

DIDIER SEBAN
MY-KIM YANG-PAYA
Membre du Conseil de l'Ordre
MARIE-HELENE PACHEN-LEFEVRE
THOMAS ROUVEYRAN
GUILLAUME GAUCH
JEAN-LOUIS VASSEUR
MATTHIEU HENON
CLAIRE-MARIE DUBOIS-SPAENLE
LORENE CARRERE
MARIE-CELINE PELE
ALEXANDRE VANDEPOORTER

AVOCATS ASSOCIES

DANIELLE DA PALMA
AGNES DANON
CORINNE METZGER
CYRIL CROIX
VALERIE DE SIGOYER
SOLENE DAUCE
CELINE LHERMINIER
MICHAËL GOUPIL
PHILIPPE GUELLIER
ALOÏS RAMEL
MARION TERRAUX
EGLANTINE ENJALBERT
JULIEN BRULAS
NADIA BEN AYED
MARJORIE ABBAL
RAPHAËLLE ORTEGA
MARLENE JOUBIER
CORINNE HERRMANN
SONIA KANOUN
VALENTINE TESSIER
ALEXANE RAYNALDY
CLEMENCE DU ROSTU
AURELIE CROS
SAMUEL COUVREUR
HAKIM ZIANE
PAULINE TREILLE
MARIANNE HAUTON
ELINA ASIKA
FRANÇOIS LEHOUX
MAEVA GUILLERM
ALEXANDRA ADERNO
EMILIEN BATOT
SARA NOURI-MESHKATI
ROMAIN DESAIX
SYLVAIN MAISONNEUVE
MERIEM KHELIF
ALIENOR DE ROUX
PERRINE BOUCHARD
ELISE HUMBERT
ASTRID BOULLAULT
LAURA FILLEUL
PIERRE BARBOTEAU
ELISA JEANNEAU
CAMILLE RIGAL
EMILIE BACQUEYRISSES
BARBARA DUFRAISSE
NADIA TAILLEBOIS ZAIGER
FRANCESCA PAGGI
LANA FALAH
BADREDDINE HAMZA
AGATHE DELESCLUSE
JOHANN PETITFILS-LAMURIA
ASTRID LAYRISSE
MORGAN BUNEL
VINCENT CADOUX
SOPHIE JAGER

AVOCATS A LA COUR

Impact de la loi NOTRe sur la gestion de l'eau potable sur le territoire de l'EPT Grand-Orly-_-Seine-_-Bièvre

L'Etablissement Public Territorial (EPT) Grand-Orly-Seine-Bièvre, créé le 1^{er} janvier 2016, regroupe les communes des anciennes communautés d'agglomération du Val-de-Bièvre (CABV), des Portes-de-l'Essonne (CALPE), la Commune de Viry-Châtillon, anciennement membre de la Communauté d'agglomération des Lacs-de-l'Essonne (CALE), intégrée dans la CALPE *a priori* simultanément à la création de l'EPT et de Seine-Amont (CASA) ainsi que 8 communes qui n'étaient pas en EPCI (Ablon-sur-Seine, Chevilly-Larue, Orly, Rungis, Thiais, Valenton, Villeneuve-le-Roi et Villeneuve Saint-Georges).

L'eau potable était gérée, sur ces territoires, de diverses manières au 31 décembre 2015 :

- **sur le territoire de l'ancienne CALPE**, la Communauté d'agglomération n'était pas compétente en matière d'eau :
 - o deux communes de la CA, Athis-Mons et Juvisy-sur-Orge, étaient membres du SEDIF, syndicat mixte fermé (c'est-à-dire composé de communes et d'Etablissements publics de coopération intercommunale – EPCI) regroupant des communes, des communautés d'agglomération et, depuis le 1^{er} janvier 2016, des établissements publics territoriaux (EPT). Compte tenu de ce transfert de compétence, seul le SEDIF était compétent pour intervenir en matière d'eau potable sur le territoire de ces deux communes, étant précisé que le SEDIF, pour l'exercice de cette compétence, a conclu une convention de délégation de service public (DSP) avec la Société Veolia ;
 - o trois communes, Paray-Vieille-Poste, Morangis et Savigny-sur-Orge avaient confié l'exercice de cette activité à la Société Suez par délégation de service public, la compétence demeurant donc du ressort communal ;
 - o la Commune de Viry-Châtillon exerçait quant à elle la compétence directement par le biais d'une régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière ; plus précisément c'est *a priori* son ancienne Communauté d'agglomération (la CALE) qui exerçait la compétence sur son territoire ;
- **sur le territoire de l'ancienne CAVB**, la compétence « eau » avait été transférée par les communes à la Communauté d'agglomération, laquelle adhérait pour la totalité de son territoire au SEDIF. Le Syndicat gère donc l'eau potable sur ce territoire par l'intermédiaire d'une convention de délégation de service public conclue avec Veolia ;
- **les communes membres de l'ancienne CASA** avaient, quant à elles, transféré directement la compétence au SEDIF, la Communauté d'agglomération ne disposant pas de cette compétence ;
- enfin, six des huit **communes isolées** étaient également membres du SEDIF et il apparaît que les deux restantes (Valenton et Villeneuve-Saint-Georges) ont conclu une DSP avec la Société Suez ;

En somme, au 31 décembre 2015, l'eau potable était gérée, sur le périmètre de l'EPT 12, selon les trois modalités suivantes :

- l'exercice de la compétence par le SEDIF pour le compte d'une communauté d'agglomération ou de communes étant précisé que le Syndicat a confié l'exercice de cette activité à une entreprise privée, la Société Veolia ;
- l'exercice par les communes qui l'ont confiée à une entreprise privée (Société Suez) par convention de délégation de service public ;
- l'exercice direct par une commune par le biais d'une régie personnalisée.

