

Les services de l'eau potable et de l'assainissement dans la loi sur l'eau

La loi à la traîne de la jurisprudence

PAR LAURENT RICHER

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PARIS I, AVOCAT À LA COUR

L'ESSENTIEL

En ce qui concerne la gestion des services publics de l'eau et de l'assainissement, la loi du 30 décembre 2006 n'innove pas profondément. Elle tend davantage à conforter des solutions jurisprudentielles ou admises dans la pratique, comme lorsqu'elle affirme la compétence des communes dans ces matières. Elle renverse cependant quelques solutions jurisprudentielles, comme celle qui autorisait les départements à moduler leurs subventions aux communes en fonction du mode de gestion choisi par celles-ci. Elle vise également à apporter davantage de transparence dans les contrats de délégation de service public.

Les services de l'eau potable et de l'assainissement occupent une place à part dans les débats sur le service public, qui, en France, ne cessent jamais. La « facture d'eau » en est la cause.

Cette facture, en effet, ne cesse de croître, surtout à cause de l'assainissement.

Cette facture est sous surveillance : la presse enquête régulièrement, les associations de consommateurs surveillent et contestent, les candidats aux élections municipales promettent des baisses. Les discussions autour du prix sont liées de près à celles qui portent sur l'organisation du service. L'hostilité d'une partie de l'opinion à l'intervention du secteur privé dans la gestion des services publics alimente des critiques rudimentaires envers la délégation de service public.

Très schématiquement, le « modèle français » est contesté parce que l'eau constitue un « bien essentiel », qui, au surplus, à la différence de l'autre bien essentiel qu'est l'électricité, est un « don du ciel », ce qui rendrait inadmissible sa « marchandisation » et donc l'intervention des firmes privées. Ces critiques oublient que le développement des infrastructures en eau potable depuis le XIX^e siècle n'a, en grande partie, été rendu possible que par la concession et que la gestion déléguée du service public n'implique pas l'abandon du service public. Cela n'empêche pas certains parlementaires de céder à la facilité en les reprenant à leur compte (v. par exemple, les débats au Sénat sur la loi de 2006).

Au-delà des critiques simplistes reposant sur des motifs idéologiques, les vrais problèmes sont ceux du contrôle et de la protection des droits de l'usager, sans lesquels il n'y a pas de service public, de l'évaluation, sans lequel le service public n'est pas efficace, de la programmation et du financement des investissements, sans lequel le service public n'est pas adapté aux besoins.

Depuis quinze ans les propositions de réformes n'ont pas fait défaut.

Des suggestions ont été faites de nationalisation des entreprises du secteur de l'eau et de l'assainissement, notamment par Philippe Seguin en 1994 ; elles n'ont pas suscité un grand intérêt.

La Cour des comptes a formé en 2003 le souhait d'une « rénovation des cadres de la coopération intercommunale » (Cour des comptes, *La gestion des services de l'eau et de l'assainissement*, déc. 2003) ; il garde son actualité et ce n'est pas la loi de 2006 qui va modifier la situation ; elle se contente d'apporter en la matière des retouches de détail répondant à des demandes d'élus locaux¹.

Des propositions ont été faites de création d'une autorité de régulation du secteur. La mise en place d'une Haute autorité de l'eau a été suggérée par le Haut conseil du secteur public dans son rapport de 1999 « Quelle régulation pour l'eau et les services urbains ? » (non publié). Sans aller jusqu'à envisager la création d'une autorité de régulation, le Conseil de la concurrence, quant à lui, a été d'avis que « pour améliorer le fonctionnement de la concurrence sur les marchés de l'eau, et notamment pour favoriser l'accès à ces marchés de nouveaux opérateurs, la question de la collecte, du traitement et de la diffusion des informations disponibles est cruciale. Elle pourrait donc justifier la création d'une autorité de surveillance qui aurait une mission d'observation, d'information et de conseil » (avis n° 00-A-12 du 31 mai 2000 relatif à une demande d'avis de la Commission des finances, de l'économie et du plan de l'Assemblée nationale sur le prix de l'eau en France).

L'idée avait été reprise sous une forme atténuée par le projet de loi sur l'eau de juin 2001 (projet Voynet II) qui prévoyait la création d'un Haut conseil des services publics de l'eau, organe consultatif chargé de conseiller les communes ; mais, la discussion de ce projet au Parlement a été interrom-

pue par le renouvellement de l'Assemblée nationale en juin 2002.

Cette idée n'a pas été reprise non plus.

Cependant, en ce qui concerne l'organisation des services de l'eau et de l'assainissement le nouveau texte est sur de nombreux points similaire au précédent projet; ni l'un, ni l'autre n'innove profondément. Dans l'ensemble, les dispositions sur les services publics d'eau et d'assainissement (art. 50 à 67 de la loi) relèvent plus de la gestion du droit existant que de la réforme. Dans de très nombreux cas, le Parlement a été à la remorque du juge. Beaucoup de dispositions sont des réactions à des solutions jurisprudentielles; un contentieux ayant fait apparaître une difficulté, le Parlement soit remet en cause, soit, le plus souvent, consacre la solution juridictionnelle. Dans d'autres cas, la loi vient conforter et préciser des pratiques, parfois anciennes du secteur. Tout cela laisse peu de place à l'innovation, mais présente l'avantage d'améliorer la sécurité juridique à trois points de vue: l'organisation des services, dont est réaffirmé le caractère communal, la délégation de ces services, qui fait, une fois de plus l'objet de règles particulières, les droits des usagers, dont la protection est renforcée.

► Des services publics communaux

La loi réaffirme le rôle de la commune et précise les missions des services publics de l'eau et de l'assainissement.

RÉAFFIRMATION DU RÔLE DE LA COMMUNE

Depuis la loi sur l'eau du 3 janvier 1992 le caractère communal du service de l'assainissement est consacré expressément par la loi (art. L. 2224-8 CGCT issu de l'art. 35 de la loi de 1992, qui fait du service de l'assainissement un service communal obligatoire). En ce qui concerne l'eau potable, qui n'est pas un service obligatoire, aucune attribution expresse de compétence à une collectivité déterminée ne figurait dans les textes.

