

Chapitre 2 - L'analyse du modèle français de gestion des services publics d'eau et d'assainissement

Après avoir brossé de manière synthétique les grands principes des théories contractuelles qui vont être mobilisées, il est important de mieux définir l'objet spécifique de ce travail : les services d'eau et d'assainissement en France. En partant d'une description technique et locale du service, ce chapitre va progressivement remonter dans l'organisation pour dégager un modèle de gestion des services d'eau. Cela conduira à poser la question de la régulation avec un premier éclairage donné par Williamson.

1 Les spécifications du modèle français de l'eau

1.1 Présentation technique d'un service d'eau ou d'assainissement

La manière la plus immédiate d'appréhender un service d'eau ou d'assainissement consiste à décrire ses principales composantes physiques, par les infrastructures et leurs fonctions : pompage, traitement, transport, stockage et distribution pour un service d'eau (Figure 1), collecte, transport, traitement et rejet pour un service d'assainissement (Figure 2).

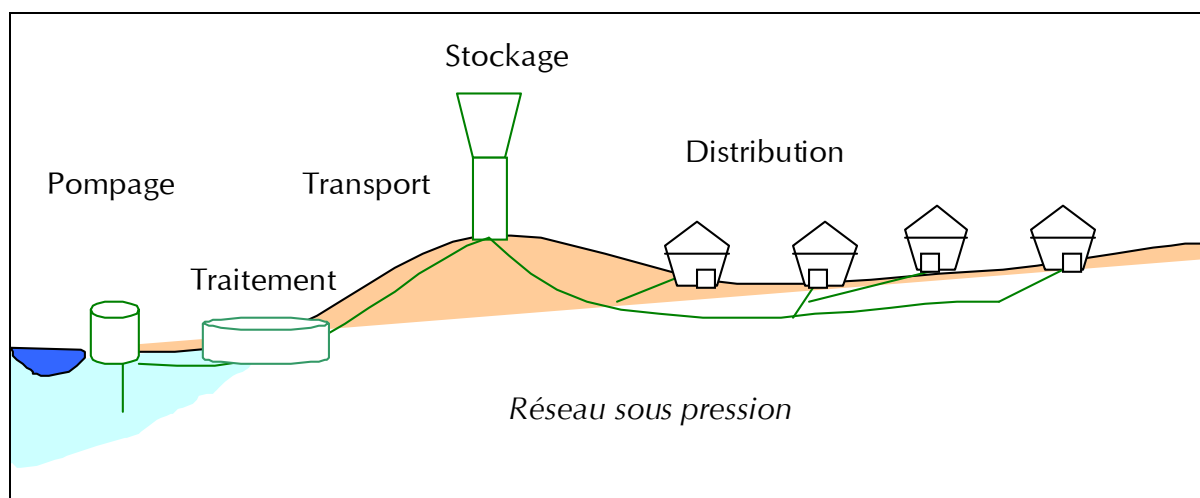


Figure 1 - Schéma (en coupe) d'un service d'eau type

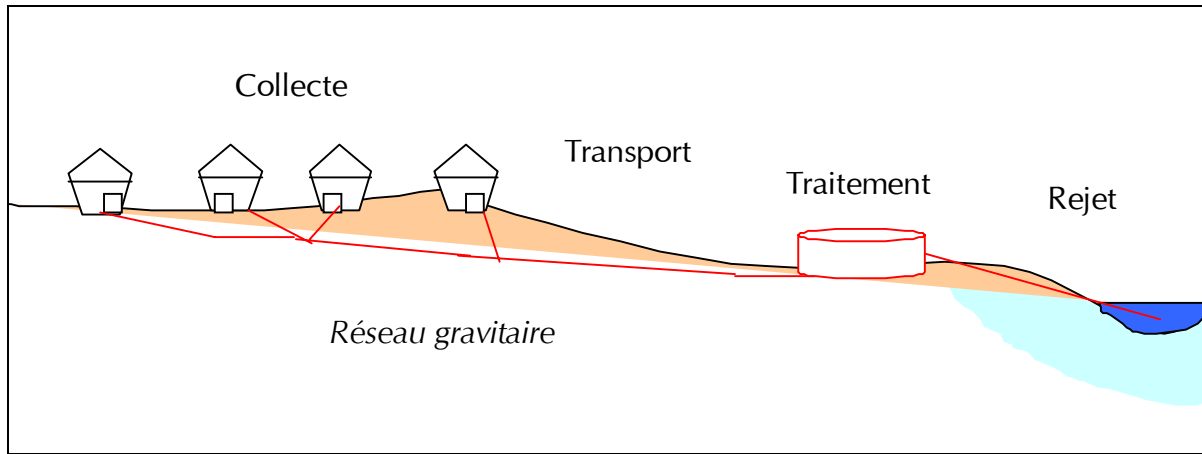


Figure 2 - Schéma (en coupe) d'un service d'assainissement type

Dans cette vision technique, le service est clairement localisé, lié à une population, à des équipements implantés dans la commune ou à proximité. Il correspond à l'échelle d'une agglomération voire, dans le cas d'un syndicat rural, à un regroupement de communes voisines.

Cette représentation, très immédiate, ne recouvre pourtant qu'une partie de la réalité du service d'eau. Le service se définit aussi à travers les parties prenantes impliquées dans sa gestion. Le paragraphe suivant s'attache à comprendre la nature des relations entre ces partenaires et à détailler les différentes représentations possibles du service.

1.2 Les partenaires en jeu dans l'organisation d'un service d'eau

L'organisation des services d'eau et d'assainissement repose sur une relation durable tripartite (Figure 3).

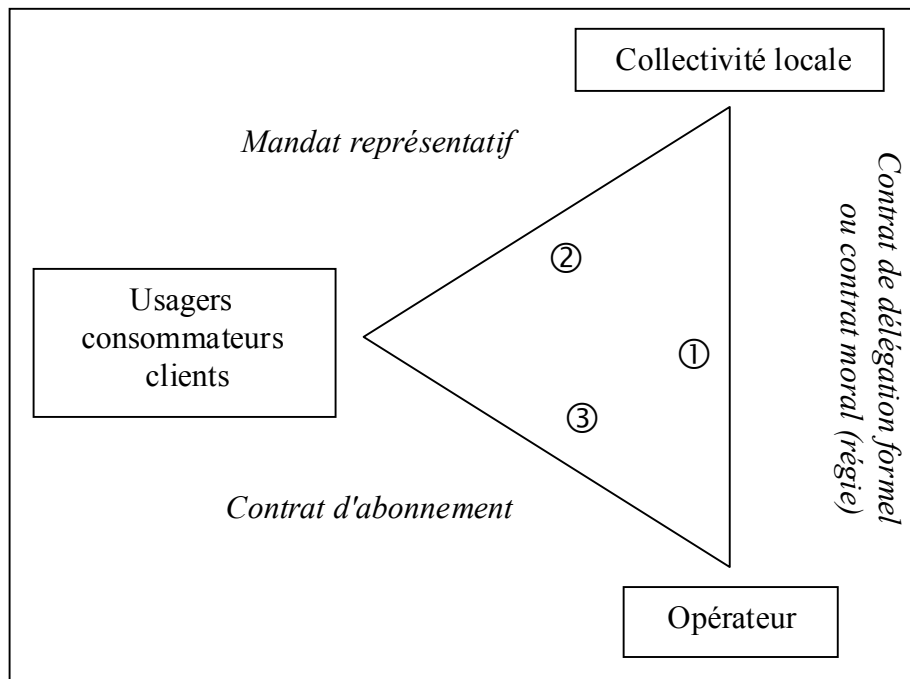


Figure 3 - La relation tripartite caractérisant l'organisation d'un service d'eau ou d'assainissement

Trois catégories d'acteurs sont impliquées : les usagers, les élus et l'opérateur.

1.2.1 Les usagers

D'après l'AFNOR¹, **l'utilisateur** est une "personne physique ou morale qui utilise les services de l'eau ou de l'assainissement". Ses locaux (habitation, commerce, usine...) sont donc raccordés au réseau public de distribution d'eau potable ou de collecte des eaux usées.

L'utilisateur peut être **abonné** au service. Il signe avec l'opérateur un contrat d'abonnement qui décrit ses droits et ses devoirs (droit à la desserte, devoirs spécifiés dans le règlement de service²).

Dans ce cas, l'utilisateur reçoit directement une facture d'eau. Il est donc aussi un **client** du service.

Pour l'habitat collectif ou pour certains locataires, l'utilisateur n'a pas souscrit lui-même d'abonnement. Il est desservi par l'intermédiaire d'un autre utilisateur abonné (syndic, propriétaire).

Ces deux groupes d'utilisateurs ont des préoccupations suffisamment proches pour ne pas être distingués.

Les utilisateurs sont en même temps des **consommateurs**. Ils ont des besoins, des attentes et constituent un groupe d'intérêt spécifique. Dans le secteur de l'eau, les consommateurs disposent de plusieurs modes de représentation.

¹ Projets de normes de la commission de normalisation AFNOR P15P Services publics locaux. : "Lignes directrices pour l'activité de service dans l'alimentation en eau potable et dans l'assainissement".

² A titre d'exemple, se rapporter au modèle de règlement de la FNCCR (1995).

Il existe tout d'abord des regroupements ou des associations au niveau local et national. Au niveau local, les associations ou les collectifs se constituent souvent autour d'un mécontentement spécifique (ex. nuisances occasionnées par une station d'épuration, contestation du prix de l'eau...). Au niveau national, les associations ont une fonction représentative. Elles s'expriment lors de la préparation de nouveaux textes ou participent à la rédaction de normes, comme c'est le cas pour le projet de norme "service dans l'alimentation en eau potable et dans l'assainissement", déjà cité en note (P15P).

Ensuite, la loi du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la République³, a prévu un autre mode d'expression des consommateurs. Les villes de plus de 3 500 habitants doivent obligatoirement constituer des commissions consultatives compétentes pour un ou plusieurs services publics locaux, comprenant des représentants d'associations d'usagers et présidées par le maire (art. 26). Force est de constater que, plus de 8 ans après la loi, peu de commissions ont effectivement vu le jour.

Cet échec pose la question de la représentation démocratique des usagers/citoyens au sein des services d'eau. En effet, leur relation avec les élus est beaucoup moins directe que ne le laisserait penser la Figure 3 (①).

De manière paradoxale, les usagers, qui, pour reprendre une expression de management devenue célèbre, sont "au cœur du service", n'ont qu'une influence limitée sur les élus en charge de l'organisation du service. Sauf cas exceptionnel, le poids de la bonne ou mauvaise gestion du service d'eau est bien léger dans le choix du bulletin.

Alors que l'électeur devrait occuper la place du principal dans une relation d'agence avec les élus, il ne maîtrise en fait que bien peu les règles du jeu.

1.2.2 La collectivité compétente responsable du service

En France, les collectivités locales sont responsables de l'organisation des services publics d'alimentation en eau potable et d'assainissement collectif. Elles occupent une position centrale.

La diversité des collectivités est importante. Elle s'exprime à travers leur population, leur densité, leur milieu géographique. Certaines communes disposent de services administratifs et techniques développés, d'autres ont des moyens beaucoup plus réduits.

Elles ont constitué des associations telles l'Association des Maires de France. Dans le secteur de l'eau et de l'assainissement, l'association la plus impliquée est la Fédération Nationale des Collectivités Concédantes et Régies (FNCCR), présidée par Josy Moinet.

Propriétaires des infrastructures, les collectivités locales peuvent en toute liberté choisir d'en confier la gestion à un service communal en régie ou bien à un opérateur externe, le plus souvent privé.

³ Loi d'orientation n°92-125 dite loi Joxe, JO du 8 février 1992, p 2064-2083.

Les communes peuvent conserver cette compétence au niveau local ou bien choisir de la transférer à des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), communément appelés syndicats intercommunaux.

Quelle que soit la solution choisie, la collectivité (commune ou EPCI) conserve un rôle important dans l'organisation du service. Elle en fixe les objectifs, elle participe aux décisions d'investissement, à la fixation du prix et elle contrôle l'exécution.

Pour reprendre la terminologie de Jensen et Meckling, elle entretient donc avec l'exploitant du service une relation d'agence (cf. Figure 3, ②) en déléguant à un mandataire la réalisation d'une tâche.

La collectivité, personne publique, est censée incarner l'intérêt général. Elle représente les citoyens d'aujourd'hui et de demain. Autrement dit, **elle doit faire la synthèse entre la satisfaction immédiate des attentes des usagers, le souci de pérennité du service et les impératifs économiques.**

1.2.3 L'opérateur

L'opérateur (ou exploitant) est chargé du bon fonctionnement du service. Il gère l'exploitation, la maintenance et l'entretien des infrastructures. Il peut se voir confier le renouvellement ou la construction de nouvelles infrastructures. Il doit enfin s'occuper de la gestion de la clientèle (abonnement, relève, facturation, gestion des demandes et réclamations).

Les missions de l'opérateur sont relativement standard. Elles sont représentées dans la Figure 4 et la Figure 5.

Service d'eau

L'organisation technique d'un service d'eau

Production

Captage de la ressource
(surface ou profondeur)

Traitement de potabilisation
(simple désinfection ou
traitement
physico-chimique
ou biologique poussé)

Transport et Stockage

Réseau de
transport
Châteaux d'eau
Réservoirs

Distribution

Réseau de distribution
depuis les zones de
production et de
stockage jusqu'aux
branchements
individuels

Interventions d'urgence (fuites, interruption de service...)

Activités complémentaires

Entretien et maintenance des
équipements
éventuellement, travaux neufs
Contrôle de la qualité de l'eau (analyses)

L'organisation administrative d'un service d'eau

Gestion des abonnés

Relève et facturation
Communication
auprès des clients

Comptabilité

Comptabilité générale
et analytique
Production de rapports

Autres services annexes

Informatique
Cartographie
etc.

Figure 4 - Les activités classiques au sein d'un service d'eau

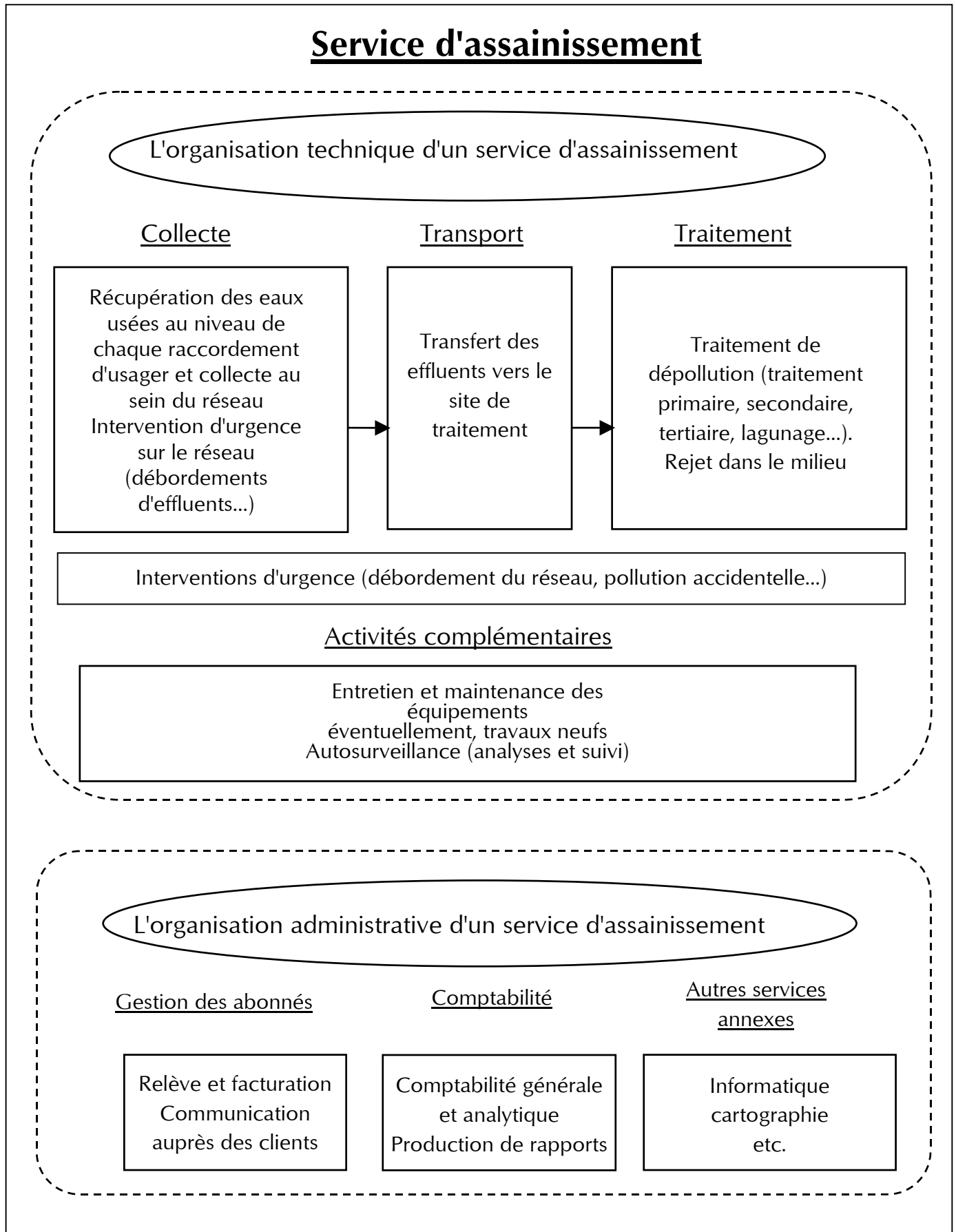


Figure 5 - Les activités classiques au sein d'un service d'assainissement

Si les activités sont relativement homogènes d'un service à l'autre, il en va tout autrement de l'organisation interne de l'opérateur. Trois structures types se distinguent.

