'une équipe dédiée à ce secteur. C'est ce qui est pratiqué par la cour des comptes quand elle spécialise une instance interne (comme pour les contrôles sur les URSSAF et les organismes sociaux). Il serait intéressant qu'une équipe spécialisée au sein de la Cour des Comptes assure la coordination et la synthèse thématique permanente des travaux des Chambres régionales⁸⁶². » Le rapport ajoute que selon ses observations, « il pourrait également être intéressant d'examiner l'opportunité que cette équipe soit finalement intégrée dans une instance indépendante spécifique, dans un calendrier prévoyant des étapes de préfiguration et de montée progressive en puissance, pour une éventuelle mise en œuvre opérationnelle généralisée en 2025 ».

Le contrôle du comportement des opérateurs

Les conditions de négociation et de renégociation des contrats devraient faire l'objet d'un suivi particulier. La mission du régulateur serait de veiller à ce que les procédures soient respectées, comme le respect des conditions de négociation et de renégociation, des modalités des renégociations. L'ensemble des opérateurs serait concerné, publics ou privés. L'observatoire de la loi « Sapin » joue déjà un rôle dans le suivi des procédures d'attribution. Il s'agirait d'aller plus loin vers un suivi en temps réel des procédures, telles qu'elles seraient enrichies par les constats que nous avons formulés : présence d'une évaluation complète du service, avis de la commission de DSP, etc. Le non-respect de ces procédures pourrait être assorti de pénalités financières.

⁸⁶¹ CONSEIL GENERAL DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE (CGEDD), Pierre-Alain ROCHE coordonnateur, rapport n°010151-01, Eau potable et assainissement : à quel prix, février 2016, p. 109.

⁸⁶² Ibidem, p. 110.

La question de la constitutionnalité d'une haute autorité de l'eau

Le rapport précité du CGEDD-IGA ne se prononce pas sur la création d'une haute autorité dans le secteur de l'eau et de l'assainissement, chargée non plus de l'autorité de réglementation, qui incombe aux ministères concernés mais de l'autorité de régulation (incitation, sanction). La création de cette haute autorité pourrait se heurter au principe constitutionnel d'autonomie des collectivités territoriales. Certaines mesures prises par une telle haute autorité comme par exemple la sanction par des pénalités financières du non-respect des procédures de renégociation, pourraient venir interférer avec la procédure de dévolution conduite par les collectivités locales. En opportunité, une telle haute autorité viendrait renforcer les attributions de l'Etat à un moment où les décisions prises dans le domaine de l'eau vont plutôt vers le renforcement des intercommunalités et notamment des communautés d'agglomération et communautés urbaines.

Une modification constitutionnelle serait sans doute nécessaire pour aménager les compétences des collectivités territoriales dans le domaine de l'eau. Cela peut paraître anachronique, mais d'autres réformes, comme celles du contrôle des finances locales, mériteraient des ajustements qui auraient des impacts de ce type. Il faut également rappeler que la liberté constitutionnelle des collectivités locales est encadrée par la loi, comme on le voit avec l'ordonnance du 17 juillet 2004 qui crée l'obligation de l'évaluation préalable pour les projets de contrat de partenariat, devenus marchés de partenariat avec l'ordonnance du 23 juin 2015⁸⁶³. Il nous semble que hors de telles modifications, des solutions sont possibles. Le renforcement de l'arsenal réglementaire, par la mise en place d'instruments d'évaluation et d'obligations d'évaluation et de renégociation encadrée, permettrait de standardiser les procédures de passation et d'exécution ainsi que les données des différents services d'eau et d'assainissement.

Une mission de règlement des différends

Le juge administratif reste le garant ultime du respect du droit de chacune des parties au contrat. Afin de faciliter la recherche de solutions amiables dans l'intérêt des deux parties et en équité, la mise en place d'un mécanisme de médiation obligatoire pourrait avoir une valeur ajoutée, permettant aux parties de concilier leurs intérêts à l'aide d'un médiateur dont la compétence reconnue permettrait de

⁸⁶³ Article 67 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

trouver des solutions plus adaptées au conflit entre les parties. Cette instance de règlement des différends pourrait être positionnée à un niveau central ou à un niveau régional, mais sous la forme d'une autorité indépendante de l'Etat et des collectivités territoriales.

La composition de cette instance de règlement des différends pourrait s'inspirer des instances de conciliation pré juridictionnelle existant par exemple au Canada, avec le modèle des tribunaux administratifs québécois, qui est intéressant sur ce point. Si l'instance de conciliation fait intervenir un juge administratif (non présent en cas d'audience sur la même affaire), les décisions sont prises par un panel composé d'une partie de spécialistes du droit, des finances et une partie de spécialistes techniques du secteur. On notera qu'en France, les tribunaux administratifs sont déjà saisis de demandes de médiations, y compris dans le cadre de relations entre partenaires à des contrats de DSP.

6.3.3. LES ATTRIBUTIONS D'UN REGULATEUR LOCAL : LE PREFET ET LES CHAMBRES REGIONALES DES COMPTES

L'Etat local, le préfet, joue déjà un rôle significatif dans la régulation des relations contractuelles entre les collectivités locales et les délégataires dans le cadre de ses pouvoirs de contrôle de légalité et de « tutelle administrative » des collectivités locales. Le CGCT a donné des pouvoirs d'investigation au préfet sur les DSP, par l'intermédiaire des chambres régionales des comptes. L'article L. 234-1 du code des juridictions financières dispose ainsi que « *le contrôle des conventions relatives à des délégations de service public est régi par les dispositions de l'article L. 1411-18 du code général des collectivités territoriales ci-après reproduit : Art. L. 1411-18.-Les conventions relatives à des délégations de service public peuvent être transmises par le représentant de l'Etat dans le département à la chambre régionale des comptes. Il en informe l'autorité territoriale concernée. La chambre régionale des comptes examine cette convention. Elle formule ses observations dans un délai d'un mois à compter de sa saisine* ».

La chambre régionale des comptes procède à un examen en trois temps. Elle examine les modalités de passation du contrat en procédant à une analyse juridique des conditions de passation au regard du droit relatif à la passation du contrat, aux avenants, aux négociations ou à d'autres sujets. Elle examine l'économie générale du contrat. Elle peut alors se prononcer sur une éventuelle iniquité ou une

modification de l'équilibre des risques, sur des incertitudes qui peuvent peser sur les conditions de financement de certaines opérations et la répartition de ces financements entre délégant et délégataire, sur la politique tarifaire mise en place, sur la précision ou non des charges d'exploitation prévues au contrat, sur la soutenabilité globale du contrat au regard des produits attendus, sur l'indemnité de résiliation, etc. La chambre procède généralement à une évaluation de la marge financière du contrat. Enfin, la chambre en tire les conséquences sur l'incidence financière sur la collectivité. Sur ce dernier point les incidences ne sont pas toujours directes dans les contrats de DSP d'eau et d'assainissement, comme cela peut être le cas pour les contrats qui nécessitent une forte implication financière de la collectivité (concessions ou domaines du transport, de la gestion de ports, etc.). Mais les conséquences sont souvent importantes pour les usagers. Les avis des chambres régionales des comptes sont donc en général assez précis et détaillés.

L'avis n'est pas contraignant pour le préfet. Cependant, l'expérience montre que l'avis a souvent des incidences qui peuvent se traduire par une pression pour la renégociation du contrat ou de l'avenant concerné, voire par une saisine du tribunal administratif.

On peut constater plusieurs limites à ce dispositif. En premier lieu, le fait est que les chambres régionales des comptes sont peu saisies par les préfets pour des demandes d'avis sur les contrats de DSP, partant, le préfet n'a pas un rôle de véritable régulateur. On a recensé une quarantaine d'avis depuis le milieu des années 90. L'activité des chambres régionales et territoriales des comptes aux Antilles et en Guyane reflète bien la rareté de ces saisines. En 10 ans, seuls trois avis sur des DSP ont été rendus, un sur l'eau (avenant d'un contrat de DSP en Martinique), un sur un nouveau contrat d'assainissement (Saint-Martin) et un sur un nouveau contrat de gestion d'un aéroport (Saint-Martin). L'analyse des contrats de DSP ne se limite pas aux saisines par le préfet puisque les chambres les examinent aussi, parfois, dans le cadre des examens de gestion. Il reste cependant que l'expertise des CRTC est peu sollicitée. Il pourrait être envisagé dès lors, de prévoir qu'un régulateur central puisse faire appel aux préfets et aux juridictions financières pour avoir des avis ou des évaluations sur des contrats.

Actuellement, l'article L. 234-1 du code des juridictions financières dispose que « *L'assemblée délibérante est informée de l'avis de la chambre régionale des comptes dès sa plus proche réunion* ». Il n'a pas été impacté par l'accessibilité en

ligne et au public, initiée par la loi NOTRé, des informations concernant les collectivités publiques. Cette ouverture ne concerne pour le moment que les avis strictement budgétaires et l'article 1612-19 dispose que « *Sans attendre la réunion de l'assemblée délibérante, les avis formulés par la chambre régionale des comptes et les arrêtés pris par le représentant de l'Etat en application des articles L. 1612-2, L. 1612-5, L. 1612-12 et L. 1612-14 font l'objet d'une publicité immédiate* », sans parler des avis portant sur les conventions de DSP pris sur la base de l'article L. 234-1. Il serait utile pour le débat public, que ces avis, comme les avis budgétaires, fasse l'objet d'un accès public numérique immédiat.

En outre, si cette régulation même limitée, est utile, le positionnement particulier du préfet, représentant de l'Etat, ne donne pas toutes les garanties d'indépendance que pourrait requérir un rôle de régulateur.

Conclusion du titre 6

La montée en puissance de la figure du consommateur ouvre de nouvelles perspectives pour une régulation du service qui prenne davantage en compte les intérêts du consommateur. Il s'agit d'un rééquilibrage nécessaire car, dans les délégations de service public d'eau et d'assainissement, les risques (prix et maintenance des équipements) ont souvent été reportés sur le seul usager-consommateur, sans que celui-ci soit suffisamment informé ou partie prenante au service. Malgré certains progrès le chemin reste encore long pour qu'il trouve la place qui doit lui revenir dans la régulation du service (information, participation, évaluation, recours).

La question de la mise en place d'une régulation davantage centralisée se pose. La plus grande information disponible, l'harmonisation des indicateurs et des pratiques d'évaluation témoignent de cette régulation centrale qui s'affirme et qui prend essentiellement la forme d'une « *sunshine regulation* » (ou « *moonlight regulation* » comme disent certains observateurs). Elle nous paraît devoir aller plus loin.

La question du régulateur central pose aussi la question de l'encadrement de la liberté constitutionnelle des collectivités territoriales. La compétence de l'eau et de l'assainissement étant exercée au niveau local, et des agglomérations en particulier depuis la loi NOTRé, il ne peut y avoir une tutelle administrative centrale sur la

gestion locale. Cependant, la loi a toujours encadré les compétences locales et des marges de manœuvre existent pour appuyer une pratique régulée des contrats.

Un encadrement plus important du contrat de DSP, par la mise en place de commissions de conciliation ou de médiation obligatoire en cas de litige, préalablement à la saisine du juge, serait une façon de réintroduire de la régulation harmonisée sans porter atteinte à la liberté des parties au contrat. Elles interviendraient dans un cadre lui-même plus contraignant sur les renégociations des contrats, pour veiller à l'application des procédures de renégociation. Ces dispositions pourraient être à même de mieux défendre l'intérêt du consommateur tout en préservant la pérennité du service et de sa gestion. Une ouverture plus large de ces mécanismes de médiation et de négociation / renégociation à l'utilisateur du service et au préfet, sous le contrôle du juge, pourrait permettre de renforcer la régulation centrale, tout en respectant les dispositions constitutionnelles précédemment mentionnées.

CONCLUSION GENERALE

Le contrôle des délégations de service public d'eau apparait de prime abord comme un pouvoir de l'administration qui se traduit par des prérogatives de puissance publique, comme la modification unilatérale ou la résiliation pour motif d'intérêt général. L'encadrement des procédures de passation semblent également donner le pouvoir du choix de l'opérateur et des conditions d'exploitation du service.

L'exécution contractuelle nous montre que l'on doit plutôt constater une inversion du pouvoir : la résiliation du contrat est une entreprise risquée qui ne se produit que très rarement et ne peut être considérée comme un instrument de contrôle. Les modifications unilatérales sont rares, à l'inverse des renégociations du contrat qui sont très nombreuses et aboutissent à vider de leurs effets, pour une partie non négligeable, les accords initiaux passés selon des procédures pourtant encadrées. Les modifications du cadre juridique des DSP ont surtout concerné la passation des contrats sans que les bases de l'exécution de ce type de partenariat ne soient réformées en profondeur pour prendre en compte l'exigence de performance et de redevabilité des parties au contrat et alors même que l'exécution du contrat rejaillit sur sa passation.

On aboutit alors à une inversion du pouvoir au profit du délégataire, qui détient, sur le service, la plus grande partie des leviers qui peuvent caractériser un contrôle : le savoir-faire stratégique, le capital, la gestion des hommes et principalement des managers stratégiques, les procédures, la diffusion d'une culture d'entreprise. Si le contrôle peut être défini comme simple surveillance, il ne s'agit pas d'un pouvoir, s'il est défini comme une réelle maîtrise et une direction des opérations, alors il y a un pouvoir. Dans le rapport partenarial dans les délégations de service public, il ne s'agit pas de cela : la collectivité publique ne peut se contenter d'une simple surveillance et ne peut aller jusqu'à une direction des opérations. Il ne s'agit pas pour la collectivité publique de reprendre le contrôle de la gestion du service public, celle-ci étant déléguée mais d'être capable de s'assurer que cette gestion est conforme à l'intérêt général du service public, dont elle a la responsabilité *in fine*.

La deuxième partie de notre travail s'est attachée à dégager des outils permettant de s'assurer de cette conformité à l'intérêt général. Il s'est agi de définir des principes qui peuvent guider l'action publique : la réversibilité, la capacité d'évaluation, la mise en œuvre d'une concurrence plus efficace. Ces principes

définissent ce que peut être, non un contrôle, au sens d'un pouvoir de contrôle, qui ne paraît pas adapté au type de relation entre un délégataire et une collectivité délégante, mais un contrôle comme instrument d'une régulation à définir.

Les résultats de la recherche ont permis de cerner les défaillances dans ce rôle de régulation. Ainsi apparaissent avec précision la difficulté de connaître et de valoriser les éléments humains, matériels et immatériels constitutifs du service, ainsi que l'absence de répartition claire des responsabilités et des risques dans les contrats. Le caractère incomplet des contrats de DSP donne l'occasion de les modifier de nombreuses fois. Mais ces modifications portent la marque de la profonde l'inégalité des partenaires du projet sur les éléments essentiels du service.

Cette régulation nous semble pouvoir être définie par la capacité de conduire des négociations, initiales et complémentaires (et non des négociations et renégociations continues) à l'aide d'outils juridiques (clauses contractuelles précisées et cahier des charge plus directif) et financiers comme l'évaluation de la valeur ajoutée du service. L'accent doit donc être mis tant sur la connaissance et le partage des données que sur la fixation des objectifs et leur évaluation régulière.

La négociation nous paraît cependant efficace si elle est loyale et engage chacune des parties sur la part de responsabilité qui lui revient. Les comparaisons nationales, l'application de normes de bonne gestion et la présence d'un régulateur peuvent alors avoir leur utilité. La configuration décentralisée de la gestion des services d'eau en France semble donner à ce régulateur une place moins centrale qu'elle peut l'avoir dans d'autres secteurs, comme l'électricité ou la téléphonie. La combinaison d'une régulation nationale et locale peut alors avoir son intérêt, ainsi que l'ouverture du champ de la médiation.

Les évolutions qui nous paraissent souhaitables sont les suivantes :

1. Sur les règles générales applicables aux contrats de DSP

- Revenir sur le principe d'intangibilité de l'équilibre financier du contrat. L'équilibre financier n'est pas un équilibre à définir par rapport à un contrat initial, c'est un équilibre à définir par rapport à des données expertisées sur la marge normale du contrat, en privilégiant le standard de « l'équivalence honnête ».

- Ouvrir au profit des collectivités les données précises de la gestion du service, tout en respectant le secret des affaires, dans l'approfondissement de la ligne fixée par la directive de l'Union européenne sur les concessions (*open data*).
- Mieux préciser le régime juridique des biens de retour et des biens de reprise pour intégrer la situation des biens immatériels stratégiques des délégations.
- Rendre obligatoire une évaluation préalable à toute négociation ou renégociation. Pour la renégociation, elle pourrait comprendre :
 - La mise à jour de l'évaluation du service réalisée préalablement à la conclusion du contrat initial.
 - Un compte rendu financier présenté dans le format standardisé du compte d'exploitation prévisionnel réalisé par le délégataire au moment de la conclusion du contrat.
 - Un audit technique des équipements du service.
 - Une analyse coûts / avantages d'une renégociation du contrat.

2. Sur le rôle du régulateur, des élus et des usagers

- La mise en place d'une régulation par une agence, non sous la forme d'une agence centralisée et dotée de pouvoirs forts de régulation, comme la fixation des tarifs de l'eau, mais d'une agence qui fixerait des cahiers des charges plus prescriptifs et permettrait l'évaluation des contrats de DSP.
- Définir un type de régulation économique qui corresponde au contexte économique (concurrence pour le marché), au type de service offert (affermage ou concession) et qui soit incitatif à la maîtrise des coûts dans la gestion du service (« *price cap* ») mais incitative pour la partie innovation ou investissement (« *cost of service* »).
- Associer la commission de DSP et de la CCSPL à la procédure de renégociation, avec une information précise de ses membres et la formulation d'un avis de chacune de ces instances, postérieurement à la renégociation, mais aussi préalablement à la signature de l'avenant.
- Instaurer un dispositif de médiation en cas de conflit. Il contribuerait à une régulation, concertée et professionnelle, du secteur.

3. Sur le service et ses répercussions dans le contrat

- Sur la rédaction générale du contrat
 - Mettre en place un outil d'analyse des risques constitué d'une grille d'analyse à intégrer formellement au contrat.
 - Mettre en place de garanties réciproques permettant de dissuader les délégataires ou les collectivités délégantes de comportements opportunistes.
 - Veiller à ce que la formule d'indexation comporte une part fixe plus importante que les 15 ou 20% affichés habituellement.
 - Renforcer les procédures de dévolution des marchés privés avec les prestataires extérieurs.
 - Avoir comme ligne directrice la réversibilité de la gestion du service.
- Sur le personnel
 - Revoir la rédaction de l'article R. 1411-7 du CGCT en imposant la communication précise des conditions d'emploi des agents, validés par le conseil d'administration de l'entreprise délégataire, et indiquant notamment la quote part du temps passé sur le contrat objet de la délégation par rapport au temps de travail total de chaque agent.
 - Intégrer dans le contrat, au titre des mesures de fin de contrat, la valorisation des savoir-faire des agents, comme élément de patrimoine de la DSP.
 - Communiquer par le délégataire à la collectivité délégante une répartition analytique des données sur le personnel : temps de travail, coût moyen, répartition sur les fonctions.
- Sur les biens de la délégation
 - Garder, pour la collectivité, le contrôle des biens stratégiques et notamment des solutions logicielles de gestion du service, en négociant des stipulations contractuelles suffisamment protectrices des intérêts des collectivités.
 - Mise en place d'incitations du gestionnaire à la valorisation du patrimoine du service public.
 - Mettre en place un outil de suivi des provisions permettant la liaison précise entre les provisions et les travaux de renouvellement

effectués ainsi que les déductions fiscales obtenues au titre de ces provisions.

- Mettre en place un mécanisme de répartition de travaux entre collectivité et délégataire qui soit en relation avec le rendement de réseau et les gains de productivité. Un investissement en liaison directe avec une augmentation de la productivité doit en priorité être du ressort de l'exploitant.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX ET SPECIALISES

AUBY Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'Etat*, LGDJ, coll. Systèmes, 2010.

AUBY Jean-Bernard, Régulation et droit administratif, in *Mélanges Timsit*, Bruylant, 2005.

AUBY Jean-François, *La délégation de service public*, Dalloz, 1997.

BARLOW Maude, CLARKE Tony, *L'Or bleu*, Fayard, 2002.

BAZEX Michel (sous la direction de), ECKERT Gabriel, LANNEAU Régis, LE BERRE Christophe, MARAIS Bertrand du, SEE Arnaud, *Dictionnaire des régulations*, Lexis nexis, Paris, 2016.