Ceci évoqué, on rappellera les évolutions dans la gestion de la compétence « eau », intervenues sur le territoire de l'EPT depuis le 1^{er} janvier 2016 (I), puis on examinera les perspectives envisageables à compter du 1^{er} janvier 2018 (II).

I/ Rappel des évolutions induites par la création de l'EPT au 1^{er} janvier 2016

A titre liminaire, on rappellera que la **compétence « assainissement et eau »** est érigée par la loi NOTRe comme une **compétence obligatoire des établissements publics territoriaux**, qui doivent donc l'exercer en lieu et place de leurs communes membres. Cette compétence comprend, s'agissant de la composante « eau », la gestion de l'eau potable, sans que les actions relatives aux cours d'eau n'y soient intégrées dès lors qu'il s'agit d'une compétence distincte. Plus précisément, la compétence « eau potable » s'entend, aux termes de l'article L. 2224-7 du CGCT, comme comprenant « ***tout service assurant tout ou partie de la production par captage ou pompage, de la protection du point de prélèvement, du traitement, du transport, du stockage et de la distribution d'eau destinée à la consommation humaine*** ».

Il en résulte donc que, à la date de sa création, l'EPT Grand-Orly-Seine-Bièvre est devenu compétent en matière d'eau potable en lieu et place de l'ensemble des communes membres de son territoire. En vertu du principe d'exclusivité, la compétence n'est donc plus du ressort des communes mais de l'EPT.

Il convient donc d'étudier les impacts de ce transfert lorsque la compétence était exercée par le SEDIF (A) et lorsque les communes membres de l'EPT exerçaient elles-mêmes la compétence (B).

A. Impacts du transfert pour les communes et la Communauté qui avaient confié l'exercice de la compétence au SEDIF

Une période transitoire a été prévue par l'article L. 5219-5 point II du CGCT lorsque la compétence « eau potable » était exercée, au 31 décembre 2015, par un syndicat, pour le compte des communes et/ou des communautés d'agglomération situées sur le territoire d'un EPT.

En effet, dans cette hypothèse, la loi prévoit que **l'EPT se substitue** aux communes et/ou à la communauté concernées **au sein du syndicat** pour la compétence « eau », **jusqu'au 31 décembre 2017**.

Il en résulte que l'EPT est, depuis le 1^{er} janvier 2016, devenu membre du SEDIF en lieu et place des communes et communauté anciennement adhérentes de ce syndicat et situées sur son territoire, pour l'exercice de la compétence « eau ».

Cette représentation-substitution n'est toutefois prévue que pour une période transitoire courant jusqu'au 31 décembre 2017. A l'issue de cette période, l'EPT est retiré de plein droit, c'est-à-dire de façon automatique sans qu'une quelconque délibération, du SEDIF notamment, ne soit nécessaire.

B. Impacts concrets du transfert de compétence pour les communes qui avaient conservé l'exercice de la compétence

Pour les communes qui avaient conservé la compétence « eau potable » le transfert de cette compétence à l'EPT implique un exercice direct de sa part.

Le transfert de la compétence « eau » par l'EPT en lieu et place des communes qui l'avaient conservée entraîne **l'application du principe d'exclusivité** précédemment mentionné en vertu duquel seul l'EPT est désormais habilité à intervenir dans le domaine de compétence (CE, 16 octobre 1970, *Commune de Saint-Vallier*, n°71536).

Ce transfert de compétence entraîne également **la mise à disposition de plein droit** (c'est-à-dire sans qu'un acte de la commune ou de l'EPT ne soit requis, même si un procès-verbal doit être établi, l'absence de PV n'empêchant pas le transfert de la compétence) **de l'ensemble des biens nécessaires à son exercice**. Cette mise à disposition implique, à grands traits, que l'EPT dispose de la quasi-totalité des droits et obligations du propriétaire sur les biens affectés à l'exercice de la compétence à la date du transfert, à l'exception du droit de l'aliéner (art. L. 1321-1 al. 1 à 3, art. L. 1321-2, alinéa 1 et 2, et art. L. 1321-3, L. 1321-4 et L. 1321-5 du CGCT).

Il implique en outre **la substitution de plein droit de l'EPT**, à la date du transfert de compétence, aux communes qui le composent **dans toutes leurs délibérations et tous leurs actes, ainsi que dans les contrats conclus pour l'exercice de la compétence**.

Sur ce dernier point, l'article L. 5211-17 du CGCT précise que « **les contrats sont exécutés dans les conditions antérieures jusqu'à leur échéance, sauf accord contraire des parties. La substitution de personne morale aux contrats conclus par les communes n'entraîne aucun droit à résiliation ou à indemnisation pour le cocontractant. La commune qui transfère la compétence informe les cocontractants de cette substitution** ».

Enfin, le transfert de compétence doit entraîner **le transfert des services (personnels) affectés à l'exercice de ladite compétence** dans les conditions énoncées, s'agissant des personnels de droit public, à l'article L. 5219-10 du CGCT.