1) Le service en régie, d'échelle locale

La collectivité a constitué son propre service. Elle recrute le personnel, sous droit public ou privé. Elle possède, outre les infrastructures, l'ensemble des actifs d'exploitation annexes (bureaux, logiciels, véhicules...).

Le service intervient exclusivement pour la collectivité. Il y a identité d'échelle entre le gestionnaire et le territoire du service.

Exemple : Régie de Strasbourg, Besançon, Tours, Reims, Amiens, Nantes, Aix, Montauban, mais aussi de nombreuses collectivités rurales...

2) La filiale d'un grand groupe, dévolue à l'exploitation d'un service isolé

Cette forme est proche de la précédente dans le sens où la structure administrative coïncide avec l'échelle locale de la collectivité. Les moyens du service sont utilisés presque exclusivement pour une ville ou un syndicat. Elle s'en distingue toutefois par le fait que le gestionnaire est une entreprise de droit privé, liée à un grand groupe. Elle profite donc de services généraux (recherche et développement, direction commerciale nationale...) auxquels une régie n'a pas accès.

Ce type de filiale n'existe que pour des collectivités suffisamment importantes. Elles sont généralement nées d'une volonté des élus d'avoir une structure dédiée à leur propre service, avec des moyens et donc des coûts clairement identifiables.

Exemple : la SEVESC, filiale partagée de Vivendi et de Suez-Lyonnaise, sur Versailles, la Société Stéphanoise des Eaux, filiale partagée de Vivendi et Suez-Lyonnaise sur Saint-Etienne, la Société des Eaux de l'Essonne, filiale de Suez-Lyonnaise, principalement rattachée au Syndicat d'Agglomération Nouvelle d'Evry...

3) La compagnie d'eau classique d'envergure nationale

Le groupe met en place des services à tous les niveaux : le siège (niveau central), le niveau inter-régional, le niveau régional, le secteur et enfin le bureau local. Chacun de ces niveaux gère non pas une, mais de nombreuses collectivités. Au lieu de gérer l'ensemble des responsabilités au sein d'une même unité géographique, chacun des niveaux de la chaîne hiérarchique et fonctionnelle est éclaté entre différents sites. Par exemple, le rôle d'orientation stratégique est assumé par le siège, celui de coordination et de centrale d'achat par le niveau inter-régional, la responsabilité financière est située au niveau régional, les services techniques opérationnels au niveau du secteur et enfin les relations directes avec les usagers sont gérées au niveau du bureau local.

Les mêmes structures d'exploitation sont amenées à intervenir sur le territoire de plusieurs collectivités (cf. Figure 6).

Il y a donc cette fois une nette dissociation entre l'échelle du gestionnaire et l'échelle de la collectivité. L'affectation des moyens sur chaque service est beaucoup moins facile à cerner.

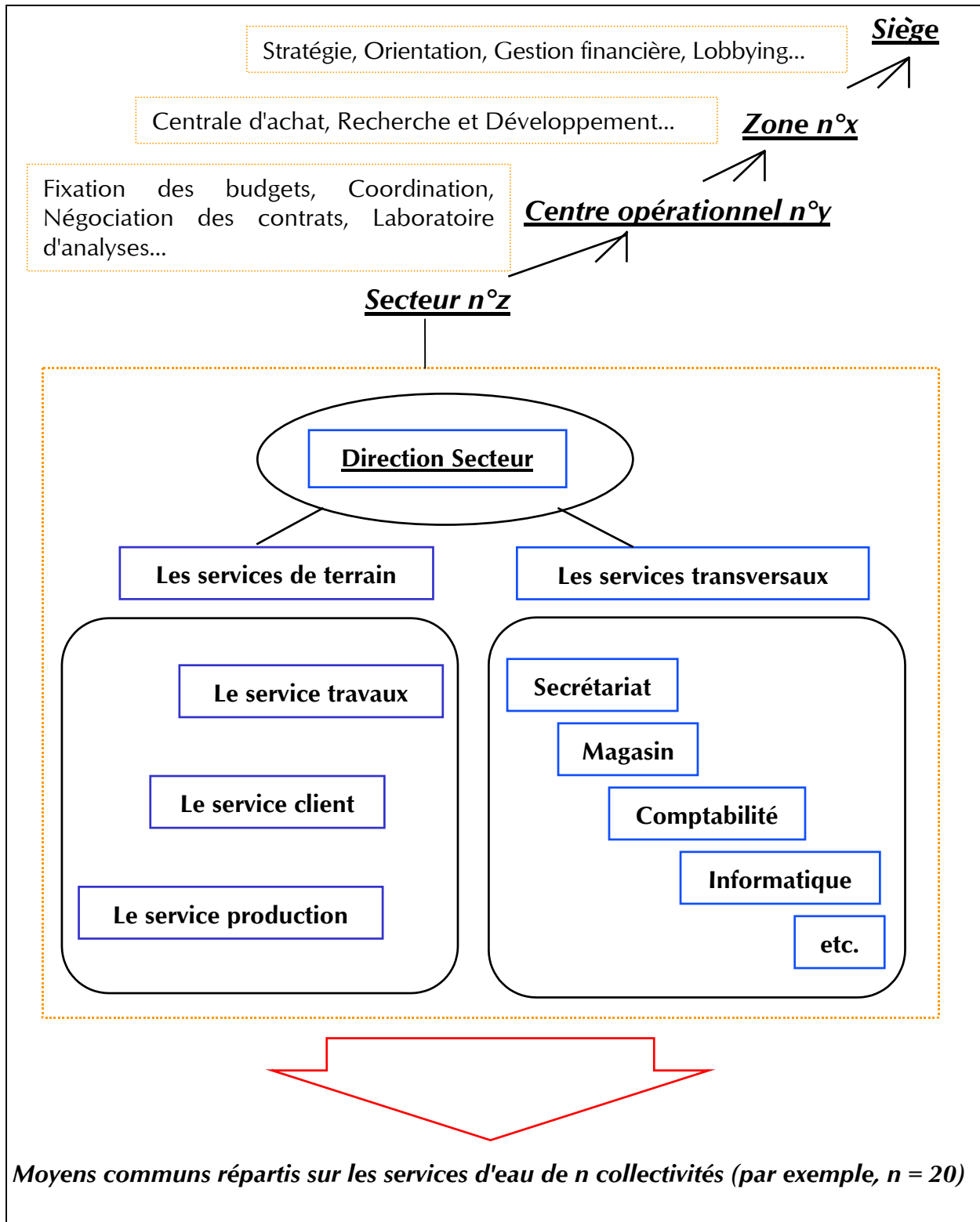


Figure 6 - Exemple d'organisation interne d'un grand groupe : depuis le siège jusqu'au niveau local (zoom sur le secteur) – activité eau

1.2.4 Les autres intervenants

L'Etat peut sembler le grand absent de cette relation tripartite. Comme le montre Christelle Pezon (1999), le poids du pouvoir central dans la gestion des services d'eau a été fluctuant au cours des époques. Mais depuis les lois de décentralisation de 1982, son désengagement est net. Il n'intervient plus directement dans les relations contractuelles qui s'établissent entre les trois partenaires cités.

Toutefois, il ne faut pas conclure trop vite à la disparition complète de l'Etat et de ses services.

Au niveau national, le parlement vote des textes de portée générale qui limitent les libertés contractuelles et imposent des gardes fous (cf. introduction générale).

Au niveau local, différents services de l'Etat interviennent soit pour contrôler certains aspects du service, soit pour conseiller les élus. Ce rôle sera largement développé au point 2.1.2, p60.

L'Etat participe également au financement des investissements, *via* le Fond National pour le Développement des Adductions d'Eau (FNDAE), compte spécial du trésor géré jusqu'à présent⁴ par le Ministère de l'Agriculture (et doté d'environ 900MF).

Un autre financeur parapublic occupe une place importante dans le secteur de l'eau. Ce sont les Agences de l'Eau, créées en 1964 sous le nom d'Agence Financière de Bassin. Elles ont un rôle d'incitation économique pour la protection de l'environnement. Elles prélèvent des redevances auprès des pollueurs (redevance sur le prélèvement d'eau et sur l'émission de pollution dans le milieu naturel, *via* les effluents domestiques ou industriels). Les sommes collectées servent à financer des équipements améliorant la qualité des services (stations de traitement, nouveaux réseaux...).

1.2.5 Conclusion : les trois visions du service

Usagers, élus, opérateurs forment la triade centrale des services d'eau.

Ils ont chacun leur propre représentation de l'efficacité du service. Ces trois visions ne se recouvrent que partiellement, des divergences d'intérêts apparaissent.

⁴ Ce fonds a été intégré par la loi de finance 2000 au sein d'un Fonds National de l'Eau aux côtés d'un Fonds National de Solidarité pour l'Eau (500MF), géré par l'Environnement.

Tableau 3 - Les trois visions du service d'eau ou d'assainissement

	<i>Ce qu'ils voient :</i>	<i>Ce qu'ils veulent (avec un classement indicatif par ordre de préférence décroissant) :</i>
<i>Les usagers</i>	<p>Vision à l'échelle individuelle : Vision directe :</p> <ul style="list-style-type: none"> - "le robinet et la chasse d'eau", - la facture, - les relations avec l'opérateur (abonnement, comptage, raccordement, interventions d'urgence...). <p>Vision diffuse :</p> <ul style="list-style-type: none"> - les nuisances sur l'environnement (travaux de rue, odeurs, pollution du milieu, dégradation des ressources). 	<ul style="list-style-type: none"> - un service continu dans le temps (pas de coupures ni d'interruptions de la desserte, pas d'obstructions dans le circuit d'évacuation), - une eau de qualité - un prix bas, - une facture claire, - des relations commerciales bonnes. - pas de nuisances.
<i>Les élus</i>	<p>Vision à l'échelle de l'agglomération :</p> <ul style="list-style-type: none"> - une population desservie, - des infrastructures, - l'état de la ressource et du milieu. 	<ul style="list-style-type: none"> - une population satisfaite (d'où pression à la baisse du prix), - la pérennité des infrastructures (d'où une pression à la hausse du prix), - un budget équilibré, - un environnement préservé.
<i>Les opérateurs de type régie</i>	<p>Vision à l'échelle de l'agglomération :</p> <ul style="list-style-type: none"> - des infrastructures à gérer, - un personnel et des moyens propres, - des élus, responsables du service, - des abonnés. 	<ul style="list-style-type: none"> - exploiter correctement les installations, - obtenir les moyens financiers suffisants (pression à la hausse des prix), - satisfaire les élus, - satisfaire les abonnés, - satisfaire le personnel.
<i>Les opérateurs de type privé</i>	<p>Vision à l'échelle de l'entreprise nationale :</p> <ul style="list-style-type: none"> - des infrastructures publiques à gérer, réparties sur de nombreuses collectivités, - une organisation centralisée et hiérarchique, - des actionnaires, - un personnel et des moyens propres, partagés sur tout le territoire d'intervention, - des clients : <ul style="list-style-type: none"> 1) les élus, cocontractants, 2) les clients du service. 	<ul style="list-style-type: none"> - une forte rentabilité pour satisfaire les actionnaires (pression du prix à la hausse et des coûts à la baisse), - exploiter correctement les installations, - satisfaire les deux catégories de clients (élus et abonnés), - gagner des marchés, - satisfaire le personnel.

A travers ces représentations, trois échelles distinctes coexistent.

Une grande partie de la gestion du service est invisible pour l'utilisateur. Les tuyaux sont enterrés, les installations de traitement souvent en dehors de la ville. Leur vision du service est essentiellement immédiate et limitée dans l'espace. La question de l'information du consommateur est donc posée.

L'élu intègre dans sa vision du service les infrastructures et doit prendre en compte de manière beaucoup plus explicite le long terme et la protection de l'environnement. Cette vision se rapproche de celle de l'opérateur en régie.

L'opérateur privé, d'échelle nationale, passe à une vision globalisée de l'ensemble des services dont il a la charge.

Même s'il y a une certaine imbrication des intérêts (les élus cherchant à satisfaire les usagers et les entreprises à satisfaire les élus et les usagers), des divergences d'intérêts apparaissent.

Par exemple, l'élu doit concilier la satisfaction immédiate de l'utilisateur et la pérennité du service (impacts opposés sur le prix).

L'opérateur privé doit concilier les obligations de service public (génératrices de coûts) et la recherche de profit.

La résolution équilibrée de ces conflits d'intérêts représente un point-clef de la gestion des services d'eau.

1.3 Position adoptée : privilégier la relation collectivité - opérateur

1.3.1 Les raisons de ce choix

D'après les paragraphes qui précèdent, il existe donc trois visions possibles de l'efficacité d'un service. Lorsque l'on parle d'améliorer la gestion des services d'eau en France, il est nécessaire de se positionner par rapport à ces trois visions.

Le parti pris adopté dans ce travail consiste à se situer au niveau des élus et à privilégier la relation collectivité/exploitant.

En effet, le pouvoir de décision et d'organisation des services se situe principalement à ce niveau.

Les collectivités ont entre leurs mains le pouvoir d'initiative et de financement, le pouvoir de choisir le mode de gestion et celui de fixer une part importante du prix.

Les exploitants ont eux aussi un impact direct sur la gestion du service. Ils ont la connaissance technique et sont à même de promouvoir des projets d'amélioration. Ils sont en grande partie responsables du bon fonctionnement du service et participent à la détermination du prix.

Ainsi, bien que le consommateur soit destinataire *in fine*, ces éléments confortent l'idée selon laquelle **la plus grande part des décisions concernant la gestion des services d'eau et d'assainissement se joue entre la collectivité et son exploitant.**

Par ailleurs, la collectivité est censée faire la synthèse des parties prenantes et représente l'intérêt général. C'est la raison fondamentale pour laquelle la compétence d'organiser les services publics locaux lui a été confiée par le droit. **Se placer du point de vue des élus ne signifie donc pas nier l'intérêt de l'utilisateur, mais le prendre en compte en l'intégrant dans une optique globale de bien être social.**

Pour développer le thème du pouvoir exercé par les usagers, il faudrait mobiliser une approche socio-politique, considérer le rôle des associations comme groupes d'influence, étudier les moyens d'expression des consommateurs, discuter les modalités de la démocratie locale.

Un tel programme de recherche ne manque certes pas d'intérêt, mais il constitue à lui seul un vaste sujet qui n'est pas celui que nous avons choisi de traiter.

Finalement, la question initiale - comment améliorer la gestion des services ? - se trouve précisée :

Comment la collectivité (les élus) peut-elle maîtriser la relation avec l'exploitant de manière à assurer une gestion efficace du service, prenant en compte l'ensemble des intérêts ?

