

**ANNEXE 2 - EAU POTABLE – PRINCIPE DE RECOURS A LA DELEGATION DE SERVICE PUBLIC****Eau potable : principe de recours à la délégation de service public**

**Rapport de présentation sur le choix du mode de gestion et le principe du recours à une délégation de service public pour la gestion du service public d'eau potable et des caractéristiques des prestations que doit assurer le concessionnaire (Article L. 1411-4 du Code Général des Collectivités Territoriales)**

## SOMMAIRE

<b>I.</b>	<b>ETAT DES LIEUX DU SERVICE D'EAU POTABLE .....</b>	<b>3</b>
<b>II.</b>	<b>PRESENTATION DES MODES DE GESTION.....</b>	<b>4</b>
<b>I.</b>	<b>MODES DE GESTION DIRECTE .....</b>	<b>4</b>
A.	La Régie à simple autonomie financière .....	4
B.	La Régie à autonomie financière et personnalité morale.....	5
<b>II.</b>	<b>MODES DE GESTION EXTERNALISEE.....</b>	<b>6</b>
A.	Le marché public .....	6
B.	La Concession.....	9
<b>III.</b>	<b>AUTRES FORMES DE GESTION .....</b>	<b>11</b>
A.	La Société Publique Locale (SPL).....	11
B.	La Société d'Economie Mixte Locale (SEML).....	12
C.	La Société d'Economie Mixte à Opération unique (SEMOp) .....	12
D.	Les quasi-régies .....	13
IV.	Choix des scenarios.....	14
<b>III.</b>	<b>ANALYSE COMPARATIVE DES SCENARIOS .....</b>	<b>16</b>
A.	Maitrise du service .....	16
B.	Critères techniques et de compétences .....	17
C.	Critères de risques et de responsabilité .....	18
D.	Organisation et ressources humaines .....	19
E.	Le critère économique .....	20
F.	Délais de mise en œuvre des modes de gestion.....	20
G.	Synthèse.....	22
<b>IV.</b>	<b>PRINCIPALES CARACTERISTIQUES DU FUTUR CONTRAT DE DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC .....</b>	<b>25</b>
A.	Objet.....	25
B.	Les missions confiées au concessionnaire .....	25
C.	Les conditions financières d'exploitation du service .....	25
D.	Le régime des responsabilités .....	25
E.	La durée du contrat.....	26
F.	Contrôle, pénalités et sanctions .....	26
G.	La fin du contrat .....	26

## I. ETAT DES LIEUX DU SERVICE D'EAU POTABLE

La commune de NANGIS, a confié l'exploitation de son service public d'eau potable à la société des Eaux de Melun (Veolia) via un contrat de délégation de service public (DSP).

Ce contrat a pris effet le 1<sup>er</sup> janvier 2017 pour une durée de 4 ans pour arriver à échéance le 31 décembre 2021. Son éventuel renouvellement doit donc intervenir au 1<sup>er</sup> janvier 2022.

Le présent rapport a pour objet d'éclairer la commune sur le choix du mode de gestion du service public de l'eau potable.

Le rapport présente à ce titre :

- Les différents modes de gestion du service public de l'eau potable ;
- Les critères de choix entre les différents modes de gestion ;
- Les caractéristiques des prestations futures.

Au regard de ces éléments, il appartiendra ensuite au conseil municipal de se prononcer sur le mode de gestion le plus adapté.

## II. PRÉSENTATION DES MODES DE GESTION

La commune, qui est responsable de la gestion du service public d'eau potable sur son territoire, peut choisir de gérer ce service selon les modes suivants :

- Gestion directe : Régies à simple autonomie financière ou à personnalité morale ;
- Gestion déléguée : Concessions (de service ou de travaux), marchés publics ;
- Autres formes de gestion : Sociétés Publiques Locales (SPL), Sociétés d'Economie Mixte Locales (SEML) et Sociétés d'Economie Mixte à Opération unique (SEMOp).

### I. MODES DE GESTION DIRECTE

Les modes de gestion directe se différencient les uns des autres par une plus ou moins grande autonomie du service public par rapport à la Collectivité. Dans cette gradation, on distingue deux types de structures :

- La régie dotée de la seule autonomie financière,
- La régie dotée de l'autonomie financière et de la personnalité morale.

A noter que la régie simple ne sera pas étudiée car la création d'une régie simple n'est plus possible depuis 1926 (décret-loi de 1926) pour les Services Publics à caractère Industriel et Commercial (SPIC) : le service public d'eau potable étant un SPIC (article L. 2224-11 du code général des collectivités territoriales).

Par ailleurs, l'exploitation du service pourra nécessiter le recours à la passation de marchés publics avec des prestataires extérieurs, selon les règles fixées par le code de la commande publique.

#### A. La Régie à simple autonomie financière

La régie dotée de la simple autonomie financière est prévue à l'article L. 2221-11 du CGCT et son régime est précisé par les articles L. 2221-12 à L.2221-14 et R. 2221-63 à R. 2221-94 du Code Général des Collectivités territoriales (CGCT).

Elle reste sous le contrôle de la Collectivité mais dispose d'organes propres de gestion :

- Création par délibération de l'assemblée délibérante (arrête et fixe les statuts et les moyens mis à disposition) ;
- Organes de gestion (sous l'autorité de la Collectivité) :
  - 1 directeur (le président reste l'ordonnateur de la régie) ;
  - 1 conseil d'exploitation (organe consultatif de contrôle et de proposition).

Accusé de réception en préfecture  
077-217703271-20210128-2021-JAN-002-DE  
Date de télétransmission : 28/01/2021  
Date de réception préfecture : 28/01/2021

- Application des règles de la comptabilité publique,
- Budget propre voté par l'assemblée délibérante.

