

Convention de délégation de service public de l'eau conclue le 27 novembre 2013 par la communauté urbaine Marseille Provence Métropole avec la Société des Eaux de Marseille

Contrôle n° 2013-0129
Rapport n° 2014-0010

Article L. 1411-18 du code général des collectivités territoriales

Séance du 13 février 2014

AVIS

La Chambre régionale des comptes de Provence-Alpes-Côte d'Azur

VU le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

VU le code général des collectivités territoriales, notamment ses articles L. 1411-1 à L. 1411-18 et R. 1411-1 à R. 1411-6 ;

VU le code des juridictions financières, notamment ses articles L. 234-1 et R. 234-1 ;

VU la lettre du 9 décembre 2013, enregistrée au greffe de la chambre le 10 décembre 2013 par laquelle le préfet de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, préfet des Bouches du Rhône a saisi la chambre, au titre de l'article L. 1411-18 du code général des collectivités territoriales, du contrat de délégation de service public de l'eau sur le territoire de la communauté urbaine de Marseille Provence Métropole (MPM), signé le 27 novembre 2013 par le président de la communauté urbaine Marseille Provence Métropole et le président directeur général de la Société des Eaux de Marseille (SEM) ;

VU le courrier du 13 décembre 2013 par lequel la présidente de la chambre régionale des comptes de Provence-Alpes-Côte d'Azur a informé le président de MPM de cette saisine et de la désignation d'un magistrat rapporteur et l'a invité, en application des articles L. 244-2 et R. 244-1 du code des juridictions financières, à faire part de ses observations dans un délai de huit jours ;

VU le courrier du 13 décembre 2013 par lequel la présidente de la chambre régionale des comptes de Provence-Alpes-Côte d'Azur a informé le président directeur général de la SEM de cette saisine ;

VU les demandes de pièces adressées notamment les 20 décembre 2013 et 8 janvier 2014 au représentant de MPM ;

VU les pièces transmises par le représentant de MPM par plusieurs courriels reçus entre le 18 décembre 2013 et le 30 janvier 2014 ;

VU l'ensemble des pièces du dossier ;

VU le rapport du rapporteur ;

VU les conclusions du procureur financier ;

Après avoir entendu M. Thiébaud, conseiller, en son rapport, et Mme Child, procureur financier, en ses observations ;

I.- SUR LA COMPETENCE DE LA CHAMBRE ET LA RECEVABILITE DE LA SAISINE

Aux termes de l'article L. 1411-18 du code général des collectivités territoriales (CGCT) : « *Les conventions relatives à des délégations de service public peuvent être transmises par le représentant de l'Etat dans le département à la chambre régionale des comptes. Il en informe l'autorité territoriale concernée. La chambre régionale des comptes examine cette convention. Elle formule ses observations dans un délai d'un mois à compter de sa saisine. L'avis de la chambre régionale des comptes est transmis à la collectivité territoriale ou à l'établissement public intéressé et au représentant de l'Etat. Les dispositions de l'article L. 244-2 du code des juridictions financières sont applicables. L'assemblée délibérante est informée de l'avis de la chambre régionale des comptes dès sa plus proche réunion* ».

En l'espèce la saisine émane du préfet de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, préfet des Bouches du Rhône, qui l'a lui-même signée. Elle porte sur le contrat intitulé délégation du service public de l'eau, conclu entre MPM et la SEM, qui a pour objet de confier au cocontractant de la communauté urbaine l'exploitation du réseau d'eau potable sur l'ensemble de son territoire, à l'exception de la commune de Plan de Cuques et de la partie villageoise de la commune de Gémenos qui restent en régie, en contrepartie d'une rémunération sur l'usager. Ce contrat présentant les caractéristiques apparentes d'une délégation de service public, la saisine du préfet apparaît recevable.

Aux termes de l'article R. 1411-6 du CGCT : « *Le préfet qui saisit la chambre régionale des comptes d'une convention relative à une délégation de service public, en application de l'article L. 1411-18, joint à cette saisine, outre le texte intégral de l'acte, tous documents et renseignements utiles à son examen et relatifs à sa passation. Les dispositions des articles R. 244-1, R. 263-13 et R. 263-41 du code des juridictions financières ainsi que celles des articles R. 1612-8, R. 1612-12 et R. 1612-13, relatives au contrôle des actes budgétaires, sont applicables*». Aux termes de l'article R. 1612-8 du CGCT : « *Lorsque la chambre régionale des comptes est saisie par le représentant de l'Etat d'une décision budgétaire ou d'un compte administratif, le délai dont elle dispose pour formuler des propositions court à compter de la réception au greffe de l'ensemble des documents dont la production est requise selon le cas par les articles R. 1612-16, R. 1612-19, R. 1612-23, R. 1612-24 et R. 1612-27* ».

En l'espèce, la saisine était accompagnée du contrat conclu entre MPM et la SEM, de ses annexes, des pièces principales relatives à la procédure de passation (cahier des charges, règlement de la consultation, avis de la commission de délégation de service public, délibérations du conseil de communauté, rapport du président sur le choix du délégataire, etc.). Toutefois, d'autres pièces, nécessaires à l'instruction du dossier, ont dû être demandées et ce directement auprès de MPM par souci de rapidité, en particulier les offres initiales et finales des candidats, les éléments relatifs à la négociation, le projet de compte administratif afférent au budget annexe de l'eau au titre de l'année 2013 et la délibération relative à la composition de la commission de délégation de service public. Ces pièces ayant été communiquées à la chambre en dernier lieu le 17 janvier 2014, la saisine doit être regardée comme complète à cette dernière date, à compter de laquelle court le délai d'un mois imparti à la chambre pour se prononcer.

Il est souligné que si le président de MPM n'a pas présenté d'observations écrites en réponse à l'invitation de la chambre, l'instruction de la présente saisine a donné lieu à de nombreux échanges techniques avec les services de la communauté urbaine et en particulier à trois réunions qui se sont tenues à la chambre avec les représentants de MPM en charge du dossier le 17 décembre 2013 et les 16 et 27 janvier 2014.

II.- SUR LE CONTEXTE DANS LEQUEL A ETE CONCLU LE CONTRAT DE DELEGATION DE SERVICE PUBLIC DE L'EAU

En préambule il convient de rappeler les principales conclusions de l'observatoire de la loi Sapin sur les procédures de délégation. Celles-ci font ressortir un nombre moyen d'offres limité par procédure (2,3 en 2010), un taux de reconduction des délégataires sortants de 87 %, et une diminution du prix payé au délégataire (en moyenne -24 % pour les services d'eau potable, -20 % pour l'assainissement collectif et -0,47 €/m³ pour les deux services), cette baisse pour l'utilisateur n'étant pas toujours perceptible car souvent associée à une hausse de la « part collectivité ».

La communauté urbaine Marseille Provence Métropole, créée par arrêté préfectoral du 7 juillet 2000, est compétente de plein droit, en application de l'article L. 5215-20 du CGCT, en matière d'eau et d'assainissement. Cette compétence, qui a été transférée à MPM à compter du 1^{er} janvier 2001, était exercée jusqu'à présent dans le cadre de délégations de service public communales ou intercommunales, reprises par MPM, à l'exception des services de l'eau et de l'assainissement des communes de Plan-de-Cuques et Gémenos dans sa partie village, qui sont gérés en régie. Ces délégations avaient été conclues avec trois prestataires : la Société des Eaux de Marseille (SEM), filiale de Veolia Environnement, la Société d'Exploitation du Réseau d'Assainissement de Marseille (SERAM), filiale de Suez Environnement et la Société d'Équipement et d'Exploitation des Réseaux Communaux (SEERC), filiale de la Lyonnaise des Eaux, elle-même filiale de Suez.

Cette multiplicité de contrats a eu pour conséquence une différenciation du prix de l'eau sur l'ensemble du territoire. Les tarifs standards¹ s'échelonnaient ainsi, au 1^{er} janvier 2013, de 0,4367 € TTC à 2,3783 € TTC le m³, et les tarifs les plus bas étaient en vigueur dans les communes gérant leur eau en direct.

¹ Pour 120 m³

Les contrats en cours avaient des dates d'échéance différentes, et seraient, pour certains d'entre eux, devenus caducs le 3 février 2015, en application de la jurisprudence « *Commune d'Olivet* » du Conseil d'Etat, du fait d'une durée excédant vingt ans. MPM ayant pour objectif d'harmoniser et de simplifier l'organisation existante en concluant une délégation unique pour l'eau et en nombre plus restreint pour l'assainissement, certains contrats ont été prorogés jusqu'au 31 décembre 2013 tandis que d'autres ont vu leur résiliation anticipée à cette date, qui correspond à la date d'échéance du contrat dit du Canal de Marseille, principal contrat du périmètre. Des protocoles d'accord ont été conclus pour régler les conditions financières des résiliations anticipées et des prolongations. Ils n'ont pas donné lieu à examen par la chambre dans le cadre de la présente saisine.

A l'échéance ainsi harmonisée des anciens contrats, MPM a choisi de déléguer la gestion du service public de l'eau et de l'assainissement, hors Plan-de-Cuques et Gémenos Village, au moyen de quatre délégations : une pour l'eau, conclue avec la SEM, qui concerne tout le territoire communautaire et trois pour l'assainissement, le territoire étant découpé en trois zones (Centre, Est et Ouest) correspondant aux bassins versants ; les délégations du service public de l'assainissement relatives aux zones Est et Ouest ont été conclues avec la SEM et celle portant sur la zone Centre, qui comprend la ville de Marseille, avec la SERAM. A l'issue de ce renouvellement, seules quatre communes connaissent un changement de délégataire : Saint-Victoret pour l'eau et l'assainissement, Carnoux-en-Provence, Gémenos « zone industrielle », et Septèmes-les-Vallons pour l'assainissement.

III.- SUR L'EXAMEN DU CONTRAT DE DELEGATION DE SERVICE PUBLIC DE L'EAU

Aux termes de l'article R. 1411-6 du CGCT : « *La chambre rend un avis motivé dans lequel elle examine notamment les modalités de passation, l'économie générale de la convention ainsi que son incidence financière sur la situation de la collectivité ou de l'établissement public concerné. Cet avis est notifié au préfet ainsi qu'à la collectivité ou à l'établissement public intéressé. Il est communicable dès qu'a eu lieu la première réunion de l'assemblée délibérante suivant sa réception par la collectivité ou l'établissement public concerné* ».

En l'espèce, le préfet des Bouches du Rhône, qui n'y était d'ailleurs pas juridiquement tenu, n'a pas motivé sa saisine et n'a ainsi mis en avant aucun élément sur lequel il aurait sollicité plus particulièrement l'avis de la chambre. En conséquence, l'examen de la convention a été réalisé sur les trois axes mentionnés dans les dispositions précitées du CGCT.

La chambre souligne cependant que cet examen, non exhaustif, a seulement porté sur les points examinés dans le présent avis. Aucune appréciation ne saurait être déduite du silence de la chambre sur les aspects du contrat n'ayant pas donné lieu à une analyse dans les développements qui suivent.

III.1.- Sur les modalités de passation du contrat de délégation de service public de l'eau

Les étapes à suivre lors d'une procédure de passation d'une convention de délégation de service public, décrites aux articles L. 1411-1 à L. 1411-18 et R. 1411-1 à R. 1411-6 du CGCT, sont les suivantes :

- consultation de la commission consultative des services publics locaux (article L. 1411-4) ;
- consultation du comité technique paritaire le cas échéant (article 33 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984) ;
- délibération de l'assemblée délibérante se prononçant sur le principe de la délégation (article L. 1411-4) ;
- constitution de la commission de délégation de service public, en l'absence de commission permanente au sein de la collectivité (article L. 1411-5) ;
- publicité et recueil des candidatures et des offres, simultanément ou pas (article L. 1411-1) ;
- établissement par la commission de la liste des candidats admis à présenter une offre (article L. 1411-1) ;
- ouverture, examen des offres et avis de la commission sur les offres (article L. 1411-5) ;
- négociation puis choix du délégataire par l'ordonnateur (article L. 1411-5) ;
- délibération de l'assemblée délibérante sur le choix du délégataire (article L. 1411-7) ;
- signature du contrat et notification.

III.1.1.- Sur la procédure consultative et le choix par l'assemblée délibérante de recourir à une délégation de service public

Le principe du recours à une délégation de service public pour l'exploitation du service public de distribution d'eau potable sur le territoire des communes de MPM à l'exception de la commune de Plan de Cuques et de la partie villageoise de la commune de Gémenos, en lot unique pour une durée allant de 10 à 15 ans, a été approuvé, conformément aux dispositions de l'article L. 1411-4 du CGCT, par une délibération du conseil de communauté en date du 8 juillet 2011, au vu d'un rapport de présentation comportant les caractéristiques des prestations qu'il était envisagé de confier au délégataire.

Cette délibération est intervenue après que la commission consultative des services publics locaux s'est prononcée favorablement, dans sa séance du 29 juin 2011, sur le principe du recours à une délégation de service public, conformément à l'article L. 1413-1 du CGCT.

La communauté urbaine a également procédé, en application de l'article 33 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, à la consultation du comité technique paritaire, qui a rendu un avis défavorable sur le principe de la délégation du service public de l'eau (4 voix contre, 2 voix pour, 6 abstentions) lors de sa séance du 5 juillet 2011.

Marseille Provence Métropole a procédé à une seconde consultation de ces deux instances les 18 et 19 juin 2012.

La consultation du directeur départemental des finances publiques prévue à l'article L. 1411-2 du CGCT n'était pas obligatoire en l'espèce, la durée de la délégation étant inférieure à vingt ans. Elle n'a donc pas été réalisée.

La chambre observe, à la lecture des pièces du dossier, que, tant au stade de la décision de principe du recours à une délégation de service public qu'à celui de l'approbation des orientations du cahier des charges, le choix d'une durée de 15 ans pour chacune des DSP n'a pas été justifié par MPM et n'a donné lieu à aucun débat dans les différentes instances concernées.