BETTINGER Christian. *Les nouveaux enjeux de la concession et des contrats apparentés après les réformes 1993-1995*. EFE, 1995.

BETTINGER Christian., *La gestion déléguée des services publics dans le monde. Concession ou BOT*, Berger-Levrault, 1997.

BEZANÇON Xavier, *Les services publics en France, du Moyen-Age à la Révolution*, Presses des Ponts et Chaussées, 1997.

BEZANÇON Xavier, *Essai sur les contrats et travaux de services publics*, LGDJ, 1999.

BOITEAU Claudie, *Les conventions de délégation de service public*, Editions du moniteur, 2007.

BOÜARD Fabrice de, *La dépendance économique née d'un contrat*. LGDJ, avril 2007.

BOYER Robert, La diversité des institutions d'une croissance tirée par l'information ou la connaissance » in Centre Saint-Gobain pour la recherche économique (éditeur), *Institutions et croissance*, Paris, Albin Michel, 2001. p. 327-398.

BRACONNIER Stéphane, *Droit des services publics*, PUF, collection Thémis, 2ème édition, novembre 2007.

BRAUDEL, Fernand, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XVème et XVIIIème siècles* 1. Les Structures du quotidien - 2. Les Jeux de l'échange - 3. Le Temps du monde, Paris, Armand Colin, 1979.

BRAUDO, Serge, Dictionnaire de droit privé. <https://www.dictionnaire-juridique.com>.

CANGUILHEM Georges, *La connaissance de la vie*, Paris, Vrin, 1992 [1965].

CHANDLER Alfred. D., *The Visible Hand: The Managerial Révolution in American Business*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.

COHEN Alain-Gérard, *Contrôle interne et audits publics*, LGDJ, 2008.

CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard, *L'Acteur et le Système*, Paris, Seuil, 1977.

DELAUNAY Benoît, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2015.

DELBLOND, Antoine, *Droit administratif*, Larcier Editions, 2009.

DELVOLVE Pierre, *Le droit administratif*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2010.

DESCROIX Luc, LASSERRE Frédéric, *L'eau dans tous ses états*, L'harmattan, 2003.

DROBENKO Bernard, *Introduction au droit de l'eau*, Johanet, 2014.

DUBOIS, Jean-Pierre, *Le contrôle administratif sur les établissements publics*, LGDJ, 1982.

DUPONT Christophe, *La négociation. Conduite, théorie, applications*, Dalloz-Sirey, 1994.

DUROY Stéphane, *La Distribution d'eau potable en France. Contribution à l'étude d'un service public local*, LGDJ, 1996.

ECKERT Gabriel, Le principe constitutionnel d'impartialité et les autorités de régulation économique et financière, in *Mélanges Constantinesco*, Bruylant, 2014.

FALQUE Max (dir.), *L'eau entre réglementation et marché*, Johanet, 2014.

FISHER Roger, URY William, PATTON Bruce, *Negotiating an Agreement Without Giving in*, Random House, 1999.

FREROT Antoine, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Editions Autrement, 2009.

GABRIE Hubert, JACQUIER Jean-Louis, *Les théories modernes de l'entreprise: l'approche institutionnelle*. Economica, 2001.

GAZZANIGA Jean-Louis., LARROUX-CASTERA Xavier, MARC Philippe., OURLIAC Jean-Paul, *Droit de l'eau*, Litec, 3ème édition, 2011,

GOUBERT Jean-Pierre, *La Conquête de l'eau*, Hachette, 1987.

GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 3ème édition, 2004.

GUGLIELMI Gilles, KOUBI Geneviève, LONG Martine, *Droit du service public*, 3ème éd., LGDJ, 2011.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif*, Librairie du recueil générale des lois et arrêts, 1893.

HENRY Claude, QUINET Emile, *Concurrence et service public*, L'Harmattan, 2003.

KAUL Inge, GRUNBERG Isabelle, STERN Marc, *Les biens publics mondiaux*, Economica, 2002.

LAGUERRE Alain, *Concurrence dans les marchés publics*, Berger-Levrault, 1989.

LAIME Marc, *Le lobby de l'eau, enquête sur une réforme impossible*, François Bourin Editions, 2014.

LAUBADERE André de, MODERNE Frank, DELVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 2ème éd., 1984.

LAUBADERE André de, MODERNE Frank, DELVOLVE Pierre, *Traité de droit administratif*, LGDJ, Paris, 9ème éd., 1999.

LINOTTE Didier, ROMI Raphaël, *Services publics et droit public économique*, Litec, 5ème édition, 2003.

LLORENS François, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, LGDJ, 1981.

MARC Philippe, *Les Cours d'eau et le droit*, Johanet, 2006.

MARSILY Ghislain de, *L'eau, un trésor en partage*, Dunod, 2009.

MOIROUX Julien, RAPP Lucien, *Contrats publics et finance d'entreprise*, Lexis-Nexis LGDJ, 2016.

MOREAU David, *Les marchés de service public – un nouveau mode de gestion des services publics*, Le moniteur, 2005.

ORSENNA Erik, *L'Avenir de l'eau*, Fayard, 2008.

PAQUEROT Sylvie, *Le statut des ressources vitales en droit international. Essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*. Collection mondialisation et droit international, Bruxelles, Bruylant, 2002.

PAQUEROT Sylvie, *Un monde sans gouvernail. Enjeux de l'eau douce*, Outremont, Athéna, 2005.

PERRET Bernard, *L'évaluation des politiques publiques*, Edition La découverte, 2008.

PERTERSMANN Marie-Catherine, *Les sources du droit à l'eau en droit international*, Editions Johanet. 2013.

PETRELLA Riccardo, *L'eau, res publica ou marchandise*, Paris, La dispute, 2005.

PETRELLA Riccardo, *Le Manifeste de l'eau: pour un contrat mondial*, Edition Labor, Loverval (Belgique), 1999.

PETRELLA Riccardo, *Pour une nouvelle narration du monde : humanité, biens communs, vivre ensemble*, Ecosociété, Montréal, 2008.

PEZ Thomas, *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, 2013.

PEZON Christelle, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000.

RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Paris, 1980

RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2010.

RENARD Jacques, *Théorie et pratique de l'audit interne*, 7^{ème} édition, Eyrolles, Editions d'organisation, 2010.

SHARKEY William W., *The Theory of Natural Monopoly*, Cambridge University Press, 1982.

SIRONNEAU Jacques, *L'eau, nouvel enjeu stratégique mondial*, Economica, 1996.

SMITH Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, W. Strahan and T. Cadell, London, 1776.

STEFANOVITCH Yvan, *L'empire de l'eau : Suez, Bouygues et Vivendi Argent, politique et goût du secret*, Ed. Ramsay, 2005.

TAITHE Alexandre, *L'eau, un bien ? Un droit ?*, Unicomm, 2008.

TEISONNIER MUCCHIELLI Bérangère, *L'impact du droit communautaire sur la distribution et l'assainissement de l'eau en France*, La documentation française, 2003.

TRAORE Seydou, *L'usager du service public*, LGDJ, 2012.

WILLIAMSON Oliver, *Les institutions de l'économie*, préface de Michel Ghertman, InterEditions, 1994.

II. THESES ET MEMOIRES

BIGOT Céline, *Le droit à l'eau en droit international et en droit communautaire. Contribution à l'étude d'un droit de l'homme et des générations futures en émergence*, thèse présentée le 11 décembre 2006 à l'université de Paris-X Nanterre.

BOISTARD Pascal, *Qualité et prix des services publics de distribution d'eau potable. Approche d'un prix de la qualité de l'eau et de la desserte*. Economies et finances. Ecole Nationale des Ponts et Chaussées, 1993. <tel-00523119>

BOURBLANC Magalie, *Les politiques de reconquête de la qualité de l'eau face aux pollutions agricoles*, Thèse, IEP Paris, 2007.

BREUIL Lise, *Renouveler le partenariat public-privé pour les services d'eau dans les pays en développement. Comment conjuguer les dimensions contractuelles, institutionnelles et participatives de la gouvernance*, thèse Engref, spécialité gestion-science de l'eau soutenue le 22 novembre 2004.

DOUSSAN Isabelle, *Activité agricole et droit de l'environnement : l'impossible conciliation*, Thèse, Faculté de Droit, Université de Nice, 1997.

FARINETTI Aude, « L'eau domaniale. La gestion des fontaines publiques et des lavoirs à Lyon », Mémoire de DEA de droit de l'environnement (sous la direction du Professeur Jean UNTERMAIER). Université Lyon III, 1999.

FAUQUERT Guillaume, *Les déterminants du prix des services d'eau potable en délégation – Contribution à la régulation locale des services publics de l'eau potable*, ENGREF (AgroParisTech), 2007.

FAVOREU Christophe, *La démarche stratégique dans le management des collectivités territoriales : état des pratiques, pertinence et objectifs*, Thèse es Sciences de Gestion, Institut d'Administration des Entreprises d'Aix-en-Provence, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille 3, 5 juin 2000.

GOUVELLO Bernard. de, *La Recomposition du secteur de l'eau et de l'assainissement en Argentine à l'heure néolibérale. Lecture au travers du phénomène coopératif*, thèse d'urbanisme soutenue en avril 1999 à l'ENPC, Champs-sur-Marne et Les Services d'eau et d'assainissement en Argentine à l'heure néolibérale. La mondialisation des « modèles » à l'épreuve du territoire, Paris, L'Harmattan, coll. « Villes et entreprises », 2001.

HERNANDEZ Solange, *Paradoxes et management stratégique des territoires : étude comparée de métropoles européennes*, thèse de doctorat en Sciences de

Gestion, soutenue le 25 novembre 2006 à l'Institut de Management Public et de Gouvernance Territoriale d'Aix-en-Provence.

HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, 2009.

LE BOURHIS Jean-Pierre, *La publicisation des eaux. Rationalité et politique dans la gestion de l'eau en France (1964-2003)*. Université de Paris I - Panthéon Sorbonne, département de science politique, 2004.

MONTGINOUL Marielle, *Une approche économique de la gestion de l'eau d'irrigation : des instruments, de l'information et des acteurs*, thèse de sciences économiques, université Montpellier-I, 1997.

NICINSKI Sophie, *L'utilisateur du service public industriel et commercial*, Thèse. L'harmattan, 2001.

PESQUEUX Yvon. *Le « nouveau management public »* (ou New Public Management). 2006. <hal-00510878>

PFLIEGER Géraldine, *Consommateur, client, citoyen : l'utilisateur dans les nouvelles régulations des services de réseaux. Les cas de l'eau, de l'électricité et des télécommunications en France*, Ecole des Ponts Paristech, 2003

RAMBININTSOA Jeoffrey, *Délégation de service public et Conseil de la concurrence*, Mémoire de Master II (Gérard Marcou, président du jury, Laurent Richer, directeur de mémoire), 2007.

VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, Toulouse 1, 2009.

III. ARTICLES, CONTRIBUTIONS, INTERVENTIONS

ADLER Emmanuel, « Le maire et les boues d'épuration. Guide pratique pour les collectivités locales », éditeur Association des maires de France (AMF), mars 2007.

ADVIELLE Frédéric, VAN HERZELE Pierre, « Les chambres régionales des comptes et les activités externalisées des collectivités locales », *AJDA* 2013, p. 2022.

AMABLE Bruno, LORDON Frédéric. « La régulation et le changement technique : une analyse critique, pourquoi ? », *Revue d'économie industrielle*, vol. 60, 2^{ème} trimestre 1992. pp. 70-82.

ANDRES, Luis, GUASCH, J. Luis, and STRAUB Stéphane : “Does Institutional and Regulatory Design Matter for Infrastructure Sector and Firm Performance?”, *World Bank Policy Research Working Paper*, WPS4378, Washington DC, 2007.

AUBY Jean-Bernard, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz 1992, p. 3-16.

AUBY Jean-Bernard, « Partenariats public-privé et aménagement urbain », *Revue juridique de l'économie publique* n° 697, Mai 2012, étude 4.

BACKOFF Robert, WECHSLER Barton, CREW, Jr. Robert E. (1993), "The Challenge Of Strategic Management In Local Government", *Public Administration Quarterly*, Summer, pp. 127-144.

BAKOVIC Tonci, TENENBAUM Bernard, WOOLF Fiona, « Regulation by Contract: A New Way to Privatize Electricity Distribution ? », *World Bank Policy Research Working Paper n°14*, Washington DC, 2003.

BARRAQUE Bernard, « Les marchés de l'eau en Californie. Modèle pour le monde, ou spécificité de l'Ouest américain », *Annales des Mines*, octobre 2002 et janvier 2004.

BARRAQUE Bernard, « Les Services publics de l'eau en France et en Europe », *Données urbaines*, n°4, éditions Anthropos, coll. « Villes », mai 2003.

BARRETEAU Olivier, « Comment gérer ensemble la ressource en eau, quelles méthodes pour faciliter les négociations entre les acteurs ? », colloque Eau et agriculture durable, SIMA, CEMAGREF. 1^{er} mars 2005.

BAUBY Pierre, « Service public : de la tutelle à la régulation », *Flux*, n°31-32, 1998. pp. 25-34.

BAUBY Pierre, SIMILIE Mihaela M. : « La remunicipalisation de l'eau à paris » - Etude de cas, document de travail, CIRIEC, International Commission Scientifique Services publics / entreprises publiques, projet de recherche : « L'avenir de l'entreprise publique », 2014.

BEDDI Hanane, « Les relations siège-filiales dans les firmes multinationales : vers une approche différenciée ? », *Revue Management international*, Volume 17, Numéro 1, Automne, 2012, p. 89-101.

BERNARD François-Charles, Note sous CE, avis, 20 mai 1998, *Compagnie générale des eaux, Les petites affiches*, 1999.

BERNINGER Christian, « Contrôler les délégations de service public », Fascicule de formation, Cour des comptes, septembre 2007.

BERTUCCI Jean-Yves, DOYELLE Alain, « l'examen des conventions relatives à des marchés ou à des délégations de service public », *AJDA* 1995.

BEZANÇON Xavier, « Rétrospective sur la gestion déléguée du service public en France », pp. 15-32 dans : « La gestion déléguée de service public », Dossiers et Documents, *RFDA*, 1997.

BLANQUEFORT Philippe, « Collectivités territoriales et service public de l'assainissement », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, n°38, septembre 2008.

BLONDIL Frédéric, « Service public, service privé, usager et client, un contrat en mutation ? » *RFFP* n°120, Novembre 2012, p. 75.

BOITEAU Claudie, « Concept communautaire de service public et services publics locaux », *RFDA*, 1995.

BOYER Pauline et DENIER-PASQUIER Florence, « Police générale de l'eau et des milieux aquatiques », *JCl. Environnement et Développement durable*, Fasc. 2950.

BOYER Robert, « Les institutions dans la théorie de la régulation », *Revue cahiers d'économie politique*, 2003-1, p. 79-101.

BRACONNIER Stéphane, « Quelques réflexions sur l'étendue de la négociation dans les conventions de délégation de service public – Note sous TA Bordeaux, 26 septembre 2005, Société Agur et TA Pau, 17 octobre 2005, Société Agur », *AJDA* 2006, p. 554.

BRACONNIER Stéphane, « Les Arrêtés municipaux anti-coupures d'eau », *AJDA*, 2005, p. 644.

BRACONNIER Stéphane, « Les avenants aux contrats de délégation de service public à l'épreuve de la directive concession du 26 février 2014 », in *Mélanges Truchet*, Dalloz 2015, p. 25.

BRACONNIER Stéphane, MOREL Jean-Baptiste, « Regards sur les partenariats public-privé internationaux », *Contrat marchés publics* 2007, étude 3.

BRISSEON Jean-François : L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public, *AJDA*, 2005, 591.

BRECHET Jean-Pierre, « Le regard de la théorie de la régulation sociale de Jean-Daniel Reynaud », *Revue française de gestion*, vol. 184, no. 4, 2008, pp. 13-34.

BREUIL Lise, NAKHLA Michel, « Concilier efficacité et service public dans les concessions de service d'eau et d'assainissement dans un environnement institutionnel incertain », ENGREF Montpellier - Laboratoire de Gestion de l'Eau et d'Assainissement, *Revue d'économie industrielle*, n°111, 3^{ème} trimestre 2005.

BREUIL Lise, NAKHLA Michel, « L'internationalisation de la gestion des services d'eau : quel modèle de régulation des services d'eau dans les pays en développement ? », *Politiques et management public*, vol. 21 n° 1, 2003. pp. 27-52.

BRIAND Anne, LEMAITRE Arnaud, « Privatisation de la distribution de l'eau potable en Afrique : une aubaine ? », *Actes de la journée d'études : les Territoires de l'eau*, Université d'Artois, Arras, 26 mars 2004.

BRISSON Jean-François, « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public », *AJDA*, 2005, p. 591.

CAFARELLI François, « Remunicipalisation et finances », *La semaine juridique*, Administration et collectivités territoriales, 10 mars 2014, n°10, Article 2069.

CALAS Bernard, « JAGLIN Sylvie, Services d'eau en Afrique subsaharienne. La fragmentation urbaine en question. CNRS éditions : Paris, 2005 », *Les Cahiers d'Outre Mer*, 2007/1 (n° 237).

CARRATIER DUBOIS Laurent de, « Le conseil d'état, l'économie et le service public : concessions et services publics industriels et commerciaux (années 1880-1950) », Belin, *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2005/3 – n°2-3, pp. 51 à 74.

CHASSAGNON Virgile, « Qu'est-ce qu'une firme-réseau ? », Communication à la XVII^{ème} Conférence Internationale de Management Stratégique (AIMS), Mai 2008, pp. 25, 2008.

CHEMLA Gilles, "Downstream Competition, Foreclosure and Vertical Integration", *Journal of Economics & Management Strategy*, Volume 12, Issue 2. 1999.

CHIPTY Tasneem, SNYDER Christopher, (1999), "The Role of Firm Size in Bilateral Bargaining: A Study of the Cable Television Industry", *The Review of Economics and Statistics*, 81 (2), pp. 326-340.

CHONG Eshien, HUET Freddy, « Partenariats public-privé et investissements de fin de contrat : le cas de l'industrie de l'eau en France ». *Recherches économiques de Louvain*, De Boeck Université, vol. 76(4), pages 413-448, 2010.

COSSALTER Philippe, « Les concessions à durée endogène », *Droit Administratif* - Mai 2006 - n° 5.

COSSALTER Philippe, « Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens », http://chairemadp.sciences-po.fr/pdf/seminaires/2007/rapport_Cossalter.pdf

COSSALTER Philippe, DU MARAIS Bertrand, « La private finance initiative », *Institut de la gestion déléguée*. Mars 2001.

CROCHEMORE Emmanuelle, « Le sort des biens au terme de la délégation de service public », *CP-ACCP* 2009.

DAVID Laurent, « La réglementation par *price cap* : Le cas du transport de gaz naturel au Royaume-Uni », Cahier n° 99.09.14, *Centre de Recherche en Economie et Droit de l'Energie* – CREDEN, Université de Montpellier I, Faculté des Sciences Economiques, Septembre 1999.

DAVOINE Éric, DEITMER Ludger, « L'évaluation participative et responsabilisante : un instrument de structuration des projets de partenariat public-privé en recherche et développement », *Revue française d'administration publique* 2009/2 (n° 130), p. 275-289.

DECOUTERE Stéphane (1997), La nouvelle gestion publique vue en termes de management territorial et de milieu innovateur. L'exemple du Valais, in M. Finger, B. Ruchat « *Pour une nouvelle approche du management public. Réflexion autour de Michel Crozier* », Ed. Séli Arslam., pp.75-95.

DELVOLVE Pierre, « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 20 septembre 1996, p. 678.

DEROSIAUX Virginie, « Nature du contrôle des comptes des délégataires de service public par les chambres régionales des comptes », note sous CE, avis, 20 mai 1998, *Compagnie générale des eaux*, *JCP* 1998.

DESRUMAUX Nicolas, « L'évaluation économique préalable des partenariats public-privé. Anticipation des risques et contrôles financiers », Lille, janvier 2011 (*article en ligne*).

DIOP Salif, REKACEWICZ Philippe, « Atlas mondial de l'eau, une pénurie annoncée », *Autrement*, coll. «Atlas/Monde», 2003.

DOUENCE, Jean-Claude, « Le critère financier de la délégation de services publics à l'épreuve de la pratique contractuelle », *Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004.

DOURLENS Nicolas, MOUSTIER Rolland de, « Le sort des délégations de service public conclues dans les domaines de l'eau, de l'assainissement et des déchets après le 3 février 2015 », *JurisClasseur Contrats et marchés publics* n° 5, Mai 2013.

DREYFUS Jean-David, « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA* 2009.

