

# La loi NOTRe et le petit cycle de l'eau : De l'erreur stratégique à la stratégie masquée ?

Nicolas SAUTEREAU

Docteur en droit public

Chargé d'enseignement à l'Université Paris Sud

## Résumé :

*La loi NOTRe initie un processus de restructuration des services publics locaux participant à la gestion du petit cycle de l'eau, en procédant de manière échelonnée au transfert aux EPCI à fiscalité propre des compétences « eau » et « assainissement ». Toutefois, le législateur manque sciemment d'ambition en considérant ces services exclusivement sous un angle organique, privilégiant la légitimation de l'intercommunalité à l'efficacité du service et au contrôle citoyen.*

Il ne s'agissait pas d'un axe fort de la réforme, mais au fil des débats, le sujet est devenu un point de crispation, parmi d'autres, entre le Gouvernement et les associations d'élus. Les politiques publiques de l'eau, qu'il s'agisse de la protection des milieux aquatiques ou de la distribution d'eau potable sont depuis des décennies déterminées et assurées par une multitude d'acteurs, dont certains parlementaires et ministres jugent aujourd'hui l'efficacité de leur action altérée en raison même de leur pluralité et par leur difficile mise en cohérence, poussés par des éléments presque naturels à les entendre : la simplification administrative et la maîtrise des dépenses publiques. La variété des sources du droit de l'eau<sup>1</sup>, son processus de construction, par sédimentation, pourrait même apparaître comme étant le reflet, sinon la source, de cette complexité apparente et de la gabegie supposée qu'elle produirait. Il est vrai que ce droit est « à la fois compartimenté, éclaté, hétérogène, stratifié, enchevêtré, incomplet<sup>2</sup> », et reflète, par ailleurs, le caractère polysémique de l'eau qui peut être envisagé comme « ressource, milieu, risque ou voie<sup>3</sup> ».

En 2006, déjà, alors que cela pouvait être sa vocation, la loi sur l'eau ne permit pas de clarifier nettement les interventions de tous ces acteurs. Il faut dire que la mission est colossale. Yves Jegouzo signalait, avec Philippe Billet, que « la compréhension de l'administration de l'eau est encore troublée par la montée en puissance des collectivités territoriales dans ce domaine<sup>4</sup> ». A l'heure de la clarification des compétences des autorités décentralisées et de la simplification administrative dont le Gouvernement ne cesse de rappeler qu'ils sont les objectifs fondamentaux de la réforme territoriale, il aurait pu être de bon ton, de prendre le sujet à bras le corps d'autant que la critique fut renouvelée. Le Conseil d'Etat dénonça, en 2010, « une multiplication des établissements publics et [une] opacité budgétaire<sup>5</sup> » concernant l'administration d'Etat de l'eau, ainsi que la complexité de

<sup>1</sup> Formule retenue par facilité tant la question de son existence est posée en doctrine. Voir par exemple : Y. Jegouzo, « Existe-t-il un droit de l'eau ? », In, Conseil d'Etat, *L'eau et son droit*, Rapport de la section du Rapport et des études, La Doc. fr. EDCE, 2010, p. 567.

<sup>2</sup> Conseil d'Etat, *L'eau et son droit*, Rapport de la Section du rapport et des études, La doc. fr. 2010, EDCE, p. 44 ; -L. Gazzaniga, « La genèse de la loi sur l'eau », *LPA*, numéro spécial, 19 octobre 1992, p. 9 ; R. Romi, « Le droit de l'eau, entre opacité et transparence », *RJE*, 1-1993, p. 75.

<sup>3</sup> Y. Jegouzo, « La loi du 30 décembre 2006, de très diverses dispositions relatives à l'eau », *AJDA* 2006, p. 1162.

<sup>4</sup> Y. Jegouzo, op. cit. p. 1166 / P. Billet, « Principales dispositions de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques intéressant les collectivités », *JCPA* 12 janvier 2007, p. 4).

<sup>5</sup> Conseil d'Etat, *L'eau et son droit*, op. cit. p. 66.

l'intervention des collectivités territoriales dans la gestion du petit cycle de l'eau<sup>6</sup> qui la rend difficilement descriptible<sup>7</sup>. La définition même des services publics intervenant dans le petit cycle de l'eau qui relèvent de la compétence des communes, révèle la variété des prestations nécessaires à l'accomplissement de ces missions. Le service public de l'eau potable consiste à « *assurer 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* »<sup>8</sup>. [L'activité de production est obligatoire, alors que le transport, le stockage et la distribution demeurent facultatifs.] Le service d'assainissement, quant à lui, comprend d'une part l'assainissement collectif, c'est-à-dire le contrôle des raccordements, la collecte, le transport et l'épuration des eaux usées, et d'autre part l'assainissement non-collectif, comprenant tant une prestation de conseil précédant l'installation d'ouvrages privés neufs d'assainissements individuels, que des opérations de contrôle d'installations existantes. Le juge administratif en a déduit qu'il était possible de scinder ces services, et d'adopter des modes de gestion différenciés<sup>9</sup> selon qu'il s'agisse de production ou de distribution d'eau potable par exemple, venant ajouter un peu plus à une complexité déjà bien marquée.

Alors même que le législateur intervint à nouveau avec la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales pour clarifier l'exercice des compétences au niveau local et diminuer le nombre de structures de gestion, le résultat ne fut pas à la hauteur des annonces<sup>10</sup>. Il suffit d'évoquer quelques chiffres afin d'achever un réquisitoire qui se veut sans concession. Il existerait, selon les indications du site *eau-France.fr*, 13880 services de distribution d'eau (dont 86% assurent production et distribution), et 17196 services d'assainissement collectif, ce qui permet d'affirmer « *qu'en moyenne une intercommunalité compétente en matière de distribution d'eau, regroupe moins de trois communes* »<sup>11</sup>. La coopération serait insuffisamment développée et souffrirait d'un retard préjudiciable.

Ces analyses trouvèrent un écho à l'occasion du rapport *Levrault* évaluant les politiques publiques de l'eau dans lequel fut formé le vœu « *de réduire rapidement de façon drastique le nombre de services et leur donner de la cohérence en termes de responsabilités, au minimum pour les aspects liés à l'assainissement : assainissement collectif, non collectif et pluvial* »<sup>12</sup>. Au-delà du morcellement de la compétence et de l'articulation difficile des interventions publiques, c'est la capacité à assurer le renouvellement des réseaux d'eau potable et le développement des réseaux d'eau usée qui est critiquée.

Quasi absente du projet de loi NOTRe, la thématique de l'eau apparut au moment de la première lecture à l'Assemblée Nationale. Le Gouvernement déposa un amendement pour transférer, de droit, à l'horizon 2017, les compétences « eau » et « assainissement », aux établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre (EPCI-FP), avant de faire face à l'opposition du Sénat, puis de rétablir en deuxième lecture à l'Assemblée le transfert obligatoire, mais à un horizon plus éloigné : 2020.

On relève également, indirectement, dans le cadre de la précision des compétences régionales, aux articles 10 à 12, les règles régissant la préparation et l'adoption d'un schéma

---

<sup>6</sup> Le petit cycle de l'eau est la qualification donnée à un cycle artificiel consistant à capter l'eau, la rendre potable, la distribuer d'une part et d'autre part assurer la collecte et le traitement des eaux usées afin de permettre un retour au milieu naturel.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>8</sup> Art. L. 2224-7 du CGCT.

<sup>9</sup> CE, 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier*, AJDA 2006, p. 1781, note L. Richer.

<sup>10</sup> V. par exemple, le numéro spécial de la Revue juridique de l'environnement consacrée à *La clarification des collectivités territoriales en matière d'environnement*. RJE 2013/S.

<sup>11</sup> S. Duroy, « Approche territoriale de l'eau », In S. Drobenko, (Dir.), *La loi sur l'eau de 1964 : Bilans et perspectives*, Editions Johanet, 2015, p.162.