Cet article, qui renvoie notamment aux dispositions de l'article L. 5211-4-1 du même Code, pose le **principe du transfert des services** affectés à l'exercice de la compétence transférée, une simple mise à disposition du service étant possible uniquement en cas de transfert partiel de compétence et si cela est justifié par une bonne organisation du service. Si les fonctionnaires et agents non titulaires exerçant leur fonction en totalité dans un service ou une partie de service transféré doivent être de plein droit transférés, les agents qui exercent leur fonction pour partie seulement dans un service ou une partie de service transféré peuvent se voir proposer le transfert, s'ils le refusent, ils sont alors de plein droit mis à disposition de l'EPT pour la partie de leurs fonctions correspondant à la compétence transférée.

Le transfert de service est opéré par **décisions conjointes** de la commune et de l'EPT, après avis des comités techniques. Les mises à disposition sont, quant à elles, décidées et leurs modalités définies dans le cadre d'une **convention** entre la commune et le groupement après consultation des comités techniques compétents.

S'agissant des personnels de droit privé employés par la collectivité pour l'accomplissement de missions **relevant du service public industriel et commercial (SPIC)**, tel que le service d'eau potable, les dispositions précitées des articles L. 5219-10 et L. 5211-4-1 du CGCT ne leur sont pas applicables. Leur **transfert** est toutefois **automatique** en application de l'article L. 1224-1 du Code de travail, qui dispose que *« lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise »*.

Il en résulte donc que, au 1^{er} janvier 2016, l'EPT Grand Orly Seine Bièvre est devenu le seul habilité à exercer la compétence « eau potable » sur son territoire en lieu et place des communes qui avaient conservé l'exercice de la compétence. Il s'est vu, à cette fin, mettre à disposition l'ensemble des biens affectés à l'exercice de cette compétence. S'agissant des personnels, ils doivent, en principe, selon les cas et selon les modalités requises, avoir été transférés ou mis à disposition de l'EPT.

L'EPT s'est par ailleurs substitué aux communes dans l'exécution des contrats de délégation de service public conclus avec Suez, sans que cette substitution n'ait pu conduire la Société à réclamer une indemnisation ni une modification voire une résiliation du contrat.

L'effet de ces différents transferts a toutefois pu être temporairement mis en suspens par la conclusion de convention de gestion dérogatoires à la loi NOTRe, par lesquelles l'EPT a confié, pour une durée limitée, la gestion de la compétence « eau potable » aux communes qui n'avaient pas transféré cette compétence au SEDIF. Ces conventions qui avaient pour but la continuité du service public ont pris fin au 31 décembre 2016.

S'agissant du cas particulier du territoire de la Commune de Viry-Châtillon sur lequel intervient une régie personnalisée, le transfert direct de celle-ci de la CALE à l'EPT a été organisé par arrêté préfectoral.

Il apparaît que la régie existante a été créée par l'ancienne CALE et a, à l'occasion de la dissolution de cette communauté, été rattachée à l'EPT, qui a notamment procédé à la désignation de ses représentants au sein du conseil d'administration.

En résumé, la création de l'EPT Grand Orly Seine Bièvre a conduit au transfert de la compétence « eau potable » à cet établissement en lieu et place de l'ensemble des communes et communautés d'agglomération (aujourd'hui disparues) de son territoire.

Eu égard à la situation existante au 31 décembre 2015, l'organisation de l'exercice de la compétence sur son territoire est la suivante :

1/ L'EPT est membre du SEDIF par représentation-substitution en lieu et place de la CAVB et des communes d'Athis-Mons, Juvisy-sur-Orge, Choisy-le-Roi, Ivry-sur-Seine, Vitry-sur-Seine, Orly, Chevilly-Larue, Rungis, Thiais, Villeneuve-le-Roi et Ablon-sur-Seine. La compétence est donc gérée, sur cette partie du territoire par le SEDIF et plus précisément par la Société Veolia avec qui le SEDIF a conclu une délégation de service public, cette situation ne pouvant perdurer en l'état que jusqu'au 31 décembre 2017 ;

2/ L'EPT exerce lui-même la compétence pour les autres communes et, plus précisément :

- s'est vu transférer la régie personnalisée de la CALE, qui continue de gérer la mission de service public qui lui est confiée sur le territoire de la Commune de Viry-Châtillon ;

- s'est substitué aux communes dans l'exécution de chacune des DSP conclues avec la Société Suez depuis le 1^{er} janvier 2017 (c'est-à-dire à l'expiration des conventions de gestion qui, pendant l'année 2016, ont maintenu le suivi de ces contrats au niveau des communes). Les contrats continuent à s'exécuter dans les mêmes conditions sur le territoire de chacune des communes.

II/ Perspectives d'évolution dans les modalités d'exercice de la compétence par l'EPT à compter du 1^{er} janvier 2018

L'organisation actuelle a vocation à évoluer dans la mesure où, d'une part, les **conventions conclues avec la Société Suez arriveront à échéance** à la date que chacune aura prévu et, d'autre part, **l'EPT sera automatiquement retiré du SEDIF le 1^{er} janvier 2018**.

On peut donc s'interroger sur la nécessité, à cette occasion, de faire évoluer la situation afin d'aboutir à une harmonisation des modes de gestion ainsi qu'une harmonisation tarifaire sur l'ensemble du territoire (A). Ceci étudié on étudiera les différentes hypothèses possibles en cas de maintien de la situation créée au 1^{er} janvier 2018 (B) ou de l'évolution de cette situation (C).