A côté des communes, d'autres collectivités comme l'Etat ou le département étaient susceptibles d'être compétentes en matière d'eau potable, en fonction des circonstances.

Il en résultait que, à côté des communes, d'autres collectivités comme l'Etat ou le département étaient susceptibles d'être compétentes en fonction des circonstances, c'est-à-dire de l'étendue de la desserte ou de l'origine de la ressource en eau (cf. TA Versailles 26 sept. 1989, *Association Syndicale Autorisée Cottage de la Grange des Noues*, LPA 10 févr. 1992, p. 13, note S.-C. Bouzely – Compétence d'une association syndicale; CE 13 mars 1985, *Ville de Cayenne*, AJDA 1985. 376, note L. Richer: «L'organisation de la distribution d'eau, dont aucun texte ne confie l'exclusive compétence aux seules communes, présentait un intérêt départemental dans les circonstances de l'espèce»).

Au surplus, la distribution d'eau potable ne constitue pas un monopole des collectivités publiques compétentes, des distributions privées peuvent fonctionner dans le respect des dispositions du code de la santé publique et, éventuellement, des règles concernant l'utilisation du domaine public.

La loi vient préciser la situation.

Le quasi-monopole communal

L'article 54 de la loi de 2006 remédie à ce que certains sénateurs ont considéré comme une lacune en ajoutant au code général des collectivités territoriales un article L. 2224-7-1 aux termes duquel «les communes sont compétentes en matière de distribution d'eau potable. [...] Toutefois, les compétences en matière d'eau potable assurées à la date de publication de la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques par des départements, des associations syndicales autorisées ou constituées d'office ne peuvent être exercées par les communes sans l'accord des personnes publiques concernées». L'intérêt de cette disposition ne saute pas aux yeux étant donné que dans la pratique les services de distribution d'eau potable sont déjà presque toujours communaux ou intercommunaux; pour comprendre l'intention du législateur il convient de se reporter aux travaux parlementaires relatifs à l'amendement qui est à l'origine de cette disposition.

Il résulte des travaux préparatoires (cf. déb. Sénat 8 sept. 2006) que la nouvelle disposition a été adoptée en réaction à la solution retenue par le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 05-D-58 du 3 novembre 2005, relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'eau potable en Ile-de-France.

Par cette décision, le Conseil de la concurrence a infligé une sanction pécuniaire au Syndicat des eaux d'Ile-de-France (SEDIF), au motif que celui-ci aurait adopté un comportement anti-concurrentiel lors de la négociation d'un contrat pour l'achat d'eau en gros par la SEMMARIS, société d'économie mixte qui gère le marché de Rungis, avec la SAGEP, concessionnaire de la production d'eau potable à Paris. Devant le Conseil de la concurrence, le SEDIF a soutenu que le marché de fourniture d'eau en gros, sur lequel il aurait été en concurrence avec la SAGEP, n'existe pas car la SEMMARIS ne pouvait faire jouer la concurrence dès lors qu'elle était installée sur le territoire d'une commune adhérente au SEDIF. C'est à la suite de cette condamnation que le président du SEDIF a pris l'initiative de faire insérer une nouvelle disposition dans le code général des collectivités territoriales afin de consacrer le monopole des communes et, donc, des syndicats qui les regroupent.

La démarche sénatoriale traduit une mauvaise compréhension de la situation. En effet, dans l'affaire soumise au Conseil de la concurrence n'était pas en jeu le fonctionnement du service de distribution d'eau potable mais la fourniture d'eau en gros à la SEMMARIS, qui était elle-même en charge de la distribution; la nouvelle disposition manque donc son but, elle ne change rien à la situation qui en a motivé l'adoption puisque la SEMMARIS n'est pas usager du service de distribution d'eau potable, mais gestionnaire d'un réseau privé hors service municipal². Elle n'est, cependant, pas dénuée de conséquence, puisque, dorénavant, est opérée une attribution

de compétences aux communes pour la gestion du service d'eau potable, qui semble, au surplus, être devenu un service obligatoire, à condition d'admettre qu'un service peut être obligatoire en vertu de dispositions implicites. En effet, la loi n'affirme pas clairement l'obligation ; celle-ci peut seulement être déduite de ce que le nouvel article L. 2224-7-1 du CGCT énonce que les communes «arrêtent un schéma de distribution d'eau potable déterminant les zones desservies par le réseau de distribution», ce qui présuppose l'existence d'un tel réseau et de ce que les communes «peuvent également assurer la production d'eau potable, ainsi que son transport et son stockage», ce qui *a contrario* semble impliquer que les communes «doivent» assurer la distribution. Mais, à supposer même que tel soit le sens du texte, cela ne devait pas remettre en cause la jurisprudence selon laquelle la desserte n'est pas obligatoirement assurée sur l'ensemble du territoire communal puisque l'article 1^{er} de la loi «chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous», ce qui englobe le coût pour la commune.

Les limites des compétences communales

Le nouvel article L. 2224-7-1 permet de préserver les situations acquises ; il prévoit, en effet, que peuvent encore intervenir en matière d'eau potable les départements et les associations syndicales autorisées ou constituées d'office compétents à la date de publication de la loi ; la possibilité de ce maintien est impliquée par la disposition selon laquelle les communes ne peuvent intervenir qu'avec l'accord desdites collectivités dans le cas où celles-ci sont compétentes à la date de publication de la loi.

La loi confirme et précise la compétence départementale et interdépartementale, non exclusive, en matière d'assainissement à Paris et dans les départements de la petite couronne.

Un problème de compétence est également réglé par l'article 63 en matière d'assainissement. Il s'agit de l'organisation spécifique à la région parisienne.

