

Association des maires de France  
& Associations départementales de maires  
**LES CAHIERS DU RÉSEAU**  
N° 19



■ **La délégation  
de service public  
d'eau potable**

Association des maires de France  
& Associations départementales de maires  
**LES CAHIERS DU RÉSEAU**  
N° 19



## ■ La délégation de service public d'eau potable

Rédigé par **Nathalie Fourneau**,  
sous la direction d'**Annick Pillevesse**

## AVANT-PROPOS

Ce cahier du réseau est né du souhait initialement exprimé par le Bureau de l'Association des maires de France et des présidents d'intercommunalités, en décembre 2010, de voir remis à jour le Guide du maire pour l'affermage du service de distribution d'eau potable, publié en juin 2001 en collaboration avec les professeurs Llorens et Soler-Couteaux. Ce guide était en effet devenu partiellement obsolète au regard des évolutions législatives et réglementaires et notamment de l'entrée en vigueur de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques (LEMA) du 30 décembre 2006.

Par ailleurs, ce Guide constituait plutôt un cahier des charges-type d'une grande précision et technicité visant à pallier, dans une certaine mesure, la disparition progressive de l'ingénierie publique de l'État, qui aidait jusqu'alors les élus à rédiger les documents contractuels des conventions d'affermage de distribution d'eau potable.

Le groupe de travail composé des principaux acteurs agissant dans le secteur du service public de l'eau potable (ministères, représentants de la FNCCR (Fédération nationale des collectivités concédantes et régies), de la FP2E (Fédération professionnelle des entreprises de l'eau), représentants de régies ou syndicats intercommunaux d'eau potable), réunis pour cette remise à jour, a toutefois considéré qu'il serait plus utile, alors que des cahiers des charges-types fleurissent dans les différents bureaux d'études et que le Groupe national GSP du ministère de l'Agriculture a mis le sien en ligne sur le site internet de l'ONEMA (<http://www.services.eaufrance.fr>) de publier un vade-mecum précisant les principales étapes et points de vigilance de la passation et de l'exécution des conventions de délégation de service public d'eau potable.

Ce document a profité des réflexions et contributions toujours riches et équilibrées des membres de ce groupe de travail réuni régulièrement à l'AMF. Qu'ils soient chaleureusement remerciés pour leurs apports à l'élaboration de ce document qui n'aurait pu voir le jour sans leur concours.

# ÉDITO

Le code de l'environnement dans son article L. 210-1 prévoit l'existence d'un droit à l'eau potable, posant la règle selon laquelle « (...) *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. Les coûts liés à l'utilisation de l'eau, y compris les coûts pour l'environnement et les ressources elles-mêmes, sont supportés par les utilisateurs en tenant compte des conséquences sociales, environnementales et économiques ainsi que des conditions géographiques et climatiques* ».

Cette disposition renforce l'idée que le service public d'eau potable est considéré comme un service essentiel. Les communes et leurs groupements ont, traditionnellement, toujours assumé ce service pour des raisons de proximité de la ressource.

Parmi les différents modes de gestion, la gestion déléguée – assurée par une entreprise distincte des structures internalisées des communes et intercommunalités – choisie après une procédure de publicité et de mise en concurrence, occupe aujourd'hui une place essentielle dans le paysage des modes de gestion des services publics de l'eau potable en France.

C'est pourquoi, il paraissait nécessaire de permettre aux maires et présidents d'intercommunalités ou de syndicats, ainsi qu'à leurs services, de disposer d'un outil d'aide à la décision élaboré de manière objective et partagée par l'ensemble des acteurs institutionnels des services publics d'eau potable qui synthétiserait les bonnes pratiques reconnues en matière de gestion déléguée de l'eau potable.

Les services de l'AMF seront évidemment à l'écoute des observations qui en permettront l'amélioration, ce document ne prétendant pas à l'exhaustivité.

Malgré les dispositions législatives et réglementaires (ordonnance et décret) transposant la directive 2014/23/UE relative à l'attribution des concessions, qui modifieront, d'ici le printemps 2016, le régime de la délégation du service public de l'eau au profit du nouveau régime de la concession de service public d'eau, il a été décidé de mettre dès à présent ce guide, très attendu, à la disposition des communes et intercommunalités.

Accessible en ligne sur le site de l'AMF, il sera mis à jour dès l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions qui ne devraient que peu affecter le service public de l'eau potable, exclu du champ d'application de la directive elle-même. D'ores et déjà, ce document précise les dispositions sur lesquelles pourraient porter ces modifications et appelle à la vigilance et à la vérification des textes en vigueur.



**François BAROIN**  
Président de l'AMF

# SOMMAIRE

<b>CHAPITRE 1. LE CHOIX DU MODE DE GESTION DÉLÉGUÉE DU SERVICE D'EAU POTABLE .....</b>	<b>9</b>
I. <b>QUESTIONS PRÉLIMINAIRES .....</b>	<b>10</b>
A.    L'opportunité de changer de mode de gestion .....	10
B.    Le territoire concerné .....	11
II. <b>LE PRINCIPE : LA LIBERTÉ DE CHOIX DU MODE DE GESTION .....</b>	<b>12</b>
III. <b>UNE PREMIÈRE ÉTAPE CONSEILLÉE : LE BILAN DU SERVICE           ET L'ANALYSE DES BESOINS FUTURS .....</b>	<b>12</b>
IV. <b>UNE SECONDE ÉTAPE, OBLIGATOIRE : LE CHOIX DU MODE           DE GESTION .....</b>	<b>14</b>
A.    Le choix entre la gestion directe ou la gestion déléguée .....	14
B.    La gestion déléguée et la notion de transfert du risque d'exploitation du service .....	15
C.    Les différentes catégories de délégations de service public (DSP) .....	15
Annexe : Jurisprudences .....	19
 <b>CHAPITRE 2. PRINCIPALES ÉTAPES DE LA PROCÉDURE DE PASSATION D'UNE DSP D'EAU POTABLE.....</b>	 <b>21</b>
I. <b>LA PUBLICITÉ ET LA MISE EN CONCURRENCE.....</b>	<b>21</b>
A.    Définir les caractéristiques des prestations à assurer par le délégataire .....	21
B.    Organiser la consultation : la commission de délégation de service public .....	22
C.    La sélection des candidats et le choix du délégataire .....	23
II. <b>LES BONNES PRATIQUES EN MATIÈRE DE DÉROULEMENT           DE LA PROCÉDURE .....</b>	<b>26</b>
A.    L'élaboration de l'avis de publicité et du document de consultation des entreprises .....	26

B. Une pièce essentielle : le dossier de consultation .....	27
C. Le déroulement de la négociation .....	28
D. Cas particuliers .....	32
Annexe 1 : Exemple d'indications minimales de l'avis de publicité, du dossier de candidature et du règlement de consultation.....	34
Annexe 2 : Avis d'appel public à candidatures pour une délégation de service public (Modèle, source Groupe National GSP) .....	35
Annexe 3 : Liste des pièces qui doivent être envoyées aux candidats en vue de la remise des offres .....	36
Annexe 4 : Jurisprudences.....	37

## **CHAPITRE 3. CHOIX DU DÉLÉGATAIRE ET PRINCIPE DE TRANSPARENCE .....**

**39**

I. LE CHOIX DES CRITÈRES D'ATTRIBUTION SELON DES OBJECTIFS DE SERVICE PUBLIC DÉFINIS PAR LA COLLECTIVITE .....	39
II. LES MODALITÉS DE RÉDACTION DES CRITÈRES .....	40
III. EXEMPLES DE CRITÈRES .....	41
IV. SPÉCIFICITÉS DES OFFRES APPARAISSANT COMME ANORMALEMENT BASSES EN MATIÈRE DE DSP .....	44
Annexe : Jurisprudence .....	46

## **CHAPITRE 4. LE DISPOSITIF DE SUIVI DE LA BONNE EXÉCUTION DE LA DSP .....**

**47**

I. LE PILOTAGE DU SERVICE PUBLIC DE DISTRIBUTION D'EAU POTABLE .....	47
A. Le contrôle du contrat .....	47
B. L'information des élus : le rapport annuel du délégataire .....	48



# SOMMAIRE

C.	Information des usagers : Le rapport annuel sur le prix et la qualité du service public d'eau potable .....	49
II.	LE CONTRÔLE DU SERVICE PUBLIC DE DISTRIBUTION D'EAU POTABLE .....	50
A.	L'exercice d'un contrôle optimisé du délégataire .....	50
B.	Le suivi de l'exécution de la convention par les élus et l'implication des consommateurs .....	51
III.	LES AVENANTS ENTRE LES PARTIES AU CONTRAT DE DSP .....	52
A.	La modification de la convention par la conclusion d'avenants est encadrée .....	52
B.	La prolongation du contrat .....	53
C.	L'évaluation des effets d'un avenant sur les autres clauses du contrat ...	54
D.	Le pouvoir de modification unilatérale pour motif d'intérêt général ....	55
Annexe 1 :	Indicateurs techniques et financiers figurant obligatoirement dans le rapport annuel sur le prix et la qualité du service public de l'eau potable (annexes V et VI du code général des collectivités territoriales) .....	56
Annexe 2 :	Jurisprudences.....	58
<b>CHAPITRE 5.</b>	<b>LA FIN DE LA CONVENTION .....</b>	<b>61</b>
I.	L'ARRIVÉE AU TERME DU CONTRAT .....	61
A.	L'arrivée normale au terme du contrat .....	62
B.	L'arrivée anticipée au terme de la convention : la résiliation unilatérale par la collectivité délégante .....	62
II.	LA PRÉPARATION AU CHOIX DU MODE DE GESTION ULTÉRIEUR .....	63
Annexe 1 :	Principales dispositions de la Charte de transfert de gestion des services entre délégataires de la FP2E.....	65
Annexe 2 :	Fiche relative aux actions à mener en cas de changement de délégataire ....	68
Annexe 3 :	Jurisprudence .....	70

# Le choix du mode de gestion déléguée du service d'eau potable

**Le choix du mode de gestion du service public d'eau potable relève de la libre administration des collectivités territoriales. Un tel service, qualifié par la loi d'« industriel et commercial » (art. L. 2224-11 du CGCT), peut être géré de deux façons, directement en régie ou sous forme déléguée, dans le cadre d'une convention de délégation de service public (art. L. 1411-1 et s. du CGCT) lorsqu'est opéré un transfert au délégataire d'une part substantielle du risque d'exploitation.**

**Ce guide a précisément pour vocation de clarifier les modalités d'appréhension de ce dernier mode de gestion : la convention de délégation de service public, largement choisie aujourd'hui par les communes et leurs groupements lorsqu'ils décident d'externaliser la gestion du service d'eau potable.**

**Pour autant, plusieurs questions préliminaires liées aux contextes historique, géographique, économique, politique et territorial des communes et intercommunalités organisatrices de ce service se posent inévitablement avant qu'elles ne décident d'y recourir.**

Avant la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques (LEMA), les communes assumaient traditionnellement la compétence de la distribution de l'eau potable sur leur territoire pour des raisons de proximité de la ressource. La distribution de l'eau s'est également exercée à l'échelle communale dans le prolongement des responsabilités qui sont à leur charge en matière de salubrité publique. Toutefois, leur compétence exclusive en matière de distribution d'eau n'était pas reconnue par les textes.

Désormais, l'article L. 2224-7-1, tel qu'il a été introduit dans le code général des collectivités territoriales par la loi sur l'eau du 30 décembre 2006 attribue la compétence en matière de distribution d'eau potable aux communes. Seules ces dernières et leurs groupements intercommunaux (métropoles,

### ATTENTION !

La loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe) transfère l'exercice de plein droit des compétences relatives à l'eau et à l'assainissement aux intercommunalités, en lieu et place des communes membres.

– Pour les communautés urbaines et les métropoles, ce transfert est effectif dès la publication de la loi (soit depuis le 8 août 2015),

– Pour les communautés de communes et les communautés d'agglomération, ce transfert est prévu à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020.



communautés urbaines, communautés d'agglomération et communautés de communes, syndicats de communes et syndicats mixtes) bénéficiaires de transfert de compétence en matière de distribution d'eau potable peuvent donc être responsables de la gestion de ce service. Seule exception prévue par ce texte, les compétences en matière d'eau potable assurées à la date du 31 décembre 2006 par des départements ou des associations syndicales créées avant cette date ne peuvent toutefois être exercées par les communes sans l'accord des personnes concernées.

Plus encore aujourd'hui, les élus locaux sont confrontés au défi permanent de la performance des services publics dont ils sont responsables. Cette performance repose en droit national sur la garantie d'un approvisionnement en eau potable de qualité grâce à la prise en charge d'un service public industriel et commercial recouvrant les missions de production (captage et traitement), de transport et de distribution de l'eau.

## I. Questions préliminaires

### A. L'opportunité de changer de mode de gestion

Les communes et les groupements intercommunaux qui bénéficient de transferts de compétences de leurs communes membres en matière de production, de transport et de distribution d'eau sont définis comme les autorités organisatrices du service public de distribution d'eau potable, obligatoirement assumé par ces dernières conformément aux dispositions de l'article L. 2224-7-1 du code général des collectivités territoriales. Souvent propriétaires des installations, ces autorités organisatrices décident du mode de gestion adapté à leurs besoins.

Celles ayant déjà passé une convention de délégation de service public avec un opérateur doivent se poser, idéalement deux à trois ans avant son échéance, la question de l'opportunité du maintien ou non d'une gestion déléguée. D'autres qui n'ont jamais opté pour ce mode de gestion et qui

avaient toujours eu pour habitude de gérer la distribution de l'eau directement en régie, peuvent se poser la question de l'utilité de déléguer la gestion de l'eau potable en concluant l'une des catégories de contrats entrant dans la définition des conventions de délégation de service public dont par exemple, le contrat d'affermage.

Dans tous les cas, si un contrat avait été précédemment conclu pour confier l'exploitation du service d'eau potable sous forme d'une convention de délégation de service public, il appartiendra aux collectivités organisatrices d'envisager, suffisamment en amont, le terme et les conditions de cessation de celle-ci.

Parmi les motifs justifiant le choix du mode de gestion, ces collectivités doivent principalement se fonder sur leur propre expérience, mais également sur les retours d'expérience des communes et

#### CONSEIL PRATIQUE

Il est primordial pour les communes ou leurs groupements ayant déjà délégué leur service d'eau potable de procéder à un bilan du contrat suffisamment en avance par rapport à sa date d'échéance (deux ou trois ans par exemple). Il est en effet nécessaire de procéder, avant la fin du contrat, à une analyse des éventuels dysfonctionnements auxquels le nouveau contrat devra remédier. Cette étude réalisée sur la base du contrat permettra d'identifier les clauses utiles ayant donné lieu à une bonne exécution par le délégataire, celles utiles n'ayant pas donné lieu à une bonne exécution par le délégataire, et enfin, les autres clauses qui ne se sont pas avérées pertinentes dans la poursuite des objectifs poursuivis et qui n'ont donc pas servi à une gestion optimale du contrat.

Cette recherche des dysfonctionnements du contrat et des marges d'amélioration possibles, notamment au regard de nouveaux besoins, peut également faire l'objet de questions posées en ce sens à la commission consultative des services publics locaux (voir *infra* chapitre 3).

groupements voisins en prenant en compte l'ensemble des aspects techniques et financiers en jeu, au regard notamment de la qualité du service rendu à l'utilisateur, du prix payé par ce dernier et des performances attendues.

Ensuite, un état des lieux ainsi qu'une collecte des documents, notamment techniques et financiers, relatifs au service s'avèreront nécessaires (éclairage sur le dimensionnement et surtout sur l'état du service, contexte environnemental : nature des ressources en eau, protection des périmètres de captage et des installations). Un certain nombre d'informations pourront au préalable être recueillies auprès du délégataire sortant. Dans cette phase préliminaire de réflexion, il conviendra d'insister sur l'importance du bilan de l'exécution du contrat arrivant à son terme. Ce bilan est en effet indispensable pour fixer les objectifs à atteindre et les attentes de la collectivité.

L'avis des personnels chargés de superviser la gestion du service est à cet égard incontournable mais la collectivité peut utilement avoir recours à une expertise externe. Lorsque le contrat ne le prévoit pas déjà, des accords sur la liquidation du contrat, éventuellement passés par voie d'avenants, peuvent permettre de clarifier la sortie contractuelle en termes de calendrier, de reprise du personnel ou de travaux éventuels de restitution des équipements en bon état de fonctionnement.

## B. Le territoire concerné

Indépendamment de leur réflexion, et préalablement à la problématique du choix du mode de gestion approprié au service considéré, la question de la pertinence du territoire sur lequel ce service public sera pris en charge pourra également se poser. Certaines communes pourront ainsi s'entendre avec d'autres communes ou structures intercommunales pour organiser ce service sur un territoire plus étendu et plus adapté que le leur. Ainsi, une commune autorité organisatrice disposera, dans le large spectre des moyens de coopération intercommunale, de la capacité notamment de transférer tout ou partie de sa compétence en matière de distribution d'eau potable

à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre ou à un syndicat de communes ou à un syndicat mixte, ou encore de créer une autre structure intercommunale pour gérer cette distribution d'eau potable en fonction de l'appréciation réelle des opportunités qui se présentent.

Dans cette hypothèse, elle n'assumera plus elle-même la compétence liée à la gestion de ce service mais elle restera l'un des acteurs du pilotage de ce service, par l'intermédiaire de ses délégués (communautaires ou syndicaux), désignés au sein de l'intercommunalité.

En effet, la gestion par un groupement de collectivités pourrait avoir un certain nombre d'effets de synergie en termes d'infrastructures (par exemple : travaux à prévoir et à exécuter sur des installations) et de gouvernance.

Il convient également de rappeler que le recours à la délégation de service public n'affranchit nullement la collectivité de l'obligation d'assumer son rôle d'autorité organisatrice du service public et donc d'assurer un contrôle de l'exploitation du service réalisé par le délégataire afin que soit garantie l'exécution d'un service de qualité conforme aux engagements pris et adapté aux besoins des usagers.



### FOCUS

**Les effets d'un transfert de compétence à un EPCI :**

Le transfert d'une compétence donnée à un EPCI ou à un syndicat mixte par l'une de ses communes membres entraîne le dessaisissement corrélatif et total de cette dernière, en ce qui concerne ladite compétence. Dans cette hypothèse, la collectivité nouvellement compétente se substitue à celle à l'origine du transfert dans tous ses droits et obligations à l'égard des tiers (voir sur ce point les dispositions de l'article L. 5211-5 du code général des collectivités territoriales).

## II. Le principe : la liberté de choix du mode de gestion

Le choix du meilleur mode de gestion – direct ou délégué – peut paraître délicat, chacun de ces modes étant *a priori* susceptible de répondre aux besoins de la collectivité.

S'agissant des conventions de délégation de service public, les assemblées délibérantes des collectivités territoriales doivent se prononcer sur le principe de la délégation au regard d'un rapport préalable rédigé en amont de toute procédure de passation présentant les

caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire.

L'article L. 1411-4 du code général des collectivités territoriales précise à cet égard que « *Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1. Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire.* »

Ainsi, la collectivité devra invariablement se poser les questions préalables nécessaires avant de choisir l'outil de gestion le plus approprié aux caractéristiques de la collectivité et aux besoins des usagers.

La collectivité aura souvent, à ce stade, recours à des assistants à maîtrise d'ouvrage, conseils juridiques, techniques, financiers et fiscaux, qui pourront utilement l'aider à envisager l'ensemble des points de vigilance tant en ce qui concerne le contexte, le contenu et les caractéristiques du service, que les différentes étapes de la procédure de passation, voire d'exécution du contrat. Le choix sera proposé en fonction des facilités dont dispose la collectivité pour mettre en œuvre le mode de gestion pressenti, tant d'un point de vue financier, que technique ou organisationnel.

## III. Une première étape conseillée : le bilan du service et l'analyse des besoins futurs

La définition des besoins de la collectivité lors de cette étape devra être optimale et conditionnera le champ des questions essentielles que l'assistant aura à traiter.

Elle peut notamment aborder :

- **le contexte historique et territorial** : cette étape permettra à la collectivité d'appréhender l'ensemble des objectifs de qualité et de quantité des eaux retranscrits dans des documents contraignants et structurants tels que notamment



### FOCUS

#### Quelques chiffres

Selon l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA) auquel a été confié le pilotage technique de l'observatoire sur les services publics d'eau et d'assainissement, la France comptait, au 31 décembre 2013, 13 576 services publics d'eau potable (dont 13 177 services de distribution), assurés par 12 983 collectivités (dont 9 555 communes), desservant la quasi-totalité de la population française. 86 % de ces services assurent l'ensemble du cycle de fourniture d'eau, de la production à la distribution, en passant par le transport et le stockage.

Par ailleurs, au 31 décembre 2011, 70 % des services publics d'eau potable assurant l'alimentation en eau de 41 % de la population sont gérés directement par la collectivité compétente, commune ou groupement de communes. Ainsi, les services d'eau potable de petite taille desservant moins de 3 500 habitants gèrent majoritairement directement leur service (ils représentent près de 80 % des services en régie) alors que ceux de plus grande taille sont plutôt gérés sous forme de délégation de service public → cf. site internet : <http://www.service-eaufrance.fr>

les schémas départementaux d'alimentation en eau potable, les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE) ou les schémas départementaux de coopération intercommunale (SDCI). Il est en effet essentiel de mettre en relation le développement du service public de distribution d'eau potable avec le développement économique, territorial et démographique de chaque collectivité ;

- **l'analyse du bilan du service** : il s'agira dans ce cas d'établir un bilan du contrat existant et des modalités de gestion et de performance de l'exploitation du service afin de pouvoir comparer, en disposant d'éléments factuels clairement mesurés, suffisamment nombreux et pertinents (notamment, le rapport sur l'état des réseaux et du patrimoine des collectivités communiqué par le délégataire sortant, la gestion de celui-ci par ce dernier, les réparations à effectuer, le renouvellement des équipements effectué ou restant à réaliser), les diverses solutions envisageables pour la collectivité au regard de ses besoins et de son projet. Des visites d'ouvrages pourront être organisées en présence de l'opérateur. Cette étude pourra également se fonder sur les données recueillies lors des opérations de clôture du contrat, et notamment sur les incidences du changement de mode de gestion en matière de transferts de personnels entre délégataires successifs ou entre la collectivité et le délégataire en cas de passage de la gestion en régie à la gestion déléguée (*voir infra, chapitre 5*) ;
- **la détermination du mode de gestion le plus adapté au service** : lors de l'étude comparative sur le mode de gestion et avant sa prise de décision, la collectivité devra envisager les évolutions législatives et réglementaires susceptibles d'influencer le choix de l'outil institutionnel ou contractuel adapté.

➔ Cf. les évolutions législatives en matière de transfert de la compétence « eau » aux communautés de communes et aux communautés d'agglomération prévues par la loi NOTRe et celles

*induites par l'ordonnance et les décrets relatifs aux contrats de concession qui entreront en vigueur au printemps 2016.*

Elle devra également considérer l'analyse de l'évolution technique et financière du contrat (évolution des indices, révision des tarifs du délégataire), et identifier les priorités du service et les caractéristiques principales de la délégation (si ce mode de gestion est choisi).