Le rôle du conseil d'exploitation est essentiellement consultatif et les décisions restent prises par le conseil municipal.

## **B. La Régie à autonomie financière et personnalité morale**

La régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière est dénommée établissement public local (article L. 2221-10 du CGCT).

C'est un établissement public autonome rattaché à la Collectivité (qui peut exercer son contrôle) :

- Création par délibération de l'assemblée délibérante (fixe les statuts le montant de la dotation initiale de la régie),
- Organes de gestion :
  - 1 conseil d'administration : délibère sur les questions relatives au fonctionnement et à l'activité de l'établissement (acquisition, location, passation et exécution des marchés) ;
  - 1 directeur : ordonnateur des dépenses et recettes, exécution des décisions du conseil d'administration (notamment marchés, contrats).
- Application des règles de la comptabilité publique ;
- Budget propre non annexé au budget de la Collectivité et voté par le conseil d'administration.

## II. MODES DE GESTION EXTERNALISEE

La gestion externalisée peut se décomposer en deux grandes familles :

- les marchés publics : marchés de travaux/fournitures/services, marchés publics globaux (conception-réalisation, marchés publics globaux de performance...), marchés de partenariat.
- les concessions : concession de travaux ou de service (selon l'objet principal du contrat), qui peuvent ensuite se décliner en plusieurs formes contractuelles (affermage, concession notamment). La délégation de service public est une catégorie de contrat de concession de service public.

### A. Le marché public

#### 1. Marchés de travaux, fournitures ou services

Selon l'article L. 1414-1 du CGCT : « *Les marchés publics des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements sont passés et exécutés conformément aux dispositions du code de la commande publique* ».

Aux termes de l'article L. 1111-1 du code de la commande publique « *un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent.* »

Les marchés publics ont pour objet l'acquisition d'une prestation de travaux ou/et de services ou de fournitures. Ils supposent l'établissement d'un contrat d'une durée généralement relativement courte.

La rémunération du titulaire du marché est généralement assurée par une contrepartie financière, fixée dans le contrat, et directement versée par la personne publique en contrepartie immédiate de la prestation fournie.

Les risques vis-à-vis des tiers liés à la définition, à l'établissement et à la conservation des ouvrages après leur réception sont à l'entière charge de la personne publique.

Le prestataire de services ne prendra pas à son compte les risques d'exploitation, autrement dit, il importe peu pour celui-ci que la gestion génère des bénéfices ou des pertes. La Collectivité dans un tel montage demeurerait la seule responsable du résultat de l'exploitation financière du service.

Le contrat est un contrat dit « *d'exploitation* ». Dans ce contrat est confiée la gestion quotidienne du service public contre une rémunération versée généralement par la collectivité.

Par ce seul contrat, le titulaire du marché ne peut pas prendre à sa charge les investissements puisque dans un tel contrat l'ensemble des prestations est directement facturé dans leur totalité à la Collectivité.

Ce mode de gestion a pour avantage de permettre d'obtenir les compétences techniques et humaines que n'aurait pas nécessairement la Collectivité.

Il a aussi l'avantage de lier la Collectivité pour une durée optimale (dans les limites du principe de remise en concurrence périodique des contrats publics).

Le principal défaut d'un tel montage est toutefois de laisser les investissements à la charge financière de la Collectivité (en comparaison avec le montage de la délégation de service public [DSP] où les investissements peuvent être mis à la charge du concessionnaire et le risque d'exploitation est assuré par lui).

En outre, il n'est pas particulièrement motivant pour le gestionnaire dont la rémunération ne peut qu'être majoritairement fixe.

## 2. Marchés publics globaux

Selon l'article L 2171-1 du code de la commande publique relèvent de marchés globaux :

- 1° Les marchés publics de conception-réalisation ;
- 2° Les marchés publics globaux de performance ;
- 3° Les marchés publics globaux sectoriels ;
- 4° Les marchés de partenariat définis à l'article L.1112-1 et passés dans les conditions prévues au livre II de la présente partie

*N. B. : les marchés publics globaux sectoriels ne concernent que certains secteurs particuliers (police nationale ; gendarmerie ; défense ; établissements pénitentiaires, etc.) dont ne fait pas partie le secteur de l'eau et de l'assainissement. Par conséquent, ce montage particulier ne sera pas étudié.*

### a) Les marchés de conception-réalisation

L'article L 2171-2 du code de la commande publique :

*« Le marché public de conception-réalisation est un marché public de travaux permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux. Les acheteurs peuvent conclure des marchés publics de conception-réalisation. Toutefois, sous réserve des dispositions législatives spéciales, les acheteurs soumis aux dispositions du livre IV de la présente partie ne peuvent conclure un marché public de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association*



*de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un tel marché public est confié à un groupement d'opérateurs économiques.*

*Il peut toutefois être confié à un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructures »*

Le recours à ce type de marché permettrait d'aller plus vite que la procédure habituelle de passation de plusieurs marchés successifs qui nécessite le choix de prestataires différents. Le maître d'ouvrage n'a en effet pas à attendre la fin de la phase conception pour lancer la procédure d'appel d'offres des travaux puisqu'un seul contrat comprend la conception et la réalisation de l'ouvrage.

Toutefois, il convient de relever que sauf cas exclus de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 dite loi MOP et de réalisation de logements locatifs aidés par l'Etat, les motifs d'ordre technique qui permettent de justifier le recours à ce type de marché doivent être justifiés avec soin ou qu'il est nécessaire qu'il existe un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique.

