

COMMISSION PERMANENTE
du 30 OCTOBRE 2007

EXTRAIT DE DELIBERATION

La Commission Permanente de l'Institution d'Aménagement de la Vilaine (I.A.V.) légalement convoquée, s'est réunie le mardi 30 octobre 2007 à 9 h 00 dans les locaux de l'Agence de Redon – Quai Amiral de la Grandière, sous la Présidence de Monsieur Yvon MAHE.

Étaient Présents :

- M. Yvon MAHE, Conseiller Général de Loire-Atlantique
- M. Christian CANONNE, Conseiller Général de Loire-Atlantique
- M. Marcel HAMEL, Conseiller Général d'Ille et Vilaine
- M. Joseph BROHAN, Conseiller Général du Morbihan

Etaient excusés :

- M. Michel GAUTIER, Conseiller Général d'Ille et Vilaine
- Mme Yvette ANNEE, Conseillère Générale du Morbihan

Assistaient également à la séance :

- M. Michel ALLANIC, Directeur Général des Services
- Madame Corinne HERVE, Secrétaire Générale.

Constatant que les conditions statutaires nécessaires à la validité des délibérations sont réunies, le Président ouvre la séance et procède à l'ensemble des questions inscrites à l'ordre du jour.

**COMMISSION PERMANENTE
du 30 Octobre 2007**

II - CONVENTIONS – CONTRATS – MARCHES PUBLICS

4. Renouvellement du contrat d'exploitation du service de production d'eau potable.

NOTE DE PRESENTATION DE LA PROBLEMATIQUE

➤ PRESENTATION DE L'IAV

L'Institution d'Aménagement de la Vilaine est une Institution interdépartementale créée en 1961 par les trois départements d'Ille-et-Vilaine, de Loire-Atlantique et du Morbihan, et dont les statuts ont été révisés en 2002.

L'Institution d'Aménagement de la Vilaine est un Etablissement Public Territorial de Bassin (EPTB) au sens de la Loi risques du 30 juillet 2003 et de ses textes d'application. Son périmètre d'intervention, qui est celui du bassin versant, a été reconnu par arrêté du Préfet coordonnateur de bassin en date du 13 juillet 2007. (*annexe 1. copie de l'arrêté préfectoral*).

Son objet originel était de construire le barrage d'ARZAL et de l'exploiter en vue de l'aménagement des marais, la contention des marées, le rétablissement de la navigation et la réalisation de tous travaux d'intérêt général.

Ces compétences se sont ensuite étendues en 1972 à la production d'eau potable et à la gestion d'une infrastructure technique comprenant notamment l'usine de potabilisation de FEREL.

Enfin l'Institution prenait en charge en 1989 la concession de la VILAINE dans la partie située en aval de l'écluse de Mâlon jusqu'à la limite de la mer.

➤ **COMPETENCES DE L'IAV**

Les missions de l'IAV peuvent être définies en 3 groupes :

➔ Eau potable – barrage – voie navigable :

- gestion technique et administrative du barrage d'ARZAL,
- gestion de la concession fluviale depuis l'aval de l'écluse de Mâlon jusqu'à la limite de la mer,
- gestion technique et administrative de la production d'eau potable.

➔ "Travaux hydrauliques" : inondations et étiage

- maîtrise d'ouvrage spécifique pour études et travaux de portée générale, ou ponctuelle en cas d'absence de porteur potentiel ou de carence des maîtres d'ouvrages existants.

➔ Coordination de bassin :

- support logistique de la CLE et de son animation,
- suivi de la mise en œuvre du SAGE.
- Support de concertation et assistance à la maîtrise d'ouvrage locale.

(annexe 2. Statuts de l'IAV)

➤ **LA PRODUCTION D'EAU POTABLE**

- Cette compétence ancienne de l'IAV a été initiée par les services de l'Etat et les 3 départements membres dès 1972.
- La mission de l'IAV est d'assurer la régulation de l'alimentation en eau potable au niveau régional (Bretagne Sud) en garantissant l'approvisionnement et la sécurité. Ainsi, l'IAV fournit de l'eau potable en direct à des collectivités et établissements territoriaux.

Le métier de l'IAV est d'être producteur et transporteur mais en aucun cas distributeur d'eau potable.

A ce jour, l'usine a une capacité moyenne de 90 000 m³/j (la plus importante de Bretagne) avec une production annuelle qui n'a cessé d'augmenter avec le temps, mais très variable d'une année à l'autre, avec une forte dépendance à la climatologie, en particulier avec des pointes très prononcées lors des années sèches (2003 – 2005). Ainsi, sa production moyenne annuelle est d'environ 18 Mm³, avec des pointes à 22,3 Mm³ en 2005.

En revanche, l'année 2007 est en baisse à 15 millions de m³ (soit – 25 % par rapport à la prévision) compte tenu de la pluviométrie.

➤ **L'EXPLOITATION ACTUELLE DU SERVICE D'EAU POTABLE**

Depuis mars 1993, l'exploitation du service a été confiée à la SEPIG par contrat de gérance pour une période de 15 ans. Celui-ci arrive donc à échéance en mars 2008.