#### FOCUS

##### Le recours à un assistant à maîtrise d'ouvrage

Pour les communes et leurs groupements, il est particulièrement conseillé de recourir à un assistant conseil extérieur impartial et possédant les compétences juridiques, financières et techniques nécessaires. Diverses entités publiques ou privées proposant une offre de conseil aux collectivités, le recours à ces prestataires doit se faire dans le respect des principes de la commande publique lorsque cette entité de conseil n'est pas un opérateur interne de la commune ou du groupement intercommunal.

La nécessité pour les collectivités d'investir dans cette assistance doit être considérée au regard des bénéfices futurs qu'elle peut apporter en termes de détermination des périmètres pertinents du service, des compétences de suivi et de contrôle qui doivent être mises en place en interne pour suivre l'exécution de la mission, d'anticipation des investissements nécessaires pour exécuter le service, de détermination du coût du service et des objectifs de performances à atteindre, ou encore de qualité du service rendu. À cet égard, il est intéressant de constater que le coût moyen par habitant de ces missions d'assistance-conseil rapporté à celui de la délégation de service public, calculé sur toute la durée du contrat, est généralement négligeable.

La détermination des objectifs de performance à atteindre en termes, par exemple, de niveau du prix payé par les usagers, de délai de réponse aux événements accidentels, de rendement des réseaux, de qualité de l'eau produite, notamment, devront également être abordées. Les exigences de développement durable formulées par la collectivité et caractérisées tant par des considérations environnementales, économiques que sociales pourront d'ores et déjà être analysées et traduites dans des prescriptions particulières intégrées dans le document de consultation des entreprises ;

- **la passation et la négociation du nouveau contrat :** depuis la préparation des documents de consultation (procédure de publicité et de mise en concurrence) jusqu'à la négociation du contrat (analyse des propositions formulées par les candidats).

Ce travail d'analyse et de bilan est fondamental pour appréhender l'ensemble des problématiques soulevées par la question du choix de l'outil approprié à la gestion du service public d'eau potable.

## IV. Une seconde étape obligatoire : le choix du mode de gestion

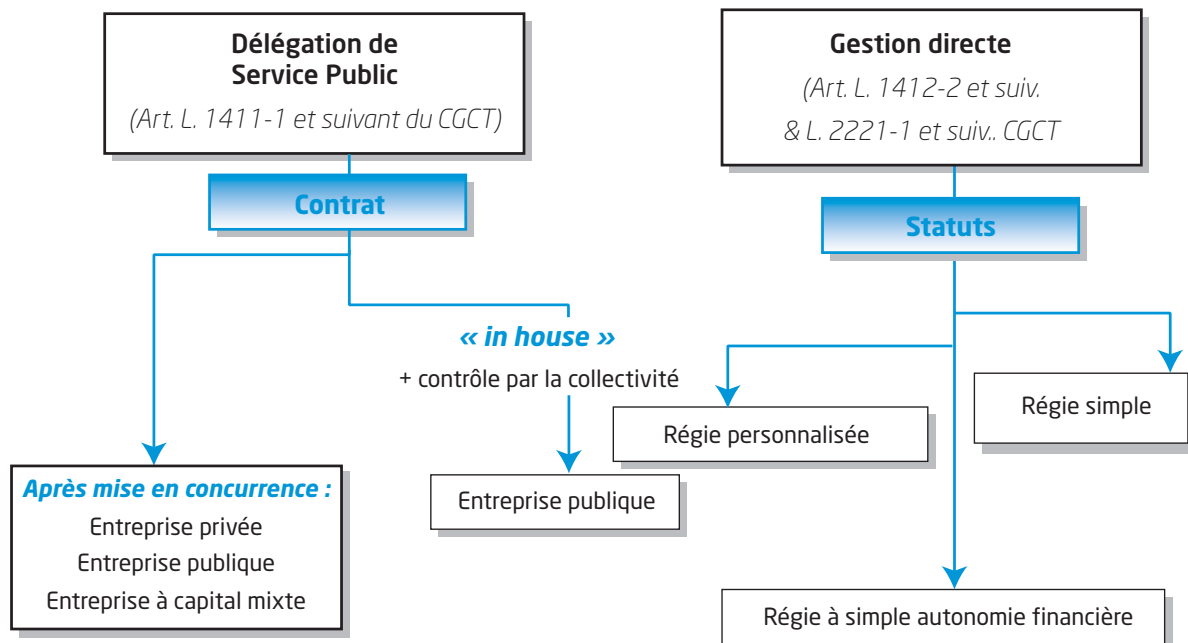
### A. Le choix entre la gestion directe ou la gestion déléguée

Pour gérer son service de distribution d'eau potable, la collectivité est libre de recourir au mode de gestion de son choix. La décision qu'elle prend à cet égard est un choix technique et politique.

Concrètement, la collectivité peut :

- soit exploiter le service en régie personnalisée (par la création d'une personne morale spécifique dédiée à la gestion du service public d'eau potable), ou en régie « autonome » (c'est-à-dire le gérer directement avec ses propres moyens en personnel et en matériel et, le cas échéant, passer pour l'exécution du service un ou plusieurs marchés publics de prestations de services) ;
- soit opter pour la gestion déléguée, c'est-à-dire confier l'exécution du service public à un tiers sous la forme d'une convention de délégation de service public. Dans ce cas, la collectivité conclut une

#### Deux modes de gestion des services publics industriels et commerciaux



Source : FNCCR

délégation de service public dans laquelle la rémunération du cocontractant est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Les motivations d'une collectivité publique pour recourir à la gestion déléguée peuvent être de différents ordres (économique, stratégique, etc.) et tenir notamment en la maîtrise des coûts, les investissements étant, par exemple, supportés par le délégataire et l'exploitation emportant un transfert de risque sur ce dernier. Le savoir-faire spécifique dans le secteur d'activité concerné peut être également un atout important du recours à la convention de délégation de service public.

➔ Voir tableau p. 14.

## B. La gestion déléguée et la notion de transfert du risque d'exploitation du service

La convention de délégation de service public et sa procédure d'attribution sont définies par les articles L. 1411-1 et R. 1411-1 et suivants du CGCT ainsi que par de nombreuses décisions jurisprudentielles précisant les obligations incombant à la personne publique délégante au regard des principes de transparence, d'égalité de traitement des candidats et de non-discrimination.



### FOCUS

#### Marché public : définition

L'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics les définit comme des contrats conclus à titre onéreux pour répondre aux besoins notamment des collectivités territoriales en matière de travaux, de fournitures ou de services.

→ Voir également : CE, 15 mai 2013, ville de Paris (requête n° 364593), qui identifie un marché public lorsqu'une convention a été conclue pour répondre aux besoins de la collectivité et peut être regardée comme comportant un prix payé par la personne publique à son cocontractant.

Elle est considérée comme un contrat par lequel 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.

La notion de transfert d'un risque d'exploitation, présente en filigrane dans le critère de rémunération substantiellement liée au résultat de l'exploitation du



### FOCUS

#### Notion de transfert du risque d'exploitation en droit de l'Union européenne

Le transfert du risque d'exploitation a été récemment défini dans la directive sur l'attribution des contrats de concessions (en cours de transposition en droit français) comme suit : « L'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable » (article 5 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession). Cette définition du contrat de concession fondée sur la notion de transfert du risque d'exploitation devrait être reprise par l'ordonnance relative aux contrats de concession qui devrait être adoptée d'ici le mois d'avril 2016 pour assurer la transposition de la directive précitée.



service, est ici essentielle pour distinguer les conventions de délégation de service public des autres contrats de la commande publique, et notamment, des marchés publics.

Cette notion, tirée du droit communautaire des concessions, a en effet récemment été intégrée dans le droit interne à la faveur d'évolutions jurisprudentielles analysant le critère de la rémunération au regard de la prise en charge par le délégataire du risque d'exploitation (voir en ce sens *Conseil d'État, 19 novembre 2010, requête n° 320169*, ou encore les décisions suivantes : *CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, requête n° 291794* ; *CE, 5 juin 2009, Société Avenance-Enseignement et Santé, requête n° 298641 (Cf. annexe X)*).

Ainsi, le juge administratif, lorsqu'il est saisi d'une question relative à la qualification d'un contrat, analyse les composantes de la rémunération du délégataire pour conclure à l'existence ou non d'un transfert de risque d'exploitation à la charge du titulaire, et donc à la qualification d'un contrat en convention de délégation de service public ou en marché public.

### C. Les différentes catégories de délégations de service public (DSP)

Les caractéristiques des missions qui peuvent être confiées au délégataire dans le cadre d'une délégation de service public sont diverses et plusieurs catégories de conventions de délégation de service public ont ainsi pu être identifiées par la jurisprudence selon leurs caractéristiques générales propres.

Elles sont de trois types :

- la concession ;
- l'affermage ;
- la régie intéressée.

Il existe cependant aujourd'hui un continuum de solutions contractuelles autour de ces notions, qui s'effacent au profit de celle de « délégation de service public » introduite par la loi Sapin du 29 janvier 1993. En matière de distribution d'eau potable, les contrats d'affermage restent toutefois les plus nombreux.

#### ATTENTION !

Ces trois catégories de délégations de service public pourraient bientôt être intégrées dans le régime du nouveau « contrat de concession de service public » créé par l'ordonnance et le décret relatifs aux contrats de concession qui devront être adoptés d'ici le mois d'avril 2016. Ce contrat de concession de service public remplacerait la délégation de service public.

#### 1) La concession

La concession est un contrat par lequel la commune ou un groupement de communes confie à un tiers le soin de financer, de construire un équipement et de gérer un service public auquel il se rattache, sa rémunération étant substantiellement liée aux résultats de l'exploitation de ce service, en vertu d'un contrat d'une durée suffisante pour permettre l'amortissement des immobilisations qu'il finance. Le délégataire a la charge de tout ou partie des investissements immobiliers (travaux) ou mobiliers (moyens de transport, systèmes informatiques, etc.). Il est considéré comme le maître d'ouvrage des travaux à réaliser pendant la durée du contrat. Ces contrats ont, du fait des investissements réalisés, une durée plus longue que les contrats d'affermage (voir ci-après).

Depuis la loi Sapin du 29 janvier 1993 et la loi Barnier du 2 février 1995, la durée d'une concession doit être limitée en fonction de la prestation demandée et de la durée normale des investissements à la charge du délégataire. Leur durée ne doit pas, en principe, excéder vingt ans dans le domaine de l'eau potable et de l'assainissement (*article L. 1411-2 du CGCT*), sauf justifications particulières. Les biens acquis ou construits au titre de la concession constituent des « biens de retour », propriété de la collectivité dès lors que leur réception est prononcée.

➡ Voir le chapitre 5 sur la fin de la convention.

#### 2) L'affermage

Le contrat d'affermage, qui ne met pas à la charge du délégataire d'obligation d'assumer les premiers investissements, constitue l'un des modes de gestion

déleguée les plus courants. En effet, lorsque les investissements liés à la construction des ouvrages ont déjà été réalisés, les nouvelles conventions de délégation du service public de distribution d'eau potable – si un tel mode de gestion est choisi – tendent à la conclusion de contrats d'affermage, qui peuvent toutefois garder certains traits de caractère concessifs, mais dont l'objet principal est l'exploitation du service public.

L'affermage est donc une catégorie de délégation de service public par laquelle la collectivité confie à un tiers (dit « fermier ») le soin d'exploiter un service au moyen d'installations déjà construites en se rémunérant principalement auprès des usagers. Le fermier a essentiellement en charge la gestion du service (entretien des matériels d'exploitation, gestion de la clientèle). Le fermier n'a, en revanche, pas la charge des dépenses de premier établissement.

Toutefois, l'affermage n'exclut pas que le fermier puisse se charger de la réalisation et de l'exploitation d'installations nouvelles. L'affermage peut ainsi comporter certaines missions dites « concessives ». Un partage est couramment opéré entre le fermier et la collectivité publique pour les grosses opérations et le renouvellement ; il arrive aussi que le contrat confie au fermier des travaux d'extension. Pour éviter toute ambiguïté dans l'exécution du contrat, les règles de partage doivent être aussi précises que possible en termes d'obligations réciproques, tant d'un point de vue technique que financier ou en termes d'échéances.

Le fermier, en plus de sa rémunération, peut percevoir sur les usagers une redevance dite « surtaxe », fixée par l'autorité publique organisatrice au regard de son budget, que le fermier reverse à la collectivité pour la mise à disposition des équipements dont il bénéficie.

La durée de l'affermage est relativement courte, les investissements réalisés par le délégataire étant de moindre importance que dans le cadre des concessions.

### 3) La régie intéressée :

C'est un contrat de nature particulière par lequel un opérateur, appelé « régisseur », est chargé d'assurer, pour le compte de la collectivité délégante,

la gestion d'un service public en percevant, pour le compte de la collectivité, le prix acquitté par les usagers, moyennant une rémunération qui lui est

#### CONSEIL PRATIQUE

Les délégations de service public doivent avoir une durée limitée dans le temps. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la délégation de service public tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. Dans le domaine de l'eau potable et de l'assainissement, ces conventions ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans, sauf examen préalable par le directeur départemental des finances publiques, à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de dépassement de cette durée. En pratique, leur durée est en moyenne de douze ans, une durée nettement plus longue que celle des marchés publics passés en la matière, (ces derniers étant d'une durée usuelle de quatre à cinq ans).

La durée doit également tenir compte des investissements futurs. Par exemple, si la collectivité envisage de construire un nouvel équipement dans les dix années à venir, il pourrait sembler cohérent de caler la date de la fin du contrat par rapport à la mise en service de cet équipement.

Les dates d'échéances des contrats voisins avec lesquels un projet d'intercommunalité existe doivent également être considérées (prise en compte du schéma départemental de coopération intercommunale).

La durée du contrat doit ainsi être étudiée en fonction de la spécificité de chaque service et en fonction des investissements prévisionnels de première installation et de renouvellement. Par ailleurs, il conviendra d'appréhender cette durée également en fonction des objectifs de performance assumés par l'opérateur dans le cadre du contrat.

La durée de la convention est précisée par la collectivité lors de l'appel à candidature.



versée par celle-ci. Cette rémunération comporte un élément fixe et un élément variable correspondant à un intéressement aux résultats (primes et pénalités de gestion liées aux résultats d'exploitation d'ordre financiers, quantitatifs ou qualitatifs).

De ce fait, l'exécution du service public se caractérise par un contrôle poussé, par la collectivité délégante, des charges et produits résultant de l'activité faisant l'objet de la régie intéressée. Les opérations de cette dernière sont par ailleurs intégrées à la comptabilité

de la collectivité (*voir le décret du 3 août 2010 fixant les règles comptables applicables aux contrats qualifiés de délégation de service public ; article R. 2222-5 du CGCT*).

Ce contrat nécessite que l'intéressement aux résultats d'exploitation soit suffisamment important pour qu'il soit qualifié de délégation de service public. Dans ce contrat, l'exploitant prend en charge la gestion d'un service public préexistant ; c'est pourquoi il est d'une durée comparable à l'affermage, le régisseur n'ayant pas à amortir d'investissements lourds.

## Annexe : Jurisprudences

### ■ Conseil d'État, 19 novembre 2010, requête n° 320169 :

« qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que le contrat conclu avec la société Beauvais Sports et Spectacles lui confiait une mission de service public tenant à l'exploitation du palais des spectacles communal sous le contrôle de la commune, s'agissant notamment de la programmation culturelle et des contraintes relatives à son occupation par les équipes sportives de la ville ; que ce contrat accordait à la société une rémunération composée d'une part fixe et d'une part variable calculée en fonction des écarts entre le budget prévisionnel et le budget réalisé, la rémunération globale étant susceptible d'être inférieure aux dépenses d'exploitation ; que le cocontractant supportait ainsi un risque d'exploitation ; que, par conséquent, la cour n'a pas inexactement qualifié le contrat de délégation de service public en relevant que la convention litigieuse confiait au cocontractant l'exécution d'une mission de service public, moyennant une rémunération substantiellement liée à l'exploitation ».

### ■ CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, requête n° 291794 :

« Considérant qu'une délégation de service public est un contrat par lequel 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 ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que s'agissant du lot n°1, la rémunération de l'entreprise attributaire était assurée par des recettes provenant à 93 % environ du service de transport scolaire et par des recettes provenant, pour les 7 % restant, d'autres services de transport et activités commerciales ; que le DÉPARTEMENT DE LA VENDÉE prenait en charge en substitution des familles environ 80 % du coût du transport scolaire, le reste demeurant à la charge de ces familles ; qu'en se fondant, pour exclure une rémunération liée aux résultats de l'exploitation et caractériser ainsi l'existence d'un marché public, sur la seule participation directe des familles, sans prendre aussi en considération la part versée par le département pour chaque usager scolaire, en substitution des familles, laquelle constituait aussi une rémunération variant avec le nombre d'usagers et donc liée aux résultats de l'exploitation du service, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit. »

### ■ CE, 5 juin 2009, Société Avenance-Enseignement et Santé, requête n° 298641 :

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que si la rémunération du cocontractant de la commune de Draveil était assurée principalement par des redevances qui, selon les articles 39-2 et 41 de la convention, étaient perçues directement auprès des usagers des restaurants scolaires et municipaux, des centres de loisirs maternels et des personnes âgées, les parties s'engageaient également sur un prix unitaire des repas, fixé initialement sur la base de 303 000 repas par an, comprenant les charges afférentes aux prestations fournies, dont le coût des investissements, ainsi que la rémunération du prestataire et que, dans les cas où le nombre de repas commandés au cours d'un exercice s'avèrerait inférieur ou supérieur de plus de 5 % par rapport à la base de référence retenue, le prix unitaire des repas fournis sur l'exercice écoulé serait réajusté par la rectification de divers postes composant ce prix, en fonction du nombre de repas effectivement commandés ; que la commune de Draveil, à laquelle, en application de l'article 41 du contrat, la société Générale de restauration facturait directement le prix des repas des usagers du centre aéré, prenait en charge, sous forme de subventions, la différence entre les redevances perçues auprès des usagers et le prix des repas fixé selon les modalités décrites ci-dessus ; que le nombre d'usagers, constitués pour l'essentiel d'enfants des centres aérés et des écoles ainsi que de personnes âgées vivant en maisons de retraite, n'était pas, en l'espèce, susceptible de diminuer de manière substantielle d'une année sur l'autre, ainsi que le confirme l'évolution du nombre de repas servis au cours des années 1993 à 2000 ; que dans ces conditions, la cour, dont l'arrêt est suffisamment motivé, n'a pas commis d'erreur de droit ni d'erreur de qualification juridique en jugeant que la rémunération du cocontractant de la commune, en l'absence de réel risque d'exploitation, ne pouvait être regardée comme étant substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation et que le contrat était en conséquence constitutif d'un marché public et non

## Annexe (suite)

d'une délégation de service public ; qu'elle n'a pas non plus entaché son arrêt d'une contradiction de motifs en jugeant que nonobstant le versement de redevances par les usagers du services, le contrat s'analysait comme un marché public ; que si la cour a relevé qu'en cas de défaut de paiement par les usagers de leurs redevances, l'article 39-2 du contrat permettait à la commune de Draveil de prendre à sa charge ces redevances et d'être subrogée aux droits de la société envers ceux-ci, elle n'a pas ce faisant dénaturé les pièces du dossier. »

### ■ CE, 28 juin 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier, requête n° 288459 (confirmation DSP) :

« si les communes ne sont pas les usagers du service public de la distribution de l'eau potable, il ressort, ainsi qu'il a été dit, des stipulations combinées des articles 29 et 62 du cahier des charges du contrat que le cocontractant du Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier perçoit une rémunération qui se compose en une partie fixe qui est constituée par un abonnement et une partie variable qui dépend de la quantité d'eau consommée dans les communes ; que la rémunération calculée dans ces conditions est substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service ».

### ■ CE, 7 avril 1999, commune de Guilhaud-Granges, requête n° 156008 (requalification en marché public) :

« Considérant, qu'en vertu des stipulations des traités de gérance passés par la COMMUNE DE GUILHAUD-GRANGES avec la compagnie générale des eaux, la rémunération de cette société comporte, d'une part, en ce qui concerne la gestion du service de distribution d'eau potable, une partie fixe représentée par la location des compteurs, et une partie proportionnelle au volume d'eau distribué, d'autre part, en ce qui concerne la gestion du service d'assainissement, une partie proportionnelle au volume d'eau ; que ces rémunérations proportionnelles au service rendu constituent un prix versé par la commune ; que, par suite, la conclusion de ces contrats, quelle que soit la qualification choisie par les parties, était soumise au respect des règles fixées par le code des marchés publics pour les marchés passés au nom des collectivités locales. »

# Principales étapes de la procédure de passation d'une DSP d'eau potable

**Les principales étapes de la procédure de publicité préalable et de la procédure de mise en concurrence des candidats à une délégation de service public sont résumées ici. Elles peuvent évoluer en fonction des divers textes à venir, ordonnance et décret, qui viendront transposer la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, lesquels devraient être adoptés avant le printemps 2016.**

Indépendamment des évolutions attendues, il est primordial de vérifier systématiquement les textes et la jurisprudence en vigueur au jour de la passation de la procédure pour éviter tous risques d'annulation de celle-ci devant le juge administratif et la mise en cause de la responsabilité administrative ou pénale des élus et de leurs agents dans l'hypothèse où ces obligations procédurales n'auraient pas été respectées.

En effet, il convient d'être informé du fait que le code pénal punit le délit de favoritisme défini comme « *le fait (...) de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* » (voir sur le quantum des peines l'article 432-14 du code pénal).

## I. La publicité et la mise en concurrence

### A. Définir les caractéristiques des prestations à assurer par le délégataire

Cette phase permet à la collectivité de présenter les différents modes de gestion possibles et d'envisager

le recours à la délégation de service public. C'est à ce moment que doivent être réalisées, en lien, éventuellement, avec un assistant conseil, les études préalables envisageant de recourir à la gestion déléguée du service d'eau potable.

➡ Voir chapitre 1<sup>er</sup>.

Cette étape nécessite la rédaction d'un rapport sur le choix du mode de gestion présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire (article L. 1411-4 du CGCT). La collectivité concernée doit délibérer sur le principe de délégation du service public local sur la base de ce rapport.

Le cas échéant, doivent être saisis pour avis :

- si la durée envisagée est supérieure à 20 ans : le directeur départemental des finances publiques (trésorier payeur général du département), sur la base de la production des justificatifs de dépassement de cette durée (voir l'instruction n° 10-029-MO du 7 décembre 2010 « conséquences de l'arrêt commune d'Olivet (durée des délégations de service public) » et l'instruction du 22 juillet 2014-BOFIP-GCP-14-0013 du 18 août 2014 sur le modèle type d'avis du DDFiP). Les conclusions de cet examen sont communiquées aux membres de

l'assemblée délibérante compétente avant toute délibération relative à la délégation ;

- si elle est requise : la commission consultative des services publics locaux (CCSPL). Instance locale composée d'élus et de représentants d'associations, sa création est obligatoire pour les communes de plus de 10 000 habitants, les EPCI de plus de 50 000 habitants, et les syndicats mixtes qui comportent une commune de plus de 10 000 habitants. Sans être obligatoire, sa création est possible dans les EPCI dont la population est comprise entre 20 000 et 50 000 habitants. Elle est obligatoirement consultée sur toute délégation de service public ;
- toutes les commissions éventuellement mises en place dans les collectivités et mandatées sur le sujet.