Avant d'apporter des éléments de réponse à cette question fondamentale, il est utile de mieux décrire la nature et les caractéristiques de la relation collectivité/exploitant.

1.3.2 La nature de la relation collectivité/exploitant : les différents modes de gestion

La relation entre la collectivité et l'exploitant diffère suivant deux critères majeurs :

- 1) la nature publique ou privée de l'opérateur,
- 2) l'ampleur des responsabilités et des risques transmis à l'opérateur.

Le tableau suivant donne une caractérisation succincte des modes de gestion.

Les catégories ne sont pas toutes explicitement définies dans les textes législatifs. C'est souvent la pratique et la jurisprudence qui ont forgé les critères distinctifs.

Pour une analyse plus approfondie, le lecteur pourra se reporter notamment aux travaux de Stéphane Duroy (1996) et de Jean-François Auby (1997).

Tableau 4 - Les principaux modes de gestion

	Appellation	Nature de l'opérateur	Responsabilité et risques
Gestion directe	Régie simple	Opérateur public, intégré dans les services de la commune	Budget intégré au budget général Aucune autonomie de gestion
	Régie autonome (dotée de l'autonomie financière)	Opérateur public, administrativement distinct de la commune	Budget annexe au budget général Autonomie de gestion limitée
	Régie dotée de l'autonomie financière et de la personnalité morale	Opérateur public, administrativement distinct de la commune	Autonomie financière totale dans un établissement à caractère industriel et commercial
Marchés publics (modes de gestion intermédiaire)	Prestation de service	Entreprise privée	Gestion partielle Rémunération forfaitaire payée par la collectivité
	La gérance	Entreprise privée	Gestion partielle ou complète du service Rémunération forfaitaire payée par la collectivité
	La régie intéressée	Entreprise privée	Gestion partielle ou complète du service Rémunération forfaitaire payée par la collectivité, avec un intéressement limité aux résultats (sinon, délégation)
Délégation	Concession et affermage*	Entreprise privée	Gestion globale du service éventuellement financement des investissements (clauses concessives) Rémunération directe par les usagers

*Concession et affermage ne sont pas distingués car de plus en plus les formes pures disparaissent, les collectivités gardant une part importante de l'investissement, même dans les anciennes concessions, et les affermages étant transformés par l'ajout de clauses concessives.

Le choix du mode de gestion est libre. Un contrat formel comprenant notamment un cahier des charges, un règlement du service et des bordereaux de prix des travaux, est rédigé pour les modes de gestion intermédiaire et délégué.

1.4 Les caractéristiques du modèle français : une approche économique

De nombreux auteurs⁵ ont parlé du "modèle français de l'eau".

Y aurait-il donc quelque chose de spécifique à l'organisation des services d'eau en France ? Le développement de sociétés holding internationales multiservices constitue certes une originalité. Mais avant de conclure trop vite à l'exception française, une analyse théorique est utile. Elle va dégager les déterminants du modèle et permettra de faire la part entre ce qui est comparable avec d'autres secteurs et ce qui nécessite des dispositions particulières.

1.4.1 Les sept éléments-clefs du modèle français des services d'eau

1.4.1.1 La nature de service public

Même si elles donnent lieu à la facturation d'un client, la distribution d'eau potable ou la collecte des eaux usées ne sont pas des activités commerciales banales. **Elles répondent à des besoins vitaux et participent à l'aménagement du territoire et à la cohésion sociale.**

Comme le suggère Claude Henry :

"Les services publics jouent un rôle non moins important en matière d'effets dits externes, qu'il s'agisse d'effets externes positifs (dit de club⁶) qu'ils créent, ou d'effets externes négatifs – exemple classique de défaillance du marché – qu'ils corrigent." (Cohen et Henry 1997 p 13)

Dans un service d'eau et d'assainissement, les externalités positives sont d'abord liées à la santé publique et à la protection de l'environnement. D'ailleurs, le développement des réseaux d'eau date de la découverte, dans les années 1830, du rôle de l'eau dans la transmission du choléra. De même, l'évacuation des effluents et leur traitement améliorent les conditions sanitaires des villes et préservent la qualité des eaux superficielles et profondes.

Les externalités positives sont aussi économiques : l'accès au réseau d'eau public est un facteur souvent nécessaire au développement des activités industrielles qui participent à l'aménagement d'un territoire.

Elles se traduisent enfin par le confort de vie apporté à l'usager.

L'existence de ces externalités fait que, pour les activités de service public, le marché concurrentiel pur ne permet pas d'optimiser l'intérêt collectif. Par exemple, il peut s'avérer nécessaire de raccorder des usagers, même si le coût occasionné par l'extension du réseau n'est pas compensé par la facturation de ces nouveaux abonnés.

⁵ Voir notamment "L'expérience française du financement privé des équipements publics", ouvrage collectif, dirigé par Claude Martinand (1996), ainsi que "La régulation des services publics locaux", compte rendu d'une table ronde présidée par le même auteur (Institut de la Gestion Déléguée 2000).

⁶ L'effet de club correspond au fait que l'intégration d'un usager supplémentaire bénéficie à l'ensemble des usagers. Par exemple, dans le cas du réseau téléphonique, l'entrée d'un nouvel abonné offre une possibilité de communication supplémentaire à tous les autres. Cet effet est moins net dans le cas de l'eau, si ce n'est pour permettre une meilleure répartition des charges fixes.

Cette idée justifie l'existence de règles spécifiques, avec l'intervention de la puissance publique. **L'obligation de prendre en compte ces externalités dans l'organisation des services publics d'eau et d'assainissement est ainsi un premier élément caractéristique.**

Le droit a consacré ce caractère particulier des services publics en leur donnant un statut spécial auquel sont associés des principes fondamentaux⁷ :

- L'égalité des usagers

Toute forme de discrimination entre des usagers situés dans des conditions comparables face au service est interdite. Ainsi des tarifs spéciaux pour les locaux municipaux sont interdits. Par contre, deux hameaux du même village, alimentés par deux ressources et deux réseaux distincts peuvent justifier des tarifs différenciés. Ce principe d'égalité suppose également un droit d'accès au service pour tout usager en faisant la demande. Ce droit au raccordement est, en pratique, limité aux usagers raccordables, c'est-à-dire placés à proximité immédiate du réseau (les extensions vers des écarts ne sont pas obligatoires).

- La continuité du service⁸

Le service doit être assuré de manière permanente. L'eau ne doit jamais manquer au robinet et doit respecter les normes de qualité sans interruption. De même, les effluents doivent pouvoir s'écouler à tout moment dans le réseau et le système de traitement respecter les niveaux de dépollution en vigueur.

Le principe de continuité se heurte à deux difficultés : la coexistence avec le droit de grève et le risque d'incidents d'exploitation. Dans les faits, hormis la grève de 1955 sur Paris pendant laquelle les installations de distribution ont dû être réquisitionnées et exploitées par l'armée, aucune grève n'a mis en danger la continuité du service⁹. Il en va autrement de la gestion des risques techniques (par exemple pollution accidentelle de la ressource, pannes du système de pompage, casse sur le réseau côté eau, ou bien, côté assainissement obstruction du réseau, remontée des eaux d'orage dans les conduites, départ d'eaux non traitées ou de boues à la station d'épuration...). Ces risques nécessitent des mesures de sûreté de fonctionnement (doublement de certains équipements en secours, astreinte du personnel en dehors des heures de bureau, système de téléalarme...). Il n'est malheureusement jamais possible de se prémunir à 100%.

⁷ Les fondements juridiques de ces principes sont remarquablement étudiés par Stéphane Duroy dans sa thèse éditée en 1996 .

⁸ Le Conseil Constitutionnel a reconnu ce principe, non écrit, dans une décision du 25 juillet 1979. Le Conseil d'Etat a confirmé cette jurisprudence (CE, 13 juin 1980, Dame Bonjean, p 274).

⁹ Cette modération syndicale trouve son expression dans la convention collective de 1972 régissant les entreprises privées (article 6) : "Les organisations syndicales de salariés signataires, reconnaissent la nécessité d'assurer la continuité du service public, garantissent l'exécution de tous les travaux nécessaires au maintien de cette continuité, à toute époque et à toute heure [...]".

- Le principe d'adaptation ou de mutabilité

Le service doit pouvoir évoluer à chaque fois que les besoins collectifs ou les exigences liées à l'intérêt général changent. Comme le note Stéphane Duroy (1996 p 192), ce principe est à double tranchant. Certes l'adaptation du service peut conduire à une amélioration (renforcement du traitement pour répondre à des normes plus strictes) mais elle signifie également que l'usager ne bénéficie pas d'une situation acquise. Il peut se voir imposer des prestations moins favorables, par exemple en cas de réalisation de travaux d'extension du réseau de distribution venant perturber la qualité de la desserte chez certains usagers. Il doit également se plier aux augmentations de tarif.

Dans le droit, la distribution d'eau et l'assainissement ne sont pas seulement des services publics. Ils ont un **caractère industriel et commercial** (par opposition aux services publics administratifs).

Le caractère industriel et commercial des services publics de l'eau impose un principe supplémentaire d'**équilibre des comptes**¹⁰. Ce principe a été renforcé en 1992 avec l'instruction comptable M49. Elle oblige les collectivités à mettre en place un budget annexe équilibré en recettes et en dépenses pour les services d'eau et d'assainissement. Ce principe important signifie que les charges du service ne doivent pas être couvertes par l'impôt, mais par le prix de l'eau, payé par les usagers. En pratique, la stricte couverture des charges par le prix de l'eau tolère quelques accrocs. La loi elle-même autorise dans certaines conditions des transferts entre budgets¹¹.

Ce principe d'équilibre budgétaire du service a son corollaire en gestion déléguée : **l'exploitant privé à droit à l'équilibre de son contrat.**

Stéphane Duroy insiste enfin sur l'apparition plus récente de deux principes : **la transparence et la participation**, qui obligent à communiquer aux usagers des explications sur le fonctionnement du service et à les associer aux décisions prises. Ces principes reposent sur plusieurs textes déjà cités : loi du 6 février 1992, dite Joxe, avec les commissions consultatives, loi du 29 janvier 1993, dite Sapin, qui impose une publicité en cas de délégation, loi du 2 février 1995, dite Barnier, qui impose un rapport sur la qualité et le prix du service, appelé rapport du maire et la loi du 8 février 1995,

¹⁰ Loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et liberté des communes, des départements et des régions.

¹¹ Plusieurs textes méritent d'être cités :

loi n°96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, (art. 75) : les communes de moins de 3000 habitants sont libres de financer les dépenses des budgets d'eau et d'assainissement sur le budget général.

Loi du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier : les communes de moins de 500 habitants sont dispensées de l'obligation de budget annexe de l'eau et de l'assainissement (art.84) (un état sommaire des dépenses et recettes suffit).

Arrêt du Conseil d'Etat commune de Bandol du 9 avril 1999 : dans certaines conditions, le financement du budget général par le budget annexe est possible.

dite Mazeaud, qui impose un rapport du délégataire comportant notamment des éléments financiers¹².

En conclusion, la prise en compte des externalités et l'existence d'obligations de service public compliquent la notion d'efficacité du service. L'efficacité financière ne saurait être le seul élément à retenir pour juger des résultats. **L'évaluation de performance suivant les critères économiques classiques (rentabilité, niveau de prix) est donc insuffisante pour les services étudiés. C'est une première spécificité du secteur de l'eau, largement partagée avec toute activité de service public.**

1.4.1.2 Le caractère local du service de réseau

Il est courant de distinguer en France les services publics de réseau nationaux (EDF, télécommunication, SNCF...) et les services publics de réseau locaux (transport collectif, eau, assainissement...)¹³.

Cette distinction n'est pas fondée sur l'échelle des opérateurs (Vivendi ou Suez-Lyonnaise rivalisent tout à fait avec France Télécom) mais sur celle du territoire couvert par des infrastructures interconnectées. Le transport d'eau ou d'effluents sur de longues distances est beaucoup plus coûteux et techniquement plus difficile que pour l'électricité (masse importante, risque de dégradation biologique et physico-chimique du produit).

C'est la raison qui justifie une compétence communale pour la gestion de l'eau ou de l'assainissement.

Ce caractère local se traduit par une dispersion géographique extrême des services.

D'après les données FNDAE de 1995, portant sur les seules communes de catégorie rurale, le nombre total des services s'élèverait à environ 15 000 pour l'eau et 13 000 pour l'assainissement (un peu plus si on distingue les collectivités ne réalisant que la collecte). A un service correspond à une collectivité compétente (commune ou syndicat).

Cet éclatement des services rend périlleuse la production de statistiques synthétiques au niveau national. Malgré les efforts pour produire des rapports dans chaque service, il existe encore assez peu de données fiables pour la France entière.

Le caractère local des services constitue bien une particularité des services d'eau au sein de l'ensemble des services publics de réseau. C'est même un élément de spécificité française dans la mesure où, au sein de l'Europe des 15, la France est probablement l'un des pays où le morcellement administratif des services d'eau est le plus poussé (cf. chapitre 3, comparaisons européennes).

¹² De nombreux arrêtés et décrets viennent compléter ce corpus, notamment pour l'information sur la qualité de l'eau et pour la présentation de la facture (Décret n°94-841 du 26 septembre 1994 relatif aux conditions d'information sur la qualité de l'eau distribuée en vue de la consommation humaine ; arrêté du 10 juillet 1996 relatif aux factures de distribution de l'eau et de collecte et de traitement des eaux usées).

¹³ Voir par exemple l'article de Pierre Bauby (1998 p 25) : "Les services publics relèvent de deux grands modèles, les grands services publics nationaux et les services publics locaux".

1.4.1.3 La spécificité des actifs

Les infrastructures d'un service d'eau ou d'assainissement correspondent exactement à la définition d'actifs spécifiques donnée par Williamson. Une station de traitement ou un réseau enterré ne peuvent être réaffectés à une activité différente de celle pour laquelle ils ont été construits.

Les investissements représentent des montants significatifs qui peuvent être estimés à 60% du coût total d'un service (hors frais financiers)¹⁴. Pourtant leur valeur marchande est quasiment nulle. En fait, toute leur valeur tient au fait que le réseau donne accès à une clientèle assurée.

Cette réalité place l'investisseur dans une situation critique : pour pouvoir rentabiliser ses investissements, il doit être assuré d'avoir accès au marché pendant une durée suffisante.

En régie, cette question reste théorique dans la mesure où, sauf décision politique forte (passage en délégation), l'investisseur s'identifie à l'exploitant et occupe une position non remise en question. La réalisation des investissements nécessaires n'est soumise qu'à la décision du financeur public. La difficulté majeure est alors l'existence des moyens budgétaires et la prévision des besoins.

Il en va tout autrement d'un concessionnaire privé. Il sait qu'à la fin du contrat, il risque de se voir évincé. Actuellement, la durée des contrats est limitée à 20 ans. Or le génie civil dure au moins 30 ans. Il n'est pas rare d'avoir des réseaux encore en état au bout de 50 ans. Dans ces conditions, comment le financement privé va-t-il être possible, alors que la durée d'exploitation risque d'être incompatible avec un retour sur investissement acceptable ? Le risque de sous-investissement, particulièrement en fin de contrat, se pose donc dans le cas des concessions (financement privé des infrastructures).

L'investissement est intimement lié à un autre point sensible, celui du renouvellement des équipements. Non seulement il faut construire des actifs spécifiques, mais il faut aussi prévoir de les renouveler régulièrement, de manière à assurer la continuité et surtout la pérennité du service.

Comme pour l'investissement initial, l'opérateur privé, s'il est chargé du renouvellement, se trouve devant un dilemme : dans la mesure où il risque de ne pas être reconduit et où les infrastructures, affectées spécifiquement au service reviennent à la collectivité en fin de contrat, il est de moins en moins incité à renouveler des infrastructures à mesure que la fin du contrat se rapproche.

La solution, consistant à confier le renouvellement à la collectivité n'est pas non plus entièrement satisfaisante car l'opérateur n'est alors plus incité à entretenir correctement les installations ou risque à tout moment de demander un renouvellement anticipé de manière à économiser ses propres coûts de maintenance.

¹⁴ Voir notamment l'analyse d'Antoine Grand d'Esnon (Alexandre et Grand d'Esnon 1998).

