

2123 L'action de groupe à la française existe-t-elle déjà ? A propos d'une DSP dont la mauvaise exécution a lésé les usagers

L'analyse d'un litige récemment porté devant le tribunal administratif de Lyon, opposant une commune et son délégataire du service public d'assainissement d'eau, illustre que les règles du contentieux administratif peuvent aboutir à la satisfaction de consommateurs de la même manière que le pourrait une action de groupe dont la mise en place est actuellement discutée. En contentieux administratif, l'action est placée entre les mains de la collectivité qui a délégué la gestion du service public à un tiers qui a, dans le cadre de cette gestion, lésé les consommateurs.

TA Lyon, 4 oct. 2012, n° 1004065, Commune de Chaponost

(...)

● 1. Considérant que, par délibération du 30 mars 2000, le conseil municipal de la commune de Chaponost a décidé de confier à la Société de gérance et de distribution d'eau (SA SOGEDO) l'exploitation de son service d'assainissement ; qu'à cet effet, un contrat d'affermage a été signé le 11 avril 2000 avec la SA SOGEDO ; qu'une convention pour la facturation, l'encaissement et le reversement des redevances d'assainissement a ensuite été signée entre la commune de Chaponost, la SA SOGEDO, le syndicat intercommunal de distribution d'eau (SIDESOL), responsable du service public de distribution d'eau, et la Société de distribution d'eau intercommunale (SA SDEI), délégataire de ce service public, puis annexée au contrat d'affermage du service d'assainissement ; que, conformément à cette convention, la facturation aux usagers des redevances d'assainissement a été effectuée par la SA SDEI, sur la base des indications données par la SA SOGEDO ; qu'il est apparu en 2009 que la SA SOGEDO avait utilisé entre 2000 et 2008 une formule d'indexation erronée et perçu auprès des usagers des sommes supérieures à celles qu'elle aurait dû percevoir en application du contrat d'affermage ; que la commune de Chaponost et la SA SOGEDO n'ont pu s'accorder sur les modalités de remboursement aux usagers des sommes indûment perçues par cette dernière ; que la commune de Chaponost demande au tribunal, d'une part, de condamner la SA SOGEDO à lui verser les sommes de 5 201,40 et 10 000 euros en réparation des préjudices financier et moral qu'elle estime avoir subis du fait des fautes commises par cette société dans l'exécution du contrat d'affermage ainsi que de la convention pour la facturation, l'encaissement et le reversement des redevances d'assainissement et, d'autre part, d'enjoindre à la SA SOGEDO d'établir des avoirs aux usagers encore habitants de la commune ;

Sur les conclusions à fin d'indemnisation :

En ce qui concerne les fautes reprochées à la SA SOGEDO :

● 2. Considérant, en premier lieu, que la SA SOGEDO reconnaît avoir commis une faute contractuelle en ayant utilisé, pour calculer le montant de sa rémunération, une formule d'indexation ne correspondant pas à celle prévue à l'article 20 du contrat d'affermage ;

(...)

● 4. Considérant qu'il résulte de l'ensemble des stipulations précitées, éclairées par l'exposé de leurs motifs, qu'afin d'éviter la multiplication des factures pour les usagers et des frais de gestion supplémentaires, les parties contractantes ont confié au seul SIDESOL, responsable de la distribution d'eau, et à la SA SDEI, son délégataire, le soin, d'une part, d'établir et d'adresser aux usagers des factures uniques en matière tant de distribution d'eau que d'assainissement et, d'autre part, de procéder, par l'intermédiaire du comptable du SIDESOL, au recouvrement des sommes facturées aux abonnés ; qu'ainsi, l'ensemble des rapports financiers entre la SA SOGEDO et les usagers devaient passer par le SIDESOL et la SA SDEI ; qu'en particulier, toute facture

rectificative, se traduisant soit par une facturation supplémentaire soit par l'émission d'un avoir, ne pouvait être établie que par la SA SDEI et tout remboursement à un usager d'un trop-perçu ne pouvait être effectué que par l'intermédiaire du SIDESOL et de son comptable, sans que la SA SOGEDO puisse elle-même établir des avoirs ou directement reverser à un usager un trop-perçu ;

● 5. Considérant qu'il résulte de l'instruction que, par courriers des 3 juin et 9 juillet 2009, la commune de Chaponost a demandé à la SA SOGEDO de se rapprocher du SIDESOL et de la SA SDEI afin d'organiser le remboursement des sommes indûment perçues entre 2000 et 2008 ; que la SA SOGEDO a néanmoins refusé de faire calculer, par la SA SDEI, le montant des sommes indûment perçues sur chaque usager, de faire établir, par cette même société, des factures rectificatives et des avoirs, et de procéder au remboursement, par l'intermédiaire du comptable du SIDESOL, des trop-perçus ; que la SA SOGEDO a, au contraire, attendu l'expiration, le 30 avril 2010, du contrat d'affermage et a ensuite directement invité les usagers à lui fournir des justificatifs lui permettant, le cas échéant, de leur rembourser directement les sommes qu'ils ont acquittées à tort ; qu'ainsi, la SA SOGEDO a manqué à ses obligations contractuelles résultant de la convention pour la facturation, l'encaissement et le reversement des redevances d'assainissement ;

● 6. Considérant que les fautes commises par la SA SOGEDO dans l'exécution du contrat et de la convention précitées sont de nature à engager, sur le terrain contractuel, sa responsabilité à l'encontre de la commune de Chaponost, partie à ces deux conventions ;

En ce qui concerne les préjudices invoqués par la commune de Chaponost et l'existence d'un lien de causalité :

(...)

