



La dérégulation discrète de la distribution d'eau potable en France et l'émergence d'un nouvel acteur collectif, les abonnés

Christelle Pezon

Contrairement aux services publics de transports, d'énergie et de télécommunication, les services locaux d'eau potable n'ont pas été déréglementés à l'échelle européenne. Ils continuent d'ailleurs à faire l'objet d'une gestion exclusivement publique dans de nombreux pays (Danemark, Grèce, Luxembourg, Autriche et Suède), où ils délivrent un bien perçu comme ne s'intégrant pas naturellement à la sphère marchande et sont, de ce fait, fermés au jeu concurrentiel (1). Malgré tout, on observe, en Europe et ailleurs, une participation accrue du secteur privé pour la gestion des services d'eau (2). En Angleterre et au Pays de Galles, les services d'eau ont été régionalisés puis privatisés. En France, la gestion des services d'eau est aujourd'hui largement assurée par des opérateurs privés : quatre habitants sur cinq sont alimentés par trois groupes et près

de 50 % de la population française boit une eau produite et/ou distribuée par Vivendi Environnement.

En France, la réorganisation des services d'eau ne s'est pas opérée dans un environnement réglementaire stable. La dérégulation des services d'eau a bien eu lieu, selon un processus plus discret que celui des autres services en réseau et avec un résultat inverse : la distribution d'eau est un service public de proximité dont le prix augmente.

Nous essaierons d'abord d'appréhender les modalités de la dérégulation de la distribution d'eau à travers les différentes étapes de son processus. Nous essaierons ensuite de caractériser la nouvelle régulation des services d'eau en mobilisant le contentieux administratif des quinze dernières années. Nous

verrons que les abonnés figurent parmi les nouveaux acteurs de ce processus de régulation.

LE PROCESSUS DE DÉRÉGULATION DE LA DISTRIBUTION D'EAU POTABLE

De la délégation à la privatisation de la gestion des services d'eau

La privatisation est à la gestion déléguée ce que la municipalisation est à la gestion publique : un mode de gestion qui s'inscrit en rupture par rapport au mode de gestion antérieur. La privatisation est donc une forme particulière de délégation de service public puisqu'elle suppose le transfert à un opérateur privé d'un service précédemment géré en régie.

La gestion déléguée s'est développée, du milieu du XIXe siècle jusque dans les années 1970, en tant que mode de gestion initial, selon une progression non linéaire. Rapide au XIXe siècle, la délégation marque un temps d'arrêt et manque de disparaître durant la première moitié du XXe siècle. Elle progresse ensuite rapidement, de la Libération aux années 1970, puis s'impose comme mode de gestion dominant avec la privatisation de grands services urbains dans les années 1980 et 1990.

À l'inverse, la gestion publique se développe avec la municipalisation de services d'eau urbains (Nantes, Lyon, Rouen, Toulon) rachetés à la Compagnie Générale des Eaux au tournant du XXe siècle, et comme mode de gestion initial dans les villes grandes puis moyennes qui s'équipent progressivement de distribution d'eau pendant la première moitié du XXe siècle. Avant-guerre, elle domine très largement l'organisation du secteur : 90 % des 7 000 communes équipées de réseaux ont choisi la régie qui concerne 16 des 23 millions d'habitants alimentés en eau à domicile. De la Libération aux années 1970, la gestion publique touche 5 millions d'habitants supplémentaires, quand la gestion déléguée en gagne 15 millions. Implantés à la périphérie des grandes villes et au cœur des petites villes, les opérateurs rescapés de l'entre-deux-guerres profitent de l'urbanisation tardive du pays. En 1976, les deux modes de gestion se partagent également la population desservie en eau potable, à raison de 22 millions d'habitants chacun. Six millions d'habitants restent à alimenter. Principalement situés dans les départements du grand ouest, où la ressource brute de mauvaise qualité ne peut être distribuée sans traitement préalable et dans des communes de 2 000 à 5 000 habitants dont la population saisonnière est importante, ces habitants sont les plus coûteux à

raccorder. L'achèvement de la desserte en eau profite surtout à la gestion déléguée qui commence, par ailleurs, à progresser au détriment de la gestion publique.

Il faut toutefois attendre la décennie suivante pour assister à la progression spectaculaire de la gestion déléguée par privatisation. En dix ans, la gestion déléguée gagne 10 millions d'habitants grâce à la disparition des grandes régies urbaines (Paris, Lyon, Toulouse, Toulon, Montpellier, Saint-Étienne, Brest). Elle concerne désormais 80 % de la population française.

Pour les abonnés, cette inversion n'est pas neutre. La gestion publique dominait à l'époque de l'équipement premier des communes. Les investissements consentis par les villes pour la construction des réseaux urbains et par l'État pour la construction des distributions rurales étaient principalement financés par l'impôt. Le contribuable était alors sollicité de préférence à l'abonné, pour favoriser l'accès à un service perçu comme porteur de progrès social et sanitaire et dont la tarification excessive aurait ralenti la généralisation. La municipalisation des services urbains au début du XXe siècle a d'abord permis aux villes concernées de sortir d'un système concessionnaire qui les contraignait, financement privé des investissements oblige, à pratiquer des tarifs qu'elles jugeaient contraires à l'objectif poursuivi à travers la distribution d'eau potable. Les communes qui n'ont pu mettre un terme prématuré à leur contrat ont progressivement repris en main le financement de leurs services et fait évoluer leur contrat de concession vers des contrats d'affermage ou de régie intéressée, pour pratiquer des tarifs inférieurs aux coûts et favoriser le développement rapide de la distribution d'eau potable à domicile.