A. Sur la question de l'obligation d'harmoniser les modes de gestion et les tarifs sur l'ensemble du territoire

1. Sur la possibilité de maintenir différents modes de gestion sur le territoire

Dans la mesure où l'EPT reprend la compétence avec les modes de gestion préexistants (syndicat, contrats, régie) on peut s'interroger sur la possibilité de maintenir ces différents modes de gestion.

On relèvera d'abord qu'aucune disposition légale ne contraint l'EPT à procéder à une harmonisation des modes de gestion sur son territoire.

Le maintien des modes de gestion actuels posent toutefois, ensuite, quelques interrogations :

- Celle de la possibilité pour l'EPT d'adhérer à un syndicat pour une partie de son territoire seulement. Sur ce point, il convient de se référer à l'article L. 5211-61 du CGCT qui autorise un tel transfert partiel en matière d'eau potable, notamment (voir *infra*) ;
- la question de la **possibilité de maintenir une régie qui n'intervient que pour une partie seulement du territoire de l'EPT**.

Sur ce point on relèvera que **le choix du mode de gestion est libre, en application du principe de libre administration des collectivités territoriales garanti par l'article 72 de la Constitution**.

Cette liberté est souvent présentée, par la doctrine et la jurisprudence, comme la faculté de choisir les différents modes de gestion (en ce sens par exemple : R. Chapus, « Droit administratif général », tome 1, Montchrestien, 15^{ème} édition, § 799 ; voir aussi CE Sect. 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n° 284736),

sans qu'il soit néanmoins précisé si le cumul de ces modes, pour un même service, en fonction notamment d'un critère géographique, serait prohibé.

Toutefois, en l'absence de disposition imposant un mode de gestion identique pour la totalité du territoire d'un EPCI, il semble que **l'intervention de cet EPCI par le biais d'une régie personnalisée sur une partie de son territoire seulement est possible**. Et un arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux en date du 3 mars 2014 semble indiquer, au moins implicitement, que le cumul de plusieurs mode de gestion du service public est possible (CAA Bordeaux, 3 mars 2014, *Département des Landes*, n° 12BX02263).

Cependant, une limite à ce principe est celle du principe de l'égalité des usagers devant les charges publiques qui conduit à éviter de placer certains usagers dans une position plus favorable que d'autres. Mais cette limite à surtout vocation à être prise en compte à l'occasion de la création d'une régie ; or, en l'espèce, l'EPT a hérité d'une régie existante.

- **La question de l'harmonisation des contrats.**

Ici encore, aucune disposition légale n'oblige à procéder à une harmonisation des contrats sur le territoire d'un EPCI. Au contraire, ainsi que cela a été précisé ci-avant, le transfert des contrats à l'EPCI entraîne l'obligation pour ce dernier, sauf accord des parties, de continuer d'exécuter lesdits contrats dans les mêmes conditions et jusqu'à leur terme.

De sorte que **plusieurs contrats peuvent coexister sur un territoire intercommunal**¹.

En somme, l'EPT peut conserver les modes de gestion du service public tels qu'ils lui ont été transférés sans qu'une harmonisation ne lui soit imposée. La question de cette harmonisation semble toutefois, à terme, devoir se poser dans la mesure où les contrats en cours d'exécution arriveront à échéance, d'une part et que, d'autre part, le retrait de l'EPT du SEDIF s'imposer au 1^{er} janvier 2018. De sorte que, pour une meilleure gestion du service public et dans un souci de mutualisation, l'EPT pourrait envisager d'harmoniser les modes de gestion du service public sur son territoire.

Il convient désormais d'étudier l'obligation de procéder à une harmonisation tarifaire sur le territoire de l'EPT.

2. Sur une obligation d'harmonisation tarifaire

En premier lieu, dès lors que différents modes de gestion sont admis sur un même territoire, on pourrait considérer que, par définition, l'harmonisation tarifaire ne constitue pas une obligation.

¹ Sur les modalités d'harmonisation des contrats, voir *infra*

Néanmoins, cela soulève la question de l'atteinte au principe d'égalité entre les usagers.

A cet égard, on relèvera que la jurisprudence a depuis longtemps admis qu'une tarification différenciée des services publics peut s'appliquer aux usagers lorsqu'il existe entre eux une différence de situation appréciable (CE, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n°88032, 88148).

Plus précisément en matière d'eau potable, le juge administratif considère qu'une telle distinction se justifie si une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service commande cette mesure (CE, 26 juillet 1996, *Association Narbonne Libertés*, n°130363, 130450). Ainsi, par exemple, ne constitue pas un intérêt général justifiant l'application d'un tarif différencié le fait pour des exploitants de golf de consommer une grande quantité d'eau (CAA Bordeaux, 11 décembre 2012, *Commune de Biarritz*, n°11BX03130).

Il en résulte donc que l'application de tarifs différenciés sur le territoire intercommunal en matière d'eau est envisageable y compris lorsque l'activité est gérée en régie. Elle doit toutefois alors être motivée par l'existence d'une différence de situation appréciable entre les usagers, le juge appréciant au cas par cas la réalité de cette différence de situation.