#### b) Les marchés publics globaux de performance

L'article L 2171-3 du code de la commande publique dispose que :

*« Le marché public global de performance est un marché public qui associe l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance.*

*Ces objectifs sont définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.*

*Les acheteurs, y compris ceux soumis aux dispositions du livre IV de la présente partie, peuvent conclure des marchés publics globaux de performance.*

*Le marché public global de performance doit comporter des engagements de performance mesurables. »*

Les prestations de construction d'une part, et d'exploitation maintenance, sont ainsi regroupées au sein d'un même marché. A ce titre, la durée du marché doit donc être fixée de manière à ce que les objectifs de performance fixés soient atteints.

Toutefois, pour pouvoir recourir à la conclusion d'un marché public global de performance, il est impératif que la personne publique donne une justification suffisante car le juge administratif procède à une appréciation stricte de la réunion des critères permettant de déroger au principe de la séparation des différents types de prestations/travaux au sein de contrats distincts.

Enfin, il faut que les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance apparaissent distinctement. Ceci implique que la rémunération de la maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction, le paiement du prix devant donc être achevé à la réception de l'ouvrage.



### 3. Marchés de partenariat

L'article L 1112-1 du code de la commande publique dispose que dispose que :

*« Un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement.*

*Cette mission globale peut en outre avoir pour objet :*

*1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;*

*2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;*

*3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.*

*Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser. »*

Le marché de partenariat donne lieu à rémunération du partenaire privé par la collectivité à travers un loyer qui est la somme du coût d'investissement (conception, construction, frais financiers), le coût de la maintenance, le coût du gros entretien et du renouvellement (GER), diminuée des recettes annexes (redevance commerciale).

Par ailleurs, le marché de partenariat est une procédure complexe qui fait appel à des compétences techniques et d'ingénierie financière avancées.

### B. La Concession

L'article L1121-1 du code de la commande publique définit la concession de la manière suivante :

*« Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.*

*La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés. »*

A noter, pour les contrats d'eau et d'assainissement, l'interdiction de versement de droits d'entrée par les concessionnaires tout comme la durée maximale de vingt ans.

La notion de concession regroupe plusieurs contrats différents :

- Contrat de concession de travaux (article L. 1121-2 code de la commande publique) a pour objet :

*« 1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ;*

*2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante.*

*Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. »*

- Contrat de concession de services (article L. 1121-3 code de la commande publique) a pour objet ;

*« La gestion d'un service. Il peut consister à concéder la gestion d'un service public.*

*Pour l'application du code général des collectivités territoriales, une concession de services ayant pour objet un service public passée par une ou plusieurs collectivités territoriales, établissements publics locaux ou leurs groupements est dénommée délégation de service public. Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service. »*

- Lorsqu'un contrat de concession porte sur des travaux et des services, il est un contrat de concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux (article L. 1121-4 code de la commande publique)

Un contrat de concession se caractérise par le transfert de la gestion d'un service public à un opérateur, qui contrairement au marché public, se voit transférer un risque lié à l'exploitation du service.

Dès lors, pour qu'un éventuel contrat qui serait passé par la Collectivité dans ce cadre puisse être qualifié de contrat de concession, il conviendra de bien s'assurer que le concessionnaire ne bénéficie pas de compensation substantielle voire absolue des pertes qu'il pourrait rencontrer. Autrement dit, pour ce type de contrat, la Collectivité ne peut s'engager à couvrir les déficits de l'exploitant.

Dans le cadre d'une concession, la Collectivité peut se contenter de confier uniquement la gestion du service public mais elle peut confier également la réalisation d'investissements au concessionnaire en plus de la gestion du service public. Ces investissements permettent de faire financer par le partenaire privé des équipements alors que la Collectivité ne dispose pas des fonds nécessaires sachant qu'à la fin du contrat ces biens seront des biens de retour (qui reviennent à l'autorité délégante sans contrepartie financière en principe sauf éventuellement le reste des amortissements à réaliser).

Différentes solutions s'ouvrent donc à la Collectivité en cas de recours à la délégation de service public en fonction de la volonté de procéder elle-même aux investissements nécessaires au service ou au contraire de faire supporter la charge de ces investissements sur le concessionnaire.

La délégation de service public présente l'avantage de permettre de confier la gestion totale du service public à un même concessionnaire, spécialisé et expert dans le domaine.

De plus, le concessionnaire étant financièrement intéressé dans la réussite du projet puisqu'il supporte les risques d'exploitation, il a tout intérêt à ce que le service public soit correctement géré.

Par ailleurs, la délégation de service public présente un avantage financier évident puisqu'elle permet à la Collectivité de faire financer par l'opérateur des équipements qu'elle ne pourrait acquérir directement, faute de disposer des fonds nécessaires.

La contrepartie en revanche de cette prise en charge des investissements est que le contrat de concession est naturellement plus long puisque sa durée est en principe calquée sur celle des amortissements. A cet égard, il convient de noter que la durée des contrats de concession est limitée à cinq ans si aucun investissement n'est nécessaire.

On reproche souvent à la gestion par délégation que le contrôle de la personne publique sur le service soit faible. En réalité s'il est vrai que le concessionnaire — en tant qu'exploitant au quotidien du service — a de grandes libertés, ces dernières sont normalement encadrées et limitées par le contrat et le pouvoir de contrôle de la personne publique.

Il est possible en délégation de service public d'exercer un réel contrôle sur le service dès lors que le contrat est correctement rédigé et que l'autorité délégante, dès les débuts du contrat, marque sa présence dans le suivi au quotidien du bon déroulement du contrat.

### III. AUTRES FORMES DE GESTION

#### A. La Société Publique Locale (SPL)

La Société publique locale est régie par les dispositions de la loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, dont les dispositions ont été codifiées à l'article L. 1531-1 du CGCT.

La loi procède à l'organisation de ces sociétés publiques locales (SPL) et institue leurs modalités d'intervention.

La SPL présente trois caractéristiques majeures :

- son capital est entièrement public,
- elle est détenue par plusieurs actionnaires publics (au moins deux),
- elle est constituée sous forme de société anonyme régie par le code de commerce.