DROBENKO Bernard, « Loi sur l'eau et les milieux aquatiques : entre attermolements et renoncements », *RJE* 2007, p. 141.

DROUET Dominique, « La recomposition du secteur de l'eau en Europe », *Réseaux*, vol. VII, no 35, 1989, p. 37.

DUGUEPEROUX Guy, « Le contrôle des délégations de service public par les chambres régionales des comptes », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, n°98, février 2014, p. 67-70 et *Revue Gestion et Finances publiques*, p. 48-52, juillet-août 2014.

EBERHARD Anton, « A re-assessment of Independent Regulation in Infrastructure in Developing Countries: Improving Performance through Hybrid and Transitional Models », *The annual World Bank Conference on Development Economics*, Washington DC, 2006.

ECKERT Gabriel, « Délégation de service public et droit communautaire, une conciliation délicate », *RDP* n°1-2010.

ECKERT Gabriel, L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée, *RFDA*, 2012, n°143.

ECKERT Gabriel, Droit à l'information du concédant », *JurisClasseur Contrats et Marchés publics* n° 2, Février 2013.

ESCAUT Nathalie, « La reconstruction du stade Jean Bouin est-elle une délégation de service public ? Les conventions d'occupation domaniale doivent-elles faire l'objet de publicité et de mise en concurrence ? », *BJCP*, Janvier 2011, n° 74, p. 36 à 54.

FAISANDIER Pierre, « La vérification des comptes des délégations par les chambres régionales des comptes », *Institut de la gestion déléguée*, 1999.

FARES M'Hand, SAUSSIÉ Stéphanie, « Coûts de transaction et contrats incomplets », *Revue française d'économie*, Année 2002, 16-3.

FATOME Etienne, TERNEYRE Philippe, « Le statut des biens des délégations de service public », *AJDA* 2013, p. 724.

FIALAIRE Jacques, « Les délégations de service public d'eau et d'assainissement », *Petites affiches*, 28 juin 1996, n° 78, p. 14.

FONTAN Sylvain, "Robert BOYER : Théorie de la régulation", décryptage publié sur «leconomiste.eu» le 16/09/2013.

FOSTER Vivien, « Ten years of water service reform in Latin America : toward an Anglo-French model », *Discussion Paper Series n°3*, *World Bank*, Washington DC, janvier 2005.

GASSNER katharina, POPOV Alexandra, PUSHAK Nataliya, « Does private sector participation improve performance in electricity and water distribution ? », *Trends and Policy Options*, n°6, *World Bank*, Washington DC, 2009.

GOMEZ Pierre-Yves, « La théorie des coûts de transaction », *Ecole de Management de Lyon* (article en ligne).

GRAS Antonin, « Équilibre financier des contrats de délégation de service public », *Etude*, *Université Paris Ouest Nanterre La Défense*, 2012.

GUASH, J. Luis, "Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions, Doing it Right", *The World Bank Development Studies*, Washington DC, 2004.

GUASH J. Luis, LAFFONT Jean-Jacques, STRAUB Stéphanie : "Renegotiation of Concession Contracts in Latin America". *Policy research Working Paper*. The World Bank, Avril 2003.

GUASH J. Luis, LAFFONT Jean-Jacques, STRAUB Stéphane: « Renegotiation of concession contracts in Latin America - Evidence from the water and transport sectors », Elsevier B.V., *International Journal of Industrial Organization*, 2007.

GUERIN-SCHNEIDER Laetitia, LORRAIN Dominique, « Note de recherche sur une question sensible : les relations puissance publique - firmes dans le secteur de l'eau et de l'assainissement », *Flux*, n°52/53, avril 2003.

HALL David (2002) : « La représentation des consommateurs dans les services d'eau au Royaume-Uni », *Flux* 2002/2-3, n°48-49.

HERNANDEZ Solange, « Paradoxes et management stratégique des territoires : Étude comparée de métropoles européennes », *Vie & sciences de l'entreprise* 1/2008, N° 178.

HOEPFFNER Hélène, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA* 2011, p. 98.

HUET Gaëtan, « Contrats de partenariat : vers un premier bilan », *JCP*, éd. A, n°16, 18 avril 2011, 2147.

HUGON Philippe, « L'eau est-elle un bien public ou une marchandise ? », *Revue de sciences sociales*, n°20, 2004.

HUGON Philippe, « Vers une nouvelle forme de gouvernance de l'eau en Afrique et en Amérique latine », *La Revue internationale et stratégique*, n°66, p. 65.

JAGLIN Sylvie, « L'eau potable dans les villes en développement : les modèles marchands face à la pauvreté », *Revue Tiers Monde*, n°166, avril-juin 2001.

JAGLIN Sylvie, « Quelques pistes de réflexion sur les PPP à partir des expériences africaines », in BOTTON Sarah (sous la dir.), *Les Multinationales de l'eau et les marchés du Sud : pourquoi Suez a-t-elle quitté Buenos Aires et La Paz ?*, Gret, coll. « Débats et controverses », n°1, juin 2007.

JEAN-PIERRE Didier, « Le transfert de personnels du privé au public : le cas de la remunicipalisation des services publics administratifs », *La semaine juridique, Administration et collectivités territoriales*, 10 mars 2014, n°10, Article 2070.

JENSEN Michael, MECKLING William, "Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and capital structure", *Journal of Financial Economics*, 1976, Vol 3, pp. 305-360.

KATZMAN Martin T., « Income and price elasticities of demand for water in developing countries », *Water Resources Bulletin*, American Water Resources Association, vol. XIII, n°1, 1977.

KIRAT Thierry, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats « incomplets » à la pratique des contrats administratifs », *Revue internationale de droit économique* n°1, 2003, pp. 11-46.

LASCOMBE Michel, VANDENDRIESSCHE Xavier, « La notion de recettes publiques, la gestion de fait et les contrats contenant un mandat financier », *AJDA* 2009, p. 2401.

LAGUERRE Alain, « Le financement privé des équipements publics », *RFFP* n°120, Novembre 2012, p. 63.

LAVARDE Christine, « Quelle valorisation pour les risques dans les contrats de partenariat ? » *IGD*, décembre 2008, p. 20.

LE BOURHIS Jean-Pierre, « Le renouvellement des outils de politique de l'eau, (SAGE et CLE), résultats et pistes de recherche sur la gestion territoriale de l'eau », in *L'Eau en représentation. Gestion des milieux aquatiques et représentations sociales*, MATE éditions, 1999, p. 58.

LEBRUN Benoît, « Délégations de service public, les règles comptables françaises », *Revue fiduciaire comptable*, n°367, décembre 2009.

LEKKOU Efthymia, « L'exécution transparente des contrats de concession ». *CP-ACCP*, 2014, n°141, p.74-78.

LEMIEUX Denis, « Le T.A.Q. est-il encore un tribunal administratif ? » *Bulletin d'information n°3 volume 7, Collection municipale et de droit public*, août 2005.

LEQUIEN Michel, CUCHE Pascal, « La notion de « bancabilité » dans les opérations de financement privé d'équipements publics », *Etude Cabinet Ashurst, Droit Administratif*, n° 12, Décembre 2004, étude 22.

LEVEQUE François, de MUIZON Gildas, « La régulation incitative appliquée au transport de l'électricité », *Etude Cabinet d'études économique Microeconomix*, janvier 2008.

LIGNIERES Paul, « L'externalisation des activités publiques en droit comparé, Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables, et sur la manière de l'établir », *Deuxième session du séminaire « Droit Administratif Comparé, Européen et Global »*, Sciences Po, Paris, 14 mars 2007.

LIGNIERES Paul, « Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités », *Discussion paper*, Actes du colloque, Sciences Po, 14 mars 2007.

LLORENS François, « Contrat d'entreprise et marché de travaux publics », Paris, *Revue internationale de droit comparé*, 1983, n°35-1.

LLORENS François, « Les avenants aux délégations de service public entre droit national et droit communautaire », in *Mélanges Fatôme*, Dalloz 2011.

LOMBARD Martine, « L'impact du droit communautaire sur les services publics », in *Droit administratif européen*, sous la direction de AUBY Jean-Marie et DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, Bruylant, 2007.

LORRAIN Dominique, « La gestion des services d'eau dans la France urbaine. Génie urbain, acteurs, territoires, technologies. Eléments pour une réflexion problématique », *Plan urbain Ministère de l'équipement*, 1989.

LORRAIN Dominique, « Le modèle français des services urbains », *Economie et humanisme*, 1990, n°305.

LORRAIN Dominique, « Retour sur la dérégulation des réseaux techniques (1985-2001) », *Flux*, 2001/2-3, no 44, p. 4.

LOUBIER Sébastien, RINAUDO Jean-Daniel, GARIN Patrice et BOUTET Annabelle, "Preparing Public Participation at the Catchment Level : Comparison of Three Methodologies Applied to the Hérault River Basin", BRGM et CEMAGREF, 2003. Série EGS, *Economie et Gestion des Services*, Vol. 10, n°4, p. 747-774 (2009).

MARCANT Olivier, « La gestion publique de l'eau à la recherche de légitimité. La démocratie participative sauvera-t-elle la directive eau ? », in *Démocratie participative en Europe, actes du colloque LERASS*, revue Sciences de la société, novembre 2006, p. 240.

MARCOU Gérard, « L'expérience française de financement privé des infrastructures et des équipements ». *Annuaire des collectivités locales*, Tome 19, 1999.

MARESCA Bruno, POQUET Guy, « Les services distribués en réseau Faut-il généraliser les compteurs individuels dans la distribution de l'eau ? », CREDOC, *Cahiers de recherche* n° 212, Novembre 2005.

MARIN Philippe, « Public-private partnerships for urban water utilities », *Trends and Policy Options*, n°8, *World Bank*, Washington DC, 2009.

MARTY Frédéric, VOISIN Arnaud, « Le contrat de partenariat constitue-t-il une private finance initiative à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique », *Revue internationale de droit économique* 2006/2 (t. XX, 2), p. 140.

MOLLION Grégory, « Remunicipalisation : le retour des biens », *La semaine juridique*, Administration et collectivités territoriales, 10 mars 2014, n°10, Article 2068.

MOREAU Jacques, « Les Problèmes juridiques soulevés par les arrêtés et délibérations anti-coupures », *RJEP/CJEG* mars 2006.

MOREL Jean-Baptiste, « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », *Contrats et Marchés publics* n° 11, Novembre 2013, étude 9.

MOREL, Jean-Baptiste, « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », in *Contrats et marchés publics* n°11, novembre 2013.

MOTTES Jean-Emile, « Le contrôle financier des délégations », *AJDA* 1996.

MOUGEOT Michel, NAEGELEN Florence, « Coûts irrécupérables et structures de marchés endogènes : le cas des marchés régis par appel d'offres », *Revue d'économie politique*, mai-juin 1992.

NAUGES Céline, RAYNAUD Arnaud, « Estimation de la demande d'eau potable en France », *Revue économique*, vol. LII, n°1.

NEVEU Benoît, « Dépasser la théorie des biens de retour », *CP-ACCP*, n°115 – novembre 2011.

NIVARD Carole, « La garantie d'un accès à l'eau devant le Conseil constitutionnel », *AJDA* 2015, 1704.

NOGUELLOU Rozen, « La remunicipalisation et les contrats », *La semaine juridique*, Administration et collectivités territoriales, 10 mars 2014, n°10, Article 2071.

NOGUELLOU Rozen, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA* 2014, p. 853.

PACHEN-LEFEVRE Marie-Hélène, HAOUAS Ilhem, « Concessions exclues du champ d'application de la directive », *Contrats publics* n°141, mars 2014.

PAUL Gwendoline, « Actualité législative et réglementaire du SDAGE », *Gazette du Palais*, juillet 2009, n° 185, p. 18.

PAULIAT Hélène, « La remunicipalisation : obligation ou faculté ? », *La semaine juridique*, Administration et collectivités territoriales, 10 mars 2014, n°10, Article 2067.

PAULIAT Hélène, « L'évolution des modes de gestion des services publics locaux : un retour à la gestion publique ? », *JCP A* 2012, 2355.

PEIGNOT Bernard, « Création d'un fonds de garantie de risques liés à l'épandage agricole des boues urbaines et industrielles », *Gaz. Pal.* 15 août 2007, p. 4.

PESQUEUX Yvon. Le « nouveau management public » (ou New Public Management). 2006. <hal-00510878>.

PETITET Sylvain. « Du "modèle français des services urbains" à l'analyse de leur production ». *Revue d'économie régionale et urbaine*, Armand Colin, 1999, n°4, pp. 737-764.

PIOLE Guy, PIQUIN Jean-Marie, « Les chambres régionales des comptes et les délégations de service public au plan local : quel contrôle ? » *RFFP*, n°56, 1996.

RICHER Laurent (dir), « Droit des services publics locaux », *Le Moniteur*, fasc. VI 110 et s.

RICHER Laurent, « Trois vœux pour améliorer le système des délégations », *Moniteur des travaux publics*, 24 janvier 2003.

RICHER Laurent, « L'utilisateur intermédiaire », *CJEG (cahiers juridiques de l'électricité et du gaz)*, n°526, novembre 1996.

RICHER Laurent, « Les services de l'eau potable et de l'assainissement dans la loi sur l'eau : La loi à la traîne de la jurisprudence », *AJDA* 2007, p. 1168.

RICHER Laurent, « Une anomalie de la directive 2014/23 sur l'attribution des concessions : l'exclusion de l'eau », *Note Cabinet Richer*, juin 2016.

RINAUDO Jean-Daniel, GARIN Patrice, « The benefits of combining lay and expert input for water-management planning at the watershed level », *Water Policy*, n°7, 2005, p. 279.

ROBLOT-TROIZIET Hélène, « Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA* 2007, p. 990-1004.

RODRIGUES Stéphane, « La régulation communautaire des services publics de réseaux. Vers une théorie générale de la "concurrence régulée" ? », *Flux*, 2001/2-3, n°44, p. 80.

ROUX Albert-Louis, « SDAGE et SAGE sont-ils des territoires pertinents ? », *Après-demain*, n° 408-409, novembre-décembre 1998.

SADEQ Houria Tazi, « Du droit de l'eau au droit à l'eau », *UNESCO*, 2006

SAMUELSON Paul, A, "The Pure Theory of Public Expenditure". *Review of Economics and Statistics* (The MIT Press) 36 (4): 387–389, 1954.

SAUSSIÉ Stéphane et TIROLE Jean, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Notes du conseil d'analyse économique* 2015/3 (n° 22), p. 1-12.

SARTORIO François, GIVORD Laurent, « Les risques attachés au maniement de fonds publics pour les opérateurs privés – Le cas particulier de la surtaxe d'affermage », *AJDA* 2012, p. 1898.

SAUNIER Sébastien, « La notion de remunicipalisation », *La semaine juridique*, Administration et collectivités territoriales, 10 mars 2014, n°10, Article 2066.

SCANLON John, CASSAR Angela, NEMES Noemi, "Water as a Human Right ?", *paper presented at the 7th International Conference on Environmental Law*, São

Paulo, 2-5 juin 2003 ; The Right to Water, World Health Organization, Genève, 2003.

SCHEVIN Pierre, « Contrat de concession de service public : la comptabilisation chez le concessionnaire et chez le concédant », *Revue française de comptabilité*, n°444, juin 2011.

SIMPSON Larry D., « Les marchés des droits d'eau aux États-Unis », *Revue française de géoéconomie*, n°4, hiver 1997-1998.

SIRINELLI Jean, « Les recours des usagers contre les gestionnaires de service public », *Droit administratif*, janvier 2012, étude n°1.

SITBON Patrick, « Le choix du mode de gestion : l'approche du SEDIF », *Contrats publics*, *Moniteur* n°88, mai 2009.

STOLOWY Hervé et BRETON Gaétan, La gestion des données comptables, une revue de la littérature, janvier 2003, *Revue Comptabilité - Contrôle - Audit* 2003/1 (Tome 9), p. 125-151.

STRAUB, Stéphane, "The risk of regulatory capture by the operators themselves is also non negligible", *Working Paper n°11, Global Development Network*, Washington DC, September 2009.

SYMCHOVICZ Mil, « L'intervention du juge du contrat dans l'exécution des contrats administratifs » *AJDA*, 6/2015 p. 320.

TAFOTIE Roger, « L'incomplétude contractuelle comme imprévision endogène ou structurelle du contrat », *Université Mc Gill et Université de Montréal, Document de travail n°4*, avril 2015.

TERNEYRE Philippe, « Le législateur peut-il constitutionnellement interdire aux départements de moduler leurs aides aux communes en fonction du mode de gestion du service public aidé ? » *Revue juridique de l'économie publique* n° 691, Novembre 2011, comm. 48.

TIBERGHIE Frédéric, « L'eau en France, quels usages, quelle gouvernance ? », Colloque, *Bulletin du Droit de l'Environnement Industriel* – 2011.

TIROLE Jean, REY Patrick, « Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs », *Rapport au Conseil d'analyse économique*, La documentation française, Paris, 2000.

TREMOLET Sophie, BINDER Diane, « La régulation des services d'eau dans les pays en développement », *Note de recherche, Agence française de développement (AFD)*, 19 avril 2010.

TREMOLET Sophie, BROWNING Sara, The Interface Between Regulatory Framework and Tri-Sector Partnership. *Business Partners for Development Research and Surveys Series* <http://www.bpd-waterandsanitation.org/English/docs/regulation1.pdf>.

TREMOLET Sophie et SHAH Niraj, « Wanted ! Good regulators for Good Regulation: An evaluation of Human and Financial Resource Constraints for Utility regulation ». *Environmental Resource Management (ERM) and Tremolet Consulting for the World Bank*, Washington DC, 2005.

TROSA Sylvie, MARTY Frédéric, VOISIN Arnaud, « La construction des méthodes de comparaison de coûts public-privé : les enseignements des expériences étrangères » in *Politiques et management public*, vol. 22, n° 3, 2004. « Une génération de réformes en management public : et après ? » Actes du treizième colloque international - Strasbourg, jeudi 24 et vendredi 25 novembre 2003 – Tome 2. pp. 49.

TRUCHET Didier, « Le contrôle et la surveillance des délégations de service public », in « La gestion déléguée du service public », supplément au n°3, *RFDA* 1997, p. 57.

TRUCHET Didier, « Le point de vue d'un juriste : personnes, administrés, usagers, clients ? » in « *Administration : droit et attente des citoyens* », la documentation française, 1998.

VIDELIN Jean-Christophe, « La remunicipalisation des services publics : apparence ou réalité ? » *La semaine juridique*, Administration et collectivités territoriales, 10 mars 2014, n°10, Article 2065.

VILA Jean-Baptiste, « Recherches sur le rôle de l'amortissement pour rationaliser la rémunération du cocontractant. Cas des délégations de services publics et des partenariats public-privé ». *Contrats et Marchés publics* n° 5, Mai 2010, étude 5.

VILA Jean-Baptiste, « Les délégations de service public à l'épreuve de l'urgence ou la mort annoncée d'un contrat administratif », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 42, 14 Octobre 2013, p. 2297.

VOISSET Michèle, « La reconnaissance, en France, au droit des citoyens à la qualité dans les services publics », *RFDA* 1999, p. 743.

WILLIAMSON Oliver, "The theory of firm as governance structure : from choice to contract", in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 16, n°3, Summer 2002, p. 174.

YOLKA Philippe, « Sur l'externalisation en matière administrative », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 17, 30 Avril 2012, 2130.

ZAVOLI Philippe, Délégation de service public et exigence de sincérité, *AJDA*, 2006.

IV. CONCLUSIONS DES COMMISSAIRES DU GOUVERNEMENT OU DES RAPPORTEURS PUBLICS / RAPPORTS DES AVOCATS GÉNÉRAUX (ordre chronologique)

ROMIEU Jean, Conclusions du commissaire du gouvernement sous CE, 6 février 1903, *Terrier*, rec. 94.

BLUM Léon, conclusion sous CE, 1910, *Compagnie générale française des Tramways*.

CHARDENET Pierre, Conclusions du commissaire du gouvernement sous CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. CE, p. 125, RD publ. 1916.206.

BERGEAL Catherine, conclusions sous CE 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*, Lebon p. 283 (RFDA 2000, p. 1031).

DACOSTA Bertrand, Conclusions du rapporteur public n° 342788, *Commune de Douai*, Assemblée du contentieux Séance du 7 décembre 2012, Lecture du 21 décembre 2012.

VI. SITES INTERNETS

<http://www.services.eaufrance.fr/>

<https://www.ccomptes.fr/fr>

<https://www.fondation.idg.org>.