En second lieu, l'existence d'un tarif différencié sur le territoire intercommunal est admise par les services de l'Etat, bien qu'ils reconnaissent que le principe de la mutualisation, propre à l'intercommunalité, par lequel les communes se regroupent dans le but de développer des projets communs au sein d'un espace de solidarité, doit favoriser la mise en place d'un tarif unique (Rep. Min. n°16484, JO Sénat, 14/07/2005).

Pour justifier de cette différenciation, les services de l'Etat se fondent sur la jurisprudence précitée « *Denoyez et Chorques* » (Rep. Min. n°16484, précitée ; voir également les débats sur le projet de loi NOTRe, Assemblée Nationale, 1ère lecture, 4 mars 2015).

De sorte que l'harmonisation des tarifs sur le territoire des EPCI semble devoir s'imposer dès lors que le même service est fourni aux usagers, certains d'entre eux pouvant contester une différenciation tarifaire non justifiée. Néanmoins il est vrai que, en matière d'eau potable, l'existence de réseaux distincts, dans un état différent (et nécessitant donc par exemple plus ou moins d'entretien et de contrôle) peut, peut-être davantage que pour d'autres compétences, justifier une différenciation tarifaire.

Il résulte donc de cette analyse que l'application de tarifs différenciés sur le territoire de l'EPT est envisageable si celui-ci justifie d'une différence de service rendu aux usagers. Lorsque plusieurs modes de gestion du service public coexistent sur le territoire, l'application de différents tarifs est donc possible.

Dans le cadre d'une harmonisation des modes de gestion, en revanche, l'harmonisation tarifaire apparaît nécessaire à terme si aucune différence de service n'est constatée, étant précisé que l'état des réseaux peut expliquer des coûts de services différenciés et donc des tarifs variables.

3. Sur la question de l'harmonisation des contrats

Ainsi que cela a été développé, le transfert de la compétence « eau » à l'EPT entraînera la substitution de ce dernier dans les contrats conclus pour l'exercice de cette compétence.

Or l'article L. 5211-17 du CGCT indique que « *les contrats sont exécutés dans les conditions antérieures jusqu'à leur échéance, sauf accord contraire des parties* », de sorte que l'EPT qui se substitue est lié par les clauses contractuelles conclues par les communes avant le transfert de compétence, en ce compris la durée et les tarifs.

Partant, la question d'une harmonisation des contrats pourrait se poser.

Sur ce point, le Ministre de l'Intérieur, saisi d'une question portant sur la possibilité pour un EPCI d'harmoniser les contrats de DSP conclu en matière d'eau, a précisé que, en l'état actuel du droit, **l'harmonisation unilatérale de la durée des contrats de délégation n'est pas possible hormis le cas, admis par le juge administratif (TA Lille, 9 juillet 1999, *Préfet Pas-de-Calais*), où un seul contrat peut être substitué à tous les autres du fait de leur identité d'objet.**

Le Ministre précisait, par ailleurs, que le Gouvernement n'envisageait pas d'introduire de nouvelles dispositions dans la loi pour permettre cette unification du fait des conséquences difficiles que cela pourrait engendrer (Rép. min. n° 68008 : JOAN Q 4 févr. 2002, p. 593).

Aucune règle légale spécifique n'existe donc pour permettre aux EPT d'harmoniser les contrats conclus en matière d'eau sur leur territoire. Cette harmonisation implique alors le recours aux mécanismes généraux de droit administratif, c'est-à-dire :

- **la signature d'avenants aux contrats en cours d'exécution entre l'EPT et les prestataires.** On relèvera ici que les avenants signés ne devront pas modifier les contrats de manière substantielle, à défaut de quoi une nouvelle procédure de mise en concurrence s'imposerait.

Pour exemple, un avenant à un contrat d'affermage conclu par une communauté d'agglomération à la suite du transfert de la compétence « eau » (le contrat initial

ayant été conclu par le syndicat auquel les communes avaient préalablement adhéré), est constitutif d'un nouveau marché lorsqu'il prévoit une durée d'exécution plus longue visant à tenir compte de la volonté de l'administration de procéder à des travaux d'extension, de renforcement et de renouvellement des ouvrages de canalisation et de robinetterie en partie par le fermier (CAA Douai, 28 février 2008, *Communauté d'agglomération Elbeuf Boucle de Seine*, n°06DA00733).

Sur ce point, on peut citer l'exemple de la Communauté urbaine de Nantes qui a signé 37 avenants avec les trois délégataires compétents sur son territoire pour parvenir, en 2006, à l'unification de ses tarifs (*Prix unique de l'eau : quand les collectivités donnent l'exemple*, Localtis, 17 décembre 2013) ;

- **la modification, voire la résiliation unilatérale des contrats par l'EPT en vertu de ses prérogatives de puissance publique.** Ces mécanismes doivent toutefois être justifiés par la poursuite de l'intérêt général et impliquent l'indemnisation des cocontractants.

Pour répondre à ces conditions, on pourrait dès lors envisager de justifier la modification ou la résiliation des contrats par la volonté de l'EPT d'unifier la gestion de l'eau potable sur son territoire et ainsi garantir à ses usagers leur égalité devant le service public (voir en ce sens *La substitution de l'EPCI aux communes dans leurs obligations contractuelles*, Guy Durand, Contrats publics n°61, décembre 2006).

S'agissant du cas particulier d'une DSP, il conviendra en outre d'examiner la possibilité de la modifier ou d'en prolonger la durée au regard des nouvelles règles qui découlent Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et de son décret d'application n° 2016-86 du 1^{er} février 2016. Cette question pourra faire l'objet de développements ultérieurs si vous le souhaitez.

