

La loi sur l'eau et la délégation de service public

■ I. SEMO¹

L'adoption de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques a conclu un long processus de concertation et de maturation. Elle est en voie d'être parachevée par la publication de nombreux textes d'application et par l'adaptation, le cas échéant, des contrats de délégation de service public. Afin de mesurer toute sa portée pour la DSP, il convient de tenir compte également de la publication de deux décrets importants qui prennent tout leur sens dans le contexte de la loi sur l'eau : le décret en Conseil d'État du 14 mars 2005 sur le contenu du rapport annuel du délégataire et le décret du 2 mai 2007 sur le contenu du rapport du maire avec l'introduction d'indicateurs de performance du service.

La loi sur l'eau réalise des avancées dans la qualité du dialogue contractuel entre la collectivité organisatrice et l'entreprise délégataire : amélioration et clarification du fonctionnement de la DSP, mesures en faveur du libre choix du mode de gestion par la collectivité. La législation relative à la tarification, sujet certes non exclusivement lié à la DSP, traduit un équilibre entre les préoccupations divergentes des associations d'usagers et celles des représentants des services d'eau ou des collectivités.

1. Des mesures de clarification et d'équité concernant la DSP

La loi sur l'eau adapte certains aspects de la DSP dans le sens de la charte des services publics locaux adoptée par les associations nationales d'élus locaux en 2002. Il s'agit de clarifier les obligations contractuelles du délégataire et de favoriser le libre choix du mode de gestion.

¹ Président de la commission économique de la Fédération professionnelle des entreprises de l'eau (FP2E).

1.1. Les obligations du délégataire sont mieux encadrées

La nouvelle réglementation (loi sur l'eau et décrets précités) apporte d'utiles clarifications dans trois domaines : la définition des responsabilités du délégataire en matière de renouvellement des ouvrages du service, le contenu des comptes rendus (compte annuel de résultat d'exploitation et production d'indicateurs de performance) et la nature des obligations de fin de contrat.

1.1.1. Les responsabilités du délégataire au titre du renouvellement

Les nouveaux articles L.2224-11-3 et L.2224-11-4 du code général des collectivités territoriales précisent que lorsque le contrat de DSP met à la charge du délégataire des renouvellements et des grosses réparations à caractère patrimonial, un programme prévisionnel de travaux lui est annexé. Ce programme comprend une estimation des dépenses. Le délégataire rend compte chaque année de son exécution dans son rapport annuel.

La mission du délégataire d'un service public est de s'engager auprès de la collectivité délégante pour gérer le service et le patrimoine qui lui sont confiés dans une vision de long terme. Composante importante de cette mission, le renouvellement du patrimoine fait partie intégrante de son métier.

En fin de contrat, il est exigé du délégataire l'établissement d'un inventaire détaillé du patrimoine du délégant et, sans préjudice des autres sanctions prévues au contrat, le versement au budget de l'eau potable ou de l'assainissement d'une somme correspondant au montant des travaux stipulés au programme prévisionnel et non exécutés.

Ces nouvelles obligations s'inscrivent dans la lignée de celles que l'Association des maires de France avait adoptées en juin 2001 dans son « Guide de l'affermage du service de distribution d'eau potable », mais

qui avaient été jusqu'à présent reprises peu souvent dans les contrats de délégation. La loi impose désormais que ces obligations figurent dans l'ensemble des cahiers des charges de délégation en eau et en assainissement.

1.1.2. Les obligations de compte rendu financier et technique

Ces obligations s'articulent avec le décret du 14 mars 2005 relatif au contenu du rapport annuel du délégataire de service public. Ce texte est inspiré des recommandations de la Cour des comptes et de l'ordre des experts comptables. Il distingue la production par le délégataire de deux états afin de retracer :

- l'exécution des engagements souscrits par le délégataire lorsque la collectivité lui a demandé contractuellement de s'engager sur la réalisation d'un programme prédéterminé de travaux selon les priorités qu'elle a définies (« renouvellement à caractère patrimonial »),

- les autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année au titre de la « garantie pour continuité de service » par laquelle le délégataire est tenu de prendre à sa charge et à ses risques et périls l'ensemble des dépenses de réparation et de renouvellement des ouvrages nécessaires à la continuité du service.

Il faut bien mesurer la portée de cet ensemble législatif et réglementaire qui commence à produire ses effets. La définition de programmes prévisionnels de

travaux, avec la restitution à la collectivité des sommes correspondant aux travaux non exécutés en fin de contrat, devrait mettre un terme au débat récurrent sur la notion de "provisions de renouvellement" (terme impropre mais souvent employé), qui a suscité polémiques et incompréhensions.