Ainsi la délibération du 8 juillet 2011 du conseil de communauté se borne à indiquer que la DSP sera d'une durée de dix à quinze ans « *en fonction des investissements qui seront mis à la charge de l'exploitant* ». Si le rapport de présentation de cette délibération souligne que la durée devra tenir compte « *de la nature et de l'étendue des prestations confiées aux cocontractants, conformément aux dispositions définies à l'article 1411-2 du code général des collectivités territoriales* », « *de la durée nécessaire pour la bonne prise en main du service et du retour sur investissement des outils de gestion implantés le cas échéant par l'exploitant* » ainsi que « *de la durée d'amortissement des engagements financiers repris du contrat existant (biens de reprise éventuels)* », aucune discussion n'a eu lieu sur cette question, en particulier sur le nécessaire lien entre la durée de la délégation et le montant des investissements demandés au délégataire et leur durée d'amortissement .

Lors de la séance du 29 juin 2012 approuvant les orientations du cahier des charges, le conseil de communauté s'est prononcé sur une durée de quinze ans, à la lumière de la seule indication suivante : « *la durée retenue et sur la base de laquelle les candidats seront invités à élaborer leur offre est de 15 ans* ». Ainsi, à aucun moment, il n'a été fait clairement état du montant des investissements mis à la charge du futur délégataire, du moment où ces investissements seraient réalisés et de la durée de leur amortissement, en vue de déterminer en conséquence la durée de la délégation.

La chambre constate que le conseil de communauté a donné son accord au principe du recours à une délégation de service public puis aux orientations du cahier des charges sans procéder à aucun débat sur la durée du futur contrat, qui en conditionnait pourtant aussi bien la régularité que l'équilibre économique.

III.1.2.- Sur la publicité et la mise en concurrence

Les avis d'appel public à la concurrence relatifs à la délégation de service public de l'eau ont été adressés par Marseille Provence Métropole à différents supports (*BOAMP, J.O.U.E., Le Moniteur des Travaux publics, La Provence, Hydroplus*, revue spécialisée des métiers de l'eau, n° 211), qui ont procédé à leur publication les 21, 24, 28 août et 5 septembre 2012 ; la date limite de réception des candidatures a été fixée dans ces avis au 15 janvier 2013 à 16 h 30. La communauté urbaine a ainsi respecté l'obligation de double publicité imposée par l'article R. 1411-1 du CGCT ainsi que le délai minimum d'un mois entre la date de l'insertion et celle de présentation des offres.

Les avis d'appel public à la concurrence précisaient les critères de sélection des offres et leur pondération, à savoir les conditions financières proposées : 50 %, la gestion du service et le développement durable : 30 %, le service à l'utilisateur : 8 %, la gouvernance : 6 % et la transparence : 6 %.

Les différents sous-critères associés à chacun des cinq critères ont été de leur côté annoncés par MPM, sans hiérarchie, ni pondération, dans le dossier de consultation adressé aux candidats potentiels qui en ont fait la demande. Si, en agissant ainsi, la communauté urbaine est allée au-delà des exigences fixées par la jurisprudence administrative, qui impose seulement aux personnes publiques d'informer les candidats « *sur les critères de sélection des offres* » et non sur les « *modalités de mise en œuvre de ces critères* », elle s'est en revanche engagée, en affichant ces sous-critères, à respecter les règles qu'elle s'est ainsi elle-même fixées, et en particulier à examiner les offres en fonction de l'ensemble des sous-critères annoncés.

Marseille Provence Métropole a par ailleurs fait le choix d'organiser la procédure avec un mécanisme de dépôt simultané des candidatures et des offres, ces dernières n'étant ouvertes qu'après acceptation des candidatures. Cette manière de procéder est certes régulière, ainsi que cela ressort de la jurisprudence administrative. La chambre estime toutefois qu'elle a fait peser une contrainte financière sur les candidats puisqu'ils devaient présenter une offre par nature coûteuse à élaborer au regard de l'importance de chaque DSP, avant même d'être assurés qu'ils pourraient bien candidater. Ce choix n'est donc pas cohérent avec la volonté affichée par la communauté urbaine de favoriser une concurrence la plus large possible.

Il ressort enfin des pièces du dossier que MPM a décidé de reporter à plusieurs reprises la date limite de dépôt des candidatures et des offres, initialement fixée au 15 janvier 2013 à 16 h 30. Un premier report, au 15 février 2013, a été porté à la connaissance des sept candidats ayant préalablement retiré le dossier de consultation par courriers recommandés avec demande d'avis de réception en date du 7 décembre 2012, alors que ce report aurait dû donner lieu à une nouvelle publication dans les mêmes journaux. Le calendrier le permettait d'ailleurs, contrairement à ce qu'a affirmé MPM à la chambre. L'omission de cette formalité, si elle était analysée comme substantielle, pourrait amener le juge administratif à constater l'irrégularité de la procédure suivie par la communauté urbaine.

Deux reports ultérieurs, au 1^{er} mars puis au 2 avril 2013, ont été portés à la connaissance des candidats selon les mêmes modalités, par courriers des 28 janvier et 15 février 2013. La portée de ces nouveaux manquements apparaît cependant moindre que pour le premier dans la mesure où ils sont intervenus à un moment où le délai initial de dépôt des candidatures était arrivé à son terme.

La communauté urbaine a bien respecté les obligations de publicité auxquelles elle était tenue au stade du lancement de l'appel à concurrence. En revanche, en portant par la suite les éléments nouveaux à la connaissance des seules entreprises ayant retiré un dossier de consultation, en particulier un report de la date limite du dépôt des candidatures et des offres, sans procéder à une nouvelle publicité, MPM a exposé la procédure à un risque de constat d'irrégularité par le juge administratif.

III.1.3.- Sur la commission de délégation de service public

Les six membres de la commission de délégation de service public de Marseille Provence Métropole (le représentant du président et cinq membres de l'assemblée délibérante) ont été élus lors de la séance du conseil de communauté du 28 juin 2008 en application des dispositions de l'article L. 1411-5 du CGCT.

Cette commission s'est réunie à trois reprises dans le cadre de la passation de la DSP de l'eau : pour l'ouverture des candidatures, pour l'établissement de la liste des candidats admis à présenter une offre et l'ouverture des offres et enfin pour donner son avis sur les offres, après convocation de ses membres, du receveur des finances et du représentant du ministre chargé de la concurrence. Pour chacune de ces réunions, la présidence a été assurée par M. Bernardi, représentant du président de MPM, le quorum était atteint et le représentant du service de l'Etat en charge de la concurrence présent.

Lors de la réunion du 3 avril 2013, la commission a procédé à l'enregistrement de deux candidatures : celle de la Société des Eaux de Marseille (SEM), filiale du groupe Véolia et celle du groupement Lyonnaise des Eaux France-Suez environnement.

L'examen des candidatures et l'ouverture des offres ont eu lieu lors de la réunion du 17 avril 2013. Après avoir constaté que les deux dossiers de candidatures étaient complets, après production par le groupement de documents manquants (annexes relatives aux comptes 2009-2010-2011 pour la Lyonnaise, les attestations sociales, bilans et comptes 2009 et les annexes s'y rattachant, chiffre d'affaires des prestations similaires à la gestion de l'eau pour Suez), la commission de délégation de service public, au vu du rapport d'analyse des candidatures établi par les services de MPM, a estimé que les deux candidats, qui attestaient du respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés, présentaient des garanties professionnelles et financières suffisantes pour assurer l'exécution de la délégation et étaient aptes, au regard des « *moyens, références et garanties présentés* », à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers, éléments qui constituent les critères d'admission des candidatures fixés à l'article L. 1411-1 du CGCT. Elle a en conséquence décidé d'admettre ces deux candidats à présenter une offre, avant de procéder à l'ouverture des plis contenant leurs offres. Le procès-verbal indique que chaque candidat a présenté une offre de base complétée par une offre dite variante obligatoire ou télérelève et une offre dite variante tarifaire facultative.

Lors de la réunion du 15 mai 2013, la commission de délégation de service public a décidé de reprendre les conclusions du rapport d'analyse des offres établi par les services de la communauté urbaine, à partir du travail de plusieurs cabinets de consultants, spécialisés dans les domaines juridique, technique et financier, rapport qui comportait un examen détaillé des deux offres globales en fonction des cinq critères pondérés et des sous-critères mentionnés dans le dossier de consultation des entreprises². Il ressort du procès-verbal que la commission a estimé que, de manière générale, les offres des différents candidats étaient de qualité, sous réserve de précisions et compléments à apporter sur une trentaine de points. Elle a en conséquence recommandé au président de Marseille Provence Métropole d'engager les négociations avec les deux candidats.

La commission de délégation de service public a donc formellement tenu les réunions qui s'imposaient pour l'admission des candidatures et l'examen des offres. Toutefois, au regard de l'ampleur des données techniques et financières soumises à l'examen de la commission et des conditions, notamment de durée, dans lesquelles elle s'est réunie, la chambre n'est pas en mesure d'affirmer que la commission de DSP ait joué un rôle autre que formel.

² Critère 1 : Conditions financières (50%) (10 sous-critères)

- 1- Tarification
- 2- Formules de révision
- 3- Intéressement
- 4- Productivité
- 5- Aides personnalisées et contribution au Fond de Solidarité Logement
- 6- Economie du contrat
- 7- Comptabilité
- 8- Inventaire valorisé du patrimoine
- 9- Garanties financières
- 10- Garanties d'assurance

Critère 2 : gestion du service et développement durable (30%) (5 sous-critères)

- 1- Gestion technique-gestion du patrimoine
- 2- Organisation et ressources humaines
- 3- Maîtrise des processus et des risques techniques
- 4- Système d'information
- 5- Environnement et développement durable.

Critère 3 : Service à l'utilisateur (8%) (2 sous-critères)

- 1- Fourniture du service
- 2- Relations avec l'utilisateur

Critère 4 : Gouvernance (6 %) (2 sous-critères)

- 1- Montage institutionnel et financier
- 2- Processus de concertation et de décision

Critère 5 : Transparence (6 %) (2 sous-critères)

1. Accès par la collectivité à l'information technique et financière
2. Moyens propres de la structure juridique dédiée

III.1.4.- Sur les négociations avec les candidats et le choix du délégataire

Le président de MPM a suivi l'avis de la commission de délégation de service public et entamé les négociations avec les deux candidats. A cette fin, il a désigné, par arrêté du 29 mai 2013, les personnes chargées de l'assister « dans le suivi et le déroulement » des discussions « sous sa surveillance et sa responsabilité ». Les négociations ont été formalisées au moyen de questions/réponses écrites, dont le contenu a fait l'objet de discussions au cours de réunions de négociation, dont le fil conducteur était préalablement fixé, qui ont eu lieu les 21 mai, 10 et 18 juin, avant le dépôt d'offres dites « améliorées » le 2 juillet 2013, et le 10 juillet 2013, avant le dépôt des offres finales le 26 juillet 2013.

Par délibération du 31 octobre 2013, le conseil de communauté de Marseille Provence Métropole a approuvé le choix de l'offre de la SEM, le contrat de délégation et ses annexes ainsi que le règlement du service de l'eau. Cette délibération est intervenue sur la base d'un rapport du président de la communauté urbaine explicitant les motifs du choix du délégataire et détaillant l'économie générale du contrat, auquel étaient annexés les procès-verbaux de la commission de délégation de service public des 17 avril et 15 mai 2013 relatifs à la liste des candidats admis et au choix des offres, conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5 du CGCT.

Ce rapport contient une analyse, critère par critère, et sous critère par sous-critère, des deux offres globales finales décomposées en base, variante obligatoire, variante facultative, variante combinée, conformément au règlement de la consultation, avec une synthèse pour chaque critère comportant une appréciation littéraire comparative, sans référence à une note, sur les offres de l'un et l'autre des deux candidats.

Pour connaître le classement global de chacune des offres et identifier celle qui est classée première, il est donc nécessaire de se reporter à un tableau qui détaille pour chaque critère et chaque sous-critère les notes obtenues par chacune des trois offres finales sur une échelle de 0 à 100.

Ce tableau est reproduit partiellement ci-après (seules les notes récapitulatives relatives aux cinq critères sont reproduites ici mais les notes des sous-critères sont bien détaillées dans le tableau figurant dans le rapport du président relatif à la DSP Eau) :

Critères	Pondération	Groupement Lyonnaise Suez Environnement				SEM			
		Offre de base	Offre variante obligatoire (télérelève)	Offre variante facultative (tarifaire)	Offre variante obligatoire & facultative	Offre de base	Offre variante obligatoire (télérelève)	Offre variante facultative (tarifaire)	Offre variante obligatoire & facultative
Conditions financières proposées	50%	42,9	42,1	43,3	42,6	45,9	45,1	45,7	45,4
Gestion du service et développement durable	30%	24,1	24,9	24,1	24,9	24,3	25,0	24,3	25,0
Service à l'utilisateur	8%	6,4	6,6	6,4	6,6	6,6	6,8	6,6	6,8
Gouvernance	6%	4,8	4,8	4,8	4,8	4,7	4,7	4,7	4,7
Transparence	6%	4,9	4,9	4,9	4,9	4,9	4,9	4,9	4,9
Total	100%	83,1	83,3	83,5	83,8	86,4	86,5	86,2	86,8

Il montre que toutes les offres de la SEM ont été classées en première position avec des notes respectives de 86,4/100, 86,5/100, 86,2/100, 86,8/ 100.

Cependant la chambre relève que la grille de notation détaillée relative aux conditions financières fait apparaître que les deux candidats ont obtenu 10/10 au sous-critère financier « Inventaire valorisé du patrimoine » (cf. le tableau ci-dessous), ce qui constitue une aberration dans la mesure où ces inventaires n'existaient pas au moment de l'examen des offres, et dès lors que l'un des candidats était le délégataire sortant.

