

REPONSE du Président

du Syndicat des eaux d'Ile-de-France (SETIF) (*)

(*) Cette réponse jointe au rapport engage la seule responsabilité de son auteur, conformément aux dispositions de l'article L.241-11 du Code des juridictions financières.

La teneur des observations définitives n'évoluant que peu par rapport à celles développées dans les observations provisoires, le SEDIF reprendra dans la présente ses précédents commentaires complétés toutefois sur certains points jugés essentiels.

Il note toutefois avec satisfaction que la Chambre Régionale des Comptes d'Ile-de-France lui donne avant tout acte, de ce qu'il a tiré les enseignements de la grande majorité des observations qu'elle a émises lors de ses précédents contrôles, et notamment dans son précédent rapport d'observations définitives, notifié le 4 septembre 2002.

Le SEDIF s'est en effet toujours attaché, malgré l'ampleur et la complexité administrative, technique et financière du service public de distribution d'eau potable dont il a la charge, difficilement comparable à d'autres services, à en améliorer les modalités d'organisation et de gestion, en particulier par la mise en œuvre des recommandations de la Chambre.

Il regrette d'ailleurs à cet égard que le rapport d'observations définitives ne traite pas précisément de sa gestion en tant que telle, alors même que de nombreuses questions ont été posées sur ce thème par les rapporteurs successifs, en particulier sur les aspects financiers et ressources humaines.

Le SEDIF en déduit que les réponses apportées ont donné pleine satisfaction à la Chambre.

Le contenu du rapport d'observations définitives se limite ainsi pour l'essentiel à l'examen de la convention actuelle de régie intéressée et à des observations prospectives sur le futur contrat.

La Chambre formule à ce stade plusieurs critiques tirées :

- en premier lieu, des relations contractuelles actuellement entretenues entre le SEDIF et son délégataire, exploitant du service public d'eau potable, telles qu'issues notamment de l'avenant du 15 décembre 2005 à la convention de régie intéressée ; ces critiques tiennent, d'une part, au régime des travaux réalisés par le délégataire dans le cadre de cette convention, et d'autre part, aux prestations d'ingénierie confiées au délégataire dans le cadre de cette même convention ;

- en deuxième lieu, des modalités selon lesquelles les opérations du service public d'eau potable sont retracées dans les comptes du SEDIF et dans ceux du délégataire;
- en troisième lieu, de la qualification de l'actuelle convention de régie intéressée qui, selon la Chambre, ne devrait « *selon toute vraisemblance* » s'analyser comme une délégation de service public ;
- et enfin, en quatrième lieu, de ce que le dispositif contractuel envisagé par le SEDIF pour la future délégation de service public à compter du 1^{er} janvier 2011 n'apporterait « *pas de solutions entièrement satisfaisantes* » aux problèmes soulevés par la Chambre concernant l'actuelle convention de régie intéressée.

Outre qu'il s'interroge à titre liminaire sur les conditions procédurales dans lesquelles a été conduit l'examen de sa gestion depuis 2001, le SEDIF conteste par ailleurs fermement les différentes critiques qui lui sont opposées, et tout particulièrement celles relatives à l'avenir.

A cet égard, le SEDIF ne peut manquer de relever, que la procédure suivie par la Chambre et ses **délais anormalement longs** aboutissent à une communication obligatoire au Comité du SEDIF, d'observations définitives concernant pour partie le futur contrat de délégation de service public, au moment même où ce Comité sera appelé à choisir le futur délégataire et à approuver le contrat s'y rapportant.

Le SEDIF regrette cette **surprenante et troublante concomitance**, dont il craint qu'elle ne soit de nature à influencer indûment le libre choix de chacun des membres du Comité.

Cela alors même que les observations formulées sur le futur contrat apparaissent relever d'un contrôle d'opportunité, instruit en méconnaissance de cause et surtout sans examen des pièces, malgré la disponibilité affichée du SEDIF.

Ces considérations conduiront nécessairement le SEDIF à solliciter très expressément en temps opportun, le retrait de la dernière partie (partie 4, pages 30 à 32) du rapport d'observations définitives, selon les formes requises par les articles L. 245-4 et R. 241-31 du Code des juridictions financières.

1-

Sur les conditions procédurales d'instruction

Par principe, le SEDIF s'est toujours interdit de porter la moindre appréciation sur les modalités d'instruction établies en toute indépendance par le Magistrat chargé du contrôle.

Cependant, au cas d'espèce, les conditions procédurales d'instruction appellent plusieurs remarques qui conduisent à contester la régularité même de l'instruction au regard des dispositions du Code des juridictions financières.

11-

En premier lieu, il faut souligner que tout au long de l'instruction, les services du SEDIF se sont toujours attachés à répondre de la manière la plus complète et diligente possible aux questions et demandes de documents formulées par les deux rapporteurs chargés de l'instruction, et ce en dépit :

- d'une part, des demandes réitérées d'information à la suite de la perte de documents par les magistrats ;
- et d'autre part des délais de réponse souvent très courts qui leur ont été accordés, souvent en décalage avec la très longue durée d'instruction du dossier par la Chambre.

Il faut en effet rappeler que le contrôle a été ouvert par une lettre du Président de la Chambre en date du 13 janvier 2006 pour finalement donner lieu à des observations provisoires formulées le 23 septembre 2009, soit une durée particulièrement longue d'instruction de plus de trois ans et huit mois.

12-

En deuxième lieu, le SEDIF maintient ses réserves les plus expresses sur les conditions d'intervention de deux magistrats rapporteurs successivement désignés pour procéder au contrôle.

Le rapport d'observations provisoires n'en faisait pas état.

En réponse aux observations du syndicat, le rapport d'observations définitives se borne à observer que :

« Le représentant légal de l'organisme contrôlé doit être informé de l'identité des rapporteurs chargés d'en examiner la gestion. Cette formalité a été accomplie ».

Cette information ne semble précisément pas avoir respecté les formes prescrites par le code des juridictions financières.

En effet, le courrier du 3 avril 2009, du Président de la Chambre au Président du SEDIF, qui vise l'article R 241-2 du CJF relatif à la désignation du rapporteur désigné, ne mentionne comme rapporteur que Monsieur SCHNEIDER. En aucun cas ce courrier n'informe de la désignation d'un autre rapporteur.

Il est certes fait mention d'une intention de « renforcer l'équipe de vérification » ce qui ne permet évidemment pas de préjuger de la désignation d'un second rapporteur qui n'a donc jamais été désigné conformément aux dispositions de l'article R 241-2 du CJF.

Il s'en déduit que l'intervention de Monsieur SENTENAC en qualité de rapporteur est hautement discutable, tout comme le sont par suite les actes de procédure par lui effectués y ajoutant le rapport d'instruction à la rédaction duquel il a collaboré.

Au nombre des actes très discutables accomplis par Monsieur SENTENAC, il y a lieu de relever l'audition de Monsieur CARRON, de la société POYRY, sur laquelle il sera revenu plus en détail infra.

Tout aussi discutable est l'entretien préalable qui s'est tenu le 16 juillet 2009 entre Monsieur SENTENAC et le Président du SEDIF.

En effet, aux termes de l'article L 243-1 du CJF :

"Lorsque la chambre régionale des comptes examine la gestion des collectivités territoriales et des établissements publics locaux, les observations qu'elle présente ne peuvent être formulées sans un entretien préalable entre le magistrat rapporteur ou le président de la chambre et l'ordonnateur de la collectivité territoriale ou de l'établissement public concernés, ainsi que l'ordonnateur qui était en fonctions au cours de l'exercice examiné".

Monsieur SENTENAC n'étant, ainsi qu'il vient d'être démontré, pas rapporteur formellement désigné à la date du 16 juillet 2009, il apparaît que l'entretien préalable prévu à l'article L 243-1 du CJF ne s'est pas déroulé dans le respect de ces dispositions légales.

13-

En troisième lieu, et ainsi que cela a été souligné plus haut, il ressort des observations provisoires transmises par la Chambre, que des critiques graves ont été émises sans consultation des pièces s'y rapportant.

Il en va ainsi des critiques formulées sur le futur contrat de délégation de service public qu'envisage de conclure le SEDIF (cf. 4^{ème} partie du rapport d'observations provisoires).

Le SEDIF a, en effet, proposé au magistrat en charge de l'instruction d'examiner sur place le dossier de consultation des entreprises et de s'entretenir avec les agents de l'établissement en charge de ce dossier.

Cette proposition a été déclinée, ce dont l'établissement a pris acte, respectueux des décisions prises en la matière par le rapporteur.

Il est en conséquence surprenant de constater que certaines observations de la Chambre (§ 175) énoncent des critiques sur un « *cahier des charges* » (document définissant les Caractéristiques Qualitatives et Quantitatives des Prestations confiées, dit « DCQQP ») qui n'a jamais été examiné.

Et il est dès lors difficilement acceptable que la Chambre persiste dans des critiques de principe relatives à la régularité du projet de contrat, objet de la procédure de mise en concurrence en cours, alors même d'une part que ce projet n'a jamais été par elle consulté et qu'il s'agit de surcroît d'un projet en cours de négociation, dont la teneur définitive est à ce jour susceptible d'évolution.

14-

Enfin, en quatrième lieu, alors que les magistrats chargés de l'Instruction n'ont jamais rencontré les fonctionnaires du SEDIF, ce dernier a appris, non sans quelque étonnement, que l'un de ses prestataires avait été convoqué au siège de la juridiction pour un entretien de plusieurs heures, selon une procédure mal identifiée au regard des dispositions du Code des Juridictions Financières, et sans que l'ordonnateur en soit jamais informé.

Cette audition est manifestement contraire aux règles procédurales applicables.

Si l'on se réfère aux dispositions du Code des Juridictions Financières, et en particulier aux articles L.241-4, R.241-7 et R.241-29, il apparaît que, pour les besoins de l'instruction, le Président de la Chambre Régionale des Comptes peut convoquer devant la formation de délibéré compétente tout agent, tout fonctionnaire de la collectivité territoriale, organisme, société ou groupement qu'elle contrôle, en vue de son audition.

Le SEDIF retient de ces dispositions que :

- **L'audition de personnalités extérieures à la collectivité concernée par l'examen de gestion n'est pas prévue par le CJF, à l'exception des représentants de l'Etat et membres des services d'inspection et corps de contrôle.**
- **Toute audition doit être précédée d'une convocation par LRAR, précisant les points sur lesquels doit porter l'audition; cette convocation ressort de la seule compétence du Président de la CRC.**
- **Une obligation réglementaire de tenue de registres d'audition s'impose à la Chambre, ce registre devant mentionner les noms des personnes entendues, leur signature et la date de leur audition.**

Il apparaît qu'en l'espèce, l'audition d'un conseil externe du SEDIF, Monsieur CARRON, de la société POYRY, n'est pas conforme aux dispositions précitées, puisque ces dernières restreignent aux personnes internes à l'entité contrôlée la possibilité d'une audition à la demande de la Chambre.

La référence faite au stade des observations définitives à l'article L 243-6 du CJF ne paraît pas opérante, dès lors qu'elle vise le cas d'audition, à leur demande, de personnes nominativement ou explicitement mises en cause, ce qui n'est aucunement le cas de Monsieur CARRON.

En outre, cette audition réalisée par une personne, dont il n'apparaît pas qu'elle avait formellement été désignée en qualité de rapporteur, n'a pas été précédée d'une communication dans les formes prévue par le Code des Juridictions Financières, et n'a pas fait l'objet d'une inscription dans le registre des auditions.