1.1.3. Les obligations de fin de contrat

La loi sur l'eau impose également au délégataire de fournir à la collectivité, au moins 18 mois avant l'échéance du contrat, des supports techniques relatifs à la facturation du service (un décret doit paraître pour en préciser les modalités).

Quant aux plans des réseaux, le respect de cette obligation du délégataire à l'égard de la collectivité suppose que l'inventaire initial soit de qualité suffisante et que le délégataire dispose d'une information complète intégrant non seulement les travaux effectués par la collectivité, mais également les éventuelles interventions d'entreprises tierces sur le secteur.

1.2. Des mesures en faveur du libre choix du mode de gestion

Un rapport de l'Institut de la gestion déléguée, sous la présidence de Christian Babusiaux, a recommandé une harmonisation des conditions d'exercice des différents modes de gestion afin de rendre possible leur comparaison. Ce rapport concerne aussi bien la fiscalité que les règles financières et comptables, les dis-

| En milliers d'euros | | N - 1 | N | Ecart en % |
|--|---|-------|---|------------|
| LIBELLE | S | | | |
| PRODUITS | | | | |
| Exploitation de service | | 0 | 0 | % |
| Collectivités et autres organismes publics | | | | |
| Travaux attribués à titre exclusif | | | | |
| Produits accessoires | | | | |
| CHARGES | | | | |
| Personnel | | | | |
| Energie électrique | | | | |
| Achats d'eau (de prestations assainissement) | | | | |
| Produits de traitement | | | | |
| Analyses | | | | |
| Sous-traitance, matières et fournitures | | | | |
| Impôts locaux et taxes ⁽¹⁾ | | | | |
| Autres dépenses d'exploitation | | | | |
| dont - télécommunication, postes et télégestion | | | | |
| - engins et véhicules | | | | |
| - informatique | | | | |
| - assurance | | | | |
| - locaux | | | | |
| Frais de contrôle | | | | |
| Relevances contractuelles ⁽²⁾ | | | | |
| Contribution des services centraux et recherche | | | | |
| Collectivités et autres organismes publics | | | | |
| Charges relatives aux renouvellements : | | | | |
| - pour garantie de continuité du service | | | | |
| - programme contractuel | | | | |
| - fonds contractuel | | | | |
| Charges relatives aux investissements : | | | | |
| - programme contractuel | | | | |
| - fonds contractuel | | | | |
| - annuités d'emprunt de la collectivité prises en charge | | | | |
| - investissements incorporels | | | | |
| Charges relatives aux compteurs du domaine privé | | | | |
| Charges relatives aux investissements du domaine privé | | | | |
| Pertes sur créances irrécouvrables et contentieux recouvrement | | | | |
| RESULTAT AVANT IMPOT | | 0 | 0 | % |
| Impôt sur les sociétés (calcul normalif) | | | | |
| RESULTAT | | 0 | 0 | % |

(1) y compris redevance domaniale: département, région, état
(2) y compris redevance d'occupation du domaine public de la collectivité

Conforme à la circulaire SPDE de janvier 2006

Détail des charges

Description des investissements

Un résultat clairement établi

Comparison des exercices

En annexe, le détail des produits (20 rubriques)

+ Engagements à incidences financières

+ Indicateurs de performance

Figure 1

positions sociales, les règles de procédure ou encore les obligations de transparence (« Régie, marché, partenariat, délégation : quelle compétition pour l'amélioration du service public ? », *La Documentation française*, juin 2005).

Les recommandations de ce rapport ont été prises en compte partiellement par le législateur par deux mesures de portée limitée, mais comportant une charge symbolique indéniable.

1.2.1. La question des subventions publiques et du mode de gestion

- L'affaire du conseil général des Landes

Un certain nombre de départements et de régions apportent des subventions pour aider les communes (généralement rurales) à financer les ouvrages d'eau et d'assainissement. Le conseil général des Landes avait décidé, pour favoriser le choix de la régie, de donner des subventions plus importantes aux communes gérées en régies par rapport à celles ayant délégué leurs services.

Par son intervention, le législateur a entendu garantir une égalité de traitement des collectivités organisatrices du service en établissant clairement que les aides publiques aux communes et groupements de collectivités territoriales compétents en matière d'eau potable ou d'assainissement ne peuvent être modulées en fonction du mode de gestion du service (nouvel article L. 2224-11-5 du CGCT). Cette mesure d'équité s'imposait pour éviter que des usagers des services en DSP ne soient pénalisés en ayant à supporter, dans leurs factures d'eau, la contre-partie du défaut des subventions publiques normalement affectées au financement des ouvrages du service.