#### FOCUS

##### Saisine du comité technique paritaire (CTP)

Cette saisine s'impose lorsque le choix du mode de gestion du service d'eau se répercute sur la situation du personnel affecté à ce service.

Ainsi, si la distribution de l'eau n'a jamais été gérée en régie mais seulement sous forme de délégation de service public, la saisine du CTP n'est pas nécessaire. Elle le sera, en revanche, si la collectivité choisit de déléguer le service d'eau alors qu'il était jusqu'alors géré en régie, ou en cas de reprise en régie par la collectivité d'un service d'eau potable jusqu'alors géré sous forme de délégation de service public. À noter que dans ces deux cas, certaines obligations issues des articles L. 1224-1 et suivants du code du travail, en matière de transfert de personnel associé à cette activité, s'appliqueront également.

Peuvent être également saisis :

- le comité technique paritaire (CTP) – instance composée d'élus, de représentants du personnel et de fonctionnaires – si la réorganisation du service de l'eau entraîne des effets sur l'organisation et le fonctionnement des services : c'est le cas par

exemple si l'on passe d'une gestion en régie à une gestion sous forme déléguée ou inversement ;

- le conseil d'exploitation ou d'administration de la régie, dans l'hypothèse où le service d'eau est, à ce moment-là, géré en régie.

### B. Organiser la consultation : la commission de délégation de service public

La commission de délégation de service public (CDSP) est chargée de l'ouverture des plis contenant les candidatures et les offres initiales des candidats susceptibles d'être retenus comme délégataires d'un *service public local d'eau potable* (articles L. 1411-5 et D. 1411-3 et s. du CGCT).

Cette commission est mise en place soit en début de mandat, pour la totalité des procédures engagées pendant la mandature, lorsque ce principe est expressément prévu dans une délibération de l'assemblée délibérante, soit à chaque fois qu'est lancée une procédure de passation d'une délégation de service public.

Deux réunions doivent être prévues : l'une pour le dépôt des listes, l'autre pour l'élection des membres de la commission de délégation de service public.

Le CGCT fixe précisément les règles de composition, d'élection et de fonctionnement de cette commission (articles L. 1411-5 et D. 1411-3 et suivants) :

- pour les communes de plus de 3 500 habitants et les établissements publics, la commission est composée, avec voix délibérative, d'un président – qui est l'autorité habilitée à signer la convention de DSP – ou son représentant, ainsi que de cinq membres titulaires et cinq membres suppléants élus en son sein par l'assemblée délibérante ; s'y ajoutent, avec voix consultative, le comptable de la collectivité et un représentant du ministère chargé de la concurrence (la DGCCRF) ;
- pour les communes de moins de 3 500 habitants, la commission est présidée par le maire (ou son représentant) et composée en outre de trois membres titulaires et trois suppléants élus en son sein par le conseil municipal ; s'y ajoutent, avec voix

consultative, le comptable de la collectivité et le représentant de la DGCCRF ;

### ATTENTION !

La composition de la commission de DSP pourrait être modifiée dans le cadre de l'ordonnance relative aux contrats de concession. La présence du comptable public et du représentant de la DGCCRF pourraient ne plus être de droit. Ce serait à l'exécutif local de solliciter leur présence.

- l'élection prend la forme d'un scrutin de liste (représentation proportionnelle au plus fort reste sans panachage ni vote préférentiel) ;
- l'assemblée locale délibérante fixe les conditions de dépôt des listes. Il est admis que les listes puissent comprendre moins de noms qu'il n'y a de sièges de titulaires et de suppléants à pourvoir. En cas d'égalité de restes, le siège revient à la liste qui a obtenu le plus grand nombre de suffrages. En cas d'égalité de suffrages, le siège est attribué au plus âgé des candidats susceptibles d'être proclamés élus ;
- à titre facultatif, même si ces personnes n'entrent pas dans la composition de la commission de délégation de service public, peuvent être invités à y participer 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 (directeur général des services ou agent de la collectivité en charge du dossier par exemple).
- l'intervention d'un assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO) ne pourra pas avoir lieu pendant la réunion de la commission de délégation de service public, qui devra se prononcer à huis clos. Une réunion préparatoire pourra toutefois être organisée afin de lui permettre de faire valoir ses analyses.

## C. La sélection des candidats et le choix du délégataire

### 1) L'appel à candidature

Deux avis d'appel à candidature doivent être publiés selon la procédure de droit commun (*articles L. 1411-1, L. 1411-5 et R. 1411-1 et R. 1411-2 du CGCT*) :

Sont ainsi imposées :

- l'insertion d'un avis d'appel à candidatures dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales, permettant à toute entreprise susceptible d'être intéressée de se porter candidate (se référer à l'arrêté préfectoral portant publication des listes de périodiques habilités à publier les annonces judiciaires et légales) ;
- l'insertion d'un avis d'appel à candidatures dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné, permettant aux entreprises susceptibles d'être intéressées d'être informées du lancement de la procédure (exemples : Le Moniteur des travaux publics, TSM, Hydroplus, L'eau, l'industrie, les nuisances, etc.).

### ATTENTION !

Pour certaines concessions qui pourraient dans leur définition recevoir la qualification de concessions de travaux (rarissime pour les DSP d'eau) une publication au JOUE est nécessaire lorsque le montant du contrat est supérieur à 5,225 millions d'euros HT (*article R. 1415-1 du CGCT*).

De plus, les textes – ordonnance et décret – de transposition de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession pourraient prévoir, pour les concessions du service public d'eau, un régime simplifié de publicité.

Cet avis précise la date limite de présentation des candidatures (qui doit être fixée un mois au moins après la date de la dernière publication), les modalités de présentation de ces offres et mentionne

les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature.

#### CONSEIL PRATIQUE

Le délai entre la publication du dernier avis et la date limite de réception des candidatures doit permettre aux entreprises de disposer d'un temps suffisant pour élaborer leur candidature et à la collectivité d'adapter le temps de procédure en fonction de l'urgence constatée.

Il est possible de prévoir un délai supérieur au délai réglementaire minimum d'un mois si celui-ci n'est pas suffisant. Il est important à ce stade de susciter le maximum de candidatures pour bénéficier ensuite du plus grand nombre d'offres.

Il est conseillé d'anticiper les dates de publication des avis dans les journaux spécialisés et d'annoncer la date limite de réception des candidatures, certaines publications spécialisées dans le secteur de l'eau et travaux publics étant seulement trimestrielles.

## 2) La sélection des candidatures

La commission de délégation de service public est chargée de procéder à l'examen des garanties professionnelles et financières des candidats, leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés et leur aptitude à assurer la continuité du service public ainsi que l'égalité des usagers devant le service public (*article L. 1411-1 du CGCT*).

Elle élabore sur cette base la liste des candidats admis à présenter une offre, et envoie à chacun d'entre eux un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations (par exemple, un document de consultation des entreprises comportant un projet de contrat et ses annexes) ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. Ce document de consultation doit être le plus complet possible et permettre à chacun des candidats de disposer des mêmes informations, par exemple, que le délégataire sortant.

Toutes les pièces et informations nécessaires aux candidats pour présenter leur offre doivent donc être adressées à ce stade.

Aucun délai réglementaire n'est prévu entre la date d'envoi de ces documents et la date de remise des offres.

On peut considérer qu'un délai compris entre 45 jours, pour les plus petites collectivités, et 90 jours pour les plus grandes serait considéré comme suffisant.

Si la délégation de service public envisagée présente une nature concessive (lorsqu'une part importante de la réalisation des ouvrages est prévue), le délai pourra tenir compte du temps nécessaire à la réalisation des études de conception et des analyses relatives à l'élaboration de l'offre.

Il est en effet conseillé de prévoir un délai de réponse suffisamment important, notamment pour les services d'eau de grande ampleur, afin de garder une marge de manœuvre procédurale et de laisser les concurrents présenter l'offre la plus compétitive, dans le respect de l'égalité de traitement des candidats (par exemple, une visite du site par les candidats est généralement conseillée, un délai suffisant devant alors être prévu pour l'organiser ; il convient également de prévoir les modifications éventuelles apportées par la collectivité dans les délais de remise des offres).

## 3) Le choix du délégataire

À compter de la date limite de réception des offres de candidature, les plis contenant les offres sont ouverts par la commission de DSP (*article L. 1411-5 du CGCT*).

Celle-ci émet un avis consultatif sur les offres reçues, et élabore un rapport présentant notamment la liste des entreprises qui ont été admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles qui ont remis leur offre.

L'autorité habilitée à signer le contrat (généralement l'exécutif local) négocie librement avec une ou plusieurs entreprises ayant déposé une offre.

➡ Voir ci-après II-B.

Elle choisit le délégataire sur la base de l'offre finale (*article L. 1411-5 du CGCT*) et saisit l'assemblée délibérante sur le choix du délégataire et les motifs de ce choix, le projet de contrat et ses annexes, sur la base du rapport de la commission de DSP transmis à cette occasion présentant la liste des candidats admis à présenter une offre et l'avis de la commission sur les offres initiales déposées (*article L. 1411-5 du CGCT*).

Elle dispose d'un délai minimum de quinze jours pour envoyer ou mettre à la disposition de l'assemblée délibérante les documents sur lesquels elle va se prononcer.

Parmi ces documents, on peut compter :

- le rapport établi par l'exécutif local sur le choix du délégataire ;
- le procès-verbal de la commission de délégation de service public relatif à l'ouverture des offres ;
- le procès-verbal de cette commission établissant la liste des candidats admis à présenter une offre ;
- le rapport d'analyse des offres et le procès-verbal de cette commission portant avis sur les offres ;
- le projet de contrat de délégation de service public ;
- le projet de règlement de service ;
- le compte d'exploitation prévisionnel.

Un délai de deux mois minimum doit s'écouler entre la saisine de la commission de DSP (date limite de réception des plis contenant les offres des candidats) et la délibération sur le choix du délégataire (*voir avis du CE, 15 décembre 2006, n° 297846*). Cette délibération valide le choix du délégataire et autorise la signature du contrat de délégation (*article L. 1411-7 du CGCT*).

#### 4) Le contrôle de légalité et l'information de la population

Pour acquérir un caractère exécutoire, la délibération approuvant le contrat et comportant en annexe le contrat dit « non signé » (c'est-à-dire signé seulement par le délégataire) doit être transmise au contrôle de légalité contre délivrance d'un reçu de ce dernier.



#### FOCUS

##### Le contrôle de légalité

Ce contrôle est opéré par le préfet, représentant de l'État dans le département ou la région (ou au sous-préfet de l'arrondissement). Il oblige les collectivités à transmettre à ce dernier certains actes qu'elles produisent. Ceux-ci sont définis par les articles L. 2131-1 et suivants du CGCT. À compter de cette transmission, ces actes deviennent « exécutoires ».

Par ailleurs, le préfet peut, s'il l'estime fondé, exercer un recours à l'encontre de la légalité de ces actes au regard des dispositions législatives et réglementaires en vigueur devant le juge administratif. On parle alors de déféré préfectoral. Ce recours réservé au préfet ne peut être introduit que dans les deux mois suivant la transmission de ces actes.

Le contrat est ensuite signé par l'autorité habilitée à le faire (l'exécutif local), qui le transmet dans un délai maximum de quinze jours au représentant de l'État – préfet – pour l'exercice du contrôle de légalité (*article L. 2131-2 du CGCT*) avec l'ensemble des pièces dont la liste est fixée par décret (*article L. 1411-9 du CGCT*).

Un nouveau reçu est délivré par le contrôle de légalité.

#### CONSEIL PRATIQUE

Si la collectivité souhaite faire courir les délais de recours contentieux dans le cadre de la procédure spécifique de référé contractuel, elle publie au bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) un avis d'attribution (*article R. 1411-2-2 du CGCT*) mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi. La publication d'un tel avis permet également de faire courir le délai de recours des tiers au contrat et des candidats évincés (*Conseil d'État, Ass. 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne*).



Parmi les actes pris par les communes et leurs groupements, sont notamment soumises au contrôle de légalité les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux (*article L. 2131-2 du CGCT*).

La collectivité doit ensuite notifier la convention au titulaire de la délégation et certifier sur la convention la date de transmission au contrôle de légalité. Elle en informe ensuite le représentant de l'État (le préfet ou son représentant) dans un délai maximum de quinze jours suivant la date de notification de cette convention (*article L. 1411-9 du CGCT*).

Dans les communes de plus de 3 500 habitants, les documents relatifs à l'exploitation du service public d'eau potable ou d'assainissement adressés par le délégataire à la commune en application du contrat de DSP doivent, dans un délai maximum de quinze jours suivant leur réception, être affichés et mis à disposition du public en mairie pendant au moins un mois et, le cas échéant, en mairie annexe (*article L. 1411-13 du CGCT*).

## II. Les bonnes pratiques en matière de déroulement de la procédure

Les pratiques conseillées ci-après se fondent moins sur les dispositions législatives et réglementaires du CGCT que sur l'application des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence issus du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ces pratiques évolueront en fonction des dispositions législatives qui modifieront la procédure de passation des délégations de service public en vue d'assurer la transposition de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession.

### A. L'élaboration de l'avis de publicité et du document de consultation des entreprises

Ces documents, dont le contenu n'est que partiellement fixé par les dispositions législatives et

réglementaires, doivent mentionner l'ensemble des informations utiles aux candidats pour formuler leur offre dans le respect des principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination. Le juge fait référence à cet égard au respect par la collectivité de la mise en œuvre d'une procédure de publicité adéquate compte tenu de l'objet, du montant financier et des enjeux économiques de la délégation de service public à passer (voir par exemple : *CAA de Marseille, 25 mars 2013, société de distributions d'eau intercommunales (SDEI), requête n° 10MA00243*, en annexe).

Il peut s'agir, à titre d'illustration, des données relatives au nombre de personnes affectées au service qui devront être transférées au délégataire, du nombre d'abonnés, du rapport annuel du délégataire de l'année précédente, du rapport sur le

#### ATTENTION !

Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures auxquels sont soumises les DSP, la personne publique doit apporter aux candidats, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres.

Elle n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères. Si elle le fait, et si ensuite elle entend les modifier, elle doit informer les candidats de cette modification en temps utile avant le dépôt des candidatures, ou en temps utile avant le dépôt des offres, dans le cas où l'information initiale n'a été donnée qu'après le dépôt des candidatures.

Lorsque la personne publique a informé les candidats des modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres, elle ne peut en tout état de cause les modifier après le dépôt des offres sans méconnaître le principe de transparence des procédures (*Conseil d'État, 30 juillet 2014, société Lyonnaise des eaux France, requête n° 369044*).

prix et la qualité des services publics de l'eau potable, ou encore de la durée de la convention si cette dernière fait partie des éléments initialement pris en considération dans le jugement des offres.

Il est obligatoire d'annoncer les critères de sélection des offres soit dans l'avis de publicité soit dans le document de consultation des entreprises (règlement de consultation). Le Conseil d'État considère en effet que pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, la personne publique doit apporter aux candidats, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection de celles-ci sans toutefois être tenue de les informer sur les modalités de mise en œuvre de ces critères. Le choix de la meilleure offre est, en effet, effectué au regard d'une appréciation globale des critères, sans être contraint par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées.

## **B. Une pièce essentielle : le dossier de consultation**

La rédaction du projet de contrat joint au dossier de consultation est une phase essentielle de la procédure. C'est en effet cette pièce qui contient en grande partie les conditions d'exécution du contrat par le délégataire et les points clés du partenariat avec la collectivité (les relations entre le service public et l'utilisateur étant principalement traitées dans le règlement de service, annexé au contrat).

Les services préalablement gérés sous forme de délégation de service public pourront utilement s'appuyer sur le précédent contrat et, le cas échéant, sur l'audit de ce dernier, pour rédiger le futur projet de convention.

Ce projet de contrat devra notamment contenir les attentes de la collectivité en termes de qualité de service, les responsabilités de chacun des acteurs, les conditions d'exploitation courantes ainsi qu'en temps de crise, les conditions financières (tarification, indexation, reversement de la surtaxe, fiscalité), les objectifs patrimoniaux

(renouvellements, investissements), les conditions de fin de contrat, ou encore, le suivi de l'exécution du contrat.

En termes d'organisation et de moyens mis à sa disposition pour contrôler l'exécution du service public par le délégataire, il est essentiel que la collectivité définisse préalablement le type d'informations essentielles qui devront lui être transmises. Elle devra à cet égard être attentive à la rédaction des clauses relatives à l'établissement de rapports d'information (rapport annuel, notamment) tout au long de la durée d'exploitation.

### **CONSEIL PRATIQUE**

La collectivité peut prévoir le versement d'une prime aux candidats non retenus dont les offres seront jugées pertinentes et conformes afin de susciter une concurrence saine et optimale entre les différents candidats. Le principe de versement d'une prime devra toutefois être annoncé dans le règlement de consultation.

Il conviendra en conséquence de rédiger un contrat aisé à suivre et à contrôler, avec des objectifs quantifiables et atteignables. Des contraintes financières pourront utilement être instaurées sur les éléments clés du contrat (voir chapitre 5 sur le suivi du contrat).

Plusieurs clauses de révision seront également insérées dans le contrat pour permettre à la collectivité et au délégataire d'adapter les variations significatives des conditions d'exploitation par rapport aux hypothèses de départ (par exemple l'assiette de facturation, qui renvoie au nombre d'abonnés et au volume d'eau facturé, ou à des modifications significatives des installations). Toutefois, il convient de ne pas aller à l'encontre du transfert du risque sur le délégataire, qui caractérise le contrat de délégation de service public.

Il s'agira également d'identifier expressément dans le projet de contrat les biens ayant vocation à revenir gratuitement à la personne publique délégante en fin

de contrat, c'est-à-dire les biens dits « de retour » et de les différencier des biens dits « de reprise » qui peuvent éventuellement être rachetés par la personne publique pour les besoins du service.

Les biens liés au service sont en effet classés tant par la jurisprudence que par la doctrine en trois catégories auxquelles se rattachent des grands principes de propriété des personnes publiques et de destination des biens :

- les biens de retour : financés ou non par la collectivité, ils sont réputés appartenir *ab initio* à la collectivité et lui revenir obligatoirement et gratuitement (sauf résiliation anticipée qui donne lieu à l'indemnisation du délégataire dès lors que ces biens n'ont pu être totalement amortis) en fin de contrat. Ils correspondent aux biens nécessaires au fonctionnement du service public (*Conseil d'État, 21 décembre 2012, commune de Douai, requête n° 342788*) ;
- les biens de reprise : financés par le délégataire pour l'exécution du service public, ils appartiennent au délégataire mais doivent être mis en fin de contrat à la disposition de la collectivité qui a la faculté d'exercer ou non son droit de reprise. Ils sont définis comme les biens appartenant au délégataire qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement du service (*Conseil d'État, 21 décembre 2012, commune de Douai, précité*) ;
- les biens propres : ne ressortant d'aucune des deux autres catégories, ils appartiennent au délégataire. Ils peuvent être utilisés pour l'exécution du service public par le délégataire mais n'ont pas à être remis à la collectivité en fin de contrat.

Le contenu du contrat est bien entendu déterminant quant à la qualification des biens et leur sort en fin de contrat. L'intention des parties doit être clairement exprimée dans au moins deux types de clauses : celles qui définissent les moyens matériels du service (définition, inventaire, remise en début ou en cours de contrat) et celles qui traitent des dispositions de fin de contrat et plus particulièrement de la remise des biens en fin de contrat, et éventuellement, la circonstance que cette remise se

fera, s'agissant des biens de reprise, moyennant le versement d'un prix ou si les parties en sont d'accord, à titre gratuit.

Une attention particulière doit donc être portée à la rédaction de ces clauses de remise des biens. L'état des biens doit aussi être précisé avec exactitude et, par exemple, la mention d'un « état normal d'entretien » paraîtra préférable aux mentions de « bon état » ou « parfait état d'entretien » rencontrées parfois.

➡ Voir en annexe la liste des informations minimales à faire figurer dans le règlement de consultation.

## C. Le déroulement de la négociation

### 1) Communication des conditions du déroulement de la procédure de négociation

Il appartient à l'exécutif local d'engager librement la négociation avec le ou les candidats admis à présenter une offre (*article L. 1411-1 du CGCT*), dans le respect des principes d'égalité de traitement des candidats, de transparence et de non-discrimination (*voir sur ce point notamment : Conseil d'État 21 février 2014, société Dalkia France et autres, requête n° 373159*).

#### ▲ ATTENTION !

Ce type de contrat est soumis à une procédure précise de publicité et de mise en concurrence, conformément aux règles de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination prévues par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Aussi, le choix du délégataire dans le cadre d'une convention de délégation de service public, ne saurait être fait sur la base de *l'intuitu personae*, c'est-à-dire en considération de la seule personne du délégataire.

À cet égard, la jurisprudence a reconnu qu'il appartenait à l'autorité responsable de la personne publique délégante de choisir librement, au vu des

offres présentées par les candidats admis à présenter une offre, ceux avec qui elle entend mener les négociations. Ainsi, l'exécutif local n'est-il pas dans l'obligation de négocier avec tous les candidats (CE, 23 mai 2008, musée Rodin, requête n° 306153).

Il conviendra d'être attentif sur ce point aux modifications des règles de négociation qui pourraient résulter de l'ordonnance et du décret relatifs aux contrats de concession qui seront adoptés au printemps 2016.

Cette phase de négociation n'étant pas codifiée à ce jour dans le code général des collectivités territoriales, il est possible de l'organiser dans le cadre d'une lettre de cadrage des négociations qui sera adressée aux candidats. Toutefois, il convient de noter que si une procédure spécifique de négociation est volontairement fixée par la collectivité, celle-ci devra s'y tenir tout au long de la procédure. Par exemple, il peut être suggéré, à titre de bonne pratique, de suivre la procédure ci-après : les candidats admis à la phase de négociation pourront recevoir une lettre d'invitation à la négociation précisant les modalités d'organisation de celle-ci (durée, nombre approximatif de réunions, date limite pour la remise de la dernière offre, nombre de documents à fournir, modalités pratiques d'intervention).

## 2) L'audition des (ou du) candidats

Une première phase d'audition pourra permettre à chaque candidat de se présenter, d'expliquer son offre et de répondre à certaines questions relatives à sa proposition. Il s'agit ici pour la collectivité de demander confirmation de certains points contenus dans les offres, de détecter les anomalies dont elles seraient entachées en termes de :

- moyens humains sollicités ;
- bordereau de prix ;
- tarification du service aux usagers (paramètres ou indices qui déterminent leur évolution) ;
- renouvellement des équipements programmés ou non ;
- production périodique de comptes rendus d'exploitation ;
- niveaux de performance proposés ;

- moyens de communication affectés à la relation avec la clientèle ;
- gestion des crises ;
- respect de certaines exigences environnementales ;
- etc.

Les montants et les modes de calcul des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante doivent être justifiés dans ces conventions (article L. 1411-2 du CGCT).