La gestion et l'optimisation des investissements restent donc une question épineuse, que la responsabilité incombe à l'opérateur public ou privé.

1.4.1.4 La situation de monopole naturel, avec des clients captifs

Comme l'écrit Jean Gatty, "[L]es caractéristiques technico-économiques font des deux métiers de l'eau potable et de l'assainissement des activités où le phénomène de monopole naturel local est presque pur" (1998 p 22).

En effet, non seulement les investissements sont spécifiques, mais de plus, il est économiquement irréaliste de les dupliquer. Si un opérateur s'avisait de recréer un deuxième service d'eau, il se heurterait à la fois à des obstacles techniques et financiers. Il devrait trouver une seconde ressource qui probablement sera plus difficile à exploiter que celle déjà utilisée. Il devra ensuite reconstruire entièrement un réseau, bouleversant la voirie sur l'ensemble de la commune. Le coût de tous ces investissements (et l'obtention des autorisations administratives) constituent une barrière d'entrée dissuasive.¹⁵ De plus, le nouveau concurrent n'est pas sûr de pouvoir pratiquer des prix plus compétitifs que l'exploitant en place qui a certainement déjà amorti une partie importante de ses investissements. Bref, l'arrivée d'un nouvel entrant est fortement improbable. **La concurrence sur le marché n'existe donc pas.**

La situation de monopole entraîne des inconvénients largement décrits dans la littérature économique¹⁶. En particulier, le prix ne s'impose pas comme une donnée du marché, mais peut être fixé par le monopoliste. La maximisation de son profit le conduit à choisir un niveau de prix supérieur au coût marginal¹⁷ : **le monopoliste dégage une rente, au détriment du consommateur.**

Cette perspective est rendue encore plus intolérable par le fait que le client, non seulement n'a pas le choix du vendeur, mais de plus est obligé d'acheter.

Ce point est important car il distingue le service de l'eau d'autres activités en situation de monopole local.

L'exploitation des infrastructures touristiques d'un site remarquable, constitue bien un monopole naturel local : il n'est pas possible de reconstruire une seconde fois, par exemple, la pointe du Raz. Mais un touriste dissuadé par le tarif d'entrée sur le site pourra sans grand dommage s'abstenir de cette visite et préférer une après midi sur la plage.

Refuser d'ouvrir son robinet d'eau ou de tirer la chasse sont des actes beaucoup plus pénalisants. **Parce que ces services répondent à des besoins fondamentaux et qu'il n'existe pas de produit de substitution, la clientèle est captive.**

¹⁵ Le marché est non contestable, au sens de Baumol et Panzar (Baumol, Panzar *et al.* 1982).

¹⁶ Christelle Pezon en donne une bonne synthèse dans sa thèse (1999), deuxième partie, chapitre 1, section 1.

¹⁷ La maximisation du profit conduit le monopoliste à choisir un niveau de production qui égalise sa recette marginale et son coût marginal. Dans ce cas, le coût marginal est inférieur à la recette moyenne, c'est-à-dire au prix unitaire. Cette divergence entre prix et coût marginal crée une perte de surplus collectif. La démonstration théorique pourra être trouvée dans la thèse de Pezon, p 244 et suiv.

1.4.1.5 L'incomplétude des contrats

L'incomplétude des contrats trouve deux origines : la description complète des engagements contingents se heurte au coût de recherche d'information dans un contexte de rationalité limitée et, de plus, l'avenir incertain rend impossible l'énumération exhaustive des situations possibles.

Ces deux phénomènes trouvent leur illustration dans le secteur de l'eau.

- **Rationalité limitée et coût de la recherche d'information**

Il n'est pas évident pour la collectivité de définir avec l'exploitant ce qu'elle attend de lui en termes clairs.

Williamson, dans un article de 1971, explicite les raisons de ces difficultés. L'autorité publique a la possibilité de définir le service en énumérant les objectifs à atteindre. Mais Williamson note une complication de taille :

"[...] la spécification efficace des objectifs suppose que l'autorité qui spécifie ces objectifs ait la connaissance des capacités du système [...]. Manquant des compétences ou des informations nécessaires pour réaliser précisément cette appréciation, les objectifs ne pourront être spécifiés que d'une manière grossière". (p 419)

Quant à la spécification des moyens, elle est encore plus difficile à réaliser que la spécification des objectifs. En toute logique, si la collectivité était capable de le faire, elle n'aurait plus besoin de recourir à un opérateur extérieur et devrait de toute évidence choisir la régie !

En pratique, les régies disposent rarement d'une lettre de commande détaillée, fixant les objectifs et les obligations du service. Le contrat reste informel, non écrit. Le contenu du service est supposé aller de soi et l'organisation repose en grande partie sur les décisions des services techniques.

La délégation repose en revanche sur un réel contrat d'objectifs. C'est d'ailleurs l'un des fondements de la distinction entre délégation (spécification des objectifs) et marché public (spécification des moyens). Mais, au-delà du principe, dans les faits, ces objectifs sont effectivement définis en termes "grossiers", pour reprendre l'expression de Williamson.

A titre d'exemple, le Tableau 5 donne le contenu des principales clauses définissant l'engagement du fermier dans le contrat type de 1980, qui inspire nombre de contrats actuels.

Tableau 5 - Les principales clauses définissant les engagements du délégataire dans le contrat type de 1980

Thème	Extrait de l'article	Commentaire
Art 4, Responsabilité du fermier	"Le fermier est responsable du bon fonctionnement du service".	Clause tautologique.
Art. 13, Obligation de consentir des abonnements	"Sur tout le parcours des canalisations de distribution, le fermier est tenu de fournir l'eau à tout propriétaire qui demandera à contracter un abonnement. [...] La fourniture de l'eau devra être assurée par le fermier dans un délai de huit jours suivant la signature de l'abonnement pour les branchements existants"	Le principe d'égalité d'accès au service public est souligné, avec une précision de délais. En pratique, aucun suivi du respect des délais n'est prévu.
Art. 21, Travaux d'entretien et grosses réparations	"Tous les ouvrages, équipements et matériels permettant la marche de l'exploitation [...] seront tenus en bon état de fonctionnement et réparés par les soins du fermier à ses frais".	Clause tautologique.
Art. 61, Ouvrage de production et d'adduction	"[ils] doivent être exploités conformément aux règles de l'art, dans le souci de garantir la conservation du patrimoine productif".	Clause tautologique.
Art. 63, Quantité, qualité et pression	"Le fermier s'engage à fournir toute l'eau nécessaire aux besoins publics et privés à l'intérieur du périmètre d'affermage.[...] L'eau devra présenter constamment les qualités imposées par la réglementation en vigueur. [...] La pression minimale, sauf pendant l'ouverture des bouches de lavage ou d'incendie, sera d'au moins..... mètres au-dessus du sol." Nota : Des pénalités sont prévues en cas de non-respect (art. 46)	Voilà la traduction, peu développée, du principe de continuité.
Art. 65, Vérification et relevé des compteurs	"Tous les compteurs seront relevés au moins une fois tous les ans aux frais du fermier".	Voilà une clause précise.
Art 68, Conditions particulières de service	L'eau sera mise à la disposition des abonnés en permanence, sauf en cas de force majeure ou dans les cas ci-après : arrêts spéciaux [...], arrêts d'urgence [...], arrêts prolongés. [...]"	Les exceptions aux principes sont largement ouvertes, ce qui diminue d'autant la force de l'engagement.
<p>Conclusion</p> <p>La description des engagements va à peine plus loin que l'expression des principes généraux de gestion des services publics (égalité, continuité) et des obligations légales (respect des normes de potabilité). Beaucoup de clauses n'apportent aucune information.</p> <p>Rien n'est dit, par exemple sur la qualité des relations avec l'utilisateur (traitement du courrier) ou sur la limitation des pertes dans le réseau... Les interruptions pour travaux ("arrêt d'urgence") peuvent survenir sans limitation. L'entretien du patrimoine n'est pas défini explicitement.</p> <p>Le dispositif de suivi des engagements est presque inexistant (le compte rendu technique étant plus que succinct).</p>		

Le SPDE et la FNCCR ont fait une tentative pour rédiger un contrat plus explicite, à défaut d'être complet. Le projet a échoué. L'échec des négociations s'explique d'abord par certaines positions restées inconciliables. Mais cet échec confirme également toute la difficulté pour définir le contenu d'une prestation aussi complète que la gestion d'un service d'eau. Le document type prenait une taille (en nombre de pages) impressionnante... La complexité même du contrat devenait un obstacle à sa rédaction et au suivi de son exécution. En particulier des collectivités de taille moyenne ou petite, peu expertes pour comprendre les implications de tel ou tel article, auraient eu du mal à discuter ces clauses avec les délégataires.

- **Avenir incertain**

Est-il nécessaire d'insister sur l'existence d'incertitude pour des contrats dont la durée dépasse classiquement la dizaine d'années ? Comment auront évolués la population, les ressources ? Quelles normes nouvelles seront venues modifier les obligations légales ?

Ainsi, la collectivité ne dispose ni des compétences, ni des outils pour exprimer en termes clairs et complets les objectifs fondamentaux qu'elle souhaite assigner à la gestion du service public.

L'incomplétude des contrats est irréductible. Elle entraîne deux types de risques pour la collectivité :

- Comment faire en sorte que la gestion du service soit conforme aux objectifs de service public dans la mesure où cette notion reste vague ?

- En cas de modification du contexte, comment rester maître des évolutions du contrat et réaliser les adaptations avec l'exploitant ?

Des clauses d'évolution du prix ou des processus de contrôle apportent des réponses à ces questions, mais le paragraphe 2.2 montrera que ces réponses restent partielles.

1.4.1.6 La dissymétrie d'information

Toute relation d'agence comprend implicitement une dissymétrie entre le mandant qui ne connaît pas en détail les modalités de mise en œuvre et le mandataire qui a les compétences.

Ce décalage existe aussi bien pour une régie que pour un service délégué.

Mais dans le cas de la gestion privée, la dissymétrie est encore alourdie par la différence d'échelle d'intervention entre les partenaires.

Le fait de gérer des milliers de services sur tout le territoire donne aux opérateurs privés une expérience qui ne se limite pas aux seules questions techniques.

Les délégataires ont constitué des services spécialisés dans la négociation des contrats et dans les compétences juridiques et économiques.

Ils disposent de cahiers des charges types rédigés par le SPDE. Ils sont capables de reconstituer les coûts d'un service d'une manière beaucoup plus fine que les collectivités. L'exploitant en place possède une vision plus complète de l'état du service que la

collectivité : fichier des abonnés et des consommations, inventaire des installations, suivi des interventions réalisées... Ce sont autant de connaissances dont le délégataire dispose de manière unilatérale.

Cette situation d'asymétrie est largement décrite dans le secteur de l'eau.

Par exemple, Michel Desmars, spécialiste de l'eau à la Fédération Nationale des Collectivités Concédantes et Régies (FNCCR), déclare dans un texte sur les modèles de conventions :

"[Une] collectivité qui ne délègue qu'une fois tous les 10, 15 ou 20 ans ne possède pas la même capacité à détecter toutes les conséquences des diverses rédactions possibles des conventions que les entreprises qui gèrent plusieurs milliers de délégations et négocient plusieurs centaines de contrats chaque année." (Desmars 1999 p 5)

Un constat similaire est porté par la Cour des comptes dans un rapport de 1997 :

"Les techniques modernes de traitement des eaux requièrent des compétences que n'ont pas toujours les communes et que sont souvent seuls à détenir les grands groupes spécialisés dans le domaine de l'eau. Cette carence, qui affecte particulièrement les petits services en milieu rural, a également pu être observé dans les communes plus importantes." (p 81)

Cet état de fait est d'autant plus marqué en France que les collectivités sont éclatées, à l'inverse des opérateurs privés extrêmement concentrés. La maîtrise du service par la collectivité n'en est donc que plus difficile.

1.4.1.7 Le principe de l'intuitu personae

La notion d'*intuitu personae*, c'est-à-dire le principe de libre négociation, de gré à gré entre l'exécutif de la collectivité (le maire) et l'entreprise, est une spécificité de la procédure de délégation par rapport au domaine des marchés publics.

Elle trouve son fondement dans l'histoire et dans la nature de la relation qui se crée entre collectivité et exploitant.

La délégation de la gestion d'un service public repose sur l'idée de partenariat durable. Parce que tout ne peut pas être prévu par le contrat, entreprise et collectivité auront à prendre des décisions communes les impliquant mutuellement. Un tel partage de responsabilité suppose que la collectivité soit en position de confiance avec l'entreprise. C'est pourquoi les règles de stricte concurrence ne s'appliquent pas. A l'époque des premières délégations, les entreprises délégataires étaient des entrepreneurs locaux. La règle de confiance était d'autant plus naturelle que le déséquilibre entre opérateur et collectivité était moins marqué.

La loi Sapin n'est venue que très récemment introduire quelques éléments de concurrence, avec la publicité et l'étude des offres par la commission d'ouverture des plis. Mais la procédure de délégation reste fondée sur la libre négociation.

A ce sujet, René Kelhetter, alors qu'il était directeur de la FNCCR¹⁸, déclarait :

"[N]ous sommes des hommes de terrain et, sur le terrain, nous constatons que liberté totale égale trop souvent liberté de se laisser enfermer, par le contrat, dans des situations sans issue."

Dans le contexte actuel, avec une asymétrie d'information renforcée, le principe de la confiance et de la libre négociation des contrats ne va donc pas sans risques.

1.4.1.8 Conclusion : une spécificité seulement partielle des services d'eau français

Au terme de cette analyse des caractéristiques du modèle de gestion des services d'eau, qu'en est-il de l'exception française ?

Certes, le cas français présente quelques spécificités :

- concentration des entreprises privées avec, par opposition, une dispersion des collectivités qui amplifie la dissymétrie d'information,
- importance du principe de *intuitu personae*, par opposition à la concurrence qui prévaut dans les marchés publics.

Mais par ailleurs, les services d'eau et d'assainissement français partagent des caractéristiques que l'on retrouve dans d'autres pays :

- existence des obligations de service public,
- situation de monopole naturel local (ce qui distingue le secteur de l'eau des monopoles dit nationaux),
- spécificité des actifs,
- incomplétude des contrats.

Il sera donc intéressant de se reporter à des expériences ou à des réflexions engagées dans d'autres secteurs ou dans d'autres pays pour répondre aux questions soulevées par la gestion de ces services (cf. chapitre 3).

1.4.2 Les conséquences sur la gestion des services et la relation collectivité - exploitant

Les principales caractéristiques économiques du modèle français de l'eau viennent d'être passées en revue : nature de service public, caractère local, monopole naturel, spécificité des actifs, incomplétude des contrats, dissymétrie d'information et *intuitu personae*.

Ces facteurs interagissent et sont lourds de conséquences sur la gestion des services d'eau en France.

¹⁸ Il en est maintenant le vice-président. Propos rapportés dans Desmars (1999 p 6).

1.4.2.1 Les défaillances de la concurrence

La situation de monopole naturel exclut toute possibilité de concurrence directe sur le marché.

Cependant, comme le souligne Elisabeth Sage (1999 p 14 et suiv.), il existe des formes alternatives de concurrence :

- **Concurrence par la voie de substitution entre biens d'usage équivalents.** C'est par exemple le cas entre le chauffage électrique ou le chauffage au gaz. Cette possibilité n'existe quasiment jamais pour les services d'eau. Certes, les industriels ont parfois recours à leurs propres infrastructures de pompage et de traitement, mais les particuliers n'ont que rarement la possibilité d'utiliser leur propre puits. Le raccordement au système d'assainissement collectif, lorsqu'il existe, est obligatoire.

- **Concurrence potentielle**, par la menace d'entrée d'un concurrent. Dans le cas où les coûts d'entrée sont faibles, le monopole est contraint d'adopter le prix minimal viable, sans quoi un concurrent peut proposer le même service à moindre prix et évincer le monopole en place. Là encore, ce type de concurrence est inconcevable dans le secteur de l'eau pour lequel, au contraire, le coût d'entrée est élevé.