Les SPL peuvent s'inscrire dans la définition de quasi-régie.

Pour cela, il faut que **la personne publique actionnaire exerce sur la SPL un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services**. Un tel contrôle doit, en outre, s'inscrire dans un lien de dépendance institutionnel très fort.

Le cocontractant du pouvoir adjudicateur doit réaliser l'intégralité de ses activités pour ce dernier. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur doit être titulaire de la compétence qui fait l'objet social de la SPL pour en être actionnaire (Conseil d'Etat, 14 novembre 2018, *SEMERAP*, req. n° 405.628).

**De plus, la SPL doit réaliser au moins 80 % de ses activités pour ses actionnaires.**

Si ces conditions sont effectivement remplies, les collectivités territoriales et groupements actionnaires peuvent donc recourir, sans publicité ni mise en concurrence, à la SPL pour l'exploitation concédée de services ou pour l'attribution de marchés publics.

En revanche, si la SPL est amenée à passer des marchés avec des opérateurs économiques qui ne sont ni des pouvoirs adjudicateurs ni des quasi-régies, elle sera soumise aux dispositions du code de la commande publique.

## **B. La Société d'Economie Mixte Locale (SEML)**

Il s'agit d'une société anonyme constituée par des capitaux publics et privés, régie, d'une part, par des dispositions relatives aux sociétés anonymes dans le Code de commerce, d'autre part, par des dispositions propres au sein du Code général des collectivités territoriales (article L. 1521-1 du CGCT et suivants).

La SEML dispose d'au moins deux actionnaires, dont l'un est obligatoirement une personne privée. Les collectivités locales doivent être majoritaires et détenir entre 50 et 85% du capital (article L. 1522-2 du CGCT).

Les SEML sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement et de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ainsi que toutes autres activités d'intérêt général. Leur champ d'action territorial n'est pas limité. Elles peuvent intervenir pour d'autres clients que leurs actionnaires ainsi que pour leur propre compte.

## **C. La Société d'Economie Mixte à Opération unique (SEMOp)**

La Loi n°2014-744 du 1er juillet 2014 a consacré en France une forme de coopération public-privé institutionnelle en créant la société d'économie mixte à opération unique (SEMOP). Les dispositions relatives à la SEMOP sont codifiées aux articles L. 1541-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

Accusé de réception en préfecture  
077-217703271-20210128-2021-JAN-002-DE  
Date de télétransmission : 28/01/2021  
Date de réception préfecture : 28/01/2021

La SEMOP est mono-contrat. Elle ne peut exercer ses activités que dans le cadre exclusif de l'unique contrat passé avec son actionnaire public.

Conformément à l'article L.1541-2 du CGCT, « *la sélection du ou des actionnaires opérateurs économiques et l'attribution du contrat à la société d'économie mixte à opération unique mise en place sont effectuées par un unique appel public à la concurrence respectant les procédures applicables aux contrats de concession ou aux marchés publics, selon la nature du contrat destiné à être conclu entre la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales et la société d'économie mixte à opération unique* ».

La SEMOP est donc constituée pour un objet limité, à la fois dans le temps et dans son contenu, exclusivement à la mission confiée par le contrat attribué par la collectivité.

Par ailleurs la SEMOP peut être constituée par deux actionnaires au moins. L'actionnaire public d'une SEMOP peut être minoritaire puisque l'opérateur privé peut détenir jusqu'à 66 % du capital. Néanmoins, la présidence du conseil (d'administration ou de surveillance) est nécessairement assurée par un représentant de la collectivité ou du groupement (article L. 1541-1 III du CGCT).

#### **D. Les quasi-régies**

L'article L2511-1 du code de la commande publique excluent de leur champ d'application les quasi-régies.

D'après ce texte, une personne morale de droit public ou privé peut être qualifiée de quasi-régie (SPL ; association, entre autres) lorsque les conditions suivantes sont réunies :

*1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;*

*2° La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées soit par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, soit par d'autres personnes morales qu'il contrôle, soit par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle et d'autres personnes morales qu'il contrôle ;*

*3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.*

*Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.*



## IV. CHOIX DES SCENARIOS

Mode de gestion	Caractéristiques générales	Commentaires
<b><u>Régie dotée de la simple autonomie financière</u></b>	Service communal sans personnalité juridique ni capital. Le pouvoir décisionnaire du conseil d'exploitation est restreint par rapport à une régie à personnalité morale. Son rôle est essentiellement consultatif.	Cette solution est envisageable mais nécessitera le recours à plusieurs marchés pour la réalisation de certaines prestations.  La Collectivité assume les risques d'exploitation et doit financer immédiatement le coût des travaux, ce qui ne correspond pas aux souhaits de la Collectivité.
<b><u>Régie à autonomie financière et personnalité morale</u></b>	Personne morale de droit public dotée d'une autonomie financière et sans capital. Le conseil d'administration dispose de pouvoirs élargis (vote le budget, etc.).	
<b><u>Marchés publics</u></b>	La Collectivité assure la responsabilité du service.  Les prestations sont réalisées moyennant une rémunération au prestataire.	Peu adapté pour l'exploitation de l'intégralité du service. En revanche pour certaines parties du service (travaux notamment), ce mode de gestion pourra être combiné avec la régie. Nécessite de passer plusieurs marchés publics. La Collectivité assume les risques d'exploitation et doit financer immédiatement le coût des travaux, ce qui ne correspond pas aux souhaits de la Collectivité. Concernant le marché de partenariat et les marchés publics globaux, il ne semble pas que les conditions de recours à ces marchés publics particuliers soient remplies.
<b><u>Concession de travaux</u></b>	L'entreprise prend à sa charge la totalité du service, y compris les frais de 1er établissement de construction et d'extension.	Dans la mesure où l'objet du contrat serait principalement l'exploitation et des travaux peu importants, ce type de contrat semble exclu.
<b><u>Concession de service (en l'espèce délégation de service public) (sous forme d'affermage ou de concession)</u></b>	L'eau potable est un service public (article L. 2224-11 du CGCT). On est donc dans l'hypothèse d'une délégation de service public. Le risque d'exploitation est supporté par le concessionnaire. Le concessionnaire se rémunère substantiellement sur les usagers. Dans l'hypothèse d'un affermage, la Collectivité assume le coût des travaux mais pas dans l'hypothèse d'une délégation de service public sous forme de concession.	Mode de gestion adapté à l'exploitation d'un service public d'eau potable. Permet de faire supporter le financement de certains travaux par le concessionnaire. En revanche, moindre maîtrise du service par la collectivité qui peut néanmoins exercer un contrôle étroit sur le concessionnaire dans le cadre du contrat conclu.



