

Production d'eau potable : délégation ou marché de service public ?

- Les collectivités en charge du service de production d'eau potable, lorsqu'elles choisissent d'externaliser l'exploitation, doivent opter pour un mode de gestion.
- Deux possibilités sont à examiner : soit recourir au marché de service public, soit envisager une gestion déléguée.
- Les éléments majeurs de différenciation entre ces deux modes de gestion incitent à privilégier la délégation de service public.

Auteur

Pierre Pintat, avocat à la cour.

Mots clés

Eau potable • Production • Mode de gestion • Marché de service public • Gestion déléguée • Enjeux • Critère financier • Organisation • Responsabilité • Risques • Dépenses d'exploitation • Durée • Maîtrise et contrôle du service •

POUR ALLER PLUS LOIN

Les marchés de service public, D. Moreau, coll. «Guides juridiques», 226 pages, Éditions du Moniteur, 2005.

Il a été jugé assez récemment par le Conseil d'État que le service de production d'eau potable constitue un service public industriel et commercial, et qu'il est susceptible de faire l'objet d'un contrat de délégation de service public de type concession, affermage ou régie intéressée⁽¹⁾. Il convient d'emblée de souligner la spécificité de ce service, qui ne saurait être assimilé au service de distribution publique d'eau potable. Le service de distribution comporte en effet certaines contraintes qui ne se retrouvent pas en l'espèce, à savoir la relation avec une multitude d'usagers nécessitant notamment un dispositif adapté de facturation et d'encaissement. À l'inverse, la dimension technique du service de production est plus lourde et contraignante, en particulier lorsqu'il s'agit d'exploiter une ressource superficielle, plus exposée aux risques sanitaires et environnementaux. Les collectivités en charge de ce service sont ou seront inévitablement amenées à s'interroger sur le choix d'un mode de gestion. Des évolutions récentes, jurisprudentielles et doctrinales, ont contribué à renouveler certains éléments de la problématique dans l'hypothèse où la collectivité fait le choix d'externaliser l'exploitation et non de l'assurer en régie.

La notion de « marché de services » est susceptible de couvrir un champ très étendu de prestations se rattachant à l'exploitation du service de production d'eau potable. Il convient de préciser que la notion de marché de services n'exclut pas la réalisation de travaux, dès lors qu'ils ne constituent pas l'objet principal du marché⁽²⁾. Si l'on est en présence de prestations très limitées et

(1) CE 28 juin 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier, req. n°288459.

(2) Cf. art. 1^{er} CMP.

à caractère purement technique, il ne s'agira pas véritablement d'un mode de gestion à proprement parler, mais d'une modalité d'exercice d'une gestion en régie. À l'inverse, s'il s'agit d'une prestation très globale portant sur la prise en charge complète du service, cette contractualisation constituera à proprement parler un mode de gestion du service. Dans ce dernier cas, la doctrine a dégagé la notion de « marché de service public », qui désigne cette catégorie de contrats publics qui confient à un opérateur (public ou privé) la gestion d'une activité de service public sans que sa rémunération soit substantiellement liée aux résultats de l'exploitation.

On s'attachera dans la présente étude à examiner comparativement les deux modes de gestion que sont le recours au marché de service public et le recours à la gestion déléguée. Il en ressort que ces deux modes de gestion sont très proches à de nombreux égards et qu'ils peuvent être utilement envisagés pour la gestion du service de production d'eau potable (I), mais les éléments majeurs de différenciation entre ces deux modes de gestion incitent à privilégier la délégation de service public (II).

I. Approche comparative du marché de service public et de la gestion déléguée

A) Les enjeux du mode de gestion en matière de production d'eau potable

Sur le plan technique, le service doit permettre d'assurer le respect des exigences de qualité en situation de crise, le respect des exigences nouvelles de qualité posées par la réglementation, la satisfaction des besoins en quantités, et la prise en compte des dysfonctionnements des installations. Les principales catégories de charges à faire assurer dans le cadre du mode de gestion du service de production d'eau potable sont celles relatives à la gestion du personnel, à l'approvisionnement en énergie, en produits de traitement, à l'analyse, aux achats d'eau éventuels en l'absence d'autosuffisance ou de volonté de sécuriser la continuité du service, aux achats et prestations divers, aux impôts et taxes, aux amortissements et au renouvellement des installations.