Dans la région parisienne interviennent en matière d'assainissement des communes, des groupements de communes et une entente interdépartementale, le syndicat interdépartemental pour l'assainissement de l'agglomération parisienne (SIAAP). La compétence des départements issus de la division, en 1964, de l'ancien département de la Seine était fondée sur les lois des 10 juillet 1894 et 13 août 1926 relatives à l'assainissement dans le département de la Seine, mais des difficultés ont surgi, à propos de la redevance d'assainissement, dans certaines communes qui ne faisaient pas partie de l'ancienne Seine. La cour administrative d'appel de Paris a jugé que la compétence départementale ne s'étendait pas à ces communes (CAA Paris 12 nov. 1999, *SARL Martin-Duval*, req. n^{os} 98PA00218 et 98PA00219). Cette interprétation a été censurée par le Conseil d'Etat (CE 29 juin 2001, *Département du Val-de-Marne*, Lebon 300) qui a considéré que le département tient de l'article 45 de la loi du 10 juillet 1964 portant réorganisation de la Région parisienne «le droit, conféré à

l'ancien département de la Seine par les lois des 10 juillet 1894 et 13 août 1926, de créer et exploiter un réseau d'assainissement sur l'ensemble de son territoire, y compris, [...] sur celui des communes qui, comme Villeneuve-Saint-Georges, relevaient autrefois du département de la Seine-et-Oise». Mais, apparemment, cet arrêt n'a pas suffi à faire taire les critiques et à rassurer les acteurs. C'est pourquoi l'article 63 de la loi crée un nouveau chapitre confirmant et précisant la compétence départementale et interdépartementale, non exclusive, dans les départements de Paris, des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne (art. L. 3451-1 et L. 3451-2 CGCT).

Sur quoi les compétences normalement communales s'exercent-elles ?

MISSIONS DES SERVICES

Plusieurs dispositions de la loi nouvelle apportent des précisions en forme de confirmations des solutions de la pratique et de la jurisprudence relative aux missions des services de l'eau potable et de l'assainissement.

Les «services d'eau potable»

La séparation entre l'infrastructure et le service présente de multiples intérêts, notamment au point de vue de la mutualisation des capacités des infrastructures, ou, inversement, et plus exceptionnellement, de la mutualisation de l'exploitation (cf. K. Bakker, *Du public au privé... au mutuel la restructuration du secteur de l'eau en Angleterre et au Pays de Galles in IGD Eau : le temps du bilan*, Le Moniteur, 30 juill. 2004, p. 89).

C'est pourquoi, dans la pratique, il est assez fréquent que soient différenciées la production et la distribution de l'eau potable. Récemment, le Conseil d'Etat a admis que chacun de ces segments peut être érigé en un service distinct et que la production peut être concédée (CE 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier*, AJDA 2006. 1781, note L. Richer). Cette divisibilité est confortée par la nouvelle rédaction de l'article L. 2224-7 du CGCT, qui définit comme «service d'eau potable» le service «assurant tout ou partie de la production par captage ou pompage, de la protection du point de prélèvement, du traitement, du transport, du stockage et de la distribution d'eau destinée à la consommation humaine». La possibilité de gestion séparée, mais évidemment coordonnée, de ces services est donc reconnue.

Le service d'assainissement

L'assainissement peut être collectif ou autonome. Dans le cas où il est autonome, les communes attendaient des précisions sur l'étendue de leurs obligations ; la loi les apporte en partie et elle rappelle aussi que les eaux pluviales ne relèvent pas du service d'assainissement.

Inclusion de l'assainissement non collectif (ANC)

La directive 91/271/CEE du Conseil, du 21 mai 1991, relative au traitement des eaux urbaines résiduaires érige en principe la création de systèmes de collecte des eaux urbaines résiduaires, mais admet que «lorsque l'installation d'un sys-

tème de collecte ne se justifie pas, soit parce qu'il ne présenterait pas d'intérêt pour l'environnement, soit parce que son coût serait excessif, des systèmes individuels ou d'autres systèmes appropriés assurant un niveau identique de protection de l'environnement sont utilisés».

Pour transposer la directive la loi sur l'eau du 3 janvier 1992, a prévu que «les communes prennent obligatoirement en charge les dépenses [...] de contrôle des systèmes d'assainissement non collectif. Elles peuvent prendre en charge les dépenses d'entretien des systèmes d'assainissement non collectif» (art. L. 2224-8 CGCT). Le service de contrôle vérifie que les systèmes sont conformes à la réglementation qui est définie par arrêté ministériel en application de l'article R. 2224-17 du code général des collectivités territoriales (arrêtés du 6 mai 1996). Au surplus, le Conseil d'Etat a jugé que les communes peuvent offrir aux intéressés des prestations d'entretien (CE 23 mai 2003, *Communauté de communes Artois-Lys*, Lebon 234; AJDA 2003. 1519; RFDA 2004. 299, note B. Faure).

La tentation est grande pour des collectivités locales déjà surchargées de tâches³ de se désintéresser de l'ANC. A cette tentation le législateur a failli succomber puisque le projet de loi sur l'eau adopté en 2^e lecture par le Sénat le 11 septembre 2006 prévoyait dans son article 26 que les communes avaient le choix d'exercer le contrôle qui leur incombe «soit directement en procédant au diagnostic des installations, soit sur pièces à partir des diagnostics réalisés selon les modalités prévues à l'article L. 1331-1 du code de la santé publique», c'est-à-dire en ayant recours à des entreprises agréées, un peu comme pour le contrôle technique des automobiles.

Les communes doivent assurer le contrôle des installations d'assainissement non collectif. Mais un délai plus long que celui qui résultait du texte antérieur leur est laissé.

Heureusement, le texte a été modifié et, en fin de compte, l'article 54-6° ne permet pas ce désengagement; les communes doivent toujours assurer le contrôle des installations d'assainissement non collectif. Mais un délai plus long que celui qui résultait du texte antérieur leur est laissé: le contrôle doit être mis en place au plus tard le 31 décembre 2012 (au lieu de 2005 précédemment), puis selon une périodicité qui ne peut pas excéder huit ans⁴.

La loi ajoute, consacrant ainsi la solution de l'arrêt *Artois-Lys*, que les communes «peuvent, à la demande du propriétaire, assurer l'entretien et les travaux de réalisation et de réhabilitation des installations d'assainissement non collectif», sans, toutefois, qu'il soit fait allusion à une exigence d'insuffisance de l'initiative privée.

Exclusion de la gestion des eaux pluviales

Depuis la loi sur l'eau de 1992 la nécessité de traiter les eaux pluviales, au moins en zone urbaine, est prise en considération; sur ce point la loi nouvelle comporte quelques réelles avancées, mais, en ce qui concerne le service public proprement dit, elle n'innove pas.