Mode de gestion	Caractéristiques générales	Commentaires
<u>SPL / SEML / SEMOP</u>	Société anonyme (SA) à capital exclusivement public (SPL) ou mixte (SEML et SEMOp).	<p>Montages complexes.</p> <p>La SPL nécessite de trouver au moins un autre actionnaire public.</p> <p>Dans une SEML, la collectivité conserve indirectement la responsabilité globale des missions du service à travers sa participation majoritaire dans la SEML, et une part importante du risque.</p> <p>La SEMOP est constituée uniquement pour le contrat en question. Procédure relativement lourde pour une structure de courte durée. Correspond bien aux services publics à forte rentabilité.</p> <p>La mise en place d'une structure dédiée (quel que soit la structure choisie) est une procédure relativement longue et qui nécessite de trouver des actionnaires.</p> <p>La création de cette structure ne correspond pas au projet de la Collectivité.</p>

→ D'après ces différents éléments la délégation de service public et la régie semblent être les montages les plus adaptés au service.

### III. ANALYSE COMPARATIVE DES SCÉNARIOS

Compte tenu des principales caractéristiques des modes de gestion présentés plus haut, la délégation de service public et la régie semblent être les deux modes de gestion les plus adaptés. L'analyse qui suit compare ces deux modes de gestion selon différents critères :

- Critère de maîtrise du service
- Critère technique et de compétence ;
- Critère du risque ;
- Critère fiscal ;
- Critère financier ;
- Critère relatif au personnel et à l'organisation ;
- Critère du délai de mise en œuvre.

#### A. Maitrise du service

##### La relation usager :

La gestion déléguée et la régie présentent des avantages forts qui ne permettent pas d'avantager une option plutôt qu'une autre. En effet, les concessionnaires ont une pratique plus répandue de la certification ISO 9001, et intègrent donc une démarche d'amélioration permanente de la satisfaction de l'usager. Cependant la régie est traditionnellement plus proche de ces usagers.

##### Transparence, suivi et contrôle :

La gestion déléguée suppose l'externalisation d'un plus grand nombre de prestation, ce qui peut accroître les difficultés d'accès à l'information. Cette asymétrie d'information limite les marges de manœuvre de la collectivité notamment sur les questions de suivi et de contrôle du prestataire. Cependant en prévoyant et en mettant en œuvre des dispositifs de contrôle, le suivi et le contrôle du concessionnaire peuvent être améliorés.

##### Capacité à faire évoluer le tarif :

Lorsque le service est mis en œuvre par la régie, ce sont les élus de la collectivité qui maîtrisent directement et immédiatement. Tandis qu'en optant pour la délégation de service public, l'évolution du prix est fixée contractuellement au moyen d'une formule d'indexation qui tient compte d'une évolution du prix.

##### Amplitude de l'évolution du tarif :

L'obligation de l'équilibre budgétaire à laquelle est soumise la régie peut entraîner une hausse brutale du prix du service. Tandis que la gestion déléguée, l'évolution du prix est prévue contractuelle, il ne peut donc y avoir des changements trop brutaux.

Maitrise des investissements :

De nouveau, les deux modes de gestions présentent des avantages importants qui ne permettent pas de privilégier l'un des modes de gestion sur l'autre. En effet, en cas de gestion déléguée, certains travaux peuvent être réalisés sous maitrise d'ouvrage privée, ce qui permet de ne pas appliquer les règles de la commande publique. Tandis qu'en cas de régie, celle-ci est en charge des investissements et en a donc toute la maitrise.

Il convient toutefois, de rappeler qu'en cas de régie, la collectivité supporte seule les risques liés aux investissements (cf. supra).

Evolution du périmètre :

Les contrats de concession sont soumis à un encadrement strict des modifications par avenant, ce qui limite nécessairement les potentielles évolutions de périmètre.

## **B. Critères techniques et de compétences**

Ce sont ces critères qui vont conditionner la qualité du service rendu et de ce fait la satisfaction de l'usager.

De façon générale, la complexification de l'exploitation d'un service public d'eau potable, les exigences accrues des usagers, rendent nécessaires la mise en œuvre de moyens de plus en plus importants. Les termes de l'enjeu technique sont :

- Réunir les compétences techniques nécessaires à l'exploitation ;
- Avoir une taille critique par rapport aux contraintes techniques ;
- Avoir la possibilité d'intervenir en cas de crise (risques sanitaires...) ;
- La connaissance et la maîtrise du patrimoine par la collectivité.

La disponibilité des compétences :

Pour un service public d'eau potable, un certain nombre de compétences sont nécessaires :

- Electromécaniciens ;
- Agents d'exploitation réseau ;
- Chargés de clientèle ;
- Ingénieur / encadrement ....