### ATTENTION !

**Certaines clauses sont réputées illégales.**

**Les dispositions du CGCT (article L. 1411-2) prévoient expressément que les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation.**

Par ailleurs, au stade de la négociation, il convient impérativement d'éviter, au regard du principe d'égalité de traitement des candidats, toute discussion autour des modalités de liquidation de l'ancien contrat, cette phase devant avoir été abordée avant le lancement de l'avis de publicité. À ce stade de la procédure, l'attention doit strictement être apportée sur l'objet du futur contrat et les caractéristiques du service public délégué.

De même, l'autorité responsable de la collectivité ne peut ouvrir à la négociation les éléments fondamentaux du contrat, relatifs notamment à sa durée. S'il s'agit de critères d'exécution du service, il est toutefois possible de permettre au candidat de proposer une variante dûment justifiée, dans le cadre des principes de présentation des variantes prévus dans le règlement de consultation des entreprises.

En ce qui concerne la durée du contrat, le délégataire est tenu de proposer une offre en respectant la durée

définie par la collectivité dans l'avis de publicité en amont de la procédure. Une variante proposée par le délégataire concernant la durée du contrat qui ne serait pas demandée dans le cahier des charges, ne pourrait pas être retenue.

#### CONSEIL PRATIQUE

Afin de permettre l'exercice d'une concurrence effective entre opérateurs sur des solutions innovantes qu'ils pourraient proposer pour gérer le service d'eau potable, la collectivité ne doit pas fermer la possibilité pour les candidats de proposer des amendements. Ceux-ci ne doivent pas entraîner de modifications substantielles du projet de contrat proposé initialement par la collectivité ni présenter de caractère discriminatoire entre les candidats.

La directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, qui devrait être transposée par les États membres au printemps 2016 pour les contrats de plus de 5,225 millions d'euros, précise à cet égard que « lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice reçoit une offre proposant une solution innovante présentant des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel, qui n'aurait pas pu être prévue malgré la diligence du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut, à titre exceptionnel, modifier l'ordre des critères d'attribution afin de tenir compte de cette solution innovante. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice informe tous les soumissionnaires de la modification de l'ordre d'importance de ces critères et publie une nouvelle invitation à présenter une offre » (article 41).

En matière de concession de service public d'eau potable, l'ordonnance et le décret assurant la transposition de cette directive pourraient prévoir un régime de passation plus souple que celle-ci, laquelle exclut de son champ d'application les services publics dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable. Il conviendra d'y être attentif.

### 3) Les adaptations et évolutions au cours de la négociation

Les candidats peuvent modifier leur offre à condition de respecter le contenu du document descriptif des prestations ainsi que le respect du principe d'égalité de traitement des candidats (voir Conseil d'État, 9 août 2006, CGE, requête n° 286107, à propos d'un cas dans lequel le montant des offres finales était très inférieur au montant des offres initiales). Seules des modifications non-substantielles peuvent ainsi être apportées aux conditions prévues initialement, et dans cette hypothèse, l'ensemble des candidats admis à la phase de négociation doit être autorisé à modifier son offre.

Le juge administratif a récemment rappelé qu'au cours de la négociation, la personne responsable de la passation du contrat de délégation de service public peut apporter des adaptations à l'objet du contrat qu'elle envisage de conclure au terme de la négociation lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire (CE, 21 février 2014, société Dalkia France, requête n° 373159). Ce n'est pas le cas lorsque la modification apportée au projet de convention affecte de manière excessive l'économie générale du projet et méconnaît le règlement de la consultation, dès lors qu'elle permet au délégataire, notamment, de limiter substantiellement le montant des investissements nouveaux auxquels il s'engage.

#### ATTENTION !

La négociation ne doit en aucune manière s'écarter du cadre initial fixé par la collectivité dans le dossier de consultation.

Par exemple, la négociation avec un seul candidat, actuellement possible, exige cependant que les critères d'exclusion des autres candidats en cours de procédure aient été clairement annoncés en amont dans le dossier de consultation.

Il importe de rechercher une certaine cohérence, au moment de l'examen des offres, entre la proposition financière et le niveau de service exigé (notamment les moyens consacrés à l'exploitation), faute de quoi des risques de fragilité dans la qualité du service rendu pourraient apparaître dans l'éventualité de résultats déficitaires récurrents. À cet égard, malgré la complexité que revêt le jugement de leurs caractéristiques au regard d'éléments techniques et financiers définis préalablement, en fonction de la durée du contrat, dans le règlement de consultation, il convient d'appréhender prudemment les offres pouvant sembler anormalement basses pour ne pas encourager un « dumping » sur les offres des candidats et laisser une pleine et équitable concurrence s'exercer.

S'agissant de la traçabilité des négociations, le respect des grands principes de la commande publique de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement des candidats implique non pas d'assurer une retranscription exhaustive des négociations mais de s'assurer de la rédaction de relevés de décisions réguliers des grands événements du déroulement de cette négociation ou de relevés de décisions précisant les points sur lesquels le candidat a satisfait les demandes particulières de la collectivité ou, à l'inverse, les questions restant à préciser. À cet égard, l'objectivité dans le traitement des offres doit être assurée, les candidats admis à la négociation devant bénéficier de conditions de présentation des offres identiques et du même niveau d'information préalable.

Pour assurer une meilleure traçabilité de cette phase, il est indispensable qu'une modification de l'offre initiale par tout candidat à la suite des négociations soit confirmée par un écrit de sa part.

#### 4) Le respect de l'égalité entre les candidats

Les négociations devront être réellement engagées avec chacune des entreprises choisies par l'exécutif de sorte qu'elles puissent chercher à améliorer leur offre.

Une stricte confidentialité des offres doit également être respectée : il est en effet interdit de divulguer aux

candidats des éléments susceptibles de révéler les offres des autres candidats (secrets commerciaux, brevets ou savoir-faire, etc.)

De même, l'introduction dans le contrat définitif d'une prestation suggérée par un autre candidat est interdite.

#### ATTENTION !

Sur le respect de la confidentialité des offres, il a été jugé que la transmission d'un compte rendu de réunion à l'une des candidates qui présentait une analyse des principales caractéristiques des offres présentées par les deux sociétés candidates, notamment les prix proposés par ces dernières, était susceptible d'avoir lésé l'une d'elles, qui proposait le prix volumétrique le plus faible, en permettant à l'autre société d'améliorer son offre (CE 14 décembre 2009, Société Lyonnaise des Eaux France, requête n° 328157).

#### 5) La clôture des négociations

Une réunion de clôture des négociations, dont l'obligation n'est pas légalement requise, pourra s'avérer nécessaire pour permettre à chacun des candidats choisis de présenter en même temps son offre finale, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats. Cette réunion fait l'objet d'un procès-verbal de clôture, signé en fin de réunion et qui met un terme à la procédure de négociation. Aucune nouvelle négociation ne saurait légalement être engagée à la suite de cette clôture sans que soit respecté le principe d'égalité de traitement des candidats : si une réouverture des négociations devait être décidée, une lettre devrait être adressée en ce sens à chacun des candidats, laquelle fixerait la date finale des négociations. Une autre solution pourra être envisagée : la personne responsable de la passation du contrat de délégation de service public demandera, par courrier, aux candidats de remettre par écrit leur dernière proposition avant une date et une heure limites.

C'est pourquoi il est plutôt conseillé aux collectivités de fixer *a priori* une date limite de clôture des négociations

applicable pour tous et annoncée par écrit, de manière égalitaire et à l'avance, à l'ensemble des candidats présentant une offre, afin d'éviter tous reports ultérieurs illimités de la date de clôture.

Une fois la clôture des négociations faite, aucune nouvelle offre ne devra être présentée par les candidats, et encore moins étudiée par la collectivité.

L'offre finale devra prendre la forme du document de consultation des entreprises accompagné de ses annexes.

#### 6) L'hypothèse de l'absence d'offre acceptable

Dans le cas où aucune offre n'a été acceptée par la collectivité ou n'a été proposée, l'assemblée délibérante doit constater le caractère infructueux de la procédure. Il est alors possible pour l'exécutif local, après autorisation de l'assemblée délibérante et sans bouleverser les conditions initiales de la mise en concurrence, d'engager une négociation directe avec une entreprise. Il s'agit ici d'une procédure dérogatoire exceptionnelle. En effet, avant de choisir cette option, la collectivité pourra prolonger la période de négociation jusqu'à l'obtention d'offres que l'exécutif local jugera acceptables *(article L. 1411-8 du CGCT)*.

Autre solution : la collectivité peut décider d'abandonner la procédure engagée et de relancer une nouvelle procédure de délégation de service public de manière à poser de nouvelles bases de mise en concurrence des candidats.

### D. Cas particuliers

#### 1) Possibilité de recourir à une procédure simplifiée pour les petits contrats

Cette possibilité est ouverte lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 euros ou que la convention couvre une durée non supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 68 000 euros par an.

Le projet de délégation est soumis à une publicité préalable ainsi qu'aux dispositions de l'article L. 1411-2. L'avis précise le délai de présentation des

#### ATTENTION !

L'ordonnance et le décret relatifs aux contrats de concession qui devraient être publiés au printemps 2016 pourraient supprimer cette procédure spécifique pour les petits contrats. Il conviendra d'y être attentif.

offres, d'un minimum de quinze jours à compter de la date de publication, et les modalités de présentation de ces offres, et il mentionne les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature *(article L. 1411-12 du CGCT)*.

#### 2) L'attribution d'une DSP d'eau à une société publique locale

La procédure d'attribution d'une DSP d'eau à une société publique locale (SPL) *(article L.1531-1 du CGCT)* comporte certaines spécificités. Créée par la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010, cette catégorie de société publique n'est pas à proprement parler un mode de gestion des services publics mais un opérateur commun mutualisé des collectivités actionnaires, dédié à l'exercice d'une activité d'intérêt général. S'agissant d'une société contrôlée exclusivement par ses collectivités actionnaire, elle s'inscrit potentiellement dans le cadre du « in house » au sens du droit communautaire *(voir ci-après les conditions)*.

#### ATTENTION !

La création de la SPL et la dévolution du contrat ne sont pas liées. Une collectivité pourrait ainsi être actionnaire d'une SPL sans pour autant lui avoir confié la gestion du service public de l'eau.

→ Voir pour une explication du régime de la SPL la circulaire du ministère de l'Intérieur du 29 avril 2011 *(COT/B/11/08052/C)*

Dans ces conditions, le recours à la SPL en matière de délégation du service public de l'eau doit impérativement se faire en plusieurs temps :

- la collectivité doit être actionnaire de la SPL (condition sine qua non d'attribution du contrat) ;
- l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale (ou son groupement) doit se prononcer sur le principe de la délégation du service public à une société publique locale, le cas échéant après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux, au vu d'un rapport qui présente le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer la SPL délégataire (*article L.1411-19 du CGCT*) ;
- la collectivité rédige un projet de cahier des charges qui sert de base à la négociation du contrat avec la SPL. (voir en annexe les pièces adressées aux entreprises candidates avant la remise de leur offre).
- la procédure de passation du contrat avec la SPL est alors exonérée des obligations de publicité et de mise en concurrence lorsque la personne publique exerce sur cette société un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et lorsque la société publique locale réalise l'essentiel de son activités pour elle ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui contrôlent la société, à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de la société (*article L.1411-12 du CGCT*).

#### ATTENTION !

L'ordonnance et le décret qui entreront en vigueur au printemps 2016 afin d'assurer la transposition de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession devraient définir les conditions de reconnaissance d'un opérateur « interne » ou « in house ».

Selon la jurisprudence française (*voir CE, 6 novembre 2013, Commune de Marsannay-la-Côte, requête n° 365079*), la condition du contrôle analogue exercé par la collectivité sur l'entité « in house » n'est pas reconnue, notamment :

- lorsqu'une commune ne dispose pas d'un représentant propre au sein du conseil d'administration ;
- qu'elle n'y a pas directement voix délibérative mais par l'intermédiaire d'un représentant commun des petits actionnaires ;
- qu'elle ne peut seule requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour ;
- et, enfin, qu'aucun des organes au sein desquels elle est directement représentée ne dispose d'un pouvoir décisionnaire en matière d'exécution du contrat confié à cette société.



## Annexe 1 : Exemple d'indications minimales de l'avis de publicité, du dossier de candidature et du règlement de consultation

### ■ Avis de publicité

- Dénomination et adresse de la collectivité : .....
- Tél : .....
- Fax : .....
- Objet de la consultation :

Délégation du service public d'eau potable (distribution, production ou les deux), attribuée conformément aux articles L. 1411-1 à L. 1411-18 du code général des collectivités territoriales.

- Caractéristiques essentielles du contrat de délégation à intervenir :

Durée du contrat : ..... ans à compter du .....

Données du service (dimensionnement)

Nombre d'abonnés : ..... abonnés

• Volume de facturation : ..... m<sup>3</sup>

Investissements à la charge du délégataire

Ouvrages à exploiter :

- Réservoirs :
- Linéaire du réseau :
- Station de traitement :

### ■ Dossier de candidature :

- Lettre de candidature
- Attestations, certificats et justifications prévus aux articles 8 et 9 du décret n° 97-638 du 31 mai 1997  
Une déclaration sur l'honneur attestant que le candidat respecte l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1, L. 5212-2, L. 5212-5 et L. 5212-9 du code du travail ou équivalent pour les candidats étrangers non établis en France.
- Références d'exploitations similaires.
- Chiffres d'affaires et bilans des trois dernières années.
- Toutes pièces permettant d'apprécier les garanties professionnelles et financières de l'entreprise et l'aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

Critères d'attribution de la DSP (optionnel ; peut n'être mentionné qu'au stade du document de consultation des entreprises)

Date limite de réception des dossiers de candidatures (à fixer au minimum un mois après la dernière publication de l'avis)

### ■ Règlement de consultation

- Nom de la collectivité
- nature de la consultation
- durée du contrat
- contenu des offres (mémoire technique et financier, projet de contrat, compte prévisionnel d'exploitation, plan de renouvellement, bordereaux de prix, etc.)
- date de la visite des ouvrages
- critères de sélection des offres
- date limite de remise des offres

## Annexe 2 : Avis d'appel public à candidatures pour une délégation de service public (Modèle, source Groupe National GSP)

{NOM\_COLLECTIVITÉ}

1. Dénomination et adresse de la collectivité :

2. Objet de la consultation :

Délégation par Affermage [ou autre catégorie de DSP] du service public d'eau potable [préciser le contenu de la prestation : production, production-distribution, etc.] attribuée conformément aux articles L. 1411-1 à L. 1411-18 du Code général des collectivités territoriales.

3. Caractéristiques essentielles de la délégation :

Durée du contrat : ..... ans à compter du :

Données du service :

- Nombre d'abonnés : ..... u
- Volume de facturation : ..... m<sup>3</sup>

Ouvrages à exploiter :

- Station de production de : ..... m<sup>3</sup>/h
- Stations de reprise :
- Réservoirs :
- Linéaire du réseau :

Personnel déclaré affecté au service par le délégataire actuel :

Contraintes particulières : [Par exemple concernant la facturation]

4. Contenu des dossiers de candidatures :

- Lettre de candidature
- Attestations, certificats et justifications prévus aux articles 8 et 9 du décret n° 97-638 du 31 mai 1997
- Attestation sur l'honneur du respect des obligations liées à l'emploi de travailleurs handicapés prévues dans le code du travail (articles L. 5212-2 et suivants)
- Références d'exploitations similaires.
- Chiffres d'affaires et bilans des trois dernières années.
- Toutes pièces permettant d'apprécier les garanties professionnelles et financières de l'entreprise et l'aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

5. Date limite de réception des dossiers de candidature :

Le ..... avant ..... heures à .....

Les dossiers de candidatures devront être adressés à ....., sous enveloppe cachetée portant la mention : « Candidature pour la gestion du service d'AEP – À n'ouvrir qu'en présence de la commission ».

6. Critères de jugement des offres :

Les critères sont indiqués dans le règlement de la consultation.

7. Renseignements :

Renseignements d'ordre administratif :

Renseignements d'ordre technique :

### **Annexe 3 : Liste des pièces qui doivent être envoyées aux candidats en vue de la remise des offres**

Un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur doit être adressé aux candidats.

Concrètement, même si aucune disposition réglementaire particulière ne prévoit exactement quels types de pièces doivent être adressées aux candidats, il est notamment conseillé d'envoyer :

- un règlement de consultation ou document de consultation des entreprises accompagné d'un projet de contrat et de ses annexes,
- un projet de règlement de service,
- le rapport annuel sur le prix et la qualité du service (RPQS) prévu à l'article L. 2224-5 du code général des collectivités territoriales,
- le rapport annuel du délégataire prévu à l'article L. 1411-3 du CGCT comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public,
- un inventaire du patrimoine,
- les autorisations de prélèvement et de mise en place de périmètre de protection,
- les conventions de vente d'eau en gros et un mémoire explicatif indiquant les éléments essentiels du contrat : fonctionnement du service, assiette de facturation, options, prestations spécifiques, etc.

## Annexe 4 : Jurisprudences

### ■ CE, 27 janvier 2011, commune de Ramatuelle, requête n° 338285 :

« qu'aux termes de l'article 33 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, dans sa rédaction applicable à la date de la décision litigieuse : Les comités techniques paritaires sont consultés pour avis sur les questions relatives : / 1°) à l'organisation des administrations intéressées ; / 2°) aux conditions générales de fonctionnement de ces administrations (...) ; que la décision de la commune de Ramatuelle de déléguer le service public des plages pour la saison estivale de 2003, dès lors que cette collectivité n'avait pas, auparavant, assuré en régie l'exploitation des plages concédées par l'État, n'a affecté ni l'organisation, ni le fonctionnement général de son administration ».

### ■ CAA de Marseille, 25 mars 2013, société de distributions d'eau intercommunales (SDEI), requête n° 10MA00243 :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que, lors de la séance du comité syndical du 13 mai 2008, l'association SP 2000 a fait une présentation des offres et a exprimé un avis favorable à la Saur ; que cette association, alors même qu'elle a été fondée par l'association des maires de France et la fédération nationale des collectivités concédantes et régies, intervient dans un cadre concurrentiel au moyen de prestations intellectuelles qu'elle facture ; que la délibération a abouti à un vote favorable par 28 voix à la société SDEI et par 35 voix à la société Saur ainsi qu'à deux abstentions ; que, dans les circonstances de l'espèce et compte tenu notamment du faible écart de voix, l'intervention de l'association SP 2000 a eu une influence sur le choix de la collectivité et, dès lors, a été de nature à vicier la procédure suivie, en dépit du caractère secret du vote ; qu'ainsi la délibération dudit comité approuvant le choix du délégataire et autorisant le président du syndicat à signer le contrat avec la société Saur est irrégulière. »

### ■ CAA de Marseille, 25 mars 2013, société de distributions d'eau intercommunales (SDEI), requête n° 10MA00243 :

« l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales dispose : "Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'État" ; qu'aux termes de l'article R. 1411-1 du même code : "L'autorité responsable de la personne publique délégante doit satisfaire à l'exigence de publicité prévue à l'article L. 1411-1 par une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné. (...)» ;

Considérant que les dispositions précitées, qui s'interprètent à la lumière des règles fondamentales du traité instituant la communauté européenne, au nombre desquelles figure le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, ne peuvent être réputées satisfaites que lorsqu'est mise en œuvre une procédure de publicité adéquate compte tenu de l'objet, du montant financier et des enjeux économiques de la délégation de service public à passer. »

### ■ CE, 9 août 2006, Compagnie générale des eaux, requête n° 286107 :

« Considérant qu'à l'issue des négociations engagées par le président du syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable et d'assainissement de Castelnau-de-Médoc avec les quatre entreprises candidates sur le fondement des dispositions de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, la Compagnie générale des eaux a présenté des offres dont le montant était très inférieur au montant de ses offres initiales ; qu'en jugeant que de telles offres devaient être regardées comme des offres nouvelles et non comme des aménagements des offres initiales et traduisaient de ce fait un manquement par le syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable et d'assainissement de Castelnau-de-Médoc à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, sans rechercher si la possibilité donnée par le syndicat au cours de la négociation de présenter de nouvelles offres avait méconnu le principe d'égalité entre les candidats, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Bordeaux a commis une erreur

## Annexe 4 (suite)

de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de ses requêtes, la Compagnie générale des eaux est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation des ordonnances attaquées ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire au titre des procédures de référé engagées par la société Agur devant le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Bordeaux ;

Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la Compagnie générale des eaux ait bénéficié d'informations privilégiées pour formuler deux nouvelles offres dont le montant était très inférieur au montant de ses offres initiales ; que contrairement à ce que soutient la société Agur, la Compagnie générale des eaux a justifié la réduction du montant de ses offres ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la baisse du montant des offres de la Compagnie générale des eaux serait révélatrice d'une rupture d'égalité entre les candidats doit être écarté ;

Considérant qu'aux termes du dernier alinéa de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales : (...) l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat ; que ces dispositions ne font pas obstacle à ce que l'assemblée délibérante, saisie de la proposition de l'autorité exécutive, invite celle-ci à poursuivre les discussions qu'elle avait engagées avec les entreprises de son choix ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la réouverture des négociations avec les quatre entreprises candidates à laquelle a procédé le président du syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable et d'assainissement de Castelnau-de-Médoc à la demande du comité syndical ait revêtu un caractère discriminatoire comme le soutient la société Agur ;

Considérant qu'il ne ressort pas non plus des pièces du dossier que le comité du syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable et d'assainissement de Castelnau-de-Médoc ait jugé les offres de la société Agur moins intéressantes que celles de la Compagnie générale des eaux, délégataire sortant, uniquement sur des critères étrangers au contenu de ses offres ; que par suite le moyen tiré de ce que ce comité souhaitait conclure les nouveaux contrats uniquement avec la Compagnie générale des eaux, indépendamment des résultats de la consultation engagée, doit être écarté. »

# Choix du délégataire et principe de transparence

**Au-delà des principes de consultation des entreprises et des critères de sélection des offres prévus dans les avis de publicité et le règlement de consultation des entreprises, il convient de s'interroger sur les modalités de choix de l'entreprise délégataire par l'exécutif local et sur la méthode de passation permettant de susciter une comparaison objective des offres sur d'autres critères que le prix. L'intégration, dans ces critères, des principes de continuité et d'adaptabilité du service public, qui impliquent une prise en charge solide des services publics par les délégataires, devrait également être envisagée. Ces critères doivent répondre à la politique menée au niveau local en matière de gestion de l'eau.**

C'est l'appréciation globale de l'ensemble des critères d'attribution qui permettra de procéder au choix de la meilleure offre en fonction de la politique locale affirmée.

Le choix de recourir au classement des critères, qui n'est pas obligatoire à ce jour, n'est pas neutre dès lors qu'il traduira la hiérarchisation des engagements que souhaite voir pris en compte la collectivité en matière de gestion du service public de distribution d'eau potable.

### **I. Le choix des critères d'attribution selon des objectifs de service public définis par la collectivité**

Il est primordial de mettre en adéquation les objectifs que s'est fixés la collectivité pour la gestion de son service de distribution d'eau potable avec les critères de choix des offres. Ces critères doivent impérativement être établis en cohérence avec les objectifs poursuivis par la collectivité délégante dans le cadre de sa politique locale de gestion de l'eau.