<sup>12</sup> Rapport Levrault, *Evaluation des politiques publiques de l'eau*, 2013.

régional d'aménagement durable et d'égalité des territoires, faisant de la Région une administration d'eau. Ce schéma, dont la « faiblesse technique » est déjà dénoncée<sup>13</sup> doit « fixer les objectifs de moyen et long termes sur le territoire de la région en matière d'équilibre et d'égalité des territoires, [...] de protection et de restauration de la biodiversité ». Précisément, il devra prendre en compte « les orientations fondamentales d'une gestion équilibrée et durable de la ressource en eau définies à l'article L. 211- 1 du code de l'environnement », en plus d'une multitude d'autres considérations, liées au risque d'inondation, de localisation de grands équipements, ce qui n'est pas sans interférer dans l'exercice de multiples compétences comme la gestion des milieux aquatique et la prévention des inondations (GEMAPI<sup>14</sup>). Cette dernière, en vertu de la loi du 27 janvier 2014 n°2014-58, ne devait plus être exercée par les départements, les régions et des établissements publics, à compter de 2016, mais par les communes et les EPCI-FP. Cédant aux critiques des élus locaux qui justifiaient de ressources techniques et financières insuffisantes pour exercer cette compétence, et d'une responsabilité accrue jugée insupportable, le législateur a décidé de reporter son entrée en vigueur en 1<sup>er</sup> janvier 2018.

Cette lecture rapide de la loi NOTRe met en lumière une réelle tentative de clarification des interventions des acteurs publics, essentiellement dans le petit cycle de l'eau. Cependant, l'étude minutieuse, tant de la loi NOTRe que des évolutions normatives de ces dernières années, font naître un doute, de plus en plus affirmé quant à l'objectif réellement poursuivi. Le Gouvernement s'est-il doté de tous les outils pour opérer une réforme efficace ? La démarche adoptée prend-elle en compte ce qui nécessairement devrait l'être sur un sujet comme celui-ci : les nouveaux enjeux économiques et sociaux de l'eau et de l'assainissement<sup>15</sup> ? Cette loi permet-elle de trouver le point d'équilibre entre ce qui apparaît comme trois impératifs, dont l'articulation est nécessaire : recherche de performance, maîtrise des dépenses publiques, gestion globale et intégrée d'une ressource vitale.

Le doute qui nous empare concerne la stratégie adoptée pour moderniser ce secteur. Soit elle est celle qui est affichée, mais elle est *a priori* mauvaise, car incomplète et/ou fondée sur des diagnostics erronés, ou des hypothèses tronquées. Soit il en existe une autre, mais qui est masquée, pour ne pas prendre le risque de passer sous les fourches caudines. Il nous revient donc, pour savoir quelle voie suit le Gouvernement, et apprécier dans le même temps l'efficacité potentielle de la loi NOTRe, de se demander comment celui-ci a articulé deux approches de la gestion de l'eau : approche fonctionnelle (ou utilitariste) et approche organique (ou institutionnelle).

Fidèle à son vœu initial de clarification des compétences, et de lutte contre la trop grande diversité des acteurs, le législateur a fait primer une approche nécessairement organique (I). Ce choix peut se justifier, mais l'erreur a été de considérer cette approche comme exclusive. La dimension fonctionnelle semble, en effet, en grande partie ignorée (II), ce qui introduit une incertitude quant à la portée de la réforme.

## I. LA DOMINATION EVIDENTE DE L'APPROCHE ORGANIQUE

---

<sup>13</sup> B. Faure, « Le leadership régional : nouvelle orientation du droit des collectivités territoriales », *AJDA* 2015, p. 1898.

<sup>14</sup> Il s'agit précisément de missions concernant l'aménagement des bassins et sous-bassins hydrographiques, l'entretien des cours d'eau, canaux, lacs et plans d'eau ; la défense contre les inondations et la mer ; la protection et la restauration des écosystèmes aquatiques.

<sup>15</sup> On recommandera particulièrement les contributions de Jean-Pierre Rideau et Olivier Petit : J-P. Rideau, « 1964-2014 : quelles évolutions des enjeux économiques et sociaux pour la gestion de l'eau du point de vue des services d'eau et d'assainissement ? », O. Petit, « Les enjeux contemporains de l'eau douce : des défis pour l'analyse économique », In, B. Drabenko, (Dir.), *La loi sur l'eau de 1964, bilans et perspectives*, 2015, 208 p.

Privilégier l'approche organique revient à renforcer un type de structure quelle qu'elle soit. Dans la mesure où les compétences « eau » et « assainissement », objet des discussions, relevaient initialement des communes, qui éventuellement en déléguaient la gestion, le choix retenu consista à les maintenir au sein du bloc communal, mais en organisant le transfert obligatoire aux EPCI-FP. L'avantage d'une telle solution, outre de répondre aux objectifs de rationalisation, est de permettre la montée en puissance et la légitimation de ce que le monde politique appelle, avec un manque de rigueur évident, l'intercommunalité (A). Toutefois, l'approche organique retenue ne peut véritablement atteindre, dans les conditions actuelles, le but de clarification (B).

## A. LE RENFORCEMENT DE LA GESTION INTERCOMMUNALE

La place accordée à la Région n'est pas significative. Le rôle de direction des concertations qui lui est reconnu dans le cadre d'un schéma, à la portée limitée, ne lui permet pas d'influer significativement tant sur les choix opérés par les acteurs de ce secteur, ni même de tenir un rôle dans la délivrance des prestations de service public de l'eau potable et de l'assainissement. La gestion intercommunale, voire supra-communale est privilégiée, consacrant des options envisagées depuis longtemps.

### I. UNE IDEE ANCIENNE

La critique de l'émiettement de la gestion de la distribution d'eau potable et d'assainissement a été un argument déterminant dans la promotion d'une gestion intercommunale. La distribution d'eau potable relève initialement d'une compétence communale, d'abord pour des raisons d'ordre public et particulièrement de salubrité publique<sup>16</sup>, sans pour autant en faire une compétence exclusive<sup>17</sup>. Il faut attendre la loi du 30 décembre 2006 pour attribuer précisément la compétence « eau potable » à la Commune<sup>18</sup>. Cette attribution n'empêche nullement l'exploitation du service par d'autres, manifestant au passage des manières différentes d'assurer et de concevoir ce service : en régie directe, en quasi régie par des SIVU, des SIVOM, des EPCIFC, ou encore par les récentes sociétés publiques locales (SPL) ou les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP). Tous ces modes de gestion démontrent la vivacité et la variété des coopérations intercommunales. La part faite aux délégations de services publics, en recul durant les deux dernières décennies, n'est pas négligeable, et constitue une donnée essentielle du marché de l'eau potable. Le 30 décembre 2006, la Commune fut confortée dans son rôle historique, tout en ne remettant pas en cause, ce que l'on a pu considérer comme des situations acquises : les interventions des départements ou des associations syndicales libres ou autorisés de propriétaires dans l'exercice de la production et de la distribution d'eau potable.

L'assainissement des eaux usées est également une compétence communale ancienne, consolidée ces dernières années par les lois du 3 janvier 1992<sup>19</sup>, du 30 décembre 2006 et du 12 juillet 2010. Ici également, l'action intercommunale, bien qu'hétérogène, n'est pas nouvelle. Parfois, les mêmes structures gèrent tant l'eau potable que les deux volets de l'assainissement, et usent parfois des mêmes procédés de gestion.

La gestion du petit cycle de l'eau au sein du bloc communal semblait faire consensus et être clarifiée. La contrainte financière tout comme l'illisibilité de l'action publique a été

<sup>16</sup> Loi du 15 février 1902 relative à la protection de la santé publique.