B. Hypothèse du maintien de la situation créée au 1^{er} janvier 2018

Dans la mesure où il n'existe aucune obligation légale de procéder à une harmonisation des modes de gestion de la compétence ni, de manière immédiate à tout le moins, à celle des tarifs, on peut imaginer que l'EPT décide, au 1^{er} janvier 2018, de ne pas modifier la situation créée par la loi.

Dans cette hypothèse, aucun changement ne devrait s'opérer sur la partie du territoire alors gérée directement par l'EPT : **d'une part, sauf renégociation par l'EPT avec la Société Suez (non obligatoire), les contrats conclus avec cette société s'exécuteront dans les mêmes conditions et jusqu'à leur échéance**, des nouvelles conventions pourront ensuite être conclues par l'EPT, étant toutefois précisé que, dans un souci de bonne gestion de la compétence, la question de la conclusion d'une convention unique ou, a minima, d'une rationalisation du nombre des contrats couvrant le territoire doit être posée.

D'autre part, la régie de Viry-Châtillon continuera d'être gérée par l'EPT sur le territoire de la Commune.

Concernant le territoire aujourd'hui géré par le SEDIF, le *statu quo* au 1^{er} janvier 2018 entraînera en revanche un changement plus notable dans la mesure où le retrait automatique de l'EPT implique qu'il prenne en charge directement l'exercice de la compétence.

Le retrait devra s'opérer dans les conditions énoncées à l'article L. 5211-25-1 du CGCT aux termes duquel :

- les **biens meubles et immeubles mis à la disposition du SEDIF** par les communes ou par la communauté lorsqu'elles étaient alors membres **reviennent à terme à l'EPT** dès lors qu'il sera seul compétent pour exercer la compétence ;
- les **biens meubles et immeubles acquis ou réalisés postérieurement au transfert de compétences** sont **répartis entre l'EPT qui reprend la compétence et le Syndicat**. Il en va de même pour le produit de la réalisation de tels biens, intervenant à cette occasion. Le solde de l'encours de la dette contractée postérieurement au transfert de compétences est réparti dans les mêmes conditions entre l'EPT et le Syndicat. **Dans le cadre d'une compétence comme l'eau potable, la scission du réseau n'apparaît pas nécessairement envisageable (à voir techniquement), de sorte qu'il est vraisemblable que le SEDIF conserve la propriété de l'ensemble de celui-ci, ce qui implique non seulement d'organiser financièrement cette modalités de répartition mais aussi d'envisager soit un accès à ce réseau pour l'EPT, soit la mise en place d'un nouveau réseau ; s'agissant des équipements de production, la question demeure de savoir si les communes retirées (et donc l'EPT) pourraient obtenir le transfert de l'un d'entre eux.**

Les **modalités de la répartition** s'établissent **soit par accord** entre le membre qui se retire et le Syndicat soit, **à défaut, par arrêté préfectoral**. Cet arrêté est pris dans un délai de six mois suivant la saisine du ou des préfets concernés. On relèvera ici que **les questions de répartition de l'actif et du passif entre le syndicat et le membre qui se retire sont souvent problématiques et aboutissent difficilement à un accord, le préfet étant fréquemment conduit à intervenir.**

L'article L. 5211-25-1 du CGCT indique également que **l'EPT se substitue au SEDIF dans l'exécution des contrats** conclus pour l'exercice de la compétence « eau potable ». Cette substitution entraîne donc une « **bicéphalisation** » du contrat **c'est-à-dire que l'EPT et le SEDIF seraient, chacun pour la portion de territoire qui le concerne, partie au contrat conclu avec la Société Veolia** (CAA Douai, 28 février 2008, *Veolia-Eau CGE*, n°06DA00733). **La solution pour échapper à cette scission contractuelle consisterait à soutenir que la DSP est rattachée à des équipements (notamment le réseau) demeurant exclusivement propriété du SEDIF, cette thèse pouvant être contestée par le SEDIF comme Veolia et nécessitant en outre d'analyser les stipulations du contrat SEDIF/Veolia.**

S'agissant des personnels, il n'est pas possible, en l'état, de mesurer l'impact et de savoir si, sur le foncement des dispositions du Code du travail, l'EPT devrait se voir transférer certains salariés : ce point sera à examiner au regard des impacts d'une éventuelle scission du contrat sur lesdits salariés.

Il en résulte donc que, s'agissant de la DSP conclue par le SEDIF avec Veolia, et sans avoir à ce stade pris connaissance des stipulations de cette convention, on peut considérer que l'EPT serait vraisemblablement substitué au SEDIF dans ce contrat pour les prestations qui concernent le territoire des communes membres de l'EPT, sous réserve de parvenir à démontrer que le contrat est uniquement rattaché aux biens conservés par le SEDIF. Au terme de cette convention, l'EPT pourra en tout état de cause choisir de lancer une nouvelle procédure et ainsi confier la gestion de l'eau potable à un nouveau prestataire.

Il convient d'examiner désormais l'hypothèse d'une évolution dans les modes de gestion par rapport à la situation créée par la loi au 1^{er} janvier 2018.

C. Sur l'hypothèse d'une évolution de la situation créée par la loi au 1^{er} janvier 2018

Si le *statu quo* peut être envisagé, l'EPT peut également décider de gérer la compétence « eau » sur son territoire d'une autre manière.