- **Concurrence pour le marché, par un processus d'enchères initiales.** Demsetz (1968) propose un modèle basé sur la concurrence *ex ante* ("franchising"), pour attribuer le droit à produire à une entreprise unique. Selon lui, un tel système permet de limiter la rente du monopoliste, même en présence d'équipements durables et d'incertain. Il faut pour cela transférer ces actifs à l'entreprise gestionnaire retenue. Ce type de mécanisme correspond à la procédure de délégation mise en œuvre dans le secteur de l'eau et de l'assainissement.

- **Pseudo-concurrence par comparaison.** Son principe a été introduit en particulier par Andrei Shleifer en 1985 (théorie de la "yardstick competition"). L'idée est simple. Dans une situation de dissymétrie d'information, il est possible d'obtenir des externalités informationnelles en observant non pas un unique agent, mais plusieurs. En effet, les performances mesurées sont difficiles à interpréter depuis l'extérieur de manière absolue. Par contre, elles prennent un sens par comparaison avec les résultats obtenus par des entreprises similaires. L'existence de monopole naturel local rend tout à fait réaliste un processus de comparaison entre des opérateurs en place sur différents territoires. Ce mécanisme de concurrence semble donc envisageable en France, mais pour l'instant, il n'est pas entré dans la pratique.

En conclusion, deux modes de concurrence sont envisageables : la pseudo-concurrence par comparaison et la concurrence pour le marché. La pseudo-concurrence semble prometteuse, mais elle n'existe pas en France. **La concurrence pour le marché est le seul mécanisme effectivement appliqué. Mais cette procédure rencontre de nombreuses limites**, qui découlent de l'opportunisme, comme on le verra dans le point consacré à cet aspect (voir notamment les chiffres donnés p 58, à propos de l'entente, qui montrent la faiblesse de la pression concurrentielle).

La Cour des comptes a d'ailleurs explicitement reconnu ces défaillances :

"Malgré les efforts du législateur pour clarifier les conditions de délégations des services publics, la concurrence reste imparfaite dans le secteur de l'eau et de l'assainissement." (Cour des comptes 1997 p 98)

Dans ce domaine, la loi Sapin n'a que partiellement atteint son objectif :

"La procédure de consultation définie dans la loi "Sapin" constitue un préalable indispensable. Mais d'autres mesures restent nécessaires **pour que la concurrence devienne réalité.**" [en gras dans le texte original] (Haut Conseil du Secteur Public 1999 p 27)

1.4.2.2 Le risque de capture du régulateur

La collectivité, principal dans la relation d'agence, occupe de fait la position d'un régulateur sur l'opérateur. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

L'Ecole de Chicago, sous l'impulsion de Georges Stigler, a développé dans les années 60 une théorie de la régulation soulignant les risques de capture du régulateur par le régulé¹⁹.

La régulation publique est censée défendre l'intérêt collectif. Mais en pratique, elle est influencée par des groupes de pression s'ils ont suffisamment de pouvoir pour infléchir le cadre de régulation qui leur est imposé.

Des secteurs d'industriels suffisamment homogènes et regroupés au sein d'instances représentatives constituent des lobbies puissants. Ils sont en mesure d'influencer la réglementation dans un sens qui les satisfait.

Dans cette conception, la régulation résulte de pressions, parfois contradictoires, entre des groupes défendant chacun leur propre intérêt.

Les délégataires, à travers leur Syndicat Professionnel des Distributeurs d'Eau, représentent incontestablement un groupe puissant capable d'influencer la réglementation nationale. Ils ont, par exemple, soutenu la suspension d'un projet de décret qui devait préciser le contenu du rapport du délégataire introduit par la loi Mazeaud. Ce texte mentionnait notamment l'obligation de produire un bilan et un compte de résultats, avec un état des amortissements et des provisions, sujet hautement stratégique, comme on l'a vu.

Le SPDE est également à l'origine des travaux de la P15P de l'AFNOR sur la normalisation de la gestion des services d'eau et d'assainissement. Ces normes sont pour eux l'occasion de faire valider comme référentiel leurs propres pratiques de gestion.

Au niveau local, la capture du régulateur est plus difficile à diagnostiquer compte tenu de la multiplicité des situations. Toutefois le risque de capture est confirmé par la stabilité des exploitants en place, par les pratiques collusives parfois signalées et par la position de faiblesse des collectivités face aux exploitants compétents.

Les usagers constituent un contre pouvoir encore trop partiel.

¹⁹ (Voir notamment Stigler 1971).

1.4.2.3 Les risques d'opportunisme

Dans un article de 1976, portant sur les procédures d'enchères initiales (ce qui correspond au cas de la délégation), **Williamson dénombre trois formes d'opportunisme.**

L'opportunisme *ex ante* conduit les candidats à prendre des engagements sans valeur car trop flous. Williamson précise : "La promesse de fournir « au moindre prix » est un engagement à peine défini, à moins que la qualité du service ne soit bien spécifiée". En somme, l'offre du moins disant ne vaut rien si la qualité n'est pas précisément définie.

L'opportunisme *ex post* se traduit par des difficultés à assurer la bonne exécution du contrat. Sur les aspects financiers, le déléguant a, en général, trop peu d'informations pour vérifier si la rente reste dans une marge raisonnable. Sur les aspects techniques, les engagements ayant été trop imprécis dans la phase initiale, le suivi est d'emblée compromis. Williamson ajoute : "De plus, les standards techniques par eux-mêmes ne sont pas auto-exécutoires : la mise en application requière la conception d'un dispositif de contrôle [a policing apparatus]." (p 82)

Enfin, il analyse les manifestations de l'opportunisme au renouvellement du contrat, en soulignant le risque de l'avantage au sortant.

Le secteur de l'eau donne des illustrations concrètes de chacune de ces trois formes d'opportunisme. Mais l'opportunisme, multiforme, ne s'exprime pas uniquement du côté des délégataires privés.

1) L'opportunisme *ex ante*

Côté délégataire, cet opportunisme prend principalement deux formes : la négociation initiale du prix et la rédaction de clauses contractuelles qui pourront se révéler préjudiciables à la collectivité ou à l'utilisateur.

Lors de la négociation du prix, le délégataire dispose d'une expertise pour évaluer le coût du service supérieure à celle de la collectivité publique. La réalisation d'un inventaire détaillé et d'un audit économique permet de limiter ce déséquilibre, mais l'avantage reste souvent du côté du délégataire. Ajoutée à sa grande expérience de la négociation, cette situation lui permet dans un contexte favorable de proposer des tarifs qui augmentent son profit.

Les délégataires disposent également d'un modèle de cahier des charges proposé de manière unilatérale par le SPDE. Or ce modèle, qui avait été discuté avec la FNCCR, a été refusé par cette dernière en raison de plusieurs points jugés préjudiciables à la collectivité. En particulier, les clauses sur le renouvellement et sur la présentation des comptes annuels sont source de conflits.

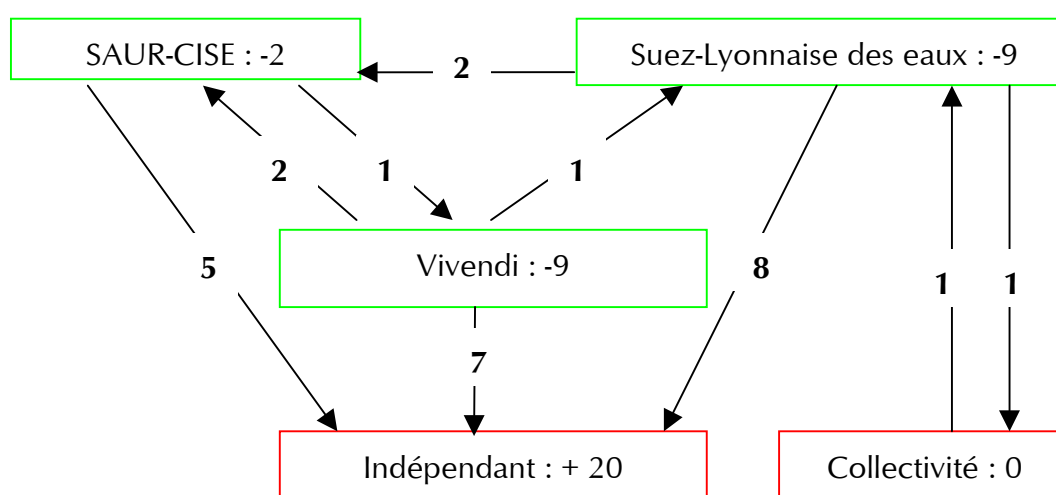
L'avantage au sortant est également préparé dès la rédaction du contrat par certaines clauses qui seront détaillées un peu plus loin.

D'autres articles pénalisent l'utilisateur. Par exemple, le recours à l'exploitant pour la réalisation des travaux de branchement est souvent obligatoire. S'il est normal que l'exploitant donne ses standards techniques et participe au contrôle des travaux, rien

n'oblige en théorie à lui réserver l'exclusivité sur la réalisation des branchements, interdisant ainsi toute concurrence.

Une autre forme majeure d'opportunisme *ex ante* est l'entente. La répartition du territoire entre les grands groupes s'est construite dans les décennies qui ont suivi la deuxième guerre mondiale. Dans bon nombre de régions, il existe un *statu quo* : la perte d'un service, même compensée par un gain sur une autre collectivité, suppose un redéploiement des moyens qui peut être source de surcoût. De plus, un contexte concurrentiel conduit à des prix plus bas. Ainsi, seules des entreprises outsider, en phase de développement, ont intérêt à rompre cette entente mutuelle.

L'analyse des procédures de délégations, réalisée par le Laboratoire GEA pour 98, montre effectivement que sur les 333 procédures étudiées, 21 des 28 services ayant changé d'exploitant l'ont été au profit d'indépendants ou de collectivités (Cf. Figure 7).



Source: étude Laboratoire GEA (Bonnet et Grand d'Esnon 2000)

Figure 7 - Les changements d'exploitant dans les procédures de délégation réalisées en 1998

Malgré l'arrivée de quelques nouveaux entrants, la position dominante des trois groupes est loin d'être menacée, comme le constate Josy Moinet, président de la FNCCR²⁰ :

"Au cours des dernières années, il apparaît nettement que les groupes français se sont significativement implantés dans certains pays alors que peu d'entreprises nouvelles se sont manifestées en France, qu'il s'agisse d'entreprises françaises ou étrangères."

La recherche d'intérêts, s'écartant de l'objet strict du service public, existe aussi côté collectivité. Les motivations sont là aussi principalement financières, le service d'eau étant une source possible de fonds utilisés à d'autres fins. Les affaires passées de financement occulte des partis politiques et de corruption sont l'expression la plus extrême d'opportunisme.

²⁰ (Moinet et Desmars 1999).

Elles sont heureusement, de moins en moins représentatives de la gestion des services d'eau. Mais d'autres pratiques, non contestables sur le plan juridique, se sont établies.

Certaines, comme la pratique des droits d'entrée (contrepartie financière à l'obtention du droit d'exploiter) ont été interdites par la réglementation (loi Barnier²¹). Toutefois, la persistance de redevances d'usage du domaine public est un moyen détourné de maintenir des transferts du délégataire vers la collectivité. La reprise des annuités d'emprunt de la collectivité par l'exploitant est une autre forme de financement effectué au détriment de l'utilisateur : le délégataire prend en charge le remboursement des emprunts liés au service d'eau (ce qui améliore l'état de dette de la collectivité) mais obtient en contrepartie une augmentation du prix qui revient à augmenter le coût de l'emprunt sur la facture de l'utilisateur²². Dernier exemple des avantages que se ménagent les collectivités, le tarif préférentiel accordé aux services municipaux perdure, bien qu'il soit normalement interdit.

2) L'opportunisme *ex post*

Dans la phase d'exécution des contrats, les cocontractants ne sont pas en peine de trouver de nouveaux champs d'application à l'opportunisme.

Comme l'indique Williamson, un premier degré de l'opportunisme consiste à dénaturer l'information. La présentation du compte rendu financier (CRF) suivant le modèle du SPDE en constitue une illustration.

Il ne s'agit pas ici de rentrer dans le débat sur la légitimité des répartitions des charges d'exploitation partagées sur les différents contrats. Toute clef de répartition est par essence conventionnelle et donc partiellement arbitraire, mais à partir du moment où la somme des charges constatées par la comptabilité analytique est exactement en correspondance avec la somme des charges constatées dans la comptabilité générale de l'entreprise, l'information peut être considérée comme sincère.

Il en va tout autrement des charges afférentes au renouvellement. Le SPDE n'a pas choisi de coller à la comptabilité : le CRF ne présente ni les dépenses effectives, ni les amortissements et provisions constitués. Il présente un calcul théorique de "garantie de renouvellement", fondé sur la valeur à neuf des équipements à remplacer pondérée par le risque théorique de renouvellement. Ce montant est présenté comme un calcul de type assurantiel.

Pourquoi une telle présentation est-elle pernicieuse ?

Tout d'abord parce qu'elle ne permet pas de connaître l'équilibre réel du contrat, d'un point de vue comptable strict. Les charges rapportées ne sont pas réelles, mais théoriques. Le risque est grand de voir ces montants surestimer le poids réel du renouvellement. En effet, en l'absence de transparence, quelle incitation existe sur le

²¹ Loi n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

²² Concrètement, l'annuité d'emprunt est prise en compte dans l'équilibre d'exploitation initial ce qui fait augmenter le prix de base P_0 dans la formule de prix (présentée au point 2.1.3). Par la suite, ce facteur P_0 est soumis à la formule d'actualisation, basée sur l'augmentation des coûts de production (électricité, personnel...). La part correspondant aux emprunts suit donc la même évolution à la hausse, alors que les annuités d'emprunt constituent des charges fixes (voire des charges décroissantes si le délégataire renégocie les emprunts).

déléataire pour qu'il remplace régulièrement les équipements : en prolongeant la durée de vie, il diminue ses charges réelles et, pour peu qu'il se trouve évincé au prochain contrat, il transmet la charge de renouvellement à son successeur.

Les services chargés du suivi des délégations ont ainsi constaté que les CRF présentent de manière majoritaire un déficit. Une telle situation n'est guère en accord avec les résultats consolidés des grands groupes.

En présentant un service déficitaire, le délégataire se place dans une position favorable en cas de renégociation des tarifs.

L'autre danger du CRF consiste à progressivement transformer ce qui n'est au départ qu'une convention de présentation adoptée unilatéralement, en une réalité de gestion : actuellement, les délégataires, et plus particulièrement Vivendi, font tout pour que les amortissements et provisions soient effectivement transformés en prime d'assurance.

A ce sujet, un article de la revue "Enjeu" de janvier 2000 (p 60-61) est particulièrement clair :

"Le groupe [Vivendi] a choisi, en 1997, de s'assurer auprès de General Re. [...] Le groupe ne constitue plus chaque année des provisions de renouvellement sur l'eau, mais s'acquitte à la place d'une prime d'assurance. [...] Pour compliquer le tout, General Re se réassure lui-même auprès d'une captive détenue à 100% par Vivendi".

La conséquence est une pression sur la rédaction des nouveaux contrats pour faire valider la notion de prime d'assurance à la place de dotations aux amortissements, qui pouvait être reversée, le cas échéant, aux collectivités. Le danger pour les collectivités est que la prime d'assurance les oblige à pratiquer en parallèle un amortissement dans leur propre comptabilité, doublant le coût du renouvellement pour l'utilisateur, au cas où les installations leur seraient rendues non renouvelées en fin de contrat.

Une seconde forme d'opportunisme, notée par Williamson, consiste à utiliser le flou du contrat pour obtenir des avantages supplémentaires par rapport aux conditions initialement négociées. La rédaction d'avenants au contrat offre une possibilité d'expression de telles dérives.

Face à des évolutions du contexte d'exploitation, prévisibles (mise en marche d'une nouvelle installation) ou imprévisibles (évolution de la consommation), le délégataire a le droit de renégocier son contrat. Si l'impact sur le prix est inférieur à cinq pour cent, la procédure ne nécessite aucune disposition particulière. Au-delà, la commission d'ouverture des plis doit être consultée (loi Sapin). Mais de toute façon, l'entreprise en place occupe de fait une position dominante, débarrassée de toute concurrence. La possibilité de faire des avenants au contrat diminue sensiblement la force des engagements pris lors des négociations initiales. L'exploitant peut tout à fait présenter une offre artificiellement basse sachant qu'une fois ses concurrents évincés, il aura tout loisir pour renégocier des clauses plus avantageuses.