<sup>17</sup> CE, 13 mars 1985, *Ville de Cayenne*, Leb. p. 76.

<sup>18</sup> Art. L. 2224-7 et L. 2224-7-1 du CGCT. (sous réserve que cette compétence soit exercée avant l'entrée en vigueur de la loi par des Associations syndicales ou par des Départements).

<sup>19</sup> Art. L. 2224-8 du CGCT.

avancé pour justifier un nouvel agencement. Le Conseil d'Etat avait alors formé le vœu d'une montée en puissance de la gestion intercommunale du bloc de compétence « eau » incluant l'eau potable, l'eau usée et l'eau pluviale, au sein d'un SPIC unique à la gestion unifiée, invitant l'Etat à « *prendre une décision structurante pour le long terme : le service public local – demain intercommunal – de l'eau (en se demandant si ce service devait reposer) sur un, deux ou trois services individualisés, ayant tous la nature d'un SPIC et tous financés par une redevance ?*<sup>20</sup> ». La perspective d'un meilleur contrôle de la décision publique, et d'une gestion globale et intégrée du petit cycle de l'eau, avec cette proposition, semble séduisante. Mais le législateur n'ira pas jusque-là.

La charge des investissements à venir peut effrayer tant les entités organisatrices, que les usagers et l'Etat. Les réseaux vieillissent. La généralisation de l'accès à l'eau potable s'est faite dans les années 1960, stimulée par les agences financières de bassin. Les réseaux PVC (moins coûteux, et donc très répandus) arrivent en fin de vie, et la nécessité du renouvellement se fait sentir dans un contexte de raréfaction des ressources financières publiques. La baisse de la consommation d'eau et la réorientation des financements des agences de l'eau vers la dépollution et les actions préventives, rendent délicat le financement de ces opérations. Concentrer les compétences du petit cycle de l'eau serait la promesse d'une capacité financière renforcée à même de relever ces nouveaux défis, tant par le changement d'échelle, que par l'hypothèse d'une multiplication des sources de financement en sollicitant l'impôt, en plus des redevances<sup>21</sup>. Le législateur, séduit par cette approche, l'a adopté, en posant le principe du transfert obligatoire de compétences en matière d'eau aux EPCI-FP, tout en aménageant dans le temps les modalités de mises en œuvre afin de lever certains obstacles.

## 2. UNE MISE EN ŒUVRE ECHELONNEE ET CONDITIONNEE

La loi NOTRe propose plusieurs calendriers qui sont autant de voies. Celui de « droit commun », que l'on peut qualifier de « voie courte », concerne l'élaboration et la mise en œuvre des schémas départementaux de coopération intercommunale (SDCI) sur une période d'un an, afin d'aboutir, fin 2016, à une rationalisation de la carte intercommunale, ce qui est susceptible de concerner les syndicats intercommunaux et les syndicats mixtes assurant des missions relatives à l'eau.

Celui que l'on qualifiera de « voie longue », se manifeste par l'intégration en 2018, de l'eau et de l'assainissement au groupe de compétences facultatives, et en 2020 au groupe de compétences obligatoires, des EPCI-FP.

L'existence de ces deux voies pourrait laisser penser que le législateur a exclu les services d'eau potable et d'assainissement de la réflexion que le Préfet doit engager pour préparer le SDCI. Or, la lettre du texte mentionne bien, sans exclusion, que le Préfet doit proposer des dissolutions de syndicats et des fusions, pour éviter les doubles emplois, et lorsque des syndicats exercent leur compétence territoriale exclusivement à l'intérieur du

<sup>20</sup> Conseil d'Etat, *L'eau et son droit*, op. cit., p. 117.

<sup>21</sup> L'article L. 2224-2 du CGCT prévoit trois cas dans lesquels les conseils municipaux peuvent financer, en plus du financement par redevance, le service public : « 1° Lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement ; 2° Lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs ; 3° Lorsque, après la période de réglementation des prix, la suppression de toute prise en charge par le budget de la commune aurait pour conséquence une hausse excessive des tarifs ». Ces dérogations sont exclues concernant les services d'assainissement non-collectif durant les cinq années suivant leur création, et pour les services d'eau potable et d'assainissement desservant une commune de moins de 3 000 habitants ou ne comprenant pas dans leur ressort de commune de 3 000 habitants au moins. Les besoins en termes de renouvellement de réseaux pourraient éventuellement être comblés de la sorte. Mais procéder ainsi, n'est-ce pas brouiller la lisibilité du budget des services d'eau pour les usagers ?

périmètre d'un EPCI-FP. Notons toutefois que l'instruction gouvernementale du 27 Août 2015 relative à la nouvelle carte intercommunale contient quelques propos équivoques. Elle invite les préfets, lors de l'élaboration des schémas à « *porter une attention particulière aux syndicats (...) exerçant des compétences dont le législateur a prévu le transfert entre 2016 et 2020 à des EPCI* »<sup>22</sup>. Rien ne dit, entre la bienveillance et la dissolution forcée, qu'elle doit être cette attention particulière. La note technique du 6 octobre 2015 relative aux compétences des collectivités dans le domaine de l'eau et de la biodiversité, dans la perspective de la révision des schémas départementaux de coopération intercommunale, utilise un vocable similaire mais encore plus ambigu. Elle invite les représentants de l'Etat à « *anticiper les transferts obligatoires* ». L'apport de ce dernier document réside dans l'ajout de critères devant guider les Préfets dans l'élaboration des SDCI concernant les compétences eau potable et assainissement. Ainsi devront-ils veiller « *à la cohérence hydrographique des structures, au renforcement des solidarités financières et territoriales ainsi qu'à la gestion durable des équipements structurants du territoire nécessaires à l'exercice [de leurs compétences] dans le domaine de l'eau* »<sup>23</sup>. Ce critère viendrait limiter le pouvoir discrétionnaire du Préfet, déjà considérable dans l'élaboration des SDCI. Certes, il était opportun de rappeler qu'à la différence d'un EPCI-FP, la gestion syndicale de l'eau, n'obéit pas au bassin de vie mais au bassin et sous-bassins hydrographiques, ce qui est de nature à mieux correspondre à l'organisation institutionnelle issue de la loi sur l'eau de 1964. Pour autant, il ne faut pas ignorer que la construction des solidarités territoriales a eu parfois pour effet de concevoir des syndicats à cheval sur deux bassins. A défaut d'intervention législative, il est regrettable que le Ministère de l'écologie, n'ait pas eu recours à des critères plus précis et plus adaptés. On pense notamment au mode de gestion, aux écarts de tarification et de rendement des réseaux. Peut-être, les Préfets y auront-ils pensés en lisant l'invitation à utiliser le système d'information sur les services d'eau et d'assainissement (SISPEA). Quoi qu'il en soit, même l'ajout de ces critères ne pèse pas bien lourd face à la détermination de l'Etat dans la conduite de la réforme.

Afin de diminuer l'opposition des exécutifs syndicaux, le législateur a même fait preuve d'imagination en posant le principe de l'exercice à titre bénévole des fonctions de délégués et de ne réserver la possibilité de bénéficier d'indemnité de fonctions aux Présidents et vice-présidents de ces structures, uniquement si ces dernières disposent d'un périmètre « *supérieur à celui d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre* ». Les exécutifs des syndicats de communes, privés de leurs émoluments, démotivés par le manque de reconnaissance de leur rôle, et de la déconsidération que l'Etat porte aux syndicats de communes, seront donc les premiers artisans de l'opération de suppression des syndicats de communes. Tel est le pari du Gouvernement. On relèvera au passage la grande maladresse avec laquelle cette disposition fut rédigée. La formule selon laquelle le périmètre doit être supérieur est équivoque, car la supériorité peut s'exprimer de diverses manières. Il peut s'agir du linéaire des limites du syndicat, qui, kilométriquement peut être supérieur ou inférieur à celui d'un EPCI. Il peut s'agir également de la surface couverte, rapportée au km<sup>2</sup>. Il est plus sérieux de soutenir que le législateur ait entendu signifier que dans un syndicat dont le périmètre est totalement inclus dans celui d'un EPCI à fiscalité propre, aucune indemnité de fonction ne pouvait être versée. Pourquoi n'a-t-il donc pas repris une formule déjà employé par le CGCT ?