<https://www.partagedeseaux.info>

<https://www.academie-eau.org>.

<https://www.cace.fr>.

VII. DOCUMENTS ET RAPPORTS

Institutions et organisations françaises

AGENCE FRANCAISE DE DEVELOPPEMENT (AFD), *La Distribution de l'eau : participation du secteur privé et politiques sociales sont-elles compatibles et à quel prix ?* Séminaire du 15 juin 2006.

ASSEMBLEE NATIONALE. Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n°3089, relatif à la démocratie de proximité, par M. Bernard Derosier, Député, 12 juin 2001.

ASSOCIATION DES MAIRES DE FRANCE (AMF), Note de positionnement du bureau de l'AMF sur le service public d'assainissement non collectif, juin 2008.

BUREAU D'INFORMATIONS ET PREVISIONS ECONOMIQUES (BIPE), Les entreprises de l'eau : Les services publics d'eau et d'assainissement en France : *Données économiques, sociales et environnementales*, 2015.

BUREAU D'INFORMATIONS ET PREVISIONS ECONOMIQUES (BIPE), BARUCQ Catherine, LEFLAIVE Xavier, *Eléments pour un benchmark des services d'eau et d'assainissement*, 2003.

CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS, *Le développement de la médiation*, actes du colloque organisé le 4 mai 2011 à la chambre de commerce et d'industrie de Paris, La Documentation française, 2011.

CENTRE D'ANALYSE STRATEGIQUE (services du premier ministre), « L'externalisation des services publics : un moyen efficace pour réduire les dépenses de fonctionnement ? », Note de veille n°148, Juillet 2009.

COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, *La qualité des rivières s'améliore pour plusieurs polluants, à l'exception des nitrates*, Le Point sur, n°18, juillet 2009.

COMMISSARIAT GENERAL DU PLAN, *Conflits d'usage à l'horizon 2020. Quels nouveaux rôles pour l'État dans les espaces ruraux et périurbains ?*, La Documentation française, 2005.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNCDDH), *Avis sur le droit à l'eau et à l'assainissement*, adopté le 20 septembre 2007.

COMITE POUR LA REFORME DES COLLECTIVITES LOCALES, présidé par M. BALLADUR Edouard, Rapport au président de la République, « Il est temps de décider », p. 87, 5 mars 2009.

CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, *La réforme de la politique de l'eau*. Rapport présenté par M. BOUE René, M. VANDEWEEGHE Francis, M. MIQUEU Claude. JORF, avis et rapport du Conseil économique et social, novembre 2000.

CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, *Avis sur la réforme de la politique de l'eau*, Rapport présenté par M. BOUE René, Avis de 2000.

CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Les Activités économiques dans le monde liées à l'eau*, rapport 2008.

CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Les Usages domestiques de l'eau*, avis présenté par M. VIGUERIE Paul de, 2009.

CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, *L'eau : gestion des ressources et protection de la qualité*, Rapport présenté par M. MANGIN Philippe, 12/13 mars 1991.

CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Les Activités économiques liées à l'eau dans le monde* ». Rapport présenté par Mme KOTLICKI Marie-José 2008, p. II-131 et s.

CONSEIL GENERAL DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE (CGEDD), *Accès à l'eau et à l'assainissement dans des conditions économiquement acceptables par tous*. Rapport présenté par Mme MONTEILS Isabelle et M. RATHOUIS Pierre, juillet 2011.

CONSEIL GENERAL DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE (CGEDD), *Etude* du 30 septembre 2011.

CONSEIL GENERAL DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE (CGEDD), *Propositions pour un plan d'action pour l'eau dans les départements et régions d'outre-mer et à Saint-Martin*, Rapport présenté par M. ROCHE Pierre-Alain coordonnateur, rapport CGEDD n°009763-01, juin 2015.

CONSOMMATION, LOGEMENT ET CADRE DE VIE (association), *Accès à l'eau et à l'assainissement. Réflexion sur la tarification sociale*, note 2009.

CONSOMMATION, LOGEMENT ET CADRE DE VIE (association), *Enquête 2007*, Rapport annuel sur le prix et la qualité de l'eau : des améliorations et des lacunes.

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION (ENA), Promotion 2007-2009 « Willy BRANDT » *La délégation de service public : un modèle à repenser ?* Février 2009.

GROUPE VINCI, *Observations sur la proposition de directive sur l'attribution des contrats de concession*, 27 février 2012.

HAUT CONSEIL DU SECTEUR PUBLIC, *Quelle régulation pour l'eau et les services urbains ?* La Documentation française. Décembre 1999.

INSTITUT FRANÇAIS DE L'ENVIRONNEMENT (IFEN), « Les pesticides dans les eaux. Données 2005 », *Les Dossiers*, n°9, décembre 2007.

INSTITUT DE LA GESTION DELEGUEE, « Evaluation des contrats globaux de partenariat. Principes, méthodes et comparaison », *Gazette des communes*, cahier détaché, 5 avril 2004.

INSTITUTION DE LA GESTION DELEGUEE (IGD), *Quelle compétition pour l'amélioration du service public ? : comparabilité, transparence, réversibilité :*

régie, marché, partenariat, délégation, Lavoisier SAS, juin 2005, IGD. Rapport issu du groupe de travail intitulé « L'harmonisation des conditions de compétition entre les modes de gestion des services publics », présidé par Christian Barbusiaux.

INSTITUTION DE LA GESTION DELEGUEE (IGD), *Changement de mode de gestion d'un service public et situation des personnels*. Rapport issu du groupe d'études présidé par Gille Le Chatelier, octobre 2007.

INSTITUT DE LA GESTION DELEGUEE, « La Contractualisation : une clé pour la gestion durable des services essentiels », octobre 2008.

MINISTERE DE LA SANTE ET DES SOLIDARITES, « La Qualité de l'eau potable en France. Aspects sanitaires et réglementaires », *Dossier d'information*, 7 septembre 2005.

OBSERVATOIRE DES PPP, Chaire, *Les contrats de partenariat public - privé : enjeux contemporains et défis pour l'avenir*, Rapport de novembre 2013

ORDRE DES EXPERTS COMPTABLES, « Le rapport annuel du délégataire, courrier des maires et des élus locaux », 2011.

OBSERVATOIRE NATIONAL DES SERVICES D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT, *Rapport de 2012*. (Disponible sur le site : <http://www.services.eaufrance.fr>)

SENAT, *Rapport n° 2152 sur la qualité de l'eau et de l'assainissement en France*, présenté par M. MIQUEL Gérard, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 18 mars 2003.

SENAT. Question écrite n° 11153 de M. Guy Fischer (Rhône - CRC) publiée dans le JO Sénat du 03/12/2009 - page 2788.

Institutions internationales et étrangères

BANQUE MONDIALE (2004), World Development Report 2004, *Making Services Work for Poor people*. Banque Mondiale, Washington DC.

BANQUE MONDIALE, *Does Private Sector Participation Improve Performance in Electricity and Water Distribution?* 2008.

BANQUE MONDIALE, *Public Private Partnerships for Urban Water Utilities: A Review of Experiences in Developing Countries*, 2009.

CONSEIL MONDIAL DE L'EAU (Forum de La Haye), « Vision mondiale de l'eau : l'affaire de tous », mars 2000.

CONSEIL MONDIAL DE L'EAU, « Le Droit à l'eau, du concept à la mise en œuvre », Rapport de M. ELAMRANI Khalid présenté au Forum mondial de Mexico. 2006.

DEPARTMENT OF HEALTH (Royaume-Uni), Rapport de 2003 et guide de 2006 du ministère de la santé du Royaume-Uni: Treasury Taskforce Technical Note 5: « How to construct a public sector comparator (superseded) ».

HOUSE OF COMMONS (Royaume-Uni), *The Private Finance Initiative (PFI)*, Research paper 01/117, 18 december 2001.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Financing and Pricing Water : The Roles of Government Policies, the Private Sector and Civil Society*, WWF5, 2009.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Strategic Financial Planning for Water Supply and Sanitation*, février 2009 (COM/ ENV/EPOC/DCD/DAC (2008) 4/REV1).

OFWAT (Water Services Regulation Authority), DEFRA (Department for Environment, Food and Rural Affairs), *The development of the water industry in England and Wales*, 2006.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUCI), Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, Nations unies, New York, 2001.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES (Programme des nations unies pour le développement – PNUD), *Au-delà de la pénurie : pouvoir, pauvreté et crise mondiale de l'eau*, rapport mondial sur le développement humain 2006.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Intervention du Représentant Permanent de l'État Plurinational de Bolivie à l'Assemblée Générale des Nations Unies, à New York, 28 juillet 2010.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Assemblée générale, « Le droit à l'eau potable et à l'assainissement est un droit de l'homme essentiel », AG/SHC/3987, Département de l'information, Troisième Commission, 28e et 29e séances - matin et après-midi, 25 octobre 2010.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, "Water and Sanitation as Human Rights". *Report of the Special Rapporteur on the Human Right to Safe Drinking Water and Sanitation*, Catarina de Albuquerque : addendum. Genève, Juin 2014.

PARTENARIAT MONDIAL POUR L'EAU, « La Gestion intégrée des ressources en eau », TAC *Background Papers*, no 4, Stockholm, GWP, 2000.

PARTENARIAT MONDIAL POUR L'EAU, « Water as a social and economic good : how to put the principle into practice ? », Stockholm, GWP, TAC *Background Papers*, no 2, 2000.

UNESCO, IHP, *Urban water conflicts. An analysis of the origins and nature of water-related unrest and conflicts in the urban context*, Paris, Unesco working series, SC-2006/WS/19, 2006.

UNESCO, *Rapport WWAP 2009*, “Water in a Changing World”.

Autres (presses, etc.)

60 millions de Consommateurs, France Libertés, « Opération transparence, menace sur le service public de l’eau » Dossier de presse, 20 mars 2015.

La gazette des communes, « Loi NOTRe : les coulisses du transfert des compétences eau ». En ligne. MIS À JOUR LE 22/03/2017 Par ARNAUD GARRIGUES • Club : Club Techni.Cités.

L. MADOU, A. GARRIGUES, *La Gazette.fr* . Article publié le 21 octobre 2011.

La Gazette des communes, 29 février 2016, p. 55

UFC-Que choisir, Comment restaurer la concurrence sur le secteur de l’eau ?, étude du 26 janvier 2006.

TABLE DE JURISPRUDENCE, AVIS ET RAPPORT

(Présentée dans l'ordre chronologique)

I. Cour de justice de l'Union européenne

CJUE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, affaire C-324/98

CJUE, 24 juillet 2003, *Altmark*, affaire C-280/00.

CJUE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux Commune de Roanne*, affaire C-220/05.

CJUE, 18 juillet 2007, *Commission c/ Italie*, affaire C-382/05.

CJUE, 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur c/ Autriche*, affaire C 454/06.

CJUE, 15 octobre 2009, *Acoset*, n°C-196/08.

CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH c/ Bundesanstalt für Immobilienaufgabe*, affaire C-451/08.

CJUE, 10 mars 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, affaire C-274/09.

II. Conseil constitutionnel

CC, Décision n°73-51, du 27 décembre 1973.

CC, Décision n°79-105 du 29 juillet 1979.

CC, Décision n°83-166 sur la loi du 29 décembre 1983.

CC, Décision n°94-346 du 21 juillet 1994.

CC, Décision n°2003-473 du 26 juin 2003.

CC, Décision n° 2011-146 QPC du 8 juillet 2011.

CC, Décision n°2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011.

CC, Décision n°2012-262 QPC du 13 juillet 2012.

CC, Décision n°2012-270 QPC du 27 juillet 2012.

III. Conseil d'Etat

CE, 17 mars 1864, *Paul Dupont*, D., 1864.3.87.

CE, 23 janvier 1903, *Chemins de fer du Nord*.

CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey – Tivoli*, n°19167.

CE, 6 décembre 1907, *Chemins de fer de l'Est*, n°4244.

CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des Tramways*, n°16178.

CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, n°30701.

CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, Leb. p. 333.

CE, 26 janvier 1923, *Robert Lafreygère*, n°62529.

CE, 3 avril 1925, *Ville de Mascara*.

CE, sect. 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, n°06781.

CE, 18 juillet 1930, *Compagnie du chemin de fer, PLM et autres*. RDP 1931, p. 14.

CE, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, n°89655.

CE, 5 nov. 1937, *Sieur CAIRE*, Rec. Lebon 1937, p. 899.

CE, 5 mars 1943, *CGE*.

CE, 5 mars 1948, *Marion*, n°86937.

CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, n°01645, rec. Lebon, p. 426.

CE, 9 mars 1951, *Concerts du conservatoire*, n°92004.

CE, 2 mai 1958, *Distillerie Magnac-Laval*, n°32401.

CE, 13 octobre 1961, *Etablissement Compagnon-Rey*, n°44689.

CE, 16 novembre 1962, *Ville de Grenoble*, Leb. p. 611.

CE, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand c/ commune de Miquelon*, n°1780.

CE, sect. 10 mai 1963, *Société coopérative agricole de production « la Prospérité fermière »*, n°54141.

CE, 26 février 1965, *Société du vélodrome du Parc des Princes*, n°65549.

CE, 25 juin 1969, *Sieur Vincent*, n°69449.

CE, 13 novembre 1970, *Ville de Royan*, n°06145.

CE, 19 mars 1971, *Mergui*, n° 79962.

CE, 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*.

CE, 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*, n°92888.

CE, 28 octobre 1977, *Martin*, Lebon, p. 407.

CE, 28 janvier 1983, *Paraiso*, Leb. t. p. 606.

CE, 23 nov. 1983, *Cne Mont-de-Marsan c/ Fries* n°30493.

CE, 13 mars 1985, *Ville de Cayenne*, n°19321 et n°19322.

CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, n°41589, 41699.

CE, 20 mars 1987, *Sté Éts Louis Méhault et Fils c/ Cne Guer*, n°38905.

CE, 20 janvier 1988, *SCI La colline*, n°70719.

CE, 30 novembre 1990, *Sté Coignet Entreprise*, n°53636.

CE, 4 mars 1991, *Département de la Haute-Loire*, n°81446.

CE, 25 mars 1991, *Copel*, n°90747.

CE, 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux*, n°138504.

CE, 26 novembre 1993, *SA du nouveau port de Saint-Jean-Cap-Ferrat*, n°85161.

CE, 25 février 1994, *SOFAP-Marignan*, n°144641.

CE, 13 mai 1994, *commune de Dreux*, n°116549,

CE, 26 septembre 1994, *Commune de Labelle*.

CE, 12 avril 1995, *Syndicat intercommunal pour l'aménagement hydraulique de la vallée de l'Hers Mort*, n°68314.

CE, 10 juillet 1996, *Cayzele*, n°138586.

CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais et autre*, n°169907.

CE, 14 janvier 1998, *Commune de Toulon*, n°160138 et n°1602432.

CE, 22 janvier 1998, *Préfet du Puy-de-Dôme*, n°155409.

CE, 29 juillet 1998, *Edition Dalloz-Sirey*, n°188686.

CE, 12 mars 1999, *Société anonyme MERIBEL 92*, n°176694.

CE, 7 avril 1999, *Commune de Guilhaud-Granges*, n°156008.

CE, 30 juin 1999, *Syndicat Mixte du Traitement des Ordures Ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais (SMITOM)*, n° 198147.

CE, 19 avril 2000, *Commune de La Brosse*, n°157920 ;

CE, 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden*, n°184722.

CE, 21 juin 2000, *SARL Plage Chez Joseph*, n°212100.

CE 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, n° 212054.

CE, 11 décembre 2000, *Mme Agofroy*, n°202971.

CE, 9 mai 2001, *Société Chep France SA*, n°231320.

CE, 15 juin 2001, *SIAEP Saint-Martin de Ré*, n°223482.

CE, 11 juillet 2001, *société des eaux du nord*, n°221548.

CE, 25 juillet 2001, *Ville de Toulon*, n°217307.

CE, 8 novembre 2002, *Société Tiscali Télécom*, n°250813.

CE, 30 décembre 2002, *Commune de Quaix-en-Chartreuse*, n°241240.

CE, 14 mars 2003, *Sté Air lib et autre*, n°251610.

CE, Sect., 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, n°230804.

CE, 25 juin 2003, *Commune des Contamines-Montjoie*, n°237305.

CE, 12 décembre 2003, *Département des Landes*, n°236442.

CE, 9 avril 2004, *Escurat*, n°252888.

CE, 22 octobre 2004, *Lamblin*, n°245154.

CE, 29 décembre 2004, *Société SOCCRAM*, n°239681.

CE, 1^{er} juillet 2005, *Commune de Saint-Paul de la Réunion*, n°269340.

CE, 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, n°247298.

CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, n°275531.

CE, 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable de la moyenne vallée du Gier*, n°288459.

CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*, n°287198.

CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix en Provence*, n°284736.

CE, 26 novembre 2007, *M. Migliore*, n°279302.

CE, 5 mai 2008, *Thiébeaux*, n°294645.

CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n°305420.

CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic Saint-Loup*, n°290540.

CE, 26 novembre 2008, *Région Lorraine*, n°308053.

CE, 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, n°296930.

CE, 6 mars 2009, *Syndicat mixte de la région Auray-Belz-Quiberon*, n°321217.

CE, 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux*, n°323585.

CE, 8 avril 2009, *Association Alcaly*, n°290604.

CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet*, n°271737.

CE, 5 juin 2009, *Commune de Richardménil*, n°295837.

CE, 17 juin 2009, *Société anonyme d'économie mixte nationale Bibracte*, n°297509.

CE, 11 août 2009, *Société maison Comba*, n°303517.

CE, 14 octobre 2009, *Commune de Saint-Jean-D'aulps*, n°300608.

CE, 6 novembre 2009, *Société Prest'action*, n°297877.

CE, 23 décembre 2009, *Société des pompes funèbres OGF*, n°305478.

CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée du domaine national de Versailles*, n°328827.

CE, sect., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n°304802.

CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n° 334845.

CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine Strasbourg et Sté Seche Eco Ind.* n°336120 et n°336135.

CE, 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, le Cannet, Mandelieu-la-Napoule*, n°318617.

CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris*, n° 338272.

CE, 4 mai 2011, *Chambre de Commerce et d'Industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, n°334280.

CE, 23 mai 2011, *Commune de Six-Four les Plages*, n°342520.

CE 1^{er} mars 2012, *Société d'assistance conseil informatique professionnelle*, n°354628.

CE, 4 juillet 2012, *Communauté d'agglomération de Chartres métropole*, n°352417.

CE, 28 novembre 2012, *Direct Energie*, n°330548.

CE, 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, n°342788.

CE, 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne (SAPP)*, n°365043.

CE, 5 juillet 2013, *Société Véolia Transport Valenciennes Transvilles*, n°367760.

CE, 5 février 2014, *Société Equalia et Polyxo c/ Communauté de communes de St Dizier, Der et Blaise*, n°371121.

CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn et Garonne*, n°358994.

CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke location*, n°370644.

CE, 30 janvier 2015, *Région PACA*, n°374022.

CE, 27 février 2015, *Commune de Béziers*, n°357028.

CE, 9 décembre 2016, *Commune de Fontvieille*, n°396352.

CE, 17 mars 2017, *M. A..et Ordre des avocats de Paris*, n°403768.

CE, 24 mai 2017, *Société Régat des Iles*, n°407213.

CE, avis n°330792 du 15 avril 1982 (section des finances).

CE, Avis n°339710 du 6 mars 1986, *Eurodisneyland*, (section des travaux publics)

CE, avis n°371234 du 19 avril 2005 (section des travaux publics).

CE, avis n° 373788 du 13 février 2007.

CE, avis n°299307 du 21 mai 2007.

CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 4 février 1993.

CONSEIL D'ÉTAT, *Le Contrat, mode d'action publique et de production de normes, rapport public 2008*.

CONSEIL D'ÉTAT, *Droit au logement, droit du logement, rapport public 2009*.

CONSEIL D'ÉTAT, *L'eau et son droit, Rapport public 2010*.

CONSEIL D'ÉTAT, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 29 juillet 2011.

CONSEIL D'ÉTAT, *Conciliation et médiation devant la juridiction administrative*, actes du colloque du Conseil d'État du 17 juin 2015, éd. L'Harmattan, 2015.

IV. Cours administratives d'appel et tribunaux administratifs

CAA Paris, 21 janvier 1997, *Commune de Saint-Chéron*, n°94PA00119.

CAA Nantes, 29 décembre 2000, *Sté IDEX c/Commune d'Hérouville-Saint-Clair*, n°93NT00403 96NT00405 96NT00475 99NT01453 99NT01478.