Le poste concernant le personnel est le plus important, et peut représenter à lui seul un tiers des dépenses d'exploitation. La gestion des astreintes est une contrainte particulièrement sensible pour ce type de service. La gestion de l'exploitation regroupe essentiellement le suivi de la quantité et de la qualité de l'eau produite, le pilotage du process, la maintenance des appareils de métrologie, et les tâches courantes d'exploitation. L'achat d'électricité est une charge également très importante, qui peut venir en seconde position en termes de coût pour ce type de service. Tels sont les enjeux du choix d'un mode de gestion approprié.

B) De nombreux points communs

L'objet d'un marché de service public peut être défini très librement sur le plan juridique. Il peut ainsi avoir pour objet l'exploitation de l'ensemble des ouvrages constituant le service de production d'eau, existants ou à créer, à l'instar de ce qu'a vocation à prévoir un contrat de délégation de service public.

En cas de recours au marché de service public, il convient de définir avec précision le champ des prestations à assurer par le titulaire, en optimisant le découpage opéré au vu, plus particulièrement, de certains critères évoqués ci-après, à savoir : critère financier, organisation, responsabilité/risques. À cet égard, il apparaît qu'un découpage optimal consisterait à faire assurer par le titulaire du marché le maximum de prestations techniques, dont le contenu devrait correspondre peu ou prou au contenu technique d'un contrat de délégation de service public, en excluant, en revanche, les travaux de renouvellement qui ne pourraient pas être programmés et définis lors de la passation du marché d'exploitation, le recouvrement des sommes auprès des usagers intermédiaires, tâche qui serait assurée par la collectivité, laquelle rémunérerait le titulaire à partir de son propre budget. Il est par contre opportun d'inclure l'approvisionnement en fournitures (réactifs, fluides, etc.), sous réserve de l'examen au cas par cas des prix susceptibles d'être obtenus par le titulaire dans le cadre de contrats de groupe. Ce point peut faire l'objet d'une option dans le cadre d'un appel d'offres, qui pourrait être levée, ou non, au vu des offres de prix ; il en va de même s'agissant des petites réparations.

Au regard de l'objet même du contrat, l'essentiel des obligations d'un contrat de délégation de service public peut donc se retrouver dans un marché de service public. Les éléments de rapprochement prédominant *mutatis mutandis* s'agissant, par exemple, de la durée⁽³⁾, de la comptabilité d'exploitation, du régime des autorisations administratives, des responsabilités, du régime fiscal, de la maîtrise et du contrôle du service, de l'évolutivité du contrat, de la réversibilité du mode de gestion en fin de contrat, des aspects sociaux, etc. Il existe certes des éléments de différenciation, mais la plupart ne sont pas discriminants.

C) Des éléments de différenciation non discriminants

1 - Les charges de structure

En régime de délégation de service public, la gestion de l'activité est, en principe, totalement externalisée (mise à part la régie intéressée et, le cas échéant, d'autres contrats innommés, dans lesquels les recettes d'exploitation reviennent dans le budget

(3) En délégation de service public, la durée des contrats dans le domaine de l'eau potable est limitée par la loi à vingt ans (art. L. 1411-2 CGCT).

de la collectivité). Par conséquent les frais de structure de la collectivité sont moindres, pas de traitement de la fiscalité, personnel moindre, maîtrise d'ouvrage réduite aux investissements nouveaux, comptabilité réduite.

Dans un marché public, la collectivité est en première ligne dans l'exécution du service, par opposition au cas de la délégation de service public, ce qui implique un coût d'organisation. La collectivité devra ainsi :

- traiter dans sa comptabilité les recettes d'exploitation du service que le titulaire du marché ne saurait conserver dans l'hypothèse où il les percevrait lui-même – ce qui n'est a priori pas l'hypothèse à retenir compte tenu des caractéristiques du service de production et de la pratique généralement suivie – (les recettes restent des deniers publics y compris celles provenant des collectivités non membres), à la différence d'un délégataire de service public qui conserve les recettes d'exploitation s'il les perçoit lui-même. En termes de dépenses, la collectivité devra déterminer et payer la rémunération périodique du prestataire ;
- passer des marchés publics supplémentaires pour les prestations non prévues dans le marché, étant entendu que cette hypothèse dépend du périmètre retenu pour le marché principal (selon que le marché est rédigé de façon plus ou moins large) : cela implique des coûts de transaction et la nécessité de posséder les ressources humaines nécessaires en matière de commande publique ;
- organiser elle-même ses déclarations fiscales (TVA), la collectivité restant, dans un marché public, l'exploitant du service d'un point de vue fiscal.