Il est, par ailleurs, permis de penser que cette audition « officielle » porte, au-delà de la méconnaissance des règles spécifiques aux auditions, une atteinte plus générale au principe du contradictoire garanti en la matière par l'article R. 241-27 du Code des Juridictions Financières.

En effet, dans la mesure où cette audition fait partie des éléments pris en compte par la Chambre pour rendre ses observations, le SEDIF aurait dû à tout le moins être mis à même d'en connaître l'existence et les conditions par la lecture du registre des auditions.

Si les dispositions du Code des Juridictions Financières ne prévoient pas que soit mentionné dans ce registre le contenu même des auditions (seules les mentions du nom de la personne entendue et de la date de son audition étant requises), l'inscription au registre est la seule formalité, de ce fait substantielle, permettant à l'ordonnateur d'être informé *a posteriori* des auditions effectuées, dans la mesure où les textes ne prévoient en revanche aucune obligation d'informer *a priori* l'ordonnateur des auditions projetées lors de la convocation des intéressés.

La multiplication des griefs relatifs à l'instruction menée par la Chambre permet de douter sérieusement de la régularité globale de la procédure.

2-

Sur les observations provisoires relatives à la nature juridique de l'actuelle convention de régie intéressée

La réponse que le SEDIF entend apporter aux diverses observations de la Chambre relatives aux relations contractuelles qu'il entretient avec son délégataire, nécessite au préalable de revenir sur la nature juridique de l'actuelle convention de régie intéressée.

Pour mémoire, on rappellera qu'aux termes du premier alinéa de l'article 1^{er} de cette convention :

« Le Syndicat, agissant tant en son nom que pour le compte des communes et Etablissements Publics de Coopération Intercommunale des départements de la SEINE-SAINT-DENIS, des HAUTS-DE-SEINE, du VAL-DE-MARNE, du VAL-D'OISE, des YVELINES, de l'ESSONNE et de la SEINE-ET-MARNE adhérentes dudit Syndicat, confie au Régisseur, en régie intéressée, la gestion du Service Public de production et de distribution de l'eau sur le territoire de ces communes; ci-après dénommées les « Communes » ».

Cette convention a bien pour objet de confier au délégataire la « gestion » du service public dont le SEDIF a la responsabilité.

Elle répond, en cela, pleinement à l'objet même de toute délégation de service public telle que cette notion est définie par le législateur à l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales et notamment son premier alinéa :

« 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. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

La Chambre remet pourtant en cause la qualification de délégation de service public appliquée estimant que *« le contrat de régie intéressée est, selon toute vraisemblance, un marché public et non une délégation de service public »* (§ 162). La Chambre se fonde en cela sur les modalités de rémunération du délégataire, rémunération qui ne serait pas *« substantiellement liée aux résultats de l'exploitation de service public »*, contrairement à ce que prévoit l'article L. 1411-1 précité.

L'analyse de la Chambre appelle de la part du SEDIF les réserves suivantes :

21-

La qualification d'un contrat en régie intéressée n'est pas exclusive de ce que ledit contrat constitue une délégation de service public.

La régie intéressée qui consiste pour une personne publique à confier l'exploitation d'un service public à un tiers qui en assume l'exploitation pour son compte moyennant une rémunération versée par elle, et non par les usagers, constitue en effet une catégorie à part entière de conventions de délégation de service public.

C'est d'ailleurs en se prononçant sur la qualification d'un contrat de régie intéressée, que le Conseil d'Etat a énoncé la définition d'une délégation de service public reprise par le législateur (voir CE, 30 juin 1999, SMITOM, Rec. p. 230 ; voir également CAA Douai, 29 janvier 2004, req. n°01DA01060).

La régie intéressée figure en outre très clairement au nombre des trois *« principaux types de délégation de service public »* que distingue la doctrine administrative, ainsi qu'il résulte notamment du Guide de la délégation des services publics locaux publié par la Direction Générale des Collectivités Locales du Ministère de l'Intérieur (La Documentation Française, 2007, page 13).

22-

Toute la question est donc celle de savoir si la rémunération du délégataire est « *substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* ».

221-

Schématiquement, l'alternative est la suivante :

→ La rémunération du cocontractant est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service dont il est en charge, et le contrat correspond à une délégation de service public ;

→ Ou bien si la rémunération du cocontractant reste substantiellement indépendante des résultats de l'exploitation du service, le contrat est un marché public.

La mise en œuvre de cette distinction soulève des difficultés, car les contours de la notion de « *rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* » demeurent à certains égards encore très incertains.

On peut néanmoins en l'état du droit positif retenir certains enseignements qui aident à la distinction entre marché public et délégation de service public.

Il est ainsi acquis que la rémunération du cocontractant, au sens des dispositions précitées, ne s'entend pas exclusivement d'une rémunération substantiellement perçue auprès des usagers, de sorte que les contrats dans lesquels l'entreprise se rémunère de manière substantielle par le biais de la tarification à l'usager ne sont pas les seuls à être susceptibles de revêtir la qualification de délégation de service public. Peut ainsi tout autant être considérée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, une rémunération directement versée par la collectivité contractante (voir en ce sens : TA Nantes, 7 juin 2005, Préfet de la Loire-Atlantique, req. n° 045120 – solution implicite) ou encore résultant partiellement de recettes perçues auprès de tiers, s'agissant d'activités que le transporteur est autorisé à exercer en même temps que le service public (voir en ce sens : CE, 30 juin 1999, SMITOM, Rec., p. 230).

En réalité, dès lors que des recettes ne sont pas garanties par la collectivité contractante, à la différence du prix que s'est engagé à verser l'Administration dans un marché public, elles peuvent être considérées comme une rémunération liée aux résultats d'exploitation.

Mais pour que le contrat soit une rémunération de service public, encore faut-il que cette part de recettes aléatoires, issues de l'exploitation du service ou d'activités annexes, soit substantielle. Ce qui soulève évidemment la question du seuil à partir duquel ce caractère substantiel est atteint : 30 % de la rémunération perçue, selon le fameux arrêt SMITOM précité. Mais ce chiffre ne constitue en rien une valeur absolue, tout étant en la matière affaire d'espèce (voir par exemple : CAA Lyon, 16 avril 2000, Société des Autocars Vallier, req. n° 9904017 : la qualification de délégation de service public est retenue au motif que les recettes aléatoires représentaient pour chacun des deux contrats en cause 18,28 % et 29,30 % de la rémunération du cocontractant ; voir aussi CAA Marseille, 13 avril 2004, Ville de Marseille, req. n° 00MA00393, s'agissant d'une rémunération assurée seulement à hauteur de 20 % par les recettes d'exploitation).

Une valeur absolue en pourcentage de recettes est d'autant moins pertinente que le raisonnement à tenir est souvent plus complexe, et oblige dans certains cas à intégrer dans l'analyse la couverture des charges et à ne pas simplement se fonder sur les recettes. Il arrive en effet que la participation financière de la collectivité publique contractante n'emprunte pas la forme d'une garantie de recettes mais celle d'une garantie de couverture de charges (voir en ce sens : CAA Marseille, 5 mars 2001, Préfet du Var, req. n° 99MA01751).

Plus encore, certains contrats prévoient que la rémunération du cocontractant est indépendante des redevances perçues sur les usagers, et que ledit cocontractant est assuré de se voir rembourser les charges exposées dans le cadre de l'exploitation du service, alors que pourtant la rémunération est jugée comme demeurant substantiellement liée aux résultats d'exploitation, et partant que le contrat est donc qualifié de délégation de service public.

C'est précisément le cas lorsque le service est exploité sous forme de régie intéressée (voir en ce sens : TA Cergy-Pontoise, 16 avril 2002, Préfet de la Seine-Saint-Denis, req. n° 94-22672 : s'agissant d'un contrat dans lequel le titulaire percevait de la collectivité contractante une rémunération composée d'une part forfaitaire destinée à couvrir les charges d'exploitation et d'investissement, et d'une variable destinée à inciter l'exploitant à améliorer la gestion et l'exploitation du service calculée en appliquant un pourcentage progressif sur le montant annuel des recettes encaissées ; cette part variable représentant globalement environ 20 % de la rémunération du titulaire, le contrat a été qualifié de délégation de service public).

Il résulte de ce qui précède que les « *résultats d'exploitation* » auxquels s'est référée d'abord la jurisprudence, puis le législateur pour définir la délégation de service public ne s'entendent pas seulement des résultats financiers, mais plus généralement des performances atteintes dans l'exploitation du service. Ainsi, dès lors que la rémunération du cocontractant varie de manière substantielle en fonction de ses performances d'exploitation, y a-t-il lieu de qualifier le contrat de délégation de service public.

La notion de risque d'exploitation à laquelle se réfère la Chambre n'est, quant à elle, en droit français, qu'un indice de la rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation. Le risque n'est ainsi ni nécessaire ni déterminant pour que la qualification de délégation de service public puisse être retenue. C'est ce qui ressort expressément de l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, qu'invoque la Chambre, dans lequel il a certes été jugé qu'« une part significative du risque d'exploitation demeurant à la charge [du] cocontractant, sa rémunération doit être regardée comme substantiellement liée aux résultats d'exploitation », mais pas l'inverse, c'est-à-dire que le caractère substantiellement lié aux résultats de l'exploitation. C'est donc à tort que la Chambre fonde toute son analyse sur la relecture du « *risque d'exploitation effectivement supporté par le cocontractant du Syndicat* » (§ 153).

A supposer, comme l'affirme la Chambre, qu'« on ne trouve pas dans les conditions de rémunération du régisseur une part de risque d'exploitation suffisamment significative » (§ 161), ce seul constat ne saurait suffire à conclure à une requalification de la convention de régie intéressée en marché public.

23-

Au cas d'espèce, la démonstration de la Chambre est totalement insuffisante pour écarter la qualification de délégation de service public, d'ailleurs retenue jusqu'à ce jour sans soulever la moindre objection :

- ni de la part de la Chambre lors de ses précédents contrôles notamment en 1998 et en 2002,
- ni de la Cour des comptes dans son rapport particulier de 2003,
- ni de la part des services du contrôle de légalité ou d'autres organes de contrôle,
- ni de la part du juge administratif, qui à l'occasion de diverses instances auxquelles la convention de régie intéressée du SEDIF a donné lieu, n'a jamais soulevé la question de la validité de ce contrat, alors même qu'il s'agit d'une question d'ordre public que le juge doit soulever d'office (voir en ce sens : CE, 20 octobre 2000, *Société Citécâble Est*).

Une fois décrits les différents mécanismes de rémunération du délégataire tels qu'ils ressortent de la convention de régie intéressée, la Chambre s'en tient à des considérations très générales, alors même que la rémunération perçue par le délégataire, qui est contractuellement composée de cinq termes, comporte une part d'aléa de nature à justifier globalement la qualification de délégation de service public.

Le SEDIF tient à rappeler que la convention de régie intéressée en cause est un contrat ancien conclu en 1962, à une date où la notion de délégation de service public n'avait encore fait l'objet d'aucune définition légale ou jurisprudentielle, et où la frontière avec les autres types de contrats publics, et en particulier les marchés publics, n'était pas véritablement tracée.

Les conditions ci-dessus rappelées de qualification des contrats correspondent en effet à une synthèse du droit positif, fondée sur l'analyse de jurisprudences récentes, dont la doctrine maîtrise aujourd'hui encore mal la portée, et qui ne sauraient être opposées utilement au SEDIF compte-tenu de l'ancienneté du contrat en question.