En définitive, il serait opportun, pour l'Etat, de laisser les regroupements de syndicats en matière d'eau, s'opérer d'eux-mêmes. La contrainte de la couverture minimum de trois

---

<sup>22</sup> Instruction du gouvernement du 27 Aout 2015 ; NOR : RDFB1520588J

<sup>23</sup> Note technique du 6 octobre 2015 relative aux compétences des collectivités dans le domaine de l'eau et de la biodiversité, dans la perspective de la révision des schémas départementaux de coopération intercommunale ; NOR : DEVL1522948N.

communautés de communes pour se maintenir, à la date du transfert, c'est-à-dire en 2018 au plus tôt, en 2020 au plus tard, constitue une pression qui produira des effets exponentiels. A cette date, le SCDI sera mis en œuvre et les fusions d'EPCI-FP effectuées. Les périmètres désormais élargis, conduiront les syndicats à étendre leur sphère territoriale de compétence, en intégrant des communes, qui, jusque-là, exerçaient sans l'intermédiaire d'une structure de coopération, ces compétences, attirées par un mode de gouvernance séduisant, bien qu'en sursis : celui d'une représentation égalitaire des communes, (à la différence des EPCI-FP). En maintenant ces structures existantes sous cette condition, et avec ce calendrier, le Gouvernement pourrait avoir trouvé une voie bien plus performante que celle d'un simple transfert de la compétence aux EPCI-FP, pour atteindre, sans trop de heurts, l'objectif de réduction drastique du nombre de syndicats. Mais cette lecture rapide masque une subtilité potentiellement radicale.

En combinant les dispositions de l'article 67 -I ( concernant la dissolution de syndicat compris totalement dans le périmètre d'un EPCI-FP et emportant rapatriement automatique de la compétence au sein de l'EPCI-FP), avec les dispositions de l'article 67-II (appréciation de l'exercice de compétence par un syndicat sur le territoire de trois EPCI à fiscalité propre à la date du transfert), le Préfet va se trouver dans une position de force en pouvant appliquer « *par anticipation* », dès 2017, les règles prévues initialement pour protéger les syndicats en 2020. Si un syndicat est compris en totalité dans EPCI-FP au 1<sup>er</sup> janvier 2017, sa dissolution étant prononcée, la compétence sera transférée à l'EPCI-FP. A cette date il y aura donc transfert de compétence, sur l'ensemble du territoire de l'EPCI-FP. Les autres syndicats, devront donc à cette date, s'ils veulent perdurer, exercer la compétence sur trois communautés de communes. Sachant que les périmètres de ces dernières auront été considérablement élargis, ils devront anticiper cette étape, en se mettant en mouvement dès maintenant. La recomposition du paysage syndical, menée au pas de charge, semble être une certitude. Pour autant, deux incertitudes demeurent concernant l'étendue des compétences transférées et l'intervention d'autres acteurs dans ce domaine.

## **B. UNE CLARIFICATION AVORTEE**

Le législateur, face au durcissement des oppositions des associations d'élus, et la crainte, partagée par la Ministre de la décentralisation d'une remise en cause des services gérés en régie, fit le choix d'une solution intermédiaire qui ne facilitera pas la lisibilité de l'action publique dans ce domaine. Au premier chef, le législateur a ignoré un principe essentiel de la construction intercommunale : celui de la définition de l'intérêt communautaire. Il a aussi ignoré l'environnement législatif immédiat dans le domaine de l'eau.

### *1. L'ABSENCE DE PRISE EN COMPTE DE L'INTERET COMMUNAUTAIRE*

En optant pour le transfert de la compétence aux EPCI à fiscalité propre, le législateur prend le risque, mesuré, de morceler l'exercice de la compétence. En effet, ce dernier a toujours définit les compétences obligatoires et optionnelles, en termes de groupe de compétence. Bien que le législateur qualifie une compétence d'obligatoire, il demeure loisible au conseil communautaire et aux communes membres de définir la compétence de manière plus ou moins étroite. C'est là le principe même de la coopération intercommunale à fiscalité propre depuis des années. Au cœur de cette construction se trouve la notion d'intérêt communautaire, qui a permis de faire évoluer les termes mêmes d'une compétence obligatoire comme le développement économique d'une collectivité à l'autre. La notion d'intérêt

communautaire dont « l'imprécision juridique<sup>24</sup> » ne cesse d'être soulignée, a pour fonction initiale « d'opérer un démarquage fonctionnel entre compétences communales et compétences communautaires<sup>25</sup> », à tel point que « rien n'interdit aux EPCI de détailler et d'approfondir les compétences que leur reconnaît l'article L. 5214-16 : aménagement de l'espace, actions de développement économique [...] », c'est-à-dire les compétences obligatoires. En résumé, la définition de l'intérêt communautaire ne repose « [aucunement sur] des critères juridiques<sup>26</sup> ».

La doctrine semble s'accorder sur l'idée d'une opposition d'ordre naturel entre le transfert par bloc de compétence et le concept d'intérêt communautaire, car l'attribution globale d'une compétence aurait pour effet de priver les communes de leur exercice. La jurisprudence administrative semble valider cette thèse, en estimant que la définition des actes d'intérêts communautaires est une condition *sine qua non* à l'exercice des compétences de l'EPCI. L'absence de définition de l'intérêt communautaire aurait pour effet, dans le cas de l'exercice d'une compétence obligatoire ou facultative retenue par l'EPCI de voir l'action de ce dernier entachée de nullité pour incompétence<sup>27</sup>.

Certes, il arrive que l'on découvre dans une circulaire, celle du 5 juillet 2001 par exemple, toujours d'actualité, la mention selon laquelle certaines compétences ne s'exercent qu'en bloc. Cette affirmation est particulièrement erronée. Tout d'abord, avec Pierre-Yves Monjal nous rappellerons que « le silence de la loi l'emportant sur la conception ministérielle, il apparaît impossible de contraindre les communautés [...] à délimiter la notion d'intérêt communautaire au regard de certains critères, fussent-ils énoncés par le représentant de l'Etat ». D'autre part, le caractère indivisible d'une compétence ne peut résulter d'un postulat. Les termes mêmes de la compétence attribuée à un EPCI par le législateur sont un premier élément à prendre en considération. Viennent ensuite les dispositions législatives spécifiques qui encadrent la ou les actions qui découlent de l'exercice de cette compétence. Les composantes, obligatoires et/ou facultatives des services publics de l'eau potable, de l'assainissement, des eaux pluviales urbaines, déjà évoquées, à elles seules démontrent la vacuité de l'idée de transfert de bloc de compétence aux EPCI-FP.