- La question des subventions aux concessionnaires

La concession est particulièrement adaptée pour réduire les délais de réalisation d'un ouvrage et garantir à la collectivité un engagement de l'entreprise concessionnaire à ses risques et périls, dans des conditions optimisées d'investissement et d'exploitation, avec une maîtrise du prix de l'eau dans la durée. Mais la possibilité pour une collectivité de recourir à la concession, utile par exemple pour atteindre rapidement les objectifs de la directive « Eaux résiduaires urbaines » de 1991, est contrariée par le refus de certaines collectivités de verser des subventions pour des ouvrages financés par des concessionnaires pour des

motifs infondés, résultant sans doute d'une méconnaissance des garanties contractuelles :

- intégration dans l'économie du contrat des modalités précises de financement de l'ouvrage et des montants précis des subventions attendues,
- justification par le recours à des appels d'offres du montant des travaux sous-traités,
- versement de la subvention subordonné à l'accord de la collectivité délégante et de la vérification de sa répercussion en diminution du tarif.

Le libre choix que la collectivité doit pouvoir opérer entre les différentes voies qui s'offrent à elle pour réaliser un ouvrage d'eau ou d'assainissement, entre la maîtrise d'ouvrage publique, la concession voire, dans certains cas, le contrat de partenariat, n'est réellement possible que dans un contexte de neutralité des subventions publiques.

1.2.2. Le plafonnement des redevances d'occupation du domaine public

Une autre source de distorsion entre les charges des délégataires et celles supportées par les régies réside dans les redevances d'occupation du domaine public. La loi prévoit un plafonnement par décret en Conseil d'État des redevances et met fin à l'exonération dont bénéficiaient les régies. Ce plafonnement devrait avoir pour effet de réduire sensiblement, dans les nouveaux contrats, la charge pouvant résulter de ces redevances. Le montant des redevances devrait être plafonné selon des tarifs très inférieurs à ceux pratiqués dans certains cas (le projet de décret prévoit un plafonnement à 30 euros par kilomètre linéaire de canalisation et par an).

2. Des règles de tarification précisées mais également complexifiées

La loi sur l'eau de 1992 avait opéré un bouleversement en matière de tarification en interdisant les forfaits de consommation (sauf rares exceptions) et en obligeant à facturer un montant calculé en fonction du volume d'eau réellement consommé, assorti éventuellement d'une partie fixe.

La loi de 2006 ne comporte pas de changement de même ampleur. Pour l'essentiel, elle reprend le dispositif de 1992 et confirme certains acquis de la jurisprudence, notamment sur la fixation des tarifs par

la collectivité (art. L 2224-12-2) et le caractère proportionnel du tarif aux charges du service (L 2224-12-3).

Mais la loi comporte également des mesures nouvelles dont la plus importante est le plafonnement des parties fixes. D'autres mesures traduisent la volonté d'assurer le respect du principe d'égalité ou d'encourager les économies d'eau.

Lors des débats, les délégataires ont exprimé trois préoccupations qui ont été diversement prises en compte dans la loi :

- éviter que le prix de l'eau comporte des charges extérieures au service de l'eau, cela pour des raisons qui tiennent à la fois à l'acceptabilité du tarif par les usagers mais également à la comparaison des tarifs moyens des services délégués par rapport à ceux en régie ;
- permettre au tarif d'être représentatif des charges du service ;
- obtenir des textes clairs qui ne suscitent pas, par leurs ambiguïtés, des contestations des usagers.

2.1. Plafonnement des abonnements

La partie fixe correspond à une redevance d'abonnement au service, à l'instar des abonnements aux autres services publics (électricité, gaz, téléphone). Elle permet aux services d'eau, dont l'essentiel des charges est fixe, de garantir une partie de leurs recettes dans un contexte de baisse des consommations.

La question de la partie fixe (ou abonnement) a été l'objet d'un contentieux relativement abondant lorsque, dans les zones touristiques, ont été introduits des systèmes dits « de parties fixes par unités de logement » ayant pour effet de faire payer à une même résidence autant de primes fixes que de logements, alors que l'immeuble est desservi par un seul branchement et dispose d'un seul abonnement.

Par de nombreuses décisions, la jurisprudence tant du Conseil d'État que de la Cour de cassation, a validé cette tarification. La nouvelle loi sur l'eau vient confirmer cette jurisprudence en ajoutant, à la formulation de la loi de 1992 « *la partie fixe est calculée en fonction des charges fixes du service et des caractéristiques du branchement* », les termes « *notamment du nombre de logements desservis* ».

Restait la critique d'un certain nombre d'associations de consommateurs considérant que la partie fixe pénalisait les petits consommateurs et dénonçant certains abus.