CAA Marseille 27 juin 2002, *Syndicat d'agglomération nouvelle du Nord-Ouest de l'Etang de Berre*, n°00MA01402, AJDA 2002, p. 1456.

CAA, Paris 31 décembre 2003, *Société Start informatique*, n° 99PA03950.

CAA Lyon 8 février 2005, *Commune d'Auxerre*, n°99LY00655. Gazette du Palais, 11 mars 2006 n° 70, P. 24.

CAA Bordeaux, 10 février 2005, n°00BX02386.

CAA Marseille, 18 décembre 2006, *Cie. Méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*. N°02MA01595.

CAA Paris du 17 avril 2007, *Sté Kéolis*, n°06PA02278.

CAA Lyon, 14 mai 2009, *SEMERAP*, n°07LY02163, AJDA, p. 1831, note Jean-David Dreyfus.

CAA Bordeaux, 3 mars 2014, *Fédération professionnelle des entreprises de l'eau (FP2E)*, n°12BX02263, AJDA n°24/2014 du 7 juillet 2014, p. 1357.

CAA de Marseille, 9 novembre 2015, *société Ecollect*, n°14MA02747.

TA Paris, 16 mars 1995, *Sté Entreprise de gestion et de services*, Rec. CE, tables, p. 896

TA Grenoble, 7 août 1998, *Bernard Betto*, n°962133.

TA Poitiers 29 septembre 2004, *Société Agur*, n° 0302070, inédit.

TA Marseille, 12 juin 2005, *Ass. FARE SUD*, n°0404639.

TA Bordeaux, ord. 26 septembre 2005, *Société Agur*, AJDA 2006 , p. 554.

TA Pau, ord. 17 octobre 2005, *Société Agur*, n°0501955.

TA Marseille, le 10 Octobre 2006, *Union fédérale des consommateurs*.

TA Dijon, 20 avril 2009, *Société Lyonnaise des eaux France*, n°0900876, AJDA, 2009, p. 1566.

TA Versailles, 28 mai 2009, *Société Antenna Audio*, n°09447.

TA Cergy-Pontoise, 2 décembre 2010, *SA APR*, n°07-07713.

TA Lille, 20 février 2013, *Société Eaux du nord*, n°1005463.

V. Tribunal des conflits

TC, 8 février 1873, *Blanco*, n°00012.

TC, 22 janvier 1921, *Colonie de la Côte d'Ivoire contre Société commerciale de l'Ouest africain*, n°00706.

TC, 6 juin 1989, *Préfet d'Île-de-France c/Saede/Ville de Pamiers*, n°02578.

TC, 22 juin 1998, *agent judiciaire du Trésor c/ Miglierina*, n°03003.

TC, 17 mai 2010, *INSERM*, n° C3754.

VI. Cour de cassation

Cour de cassation, 4 juin 1866, D.P. 1867.1.35

Cour de Cassation, 15 novembre 1869, D.1870.I.275 :

Cour de Cassation, Chambre civile, 6 mars 1876, *Canal de Craponne*.

Cour de Cassation, Chambre civile, 24 janvier 1883, *Commune d'Ambierle c/ Allier*, D. 1884.I.107.

Cour de Cassation, Chambre civile, 30 avril 1889, *Commune d'Alet contre compagnie générale des eaux minérales d'Alet*, D. 1889.I.373.

Cour de Cassation, Chambre civile, 14 février 1900, D.P. 1900.1.593.

Cour de Cassation, Chambre civile, 25 janvier 1924, S1924, I, 384.

Cour de Cassation, Chambre civile 1, 24 mars 1998, *Esys Montenay c/ Centre hospitalier de Libourne*.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 mai 2000, *Suez Lyonnaise des Eaux*, n°98-18602.

Cour de cassation, Chambre civile 1, 20 novembre 2001, n°99-13731

Cour de Cassation, Chambre sociale, 22 juin 2002, n°01-43467.

Cour de cassation, Chambre sociale, 9 novembre 2005, n°03-47188.

Cour de cassation, Chambre civile 1, 3 mars 2010, 08-21.311, Inédit.

VII. Cour des comptes

COUR DES COMPTES, *Rapport au président de la République*, « *La gestion des services publics locaux d'eau et d'assainissement* ». Janvier 1997.

COUR DES COMPTES, *Rapport au président de la République*, 1998.

COUR DES COMPTES, *Rapport au président de la République*, 2000.

COUR DES COMPTES, *Rapport au président de la République*, « *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement* ». Décembre 2003.

COUR DES COMPTES, *Rapport au président de la République*, « *Les transports publics urbains* ». Avril 2005.

COURS DES COMPTES, *Rapport au président de la République: Le service public pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*. Juillet 2010.

COUR DES COMPTES, *Rapport au président de la République : « La gestion directe des services d'eau et d'assainissement : des progrès à confirmer »*. Février 2015.

COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2018*, « L'alimentation en eau potable de la métropole du Grand Paris : une nouvelle stratégie pour de nouveaux enjeux ». La documentation française, 2018.

VIII. Chambres régionales des comptes (classement par chambre, ordre alphabétique)

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES AUVERGNE RHONE ALPES, *Avis n°2004-557*, Syndicat des eaux de la basse-Ardèche, contrat de délégation de service public de distribution de l'eau potable. Septembre 2004.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES AUVERGNE RHONE ALPES, *Rapport d'observations définitives*, Commune de Villard-de-Lans – exercice 2002 et suivants. Juin 2010.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES AUVERGNE RHONE ALPES, *Rapport d'observations définitives*, Commune de Valence – exercice 2005 à 2011. Février 2013.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES AUVERGNE RHONE ALPES, *Rapport d'observations définitives*, Communauté urbaine de Lyon, service assainissement – exercice 2010-2012, novembre 2014.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES BRETAGNE - *Comité de pilotage de l'enquête de suivi sur les services publics d'eau et d'assainissement*, mai 2010.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES BRETAGNE, *Rapport d'observations définitives*, Commune de Rennes – exercice 2003-2008. Mars 2011.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Rapport d'observations définitives*, Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de la Guadeloupe (SIAEAG) – exercice 2005 et suivants. Décembre 2012.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Avis n°2013-0085*, Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de la Guadeloupe (SIAEAG) – Budget primitif 2013. Juillet 2013.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Avis* n°2014-0119, Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de la Guadeloupe (SIAEAG) – Budget primitif 2014. Novembre 2014.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Avis* n°2015-0125, Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de la Guadeloupe (SIAEAG) – Budget primitif 2015. Octobre 2015.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Avis* n°2016-0101, Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de la Guadeloupe (SIAEAG) – Budget primitif 2016. Juillet 2016.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Avis* n°2016-0163, Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de la Guadeloupe (SIAEAG) – Compte administratif 2015. Octobre 2016.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Avis* n°2014-0093, Commune de Sainte-Rose – Budget primitif 2014. Septembre 2014.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Rapport d'observations définitives*, Commune de Sainte-Rose – Régie des eaux – exercice 2009 et suivants. Janvier 2016.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Avis* n°2016-0142, Commune de Sainte-Rose – Budget primitif 2016. Septembre 2016.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Avis* n°2016-0141, Commune de Sainte-Rose – Compte administratif 2015. Septembre 2016.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Avis* n°2017-106, Commune de Sainte-Rose – Budget primitif 2017. Août 2017.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Avis* n°2013-0046, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable des grands Fonds (SIAEP) – Budget primitif 2013. Mai 2013.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Avis* n°14.004, SEMAG c/ commune de Pointe-Noire. Juin 2014.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES GUADELOUPE, *Rapport d'observations définitives*, Office de l'eau de Guadeloupe – exercice 2009 et suivants. Octobre 2018.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES ILE DE FRANCE, *Rapport d'observations définitives*, Département de la Seine-Saint-Denis – Enquête de suivi

sur la gestion des services publics d'eau et d'assainissement – exercice 2004 et suivants. Septembre 2010.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES ILE DE FRANCE, *Rapport d'observations définitives*, Délégation de service public de chauffage urbain – Ville de Paris – exercice 2004 et suivants. Septembre 2013.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES ILE DE FRANCE, *Rapport d'observations définitives*, Régie Eau de Paris – exercice 2009 et suivants. Juin 2014.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES ILE DE FRANCE, *Rapport d'observations définitives*, Politique de l'eau – Ville de Paris – exercice 2009 et suivants, juillet 2014.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Avis* n°2012-0032, Syndicat intercommunal du centre et du Sud de la Martinique (SICSM) – Contrôle de la convention de DSP d'assainissement, article L. 1411-8 du CGCT. Avril 2012.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Avis* n°2012-0033, Syndicat intercommunal du centre et du Sud de la Martinique (SICSM) – Contrôle de la convention de DSP d'eau potable, article L. 1411-8 du CGCT. Avril 2012.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Régie communautaire de l'eau et de l'assainissement – Odyssi – Exercices 2007 et suivants. Mars 2015.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Communauté d'agglomération de centre de la Martinique – CACEM Exercices 2009 et suivants. Octobre 2015.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Jugement* n°2015-176 – Communauté d'agglomération de centre de la Martinique – CACEM, 28 décembre 2015.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Jugement* n°2016-002 – Régie communautaire de l'eau et de l'assainissement – Odyssi, 14 avril 2016.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Société martiniquaise des eaux (SME), Exercices 2009 et suivants. Octobre 2016.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Office de l'eau de Martinique – Exercices 2009 et suivants. Octobre 2016.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Rapport d'observations définitives*, Syndicat intercommunal du centre et du Sud de la Martinique (SICSM) – Exercices 2009 et suivants. Décembre 2016.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, *Avis* n°2017-0076, Syndicat intercommunal du centre et du Sud de la Martinique (SICSM) – Compte administratif 2016. Juillet 2017.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MIDI PYRENEES, *Rapport d'observations définitives*, Commune de d'Auch – exercice 2005 à 2010. Août 2012.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MIDI PYRENEES, *Rapport d'observations définitives*, Commune de Bagnères de Luchon – exercice 2005 et suivants. Avril 2013.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MIDI PYRENEES, *Rapport d'observations définitives*, Commune de Muret – exercice 2009 et suivants. Juin 2014.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MIDI PYRENEES, *Rapport d'observations définitives*, Commune de Caussade – exercice 2009 et suivants. Octobre 2014.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PAYS DE LA LOIRE, *Rapport d'observations définitives*, SIVOM de Blois – exercice 1993 et suivants. Décembre 1998.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PAYS DE LA LOIRE, *Rapport d'observations définitives*, Communauté urbaine de Nantes– exercice 2008 et suivants. Novembre 2014.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE COTE D'AZUR, *Avis* n°2014-0007, L. 1411-18 du CGCT, Délégation de service public de l'eau – Communauté urbaine de Marseille. Février 2014.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE COTE D'AZUR, *Avis* n°2014-0008, L. 1411-18 du CGCT, Délégation de service public de l'eau – Communauté urbaine de Marseille. Février 2014.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE COTE D'AZUR, *Avis* n°2014-0009, L. 1411-18 du CGCT, Délégation de service public de l'eau – Communauté urbaine de Marseille. Février 2014.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE COTE D'AZUR, *Avis* n°2014-0010, L. 1411-18 du CGCT, Délégation de service public de l'eau – Communauté urbaine de Marseille. Février 2014.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES REUNION, *Avis* L. 1411-18 du CGCT, Délégation de service public de l'eau – Commune du Port. Avril 2012.

CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-BARTHELEMY, *Rapport d'observations définitives*, Collectivité territoriale de Saint-Barthélemy. Exercices 2007 et suivants. Juin 2018.

CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, *Avis* n°2011-0046, Contrat de délégation de service public de l'aéroport de Saint-Martin. Juillet 2011.

CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, *Avis* n°2012-0195 – Etablissement des eaux et de l'assainissement de Saint-Martin– EEASM – Budget primitif 2012. Décembre 2012.

CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, *Rapport d'observations définitives*, Etablissement des eaux et de l'assainissement de Saint-Martin– EEASM. Exercices 2006 et suivants. Décembre 2012.

CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, *Avis* n°2013-0101 – Etablissement des eaux et de l'assainissement de Saint-Martin– EEASM – Budget primitif 2013. Juillet 2013.

CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, *Avis* n°2013-0100 – Etablissement des eaux et de l'assainissement de Saint-Martin– EEASM – Compte administratif 2012. Juillet 2013.

CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, *Avis* n°2014-0061 – Etablissement des eaux et de l'assainissement de Saint-Martin– EEASM – Budget primitif 2014. Juillet 2014.

CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, *Avis* n°2014-0060 – Etablissement des eaux et de l'assainissement de Saint-Martin– EEASM – Compte administratif 2013. Juillet 2014.

CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, *Avis* n°2015-0112 – Etablissement des eaux et de l'assainissement de Saint-Martin– EEASM – Compte administratif 2014. Septembre 2015.

CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES SAINT-MARTIN, *Rapport d'observations définitives*, Collectivité territoriale de Saint-Martin. Exercices 2007 et suivants. Juin 2018.

IX. Conseil de la concurrence

CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Décision du 12 mai 1998, n°98-MC-04* relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie concernant des pratiques de la société Suez-Lyonnaise des Eaux à l'occasion du renouvellement de contrats de délégation de service public de l'eau potable de plusieurs communes du département de l'Essonne.

CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *avis du 31 mai 2000* sur le prix de l'eau en France.

CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *décision 02-D-44 du 11 juillet 2002*.

CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *avis n°03-A-02 du 18 mars 2003* relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public.

CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Décision 05-D-58 du 3 novembre 2005*.

TABLE DE MATIERES

REMERCIEMENTS.....	3
RESUME.....	4
ABSTRACT	5
TABLE DES ABREVIATIONS.....	6
INTRODUCTION.....	12
§ 1. DEFINITION DES CONCEPTS ET PROBLEMATIQUE	12
A) LE SERVICE PUBLIC DE L’EAU	12
B) LA DELEGATION.....	15
C) LA GESTION.....	16
D) LE POUVOIR DE CONTROLE.....	18
E) LES PARADOXES DU CONTROLE DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC	21
§2. PROBLEMATIQUE DE LA REGULATION DES SERVICES D’EAU.....	24
A) UNE GESTION PRIVEE EN CONCURRENCE AVEC UNE GESTION PUBLIQUE.....	24
B) LA DIRECTIVE CONCESSION ET L’EXCLUSION DU SECTEUR DE L’EAU	27
C) L’IMPACT DE LA REFORME TERRITORIALE SUR LA REGULATION	31
§3. LA METHODE DE LA RECHERCHE.....	33
§4. LE PLAN PROPOSE	34
PARTIE I : COMPETENCES ET POUVOIRS DANS LA DELEGATION DES SERVICES PUBLICS D’EAU.....	35
TITRE 1 : L’AFFIRMATION D’UN POUVOIR	36
Introduction du titre 1	36
1.1. LES FONDEMENTS THEORIQUES DU POUVOIR DE CONTROLE .	37
1.1.1. LE CONTROLE « ADMINISTRATIF » DU SERVICE	37
1.1.2. LE CONTROLE « MANAGERIAL » DU SERVICE	45
1.2. LES FINALITES DU CONTROLE.....	58
1.2.1. LE PRIX DE L’EAU	59
1.2.2. LE DROIT A L’EAU	68

1.2.3. LA MAITRISE DE LA POLITIQUE DE L'EAU.....	85
Conclusion du titre 1.....	90
TITRE 2 : L'INVERSION DU POUVOIR	92
Introduction du titre 2	92
2.1. LES ACTEURS DE L'EAU	93
2.1.1. UN ETAT MODESTE.....	94
2.1.2. LES COLLECTIVITES TERRITORIALES RESPONSABLES DU SERVICE ET DISPERSEES	98
2.1.3. LES ENTREPRISES DELEGATAIRES : UNE GESTION OLIGOPOLISTIQUE SOUS CONTRAINTE ACCRUE	105
Conclusion sur les acteurs	113
2.2. LES CARACTERISTIQUES ECONOMIQUES ET JURIDIQUES DES DSP	114
2.2.1. LES CARACTERISTIQUES ECONOMIQUES DES DSP D'EAU	115
Conclusion sur les caractéristiques économiques.....	139
2.2.2. LES CARACTERISTIQUES JURIDIQUES DES DSP D'EAU	140
Conclusion sur les caractéristiques juridiques des DSP d'eau.....	186
Conclusion sur les caractéristiques du contrat.....	187
Conclusion du titre 2.....	189
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	192
PARTIE II : LA QUETE D'UNE REGULATION.....	195
Introduction à la partie II : la notion de régulation.....	196
TITRE 3 : LES OBJECTIFS DE LA REGULATION. L'APPORT DES DIFFERENTS MODES DE GESTION.....	200
Introduction du titre 3	200
3.1. LA REGIE : LA RESERVIBILITE DE LA GESTION.....	202
3.1.1. PLACE ET PERFORMANCE DES REGIES	202
3.1.2. LE ROLE DES REGIES DANS LA REGULATION PAR LA CONCURRENCE POUR LE MARCHE	214
3.2. LE MARCHE DE SERVICE : UNE CONCURRENCE ACCRUE.....	221
3.2.1. LE POUVOIR DE CONTROLE DU FAIT DE LA MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE.....	222
3.2.2. UNE CONCURRENCE ACCRUE PAR LE RECOURS AUX MARCHES.....	231
3.3. LE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE : LA PERFORMANCE ET L'EVALUATION.....	233

3.3.1.	LA LOGIQUE BUDGETAIRE DE LA « PRIVATE FINANCE INITIATIVE » (PFI)	233
3.3.2.	LA LOGIQUE D’EVALUATION DANS LES MARCHES DE PARTENARIAT	245
3.3.3.	L’EQUILIBRE DES POUVOIRS DANS LE PARTENARIAT INSTITUTIONNALISE	260
3.4.	LA PRIVATISATION AU ROYAUME-UNI : LE PRINCIPE DE LA REGULATION	262
3.4.1.	VUE D’ENSEMBLE	262
3.4.2.	LE ROLE DE L’OFWAT	265
3.4.3.	LES AUTRES CAS DE REGULATION PAR L’AGENCE INSPIRES PAR LE MODELE BRITANNIQUE	269
3.5.	LES MODELES MIXTES DU CONTRAT ET DE L’AGENCE	270
	Conclusion du titre 3	273
TITRE 4 : LES INSTRUMENTS DE LA REGULATION. LA VALORISATION DU CONTRAT		276
	Introduction du titre 4	276
4.1.	LA VALORISATION DES COMPETENCES ET DES ACTIFS.....	279
4.1.1.	LA VALORISATION DES RESSOURCES HUMAINES	279
4.1.2.	LA VALORISATION DU PATRIMOINE MATERIEL ET IMMATERIEL ..	286
4.1.3.	LA PROTECTION JURIDIQUE DES BIENS STRATEGIQUES	304
4.2.	LES OUTILS DE LA MAITRISE DU RISQUE	313
4.2.1.	LES PARAMETRES GENERAUX D’EXPLOITATION DU SERVICE.....	317
4.2.2.	L’ETAT DU PERSONNEL ET DES OUVRAGES.....	319
4.2.3.	LES TRAVAUX D’ENTRETIEN ET DE REPARATION	321
4.2.4.	LES TRAVAUX DE RENOUVELLEMENT ET DE GROSSE REPARATION	321
4.2.5.	LES TRAVAUX D’EXTENSION ET DE RENFORCEMENT	334
4.2.6.	LES MOYENS DE CONTROLE	335
4.2.7.	CONCLUSION : UNE CLARIFICATION ET UNE FORMALISATION DE LA REPARTITION DES RISQUES	336
4.3.	L’EVALUATION DE LA VALEUR AJOUTEE DU PROJET.....	337
4.3.1.	LES PRINCIPES DE L’EVALUATION	337
4.3.2.	LA FORME DE L’EVALUATION	340
4.3.3.	LA QUESTION DU FINANCEMENT DES BIENS.....	346