À l'inverse, la privatisation des services observée à la fin du XXe siècle s'accompagne d'une participation importante des opérateurs au financement des investissements de renouvellement et d'amélioration, dans le cadre de contrats de concession ou d'affermage concessif de longue durée. Le financement privé des investissements s'observe aussi dans des services délégués de longue date. Dans les communautés urbaines de Bordeaux et de Marseille, la concession a pris la relève de contrats de régie intéressée ou d'affermage, opérant un transfert des autorités délégantes vers les opérateurs de la charge des investissements.

Dans cette nouvelle configuration, les abonnés sont sollicités à titre principal pour équilibrer le budget des services d'eau. D'une certaine manière, la privatisation de la gestion des ser-

vices stigmatise un changement de nature du service public de distribution d'eau potable. Nous allons voir que cette transformation est l'aboutissement d'un processus de dérégulation amorcé à la fin des années 1960, où gestion publique et gestion déléguée ont concouru à armes inégales (3).

L'ouverture à la concurrence du marché de la distribution d'eau potable

Le marché pour la gestion des services d'eau est composé des services dont les recettes d'abonnement sont l'unique source de financement. Ce marché est d'autant plus ouvert à la concurrence que l'État limite la possibilité pour les communes de subventionner leurs services d'eau.

En effet, tant que les recettes d'abonnement jouent un rôle secondaire pour équilibrer le budget des services d'eau, les tarifs ne reflétant pas les dépenses, la maîtrise des coûts n'est pas prioritaire et les modes de gestion ne sont pas sélectionnés en fonction de leur capacité allocative. À l'inverse, quand les abonnés sont sollicités à titre principal, le seul moyen dont disposent les communes pour maîtriser les tarifs de leurs services d'eau est de sélectionner le mode de gestion le plus compétitif.

Longtemps le marché de la distribution d'eau est resté fermé à la concurrence. Les modes de gestion étaient d'abord retenus en vertu de leur capacité redistributive. Les premiers signes d'ouverture à la concurrence se manifestent dans les années 1960. Le marché s'ouvre totalement au début des années 1980, avant d'exclure les services d'eau qui alimentent moins de 3 000 habitants.

La capacité redistributive de la régie simple et de l'affermage

Jusqu'en 1967, le service public d'eau n'est pas astreint au respect du principe de la vérité des prix. Le législateur et l'Administration reconnaissent aux communes la possibilité de subventionner une activité qui vise d'abord la satisfaction d'une mission de santé publique, et ce quel que soit le mode de gestion retenu.

S'agissant de la gestion publique :

- en 1930, le législateur autorise les régies d'eau à continuer de fonctionner sous le régime de la régie simple. Il les dispense de l'adoption du statut de la régie dotée de l'autonomie financière, créée en 1926, et rendue obligatoire pour la conduite des activités économiques communales. Les comptes des régies d'eau peuvent continuer de se fondre dans le budget général des communes, sans obligation d'équilibrer les coûts de fonc-

tionnement (ou d'exploitation) de l'activité grâce aux recettes d'abonnement ;

- en 1959, lorsque l'État redéfinit les modalités d'intervention économique des communes et crée une nouvelle organisation, la régie dotée de l'autonomie financière et de la personnalité morale, contrainte d'équilibrer ses budgets de fonctionnement et d'investissement, il ne revient pas sur le caractère particulier des régies d'eau qui peuvent se soustraire à cette nouvelle réglementation.

S'agissant de la gestion déléguée dont l'essor est contemporain de l'après-guerre, il faut préciser qu'elle s'est développée dans le cadre d'un des deux contrats types établis par l'État, l'affermage. Le contrat type de concession (1947) obligeait à la prise en compte des coûts d'investissement et d'exploitation pour l'élaboration des tarifs : les recettes d'abonnement devaient, à titre principal, permettre l'équilibre économique d'un service dont le concessionnaire finançait les investissements et les besoins d'exploitation.

Les communes lui ont préféré le contrat type d'affermage (1951) auquel l'État a donné une portée inhabituelle et dont il a assuré localement un contrôle des prix, quand il n'a pas promu son développement.

L'affermage est normalement une technique financière d'exploitation réservée aux services dont les installations sont globalement amorties et dont les recettes doivent seulement couvrir les charges d'exploitation supportées par le fermier. Or le contrat type de 1951 donne aux communes dépourvues de réseaux d'eau la possibilité de recourir à cette formule contractuelle : elles peuvent subventionner intégralement les investissements initiaux et tarifier leurs services d'eau sur la base des seuls coûts de fonctionnement supportés par leurs fermiers, à travers l'affermage de services « neufs ».

Un an après la promulgation du contrat type d'affermage, l'État instaure pour vingt ans un contrôle administratif des prix des services délégués qui garantit aux édiles locaux, très sensibles au tarif de leurs services d'eau et, de ce fait, réfractaires à la délégation, une évolution mesurée des tarifs, quand ils délèguent par voie d'affermage. Si les fermiers doivent bénéficier de tarifs suffisants pour équilibrer leurs coûts d'exploitation, les préfets peuvent, par arrêté, bloquer les tarifs ou les fixer à un niveau inférieur à celui qui résulte de l'application des clauses contractuelles. Cette politique assure aux opérateurs, implicitement investis d'une mission d'aménagement du territoire, un

développement rapide de leur portefeuille de contrats (ils ne financent pas les investissements), en contrepartie de marges réduites de moitié.

L'État, principal bailleur de fonds des distributions d'eau rurales et péri-urbaines, sélectionne les projets de création de services ruraux et d'extension de réseaux périphériques urbains en fonction, notamment, de l'échelle de gestion envisagée par les collectivités. Construire autant de réseaux, de points de captage ou de stations de traitement qu'il y a de communes (36 000) est techniquement inutile et économiquement dispendieux. Aussi la recherche d'une rationalisation des équipements grâce à la création de structures intercommunales est-elle valorisée par l'État à travers l'allocation des subventions d'investissement. Au jeu de la gestion intercommunale, les opérateurs sortent généralement gagnants :

- Le démembrement communal est vécu comme une forme de délégation : les communes qui créent dès l'origine un syndicat d'eau finissent par en déléguer la gestion.