Conditions financières proposées (pondération 50 %)	Lyonnaine	SEM
Tarification	8,6	9,2
Formules de révision	8,4	9,3
Intéressement	10,0	10,0
Productivité	10,0	10,0
Aides personnalisées et FSL	10,0	8,0
Economie du contrat	8,0	8,5
Comptabilité	10,0	10,0
Inventaire valorisé du Patrimoine	10,0	10,0
Garantie financière	5,5	7,0
Garanties d'assurances	6,0	10,0
Moyenne	8,5	9,1
Moyenne pondérée	42,6	45,4

Toutefois, compte tenu de la pondération des autres critères, ce facteur n'aurait pas pu conduire, à lui seul, à inverser l'ordre des candidats.

Plus globalement, la chambre constate que si, à la différence des rapports transmis à l'assemblée délibérante pour les DSP de l'assainissement, le rapport concernant la DSP de l'eau mentionne les notes obtenues pour chacun des sous-critères, en revanche il ne fait pas ressortir la méthode retenue en interne pour déterminer les notes attribuées aux offres pour chacun des critères avant pondération et notamment le poids respectif donné à chacun des sous-critères des critères principaux, en particulier pour le critère de la valeur financière de l'offre, qui comporte le plus grand nombre de sous-critères et qui a été décisif pour le choix du délégataire.

La chambre constate que le choix de l'assemblée délibérante s'est portée sur la SEM, dont l'offre avait été classée première dans le rapport d'analyse remis aux membres du conseil de communauté. Elle observe cependant que celui-ci s'est prononcé sans avoir été informé sur la méthode retenue pour l'attribution des notes à chaque offre ni sur le poids respectif des sous-critères de notation, et donc sans disposer d'explications lui permettant d'apprécier le classement qui lui était soumis. La chambre estime donc que le choix du délégataire n'a pas été soumis à l'assemblée délibérante dans des conditions de transparence optimales.

III.1.5.- Sur la situation d'une élue impliquée dans l'ensemble du processus qui a abouti à la signature du contrat de DSP

Aux termes de l'article L. 2131-11 du CGCT, applicable aux EPCI en vertu de l'article L. 5211-1 du même code, « *sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires* ».

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de définir la notion de « conseiller intéressé à l'affaire » au sens de ces dispositions, notion qui suppose que deux conditions cumulatives soient remplies³ :

- l'existence d'un intérêt à titre personnel ou comme mandataire d'une personne morale à l'affaire⁴, cet intérêt se définissant par le fait qu'il est distinct de celui « de la généralité des habitants » ;
- l'influence effective de la participation sur le vote.

Une élue communautaire, active dans l'ensemble du processus décisionnel ayant abouti à la signature du contrat de DSP, pourrait être considérée comme entrant dans le cadre de ces dispositions. Cette élue, par ailleurs adjointe au maire de Marseille, occupe à MPM le poste de présidente déléguée de la commission dénommée « une agglomération éco-responsable » (dite commission AGER), compétente pour les dossiers liés aux problématiques du recyclage des déchets, de l'eau et de l'assainissement.

Au titre de ses fonctions de conseillère communautaire et en qualité de présidente de la commission AGER, cette élue a pris part :

- à la délibération se prononçant sur le principe même d'une DSP de l'eau (délibération AGER 001-391/11/CC du 8 juillet 2011) ;
- à la délibération approuvant les orientations du cahier des charges de la DSP de l'eau (qui, notamment, a fixé la durée de la DSP à 15 ans sans explication circonstanciée) ;
- à la délibération approuvant le choix final du délégataire (délibération AGER 001-607/13/CC), à savoir la SEM.

Sa participation ne s'est pas limitée au vote de ces délibérations puisqu'en sa qualité de présidente de la commission AGER, c'est elle qui a présenté les rapports soumis à l'assemblée, sur le fondement desquels ont été adoptées lesdites délibérations. Chacune d'entre elles porte ainsi la mention : « *Pour présentation, la Présidente Déléguée de la Commission une agglomération éco-responsable* ».

L'intéressée a donc eu une influence active sur l'adoption par le conseil de communauté des délibérations précitées, y compris sur le choix du délégataire finalement retenu, du fait de sa participation au vote, de l'animation de la commission AGER et de son rôle de rapporteur desdites délibérations.

³ Voir récemment CE, 26 octobre 2012, Dépt du Haut-Rhin, n° 351801, aux Tables.

⁴ Voir CE, Sect., 16 décembre 1994, n° 145370, Commune d'Oullins c/Association Léo Lagrange Jeunesse et *tourisme* (Rec. p. 559 ; CE, 9 juillet 2003, n° 248344 Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Champagne-Bourgogne, aux Tables.

Son influence dans le processus qui a abouti au choix du délégataire a été renforcée par sa participation au comité chargé d'assister le président dans les négociations avec les candidats, au sein duquel elle a été désignée par arrêté n°13/150/CC du président de MPM en date du 15 mai 2013. En effet, ce comité, qui ne comprenait que six membres, dont seulement trois élus de MPM, désigné pour accompagner le président dans les négociations et le choix final, a eu une influence certaine dans le processus de sélection du délégataire. Il s'est réuni à plusieurs reprises avec les candidats et a négocié avec eux des modifications successives et parfois substantielles de leurs offres, avant qu'intervienne le choix final sur les bases issues de ces négociations. En participant aux travaux de ce comité, l'élue a donc eu accès à toutes les informations qui permettaient de suivre l'évolution du contenu des offres, processus qui s'est terminé par la présentation par la SEM d'une offre finale proposant une baisse de prix significative par rapport à son offre initiale, ce qui lui a permis d'emporter le contrat.

Par ailleurs, s'agissant de la condition tirée de l'intérêt à l'affaire, l'élue concernée entretient avec l'une des entreprises candidates, en l'occurrence la Société des eaux de Marseille, des relations qui, sans être directes (l'élue n'est ni actionnaire ni salariée de ladite société), pourraient être considérées comme constitutives d'une situation d'interférence de nature à créer un intérêt distinct de celui de la généralité des habitants de MPM. Il en va notamment ainsi du fait des fonctions que cette élue exerce au sein du « *Conseil Mondial de l'Eau* », association qui a son siège à Marseille et dont M. Loïc Fauchon (président de la SEM et signataire de la DSP), aujourd'hui président d'honneur, fut le président de 2005 à 2012 : cette conseillère communautaire est en effet très active au sein de cette association, dont elle a d'ailleurs été nommée trésorière en novembre 2012, et suppléait antérieurement le maire de Marseille au sein du conseil des gouverneurs.

Du fait de ces liens, la prudence aurait dû conduire cette élue à s'abstenir de prendre part au processus ayant abouti à la décision d'attribuer la DSP de l'eau à la SEM, en particulier de participer aux travaux du comité de négociation, eu égard aux informations auxquelles cette participation lui donnait accès et au rôle décisif joué par cette instance dans l'attribution du contrat à la SEM.

La chambre estime qu'il existe un risque d'annulation des délibérations auxquelles a pris part une élue du conseil de communauté. Sa participation active à l'ensemble des phases du processus décisionnel ayant abouti au choix de la SEM, d'une part, et les liens qu'elle a avec le PDG de la société lauréate, au travers de l'association Conseil Mondial de l'Eau, d'autre part, pourraient en effet conduire le juge administratif à la considérer comme un conseiller intéressé au sens du CGCT.

III.2.- Sur l'économie générale du contrat de délégation de service public

La chambre rappelle que son examen n'a porté que sur les points qui font l'objet des développements ci-dessous.

III.2.1.- Sur les conséquences des négociations sur l'équilibre général du contrat

Le contrat de DSP de l'eau signé entre MPM et le délégataire est construit sur des hypothèses (nombre d'abonnés, volumes vendus, risque d'impayés) qui ont fortement évolué entre l'exécution des anciennes DSP et les paramètres de la nouvelle, ainsi qu'entre l'offre initiale et l'offre finale du candidat retenu. Certaines hypothèses finalement retenues apparaissent discutables.

Ainsi, le total des volumes vendus (volumes facturés nets) pris en compte en 2014 dans le compte d'exploitation prévisionnel (CEP) de l'offre finale du délégataire s'élève à 108 256 138 m³, en baisse de 17,7 % par rapport aux chiffres de 2012 figurant dans les rapports du délégataire⁵ et aux chiffres de 2011 annexés au règlement de la consultation.

L'ampleur de cette baisse (de l'ordre de 23 millions de m³ environ) confère une marge de sécurité confortable pour le délégataire, et minore artificiellement, si les volumes vendus devaient finalement excéder cette prévision très prudente, la profitabilité du contrat.

Par ailleurs, à partir de ce niveau initial déjà excessivement sous-évalué par rapport aux chiffres disponibles sur les exercices récents, le CEP prévoit la poursuite d'une baisse des volumes vendus totaux, lesquels passeraient de 108 256 138 m³ en 2014 à 103 339 899 m³ en 2028 [vérifier], soit une

⁵ Lequel s'élevait à 131 599 184 m³ en 2012 sur le même périmètre.

baisse annuelle moyenne de 0,33 % au global, mais bien plus importante si on la rapporte par abonné, le nombre d'abonnés continuant d'augmenter sur la période.

Cette hypothèse générique du contrat a donc conduit la chambre à analyser en détail le CEP au regard de son évolution entre l'offre initiale de base de la SEM et l'offre finale retenue à l'issue de la négociation.

Les principales évolutions sont résumées dans le tableau ci-dessous :

	Offre de Base	Offre Finale
Prix au m ³ tout tarif confondu	1,0368 €	0,9216 €
Prix au m³ pour l'utilisateur	1,6470 €	1,3600 €
Révision annuelle moyenne des prix	2,39%	2,44%
Chiffre d'affaires propres résultant de la vente d'eau (*)	1 430 898	1 429 315
Travaux de renouvellement K€ (*)	401 295	362 840
Charges directes d'exploitation K€ (hors Renouvellement) (*)	1 052 725	1 038 035
Créances irrécouvrables K€ (*)	15 471	29 941
Travaux neufs K€ (*)	17 421	39 737
dont Tuilage K€	5 754	4 555
Taux de marge	4,84%	4,89%
* Cumul 2014-2028 en € constants		

En l'espèce, la négociation a permis d'aboutir :

- à une baisse moyenne du prix de l'eau, tous tarifs confondus de 11,1 %, et de 17,4 % pour ce qui est du tarif à l'utilisateur ;
- à une augmentation des travaux neufs, en hausse de 22,3 M€⁶ ;
- à une diminution apparente des frais de tuilage⁷.

Ces évolutions relativement favorables pour l'utilisateur et MPM dans ces domaines précis sont contrebalancées par d'autres évolutions défavorables cette fois, qui viennent nuancer, relativiser voire hypothéquer le bénéfice de la négociation attendu par le délégant :

- une baisse des travaux de renouvellement d'un niveau conséquent (38,5 M€) ;
- un quasi-maintien du chiffre d'affaires correspondant aux « ventes d'eau » en dépit d'une baisse de prix ; ce maintien du chiffre d'affaires ne peut s'expliquer que par une augmentation conséquente des volumes vendus pourtant peu crédible dans un secteur d'activité où l'élasticité prix est par nature assez faible ;
- un quasi doublement des créances dites irrécouvrables en dépit de la mise en place contractuelle d'un fonds de solidarité au titre des aides personnalisées et de la contribution du service au dispositif du Fond de Solidarité Logement et malgré une baisse des tarifs à l'utilisateur ; ce doublement lui aussi peu crédible pèse sur les charges et réduit artificiellement le taux de marge ;
- un accroissement du taux de marge (bénéfice/chiffres d'affaires) alors que lors de la négociation ultime du 10 juillet le président de MPM a déploré que « *la rentabilité affichée reste excessivement élevée, et de surcroît en augmentation entre l'offre initiale et l'offre améliorée* » et estimé que « *Les niveaux constatés [étaient] inacceptables* » ; ce niveau de rentabilité jugé inacceptable au cours de la négociation a pourtant finalement été accepté à un niveau encore plus élevé⁸.

Par ailleurs, au vu de l'annexe 71A5 du contrat, qui présente le tableau de flux de trésorerie de la société dédiée à la mise en œuvre de la convention, la chambre constate que sur l'ensemble de la

⁶ En creux, l'hypothèse initiale des investissements vient fragiliser la durée de 15 ans, laquelle est elliptiquement justifiée par le niveau de ces investissements, somme toute relativement modeste, y compris dans leur niveau final, surtout en comparaison avec le projet de PPI transmis par MPM qui lui s'élève à 116,7 M€ pour une durée inférieure à celle de la DSP.

⁷ Baisse qu'il convient toutefois de relativiser (cf. les observations figurant *infra*, au point III.2.4., sur les frais de tuilage).

⁸ La chambre a calculé que sur la base du taux « d'irrécouvrabilité » figurant dans l'offre de base du délégataire, le taux de marge nette (bénéfice après impôt/chiffres d'affaires) ressort à 5,5 % et le TRI (taux de rentabilité interne) à 11,2 % (10 % en reprenant les chiffres de la SEM). Le TRI est un outil de décision à l'investissement. Il mesure la rentabilité d'un projet d'investissement au regard des flux de trésorerie (encaissements, décaissements) qu'il génère. Ce taux est à comparer au taux d'intérêt moyen du marché financier.

période, l'exploitation du service de l'eau potable dégage un autofinancement net cumulé de 119 M€, dont 39,7 M€ sont destinés au délégant et 72,7 M€ directement au délégataire.

La chambre considère que MPM n'a pas utilisé toutes ses marges de négociation. Celles-ci auraient notamment pu être mises au service d'une diminution des tarifs du délégataire plus forte que celle obtenue ou de l'exigence que celui-ci réalise davantage de travaux neufs. A défaut, il appartenait à MPM de revoir à la baisse la durée de la délégation dès lors que le contrat assurait au délégataire un niveau de rentabilité raisonnable. La chambre constate que le résultat de la négociation est très favorable aux intérêts du délégataire.