● 9. Considérant qu'en l'absence de stipulation expresse du contrat de délégation de service public et sous réserve de l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique, l'autorité délégante, qui est tenue de s'assurer de la bonne exécution du service par le délégataire, ne tient toutefois de ce pouvoir général de contrôle, ni la possibilité d'user de moyens de contrainte sur son cocontractant ni celle de se substituer à lui, en particulier dans le cadre de ses relations avec les usagers, mais peut seulement saisir le juge du contrat afin qu'il prononce, à son encontre, une condamnation à une obligation de faire afin de le contraindre à respecter ses obligations contractuelles ;

● 10. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 2 du contrat d'affermage : « (...) La commune conserve le contrôle du service affermé et doit obtenir du fermier tous renseignements nécessaires à l'exercice de ses droits et obligations (...) » ; qu'aux termes de l'article 14 de ce même contrat : « La commune contrôle son service (...). / La commune (...) peut à tout moment s'assurer que le service était effectué avec diligence par le fermier / Le fermier devra prêter son concours à la commune pour qu'elle accomplisse sa mission de contrôle en lui fournissant tous les documents nécessaires. / Les agents accrédités par la commune pourront se faire présenter toutes les pièces de comptabilité nécessaires à leur vérification. Ils pourront procéder à toutes vérifications

utiles pour s'assurer que l'installation est exploitée dans les conditions du présent contrat et prendre connaissance de tous documents techniques ou autres nécessaires à l'accomplissement de leur mission (...) » ; que ces stipulations qui organisaient l'exercice par la commune de Chaponost de son contrôle du respect, par la SA SOGEDO, de ses obligations contractuelles, notamment en ce qui concerne le calcul du montant de sa rémunération, ne lui permettaient toutefois pas d'intervenir directement dans les relations entre le fermier et les usagers et ne lui faisaient pas davantage obligation d'entreprendre elle-même des démarches auprès des usagers ni d'exposer des dépenses aux fins de faciliter le remboursement à ces derniers de sommes indûment perçues par son fermier au titre de sa rémunération ;

● 11. Considérant, d'autre part, que la convention pour la facturation, l'encaissement et le reversement des redevances d'assainissement avait, ainsi que le précise son article 1^{er}, pour seul objet de fixer les modalités de facturation et d'encaissement des redevances d'assainissement, par le SIDESOL et la SA SDEI, pour le compte de la SA SOGEDO, ainsi que celles de reversement, par le premier à la seconde, des sommes facturées au titre de ces redevances, et n'a pas modifié l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir de contrôle de la commune de Chaponost sur l'exécution du service public de l'assainissement par la SA SOGEDO ; qu'en particulier, l'article 2 de cette convention, prévoyant que les travaux de rectification ou de redressement nécessaires du fait des erreurs imputables à de mauvaises indications fournies par la SA SOGEDO et réalisés par la SA SDEI seraient facturés par cette dernière à la SA SOGEDO, n'a pas habilité la commune à demander elle-même, en lieu et place de son fermier, à la SA SDEI d'effectuer de tels travaux, alors même que la SA SOGEDO se refuserait à les commander ;

● 12. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'alors même que la SA SOGEDO avait méconnu ses obligations, la commune de Chaponost, qui ne tirait ni des stipulations contractuelles ni d'aucune disposition applicable ni de son pouvoir général de contrôle, la possibilité de se substituer à son fermier et d'entreprendre, elle-même et en sollicitant la SA SDEI, des démarches auprès des usagers une fois connu le montant global des trop-perçus, n'est pas fondée à demander la réparation des préjudices invoqués, ceux-ci ne pouvant être regardés comme la conséquence directe et nécessaire des fautes commises par la SA SOGEDO dans l'exécution du contrat d'affermage et de la convention pour la facturation, l'encaissement et le reversement des redevances d'assainissement, mais résultant uniquement des initiatives prises par la commune, fût-ce dans le but de faire pression sur son fermier et d'œuvrer dans l'intérêt des habitants usagers ;

● 13. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions de la commune de Chaponost tendant à la condamnation de la SA SOGEDO à lui verser, avec intérêts, une somme totale de 15 201,40 euros à ce titre doivent être rejetées ;

Sur les conclusions à fin d'injonction :

● 14. Considérant que s'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion d'un service public en adressant, sous menace de sanctions pécuniaires, des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du contrat, il en va autrement, ainsi qu'il a été dit précédemment, quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle ; qu'en pareille hypothèse, le juge du contrat est en droit de prononcer, à l'encontre du cocontractant de l'administration, une condamnation, éventuellement sous astreinte, à une obligation de faire ;