Il a toujours été clair, au moins en théorie, que la gestion des eaux pluviales est distincte de celle des eaux usées «alors

que la collecte, l'acheminement et le traitement des eaux usées relèvent du service public de l'assainissement dont les coûts doivent être couverts par l'usager, la gestion des eaux pluviales relève en principe du budget général de la commune financé par le contribuable local» (Cour des comptes, rapport préc., p. 27) et, en cas de réseau unitaire il revient au budget général de verser une contribution. Le service de l'assainissement est un service industriel et commercial, alors que le service des eaux pluviales (lié à celui de la voirie) est un service administratif.

L'article 48 de la loi s'inscrit pleinement dans cette logique.

Un nouvel article L. 2333-97 est inséré au code général des collectivités territoriales selon lequel «la collecte, le transport, le stockage et le traitement des eaux pluviales constituent un service public administratif relevant des communes». Et, surtout, pour financer ce service, qui n'a pas d'usager, les communes peuvent instituer une taxe annuelle dont le produit est affecté au financement du service, c'est la «taxe pour la collecte, le transport, le stockage et le traitement des eaux pluviales», qui est due par les propriétaires des immeubles raccordés au réseau public de collecte des eaux pluviales. Comme il n'existe pas de compteur d'eau pluviale, le montant de la taxe sera déterminé en fonction de la superficie des immeubles (de plus de 600 m²), mais pour inciter les propriétaires à limiter les rejets, la loi prévoit que les redevables peuvent bénéficier d'abattements s'ils mettent en place des dispositifs évitant ou limitant le déversement des eaux pluviales dans le réseau. Ceci étant, on peut s'interroger sur la conformité de cette taxe avec le principe pollueur-payeur.

Ce service de la gestion des eaux pluviales se distingue aussi du service de l'assainissement en ce qu'il ne peut pas être compris dans une délégation de ce service public.

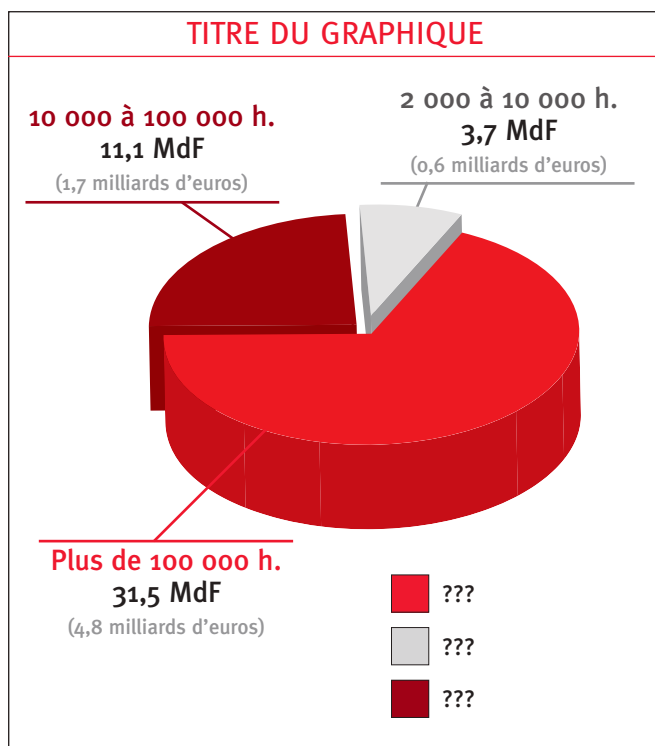
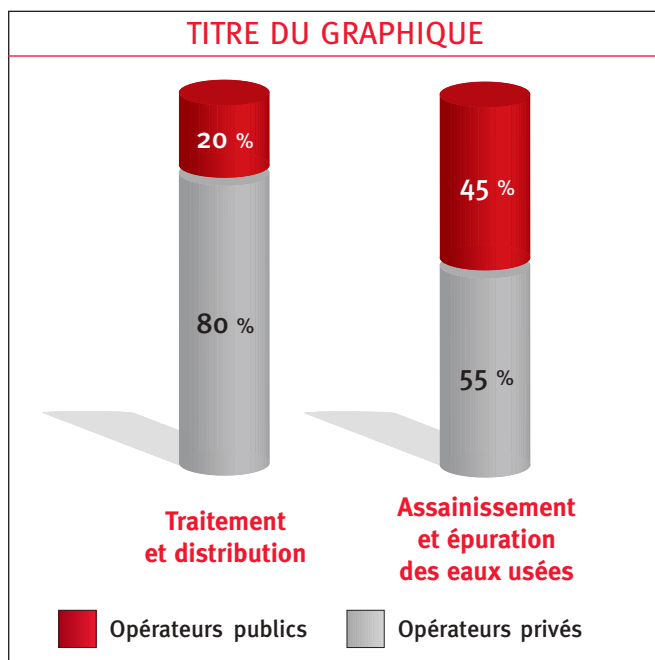
La délégation de service public

La part de la délégation de service public, surtout sous forme d'affermage, est importante dans le secteur de l'eau (v. schéma) et les élus sont particulièrement attentifs aux règles applicables en ce domaine, ce qui fait que se développe un particularisme de la DSP en matière d'eau.

Certaines restrictions à la liberté contractuelle ont été envisagées au cours du processus législatif, notamment la limitation à neuf ans de la durée des conventions de délégation, mais cette idée a été abandonnée au motif qu'une telle limitation est contraire à la libre administration des collectivités territoriales (cf. C. comptes 20 janv. 1993).

En fin de compte, là encore, la loi sur l'eau se situe par rapport à des pratiques contractuelles et à des solutions jurisprudentielles sans vraiment innover. Ses dispositions intéressent le libre choix entre les modes de gestion, la procédure de DSP et les relations financières avec le délégant.