Malgré tout, en dépit de ce cadre contractuel ancien, le SEDIF a toujours cherché à relever le niveau de risque assumé par son cocontractant, cela en introduisant des éléments variables de rémunération en fonction des performances atteintes.

Ainsi, la rémunération actuelle du délégataire repose-t-elle sur cinq termes répartis en deux volets :

Le premier volet porte sur deux éléments forfaitaires de rémunération du délégataire, puisqu'il est admis qu'une part raisonnable de la rémunération vienne forfaitairement en retour du travail réalisé, avant de considérer la performance ou la productivité dégagée par le délégataire :

- Le prélèvement sur les produits bruts, défini à l'article 35 de la convention de régie intéressée, et correspondant à une rémunération directe de 2,89 % (pourcentage retenu dans le cadre de l'avenant de 2005 actuellement en vigueur) des ventes d'eau aux abonnés.

Ce prélèvement peut être considéré comme une part forfaitaire de rémunération étant donné que celui-ci est perçu indépendamment de la performance réalisée par le délégataire.

Ce forfait supporte cependant un risque structurel, puisque son assiette de calcul est déterminée par les volumes d'eau vendus aux abonnés, volumes qui ont connu une baisse de 20 % depuis 1990.

Par ailleurs les pénalités éventuelles, établies au titre de l'article 45 de la convention de régie intéressée et dues par le délégataire, viennent grever ce prélèvement, en fonction des résultats obtenus au regard de la batterie d'indicateurs mentionnés à l'annexe V de la Convention de régie intéressée.

- **Le premier terme de la « prime travaux »**, défini à l'article 44 bis de la convention de régie intéressée, et correspondant à une rémunération forfaitaire à hauteur de 2 % des travaux dont la réalisation est confiée au délégataire.

A titre d'ordres de grandeur, ces deux premiers éléments de rémunération ont représenté en 2008 respectivement 9,09 M€ (9,20 M€ de prélèvement brut, diminué de 115 000 € de pénalités) et 1,87 M€. Soit une part forfaitaire de rémunération représentant 27 % des 40,26 M€ de rémunération perçue par le délégataire pour cet exercice.

Le second volet de la rémunération porte sur les **trois éléments variables de rémunération du délégataire, représentant la part majeure (73 % en 2008)** de cette dernière, et représentative de trois exercices de mesure de la performance du délégataire dans le cadre des missions qui lui sont confiées :

- **une prime de gestion**, définie à l'article 44 de la convention de régie intéressée, qui est accordée en fonction de la capacité du délégataire à maîtriser les charges du service. Cette prime est d'ailleurs la part principale de la rémunération du délégataire (27,62 M€ en 2008) et son montant est directement lié au niveau des charges constaté en fin d'exercice, comparé à un niveau de charges de référence actualisé.

- **un mécanisme de partage du résultat d'exploitation**, défini à l'article 36 de la convention de régie intéressée, qui prévoit qu'une part du résultat généré est reversé au délégataire, l'autre revenant au SEDIF. Cette part correspond en moyenne à la moitié du résultat généré (1,82 M€ en 2008).

- **le second terme de la « prime travaux »** défini à l'article 44 bis de la convention de régie intéressée, qui a pour objet d'inciter le délégataire à maîtriser les coûts engagés pour la réalisation des travaux qui lui sont délégués, en comparant les coûts constatés à des coûts moyens de référence. Cette comparaison génère un intéressement en cas de réalisation à un moindre coût et une pénalité dans le cas inverse.

La Chambre observera que le délégataire n'a jamais réussi à atteindre ces valeurs de références, au demeurant ambitieuses. En 2008, ce deuxième terme de la prime travaux était de -144 000 €.

Au total, chacun des trois termes de ce second et principal volet de la rémunération du délégataire, et donc in fine la rémunération du délégataire dans son ensemble, apparaît bien liée aux résultats d'exploitation du service. Ils ne permettent pas de conclure aussi péremptoirement que l'ont fait les rapporteurs à une requalification du contrat.

Au-delà de cette description de chacun des termes actuels de la rémunération du délégataire, il est important de relever les efforts que le SEDIF a développés au cours des avenants successifs à la convention pour faire évoluer les éléments constitutifs de cette rémunération :

- **concernant le prélèvement sur les produits bruts**, terme principal de la part forfaitaire de rémunération du délégataire, le taux contractuel appliqué sur les produits au titre de ce prélèvement est passé de 4,5 % au lendemain de l'avenant de 1994 à un taux ramené au fil des avenants au taux actuellement pratiqué de 2,89 %.
- **concernant le second terme de la prime travaux**, la Chambre relèvera que ce terme incitatif, instauré par l'avenant de 1997 a dans un premier temps été conçu pour reconnaître exclusivement une performance positive du délégataire par rapport aux coûts de référence fixés contractuellement, puisque ce second terme était alors positif ou nul, mais ne pouvait contractuellement devenir négatif.

Le SEDIF a fait évoluer cette situation et relevé le niveau de risque encouru par le délégataire dans le cadre de l'avenant de 2003, en faisant sauter le plancher qui existait. Depuis lors, ce second terme peut être positif ou négatif selon la performance du délégataire.

N'ayant pas à ce jour réussi à atteindre les objectifs ambitieux fixés, cette « contre-performance » du délégataire s'est traduite par un second terme de la prime nul de 1998 à 2002 et continement négatif depuis 2003.

Il faut encore souligner que le SEDIF, dans la perspective du renouvellement de la délégation de service public, s'est toujours préoccupé de la qualification de l'actuelle convention de régie intéressée. C'est en particulier ce qui l'a conduit à confier au groupement d'assistance à maîtrise d'ouvrage désigné pour l'assister dans le choix du nouveau mode de gestion, la réalisation d'un diagnostic juridique et contractuel portant notamment sur cette question. Ce diagnostic dont une copie a été transmise à la Chambre dans le cadre de l'instruction concluait à un risque théorique de requalification en marché public, sans pour autant que la démonstration ne soit rapportée au cas d'espèce.

Cette démonstration n'a d'ailleurs été établie par quiconque, de sorte que l'on ne peut sérieusement conclure au caractère erroné de la qualification de délégation de service public appliquée à l'actuelle convention de régie intéressée.

Le SEDIF a bien entendu néanmoins tenu compte de la nécessité de minimiser les sources potentielles de risques identifiés dans l'élaboration du cahier des charges de la nouvelle délégation, aux fins de bâtir des mécanismes de rémunération du délégataire permettant de sécuriser la qualification de délégation de service public.

24-

Enfin, on observera qu'en qualité de délégataire de service public, le cocontractant dispose d'une autonomie suffisante pour qu'il ne soit pas considéré comme un simple mandataire du SEDIF.

Si les mécanismes contractuels qui caractérisent traditionnellement les contrats de régie intéressée laissent parfois à penser que la situation du régisseur intéressé s'apparenterait à celle d'un mandataire, la qualification de mandat doit toutefois, en l'espèce, être écartée.

En effet, la large autonomie laissée au délégataire dans l'exécution du service et de la répartition précise des missions et des responsabilités entre le Syndicat et son cocontractant démontrent l'intention du SEDIF de véritablement déléguer à la Compagnie Générale des Eaux l'exercice de l'activité de distribution d'eau potable.

C'est l'analyse qu'a retenue le Conseil d'Etat.

Dans un arrêt en date du 28 mars 1984, le Conseil d'Etat a ainsi considéré à propos précisément des relations entretenues entre le SEDIF et la Compagnie Générale des Eaux :

« (...) qu'il résulte des termes mêmes de la convention de régie intéressée, en date du 3 avril 1962, passée entre le syndicat des communes de la banlieue de Paris pour les eaux et la Société Compagnie Générale des Eaux, que ladite convention a pour objet de confier à cette société la gestion du service public de la distribution des eaux ; que la société assure seule, sans intervention du syndicat, la distribution et la vente de l'eau, ainsi que le maintien des installations en bon état de marche et d'entretien ; qu'en contrepartie de cette activité professionnelle, exercée à titre habituel, une rémunération lui est versée par le syndicat par prélèvement d'une partie des produits de l'exploitation ; qu'ainsi, quelle que soit la nature juridique des liens unissant le syndicat et la société, cette dernière ne saurait prétendre qu'elle n'exerce pas elle-même, mais seulement à titre de mandataire du syndicat, l'activité de distribution des eaux et qu'elle ne devait pas, elle-même, être assujettie à la taxe professionnelle au titre de ladite activité ; que la circonstance que le syndicat serait exonéré de la taxe professionnelle en vertu de l'article 1449 du même code, s'il exerçait lui-même ladite activité, est sans influence sur la situation de la Société Compagnie Générale des Eaux, compte tenu de son activité propre au regard des textes régissant la taxe professionnelle ; » (voir CE, 28 mars 1984, CGE, req. n° 37066 ; 36067) ».

3-

Sur les observations provisoires relatives aux travaux d'équipement et aux prestations d'ingénierie confiées au délégataire

Les observations de la Chambre s'inscrivent dans le prolongement de celles formulées dans le rapport d'observations définitives du 4 septembre 2002 et ont trait, d'une part, aux travaux d'équipement réalisés par le délégataire et, d'autre part, aux prestations d'ingénierie confiées à ce dernier.

31-

S'agissant des travaux d'équipement réalisés par le délégataire

Il importe, tout d'abord, de rappeler que les seuls travaux directement confiés au délégataire sans mise en concurrence sont ceux prévus à l'article 8 de la convention de régie intéressée ; c'est-à-dire les travaux, dits « *délégués* », qui ressortent directement de l'objet de la délégation de service public, dont est titulaire le délégataire.

En dépit de la confusion qu'entretient le rapport d'observations de la Chambre sur ce point, le SEDIF a définitivement mis fin, juridiquement depuis le 1^{er} janvier 1998 et dans les faits bien avant, à la pratique des conventions, dites « particulières », qui, par le passé, l'avait conduit à confier directement au délégataire des travaux qui ne ressortaient pas directement - du moins du point de vue de leurs conditions de rémunération - de l'objet de la convention de régie intéressée.

Ainsi, le SEDIF a-t-il parfaitement tiré les conséquences des décisions rendues par le juge administratif en la matière, et en particulier, des différents arrêts rendus par la Cour administrative d'appel de PARIS au cours des années 1997 et 1998 sur lesquels la Chambre a tort de continuer à se fonder.

311-

Tout délégataire de service public, y compris s'il agit dans le cadre d'un contrat de régie intéressée, peut valablement se voir confier la maîtrise d'ouvrage de travaux afférents aux installations dont il lui est par ailleurs confié l'exploitation.

On renverra, à cet égard, à l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales, issu de la loi MURCEF du 11 décembre 2001, en ce qu'il dispose de façon parfaitement claire et sans ambiguïté que :

« *Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* ».

Le SEDIF n'a en rien l'obligation d'exercer la maîtrise d'ouvrage de l'ensemble des travaux liés au service public d'eau potable dont il a la charge.

Cette absence d'obligation se vérifie pour les travaux d'entretien, qui ne relèvent pas de la « réalisation d'ouvrage », seule visée par la loi, mais elle peut aussi concerner des travaux de premier établissement ou d'extension. Ainsi que l'a rappelé le Conseil d'Etat dans un avis du 31 janvier 1995, qui interprète la loi du 12 juillet 1985 (*Grands avis du CE*, 2^e éd., p. 343), l'obligation d'exercer la maîtrise d'ouvrage n'existe qu'à certaines conditions, au nombre desquelles figure celle de la remise de l'ouvrage à son achèvement à la collectivité publique.