- Une collectivité non équipée, voisine d'un syndicat en activité, est incitée à s'y associer : elle finit par aligner son mode de gestion sur celui du syndicat, le plus souvent, en gestion déléguée.

- Les opérateurs développent des bases territoriales qui leur permettent l'exploitation conjointe de services communaux voisins et techniquement dépendants (ressource brute partagée) sans obliger les collectivités à s'associer : ces dernières finissent généralement, à l'instar des banlieues parisiennes, lyonnaise ou bordelaise, par créer des syndicats pour mieux réguler un opérateur commun.

Dans la poursuite première de leur mission de santé publique, les communes ont retenu les modes d'organisation en fonction de leur capacité redistributive. À ce jeu, la régie simple surpassait les autres organisations publiques (régie autonome - 1926 et régie personnalisée - 1959) et la gestion déléguée. Elle ne dispose en effet ni de budget, ni d'organe décisionnel propres. C'est sur la base du budget général de la commune que le maire, en conseil municipal, arrête le montant des investissements et le tarif de l'eau. L'équation financière ne consiste pas à équilibrer dépenses et recettes de la régie mais dépenses et recettes de la commune : toutes les redistributions entre services communaux sont possibles. Avant 1967, la régie simple communale est le mode de gestion le plus fréquent, suivi par un affermage syndical administrativement encadré.

Les premiers signes d'ouverture à la concurrence

À la fin des années 1960, la réglementation comptable applicable aux services d'eau est profondément modifiée. En 1967, le service d'assainissement devient industriel et commercial. Les redevances des abonnés doivent suffire au recouvrement de ses coûts d'investissement et d'exploitation. Calculée proportionnellement à la quantité d'eau potable consommée, la redevance d'assainissement est généralement facturée conjointement au service d'eau. Cette décision s'inscrit dans la perspective de la nouvelle politique de l'eau qui s'articule, notamment, autour du principe pollueur-payeur.

La mission de santé publique poursuivie par les communes à travers l'organisation de leur service d'eau se double de la mission de protection de l'environnement assignée au service d'assainissement. La première a nécessité des subventions massives. La seconde procède très différemment, attendant d'une facturation fidèle au coût du service rendu, les moyens d'atteindre son objectif. Cette démarche va, par contagion, toucher les services d'eau.

En 1967 et en 1969, l'administration redéfinit les règles comptables applicables aux services d'eau et d'assainissement. Tous les services des villes de plus de 10000 habitants doivent équilibrer les budgets d'exploitation et d'investissement de ces deux services en adoptant des tarifs reflétant le coût des services rendus aux usagers. L'instruction comptable MO 69-67 signe l'arrêt de mort de la gestion en régie simple et de la délégation par affermage avec tarification des seuls coûts d'exploitation.

Les services urbains gérés en régie ou affermés doivent faire l'inventaire de leur patrimoine et fixer des tarifs qui permettent non seulement le recouvrement de sa fraction non amortie mais aussi son renouvellement. Le ministère de l'Intérieur et la Cour des Comptes ne cessent, tout au long des années 1970, de rappeler aux communes ces nouvelles dispositions. Un nouveau cahier des charges type d'affermage est même décrété en 1980.

Les lois de décentralisation réitèrent le respect du principe de la vérité des prix comme le confirme sans ambiguïté le Conseil d'État en 1986 : « Des dispositions législatives particulières aux communes interdisent à ces collectivités de subventionner leurs services publics industriels et commerciaux, quel que soit le mode d'exploitation du service, et font obstacle, par suite, aussi bien à l'octroi d'une garantie de recettes qu'à toute forme de subvention ». Tous les services sont concernés, quelle

que soit leur taille. Le marché de l'eau atteint l'apogée de son ouverture à la concurrence.

Assouplissement du principe de la vérité des prix

En 1988, le législateur introduit des dérogations au principe de l'équilibre budgétaire des services d'eau qui, appliqué à la lettre, provoque des augmentations de prix politiquement intenable. Si les recettes doivent s'ajuster aux coûts, les communes sont autorisées à subventionner cette activité « lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement » et quand « le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs ».

Les petits services d'eau et ceux dont la population saisonnière est importante sont particulièrement concernés. Dans la lignée de cet assouplissement législatif, la M49 promulguée en 1991 pour intégrer les principes du nouveau Plan comptable de 1982, à l'instar de la MO 69-67 qui visait à intégrer ceux du Plan comptable de 1958, finit par écarter les services d'eau desservant moins de 3 000 habitants. Il était d'abord question de leur accorder un sursis jusqu'en 1995. Ils sont finalement exclus de la nouvelle instruction comptable, sans avoir à justifier de leur difficulté à l'appliquer. Il faut avouer qu'à cette époque, la priorité est moins d'ouvrir le marché de l'eau à la concurrence que d'en assainir le fonctionnement.

Une troisième dérogation au principe de la vérité des prix est décidée en 1988. Elle fait référence à la réglementation des tarifs de l'eau qui a frappé différemment les régies et les services délégués entre 1978 et 1985 et dont le législateur tente tardivement d'atténuer les effets.

Une déréglementation inégalitaire

Le processus de dérégulation des services d'eau a placé les modes de gestion publics et privés dans une situation de réussite inégale, dès les premiers signes d'ouverture du marché. Déjà handicapées par leur enfermement communal, les grandes régies ont souffert d'une réglementation inégalitaire des tarifs de l'eau.