En créant, soit à titre facultatif, soit à titre obligatoire, un groupe de compétences « eau », le législateur est resté trop flou. Des communautés de communes, définissant l'intérêt communautaire du groupe de compétence « eau », pourraient revendiquer à ce titre la gestion des eaux pluviales. Une telle interprétation surprendra les rédacteurs du texte qui s'attacheront sans doute, en défense, à exposer que certaines compétences comme « le schéma de cohérence territoriale, les plans locaux d'urbanisme, l'eau, l'assainissement, les ordures ménagères et l'organisation des transports urbains, [s'entendent de bloc] et que toute utilisation de la notion d'intérêt communautaire pour moduler l'intensité du transfert de ces compétences serait donc illégale »<sup>28</sup>. L'argument est probablement convaincant si l'on opte pour une vision politique globale de ces sujets. L'argumentation juridique demeure cependant péremptoire, car le CGCT mentionne bel et bien que la notion d'intérêt communautaire s'applique aux groupes de compétences des EPCI-FP, sans apporter de restrictions ou de

<sup>24</sup> P-Y. Monjal, « Les enjeux de la notion d'intérêt communautaire ou la face cachée d'une réforme constitutionnelle décisive pour les EPCI », *AJDA* 2003, p. 1701.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> CE 23 oct 1982, *Commune de Blayes les Mines*, req n°46612, Leb, p. 297, note *AJDA*1986, p. 48, J. Moreau . CE 26 oct 2001, *Commune de Berchères Saint Germain* (req n°234332). Voir Rep. Ministerielle JOAN 15 mai 2000, p. 3017). Pour aller plus loin : F. Benchendikh, « Les avatars de la notion d'intérêt communautaire des communautés d'agglomération », *RLCT*, 2002, n°4, p. 267 ; H. Groud, « L'intérêt communautaire au lendemain de la loi Chevènement », *AJDA* 2000, p. 967.

<sup>28</sup> <http://www.collectivites-locales.gouv.fr/notion-dinteret-communautaire-guide-2006>

précisions<sup>29</sup>.

L'article 20 de la loi de finances pour 2015 et son décret d'application<sup>30</sup>, ont rappelé le caractère facultatif, communal, et autonome, du service public administratif de gestion des eaux pluviales urbaines. Le service des eaux pluviales pourrait être rattaché à la compétence « eau » lors de la détermination de l'intérêt communautaire. En revanche, cette option serait inenvisageable dans l'hypothèse où il existe un réseau de collecte unitaire. Dans ce cas, le traitement des eaux pluviales relèverait du traitement des eaux usées, et donc de la compétence assainissement.

En conclusion, l'effort de rationalisation sur la base d'une approche purement organique, sans s'attacher parallèlement à clarifier la définition même et le régime des services du petit cycle de l'eau et sans écarter explicitement la notion d'intérêt communautaire pour ces compétences, pourrait être inutile. Encore une fois, l'intérêt communautaire apparaît comme « *un espace de liberté incontrôlable*<sup>31</sup> ». Les pouvoirs publics n'ont pas suffisamment pris au sérieux les remarques que la Cour des comptes formulait il y a une décennie concernant l'exercice de compétences morcelées<sup>32</sup>. Toutefois, en prévoyant la dissolution de syndicats compris en totalité dans le périmètre d'un EPCI-FP, le législateur procède bien cette fois au transfert en bloc d'une compétence. Les EPCI-FP étant amené à s'étendre ou fusionner en raison de l'augmentation des seuils de constitution, on comprend dès lors l'intérêt pour l'Etat d'opérer ainsi, contournant ainsi le risque de morcellement de l'exercice des compétences.

## 2. L'ABSENCE DE PRISE EN COMPTE DE LA LEGISLATION SUR L'EAU

Le législateur de 2015 n'a pas expressément abrogé l'article 54 de la loi sur l'eau de 2006, ce qui l'expose à la critique. A l'époque, le législateur avait consacré un quasi-monopole communal dans la gestion de l'eau, réservant aux associations syndicales et aux départements le droit de gérer les services d'eau potable qu'ils avaient pris en charge au titre de la jurisprudence *Ville de Cayenne*<sup>33</sup>. En l'absence de mention expresse, on est en droit de se demander si la loi NOTRe maintient le rôle des associations syndicales et autres collectivités. A tout le moins, aurait-il pu prévoir une abrogation différée. Faut-il considérer que les articles 67 et suivants de la loi NOTRe procèdent à une abrogation implicite ? Pour cela, il faudrait que l'opposition de termes entre la loi ancienne et la loi nouvelle soit manifeste et inconciliable<sup>34</sup>. Or, il n'y a rien de tel. Probablement peut-on admettre que les exceptions sont maintenues pour les départements et les associations syndicales, et que seul le principe d'attribution à la Commune est affecté au profit d'une attribution intercommunale conditionnée.

N'oublions pas toutefois d'évoquer l'article L. 211-7 du code de l'environnement qui constitue par ailleurs un précieux titre d'habilitation pour toutes les collectivités territoriales, et leurs groupements, afin de mener des actions motivées par l'intérêt général et l'urgence, dans de multiples domaines de l'eau, tel l'« *approvisionnement en eau, la maîtrise des eaux pluviales et de ruissellement ou la lutte contre l'érosion des sols, etc.* ».

<sup>29</sup> L'article L. 5214-16 IV du CGCT dispose que « *L'intérêt communautaire des compétences exercées au sein des groupes mentionnés au I et II...est déterminé...* ». Le I et le II renvoyant au groupe des compétences obligatoires et à celui des compétences facultatives, il s'en suit, que pour les communautés de communes, toute mise à l'écart de la notion d'intérêt communautaire est illégale.

<sup>30</sup> Décret n° 2015-1039 du 20 août 2015 relatif au service public de gestion des eaux pluviales urbaines.

<sup>31</sup> F. Benchendikh, « L'intérêt communautaire dans les agglomérations en pratique », *AJDA* 2002, p. 1327.

<sup>32</sup> Cour des comptes, *L'intercommunalité en France*, 2005, p. 120.

<sup>33</sup> CE, 13 mars 1985, *Ville de Cayenne*, Rec, p. 76 ; *AJDA* 1985, p. 376, obs. L. Richer.

<sup>34</sup> B. Genevois, « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA* 2000, p. 719.

En définitive, se concentrant trop sur l'approche organique, le législateur en a oublié l'approche fonctionnelle, que le code de l'environnement nous rappelle si bien. Le législateur a perdu de vue l'essentiel. Une approche globale de la ressource en eau aurait permis de mieux mesurer l'état de la législation et son efficacité dans l'amélioration de la performance des services qui en ont la charge.

## II. LA RELATIVISATION DE L'APPROCHE FONCTIONNELLE

Le renforcement de l'intercommunalité est souvent présenté comme une technique d'amélioration de la performance et de démocratisation des services publics. Pourtant, ici, la question de la performance fut sciemment oubliée (A). Quant à la question démocratique, qui en outre participe de manière certaine à la performance, elle fut en grande partie détournée (B).

### A- L'OUBLI DE LA QUESTION DE LA PERFORMANCE

Pour beaucoup, la performance est une question de moyens, que la taille de la structure serait à même de résoudre. Le postulat semble convaincant. Il ne l'est que partiellement. Bien qu'aucune étude de grande ampleur n'existe, les évaluations disponibles, et les avis des techniciens concourent dans la même direction. Concernant le service public de l'eau potable, c'est la connaissance du réseau qui constitue la pierre angulaire de toute stratégie de performance, en particulier dans l'amélioration du rendement<sup>35</sup>. La Cour des Comptes constata récemment « *que le lien de causalité entre dimension du service et rendement du réseau est loin d'être systématique*<sup>36</sup> ». L'étude révéla que ce ne sont pas nécessairement les communes les plus petites qui disposent du rendement le plus faible. Il arrive même que ces petites communes s'en sortent convenablement. En vérité, toute réflexion sur la performance doit reposer sur le choix et la nature des indicateurs de performance, et sur les conséquences liées à l'écart entre objectifs et résultats. Or, les pouvoirs publics auraient dû concentrer leurs efforts sur le renforcement des indicateurs de performance (1), tout en procédant à des aménagements provisoires concernant les sanctions découlant du non-respect des obligations de résultats (2); pour accompagner leur réforme de l'organisation territoriale des services d'eau.

#### 1. LA FAIBLESSE DES INDICATEURS DE PERFORMANCE

Une bonne mesure de la performance prend en compte la situation concrète du service. Son milieu d'implantation, l'existence de pollutions diffuses, naturelles ou artificielles liées à des rejets industriels ou agricoles, l'état des investissements antérieurs, et surtout la zone couverte, car selon que l'on est en zone rurale ou urbaine, le maillage et l'amortissement du réseau diffèrent sensiblement. Ces questions-là ne furent nullement évoquées lors des débats parlementaires.