● 15. Considérant que la commune de Chaponost, arguant de ce que le contrat d'affermage ne lui permet pas de contraindre la SA SOGEDO à établir des avoirs, demande au tribunal d'enjoindre à cette société « d'établir des avoirs à l'ensemble des usagers qui sont encore habitants de la commune » ;

● 16. Considérant, d'une part, qu'il est constant que la demande de la commune de Chaponost, fondée sur le seul contrat d'affermage, ne tend pas à contraindre la SA SOGEDO à respecter la procédure de facturation et de remboursement prévue par la convention pour la facturation, l'encaissement et le reversement des redevances d'assainissement ; qu'en tout état de cause, il résulte de l'instruction que le contrat d'affermage et, par voie de conséquence, la convention pour la convention pour la facturation, l'encaissement et le

reversement des redevances d'assainissement ont pris fin le 30 avril 2010 et que, dès lors, la SA SOGEDO n'était plus tenue, à compter de cette date, de faire établir les factures rectificatives par la SA SDEI et de procéder au remboursement des usagers par l'intermédiaire du comptable du SIDESOL ;

● 17. Considérant, d'autre part, que la demande de la commune de Chaponost ne vise pas à contraindre la SA SOGEDO à assurer, conformément aux stipulations du contrat d'affermage, une bonne exploitation du service ni même à respecter pour l'avenir la formule d'indexation prévue par ce contrat, mais à pour unique objet de l'obliger à rembourser aux usagers des sommes indûment facturées par le passé à ceux-ci, sur le fondement d'une formule d'indexation erronée ; qu'ainsi, elle ne se rattache pas à l'exécution proprement dite du contrat d'affermage, mais aux rapports, qui présentent au demeurant un caractère de droit privé, existant entre le fermier d'un service public industriel et commercial et ses usagers ;

● 18. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions à fin d'injonction présentées par la commune de Chaponost, ne peuvent qu'être rejetées ; (...)

CONCLUSIONS

Par délibération du 30 mars 2000, le conseil municipal de la commune de Chaponost a décidé de déléguer à la Société de gérance et de distribution d'eau (SOGEDO) la gestion du service public municipal obligatoire d'assainissement d'eau (CGCT, art. L. 2224-7), qui revêt un caractère industriel et commercial (CGCT, art. L. 2224-11 et CE, 17 déc. 1982, n° 23293, *Préfet de la Charente-Maritime* : Rec. CE 1982, p. 427 ; T. confl., 12 janv. 1987, *Compagnie des eaux et de l'ozone* : Rec. CE 1987, p. 442), par la voie d'un contrat d'affermage signé le 11 avril 2000.

Une seconde convention, quadripartite, a ensuite été signée entre la commune, la SOGEDO, le syndicat intercommunal de distribution d'eau de l'ouest lyonnais (SIDESOL), assumant le service de distribution d'eau potable, et la société de distribution d'eau intercommunale (SDEI), fermier du SIDESOL.

Cette seconde convention avait notamment pour objet de prévoir que les usagers n'auraient à régler qu'une seule facture pour les deux prestations de distribution et d'assainissement, et un seul interlocuteur chargé des opérations de recouvrement, la société SDEI. Cette dernière s'est ainsi trouvée investie d'une mission de relai entre les usagers et la SOGEDO pour le règlement de la prestation d'assainissement.

Suite aux contrôles réalisés par la commune dans le cadre des opérations de fin d'affermage du service public d'assainissement, la commune a observé que, depuis le début de la délégation, la SOGEDO établissait la facturation des usagers sur la base d'une formule d'indexation différente de celle prévue dans le contrat d'affermage, qui avait abouti, aux termes de l'affermage, à l'encaissement indu par la SOGEDO auprès des usagers, d'une somme approchant les 150 000 euros.

S'en sont suivis des échanges entre la commune et la SOGEDO afin de déterminer comment cette dernière, qui avait reconnu son erreur, pouvait rembourser les usagers. Mais elles ne sont pas parvenues à s'entendre, et aux termes de plus d'un an d'échanges infructueux, la commune vous saisit de plusieurs demandes :

(...)

– enjoindre à la SOGEDO de restituer aux usagers encore habitants de la commune, les sommes qu'elle a indûment perçues tout au long de l'exécution du contrat d'affermage.

(...)

Les conclusions de la commune sont un peu iconoclastes, mais nous avons rapidement compris l'inconfort de sa position, issu de la complexité du mécanisme mis en place pour la partie financière du service d'assainissement.

La commune fonde l'ensemble de ses conclusions, tant indemnitaires qu'à fin d'injonction, sur deux fautes supposées de la SOGEDO :

– la faute née de l'application d'une formule d'indexation erronée par rapport à celle stipulée dans le contrat d'affermage. Cette faute ne fait effectivement aucun doute et elle est reconnue par la SOGEDO ;

– la faute née, dans le cadre de la convention quadripartite, du refus de la SOGEDO de passer par l'intermédiaire du SIDESOL et de la SDEI pour rembourser auprès des usagers le trop-perçu.