L'avantage fiscal de l'affermage

Une première inégalité ressort des dispositions fiscales prises en 1972 en faveur des services affermés et dont les régies bénéficient avec trois ans de retard. L'État accorde aux collectivités

affermantes la possibilité de récupérer la TVA payée sur leurs investissements. Les collectivités encore dépourvues de réseaux (communes rurales du grand ouest) ou dont les réseaux nécessitent des extensions et des renforcements (communes à forte population saisonnière) sont les premières séduites. L'affermage leur offre une réduction de 20 % sur leurs investissements, donc la possibilité de tarifier à un niveau inférieur le même service qu'en régie.

La réglementation inégale des tarifs de l'eau

Une seconde inégalité frappe les régies d'eau, entre 1978 et 1985, quand la politique anti-inflationniste de l'État se traduit par un plafonnement des tarifs de l'eau plus sévère pour les régies que pour les services délégués. La réglementation des tarifs des services délégués résulte des négociations annuelles menées par les ministres de l'Économie et de l'Intérieur, l'association des maires de France et le syndicat professionnel des distributeurs d'eau. Elles aboutissent à la fixation d'un taux limite de variation, inférieur au taux de variation contractuel. L'application du rabais ne diminue pas les tarifs des services délégués, mais limite leur hausse à l'inflation. Pour les régies, en revanche, les décisions prises par les ministres de l'Économie et de l'Intérieur et l'association des maires de France aboutissent à une baisse des prix de 1,3 % par an en francs constants de 1981 à 1985.

Le seul moyen dont disposent les communes pour augmenter le tarif de leurs services en régie est d'en privatiser la gestion : le tarif initial est alors librement défini et seule son évolution est assujettie au taux de variation réglementaire. Quand, en 1986, les prix de l'eau sont déréglementés, le respect strict de la règle de l'équilibre budgétaire exigé par les lois de décentralisation oblige, en pratique, les régies d'eau à augmenter brutalement des tarifs artificiellement bas.

La plupart des grandes villes laissent aux opérateurs le soin d'assumer ces hausses de prix et privatisent la gestion de leurs services centenaires. La recherche de l'intérêt général n'est pas étrangère à ce choix. En effet, la logique allocative promue depuis la fin des années 1960 incite les collectivités à opter pour le mode de gestion le plus compétitif. Dans les années 1980 et 1990, l'heure est au renouvellement des réseaux, à l'amélioration des procédés de traitement et de la sécurité d'approvisionnement en ressource brute. Ces contraintes confèrent un avantage compétitif majeur aux gestionnaires intercommunaux responsables des décisions d'investissement et d'exploita-

tion. L'échelle supra-locale permet une mutualisation des coûts inaccessible aux régies urbaines et la délégation par voie de concession ou d'affermage concessif laisse aux opérateurs la possibilité d'opérer les arbitrages pertinents entre dépenses d'exploitation (entretien des équipements existants) et dépenses d'investissement (renouvellement ou remplacement des équipements).

Mais les villes ont aussi perçu les avantages qu'elles pouvaient tirer d'une délégation dont les lois de décentralisation ont aboli les règles. Les contrats types sont caducs depuis 1982 : les collectivités peuvent déléguer pour des durées longues, en l'occurrence double à celles prévues par les contrats antérieurs, et détourner la concurrence de son objet premier, l'obtention du meilleur service au meilleur prix pour les abonnés, vers la satisfaction de leurs propres exigences. Les collectivités sont les premières clientes d'opérateurs condamnés à croître à la faveur de privatisations depuis que la desserte du territoire est achevée. Les collectivités choisissent leur délégataire en fonction du prix qu'il est prêt à payer pour l'obtention d'un contrat : les droits d'entrée font leur apparition et montent à plus de 400 millions de francs (pour la concession des services d'eau et d'assainissement de Toulouse). Le circuit redistributif s'est inversé : les services d'eau ne sont plus consommateurs de ressources fiscales mais créateurs nets des budgets généraux des communes.

Au début des années 1990, la redéfinition des règles du jeu concurrentiel prend l'allure d'une nécessité. L'augmentation des prix de l'eau, d'abord imputable au rééquilibrage budgétaire des services d'eau et d'autant plus brutale que la réglementation des tarifs l'a retardée, est incomprise des abonnés : elle ne s'accompagne d'aucune amélioration du service rendu. Par contre, la médiatisation des droits d'entrée et de la tournure collusive prise par quelques délégations jette l'opprobre sur des opérateurs devenus surpuissants et sur des communes *a minima* suspectées d'impuissance à les réguler donc à défendre les intérêts de leurs administrés.

De 1992 à 1997, une série de lois visent à recentrer la concurrence sur le prix et la qualité du service rendu à l'utilisateur :

- La passation de contrat de délégation doit être rendue publique pour favoriser la réception d'offres concurrentes
- La durée des contrats est revue à la baisse et la perception de droits d'entrée interdite
- L'obligation de contrôle des communes à l'égard des opérateurs s'appuie sur des rapports technique et financier dont le

contenu est précisé

- Le pouvoir de contrôle de l'administration préfectorale et du juge administratif est renforcé
- Les abonnés obtiennent le libre accès aux documents administratifs qui concernent leur service d'eau (contrat de délégation, comptes rendus annuels et rapport sur la qualité de l'eau) et sont invités à participer aux commissions locales de l'eau pour faire connaître leur (in)satisfaction.

