

Jean Massot
Président de section (h) au Conseil d'État

PROCÉDÉS CONTRACTUELS ENTRE PARTENAIRES PUBLICS ET PRIVÉS DANS LE DOMAINE DE L'EAU

UDK: 35.073 (44)

Izlaganje sa znanstvenog skupa

Primljeno: siječanj 2011.

Vodna domena? U Francuskoj, kao i u većini europskih zemalja, vodna domena već dugo vremena ima dvije esencijalne karakteristike. Smatra se javna služba s industrijskim i komercijalnim karakterom, te s odgovornošću teritorijalnih kolektiviteta. Zbog toga postoji obveza reguliranja ugovornog postupanja u javnom-privatnom partnerstvu u vodnoj domeni.

Ključne riječi: *ugovorno pravo, vodna domena, javno-privatno partnerstvo*

INTRODUCTION

« Domaine de l'eau » ? Le Conseil d'État français vient d'y consacrer son rapport public 2010 qui ne fait pas loin de 600 pages et nous ne pourrions certainement pas en traiter tous les aspects aujourd'hui. Par la variété des usages qui en sont faits, usages alimentaires, domestiques, agricoles, industriels, pêche, thermalisme, loisirs, transports, l'eau est à la base de toutes les activités humaines. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle elle est aujourd'hui au centre des préoccupations en matière d'environnement et que le droit qui lui est applicable a cessé d'être exclusivement national pour devenir européen et international.

Pour centrer cet exposé sur les questions contractuelles, thème central de notre rencontre, je me limiterai à un secteur bien particulier que le rapport du Conseil d'État appelle « le petit cycle de l'eau », c'est à dire la fourniture d'eau potable et l'« assainissement » ou évacuation des « eaux usées. »¹ En France, comme dans beaucoup de pays, ce « petit cycle » a depuis fort longtemps deux caractéristiques essentielles : il est, d'une part, payé par l'utilisateur et après des incertitudes jurisprudentielles et doctrinales, considéré comme un service public à caractère industriel et commercial et d'autre part, il relève de la responsabilité des collectivités territoriales, ce sont donc essentiellement les communes qui ont l'obligation de le mettre en place². Ce sont donc les communes qui vont être les

¹ Le rapport oppose ce petit cycle défini comme « l'eau dans les tuyaux » au grand cycle de l'eau « à l'état naturel », pluie, alimentation des nappes souterraines, ruissellement vers la mer, évaporation. Ce grand cycle a donné lieu à toute une réglementation nationale, à des directives communautaires et à des accords internationaux ;

² Sachant que les 36 000 communes de France n'agissent pas toutes en ordre dispersé et que l'« intercommunalité », c'est à dire les divers syndicats et communautés jouent un rôle croissant : 70% des communes totalisant 60% de la population sont regroupées pour la gestion de l'eau

partenaires publics dont nous allons parler, ce qui pose un problème juridique de base. Sans être un pays fédéral et sans nier qu'elle a longtemps été un pays très centralisé, la France proclame aujourd'hui à l'article 1^{er} de sa Constitution qu'elle est une République dont l'organisation est décentralisée et à l'article 72 que « dans les conditions prévues par la loi », les collectivités territoriales s'administrent librement. Le Conseil constitutionnel pour ce qui est de la loi et le Conseil d'État pour les actes réglementaires veillent au respect de ce principe de la libre administration des collectivités territoriales. L'État ne peut intervenir qu'à la marge. Il ne peut imposer des contrats types, mais tout au plus présenter des modèles sans caractère obligatoire. Il est dès lors logique que, faisant usage de cette liberté, les collectivités adoptent des solutions variées en ce qui concerne le recours à des procédés contractuels dans le domaine de ce petit cycle de l'eau.

J'avais ici même, il y deux ans, à propos de la construction et de la gestion des autoroutes, évoqué un procédé contractuel très répandu en France, la concession, aujourd'hui placée dans la catégorie plus vaste des délégations de service public, ces contrats par lesquels « une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. » En réalité, il existe une gamme de solutions pour la gestion d'un service public à caractère industriel et commercial : il y a la régie, c'est à dire la gestion directe par la collectivité et à l'autre extrême la concession dans laquelle peut être confiée à un partenaire, généralement privé, la réalisation de l'équipement puis sa gestion ; entre les deux on trouve la régie intéressée dans laquelle un simple mandataire de la collectivité gère le service en percevant une rémunération indexée sur les résultats et l'affermage qui se distingue de la concession en ce que le fermier ne réalise pas les installations. Pour simplifier, je me bornerai à comparer les deux modes extrêmes qui sont d'ailleurs de très loin majoritaires pour la gestion du petit cycle de l'eau, la concession et la régie. Je n'évoquerai pas les procédés de partenariat public/privé qui ont fait l'objet de communications lors de nos journées des années précédentes, dans la mesure où ils n'ont pratiquement pas de place dans ce secteur financé par l'usager, c'est à dire le contribuable local.