La commune considère que, dès lors que la facturation et l'encaissement, auprès des usagers, de la redevance d'assainissement, étaient réalisés par la SDEI via le SIDESOL pour le compte de la SOGEDO, alors, par une sorte de parallélisme des formes, la société SOGEDO était tenue de faire établir les factures rectificatives par la SDEI via le SIDESOL, détentrices des fichiers clients depuis le début de l'affermage et capables de mettre en place les opérations de remboursement. Sur ce point, la SOGEDO conteste sa faute dès lors qu'elle observe que si le contrat prévoyait la facturation et l'encaissement de sa propre redevance par la SDEI via le SIDESOL, il ne prévoyait rien en cas de surfacturation des usagers.

Dans le contrat, deux stipulations nous semblent intéressantes pour déterminer si la SOGEDO a commis une faute :

« – Toutes les réclamations ou demandes d'explications relatives à l'assainissement présentées par les usagers seront directement instruites par la SOGEDO » ;

« – En cas d'erreurs imputables à des mauvaises indications fournies par SOGEDO, ni SDEI ni SIDESOL ne pourront être tenus pour responsable. Les travaux de rectification ou redressement nécessaires du fait de ces erreurs (rappels de facturation, mailing, facturation supplémentaire, etc.) seront facturés en sus par SDEI à SOGEDO ».

Il semble ressortir de la première stipulation qu'en cas de lésion des usagers, la SOGEDO instruit seule les demandes de ces derniers.

Mais il paraît ressortir de la deuxième que l'ensemble des rapports financiers entre la SOGEDO et les usagers devaient passer par l'intermédiaire de la SDEI et du SIDESOL.

Selon nous, le pouvoir d'instruction direct des réclamations des usagers par la SOGEDO n'est rien d'autre que la possibilité pour cette société de vérifier que les usagers sont fondés à se plaindre d'une surfacturation. Toutefois, les usagers, en amont, n'auront pas adressé leur réclamation directement auprès de la SOGEDO avec qui ils n'ont pas de contact, mais auprès de la SDEI, leur interlocuteur depuis l'origine, qui aura transmis leur plainte à la SOGEDO.

Ensuite, une fois l'instruction réalisée par la SOGEDO, il revenait à cette dernière, suivant la seconde stipulation, de se tourner vers la SDEI pour faire connaître aux usagers sa position sur leur réclamation.

Ainsi, nous considérons que la SOGEDO pouvait bien instruire les réclamations, voire calculer elle-même le trop-perçu par chaque usager, mais ensuite la refacturation et le reversement devaient se faire par la SOGEDO via la SDEI et le SIDESOL. En effet, dès lors que toute facture rectificative se traduit soit par une facturation supplémentaire, soit par l'émission d'un avoir, elle ne peut être établie que par la SDEI, et tout remboursement à un usager d'un trop-perçu ne peut être effectué que par l'intermédiaire du SIDESOL et de son compte, sans que la SOGEDO puisse directement reverser le trop-perçu à l'usager.

En l'espèce, il est constant que la SOGEDO, sollicitée par la commune, a refusé de faire calculer, par la société SDEI, le montant des sommes indûment perçues sur chaque usager, de faire établir, par cette même société, des factures rectificatives et des avoirs, et de faire procéder au remboursement, par le SIDESOL et son compte, des trop-perçus. Elle soutient au contraire avoir directement invité les usagers à lui fournir des justificatifs lui permettant de leur rembour-

ser directement les sommes acquittées à tort par ceux-ci, mais vous prendrez cette assertion avec des réserves dès lors qu'elle ne vous produit pas la preuve qu'elle a effectivement contacté tous les usagers concernés pendant la durée de l'affermage et que les remboursements ont eu lieu, les éléments du dossier laissant même plutôt penser le contraire.

Selon nous, la SOGEDO a bien commis une faute en refusant de prendre contact avec la société SDEI et le SIDESOL, et leur faire établir des factures rectificatives.

Ces deux fautes étant établies, quelles conséquences en tirer au regard des demandes de la commune ? (...)

Vous en viendrez aux dernières conclusions de la commune, qui sont les plus intéressantes juridiquement en ce qu'elles soulèvent une interrogation des plus classiques, mais pour laquelle le juge administratif a rarement été saisi pour donner une réponse tranchée, et la réponse que vous apporterez pourrait être une contribution précieuse à certains enjeux récemment révélés par certaines impasses contentieuses rencontrées en droit du marché, et notamment à la réflexion actuellement menée sur l'action de groupe.

La commune vous demande d'enjoindre à la SOGEDO d'établir des avoirs à l'ensemble des usagers qui sont encore habitants de la commune, en remboursement du trop-perçu. Elle explique, bon an mal an, que le contrat d'affermage ne lui permet pas de contraindre la SOGEDO à établir des avoirs. Vous savez que la jurisprudence administrative vous permet d'adresser des injonctions de faire au cocontractant de l'administration, lorsque ce dernier refuse d'exécuter le contrat et que l'administration ne dispose d'aucun moyen de contrainte : CE, sect., 13 juill. 1956, Office public d'habitation à loyers modérés du département de la Seine : Rec. CE 1956, p. 343 ; CE, ass., 26 févr. 1965, n° 65549, Société du vélodrome du Parc des Princes ; CE, 21 juill. 1970, n° 80345, SOCOTRAP ; CE, 29 juill. 2002, n° 243500, CH Armentières : JurisData n° 2002-064364 ; Rec. CE 2002, p. 307.