LA NOUVELLE RÉGULATION DE LA DISTRIBUTION D'EAU EN PRATIQUE

On sait que la régulation d'un service public apparenté, en terme économique, à un monopole naturel ne se réduit pas au dispositif réglementaire et institutionnel dont il fait l'objet, pas plus qu'aux acteurs qui l'organisent, le gèrent et, finalement, en bénéficient. La régulation est le fruit de rencontres entre le dispositif réglementaire et institutionnel et ce qu'en font les acteurs. Elle se définit à partir des règles posées en principe et se caractérise par l'étendue du champ effectif de leur application. Une règle appliquée sans contestation participe de la régulation d'un service public, mais n'en constitue pas une limite. Elle ne permet donc pas de la caractériser. Pour caractériser un mode de régulation, on peut s'intéresser aux conflits entre acteurs et à la manière dont ils sont résolus en référence au dispositif réglementaire et institutionnel. L'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État qui règle les conflits en dernière instance et établit les limites que les changements réglementaires et le jeu des acteurs infléchissent peut donc aider à définir le nouveau mode de régulation de la distribution d'eau (4).

Depuis quinze ans, les nouvelles règles du jeu (concurrence et dispositif de contrôle) ont suscité des conflits d'interprétation qui ont donné au juge des contrats l'occasion de préciser la portée des nouvelles dispositions législatives et réglementaires. L'étude de ces conflits nous permet par ailleurs de prendre la mesure des réactions que les évolutions récentes ont suscitées. Un résultat majeur réside dans la réapparition des abonnés au contentieux administratif dont ils étaient absents depuis plus d'un demi-siècle.

Si l'on considère les trente décisions impliquant un service d'eau potable et publiées au recueil Lebon depuis la dérégulation totale de l'activité (1986), on observe quatre nouveaux types de conflits (5) :

- Les arrêts portés devant la Haute cour administrative par

les abonnés (neuf arrêts),

- Les arrêts qui mettent en cause les nouvelles modalités du contrôle administratif exercé par les préfets et les chambres régionales des comptes (deux arrêts),

- Les arrêts qui donnent au juge l'occasion de préciser la portée des nouvelles règles de concurrence pour l'obtention de marchés de travaux et de fournitures destinés aux services d'eau potable (trois arrêts)

- Les arrêts qui contestent les modalités de mise en concurrence pour l'obtention de contrats de délégation (deux arrêts).

Le nouvel acteur de la régulation : les abonnés

Les abonnés se sont surtout manifestés auprès du Conseil d'État entre 1890 et 1930 quand, soutenus par les communes, ils réclamaient aux gestionnaires privés, soit des baisses de tarifs (du mètre cube d'eau, des frais de raccordement, des frais de pose et de location de compteur...), soit leur maintien, en dépit des améliorations apportées au service (traitement de l'eau).

Depuis 1986, une seule affaire est portée au Conseil d'État par un abonné, le syndicat de copropriété « Les Nouveaux Horizons », qui obtient réparation grâce à l'intervention préalable de sa commune, Élancourt (Yvelines) (6). Les huit autres litiges sont tous dirigés contre des communes qui ont délégué leurs services d'eau. Les abonnés contestent l'augmentation des tarifs consécutive à la délégation, l'affectation du surplus au budget général de la commune et les conditions de passation ou de rupture des contrats de délégation.

L'augmentation des prix de l'eau

La privatisation du service d'eau de Peyreleau est contestée en 1992 par une association d'usagers parce qu'elle se traduit par une augmentation des tarifs. Le conseil municipal de Peyreleau a d'abord adhéré à un syndicat intercommunal en 1983 puis adopté le mode d'organisation du syndicat pour son service d'eau, l'affermage au lieu de la régie. Le contrat prévoit l'extension du réseau vers un hameau de la commune où le maire et un conseiller municipal résident. Ces travaux sont financés par le fermier et occasionnent une augmentation du tarif pour l'ensemble des habitants de la commune. Le Conseil d'État s'estime incompétent pour apprécier l'opportunité d'un changement de mode de gestion. Il peut en revanche annuler les délibérations entachées d'illégalité. En l'espèce, les délibérations seraient illégales si les membres du conseil municipal étaient intéressés à l'affaire : que le maire et un de ses conseillers habitent le hameau qui doit bénéficier d'une extension du réseau ne

suffit pas à les qualifier d'intéressés. La demande de l'association d'usagers est donc rejetée (7).

En revanche, le Conseil d'État donne raison à Mme Carrère qui refuse de payer la contribution de 10 000 francs demandée par la commune de Sollies-Toucas et son fermier, la SADE, pour la raccorder au réseau d'eau potable. Mme Carrère habite un hameau vers lequel le réseau de la commune doit être étendu. Si la collectivité organisatrice peut facturer les travaux de branchement aux futurs abonnés, elle ne peut instituer le paiement d'une redevance pour l'extension du réseau. Les travaux d'extension sont des équipements publics à caractère d'intérêt général et leur financement pèse sur l'ensemble des abonnés du service à travers le prix de l'eau (8).

Le Conseil d'État donne aussi raison aux personnes privées et morales qui réclament l'annulation des clauses tarifaires du contrat de concession conclu, en 1990, entre la ville de Saint-Étienne et la Société Stéphanoise des Eaux (filiale commune de la CGE et de la SLE). Ces tarifs, en hausse de 21 %, permettent à la Société d'amortir les redevances versées à la ville pour l'usage des installations concédées (400 MF) et l'occupation du domaine public (22 MF par an), mais aussi pour couvrir des dépenses étrangères au service d'eau et normalement supportées par le budget général de la ville. Le Conseil d'État accède à la demande des abonnés sur la base du principe selon lequel les tarifs des SPIC doivent trouver une contrepartie directe dans le service rendu aux abonnés. Ni la règle de l'équilibre budgétaire, ni la liberté de la concurrence et des prix, invoquées par Saint-Étienne, ne peuvent contrevenir à ce principe. Le droit d'entrée et les redevances pour occupation du domaine public sont en revanche licites, la concession étant antérieure à la loi Sapin qui en conditionne le versement (9).