Sur le plan de la modernisation interne, les gestionnaires disposent d'indicateurs de performance du service de nature à orienter et corriger leurs actions. Ceux-ci, bien que fixés par voie réglementaire au niveau national (structurant le rapport annuel sur le prix et la qualité du service), demeurent en grande partie incomplets. Le nombre, la durée, les lieux des

<sup>35</sup> Le taux de rendement traduit la proportion d'eau mise en distribution qui arrive effectivement au point de consommation. La différence, c'est-à-dire les pertes sur le réseau, résultent de fuites. Le rendement est souvent mis en corrélation avec une autre unité de mesure : l'indice linéaire de perte.

<sup>36</sup> Cour des comptes, *La gestion directe des services d'eau et d'assainissement, des progrès à confirmer*, Février 2013, p. 227.

incidents de service et des interventions techniques pourraient être recensés. Surtout, leur caractère contraignant n'est pas toujours affirmé. La différence entre modes de gestion y contribue actuellement. Comme le soulignait la Cour à l'égard des régies autonomes, « *les objectifs [à la différence des délégations] ne peuvent être contractuellement définies, les services étant dépourvus de personnalité juridique. Il appartient donc à l'instance délibérative de la collectivité de se fixer elle-même les objectifs à atteindre et les indicateurs de suivi de son activité. Quelques collectivités se sont dotées d'outils leur permettant d'inscrire leur service dans une démarche d'évaluation et de performance*<sup>37</sup> ». Plutôt que de rester sur la base du volontariat, une telle démarche pourrait être imposée. L'élaboration d'un plan d'action pourrait être déterminée systématiquement au terme de la première année de mandat des élus pour les services en régie, pour une durée de six ans, et éventuellement être discutée en même temps que les contrats globaux de rivières négociés avec les agences de l'eau. Enfin, l'intervention d'un organisme extérieur, pour réaliser un audit externe tous les dix ans, publié, comme l'y invitait le Conseil d'Etat<sup>38</sup>, constituerait là encore un outil utile. Il pourrait s'agir dans le même état d'esprit d'inciter les collectivités à s'engager dans une démarche de certification qualité ( ISO 14 001 et 9001).

En outre, les conditions de transmissions des données au système d'information sur les services publics d'eau et d'assainissement (SISPEA)<sup>39</sup>, devraient être corrigées dans le sens d'une harmonisation. Limitées à des structures de taille importante, la généralisation de cette transmission obligatoire, quelle que soit la taille de la structure, serait de nature à renforcer le rôle de contrôle de l'usager sur les éléments essentiels du service. Une simple intervention réglementaire étant suffisante, le gouvernement a réalisé un pas dans cette direction le 29 décembre 2015<sup>40</sup>, en soumettant les communes et établissements publics de 3500 habitants à l'obligation de transmission au SISPEA. Il faudra toutefois aller plus loin pour en retirer un bénéfice, en acceptant de réserver dans les instances gestionnaires, une place significative aux usagers, qui seront alors en position de participer à la gestion et de stimuler le débat sur les choix d'orientation du service public, sur la base notamment des rapports sur la qualité et le prix du service.

Enfin, il serait nécessaire de préciser « *le statut des biens confiés par le délégataire et de ceux indispensables à la continuité du service public, en particulier des systèmes d'information* », pour faciliter la reprise de service, soit dans le cas de la délégation à un autre fermier, soit dans le cas d'une reprise en régie. Au-delà de la continuité du service, il s'agit aussi d'une mesure de nature à clarifier les règles patrimoniales et ne pas introduire une incertitude qui peut avoir un coût financier. Cette dernière suggestion est d'autant plus nécessaire que le *big bang* territorial annoncé peut générer un nouvel équilibre entre la régie et la délégation de service public.

## 2. L'ABSENCE DE REGIME DE TRANSITION EN MATIERE TARIFAIRE ET FINANCIERE

Afin de mener la réforme de la carte intercommunale des services d'eau dans un climat apaisé, vis-à-vis des usagers, mais aussi avec une visibilité et une stabilité financière, il aurait été souhaitable que la loi autorise le maintien des écarts de tarification suite à une fusion/absorption afin d'aménager une période de convergence.

Cette période transitoire permettrait en outre d'amortir les effets pervers de l'application de l'article L. 2224-7-1 du CGCT qui prévoit un doublement de la redevance prélèvement

<sup>37</sup> Cour des comptes, *Op. cit.*, p. 223.

<sup>38</sup> Conseil d'Etat, *L'eau et son droit*, p. 154.

<sup>39</sup> V. décret et arrêté du 2 mai 2007 pris pour application de l'article L. 2224-5 du CGCT.

<sup>40</sup> Décret n° 2015-1820 du 29 décembre 2015 relatif aux modalités de transmission du rapport annuel sur le prix et la qualité du service public de l'eau potable et de l'assainissement

dans deux situations : lorsque le taux de rendement du réseau est inférieur au taux fixé au plan national, à défaut de plan d'investissement et de schéma de distribution d'eau d'une part, et d'autre part, en cas de connaissance patrimoniale insuffisante du réseau. Cette réglementation récente, à l'effet incitatif de par ses sanctions dissuasives, risque, couplée à la loi NOTRe, d'alourdir le coût du service. L'absorption au sein d'un EPCI-FP d'une multitude de services d'eaux communaux et syndicaux, peut pénaliser doublement les nouvelles intercommunalités, par l'augmentation de la redevance prélèvement et le refus des financements des agences, si la moyenne des rendements des anciens services est insuffisante au regard des exigences de rendement minimum posées par l'article L. 2224-7-1 du CGCT et son décret d'application. Le gain financier attendu du transfert de la compétence « eau potable », dans ces conditions, pourrait être maigre. Il n'est toutefois pas trop tard pour mettre en sommeil ce dispositif, le temps des transferts de compétence. Une autre option résiderait dans le maintien de la pression que constitue cette réglementation, mais en privilégiant la gestion de l'eau potable par des syndicats de communes, qui verront des communes y adhérer au fil de l'eau, dans un ordre qui sera déterminé par le rendement et la gestion patrimoniale afin de ne pas grever financièrement le syndicat, ce qui impose de modifier législativement le calendrier de réforme de la carte intercommunale actuelle. Une dernière option pourrait être envisagée. Elle s'appuie sur le constat que « *la rationalisation de l'intercommunalité en eau et en assainissement ne permettra pas à tous les services ruraux de dégager une épargne brute suffisante, tout en maintenant un prix de l'eau acceptable, compte tenu du linéaire de réseaux par abonné* <sup>41</sup> ». Pour engager des travaux de renouvellement, il faudra, comme le souligne Jean-Pierre Rideau, appeler à une solidarité financière entre l'urbain et le rural. L'apport de l'Etat, par les dotations d'équipement des territoires ruraux, bien qu'utile, demeure insuffisant pour couvrir les besoins. Les agences de l'eau doivent contribuer à cet effort.

## B- LE DETOURNEMENT DE LA QUESTION DEMOCRATIQUE

Si toute réforme territoriale est par nature difficile car éminemment politique, l'immixtion dans le domaine de l'environnement, via la question de l'eau, aurait mérité un débat préalable et une étude d'impact, que l'introduction d'amendement au cours de la procédure législative, permit d'esquiver.

### 1. LA FAIBLESSE DE LA CONCERTATION INSTITUTIONNELLE DANS LE DOMAINE DE L'EAU

Depuis quelques années, les pouvoirs publics avaient dévoilé leur capacité à organiser non seulement le débat, mais à en tenir compte dans le contenu même de leur œuvre finale. Cela a été le cas pour la Charte de l'environnement, la loi du 30 décembre 2006, ou encore le processus « *inédit, [original, pragmatique et participatif]* <sup>42</sup> » qui présida à la loi Grenelle 1.