A priori, et comme le fait valoir le défendeur, la commune n'est pas directement lésée par la SOGEDO.

Les victimes de la surfacturation sont les usagers, qui sont liés par un contrat de droit privé avec la SOGEDO et pourraient donc se tourner vers le juge judiciaire dans l'hypothèse d'un litige portant sur leur facturation. Toutefois, la voie judiciaire nous semble inadéquate. Nous comprenons tout l'intérêt qu'il y a pour la SOGEDO de tenter de faire sortir le litige de la voie du contentieux administratif, de le dévoyer en quelques sortes, mais nous allons vous expliquer pourquoi, juridiquement, vous ne devriez pas la suivre.

Si le problème concernait la surfacturation accidentelle de quelques abonnés isolés, sur une période courte, due à une erreur logistique ponctuelle, il reviendrait certainement à ces usagers de se tourner, individuellement, vers le juge de proximité pour régler le problème.

Mais en l'espèce, le problème est causé par la surfacturation systématique, pendant 9 ans, de tous les abonnés, par application d'une formule paramétrique d'indexation du prix différente de celle prévue par la délégation de service public entre la commune et la SOGEDO, et non par le contrat d'abonnement liant cette société avec chacun des abonnés.

Devant le juge judiciaire, l'abonné devrait établir la surfacturation, ce qui serait très difficile matériellement, et juridiquement peu envisageable.

Matériellement très difficile, car l'abonné devrait maîtriser la formule paramétrique d'indexation qui a été mal appliquée par la société délégataire : « $K = 0,76 \times T1 / T10 + 0,08 \times T2 / T20 + 0,16 \times [0,15 + 0,53 \times S / S0 + 0,32 \times PsdA / PsdA0]$ ».

Cette formule, dont les variables renvoient elles-mêmes à d'autres variables, est suffisamment éloquente pour que vous compreniez le motif qui nous conduit à considérer peu réaliste d'imaginer que

l'abonné parvient à établir matériellement la surfacturation dont il a été victime.

Surtout, à cette grande difficulté matérielle, s'ajoute une impossibilité juridique : tous les éléments qui permettraient à l'abonné d'établir la surfacturation dont il a été victime se trouvent dans des documents auxquels il n'a juridiquement pas d'accès : le contrat d'affermage, qui contient la formule, lie la commune et la SOGEDO. Tiers à ce contrat, l'abonné ne dispose même pas de la formule à partir de laquelle le prix lui est facturé (on pourrait objecter que la formule revêt un caractère réglementaire et qu'il doit pouvoir en obtenir communication s'il la demande, mais nous avons du mal à nous représenter la satisfaction sans difficulté d'une telle demande de l'utilisateur). L'utilisation de la formule suppose d'avoir accès à des informations internes à la SOGEDO (certaines variables renvoient à ses charges de personnel par exemple), et sur le caractère réglementaire de ces informations qui concernent notamment la masse salariale de la société, ce ne sont plus des doutes que nous émettons, mais des réserves. Ensuite, l'une des fautes de la SOGEDO est issue de sa mauvaise exécution du contrat quadripartite entre la SOGEDO, la commune, la SDEI et le SIDESOL. Il s'agit d'un autre contrat auquel l'abonné est tiers et les stipulations de ce contrat, qui obligent le SIDESOL et la SDEI à assurer la facturation des prestations de la SOGEDO contre rémunération, ne sont pas, elles, réglementaires. L'utilisateur n'y a aucun accès.

Vous le constatez, les éléments juridiques qui permettent la résolution d'un litige interindividuel entre l'utilisateur et le délégataire sont extérieurs au contrat d'abonnement ce qui rend difficilement envisageable la voie de l'action devant le juge judiciaire sur le fondement du contrat d'abonnement.

Enfin, deux considérations empreintes d'une forme de sociologie renforcent l'idée que la solution au problème n'est pas l'action contentieuse de l'abonné devant le juge judiciaire :

– l'utilisateur a été victime d'une surfacturation sans aucun moyen de le savoir pendant 9 ans ; ceux qui habitent encore la commune en ont peut-être été informés par une action spontanée de la commune. Mais les usagers qui ont déménagé, eux, ne sont toujours pas informés et leur information sera difficile. En plus d'être captif (il paraît inenvisageable qu'un administré refuse d'être raccordé au réseau de distribution d'eau potable, en dehors des quelques hypothèses d'administrés disposant d'un puits), l'utilisateur est ici aveugle. Lui revient-il d'assumer le déclenchement d'une action en justice pour espérer obtenir le remboursement d'une surfacturation dont il a été victime ? Surtout au regard des montants en litige... Et il s'agit de notre deuxième observation d'ordre sociologique :

– la surfacturation représente environ 150 000 € sur 8 ans. Cela signifie 17 750 € par an. Chaponost compte un peu plus de 8 000 habitants. Au cœur de la période en litige, il y avait environ entre 3 500 et 4 000 abonnés au service d'eau à Chaponost. Chaque abonné, potentiellement, a été ainsi été victime d'une surfacturation d'environ 4,50 € par an...