Modes de gestion des services d'eau potable et d'assainissement



Source : Avis adopté par le Conseil économique et social au cours de sa séance du mardi 24 avril 2001 (rapport Martinand)

LE LIBRE CHOIX ENTRE LES MODES DE GESTION

Une des dimensions de la libre administration des collectivités locales est la liberté de choisir entre la gestion en régie et la gestion déléguée dans les conditions prévues par la loi. La loi comporte deux mesures visant à mettre à égalité régie et délégation.

Pour des motifs d'ordre idéologique, un conseil général a mis en place un système de subventions d'équipement aux services communaux d'eau potable qui défavorise les services délégués. La délibération de ce conseil général a été annulée par le tribunal administratif (TA Pau 13 mars 1997, *Préfet des Landes c/ Département des Landes*, AJDA 1997. 542, obs. J.-L. Rey; *Les Grands Arrêts de la Décentralisation*, Dalloz, 2^e éd., n° 5, p. 32) et la cour administrative d'appel (CAA Bordeaux 31 mai 2001, *Département des Landes*, AJDA 2001. 957, note H. Pac). Mais, par l'arrêt *Département des Landes* rendu le 12 décembre 2003 (AJDA 2004. 195, chron. F. Donnat et D. Casas ; RFDA 2004. 518, concl. F. Sénès), le Conseil d'Etat a annulé l'arrêt de la cour administrative d'appel au motif qu'elle a commis une erreur de droit en jugeant qu'une tutelle avait été instituée par la délibération du conseil général qui avait entendu, par une modulation du taux de subvention, inciter financièrement les communes ou leurs syndicats à gérer en régie leurs réseaux d'eau et d'assainissement, alors que la délibération n'a pas subordonné l'attribution de ces aides à une procédure d'autorisation ou de contrôle. L'arrêt juge aussi que le principe d'égalité n'a pas été enfreint, compte tenu de la différence de situation. Cette jurisprudence est critiquable, à la fois parce qu'elle retient de la « tutelle » une conception excessivement formelle et parce que, ainsi que l'ont relevé les chroniqueurs de l'AJDA (AJDA 2004. 195, chron. F. Donnat et D. Casas), l'arrêt du Conseil d'Etat laisse de côté une question, qui est celle de la proportionnalité entre la différence de situation et la différence de traitement.

L'article 54 de la loi vient infirmer la jurisprudence Département des Landes.

L'article 54 de la loi vient infirmer cette jurisprudence en introduisant au code général des collectivités territoriales un article L. 2224-11-5, selon lequel « 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 ».

En sens inverse, une autre mesure vise à procurer aux régies une plus grande liberté financière en les libérant d'une règle de la comptabilité publique, qui ne pèse pas sur les délégataires. Il s'agit de l'article L. 2224-11-1 nouveau du CGCT, qui permet de voter « la section d'investissement du budget de la commune [...] en excédent afin de permettre les travaux d'extension ou d'amélioration des services prévus par le conseil municipal dans le cadre d'une programmation pluriannuelle ». Il résulte des débats parlementaires que par « budget de la commune », il faut entendre budget du service de l'eau ou de l'assainissement et que l'objectif poursuivi est de permettre aux communes de provisionner et de financer des travaux d'extension ou d'amélioration des services. A dire vrai il n'était pas interdit jusqu'ici que le budget d'un service industriel et commercial soit voté en excédent (cf. CE 9 avr. 1999, *Commune de Bandol*, Lebon 129; CJEG 1999. 193, concl. Goulard), mais un obstacle pouvait résulter du principe d'équivalence entre les tarifs fixés et les services rendus aux usagers. C'est pourquoi, depuis longtemps, la

Cour des comptes souhaitait que soit consacrée la possibilité d'un «suréquilibre» afin de «constituer des réserves pour financer les travaux importants à venir en matière de remplacement des canalisations, de réalisation du programme général d'assainissement et de construction d'unités de traitement des boues d'épuration» (v. Cour des comptes, *La gestion des services de l'eau et de l'assainissement*, p. 31).

Une autre modification a été adoptée au vu d'une solution jurisprudentielle; elle concerne la composition de la commission des DSP.

LA COMMISSION DES DSP

La cour administrative d'appel de Marseille a jugé que la présence aux réunions de la commission des délégations de service public de personnes appartenant aux services de la commune, dont le secrétaire général et le directeur général des services techniques de la ville a entaché la procédure d'une irrégularité substantielle (CAA Marseille 15 juin 2004, *Commune d'Alès-en-Cévennes*, AJDA 2004. 1872, note J.-D. Dreyfus; JCP A 2006. 1681), alors qu'en matière de marchés publics des agents de la collectivité peuvent participer à la commission d'appel d'offres, ce qui peut s'avérer indispensable.

Par une disposition cavalière, puisqu'elle est de portée générale, l'article 56 de la loi vient remédier à cette difficulté en modifiant l'article L. 1411-5 du CGCT pour y ajouter que «peuvent participer à la commission, avec voix consultative, un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés par le président de la commission, en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la délégation de service public». Comme le relève Florian Linditch (JCP A 2007, n° 12, 267), il n'est pas sûr que la jurisprudence marseillaise ait perdu son actualité en ce qui concerne les agents à compétence générale, comme le directeur général.

LES RELATIONS FINANCIÈRES AVEC LE DÉLÉGANT

La question de la tarification, qui est au cœur du problème de la DSP s'insère dans le contexte général des relations financières entre délégant et délégataire. En effet, il peut être tentant pour le délégant de saisir l'aubaine de la délégation pour faire supporter des charges indues par l'utilisateur du service public.

Fin des charges indues

Il y a bien longtemps, ce problème a été traité par le législateur en matière de concession d'électricité, puisque l'article 9 de la loi du 15 juin 1906, toujours en vigueur, dispose que «l'acte de concession ne peut imposer au concessionnaire une charge pécuniaire autre que les redevances prévues au § 7 de l'article 18, ni attribuer à l'Etat ou à la commune des avantages particuliers autres que les prix réduits d'abonnements qui seraient accordés aux services publics pour les fournitures équivalentes». Dans le secteur de l'eau potable il est courant que les communes se fassent accorder la gratuité ou une tarification spéciale pour les consommations des services

municipaux. Une telle exigence est contraire au principe d'égalité entre usagers, alors que la commune a la qualité d'utilisateur; la loi ne fait qu'en tirer les conséquences en insérant par l'article 57 un article L. 2224-12-1 du CGCT: «Toute fourniture d'eau potable, quel qu'en soit le bénéficiaire, fait l'objet d'une facturation au tarif applicable à la catégorie d'utilisateurs correspondante. Les collectivités mentionnées à l'article L. 2224-12 sont tenues de mettre fin, avant le 1^{er} janvier 2008, à toute disposition ou stipulation contraire». Toutefois, il est ajouté que cette disposition «n'est pas applicable aux consommations d'eau des bouches et poteaux d'incendie placés sur le domaine public», ce qui implique que la collectivité des usagers supporte une charge du service d'incendie, qui relève pourtant de la police.