Affectation du surplus au budget général de la commune

La contribution d'un service d'eau aux dépenses générales d'une commune n'est toutefois pas impossible. En 1999, deux abonnés s'opposent à la ville de Bandol qui, quatre ans après avoir transféré un excédent de 2,4 millions de francs de son service d'eau vers son budget général, demande à son fermier, la Société des Eaux de Marseille, (filiale commune de la CGE et de la SLE) de financer 5 millions de francs d'investissement sur 15 ans grâce aux futures recettes d'abonnement. Les abonnés estiment que la ville a tiré un avantage indu de la délégation : l'excédent du service d'eau doit bénéficier à ce seul service et lui être reversé pour financer une partie des futurs investissements.

Ils obtiennent l'annulation de la décision municipale en première instance. Le Conseil d'État casse ce jugement : si la règle de l'équilibre budgétaire interdit aux communes de subventionner leurs SPIC d'eau, elle n'interdit pas, sous certaines conditions, que l'excédent d'un tel service soit affecté au budget général. L'excédent doit, en priorité, être utilisé pour apurer les soldes déficitaires antérieurs et pour financer l'exploitation et le développement du service d'eau à court terme. Seul le surplus peut être reversé au budget général. En l'espèce, l'excédent n'était nécessaire ni pour apurer un report à nouveau débiteur, ni pour financer des investissements immédiats. Les investissements programmés pour la période allant de 1994 à 2009 ne pouvaient pas en 1990, être considérés comme des investissements à court terme (10).

Les modalités de la privatisation du service d'eau

Par deux fois, des abonnés contestent l'absence de concurrence lors de la passation de contrats de délégation.

Un conseiller municipal de Saint-Denis de la Réunion réclame l'annulation du contrat d'affermage conclu en 1990 avec la CGE, sans mise en concurrence préalable. Sa demande est rejetée par le Conseil d'État. L'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix du commerce et de l'industrie sur laquelle le conseiller municipal appuie sa demande en annulation n'est pas applicable en l'espèce. L'organisation d'un service public n'est pas constitutive d'une activité de production, de distribution et de services : la dévolution d'un service public n'est pas un acte susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché. Aussi la décision de déléguer n'avait-elle pas, en 1990, à faire l'objet d'une publicité particulière (11).

Ce n'est plus le cas en 1993, quand la commune de Port-Saint-Louis du Rhône privatise son service d'eau par voie d'affermage à la SEERC (Société d'Équipement et d'Entretien des Réseaux Communaux). Pourtant M. Porelli n'obtient qu'une annulation partielle du contrat passé, sans publicité préalable, en échange d'un droit d'entrée de 4 MF et de redevances annuelles de 500 KF. La SEERC était en effet pressentie avant la promulgation de la loi Sapin, comme l'atteste un courrier du maire daté du 14 décembre 1992, commandant de réaliser un diagnostic du réseau et une analyse qualitative de l'eau. En revanche, le cahier des charges, détachable du contrat, est intervenu après la publication de la Loi Sapin. Le Conseil d'État

peut donc annuler les clauses relatives au droit d'entrée et aux redevances annuelles dont il estime les montants injustifiés (12).

Les modalités de rupture de contrat de délégation

À Grenoble, ce sont les conditions de résiliation de la concession conclue par la ville et la Société des Eaux de Grenoble que conteste un abonné en 2000. La concession des services d'eau et d'assainissement date de 1989. La ville y met un terme prématuré en 1999, et indemnise son concessionnaire à hauteur de 86,2 MF. M. Comparat réclame la restitution de cette indemnité. Il est habilité à exercer « les actions qu'il croit appartenir à la commune et que celle-ci, préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou négligé d'exercer », sous réserve « que l'action intentée présente un intérêt suffisant pour la commune ». La ville de Grenoble avait en l'occurrence le choix entre une résiliation négociée ou la saisine du juge administratif pour obtenir la nullité des contrats. S'estimant sans droit pour obtenir une annulation de ses contrats, Grenoble a préféré négocier une résiliation amiable avec la Société des Eaux de Grenoble. Une application stricte des conventions intervenues en 1989 obligeait la ville au versement d'une indemnité de 282 MF. Aussi l'annulation réclamée par M. Comparat aurait-elle pour effet de mettre la ville dans l'obligation de verser une indemnité supérieure à celle qu'elle a négociée. La demande de M. Comparat étant sans intérêt pour Grenoble, elle est rejetée par le Conseil d'État (13).

Le nouveau contrôle administratif des préfets et des chambres régionales des comptes

Depuis les lois de décentralisation, les préfets exercent un contrôle de légalité sur les actes communaux et peuvent saisir les tribunaux administratifs en cas d'irrégularités. En 1987, le préfet de l'Ardèche fait annuler par le tribunal administratif de Lyon une décision de la commune de Coux qui avait décidé de tarifs différents pour les abonnés résidents et les abonnés saisonniers de son service d'eau. L'annulation est confirmée au contentieux en 1993 : la situation des deux catégories d'usagers est identique et la discrimination tarifaire ne s'appuie sur aucune nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service. Le conseil municipal a donc dérogé au principe d'égalité des usagers devant le service public et doit modifier ses tarifs (14).

Les chambres régionales des comptes exercent pour leur part un contrôle financier sur les collectivités locales et, par ricochet, sur les services d'eau délégués. Les modalités de ce

contrôle sont précisées par le Conseil d'État en 1998, à l'occasion d'un litige opposant la CGE au président de la chambre régionale des comptes de Champagne-Ardenne qui a émis un avis d'enquête pour la vérification des comptes remis par la Compagnie pour la gestion du service d'eau de la ville de Saint-Dizier. Les chambres régionales des comptes peuvent vérifier, auprès des délégataires de services publics, les comptes qu'ils remettent aux autorités délégantes. Ce contrôle relève de l'examen de la gestion des collectivités territoriales et non du jugement de ces comptes. Autrement dit, l'avis d'enquête émis par le président de la chambre régionale des comptes ne fait pas grief au délégataire et ne constitue pas, contrairement aux pré-supposés de la CGE, un excès de pouvoir (15).