III.2.2.- Sur les conditions générales du contrat pour le délégataire et son exposition aux risques du marché

Les conditions du contrat ont été établies sur la base d'un résultat annuel avant impôt moyen évalué par le compte d'exploitation prévisionnel à 9 259 495 €, correspondant à une moyenne annuelle de 186 020 116 € de produits et de 175 794 118 € de charges. L'examen des conditions générales du contrat pour le délégataire, et notamment son exposition aux aléas du marché, suppose de prendre la mesure d'un double risque : celui d'une estimation erronée des produits et des charges.

- **En ce qui concerne l'estimation des produits d'exploitation attendus**

Comme indiqué plus haut, le total des volumes vendus (volumes facturés nets) pris en compte en 2014 dans le CEP de l'offre finale du délégataire s'élève à 108 256 138 m³, en baisse de 17,7 % par rapport aux chiffres de 2012 figurant dans les rapports du délégataire⁹. La baisse tendancielle de la consommation observée ces dernières années ne permet pas d'anticiper raisonnablement une baisse aussi importante sur une période si courte. En effet, si une diminution de la consommation est effectivement observée entre 2008 et 2011, celle-ci se fait sur un rythme annuel d'environ 1,6 %.

⁹ Lequel s'élevait à 131 599 184 m³ en 2012 sur le même périmètre.

Ainsi que cela a également été souligné précédemment, l'hypothèse de départ des volumes vendus est particulièrement basse et peu réaliste par rapport aux volumes vendus précédemment (de l'ordre de -23 millions de m³ environ). Cette minoration favorise la SEM, soit en lui créant une marge de sécurité ultérieure par rapport à une baisse continue de la consommation, soit en la faisant bénéficier d'un « bonus » unilatéral dans le cas fort probable où le total des volumes vendus excéderait ses prévisions.

Cette sous-estimation des volumes pour 2014 avait d'ailleurs été signalée par MPM à l'examen de l'offre initiale des candidats, qui les évaluait à un peu moins de 100 millions de m³. Leur fixation à 108 millions de m³ dans l'offre finale traduit une réévaluation à la marge de ces volumes.

Par ailleurs, à partir de ce niveau initial excessivement prudent, le compte d'exploitation prévisionnel (CEP) prévoit la poursuite d'une baisse des volumes vendus totaux, malgré une légère augmentation du nombre d'abonnés sur la période. En effet, comme indiqué plus haut, le total des volumes annuels vendus¹⁰ passerait de 108 256 138 m³ en 2014 à 103 339 899 m³ en 2028, soit une baisse annuelle moyenne de 0,33 % des volumes vendus. Pour se vérifier, cette baisse des volumes doit donc s'accompagner de mesures d'économie d'eau conséquentes de la part des usagers, alors qu'aucune de ces mesures d'économie n'incombe au délégataire au titre du contrat.

L'hypothèse d'une baisse continue et linéaire de la consommation d'eau, qui apparaît également à l'examen du CEP, ne semble pas non plus réaliste. En effet, l'adoption d'une attitude éco-responsable et l'acquisition d'appareils économes en eau par les usagers conduiraient plutôt à une baisse en forme de paliers et asymptotique sur le long terme : l'efficacité des appareils en termes de moindre consommation d'eau touche déjà certaines limites¹¹ et l'évolution des habitudes de consommation ne permettent pas d'espérer une réduction linéaire des volumes utilisés.

Enfin, d'après le CEP annexé au contrat, la baisse de la consommation d'eau se ferait dans les mêmes proportions pour les deux tranches de consommation (en-deçà et au-delà de 15 m³), ce qui n'est pas logique.

Par ailleurs, le produit des abonnements nouveaux (« vrais » nouveaux et nouveaux liés à l'individualisation des compteurs) vient compenser partiellement la baisse des volumes du fait de l'individualisation des compteurs, qui contribue à augmenter les recettes au titre de l'abonnement, or cette hypothèse est, elle aussi, très prudente. En effet, si, comme cela est par ailleurs prévu par le contrat, le taux d'individualisation des compteurs progresse fortement, les recettes afférentes devraient progresser plus que celles figurant dans le CEP¹².

En conclusion, la chambre observe :

- Une absence totale de risque lié à des pertes de marché, du fait de l'exclusivité dont bénéficie le délégataire (article 3.5) ;
- Une appréciation de l'évolution du nombre d'abonnés très prudente ;
- Un risque de baisse de la consommation projeté très faible du fait d'une hypothèse initiale retenue particulièrement basse et d'une évolution à la baisse très pessimiste ;
- Un risque résiduel atténué encore par les formules de révisions des conditions financières prévues par le contrat (article 90).

¹⁰ Cf. Annexe 71A1 du Contrat.

¹¹ Par ailleurs, il peut paraître paradoxal de prévoir qu'une clientèle pour laquelle 30 M€ de créances irrécouvrables et 15 M€ de fonds de soutien pour usagers impécunieux sont prévus s'équipent rapidement en appareils économes en eau, plus chers à l'achat que des appareils moins performants.

¹² Il n'est pas rare à Marseille que le compteur d'un abonné desserve en réalité plusieurs logements.

- **En ce qui concerne l'estimation des charges d'exploitation attendues**

Les principaux risques auxquels pourrait se trouver confronter le délégataire en ce qui concerne ses charges d'exploitation sont de deux ordres.

Le premier serait une forte augmentation des coûts de production. La chambre relève cependant que le contrat comprend, dans son article 80, des formules de révision qui répercutent la moitié de ces coûts dans les tarifs du délégataire. Le délégataire est donc « assuré » pour près de 50 % de ses charges prévisionnelles contre une hausse imprévue de celles-ci.

Les charges qui ne sont pas prises en compte au titre de ces formules de révision sont les autres impôts et taxes, ainsi que les dotations aux amortissements et aux provisions. Ces deux postes représentent 72 389 598 €, soit 45,2 % des charges (pour l'eau potable). Le risque lié à ces charges est donc limité, dans ces proportions, d'autant qu'aux termes de l'article 90.9, la clause de révision tarifaire pourra être activée en cas d'évolution à la hausse des impôts existants « *ou si une nouvelle taxe, un nouvel impôt ou une nouvelle redevance entraîne une charge substantielle supplémentaire* ». Ainsi, le seul risque théorique résiduel auquel le délégataire s'expose réellement est celui des amortissements et des provisions, sur lesquels sa maîtrise est grande.

Dans ces conditions, la seule mauvaise surprise peut consister dans une pondération démesurément inadaptée des coefficients retenus pour les différentes charges prises en compte dans la révision des tarifs : telle charge augmenterait considérablement plus que prévu par rapport aux autres, si bien que son coefficient deviendrait sous-évalué, avec des conséquences négatives sur les marges du délégataire. Une telle occurrence suppose cependant une forte volatilité des indices d'indexation retenus, démentie par leur évolution passée¹³. Sa probabilité est donc particulièrement faible. En outre, si tel était le cas, l'article 90 du contrat prévoit une clause de révision des conditions tarifaires qui pourrait être activée.

Le second risque serait que le nombre de débiteurs défaillants dépasse significativement les prévisions. Or, le CEP mentionne une somme moyenne de près de 2 millions d'euros par an pour faire face à d'éventuelles pertes sur créances irrécouvrables, soit 29 941 152 € au total sur la durée de la délégation. Ils représentent 2,24 % du produit attendu pour la vente d'eau aux abonnés, ce qui constitue une évolution substantielle par rapport aux impayés constatés sur les exercices précédents. En effet, le taux de créances irrécouvrables pour les abonnés à l'eau ressort à 0,36 % du produit des ventes d'eau en moyenne annuelle sur la période 2007-2011. Par ailleurs, le délégataire proposait de fixer ce taux à 1,1 % dans son offre initiale. Enfin, il apparaît paradoxal que cette hausse sensible du taux d'impayés s'envisage parallèlement à la dotation d'un fonds de solidarité à hauteur d'un million annuel prévu à l'article 92.5.2 du contrat au titre des aides personnalisées et de la contribution du service au dispositif du Fond de Solidarité Logement. Les 15 M€ de dotation du fonds viennent donc s'ajouter aux 30 M€ déjà prévus au titre des créances irrécouvrables pour assurer au délégataire le paiement de leurs factures par les abonnés. Dans son offre finale, LDE-Suez proposait pour sa part un montant de créances irrécouvrables de 11,5 M€ soit 2,6 fois moins que la SEM, pour une dotation FSL comparable.

¹³ Selon l'INSEE, l'indice IHCT-assainissement (coût du travail), affecté du plus fort coefficient, n'a augmenté que de 8,1 % entre décembre 2008 et janvier 2014.

La SEM apparaît donc particulièrement couverte par rapport au risque d'impayé.

Il résulte de cet ensemble d'éléments que le délégataire n'encourt pas de véritable risque de voir ses charges d'exploitation réelles dépasser le niveau des charges prévisionnelles.

La chambre considère donc que l'économie générale du contrat est très favorable aux intérêts du délégataire, lequel n'encourt pas de risque réel d'exploitation. Elle relève par ailleurs que les produits attendus au titre de la redevance ont, compte tenu des hypothèses initiales retenues et de leur évolution au fil du temps, été probablement sous-estimés. A l'inverse, les charges d'exploitation ont été surévaluées, notamment du fait de la très forte progression du niveau des créances irrécouvrables.

III.2.3.- Sur le niveau de la redevance d'eau acquittée par l'utilisateur

Le prix de l'eau se compose d'une « part délégataire », qui représente sa rémunération en contrepartie de ses obligations contractuelles, d'une « part communautaire » ou « part collectivité », improprement appelée « surtaxe » qui sert à financer les investissements à la charge de la collectivité, ainsi que des taxes (TVA) et redevances obligatoires perçues pour le compte de divers organismes (agence de l'eau et voies navigables de France).

La perception par le délégataire d'une redevance d'eau potable est prévue par l'article L. 2224-12-3 du code général des collectivités territoriales qui énonce que cette redevance doit couvrir « *les charges consécutives aux investissements, au fonctionnement et aux renouvellements nécessaires à la fourniture des services, ainsi que les charges et les impositions de toute nature afférentes à leur exécution* ».

– Les éléments constitutifs du prix de l'eau

Le tarif de l'eau dépend de nombreux paramètres (notamment de la qualité de l'eau, de ses modalités de distribution, de ses usages spécifiques). Une grille tarifaire complète est annexée au contrat (annexe 64). Cette complexité des composantes de la tarification est inhérente au service de l'eau. La chambre observe toutefois que la nouvelle grille tarifaire est à la fois plus lisible que celles qui existaient dans les DSP précédentes, qu'elle est unifiée sur le territoire couvert par la nouvelle DSP, et qu'elle met à fin à la gratuité pour certains usages et usagers de l'eau qui était irrégulière depuis l'entrée en vigueur de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques du 30 décembre 2006.

Le tarif délégataire se compose d'un abonnement annuel (fonction du diamètre du compteur) et d'un prix au m³ consommé.

La SEM propose une tarification progressive, avec deux tranches de consommation semestrielles, la première de 0 à 15 m³ au prix de 0,5150 €/m³ et la seconde au-delà de 15 m³ avec un prix de 1,5150 €/m³. L'existence de ces deux tranches ne saurait toutefois suffire à qualifier cette tarification de « sociale » comme le présente la collectivité dans ses documents de travail et ses délibérations.

En effet, une véritable tarification sociale aurait nécessité plus de tranches de consommation, avec une plus grande progressivité du prix, voire, ainsi que le permet la loi dite Brottes¹⁴, « une première tranche de consommation gratuite » ou « la définition de tarifs tenant compte de la composition ou des revenus du foyer ».

De même, le tarif « *immeubles collectifs à usage d'habitation* » est strictement identique à celui du « *tarif général au compteur* », étant donné que l'abonnement est calculé par logement. Les immeubles collectifs à usage d'habitation ne bénéficient donc pas d'un tarif préférentiel et ce tarif ne peut donc pas, lui non plus, être qualifié de « *social* ».

– *Éléments d'analyse rétrospective*

L'étude de l'évolution des tarifs du délégataire et leur comparaison entre les anciennes et la nouvelle DSP a été réalisée par la chambre sur le périmètre de l'ancienne DSP dite du « canal de Marseille » (Marseille, Allauch, Septèmes-les-Vallons), qui représente plus de 90 % des volumes d'eau vendus sur l'ensemble du territoire de MPM. Les tarifs sont exprimés en euros hors taxes, pour une facture-type de 120 m³ au tarif T1 (eau potable, tarif général au compteur).

L'évolution des tarifs du délégataire entre 2006 et 2013 n'est pas linéaire, avec des hausses soutenues entre 2006 et 2009, une baisse au 1^{er} janvier 2011, quelques mois avant le vote par l'assemblée délibérante du principe d'une DSP pour l'eau, et une reprise à la hausse entre 2011 et 2013. En 2013, deux hausses se sont ainsi succédé, portant la progression des tarifs délégataires à 5,64 % sur un seul exercice. Le dynamisme des tarifs délégataires lors du dernier exercice du contrat « Canal de Marseille » vient donc nuancer l'ampleur de la baisse constatée l'année suivante au titre de la nouvelle DSP. En effet, une hausse soutenue, à deux reprises au cours du dernier exercice de l'ancienne DSP, contribue artificiellement à majorer la baisse ultérieure, qui aurait été moindre sans ce dynamisme.

Au total, entre 2006 et 2013, ultime année du contrat du canal de Marseille, les tarifs du délégataire ont progressé de 18,04 % (cf. annexe A au présent avis), d'une façon assez erratique, mais qui a été validée par le délégant. La première baisse des tarifs est intervenue au moment où la réflexion sur le mode de gestion de l'eau a été lancée, au 1^{er} janvier 2011. Toutefois, deux ans après cette baisse, au 1^{er} janvier 2013, les tarifs délégataires avaient dépassé leur niveau du 1^{er} janvier 2010.

– *Les conséquences immédiates de la nouvelle DSP sur les tarifs*

La nouvelle DSP conduit à une baisse du tarif délégataire de 21,2 %, en deux temps, entre le tarif du 2^{ème} semestre 2013 et celui qui entrera en vigueur au 1^{er} juillet 2014.