4.3.4. LA TRANSPARENCE ET L'UTILISATION DES DONNEES	350
Conclusion du titre 4	357
TITRE 5 : LES INSTRUMENTS DE LA REGULATION. LA NEGOCIATION DU CONTRAT	359
Introduction au titre 5	359
5.1. LES NEGOCIATIONS PEU ENCADREES	360
5.1.1. DES REGLES TRES SOUPLES ENCADRENT LA NEGOCIATION INITIALE	360
5.1.2. LES REGLES QUI ENCADRENT LES RENEGOCIATIONS.....	365
5.1.3. L'IMPERATIF DE LA LOYAUTE DE LA NEGOCIATION	369
5.2. LA PRATIQUE DE LA NEGOCIATION	373
5.2.1. LA NEGOCIATION INITIALE DES CONTRATS.....	373
5.2.2. LES RENEGOCIATIONS DES CONTRATS	375
5.3. UN NOUVEAU CADRE DE LA NEGOCIATION	381
5.3.1. LES NOTIONS DE PRINCIPE, DE STANDARD ET DE NORME.....	382
5.3.2. L'UTILITE DE CERTAINS PRINCIPES DANS LE CADRAGE DES NEGOCIATIONS.....	382
5.3.3. LE ROLE DU STANDARD DANS LE CADRAGE DES RELATIONS CONTRACTUELLES.....	388
Conclusion du titre 5	397
TITRE 6 : LES AUTORITES DE LA REGULATION. LE CONTRAT ET L'AGENCE	399
Introduction au titre 6	399
6.1. LE RENFORCEMENT DU ROLE DE L'USAGER	401
6.1.1. UNE MOINDRE CENTRALISATION DE LA REGULATION DE L'EAU QUE DANS LES AUTRES SERVICES DE RESEAUX.....	401
6.1.2. UNE MOINDRE CENTRALISATION DE LA REGULATION DE L'EAU QUE DANS LES AUTRES SERVICES DE RESEAUX.....	420
6.1.3. L'ASPIRATION A UNE GESTION PUBLIQUE ET LOCALE DE L'EAU...	421
6.1.4. LA MISE EN PLACE D' ACTIONS DE GROUPE DANS LE CODE DE LA CONSOMMATION ET LE CODE DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES.....	423
6.2. LE ROLE DU JUGE ET DES MARC DANS LA RESOLUTION DES LITIGES	426
6.2.1. LE ROLE DU JUGE COMME REGULATEUR DES SERVICES PUBLICS.	426
6.2.2. LE RECOURS AUX MARC DANS L'ADMINISTRATION.....	428

6.3. LA QUESTION DU REGULATEUR	437
6.3.1. LA POSITION DU PROBLEME	438
6.3.2. LES ATTRIBUTIONS D’UN REGULATEUR CENTRAL	441
6.3.3. LES ATTRIBUTIONS D’UN REGULATEUR LOCAL : LE PREFET ET LES CHAMBRES REGIONALES DES COMPTES	449
Conclusion du titre 6	451
CONCLUSION GENERALE	453
BIBLIOGRAPHIE	458
I. OUVRAGES GENERAUX ET SPECIALISES	458
II. THESES ET MEMOIRES	462
III. ARTICLES, CONTRIBUTIONS, INTERVENTIONS	463
IV. CONCLUSIONS DES COMMISSAIRES DU GOUVERNEMENT OU DES RAPPORTEURS PUBLICS / RAPPORTS DES AVOCATS GENERAUX (ordre chronologique)	476
VI. SITES INTERNETS	476
VII. DOCUMENTS ET RAPPORTS	476
TABLE DE JURISPRUDENCE, AVIS ET RAPPORT	482
I. Cour de justice de l’Union européenne	482
II. Conseil constitutionnel	482
III. Conseil d’Etat	483
IV. Cours administratives d’appel et tribunaux administratifs	488
V. Tribunal des conflits	489
VI. Cour de cassation	490
VII. Cour des comptes	490
VIII. Chambres régionales des comptes	491
IX. Conseil de la concurrence	496
TABLE DE MATIERES	497
ANNEXES	503
ANNEXE 1	504
ANNEXE 2	507
ANNEXE 3	508
ANNEXE 4	509
ANNEXE 5	511
ANNEXE 6	512

ANNEXE 7.....	514
ANNEXE 8.....	516
ANNEXE 9.....	517
ANNEXE 10.....	522
ANNEXE 11.....	524
ANNEXE 12.....	525
ANNEXE 13.....	527
ANNEXE 14.....	529

ANNEXES

ANNEXE 1 : Les coûts de transaction

ANNEXE 2 : Le calcul de la valeur actuelle nette (VAN) et du taux de rendement interne (TRI)

ANNEXE 3 : Méthode d'évaluation (national Audit Office)

ANNEXE 4 : L'équilibre financier d'un projet d'investissement

ANNEXE 5 : La mission d'appui au PPP (MAPPP) et la modélisation du risque

ANNEXE 6 : Données sur le personnel de la société martiniquaise des eaux (SME)

ANNEXE 7 : Enquête statistique (Guillaume Fauquert) – Méthodologie

ANNEXE 8 : Travaux effectués – enquête sur l'eau dans la Caraïbe française

ANNEXE 9 : Méthodologie – enquête sur l'eau dans la Caraïbe française

ANNEXE 10 : Source documentaire – enquête sur l'eau dans la Caraïbe française

ANNEXE 11 : Comptabilité analytique imposée par le SEDIF

ANNEXE 12 : Le risque financier du contrat : cas la gestion d'une marina à Saint-Martin

ANNEXE 13 : Matrice des risques - DSP eau et assainissement (modèle type)

ANNEXE 14 : Matériaux utilisés pour l'étude des contrats d'eau et d'assainissement aux Antilles et pour l'analyse des avis sur les DSP d'eau rendus par les juridictions financières depuis 1993

ANNEXE 1

Les coûts de transaction

Une étude synthétique sur l'économie des coûts de transaction a dénombré 13 coûts liés au changement de fournisseur pour une entreprise cliente. On peut classer ces coûts en deux principaux types de coût :

Les coûts *ex ante*

Ces coûts sont associés à la rédaction, la négociation et la garantie d'un accord : phases de recherche d'information, d'établissement des cahiers des charges, de recherche des futurs partenaires, de dépouillement des offres, et enfin aux coûts attachés à l'élaboration du contrat avec le fournisseur choisi.

Plus les activités visées sont standards, simples sur le plan commercial, facilement définissables d'un point de vue technologique, plus les coûts de transaction *ex ante* seront faibles. En effet, les exigences précises sur les contrats seront minimales. Par contre, les coûts *ex ante* des contrats augmentent avec l'ambiguïté de la performance et avec l'incongruence de buts.

Les coûts *ex post*

Les coûts de mauvaises adaptations occasionnées par le fait que les transactions se désajustent.

=> **Les coûts de marchandages** occasionnés si des efforts bilatéraux sont réalisés pour corriger des divergences *ex post*. Ces coûts interviennent suite à ceux *ex ante*.

=> **Les coûts d'organisation et de fonctionnement associés aux structures de gouvernance** auxquelles les conflits s'adressent. Ces coûts surgissent lorsque les deux partenaires n'ont pas réussi, suite à des divergences *ex post*, à s'entendre pour résoudre les conflits latents. Ces coûts peuvent aussi apparaître lorsque des clauses de résolution de conflits n'ont pas été prévues lors de la signature du contrat.

Un conflit conduit, en termes de communication, à une mauvaise image pour les entreprises concernées. C'est ainsi que les négociations, les arrangements de crise, de conflits, à l'amiable, en privé sont préférés à de grands procès repris par les médias.

=> **Les coûts d'établissement d'engagements sûrs** ("*credible commitments*"). Décider d'investir en commun représente un coût et risque élevé ; c'est pour cette raison que les partenaires vont tout faire pour sécuriser ces engagements. En effet, si l'une des deux parties ne respecte pas (de façon délibérée ou non, et en ayant ou non un comportement opportuniste) ce que l'autre avait prévu, ce dernier, lésé, perdra tout ou partie des engagements qu'il avait réalisés avec son partenaire. Cette perte sera d'autant plus élevée que les engagements sont spécifiques à la relation.

Ainsi, afin de minimiser le risque, les cocontractants vont prévoir des procédures pour sécuriser leurs engagements ; il peut s'agir par exemple d'amendes, de cautions, etc.

Concernant les coûts *ex post*, il est encore possible de rajouter de nouvelles catégories :

=> **Les coûts d'évaluation *ex post*** ("ex post evaluation"), liés à l'ambiguïté de la performance (Bowen et Jones, 1986, p. 432). Ces coûts seront plus élevés si la fourniture concerne un service plus qu'un produit (Zeithaml, 1981). Il s'agit de contrôler si le bien et/ou service fourni correspond à ce que le contrat, les deux partenaires avaient spécifié au début de la relation.

=> **les coûts de recours à une deuxième opinion** pour pallier le désavantage du déséquilibre informationnel (Bowen et Jones, 1986, p. 432). Ces coûts sont non seulement une sous-catégorie des coûts de recherches d'information, mais aussi des coûts de transaction *ex post*. à part entière. Le déséquilibre informationnel sera toujours présent tout au long du déroulement de la relation d'échange industriel.

D'autres coûts de transaction ont été identifiés et analysés ultérieurement aux travaux de Williamson. On peut ainsi identifier :

Les coûts d'information

Coase et Williamson ont, dans leur analyse des coûts de transaction, négligé l'importance du problème des coûts d'information, qui, selon Demsetz, sont conséquents. Pourtant, Coase mentionne, dans son article de 1937, les coûts d'information. Mais, il limite son étude à la recherche des prix relatifs pertinents du marché.

Les coûts de savoir-faire

Ces coûts sont totalement omis dans les travaux de Coase et Williamson. Pour Demsetz (1988), ces coûts sont essentiels à la vue des grandes caractéristiques de la firme (en tant qu'unité de coordination) : la spécialisation, la pérennité de l'association, la confiance envers la direction. Ce savoir-faire, ce "*knowledge*", est coûteux à mettre en place et à entretenir. Ce sont donc ces charges qui détermineront les limites à l'intégration verticale de la société cliente. En effet, une firme qui serait intégrée verticalement aurait les pires difficultés à acquérir et à garder le "bagage" de savoir-faire et de connaissance nécessaire pour contrôler les coûts et la qualité.

Les coûts de négociation

Milgrom et Roberts (1991) insistent dans leur article sur les coûts de négociation à court terme. Selon eux, même si les problèmes des contrats incomplets sont résolus, persisteront des coûts de négociation. Les actifs spécifiques entraînent des coûts de négociation élevés, ce qui explique la très faible rentabilité de la solution par le marché.

De plus, ces deux chercheurs affirment que les coûts totaux d'une entreprise cliente ne sont pas seulement constitués par l'addition des coûts de production et des coûts de transaction. En effet, ces deux catégories de charges dépendent à la fois de l'organisation et de la technologie, ce qui prouve la séparation entre la production et les transactions. L'apport de Milgrom et Roberts est un éclairage nouveau sur une partie négligée de la théorie des coûts de transaction: les coûts de négociation à court terme.

Les coûts d'influence

Les coûts d'influence résultent d'une mauvaise utilisation de l'autorité discrétionnaire dont se servent les managers de la firme cliente, en tentant de manipuler et d'influencer les

membres du centre d'achat (dans le seul but d'obtenir des gains comme des augmentations, des primes ou des promotions, qui nuisent alors à l'intérêt de l'entreprise). En faisant cela, ces personnels consomment des ressources rares (comme le temps et la compétence) au détriment de l'efficacité organisationnelle. Cette activité d'influence peut être assimilée à du "lobbying organisationnel intra-entreprise".

Les 13 coûts de transaction sont donc les suivants :

- 1- La mise en place d'investissements en actifs spécifiques,
- 2- les coûts d'évaluation post-achat, liés à l'ambiguïté de la performance,
- 3- les coûts de recours à une deuxième opinion,
- 4- les coûts engendrés par le comportement opportuniste du fournisseur,
- 5- les coûts provoqués par la situation de monopole du fournisseur,
- 6- les coûts prohibitifs engendrés par l'établissement de règles et de liens relationnels,
- 7- les coûts de négociation, de contrôle et de réalisation de la transaction,
- 8- les coûts ex ante des contrats,
- 9- les coûts ex post des contrats,
- 10- les coûts requis par l'arbitrage par un tiers,
- 11- les coûts d'information,
- 12- les coûts de savoir-faire,
- 13- les coûts d'influence.

ANNEXE 2

Le calcul de la valeur actuelle nette (VAN) et du taux de rendement interne (TRI)

Tableau n° : exemple de calcul de la VAN

	Aujourd'hui	Année 1	Année 2	Année 3	Année 4	Année 5
	Investissement	Produit dégagé	Produit dégagé	Produit dégagé	Produit dégagé	Produit dégagé
Cas 1	-100	0	0	50	50	50
Cas 2	-100	29	29	29	29	29
VAN du cas 1	18,95	VAN 1 = $-100 + 50/(1+6\%)^3 + 50/(1+6\%)^4 + 50/(1+6\%)^5$				
VAN du cas 2	22,16	VAN 2 = $-100 + 29/(1+6\%) + 29/(1+6\%)^2 + 29/(1+6\%)^3 + 29/(1+6\%)^4 + 29/(1+6\%)^5$				

Le chiffre de la VAN du cas 1 (ex 18,95) indique la valeur actuelle du profit que je fais avec un investissement de 100 et les flux financiers indiqués dans le tableau

Conclusion : le cas 2 est préférable, passé un certain niveau de taux, mieux vaut avoir des flux réguliers, même s'ils sont moins importants

Exemple de calcul de la TRI

Je souhaite savoir le taux qui me permet de considérer mon profit comme nul ($VAN = 0$), au regard des flux financiers indiqués dans le tableau. C'est-à-dire quel est le taux max d'emprunt que je peux me permettre pour ne pas être perdant. Ce taux est le taux de rentabilité interne (TRI)

Taux d'emprunt	6%
TRI du cas 1	10,76%
TRI du cas 2	13,82%

	Aujourd'hui	Année 1	Année 2	Année 3	Année 4	Année 5
	Investissement	Produit dégagé	Produit dégagé	Produit dégagé	Produit dégagé	Produit dégagé
Cas 1	-100	0	0	50	50	50
Cas 2	-100	29	29	29	29	29
VAN du cas 1	-0,00					
VAN du cas 2	-0,01					

Le TRI d'un investissement doit être comparé au coût du financement de l'investissement (taux d'emprunt, taux des produits financiers que l'on ne percevra plus si la trésorerie est mise à contribution ou une combinaison des 2). Dans le cas 1, si je me finance que par emprunt et que l'emprunt est à un taux de 10,76%, je ne suis ni perdant ni gagnant mais si taux à 11%, je suis perdant.

ANNEXE 3

Méthode d'évaluation (national Audit Office)

La méthode classique d'évaluation financière des projets, dite, des flux de trésorerie actualisés est prônée dans le guide PPP du *National Audit Office*.

Figure 1

Worked examples continued

On balance sheet illustrative example

	Years										
	0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Asset brought forward (£m)		565	509	452	396	339	283	226	170	113	57
Depreciation (£m)		57	57	57	57	57	57	57	57	57	57
Asset carried forward (£m)		509	452	396	339	283	226	170	113	57	0
Liability brought forward (£m)		565	536	502	464	419	369	311	246	174	92
Interest expense (£m)		51	48	45	42	38	33	28	22	16	8
Unitary charge payment related to asset (£m)		-80	-82	-84	-86	-88	-91	-93	-95	-97	-100
Liability carried forward (£m)		536	502	464	419	369	311	246	174	92	0

Operating statement

Interest expense (£m)		51	48	45	42	38	33	28	22	16	8
Depreciation (£m)		57	57	57	57	57	57	57	57	57	57
Services (£m)		20	21	21	22	22	23	23	24	24	25
Total operating expense cost (£m)		127	125	123	120	116	112	108	102	97	90

Off balance sheet accounting illustrative example

	Years										
	0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Annual cash outflow from public sector (payment for services) ² (£m)		100	103	105	108	110	113	116	119	122	125

ANNEXE 4

L'équilibre financier d'un projet d'investissement

Hypothèses

Montants exprimés en K€

Coût de l'investissement	5 000
Amortissement des immobilisations	500 linéaire 10 ans
Financement : emprunt bancaire	5 000
Charges financières (intérêts)	dégressives

NB: capital est payé après EBE, seule la CAF nette retire le paiement en capital de la dette

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
PRODUITS											
Produits d'exploitation (vente de services)	500	500	500	500	500	500	500	500	500	500	500
Produits exceptionnels (Rep. Prov, ab créa)											
TOTAL DES PRODUITS	500	500	500	500	500	500	500	500	500	500	500

CHARGES											
Charges de personnel	52	53	54	55	56	57	59	60	61	62	63
Impôts et taxes (TP)	25	26	26	27	27	28	28	29	29	30	30
Total des charges d'exploitation	77	79	80	82	83	85	87	88	90	92	94
Dotations aux amortissements	250	250	250	250	250	250	250	250	0	0	0
Charges financières (intérêt emprunts)	200	183	166	148	129	109	89	68	46	23	0
Impôts sur les bénéfices	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
TOTAL CHARGES	527	512	496	480	462	444	426	406	136	115	94

SIG											
EBE	423	421	420	418	417	415	413	412	410	408	406
<i>Dotations aux amorts et prov</i>	250	250	250	250	250	250	250	250	250	0	0
Résultat d'exploitation	173	171	170	168	167	165	163	162	160	408	406
<i>Charges financières</i>	200	183	166	148	129	109	89	68	46	23	0
Résultat courant	-27	-12	4	20	38	56	74	94	114	385	406
Résultat exceptionnel	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Résultat de l'exercice	-27	-12	4	20	38	56	74	94	114	385	406
CAF	223	238	254	270	288	306	324	344	364	385	406

CAF nette = après paiement dette en K = trésorerie dégagée chaque année

-277	-262	-246	-230	-212	-194	-176	-156	-136	-115	406

Bilan à la fin de la première année (ce n'est pas le bilan d'ouverture)

ACTIF	Bilan d'ouverture	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Terrain	550	550	550	550	550	550	550	550	550	550	550	550
Constructions	2 000	2 000	2 000	2 000	2 000	2 000	2 000	2 000	2 000	2 000	2 000	2 000
Outillage	2 500	2 250	2 000	1 750	1 500	1 250	1 000	750	500	250	0	
Créances	0	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30
Disponibilités	250	223	211	215	236	273	329	404	497	611	996	1 402
TOTAL	5 300	5 053	4 791	4 545	4 316	4 103	3 909	3 734	3 577	3 441	3 576	3 982

PASSIF		2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Capital social	300	300	300	300	300	300	300	300	300	300	300	300
Réserve												
Dotations												
amortissements	0	250	500	750	1 000	1 250	1 500	1 750	2 000	2 250	2 500	2 500
Report à nouveau	0		-27	-39	-35	-14	23	79	154	247	361	746
Résultat de l'exercice	0	-27	-12	4	20	38	56	74	94	114	385	406
Emprunts bancaires	5 000	4 500	4 000	3 500	3 000	2 500	2 000	1 500	1 000	500	0	0
Dettes fournisseurs	0	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20
Dettes fiscales	0	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10
TOTAL	5 300	5 053	4 791	4 545	4 316	4 103	3 909	3 734	3 577	3 441	3 576	3 982

ANNEXE 5

La mission d'appui au PPP (MAPPP) et la modélisation du risque

Le modèle calcule donc les VAN des coûts en fonction des risques pris pour le projet⁸⁶⁴. Le modèle propose par exemple une hypothèse sans risque, une autre avec un risque moyen et une autre avec un risque dénommé VaR 80%. Pour l'établissement du risque « moyen », la méthode utilisée est celle dite de Monte Carlo, qui établit une loi de distribution des VAN en fonction de milliers de scénarios, après prise en compte des risques quantifiés comme indiqué plus haut. La moyenne des VAN détermine une valeur pour laquelle la moitié des VAN est en dessous et la moitié au-dessus : c'est l'hypothèse du risque moyen. La valeur dénommée VaR 80%, c'est-à-dire Valeur à Risque à 80% est l'hypothèse ou 80% des scénarios ont une VAN inférieure ou égale à cette valeur.

On constate, dans les résultats du modèle proposé que la prise en compte des risques, à leur valeur moyenne ou à une valeur de confiance de 80%, donne le modèle de CP systématiquement plus favorable au modèle de la MOP. Bien sûr, il ne s'agit ici que d'un modèle indicatif, c'est-à-dire que les valeurs concernant l'identification des risques peuvent être modifiées (est ce que les valeurs concernant l'occurrence ou les conséquences peuvent être modifiée ?) et que d'autres composantes que le risque peuvent intervenir : montant des taux, recettes de valorisation (recettes complémentaires que le partenaire du CP peut obtenir en valorisant les équipements pour des activités privées). Cependant il traduit une méthodologie qui a une tendance à favoriser le CP.

⁸⁶⁴ Voir le guide méthodologique de la MAPP, p. 24 à 27.