Les élus peuvent quant à eux être tentés d'utiliser les bénéfices du budget de l'eau pour financer d'autres dépenses liées au budget général :

- les charges liées à la défense incendie supportées parfois à tort par le service de l'eau,

- les transferts des excédents de l'eau peuvent être effectués vers le budget général (pratique légale, mais dans des conditions extrêmement restrictives²³),

- la fin de l'obligation de la M49 dans les communes de moins de 500 habitants (sous la pression du Sénat²⁴) ouvre la porte à tous les financements croisés.

Ce transfert des charges depuis le contribuable vers l'utilisateur est stigmatisé par la Cour des comptes (rapport de 1997, déjà cité, p 37).

3) Au renouvellement du contrat : comment éviter l'avantage au sortant ?

Dans le secteur de l'eau, cet avantage se manifeste d'abord par la faible proportion de changement de délégataire à l'issue des procédures de renégociation.

Dans une étude²⁵ menée par le Laboratoire GEA sur les délégations réalisées en 1998, la proportion de délégataires reconduits est de 92%. En 1999 elle est de 82%.

Plusieurs raisons expliquent cette situation.

Tout d'abord, le principe de *l'intuitu personae* favorise l'opérateur en place, qui a su établir des relations de confiance avec la collectivité.

Ensuite, de manière moins positive, les entreprises délégataires sont passées maître dans l'art de développer des mécanismes qui lient les collectivités. L'épineuse question du renouvellement est un premier facteur de dépendance de la collectivité. Si c'est l'entreprise qui a pris à sa charge le renouvellement, sans clause de reversement des amortissements et provisions non consommés en fin de contrat, la collectivité est entraînée à reconduire l'exploitant sans quoi elle se retrouve avec un actif dévalué sans les fonds nécessaires à son renouvellement. D'autres éléments, en apparence plus secondaires, favorisent le délégataire en place. Il peut avoir la propriété des compteurs, obligeant la collectivité à déboursier de fortes sommes pour les racheter en cas d'éviction. De même, la transmission des cartes (sous forme digitalisée), du répertoire clients (sur support informatique) ou des logiciels d'exploitation n'est pas non plus automatique. Si la collectivité n'y a pris garde, aucune clause ne prévoit le transfert de ces actifs spécifiques nécessaires à la gestion du service.

La réglementation fiscale elle-même donne incidemment un avantage au sortant à travers le processus de reversement de la TVA, *via* le délégataire. En cas de changement de délégataire, le mécanisme de transition est compliqué et dissuasif²⁶.

Et puis tout simplement le délégataire en place dispose d'une connaissance sur le service, ses particularités techniques, son équilibre financier, qu'il est le seul à détenir. C'est un avantage certain pour la formulation de son offre.

Il existe une dernière explication au fort taux de reconduction des délégataires : l'entente. La même enquête déjà citée, montre que le nombre moyen de candidats par

²³ CE du 9 avril 1999, commune de Bandol n°170999.

²⁴ Loi du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

²⁵ (Bonnet et Grand d'Esnon 2000 ; Djeddar et Guérin 2001).

²⁶ En prolongement de ces remarques, sur les difficultés du passage en régie, voir notamment la présentation synthétique dans Cabal *et al* (1999, p 64-65).

procédure s'élève à 3. Toujours en moyenne, un candidat sur trois fait défection ou bien est écarté par la collectivité au stade de l'offre. 20% des délégations analysées en 1999 ne comportaient qu'une seule offre. De tels chiffres, confirmés par certains témoignages de terrain laissent penser que toute possibilité d'entente n'est pas écartée et que le jeu de la concurrence reste difficile à mettre en œuvre.

Dans son rapport déjà cité (1997 p 95), la Cour des comptes constate :

"La concentration du secteur peut se trouver accentuée par les accords que passent ces groupes pour exploiter les services les plus importants, parfois en créant des filiales communes à la demande des collectivités elles-mêmes".

Pour conclure sur les conséquences de l'organisation actuelle des services d'eau, la collectivité est donc face à trois séries de risques : imperfection de la concurrence, risque de capture du régulateur et opportunisme. **Dans la théorie, pour réduire ces risques, le principal est censé pouvoir instaurer des mécanismes d'ajustement jouant sur le contrôle et l'incitation.** La partie qui suit se propose d'étudier les dispositifs en place de manière à déboucher sur des propositions nouvelles.

2 Mécanismes de contrôle et d'incitation en place

L'analyse qui précède montre que le secteur de l'eau correspond typiquement à la situation dans laquelle Williamson préconise non pas le recours au contrat classique (marché concurrentiel) mais au contraire le recours à une gouvernance trilatérale ou bilatérale. C'est-à-dire qu'à côté des mécanismes de contrôle et d'incitation généraux, issus du droit, les cocontractants ont intérêt à mettre en place des dispositifs particuliers faisant intervenir des tiers ou simplement constituant des clauses auto-incitatives.

Cette partie va d'abord faire le constat des dispositifs existants dans le secteur de l'eau, pour en faire ensuite une analyse critique, toujours avec l'éclairage des théories des coûts de transaction et des incitations.

2.1 La description des mécanismes de contrôle et d'incitation

2.1.1 Les dispositifs d'ordre général

L'Etat (et le cas échéant l'Europe) détermine des lois et des règles qui s'imposent à tous les services d'eau. Ces règles touchent au domaine technique et environnemental (sécurité, normes sanitaires, protection du milieu), au domaine administratif (respect des procédures) et financier. Des administrations spécialisées sont responsables de l'application de ces règles.

Sur le terrain, plusieurs catégories de services régaliens interviennent.

- **Le contrôle environnemental**

La police de l'eau (rattachée principalement aux DDAF, avec leur service de l'environnement, et aux DDE, Directions Départementales de l'Équipement) est chargée

de contrôler le régime des déclarations et des autorisations pour certaines activités interférant avec les ressources en eau.

Les DDASS (Direction Départementale de l'Action Sanitaire et Sociale) sont quant à elles chargées de la veille sanitaire sur la qualité de l'eau potable.

Les SATESE (Services d'Appui Technique à l'Exploitation des Stations d'Épuration), mis en place par les départements, vérifient le fonctionnement des stations d'épuration.

- **Le droit administratif, juridictionnel et financier**

Quatre services de l'Etat interviennent pour faire respecter le droit des contrats et le droit administratif.

Le préfet est chargé du contrôle *a priori* et *a posteriori* des décisions des collectivités. Il intervient notamment à deux occasions : lors de la délégation de service public (possibilité de référé précontractuel, avis sur la convention que la collectivité s'apprête à signer) et lors du vote du budget (contrôle *a posteriori*).

La Direction de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes assure un contrôle de la légalité des procédures.

Le juge administratif intervient en cas de contentieux pré- ou post-contractuel. Le Conseil d'Etat se prononce également en dernier recours.

Les Chambres Régionales des Comptes et la Cour des comptes interviennent enfin sur des aspects financiers. Elles ont un droit de contrôle à la fois sur le budget public et sur les comptes des entreprises délégataires²⁷.

A côté du contrôle exercé par la collectivité, l'existence du contrôle administratif de l'Etat constitue, comme le souligne Denis Lévy²⁸, Délégué Général de l'Institut de Gestion Déléguée, une caractéristique du modèle français, par opposition au modèle anglo-saxon dans lequel intervient uniquement une autorité indépendante.

2.1.2 Les dispositifs d'ordre particulier, faisant intervenir un tiers

Le premier dispositif particulier en place consiste à recourir à l'appui technique d'un conseiller indépendant qui aide la collectivité à contrôler l'opérateur et sert éventuellement d'arbitre face aux décisions techniques et économiques.

Potentiellement, ce contrôle externe est un outil extrêmement utile. L'intervention d'un expert neutre assure une réduction de la dissymétrie d'information. Son rôle d'arbitrage permet de résoudre des conflits avant d'arriver à la situation de rupture. En tant que médiateur, il peut aussi faciliter les adaptations entre les partenaires.

²⁷ Principe contenu dans la loi Mazeaud et renforcé par un avis du Conseil d'Etat du 20 mai 1998, Compagnie Générale des Eaux, n°192689.

²⁸ (Institut de la Gestion Déléguée 2000, p 5).

Effectivement, les contrats de délégation prévoient souvent une clause de contrôle, faisant intervenir un conseiller extérieur à la collectivité (art. 15 du cahier des charges type de 1980).

Le mode de gestion direct n'exclut pas non plus de faire appel à un tiers. Certains services de conseil sont sollicités par des régies mais la pratique reste peu répandue.

Les DDAF (service équipements ruraux et conseil aux collectivités) occupent de loin la première place sur le marché du conseil aux collectivités dans le domaine de l'eau²⁹. D'autres partenaires interviennent également (DDE, bureaux privés d'audit et de conseil, experts comptables...). Leur rôle consiste à suivre annuellement le travail de l'exploitant et à conseiller la collectivité sur l'opportunité de procéder à des améliorations du service.

2.1.3 Les dispositifs d'ordre particulier entre les deux parties

Outre le recours à un tiers, Williamson envisage des dispositifs contractuels privés avec des clauses auto-exécutoires reposant sur des engagements et des menaces crédibles. Cette partie passe en revue les dispositifs existants.

Dans les régies, les dispositifs d'ajustement entre les élus et leur exploitant sont peu formalisés. Le maire ou le président de syndicat est simplement obligé (loi Barnier) de produire chaque année un rapport public sur le prix et la qualité du service. En théorie, un tel document incite l'exploitant, dont les résultats sont publiés, à bien gérer le service.

A la différence de la régie, **la gestion déléguée** suppose la rédaction d'un contrat.

Ce contrat comprend classiquement des clauses s'apparentant à des engagements et des menaces crédibles, au sens de la théorie des contrats.

1) Les engagements crédibles

A travers le contrat, la collectivité octroie à l'entreprise des droits qui sont autant d'engagements crédibles : un contrat long, des clients captifs, une arme contre les impayés, un prix garanti et le droit à l'équilibre financier du contrat.

- La durée du contrat

Avec une durée de contrat le plus souvent au moins égale à 10 ans (mais pouvant dépasser 30 !), le délégataire est assuré de disposer d'une durée suffisante pour rentabiliser certains investissements spécifiques (infrastructures financées en début de contrat, spécialisation du personnel et des outils d'exploitation).

²⁹ A titre d'illustration, l'étude ENGREF sur le déroulement des procédures de délégation de 1998 et 1999 montrent que les DDAF ont réalisé le conseil dans 80% des procédures de délégation des services d'eau et d'assainissement. (Bonnet et Grand d'Esnon 2000 ; Djezzar et Guérin-Schneider 2000).

- Des clients captifs

L'exploitant est à peu près sûr d'avoir des débouchés pour sa production. Le taux de raccordement en France est maintenant élevé et même si certaines consommations s'infléchissent, le délégataire peut compter sur sa clientèle.

- Un dispositif puissant contre les impayés

En cas de non-paiement de la facture, le droit de couper l'eau est une menace forte.

- Un prix fixé à l'avance

Le contrat mentionne un prix de référence. Classiquement, ce prix est décomposé en une part fixe et une part proportionnelle.

Une formule d'évolution du prix prévoit un ajustement du prix de base en fonction de l'évolution du coût des principaux facteurs de production.

Voici un exemple type de formule d'évolution du prix :

$$P_n = P_0 \times k$$

avec:

P_0 = prix de base

$$k = \left(0,15 + 0,40 \frac{IME}{IME_0} + 0,15 \frac{El}{El_0} + 0,20 \frac{PsDa}{PsDa_0} + 0,10 \frac{TP01}{TP01_0} \right)$$

dans laquelle :

IME : indice du coût de la main d'œuvre dans les industries mécaniques et électriques

El : indice électricité moyenne tension

PsDa : indice des produits et services divers "A"

TP01 : index national des prix de génie civil "tous travaux"

La valeur de k dépend des rapports entre la valeur actuelle des index (définie annuellement à partir de références publiées dans des revues spécialisées) et leur valeur à l'origine.

En cas de travaux, une composante supplémentaire s'ajoute, elle aussi indexée sur l'évolution des prix.

Le prix est donc défini à l'avance.

- Le droit à l'équilibre du contrat et les clauses de révision du prix

Comme pour *l'intuitu personae*, le principe du droit à l'équilibre du contrat pour le délégataire est ancien. La jurisprudence l'a consacré, notamment dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 mars 1910, Compagnie Générale Française des Tramways.

Il s'explique par plusieurs facteurs. Il est évident qu'une entreprise privée a besoin de couvrir ses coûts. Ce droit à l'équilibre est d'autant plus important dans le cas de l'eau que la faillite de l'opérateur serait extrêmement préjudiciable à la continuité du service.

Une autre justification de ce droit vient du niveau européen, qui impose la couverture des coûts pour les services d'eau et d'assainissement.

Ceci étant dit, l'équilibre du contrat s'entend sur la durée et non pas annuellement. Le calcul du prix d'équilibre n'est donc pas chose simple et l'importance de la négociation initiale est capitale³⁰.

Devant les incertitudes sur l'évolution de l'équilibre du service, les contrats prévoient des clauses de révision, permettant des ajustements du prix de base. Ce système est indépendant de la formule d'évolution déjà citée. C'est une procédure d'adaptation des contrats qui constitue une garantie forte pour le délégataire.

L'encadré ci-dessous fournit un exemple de clauses de révisions usuellement rencontrées dans les contrats.

Les clauses de révisions :

- après cinq ans ;
- en cas de variation de plus de 20% du volume global vendu ;
- si le coefficient k de la formule d'évolution a varié de plus de 50% ;
- en cas de révision du périmètre d'affermage ;
- en cas de modification substantielle des ouvrages et procédés de production et de traitement ;
- en cas de variation de plus de 30% du volume annuel d'eau acheté ou vendu en dehors du périmètre d'affermage ;
- si le montant des impôts et redevance à la charge du délégataire ou des analyses varie de plus de 50%.

D'après le modèle de cahier des charges des DDAF du Sud Ouest, version de 1995.

L'ensemble de ces dispositifs place donc le délégataire dans une situation confortable : durablement en place, il bénéficie de conditions économiques favorables et adaptables.

En contrepartie, la collectivité dispose de menaces crédibles et d'un droit de contrôle.

2) Les menaces crédibles

La préservation des principes de service public se retrouve derrière les dispositifs de contrainte mis à disposition des collectivités.

Certains dispositifs sont issus du droit général, d'autres du contrat.

- Le fait du Prince : modification unilatérale du contrat

Le principe de mutabilité oblige à envisager l'évolution du service.

³⁰ Ce point ne sera pas développé ici mais on peut se reporter au DEA de Florence Bonnet (2000).

Partie 1 - Modèles de régulation théoriques et pratiques

Dans les contrats types (art. 13), le délégataire a une obligation de présenter des projets d'amélioration technique qu'il juge nécessaire pour assurer le service en quantité et en qualité.

Au-delà même du contrat, la collectivité possède le droit d'effectuer des actes unilatéraux, sans l'accord du délégataire.

C'est le fait du Prince. L'adaptation du service est un motif suffisant pour imposer au délégataire de prendre en charge l'exploitation de nouvelles infrastructures ou de s'adapter techniquement à des normes nouvelles ou à des conditions d'exploitation ayant évoluées (par exemple dans un contexte de dégradation de la ressource).

Par contre, ces modifications du contrat supposent en contrepartie une indemnisation du délégataire qui voit l'équilibre de son contrat modifié. Le prix est renégocié.

A l'extrême, la collectivité a le droit de rompre unilatéralement le contrat et de se séparer d'un exploitant. Mais là encore, elle doit le dédommager du préjudice subit.

- Les sanctions : de la pénalité à la déchéance

En vertu du principe de continuité, l'interruption injustifiée du service, peut conduire à des sanctions plus ou moins importantes. Dans le contrat type de 1980, une interruption est injustifiée si elle ne résulte ni d'un cas de force majeure (sécheresse par exemple) ni d'un cas lié à une intervention pour des interventions programmées (interventions sur le réseau pour renouvellement, renforcement...) ou pour des interventions d'urgence, limitées dans le temps (réparation de fuite...).