Une partie de cette baisse du tarif délégataire sur le prix est toutefois obérée par le quasi triplement de la part collectivité à compter du 1^{er} juillet 2014. En effet, la délibération AGER 001-804/13/CC du 13 décembre 2013 a porté la part collectivité de 0,0488 € par m³ consommé à compter du 1^{er} janvier 2014 pour la majorité des usagers¹⁵, à 0,1541 € de façon uniforme pour tous les usagers à compter du 1^{er} juillet 2014.

Dès lors, la baisse du prix HT total du m³ d'eau (part délégataire + part collectivité) est ramenée à 16,79 % entre fin 2013 et le 1^{er} juillet 2014 (cf. annexe A au présent avis), soit sensiblement moins que l'objectif annoncé de 20 % de baisse¹⁶.

Les tarifs du délégataire sont par ailleurs soumis à une formule de révision annuelle. Même si les index de cette formule répondent au cahier des charges, sont classiques et cohérents, et sont affectés de coefficients qui reflètent assez fidèlement la structure des charges, force est de constater qu'elle a pour effet de conduire à une augmentation annuelle moyenne (et quasi-linéaire) des tarifs du délégataire de 2,44 % sur la durée de la DSP. Ainsi, à la fin de la délégation, le tarif délégataire sera-

¹⁴ Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes

¹⁵ Durant la période dite de tuilage, 16 anciens contrats de DSP continuent de coexister sur le territoire communautaire, ce qui explique des parts collectivités différenciées. Par ailleurs, un système de lissage est prévu pour arriver à des tarifs identiques sur le territoire de MPM au 1^{er} janvier 2015.

¹⁶ « *Le tarif de l'eau baissera de 20 %* » M. Eugène Caselli, président de MPM, cité par *La Gazette des communes* (31/10/2013).

t-il passé de 1,36 € à 1,91 €, soit près de 40,4 % d'augmentation en 15 ans, du seul fait de l'application de cette formule de révision¹⁷.

Les gains de productivité, attendus par la maîtrise croissante du service par le délégataire (article 87.1.7 du contrat) sont estimés à 0,20 % par an et sont neutralisés pour les trois premiers exercices. Ces gains de productivité apparaissent faibles, au regard notamment de la durée retenue pour la DSP et de la neutralisation initiale de ces gains de productivité, certes prévue dans le cahier des charges, mais difficilement justifiable dès lors que le même délégataire se succède à lui-même. La simulation de l'évolution des tarifs transmise par le délégataire montre d'ailleurs que ces gains de productivité n'affectent qu'à la marge la progression prévisionnelle de ses tarifs. La chambre constate que dans un contrat de DSP comparable passé entre Véolia et le Syndicat des Eaux d'Île de France, ces gains de productivité atteignaient 0,75 % par an.

La collectivité devra donc veiller à ce que le niveau de ces gains de productivité, déjà faibles, soient bien en pratique des valeurs planchers, et non des plafonds.

– *Les perspectives relatives à l'évolution des tarifs à moyen et long terme*

Une idée de l'évolution future des prix HT de l'eau (tarifs délégataire et part collectivité) peut être donnée en retenant comme hypothèse la simulation de l'évolution des tarifs retenue par le délégataire et le niveau de la part collectivité votée pour le 1^{er} juillet 2014, étant entendu que la poursuite de sa progression au cours de la DSP est plus que probable (voir plus loin).

Cette prospective assise sur des hypothèses prudentes, et sans doute basses, permet d'établir que le prix de l'eau au titre de la nouvelle DSP restera jusqu'en 2021 en-deçà du prix maximum atteint au titre de l'ancienne DSP, que les prix de l'eau seront quasi-identiques en 2022 au prix maximum atteint en 2013, et qu'au-delà, le prix de l'eau aura dépassé le maximum atteint en 2013. La baisse réelle du prix au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle DSP, qui doit s'apprécier sur toute la durée de la DSP, n'est donc effective que sur environ la moitié de celle-ci. (cf. annexes B et C au présent avis)

S'agissant de la part collectivité, si aucune orientation n'est précisée sur son évolution future pour l'eau, la chambre constate cependant que, pour l'assainissement, les services de la communauté urbaine avancent l'hypothèse d'une probable « hausse significative » en vue d'équilibrer le budget annexe de l'assainissement. Dès lors, il est à craindre que, y compris pour l'eau, la part collectivité serve de variable de rééquilibrage du budget annexe, si d'aventure celui-ci venait à se dégrader.

¹⁷ Simulation annexée à l'offre finale du délégataire retenu.

Enfin, comme la très grande majorité des abonnés à l'eau sont également des usagers du service de l'assainissement, et même si la facture unique qu'ils reçoivent distingue clairement ce qui est dû au titre de l'eau et de l'assainissement, la baisse du prix de l'eau doit être consolidée avec l'évolution des tarifs de l'assainissement, qui augmentent dans la zone centre.

La chambre note ainsi que pour l'usager « marseillais », dès 2015, la baisse de sa facture ne sera plus que marginale.

Facture TTC Eau + Ass (Allauch Marseille) pour une consommation de 120 m ³		Evolution Par rapport au 1er janvier 2013
2006	2,8349	
2009	3,1694	
2013	3,4621	
2014	3,2897	-4,98%
2015	3,4275	-1,00%

En ce qui concerne les tarifs de l'eau, la chambre relève plus particulièrement les éléments suivants :

- Une baisse dès le 1^{er} janvier 2014 du prix moyen total (part délégataire + part collectivité), de 14,4 % ;
- Un tarif moyen du seul délégataire sur l'ensemble de la zone appelé, par le jeu de la formule de révision et selon les estimations de MPM, à devenir à compter du 1^{er} janvier 2020 supérieur en euros courants à son niveau du 1^{er} janvier 2013 ;
- Une part collectivité qui a varié de manière erratique avant la conclusion de la nouvelle DSP et qui a joué au début de la nouvelle DSP un rôle de variable d'ajustement qui n'aurait pas dû lui être dévolu afin de garantir le même prix final pour tous les usagers en 2014.

III.2.4.- Les frais de tuilage

Le tuilage est défini comme la période nécessaire pour permettre au délégataire de se préparer à la reprise du service et se conformer à l'ensemble de ses obligations. Sa durée est fixée contractuellement à 6 mois. Le cahier des charges prévoyait bien une période de tuilage (article 10), mais sans limite de temps et en montant, ce qui aurait pourtant été de bonne gestion.

La forte évolution du contenu des frais de tuilage au cours de la négociation et le flou sur le périmètre de ce qu'ils recouvrent (les frais financiers du tuilage ont été sortis des coûts de tuilage au cours de la négociation pour réapparaître dans les coûts de transition, qui additionnent coûts de tuilage et frais financiers de tuilage¹⁸) font douter de la pertinence de ce concept, d'autant qu'il n'a pas été exploité ni noté lors de la négociation.

Certaines actions figurent encore dans le planning du tuilage alors qu'elles ont été éliminées de la structure de son coût et qu'elles figurent par ailleurs dans d'autres stipulations du contrat (démarche de certification par exemple).

¹⁸ Cela a donc mécaniquement induit une baisse apparente des frais de tuilage, alors que les « frais de transition » finaux n'ont guère évolué en montant par rapport à la conception initiale des coûts de tuilage (tuilage + frais financiers associés).

Certaines actions et leur chiffrage apparaissent discutables. Ainsi, une information plénière des salariés « juridiquement transférés » de la SEM à la structure juridique dédiée (Eau de Marseille Métropole, filiale à 99,9 % de la SEM et à 0,1 % d'une filiale de la SEM) est prévue, pour un montant de 69 000 €, alors même que cette information plénière se double d'entretiens individuels pour les personnels concernés.

La pertinence d'une période de tuilage et des frais que son existence induit apparaît contestable car ce concept apparaît contre-productif. En effet, si l'objectif était de ne pas pénaliser un nouvel entrant potentiel, le résultat pratique consiste à payer le sortant à hauteur de 6,8 M€ pour se succéder à lui-même. *A minima*, ces frais de tuilage aurait dû être plafonnés, et n'affecter que la première, et non les quinze années de l'exploitation, comme c'est pourtant le cas en l'espèce.

III.2.5.- Sur la durée de la délégation de service public

La chambre rappelle que la fixation de la durée d'une délégation de service public soulève deux séries d'enjeux, respectivement d'ordre juridique et économique.

Sur le plan juridique, l'article L. 1411-2 du CGCT dispose : « *les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre* ».

Dans certains domaines, dont celui de de l'eau potable, les DSP ne peuvent en principe avoir une durée supérieure à vingt ans. Celle-ci correspond à un maximum et l'« *équilibre global* » du contrat peut imposer - et en pratique impose souvent - la conclusion d'une DSP moins longue (arrêt du Conseil d'Etat du 11 août 2009). Selon l'observatoire de la loi Sapin elle est de 12 années en moyenne pour les DSP eau les plus importantes.

Au-delà des exigences du CGCT, le calcul d'une juste durée répond aussi à celles du droit de la commande publique et du droit de la concurrence :

- En ce qui concerne le droit de la commande publique, « *la nécessité d'une remise en concurrence périodique* », expressément énoncée par le code des marchés publics (art. 16), est aussi appliquée aux DSP par le juge administratif, lequel voit dans leur limitation dans le temps un moyen de répondre à « *un impératif d'ordre public qui est de garantir (...) la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation* » (8 avril 2009, « *Commune d'Olivet* ») ;

- En ce qui concerne le droit de la concurrence, l'article L. 420-1 du code de commerce prohibe notamment les conventions faussant ou susceptibles de fausser le jeu de la concurrence sur un marché lorsqu'elles tendent à « *faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse* ». C'est sur la base de cette disposition (qui était alors à l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986) que le Conseil de la concurrence a appelé à la vigilance dans la fixation de la durée des DSP dans un avis du 10 mai 1994 (que l'Autorité de la concurrence a expressément considéré comme étant toujours d'actualité le 16 novembre 2011) : « *Autant il est possible d'admettre des concessions relativement longues (une vingtaine d'années) dès lors que le concessionnaire a l'obligation de réaliser des investissements lourds, autant il est légitime de s'interroger sur la compatibilité avec les règles de l'article 7 de l'ordonnance de contrats d'entretien professionnels avec les collectivités locales d'une durée de dix ans* ».

Sur le plan économique, la durée d'une DSP doit être suffisante pour permettre au titulaire du contrat de réaliser un bénéfice raisonnable (une fois amortis les éventuels investissements mis à sa charge) sans atteindre toutefois une longueur qui menacerait à la fois les intérêts financiers des usagers et la cohérence entre le prix du service délégué et les réalités économiques :

- En ce qui concerne les intérêts des usagers, la chambre rappelle qu'une mise en concurrence périodique est un facteur de baisse des prix. Ainsi, selon une étude publiée récemment sous la responsabilité de la Direction générale de l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques, « *les enquêtes réalisées montrent qu'à l'issue de la remise en concurrence, la part du tarif revenant à*

l'opérateur délégataire baisse en moyenne de 14 % entre 1998 et 2010, au regard du tarif en vigueur dans le précédent contrat (...). L'évolution constatée est similaire pour les services d'eau potable et pour les services d'assainissement collectif»¹⁹. Ce constat d'ordre général se vérifie d'ailleurs avec la présente DSP (cf. graphique en annexe). La chambre relève que la baisse obtenue sur le tarif de l'eau dans la nouvelle DSP s'inscrit dans cette tendance, étant entendu que les prix initiaux avaient connu un dynamisme certain à la veille de l'entrée en vigueur de la nouvelle DSP. Cela plaide donc pour une remise en concurrence aussi fréquente que possible et donc pour une durée raisonnable.

- En ce qui concerne le risque de déconnection entre le prix et les réalités économiques, et même si une formule de révision du prix peut être prévue au contrat (et l'est effectivement en l'espèce), la circulaire du 5 octobre 1987 relative à la détermination des prix initiaux et des prix de règlement dans les marchés publics souligne qu'une longue durée « *tend à figer la situation initiale* », alors que « *la structure du coût d'une prestation varie forcément dans le temps* ». Le risque est alors de voir se distendre le lien initial entre le coût de la prestation et sa tarification et donc se modifier l'équilibre du contrat. Cet inconvénient peut certes être atténué par l'insertion d'une clause de réexamen en cours d'exécution (laquelle est également prévue en l'espèce), mais celle-ci ne préjuge en rien de l'issue de la renégociation ainsi envisagée et ne garantit donc pas le maintien ou le rétablissement de l'équilibre du contrat.

Dans le cas de la présente DSP, plusieurs constats conduisent la chambre à estimer que la durée retenue est manifestement excessive.

Cette conclusion résulte en premier lieu de l'analyse du rapport entre les investissements demandés à la SEM et les produits attendus par celle-ci. Le total des premiers est en effet estimé par le compte d'exploitation prévisionnel à 39,7 M€²⁰. Rapportés au total des produits attendus sur la durée de délégation, soit 2,3 Md€, ces montants semblent bien modiques : ils n'en représentent que 1,7 %.