Lorsque l'on ramène l'enjeu des litiges financiers concernant chaque abonné aux obstacles, dont certains nous paraissent, en l'état de notre droit, impossibles à franchir, nous pensons que les usagers n'iront pas devant le juge judiciaire et nous pensons qu'ils auront alors raison. Cela leur évitera la déconvenue rencontrée par un certain M. Geron, qui, informé de sa surfacturation par la commune, a saisi le juge de proximité mais a perdu son procès et a été condamné aux dépens (*TGI Lyon, 23 juin 2011, n° 91-10-001732, Geron c/ SOGEDO*) !

(...)

À présent que nous vous avons indiqué pourquoi le problème de la surfacturation nous paraît devoir échapper à un règlement judiciaire, nous allons vous exposer pourquoi, à notre sens, la voie du contentieux administratif est particulièrement adaptée à son règlement.

En l'espèce, vous n'êtes pas saisis du dysfonctionnement de n'importe quel service, mais du dysfonctionnement d'un service public et la clef du raisonnement que nous allons vous proposer repose sur ce simple constat. Vous n'êtes pas saisis d'un litige entre un abonné et la SOGEDO, mais d'un litige entre le délégant d'un service public et le délégataire, pour un dysfonctionnement survenu au cours de cette délégation.

Pour comprendre l'enjeu du litige, il nous semble qu'il faut revenir à la théorie du service public et à celle des contrats administratifs.

Duguit est passé à la postérité pour avoir exposé qu'un service public constituait une prestation d'interdépendance sociale indispensable au développement de la société et qu'à ce titre, la prestation de service public obéissait à un régime juridique spécial, qui, à un moment donné, a fourni les éléments d'une théorie solidariste de l'État (V. spécialement *Traité de droit constitutionnel, vol. II, Paris, 1928, 3^e éd., p. 61 ; Les transformations du droit public, Paris, 1913, rééd. La Mémoire du droit, 1999, p. 51*).

L'assainissement de l'eau fait partie de ces prestations de service public qui obéissent à un régime juridique dérogatoire au droit commun, et pour fournir cette prestation aux usagers, la collectivité publique dispose, schématiquement, de deux possibilités : soit la fournir elle-même en isolant, au sein de ses services, un service technique consacré à la fourniture de cette prestation ; soit confier à un délégataire, privé ou public, la mission de fournir cette prestation. Dans cette seconde hypothèse, la collectivité demeure investie, toutefois, d'une responsabilité dès lors que le service constitue toujours, même s'il est délégué, sa raison d'être. C'est la formule mnémotechnique dispensée aux étudiants selon laquelle si le service public peut être assuré par une personne publique ou une personne privée, il est toujours assumé par une personne publique (*Droit administratif général, Montchrestien, éd. 2001*). Ainsi, quelle que soit la configuration dans laquelle la prestation est assurée auprès des usagers, le service public conserve une dimension collective, tant par sa nature que par l'image de la collectivité qui, juridiquement, demeure responsable du service, et qui, dans l'imaginaire collectif, est parfois assimilée au service public lui-même, la notion de service public recelant une dimension organique qui fait partie sa grande richesse (J. Chevallier, *Le service public, PUF, Que-sais-je ?*).

En l'espèce, la gestion du service public a été déléguée à une personne privée. Mais cette gestion privée du service public n'a pu faire disparaître sa dimension collective et la responsabilité dont demeure investie la personne publique délégante, comme le rappelait Cornille, dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État *Gaz de Poissy* (*CE, 8 févr. 1918 : RD publ. 1918, p. 246*) : « Dans tout contrat intéressant le fonctionnement même des services publics [la personne publique] contracte pour une collectivité, pour le public, pour les usagers du service public, pour l'intérêt collectif et l'intérêt général ». Cela signifie, ainsi que l'ont expliqué G.-J. Guglielmi et G. Koubi, que même en cas de délégation de la gestion d'un service public par une personne publique à une personne privée, la personne publique demeure maître du service délégué, et est ainsi responsable de l'organisation et du fonctionnement du service (*Droit du service public, Montchrestien, 2007, 2^e éd., n° 435 et suivants*).

Qu'inférer de cela dans l'espèce qui vous est soumise ?

Tout d'abord, vous relèverez que la délégation du service est organisée selon 3 niveaux, correspondant à 3 actes juridiques distincts :

– 1) le contrat de délégation, qui a pris la forme d'un affermage, passé entre la commune et la SOGEDO, investie de la gestion du service public d'assainissement et qui a fixé le salaire non pas de la peur, mais de la discorde ;

– 2) le contrat quadripartite organisant les relations financières entre les usagers du service et le service lui-même, mettant en relation la SOGEDO délégataire, la commune délégante, la SDEI et le SIDE-

SOL, investies du rôle d'intermédiaire entre le délégataire et les usagers pour la facturation et la refacturation ;

- 3) le contrat unissant chacun des usagers avec la SOGEDO pour la fourniture de la prestation d'assainissement.

Que peut faire la personne publique qui a elle-même conçu cette organisation, en cas de dysfonctionnement du service public ?