Cela rappelé, on peut donner quelques chiffres intéressants qui figurent dans le rapport du Conseil d'État : la gestion déléguée est très majoritaire pour l'alimentation en eau potable car elle couvre 72% de la population et 53% des communes. Elle est également majoritaire pour l'assainissement en termes de population desservie : 55%, mais non en termes de nombre de communes, 38% seulement. Il faut ajouter que deux grands opérateurs privés dominent très largement le domaine de la gestion déléguée, l'ancienne Compagnie générale des eaux devenue Vivendi puis Veolia qui dessert 39% de la population en eau potable et assure l'assainissement de 28% et l'ancienne Compagnie Lyonnaise des eaux devenue Suez environnement qui en assure respectivement 19 et 18%.

C'est au regard de cette situation que je voudrais aborder deux aspects très concrets (et illustrés par des débats récents) des problèmes que pose le recours aux

procédés contractuels dans ce domaine. Il s'agit en effet de savoir si les choix très divers des collectivités entre les différents modes de gestion sont libres, éclairés et transparents. La question se pose alors de deux points de vue :

- 1.) Le choix des collectivités entre la gestion déléguée et la gestion directe
- 2.) Le choix des collectivités entre les différents opérateurs privés

I. LE CHOIX DES COMMUNES ENTRE GESTION DÉLÉGUÉE ET GESTION DIRECTE

1.1 L'évolution du cadre juridique et administratif

Le rapport du Conseil d'État part de la constatation de pur fait que le recours à la gestion déléguée est surtout préféré par les communes qui rencontrent des difficultés particulières, soit dans l'alimentation (eaux de surface difficiles à traiter), soit dans le traitement (eaux polluées dans des communes littorales qui connaissent un afflux saisonnier). Il en résulte souvent que le prix de l'eau est plus élevé en cas de gestion déléguée, car ce prix varie essentiellement en fonction de ces difficultés techniques. C'est ainsi que les eaux de surface sont plus chères que les eaux souterraines, leur médiocre qualité entraînant des traitements plus coûteux. Mais le rapport va plus loin en essayant de définir, dans une situation où les conditions matérielles sont égales, les facteurs juridiques et administratifs qui peuvent jouer dans un sens ou dans l'autre.

En premier lieu, si, comme on le verra, il y a une certaine forme de mise en concurrence entre les candidats à la gestion déléguée, il n'existe pas actuellement d'obligation de mettre en concurrence les deux modes de gestion. Plus précisément, si les communes sont tenues de justifier le passage de la gestion directe à la gestion déléguée, l'inverse n'est pas vrai. Il y a là un facteur qui joue en faveur de l'exploitation en régie. Le rapport note aussi que les obligations du maire en matière de compte-rendu annuel sur le prix et la qualité de l'eau et sur le service d'assainissement sont plus lourdes lorsque le service est délégué que lorsqu'il est assuré en régie. De la même manière, a longtemps joué en faveur de ce mode la pratique des communes de subventionner davantage les investissements des services en régie que ceux des services délégués, jusqu'à ce que le législateur interdise cette discrimination par une loi du 30 décembre 2006. A l'inverse il est certain que la possibilité pour la commune de percevoir certains impôts sur l'entreprise délégataire peut jouer contre le passage de la gestion déléguée à la gestion directe.

Mais le facteur le plus important qui joue dans ce domaine est que si une commune peut, à tout moment, abandonner la régie au profit de la gestion déléguée, sous réserve, il est vrai des problèmes de reclassement du personnel communal³, l'inverse n'est pas vrai, dans la mesure où les contrats de délégation sont souvent

³ Voir sur ce point une décision du 1^{er} juillet 2005 Commune de Saint Paul de la Réunion aux conclusions de Nicolas Boulouis

conclus pour une très longue durée.

C'est sur ce point que le cadre juridique a connu une très importante évolution au cours des vingt dernières années.