Ainsi, d'abord, il peut décider de ré-adhérer au SEDIF (1) mais également de procéder à une harmonisation contractuelle (2). La situation particulière de la régie de Viry-Châtillon sera également évoquée (3).

1. Possibilité pour l'EPT de ré-adhérer au SEDIF

Dans l'hypothèse d'une ré-adhésion de l'EPT au SEDIF, on relèvera, d'abord, que cette adhésion peut concerner soit la **totalité de son périmètre** soit **une partie seulement**. En effet, l'article L. 5211-61 du CGCT autorise, en matière d'alimentation en eau potable, notamment, un établissement public territorial à « *transférer toute compétence à un syndicat de communes ou un syndicat mixte sur tout ou partie de son territoire ou à plusieurs syndicats situés chacun sur des parties distinctes de son territoire* ».

De sorte que **l'adhésion de l'EPT au SEDIF pourra s'effectuer pour une partie de son territoire seulement**. La partie de territoire concernée pourrait alors, le cas échéant, correspondre au territoire des communes anciennement membres du SEDIF ainsi que de la CAVB, mais également à d'autres communes intéressées.

Mais l'EPT pourra également faire le choix d'adhérer au SEDIF pour la totalité de son périmètre.

En toutes hypothèses, quel que soit le périmètre pour lequel l'EPT entend ré-adhérer, **une démarche volontaire de sa part sera nécessaire.**

Sur ce point on notera que si, à l'occasion de débats parlementaires de la loi NOTRe, une procédure particulière d'adhésion des EPT à un syndicat compétent en matière d'eau potable avait été envisagée en cas d'extension de l'exercice de la compétence par l'EPT (adhésion par simple délibération de l'EPT, amendement n° 72 rect. quater, Sénat, 26 mai 2015), cette procédure dérogatoire n'a finalement pas été validée définitivement.

Partant, en l'absence de disposition spécifique relative à l'adhésion d'un EPT à un syndicat mixte fermé, **cette adhésion implique la mise en œuvre de la procédure de droit commun énoncée à l'article L. 5211-18 du CGCT, relatif à l'extension de périmètre des établissements publics de coopération intercommunale, également applicable aux syndicats mixtes fermés tels que le SEDIF.**

Ainsi, aux termes de la procédure décrite à l'article L. 5211-18 du CGCT, l'adhésion de l'EPT au SEDIF impliquerait :

- **une délibération de l'EPT** sollicitant son adhésion au SEDIF à compter du 1^{er} janvier 2018 (l'initiative peut également venir du SEDIF).

Si la question de la nécessité de solliciter l'accord des communes membres de l'EPT pour l'adhésion pourrait être posée compte tenu des dispositions de l'article L. 5212-32 du CGCT, ce texte apparaît en pratique inapplicable.

- **une délibération du SEDIF** donnant son accord (si l'initiative ne vient pas de lui) ;
- **la notification de la délibération de l'EPT à l'ensemble des adhérents du SEDIF** qui devront se prononcer dans un délai de trois mois à compter de cette notification, à défaut de quoi leur avis sera réputé favorable ; les mêmes règles s'appliquent pour la collectivité dont l'adhésion est envisagée.
- **l'adhésion de l'EPT doit recueillir l'accord d'une majorité qualifiée** comprenant les deux tiers au moins des organes délibérants des membres du SEDIF représentant plus de la moitié de la population totale de ceux-ci, ou par la moitié au moins des organes délibérants des membres représentant les deux tiers de la population. Cette majorité doit nécessairement comprendre les organes délibérants des membres dont la population est supérieure au quart de la population totale concernée.
- si les conditions requises sont acquises, **l'adhésion de l'EPT au syndicat peut être prononcée par arrêté préfectoral**, le préfet disposant néanmoins d'un pouvoir d'appréciation pour prononcer ou non l'adhésion.

Partant, il appartient à l'EPT et non à ses communes membres de décider de son adhésion au SEDIF. Cette adhésion doit toutefois rencontrer l'accord du Syndicat mais également celui de la majorité qualifiée des membres de ce dernier.

L'adhésion de l'EPT au SEDIF impliquerait alors la mise en œuvre des principes énoncés ci-dessus entre l'EPT et le Syndicat, c'est-à-dire la **mise à la disposition du Syndicat des biens et le transfert ou la mise à disposition des services** nécessaires à l'exercice de la compétence ainsi que la **substitution du SEDIF dans l'ensemble des actes adoptés par l'EPT** (ou ceux qui lui auront été transférés par les communes au 1^{er} janvier 2016) dans le cadre de l'exercice de cette compétence, **ainsi que dans les contrats.**

Concrètement, si l'EPT ré-adhère pour le territoire des seules communes sur lequel le SEDIF était déjà compétent, aucune répartition ou retour de biens ne sera mis en œuvre et un statu quo par rapport à la situation de ce jour devrait être constaté.