La Collectivité devra prendre en compte le coût d'acquisition de ces compétences, et les difficultés qui pourraient survenir dans les premières années de l'exploitation. Or, le

concessionnaire est en position privilégiée en raison de sa disponibilité de compétences en matière de Recherche & Développement et plus largement de son expertise.

#### La taille critique :

La question de la taille du service est également essentielle puisqu'il convient de savoir si la collectivité a la possibilité d'amortir les moyens qu'il convient de mettre en œuvre pour exploiter le service.

Les concessionnaires disposent d'une organisation opérationnelle qui permet de mutualiser les moyens humains et techniques à l'échelle locale et régionale, tout en assurant une continuité de service 24 heures/24 et 365 jours/an. A cela, ils bénéficient également d'un accès plus aisé aux réseaux d'expertises (laboratoires, expertise financière...) et d'un accès aux technologies avancées découlant de leurs efforts en matière de recherche et développement.

En cas de régie pour l'exploitation du service, le degré de mutualisation des moyens serait donc moindre en comparaison à la gestion déléguée.

#### L'intervention en cas de crise :

Il est nécessaire de pouvoir mobiliser des moyens humains et matériels de manière à faire face à des situations d'urgence. A ce titre, selon l'état du patrimoine de la collectivité et les récurrences d'interventions nécessaires sur les ouvrages, il peut être plus moins intéressant d'opter pour un mode de gestion directe ou délégué. *Par exemple sur un patrimoine vieillissant qui demande des interventions régulières, il peut être intéressant d'externaliser le risque sur la continuité de service, même si cette externalisation du risque représente un coût.*

#### Garantie de résultats :

Il est difficilement envisageable que la collectivité prenne des mesures coercitives envers sa régie en cas de manquements ou de difficultés, alors que dans le cadre d'une gestion externalisée, la collectivité pourra appliquer des pénalités en cas de non respects des engagements.

#### Protection de l'environnement :

Les concessionnaires sont accoutumés aux démarches de management environnement (SME) ou de certifications de type ISO 14001. Ce qui n'est pas moins le cas des régies.

### **C. Critères de risques et de responsabilité**

On distingue plusieurs catégories de risques et notamment : les risques contentieux, les risques d'exploitation et les risques économiques.

- **Les risques contentieux** liés à des délits non intentionnels peuvent mettre en jeu la responsabilité des exploitants, des collectivités, des Elus.
- **Les risques liés à l'exploitation** pèsent normalement sur l'exploitant sauf si preuve est faite que la cause ne lui est pas imputable.
- **Les risques économiques** liés notamment à la fluctuation des cubages d'assiette, du nombre d'usagers sont supportés par l'exploitant du service, dans les limites définies contractuellement.

En cas de délégation de service public, l'autorité concédante reste responsable du service. Cette responsabilité implique qu'elle en conserve la maîtrise, notamment par le biais d'un contrôle rigoureux des informations fournies par le concessionnaire. Dans le cas d'une DSP, les risques liés à l'exploitation, aux constructions et financiers sont transférés au concessionnaire.

## D. Organisation et ressources humaines

### Reprise des personnels :

Dans le cas d'un changement d'exploitant, des obligations de reprise du personnel s'appliquent. Ces obligations ont pour source :

- La directive communautaire 2001-23 CE du Conseil du 12 mars 2001, relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements,
- L'article L. 1224-1 du Code du travail,
- L'article 2.5 de la Convention collective nationale des entreprises des services d'eau et d'assainissement du 12 avril 2000.

Si le service est touché par un changement de mode de gestion ou par un changement d'exploitant, l'opérateur entrant (public ou privé) devra reprendre le personnel de l'opérateur privé sortant dans le cas où les dispositions des articles L. 1224-1 et suivants du code du travail s'appliqueraient, ou si la convention collective applicable prévoit un transfert de personnel.

En l'espèce selon l'exploitant, il y a 1 agent concerné.

### Gestion du personnel :

La reprise en régie peut soulever des difficultés de gestion du personnel, en ce que les statuts privé et public peuvent coexister. Ce qui ne peut être le cas si la collectivité choisit la délégation de service public.

Organisation et gestion :

Dans le cas de la gestion déléguée, la collectivité devra conclure un unique contrat : la délégation de service public. Tandis qu'en cas de régie, celle-ci devra se conformer aux règles de la commande publique (mise en concurrence, publicité, etc.) pour chaque prestation qu'elle souhaitera mettre en place et les services supports de la collectivité devront être en capacité de se mobiliser pour faire à demandes particulières (juridiques, RH, ingénierie financière,...)

**E. Le critère économique**Coût du service :

Certaines charges d'exploitation du service se traduisent généralement en régie par des surcoûts induits par l'absence d'économies d'échelle que peuvent réaliser les concessionnaires : hypothèse de surcout de +10% sur la sous-traitance, pièces et fournitures, informatique, engins et véhicules.

Par ailleurs des investissements supplémentaires sont nécessaires pour le fonctionnement de la régie : véhicules, logiciels, stock de pièces, financement du besoin en fonds de roulement, etc.

Cependant les délégations de service public intègrent des charges supplémentaires qui ne sont pas présentes en régie : frais de structure plus élevées, impôts sur les sociétés et impôts locaux, marge (3% pris en hypothèse).

En l'espèce, le service en régie pourrait se traduire par un surcoût par rapport à une DSP. Ce dernier est évalué à près de 872 k€ / an en régie contre 801 k€ /an en DSP.

Impact fiscal :

Depuis l'instruction fiscale 3 A-9-10 du 29 décembre 2010 relative aux règles de TVA applicables aux opérations immobilières, la collectivité est désormais en mesure de récupérer la totalité des dépenses de TVA, fonctionnement et investissement, faisant disparaître le mécanisme du transfert au concessionnaire des droits à déduction de TVA pour les nouveaux contrats depuis le 1er janvier 2014.