Par ailleurs, comme l'a déjà relevé la chambre lors de son analyse des conditions de passation du contrat, il est manifeste que, tant dans le cadre de sa réflexion sur le principe d'un recours à une DSP que dans le cadre de la négociation, MPM ne s'est pas inscrite dans la logique d'un lien entre la durée de la DSP et l'économie du contrat :

- Dès sa délibération du 8 juillet 2011, le principe est acté par le conseil de communauté que, comme les trois autres DSP de l'assainissement, la DSP Eau sera d'une durée de dix à quinze ans « *en fonction des investissements qui seront mis à la charge de l'exploitant* ». Le rapport de présentation de cette délibération souligne certes que la durée devra tenir compte « *de la nature et de l'étendue des prestations confiées aux cocontractants, conformément aux dispositions définies à l'article 1411-2 du CGCT* » (dont la rédaction n'est pas rappelée) ainsi que « *de la durée d'amortissement des engagements financiers repris du contrat existant (biens de reprise éventuels)* » mais l'accent n'est jamais mis sur l'amortissement des investissements dans leur ensemble, et ces investissements jamais précisés, même dans une fourchette de montants approximatifs. MPM est partie du principe que la DSP ne serait pas d'une durée inférieure à dix ans alors même que rien ne justifiait un tel plancher et qu'au contraire, comme rappelé ci-dessus, l'Autorité de la concurrence invite clairement à « *s'interroger* » sur la compatibilité d'une telle durée avec l'article L. 420-1 du code de commerce ;

- Dans sa délibération du 29 juin 2012, approuvant les orientations du cahier des charges, le conseil de communauté s'est prononcé sur une durée de quinze ans à la lumière de la seule indication suivante : « *la durée retenue et sur la base de laquelle les candidats seront invités à élaborer leur offre est de 15 ans* » ;

- Par la suite, cette durée n'a jamais été remise en cause alors même que les conditions d'équilibre du contrat ont été modifiées en faveur du délégataire, avec notamment la suppression d'une redevance annuelle pour frais de gestion et de contrôle envisagée dans le cahier des charges

¹⁹ Portail de l'eau Eaufrance, synthèse n° 9 : « Les contrats de délégation de service public d'eau potable et d'assainissement entre 1998 et 2010 » (septembre 2013).

²⁰ Les investissements sont prévus par deux stipulations :

- l'article 54, qui pose le principe de travaux neufs à réaliser par le délégataire, en sus de travaux d'entretien ou de renouvellement. Leur contenu fait l'objet d'une annexe 48 au contrat qui en précise la nature et leur programmation prévisionnelle ;
- L'article 68, qui pose leur modalité de financement précisé en annexe 72 du contrat.

initial²¹ et la hausse du plafond des frais de siège, qui sont passés de 0,5 % des charges à 2 % du chiffre d'affaires hors comptes de tiers, et donc une négociation qui a abouti à une profitabilité supérieure avec un taux de marge nette (bénéfice sur chiffre d'affaires) en augmentation.

- La chambre souligne donc que la durée finalement retenue de 15 ans confère manifestement au délégataire un bénéfice excessif. Cette profitabilité a d'ailleurs été dénoncée par le président de MPM au cours des négociations. En effet, la Chambre rappelle que dans une note préparatoire à la négociation ultime du 10 juillet 2013 celui-ci écrivait : « *La rentabilité affichée reste excessivement élevée, et de surcroît en augmentation entre l'offre initiale et l'offre améliorée ! Les niveaux constatés sont inacceptables* ». Ce sont ces niveaux jugés « *inacceptables* » qui ont pourtant été acceptés.

- La chambre a par ailleurs relevé *supra* que le compte d'exploitation du délégataire retenu a été bâti sur des hypothèses contestables en matière notamment de volumes d'eau vendus et de prévention du risque (impayés)²² visant à minimiser la profitabilité du contrat.

- Enfin, la chambre observe que le contrat de DSP conclu entre le Syndicat des Eaux d'Ile-de-France et Véolia, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, court sur une durée de 12 années, soit trois de moins qu'à Marseille, pour un volume d'investissements de 80 M €²³.

²¹ Cette suppression est intervenue après que la DGCCRF a fait observer à MPM, en février 2013, qu'elle pouvait s'assimiler à un droit d'entrée.

²² Comme indiqué plus haut, le CEP mentionne une somme moyenne de près de 2 millions d'euros par an, soit 30 M€ sur la durée du contrat pour faire face à d'éventuelles pertes sur créances irrécouvrables. Dans son offre finale, le concurrent proposait un montant de créances irrécouvrables à hauteur de 11,5 M€ soit 2,6 fois moins, pour un fonds FSL/Oudin comparable.

²³ L'offre de base portait même sur une durée de 10 ans, la durée 12 ans résulte d'une variante ayant permis une baisse de 2 centimes au m³.

Le fait que la collectivité n'ait pas pris en considération les liens entre la durée de l'amortissement et celle de la DSP constitue un manquement au regard de l'article L. 1411-2 du CGCT, qui renvoie clairement, pour déterminer la durée d'une DSP, à « la durée normale d'amortissement des installations »²⁴.

La chambre estime donc manifestement excessive la longueur retenue pour la présente DSP. Sa fixation à quinze années appelle de sérieuses réserves tant sur le plan juridique que sur celui de l'économie du contrat, dont elle accentue le déséquilibre au profit du délégataire et aux dépens de la collectivité et de l'utilisateur. La chambre observe par ailleurs qu'en alignant la durée de la DSP de l'eau sur celle de l'assainissement de la zone Centre, qui s'en distingue pourtant par l'existence d'un important îlot concessif qui ne se retrouve pas en l'espèce, MPM n'a pas cherché à retenir la durée la plus adaptée au contrat de l'eau.

III.2.6.- Sur le niveau des frais de siège (article 99)

Le montant des frais de siège que le délégataire est autorisé à facturer à MPM ou à prendre en charge sur le contrat de délégation est plafonné à 2 % des charges d'exploitation. Ce plafond est quatre fois supérieur à celui proposé dans le cahier des charges initial.

La volonté de plafonnement initiale de ces frais de siège à 0,5 % ressortait d'un audit diligenté par MPM²⁵, lequel était très critique sur le niveau de ces frais de siège, puisqu'il soulignait notamment à propos de la répartition des frais de structure les points suivants :

«Les charges de la Direction Générale et des locaux et assurances du Secrétariat Général sont imputées à 80 % sur le contrat du Canal de Marseille, tandis que ce contrat représente 51,6% du chiffre d'affaires de la SEM en 2011. Cette répartition résulte d'un accord historique convenu avec la Ville de Marseille.

Le poste « Contribution des services centraux et recherche » est censé imputer au service les charges mutualisées de la SEM minorées des produits mutualisés. Or les produits financiers émanant d'une gestion de trésorerie mutualisée ne sont pas intégrés dans le calcul (cf. 5.1.4 Produits financiers).

La SEM impute directement au service du Canal de Marseille des provisions diverses (provisions sur créances clients, pour frais de facturation, sur travaux, sur l'agence de Marseille...) sans justifier ni les risques ou les charges correspondants, ni les modalités d'affectation au contrat de Marseille. Ces dotations sont minorées par des reprises sur provisions portant sur les mêmes types de risques et charges.

La SEM ne communique aucun détail des stocks de provisions pour risques et charges constitués par la comptabilisation des dotations et reprises ».

Par ailleurs, l'audit signalait une « anomalie » d'un montant de 3 M€, puisque la SEM avait intégré à ses frais de siège le mécénat pour la rénovation du musée de l'histoire de Marseille versés à la ville de Marseille en 2011. Or, comme le relevait pertinemment l'audit²⁶:

« Il n'apparaît pas justifiable que la SEM fasse peser cette contribution à un projet culturel aux usagers d'un service de distribution d'eau potable, quand bien même le projet serait liée à la problématique de l'histoire de l'eau. En effet, cette contribution ne correspond en rien à un service rendu aux usagers du service. La politique de mécénat menée par la SEM devrait, à notre sens, être comptabilisée dans les comptes généraux de la société, donc supportée par la société en son nom

²⁴ Il est en outre rappelé que le concept d'amortissement au sens de l'article L. 1411-2 du CGCT ne s'entend pas nécessairement sur le plan comptable : « la durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une collectivité délégante, peut être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements » (Conseil d'Etat, 11 août 2009).

²⁵ Audit mené par le Cabinet Finances Consult en 2011-2012.

²⁶ L'intégration de ce mécénat au profit de la Ville de Marseille dans les frais de siège de la DSP de l'eau signifie donc que les usagers et MPM ont supporté financièrement le mécénat de la SEM à la Ville de Marseille, sans contrepartie (ni en financement via le mécénat, ni partage du bénéfice fiscal ainsi obtenu).

propre, et non imposée aux usagers du service de distribution d'eau du Canal de Marseille, sur qui reposent seuls aujourd'hui ces 3 M€.

Cette contribution sous la forme de mécénat amène des avantages fiscaux (les entreprises assujetties à l'impôt sur le revenu ou sur les sociétés peuvent bénéficier d'une déduction fiscale égale à 60 % du montant du don dans la limite d'un plafond de 5 ‰ (5 pour mille) du chiffre d'affaires annuel). La question est de savoir si ces avantages fiscaux ont bénéficié aux usagers du service du Canal de Marseille, qui s'ils en ont supporté la charge, devraient jouir de ses conséquences ».

La chambre rappelle par ailleurs que l'exigence d'un contrôle effectif des comptes du délégataire constitue pour la collectivité délégante « *non seulement un droit, mais aussi un devoir* »²⁷.

En ce qui concerne plus particulièrement les frais de siège, la communauté urbaine pourrait utilement demander au délégataire de justifier précisément l'existence et la valeur de la contrepartie de ces frais et ne pas se contenter, à cet égard, d'une justification fondée sur une simple répartition au *pro rata* du chiffre d'affaires entre les différentes filiales d'un groupe.

La chambre relève que le plafond des frais de siège fixé à 2 % est sensiblement plus élevé que prévu et que la négociation n'a eu aucun effet sur ce niveau. Elle rappelle à la collectivité la nécessité d'un contrôle effectif sur ces frais de siège, d'autant plus nécessaire qu'ils ont pu inclure par le passé des éléments qui ne relevaient pas de cette notion.

III.2.7.- Sur les moyens matériels affectés par MPM à la délégation et leur valorisation

En application de l'article 14 du contrat, les moyens matériels affectés à la délégation doivent être classés en trois inventaires distincts :

- l'inventaire A, qui regroupe les biens de retour, propriété de MPM et mis à la disposition du délégataire pendant la durée de la délégation ;
- l'inventaire B, qui comprend l'ensemble des biens de reprise, lesquels appartiennent au délégataire mais peuvent être repris par MPM ou un nouvel exploitant à l'issue du contrat, s'ils sont utiles à l'exploitation ;
- et l'inventaire C, qui regroupe les biens propres du délégataire, non financés par les ressources de la délégation et qui lui restent acquis à l'échéance de la délégation. Ces trois inventaires doivent être tenus à jour et valorisés par le délégataire.

²⁷Ministre de l'Aménagement du territoire, JO Sénat du 4 octobre 2001

Le contrat prévoit, s'agissant des biens de retour, que « *la communauté urbaine remet au délégataire (...) un inventaire des biens de retour meubles et immeubles, droits et obligations, qui a valeur contractuelle pour la délégation* ». L'article 14.2.1 liste les différents types d'équipements compris dans cet inventaire²⁸. Le délégataire dispose de deux mois pour en vérifier l'exactitude. S'agissant des inventaires B et C, le contrat prévoit que le délégataire les remet au délégant au plus tard le 1^{er} janvier 2014 ou à la date de début d'exploitation si cette date est plus tardive.

Or, aucun de ces inventaires n'existait au moment de la signature du contrat dans les documents contractuels (contrat et annexes), ni n'était, *a fortiori*, disponible lors de la négociation. Lors de l'instruction de la présente saisine, les représentants de MPM ont confirmé que ces inventaires n'existaient pas et, plus surprenant encore, que la collectivité entendait sous-traiter au délégataire retenu leur établissement, qu'elle se propose seulement de « *contrôler* », avec l'objectif d'en disposer d'ici la fin de l'année 2014.

La collectivité ne connaît donc pas à ce jour les moyens qu'elle affecte au délégataire, ni ceux de ce dernier, et ne sera pas en mesure de disposer de cette information avant un an, avec de surcroît une fiabilité fortement sujette à caution, dès lors que son élaboration relève du délégataire retenu. Cette situation est d'autant plus difficile à justifier que la SEM, délégataire sortant sur la quasi-totalité du territoire de la nouvelle DSP, était déjà tenue de disposer de tels inventaires.

Ces manquements posent plusieurs problèmes :

- Au regard de la régularité du contrat ainsi formé en l'absence d'éléments essentiels censés répertorier les moyens affectés à la délégation²⁹ ;
- Au regard de l'exigence de connaissance de l'actif de la collectivité et, plus généralement, de la transparence nécessaire à la bonne utilisation des deniers publics ;
- Au regard des conditions d'analyse des offres, l'absence d'inventaires suscitant des doutes sur les modalités d'estimation des travaux de renouvellement et leur prise en compte pour départager les offres ;
- Au regard du contrôle du respect de ses obligations par le délégataire, notamment en ce qui concerne les travaux d'entretien et de renouvellement des équipements, difficiles à vérifier, et le cas échéant à sanctionner s'ils ne sont pas accomplis, en l'absence d'inventaire précis et valorisés desdits équipements ;
- Au regard enfin du régime européen relatif aux aides d'Etat s'il apparaissait que les biens ainsi mis à la disposition du délégataire relèvent de cette qualification. Cette hypothèse ne saurait en effet être exclue : les biens concernés appartenant à la collectivité, leur mise à disposition pourrait dès lors être considérée comme une mesure accordée au moyen de ressources d'Etat³⁰ ; bénéficiant à une seule entreprise, cette mise à disposition semble répondre au deuxième élément constitutif d'une aide d'Etat, en l'occurrence la sélectivité (étant précisé que l'existence d'une procédure de mise en concurrence ne suffit pas en elle-même pour exclure cette qualification) ; intervenant dans un secteur concurrentiel, elle peut, enfin, être vue comme susceptible d'affecter les échanges entre les Etats membres et de porter atteinte à la concurrence. Par ailleurs, un doute sérieux peut être émis sur

²⁸ Sont censés y figurer, « *notamment, mais non exclusivement* », les ouvrages d'adduction, de production et de stockage, de pompage et de surpression, les canalisations répertoriées par communes avec leurs caractéristiques détaillées, les accessoires sur réseau, les branchements et nourrices, les jauges, les compteurs et modules radio, les infrastructures éventuelles de communication à distance destinées au relevé des compteurs, à la supervision et aux alarmes, les bâtiments de toute nature et locaux mis à disposition par la Communauté Urbaine, les logements mis à dispositions par la Communauté Urbaine, les terrains nus faisant partie des biens affermés, les équipements de bureau, les équipements de laboratoire, le système d'information (infrastructures, matériels informatiques, de téléphonie, progiciels, logiciels et applications), les éventuels biens de reprise des contrats de délégation de service public précédents.