ANNEXE 6

Données sur le personnel de la société martiniquaise des eaux (SME)

	Matricule	Nom prénom	Heures travaillées	Eau potable	eaux usées
Total 2014	XX	XX	225 059,72	174 127,70	50 932,02

Source : extrait des fichiers de la paye – SME.

Du fichier de la paye, on a pu extraire les données suivantes :

Temps moyen travaillé (par agent)	1 308,49
Nombre total d'agents	172
Nombre d'agent totalement affecté AEP	124
Nombre d'agent totalement affecté EU	36
Nombre d'agent partiellement affecté EU	12
Moyenne temps ETP (temps + 1200 h)	1545,523
<i>somme (nb d'h des agents à + 1200h)</i>	<i>216 373,22</i>
<i>nombre d'agent à + 1200h</i>	<i>140</i>
<i>Agents à moins de 1200 h</i>	<i>32</i>
<i>Agents à 1607 h ou plus</i>	<i>12</i>
Nombre d'ETP au total (1 ETP = 1545 h)	146
Nombre d'ETP AEP	113
Nombre d'ETP EU	33

Tableau n° 1: Coût analytique du personnel

	Coût moyen par an	Usines	Réservoir / pompage	Exploitation réseau	Gestion clientèle	Travaux	Total nombre d'agents	Charges directes de personnel	Charges réparties	Total coût
Ingénieurs	96 000	0,5	0,5	0,5	0,5		2,0	192 000		
Encadrement services clients	64 000				5,5		5,5	352 000		
Agents de maîtrise / encadrement d'exploitation	62 000	1,0	2,5	8,0	1,0	0,5	13,0	806 000		
Electromécaniciens	46 000	4,5	8,0				12,5	575 000		
Agent service client	44 000				11,5		11,5	506 000		
Métreur / Dessinateurs	42 000		0,5	2,5	1,5	3,0	7,5	315 000		
Ouvrier qualifié	39 000		2,0	25,0	17,0	4,0	48,0	1 872 000		
Femme de service	26 000			1,0	1,0		2,0	52 000		
Total		6,0	13,5	37,0	38,0	7,5	102,0	4 670 000	1 093 278	5 763 278
Coût de personnel		317 000	670 000	1 650 000	1 720 000	313 000				

Source : mémoire technique de la SME.

Tableau n°2 : Evolution des dépenses de personnel

	2009		2010		2011		2012		2013		Evol 2013/ 2009
	Charges directes	Charges indirectes	Charges directes	Charges indirectes	Charges directes	Charges indirectes	Charges directes	Charges indirectes	Charges directes	Charges indirectes	
Personnel	5 273 326	1 722 709	5 096 402	2 176 806	5 642 737	2 244 071	6 530 535	1 626 940	6 861 737	1 850 836	24,5%
Charges réparties			26,4%		3,1%		-27,5%		13,8%		7,4%
Charges directes			-3,4%		10,7%		15,7%		5,1%		30,1%

Source : CARE

ANNEXE 7

Enquête statistique (Guillaume Fauquert) – Méthodologie

Les données utilisées sont les suivantes :

- **La base de données gérée par le laboratoire GEE : Enquête annuelle sur les procédures de DSP (observatoire de la loi Sapin).**
 - Nombre de procédures recensées
 - Données avant et après les procédures de DSP (prix, durée, clauses concessives, etc.)

Le nombre de valeurs utilisées est de 358. La base de données peut être utilisée pour faire une corrélation entre l'estimation d'un coût préalable et l'évolution des prix (contrat précédent et contrat suivant) et pour voir les corrélations entre le nombre d'avenants et le prix.

- **Base de données issue du logiciel GSP (gestion des services publics) des DDAF (ex-direction départementale de l'agriculture et de la forêt). Il s'agit d'un logiciel développé par une entreprise privée pour le compte des DDAF, d'aide au suivi et à la décision financière.**

Ce logiciel fournit des données sur quasiment l'ensemble des services gestionnaires d'eau potable en France. Il fournit des données descriptives sur les variables suivantes :

- Volumes d'eau distribués et facturés.
- Indice linéaire de pertes,
- Nombre d'abonnés
- Longueur du réseau
- Origine de la ressource (% d'eau prélevé en surface)
- Nature du traitement effectué : simple, normal et poussé.
- Recettes du délégataire
- Recettes de la collectivité.

L'auteur a mené deux enquêtes à partir de cette base de données (en 2004 et 2006). Le nombre de valeurs utilisées est de 832 pour l'enquête de 2004 (données 2004) et de 124 pour l'enquête de 2004 (données 2002).

Les méthodes statistiques utilisées sont les suivantes :

- L'analyse des corrélations. Cette méthode permet de comparer les variations de deux variables et de dire s'il y a une ressemblance dans ces variations. Elle ne s'intéresse pas au lien de causalité entre les deux variables.
- L'analyse factorielle des correspondances
- Les régressions linéaires. Cette méthode permet d'évaluer l'influence d'une des variables sur l'autre.

Le coefficient de corrélation utilisé est le coefficient de corrélation linéaire (coefficient de Pearson).

$$r_{xy} = \text{COV} (X, Y) \text{ divisé par la racine carrée de } [V (X) \times V (Y)] = \text{COV} (X, Y) / \sigma_X \times \sigma_Y.$$

Plus le coefficient de corrélation (r) se rapproche de 1 (ou de -1), plus la relation est forte. Un coefficient de corrélation proche de 0 indique une absence de corrélation. Il sert à caractériser une relation linéaire positive ou négative, sans indiquer qu'une variable est la cause de l'autre.

Par contre le carré de r , soit r^2 , que l'on appelle aussi le coefficient de détermination, s'interprète comme la proportion de variance de Y (resp. X) linéairement expliquée par X (resp. Y). Ainsi de $r = 0,9$ on peut en déduire que la relation est forte. Avec $r^2 = 0,8$, on peut dire que 80% de la variance de Y est expliquée par X (et inversement).

La méthode d'entretien professionnel :

Afin de compléter l'outil statistique l'auteur de l'étude a organisé des entretiens, avec les responsables et leurs conseillers, sur les services qui étaient fortement discordants par rapport aux résultats des méthodes statistiques. Il s'agissait de voir si des données extérieures pouvaient expliquer les absences de corrélation constatées.

ANNEXE 8

Travaux effectués – enquête sur l’eau dans la Caraïbe française

	Collectivité publique	Type de contrôle effectué	Date de remise des travaux	rapporteur
1	SICSM	Avis sur une DSP d'eau potable	mars-12	Alexandre ABOU
2	SICSM	Avis sur une DSP d'assainissement	avril-12	Alexandre ABOU
3	EEASM	Examen de gestion	décembre-12	Alexandre ABOU
4	EEASM	Avis sur le BP 2012	décembre-12	Alexandre ABOU
5	SIAEAG	Examen de gestion	décembre-12	Alexandre ABOU
6	SIAEP des Grands fonds	Avis sur le BP 2013	avril-13	CRTC
7	SIAEAG	Avis sur le BP 2013	juin-13	Alexandre ABOU
8	EEASM	Avis sur le BP 2013	juillet-13	CRTC
9	EEASM	Avis sur le BP 2014	juillet-14	CRTC
10	SIAEAG	Avis sur le BP 2014	septembre-14	Alexandre ABOU
11	Odyssi	Examen de gestion	mars-15	Alexandre ABOU
12	SIAEAG	Avis sur le BP 2015	août-15	CRTC
13	EEASM	Avis sur le BP 2015	septembre-15	Alexandre ABOU
14	CACEM	Examen de gestion	octobre-15	Alexandre ABOU
15	SIAEAG	Note de faisabilité sur la régie	novembre-15	Alexandre ABOU
16	Régie de Sainte Rose	Examen de gestion	janvier-16	CRTC
17	Régie de Sainte Rose	Avis sur le BS 2015	mars-2016	CRTC
18	Régie de Sainte Rose	Avis sur le BP 2016	septembre-16	CRTC
19	Régie de Sainte Rose	Avis sur le CA 2015	septembre-16	CRTC
20	Régie de Sainte Rose	Avis sur le BP 2017	août-17	CRTC
21	SIAEAG	Avis sur le BP 2016	juillet-16	Alexandre ABOU
22	Office de l'eau Martinique	Examen de gestion	octobre-16	Alexandre ABOU
23	SME	Examen de gestion	octobre-16	Alexandre ABOU
24	SICSM	Examen de gestion	novembre-16	Alexandre ABOU
25	EEASM	Avis sur le BP 2016	décembre-16	CRTC
26	CASGC / SIAEAG	avis au préfet groupe de travail	décembre-16	Alexandre ABOU
27	SICSM	avis sur le CA 2016	juillet-17	CRTC
28	EEASM	Avis sur le BP 2017	septembre-17	Alexandre ABOU
29	SIAEAG	Avis sur le BP 2017	janvier-18	CRTC
30	Saint Barthélemy	Examen de gestion	avril-18	Alexandre ABOU
31	Saint Martin	Examen de gestion	avril-18	Alexandre ABOU
32	Office de l'eau de Guadeloupe	Examen de gestion	Octobre-18	Alexandre ABOU

ANNEXE 9

Méthodologie – enquête sur l'eau dans la Caraïbe française

1. Lettre d'ouverture du contrôle (exemple du contrôle de la SME)

Chambre régionale
des comptes
Martinique



Abymes, le 11 MAR. 2015

CRC/AA/YC/GREF/N° 2015 0195

RECOMMANDE AVEC A.R.

Monsieur le Directeur général,

En application de l'article L. 211-8 du code des juridictions financières (CJF) la Chambre régionale des comptes de Martinique a ouvert l'examen de la gestion du syndicat intercommunal du centre et du sud de la Martinique (SICSM) à partir de l'année 2009, par lettre du 2 octobre 2014, adressée à son président.

Cette vérification a été confiée à M. Alexandre ABOU, conseiller rapporteur (tel. 05 90 21 26 75, aabou@ggm.ccomptes.fr) qui sera assisté de Mme Dominique GUISERIX (tel. 05 90 21 26 77, dguiserix@ggm.ccomptes.fr).

Selon ce même article, la chambre régionale des comptes peut également, dans le cadre du contrôle des comptes de l'autorité délégante, vérifier auprès des délégataires des services publics les comptes qu'ils ont produits aux autorités délégantes.

C'est dans ce cadre que je vous adresse la présente notification, pour la vérification des conditions d'exécution des contrats d'affermage conclus par le SICSM avec la société martiniquaise des eaux dont vous êtes le directeur.

L'équipe de contrôle pourra ainsi être amenée à prendre connaissance, auprès de votre société, des factures, livres et registres pouvant se rapporter aux opérations visées par ladite convention. Ils pourront demander par écrit toute justification complémentaire et obtenir copie de ceux des documents présentés qu'ils estiment utiles.

Monsieur Brunet
Directeur général délégué de la
société martiniquaise des eaux (SME)
Place d'Armes
BP 213 cedex 02
97284 LE LAMENTIN

2. Plan de contrôle

Chambre régionale
des comptes
Martinique



SOCIETE MARTINICAISE DES EAUX

PLAN DE CONTROLE

Le Syndicat intercommunal du centre et du sud de la Martinique (SICSM) a été contrôlé par la chambre régionale des comptes de la Martinique en 2014-2015. L'importance des compétences du SICSM en matière de fourniture d'eau potable et d'assainissement collectif a conduit la chambre à programmer, dans le prolongement du contrôle, le contrôle de la délégation de service public exercée dans ces domaines par La Société martiniquaise des eaux.

Le contrôle de la délégation s'inscrit dans le cadre de l'article L. 211-8 du code des juridictions financières qui dispose que « *La chambre régionale des comptes peut également dans le cadre du contrôle des comptes de l'autorité délégante, vérifier auprès des délégataires de service public les comptes qu'ils ont produits aux autorités délégantes* ».

Le SICSM a affermé depuis 1976 son service à la Société martiniquaise des eaux (SME), société spécialisée dans la production et la distribution d'eau potable ainsi que dans l'assainissement collectif. La SME est une filiale à 100 % de l'entreprise Suez Environnement. Outre les contrats du SICSM elle détient un contrat pour l'eau et l'assainissement avec le syndicat des communes de la côte caraïbe Nord-Ouest (SCCNO).

Par contrat signé le 19 décembre 2002 entrant en application le 1^{er} janvier 2003, le SICSM a confié la gestion du service public de l'eau potable et de l'assainissement collectif à la SME pour une durée de 12 ans, soit jusqu'au 31 décembre 2014. Un nouveau contrat a été négocié puis signé le 29 mars 2015, pour une nouvelle durée de 12 ans. C'est donc au moment de la mise en œuvre du début de ce deuxième contrat que le contrôle intervient.

Le contrôle aura notamment pour but de confirmer ou d'infirmer les hypothèses suivantes émises sur la base de contrôles et d'audits menés par la chambre ou par des cabinets privés sur des services d'eau et d'assainissement et sur la base des premiers contacts établis dans le cadre du contrôle du SICSM :

- la SME ne fait pas apparaître dans les comptes annuels de résultat d'exploitation (CARE) les charges réelles et les produits réels qui lui reviennent ;
- la SME facture des travaux à un prix très éloigné du coût de revient ; les travaux non confiés à la SME (travaux du délégant) sont essentiellement attribués à des filiales du groupe Suez Environnement ;
- la SME ne communiquera pas des données qu'elle estime relever du secret des affaires mais qui sont indispensables à un réel contrôle de l'activité de gestion du service.

3. Convocation à une audition

Chambre régionale
des comptes
Martinique



Le président

N°2016-

0572

- 3 JUIN 2016

Dossier suivi par : Martine AZARES
Tél. 05 90 21 27 11
martine.azares@crtc.ccomptes.fr

Objet : convocation à une audition à votre demande

Réf. : contrôle n° 2015-0216

Lettre recommandée avec accusé de réception

Monsieur le Directeur général,

À la suite de la notification du rapport d'observations provisoires de la chambre relatif à la délégation de service public liant le SICSM à la Société martiniquaise des eaux, sur les exercices 2009 et suivants, vous avez exprimé le souhait, par courrier du 2 mai 2016, d'être entendu par la juridiction, en application de l'article L. 243-6 du code des juridictions financières.

J'ai l'honneur de vous informer que la date de votre audition est fixée au :

lundi 27 juin, à 14 h 00,

à la Chambre régionale des comptes (1^{er} étage), parc d'activité La Providence, pôle administratif Kann'Opé, bâtiment D, LES ABYMES (Guadeloupe).

Il vous est possible de vous faire assister par les personnes de votre choix ; en ce cas, je vous serais reconnaissant de communiquer au greffe de la chambre, une semaine à l'avance, le nom des personnes qui vous accompagneront.

Je vous rappelle que l'audition a pour objet de préciser et de compléter vos réponses écrites au rapport d'observations provisoires qui vous a été envoyé.

Si vous apportez des éléments nouveaux à cette occasion, il sera nécessaire qu'ils fassent également l'objet d'une confirmation écrite.

Veuillez croire, Monsieur, à l'assurance de ma considération distinguée.

Yves COLCOMBET

Monsieur Philippe GRAND
Directeur général
Société martiniquaise des eaux
7, rue Victor Lamon
Place d'Armes
97232 LE LAMENTIN

Parc d'activités La Providence – Pôle administratif Kann'Opé – BP 157 – 97181 LES ABYMES CEDEX
Tél. 0590 21 26 90 – Fax : 0590 89 56 29 – crcantillesguyane@ggm.ccomptes.fr
Site internet : www.ccomptes.fr/guadeloupe-guyane-martinique

4. Questionnaire envoyé à la SME :

Présentation générale de la structure :

- Présenter les liens organique et capitalistique avec la société mère
- Lister l'ensemble des contrats de la SME sur tout le territoire de la Martinique dans les domaines de l'eau et de l'assainissement

Organisation interne :

- Fournir la liste nominative depuis 2009 des personnels ayant une activité liée à la DSP du SICSM avec leur quotité de travail respective pour le SICSM
- Donner également les fiches de poste de ces personnes

Fonds de travaux et de renouvellement :

- Communiquer toutes les factures adressées par les prestataires à la SME pour la réalisation des travaux (voir liste page suivante).

Valeur ajoutée :

- Chiffrer le montant de la part de la valeur ajoutée des deux contrats de DSP eau et assainissement du SICSM dans l'ensemble des contrats eau et assainissement de la société depuis 2009.

Travaux assainissement fonds de renouvellement 2013 :

- Deux unités de tamisage au Marin STEU Quatre chemins
- Capot et barres antichute à Rivière Salée PR Campeche
- Deux pompes de refoulement au Robert PR Moulin à vent
- Une pompe au Robert STEU Moulin à vent
- Un disjoncteur à Trinité STEU Desmarinières
- Une armoire électrique à Trois-Ilets PR Anse à Ane

Travaux assainissements fonds de travaux 2013 :

Travaux eau potable fonds de renouvellement 2013 :

- Pompage + hydraulique au Diamant 11 SP Mare Poirier
- Capot à Rivière Salée 13 RES Vaudrancourt
- Transformateur au Diamant SP Anse Cafard
- Détecteur de gaz à Vert-Pré Directoire
- Douche sécurité et rince RIBLA à Saint Joseph

Travaux eau potable fonds de travaux 2013 :

- Unité de traitement des boues RB à St Joseph- chantier n° EI0007
- Travaux extérieurs réseau EP BRG au Robert – chantier n° FC12022

- Déviation SE morne Rouge BAPTE à St Esprit- chantier n° FC 13006
- DPCT RES 46 L SIMAR- à Trinité -chantier n° FC13028
- REP RES Presqu'île au François- chantier n° FC13044
- Ext SICSM morne Constant/RCDT au Diamant – chantier n° FD13005
- Ext SISCM Lazaret au Robert – chantier n° FE12020
- Etanchéité Morne PAV GOND au Lamentin- chantier n° FR13004

Autres questions à aborder

Octroi de mer facturé: sur quelle base vous facturez l'octroi de mer : délibération de la Région Martinique ?

CARE

Pouvez-vous communiquer le CARE présenté comme le CARE provisoire présenté dans le mémoire technique (avec les différentes composantes : usines, réservoirs et postes de pompage, exploitation des réseaux, gestion de la clientèle, etc.)

Les frais de siège, services centraux, etc.

Décomposition précise: dans le CARE prévisionnel du mémoire technique il est évoqué les "frais de siège", dans le CARE remis chaque année on parle de "contribution des services centraux", avec des montants assez proches. Est-ce la même chose ?

Charges relatives au renouvellement

Il y a une rubrique "garantie pour continuité de service". Est-ce bien une garantie ou autre chose ?

Charges de personnel réparties

Comment vous répartissez les charges de personnel : calcul de la part du contrat dans la valeur ajoutée totale des contrats de la SME, puis multiplication de cette part par les charges totales de personnel de la SME ?

Communiquer la liasse fiscale de la DSP (avec calcul de la valeur ajoutée), de la SME globalement, voire des autres contrats de DSP de la SME

Les travaux

Les travaux à titre exclusif concernent quoi précisément ? Sont-ils dévolus par contrat séparé de la DSP (marché sans mise en concurrence par exemple - Cas de Chartres métropole) ou bien sont-ils intégrés dans la DSP ? Dans la partie travaux, la DSP ne parle pas de travaux à titre exclusif. Par quelles dispositions sont-ils prévus ?

Ou est-ce que la SME comptabilise, si elle fait, l'amortissement des biens qu'elle réalise dans le cadre de ses travaux (de renouvellement, etc.) ? Selon quelle modalité amortit-elle les biens réalisés (durée de vie, durée de la délégation?).

ANNEXE 10

Source documentaire – enquête sur l’eau dans la Caraïbe française

1. Inventaire des contrats disponibles

Eau

- Contrat du 18 octobre 1968 SIAEAG Générale des eaux
- Contrat de concession de production d’eau du 22 février 1984 : St Martin UCDEM
- Contrat du 19 décembre 2002 : SICSM SME
- Contrat du 15 novembre 2007 : SISCSV CGSP
- Contrat du 20 mars 2015 : SICSM SME

Assainissement

- Contrat du 5 novembre 1999 : SIAEAG SOGEDO
- Contrat du 26 décembre 2005 : SICSM SME
- Contrat du 20 mars 2015 : SICSM SME

2. Rapports d’audits

- Contrat du 30 octobre 1880 : Antibes Générale des eaux (concession eau potable)
- Contrat du 1^{er} mai 2006 : Schoelcher SAUR (distribution eau potable)
- Contrat du 1^{er} avril 1999 : Lamentin SME (assainissement)
- Contrat du 27 mars 2006 : St martin Générale des eaux (distribution eau potable)
- Contrat du 1^{er} décembre 2000 : St Martin Générale des eaux (assainissement)
- Contrat du 7 octobre 2014 : St Martin Générale des eaux (assainissement)
- Contrat du 26 juin 1993 : Gap Véolia (eau potable)
- Contrat du 4 février 1981, Commune de Dourdan (eau potable). CRC

3. Avis des Chambres des comptes sur DSP

Les CRTC ont rendu 25 avis sur des conventions relatives au domaine de l’eau depuis le milieu des années 1990 (1993 à 2012). Nous en avons exploité 19, soit tous à l’exception de ceux qui ne traitaient que de question d’irrecevabilité ou d’incompétence.