Une autre source de revenu pour la collectivité délégante est constituée par les redevances d'occupation du domaine public, sans que le délégataire puisse revendiquer un droit à la gratuité (CE 28 juill. 1999, *Société Cofiroute*, Lebon 256; D. 1999. 236). Il était fréquent que les communes autorisent leurs délégataires à utiliser gratuitement leur domaine public; depuis 2006 ce ne devrait plus être possible, puisque ce cas n'entre pas dans les dérogations apportées par l'article L. 2125-1 du CGPPP au principe de la redevance d'occupation.

Il arrivait que, pour contourner l'interdiction des droits d'entrée, la collectivité locale demande le versement d'une redevance d'occupation capitalisée.

A l'inverse, il arrivait aussi que, pour contourner l'interdiction des droits d'entrée, la collectivité locale demande le versement d'une redevance d'occupation capitalisée (v. Cour des comptes, rapport préc.) dont le montant n'était pas fixé en fonction de l'avantage procuré. C'est la raison pour laquelle la loi prévoit, comme c'est déjà le cas en matière de concession d'énergie (art. L. 2333-84 CGCT) que «le régime des redevances susceptibles d'être perçues par les communes, les départements ou les régions en raison de l'occupation de leur domaine public par des ouvrages de distribution d'eau et d'assainissement est fixé par décret en Conseil d'Etat» (art. L. 2224-11-2).

Le projet de décret communiqué à l'Assemblée nationale prévoit que la redevance due chaque année à une commune pour l'occupation du domaine public communal par les réseaux des services publics de distribution d'eau et d'assainissement est fixée pour chaque service par le conseil municipal dans la limite des plafonds suivants: – 153 euros pour les communes dont la population est inférieure ou égale à 2 000 habitants; (0,183 P – 213) euros dans les communes dont la population est supérieure à 2 000 habitants et inférieure ou égale à 5 000 habitants; (0,381 P – 1 204) euros pour les communes dont la population est supérieure à 5 000 habitants et inférieure ou égale à 20 000 habitants; (0,534 P – 4 253) euros pour les communes dont la population est supérieure à 20 000 habitants et inférieure ou égale à 100 000 habitants; (0,686 P – 19 498) euros pour les communes dont la population est supérieure à 100 000 habitants (P représente le

nombre d'habitants de la commune dans le dernier recensement de l'INSEE).

Contrôle sur le délégataire

La question des travaux et surtout des provisions de renouvellement a parfois eu les honneurs de la grande presse, notamment en 1996 quand le groupe Vivendi-CEG a réorganisé son secteur de l'eau en faisant remonter à la société-mère les provisions des filiales, ainsi que leur trésorerie.

Au-delà des jeux financiers, l'enjeu du renouvellement est fondamental, puisque la continuité et la qualité du service public en dépendent. Mais, comme le rappelle la Cour des comptes, la provision pour renouvellement, déductible du résultat fiscal si elle répond à certaines conditions, dont celle d'une programmation (instruction n° 112 du 18 juin 1998), n'est pas le seul système utilisable. Les délégataires ont aussi mis au point le mécanisme de la «garantie de renouvellement», sorte d'assurance de remplacement: «par rapport à la provision, destinée à couvrir une charge prévisible, la garantie vise à couvrir un risque de travaux qui ne se réalisera pas nécessairement» (Cour des comptes, rapport préc., p. 42), cette garantie, dont le coût est intégré au prix, présente donc une dimension spéculative.

Pour éviter les abus et le risque de dégradation des actifs pouvant résulter de la garantie de renouvellement, le modèle de cahier des charges de la distribution d'eau potable proposé par l'AMF depuis 2001 distingue le «renouvellement patrimonial» programmé et qui donne lieu en fin de délégation à «restitution de la valeur que le contrat avait explicitement attribué aux opérations prévisibles non réalisées» (Cour des comptes, préc.) et le «renouvellement fonctionnel», à caractère aléatoire et couvert par une rémunération forfaitaire.

Dans le cas de provisions comptables, «à de nombreuses reprises, les juridictions financières ont dû rappeler que [...] le renouvellement devait faire l'objet d'un plan, en fonction des ressources, fixant la date et le montant du renouvellement pour chaque bien. Ceci suppose qu'un inventaire contradictoire des biens à renouveler soit régulièrement établi» (Cour des comptes, *La gestion des services de l'eau et de l'assainissement*, déc. 2003, p. 43).

Conformément à ce vœu, pour les délégations du service de l'eau ou de l'assainissement, l'article 54 de la loi introduit dans le code général des collectivités territoriales deux dispositions lorsque le contrat met à la charge du délégataire des renouvellements à caractère patrimonial. Dans ce cas, l'article L. 2224-11-3 fait obligation d'annexer au contrat de DSP un «programme prévisionnel de travaux» de renouvellement patrimonial et de grosses réparations et l'article L. 2224-11-4 impose au délégataire le versement au délégant «d'une somme correspondant au montant des travaux stipulés au programme prévisionnel mentionné à l'article L. 2224-11-3 et non exécutés», ce qui était régulièrement demandé par les chambres régionales des comptes.

De plus, la loi prévoit que, dans tous les cas, le délégataire doit établir en fin de contrat un inventaire détaillé du patrimoine du délégant et remettre à la collectivité 18 mois avant l'échéance du contrat les supports techniques nécessaires à la facturation et les plans des réseaux.