**L'impact du mode de gestion sur le régime de TVA est donc neutre.**

**F. Délais de mise en œuvre des modes de gestion****1. Mise en place d'une régie**

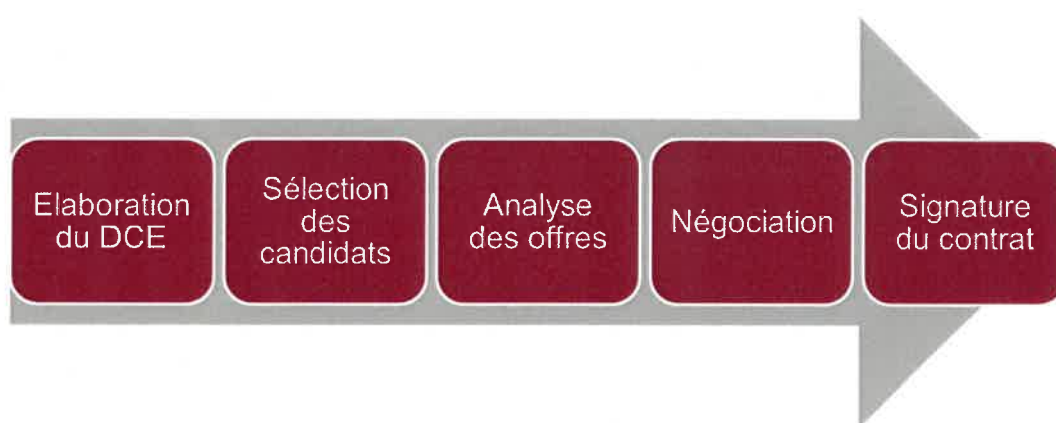
➔ **La mise en place d'une régie peut être estimée entre 12 et 18 mois.**

Accuse de réception en préfecture  
077-217703271-20210128-2021-JAN-002-DE  
Date de télétransmission : 28/01/2021  
Date de réception préfecture : 28/01/2021



## 2. Passation d'une délégation de service public

De manière générale nous pouvons décomposer la procédure de passation d'une délégation de service public de la manière suivante :



→ Le déroulement d'une procédure de délégation de service public dure généralement environ 10 mois.

## G. Synthèse

Selon le mode de gestion choisi, les effets diffèrent pour le service public, notamment en ce qui concerne la gestion du personnel, la prise de risque ou encore l'économie du service.

Le tableau ci-dessous synthétise les principaux éléments qui distinguent les modes de gestion étudiés, à savoir la régie et la concession :

	REGIE	Délégation de service public
Critères techniques et de compétence	<p>Pour le service public d'eau potable un certain nombre de recrutements seraient nécessaires (notamment en services support). En cas de régie, la collectivité devrait donc prendre en compte le coût d'acquisition de ces compétences, et les difficultés qui pourraient survenir dans les premières années de l'exploitation.</p> <p>Par ailleurs elle doit posséder les moyens nécessaires pour intervenir sur le périmètre en cas de crise.</p> <p>En revanche, le fait de gérer de manière totale les investissements et les renouvellements, l'entretien courant et la maintenance des installations, permet aux équipes d'avoir une connaissance complète et permanente du patrimoine et de son état.</p>	<p>Les concessionnaires disposent d'une organisation opérationnelle qui permet de mutualiser les moyens humains et techniques à l'échelle locale et régionale, tout en assurant une continuité de service 24 heures/24 et 365 jours/an.</p> <p>A cela, ils bénéficient également d'un accès plus aisé aux réseaux d'expertises (laboratoires, expertise financière...) et d'un accès aux technologies avancées découlant de leurs efforts en matière de recherche et développement.</p> <p>Néanmoins la collectivité dispose d'une maîtrise limitée de l'information relative à son patrimoine. Des moyens suffisants doivent être mis en place de manière à ce que la collectivité puisse assurer un suivi étroit des performances du service et de l'état du patrimoine.</p>
Critères de risques et de responsabilité	<p>Si la collectivité choisit d'exercer la totalité du service en régie, les risques qu'elle aura à supporter seront supérieurs à ceux qu'elle supporte actuellement : en plus des risques contentieux, toujours possibles, elle aura à assumer les risques liés à l'exploitation et les risques économiques.</p>	<p>En cas de délégation de service public, le service est géré aux risques et périls de l'exploitant.</p>
Traitement fiscal du service	<p>Suite à l'instruction fiscale 3 A-9-10 du 29 décembre 2010, l'impact du mode de gestion sur le régime de TVA est neutre.</p>	

	REGIE	Délégation de service public
<b>Gestion du personnel</b>	<p>La Collectivité est en <b>charge du personnel</b> : responsabilité de l'encadrement et de la formation des personnels. =&gt; a la « mainmise » sur les moyens en personnel.</p> <p>Par ailleurs dans le cas d'un retour en régie, ce sont les dispositions de l'article L1224-1 du Code du travail qui sont applicables : transfert automatique des salariés affectés essentiellement au service avec l'intégralité de leur rémunération et avantages acquis.</p>	<p>Le concessionnaire <b>détermine librement ses moyens en personnel</b>. L'organisation de l'entreprise échappe bien souvent à la Collectivité délégante, et il peut y avoir une perte de moyens de proximité au regard des politiques de restructuration de l'entreprise.</p> <p>Sur la question du transfert de personnel, ce sont les dispositions de la convention collective ou du code du travail qui sont applicables, à savoir le transfert des salariés affectés au service considéré.</p>
<b>Critère sur le coût du service</b>	<p>Certaines charges d'exploitation du service se traduisent généralement en régie par des surcoûts induits par l'absence d'économies d'échelle que peuvent réaliser les concessionnaires : hypothèse de surcoût de +15% sur la sous-traitance, pièces et fournitures, informatique, engins et véhicules.</p> <p>Par ailleurs des investissements supplémentaires sont nécessaires pour le fonctionnement de la régie : logiciels, stock de pièces, financement du besoin en fonds de roulement.</p>	<p>L'exploitation du service délégué est axé sur une politique d'optimisation des coûts basée sur la mutualisation des moyens humains et matériels ce qui tend à favoriser des économies d'échelle.</p> <p>Cependant les délégations de service public intègrent des charges supplémentaires qui ne sont pas présentes en régie : frais de structure plus élevées, impôts sur les sociétés et impôts locaux, marge (3% pris en hypothèse).</p> <p>Le coût du service en DSP serait moindre par rapport à une régie de l'ordre de 9%.</p>
<b>Délai de mise en œuvre</b>	<p>La mise en place d'une régie peut être estimée entre 12 et 18 mois.</p>	<p>Le déroulement d'une procédure de délégation de service public dure généralement entre 6 et 8 mois.</p>