A la suite d'affaires de corruption souvent liées au financement des partis politiques et qui donnaient au recours à la délégation des motifs pas toujours avouables, le législateur est intervenu au début des années 90 pour imposer une plus grande transparence dans la passation des contrats de délégation de service public. J'y reviendrai dans la deuxième partie de mon exposé. Ce fut l'un des apports essentiels de la loi du 29 janvier 1993, connue comme la loi Sapin, du nom du ministre qui l'a fait adopter. Mais surtout la même loi est venue préciser que les conventions de délégation de service public devaient être limitées dans leur durée en fonction des prestations demandées au délégataire, et qu'en particulier elles ne pouvaient dépasser la durée nécessaire aux amortissements des installations lorsque la réalisation de ces équipements a été mise à la charge du délégataire. Bien plus, une deuxième loi du 2 février 1995 est venue préciser que dans le domaine de l'eau potable et de l'assainissement⁴, où précisément les délégations avaient souvent été conclues pour une durée très longue, « les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par le directeur départemental des finances publiques. »

C'est l'application de cette nouvelle loi aux délégations en cours qui a donné lieu à des interrogations auxquelles une décision récente de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État vient de répondre et que je voudrais maintenant commenter.

1.2 Cas concret

Dans cette affaire jugée le 8 avril 2009, qui porte le nom des deux protagonistes, la Compagnie générale des eaux et la commune d'Olivet⁵, était en cause la durée d'une délégation du service d'alimentation en eau potable, conclue en 1931 pour une durée de 99 ans à compter du 4 avril 1933. Des élus d'opposition entendaient remettre en cause cette durée en contestant les délibérations du conseil municipal approuvant des avenants qui, en 1993 et 1997, donc postérieurement à la loi limitant la durée de telles délégations, n'avaient pas remis en cause cette durée et donc laissaient la commune d'Olivet liée à la Compagnie générale des eaux jusqu'au 4 avril 2032.

La difficulté de l'affaire était de concilier la mise en œuvre la plus rapide possible de la nouvelle loi, dont on voit bien à quelles considérations d'intérêt général elle répond, avec le respect de la liberté contractuelle, ainsi que de la libre administration des collectivités territoriales. Comme le rappelait le rapporteur public dans ses conclusions, le principe est que la loi nouvelle ne s'applique pas

⁴ Ainsi que de la collecte des ordures ménagères

⁵ Et qui a été jugée aux conclusions d'Edouard Geffray, participant à notre première rencontre en 2007

aux contrats en cours sauf dans trois cas :

-si le contrat l'a prévu

-si la loi l'a prévu, sous réserve du contrôle du Conseil constitutionnel qui n'admet cette atteinte à la liberté contractuelle garantie par la Déclaration des droits de 1789 que si elle répond à un motif d'intérêt général suffisant, si elle reste limitée et si elle ne porte pas atteinte à la libre administration des collectivités territoriales,

-enfin, même dans le silence de la loi, ce qui était le cas ici, les lois de 1993 et 1995 n'ayant rien prévu, si des motifs d'ordre public suffisamment impérieux le justifient. Le juge administratif l'avait admis par exemple dans le passé pour la réglementation des prix ou des changes.

Dans la mesure où, on l'a vu, les motifs des lois de 1993 et 1995 étaient de mettre fin à des situations allant des atteintes à la libre concurrence jusqu'à la corruption pure et simple, il n'y avait pas grand effort à faire pour considérer que le motif d'ordre public existait en l'espèce. Comme le soulignait, là encore le rapporteur public, réserver l'application de la loi nouvelle aux seules conventions de délégation postérieures à 1993, aurait au contraire porté atteinte à cet ordre public en introduisant une nouvelle distorsion de concurrence d'ailleurs condamnée par la jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg⁶ et par les décisions de la Commission européenne selon lesquelles « des contrats d'une durée excessive s'analysent comme des avantages concurrentiels injustifiés et sont donc constitutifs d'aides d'État prohibées. »

Mais il restait à préciser les conséquences exactes de l'application immédiate des lois de 1993 et 1995 sur la convention liant la Commune d'Olivet à la Compagnie générale des eaux. Plusieurs solutions étaient possibles :

- la première affirmant que la convention était caduque dès l'adoption de la loi nouvelle du seul fait qu'elle avait été conclue pour une durée supérieure aux vingt ans qui sont désormais la règle,

- la deuxième obligeant les collectivités à négocier un avenant dès la décision du juge,

- la troisième qui n'imposerait cette obligation qu'au terme d'un délai de vingt ans à compter de la loi qui a fixé ce délai, soit pour une loi du 2 février 1995, au plus tard le 2 février 2015.

C'est cette dernière solution qu'a retenue le Conseil d'État conformément à ce que lui proposait Édouard Geffray. Il a, en effet, écarté la première comme portant une atteinte excessive à la sécurité juridique et la seconde comme contraire à la libre administration des collectivités territoriales.