La Charte de l'environnement ne pouvait être utilement invoquée pour revendiquer une participation du public dans l'élaboration de ce texte, ni même dans la mise en œuvre des dispositions de la loi NOTRe quant aux dispositions concernant l'environnement, dès lors que l'article 7 de la Charte renvoie au législateur le soin de fixer un cadre procédural de participation d'une part qui s'imposera aux autorités administratives, lesquels ne devront prendre que « *les mesures d'application des conditions et des limites* <sup>43</sup> », et d'autre part, que le champ de la Charte se limite aux décisions qui ont « *une incidence directe et significative sur l'environnement* ». Or, le transfert d'une compétence en matière d'eau potable et

<sup>41</sup> J-P, Rideau, *op. cit.*, p. 145

<sup>42</sup> J-L Pissaloux, « La démocratie participative dans le domaine de l'environnement », *RFAP*, 2011, n°137-138, La Doc. fr. p. 134.

<sup>43</sup> Cons. Const. 27 juillet 2012, n°2012-270 QPC, cons. 7.

d'assainissement, ne peut avoir des effets de nature, en soit, à avoir un impact sur l'environnement. Seuls pourraient être concernés les actes concernant le prélèvement de la ressource ou les rejets dans le milieu naturel. Mais la jurisprudence demeure d'interprétation restrictive sur l'appréciation des effets sur l'environnement, à l'instar d'une décision du Conseil d'Etat rendue en 2013 considérant que le principe de participation du public ne s'imposait pas à l'élaboration des actes de délimitation d'un périmètre de protection d'un prélèvement d'eau en matière d'irrigation<sup>44</sup>.

En définitive, l'absence de concertation préalable renvoie sur ce sujet à la faiblesse des institutions de concertations dans le domaine de l'eau, à l'instar du Comité national de l'eau (CNE). Bien que ce dernier ait vu ses compétences élargies, il dispose d'un rôle réduit qui ne lui permet nullement de contribuer positivement et préalablement à l'élaboration d'une méthode de réforme et d'influencer le contenu de la réforme législative, même si on note, au cours des débats, l'intervention de parlementaires membres du CNE. La production d'une réflexion importante par le Conseil économique, social et environnemental, est certes à saluer, mais chacun comprend, au regard d'une réforme d'ampleur comme celle dont la loi NOTRe est porteuse, que la réflexion ne devait pas être conduite en vase clos.

## 2. L'AFFERMISSEMENT DE LA LOGIQUE REPRESENTATIVE

Le contenu de la loi reflète cette carence procédurale en renforçant un mouvement engagé déjà avec la loi RLCT<sup>45</sup> et la loi MAPTAM<sup>46</sup>, et confirmant deux tendances de fonds : celle de la technocratisation du pouvoir local et celle de sa concentration<sup>47</sup>. Le législateur avait particulièrement œuvré en ce sens en diminuant le nombre de conseillers communautaires et en imposant dès 1000 habitants un mode de scrutin de liste bloquée, « *venant limiter le débat démocratique* »<sup>48</sup>. Renforcer l'intercommunalité devait passer par une modification du mode de gouvernance. Le projet s'appuyait sur le duo : élection/démographie. Pour ce faire, un impressionnant arsenal fut présenté : élection au suffrage universel direct des conseillers communautaires, représentation des communes dans les syndicats de communes sur une base exclusivement démographique, désignation des délégués syndicaux exclusivement au sein des conseils municipaux. Assemblés, ils apparaissaient pour beaucoup comme une attaque supplémentaire contre la Commune, certes en tant qu'institution administrative de base, mais surtout comme cadre « naturel » de la démocratie. Car, il faut bien l'avouer, l'école de la démocratie chère à Tocqueville est en voie, avec un tel dispositif, de se transformer en école de professionnalisation des fonctions politiques et de captation renforcée de l'exercice du pouvoir local, au niveau intercommunal, ce que la loi du 31 mars 2015 ne fait qu'accompagner<sup>49</sup>.

La question de la gestion de l'eau semble pourtant à dix mille lieues de ces questions qui interrogent de manière profonde et globale notre rapport au pouvoir politique et à la décentralisation. Pourtant, s'agissant d'une ressource vitale, la question de sa gestion démocratique, et de l'appropriation de sa gestion par quelques-uns apparaît capitale.

<sup>44</sup> CE, 9 octobre 2013, n°370051, *Syndicat de gestion des eaux et de l'environnement du Gatinais Est et Ouest de l'arrondissement du Montargois*, AJDA 2013, p. 2003.

<sup>45</sup> Loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.

<sup>46</sup> Loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

<sup>47</sup> Deux tendances de fonds mis en lumière par Bertrand Faure : « Penser le changement ou changer le pansement », AJDA 2014, p. 600.

<sup>48</sup> B. Dreyfus, « Démocratie locale : encore un effort », AJDA 2014, p. 585. Voir également B. Dreyfus, « Communes et réformes territoriales : les si petits détails », AJDA 2013, p. 1.

<sup>49</sup> Loi n°2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat ; JORF n°0077 du 1 avril 2015 p. 5921 ; V. A. Haquet, « Le statut de l'élu local en filigrane », AJDA 2015, p. 1210.

Avant l'entrée en vigueur de la loi NOTRe, le système de gestion de l'eau, comme d'autres missions exercées dans le cadre syndical, reposait sur un système original. L'article 5212-7 du CGCT prévoyait pour la désignation des délégués communaux que le « *choix du conseil municipal peut porter sur tout citoyen réunissant les conditions requises pour faire partie d'un conseil municipal* », permettant une ouverture de la gestion du service sur la société civile. Certes, le dispositif pouvait faire l'objet de critique. Il arrivait que des élus déçus veuillent, pour éviter une traversée du désert, utiliser cette voie d'entrée, mais cela ne saurait masquer un apport bien plus important : il permet de faire participer à la vie publique locale des individus qui ne sont pas élus et que la gestion des affaires locales intéresse. Or, la démocratie, ne doit-elle pas aujourd'hui s'entendre comme la participation de tous, ou du plus grand nombre à la chose publique ?

Figé dans une approche dogmatique et aujourd'hui dépassée de la démocratie où l'élection au suffrage universel direct constituerait le seul critère de réalisation, le législateur supprima cette faculté, qui n'entrera en vigueur qu'aux prochaines élections municipales afin de ne pas déchoir de leur fonction, des exécutifs qui viennent d'être désignés depuis presque deux ans. Certes, l'élection constitue la condition *sine qua non* de la démocratie, mais les conditions techniques et sociologiques qui peuvent l'entourer, peuvent la dévoyer. L'élection n'est plus qu'« *un moyen de légitimation des gouvernements [forgé par] le désenchantement du monde et la perte bien connue de référence à la transcendance*<sup>50</sup> ». Pour autant, le législateur n'a même pas tenté de procéder à une ouverture de la gestion aux usagers, alors même que l'état du droit en la matière apparaît pour beaucoup insatisfaisant. Des institutions nationales ont pu le manifester, notamment à l'égard des commissions consultatives d'usagers des services publics locaux. Obligatoire uniquement dès lors que la commune ou la structure intercommunale organisatrice du service compte 10 000 ou 50 000 habitants, leurs rôles est alors mineur, en France. Leurs compétences demeurent assez déséquilibrées selon le mode de gestion du service. Leur avis devrait pouvoir être recueillis systématiquement sur les programmes d'investissements, les modalités d'organisation du travail des agents (ex : astreintes), la tarification, les choix de gestion (affermage ou régie/ fusion ou retrait de syndicat). L'idée même de réserver un nombre limité de sièges aux usagers avec voix délibérative dans les instances de gestion ne serait pas incongrue.