- Avis 8 novembre 1994
- Avis 26 avril 1995
- Avis 29 novembre 1996
- Avis 27 mai 1997
- Avis 27 mai 1997 Lille
- Avis 5 mai 1998
- Avis 17 février 2000
- Avis 18 janvier 2001

- Avis 8 mars 2001
- Avis 6 juin 2001 (pb)
- Avis 21 août 2001
- Avis 21 décembre 2001
- Avis 30 juin 2003
- Avis 11 septembre 2003
- Avis 29 septembre 2004
- Avis 23 février 2006
- Avis 13 décembre 2007
- Avis 23 mai 2008
- Avis 2 avril 2012
- Avis 3 avril 2012

4. Rapports d'observations définitives (ROD)

Il y a eu 89 ROD dans le domaine de l'eau depuis 1992. Cependant, certains rapports n'évoquent le domaine de l'eau que de façon très succincte et assez descriptive (ex : Auch ROD de 2012, tremblay en France, Tonneins, Compiègne, etc.).

On a retenu une quinzaine de ROD dont :

- ROD Commune de St Raphael service eau 1998
- ROD SEDIF 1998
- ROD SIVOM st raphael 1998
- ROD ville de Paris 1999
- ROD Commune de Laon 1999
- ROD commune de Dourdan 2002
- ROD COURLYon 2003
- ROD Ville de Grenoble 2003
- ROD Commune de Rennes 2011
- ROD Commune de Sarzeau 2011
- ROD Commune de Dreux 2011
- ROD Commune de Laudun lardoise 2016
- ROD Régie des eaux de la commune d'Ussel

ANNEXE 11

Comptabilité analytique imposée par le SEDIF

Annexe 1 Fiche 6

Grille analytique imposée au délégataire pour la présentation de ses comptes

	Le tableau ci-dessous fournit une indication du découpage fonctionnel souhaité par le SEDIF dans la présentation des comptes analytiques de la délégation.	Production				Relèvement/ Stockage			Distribution	Gestion abonnés incluant facturation et gestion clientèle	R&D	Administration	Communication	Frais généraux et divers	TOTAL
		Usine de Choisy	Usine de Neuilly-sur-Marne	Usine de Méry-sur-Oise	Usine à puits et achats d'eau	Stations de relèvement	Réservoirs	Canal de transports							
	RECETTES D'EXPLOITATION														
70	VENTES DE PRODUITS FABRIQUÉS, PRESTATIONS DE SERVICE														
701	Ventes d'eau														
7011	Eau														
7012	Taxes et redevances														
703	Ventes de produits résiduels														
704	Travaux														
7041	Travaux pour le compte de tiers														
7042	Travaux pour le compte de tiers à titre commercial														
7046	Travaux liés à l'individualisation des abonnements Autres - à définir le cas échéant														
706	Prestations de services														
7061	Prestations de services à titre commercial pour le compte de tiers														
7065	Produits des commissions pour recouvrement des produits pour comptes tiers														
7062	Prestations de services relatives aux abonnements particuliers														
7066	Redevance branchements incendies														
7067	Frais d'accès au réseau														
7063	Assurance « fuites » abonnés														
7064	Location de compteurs														
7068	Autres prestations de services														
707	Ventes de marchandises														
708	Produits des activités annexes														
7084	Mise à disposition de personnel facturée														
7088	Autres produits d'activités annexes (cessions d'approvisionnements,...)														
709	Rabais, remises et ristournes accordés														
72	PRODUCTION IMMOBILISÉE														
721															
722															
74	SUBVENTIONS D'EXPLOITATION														
741	Primes d'épuration														
748	Autres subventions d'exploitation														

ANNEXE 12

Le risque financier du contrat : cas la gestion d'une marina à Saint-Martin

Dans le cas de la DSP de la marina « Port La Royale » à Saint-Martin, le contrat ne prévoyait pas de programme d'investissement. Le concessionnaire indiquait que « cependant, avec l'accord de la collectivité, (...) des travaux d'investissement ont été engagés par le délégataire ». Le délégataire indiquait que ces travaux n'avaient pas été visés lors de la mise en concurrence. Le montant de ces travaux s'est élevé à près de 2 M€ (1,853 M€ pour un parking) et 136 K€ pour l'extension des quais.

Le contrat prévoyait pourtant une durée de 20 ans, définie en fonction du montant (3 M€) que le gestionnaire avait dû verser d'avance à la collectivité au titre de la « redevance domaniale » (article 50). En fonction des travaux, de la marge et de la durée, le contrat fixait le tarif pour équilibrer économiquement la DSP.

Le compte d'exploitation prévisionnel aurait dû être réalisé sur la durée totale de la délégation (20 ans), or il ne l'a été que sur les 10 premières années du contrat. Le résultat cumulé sur 10 ans aboutissait à un creusement du déficit jusqu'en 2012 en raison des charges financières plus importantes en début du contrat, puis d'un résultat positif pour arriver à un très faible déséquilibre (-96 K€) au bout de 10 ans. Cette prévision aboutit à un résultat cumulé théorique de 2,5 M€ en fin de contrat. On ne pouvait donc pas dire que le contrat, à sa signature, était déséquilibré.

Dans un mémoire adressé à la collectivité, le délégataire, la SEMSAMAR, souhaitait dans un premier temps améliorer la qualité du service en procédant aux mesures suivantes : 1) Renforcement de l'attractivité (mobiliers urbains, fleurissement, etc.) 2) Domotisation des services annexes (eau, électricité, laverie, etc.) pour mieux recouvrer, 3) revue de la politique commerciale (prix) après avoir revu le plan d'eau (pas très précis), 4) lancement du projet de port de pêche, pour qu'il y ait une activité économique proche de la marina. 5) renforcer la sécurité (vidéo surveillance). Dans un deuxième temps, elle souhaitait rééquilibrer financièrement la DSP: le délégataire estimait que le déficit cumulé sur 6 ans d'exploitation était de 1,1 M€ (2008-2013) contre 0,27 M€ indiqué dans le compte prévisionnel. La SEM indiquait que des charges indirectes ne figuraient pas dans les comptes (coût des équipes de la gestion locative, coût des équipes support, quote part des frais de siège de la SEMSAMAR, etc.) et précisait qu'une régularisation des situations juridiques (bail avec GEMINGA, chantier naval) serait nécessaire, ainsi que l'extension du périmètre de la DSP pour augmenter son périmètre géographique sur les terres-pleins.

Il nous apparaît que la modification du périmètre de la délégation conduirait à modifier l'objet du contrat. Or cette modification est interdite par voie d'avenant. Au sens de la directive, l'extension de l'objet du contrat dans un sens favorable au délégataire constitue une modification substantielle d'un élément essentiel du contrat, ce qui est interdit par la directive.

Le déséquilibre financier de la DSP résulte principalement du manque à gagner de la gestion de l'auberge de mer. La gestion de cet équipement s'annonçait assez profitable. En effet, même si la prévision de dépenses n'avait pas été réalisée sur cet équipement, si on compare les recettes attendues et les dépenses réalisées, l'équipement devait générer 2,8 M€ de recettes et coûter 0,6 M€ sur la période 2008-2014. L'exécution de ce contrat s'est déroulée autrement et si le compte prévisionnel prévoyait des recettes de 2,8 M€ sur la période 2008-2014, elles n'ont été que de 0,85 M€, soit un manque à gagner de 1,95 M€. En effet, à partir de 2009 les loyers s'effondrent jusqu'en 2011 où la réalisation est près de 4 fois plus basse que la prévision. Sur leur demande, la SEMSAMAR a accordé une baisse de loyer de 25% aux commerçants (difficultés économiques de la partie française) pour éviter une vacance longue durée des lots (10 lots vacants sur 26 à ce moment). Il en est résulté une gestion tout juste équilibrée de l'équipement, avec un résultat cumulé de 0,27 M€.

S'agissant de la marina elle-même, la gestion de cet équipement s'annonçait à peu près équilibrée avec des recettes prévisionnelles sur la période 2008-2014 de 2,14 M€ et des dépenses réalisées de 2,02 M€. Les recettes réalisées ont été de 2,20 M€, en raison notamment de l'extension des quais en 2011, qui a permis d'augmenter le chiffre d'affaires de la marina par rapport aux prévisions. La gestion de cet équipement apparaît également équilibrée, avec un résultat cumulé de 0,18 M€.

Le déséquilibre de la DSP s'explique par les charges communes aux deux équipements et qui comprennent : la « redevance domaniale », les provisions pour gros entretien et les charges d'intérêt pour le prêt souscrit pour permettre notamment le paiement de la redevance. L'ensemble de ces charges représentent un cumul de 1,8 M€ sur la période 2008-2014.

Le déséquilibre du contrat de la marina Port La Royale ne résulte donc pas d'une situation anormale qui entraîne un bouleversement absolu de l'économie du contrat. Il ne semble pas qu'une demande d'indemnisation pourrait être accueillie sur le fondement de la théorie de l'imprévision.

Si on se réfère à l'argument avancé par le délégataire sur principe de mutabilité des contrats, on observera que c'est à l'initiative de l'administration, que des obligations peuvent être mises en place et donner lieu à compensations. Ce n'est pas le cas de la DSP de la marina de Port La Royale, dans la mesure où, a priori, aucune obligation nouvelle n'a été imposée au concessionnaire.

ANNEXE 13

Matrice des risques - DSP eau et assainissement (modèle type)

1. EXPLOITATION

Identification des risques	Prise en charge du risque			Commentaires
	Personne publique	Personne privée	Partage	
Fréquentation du réseau (nombre de clients)		X		
Défaut d'approvisionnement et indisponibilité des ouvrages (hors force majeure)		X		
Révision à la hausse du prix de la prestation			X	
Inflation du prix en raison de la formule de calcul	X			
Actualisation du système de gestion clientèle / défaut de relève des compteurs / défaillance dans la facturation / défaut de paiement		X		
Engagements de performance sur la qualité du service (qualité de l'eau, pression, réponse aux réclamations, etc.)		X		

2. ETAT DU PERSONNEL, DES OUVRAGES ET DES AUTRES ELEMENTS DU PATRIMOINE

Identification des risques	Prise en charge du risque			Commentaires
	Personne publique	Personne privée	Partage	
Méconnaissance de l'état du personnel et de son coût	X			
Situation initiale dégradée du patrimoine / inventaire du patrimoine			X	
Objectif de rendement de réseau			X	Des conditions sont parfois posées par le délégataire pour l'atteinte des objectifs
Accès limité au fichier des abonnés	X			
Mise en place d'un SIG, propriété et accès à ce SIG			X	
Engagements de performance sur l'état du patrimoine	X			Indicateur de connaissance et de gestion patrimoniale

3. LES TRAVAUX D'ENTRETIEN ET DE REPARATION

Identification des risques	Prise en charge du risque			Commentaires
	Personne publique	Personne privée	Partage	
Absence / retard de travaux		X		

4. LES TRAVAUX DE RENOUVELLEMENT ET DE GROSSE REPARATION

Identification des risques	Prise en charge du risque			Commentaires
	Personne publique	Personne privée	Partage	
Absence / retard de travaux			X	
Surcoût des travaux	X			
<i>Cadrage précis de la répartition des travaux</i>			X	
<i>Obligation minimum de travaux</i>	X			

5. LES TRAVAUX D'EXTENSION ET DE RENFORCEMENT

Identification des risques	Prise en charge du risque			Commentaires
	Personne publique	Personne privée	Partage	
Absence / retard de travaux	X			
<i>Cadrage précis de la répartition des travaux</i>			X	
Difficulté de financement pour travaux	X			

6. LE CONTROLE

Identification des risques	Prise en charge du risque			Commentaires
	Personne publique	Personne privée	Partage	
Absence / retard de communication des documents réglementaires	X			
Difficile lisibilité des comptes: ex: Transmission d'un compte d'exploitation non conforme au compte d'exploitation prévisionnel	X			
Garanties / non exécution des obligations			X	
Coût du contrôle			X	

ANNEXE 14

Matériaux utilisés pour l'étude des contrats d'eau et d'assainissement aux Antilles et pour l'analyse des avis sur les DSP d'eau rendus par les juridictions financières depuis 1993

Inventaire des contrats utilisés

Eau

- Contrat du 18 octobre 1968 : SIAEAG Générale des eaux
- Contrat de concession de production d'eau du 22 février 1984 : Saint-Martin UCDEM
- Contrat du 19 décembre 2002 : SICSM SME
- Contrat du 15 novembre 2007 : SISCSV CGSP-SAUR
- Contrat du 20 mars 2015 : SICSM SME

Assainissement

- Contrat du 5 novembre 1999 : SIAEAG SOGEDO
- Contrat du 26 décembre 2005 : SICSM SME
- Contrat du 20 mars 2015 : SICSM SME

Inventaire des rapports d'audits utilisés

- Contrat du 30 octobre 1880 : Antibes Générale des eaux (concession eau potable)
- Contrat du 1^{er} mai 2006 : Schœlcher SAUR (distribution eau potable)
- Contrat du 1^{er} avril 1999 : Lamentin SME (assainissement)
- Contrat du 27 mars 2006 : Saint-Martin / Générale des eaux (distribution de l'eau potable)
- Contrat du 1^{er} décembre 2000 : Saint-Martin / Générale des eaux (assainissement)
- Contrat du 7 octobre 2014 : St Martin Générale des eaux (assainissement)
- Contrat du 26 juin 1993 : Gap Véolia (eau potable)
- Contrat du 4 février 1981, Commune de Dourdan (eau potable).

Avis des Chambres des comptes sur les DSP d'eau et d'assainissement

Les CRTC ont rendu 33 avis sur des conventions relatives au domaine de l'eau depuis le milieu des années 1990 (1993 à 2014).

- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES RHONE ALPES, Avis n°94-147, Ville de Saint-Etienne, 8 novembre 1994.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PAYS DE LA LOIRE, Avis n° 95-173, Commune de Coueron, 26 avril 1995.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES NORD - PAS-DE-CALAIS, Avis n° 96-0714, Département du PAS-de-CALAIS, 29 novembre 1996.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES NORD - PAS-DE-CALAIS, Avis n° 97-0123, Commune de Caudry, 27 mai 1997.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES NORD - PAS-DE-CALAIS, Avis n° 97-0079, Communauté urbaine de Lille, 27 mai 1997.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PICARDIE, Avis n°98-0123, Commune de Saint-Michel, 5 mai 1998
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MIDI-PYRENEES, Avis n°FA004901, Commune de Muret, 17 février 2000.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE ALPES COTE D'AZUR, Avis n°2000-1052, Communauté d'agglomération de Fréjus Saint-Raphaël, 18 janvier 2001.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE ALPES COTE D'AZUR, Avis n°2001-0072, Commune d'orange, 8 mars 2001.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE ALPES COTE D'AZUR, Avis n°2001-0496, Syndicat de l'eau du Var-Est (SEVE), 21 août 2001.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES LORRAINE, Avis n°CC-02/2001, Syndicat intercommunal - Syndicat intercommunal d'Alimentation en Eau Potable de Valleroy-Moineville (Meurthe-et-Moselle), 21 décembre 2001
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES ILE DE FRANCE, Commune de Viarmes, Avis du 30 juin 2003.

- CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES RHÔNE-ALPES, Avis n°2003-371-2, Commune de Saint-Etienne, 11 septembre 2003.
- CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES RHÔNE-ALPES, Avis n°2004-557, Syndicat des eaux de la basse Ardèche, 29 septembre 2004.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES AQUITAINE, Avis n°2006-0031 Syndicat intercommunal - Syndicat intercommunal de l'eau potable de la région de Jurançon (SIEP) (Pyrénées-Atlantiques), 23 février 2006.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES ILE DE FRANCE Avis n°A.62, Communauté de communes - Communauté de communes de la Plaine de France (Seine-et-Marne), 13 décembre 2007.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES CENTRE, Avis n°3, Commune - Châteauneuf sur Loire (Loiret), 23 mai 2008.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES REUNION, Avis n°B12-004, Commune du Port, 2 avril 2012.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MARTINIQUE, Avis n°2012-0033, Syndicat intercommunal du centre et du sud de la Martinique (SICSM), 3 avril 2012
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE COTE D'AZUR, Avis n°2014-0007, L. 1411-18 du CGCT, Délégation de service public de l'eau – Communauté urbaine de Marseille. 13 février 2014.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE COTE D'AZUR, Avis n°2014-0008, L. 1411-18 du CGCT, Délégation de service public de l'eau – Communauté urbaine de Marseille. 13 février 2014.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE COTE D'AZUR, Avis n°2014-0009, L. 1411-18 du CGCT, Délégation de service public de l'eau – Communauté urbaine de Marseille. 13 février 2014.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE COTE D'AZUR, Avis n°2014-0010, L. 1411-18 du CGCT, Délégation de service public de l'eau – Communauté urbaine de Marseille. 13 février 2014.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES NORD-PAS-DE-CALAIS, avis n°2007-0009, Commune - Commune d'Hardinghem / Syndicat

intercommunal d'adduction d'eau de la région d'Hardinghem, 15 février 2007.

- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MIDI-PYRENEES, avis n°2007-0342, Communauté de communes - Communauté de communes de Gavarnie-Gèdre (Hautes-Pyrénées), 11 décembre 2007.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES CHAMPAGNE-ARDENNE, avis n°2007-13, Commune - Charleville Mézières (Ardennes), 30 octobre 2007.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES HAUTE NORMANDIE, avis n°2007-08, Commune - Porte-Joie (Eure), 11 juillet 2007.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES CHAMPAGNE-ARDENNE, avis n°2007-01, Commune - Charleville-Mézières (Ardennes), 1^{er} mars 2007.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES CENTRE, Avis n°36, Commune - Gien (Loiret), 15 septembre 2006.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES FRANCHE-COMTE, Avis n°2006-012, Syndicat intercommunal - Syndicat intercommunal d'assainissement de la Vèze (Jura), 29 juin 2006.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE COTE D'AZUR, Avis n°2006-0248, Commune - Auriol (Bouches-du-Rhône), 29 mai 2006.
- CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES RHÔNE-ALPES, Avis n°2005-065-1, Commune de Saint-Etienne, 14 février 2005.
- CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES MIDI-PYRENEES, Avis n°2004-0079, Commune - Toulouse (Haute-Garonne), 15 mars 2004.

Les chambres régionales des comptes ont réalisé 89 rapports d'observations définitives (ROD) dans le domaine de l'eau depuis 1992. Cependant, certains rapports n'évoquent le domaine de l'eau que de façon très succincte et assez descriptive (ex : Auch ROD de 2012, Tremblay en France, Tonneins, Compiègne, etc.).

Nous avons retenu une quinzaine de ROD dont :

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE ALPES COTE D'AZUR, Rapport d'observations définitives, Commune de Saint-Raphaël, service eau, 1998.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE ALPES COTE D'AZUR, Rapport d'observations définitives, SIVOM de Saint-Raphaël, service eau, 1998.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE ILE DE FRANCE, Rapport d'observations définitives, SEDIF, 1998.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE ILE DE FRANCE, Rapport d'observations définitives, Ville de Paris, 1999.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES PROVENCE ILE DE FRANCE, Rapport d'observations définitives, Ville de Dourdan, 2002.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES RHONES ALPES, Rapport d'observations définitives, Communauté urbaine de Lyon, 2003

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES RHONES ALPES, Rapport d'observations définitives, Ville de Grenoble, 2003.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES NORD PAS DE CALAIS, Rapport d'observations définitives, Ville de Laon, 1999

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES BRETAGNE, Rapport d'observations définitives, Ville de Rennes, 2011.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES BRETAGNE, Rapport d'observations définitives, Commune de Sarzeau, 2011.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES CENTRE, Rapport d'observations définitives, Commune de Dreux, 2011.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES AQUITAINE, Rapport d'observations définitives, Commune de Laudun lardoise, 2016.

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES CENTRE LIMOUSIN, Rapport d'observations définitives, Régie des eaux de la commune de Ussel, 2014.