C'est parce que cette dernière condition n'est pas satisfaite, que dans le cas de concession de service public, il peut être admis que la maîtrise d'ouvrage soit transférée au concessionnaire, alors même que les ouvrages sont des biens de retour qui entrent dans le patrimoine de la personne publique ; en dépit de sa qualité de propriétaire, la Collectivité concédante n'a pas l'exploitation de l'ouvrage¹.

Le raisonnement tenu en matière de concession est parfaitement transposable à la régie intéressée lorsque le régisseur dispose d'une autonomie suffisante pour que l'on puisse considérer qu'il est bien l'exploitant du service et que les travaux réalisés visent précisément à mener à bien cette exploitation.

Or, le droit positif ne s'oppose pas à la reconnaissance à un régisseur intéressé d'une telle autonomie.

En effet, dès lors qu'il est juridiquement admis qu'une régie intéressée peut revêtir la qualification de délégation de service public, il s'ensuit nécessairement que le régisseur intéressé peut avoir la qualité d'exploitant, sauf à vider la notion de délégation de toute signification.

On rappellera à cet égard que la jurisprudence refuse la qualification de délégation de service public lorsque que le contrat porte sur des missions à l'objet trop limité et ne confère pas une gestion autonome du service public au cocontractant (voir en ce sens : CAA Nancy, 23 mars 2000, SA Ceotto, req. n°96NC00556 ; a contrario CE, 28 juin 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la vallée du Gier, req. n°288459).

¹ Cf. circulaire du 4 mars 1986 relative aux conditions d'entrée en vigueur de la loi MOP : « un concessionnaire qui réalise l'ouvrage et qui en conserve l'exploitation et en supporte le financement (péage, redevance...) dans le cadre d'un service public concédé n'est pas un mandataire du concédant mais le véritable maître de l'ouvrage... Le maître de l'ouvrage n'est pas nécessairement le propriétaire de l'ouvrage ; c'est ainsi qu'une société d'économie mixte concessionnaire d'une infrastructure autoroutière constitue le véritable maître de l'ouvrage... »

De l'ensemble, il résulte que, juridiquement, la qualité de maîtrise d'ouvrage peut parfaitement être reconnue à un régisseur intéressé pour tout ou partie des travaux afférents aux ouvrages et installations dont il se voit par ailleurs confier l'exploitation.

A tous égards, la distinction que la Chambre tente d'opérer entre le régime juridique de la concession et celui de la régie intéressée est sans fondement.

Une fois encore l'absence de travaux confiés au régisseur n'est pas une caractéristique de la notion de régie intéressée. La circonstance que les régisseurs intéressés se voient assez rarement confier l'exécution de travaux, résulte avant tout de ce que les contrats de régie intéressée sont fréquemment utilisés pour confier à des tiers la gestion de services publics structurellement déficitaires, le mécanisme de rémunération mis en œuvre permettant d'inciter le cocontractant à assurer une gestion la plus optimale possible du service tout en faisant supporter à la collectivité un déficit d'exploitation inéluctable. Dans cette hypothèse, il va de soi que des travaux ne soient pas, de surcroît, confiés au délégataire, alors que les recettes du service ne permettraient pas de les financer.

Mais, en l'absence de disposition légale ou réglementaire l'interdisant ou de jurisprudence y faisant obstacle, rien ne s'oppose, en droit et du seul point de vue de la qualification du contrat, à ce qu'un contrat de régie intéressée mette à la charge du délégataire la réalisation de travaux, y compris de premier établissement.

En l'espèce, le délégataire bénéficie immédiatement des ouvrages réalisés et ne les remet à la collectivité délégante qu'en fin de contrat, ce qui, ainsi que le confirme la jurisprudence la plus récente (CE, 17 juin 2009, SAEMN Bibracte, req. n°97509), doit conduire à lui reconnaître la qualité de maître d'ouvrage.

312-

La Chambre conteste, en l'espèce, la qualité de maître d'ouvrage expressément attribuée au délégataire depuis l'avenant du 15 décembre 2005 concernant les travaux visés à l'article 8.1 de la convention de régie intéressée ; cela aux motifs tirés de ce que :

→ (i) Nonobstant l'autonomie susceptible d'être reconnue à un régisseur intéressé, certains travaux ne peuvent par nature être confiés à ce type de délégataire, sauf à confondre « dans la notion d'exploitation deux activités distinctes, celle d'exploitation des installations du service public et celle de construction des installations dudit service » (§ 54).

La Chambre considère qu'une telle confusion « *n'est pas juridiquement permise* », et fonde sa position sur « *l'arrêt rendu le 10 février 1998 par la Cour Administrative d'Appel de PARIS, dont la motivation était citée dans le rapport d'observations définitives du 4 décembre 2002* » (§ 55).

L'analyse de la Chambre est sur ce point fautive en droit.

En effet, la Chambre donne une interprétation extensive et erronée à cet arrêt, qui correspond en réalité à deux décisions rendues le 10 février 1998, précédée d'une troisième en date du 11 décembre 1997.

Il suffit de se reporter à ces décisions pour constater que la Cour Administrative d'Appel de PARIS n'a jamais interdit, par principe, que des travaux de premier établissement puissent être confiés au régisseur intéressé, en sa qualité de maître d'ouvrage.

La Cour s'est en effet contentée de sanctionner les modalités de dévolution par le SEDIF, agissant lui en qualité de maître d'ouvrage, de travaux de premier établissement confiés, soit au délégataire, soit à d'autres entrepreneurs par l'intermédiaire de ce dernier, selon un dispositif, à l'époque, de « *conventions particulières* » assorties d'un prix.

C'est ce dispositif particulier qui a été jugé illégal en raison de ce que ces conventions particulières devaient être regardées « *comme intervenant dans une matière qui relève des règles régissant l'attribution des marchés publics (...)* ».

Cette jurisprudence n'est, bien entendu, pas transposable lorsque, comme au cas d'espèce :

- ces travaux sont directement confiés au délégataire, en sa qualité de maître d'ouvrage, par les stipulations de la convention de régie intéressée, et non en marge de cette dernière par une convention particulière ;
- ces travaux sont exécutés aux risques et périls du délégataire.

A ce dernier égard, on observera que comptablement, les travaux délégués sont repris en compte 61 du Compte d'Exploitation tenu par le délégataire et traités comme des charges annuelles. Ils apparaissent ainsi comme étant entièrement financés par les recettes de l'exploitation.

L'imputation sur le Compte d'Exploitation s'effectue selon le barème de prix défini en annexe II à la convention de régie intéressée, tandis que le coût réel des travaux ne figure que dans les comptes propres du délégataire ou des entreprises qu'il s'adjoint (la SADE principalement).

L'imputation comptable sur la base du barème de prix défini en annexe II ne peut ainsi être assimilée à la rémunération du délégataire au titre des travaux qui lui sont confiés ; cette rémunération du délégataire est bien distincte et correspond à la prime travaux prévue à l'article 44 bis, dont il a été démontré plus haut qu'elle comporte une part significative d'aléa.

→ (ii) La qualification contractuelle de « *maître d'ouvrage* », reconnue au délégataire aux termes des stipulations de l'article 8 de la convention de régie intéressée, ne revêtirait aucune réalité.

La Chambre considère en effet, à la lecture de l'ensemble des stipulations de la convention de régie intéressée, que « *le Syndicat exerce à l'endroit des travaux, dits « délégués », la totalité des attributions du maître d'ouvrage* ».

Ce faisant, la Chambre commet une erreur manifeste d'appréciation, qui la conduit à nier la qualité d'autorité organisatrice du service public du SEDIF et les devoirs et pouvoirs qui en résultent.

Nonobstant le transfert au délégataire de la maîtrise d'ouvrage de certains travaux, le SEDIF demeure statutairement l'autorité organisatrice du service public de distribution d'eau potable sur le territoire de ses collectivités membres. Il lui appartient notamment, à ce titre, de définir la consistance du service et d'en contrôler l'exécution.

C'est à ce titre que le Syndicat a notamment la responsabilité de définir la politique de renouvellement de son patrimoine et les objectifs quantitatifs (linéaire ou nombre d'équipements) et qualitatifs (critères de vétusté) à long terme (schéma directeur) et moyen terme (plan quinquennal) qui en découlent, et de vérifier la conformité à ces objectifs des programmes annuels de travaux présentés pour les travaux délégués par le délégataire et plus généralement aux stipulations du contrat définissant les travaux délégués.

Ces dispositions n'ont pas pour effet, contrairement à l'affirmation de la Chambre (§ 72), de limiter les attributions du délégataire en tant que maître d'ouvrage en terme notamment de localisation, programme et enveloppe prévisionnelle de chaque opération qui demeurent de son entière responsabilité et pour lesquelles le Syndicat n'exerce, par son approbation, qu'un contrôle de conformité préalable.

Il est au demeurant parfaitement légitime que, nonobstant le transfert de maîtrise d'ouvrage de certains travaux, le SEDIF conserve la direction et le choix des investissements à réaliser, et par conséquent, approuve les programmes des travaux délégués définis par le délégataire et identifiés de manière très précise, et en contrôle l'exécution, dès lors que c'est pour lui le moyen de s'assurer de ce que les redevances perçues auprès des usagers demeurent bien la contrepartie du service qui leur est rendu.

A ce dernier égard, on observera qu'un des mérites du dispositif contractuel actuel est de permettre un contrôle étroit des dépenses de renouvellement et de ne pas donner lieu à la mise en œuvre par le délégataire de mécanismes de garanties ou de provisions de renouvellement par ailleurs largement critiqués en particulier de manière récurrente par les juridictions financières.

→ (iii) A supposer que le délégataire puisse être qualifié de maître d'ouvrage, en reconnaissant expressément cette qualité, l'avenant du 15 décembre 2005 aurait substantiellement, et par suite irrégulièrement, modifié l'objet de la convention de régie intéressée.

Là encore, le SEDIF entend contester cette observation de la Chambre.

La régularité de l'avenant du 15 décembre 2005 doit être examinée au regard des règles spécifiques encadrant la passation des avenants aux conventions de délégation de service, lesquelles diffèrent notablement de celles applicables en matière de marchés publics.

Prenant en partie le contre-pied de la logique « *marchés publics* » visant à faire prévaloir, compte tenu de la spécificité de ce contrat (en principe de courte durée, sans nécessairement d'investissements lourds), le principe de mise en concurrence, le juge administratif a en effet décidé, en matière de délégations de service public, de faire primer (dans une certaine mesure) la règle de mutabilité des services publics (et donc des conventions supports) sur celle de la mise en concurrence.

Ce changement de perspective, initié par l'avis précité du Conseil d'Etat du 19 avril 2005 (CE 19 avril 2005, avis n° 371.234 de la Section des travaux publics, Rapport public 2006, p. 197, BJCP 2006/45, p. 105, obs. Schwartz et Terneyre), a connu une illustration jurisprudentielle récente au travers d'un arrêt de la Cour Administrative d'Appel de PARIS en date du 17 avril 2007 (CAA Paris, 17 avril 2007, Société KEOLIS, req. n° 06PA02278), par lequel la Cour a jugé que :

« *la légalité d'un avenant à une délégation de service public doit s'apprécier uniquement au regard de l'absence de modification d'un élément substantiel de la délégation et non du bouleversement de son économie* ».