L'aspect financier, qui prend souvent une part importante dans le choix des offres, ne saurait être

l'aspect exclusif de la politique locale poursuivie. Il conviendra également de réaliser une distinction entre les critères et les moyens à mettre en œuvre par le délégataire pour satisfaire le respect de ces critères.

La pertinence du recours à des sous-critères pourra aussi être posée, étant entendu qu'il n'existe aujourd'hui aucune obligation légale ni jurisprudentielle d'annoncer ces sous-critères dans les documents de la consultation et l'avis de publicité.

Les critères doivent être rédigés en termes clairs et objectifs : des critères flous et subjectifs pourraient porter atteinte aux principes de transparence des procédures et d'égalité de traitement des candidats dans la mesure où ils pourraient entraîner une réponse inappropriée de ces derniers aux souhaits de la collectivité et, dans le cas du renouvellement d'une délégation de service public, avantager le délégataire sortant disposant d'informations plus précises sur les exigences de l'autorité délégante en matière de gestion de l'eau au niveau local .

L'avis de publicité ou les documents de consultation devront identifier les critères de manière à stimuler

de la part des candidats les meilleures réponses par rapport aux objectifs fixés par la personne publique en matière de gestion d'eau potable. Plus cet objectif sera fort et identifié par la collectivité, plus le critère devra être rédigé avec précision.

## II. Les modalités de rédaction des critères

Pour la rédaction de ces critères, il est primordial de s'interroger auparavant sur les objectifs fixés par la personne publique pour la gestion de son service de distribution d'eau potable.

### ATTENTION !

L'ordonnance et le décret relatifs aux contrats de concession qui devraient être publiés au printemps 2016 pourraient prévoir de faire bénéficier les services publics d'eau d'un régime simplifié. Il conviendra d'y être attentif.

Toute une gamme de critères peut être fixée au regard de plusieurs grandes thématiques. Pour chacun d'entre eux, il faut prévoir les moyens, la méthode utilisée pour satisfaire le critère et les engagements exigés du délégataire afin d'en assurer au mieux le contrôle. Ces critères doivent, en outre, être réalistes, et le cas échéant, assortis de pénalités lorsque les engagements pris par le délégataire sont significatifs et vérifiables. L'importance donnée à un critère dépendra généralement de la taille et des caractéristiques du service. Les critères listés ci-dessous ne sont que des illustrations et doivent rester relatifs à une façon de présenter les objectifs assignés par les élus à la politique locale de gestion de l'eau potable. Ils doivent être rédigés de manière souple (sans pour autant perdre leur objectivité) afin de ne pas enfermer les négociations sur des exigences qui ne pourraient évoluer en vue d'une meilleure adaptation aux souhaits de la collectivité.

En l'état actuel du droit ces critères doivent simplement être annoncés en amont de la procédure, au stade de l'avis de publicité et/ou dans le

règlement de la consultation. Il faut noter que la réglementation n'impose au jour de la publication de ce document – sauf textes contraires, ordonnances et décret à venir au printemps 2016 relatifs aux contrats de concession – ni la hiérarchisation, ni la pondération des critères. Elle n'impose pas non plus que ceux-ci soient assortis d'exigences minimales.

La collectivité est toutefois libre de choisir simplement de les énumérer, de les hiérarchiser ou de les pondérer, afin de lancer certains signaux plus ou moins précis aux candidats concernant les modalités d'attribution du contrat. En tout état de cause, en droit, le juge administratif a rappelé que le choix du délégataire s'opère après négociation, au regard d'une appréciation globale des critères, sans être contrainte par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées (*CE, 23 décembre 2009, Établissement public du musée et du domaine national de Versailles, requête n° 328827*).

À cet égard, s'il est fait recours à un assistant à maîtrise d'ouvrage, celui-ci devra s'attacher à expliquer à la collectivité ce que signifient les critères retenus et comment les appliquer. Par exemple, si la collectivité souhaite recourir à la pondération ou à la hiérarchisation des critères – qui, on l'a vu, ne s'imposent pas encore en droit –, elle sera tenue de respecter ces règles auxquelles elle s'est volontairement soumise.

Le nombre de critères fixés dépendra par ailleurs de l'ampleur du service délégué. Ainsi un important syndicat intercommunal de production et de distribution d'eau potable pourra avoir recours à de multiples critères de sélection des offres correspondant aux multiples caractéristiques du service couvrant des territoires distincts ainsi qu'un très grand nombre d'abonnés aux besoins variés. En revanche une commune ou petite intercommunalité couvrant un plus faible nombre d'abonnés aux besoins plus harmonisés pourra n'évaluer les offres des candidats qu'au regard de deux ou trois critères, bien rédigés, couvrant l'intégralité des caractéristiques du service que devra prendre en charge le délégataire.

Les critères répondent, en effet, avant tout aux objectifs et enjeux que la collectivité s'est fixés pour satisfaire au besoin du service public d'eau potable, en termes de ressource disponible, de tarification auprès des usagers, de qualité, de technicité, ou de respect de politiques sociales ou environnementales.

À titre d'illustration, une collectivité ayant un problème important de disponibilité de la ressource en eau pourra utilement prévoir un critère relatif à la performance du réseau (objectif de rendement de réseau) ; il en ira de même d'une collectivité se heurtant à une problématique liée à la qualité de l'eau qui ne serait pas conforme aux exigences sanitaires, laquelle pourra prévoir un critère relatif à la qualité du service permettant de pallier cette lacune par des actions de recherche de nouvelles ressources, ou le traitement de certaines substances.

Certaines collectivités particulièrement exposées aux risques majeurs pouvant entraîner la perturbation de tout ou partie du service peuvent également

prévoir un critère lié à la gestion de crise sur la base des moyens techniques disponibles ou de l'adaptation de l'organisation du service dans ce type d'hypothèse.

### III. Exemples de critères

Parmi les critères susceptibles d'être utilisés, on peut citer :

#### ■ L'organisation matérielle et logistique mise en place par le délégataire

Cette thématique ressort assez peu des consultations actuelles alors qu'elle est essentielle à la bonne exécution du service public. Elle concerne notamment l'organisation et les moyens mis en œuvre pour garantir le niveau d'exploitation des installations et le niveau requis de qualité de service, ainsi que les moyens en personnels affectés au contrat mis à disposition pour l'exécution du service.

#### ■ Le respect d'objectifs de développement durable

Les collectivités peuvent définir des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation pour l'attribution des délégations de service public.

➔ *La directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession qui sera prochainement transposée rappelle d'ailleurs cette faculté dans son considérant n° 73. L'ordonnance et le décret à venir au printemps 2016, qui en assureront la transposition y compris pour les services publics d'eau exclus de son champ d'application, devraient reprendre cette faculté.*

Aux termes de la charte de l'environnement de 2004, qui fait partie des textes de valeur constitutionnelle, « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ».

#### ▲ ATTENTION !

Le Conseil d'État a sanctionné l'atteinte au principe d'impartialité causé par une collectivité dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public, après avoir constaté un doute sur une situation de conflit d'intérêt liée à la participation d'un prestataire, assistant maître d'ouvrage, à la procédure de passation. En effet, ce dernier dirigeait deux ans plus tôt la société attributaire de ce marché.

Cette jurisprudence pourrait également être applicable aux procédures de passation des conventions de délégation de service public, le conflit d'intérêt étant susceptible d'être sanctionné quel que soit l'outil de commande publique utilisé par la collectivité.

(Voir en annexe CE, 14 octobre 2015, SA Applicam, requête n° 390968.)



La performance énergétique et l'optimisation des moyens de production, le traitement social de la gestion du service public de l'eau pourront être envisagés au regard des caractéristiques du service. Des indicateurs de gestion, les certifications au regard des objectifs de développement durable peuvent être exigés, dans la mesure où ils ne créent pas de discrimination entre les candidats.

Les clauses d'insertion sociale pourraient également être intégrées dans ce critère. Il pourrait aussi être assorti d'exigences en matière de recherche de solutions apportées aux problèmes de valorisation des boues d'usine de traitement d'eau potable. Peuvent également être utilisés l'indice linéaire de pertes, les moyens pour assurer la protection de la ressource en eau, la tarification sociale, l'aide apportée aux plus démunis pour qu'ils s'acquittent des factures d'eau, ou encore les moyens de retraitement des produits de traitement des eaux.

#### ■ La qualité du service rendu aux usagers

Ce critère peut notamment être envisagé sous l'angle des actions positives menées auprès des usagers. Il peut inclure la performance en matière de gestion de la clientèle, les propositions en matière de traitement social des abonnés, de qualité du service rendu à ces derniers (délais de réponses et d'interventions, modalités de paiement des factures, modalités de communication avec les abonnés, pénalités dues en cas de retard de paiement). Ces éléments seront repris dans le règlement de service.

La description des modalités d'accueil des usagers peut être exigée.

#### ■ La valeur technique

On ne doit juger, en principe, la valeur technique d'une offre que sur des éléments techniques permettant un contrôle objectif. Il ne s'agit pas ici d'analyser des promesses de la part du délégataire de respecter certaines exigences techniques, mais de contrôler de manière concrète et pertinente les engagements contractuels identifiables de ce dernier. Si un tel critère ne peut faire l'objet d'une ou plusieurs clauses contractuelles, alors il ne peut être identifié comme un critère à part entière.

Il conviendra par ailleurs de laisser à l'entreprise une certaine liberté de proposer les modalités concrètes de réponse à ces critères, dans le respect des principes d'égalité de traitement des candidats et de non-discrimination.

Le critère de la valeur technique peut être apprécié notamment au regard du mémoire explicatif fourni par le délégataire lors du dépôt de son offre. Il peut s'agir :

- du contenu des prestations en matière de système d'information géographique et d'élaboration des plans, du délai d'intervention en astreinte ;
- du contenu et du descriptif des investissements mis à la charge du délégataire, du programme d'analyse de la qualité de l'eau ;
- du plan de renouvellement des équipements,
- des engagements en matière de rendement des réseaux ;
- des moyens mis en œuvre pour atteindre ces objectifs ;
- des propositions techniques d'amélioration du fonctionnement des installations ;
- de la gestion de crise, du programme de travaux envisagés, etc.

Peuvent être demandés les moyens, méthodes et engagements pour assurer les travaux d'entretien ainsi que pour la réalisation de travaux neufs (descriptif technique, calendrier, chiffrage, améliorations, pénalités associées).

Concernant le plan de renouvellement des équipements, la valeur technique sera appréciée, d'une part, par le contenu du programme de renouvellement qui constitue un engagement ferme du délégataire à renouveler et, d'autre part, sur la base des montants affectés à ces renouvellements (volume et coût unitaire).

Le plan de renouvellement des équipements comprend le renouvellement programmé et le renouvellement non programmé (appelé aussi garantie de renouvellement).

Les moyens, méthodes et engagements pour respecter le programme des travaux de renouvellement doivent être exigés. Il s'agit ici



## FOCUS

### Que contient le plan de renouvellement des équipements

Le plan comporte, pour chaque bien, les indications suivantes :

- sa description ;
- sa valeur de remplacement (distinguant la fourniture et la pose) ;
- sa date de mise en service lorsqu'elle est connue ;
- sa durée de vie lorsqu'elle est connue ;
- sa date prévisionnelle de renouvellement.

Le plan de renouvellement se décline en :

- un renouvellement programmé (autrement dénommé « patrimonial »). Pour les biens relevant du renouvellement programmé, le délégataire procède obligatoirement à leur renouvellement pendant la durée du contrat, en application du programme de renouvellement annexé au contrat. Pour chaque bien concerné, le programme de renouvellement indique la valeur et l'année de renouvellement. Le délégataire s'engage à respecter le programme de renouvellement. À cet effet, la dotation de renouvellement sert à financer le renouvellement défini sur la base du programme de renouvellement patrimonial défini soit par poste (un ouvrage déterminé étant renouvelé telle année dans telle enveloppe financière), soit pour un montant global déterminé par an ;
- un renouvellement non programmé (autrement dénommé « fonctionnel »). Il concerne tous les biens dont le renouvellement n'incombe pas à la collectivité (y compris ceux relevant du programme de renouvellement). Le délégataire a l'obligation de procéder au renouvellement à ses risques et périls dès que ces biens n'assurent plus correctement leur fonction.

d'envisager la cohérence du plan de renouvellement par rapport au contenu et aux dispositions financières et patrimoniales prévues dans le contrat.

La pertinence de ce plan de renouvellement devra donc être appréciée finement. Pour l'identifier, il peut être utile d'examiner les obligations mises à la charge du délégataire en matière de gestion patrimoniale dans le cadre du rapport annuel du délégataire (Cf. article R. 1411-7 du CGCT).

S'agissant du suivi et des modalités de contrôle de l'exécution du programme de renouvellement, il est conseillé d'organiser une réunion annuelle entre la collectivité et le délégataire afin de s'assurer de la bonne exécution des travaux prévus dans le programme de renouvellement. Le contrat devra prévoir clairement ce suivi régulier du programme de renouvellement.

### ■ Les outils de gouvernance et de contrôle de la bonne gestion du service

Ce critère est plus fréquent aujourd'hui et permet de solliciter de la part des délégataires que soient mis en place des outils de gestion et de gouvernance, de recueil des informations et de traitement de ces dernières afin qu'elles soient disponibles pour la collectivité. Ces informations peuvent être d'ordre patrimonial ou liées à la qualité d'exploitation des ouvrages. Ainsi peuvent être exigés :

- les moyens de contrôle régulier des réseaux et des installations de pompage et de traitement des eaux (exemple de la télésurveillance notamment) ;
- les modalités de gestion technique, de gestion du patrimoine ou liées à l'organisation du service (mise à jour des plans, de l'inventaire du patrimoine : mise en place de systèmes d'information géographique, d'atlas de cartographie du territoire) ;
- les moyens, méthodes et engagements pour répondre aux situations de crise : mise en place d'un dispositif d'astreinte, d'exercices de gestion de crise et élaboration de plans de sécurité.

L'appréciation de la gestion de crise (pollution, inondation, tempête, coupure d'alimentation électrique) est réalisée au cas par cas, en fonction de la taille de la collectivité : précisions sur la

capacité de stockage de l'eau en bouteilles, sur les unités de traitement mobiles, les exercices de simulation de ce type d'événements sur le terrain ;

- une bonne définition des exigences de la collectivité en matière de gouvernance et d'accès à l'information permettra un contrôle optimisé de la collectivité tout au long de la vie du contrat. Il est nécessaire de définir les modalités de transmission par le délégataire des informations relatives au service de sorte que la collectivité soit régulièrement informée et qu'elle puisse assurer le contrôle de la bonne exécution du contrat ;
- les méthodes envisagées pour les missions d'expertise et de conseil ;
- la liste des rapports, tableaux de bord, etc. à produire par le délégataire à l'intention de la collectivité ;
- les réunions périodiques envisagées avec la collectivité pour lui permettre d'appréhender la bonne gestion des missions dévolues et le respect des obligations contractuelles. La fréquence de production de rapports périodiques sur l'exploitation du service est à adapter en fonction de la taille et de l'importance de ce dernier (par exemple, la création d'une charte de la gestion de l'information pourra s'avérer nécessaire pour prévoir ce point) ;
- les rapports sur les incidents survenus en cours d'exploitation.

#### ■ Les conditions financières proposées

Pour fixer ce critère, le niveau des prix sera notamment pris en compte (part dite « délégataire » s'agissant des recettes) ainsi que le calcul de l'intéressement si ce dernier a été prévu, de même que l'approche sociale de la tarification, le bordereau des prix publics, ou encore la formule de révision des tarifs.

Le niveau de prix devra refléter la qualité du service exigée et une attention particulière sera apportée à la cohérence entre les moyens mis en œuvre et le niveau de prix proposé.

S'agissant de l'assiette de facturation, la collectivité devra fournir les meilleures informations dont elle

dispose et l'historique du service pour faire bénéficier l'ensemble des candidats d'un niveau égal de connaissance des éléments essentiels du service à gérer. Ainsi la collectivité peut fixer elle-même les hypothèses d'assiette de volumes et du nombre d'abonnés, ou volontairement laisser aux candidats le soin de déterminer leurs hypothèses d'assiette. Dans ce dernier cas, les candidats devront disposer de l'ensemble des éléments d'appréciation (données sur les volumes et le nombre d'abonnés depuis plusieurs années) leur permettant d'évaluer l'assiette du territoire. En l'absence de ces éléments, le candidat entrant pourrait paraître plus désavantagé par rapport au sortant, à supposer qu'il ne dispose pas, dans les différents documents d'urbanisme et schémas de planification à sa disposition, de l'ensemble des éléments prospectifs susceptibles de lui permettre d'évaluer l'assiette.

L'analyse des précédents rapports annuels du délégataire pourra également permettre aux candidats de déterminer les assiettes de facturation sur lesquelles se fonder pour élaborer leur offre.

Le critère du prix doit être mis en cohérence avec :

- les charges exposées par le délégataire ;
- le niveau global des recettes attendues en vente d'eau (en gros et auprès des abonnés) conformément aux prescriptions du règlement du service de l'eau qui définit les obligations mutuelles des usagers et du délégataire ;
- le niveau des recettes accessoires au service (recettes provenant de l'application du règlement de service, travaux prévus dans le bordereau de prix). Il s'agit ici des recettes accessoires (frais d'accès au service, branchements neufs, etc.) ;
- les conditions d'évolution des recettes.

L'appréciation du critère financier devrait être privilégiée.

En effet, le critère financier qui serait lié exclusivement à la facture payée pour un volume de référence usuel de « 120 m<sup>3</sup> » d'eau n'est pas suffisamment représentatif de la diversité des abonnés ni pertinent pour permettre une appréciation optimale du critère financier.

#### **IV. Spécificités des offres apparaissant comme anormalement basses en matière de DSP**

Bien que l'hypothèse des offres anormalement basses ne s'applique pas en droit des délégations de service public dès lors que le code général des collectivités territoriales ne réglemente pas les modalités de choix des offres et laisse l'exécutif local libre de négocier avec les candidats avant de choisir le délégataire, il n'est pas souhaitable que le critère du « prix » prenne trop de place dans l'analyse globale des offres. Il convient en effet de conseiller aux personnes publiques de mettre en balance le critère du « prix » avec d'autres critères identifiés en amont. Une offre est par essence une promesse de coûts futurs, c'est pourquoi il peut être difficile de considérer, au stade de la passation du contrat, que les coûts futurs seront anormalement bas.

Il serait préjudiciable à la gestion du service que le critère du « prix » soit le seul utilisé pour juger les offres.

Toutefois, aucune interdiction *a priori* d'offres qui pourraient être considérées comme « anormalement

basses » ne peut être posée en amont par la collectivité, l'identification de telles offres n'étant pas évidente en matière de conventions de délégation de service public et n'étant pas légalement prescrite. La prévention d'une offre anormalement basse pourrait toutefois être réalisée à travers une grille d'analyse qui mettrait en évidence l'incohérence entre le contenu de l'offre et les moyens mis en œuvre.

La détection des « offres anormalement basses » pourrait ainsi être réalisée sur la base de la décomposition du prix au regard d'un examen du compte d'exploitation prévisionnel, et par l'analyse de la cohérence entre le compte d'exploitation prévisionnel, le mémoire technique, le cahier des charges et le prix proposé. Une offre apparaissant comme anormalement basse poussera la personne publique à réaliser une expertise plus approfondie de sa cohérence avec les documents de la consultation et il lui appartiendra de prendre ses responsabilités, au cours de la négociation, pour repousser cette offre si elle lui apparaît comme trop incohérente. En tout état de cause, un contrat qui aurait été conclu sur la base d'une offre anormalement basse ne saurait être modifié par un avenant venant reconstituer la marge bénéficiaire du délégataire qui l'aurait mal évaluée.

## Annexe : Jurisprudence

### ■ CE, 14 octobre 2015, SA Applicam, requête n° 390968

« Considérant qu'au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'en l'espèce, il résulte de l'instruction que, d'une part, M.A..., chargé par la région d'une mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage pour le marché litigieux, a non seulement contribué à la rédaction du cahier des clauses techniques particulières mais aussi à l'analyse des offres des candidats aux côtés des services de la région et qu'il a ainsi été susceptible d'influencer l'issue de la procédure litigieuse ; que, d'autre part, M. A...a exercé des responsabilités importantes au sein de la SA Applicam, en qualité de directeur qualité puis de directeur des opérations et des projets, et qu'ayant occupé ces fonctions du mois de décembre 2001 au mois d'avril 2013, il n'avait donc quitté l'entreprise que moins de deux ans avant le lancement de la procédure litigieuse ; que s'il ne résulte pas de l'instruction que l'intéressé détiendrait encore des intérêts au sein de l'entreprise, le caractère encore très récent de leur collaboration, à un haut niveau de responsabilité, pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance de tels intérêts et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la région Nord-Pas-de-Calais ; qu'il était au demeurant loisible à la région, qui avait connaissance de la qualité d'ancien salarié de la SA Applicam de M.A..., de mettre en œuvre, une fois connue la candidature de cette société, toute mesure en vue de lever ce doute légitime, par exemple en l'écartant de la procédure d'analyse des offres ; que, dans ces conditions, la région Nord-Pas-de-Calais a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que, par suite, il y a lieu, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la demande, d'annuler la procédure contestée. »

# Le dispositif de suivi de la bonne exécution de la DSP

**La volonté de la collectivité de maîtriser la délégation de service public se traduit lors du suivi de son exécution, par un renforcement du contrôle de la gestion du service délégué.**

**Se posera par conséquent en amont la question du suivi en interne, par les services de la collectivité, de l'exécution du contrat, des performances atteintes, voire des moyens matériels et humains mis en œuvre dans ce but. Aussi, plusieurs étapes devront nécessairement être envisagées pour suivre le contrat : le pilotage, l'établissement d'une relation partenariale avec le délégataire, la mise en œuvre d'un contrôle effectif de l'exécution du contrat par l'autorité organisatrice, et enfin l'encadrement des diverses modifications apportées au contrat en cours d'exécution.**

## I. Le pilotage du service public de distribution d'eau potable

Le pilotage du service renvoie à la gouvernance du contrat par la collectivité, en qualité d'autorité organisatrice du service de distribution d'eau potable, responsable de la prise en charge de ce dernier. Il peut notamment être opéré par un comité de pilotage mis en place par la collectivité en son sein, assurant à la fois le suivi et le contrôle du service tout au long de son exécution. Le rôle de la collectivité organisatrice est à cet égard primordial, cette dernière étant tenue de contrôler, dans le cadre du contrat signé, l'exécution du service par le délégataire qu'elle a choisi.

### A. Le contrôle du contrat

Ce contrôle doit être adapté en fonction de la taille du service public et des enjeux assignés au délégataire. Le suivi et le contrôle du contrat supposent, en outre, que soit établie une relation partenariale entre la

collectivité, autorité organisatrice et le délégataire chargé de l'exécution du service. En effet, il est primordial pour les deux parties au contrat de s'entendre sur un faisceau d'intérêts communs, lequel est garanti tout d'abord par l'adéquation du choix du délégataire par rapport aux critères d'attribution. La collectivité doit également prendre garde de prévoir, dans le cadre des relations contractuelles, les questions liées à la production des différents rapports relatifs aux conditions d'exécution du service exigés par les textes législatifs et réglementaires (rapport annuel du délégataire, production des indicateurs de performance et rapport sur le prix et la qualité du service, notamment). Elle doit fonder cette relation partenariale sur l'attention portée à la rédaction et à la lecture des rapports pour assurer le suivi du contrat.