Ces charges représentent un coût pour la collectivité, notamment lié au personnel en matière administrative et comptable. De son côté, le prestataire supporte aussi un coût lié à cette organisation puisqu'il gère ses propres déclarations fiscales et requiert le paiement de la rémunération qui lui est due.

En d'autres termes, l'externalisation sous la forme d'un marché fait coexister deux entités distinctes (collectivité et exploitant), dont chacune est amenée à exposer des charges de structure, lesquelles s'additionnent nécessairement. Les charges de structure de la collectivité ont probablement vocation à être plus importantes qu'en affermage ; de surcroît, ces charges se verront plus importantes encore si le marché comporte un périmètre de prestations limité.

2 - La performance financière (réduction des coûts de production, augmentation des recettes)

En délégation de service public, le coût du service est naturellement porté vers le bas, le délégataire ayant intérêt à réduire ses coûts le plus possible, ce qui n'implique d'ailleurs pas nécessairement une baisse du tarif du service mais, en revanche, mécaniquement, une hausse de la marge. Sur ce point, les clauses d'actualisation et de révision des prix ainsi que les clauses de rendez-vous pour renégociation du prix sont stratégiques, afin que la réduction des coûts du service ait un impact direct sur le tarif du service public. En recettes, le délégataire est aussi naturellement tourné vers la recherche du meilleur chiffre d'affaires, le risque commercial du service pesant sur lui. Il y a lieu de penser que l'incitation obtenue par la corrélation directe entre les résultats de l'exploitation et la

rémunération du titulaire du contrat, même s'agissant d'un service comportant, comme en l'espèce, un aléa commercial faible, reste la plus efficace.

Dans un marché public, le prestataire peut être financièrement intéressé à la performance du service mais de façon marginale, sous peine d'une requalification du contrat en délégation de service public. Tel sera le cas si sa rémunération est considérée comme dépendant substantiellement de l'exploitation. Des primes à la performance financière peuvent, dans cette limite, être insérées dans le contrat.

Dans un marché à prix global, le prix est de toute façon dû au prestataire, quelles que soient ses charges réelles. Il est donc déjà incité à diminuer le plus possible les dépenses d'exploitation qui sont à sa charge pour augmenter sa marge bénéficiaire. Néanmoins, une prime de la personne publique d'incitation à la réduction des dépenses peut avoir un intérêt si le prestataire peut agir par son comportement sur des charges d'exploitation supportées par la personne publique (maintenance, fluides). Toujours dans un marché à prix global, le prestataire peut aussi recevoir une prime en fonction de critères performanciers à définir. Dans un marché à frais réels, le prestataire n'a pas d'intérêt à réduire ses dépenses d'exploitation puisqu'elles lui sont intégralement payées par la personne publique. Néanmoins, il est possible de prévoir un système de primes en cas de non-dépassement d'un plafond de dépenses et de pénalités en cas de dépassement, sous réserve du risque de requalification en gestion déléguée déjà évoqué, si l'objet du marché a été défini de façon large. En partie « recettes », il y a possibilité de faire varier la rémunération de gestion du prestataire en fonction du chiffre d'affaires réalisé, mais toujours dans les limites évoquées ci-dessus.

« En délégation de service public, le coût du service est naturellement porté vers le bas, le délégataire ayant intérêt à réduire ses coûts le plus possible. »

Il y a lieu de penser que l'incitation obtenue par le biais de ces mécanismes de marché ne présente pas la même efficacité que la corrélation directe entre les résultats de l'exploitation et la rémunération du titulaire du contrat, même s'agissant d'un service comportant un aléa commercial faible.