Ainsi, si l'avenant ne peut (toujours pas) modifier trop fondamentalement le contenu de la délégation, l'objectif est clairement d'élargir les possibilités d'adaptation des délégations, ainsi que le rappelle le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat (cf. R. Schwartz, BJCP, n° 45, p. 109, précité, faisant notamment état de ce que « *de fait, pour des contrats conclus pour 20, 30, voire 65 ans, les modifications sont inéluctables en cours d'exécution. A périmètre de délégation inchangé, il faut bien évidemment prévoir au fil du temps de nouveaux investissements s'intégrant à l'ouvrage principal : par exemple, au fil des années, de nouveaux branchements et voies d'accès sont intégrés à des autoroutes existantes, sans avoir été nécessairement prévus à l'origine, mais rendus nécessaires par l'évolution du trafic* »).

Ainsi, si, en droit, la préservation de l'objet initial du contrat demeure certes une condition sine qua non de validité de tout avenant, cette condition doit être bien circonscrite et conciliée avec les exigences liées à la mutabilité de service public.

Lorsque le Conseil d'Etat, dans l'avis précité du 19 avril 2005, précise qu'au-delà de la non modification substantielle d'un élément essentiel de la convention, un avenant « *ne peut pas modifier l'objet de la délégation* », il fait seulement référence au fait qu'il n'est « *pas possible de recourir à un avenant pour mettre 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* ».

Et, pour prendre l'exemple des remontées mécaniques objet dudit avis, cette intangibilité de l'objet du contrat interdit, « *si le contrat initial portait exclusivement sur des installations de remontées mécaniques* », la conclusion d'un avenant mettant « *à la charge du délégataire des investissements différents, tels ceux qui permettent d'assurer l'enneigement des pistes, et d'un coût substantiel* ».

Il ne s'agit en aucun cas d'interdire à toute collectivité délégante de transférer à son délégataire, en cours de contrat, la maîtrise d'ouvrage de certains travaux.

Si ces travaux se rapportent aux installations dont le délégataire s'est initialement vu confier la gestion, il ne saurait être considéré que ces travaux et le transfert de maîtrise d'ouvrage afférent méconnaissent l'objet initial de la convention de délégation de service public.

Ce type d'avenant, habituellement dénommé « *avenant concessif* », est parfaitement admis par la jurisprudence.

Le principe des avenants concessifs est ainsi parfaitement admis par le Conseil d'Etat, en particulier jugé dans un arrêt du 6 mai 1991, *Syndicat Intercommunal du Bocage* (req. n° 65846) que :

« Considérant que, par contrat en date du 28 juin 1973, le syndicat intercommunal du Bocage a confié à la Compagnie générale des eaux l'exploitation de son réseau d'assainissement des eaux ; que ce contrat a été entièrement modifié par un avenant n° 2 en date du 1er juin 1983 ; que ce nouveau contrat prévoyait notamment, dans son préambule ainsi que dans son article 5 c dont les dispositions ont été remplacées par celles de l'article 1er de l'avenant litigieux en date du 2 décembre 1983, que la Compagnie générale des eaux réaliserait à ses frais certaines canalisations nouvelles qu'elle exploiterait dans les mêmes conditions que le reste du réseau qui lui était confié et en étant rémunérée par la perception d'une redevance supportée par les usagers ; qu'aucune disposition de nature législative ou réglementaire ne s'opposait à ce que le syndicat requérant concède ainsi à son fermier la réalisation et l'exploitation d'une partie de son réseau d'assainissement des eaux ; que l'article 25 de l'avenant n° 2, qui prévoit que les travaux de renforcement et d'extension du réseau sont à la charge du maître de l'ouvrage, ne faisait pas davantage obstacle à ce que l'article 5 c du même contrat, modifié dans les conditions ci-dessus rappelées, concède la réalisation et l'exploitation d'ouvrages précisément définis à la compagnie co-contractante ; qu'il suit de là que l'avenant litigieux ne constituant pas un marché de travaux publics mais la concession à un fermier de la réalisation d'une extension du réseau à lui confié, c'est à tort que les premiers juges l'ont annulé au motif que les dispositions du code des marchés publics fixant les seuils au-delà desquels l'appel à la concurrence est obligatoire n'avaient pas été respectées lors de sa conclusion ; qu'il résulte de ce qui précède que le syndicat requérant est fondé à demander l'annulation du jugement attaqué ; ».

La solution est parfaitement transposable en l'espèce.

32-

S'agissant des prestations d'ingénierie confiées au délégataire en application des stipulations de l'article 7.2 de la convention de régie intéressée

Dans ses observations, la Chambre avait remis en cause la circonstance que des prestations d'ingénierie afférentes à des travaux ressortant de la maîtrise d'ouvrage du SEDIF soient directement confiées au délégataire.

Le SEDIF se félicite de ce que les explications qu'il a apportées en réponse aux observations provisoires aient été, au moins en partie, prises en compte, et convaincu la Chambre de nuancer la portée de ses critiques sur cet aspect.

La Chambre paraît désormais admettre que, selon l'article 7.2 de l'actuelle convention de régie intéressée, des prestations d'ingénierie afférentes à des travaux ressortant de la maîtrise d'ouvrage du SEDIF peuvent effectivement être directement confiées au délégataire « *si des raisons techniques le justifient* », et qui peuvent reposer sur :

- l'obligation de préserver dans le temps la cohérence technique des ouvrages et des processus d'exploitation qui peuvent être impactés par la rénovation ponctuelle d'équipements,
- la criticité des travaux au regard de la continuité du service et des modalités d'exploitation des ouvrages et des responsabilités induites,
- l'impact d'opérations à la demande de tiers conduisant à modifier de manière substantielle les modalités d'exploitation et notamment de transport de stockage, et de distribution mises en œuvre pour la desserte d'une partie significative du territoire syndical.

La Chambre n'admettant toutefois l'application de ces dispositions que « sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes », le SEDIF croit utile de revenir sur ce contexte dans lequel ces dispositions ont à l'époque été stipulées.

321-

A titre liminaire, il convient de préciser que ce dispositif contractuel a été mis en place aux fins de répondre à des nécessités opérationnelles et de préserver la continuité du service public, qui pour desservir 144 communes, repose sur un principe fort de mutualisation, et qui de ce fait est unique.

Une gestion globale des opérations s'impose en effet,

- tant pour des motifs de cohérence technique des installations, qui doit être absolument préservée pour garantir leur fonctionnalité, l'interopérabilité des équipements les constituant et la rationalisation de la maintenance et de l'exploitation,
- qu'en raison de la taille et l'importance exceptionnelle du service et du patrimoine technique associé, se traduisant par une multitude d'opérations de taille unitaire relativement importante et à mener de manière simultanée.

Par pragmatisme, le traitement individuel de l'ingénierie, totalement inadapté, ne peut dans ce contexte être considéré comme une solution opérationnelle envisageable.

Or, il n'existait pas à l'époque au sein de la réglementation de la commande publique, d'outil juridique véritablement adapté permettant de présélectionner un ou plusieurs maîtres d'œuvre.

Le recours à un marché à bons de commande, seul outil envisageable, soulevait en effet à l'époque des interrogations quant à sa compatibilité avec les modalités de rémunération forfaitaire des marchés de maîtrise d'œuvre telles qu'imposées par la loi du 12 juillet 1985 dite loi MOP (voir sur ce point : P. COSSALTER, Les marchés de maîtrise d'œuvre dans la construction publique, Moniteur, 2003, p.266).

Compte tenu de cette incertitude, le SEDIF n'avait d'autre choix, sauf à confier certaines prestations au délégataire, que de conclure un marché par opération.

Eu égard en particulier aux délais de passation des marchés, mais également à la multiplicité des maîtres d'œuvre susceptibles d'intervenir au gré des appels d'offres, cette solution ne pouvait que faire peser un risque sur la cohérence, la qualité et la continuité du service public.

La situation du point de vue des outils de la commande publique a désormais très largement évolué à la faveur de l'introduction en 2006 dans le code des marchés publics du régime des accords cadres que l'article 1 du code définit comme des *« contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs (...) et des opérateurs économiques publics ou privés, ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. »*

Le SEDIF a été précurseur dans la mise en œuvre de ce nouvel outil juridique, qu'il a très vite décidé d'utiliser pour la commande de prestations d'ingénierie.

Un accord-cadre d'assistance à maîtrise d'ouvrage passé à l'été 2009 est opérationnel depuis septembre 2009.

Deux accords-cadres de prestations de maîtrise d'œuvre (un pour les ouvrages, l'autre pour les canalisations) ont été notifiés fin novembre 2009 et sont opérationnels.

Ces derniers outils, couplés aux solutions de traitement individualisé qui continueront à être utilisés, devraient permettre d'externaliser en totalité la dévolution des missions de maîtrise d'œuvre liées aux opérations sous maîtrise d'ouvrage publique du SEDIF.

Le délégataire ne se verra ainsi plus confier à l'avenir de nouvelles prestations d'ingénierie relatives à des travaux sous maîtrise d'ouvrage du SEDIF.

L'objectif du SEDIF a toujours été depuis plusieurs années de réduire le nombre de prestations d'ingénierie directement confiées à son délégataire et d'accroître sa capacité à mener directement ces opérations avec le cas échéant des maîtres d'œuvre désignés de manière bien distincte, tout ceci alors même que le SEDIF a par ailleurs engagé une importante démarche de reprise de travaux en maîtrise d'ouvrage directe augmentant d'autant ses besoins en ingénierie.

On rappellera que quatre missions de la maîtrise d'ouvrage ont fait l'objet d'une reprise progressive par le SEDIF à compter de 1998, à savoir :

- les études générales : définition, élaboration et suivi du programme d'études générales (le service études du SEDIF a été créé courant 1998),
- la programmation des investissements (le service programmation/planification a été créé en novembre 1998),
- la conduite d'opération allant des études de faisabilité jusqu'au contrôle des marchés (création en 1998 du service administratif technique et renfort de chaque secteur par un conducteur d'opérations),
- le contrôle de la délégation (création en 1998 au sein de chaque secteur d'un poste d'ingénieur en chef particulièrement chargé du contrôle des travaux délégués sous l'autorité du chargé de secteur).

La conduite d'opérations et plus particulièrement l'externalisation (par opposition aux missions de maîtrise d'œuvre confiée au délégataire) des missions de maîtrise d'œuvre liées aux travaux sous maîtrise d'ouvrage publique, a également été progressive :

- sur la fin du 11^{ème} plan (1995-2000) : 11 opérations étaient prévues en maîtrise d'œuvre extérieure pour un montant de 45,1 millions de francs (et un montant total d'opérations de 775,7 millions de francs),
- pour le 12^{ème} plan d'investissement (2001-2005) : 23 opérations étaient prévues en maîtrise d'œuvre extérieure sur 116, avec une augmentation continue du ratio travaux sous maîtrise d'œuvre extérieure qui est passé de 15 % en 2001 à 65 % en 2005,
- pour le 13^{ème} plan d'investissement (2006-2010) : 106 opérations ont fait l'objet d'une maîtrise d'œuvre « extérieure » sur 187 opérations planifiées.

323-

Concernant les prestations qui ont continué à être directement confiées au délégataire, le SEDIF s'est attaché à les inscrire dans le droit fil des dispositions des articles 35 et 144 de l'actuel Code des marchés publics relatifs aux marchés négociés sans publicité, ni mise en concurrence préalable, ainsi que l'a déjà admis la jurisprudence.