Rien dans le cadre du niveau 3, dont elle est exclue et dont le contentieux échoit au juge judiciaire, mais dont nous avons vu qu'il n'était, de toute manière, pas adapté à la résolution du problème de surfacturation en l'état du droit, et avant que ne soit mise en place une action de groupe en droit privé.

En revanche, dès lors que la commune est partie aux contrats 1 et 2, et que le dysfonctionnement du service public est causé par une méconnaissance par la SOGEDO de ces contrats, ne pourrait-elle intervenir pour contraindre la SOGEDO à réparer les conséquences de ses fautes sur la situation des usagers dont nous rappelons qu'elle est, en théorie du droit public, la représentante ?

C'est à propos de cette interrogation que le litige est théoriquement classique, mais empiriquement rare. Résoudre la question implique de revenir sur le statut du délégataire du service public et sur les pouvoirs dont dispose la collectivité dans une délégation de service public.

Tout d'abord, le statut du délégataire du service public, la SOGEDO en l'espèce, est très particulier dès lors qu'en s'engageant à gérer un service public, elle est devenue le collaborateur du service public. Cela signifie, comme l'indiquent les auteurs du *Traité des contrats administratifs* (Tome 1, LGDJ 1983, 2^e éd., n° 703), que « l'administration est en droit d'exiger de son cocontractant le maximum d'efforts et de diligence ; dans l'interprétation de ses obligations, le juge se montrera souvent plus exigeant, plus sévère que dans l'exécution d'un contrat civil. C'est là une directive qui a été plusieurs fois énoncée devant le Conseil d'État par les commissaires du gouvernement et retenue par le Conseil lui-même ». Et les auteurs de se référer aux conclusions Tardieu sur l'arrêt *Compagnie des messageries maritimes* (CE, 29 janv. 1909 : Rec. CE 1909, p. 120), aux conclusions Odent sur l'arrêt *Ville de Toulon* (CE, 23 juin 1944 : RD publ. 1945, p. 100), aux formules de cet arrêt lui-même et à celles de l'arrêt, *Société d'assainissement* (CE, 10 déc. 1943 : Rec. CE 1943, p. 287).

Ce statut de collaborateur du service public fait ainsi peser sur la SOGEDO des obligations d'une toute autre ampleur que celles qui seraient les siennes dans un contrat privé, ce qu'elle occulte complètement lorsqu'elle soutient qu'elle n'a finalement rien d'autre à faire que d'attendre que les usagers engagent le fer avec elle devant le juge judiciaire, pour leur opposer, par exemple, la prescription civile ou l'absence de preuve qu'ils ont fait l'objet d'une surfacturation, preuve dont nous avons vu qu'elle était matériellement difficile, juridiquement impossible.

Ensuite, nous vous rappelons que dans une délégation de service public, comme dans tout contrat administratif, l'administration dispose d'un pouvoir de contrôle de son cocontractant. Ce pouvoir existe indépendamment de ce que prévoient les stipulations de la délégation, comme l'indique le Conseil d'État dès l'arrêt *Delpanque* (CE, 31 mai 1907 : Rec. CE 1907, p. 514, conclusions Romieu ; S. 1907, 3, 113, note Hauriou). La personne publique ne peut même pas y renoncer dans le contrat de délégation (CE, 2 nov. 1962, *ASSEDIC de la sidérurgie de l'Est* : Rec. CE 1962, p. 588). Comme l'a indiqué la Haute Juridiction administrative le 11 juin 1991, « si le concessionnaire assure l'exécution du service, le concédant en conserve la responsabilité et exerce, pour ce motif, un contrôle sur le concessionnaire », dans un avis rendu sur la question de savoir, pour l'application du droit communautaire, si les délégataires des services publics participaient à l'exercice de « l'autorité publique » (cité par G.-J. Guglielmi et G. Koubi, in *Droit du service public*, Montchrestien, 2007, 2^e éd.,

n° 445). Ainsi que le précisent les auteurs du *Traité des contrats administratifs*, « en raison de la maîtrise que l'administration doit conserver sur le fonctionnement du service et son adaptation aux intérêts du public, ce contrôle est très étendu » (Tome 2, LGDJ 1984, 2^e éd., n° 1181).

La question est toutefois régulièrement posée de savoir jusqu'où s'étend le pouvoir de contrôle de la collectivité délégante. À cet égard, une réflexion de M^{me} Roblot-Troizier nous a paru intéressante (*Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant* : RFD adm. 2007, p. 990). L'auteur indique que si l'existence d'un pouvoir de contrôle de l'administration sur le délégataire est régulièrement discutée, c'est davantage pour une querelle de mots que pour une querelle de sens. En se fondant sur les décisions du Conseil d'État, des plus anciennes aux plus récentes, elle explique qu'il ressort de la jurisprudence qu'en toute hypothèse, la collectivité conserve un pouvoir de contrôle, mais que celui-ci ne se mue en pouvoir de direction, laissant à la collectivité le pouvoir de prendre elle-même des injonctions, sous la forme d'actes exécutoires, à l'égard de son cocontractant, que lorsque le contrat le prévoit. Lorsque ce n'est pas le cas, la collectivité délégante doit se tourner vers le juge. Cela nous semble particulièrement exact dans l'hypothèse d'une délégation de service public à une personne privée. Dans cette hypothèse, si la collectivité conservait un pouvoir de direction du délégataire, alors la délégation serait privée de sens et d'intérêt car elle équivaldrait à une gestion directe du service par la collectivité, comme dans l'hypothèse d'une régie. Or lorsque la collectivité délègue la gestion du service public, précisément, elle renonce à diriger le service sauf si les stipulations de la délégation prévoient ce pouvoir de direction.