Ces exceptions sont déjà de nature à limiter considérablement le poids de la menace. Toutefois, en cas de coupures manifestement liées à une mauvaise gestion de l'exploitant, la collectivité dispose d'un arsenal de mesures, prévues en général dans les contrats :

- prélèvement de pénalités,
- substitution provisoire d'un autre exploitant (régie ou privé) au délégataire en place ("mise sous séquestre de la concession"),
- déchéance pure et simple.

Le délégataire peut se retourner vers les tribunaux administratifs, mais il ne recevra de dommages et intérêts que s'il est prouvé que la sanction a été disproportionnée par rapport aux manquements³¹.

Des pénalités existent aussi pour d'autres manquements : non-respect des délais de raccordement, non transmission des informations nécessaires au contrôle.

³¹ L'arrêt du Conseil d'Etat du 22 mars 1902, Sieurs Chambon et Guébin, p 244 a, par exemple, débouté les délégataires de leur plainte. Il a jugé : "que les Sieurs Chambon et Guébin ont interrompu le service de la distribution d'eau et qu'ils ont déclaré que cette interruption devait être totale et définitive ; qu'ils ont par la suite encouru la déchéance en vertu de l'article 18 du traité et qu'ils ne sont pas fondés à se plaindre de ce que le Conseil de la Préfecture a décidé que, dans ces circonstances, il y avait lieu d'appliquer cette mesure sans attendre l'expiration du délai de deux mois à partir de l'établissement par la ville d'un service provisoire".

- La réputation

Une autre menace est mentionnée dans la théorie en cas de transactions répétées : la perte de réputation. Les délégataires mettent souvent en avant cet aspect pour expliquer qu'ils sont incités à bien faire³².

3) Le contrôle par la collectivité

- Les rapports transmis par le délégataire

Déléguer le service ne signifie pas l'abandonner. La collectivité reste garante de son bon fonctionnement. Elle a, à ce titre, un droit de regard important sur les conditions techniques et financières de l'exécution.

Elle dispose contractuellement d'outils de contrôle (remise de comptes rendus financiers et techniques, droit d'enquête³³).

Le cahier des charges de 1980 n'a pas de valeur obligatoire, mais la récente loi Mazeaud est venue imposer le principe d'un compte rendu financier du délégataire et ouvre la comptabilité des délégataires au contrôle du juge des comptes³⁴.

La jurisprudence a étendu ce principe en ouvrant la comptabilité de l'entreprise à la Cour des comptes, dans le cadre de ce contrôle³⁵.

Les obligations de transmission d'information, à la fois financière et relative à la qualité et à l'exécution du service, sont donc en principe extrêmement fortes. Issues de la loi, elles s'imposent aux cocontractants.

³² Voir par exemple les déclarations de D. Caille dans le rapport du Haut Conseil du Secteur Public : "J'aimerais souligner à quel point le système de régulation actuelle met en jeu l'image du groupe. L'impact d'un problème de qualité, de pollution, d'éthique à un endroit donné en France rejaille sur l'ensemble du groupe. (Haut Conseil du Secteur Public 1999).

³³ Le cahier des charges type de 1980 prévoit, dans son article 82, la production annuelle par le délégataire d'un compte rendu financier précisant le détail des dépenses et leur évolution par rapport à l'année précédente et le détail des recettes d'exploitations faisant apparaître les produits de la vente d'eau, des travaux et des prestations exécutées en application du contrat d'affermage, avec leur évolution. Les recettes perçues pour le compte de tiers (collectivité, agence, taxes...) font l'objet d'un état annexe.

L'article 83 oblige le délégataire, préalablement à une révision, à fournir les comptes analytiques de l'exploitation afférents à chacun des exercices précédant la révision.

Enfin, l'article 84 précise que la collectivité a le droit de contrôler les renseignements donnés par le biais d'agents accrédités, pouvant se faire présenter toute pièce comptable nécessaire.

³⁴ Article 2 : "le délégataire produit chaque année [...] à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité du service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public".

Article 3 : "[les juridictions financières peuvent] également, dans le cadre du contrôle des comptes de l'autorité délégante vérifier auprès des délégataires de services publics les comptes qu'ils ont produits aux autorités délégantes.

³⁵ Voir notamment TA de Chalon en Champagne, 18 mai 1998, dossier n°98-484 et l'avis du Conseil d'Etat du 20 mai 1998, Compagnie Générale des Eaux, n°192689.

- Le contrôle du respect des engagements sur le service

Les engagements contractuels portent principalement sur la continuité du service, la garantie d'une pression minimum, le respect de délais de branchement.

Les contrôles pratiques sur ces différents points sont souvent inexistantes.

La mesure de la pression chez les usagers est d'ailleurs techniquement difficile. Il serait possible de répertorier les plaintes, mais rares sont les systèmes de suivi par la collectivité formellement en place.

2.2 Les limites des mécanismes de contrôle et d'incitation

Cette longue énumération pourrait laisser penser que les dispositifs d'incitation sont puissants dans la gestion des services d'eau. Pourtant, une analyse critique montre les grandes limites du système actuel.

2.2.1 Les limites des dispositifs d'ordre général

- **Le contrôle régalien portant sur des aspects sanitaires ou environnementaux**

Ce contrôle est appliqué à tous les services, conformément à des normes. Il présente donc une efficacité certaine en fournissant de manière systématique des informations standardisées, notamment sous formes d'analyses.

Toutefois, la production de données ne suffit pas. Le système de contrôle sanitaire se heurte à deux difficultés :

- la synthèse des analyses n'est pas un exercice simple. Comment faire le bilan de tests portant sur des dizaines de paramètres, réalisés à des dates particulières, traduisant les caractéristiques de l'eau à un point de prélèvement particulier ? Et puis comment informer sans alarmer l'utilisateur ?

- diagnostiquer des dysfonctionnements ne suffit pas pour que les mesures correctives soient engagées rapidement. Bien souvent, le traitement des pollutions détectées dans l'eau distribuée suppose des investissements lourds pour lesquels les communes ne disposent pas des fonds nécessaires. Ainsi une étude du FNDAE (1997 p 18) estime que, sur les seules communes rurales au total, plus de 10 millions d'habitants permanents et saisonniers reçoivent une eau non-conforme sur au moins un paramètre de potabilité (ils n'étaient que de 6 millions en 1990).

- **Le contrôle juridictionnel et administratif :**

Incontestablement, son rôle dans la mise en place d'une jurisprudence, clarifiant les relations entre les partenaires, est important. Toutefois, deux reproches peuvent lui être opposés :

- les délais des décisions sont longs et le juge ne peut pas se prononcer sur l'ensemble des services en France,

- le recours au tribunal intervient lorsque la relation entre les cocontractants est déjà au stade de la rupture.

Ainsi, l'arbitrage des cours n'est pas un système d'adaptation mutuelle, mais un système de résolution des litiges graves.

- **Le contrôle financier :**

Comme en témoignent de nombreux praticiens, le contrôle financier reste limité, faute de moyens et de documents comptables adaptés.

La résistance des délégataires à fournir des informations comptables complètes soulève la question de la légitimité du contrôle des moyens. Cette question sera débattue dans la partie 2, chapitre 1, au point 2.1.

Ainsi, l'impact du contrôle externe de l'Etat n'est pas nul. Ce contrôle permet de repérer des situations qui s'écartent des règles de droits. Il assure aussi la résolution de conflits graves. Toutefois, comme le prévoit Williamson, dans le cas des contrats néoclassiques, le dispositif légal général ne suffit pas à assurer la stabilité de la relation et les ajustements mutuels entre collectivité et exploitant.

Les dispositifs personnalisés, également décrits ci-dessus, sont requis. Mais qu'en est-il de leur efficacité ?

2.2.2 Les limites des dispositifs d'ordre particuliers, faisant intervenir un tiers

En pratique, le suivi des contrats par des services d'appui n'est pas toujours à la hauteur des attentes pour deux raisons.

Il faut d'abord reconnaître que pendant longtemps un certain laxisme a conduit à réaliser la mission de contrôle d'affermage a minima. Dans certain cas, un rapport n'était pas même rédigé. Heureusement, cette situation a largement évolué et les services de l'Etat ont désormais pris pleinement conscience de l'importance de leur mission d'assistance. La mise en place du Logiciel Gestion de Service Public au sein du Ministère (présentée au chapitre 2 de la deuxième partie, au point 2.3) illustre cette prise de conscience.

Mais le contrôle se heurte à un second obstacle : l'information transmise par les opérateurs se prête peu au suivi du fonctionnement des services.

Les limites du compte rendu financier ont déjà été évoquées.

Les comptes rendus techniques ne sont guère plus satisfaisants. Ils sont souvent limités à des informations descriptives succinctes ne rendant pas réellement compte de la qualité du service rendu et encore moins de la gestion patrimoniale.

A titre d'illustration, le Tableau 6, présente les quelques données généralement fournies.

Tableau 6 - Contenu classique des rapports d'exploitation des délégataires

Points abordés	Informations transmises
Présentation de l'exploitant	Adresse, personnel, Mise en place de certifications, d'engagements...
Ressource et distribution	Principaux volumes (produits, importés, consommés...) Taux d'analyses conformes
Réseau	Longueur du réseau Mention des travaux effectués (mais rarement indication des longueurs concernées par le renouvellement, encore moins des montants correspondants) Parfois, détail des interventions effectuées Renouvellement des compteurs
Traitement des effluents	Volumes facturés, volumes traités Données des rendements épuratoires Parfois, volume et masse de boues produites
Tarif	Facture type pour 120 m ³

A l'opposé, des services de taille importante envoient parfois des rapports annuels trop touffus. L'information y est noyée dans d'innombrables données brutes, en particulier sur le fonctionnement des stations (avec, par exemple, la présentation graphique, jour par jour des volumes entrés dans la station).

L'observation pratique du contrôle et du suivi externe oblige donc à un bilan mitigé quant à sa capacité à permettre un dialogue constructif entre la collectivité et son opérateur.

2.2.3 Les limites des dispositifs d'ordre particulier entre les deux parties

Pour les mêmes raisons de faiblesse de l'information transmise, le contrôle direct par la collectivité n'est guère plus facile.

Le contrôle des engagements s'avère le plus souvent absent, alors qu'il constitue le principe même des contrats d'objectifs.

La faiblesse du contrôle effectué par les collectivités a été notée par de nombreux auteurs. **Faute de documents de qualité suffisante et faute de motivation des collectivités, les délégataires sont soumis à peu de suivi.**

C'est ce que constate la Cour des comptes (1997) :

"Une grande partie des dérives relevées dans le cadre des délégations de service public pourraient être évitées si l'information des élus et des usagers était développée et si un véritable contrôle des délégataires était exercé." p 108

"Les collectivités s'en remettent parfois totalement aux délégataires de leurs services publics, en négligeant le devoir de contrôle qui leur incombe." p 119

Le dernier dispositif présenté, celui des menaces et des engagements crédibles, mérite également des commentaires.

Les garanties apportées à l'exploitant restent fortes, dans la plupart des cas.

La durée des contrats est certes, depuis peu, limitée à 10 ans, mais l'échéance reste longue. Il est vrai aussi que le droit de couper l'eau au client qui n'honore pas sa facture a été quelque peu écorné par des mesures récentes visant à faciliter l'accès aux services publics aux plus démunis. Mais des systèmes de solidarité se substituent aux mauvais payeurs (fonds d'assurance avec la charte solidarité eau ou bien prise en charge de la facture par les services sociaux...).

Tous les autres engagements demeurent puissamment ancrés : les clients captifs, le prix garanti et le droit à l'équilibre financier sont des réalités.

Du côté des menaces crédibles, la pratique montre que les sanctions sont très rarement prises. Les pénalités sont difficiles à obtenir dans la mesure où la collectivité ne prélève pas de caution suffisante. La déchéance est une mesure d'ultime recours car elle conduit purement et simplement à la rupture de la relation. La collectivité se retrouve pénalisée au même titre que l'exploitant déchu puisqu'elle est dans l'obligation de prendre en charge la gestion, sans en avoir forcément les compétences et en tout état de cause, dans une situation d'urgence et de service dégradé. De même, dans la rupture unilatérale du contrat, la collectivité se trouve obligée de verser des indemnités à l'exploitant, même dans le cas où celui-ci présente un compte d'exploitation déficitaire³⁶.

La rupture, la mise sous séquestre ou la déchéance ne sont donc pas des moyens d'adaptation, de coordination entre les partenaires mais des dispositifs de rupture de la relation qui lèsent les deux partenaires.

Qu'en est-il du risque de perte de réputation ?

Une fois de plus, la force de cette menace est limitée dans le secteur de l'eau. La transaction est répétée avec la même collectivité à des échéances suffisamment longues pour que la pression soit faible.

Le délégataire pourrait bien sûr craindre qu'une perte de réputation nuise à la passation de contrat avec d'autres collectivités. Mais il n'existe pas vraiment en France d'instance de publicité ou de comparaison entre les opérateurs permettant de rendre public les comportements opportunistes.

La côte d'image des délégataires a certes été mise à mal durant la dernière décennie, mais le discrédit a touché sans distinction l'ensemble de la profession. Il n'y a donc pas eu de désavantage concurrentiel pour l'une ou l'autre des compagnies.

Dans le cas des régies, la situation n'est pas plus satisfaisante. Comme on l'a vu, la seule obligation consiste à produire chaque année un rapport sur la qualité et le prix du service, dont le contenu minimum défini dans la loi est squelettique.

³⁶ C'est ce que semble confirmer une jurisprudence récente sur le cas de la commune de Malensac.

Dans les faits, le rapport ne donne qu'une vision superficielle du service et de toute façon, peu de personnes demandent à le consulter.

Cette idée est confirmée par une analyse conduite par le LAMETA, laboratoire de l'université d'économie de Montpellier :

"[L]es rapports sur le prix et la qualité des services sont le plus souvent indigents."
(Ingles et Salles 1998 p 42)

En conclusion, le bilan sur les procédures d'adaptation mutuelle entre la collectivité et son exploitant est plus que réservé.

Pour les régies, l'absence d'engagements et de menaces crédibles est quasiment complète. Le système fonctionne sur le principe du sens du devoir public et sur l'absence de divergence d'intérêts entre les élus et l'opérateur, puisqu'il n'y a pas d'actionnaires et que la recherche de profit n'interfère pas avec les missions de service public.

Dans le cas de la délégation, l'entreprise dispose de conditions favorables tout à fait concrètes (prix et clientèle garantis, droit à l'équilibre du contrat). Par contre, les outils de la collectivité sont, en théorie, puissants (acte unilatéral, droit d'accès à l'information, sanctions...) mais, en pratique, d'application difficile. La difficulté vient d'abord du manque d'outil de suivi, mais aussi du manque de crédibilité des menaces. Ou bien la collectivité n'a pas les moyens de faire appliquer la sanction (pas de caution) ou bien les sanctions extrêmement fortes (déchéance, procès) entraînent la rupture de la relation, préjudiciable aux deux partenaires.

2.3 Conclusion : une analyse de la récente crise de confiance

Le tableau dressé semble assez noir : absence de concurrence, opportunisme, risque de capture, faiblesse du contrôle... On en arrive à se demander **pourquoi la crise de confiance n'a pas eu lieu plus tôt**.

En fait, ces conditions étaient, certes, rassemblées depuis longtemps mais tant que les services français étaient dans une phase de développement, que les usagers constataient les efforts pour les raccorder au réseau et surtout, tant que le prix était stable, les faiblesses restaient latentes. **L'évolution du contexte a révélé le besoin d'améliorer la gestion.**

2.3.1 Le déclencheur : passer d'un objectif de quantité à un objectif de qualité

A l'origine, l'objectif majeur des services d'eau était quantitatif : l'important était d'alimenter la population la plus large. **Ce contexte était favorable à une auto-incitation des exploitants** : compte tenu des investissements lourds, ils avaient, eux aussi, tout intérêt à multiplier le nombre d'abonnés pour rentabiliser leurs investissements.