Ainsi, et pour ne prendre qu'un seul exemple, le Conseil d'Etat a jugé que les exigences de l'ancien article 104-II-2° étaient remplies dans une affaire où la fourniture de compteurs d'eau individuels avait été confiée à l'entreprise qui avait initialement installé les réseaux et les compteurs. Il a en effet estimé que la condition de nécessités techniques liées au maintien de l'homogénéité du réseau était remplie (CE, 21 mai 1986, *Société Schlumberger et Autres*).

La Chambre avait par ailleurs elle-même considéré, dans ses précédentes observations sur la gestion du SEDIF en 1998, puis en 2002, que les dispositions similaires de l'ancien Code des marchés publics, alors en vigueur, pouvaient ainsi justifier que des prestations d'ingénierie afférentes à des travaux ne ressortant pourtant pas de la maîtrise d'ouvrage du délégataire puissent être directement confiées à ce dernier, si des raisons techniques le justifient.

La justification du dispositif au regard des dispositions de l'article 104 II du code des marchés publics n'avait pas été exclue par le préfet de Paris lui-même dans un courrier en date du 13 septembre 2000 relatif au XIIème plan d'investissement (production n°1), le dispositif contractuel afférent ayant été arrêté avec les services du contrôle de légalité après discussion et arbitrage rendu le 13 novembre 1997 par le préfet de Région, préfet de Paris (Joël THORAVAL), en présence du Président de la Chambre régionale des comptes (Jean-Louis CHARTIER).

324-

Le SEDIF entend par ailleurs souligner que, contrairement à ce que laisse entendre la Chambre, les missions d'ingénierie confiées au délégataire ont fait l'objet d'un encadrement rigoureux.

Outre que la dévolution des missions d'ingénierie confiées au délégataire correspond à des travaux répondant aux spécificités de l'article 7.2 de la convention de régie intéressée, cette dévolution s'opère bien formellement en deux temps :

- lors du vote du plan quinquennal, les opérations susceptibles de répondre aux stipulations de l'art 7.2 sont identifiées de manière prévisionnelle afin de permettre au délégataire de prévoir les moyens nécessaires à leur réalisation,

et selon un calendrier convenu. La dotation prévisionnelle lissée annuellement pour la durée du plan est intégrée à la dotation d'exploitation.

- après avoir été établi par les services du Syndicat, le programme de l'opération est adopté par le Bureau, qui confirme ou non dans sa délibération, la dévolution de l'ingénierie au délégataire en s'assurant qu'à ce stade de définition de l'opération les stipulations sont bien applicables.

L'ensemble des délibérations ainsi adoptées sont bien entendu transmises au contrôle de légalité, lequel ne manque pas d'exercer son contrôle sur les justifications fournies à l'appui des missions d'ingénierie confiées directement au délégataire.

Ainsi, par exemple, par un courrier en date du 25 janvier 2002 (production n°2), le préfet de Paris a-t-il interrogé le SEDIF sur les justifications de l'attribution directe au délégataire de prestations d'ingénierie relatives au programme de traitement inhibitif du plomb dans les usines à puits de Neuilly-sur-Marne, Aulnay-Sous-Bois et Pantin. Les explications fournies par le SEDIF (production n°3) ont semblé satisfaire le préfet, qui n'a pas déféré la délibération en cause.

Cet échange avec le préfet de Paris témoigne de ce que le SEDIF a toujours agi en totale transparence et qu'il était bien admis par les services du contrôle de légalité que des prestations d'ingénierie puissent directement être confiées au délégataire lorsque cela était justifié.

4-

Sur les observations provisoires relatives aux comptes du service

La Chambre formule deux séries d'observations :

- la première relative aux comptes contractuels du délégataire, dont elle estime qu'ils ne permettent pas de donner une image fidèle du résultat de la gestion du patrimoine et de la situation financière du service public,
- la seconde relative aux comptes du syndicat et à l'intégralité dans ses comptes des opérations du délégataire pour laquelle les justifications prévues par l'annexe I au Code général des collectivités territoriales, conformément aux dispositions de l'article D. 1617-19 dudit Code, ne seraient pas produites.

41-

S'agissant des comptes contractuels du délégataire

La Chambre souligne, au travers de divers exemples, ce qu'elle analyse comme une « insuffisance » des comptes remis par le délégataire au syndicat, insuffisance imputable, selon elle, *a priori* aux dispositions de la convention de régie intéressée à l'établissement de la comptabilité du délégataire, lesquelles organiseraient « *un cadre comptable rudimentaire* », alors même que la nature et la taille de la régie auraient justifié l'application rigoureuse des principes du plan comptable général à sa comptabilité.

La critique est aussi excessive qu'injustifiée.

411-

En premier lieu, parce que les délégataires de service public ne sont pas réglementairement soumis à une obligation de produire des comptes complets (avec comptes de bilan, stocks et comptes de tiers), au sens du plan comptable général applicable aux entreprises privées.

4111-

On rappellera que dans le prolongement de la loi Sapin du 29 janvier 1993, la loi n° 95-127 du 8 février 1995, dite loi Mazeaud, prévoit en son article 2, codifié à l'article L. 1411-3 du CGCT, que « *le rapport du délégataire comprend notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du service public et une analyse de la qualité du service, et qu'il est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public.* ».

Si ces dispositions ont constitué une avancée importante pour les collectivités en matière de transparence et de connaissance de l'économie du prix de l'eau, la loi n'a pas initialement défini plus avant leurs conditions d'application, pas plus qu'elle n'a défini de normes comptables de référence.

Le décret d'application de ces dispositions législatives, à savoir le décret n°2005-236 du 14 mars 2005, n'est paru que dix ans après ces dernières pour une entrée en application le 1^{er} janvier 2006.

Dans l'intervalle, les collectivités délégantes ont donc été contraintes de prendre l'initiative de définir, le cas échéant en concertation avec leur délégataire, le contenu du compte-rendu financier à produire par ce dernier, **cela en cohérence avec les conditions contractuelles de gestion du service public.**

Dans cette perspective, le Syndicat Professionnel des Distributeurs d'Eau (SPDE) a, très rapidement après l'entrée en vigueur de la loi Mazeaud, proposé un modèle de compte de résultat simplifié, structuré autour d'un plan de comptes sommaire d'une vingtaine de lignes.

Bien que rudimentaire, pour reprendre le qualificatif employé par la Chambre, le modèle SPDE a été appliqué dans le cadre de l'exécution de la très grande majorité des délégations de service d'eau et d'assainissement en France, y compris au sein des collectivités les plus importantes, et cela jusqu'à l'entrée en vigueur en 2006 du décret 2005-236 du 14 mars 2005.

Le SEDIF n'a pas suivi cette voie.

Constatant d'emblée le caractère inadapté, car trop limité, du modèle de compte-rendu financier établi par le SPDE, le SEDIF s'est immédiatement montré plus exigeant quant à la nature et au détail des informations financières à fournir par son délégataire.

Ainsi, l'avenant de 1997 a-t-il conduit à modifier et préciser l'article 34 de la convention de régie intéressée, faisant de cette stipulation un article précurseur en la matière, car imposant dès cette époque de détailler les éléments constitutifs du compte d'exploitation à charge en outre pour le délégataire de les présenter avec des comptes comptables détaillés à cinq chiffres.

Cet avenant a également été l'occasion d'imposer au délégataire la production d'un compte d'exploitation analytique permettant une vision détaillée des coûts du service selon les différentes étapes fonctionnelles de la chaîne de production et de distribution de l'eau potable.

4112-

Le décret 2005-236 du 14 mars 2005 n'a pas remis en cause la démarche initiée par le SEDIF dès l'avenant de 1997, tout comme il n'a pas imposé l'obligation de respecter le plan comptable général.

Rejoignant d'une certaine manière les observations de la Chambre, le SEDIF relève que si le décret 2005-236 du 14 mars 2005 a apporté des précisions importantes et intéressantes sur la production des comptes des délégataires, il n'a pas pris le parti d'identifier clairement des points précis de référence comptable (PCG, IFRS, ...). Une telle disposition aurait pourtant trouvé son utilité pour les collectivités désireuses de suivre les comptes produits par leurs délégataires, au regard de l'évolution « naturelle » et régulière des normes et pratiques en matière de comptabilité.

A défaut de proposer une norme générale de référence, le décret précise quelques unes des méthodes d'établissement du compte de résultat à produire, notamment sur le sujet controversé de l'imputation des charges indirectes. Le délégataire doit désormais préciser les critères qu'il a utilisés pour l'imputation des charges indirectes sur le compte de résultat de la délégation : ces critères peuvent être issus de la comptabilité analytique ou résulter de l'utilisation de clés de répartition qui doivent être indiquées.

Là encore la méthode à suivre n'est pas fixée par le décret, ce dernier n'imposant que la présentation des méthodes retenues pour la détermination des produits et des charges, directs et indirects, imputés au compte de résultat de la délégation, dans le rapport du délégataire.

Le décret ne rappelle in fine, à titre de cadre général de référence, que l'obligation de suivre dans les rapports annuels quelques uns des principes comptables fondamentaux (indépendance des exercices, permanence des méthodes comptables retenues, dont les éventuels changements doivent être indiqués et justifiés) et dont la Cour des Comptes avait soulevé le caractère parfois défaillant.

4113-

De ce qui précède, il résulte que le SEDIF ne peut se voir reprocher l'absence, au sein des comptes de la délégation, de comptes de bilan, de stock ou de comptes de tiers.

Et ce d'autant que cette absence ne contrevient pas aux stipulations de l'actuelle convention de régie intéressée.

En effet :

- L'article 38 de la convention de régie intéressée prévoit que le délégataire fait son affaire de constituer un stock permettant d'assurer le bon fonctionnement de l'Exploitation sur ses deniers personnels et que seules les sorties de magasin sont intégrées au compte d'exploitation. La tenue d'un compte de stock trouve une utilité réduite dans ce dispositif.
- L'article 40 de la convention de régie intéressée prévoit que le délégataire n'est pas rémunéré pour le financement du fonds de roulement nécessaire au service, compte tenu des conditions de recouvrement et reversement des dépenses et recettes tiers. Et

l'article 39 prévoit un mécanisme de garantie de recettes en contrepartie d'une allocation, analysée par ailleurs par la Chambre, qui limite de facto la nécessité du suivi des créances clients.

- Le délégataire ne dispose enfin pas de la possibilité d'immobiliser et d'amortir pour son compte les installations qu'il exploite, le SEDIF conservant la tenue de l'ensemble de son patrimoine et son amortissement dans ses comptes propres. Cette position est notamment cohérente avec le mode de financement des travaux dont la réalisation est confiée au délégataire, qui est assuré par les recettes sur ventes d'eau et la contribution des tiers éventuellement impliqués, sans apport de financement propre de la part du délégataire.

Par ailleurs, le SEDIF rappelle que la délégation de service est actuellement assurée par un service de VEOLIA EAU (la Banlieue de Paris), et non par une filiale qui disposerait de ses comptes complets en propre.

4114-

Il faut enfin observer que le SEDIF poursuit une démarche continue d'amélioration de la lisibilité et de la transparence des comptes produits par le délégataire, et imposera dès 2011, dans le cadre de la nouvelle délégation, un cadre comptable encore plus élaboré que l'actuel.