En l'espèce, le contrat de délégation prévoit-il un pouvoir de direction au profit de la collectivité délégante ? Non. L'on peut alors saluer la démarche entreprise par la collectivité qui, dans un premier temps, pendant un an, a régulièrement échangé avec le délégataire pour le convaincre de procéder au remboursement du trop-perçu et à mettre en œuvre la procédure de refacturation prévue par la convention quadripartite. Dans un deuxième temps, face à l'inertie de son délégataire, la collectivité se tourne vers vous pour vous demander, sur le fondement de cette convention, de sanctionner l'inexécution de ses obligations par le délégataire, en vous demandant de prononcer une injonction de faire. La collectivité n'entend donc pas utiliser un pouvoir de direction dont elle ne dispose pas. Mais elle se souvient qu'elle dispose néanmoins de pouvoirs en qualité d'autorité responsable du service, ou maître du service, et qu'en cette qualité, lorsqu'elle constate l'inexécution par le délégataire des obligations issues de la délégation qui constitue un contrat administratif, elle peut d'adresser à vous, juge de la délégation de service public, pour vous demander, en quelques sortes, d'exercer cette direction (jurisprudence précitée *supra*).

Ce qui pourrait toutefois poser problème en l'espèce, c'est la formulation des conclusions de la ville : « enjoindre à la SOGEDO d'établir les avoirs dus aux usagers encore habitants de la commune ». La commune vous demande donc d'enjoindre à la SOGEDO de prendre contact avec les usagers encore habitants pour leur adresser un avoir correspondant à leur trop-versé. Cela pose problème à un double titre :

– il vous est demandé une mesure tout à fait partielle dès lors que les usagers qui n'habitent plus la commune semblent exclus alors même qu'eux aussi ont été victimes de surfacturation ;

– une telle injonction se conçoit aisément si la commune la formule elle-même, dans le cadre de son pouvoir de direction, soit qu'elle assure elle-même la gestion du service ou en régie, soit que la délégation du service ait prévu ce type de mesure au titre des pouvoirs de direction spécialement inscrits dans le contrat ; mais précisément, vous êtes saisis en qualité de juge du contrat parce que la collectivité

n'a pas ce pouvoir de direction, et pour le manquement de la SOGEDO à son obligation de passer par la SDEI pour établir la refacturation. Le contrat prévoit donc bien une obligation à la charge de la SOGEDO, de procéder à la refacturation, et à un certain égard, d'établir des avoirs, mais par l'intermédiaire de la SDEI. Et si vous êtes saisis d'une injonction de faire en qualité de juge du contrat pour un manquement à cette obligation par la SOGEDO, vous pouvez considérer que votre pouvoir est seulement de prononcer cette injonction de faire, à savoir obliger la SOGEDO à faire procéder à la refacturation par l'intermédiaire de la SDEI.

Autrement dit, la commune établit la méconnaissance de ses obligations contractuelles par la SOGEDO, mais au lieu de vous demander une injonction contraignant la SOGEDO à exécuter cette obligation, elle vous demande une injonction pour une obligation non prévue par le contrat : contraindre la SOGEDO à rembourser directement les usagers victimes de surfacturation. Selon nous, vous ne pourrez donc faire droit à la demande de la commune au stade de l'injonction, en raison de sa formulation malheureuse.

Certes, vous avez le pouvoir d'interpréter les conclusions dont vous êtes saisis et pourriez, à ce titre, reformuler la demande, d'autant

que, dans le corps de son premier mémoire, la commune écrit « *la SOGEDO s'obstine à refuser de rembourser spontanément par l'intermédiaire de la SOGEDO [lire SDEI sans doute] le trop-perçu* ».

Mais nous sommes réservés dès lors qu'il s'agirait d'une interprétation très constructive, d'autant plus que, nous vous le rappelons, la commune désigne, comme ultimes bénéficiaires de l'injonction, les seuls usagers qui habitent encore la commune, et non l'ensemble des usagers.

Nous ne vous encouragerons donc pas à reformuler la demande d'injonction pour la satisfaire, même si, en la satisfaisant, vous permettriez alors que l'action déclenchée par une autorité administrative aboutisse, *in fine*, au remboursement de l'ensemble des consommateurs du service d'assainissement d'eau, tous victimes d'une surfacturation réalisée par une entreprise privée, ce qui aurait illustré que le contentieux administratif peut apporter un précieux éclairage au débat actuel relatif à l'introduction, en droit français, d'une action de groupe.

François BÉROUJON,
rapporteur public

MOTS-CLÉS : *Responsabilité - Service public*