➤ RENOUVELLEMENT DU CONTRAT

Abordé une première fois le 30 mars par le Conseil d'Administration, le rapport présenté aux élus (*annexe 3. délibération*) ne pouvait ignorer la question de la qualification juridique du contrat dans la mesure où cette qualification avait fait l'objet d'une observation de la Chambre Régionale des Comptes dans son jugement du 2 juillet 2003 à savoir :

« Quant à la nature juridique de ce traité de gérance, si elle a pu être analysée dans le passé sans erreur de droit manifeste comme étant une délégation de service public, il convient aujourd'hui de considérer que l'IAV est en présence d'un marché public (C.E. 15 avril 1996 – préfet des Bouches du Rhône/commune de Lambesc, C.E. du 7 avril 1999 – commune de Guilheran-Granges, article 3 de la loi MURCEF du 11 décembre 2001).

Cette loi définit précisément la délégation de service public comme « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

Une consultation juridique auprès du cabinet d'avocats CORNET-VINCENT-SEGUREL de Nantes le 11 mai 2007 confirmait l'appréciation de cette qualification au regard de la jurisprudence. Rappelons que le contrat actuel a été conclu à une époque où le critère de la gestion du service prévalait sur celui tiré de la rémunération. La délégation de service public était alors définie comme un contrat ayant pour objet de confier la gestion d'un service public à un co-contractant de l'administration pour qu'il en assure l'exploitation à ses risques et périls.

En outre, les prix de base du contrat conclus à l'origine, qui rémunèrent l'exploitant au volume fourni, ont été révisés à 2 reprises pour tenir compte de l'évolution de la production annuelle et des gains de productivité.

La dernière révision en date du 11 octobre 2006 avait conduit à une réduction du prix de 22 % sur la base d'une assiette prévisionnelle de production de 19 millions de m³ (*annexe 4*).

A ce titre, la tendance pour 2007 conduit en fait à ce jour à une production ramenée à 15 millions de m³. De ce fait, on peut constater que le risque financier est complètement supporté par l'entreprise gérante puisqu'elle est rémunérée proportionnellement au volume fourni.

Malgré ces observations, le rapport présenté au Conseil d'Administration le 30 mars 2007 proposait de renouveler le contrat au terme d'une procédure de marché public de service en abandonnant celle de la délégation de service public.

Le Conseil d'Administration, se considérant insuffisamment informé sur les différents modes d'exploitation du service public, renvoyait la question à une réunion ultérieure après une étude plus approfondie par la Commission Permanente.

Celle-ci, le 11 avril 2007, après avoir réalisé une étude pragmatique recensant les différents types de contrats envisageables, la présentation de leurs implications et leur différenciation (*annexe 5. délibération*), réabordait la question et décidait de faire appel à un assistant à maître d'ouvrage (AMO) pour apporter un appui technique aux services de l'IAV.

Puis, dans sa séance extraordinaire du 5 juillet 2007, le Conseil d'Administration, après avoir entendu les rapports des services et de l'AMO et apprécié les différents types de contrats décidait, après un large débat, de retenir la procédure d'un marché de services, en précisant que la dévolution se ferait par marché négocié, l'établissement étant considéré comme un opérateur de réseaux au sens du Code des Marchés Publics (*annexe 6*).

Depuis cette délibération, des éléments nouveaux sont intervenus dans le paysage juridique de ce type de contrat :

- L'arrêt du conseil d'Etat du 9 juillet 2007 (*annexe 7*) annulait certaines dispositions du Code des Marchés Publics ainsi que le point 16.1.1. de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des Marchés Publics, en tant qu'il précise que sont inclus dans le champ de l'article 135 les marchés par lesquels une personne publique confie à un tiers l'exploitation d'un réseau fixe.
L'interprétation de cet arrêt est, pour l'IAV, de ne plus être considérée comme opérateur de réseau, et donc entité adjudicatrice.
Dans ces conditions, le mode de dévolution restant possible n'est plus que celui de l'appel d'offres, procédure mal adaptée à la dévolution d'un service de production d'eau potable.
- Parution dans La Gazette des Communes (8/10/2007) d'un cahier détaché élaboré par les ministères de l'Intérieur, et de l'Economie et des Finances (*annexe 8*).
Si la délégation de service public est bien définie au paragraphe 1.2.1. de la sous-section II, avec une référence à l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 avril 1999 « commune de Guilhaing-Granges », en précisant au renvoi 20 qu'il convient de « considérer cet arrêt comme un cas d'espèce » et qu'il ne convient pas d'en « généraliser les conséquences », d'une manière encore plus claire, le 1.2.2. classe la gérance comme mode de délégation du service public tout en rappelant quelques arrêts du Conseil d'Etat précisant la notion de risque d'exploitation.

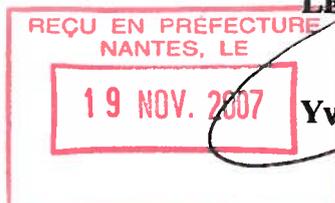
A la lumière de tous ces éléments, le flou juridique qui paraissait effacé ressurgit, notre interrogation est encore plus vive si l'on se réfère à certains commentaires spécialisés sur cette question dans l'interprétation de l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 juin 2006 « Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du GIER » (*annexe 9*).

Après avoir pris connaissance de ce rapport, la Commission Permanente, à l'unanimité :

- Souhaite assurer la sécurité optimale de la procédure de mise en concurrence et donc du futur contrat, tant vis-à-vis de l'appréciation faite par les services de l'Etat (contrôle de légalité) que par le juge appelé à statuer sur un recours éventuel par un tiers.
- Décide, comme cela a été proposé par les services de la Préfecture de Loire-Atlantique, de prendre l'avis des services juridiques du Ministère de l'Intérieur et demande ainsi à Monsieur le Préfet de bien vouloir saisir ces services.

Pour Extrait Conforme

LE PRÉSIDENT



Yvon MAHE