En revanche, si le périmètre varie :

- une répartition devra être organisée pour le territoire des communes qui « sort du SEDIF »**
- des transferts de biens et contrats vers le SEDIF devront être organisés pour le territoire des communes qui y entre ; en conséquence, les contrats de délégation de service publics conclus avec la Société Suez par les communes avant le transfert, qui sont à ce jour transférés à l'EPT, devront être transférés au SEDIF qui deviendra partie au contrat en lieu et place de l'EPT si ce dernier décidait d'adhérer au SEDIF pour ces communes. Autrement dit, l'adhésion au SEDIF au titre de nouvelles communes ne vaudra pas extension de la DSP Veolia mais la gestion des DSP Suez par le SEDIF, à charge pour ce dernier d'organiser ensuite les conditions d'une harmonisation contractuelle.**

Il convient désormais d'examiner les modalités envisageables d'une harmonisation contractuelle par l'EPT.

2. La possibilité pour l'EPT de procéder à une harmonisation contractuelle sur son territoire

Ainsi que cela a été précisé ci-avant, une harmonisation contractuelle peut être envisagée dans certaines conditions.

En l'espèce, une telle harmonisation pourrait être envisagée à deux échelles :

- Soit à l'échelle de la totalité du territoire de l'EPT en cas de retrait du SEDIF (hormis, le cas échéant, le territoire de la régie) ;
- Soit à l'échelle des seules communes aujourd'hui gérées par convention avec Suez.

Ces hypothèses nécessitant de disposer des différents contrats concernés pour mesure les enjeux et risques, cette partie pourra faire l'objet, à votre demande, de développements ultérieurs.

3. Le cas particulier de la régie de Viry-Châtillon

Dans l'hypothèse d'une évolution des modes de gestion sur le territoire de l'EPT, la question du devenir de la régie de Viry-Châtillon devra également être soulevée.

En effet, pourrait, d'une part, être envisagé de **dissoudre l'établissement public**. Dans cette hypothèse, il serait alors nécessaire de réfléchir aux modalités de gestion de la compétence sur ce territoire : l'adhésion de l'EPT au SEDIF pour cette commune pourrait-elle être envisagée ? Un contrat spécifique de DSP serait-il plus approprié ? Dans le cadre d'une harmonisation des contrats sur le périmètre de l'EPT, conviendrait-il d'envisager d'inclure Viry-Châtillon ?

D'autre part, **la question de l'élargissement du périmètre d'intervention pourrait être posée**. Dans ce cas, les modalités d'un tel élargissement et les conséquences que celui-ci pourrait engendrer, notamment sur les conventions passées par la régie dans le cadre de sa mission de service public devrait être examinées. En particulier, en cas de reprise en régie des activités menées par la Société Suez, **la question de la reprise des salariés** de cette Société affectés aux contrats de DSP actuels devra être examinée.

En conclusion, depuis le 1^{er} janvier 2016, la compétence « eau » de l'EPT est gérée comme suit :

- l'exercice de la compétence par le SEDIF pour le compte de la Communauté d'agglomération et des communes qui en étaient membres, l'EPT s'étant substitué à celles-ci au sein du SEDIF et en est, de ce fait, devenu membre par représentation-substitution. La convention conclue par le SEDIF avec Veolia continue de s'exécuter sur cette partie du territoire.
- l'exercice de la compétence par l'EPT par le biais de la DSP conclue par la Société Suez en lieu et place des communes qui avaient conclu cette convention ;
- l'exercice de la compétence par l'EPT par le biais de la régie personnalisée sur le territoire de Viry-Châtillon.

Cette organisation a vocation à évoluer à compter du 1^{er} janvier 2018 du fait du retrait automatique de l'EPT du SEDIF. A cette occasion, l'EPT pourra faire le choix de maintenir la situation créée par la loi, dans la mesure où il n'est pas contraint à harmoniser les modes de gestion de la compétence. Il pourrait alors envisager de :

- reprendre directement à sa charge la compétence pour tout ou partie du territoire jusqu'alors géré par le SEDIF, cette reprise pouvant toutefois impliquer la substitution de l'EPT au SEDIF dans l'exécution de la DSP conclue avec Veolia ; au demeurant, cette reprise impose de déterminer les conditions patrimoniales et financières de répartition des biens (outils de production + réseau) ;
- maintenir la régie de Viry-Châtillon ;
- continuer d'exécuter les conventions conclus avec Suez dans les conditions alors définies par les communes et jusqu'aux échéances prévues par chacune d'elles.

L'EPT pourra également choisir de faire évoluer la situation. A cet égard, plusieurs choix s'offrent à lui :

- adhérer en son nom propre au SEDIF pour la totalité de son périmètre ou pour une partie seulement. Dans cette hypothèse, même si la compétence est confiée pour des communes qui avaient contracté avec la société Suez, les conventions existantes avec cette société continueront de s'appliquer, le SEDIF devenant partie aux contrats en lieu et place de l'EPT pour les communes qui seraient incluses dans son périmètre ; ici encore, la question de la répartition des biens entre SEDIF et EPT peut se poser si le territoire de certaines communes aujourd'hui géré par le SEDIF devient géré par l'EPT
- procéder à une harmonisation totale ou partielle des contrats, selon les modalités envisageables au regard du droit des concessions ;
- faire évoluer la régie de Viry-Châtillon soit en prévoyant sa dissolution pour aboutir à une harmonisation de la gestion de l'eau avec les autres communes du territoire, soit en élargissant son périmètre, cette deuxième hypothèse posant toutefois quelques questionnements juridiques notamment s'agissant de la pérennité des contrats conclus par l'établissement public et donc du sort des personnels affectés à ces contrats.

En toutes hypothèses, en application du principe d'exclusivité, ces choix dans le mode de gestion sont du ressort de l'EPT et non plus de ses communes membres.