A cette fin, le SEDIF a prévu d'imposer à son futur délégataire deux nouvelles exigences, à savoir :

- l'obligation de constituer une société dédiée qui devra produire et publier ses comptes,
- et corrélativement l'obligation de mettre ces comptes complets à la disposition du SEDIF pour lui permettre d'exercer le contrôle attendu sur l'activité de son délégataire.

Nonobstant ces évolutions à venir, la Chambre devrait cependant reconnaître que le SEDIF est d'ores et déjà en avance sur les pratiques constatées dans de nombreuses délégations d'eau et d'assainissement en France, et que le cadre comptable actuellement en vigueur ne peut en aucun cas être qualifié de « cadre comptable rudimentaire ».

412-

En deuxième lieu, parce que le SEDIF a mis en place un dispositif très détaillé de contrôle des comptes de son délégataire.

La Chambre met en cause la fiabilité des écritures établies par le délégataire.

Le SEDIF ne s'en remet pourtant pas au seul contrôle des comptes opéré plus largement par les commissaires aux comptes de VEOLIA EAU, mais a choisi de développer un contrôle propre, en application des dispositions des articles 31 et 32 de la convention de régie intéressée.

Avec une approche de contrôle renforcée depuis l'exercice 1998, premier exercice d'application de l'avenant de 1997 qui avait profondément remodelé les modalités de gestion de la délégation, le SEDIF dispose aujourd'hui du retour de plus de 10 ans de contrôles sur place et sur pièces opérés par des grands cabinets d'audit.

Comme la Chambre a pu le relever à la lecture des rapports de contrôle d'ERNST & YOUNG qui lui ont été remis, cet exercice de contrôle annuel permet au SEDIF de s'assurer que son délégataire respecte les termes de la convention en vigueur et de leur correcte traduction comptable.

Ce dispositif met le SEDIF en mesure d'identifier au besoin les points sur lesquels il pourrait s'avérer nécessaire de demander au délégataire de rectifier les comptes produits.

Il reste qu'à ce jour, les contrôleurs mandatés par le SEDIF n'ont jamais eu à remettre en cause la fiabilité des comptes produits par le délégataire .

413-

En troisième lieu, et surtout, en raison de ce que nombre des insuffisances que stigmatise la Chambre procèdent d'une appréciation erronée.

L'analyse de la Chambre pour étayer ce constat d'insuffisance se décompose en deux volets:

- (i) La Chambre liste plusieurs inscriptions figurant dans les comptes du délégataire et qui procèdent de retraitements ;
- (ii) La Chambre énumère plusieurs inscriptions forfaitaires figurant dans les comptes du délégataire.

Le SEDIF ne partage pas l'analyse de la Chambre sur chacun de ces deux volets, et considère que les explications apportées ci-après devraient amener la Chambre à réviser son analyse aussi bien que ses conclusions.

4131-

Concernant le point (i), le SEDIF confirme que plusieurs inscriptions figurent au compte d'exploitation sur la base de retraitements, qui consistent essentiellement à lisser sur plusieurs exercices des charges ou des produits, dans le respect du cadre contractuel en place.

Pour autant, et sur chacune des natures de dépenses ou recettes citées par la Chambre, le montant en jeu a fait l'objet d'un contrôle pour confirmer la pertinence de son chiffrage, les contrôleurs mandatés par le SEDIF s'assurant ensuite d'un exercice à l'autre que les méthodes de calcul et principes de lissage retenus entre le SEDIF et son délégataire sont correctement appliqués, et que les réévaluations périodiques des sommes en jeu sont étayées et suffisamment justifiées.

Le SEDIF rappelle, une fois encore, qu'en l'absence de normes complètes sur les modalités d'établissement des comptes du délégataire sur ce type d'inscriptions, il répond in fine aux préconisations du décret n°2005-236 du 14 mars 2005 codifiées à l'article R.1411-7 du CGCT alinéa b) de son chapitre I qui prévoit la production d' « *...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...* », en s'attachant à définir des méthodes étayées et cohérentes avec le cadre contractuel, et en s'assurant de la permanence de leur application d'un exercice à l'autre.

4132-

Concernant le point (ii), le SEDIF rappelle que le contrat de régie intéressée prévoit effectivement la dévolution de plusieurs tâches au délégataire sur des bases forfaitaires.

C'est principalement le cas des prestations d'entretien du réseau de distribution d'eau potable, mais également des parcs de branchements et de compteurs.

Il est en revanche inexact de dire que le SEDIF ne s'intéresse pas au coût réellement supporté par le délégataire pour assurer ces forfaits : chacun des avenants de 1997, 2002 et 2005 a conduit le SEDIF à analyser les coûts supportés par le délégataire pour assurer ces prestations d'entretien afin de déterminer le niveau de ces forfaits pour la période d'application de l'avenant suivant.

Ainsi, la Chambre relèvera-t-elle qu'à l'occasion de l'avenant de 2005, le SEDIF a négocié une baisse du forfait d'entretien des branchements pour tenir compte de l'incidence de l'accélération du renouvellement du parc de branchements, compte tenu de la campagne d'éradication des branchements en plomb imposée par la réglementation, et dont l'effet direct a été de réduire le taux de fuites constatées sur l'ensemble du parc, l'âge moyen des branchements diminuant au fil de ces remplacements.

La Chambre relève également les autres inscriptions forfaitaires figurant au compte d'exploitation, sans formuler de remarques ou de conclusions à leur sujet :

- redevances de l'Agence de l'Eau ou de VNF classiquement imputées pour le même montant en dépenses et en recettes étant donné que ces redevances sont perçues pour le compte de ces tiers ;
- montant des produits tirés des travaux réalisés à la demande de tiers et relevant du domaine concurrentiel (par opposition aux travaux figurant dans le périmètre d'exclusivité du délégataire en sa qualité d'exploitant du service) qui sont indiqués pour rendre compte du volume d'activité généré sur ce volet, mais qui n'entre pas dans le périmètre du service délégué par le SEDIF ;
- part des frais d'administration centrale (frais de siège) imputés forfaitairement sur la base contractuelle négociée à l'avantage du SEDIF.

La Chambre ne formule in fine qu'une recommandation sur l'allocation prévue par l'article 39 de la convention de régie intéressée au titre de la garantie de recettes du compte d'exploitation et du compte de premier établissement, et qu'elle juge surévaluée par rapport au montant des pertes constatées.

Or, sur ce point, le SEDIF rappelle qu'en réponse à une question de la Chambre, il a été communiqué à cette dernière en sus du montant des pertes constatées, le chiffrage des créances douteuses, âgées en moyenne de 4 ans, pour un montant de 6 M€ à fin 2005.

Confirmant qu'il reste vigilant sur la bonne adéquation de cette allocation, le SEDIF relève cependant, que la Chambre dans son rapport définitif de 2002 l'avait à l'époque mise en regard des pertes constatées et des créances douteuses, concluant alors que « *le montant prélevé n'apparaît pas disproportionné au regard des dettes douteuses* », et que la conclusion de la Chambre en 2009 semble donc motivée par le choix de ne pas intégrer cette fois-ci les créances douteuses dans son analyse.

414-

En quatrième lieu, et finalement, parce que la preuve n'est pas rapportée de ce que le SEDIF n'aurait d'abord pas une appréciation exacte et appropriée des comptes du délégataire, et ensuite que son information serait inférieure à celle des autres personnes publiques ayant conclu des délégations de service public.

42-

S'agissant des comptes du Syndicat

La Chambre relève que les opérations réalisées par le délégataire, en application des articles 8 (travaux délégués) et 7.2 (missions d'ingénierie relatives à des travaux sous maîtrise d'ouvrage SEDIF) de la convention de régie intéressée, sont enregistrées dans la comptabilité du syndicat par une écriture d'ordre, et donnent lieu chaque année, à ce titre, à l'émission d'un mandat.

Or, la Chambre observe qu'à l'appui de ces mandats ne sont pas produits tous les justificatifs prévus par l'annexe I du Code général des collectivités territoriales.

Le SEDIF prend acte de cette observation et en tiendra compte pour l'avenir en complétant la documentation et les justificatifs fournis à l'appui de ce mandat.

Le SEDIF tient néanmoins à observer que les pièces fournies au comptable public et en particulier l'état justificatif des opérations, lui étaient jusque là toujours apparues suffisantes et même allant au-delà de ce que prévoient les dispositions de l'annexe I du Code général des collectivités territoriales. S'agissant des dépenses liées à l'exécution de contrats de régie intéressée, elle mentionne en effet (rubrique 542), que doivent être remis au comptable la délibération, le contrat et le cas échéant les pièces justificatives définies contractuellement.

Or, en l'espèce et d'une part, le comptable public est bien en possession du contrat de régie intéressée et de la délibération autorisant sa signature. D'autre part, le contrat ne stipule la production d'aucune autre pièce justificative.

5-

Sur les observations relatives au futur contrat de délégation de service public

Dans ses observations provisoires, la Chambre a recensé les points sur lesquels le dispositif du futur contrat constitue, selon elle, une inflexion positive par rapport à la convention actuelle.

Au delà de la prise en compte ses propres objectifs et exigences, le SEDIF a en effet élaboré son dossier de consultation en se référant le plus fidèlement possible aux préconisations des précédents rapports de la juridiction, en particulier le rapport d'observations définitives du 4 septembre 2002, ainsi qu'au dernier rapport public particulier de la Cour des comptes (voir Cour des comptes, décembre 2003- *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*).

Reste que le dossier des clauses quantitatives et qualitatives particulières (DCQQP) et le projet de contrat joint au dossier de consultation des entreprises font l'objet de surprenantes critiques de régularité, au moment même où la procédure de mise en concurrence est en cours.

Il est permis de s'interroger sur le point de savoir si les *critiques « pour l'avenir »* contenues dans le rapport de la Chambre ne portent pas sur l'opportunité.

On rappellera à nouveau que ces critiques sont formulées, alors que les documents sur lesquels elles portent n'ont même pas été examinés par la juridiction (supra point 1) malgré l'invitation lancée par le SEDIF.

C'est pourquoi, nonobstant la demande expresse de retrait de la dernière partie (partie 4, pages 30 à 32) du rapport d'observations définitives, le SEDIF entend à toutes fins apporter les éléments de réponse suivants et ainsi justifier du caractère parfaitement infondé des observations prospectives de la Chambre.

51-

Sur le champ du contrôle

La quatrième partie du rapport d'observations définitives de la Chambre porte sur la procédure de mise en concurrence en vue du choix d'un nouveau délégataire du service public de l'eau potable et sur les orientations arrêtées dans ce cadre par le Comité du SEDIF.

Il ne fait pas de doute que les actes de gestion relatifs à cette phase, par exemple ceux relatifs à la passation d'un accord-cadre avec le groupement d'assistance à maîtrise d'ouvrage seraient susceptibles d'entrer dans le cadre fixé par l'article 36 de la loi n° 2001-1248 du 21 décembre 2001.

Il ne semble pas en être de même des observations afférentes aux orientations du futur contrat, alors que ce dernier fait l'objet d'une mise en concurrence et que se poursuit la phase de négociation avec les entreprises sélectionnées pour cela en janvier 2010 (art. L. 1411-1 et s du CGCT).

De telles observations entrent, selon le SEDIF, dans le champ de l'opportunité des objectifs dont le contrôle a été prohibé par le législateur.