La situation est ainsi clarifiée et elle est conforme au principe de transparence du service public. Cette transparence doit avant tout être respectée vis-à-vis des usagers.

L'usager

Les services de l'eau potable sont, avec les transports et le chauffage urbain les services locaux dont les usagers sont les plus vigilants; ces usagers sont protégés par la plupart des règles du droit de la consommation (v. J. Amar, *De l'usager au consommateur de service public*, PUAM, 2001). Mais, leurs droits et obligations sont aussi le «réflexe» des règles de droit public qui s'appliquent au service public, qu'il soit géré en régie ou en délégation. Au nombre de ces règles figure le tarif et le règlement du service.

LE TARIF

La «facture d'eau» se décompose en trois grandes catégories d'éléments, comme le montre un exemple:

Exemple: la facture d'eau à Paris au 1^{er} janvier 2007

La loi apporte à la tarification des redevances de service public des modifications, qui ne sont pas des bouleversements.

EAU POTABLE	37,10 %
Fourniture et distribution	35,99 %
Redevance communale (contrôle, investissement non concédés)	1,1 %
ASSAINISSEMENT	32,53 %
Collecte eaux usées	9,26 %
Transport et traitement (SIAAP)	23,27 %
TAXES ET REDEVANCES	30,37 %
Redevances agence de l'eau	24,89 %
Redevance VNF	0,27 %
TVA	5,5 %

Source : <http://www.paris.fr/portail/Environnement>

La loi nouvelle réforme les redevances des agences de l'eau (v. article sur le sujet) et elle apporte à la tarification des redevances de service public des modifications, qui ne sont pas des bouleversements.

La problématique soumise au Parlement a été de concilier les deux objectifs en partie contradictoires que sont l'accès à l'eau et la préservation de la ressource. Pour y parvenir la loi renforce la maîtrise et l'encadrement des tarifs.

Maîtrise du tarif

Depuis le décret du 24 octobre 1967 confirmé sur ce point par le décret du 13 mars 2000 il est prévu que «le conseil municipal ou l'organe délibérant de l'établissement public

compétent pour tout ou partie du service public d'assainissement collectif ou non collectif institue une redevance d'assainissement pour la part du service qu'il assure et en fixe le tarif» (art. R. 2333-122). L'article 57 de la loi généralise la règle en prévoyant à l'article L. 2224-12-2 que «dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les règles relatives aux redevances d'eau potable et d'assainissement et aux sommes prévues par les articles L. 1331-1 à L. 1331-10 du code de la santé publique sont établies par délibération du conseil municipal ou de l'assemblée délibérante du groupement de collectivités territoriales». La mention de l'établissement public, qui figurait à l'article R. 2333-122 ayant disparu, il semble que dans le cas de régie personnalisée, une délibération du conseil municipal est nécessaire.

Lorsque le service est délégué, il a toujours été de règle que «la détermination du prix du service ou le montant de la redevance ne peut être laissée à la discrétion du concessionnaire» (CAA Lyon 20 mai 1999, *SA Comalait*, Lebon T. 660, 663, 712, 970 et 971; AJDA 1999. 945), ce qui est confirmé par l'article L. 1411-2 du CGCT selon lequel «la convention stipule les tarifs à la charge des usagers». La délibération imposée par le nouvel article L. 2224-12-2 intervient tout naturellement dans le processus d'approbation de la convention de délégation de service public; elle se confond avec la délibération qui approuve le contrat et ce n'est pas une innovation.

Règles de fixation des redevances

Le montant des redevances d'eau et d'assainissement doit être établi dans le respect des principes de proportionnalité et d'égalité. La loi nouvelle décline ces principes sans faire preuve de beaucoup d'originalité par rapport à la jurisprudence, mais en tenant compte de la directive-cadre sur l'eau.

Proportionnalité

Il est d'abord rappelé, par le nouvel article L. 2224-12-3 du CGCT, que les redevances sont déterminées en fonction des charges, ce qui va de soi. Le nouveau texte omet, cependant, de mentionner la rémunération du délégataire, quand il y en a un; mais les contrats de délégation eux-mêmes sont coutumiers de ce silence.

Egalité

Le principe d'égalité doit être respecté aussi bien pour la détermination de la «partie fixe» (abonnement) que pour celle de la partie variable.

En ce qui concerne la partie fixe la loi de 2006, comme la loi sur l'eau de 1992 (art. L. 214-15 C. envir.), prévoit que «toute facture d'eau comprend un montant calculé en fonction du volume réellement consommé par l'abonné et peut, en outre, comprendre un montant calculé indépendamment de ce volume en fonction des charges fixes du service et des caractéristiques du branchement» (art. L. 2224-12-4 CGCT). Mais, cette confirmation s'accompagne d'une codification de la jurisprudence sur la notion de «caractéristiques du branchement». En effet, des contentieux se sont développés sur le point de savoir si le nombre de logements peut être considéré comme une caractéristique justifiant que les primes fixes soient plus élevées pour les immeubles collectifs (v. J.-

P. Ducharne in *Droit des services publics locaux*, Le Moniteur, t. II, VI. 104. 1. 14). La logique économique justifie une telle modulation de la prime fixe d'abonnement puisque, si les immeubles collectifs n'ont, comme les maisons individuelles, qu'un branchement, le nombre supérieur d'habitants a pour effet d'accroître l'importance des coûts fixes. Le Conseil d'Etat a, en fin de compte, considéré qu'il est légal d'instituer une part fixe calculée en fonction du nombre de locaux desservis (CE 19 avr. 2000, *Commune de La Bresse*, req. n° 157920; CE 25 juin 2003, *Commune des Contamines-Monjoie*, Lebon T. 789; AJDA 2003. 2055; CE Sect. 17 oct. 2003, *Syndicat des copropriétaires de la résidence Atlantis*, Lebon 406; AJDA 2003. 2028, chron. F. Donnat et D. Casas).