Il en résulte donc que les collectivités territoriales qui sont liées par des concessions allant au-delà de cette date du 2 février 2015 doivent prévoir que ces conventions seront caduques, même si elles contiennent des clauses de tacite

⁶ Voir son arrêt du 7 décembre 2005 Telaustria

reconduction, sauf si elles obtiennent du directeur des finances publiques un accord pour une prolongation rendue nécessaire par les besoins de l'amortissement d'investissements récents⁷. Dans ses conclusions, le rapporteur public, anticipant sur des contentieux futurs, indique que cette caducité n'ouvrirait pas droit à indemnisation en vertu de la théorie du pouvoir de résiliation unilatérale reconnu à l'administration et des conditions restrictives mises à cette indemnisation lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général.

Le terrain est maintenant bien balisé : la remise en concurrence des opérateurs privés avec la gestion en régie et en cas de poursuite de la gestion déléguée, avec les autres opérateurs, devra en principe intervenir à brève échéance pour toutes les conventions passées avant la loi du 2 février 1995 dont la durée s'étend au-delà du 2 février 2015⁸. Encore faut-il que cette mise en concurrence se fasse dans des conditions loyales. C'est l'objet de mon deuxième point.

II. LE CHOIX DES COMMUNES ENTRE LES CANDIDATS À LA GESTION DÉLÉGUÉE

II.1 L'évolution du cadre juridique

Il faut revenir ici sur la loi du 29 janvier 1993. Même si subsiste l'un des traits les plus traditionnels de la concession, qui l'oppose au marché public, à savoir le libre choix du concessionnaire par l'autorité délégante,⁹ cette loi, reprise dans les articles L1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT), a encadré ce libre choix en précisant : « les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. » Dans le cas des collectivités territoriales, les candidats qui veulent répondre doivent satisfaire à certaines conditions, garanties professionnelles et financières, respect de diverses obligations¹⁰, aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. C'est une commission élue à la représentation proportionnelle par le conseil municipal et où, donc, l'opposition est représentée, qui vérifie que ces conditions sont remplies et arrête la liste des candidats admis à présenter une offre. Ces offres sont alors librement négociées par l'autorité responsable de la personne délégante, c'est à dire le plus souvent le maire. La question de savoir si cette nouvelle exigence de transparence suffira face à la tentation qui existe au niveau communautaire d'aligner le régime des concessions sur celui des marchés reste ouverte. Je renvoie ici à l'exposé de mon collègue et ami Jean-Louis Dewost.

⁷ Hypothèse peu vraisemblable pour des concessions ayant déjà plus de vingt ans

⁸ Le nombre des délégations venant à échéance est déjà passé de 600 en moyenne par an à 900 en 2009. Un cas spectaculaire est celui de la ville de Paris qui, en 2009, est repassée de la gestion déléguée à la régie

⁹ On utilise à cet égard la formule latine de l' « *intuitu personae* »

¹⁰ Notamment l'emploi d'un certain pourcentage de travailleurs handicapés

Des dispositions législatives et réglementaires sont venues préciser les règles contentieuses applicables en la matière en adaptant ici ce que l'on appelle les procédures de référé pré-contractuel et je renvoie ici aux exposés de mes collègues Chabanol et Boulouis. Voyez pour des exemples d'application en la matière des procédures de référé des décisions du 14 décembre 2009 Sté Lyonnaise des eaux e Commune de La Roche sur Yon.

Mais, derrière ces modifications de l'environnement juridique, une question essentielle demeurait : l'état du marché des délégations de service public en matière d'eau et d'assainissement garantissait-il le jeu de la libre concurrence ou ce jeu n'était-il pas faussé, soit par des ententes entre les supposés concurrents, voire par un abus de position dominante du ou des principaux intervenants ?

C'est ici qu'est intervenue une autre décision essentielle que je voudrais maintenant commenter.

II.2 Cas concret

Il s'agit d'une décision, non du juge administratif, mais de cette autorité administrative indépendante qui s'appelait à l'époque le Conseil de la concurrence et qui est devenue l'Autorité de la concurrence chargée précisément de réprimer les ententes illégales sous le contrôle du juge judiciaire par une bizarrerie législative¹¹ et les abus de position dominante sous le contrôle du juge administratif. Une de ses particularités est que si elle peut être saisie de plaintes, elle peut aussi se saisir d'office, ce qu'elle a fait en 2000 à propos du marché de l'eau et de l'assainissement après avoir constaté que les trois principaux opérateurs, Compagnie générale des eaux, Compagnie lyonnaise des eaux que j'ai déjà citées, plus une plus petite la SAUR¹², répondaient rarement toutes les trois aux appels de candidature, voire répondaient par l'intermédiaire de filiales communes et avoir soupçonné que cette atteinte au libre jeu du marché pouvait avoir un lien avec l'augmentation anormale du prix de l'eau..