On rappellera en effet que selon l'article L.211-8 du Code des Juridictions Financières :

« (...) L'examen de la gestion porte sur la régularité des actes de gestion, sur l'économie des moyens mis en œuvre et sur l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant. L'opportunité de ces objectifs ne peut faire l'objet d'observations.(...) »

La plupart des observations formulées dans la dernière partie du rapport de la Chambre ne sont pas des « recommandations pour l'avenir », mais déjà des critiques, lesquelles témoignent au demeurant d'une connaissance nécessairement perfectible du dossier de consultation dès lors qu'il n'a jamais été consulté dans le cadre de l'instruction.

De surcroît, on comprend mal comment la Chambre a pu prendre sans a priori résolument critique à l'endroit du SEDIF, une position sur les termes d'un contrat, dont elle sait qu'on ne peut en connaître les données définitives qu'à l'issue des négociations. conformément aux dispositions des articles L 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

52-

Sur l'hypothèse d'une requalification en marché public

La Chambre évoque, au mode conditionnel, le risque d'une requalification de la future convention de délégation de service public du SEDIF en marché public de services.

Il est ainsi énoncé : *« (...) L'hypothèse qu'il s'agisse d'un marché public de services ne pourrait être écartée, en l'état du dossier, s'il s'avérait que la structure de la rémunération du régisseur repose dans le futur contrat sur un mécanisme très voisin du mécanisme antérieur. Dès lors, si une telle hypothèse se réalisait, le syndicat aurait fait fausse route en*

appliquant au choix du futur exploitant la procédure de dévolution des délégations de service public et non celle des marchés publics ».

Il est malaisé de discerner, à la lecture de cette mention du rapport d'observations, les arguments de fait et de droit sur lesquels la Chambre se fonde pour envisager un tel risque de requalification.

Aussi semble-t-il indispensable de revenir sur les orientations adoptées par le SEDiF et transcrites dans le DCQQP.

Ces dernières, respectueuses des textes et de la jurisprudence, ont conduit la collectivité à bâtir un modèle de rémunération du délégataire qui transfère à ce dernier une part substantielle du risque d'exploitation et qui, parallèlement, sanctionne financièrement la qualité de sa gestion.

Le DCQQP (cahier des charges) qu'il est hautement regrettable que la Chambre régionale n'ait pas cru devoir examiner, prévoit ainsi, en son chapitre III-4, des modalités de rémunération du futur délégataire, qui transfèrent à ce dernier une part significative du risque d'exploitation.

Il suffit de comparer la structure de cette future rémunération à celle en vigueur sous l'empire du contrat actuellement en vigueur, pour constater qu'elle ne repose absolument pas sur des « mécanismes voisins » mais, au contraire, s'en distingue radicalement.

➤ **Structure de la rémunération future**

Ainsi que le rappelle la Chambre, cette rémunération sera imputée sur le solde d'exploitation annuel. Elle ne pourra en aucun cas dépasser le montant de ce solde et sera, par ailleurs, limitée à un pourcentage à un chiffre du total des recettes d'exploitation.

Cette rémunération future sera construite de la façon suivante :

- **une part forfaitaire** assise sur un pourcentage de 2 % des recettes de la vente d'eau aux abonnés du service (« part délégataire ») constatées sur chaque exercice ;
- **une part variable**, assise sur le solde d'exploitation grevé de la part forfaitaire susmentionnée.

Cette part variable se décompose elle-même en trois sous-ensembles :

- *une part liée au respect des objectifs de qualité de service, lesquels correspondent à des indicateurs définis dans trois annexes du DCQQP;*

- *un intéressement basé sur la maîtrise des charges d'exploitation du service. L'intéressement sur la maîtrise des charges du service sera calculé en fonction de la valeur d'un coefficient reflétant la mesure des gains de productivité réalisés par le délégataire sur chaque exercice;*

- *une quote-part du solde du compte d'exploitation grevé de la part forfaitaire, et qui est donc assise sur les résultats de l'exploitation du service.*

➤ **Risque assumé par le futur délégataire**

Ainsi conçue, la structure de la rémunération du futur délégataire vise à faire assumer par ce dernier une part « significative » du risque de l'exploitation.

La part forfaitaire dépend directement du volume d'eau vendu aux abonnés du service et du prix. Or, ces volumes vendus sont en diminution tendancielle au cours de la période récente (soit une diminution de 9 % constatée sur les dix derniers exercices). En l'absence de tout mécanisme compensateur au DCQQP, cette baisse tendancielle se traduit par un risque sur une partie de la rémunération servie au délégataire (soit 20% de cette dernière).

Par ailleurs, la quote-part du solde d'exploitation grevé de la part forfaitaire adosse une seconde partie de la rémunération du délégataire (estimée à 20%) sur les résultats de l'exploitation ce qui, de même, accroît la part de risque assumée par le cocontractant ;

Dans l'hypothèse d'un solde d'exploitation négatif, qui n'est pas une simple hypothèse d'école compte tenu des tendances constatées de la consommation, le DCQQP prévoit qu'en aucun cas « *le SEDIF ne comblera le solde d'exploitation négatif constaté, exception faite du versement de la part forfaitaire de la rémunération du délégataire* ». Là encore, le délégataire est contractuellement appelé à assumer le risque ;

Enfin, l'intéressement basé sur la maîtrise des charges comporte lui-même une part de risque d'exploitation pour le délégataire. En effet, il est prévu que ce dernier s'engage contractuellement, sur la durée de la DSP, sur un gain annuel de productivité, du respect duquel la part variable de sa rémunération dépend.

Ainsi la rémunération du futur délégataire du SEDIF a-t-elle été construite de telle sorte qu'elle fasse supporter à ce dernier une part substantielle du risque d'exploitation, de même qu'elle dépendra de la qualité de sa gestion.

Compte tenu de ce qui précède, et sauf évolution des textes et de la jurisprudence, le SEDIF ne perçoit pas sur quel motif la Chambre énonce que le futur contrat de délégation de service public actuellement mis en concurrence pourrait être requalifié en marché public.

53-

Sur les travaux confiés au futur délégataire

S'agissant des travaux confiés au futur délégataire, les observations provisoires relatives au futur contrat portent sur le fait qu'une partie seulement des travaux de renouvellement, faisant l'objet de l'article 8 de l'actuelle convention, serait placée sous maîtrise d'ouvrage du Syndicat dans le futur contrat ; en dépit de l'accroissement de la part dévolue à l'autorité délégante, 44 % de la maîtrise d'ouvrage du service public de l'eau potable resterait ainsi confiée au délégataire, ce qui n'est en soi constitutif d'aucune irrégularité.

Sans reprendre l'analyse développée au fond par le SEDIF à propos de la régularité des travaux confiés au délégataire de service public (supra point 31) il y a tout de même lieu de souligner que les observations formulées par la Chambre se fondent exclusivement sur une partie du rapport de présentation communiqué aux délégués du SEDIF lors de la séance du 9 avril 2009 du Comité. Ce texte, quoique fidèle, ne représente qu'une synthèse exposée en l'espace d'un feuillet alors que le chapitre VII du DCQQP présente sur trente pages les questions afférentes à la répartition des travaux entre le délégant et le délégataire ainsi que les modalités de mise en œuvre de ces derniers.

Là encore, il eut été utile que la Chambre consultât le DCQQP, qui demeure tenu à sa disposition.

En la matière, les orientations essentielles retenues par le SEDIF sont rappelées ci-après.

➤ Principes généraux de répartition des travaux

Les travaux neufs et les travaux de renouvellement afférents à la gestion patrimoniale seront désormais assurés par le SEDIF, en application de la loi MOP, et donc soumis à une mise en concurrence sous l'autorité du Syndicat.

Les travaux d'entretien, ceux nécessaires au maintien des fonctionnalités des équipements et ceux liés à la relation clientèle seront en revanche confiés au délégataire selon la pratique commune des contrats de délégation de service public.

Par rapport à la répartition stipulée dans la convention actuelle, la future convention retiendra les principes suivants :

- **les travaux d'entretien** demeureront entièrement confiés au futur délégataire, selon une logique classique de délégation de service public ;
- **les travaux de l'actuel article 7**, dont les canalisations d'un diamètre supérieur à 300 mm, demeureront en quasi-totalité sous maîtrise d'ouvrage publique ; seuls quelques travaux liés au maintien en condition opérationnelle des équipements seront confiés au délégataire ;
- **les travaux de l'actuel article 8**, en particulier les canalisations d'un diamètre inférieur à 300 mm seront, sauf exception, retirés au délégataire. Dans la future convention, les travaux de renouvellement du réseau local de canalisations et des branchements seront donc effectués sous maîtrise d'ouvrage de la collectivité. Seules les opérations de renouvellement, liées à des rénovations de voirie, seront confiées au délégataire afin de préserver la relation directe entre ce dernier, les communes et les usagers ;
- **les travaux financés par les tiers** demeureront confiés au délégataire (travaux sur canalisations locales nécessités par des équipements publics ou privés, des ZAC, des centres commerciaux notamment) ;

➤ **Appréciation globale.**

La part de travaux qui restera confiée au délégataire dans le futur contrat, et que la Chambre qualifie d'irrégulière, correspond en effet à 44 %, ainsi que le précise le rapport présenté au Comité du 9 avril 2009.

Reste que pour apprécier l'irrégularité alléguée, il ne semble pas inutile de cerner au plus près la nature et la répartition des travaux qui seront confiés au cocontractant.

Ainsi, les 84 M€ de travaux que représenteront les « 44 % » susmentionnés se répartissent-ils de la façon suivante :

- **48 M€ de travaux d'entretien** (soit 57 % des travaux du ressort du délégataire) ;

- 11 M€ de travaux « tiers » (soit 13 % des travaux confiés au délégataire) ;
- 25 M€ de travaux des actuels articles 7 et 8 (soit 30 % des travaux de renouvellement sur canalisations réalisés par le délégataire).

Ces 25 M€ de travaux des articles 7 et 8 correspondront donc, à compter de 2011, à 13 % du total cumulé des travaux de la délégation de service public du SEDIF, compte tenu des hypothèses actuellement retenues par le SEDIF pour son XIV^e Plan d'investissements (2011-2015).

Le SEDIF ne peut que regretter, que dans ses observations définitives revenant sur la question des travaux, la Chambre ait délibérément occulté le détail des « 44% », que le Syndicat lui avait communiqué à l'occasion de sa réponse à ses observations provisoires. C'est en réalité bien ce pourcentage de 13% et non de 44% qui permet d'apprécier la réponse donnée dans la consultation encore au problème passé des travaux confié au délégataire au titre des anciens articles 7 et 8.

Ils ne seront confiés au délégataire que pour des motifs tirés soit du bon fonctionnement des installations de la délégation de service public (maintien en condition opérationnelle de certains équipements), soit de la volonté de responsabiliser le cocontractant de l'administration s'agissant des interventions liées à la relation avec les collectivités et avec les usagers (ce qui correspond essentiellement aux opérations consécutives à des opérations de voirie).

Les travaux confiés au délégataire seront *ainsi* en grande majorité des travaux d'entretien et des travaux tiers, à l'exception de certains « îlots concessifs » d'ampleur volontairement mesurée, portant sur du renouvellement et sur quelques équipements neufs (par exemple : l'installation du télé-relevé pour laquelle les candidats sont appelés à faire des propositions).

Sur les observations définitives de la Chambre relatives à la procédure en cours, le SEDIF constate qu'elles procèdent d'un a priori négatif regrettable et infondé à l'égard des travaux menés par le Syndicat. .