²⁹ La jurisprudence constante du Conseil d'Etat sanctionne d'ailleurs le fait que le Conseil Municipal se soit prononcé en l'absence des éléments essentiels du contrat de DSP (CE, 10 janvier 2007, Société pompes funèbres et conseillers funéraires du Roussillon, n° 284063 ; CE, 11 septembre 2006 Commune de Théoule-sur-Mer n° 255273 ; CE, 13 octobre 2004, n°254007, Commune de Montélimar).

³⁰ L'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) énonce que, « *sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».

l'existence, en l'espèce, de deux des quatre conditions, cumulatives, posées par la Cour de justice de l'Union européenne pour qu'une compensation d'obligation de service public échappe à la qualification d'aide d'Etat³¹: l'établissement préalable, de façon objective et transparente, des paramètres de calcul de cette compensation ; le maintien d'un bénéfice dans des limites raisonnables pour le délégataire. Certes, l'éventuelle qualification d'aide d'Etat n'interdit pas forcément que des biens publics soient mis à la disposition d'une personne privée chargée d'une mission de service public à titre de compensation des obligations mises à sa charge. Elle en soumet cependant la régularité à diverses conditions, notamment de transparence (afin de garantir l'absence de surcompensation) ce qui implique évidemment que soient clairement identifiés les avantages ainsi consentis par une personne publique. Le droit relatif aux aides d'Etat opère en outre une distinction selon que leur montant excède ou non 15 M€ (avec notamment une obligation de notification à la Commission européenne au-dessus de ce seuil) ; la sécurisation juridique de la mise à disposition des biens de retour aurait donc supposé que MPM se mette en mesure de savoir si elle se trouvait au-dessus ou en-dessous de ce montant. Or le risque d'être en l'espèce au-dessus de ce seuil n'est pas négligeable. Faute d'avoir pu évaluer avec précision cette valeur, MPM n'a pas sécurisé juridiquement cette mise à disposition au regard du droit européen relatif aux aides d'Etat.

L'absence d'inventaire des biens de retour reflète l'absence de connaissance de son actif par la communauté urbaine. Cette absence peut aussi être regardée comme conférant un avantage concurrentiel substantiel au profit du délégataire sortant, qui a été reconduit. Elle fragilise la notion même de contrat, dès lors que ces inventaires constituent des éléments essentiels du contrat. Sa régularité s'en trouve atteinte puisque les moyens matériels affectés à la délégation ne sont pas connus. Elle suscite aussi des doutes sur les conditions dans lesquelles les travaux de renouvellement ont été estimés et pris en compte au stade de l'analyse des offres. Elle rend difficile le contrôle par le délégant du respect de ses obligations par le délégataire, notamment en ce qui concerne les travaux d'entretien à sa charge. Elle pourrait également porter en germe un risque d'irrégularité au regard du régime européen des aides d'Etat si la mise à disposition du délégataire de biens appartenant à MPM venait à être considérée comme relevant de cette qualification.

³¹ Il résulte de l'arrêt de principe en la matière (« *Altmark* », 24 juillet 2003) que, selon la CJUE, les compensations de service public ne constituent pas des aides d'Etat au sens de l'article 107 du TFUE si quatre critères cumulatifs sont remplis :
- Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies ;
- Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ;
- Troisièmement, la compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable ;
- Enfin, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée aurait encouru.

La question spécifique des compteurs

L'article 35.2 du contrat de DSP stipule que « *le parc existant des compteurs, propriété des précédents exploitants du service public de l'eau potable, est racheté par le Délégué à ces derniers à la prise d'effet de la délégation, conformément aux dispositions définies à l'article 10.10 du présent contrat* ». Or cet article 10.10 a trait aux biens de reprise des précédents contrats de délégation. La circonstance que les compteurs, aux termes d'un contrat signé en 1960 aient ou non fait partie des biens de reprises (voire, comme cela pourrait même être le cas aux termes de l'ancien contrat, des biens propres) ne fait pas obstacle à ce qu'ils soient considérés comme des biens de retour, en application de la décision du Conseil d'Etat du 21 décembre 2012, dès lors qu'ils sont indispensables à l'exploitation du service, ce qui est à l'évidence le cas en l'espèce.

En effet, par une décision d'Assemblée, le Conseil d'Etat a posé comme principe systématique que les biens de retour doivent justement faire l'objet d'un retour gratuit à la collectivité en fin de contrat : « *considérant, en deuxième lieu, qu'à l'expiration de la convention, les biens qui sont entrés, en application des principes énoncés ci-dessus, dans la propriété de la personne publique et ont été amortis au cours de l'exécution du contrat font nécessairement retour à celle-ci gratuitement, sous réserve des clauses contractuelles permettant à la personne publique, dans les conditions qu'elles déterminent, de faire reprendre par son cocontractant les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public ; que le contrat qui accorde au délégataire ou concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des biens nécessaires au service public autres que les ouvrages établis sur la propriété d'une personne publique, ou certains droits réels sur ces biens, ne peut, sous les mêmes réserves, faire obstacle au retour gratuit de ces biens à la personne publique en fin de délégation* ».

Le contrat de DSP signé transpose d'ailleurs ce principe que les compteurs sont par nature des biens de retour pour la nouvelle période, sans en tirer symétriquement de conséquence pour l'ancienne. Par ailleurs, en l'absence d'inventaire actualisé et valorisé mentionné ci-dessus, cette clause, en plus d'être irrégulière, serait inapplicable.

La confusion semble porter sur la notion d'amortissement retenue. En effet, lors des entretiens avec les interlocuteurs de la communauté urbaine, ceux-ci ont développé un argumentaire reposant sur la notion d'amortissement comptable des biens, comme en témoigne l'Annexe A07 qui figure dans le cahier des charges. Or, la loi expose et la jurisprudence confirme qu'en l'espèce, c'est l'amortissement économique des biens qui prévaut sur l'amortissement comptable. La majorité des anciens contrats de DSP étant allés à leur terme (et notamment celui dit du Canal de Marseille), cet amortissement financier était nécessairement atteint (et largement même, après 53 ans).

Enfin, une fois levée la séparation juridique apparente entre la SEM et la structure dédiée (EMM), la SEM se succédant à elle-même, cette clause, en plus d'être irrégulière et inapplicable, apparaît contestable. La rédaction actuelle de l'article 35.2 du contrat, qui prévoit que « *Le parc existant des compteurs, propriété des précédents exploitants du service public de l'eau potable, est racheté par le Délégué à ces derniers à la prise d'effet de la délégation, conformément aux dispositions définies à l'article 10.10 du présent contrat* » soulève deux problèmes.

Premièrement, elle reviendrait à ce que la SEM se rachète à elle-même (ou la structure dédiée « Eaux de Marseille Métropole à la SEM) un parc de compteurs appartenant de droit à la collectivité. Or, les compteurs ne peuvent être considérés comme « propriété des précédents exploitants ».

D'autre part, la rédaction de cette clause est contradictoire avec ce qui ressort de la délibération AGER006-413/13/CC, laquelle prévoit que c'est MPM (et non le délégataire comme dans le contrat) qui rachète les compteurs puisqu'elle est ainsi rédigée : « *le parc compteurs du service Canal de Marseille est propriété de la Société des Eaux de Marseille. La communauté Urbaine ayant choisi de racheter celui-ci, il convient d'arrêter la valeur de rachat. Le présent protocole fixe la valorisation du parc des compteurs posés à 2 857 157 euros après amortissement au 31 décembre 2013. Le transfert des biens s'exécutera au 1^{er} janvier 2014, le paiement le 30 juin 2014* ». Dans cette délibération, MPM pose le principe que la SEM est propriétaire du parc des compteurs, ce que la chambre conteste, s'appuie sur l'amortissement comptable des compteurs, ce qui apparaît contraire à la jurisprudence administrative, et accepte de verser à la SEM une indemnité pour des biens qui lui appartiennent en droit, en contradiction avec la stipulation du contrat.

Le bien-fondé de cette transaction n'est donc pas établi. Elle apparaît même irrégulière.

Sous réserve de l'appréciation souveraine du juge administratif, la chambre estime que la disposition prévue au deuxième alinéa de l'article 35.2 du contrat prévoyant le rachat des compteurs, ainsi que celle prévue dans le protocole d'accord entre MPM et la SEM dans le cadre de l'application de la fin du contrat Marseille Périmètre, dans sa partie relative au rachat du parc des compteurs, sont irrégulières.

III.2.8.- Sur les conséquences qu'il conviendrait de tirer d'un bénéfice qui s'avérerait significativement supérieur à celui attendu

Plusieurs éléments du contrat sont susceptibles de conduire à une exécution qui se révélerait, pour le délégataire, moins coûteuse qu'annoncée par le compte d'exploitation prévisionnel. Il en va par exemple ainsi, comme indiqué ci-dessus, pour les frais de siège, estimés à un niveau relativement élevé.

Par ailleurs, la prudence des hypothèses retenues peut conduire à ce que les produits autres qu'issus de la vente d'eau se révèlent nettement supérieurs aux prévisions.

L'éventualité d'un résultat d'exploitation significativement supérieur aux prévisions aurait donc dû conduire MPM à prévoir l'insertion dans le contrat d'une clause de retour à meilleure fortune qui lui permettrait de bénéficier d'une partie d'un éventuel excédent du bénéfice réalisé par le délégataire par rapport au bénéfice envisagé lors de la conclusion du contrat³².

En l'absence d'une telle clause, la seule variable d'ajustement du budget annexe de l'eau facilement mobilisable demeure la part collectivité. De telles dispositions existent d'ailleurs dans le contrat de DSP conclu entre le SEDIF et Véolia déjà cité³³.

L'insertion d'une telle clause aurait également permis d'améliorer la sécurité juridique du contrat. En effet, dès lors qu'il résulte en partie des immobilisations mises à la disposition du délégataire par la collectivité, le bénéfice du délégataire pourrait, s'il se révélait trop élevé, poser problème au regard de la réglementation européenne relative aux aides d'Etat. Pour les raisons mentionnées ci-dessus, on ne saurait en effet exclure que l'utilisation de biens publics par le délégataire soit considérée par la Commission européenne comme une compensation de service public octroyée à une entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général. Si tel était le cas, sa compatibilité avec le Marché commun impliquerait le respect des conditions posées par la décision 2012/21/UE de la Commission européenne en date du 20 décembre 2011. Or, parmi celles-ci, figure l'obligation de mentionner dans le « mandat » confiant la gestion du service public (en l'occurrence dans le contrat), « les modalités de récupération des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces dernières » afin que l'aide accordée à l'entreprise ne conduise pas à un bénéfice excédant les limites du raisonnable. L'inscription d'une clause de retour à meilleure fortune pour maintenir le bénéfice du délégataire dans ces limites aurait ainsi fait écho à cette obligation.

La chambre relève d'ailleurs que la même décision de la Commission européenne suppose que la durée du « mandat » de gestion du service public ne dépasse pas dix ans (sauf, ce qui n'est pas démontré dans le cas présent, « lorsque le prestataire de service doit consentir un investissement important qui doit être amorti sur une plus longue période »). Cette autre exigence, également non remplie en l'espèce, ferait elle aussi peser un doute sérieux sur la compatibilité avec le Marché intérieur de l'utilisation par le délégataire de biens publics si l'existence d'une aide d'Etat était avérée.

La chambre estime que, dès lors que le bénéfice du délégataire peut se révéler nettement supérieur à celui envisagé lors de la conclusion du contrat, il aurait été de bonne gestion de prévoir une stipulation permettant à la collectivité de bénéficier d'une partie de l'excédent réalisé. Elle souligne que, sur le plan juridique, l'absence d'une clause destinée à maintenir le bénéfice du délégataire dans

³² Par exemple, c'est ainsi que, dans une affaire soumise à la Commission européenne en 2009, une DSP pour l'exploitation d'un réseau à haut débit dans le département des Hauts-de-Seine prévoyait que, si le résultat d'exploitation cumulé dépassait de plus de 15 % celui estimé par le compte d'exploitation prévisionnel, le délégataire serait tenu de reverser à la collectivité déléguante 25 % de la somme excédentaire dans la limite de l'aide reçue par elle (d'après les estimations alors fournies à la Commission, qui devait conclure à l'absence d'aide incompatible avec le Marché commun, ce dispositif permettait de rembourser intégralement l'aide reçue si le taux de rendement interne effectif du délégataire dépassait de deux points celui attendu par le compte d'exploitation prévisionnel).

³³ Plafonnement à 9 % du produit des ventes d'eau, écrêtement et reversement au SEDIF en cas de dépassement et rémunération du délégataire strictement plafonnée par le montant du solde d'exploitation.

les limites du raisonnable, comme d'ailleurs la durée excessive de la délégation, font courir un risque sérieux d'incompatibilité avec le droit européen si les conditions de mise à disposition du délégataire de biens appartenant à la collectivité devaient conduire à l'assimiler à une aide d'Etat, ce qui ne saurait être exclu.

III.2.9.- Sur le contrôle par la collectivité de l'exécution de la délégation de service public et sur les pénalités contractuelles

La chambre souligne la nécessité d'un contrôle effectif par la collectivité des conditions d'exécution de la délégation de service public, tant sur le plan financier (par exemple pour vérifier que le montant des frais de siège facturé correspond bien à ceux engagés par le délégataire) que sur le plan juridique, afin de s'assurer du bon accomplissement par le délégataire de toutes ses obligations.

Elle relève que le contrat prévoit bien, en son chapitre XII, plusieurs articles relatifs au contrôle à exercer par le délégant, notamment *via* la remise, par le délégataire, de rapports à échéances régulières (annuelle, trimestrielle, mensuelle).