On comprend avec ce deuxième type d'arrêts, que le contrôle des services d'eau obéit à un nouveau dispositif. Désormais, le contrôle des comptes est conduit au niveau régional par des organisations spécialisées et non au niveau départemental par les représentants de l'État. Mais c'est toujours à travers les comptes des communes et de leurs démembrements que sont appréhendés les comptes des services d'eau. Or les opérateurs peuvent assurer conjointement la gestion de services non unifiés d'un point de vue juridique et administratif mais techniquement solidaires. Aussi, le contrôle financier s'exerce-t-il sur la base d'informations parcellaires dont la globalisation est, en pratique, très difficile (16).

Les nouvelles règles de concurrence pour les marchés de travaux et de fourniture

La loi Sapin a donné au Président d'un tribunal administratif le pouvoir de suspendre ou d'annuler une passation de marché public en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Il doit être saisi par toute personne directement intéressée par la passation et qui s'estime lésée à cause d'un manquement aux règles.

En 1995, le Conseil d'État est saisi d'un litige opposant le district de l'agglomération nancéienne à la Société Norit France. Le district a émis un appel d'offres pour faire remplacer le charbon actif de filtration et d'affinage utilisé dans une de ses stations de traitement. Norit France s'estime victime d'une procédure qui a faussé le jeu de la concurrence : le district aurait demandé un produit de remplacement si spécifique qu'il écartait, de fait, la participation de plusieurs fournisseurs à l'appel d'offres. Le Conseil d'État estime, comme le Président du tribunal administratif, que si le district peut valablement exiger des

spécifications plus sévères que celles des normes réglementaires pour un marché, ces spécifications ne doivent pas avoir pour effet de réduire le nombre de produits qui y répondent, donc la concurrence chez les fournisseurs (17).

En 1998, la Lyonnaise des Eaux fait annuler le marché de services obtenu par le syndicat départemental des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin pour le service d'assainissement de la communauté de communes du Piémont de Barr. En première instance, le tribunal administratif a enjoint la communauté de communes de procéder à la publication d'un avis de marché de services pour satisfaire à ses obligations de publicités. Cette décision est confirmée par le Conseil d'État : si le code des marchés publics ne s'applique pas à un contrat entre deux établissements publics de coopération intercommunale dont l'un est adhérent de l'autre, il entre dans le champ d'application de la directive 95-50 du Conseil des Communautés Européennes portant sur la coordination des procédures de passation des marchés publics de services et doit faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence (18).

En revanche le syndicat intercommunal des Eaux de Gravelotte et de la Vallée de l'Orne ne peut prétendre au marché de la fourniture d'eau la société Sorepark qui gère un parc d'attractions sur le territoire de communes non affiliées. En 1994, la ville de Metz et son opérateur, la SME (Société Mosellane des Eaux, filiale de la CGE), obtiennent l'annulation de ce contrat de fourniture : le syndicat est un établissement public intercommunal soumis au principe de spécialité. En l'espèce, il ne peut proposer de services hors de son territoire (19).

Les nouvelles règles de concurrence pour la passation d'un contrat de délégation

En 2000 et 2001, les règles régissant la concurrence pour l'obtention d'un contrat sont à leur tour mises à l'épreuve, à travers deux arrêts.

Le premier est dirigé par la Compagnie Méditerranéenne d'Exploitation des Services d'Eau contre le district de Bastia qui a retenu quatre Compagnies lors de son appel public à la concurrence pour la délégation de ses services d'eau et d'assainissement. La Compagnie conteste la présence, en phase finale d'appel d'offre, de l'Office d'Équipement Hydraulique de la Corse. Elle demande la suspension de la procédure, au nom du principe de spécialité de cet établissement public et de la concurrence déloyale qu'il est susceptible d'exercer grâce aux

subventions dont il bénéficie. Le Conseil d'État précise que le juge administratif est chargé de vérifier que les éléments sur lesquels la collectivité s'appuie pour retenir un candidat ne constituent pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Il ne lui appartient pas, en revanche, de contrôler le respect par le candidat « de son objet social ou, quand il s'agit d'un établissement public du principe de spécialité auquel il est tenu ». En tant que tel, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie « ne fait pas obstacle à ce qu'un établissement public se porte candidat à l'obtention d'une délégation de service public proposée par une collectivité territoriale ». Le Conseil d'État ne s'autorise pas, en outre, à revenir sur la décision du tribunal administratif de Bastia qui, dans l'exercice de son pouvoir souverain, a estimé que les subventions perçues par l'Office et les négociations menées en parallèle avec le district pour la conclusion d'autres contrats ne plaçaient pas ledit établissement dans une situation avantageuse par rapport aux autres candidats... (20).