Cette relation de confiance entre les deux parties à la convention de délégation de service public doit être recherchée dès son élaboration, sa signature et au plus tard au cours de la première année d'exécution de celle-ci. Elle doit par ailleurs être fondée en priorité sur les clauses rédigées dans ce contrat.

## CONSEIL PRATIQUE

Au-delà des obligations légales de production de certains documents par les parties au contrat, un certain nombre de bonnes pratiques peuvent être imaginées par la collectivité en accord avec le délégataire : il pourrait, par exemple, être utile de retracer précisément dans des tableaux de bord produits tous les semestres par le délégataire l'ensemble des performances et des missions attendues de sa part au regard d'indicateurs de performance.

La production périodique de tableaux de bords ou de rapports d'étapes visant à permettre de poser par écrit, de manière claire, le respect des obligations contractuelles doit être favorisée. Ces bonnes pratiques sont essentielles à la poursuite des relations contractuelles sur une longue durée et à la prise en charge, par chacune des parties, de ses responsabilités, celles liées au contrôle du délégataire, pour la collectivité, et celles liées à l'exécution du contrat, pour le délégataire.

L'organisation de réunions périodiques peut par ailleurs être prévue par le contrat afin de permettre des échanges moins formels entre la collectivité et le délégataire, selon un rythme variable (réunions semestrielles ou trimestrielles par exemple). Des plates-formes dématérialisées d'accès aux différentes données liées à l'exploitation du service pourraient encore utilement être mises à la disposition des collectivités organisatrices par les délégataires afin de permettre une meilleure diffusion des informations et un contrôle optimisé de l'exécution du contrat.

### B. L'information des élus : le rapport annuel du délégataire

Le délégataire produit chaque année, avant le 1<sup>er</sup> juin, à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service (article L. 1411-3 du CGCT). Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier

les conditions d'exécution du service public.

Dès la communication de ce rapport, son examen est mis à l'ordre du jour de la plus prochaine réunion de l'assemblée délibérante qui en prend acte.

Le rapport annuel du délégataire n'a pas pour seul objet d'informer les élus sur les conditions d'exécution du service public. Il est également mis à disposition du public dans les 15 jours qui suivent sa réception par la collectivité (potentiellement avant même la réunion de l'assemblée délibérante) dans les conditions fixées à l'article L. 1411-13 du CGCT.

Le rapport est également soumis à l'examen de la commission consultative des services publics locaux (CCSPL) en application de l'article L. 1413-1 du CGCT (voir infra).

Son contenu est précisé à l'article R. 1411-7 du CGCT : le rapport tient compte des spécificités du secteur, respecte les principes comptables d'indépendance des exercices et de permanence des méthodes retenues pour l'élaboration de chacune de ses parties, tout en permettant la comparaison entre l'année en cours et la précédente. Toutes les pièces justificatives des éléments de ce rapport sont tenues par le délégataire à la disposition du délégant dans le cadre de son droit de contrôle.

Il comprend :

- le compte annuel de résultat de l'exploitation de la délégation rappelant les données présentées l'année précédente au titre du contrat en cours. Pour l'établissement de ce compte, l'imputation des charges s'effectue par affectation directe pour les charges directes et selon des critères internes issus de la comptabilité analytique ou selon une clé de répartition dont les modalités sont précisées dans le rapport pour les charges indirectes, notamment les charges de structure ;
- une présentation des méthodes et des éléments de calcul économique annuel et pluriannuel retenus pour la détermination des produits et charges directs et indirects imputés au compte de résultat de l'exploitation, les méthodes étant identiques d'une année sur l'autre sauf modification exceptionnelle et dûment motivée ;

- un état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du contrat ;
- un compte rendu de la situation des biens et des immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public délégué, comportant notamment une description des biens et le cas échéant le programme d'investissement, y compris au regard des normes environnementales et de sécurité ;
- un état du suivi du programme contractuel d'investissements en premier établissement et du renouvellement des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public délégué ainsi qu'une présentation de la méthode de calcul de la charge économique imputée au compte annuel de résultat d'exploitation de la délégation ;
- un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année conformément aux obligations contractuelles ;
- un inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service délégué ;
- les engagements à incidences financières, y compris en matière de personnel, liés à la délégation de service public et nécessaires à la continuité du service public ;
- l'analyse du service rendu aux usagers, comportant tout élément permettant d'apprécier la qualité de ce service, et les mesures proposées par le délégataire pour une meilleure satisfaction des usagers. La qualité du service est notamment appréciée à partir d'indicateurs proposés par le délégataire ou demandés par le délégant et définis par voie contractuelle ;
- une annexe qui comprend un compte-rendu technique et financier comportant les informations utiles relatives à l'exécution du service et notamment les tarifs pratiqués, leur mode de détermination et leur évolution, ainsi que les autres recettes d'exploitation.

### **C. Information des usagers : le rapport annuel sur le prix et la qualité du service public d'eau potable**

Le maire présente au conseil municipal ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale présente à son assemblée

délibérante un rapport annuel sur le prix et la qualité du service public d'eau potable destiné notamment à l'information des usagers (*article L. 2224-5 du CGCT*).

Le rapport et l'avis du conseil municipal ou de l'assemblée délibérante sont mis à la disposition du public dans les conditions prévues à l'article L. 1411-13 du CGCT. Ainsi, dans les communes de 3 500 habitants et plus, le ou les rapports annuels sont mis à la disposition du public sur place à la mairie et, le cas échéant, à la mairie annexe, dans les quinze jours qui suivent leur présentation devant le conseil municipal ou leur adoption par celui-ci. Le public est avisé par le maire de cette mise à disposition par voie d'affiche apposée en mairie, et aux lieux habituels d'affichage pendant au moins un mois.

Le maire (ou le président de l'EPCI) présente le rapport annuel sur le prix et la qualité du service public de l'eau potable au plus tard dans les neuf mois qui suivent la clôture de l'exercice concerné (*article D. 2224-1 du CGCT*).

En cas de délégation de service public, les rapports annuels précisent la nature exacte des services délégués. Les indicateurs financiers relatifs aux recettes perçues distinguent la part revenant directement ou par reversement au délégataire, d'une part, et, d'autre part, à la commune ou à l'établissement public de coopération intercommunale.

Les indicateurs techniques et financiers figurant obligatoirement dans les rapports annuels sur le prix et la qualité des services publics de l'eau potable et de l'assainissement sont définis par les annexes V et VI du CGCT (*voir annexe 2*).

Ces éléments ainsi que l'avis du conseil municipal ou de l'assemblée délibérante sont transmis par voie électronique au préfet de département et au système d'information prévu à l'article L213-2 du code de l'environnement, dans les quinze jours qui suivent leur présentation devant le conseil municipal ou l'assemblée délibérante ou leur adoption par ceux-ci (*article D2224-5 du CGCT*).





À noter que l'observatoire national des services d'eau et d'assainissement ([www.services.eaufrance.fr](http://www.services.eaufrance.fr)) met à la disposition des collectivités de nombreux outils leur permettant d'élaborer ce rapport, de comparer la performance de leurs services à d'autres services équivalents, et plus généralement d'obtenir des informations sur la qualité et la performance des services publics d'eau et d'assainissement de France.

## II. Le contrôle du service public de distribution d'eau potable

### A. L'exercice d'un contrôle optimisé du délégataire

Les dispositions en vigueur soumettent, en outre, l'exécution du contrat à un contrôle structuré de la part de la collectivité, qui se traduit notamment :

- par l'obligation légale imposée au délégataire de produire chaque année, avant le 1<sup>er</sup> juin, le rapport annuel précité (voir paragraphe I-B) ;
- par des rapports d'étapes, tableaux de bord, accès à tout ou partie des informations des superviseurs, etc., exigés dans le cadre du contrat, qui constituent autant de supports pour l'exercice du contrôle exercé par la collectivité sur le délégataire ;
- par l'obligation faite à l'exécutif de la collectivité de présenter à l'assemblée délibérante le rapport annuel sur le prix et la qualité du service public d'eau potable (dit « RPQS » : voir paragraphe I-C destiné notamment à l'information des usagers. Ce rapport, dont le contenu est obligatoire, peut être utilement nourri par des éléments dont dispose la collectivité sur la gestion du service ou encore par ceux contenus dans le rapport annuel du délégataire. Le rapport sur le prix et la qualité de service est à différencier du rapport annuel du délégataire. Il permet de synthétiser le service de distribution d'eau potable – caractéristiques du service, de son territoire, du nombre d'abonnés, linéaire de réseaux de desserte, tarification de l'eau et recettes du service, indicateurs de performance, financement des investissements, etc. (voir annexe 2) ;

- enfin, par la mise à la disposition du public des documents relatifs à l'exploitation du service dans les communes de 3 500 habitants et plus (articles L. 1411-13 et D. 2224-5 du CGCT ; voir paragraphe I-C).

En matière de concession et d'affermage, l'article R. 2222-3 du CGCT prévoit l'obligation d'examen des comptes par une commission de contrôle. Cet article précise que « Dans toute commune ou établissement ayant plus de 75 000 euros de recettes de fonctionnement, les comptes mentionnés à l'article R. 2222-1 sont en outre examinés par une commission de contrôle dont la composition est fixée par une délibération du conseil municipal ou du conseil de l'établissement ».

Il conviendra par ailleurs de mettre en place une procédure de contrôle du contrat, acceptée par les deux parties.

À cet égard, la question de l'établissement de pénalités en cas de non-respect des engagements pris par le délégataire est essentielle et devra être envisagée de façon très précise afin d'éviter l'attribution de pénalités disproportionnées lorsque

#### ATTENTION !

**Les communes et leurs groupements intercommunaux restent les autorités organisatrices du service public de distribution d'eau potable, soumis dans le cadre du mode de gestion délégué du service d'eau, aux contrôles ou avis d'autres autorités administratives :**

- contrôle de légalité par l'autorité préfectorale ;
  - contrôle exercé par les chambres régionales des comptes (CRC) ;
  - contrôle exercé par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et ses services.
- Et le cas échéant, en cas de recours contentieux :
- contrôle des juges administratifs et judiciaires.

les engagements n'ont pas été clairement fixés et afin de pouvoir calculer le montant de la pénalité sans contestation possible.

La question de la mise en œuvre de bonus, suivant les principes bonus-malus peut également être envisagée. Ainsi, si les critères fixés sont considérés par la collectivité comme fondamentaux pour attribuer le contrat de délégation de service public, les engagements pris pour la satisfaction de ces critères pourraient être accompagnés de pénalités, ou de bonus-malus visant à en assurer l'exécution.

## **B. Le suivi de l'exécution de la convention par les élus et l'implication des consommateurs**

De nombreuses commissions créées par la loi ou de manière unilatérale, sur la base d'une décision de la collectivité organisatrice du service, œuvrent non seulement en vue d'assurer la transparence de la procédure de passation mais également d'informer les usagers des caractéristiques et des évolutions du service et à leur permettre ainsi de participer au contrôle de l'exploitation.

Ces commissions n'assurent toutefois pas le contrôle de l'exécution du service qui relève de la seule responsabilité de la collectivité délégante.

Plus précisément, lorsqu'elle a été mise en place, la commission consultative des services publics locaux donne son avis sur le rapport annuel du délégataire et le rapport sur le prix et la qualité du service de l'eau, notamment les éléments suivants :

- le taux d'occurrence des interruptions de service non programmées ;
- le délai maximal d'ouverture des branchements pour les nouveaux abonnés défini par le service et taux de respect de ce délai ;
- le taux d'impayés sur les factures d'eau de l'année précédente et le taux de réclamations ;
- mais également sur toute proposition relative à l'amélioration des services publics locaux.

Cette commission, qui n'a, comme sa dénomination l'indique, qu'un rôle consultatif, peut voir son



### **FOCUS**

#### **La commission consultative des services publics locaux (CCSPL)**

La commission consultative des services publics locaux examine, sur le rapport de son président, chaque année :

- 1° Le rapport, mentionné à l'article L. 1411-3 du CGCT, établi par le délégataire de service public (rapport annuel du délégataire) ;
- 2° Les rapports sur le prix et la qualité du service public d'eau potable, sur les services d'assainissement et sur les services de collecte, d'évacuation ou de traitement des ordures ménagères visés à l'article L. 2224-5 du CGCT (...)

Elle est consultée pour avis par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant sur :

- 1° Tout projet de délégation de service public, avant que l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant se prononce dans les conditions prévues par l'article L. 1411-4 du CGCT ;
- 2° Tout projet de création d'une régie dotée de l'autonomie financière, avant la décision portant création de la régie ; (...)
- 4° Tout projet de participation du service de l'eau ou de l'assainissement à un programme de recherche et de développement, avant la décision d'y engager le service.

Le président de la commission consultative des services publics locaux présente à son assemblée délibérante ou à son organe délibérant, avant le 1<sup>er</sup> juillet de chaque année, un état des travaux réalisés par cette commission au cours de l'année précédente.

→ Concernant sa composition, voir chapitre 2 – I Synthèse des principales étapes de la publicité et de la mise en concurrence.

implication plus ou moins développée selon la politique locale, l'importance du service et le souhait de la collectivité d'informer et d'entendre l'avis de la société civile, des usagers et des experts.

### III. Les avenants entre les parties au contrat de DSP

Les délégations de service public étant des contrats de longue durée, il est normal, lorsqu'une modification du contrat est rendue nécessaire pour permettre l'évolution du service et qu'elle découle de l'application du contrat, qu'elle puisse faire l'objet d'un avenant conclu par les parties en cours d'exécution afin d'assurer l'adaptabilité et la continuité du service.

Le principe général de la liberté de conclure des avenants relève à cet égard de la liberté des parties au contrat (CE, 22 novembre 1907, Coste, Rec. 849).

Toutefois, la signature des avenants au cours de l'exécution du contrat est encadrée afin d'éviter tout détournement de procédure visant à ne pas les soumettre aux règles de publicité et de mise en concurrence, prescrites par le code général des collectivités territoriales ou par le droit de l'Union européenne.

#### ATTENTION !

Les textes, ordonnances et décrets relatifs aux contrats de concession qui seront adoptés au printemps 2016 devraient reprendre, d'une part, les conditions de modifications des contrats de concession prescrits par la directive 2014/23/UE (ce qui implique une suppression pure et simple des cas de modifications et de prolongation des DSP exposées ci-dessous) et, d'autre part, prévoir des garanties supplémentaires en terme, par exemple, de soumission des avenants à l'assemblée délibérante. Il conviendra d'être vigilant sur les textes applicables sur ce point.

Ces modifications ne doivent pas changer l'objet de la DSP ni en bouleverser l'équilibre contractuel sous peine de voir les avenants requalifiés en nouveaux contrats, lesquels auraient dû être précédés d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

#### A. La modification de la convention par la conclusion d'avenants est encadrée

La loi et la jurisprudence limitent tout d'abord de manière sensible la possibilité pour les parties de modifier le contrat par voie d'avenant.

L'avenant ne doit ni modifier l'objet de la délégation, ni modifier substantiellement un élément essentiel de la convention. Ce serait le cas, par exemple, si cet avenant venait à modifier le volume des investissements mis à la charge du délégataire, le prix, la nature des prestations ou encore le risque d'exploitation.

#### ATTENTION !

L'objet de la délégation de service public est par exemple modifié lorsque un avenant met à la charge du délégataire la réalisation d'investissements conduisant à la réalisation d'un ouvrage dissociable des ouvrages déjà construits, en raison de sa dimension, de son coût et de son autonomie fonctionnelle (voir avis CE n° 362 908 du 16 septembre 1999 relatif au procédé de « l'adossement » et avis du Conseil d'État, du 19 avril 2005, n° 371234).

En tout état de cause, toute appréciation du caractère substantiel d'une modification du contrat doit s'apprécier au cas par cas en lien avec les services préfectoraux.

L'avenant ne doit pas avoir pour objet la réalisation d'investissements qui seraient normalement à la charge du délégataire tels notamment que les investissements de renouvellement des installations. Cette condition renvoie notamment à l'obligation pour le délégataire d'assurer l'entretien des équipements nécessaires à l'exploitation du service, afin que ceux-ci soient remis au délégant en bon état de fonctionnement à la fin du contrat.

Il convient, pour vérifier que cette condition est respectée, de se reporter aux termes mêmes du contrat, afin de déterminer quelles sont les obligations en matière de renouvellement des équipements qui pèsent depuis l'origine sur l'exploitant (voir avis du Conseil d'État, 19 avril 2005, n° 37123, et l'arrêt du Conseil d'État d'Assemblée en date du 21 décembre 2012, dite « commune de Douai », requête n° 342788).

L'avenant ne doit en aucun cas avoir pour objet de recréer des marges au profit du délégataire ni de modifier l'équilibre du contrat tel qu'il a été signé par les parties.



#### FOCUS

##### Procédure spéciale de passation

Les projets d'avenants entraînant une augmentation de plus de 5 % du montant global de la délégation sur la durée du contrat sont soumis à une procédure spéciale de passation impliquant la consultation de la commission de délégation de service public et la transmission de son avis consultatif à l'assemblée délibérante (article L. 1411-6 du CGCT).

Le dépassement du seuil des 5 % doit s'apprécier, comme en matière de marchés publics, après cumul des augmentations induites par l'ensemble des avenants, y compris en cas de pluralité d'avenants.

Ici, il s'agit d'apprécier ce seuil de 5 % au regard du chiffre d'affaires cumulé tel qu'il aurait résulté de la poursuite sans avenant du contrat.

Il est à noter qu'en cas de désaccord des parties sur certaines clauses d'évolution du contrat, notamment financières, il est possible de s'entendre, dans le cadre des clauses contractuelles, sur les modalités de règlement de ces différents faisant appel, par exemple, à une commission spécifique mise en place par les parties (Cf. par exemple, CE, 9 avril 2010, commune de Saint-Dizier, requête n° 313557).

La recherche du compromis entre les parties peut donc être encouragée et encadrée dans le contrat.

## B. La prolongation du contrat

La durée des délégations de service public est limitée. En effet, le code général des collectivités territoriales précise que « les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre » (article L. 1411-2 du CGCT).

Au-delà de ce principe, le législateur a également entendu limiter les cas de prolongation des délégations de service public. Ainsi, les avenants augmentant la durée du contrat ne sont admis que dans des conditions très restrictives.

Une délégation de service public peut ainsi être prolongée pour des motifs d'intérêt général. Dans cette seule hypothèse, la durée de la prolongation ne peut alors excéder un an (article L. 1411-2 a) du CGCT).

Par ailleurs, elles peuvent être prolongées lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial (mais indispensables à l'exécution du service, etc.) de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive. Ces dispositions s'appliquent lorsque les investissements matériels sont motivés par la bonne exécution du service public, l'extension du champ géographique de la délégation ou encore, dans certaines conditions, l'utilisation nouvelle ou accrue d'énergies renouvelables ou de récupération (article L. 1411-2 du CGCT ; voir également l'avis du Conseil d'État, du 19 avril 2005, n° 371234).

Ces deux cas de prolongation doivent être approuvés préalablement par un vote de l'assemblée délibérante.

Ces dérogations au principe de la limitation de la durée des conventions de délégation de service public ne permettent toutefois pas aux autorités délégantes de procéder, par avenants successifs, à un allongement répété de la durée de leurs délégations sans remise en concurrence, et de se soustraire ainsi aux principes de la commande publique consacrés tant par le droit de l'Union européenne que par le droit national. Ainsi, le Conseil d'État a précisé que les modalités de fixation des durées des conventions ou de leurs avenants doivent « garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation » (CE, 8 avril 2009, *Compagnie Générale des Eaux c/Commune d'Olivet*, requête n° 271737 et 271782 et l'instruction de la DGFIP n° 10-029-M0 du 7 décembre 2010 ).

#### ATTENTION !

Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par le directeur départemental des finances publiques, à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen sont communiquées aux membres de l'assemblée délibérante compétente avant toute délibération relative à la délégation (article L. 1411-2 du CGCT ; voir sur ce point l'instruction du 22 juillet 2014 présentant un modèle-type d'avis du DDFiP sur la durée des DSP en matière d'eau et d'assainissement ou de déchets).

Ce même principe a récemment conduit le Conseil d'État à considérer qu'une durée excessive d'une délégation de service public pouvait justifier une

décision de résiliation du contrat par la collectivité pour un motif d'intérêt général. Il a ainsi été jugé : « qu'eu égard à l'impératif d'ordre public imposant de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation, la nécessité de mettre fin à une convention dépassant la durée prévue par la loi d'une délégation de service public constitue un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale par la personne publique, sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge » (CE, 7 mai 2013, *société auxiliaire des parcs de la région parisienne*, requête n° 365043).

#### ATTENTION !

Pour mémoire, il est rappelé que le contrat résultant de l'application d'une clause de tacite reconduction a le caractère d'un nouveau contrat et sa passation doit être précédée de la procédure de publicité et de mise en concurrence propre à ce contrat (CE, 29 novembre 2000, *commune de Païta*, requête n° 205143).

Une délégation de service public ne peut donc pas légalement prévoir une clause de tacite reconduction qui viserait à permettre la réattribution de la délégation de service public au même délégataire sans qu'une nouvelle procédure de mise en concurrence n'ait été organisée et n'ait permis à d'autres opérateurs d'être candidats.

#### C. L'évaluation des effets d'un avenant sur les autres clauses du contrat

La passation d'un avenant visant à la modification d'une clause particulière de la convention peut nécessiter la modification d'autres clauses, voire de la globalité de la convention.

C'est pourquoi, la modification par avenant d'une des clauses du contrat peut exiger d'étudier l'impact de cette modification sur l'équilibre global du contrat. Par ailleurs, il convient de rappeler que la

modification de certaines clauses du contrat peut impliquer pour la collectivité une information de la commission de délégation de service public, tel que le prévoit l'article L. 1411-6 du code général des collectivités territoriales.

On rappellera enfin qu'un avenant peut modifier n'importe laquelle des dispositions du contrat entraînant des obligations réciproques pour les parties, la collectivité, d'une part, et le délégataire, d'autre part, c'est-à-dire non seulement les dispositions financières du contrat, mais également certaines autres dispositions qui ne seraient pas relatives seulement au prix payé par l'usager, mais par exemple à la modification d'indices ou de pièces annexées au contrat (règlement de service, etc.).

#### **D. Le pouvoir de modification unilatérale pour motif d'intérêt général**

Les communes et leurs groupements peuvent également utiliser leur pouvoir de modification unilatérale du contrat de délégation de service public lequel relève des « règles générales applicables aux contrats administratifs » (*CE 2 février 1983, Union des transports publics, n° 34027*).

Cette modification unilatérale doit se conformer aux mêmes principes d'absence de bouleversement de l'économie générale du contrat (*CE 14 mars 1980, CITEM, n° 03417*) et d'indemnisation du délégataire, sauf en cas de faute lourde de sa part (*Cf. sur ce point CE 19 décembre 2012, Société AB Trans, n° 350341*), lorsque cette décision entraîne pour lui des charges supplémentaires.