3 - La gestion courante

Les contrats passés par le titulaire, en marché ou en délégation, ne seront pas assujettis à des règles de publicité et de mise en concurrence, dès lors qu'on suppose qu'il s'agirait d'une personne privée⁽⁴⁾. Mais les contrats dits « d'entreprise » passés par le titulaire (contrats de travaux et de services) seront assujettis aux dispositions de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance (acceptation, agrément des conditions de paiement, paiement direct) si l'on est en présence d'un marché public de

(4) Art. 4 *der. al. ord. n°2005-649 du 6 juin 2005.*

service. À l'inverse, les contrats de fournitures, relevant de la notion de « vente » du code civil, ne constituent en aucun cas des « contrats d'entreprise », et les contrats correspondants ne sont donc pas assujettis au droit de la sous-traitance. Cela se traduit par un moindre engagement de la collectivité (absence d'acceptation, d'agrément et de paiement direct) mais par une plus grande souplesse pour l'exploitant. Des clauses adaptées peuvent néanmoins permettre un droit de regard sur le choix des fournisseurs et la qualité de leurs prestations.

Ces règles peuvent avoir une influence sur la réactivité du service, ou encore sur la gestion des stocks, mais elles se rejoignent pour l'essentiel selon que l'on se trouve en marché de service public ou en gestion déléguée. D'autres éléments de différenciation apparaissent en revanche discriminants.

II. Privilégier la délégation de service public

A) La maîtrise d'ouvrage

Dans le cadre d'un contrat de délégation de service public (concession ou affermage comprenant un « flot concessif »), la personne publique transfère sa responsabilité de maître d'ouvrage portant sur les ouvrages désignés au contrat, au profit du cocontractant. Les travaux d'entretien courant ont vocation à être mis à la charge du délégataire. Il en va de même de la majorité des travaux de renouvellement. Cette externalisation de la maîtrise d'ouvrage permet un lissage du paiement des travaux sur la durée du contrat, et offre la souplesse de ne pas nécessiter de définir les travaux à réaliser de façon très précise au moment de la passation du contrat. Rien n'interdit toutefois à l'autorité délégante de conserver la maîtrise d'ouvrage de certains travaux de renouvellement prédéfinis, lesquels devraient alors faire l'objet de la passation de marchés suivant les règles du code des marchés publics.

Au contraire du concessionnaire, le fermier ou le régisseur intéressé ne finance ni ne réalise les ouvrages de premier établissement permettant au service public d'exister. Néanmoins, il est tout à fait concevable que le délégataire puisse réaliser, sous sa maîtrise d'ouvrage, des travaux pendant la durée de son contrat dits « travaux d'exploitation » (travaux d'entretien et de réparations courantes, travaux de renouvellement et de grosses réparations, travaux de renforcement et d'extension éventuels). Le recours à la délégation pourrait se traduire par un gain d'effet d'échelle dans les achats de travaux par le service. Toutefois, l'écart de prix pour ce type d'opération ne saurait être apprécié de façon suffisamment objective, à la différence des achats récurrents.

B) Le risque d'exploitation

Dans le cadre d'un marché, le risque d'exploitation pèse sur la collectivité, puisque la rémunération du titulaire n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. Ainsi, en particulier en cas de baisse ou de décélération de la hausse de la consommation au-delà des prévisions, cela ne devrait pas exposer le titulaire à des pertes, que l'on soit en présence d'un marché de prestations de services limitées, bien entendu, ou d'un marché de service public.

Dans le cadre d'un contrat de délégation de service public, le risque d'exploitation pèse sur l'exploitant, puisque sa rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. L'exploitant est donc, en principe, naturellement porté à satisfaire au mieux les usagers du service, en l'occurrence les usagers intermédiaires, au risque – en principe – de voir sa rémunération diminuer. Cette caractéristique est toutefois à rapporter aux spécificités de la production d'eau potable en vue d'alimenter une collectivité. Elle est donc à relativiser. À l'inverse, on pourrait considérer que le délégataire, supportant aussi le risque industriel du contrat (les coûts du service), pourrait être tenté de réduire ses coûts pour augmenter sa marge bénéficiaire et, par conséquent, réduire la qualité du service. En matière de régie intéressée payée au coût réel (pour les charges d'exploitation), cette hypothèse est moins vraie, la marge du régisseur n'étant pas dépendante du montant de ses charges d'exploitation (sauf pénalités pour dépassement d'un plafond de dépenses d'exploitation).