Toutefois, en ce qui concerne la partie fixe, la loi ne se contente pas de consacrer la jurisprudence, elle innove de façon non négligeable en instaurant un plafonnement de la partie fixe dans un but social, au motif que les distributeurs auraient tendance à fixer un montant trop élevé de partie fixe pour s'assurer contre les variations de consommation. Le nouvel article L. 2224-12-4 du CGCT prévoit que le montant de la partie fixe «ne peut excéder un plafond dont les modalités de calcul sont définies par arrêté des ministres chargés de l'intérieur, de l'environnement et de la consommation, après avis du Comité national de l'eau et du Conseil national de la consommation». Le plafonnement actuellement envisagé, de 40 %, puis 30 % de la facture «de référence» de 120 m³ aura peu d'impact en pratique sur la tarification en vigueur; il ne s'appliquera pas aux communes touristiques et les communes rurales auront un plafond plus élevé.

La partie fixe est obligatoirement complétée par une facturation proportionnelle à la consommation, ce qui est de nature à inciter l'usager à surveiller sa consommation.

La partie fixe est obligatoirement complétée par une facturation proportionnelle à la consommation, ce qui est de nature à inciter l'usager à surveiller sa consommation. En ce sens l'article 9 de la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau prévoit que «les Etats membres veillent, d'ici à 2010, à ce que [...] la politique de tarification de l'eau incite les usagers à utiliser les ressources de façon efficace et contribue ainsi à la réalisation des objectifs environnementaux de la présente directive». Ce n'est, certes, pas une nouveauté en droit français puisque l'article L. 214-15 du code de l'environnement le prévoit déjà, avec des possibilités d'exception; mais la loi de 2006 va plus loin. Le principe de la facturation d'un «montant calculé en fonction du volume» n'est qu'une première étape; pour assurer une gestion efficace des ressources, il faut aussi que la tarification ne favorise pas la surconsommation. Or, la jurisprudence admet la légalité des tarifs aussi bien progressifs que dégressifs; la dégressivité est la plus fréquente, parce que la commune est soucieuse de favoriser l'implantation d'industriels gros consommateurs ou d'alléger la facture de consommation des services municipaux (J.-P. Ducharne, préc.). La loi nouvelle pose un principe de prohibition de tels tarifs à partir de 2010 (art. L. 2224-12-4); mais cette inter-

diction est assortie d'une importante réserve puisqu'elle ne vaut que si plus de 70 % de la ressource en eau provient de zones de répartition des eaux, ce qui ne lui donne qu'un champ d'application retreint.

Ces règles s'imposent aussi bien quand le service est en régie que quand il est délégué; il en va de même pour les dispositions concernant le règlement du service.

RÈGLEMENT DU SERVICE

Il est habituel que soit établi un règlement du service définit les conditions générales d'accès au service⁵. La nature juridique de ce règlement n'est pas sans avoir suscité quelques hésitations dans le cas où le service est délégué (cf. S. Nicinski, *L'usager du service public industriel et commercial*, L'Harmattan, 2001, p. 174 et s.). Selon une première thèse le règlement du service est, comme la DSP elle-même, un acte contractuel à contenu réglementaire (totalement, alors que pour la DSP seules certaines clauses sont réglementaires); cette conception paraît la plus logique étant donné que le règlement du service est un acte d'application de la convention de délégation de service public, qui définit les conditions d'organisation et de fonctionnement du service. Mais, il faut bien reconnaître que cette conception, qui ne fait pas l'unanimité, pourrait être remise en cause par l'article 57 de la loi de 2006 qui édicte un nouvel article L. 2224-12 du CGCT selon lequel «les communes et les groupements de collectivités territoriales, après avis de la commission consultative des services publics locaux, établissent, pour chaque service d'eau ou d'assainissement dont ils sont responsables, un règlement de service définissant, en fonction des conditions locales, les prestations assurées par le service ainsi que les obligations respectives de l'exploitant, des abonnés, des usagers et des propriétaires». Si l'on s'en tient à la lettre du texte, le règlement de service est un acte supérieur au contrat de délégation de service public, le service est alors délégué dans la configuration qui lui est donnée par le règlement de service.

On retrouve donc en ce domaine la tendance, déjà apparue pour l'énergie, à réduire la liberté contractuelle en matière de délégation de service public.

En dépit de quelques innovations ponctuelles, les dispositions de la loi relatives aux services de l'eau et de l'assainissement ne touchent pas aux équilibres fondamentaux du système. Paradoxalement, le législateur s'est fait le serviteur de la jurisprudence; on peut y voir une manifestation du «déclin de la loi»; on peut aussi considérer qu'il s'agit d'un progrès dans le sens du réalisme: le contentieux sert de laboratoire d'essai avant la généralisation ou l'infirmité des solutions. De la sorte le législateur se fait régulateur, mais le pouvoir d'expertise lui fait parfois défaut. ■

(1) Sur un point particulier au cours des débats un amendement avait prévu de remettre en cause la jurisprudence (CE 5 janv. 2005, *Société des eaux du Nord*, Lebon 6; AJDA 2005. 770, note M. Degoffe, selon laquelle un syndicat mixte ne peut adhérer à un autre syndicat mixte, mais, en fin de compte, c'est dans la loi sur le secteur de l'énergie que cette disposition a été introduite (cf. art. L. 5711-4 CGCT).

(2) A côté des distributions publiques, des «distributions privées» peuvent exister; la loi nouvelle n'y change rien, puisque son article 55 modifie et donc maintient l'article L. 1321-7 du code la santé publique, soumettant à autorisation «la distribution par un réseau public ou privé».

(3) Avec 38,5 milliards d'euros en 2005 le secteur local a assuré environ 70 % de l'investissement public national (Cour des comptes, Finances Publiques: situation et perspectives, juin 2006). Dans son rapport de 2004 sur la mise en oeuvre de la directive 91/271/CEE du Conseil du 21 mai 1991 relative au traitement des eaux urbaines résiduaires la Commission relève que 152 milliards d'euros seront investis dans des infrastructures de traitement des eaux usées pendant la période 1990-2010.

(4) Les obligations des propriétaires sont, quant à elles, précisées par l'article 46 de la loi, qui modifie le code de la santé publique.

(5) Exemple: modèle de règlement du service d'assainissement annexé à la circulaire du 19 mars 1986, art. 1^{er}: «L'objet du présent règlement est de définir les conditions et modalités auxquelles est soumis le déversement des eaux dans le réseau d'assainissement».