#### **ATTENTION !**

Les collectivités déléguant la gestion d'un service par affermage supportent de la TVA sur les travaux de construction des équipements affermés. Jusqu'à présent, elles récupèrent la charge de la TVA par l'intermédiaire du fermier, en utilisant la procédure de transfert du droit à déduction. Or cette procédure n'est pas conforme aux directives européennes sur la TVA, et la Commission européenne a entamé une procédure contentieuse contre la France. C'est dans ce cadre que l'administration fiscale a modifié une première fois, en 2013, les règles de TVA applicables aux conventions d'affermage, de manière à réduire le champ d'application du transfert de droit à déduction, tout en permettant aux collectivités de déduire directement la TVA par la voie fiscale, sous certaines conditions. La France a fait l'objet d'une mise en demeure par la Commission et a été amenée à supprimer totalement la procédure de transfert de droits à déduction pour les contrats de DSP conclus à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016 et à modifier par conséquent les règles de TVA applicables en matière d'affermage (*décret n° 2015-1763 du 24/12/2015*)

→ Voir note AMF réf CW 12286 sur [amf.asso.fr](http://amf.asso.fr)

## **Annexe 1 : Indicateurs techniques et financiers figurant obligatoirement dans le rapport annuel sur le prix et la qualité du service public de l'eau potable (annexes V et VI du code général des collectivités territoriales)**

Les caractéristiques et les indicateurs mentionnés ci-après sont établis, sauf indication contraire, pour l'exercice ou au 31 décembre de l'exercice concerné par le rapport et pour l'ensemble du territoire pour lequel la collectivité organisatrice du service assure la distribution d'eau.

### **1° Caractérisation technique du service :**

- présentation du territoire desservi ; mode de gestion du service et, s'il y a lieu, date d'échéance du ou des contrats de délégation du service ;
- estimation du nombre d'habitants desservis sur la base de la population totale des communes et de leur population totale majorée définie en application de l'article L. 2334-2 du code général des collectivités territoriales ;
- nature des ressources utilisées et volumes prélevés sur chaque ressource ; volumes achetés à d'autres services publics d'eau potable ;
- nombre d'abonnements ;
- volumes vendus au cours de l'exercice, en distinguant les volumes vendus aux abonnés domestiques et assimilés et aux autres abonnés ainsi que les volumes vendus à d'autres services publics d'eau potable ;
- linéaire de réseaux de desserte (hors branchements).

### **2° Tarification de l'eau et recettes du service :**

- présentation générale des modalités de tarification de l'eau et des frais d'accès au service ; références des délibérations de l'autorité organisatrice du service fixant les tarifs de l'eau et des autres prestations facturées aux abonnés ;
- présentation d'une facture d'eau calculée au 1<sup>er</sup> janvier de l'année de présentation du rapport et au 1<sup>er</sup> janvier de l'année précédente, pour une consommation de référence d'un ménage définie par l'INSEE. Cette présentation fait apparaître la rémunération du service public d'eau potable en distinguant, le cas échéant, la part revenant aux collectivités délégantes et celle revenant à l'entreprise délégataire, les redevances et les taxes afférentes au service. Elle fait également apparaître le montant de la facture non proportionnel au volume consommé, en distinguant, le cas échéant, la part revenant aux collectivités délégantes et celle revenant aux entreprises délégataires. Pour chacun des éléments ayant connu une évolution depuis l'année précédente, le rapport présente les éléments explicatifs ;
- montants des recettes liées à la facturation du prix de l'eau ainsi que des autres recettes d'exploitation provenant notamment des ventes d'eau à d'autres services publics d'eau potable et de contributions exceptionnelles du budget général.

### **3° Indicateurs de performance :**

- données relatives à la qualité des eaux distribuées recueillies dans le cadre du contrôle sanitaire mentionné à l'article R. 1321-15 du code de la santé publique et taux de conformité des prélèvements sur les eaux distribuées réalisés au titre du contrôle sanitaire par rapport aux limites de qualité pour ce qui concerne la microbiologie et les paramètres physico-chimiques ;
- indice de connaissance et de gestion patrimoniale des réseaux d'eau potable ;
- rendement du réseau de distribution ;
- indice linéaire des volumes non comptés ;
- indice linéaire de pertes en réseau ;
- taux moyen de renouvellement des réseaux d'eau potable ;
- indice d'avancement de la protection de la ressource en eau.

Les rapports soumis à l'examen de la commission consultative des services publics locaux en application de l'article L. 1413-1 du code général des collectivités territoriales présentent en outre les éléments suivants :

- taux d'occurrence des interruptions de service non programmées ;

## Annexe 1 (suite)

- délai maximal d'ouverture des branchements pour les nouveaux abonnés défini par le service et taux de respect de ce délai ;
- durée d'extinction de la dette de la collectivité ;
- taux d'impayés sur les factures d'eau de l'année précédente ;
- existence d'un dispositif de mémorisation des réclamations écrites reçues ; taux de réclamations.

### 4° Financement des investissements

- montants financiers des travaux engagés pendant le dernier exercice budgétaire ; montants des subventions de collectivités ou d'organismes publics et des contributions du budget général pour le financement de ces travaux ;
- nombre et pourcentage de branchements publics en plomb supprimés ou modifiés ; pourcentage de branchements publics en plomb restant à modifier ou à supprimer au 1<sup>er</sup> janvier de l'année de présentation du rapport ;
- encours de la dette et montant de l'annuité de remboursement de la dette au cours du dernier exercice, en identifiant remboursement du capital et intérêts ;
- montant des amortissements réalisés par la collectivité organisatrice du service ;
- présentation des projets à l'étude en vue d'améliorer la qualité du service à l'utilisateur et les performances environnementales du service ; montants prévisionnels des travaux ;
- présentation des programmes pluriannuels de travaux adoptés par l'assemblée délibérante au cours du dernier exercice.

### 5° Actions de solidarité et de coopération décentralisée dans le domaine de l'eau :

- montants des abandons de créance ou des versements à un fonds de solidarité au titre de l'aide au paiement des factures d'eau des personnes en situation de précarité en application de l'article L. 115-3 du code de l'action sociale et des familles ; nombre de demandes reçues ;
- descriptifs et montants financiers des opérations de coopération décentralisée conduites en application de l'article L. 1115-1-1 du code général des collectivités territoriales.



## Annexe 2 : Jurisprudences

### ■ CE, 9 avril 2010, commune de Saint-Dizier, requête n° 313557

« Considérant que les dispositions de l'article L. 321-1 du code des communes, dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 2 mars 1982, confiaient au ministre de l'intérieur la mission, notamment, d'établir des cahiers des charges types obligatoirement applicables aux services publics communaux et intercommunaux exploités sous le régime de la concession ou de l'affermage ; que les dispositions de l'article L. 322-1 du même code, abrogées par la même loi, prévoyaient alors l'approbation de ces cahiers des charges types par décret en Conseil d'État ; qu'aux termes de l'article L. 321-1 du code des communes, dans sa rédaction issue de la loi du 2 mars 1982, en vigueur à la date de conclusion du contrat litigieux, ensuite abrogées par la loi du 21 février 1996 relative à la partie législative du code général des collectivités territoriales : « Le ministre de l'intérieur a notamment pour mission : / (...) 2° D'établir des modèles de cahiers des charges auxquels les communes peuvent se référer pour leurs services exploités sous le régime de la concession ou de l'affermage ainsi que des modèles de règlements auxquels elles peuvent se référer pour leurs services exploités en régie ;

Considérant que les stipulations des modèles de cahiers des charges établis dans ces conditions, reprises par les contrats conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 2 mars 1982, ou auxquelles ces contrats se référaient expressément, étaient appelées, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 21 février 1996, à s'appliquer à un grand nombre de contrats sur l'ensemble du territoire national ; qu'en raison des conditions de leur élaboration, de leur portée et de leur approbation par l'autorité administrative, il appartient au juge de cassation, qui a pour mission d'assurer l'application uniforme de la règle de droit, de contrôler l'interprétation que les juges du fond en ont donnée ;

Considérant qu'aux termes de l'article 40 du contrat conclu le 28 juin 1990 entre la commune de Saint-Dizier et la Compagnie générale des eaux, dont les stipulations sont reprises du cahier des charges type annexé au décret du 17 mars 1980 : « Pour tenir compte de l'évolution des conditions économiques et techniques et pour s'assurer que la formule d'indexation est bien représentative des coûts réels, le niveau du tarif fermier, d'une part, et la composition de la formule de variation, y compris la partie fixe, d'autre part, devront être soumis à réexamen sur production par le fermier des justifications nécessaires, et notamment des comptes d'exploitation, dans les cas suivants : / 1) après cinq ans ; / 2) en cas de variation de plus de 20 % du volume global vendu, calculé sur la moyenne des trois dernières années, depuis la dernière révision ; / 3) en cas de révision du périmètre d'affermage, notamment par application de l'article 9 ; / 4) si le prix fermier a varié de plus de 50 % par rapport au prix constaté au moment de la dernière révision ; / 5) en cas de modification substantielle des ouvrages et des procédés de production et de traitement (...) ; / 6) si le montant des impôts et redevances à la charge du fermier varie de façon significative ; 7) en cas de variation de plus de 30 % du volume annuel d'eau acheté ou vendu en dehors du périmètre d'affermage " ; qu'aux termes de l'article 42 du même contrat, dont les stipulations sont également reprises du même cahier des charges type : " (...) Si dans les trois mois à compter de la date de la demande de révision présentée par l'une des parties, un accord n'est pas intervenu, il sera procédé à cette révision par une commission composée de trois membres dont l'un sera désigné par la collectivité, l'autre par le fermier, et le troisième par les deux premiers. Faute à ceux-ci de s'entendre dans un délai de quinze jours, la désignation du troisième membre sera faite par le président du tribunal administratif (...) ;

Considérant qu'il ressort de ces stipulations que dans les cas prévus à l'article 40, et en l'absence d'accord entre les parties dans le délai fixé à l'article 42, il revient à la commission instituée par cet article de procéder au réexamen tarifaire prévu à l'article 40 et d'arrêter pour l'avenir, s'il y a lieu, le niveau du tarif du service et la composition de la formule de variation de ce tarif ; que la décision prise par la commission s'impose ainsi contractuellement aux parties ; que, par suite, la cour administrative d'appel de Nancy n'a pas inexactement interprété les stipulations du contrat en jugeant que la commune, en décidant d'adopter les

## Annexe 2 (suite)

propositions de la commission, n'a fait que tirer les conséquences des choix de procédure auxquelles les parties avaient entendu se soumettre en cas de désaccord sur la révision des prix de l'eau et des formules de variation, sans commettre de faute dans l'exécution du contrat ; que cette révision ne procédant ainsi pas d'une décision unilatérale de la commune, la cour n'a pas non plus commis d'erreur de droit en écartant le moyen tiré de ce que la modification unilatérale du contrat engageait la responsabilité sans faute de la commune ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la SOCIÉTÉ VIVENDI n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué. »

### ■ CAA de Nancy, 13 février 2014, requête n° 13NC00578 :

« Considérant que si les parties à un contrat administratif ne peuvent pas demander au juge l'annulation d'une mesure d'exécution de ce contrat mais seulement une indemnisation du préjudice qu'une telle mesure leur a causé, elles peuvent, eu égard à la portée d'une telle mesure, former un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles ;

Considérant que la société Véolia Eau fait valoir que c'est à tort que le tribunal administratif de Besançon a rejeté sa demande comme irrecevable dès lors qu'eu égard à la nature et à la portée des délibérations en date des 31 mars 2011 et 6 octobre 2011, elle dispose devant le juge du contrat et en tant que cocontractant de l'administration, d'une voie de recours tendant à la restauration des conditions contractuelles antérieures aux modifications apportées unilatéralement par la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que, par ses deux délibérations en date des 31 mars 2011 et 6 octobre 2011, la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard a révisé à la baisse les redevances et tarifs des services publics de distribution d'eau potable et d'assainissement " et donné " mandat au président pour engager de nouvelles discussions avec la société Véolia Eau aux fins de convenir du montant de l'indemnité transactionnelle visant à compenser la suppression du dispositif du droit d'usage dans ce contrat et ce dans les limites maximales issues des travaux de la commission tripartite " ; que si ces délibérations constituent ainsi des mesures de modification unilatérale du contrat conclu entre la société Véolia Eau et la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard, lesquelles visent en l'espèce à purger le contrat de ses dispositions illégales relatives au droit d'usage versé par la société requérante et de ses conséquences tarifaires pour les usagers, de telles délibérations ne sauraient être regardées, contrairement à ce que soutient la société Véolia Eau, et ainsi que l'ont jugé à bon droit les premiers juges qui n'ont pas entaché leur jugement d'une omission à statuer sur ce point, comme une mesure équivalant à la résiliation du contrat conclu entre les parties ; que ni la baisse alléguée de 10 % des recettes de la société Véolia qui en découlerait, ni les déclarations du président de la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard relatives à une possible fin anticipée des relations contractuelles compte tenu de l'irrégularité de la durée du contrat initialement conclu pour trente ans ne sont de nature à leur donner le caractère d'une décision de résiliation ; que le contrat litigieux a d'ailleurs continué à produire ses effets postérieurement aux délibérations des 31 mars 2011 et 6 octobre 2011, la société Véolia Eau n'ayant pour sa part formé aucune demande tendant à la résiliation dudit contrat aux torts du délégant et au versement d'indemnités correspondantes ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Véolia Eau n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par son jugement en date du 31 janvier 2013, le tribunal administratif de Besançon a rejeté comme irrecevables, sans examiner la légalité desdites délibérations, ses conclusions tendant à l'annulation des délibérations en date des 31 mars 2011 et 6 octobre 2011 et à la restauration des conditions contractuelles antérieures aux délibérations litigieuses. »

## Annexe 2 (suite)

### ■ CE, 19 décembre 2012, société AB Trans, requête n° 350341

« Sur l'arrêt en tant qu'il a rejeté les conclusions à fin d'indemnisation du fait de la résiliation du marché :

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 11 du cahier des clauses administratives particulières applicable à ce marché : "La personne responsable du marché pourra mettre fin au marché sans indemnité et à tout moment par décision de résiliation qui devra être notifiée par courrier recommandé avec accusé de réception." ; que la société AB Trans soutient, d'une part, que cet article doit être regardé comme nul en tant qu'il présente un caractère potestatif et porte atteinte au droit à l'équilibre financier du contrat et, d'autre part, qu'en jugeant que sa mise en œuvre n'était pas subordonnée à l'existence d'un motif d'intérêt général, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit et dénaturé les clauses du contrat litigieux ;

Considérant, toutefois, que si les principes généraux applicables aux contrats administratifs permettent aux personnes publiques, sans qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle ne le prévoient, de résilier un contrat pour un motif d'intérêt général, sous réserve de l'indemnisation du préjudice éventuellement subi par le cocontractant, ces mêmes principes ne s'opposent pas à ce que des stipulations contractuelles écartent, comme en l'espèce, tout droit à indemnisation en cas de résiliation du contrat par la personne publique ; que s'agissant, en outre, d'un marché à bons de commande sans minimum, la cour administrative d'appel n'a, en tout état de cause, pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les stipulations du contrat, en faisant application de l'article 11 du cahier des clauses administratives particulières et en jugeant que ses stipulations faisaient obstacle à ce que la société AB Trans soit indemnisée du préjudice né de la résiliation du contrat, quand bien même il serait établi que cette dernière n'était pas justifiée par un motif d'intérêt général ;

Considérant, en deuxième lieu, que la cour administrative d'appel a, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, écarté le moyen tiré de ce que l'insertion de l'article 11 dans le cahier des clauses administratives particulières répondait à une manœuvre dolosive de la part de l'État ; que la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, n'a pas non plus dénaturé les pièces du dossier en estimant qu'il n'était ni établi ni même allégué que l'État aurait commis une faute lourde en décidant la résiliation du contrat en application des stipulations contractuelles ; que, par ailleurs, la société AB Trans ne saurait utilement se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime – qui ne trouve au surplus à s'appliquer que lorsque la situation juridique est régie par le droit de l'Union européenne – ou du principe de sécurité juridique, dès lors que le contrat qu'elle a signé prévoyait précisément, comme il l'a été précédemment rappelé, la possibilité d'une résiliation à tout moment et sans indemnité ».

# La fin de la convention

**La fin de la convention emporte un certain nombre de conséquences en termes patrimonial (retour des biens, propriété intellectuelle), indemnitaires, politique et organisationnel (transfert de personnels) qu'il conviendra d'envisager dès la négociation du contrat, en amont de la procédure de passation de la délégation de service public.**

## I. L'arrivée au terme du contrat

### A. L'arrivée normale au terme du contrat

L'arrivée au terme du contrat, telle qu'elle est précisée dans ce dernier par les clauses relatives à sa durée, doit impérativement être anticipée par les parties, et plus encore par la collectivité, de préférence dans les deux ans qui précèdent la fin de celui-ci. Les modalités de gestion de la fin du contrat devront à cet égard d'ores et déjà faire l'objet de dispositions spécifiques dans la convention et faire partie des dispositions soumises à la négociation dès la procédure d'attribution de la convention au délégataire.

Cette phase est en effet primordiale pour gérer la continuité du service de distribution d'eau potable et la remise en concurrence de ce dernier dans le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement des candidats.

Faute d'une intention des parties exprimée sans ambiguïté sur le sort des biens en fin de contrat, le juge pourra être amené à en déterminer la nature (voir sur ce point chapitre 2 II-B).

Le Conseil d'État a ainsi défini les biens de retour et de reprise comme suit : « dans le cadre d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention,

dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique ; (...) qu'en outre, les biens qui n'ont pas été remis par le délégant au délégataire en vue de leur gestion par celui-ci et qui ne sont pas indispensables au fonctionnement du service public sont la propriété du délégataire, à moins que les parties n'en disposent autrement » (CE, 21 décembre 2012, commune de Douai, requête n° 342788).

### CONSEIL PRATIQUE

Lorsque le contrat prévoit l'installation de dispositifs communicants (équipements de relevé à distance des compteurs d'eau – abonnés ou ouvrages – capteurs communicants,...) à la charge du délégataire, il devrait qualifier comme biens de retour les équipements installés ainsi que les systèmes d'information associés qui sont indispensables à la bonne continuité du service. Si le retour de tout ou partie de ces biens (brevets, etc.) n'est pas possible, le contrat doit préciser les conditions techniques et financières permettant à la collectivité et/ou un nouvel exploitant d'accéder aux données brutes et/ou de bénéficier d'un accès ultérieur à ces systèmes (licence sur l'utilisation des codes sources, marchés de prestation de service, etc.)

## B. L'arrivée anticipée au terme de la convention : la résiliation unilatérale par la collectivité délégante

### 1) La résiliation du contrat pour un motif d'intérêt général

La collectivité peut résilier unilatéralement le contrat pour un motif d'intérêt général. Elle doit en pratique faire connaître son intention suffisamment tôt avant la date d'effet de la mesure de résiliation. En l'absence de toute faute de sa part, le délégataire a le droit à la réparation intégrale du préjudice résultant pour lui de la résiliation anticipée du contrat et compensant tant la perte subie que les gains dont il a été privé (Cf. notamment pour une illustration s'agissant d'un contrat d'affermage de distribution d'eau potable : CAA de Douai, 28 février 2008, société Véolia-Eau CGE, requête n° 06DA00733).

Lorsque la personne publique résilie la convention avant son terme normal, le délégataire est fondé, sans préjudice le cas échéant d'autres chefs d'indemnisation, à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique.

En application des principes énoncés ci-dessus, dès lors qu'ils n'ont pu être totalement amortis, sont concernés :

- 1) Les biens dont l'amortissement a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat. Dans ce cas, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan ;
- 2) Les biens dont la durée d'utilisation est supérieure à la durée du contrat. Dans ce cas, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat.

Toutefois, les parties au contrat peuvent déroger à ces principes, mais l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne saurait excéder le montant calculé selon les modalités précisées (CE, 21 décembre 2012, commune de Douai, requête n° 342788).

La fin d'une délégation de service public ne fait pas obstacle, par principe, à l'application de pénalités de retard si ces dernières sont prévues dans le contrat. C'est par exemple le cas lorsqu'elles sont justifiées sur la base de clauses prévues au contrat s'agissant de l'absence de production du rapport du délégataire retraçant la totalité des opérations comptables afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité du service. Les pénalités étant considérées comme des sanctions pécuniaires, elles doivent être prévues par la convention en cas de retard ou d'inexécution des clauses contractuelles et être précédées d'une mise en demeure préalable à leur mise en œuvre faisant explicitement référence à l'article de la convention qui prévoit leurs modalités de mise en œuvre et de calcul. Cette mise en demeure doit indiquer le délai dans lequel les pièces réclamées devront être produites (Cf. pour un cas de résiliation : CE, 17 décembre 2008, Syndicat intercommunal de gestion et d'aménagement de Superbagnères, requête n° 296819).

#### ATTENTION !

La collectivité peut toujours renoncer en accord avec le délégataire, même sans qu'un tel accord soit formalisé par avenant, à infliger les pénalités de retard prévues au contrat ou permettre des reports successifs de ces pénalités (CE, 17 mars 2010, commune d'Issy-les-Moulineaux, requête n° 308676).

### 2) La résiliation du contrat pour faute (ou déchéance)

En cas de faute du délégataire d'une particulière gravité, la collectivité peut, après avoir apporté la preuve de cette faute, prononcer elle-même la résiliation du contrat. Elle peut expressément citer dans la convention les cas susceptibles d'ouvrir le droit de recourir à cette résiliation unilatérale du contrat. Il peut par exemple s'agir de l'hypothèse dans laquelle le délégataire ne prend pas en charge les installations du service à la date de prise d'effet du contrat, d'interruption pendant une période

prolongée de la distribution de l'eau potable, de cession du contrat à un tiers sans autorisation de la collectivité, en violation des clauses du contrat, etc.

Ayant la nature d'une sanction et n'ouvrant le droit à aucune indemnisation du délégataire du fait de la faute commise (sauf lorsque les investissements non amortis réalisés par le délégataire profitent à la commune ou à son groupement), la déchéance doit être obligatoirement précédée d'une mise en demeure adressée au délégataire et restée sans effet dans le délai imparti par la collectivité.

Le juge administratif peut être amené à contrôler si les motifs de résiliation invoqués sont constitutifs d'une faute grave. Il conviendra donc d'appréhender cette hypothèse de résiliation avec une grande prudence (voir par exemple, pour une illustration Cour administrative d'appel de Nantes 21 mars 2014, requête n° 12NT00803).

## II. La préparation au choix du mode de gestion ultérieur

La période transitoire entre la fin de contrat et la mise en œuvre d'une nouvelle convention de délégation de service public ou la reprise en régie doit permettre à la collectivité et, le cas échéant, à ses assistants à maîtrise d'ouvrage, d'envisager les différentes réflexions et actions à engager en cas de changement d'exploitant.

Il s'agira notamment d'envisager le climat social lié à un futur projet communal ou intercommunal de reprise en régie du service d'eau potable ou de lancement d'une nouvelle procédure de mise en concurrence visant à déléguer ce service.