Le principe de risques et périls, lié à la concession, prenait alors tout son sens³⁷. Le concessionnaire devait investir pour mettre en place les infrastructures et étendre le réseau sans avoir l'assurance que les habitants se raccorderaient et consommeraient suffisamment pour rentabiliser les investissements. C'est ainsi que les Frères Perrier, qui ont été les premiers concessionnaires à équiper Paris en un réseau de distribution en 1776, ont fait faillite. Ils attendaient 30 000 abonnements et n'en ont obtenu que 250.

Plus récemment, après la seconde guerre mondiale, le contexte de reconstruction donnait encore une fois un contenu au risque du concessionnaire. L'échelle des entrepreneurs, souvent encore locale, les rendait plus sensibles aux aléas financiers. Par la suite, dans un contexte de conquête du marché français, les grands groupes émergents avaient tout intérêt à satisfaire les usagers en continuant à développer les services, tout en modérant les prix.

Ce fonctionnement du modèle français de l'eau a connu des succès : un territoire en grande majorité équipé, une capacité d'adaptation technique réelle et une réussite internationale pour les anciennes compagnies d'eau devenues holding.

Mais actuellement, la phase de croissance quantitative des services a cédé la place à la croissance qualitative. Le marché de l'eau est pratiquement saturé. Les concessions pures sont de plus en plus rares. La clientèle est captive et le risque sur le niveau de consommation ne joue plus qu'à la marge. Enfin, la concentration des entreprises permet des subventions croisées qui rendent l'exploitant beaucoup moins sensible au risque sur un contrat particulier.

Désormais, l'amélioration se joue sur le plan de la qualité. L'important n'est plus d'augmenter les capacités de desserte, mais d'en garantir la fiabilité sanitaire. L'abonné devient un client qu'il faut satisfaire. Les récentes révisions successives des normes de qualité de l'eau potable et des exigences de dépollution sont la manifestation la plus immédiate de cette évolution.

2.3.2 L'affaiblissement de l'incitation avec la fin des risques et périls

Ainsi, au moment où les objectifs des services ont changé, l'auto-incitation des exploitants s'est atténuée. Les mécanismes de contrôle et d'incitation en place, décrits ci-dessus, se sont avérés insuffisants pour compenser la disparition des risques et périls.

Alors qu'auparavant, l'intérêt des exploitants rencontrait l'intérêt général (objectif quantitatif), plus rien n'incite les exploitants à répondre aux nouveaux besoins de qualité.

Dans le même temps, le contexte technique et réglementaire (remise à niveau des installations d'assainissement, besoin croissant de traitement à cause de l'augmentation

³⁷ Le droit semble mettre la notion de risques et périls au cœur de la définition de la délégation. La jurisprudence récente ne fait que renforcer ce critère de distinction avec les marchés publics : la rémunération doit être substantiellement assurée par les résultats d'exploitation (voir notamment l'arrêt du Conseil d'Etat du 15 avril 1996, commune de Lambesc, précisé par l'arrêt du 30 juin 1999, SMITOM et l'arrêt du 7 avril 1999, commune de Guilhaud-Granges).

des pollutions diffuses dans les ressources) a relancé l'investissement et favorisé **l'augmentation des prix. Cette augmentation a joué le rôle de catalyseur.**

Brutalement, le public a pris conscience que la maîtrise de la gestion des services était peut être en train d'échapper aux collectivités, en charge de l'intérêt collectif.

Ces conclusions soulignent le besoin de compléter le système actuel. Il apparaît souhaitable de développer, pour la régie comme pour la délégation, des outils de dialogue et de suivi des services, pour redonner un contenu à la collaboration nécessaire entre collectivité et opérateur et recréer une auto-incitation à la performance, devenue qualitative.

3 Un modèle qui justifie la mise en place d'une régulation

L'analyse du modèle français débouche naturellement sur l'idée de la régulation.

Les défaillances de la concurrence et des systèmes de contrôles classiques (droits, obligations contractuelles), laissent penser qu'une régulation serait utile.

Le point de vue de Williamson contribue à étayer cette hypothèse.

3.1 Un argumentaire pro-régulation issu de la théorie des contrats

A ce stade de la réflexion, le mot régulation mérite d'être défini précisément.

Marceau Long, vice-président honoraire du Conseil d'Etat et président de l'Institut de la Gestion Déléguée définit la régulation comme "le fait d'agir sur un système complexe et d'en coordonner les actions, afin d'en obtenir un fonctionnement correct." (Long 1998 p 7)

De manière plus explicite, la régulation se décompose en trois étapes :

- 1) la définition des règles du jeu et des objectifs,
- 2) le contrôle du respect de ces prescriptions,
- 3) la mise en œuvre d'actions correctives.

Les collectivités locales sont censées jouer ce rôle en France. Mais comme le prouvent le constat qui précède, les objectifs sont souvent vagues, le contrôle des engagements limité et par conséquent la mise en œuvre d'action correctrice ne peut être réalisée dans de bonnes conditions.

La régulation des services d'eau n'est donc pas effective et pourtant des arguments dans ce sens ont été avancés par de nombreux auteurs. Comme le souligne Jean-Michel Salles, chercheur au CNRS :

"la grande vague de privatisation des services publics qui a déferlé sur le monde et l'Europe depuis les années 1980 a donné lieu à une abondante littérature et à de multiples expériences sur les moyens de réguler l'activité d'un opérateur privé engagé dans la production de services publics." (Ingles et Salles 1998 p 44)

Trois types de régulation sont usuellement abordés : la régulation de la concurrence, la régulation des prix, la régulation de la qualité du service.

L'économiste O. Williamson a pris part au débat sur les avantages des différentes formes de régulation des services publics, déjà bien avant les années 80. **Williamson s'est ainsi posé en défenseur de la régulation publique**, face à des auteurs comme Posner³⁸ qui soutenaient que la régulation était à proscrire car elle était toujours moins efficace que des enchères bien menées.

Sa démonstration qui s'inscrit dans la théorie des coûts de transaction est d'autant plus intéressante qu'elle s'applique à un service monopole naturel local. Bien qu'il s'agisse non pas de l'eau mais de la télévision câblée (à Oakland en Californie), ces observations sont en grande partie mobilisables pour le cas qui nous intéresse.

Elles sont présentées dans l'article de 1976, intitulé "Franchise bidding for natural monopolies - in general and with respect to CATV". Williamson étudie les modalités de concurrence pour le marché dans le cas d'un service public monopolistique et décrit les difficultés de mise en œuvre des enchères initiales (difficulté à formuler les engagements en termes clairs, risque d'opportunisme, avantage au sortant).

Il en conclut que l'efficacité de la procédure concurrentielle des enchères est difficile à obtenir. Ainsi, la solution concurrentielle n'est pas forcément plus économique en coûts de transaction que la solution de régulation publique. En utilisant les enchères, il est nécessaire, pour éviter les effets néfastes de l'incomplétude des contrats et de l'opportunisme, de définir précisément des spécifications, de mettre en place des dispositifs d'incitation et de contrôle tout au long du contrat, si bien qu'en fait, le dispositif accompagnant les enchères s'identifie à une régulation.

Williamson explique :

"Dans la mesure où les propriétés de la régulation concernant à la fois la limitation des risques et le suivi des prix sont indubitablement supérieures à celles du franchisage par enchères, et à partir du moment où les procédures d'enchères sont en pratique, pour la plupart des autres aspects, difficiles à distinguer de la régulation, le gain net de la procédure d'enchères sur la régulation n'est pas évident." (p 89)

Ainsi la régulation est peut être imparfaite, mais c'est parfois la moins mauvaise des solutions, quand, d'un point de vue opérationnel, l'organisation de la concurrence initiale revient à une forme de régulation.

Une analyse récente d'une économiste va dans le même sens que Williamson :

"Si dans l'esprit de Demsetz, [la] concurrence pour le marché se substitue à la régulation, des travaux ultérieurs et la pratique de cette concurrence pour le marché montrent que celle-ci contribue plutôt à la régulation qu'elle ne la remplace, en

³⁸ (Posner 1969).

fournissant un outil de sélection. D'abord la définition des critères de sélection [...] puis la surveillance du respect par la firme retenue des termes du contrat nécessite la présence d'un régulateur." (Sage 1999 p 17)

Les arguments issus de la théorie des coûts de transaction ne défendent donc pas la régulation de manière absolue. Ils démontrent simplement qu'il serait dogmatique de l'exclure systématiquement.

Pour Williamson, seule une analyse au cas par cas, à l'échelle micro-analytique, permet de savoir si la régulation est préférable au jeu concurrentiel strict. Pour choisir entre ces deux modes, il préconise de comparer les coûts de transaction induits.

Quelles sont alors les conditions qui font qu'une activité doit plutôt être soumise à la régulation qu'à la concurrence ? Pour illustrer sont propos, Williamson étudie le cas de la télévision câblée. Selon lui, cette activité possède **les caractéristiques entraînant la supériorité de la régulation : situation de monopole local, spécificité des actifs physiques et spécificité des compétences.**

Ces caractéristiques sont exactement celles des services d'eau et d'assainissement. Voilà donc un argument de poids en faveur de la mise en place d'une régulation dans le secteur de l'eau.

3.2 Comment réguler ?

3.2.1 Un premier modèle issu de la théorie des coûts de transaction

Savoir que la régulation est utile est une chose. Expliciter les dispositifs de régulation efficaces en est une autre.

Une fois encore, Williamson, dans un article précurseur de 1971 va apporter une réponse en proposant des principes de régulation.

L'idée est simple : créer les conditions de l'auto-incitation de manière à limiter au strict nécessaire l'intervention du régulateur. Pour cela deux conditions sont nécessaires : institutionnaliser un "retard de régulation" ("regulatory lag") et réaliser des audits d'efficience. La menace de rachat sur le marché des capitaux devient alors crédible.

1) Le retard de régulation

Pour maintenir un intéressement à l'amélioration des performances (financières), il est nécessaire de laisser à l'entreprise une partie des gains de productivité.

Afin de ménager cette rente ("récompense crédible"), le prix ne doit donc pas immédiatement baisser avec une diminution des coûts. Les révisions n'interviendront qu'au bout d'une certaine période, ni trop courte, ni trop longue, à ajuster suivant le type d'activité :

"Le retard de régulation institutionnalisé donne l'assurance que les profits générés par les gains de productivité réalisés ne seront pas rapidement éliminés par les révisions du taux." (p 431).

2) Les audits d'efficience

Leur objectif majeur n'est pas de produire des éléments pour ajuster les prix en fonction des coûts et des recettes, mais de créer une incitation à l'efficience.

Il s'agit de donner suffisamment d'éléments sur les potentialités de l'entreprise et sur la qualité de la gestion pratiquée.

De cette manière, tout investisseur sait quels gains de productivité il peut escompter d'un rachat de l'entreprise. Il sait aussi s'il a intérêt à changer l'équipe dirigeante en place.

Le rachat devient une "menace crédible".

3) L'auto-incitation

Les conditions d'auto-incitation sont donc réunies : ou bien les dirigeants en place font preuve d'efficience, ou bien ils seront évincés par les actionnaires actuels ou par d'éventuels acheteurs. Les actionnaires sont motivés pour jouer ce rôle d'incitation aux gains de productivité car ils savent que cette rente ne leur sera pas immédiatement retirée (grâce au retard de régulation).

3.2.2 Que retenir de ce modèle dans le cas de l'eau

Les mécanismes du modèle de régulation de Williamson sont ébauchés. Ce modèle est-il applicable à l'eau ?

Quelques limites apparaissent.

On peut regretter que Williamson n'aille pas assez loin. En particulier, il ne rentre pas dans le détail de l'accès à l'information fiable lors des audits. Or **l'accès à l'information, surtout financière, est toujours complexe** et tout audit se heurtera aux obstacles signalés dans la partie 1.4.2.3 (à propos de la mise en place des comptes rendus financiers).

Ensuite, ce modèle de régulation, basé sur la pression du marché des capitaux, ne peut pas être appliqué tel quel aux services d'eau, tout simplement parce qu'ils ne sont pas individuellement cotés en bourse.

Les régies sont dépourvues d'actionnaires.

Le capital des groupes délégataires est certes lié à des actions, mais au nom de la holding. Le cours de l'action est lié autant aux performances des services d'eau qu'à

celles de l'activité communication³⁹. Les résultats de l'activité eau et assainissement proviennent de l'ensemble des contrats non seulement en France, mais aussi à l'étranger.

La régulation par le marché est donc en inadéquation avec le niveau de gestion communale.

Enfin, la dernière critique importante au système de régulation préconisé par Williamson concerne le choix du critère à optimiser. **Son système conduit à améliorer uniquement la rentabilité des entreprises.** Or, justement, une spécificité des services d'eau et d'assainissement repose sur l'importance des critères non financiers, liés aux obligations de service public.

Les réserves sur ce modèle de régulation ne doivent pourtant pas faire perdre de vue l'intérêt de sa démonstration.

D'une part, il conforte l'idée selon laquelle la régulation n'est pas, par essence, la pire des solutions de gestion.

Ensuite, il propose un système d'incitation opérationnel en trois étapes : utilisation d'inférences statistiques relativement grossières pour repérer les entreprises divergeant sensiblement de la performance attendue, ensuite, pour ces entreprises divergentes, passage à une analyse plus approfondie et enfin publicité des résultats de l'audit de manière à obtenir une pression incitative d'un élément de l'environnement.

Il pose des principes qui seront repris et adaptés au secteur de l'eau par d'autres économistes.

En particulier, Stephen Littlechild va s'en inspirer pour la régulation des services d'eau en Angleterre. L'influence de ces idées se retrouve également dans les propositions de Jean Gatty pour une nouvelle régulation de la délégation en France.

Ces deux autres modèles seront abordés en détail dans la suite de ce travail.

4 Conclusion : le besoin de nouvelles propositions pour améliorer la régulation

Ce chapitre a montré que le modèle français de gestion des services d'eau, monopoles naturels locaux, repose sur une relation tripartite associant les consommateurs, les élus et les opérateurs.

La relation d'agence qui s'établit entre la collectivité et l'opérateur prend une importance prédominante dans l'organisation du service.

L'analyse des caractéristiques du modèle français souligne que, bien que les collectivités soient garantes de la bonne gestion des services, elles n'ont pas entre les

³⁹ L'introduction récente en bourse de Vivendi Environnement ne remet que partiellement en cause cet argument : le groupe reste partagé entre diverses activités d'exploitation et de construction de services publics.

ainsi les outils nécessaires pour assurer une conciliation satisfaisante entre des intérêts divergents :

- Malgré les nouvelles lois, l'effet de la concurrence reste limité. Toutefois, deux pistes se dégagent pour remédier à ces défaillances : améliorer les conditions de la concurrence initiale et développer les formes de pseudo-concurrence ("yardstick regulation" et "sunshine regulation").

- Les dispositifs d'ajustement et de coordination, préconisés dans le cas de relation d'agence avec dissymétrie d'information (contrôle, engagements et menaces crédibles) sont d'une efficacité plus que mitigée dans le secteur de l'eau.

- La notion de risques et périls dans la délégation, qui constituait une auto-incitation à améliorer les performances du service s'est atténuée au fil du temps.

Le besoin de régulation se trouve étayé par la théorie des coûts de transaction, dans le cas des services publics locaux, caractérisés par des actifs spécifiques, des transactions peu répétées et des difficultés de mise en œuvre des enchères initiales. Cette régulation doit permettre en particulier que soit pris en compte l'ensemble des obligations de services publics et non pas seulement l'efficacité financière.

La question qui se pose est donc celle des dispositifs complémentaires à mettre en œuvre pour rendre la régulation des services d'eau par les collectivités plus efficace.

Une voie prometteuse développée dans cette thèse consiste à **proposer l'utilisation d'indicateurs de performance, s'appliquant aux différentes composantes du service public, comme vecteur d'amélioration de cette régulation.**

Le besoin d'exprimer le contenu du service public en termes clairs, la nécessité d'un support d'échange d'information synthétique et enfin l'utilité de disposer d'un outil de comparaison des services sont les trois premiers éléments qui militent en faveur de cette suggestion.

Afin d'étayer cette proposition, le chapitre suivant va s'appuyer sur une analyse comparative des modèles de régulation de services publics de réseau en développant particulièrement l'utilisation éventuelle du suivi de performance.

Cette analyse conduira à préciser les tendances actuelles et à voir quels apports l'introduction d'indicateurs représente.