Statuant le 11 juillet 2002, le Conseil a d'abord eu à définir ce qu'était le « marché » pertinent, marché national ou pluralité de marchés locaux. Il a conclu à partir de la constatation de l'intervention des trois principaux opérateurs sur l'ensemble de la France qu'il s'agissait bien d'un marché national. Puis, il a relevé que si l'abstention des sociétés en cause traduisait « un parallélisme de comportement », cela ne suffisait pas à caractériser une entente illicite. En revanche, il a estimé que l'« oligopole » constitué par les deux principaux opérateurs leur conférait une position dominante et qu'ils avaient abusé de cette position en renonçant à répondre aux appels de candidature chaque fois qu'une de leur filiale commune se partait candidate. Il n'a toutefois pas prononcé directement

¹¹ Voir sur ce point la décision du Conseil constitutionnel n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 aux Grands arrêts de la jurisprudence administrative n°91 p. 636

¹² Je rappelle les pourcentages en proportion de la population desservie : pour l'eau 39% pour CGE, 19% pou Lyonnaise et 11% pour SAUR ; pour l'assainissement respectivement 28, 18 et 8%

de sanction dans la mesure où les sociétés en cause avaient commencé à procéder au « décroisement » de leurs entreprises communes et où les collectivités contractantes étaient souvent, elles-mêmes à l'origine de ces croisements, alors qu'elles conservaient un pouvoir discrétionnaire dans le choix du candidat. Mais et c'est le plus important, le Conseil a demandé au ministre chargé de l'économie¹³ « d'enjoindre aux sociétés Compagnie générale des eaux et Lyonnaise des eaux de modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé, tous accord et tous actes qui ont conduit ces entreprises à associer leurs moyens dans le cadre des filiales communes qu'elles ont créées conjointement dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement. »

La Compagnie générale des eaux a multiplié les recours contre cette décision, d'abord devant le juge judiciaire qui s'est finalement déclaré incompétent par un arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2004, puis devant le Conseil d'État. Mais le juge administratif suprême a estimé le 7 novembre 2005 qu'il n'y avait en réalité pas encore de décision mais un simple acte préparatoire insusceptible de recours.

Finalement, le ministre a adressé aux deux sociétés la mise en demeure suggérée en février 2008 et ces dernières se sont exécutées par un protocole d'accord du 19 décembre 2008. Chacune a repris le contrôle exclusif de l'une ou l'autre des filiales communes et la Commission européenne, saisie de ces opérations de concentration, les a approuvées en relevant qu'elles allaient favoriser le libre jeu de la concurrence. Affaire à suivre donc.

CONCLUSION

Domaine très ancien de la concession de service public, mise en concurrence avec la gestion directe en régie, la gestion des services de l'eau et de l'assainissement n'en a pas moins donné lieu, au cours des vingt dernières années à d'assez substantielles modifications qui ont permis au législateur, à l'autorité administrative, y compris dans sa forme d'autorité administrative indépendante et aux juges des deux ordres d'enrichir le droit des contrats.

Ces évolutions n'ont pas remis en cause la place très importante au niveau mondial des deux groupes français leaders en ce domaine. Qu'il suffise de dire que Veolia environnement emploie dans le monde plus de 300 000 personnes et a eu en 2009 un chiffre d'affaires de 35 milliards d'euros. Les chiffres pour Suez environnement sont respectivement de 140 000 agents et 47,5 milliards de chiffre d'affaire. Dans les deux cas, l'eau et l'assainissement ne représentent qu'une partie mais une partie substantielle de leur activité.

Je ne doute pas, néanmoins, que l'évolution se poursuive et que, notamment sous l'influence du droit de l'Union européenne, d'autres changements soient à attendre en droit comme en fait.

¹³ A l'époque, il n'avait pas le pouvoir de l'ordonner lui-même, pouvoir qu'a maintenant l'Autorité de la concurrence

CONTRACTUAL PROCEDURES IN PUBLIC AND PRIVATE PARTNERSHIP IN THE DOMAIN OF WATER

What is the domain of water? In France, as in the majority of European countries, the domain of water has had two essential characteristics for quite some time. It is considered to be a public service with industrial and commercial characteristics, and with collectivistic territorial responsibility. Due to this, there is an obligation to regulate contractual procedure in public and private partnership in the domain of water.

Key words: *contractual law, domain of water, public and private partnership*