Le début de l'exécution du contrat est trop proche pour permettre de porter une appréciation générale sur la mise en œuvre de ces stipulations. La chambre note néanmoins que la communauté urbaine a d'ores-et-déjà manqué de vigilance sur le respect par le délégataire de certaines de ses obligations. Elle n'a ainsi pas été en mesure de fournir, lors de l'instruction du présent avis, une copie de la garantie bancaire à première demande que le délégataire devait pourtant émettre, selon l'article 6.2, dès la signature du contrat, soit le 27 novembre 2013 ; plus de deux mois après cette échéance, seule la copie d'une demande de garantie auprès d'un établissement bancaire a pu être adressée à la juridiction. De même, l'ensemble des inventaires (biens de retour, reprise et propres) sont toujours indisponibles, alors même que le délégataire sortant et entrant ne font qu'un.

Par ailleurs, il y a lieu de relever que le dispositif relatif aux pénalités contractuelles encourues par le délégataire, essentiel pour assurer le respect de ses obligations, a été rédigé dans des termes qui atteindront vite leurs limites. L'article 105 plafonne en effet à 5 % des recettes annuelles du délégataire l'ensemble des pénalités susceptibles d'être mises à sa charge, ce qui appelle au moins deux observations :

- La première est relative à l'utilité d'un tel plafonnement puisque, s'il n'est pas interdit dans son principe, l'apport de son inscription dans un contrat a été sensiblement réduit par la jurisprudence « OPHLM de Puteaux » du Conseil d'Etat (29 décembre 2008), reconnaissant au juge administratif la possibilité « *de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat (...) si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché* » ;
- La deuxième observation porte sur la difficulté à concilier l'existence d'un plafonnement et des pénalités dont le délégataire peut être « *redevable de plein droit* » (comme le prévoient certaines stipulations du contrat³⁴). En effet, bien que de plein droit, de telles pénalités ne pourraient être mises en œuvre si, du fait de manquements antérieurs, le plafond était atteint.

La chambre relève que la vigilance de la collectivité sur le respect par le délégataire de ses obligations contractuelles a déjà été prise en défaut, en l'occurrence pour l'obtention dans les délais impartis de certains documents (garantie bancaire à première demande et inventaire des biens). Elle estime en outre que le plafonnement des pénalités contractuelles à 5 % des recettes annuelles du délégataire est incompatible avec l'existence de pénalités dont l'entreprise peut être redevable de plein droit.

III.3.- Sur l'incidence de la délégation de service public de l'eau potable sur la situation financière de la Communauté urbaine

³⁴ Par exemple, l'article 8.3 prévoit qu' « *en cas de non-respect par le délégataire des principes de publicité et de mise en concurrence exposés ci-dessus, le Délégué est redevable de plein droit d'une pénalité égale à 10 % du montant des achats correspondants* ».

Le présent avis a déjà évoqué, dans sa partie consacrée à l'économie générale de la convention, plusieurs points qui sont également susceptibles d'avoir des incidences sur la situation financière de MPM : le niveau des frais de siège, l'absence de clause de retour à meilleure fortune, la répartition entre les tarifs du délégataire et la part collectivité dans le prix acquitté par l'utilisateur, l'absence d'inventaire valorisé, la modicité du niveau des travaux neufs relatifs au service de l'eau potable (39,7 M€) au regard du projet de plan pluriannuel d'investissement (PPI) du délégant (116,7 M€³⁵).

Aussi, dans le cadre de la présente partie, la chambre se limitera-t-elle aux constats suivants :

III.3.1.- Sur la situation du budget annexe de l'eau à la date d'entrée en vigueur de la délégation de service public

La chambre juge confortable la situation financière du budget annexe de l'eau.

Les produits de gestion se sont accrus de 14,4 % sur la période 2010-2012. A l'inverse, les charges d'exploitation ont baissé de 11 %. Il en est résulté un accroissement de la capacité d'autofinancement (CAF) brute, qui s'établissait fin 2012 à 11,7 M€ (9,2 M€ en 2011, 0,05 M€ en 2010).

Celle-ci couvre largement le paiement de l'annuité de la dette en capital, qui a été divisée par 3,8 entre 2010 (10,7 M€) et 2011 (2,8 M€).

La chambre relève toutefois qu'en 2010 est intervenu le remboursement anticipé à hauteur de 7,4 M€, d'un emprunt souscrit en 2007. La CUM a précisé à ce sujet que « *les investissements n'ayant pas été réalisés à la hauteur de ce qui avait prévu initialement, l'emprunt contracté au budget eau a dû être remboursé en 2010 par anticipation. Ce remboursement anticipé n'a induit ni indemnité actuarielle, ni frais, ni coût de remboursement* ». Cette explication n'apparaît guère convaincante, les remboursements anticipés d'emprunts étant généralement assortis de pénalités. Aussi la chambre n'exclut-elle pas qu'il s'agisse en réalité d'une réaffectation au budget principal. Cette opération illustre un manque de pilotage de la part de la communauté urbaine, tant en termes d'exécution de ses dépenses qu'en termes d'anticipation de ses financements. Elle met probablement en lumière une mauvaise gestion de l'affectation de ses emprunts à ses budgets annexes.

Sur la période 2010-2012, le budget annexe a pu financer ses dépenses d'équipement (36 M€) sans recourir à l'emprunt.

L'état de la dette au 31 décembre 2012 affiche un capital restant dû à rembourser de 18,9 M€.

L'analyse de sa structure montre que tous les contrats sont classés dans la catégorie 1A selon la charte Gissler et ne présentent donc aucun risque.

III.3.2.- Sur les perspectives relatives au budget annexe de l'eau après l'entrée en vigueur de la délégation de service public

Le PPI prévisionnel des investissements à réaliser entre 2014 et 2020 par la CUM dans le cadre du budget annexe de l'eau prévoit sur cette période des autorisations de programme d'un montant total de 111,3 M€, soit 14,6 M€ par an contre 12 M€ l'an sur la période 2010-2012.

Selon les services de la CUM, 80 % des autorisations de programmes prévisionnels seront finalisés, de sorte que le rythme réel d'équipement sera proche de celui constaté au cours des dernières années.

La CUM n'a pas été en mesure de produire à la chambre une étude prospective sur l'équilibre futur du budget annexe dans toutes ses composantes, qui aurait permis de vérifier que les dépenses d'investissement programmées peuvent être financées par le budget annexe.

Le faible endettement du budget de l'eau et le triplement de la part collectivité eau permettent d'envisager une couverture complète des besoins d'équipement. Toutefois, la chambre s'étonne que la collectivité ait abandonné la redevance de mise à disposition des biens et équipements à MPM (qui

³⁵ Montant prévisionnel du PPI sur une durée par ailleurs inférieure à celle de la DSP.

représentait une recette d'environ 5 M€) et qu'elle ait compensé cette disparition de recette à due proportion par un triplement de la part collectivité. Cette substitution de la SEM par MPM a permis à la SEM de se dégager des marges de manœuvres supplémentaires pour baisser ses tarifs délégataires. Rien ne vient justifier ce transfert pourtant accepté par la collectivité.

La chambre relève par ailleurs que La CUM et la SEM ont signé le 13 septembre 2012 un « protocole-cadre » « *organisant les modalités de la fin des contrats [existants avant les nouvelles DSP] entre Marseille Provence Métropole (MPM) et la Société des Eaux de Marseille (SEM)* ». Il contient un article 13 intitulé « *Disposition particulière de l'article 47 du contrat de Marseille-Périmètre* », selon lequel la CUM serait redevable à la SEM d'une somme de 15,8 M€ correspondant à l'obligation faite à la SEM « *d'affilier les agents titulaires à une institution de Prévoyance leur assurant des pensions de retraite égales à celles du personnel municipal, tenant compte des pensions de vieillesse du régime général de la Sécurité Sociale* ». Ce même protocole cadre évoquait deux autres sujets devant également faire l'objet d'un protocole spécifique et qui a abouti à un accord prévoyant le versement par la SEM à la communauté urbaine d'une somme de 7,4 M€ au titre des travaux programmés non encore finalisés de l'ancien contrat dit « canal de Marseille », et l'acquittement par le délégataire à l'EPCI d'une somme de 2,8 M€ au titre du rachat des compteurs d'eau. Pour les raisons indiquées *supra*, cette dernière disposition apparaît contestable.

Il est à noter que la question des retraites n'a pas abouti à un accord dûment signé et reste donc en suspens.

La rédaction de l'accord cadre et de l'accord spécifique sur ce point montre que la divergence entre les parties ne porte pas sur l'existence d'une dette de la CUM vis-à-vis de la SEM mais sur l'évaluation de son montant.

L'absence de résolution de cette question fait peser sur la CUM un risque de plusieurs millions d'euros. Toutefois ce risque ne concerne sans doute pas le budget annexe de l'eau, mais le budget principal de l'EPCI.

Dans la mesure où, comme indiqué *supra* au point III.2.1., ses résultats ont été favorables au délégataire plutôt qu'à la collectivité, la question se pose de savoir quelle influence cette question a eu sur la négociation de la DSP. Ainsi, l'amélioration constatée dans le sens des intérêts de l'entreprise, entre l'offre initiale et l'offre finale, de la formule de révision des prix a permis, toutes choses étant égales par ailleurs, d'améliorer le chiffre d'affaires du délégataire d'environ 6,2 M€. Cette question des retraites a pu peser dans la négociation et procurer un avantage concurrentiel au délégataire finalement retenu.

PAR CES MOTIFS :

Article 1 : **DECLARE** la saisine recevable ;

Article 2 : **DIT** que le présent avis sera notifié au préfet de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, préfet des Bouches du Rhône ainsi qu'au président de la communauté urbaine Marseille Provence Métropole ;

Article 3 : **RAPPELLE** que l'assemblée délibérante doit être tenue informée, dès sa plus proche réunion, du présent avis, conformément aux dispositions de l'article L. 1411-18 susvisé du code général des collectivités territoriales ;

Fait et délibéré par la chambre régionale des comptes de Provence-Alpes-Côte d'Azur, le treize février deux mil quatorze.

Présents : M. Louis Vallernaud, président, MM. Marc Larue, Daniel Gruntz et Jean-Luc Girardi, présidents de section, Mme Hélène Motuel-Fabre, présidente de section, M. Marc Thoumelou, premier conseiller, Mme Audrey Courbon et Mme Valentine Vinesse, premières conseillères, M. Renan Mégy, conseiller, Mme Virginie Chastel-Dubuc, conseillère et M. Thomas Thiébaud, conseiller rapporteur.

Le rapporteur,

Le président de la chambre,

Thomas THIEBAUD

Louis VALLERNAUD

Annexe

- A. Evolutions du tarif délégataire, de la part collectivité, et du prix HT de l'eau au m³ (tarif général au compteur T1, périmètre du contrat « Canal de Marseille » avant 2014, et MPM au-delà) entre 2006 et 2014

Périodes	01/01/2006	01/01/2007	01/01/2008	01/01/2009	01/01/2010	01/01/2011	01/01/2012	01/01/2013	2013 S2	01/01/2014	01/07/2014	01/01/2015
Tarif délégataire (SEM)	1,4986	1,5623	1,6219	1,6926	1,7105	1,6168	1,6745	1,7259	1,769	1,471	1,36	1,394
Evolution annuelle anné n/anné n-1		4,25 %	3,81 %	4,36 %	1,06 %	-5,48 %	3,57 %	3,07 %	2,50 %	-16,85 %	-7,55 %	2,50 %
Surtaxe (part MPM)	0,0432	0,0441	0,045	0,0459	0,0468	0,0478	0,0488	0,0498	0,0508	0,0488	0,1541	0,1541
Evolution annuelle anné n/anné n-1		2,08 %	2,04 %	2,00 %	1,96 %	2,14 %	2,09 %	2,05 %	2,01 %	-3,94 %	215,78 %	0,00 %
Prix	1,5418	1,6064	1,6669	1,7385	1,7573	1,6646	1,7233	1,7757	1,8198	1,5198	1,5141	1,5481
Evolution annuelle anné n/anné n-1		4,19 %	3,77 %	4,30 %	1,08 %	-5,28 %	3,53 %	3,04 %	2,48 %	-16,49 %	-0,38 %	2,25 %

Source : données délégataire, MPM, calculs de la Chambre

- B. Simulation d'évolutions du tarif délégataire, de la part collectivité, et du prix HT de l'eau au m³ (tarif général au compteur T1) de 2014 à 2028, avec évolution prévisionnelle du tarif transmise par le délégataire et hypothèse d'une part collectivité constante à son niveau de juillet 2014

Périodes	2014 s1	2014 s2	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027	2028
----------	---------	---------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------

Tarif délégataire (SEM)	1,471	1,36	1,39	1,43	1,46	1,5	1,53	1,57	1,61	1,65	1,69	1,73	1,77	1,81	1,86	1,91
Evolution	-7,55%	2,21%	2,88%	2,10%	2,74%	2,00%	2,61%	2,55%	2,48%	2,42%	2,37%	2,31%	2,26%	2,76%	2,69%	
Surtaxe (part MPM)	0,1541	0,1541	0,1541	0,1541	0,1541	0,1541	0,1541	0,1541	0,1541	0,1541	0,1541	0,1541	0,1541	0,1541	0,1541	0,1541
Prix	1,6251	1,5141	1,5441	1,5841	1,6141	1,6541	1,6841	1,7241	1,7641	1,8041	1,8441	1,8841	1,9241	1,9641	2,0141	2,0641
Evolution	-6,83%	1,98%	2,59%	1,89%	2,48%	1,81%	2,38%	2,32%	2,27%	2,22%	2,17%	2,12%	2,08%	2,55%	2,48%	

Source : données délégataire, MPM, calculs de la Chambre

- C. Représentation graphique des évolutions du tarif délégataire, de la part collectivité et du prix de l'eau au m³ (tarif général au compteur T1)