Le dernier arrêt est obtenu par le syndicat intercommunal d'adduction d'eau de Saint-Martin de Ré, La-Flotte en Ré et Sainte-Marie de Ré, après que son ancien fermier, la SAUR, ait obtenu, en premier appel, l'annulation de la procédure d'appel à concurrence pour le renouvellement du contrat de délégation. Le Conseil d'État rappelle que la procédure de publicité requiert d'abord de la collectivité qu'elle dresse la liste des candidats admis à présenter une offre, après examen de leurs garanties professionnelle et financière et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. Cette première étape doit permettre la présentation de plusieurs offres, formulées sur la base des documents transmis par la commune et qui définissent les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations demandées ainsi que les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. Les propositions sont ensuite négociées par la collectivité qui choisit librement son délégataire. Le respect du principe d'égalité requiert que si la collectivité fixe un nouveau délai pour la remise des offres, il soit proposé dans les mêmes termes à tous les candidats retenus. Le syndicat avait, en l'occurrence, fixé au 8 mars 2000 la date de remise des premières offres, puis entamé des négociations avec deux candidats : la SAUR et la SAGUR (Société Aquitaine de Gestion Urbaine et Rurale). Les offres finales devaient être déposées par ces deux candidats le 21 avril. Avant de clore définitivement ses négociations, le syndicat a demandé à la seule Société AGUR de modifier l'offre

déposée le 21 avril, au mépris du principe d'égalité. Le syndicat estime que l'exécution par la SAUR du contrat antérieur lui conférait un avantage particulier. Sa démarche avait pour intention de l'annuler, pour justement rétablir le principe d'égalité entre les candidats. Le Conseil d'État lui donne tort, estimant qu'il n'appartient pas au juge administratif de contrôler « les conséquences éventuelles de l'application des stipulations d'un autre contrat », en l'occurrence du contrat antérieur (21).

CONCLUSION

La dérégulation de la distribution d'eau est l'aboutissement d'un long combat entre l'État et les collectivités locales, dont l'enjeu était de faire évoluer le service d'eau d'un modèle de gestion non marchand vers un modèle de gestion marchand.

La France, à l'instar de tous les pays dont la desserte en eau potable est aujourd'hui achevée, a financé la distribution d'eau potable à domicile grâce à des ressources fiscales, les recettes d'abonnement ne jouant qu'un rôle d'ajustement pour équilibrer le budget des services d'eau locaux.

Dans ce contexte, les opérateurs ont réussi à survivre en se concentrant, et en profitant des multiples modalités contractuelles que leur offrait le droit administratif, pour faire évoluer leur contrat de concession vers des contrats qui autorisaient un financement fiscal et une exploitation privée.

Dans le processus de régulation à trois en vigueur jusqu'à la déréglementation des prix de l'eau, les opérateurs ont par ailleurs su faire prévaloir auprès de l'État le bénéfice que ce dernier pouvait retirer de la présence d'opérateurs nationaux pour opérer une rationalisation technique que les 36 000 communes contraieraient.

Depuis quinze ans, l'Administration est sortie du jeu réglementaire. Le niveau national est désormais uniquement représenté à travers les lois votées par les assemblées. Le niveau européen a fait son apparition. Il constitue le quatrième acteur du processus de régulation. Pour l'heure, son rôle se manifeste essentiellement à travers la réglementation du produit eau potable. Les abonnés sont en revanche bien présents. Les arrêts du Conseil d'État traduisent en effet la participation de ce cinquième acteur au nouveau processus de régulation.

Les autorités organisatrices s'incarnent aujourd'hui plus dans des structures intercommunales que dans les communes, même si ces dernières participent indirectement au jeu en tant

que membres fondateurs de ces structures et au titre de leurs prérogatives pour l'occupation du domaine public. Les arrêts les plus récents du Conseil d'État témoignent de la montée en puissance des syndicats, notamment des syndicats départementaux, et de leur capacité à concurrencer les opérateurs privés. La concurrence reste cependant difficile à promouvoir. Outre le principe de spécialité qui représente aujourd'hui le principal moteur de l'inégalité entre les organisations publiques et pri-

vées, les syndicats partagent avec tous les opérateurs la difficulté qui est de dépasser l'avantage retiré par le délégataire en place, lors du renouvellement des contrats de délégation.

Christelle Pezon
est maître de conférences au
Conservatoire National des Arts et Métiers,
2 rue Conté 75003 Paris
téléphone : 01 40 27 27 35 - fax : 01 40 27 29 73
Email : pezon@cnam.fr

NOTES

(1) Porta F., 1998, « Management systems of drinking water production and distribution services in the EU member states », *Aqua*, vol. 47, n° 4, pp. 176-182.

(2) Stottmann W., 1994, « Private sector participation in the management and financing of water and wastewater systems », actes de la conférence de Stockholm, publiés par l'Office International de l'Eau en 1999, pp. 435-442.

(3) Cette analyse fait l'objet d'une thèse en sciences de gestion, Pezon C., *Le service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, Presses du CEREM, 1999.

(4) La thèse précédemment citée a étudié l'évolution des modes de régulation de la distribution d'eau potable de 1850 à 1995 selon cette méthode.

(5) Les autres conflits ne se distinguent des conflits antérieurs ni dans l'identité des parties prenantes, ni dans le litige porté devant le Conseil d'État, ni dans la manière dont le juge l'apprécie et le règle.

(6) CE, 51.022 (29 avril 1987) et CE, 149.194 (10 juin 1996).

(7) CE, 97.476 (10 janvier 1992).

(8) CE, 89.675 et 89.676 (25 avril 1991).

(9) CE, 156.176 et 156.509 (30 septembre 1996).

(10) CE, 170.999 (9 avril 1999).

(11) CE, 138.504 (23 juillet 1993).

(12) CE, 161.091 (14 juillet 1998).

(13) CE, 219.918 (29 décembre 2000).

(14) CE, 95.139 (28 avril 1993).

(15) CE, 192.689 (20 mai 1998).

(16) Cette difficulté est la contrepartie directe de la souplesse qui caractérise l'organisation des services d'eau délégués. Lorrain D., 1987, « Le grand fossé ? Le débat public/privé et les services urbains », *Politiques et management public* vol. 5 n° 3, septembre, tiré à part.

(17) CE, 152.484 (3 novembre 1995).

(18) CE, 188.239 (20 mai 1998).

(19) CE, 106.876, (25 mai 1994).

(20) CE, 212.054 (16 octobre 2000).

(21) CE, 223.482 (15 juin 2001).