En effet, certaines obligations précises peuvent s'imposer au repreneur de l'activité de service public en termes de reprise du personnel qui y est affecté lesquelles doivent inciter la collectivité à en anticiper les effets.

S'agissant de l'obligation le cas échéant de reprise du personnel, l'article L. 1224-1 du code du travail

précise que : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise », et l'article L. 1224-2 ajoute, sauf dérogations précisées par la loi, que « Le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombent à l'ancien employeur à la date de la modification ».

En droit, la problématique s'articule autour du maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise. La directive communautaire n° 77/187/CEE du 14 février 1977 (remplacée ensuite par une directive du 12 mars 2001) prévoit que le repreneur de l'entreprise doit reprendre les contrats de travail en cours (sauf à licencier lui-même, le cas échéant).

La Cour de justice a également récemment considéré que pour que la directive 2001/23 soit applicable, le transfert doit cependant, conformément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous b), de cette directive, porter sur une entité économique maintenant son identité après le changement de chef d'entreprise.

À cet égard, le juge européen considère que plusieurs critères cumulatifs permettent de conclure au transfert d'une entité économique. Ainsi considère-t-il que « pour déterminer si une telle entité maintient son identité, il y a lieu de prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent l'opération en cause, au nombre desquelles figurent notamment le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit, le transfert ou non d'éléments corporels, tels que les bâtiments et les biens mobiliers, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise, le transfert ou non de la clientèle, ainsi que le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert, et la durée d'une éventuelle suspension de ces activités. Ces éléments ne constituent toutefois que des aspects partiels de l'évaluation d'ensemble qui s'impose et ne sauraient, de ce fait, être appréciés isolément ».  
(CJUE, 20 janvier 2011, CLECE-SA, Aff. C-463/09)

Le code du travail a transposé cette exigence en droit français. Le changement de délégataire ou le changement de mode de gestion d'un service est assimilé à une reprise d'entreprise et la reprise des contrats de travail ne soulève pas de difficultés majeures tant que l'on reste dans le cadre de relations de travail de droit privé (régies par le code du travail).

Cette obligation s'applique également en matière de service public administratif ou industriel et commercial (service de distribution d'eau par exemple), dès lors, selon la jurisprudence : « qu'il résulte de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail interprété au regard de la directive n° 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 que les contrats de travail en cours sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise en cas de transfert d'une entité économique conservant son identité, dont l'activité est poursuivie ou reprise ; que les circonstances que le cessionnaire soit une personne morale de droit public liée à son personnel par des rapports de droit public et que l'entité économique transférée soit un établissement public administratif ou un établissement public industriel ou commercial ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de cette entité ;

Et attendu que la cour d'appel a constaté qu'à la suite du rachat de la concession, la commune de Théoule-sur-Mer avait repris à son compte les installations portuaires et la gestion du port de plaisance jusqu'alors assurée par la société du port de Miramar ; qu'elle a pu en déduire que le contrat de travail de Mme X... s'était poursuivi de plein droit avec la commune, quel que soit le caractère du service public et, par voie de conséquence, allouer à l'intéressée une provision sur les salaires qui lui étaient dus » (Cour de cassation, 14 janvier 2003, n° de pourvoi : 01-43676).

C'est donc là encore le critère du « transfert d'une entité économique conservant son identité » qui

entraînera ou non l'obligation de reprise du personnel au sens du code du travail, avec l'ensemble des moyens nécessaires à l'exploitation de cette entité.

Une simple prestation de service réalisée dans le champ d'une activité mais n'opérant pas un transfert intégral de cette activité n'entraînera donc pas d'obligation de reprise du personnel (Cour de cassation, 10 juillet 2002, n° de pourvoi : 00-42566).



#### FOCUS

##### Critères du transfert

Il convient de se référer, pour conclure ou non au transfert d'une entité économique conservant son identité, aux critères cumulatifs suivant :

- le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit ;
- le transfert ou non d'éléments corporels, tels que les bâtiments et les biens mobiliers ;
- la valeur des éléments incorporels au moment du transfert ;
- la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par la commune ou EPCI ;
- le transfert ou non de la clientèle, ainsi que le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert ;
- et la durée d'une éventuelle suspension de ces activités.

➔ Cf. annexes 1 et 2 – Charte de changement de délégataires de la FP2E ; Fiche DDT relative aux actions à mener en cas de changement de délégataire – qui permettent d'identifier les problématiques soulevées et comment y remédier.

**Principales dispositions  
de la Charte de transfert  
de gestion des services  
entre délégataires de la FP2E**

Pour des raisons de calibrage d'impression,  
cette annexe n'intègre que les principales dispositions  
du document d'origine.



## Annexe 1 (suite)

### Les enjeux de la Charte

La mise en concurrence à échéances régulières des contrats de délégation de service public conduit, dans un certain nombre de cas, à un changement de délégataire.

Un changement de délégataire est un évènement important dans la vie d'un service public et une attention particulière doit y être apportée afin qu'il soit bien vécu tant par la collectivité délégante que par les clients consommateurs et par les délégataires, « sortant » et « entrant ».

Il est dans l'intérêt de tous les acteurs que ce changement se passe dans les meilleures conditions. La présente Charte a ainsi pour objet de préciser les engagements pris par les adhérents de la FP2E afin de faciliter la transition dans le strict respect des réglementations applicables, parmi lesquelles celle relative au respect du libre jeu de la concurrence, ainsi que celle visant à la protection des intérêts des salariés.

### Engagement des entreprises adhérentes de la FP2E

Les entreprises adhérentes de la FP2E s'engagent à faire les meilleurs efforts afin de garantir la continuité du service public lors du changement de délégataire.

Elles s'engagent à communiquer les informations indispensables à la bonne marche du service public. Cet engagement ne vise pas le savoir-faire propre qui reste bien évidemment de leur propriété et n'a pas à être communiqué.

En particulier, elles s'engagent à respecter les points définis ci-dessous :

#### I. Organisation du transfert d'informations entre délégataires

Au-delà des informations que le délégataire sortant doit transmettre à la collectivité selon les textes législatifs et réglementaires en vigueur, les délégataires sortant s'engagent à transmettre gratuitement des données complémentaires (données clientèle, données techniques eau et données techniques assainissement).

##### 1.1 Données « clientèle »

Les informations nécessaires à l'information des clients et à la facturation seront transmises en deux temps :

- Une première transmission des données clientèle sera effectuée par le délégataire sortant 15 jours avant la fin du contrat.
- Une seconde transmission des données clientèle aura lieu au plus tard un mois après :
  - soit la fin du contrat,
  - soit la fin du relevé contradictoire s'il a lieu,
  - soit la transmission des données par le facturier Eau, dans le cas de contrats assainissement.

Cette transmission comprendra les index calculés ou relevés à prendre en compte par le délégataire entrant au démarrage de son contrat.

Sauf dispositions contractuelles différentes, les entreprises adhérentes de la FP2E préconisent qu'il y ait émission d'une facture de fin de contrat, qui soit basée sur une estimation d'index au prorata-temporis, un relevé contradictoire n'étant pas jugé nécessaire.

Par ailleurs, les entreprises adhérentes se rapprocheront pour déterminer les conditions de communication vers les consommateurs à l'occasion du changement d'opérateurs.

##### 1.2 Données techniques

Les données techniques seront transmises en deux temps :

- Une première transmission des données techniques eau et assainissement, sera effectuée par le délégataire sortant 15 jours avant la fin du contrat.

## Annexe 1 (suite)

- Une seconde transmission de ces données aura lieu au plus tard un mois après :
  - soit la fin du contrat,
  - soit la fin de la relève contradictoire si elle a lieu,
  - soit la transmission des données par le facturier Eau, dans le cas de contrats assainissement.

Les bases de données associées sont transmises conformément aux dispositions du contrat.

### II. Gestion du transfert de personnel

Les entreprises délégataires signataires de la Charte s'engagent à ne pas remettre en cause le principe du transfert des personnels.

À ce titre, les dispositions de l'article 2.5 de la Convention collective font l'objet d'une application loyale de manière à garantir aux salariés un maintien de l'emploi.

Le délégataire sortant s'engage à faire une évaluation objective des personnels transférables.

Il transmettra cette information à la Collectivité en amont de la préparation de l'appel d'offres, en respectant les dispositions de l'avenant 7 de la convention collective des entreprises de l'eau et de l'assainissement visant les filières, sous-filières et emplois repères.

Il incitera la Collectivité, et le cas échéant son Assistant à Maîtrise d'Ouvrage, à inclure ces informations dans le dossier de consultation des entreprises.

Il s'engage à transmettre au délégataire entrant, au plus tard 45 jours avant la fin du contrat de délégation, ou dans les 48 heures suivant la date de notification d'attribution de la délégation lorsque celle-ci intervient moins de 45 jours avant la fin du contrat, la liste des salariés à transférer ainsi que les informations les concernant précisées dans l'article 2.5 de la convention collective.

Le délégataire entrant peut prendre contact avec les salariés à partir de cette date, en accord avec le délégataire sortant afin de permettre à ce dernier d'assurer dans les meilleures conditions la mission qui lui a été confiée jusqu'au terme du contrat.

Dans le cas où la convention collective intégrerait de nouvelles dispositions relatives au transfert du personnel, la présente charte les intégrera en temps utile.

### III. Gestion de la transition

#### ⇒ **Transferts d'informations dans les premiers jours après la reprise du contrat**

Le délégataire entrant doit pouvoir procéder aux aménagements techniques nécessaires au démarrage de son contrat (connexion des installations à son système de supervision en particulier, transfert des abonnements,...) sans rupture de la continuité de service. Le délégataire sortant s'engage donc à coopérer avec lui dans les jours précédant et suivant la date de changement de délégataire, et à lui transmettre les informations qui lui seraient nécessaires (y compris les alarmes qu'il recevrait encore).

#### ⇒ **État des lieux**

En l'absence de dispositions contractuelles particulières, la FP2E recommande les pratiques suivantes :

- Le délégataire sortant incitera la collectivité organisatrice à prévoir la fourniture d'un inventaire lors de chaque consultation.
- Le délégataire entrant s'interdira de remettre en cause l'inventaire autrement que pour vice caché dans un délai de 3 mois à compter de la prise en charge du service par le délégataire entrant.

## Annexe 2 : Fiche relative aux actions à mener en cas de changement de délégataire

(Source : Fiche DDT relative aux actions à mener en cas de changement de délégataire)

Cette fiche récapitule les points de réflexion à aborder à l'occasion d'un changement d'exploitant et plus particulièrement en cas de nouveau délégataire.

État de la procédure : suite à la délibération de l'assemblée, le contrat de délégation est signé, visé par l'autorité préfectorale. Il a été notifié au candidat retenu. Les candidats non retenus sont avisés par courrier de l'autorité délégante. Un mois avant la date prévue d'entrée en vigueur du nouveau contrat de délégation, divers points sont à définir entre la collectivité, le sortant et le nouvel exploitant.

### Actions à mener par la collectivité

- coordonnées des intervenants, de l'entrant et du sortant,
- inventaire commun des installations entre la collectivité, le sortant et l'entrant,
- information des usagers (qui, comment, quand, ...), courrier commun avec l'entrant,
- information des différentes administrations (AE, ARS, CG, ...),
- transmission de la dernière délibération tarif de la collectivité à l'entrant,
- mission d'interface entre le sortant et l'entrant.

### Clôture du contrat avec le sortant

- date de remise des clés, modalités, références des fermetures (n° de clés),
- inventaire commun des installations entre la collectivité, le sortant et l'entrant,
- état des biens en retour et travaux avant la fin du contrat,
- état des biens en reprise et transfert de matériel avec l'entrant,
- état des stocks, des déchets, et des boues, objectifs pour la fin du contrat,
- modalités de clôture des comptes entre les usagers et le sortant (relève contradictoire des compteurs avec l'entrant, modalités de la dernière facturation des volumes et de la part fixe, ...),
- état et clôture des retenues de garantie (clôture par le sortant, pas de transfert entre fermiers),
- date de reversement prévisionnel et montant de la part collectivité,
- transmission du fichier des abonnés par le sortant, forme et contenu,
- transmission des plans du réseau (forme papier et informatique),
- transmission des dossiers techniques des ouvrages et du matériel (notices du matériel, notice d'entretien, notice d'exploitation, schéma électrique, notice Hygiène et Sécurité, procédure d'exploitation, cahier de bord, cahier d'entretien des installations, historique de la télégestion, ...),
- information sur l'état du réseau, dates du dernier lavage des réservoirs et des purges de réseau, ...
- transmission des rapports de contrôle réglementaire (contrôle électrique, ...),
- état des conventions avec les tiers (convention facturation assainissement, ...),
- modalités de transfert des alarmes et de la télégestion,
- modalités d'exploitation en commun avec l'entrant pendant la période transitoire,
- état sur le personnel exploitant les installations,
- liste des branchements en attente de réalisation après devis,
- liste des devis branchement demandés par les usagers en attente,
- liste des transferts de TVA en cours non réglés à la collectivité et date de règlement,
- transfert des contrats EDF et télécom,
- liste des usagers sensibles (dialysés,...).

### Mise en œuvre du nouveau traité avec l'entrant

- inventaire commun des installations entre la collectivité, le sortant et l'entrant,
- ouverture des comptes avec le nouvel exploitant, (première facture, ...),
- modalité de transmission du nouveau règlement du service aux abonnés,
- état des biens en reprise et transfert de matériel avec le sortant,
- transmission des informations en provenance du sortant,

## Annexe 2 (suite)

- transfert des conventions avec les tiers,
- modalité de transfert des alarmes et de la télégestion,
- liste des usagers sensibles (dialysés, établissements sensibles, ...),
- branchements en attente de réalisation, cf. listes du sortant,
- transfert des contrats EDF et télécom,
- régularisation avec la collectivité de la TVA.

## Annexe 3 : Jurisprudence

### ■ CAA de Douai, 28 février 2008, Société Veolia EAU-CGE, requête n° 06DA00733

« Considérant qu'en l'absence de toute faute de sa part, l'entreprise a droit à la réparation intégrale du préjudice résultant pour elle de la résiliation anticipée du contrat et compensant tant la perte subie que les gains dont elle a été privée ;

Considérant, en premier lieu, que la société VEOLIA EAU-CGE a produit un dossier justificatif détaillé de sa demande d'indemnisation, établi en octobre 2003, comportant une note méthodologique qui fixe à la somme de 2 986 613 euros le montant de son manque à gagner entre le 1<sup>er</sup> avril 2003 et le 31 décembre 2021 au titre de l'exploitation du réseau d'eau potable dans le ressort des quatre communes concernées ; que, pour critiquer la demande ainsi formulée, la communauté d'agglomération Elbeuf-Boucle de Seine se borne à se prévaloir d'un document très succinct, établi en juillet 2000 émanant d'un consultant, dont les critères de calcul sont d'ailleurs critiqués par la société VEOLIA-CGE, qui avait estimé à 6 600 000 de francs (1 006 163,51 euros) le manque à gagner du fermier ; que, dans ces conditions, il y a lieu de retenir le montant réclamé par la société VEOLIA-CGE et qui n'est pas sérieusement contesté ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'au titre des pertes subies, la société VEOLIA EAU-CGE sollicite la réparation du préjudice correspondant, selon elle, au montant des impayés, pour 879 factures, et s'élevant, au 24 février 2005, à la somme de 112 979,59 euros ; qu'elle prétend que ce taux d'impayés est en lien direct avec le différend entretenu par la communauté d'agglomération, lequel aurait incité certains usagers à abuser de cette situation sachant que le fournisseur n'aurait plus les moyens d'interrompre provisoirement l'alimentation en eau ; que, toutefois, le lien de causalité allégué entre la résiliation ou entre le litige qui en est résulté et les impayés n'est pas démontré et est sérieusement critiqué ;

Considérant, en troisième lieu, que la société VEOLIA EAU-CGE se prévaut des pertes subies à hauteur de 77 319 euros correspondant au prix de cession des compteurs à la communauté d'agglomération et à hauteur de 401 996,55 euros au titre de la facturation complémentaire de consommation entre 2001 et 2003 ; qu'il résulte de l'instruction et notamment du décompte du solde entre les parties établi le 2 février 2004 par la société VEOLIA-CGE, après plusieurs entretiens techniques avec les représentants de la communauté d'agglomération, que les sommes dues par la communauté d'agglomération au fermier s'équilibreraient, avant tout paiement, à peu près avec celles dues par le fermier à la communauté d'agglomération sauf un solde évalué à 24 380,35 euros en faveur de la société VEOLIA-CGE ; que, toutefois, même ce solde est contesté par la communauté d'agglomération qui prétend que la valeur résiduelle des compteurs n'est pas de 77 319 euros mais de 39 942 euros et que les factures d'eau croisées entre 2001 et 2003 dégageraient un solde favorable à la communauté d'agglomération ; que, par suite, la société VEOLIA-CGE ne démontre pas pouvoir se prévaloir d'une perte au titre de la cession des compteurs et de la consommation d'eau. »

### ■ CAA de Nantes, 21 mars 2014, SAS Groupe Orion, requête n° 12NT00803

« En ce qui concerne la régularité de la résiliation :

Considérant, d'une part, que le Groupe Orion soutient que la procédure serait irrégulière faute d'établissement d'un décompte de résiliation ; qu'à la supposer établie, cette circonstance serait sans influence sur la régularité de la décision de résiliation elle-même ;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 1.13 de la convention signée le 27 octobre 2010 : "Le centre hospitalier peut à tout moment, pour des motifs d'intérêt général, résilier unilatéralement la présente convention, après en avoir informé, par lettre recommandée avec avis de réception, le titulaire au moins six mois avant la date d'effet de la résiliation (...)" ; qu'il résulte des termes mêmes de ces stipulations que le

### Annexe 3 (suite)

délai qu'elles prévoient ne trouvait à s'appliquer qu'en cas de résiliation pour des motifs d'intérêt général ; que le centre hospitalier de Chartres n'était donc pas tenu de respecter un préavis de six mois dans le cadre de la procédure de résiliation pour faute engagée à l'encontre de la société requérante ;

Considérant, en revanche, qu'aux termes de l'article 9. 9 du programme fonctionnel de la délégation de service public, pièce constitutive de la convention en vertu de l'article 1. 4 de celle-ci : "(...) au cas où les clauses de la convention de délégation de service ne seraient pas respectées et si la société prestataire ne répondait pas, dans un délai de trois semaines aux injonctions que lui auraient signifiées les Hôpitaux de Chartres, par lettre recommandée avec accusé de réception, la convention de délégation serait résiliée avec un préavis de trois mois sans aucune indemnité. (...)"; que, s'il résulte de l'instruction que la lettre du 18 avril 2011 du directeur des Hôpitaux de Chartres mettant en demeure le Groupe Orion de se conformer à ses obligations contractuelles lui consentait, conformément aux stipulations précitées du programme fonctionnel, un délai de trois semaines pour se conformer à ses obligations, la décision de résiliation du 12 mai 2011, d'effet immédiat, ne respectait pas le délai de préavis de trois mois prévu contractuellement en cas de résiliation pour faute, qui s'imposait quels que fussent les faits pour lesquels la résiliation était prononcée et sans que le centre hospitalier puisse utilement soutenir qu'il pouvait se dispenser de le respecter au motif que ce délai n'aurait eu pour objet que l'enlèvement des installations du délégataire qui en l'espèce n'avaient pas été déployées ; qu'ainsi, les Hôpitaux de Chartres ont méconnu les stipulations de l'article 9. 9 du programme fonctionnel de la convention et ont, par suite, entaché la décision de résiliation d'une irrégularité ».

Remerciements  
aux membres du groupe de travail

Pour la FNCCR :

Régis Taisne, Adjoint du chef de département « cycle de l'eau » de la FNCCR  
Patrick Manceau, Syndicat départemental d'alimentation en eau potable des Côtes d'Armor  
Vincent Pitois, Délégué général du Syndicat mixte de production d'eau potable du Bassin Rennais

Pour la FP2E :

Tristan Mathieu, Délégué général de la FP2E  
Marie-Josèphe Gautier, Présidente de la commission juridique FP2E

Pour les ministères :

Géraldine Gellé, ministère de l'Agriculture, membre du groupe national GSP-SISPEA, DDT 49  
Eric Thouverez, ministère de l'Agriculture, chargé de mission, GSP-CGAAER  
les membres du Bureau des services publics locaux du ministère de l'Intérieur, direction générale des  
collectivités locales – SDCIL  
Fanny Egea, DGCCRF - Pôle Environnement - Eau et déchets ménagers  
Bureau de la planification et de l'économie de l'eau - Sous-direction de l'action territoriale - Direction de  
l'eau et de la biodiversité MEDDE - DGALN

Pour l'AMF :

Pauline Delaere  
Conseillère technique au département Environnement et développement durable  
Claire Gekas  
Conseillère au département Finances et fiscalité locales  
Martine Chéradame  
Chargée de publication au service Communication

Association des Maires de France  
& Associations départementales de Maires  
**LES CAHIERS DU RÉSEAU**

Dans la même collection :

- N° 1 Les chemins ruraux, 2006
- N° 2 Guide des communautés, 2006 - gratuit
- N° 3 Le maire et les voies communales, 2006
- N° 4 La commune et les associations, 2007
- N° 5 Le maire et les lotissements, 2007
- N° 6 Le guide du maire, 2008 - gratuit
- N° 7 Le guide du président de communauté, 2008 - gratuit
- N° 8 Les collectivités et l'éco-responsabilité, 2009 - gratuit
- N° 9 Le maire et les transports, 2009 - gratuit
- N° 10 La commune et le financement des réseaux, 2010 - mise à jour web 2012
- N° 11 Le maire et les édifices culturels, 2010
- N° 12 Le maire et l'état civil, 2011
- N° 13 La commune et les activités ambulantes, 2012
- N° 14 La commune et les marchés en procédure adaptée, 2012
- N° 15 La commune et l'assainissement non collectif, 2013
- N° 16 Le guide du maire 2014 - gratuit
- N° 17 Le guide du président d'intercommunalité 2014 - gratuit
- N° 18 La responsabilité personnelle des élus, 2014
- N° 19 La délégation de service public d'eau potable, 2016

© Association des maires de France, Paris, 2015

Dépôt légal : février 2016

Toute reproduction ou représentation, intégrale ou partielle, par quelque procédé que ce soit, de la présente publication, faite sans l'autorisation de l'Éditeur est illicite (Article L 122-4 du Code de la propriété intellectuelle) et constitue une contrefaçon.

L'autorisation d'effectuer des reproductions par reprographie doit être obtenue auprès du Centre Français d'Exploitation du droit de copie (CFC) 20, rue des Grands Augustins - 75006 PARIS - Tél. : 01 44 07 47 70 - Fax : 01 46 34 67 19.

Editeur : Association des maires de France et des présidents d'intercommunalité

Mise en page : APS-Chromostyle, Tours

Crédits photos :

fotolia.com : Frog974, ThomBal, pixamo, stefan\_weis

ISBN : 978-2-900078-16-7





## **Association des maires de France et des présidents d'intercommunalité**

41, quai d'Orsay 75343 Paris cedex 07

Tél. : 01 44 18 14 14

Fax : 01 44 18 14 15

[www.amf.asso.fr](http://www.amf.asso.fr)