Dans un marché de service public, la personne publique peut faire varier la rémunération versée au prestataire en fonction de la satisfaction d'un certain nombre d'indices contractualisés liés à la qualité du service (qualité de l'eau, délais d'intervention, etc.). Cette variation ne saurait, en revanche, comme exposé plus haut, faire substantiellement évoluer la rémunération du prestataire en fonction des « résultats de l'exploitation », sous peine de requalification en délégation de service public.

C) La procédure de passation

Le contrat de délégation de service public se trouve soumis à la procédure issue de la loi Sapin du 29 janvier 1993, codifiée aux articles L. 1411-1 et suivants du CGCT. Si l'on écarte le régime de la concession, en l'absence de travaux lourds à réaliser, les contrats d'affermage, de régie intéressée avec transfert du risque d'exploitation et assimilables constituant des « concessions de service », ils ne sont pas soumis aux directives Marchés 2004/17 ou 2004/18 précitées. Mais, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (dite jurisprudence *Telaustria*), ils doivent néanmoins faire l'objet d'une « publicité adéquate » au niveau européen.

La procédure de passation d'un contrat de délégation de service public requiert en principe un délai d'environ huit à dix mois depuis la délibération sur le principe de la délégation jusqu'à la signature du contrat (un mois ou 52 jours de délai de réception des candidatures, deux mois minimum pour la phase d'analyse des offres de négociation du contrat). La procédure est en principe plus longue qu'une procédure d'appel d'offres dans le cadre du code des marchés publics (sauf infructuosité éventuelle). Cette procédure se caractérise par la négociation entre la collectivité et les candidats, au contraire des procédures d'appel d'offres ouvert ou restreint issues du code des marchés publics.

Le marché, notamment s'agissant d'un marché de service public, se trouve soumis aux procédures de passation issues du code des marchés publics. Doit être déterminé quel type de procédure de passation doit être appliqué à un tel contrat dans le secteur de la production d'eau potable. L'article 135 du CMP

dispose que les collectivités (ou leurs groupements) sont des entités adjudicatrices lorsqu'elles « prennent en charge une activité d'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, la mise à disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable ». Si la collectivité publique est considérée comme une entité adjudicatrice, alors la deuxième partie du code se trouve applicable, laquelle offre une certaine souplesse de procédure de passation du contrat (possibilité de choisir librement la procédure négociée). À l'inverse, la qualification de pouvoir adjudicateur entraîne l'obligation de mettre en œuvre, en règle générale, la procédure d'appel d'offres. Or, dans sa décision intervenue le 9 juillet 2007⁽⁵⁾, le Conseil d'État a jugé « que l'article 135 ne s'applique pas aux actes par lesquels une personne publique confie à un tiers l'exploitation d'un des réseaux fixes qu'il mentionne ». Le régime de passation du marché est donc en partie conditionné par l'étendue de l'objet du marché (marché

de service public ou simple prestation de services limitée dans son objet). Or, compte tenu de la complexité de la prestation, et surtout de la rigidité des offres de prix dans le cadre d'un appel d'offres classique, le défaut de recours à la procédure négociée constituerait un fort handicap pour sécuriser et optimiser le marché d'exploitation.

Conclusion

Le recours à la délégation de service public, en particulier sous la forme d'affermage, offre une grande souplesse de fonctionnement, et transfère la plupart des responsabilités, mais il emporte une moindre maîtrise du service, et fait peser sur le prix de celui-ci certains coûts spécifiques. Le recours au marché public est théoriquement susceptible de concilier la maîtrise du service, la souplesse de fonctionnement, le transfert des responsabilités, et la limitation de certains coûts spécifiques, mais sa mise en œuvre pratique recèle des contraintes importantes, tenant en particulier aux modalités de passation de ce type de contrats dans le domaine considéré, et à ses conditions d'exécution. ■

(5) N°297711, 7^e et 2^e ss-sect. réun.