Enfin, la composition et le fonctionnement de différentes institutions stratégiques dans le domaine de l'eau aurait nécessité quelques adaptations, que là encore, non seulement les lobbies, quels qu'ils soient, réclament, mais aussi la Cour des comptes, bien que leurs objectifs et les propositions divergent significativement. La Cour fustigeait en février 2015 les instances des agences de l'eau dans lesquelles « *l'Etat est minoritaire, ce qui [conduirait] à faire prédominer des intérêts catégoriels*<sup>51</sup> » invitant à « *gagner en représentativité et en transparence* ».

Précisément, elle signalait la domination des usagers professionnels dans le processus de décision, et proposait de scinder le collège des usagers, en deux sous-collèges, un pour les usagers professionnels et un pour les non-professionnels. Plus généralement, elle appelait, se faisant l'écho d'autres institutions, à achever la réforme de la représentativité des instances de bassin (comité de bassin, conseil d'administration, commission des aides).

Le mode de fonctionnement original et pourtant pertinent des agences, fondé sur la coproduction des décisions et avis, semble, dans certains secteurs géographiques, dévoyée sous l'influence des carences propres au système représentatif, si bien, que l'on constate, même au sein d'une catégorie d'usagers comme les représentants du monde agricole, désignés

<sup>50</sup> L. Fonbaustier, In D. Alland, S. Rials, dir. *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/LAMY, 2003, pp. 604-607.

<sup>51</sup> Cour des Comptes, « Les agences de l'eau et la politique de l'eau : une cohérence à retrouver », In *Rapport public annuel 2015*, Février 2015, p. 69.

par les présidents de chambre d'agriculture, une monopolisation de la représentation par un seul syndicat. Si globalement, la position minoritaire de l'Etat doit être maintenue et l'existence de collèges distincts concernant les collectivités territoriales et les usagers doit l'être également, renforcée même, ce sont également les processus de désignation des membres qui doivent être corrigés tout comme les règles de fonctionnement de ces instances, très éparées, en raison même des situations locales et du pouvoir règlementaire qui leur est reconnu. En effet, il arrive bien souvent que ce soit le règlement intérieur de l'agence qui détermine les règles de fonctionnement, car en vérité, « *le code de l'environnement n'encadre ni les modalités de constitution, ni les modalités de fonctionnement des commissions [des aides]* »<sup>52</sup> des agences.

Le décret du 27 juin 2014 relatif aux comités de bassin et l'arrêté du même jour relatif à la représentation des usagers aux comités de bassin ont permis quelques avancées, mais il faut aller plus loin. L'introduction d'une part d'incertitude par le procédé du tirage au sort, bien que présentant le risque du manque d'implication des personnes désignées, serait bienvenue ne serait-ce pour rétablir un équilibre que la logique représentative a dénaturé. Elle pourrait même s'appliquer à toutes les structures de gestion des services publics du petit cycle de l'eau. Des modifications législatives profondes sont ici requises, tant à l'égard des groupements de collectivités territoriales, que des institutions de gestion récentes, comme le sont les sociétés publiques locales, ou les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP)<sup>53</sup>. Parce que « *c'est l'Etat qui a la responsabilité d'éveiller le citoyen* »<sup>54</sup>, il est donc regrettable que celui-ci s'en tienne à une démarche purement technique alors que l'enjeu est politique.

\*\*\*

En définitive, la réforme territoriale permettra certainement d'atteindre les objectifs initiaux que le Gouvernement s'était fixé : renforcement des intercommunalités à fiscalité propre, diminution du nombre de structures organisatrices des services publics de l'eau. De ce point de vue, la stratégie semble opérante. Cependant, trop accaparé par ces objectifs, il négligea les corollaires de la simplification et de la clarification. La question fonctionnelle dans le domaine de l'eau, mais en définitive dans tout domaine, ne doit pourtant pas être ignorée. Derrière cette méthode, la dimension fonctionnelle apparaîtrait toutefois en filigrane. Par un effet de seuil renforcé, certaines obligations, jusque-là réservées à quelques-uns, verraient leur portée étendue. On pense à la transmission obligatoire au SISPEA ou encore à la création de comités consultatifs d'utilisateur. Mais il s'agit au mieux d'un mirage, au pire d'une supercherie, car les questions essentielles ne sont pas tranchées et les outils indispensables à la performance de ces services ne sont pas retenus. Il s'agirait alors d'une erreur stratégique. Pire, on pourrait voir dans cette démarche, sans trop commettre d'erreur, une stratégie masquée : celle qui donne l'impression de réformer alors même que l'on sait le système incapable de faire face aux enjeux véritables. Au moment où des voix reconnues appellent les agences de l'eau à contribuer financièrement au renouvellement des réseaux, option qui n'a pas l'accord des gouvernants, l'évocation même furtive d'une privatisation de type britannique du secteur de l'eau, comme remède miracle<sup>55</sup>, donne quelques frissons. L'augmentation de la taille des structures de gestion de l'eau inquiète d'autant plus que l'Observatoire de l'eau soulignait récemment que « *la proportion de services en délégation*

<sup>52</sup> *Ibidem.* p. 75.

<sup>53</sup> La première SEMOP fut constituée le 6 octobre 2015 à Dole.

<sup>54</sup> P. Gélard, « Remarques impertinentes sur l'électeur, l'élection et l'élu », In, *La République*. Mélanges Pierre Avril, Montchrestien, 2001, pp. 67-72.

<sup>55</sup> R. Franceys, In, *Cercle Français de l'eau, Réinventer le modèle Français de l'eau, op. cit.*, p. 10.

est d'autant plus importante que la catégorie de taille de service est élevée<sup>56</sup> ». Au-delà de ces inquiétudes légitimes, il convient en définitive de nous rappeler les propos que Laurent Richer tenait en 2006 après le vote de la loi sur l'eau : « au-delà des critiques simplistes reposant sur des motifs idéologiques, les vrais problèmes sont ceux du contrôle et de la protection des droits de l'utilisateur, sans lesquels il n'y a pas de service public, de l'évaluation, sans lequel le service public n'est pas efficace, de la programmation et du financement des investissements, sans lequel le service public n'est pas adapté aux besoins<sup>57</sup> ». Presque dix ans plus tard, ces propos résonnent toujours aussi justement. Mais dix ans plus tard, en dépit de ce rappel, il semblerait que les pouvoirs publics, ceux-là mêmes qui organisent et sont responsables du service public, feignent de l'ignorer. Il reste dans l'immédiat, une lueur d'espoir. A défaut d'intervention législative classique, certaines des modifications suggérées dans ces lignes pourraient être réalisées par la voie réglementaire, voire par l'intermédiaire d'une heureuse ordonnance. Mais à l'évocation même de ces processus, et de l'ambition modernisatrice et simplificatrice qui semble irriguer l'ensemble des secteurs de l'activité humaine ces derniers temps, le doute nous empare sur l'absolue nécessité d'y recourir sans débat préalable. Probablement faut-il y voir là le rappel soudain et indispensable de l'appel à « la vigilance<sup>58</sup> » que Laurent Fonbaustier lançait il y a quelques mois.

---

<sup>56</sup> Observatoire des services publics d'eau et d'assainissement, *Panorama des services et de leur performance en 2012*, Juillet 2015, [http://www.eaufrance.fr/IMG/pdf/spea2012\\_201507.pdf](http://www.eaufrance.fr/IMG/pdf/spea2012_201507.pdf)

<sup>57</sup> L. Richer, « Les services de l'eau potable et de l'assainissement dans la loi sur l'eau, la loi à la traîne de la jurisprudence », *AJDA* 2007, p. 1169.

<sup>58</sup> L. Fonbaustier, « La participation du public », *AJDA*, 2015, p. 517.