**L'état des lieux réalisé et les orientations qui en découlent, mettent en valeur les aspects suivants :**

**→ La régie présente certains inconvénients :**

- Des délais nécessaires pour structurer et organiser la régie ;
- Des investissements de départ pour la mise en place d'une structure plus importante qui viennent augmenter le coût du service ;
- la pleine responsabilité de la Collectivité vis à vis des différents enjeux de la réglementation (gestion des risques, responsabilités civiles et pénales des élus et de la Collectivité, enjeux sanitaires et environnementaux, risques financiers, risques sociaux, ...),

**→ Il est donc proposé de lancer une procédure de DSP pour les raisons suivantes :**

- Transfert des risques : exploitation aux risques du concessionnaire,
- Qualité et performances dans la continuité du service public,
- Négociation (Ordonnance et décret concessions) des termes du contrat sur les plans qualitatifs, techniques et financiers.

Accusé de réception en préfecture  
077-217703271=20210128-2021-JAN-002-DE  
Date de télétransmission : 28/01/2021  
Date de réception préfecture : 28/01/2021

- **Contexte législatif : la préfecture de Seine et Marne a constaté la minorité de blocage de sur la carte de la communauté de communes de la Brie Nangissienne quant au transfert des compétences eau et assainissement aux EPCI. En l'état actuel du droit, créer une régie pendant le mandat dans lequel doit s'inscrire la préparation de ce transfert ne parait pas judicieux au niveau communal.**

## IV. PRINCIPALES CARACTERISTIQUES DU FUTUR CONTRAT DE DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC

### A. Objet

Il s'agit de la gestion du Service Public d'Eau Potable (production d'eau brute, distribution d'eau potable et gestion clientèle).

### B. Les missions confiées au concessionnaire

Les objectifs principaux assignés au futur concessionnaire seront les suivants :

- Garantir l'égalité de traitement des usagers du service public ;
- Prendre en charge l'exploitation des ouvrages ;
- Gérer la clientèle ;
- Contrat non figé et ouvert aux propositions des candidats.

### C. Les conditions financières d'exploitation du service

Le Concessionnaire se rémunérera substantiellement par la perception de recettes auprès des usagers. Sa rémunération sera donc substantiellement liée aux résultats d'exploitation du service. Le contrat devra mettre à la charge du Concessionnaire un véritable risque d'exploitation.

Le Concessionnaire versera à l'autorité délégante une redevance d'occupation domaniale en raison des avantages procurés à celui-ci par le fait de pouvoir exploiter le service. Les modalités du versement de cette redevance seront précisées dans la convention de délégation de service public, dès lors que le conseil municipal aura pris une délibération à cet effet.

### D. Le régime des responsabilités

Le concessionnaire gère le service à ses risques et périls (transfert d'un risque lié à l'exploitation). Il est responsable du bon fonctionnement des ouvrages et de la continuité du service, 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7.

Le concessionnaire a l'obligation de couvrir ses responsabilités par la souscription d'une ou plusieurs polices d'assurance de responsabilité civile, de dommages aux biens et/ou à l'environnement.

### **E. La durée du contrat**

Il est proposé une durée de 6 ans pour les considérations suivantes :

- ✓ L'amortissement des axes d'améliorations du service : site internet et extranet, audit et amélioration de la performance énergétique, SIG classe A, sécurisation des captages, gestion des réseaux (rendement, indices de perte, ..), renforcement de la politique de remplacement des branchements,...
- ✓ Les investissements liés au renouvellement du matériel pour garantir la continuité du service
- ✓ les investissements nécessaires pour assurer le pilotage des performances du service (mise en œuvre des propres outils du concessionnaire et intégration/exploitation des outils appartenant au patrimoine public
- ✓ Des frais de formation du personnel pour acquérir les connaissances techniques et de gestion nécessaires à la sûreté et au pilotage du service.

### **F. Contrôle, pénalités et sanctions**

Le Concessionnaire devra satisfaire aux obligations définies et détaillées dans la convention de délégation de service public concernant notamment la production de ses comptes et des indicateurs de la qualité du service rendu aux usagers.

Le contrat définira précisément les objectifs assignés au Concessionnaire, les informations que le Concessionnaire tiendra à la disposition de la Collectivité, les modalités de leur transmission et les moyens de contrôle effectifs dont elle pourra faire usage pour vérifier la bonne exécution du contrat et la qualité du service.

Un dispositif de pénalités sera prévu au contrat en cas de non-respect de ses obligations contractuelles par le concessionnaire.

La Collectivité pourra exercer, le cas échéant, son pouvoir de sanction et résilier le contrat dans les conditions qui seront fixées dans la convention de délégation de service public.

### **G. La fin du contrat**

Toute reconduction tacite de la convention sera prohibée.



La convention de délégation du service public précisera les conditions relatives au sort du personnel, des biens,... en fin de contrat.