Cette question a donné lieu à des débats nourris du vote de la loi entre les partisans de la liberté de choix des communes et ceux favorables à une réglementation renforcée. Finalement, le principe d'un plafonnement de la partie fixe a été décidé sur l'initiative du Sénat, contre l'avis de l'Assemblée qui l'avait initialement rejeté (art. L 2224-12-4-1). Mais le plafonnement ne concernera que les usagers domestiques et ne s'appliquera pas dans les communes touristiques. Les plafonds fixés par l'arrêté d'application du 6 août 2007 (paru au JO daté du 30 septembre 2007) s'élèvent à 30 % de la facture d'eau de 120 m³, portés à 40 % pour les communes rurales au 1^{er} janvier 2010 (avec un régime transitoire de 40 % et 50 % jusqu'à cette date).

Selon une étude d'impact du ministère de l'Écologie, environ un quart des communes serait concerné ; la majorité d'entre elles sont de petites communes souvent regroupées dans des intercommunalités.

Dans la pratique, la mise en œuvre du plafonnement pour les contrats en cours concernés impliquera une révision des dispositions contractuelles (un délai de deux ans pour la mise en conformité est prévu) et pourra poser de sérieuses difficultés lorsque, pour un même service, il existe plusieurs intervenants percevant chacun un abonnement.

2.2. Obligation de facturer l'eau au tarif applicable à la catégorie d'usagers correspondante

Les délégataires ne peuvent qu'approuver la mesure consistant à mettre fin « aux gratuités » (art. L 2224-12-1) qui n'auront donc plus à être supportées par l'ensemble des usagers.

Les gratuités bénéficient le plus souvent aux collectivités et concernent la facturation des consommations de tout ou partie de leurs bâtiments communaux. Le cahier des charges type de 1980 indiquait déjà que de telles mesures sont contraires au principe d'égalité des usagers mais certains contrats comportent encore ces clauses de gratuité.

D'autres « gratuités » très anciennes proviennent de clauses figurant (au profit des vendeurs et de leurs

héritiers) dans des actes d'acquisition de terrains qui, à l'origine, comportaient des sources achetées par les communes.

La mesure adoptée par la loi est de faire obligation aux collectivités d'y mettre fin avant le 1^{er} janvier 2008. Il n'est pas sûr que cela ne posera pas de sérieuses difficultés pratiques de mise en œuvre puisque la loi n'a pas de caractère d'automaticité.

2.3. Les autres mesures tarifaires

Pour le reste, les autres mesures figurant dans la loi sont de portée assez réduite et traduisent des compromis.

La pratique actuelle connaît des tarifs dégressifs dans certaines collectivités, en faveur des services publics, ou lorsqu'il existe de gros consommateurs industriels qu'il ne faut pas inciter par un tarif trop élevé à rechercher d'autres ressources en eau que celles du réseau public.

Dans de rares situations, il existe des tarifs progressifs. À compter de 2010, la loi entend favoriser les tarifs progressifs qui permettent de mettre en place « une tranche sociale » pour les premiers mètres cubes consommés.

Dans le but d'éviter le gaspillage de l'eau, certains voulaient interdire les tarifs dégressifs. Cette mesure d'interdiction ne sera finalement applicable que dans les zones définies d'un point de vue réglementaire comme des zones de rareté de l'eau (zones de répar-

tition des eaux en application de l'article L 211-2 du Code de l'environnement).

Au global, les mesures législatives adoptées dans le cadre de la loi sur l'eau confirment à la fois le dispositif mis en place en 1992 et la jurisprudence qui en est résulté. Il est à espérer que les quelques mesures nouvelles ne seront pas l'occasion de développer des contestations au contentieux, alors que le régime né de la loi 1992 est désormais bien établi.

En conclusion, il apparaît que le droit de la délégation de service public appliqué aux services d'eau et d'assainissement est particulièrement élaboré dans notre pays, surtout en comparaison avec d'autres législations. Il inspire d'ailleurs nombre de réflexions de la part des instances communautaires.

Ce dispositif juridique s'est construit depuis une quinzaine d'années. Il atteint le stade de la maturité grâce aux efforts conjoints des pouvoirs publics, des instances de contrôle, des collectivités locales et des entreprises de l'eau. La délégation des services publics d'eau et d'assainissement apparaît ainsi comme l'instrument de la réussite du partenariat public-privé en France.

Note de l'auteur

Ce texte rend compte d'une intervention d'Igor Semo au colloque organisé par l'Astee sur la loi sur l'eau et les milieux aquatiques, le 22 janvier 2008 ; il est inspiré d'un article rédigé en collaboration avec Jean-Paul Ducharme, membre de la commission juridique de la FP2E, et publié dans le numéro 71 de la revue « Contrats Publics » en novembre 2007.