

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 00A12 du 31 mai 2000

**relatif à une demande d'avis de la Commission des finances, de l'économie et du plan
de l'Assemblée nationale sur le prix de l'eau en France**

Le Conseil de la concurrence (formation plénière),

Vu la lettre enregistrée le 16 décembre 1999, sous le numéro A 286, par laquelle la Commission des finances, de l'économie et du plan de l'Assemblée nationale a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance n° 861243 du 1er décembre 1986, d'une demande d'avis sur le prix de l'eau en France ;

Vu l'ordonnance n° 861243 du 1er décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence, notamment son article 5, et le décret n° 861309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

Par lettre en date du 16 décembre 1999, la Commission des finances, de l'économie et du plan de l'Assemblée nationale a invité le Conseil de la concurrence à " réaliser une étude relative au prix de l'eau en France " et a précisé qu'elle souhaitait que " le Conseil se penche sur la formation des prix de l'eau, sur les écarts constatés entre les communes et, d'une manière plus générale, sur la structure (du marché de l'eau)".

Il ressort par ailleurs d'échanges informels avec les services de ladite Commission que cette dernière souhaite que l'avis soit limité au secteur de la distribution de l'eau, à l'exclusion de celui de l'assainissement (c'est-à-dire la collecte, le transport et l'épuration des eaux usées) et que le Conseil de la concurrence s'attache plus particulièrement à l'application des règles de concurrence aux comportements susceptibles d'être constatés sur le marché de l'eau.

L'étude du secteur de l'eau a permis de mettre en évidence que le prix de l'eau a augmenté à un rythme sensiblement plus rapide que l'indice INSEE du coût de la vie. Ce phénomène, en partie dû à la faiblesse de la concurrence, appelle un certain nombre de solutions.

Le présent avis porte, dès lors, sur les points suivants : structure et niveau des prix (section I), structure du marché (section II), solutions (section III) et synthèse (section IV).

Il convient au préalable de préciser que :

1) Conformément au souhait de la Commission des finances, de l'économie et du plan de l'Assemblée nationale, la plupart des informations chiffrées contenues dans le présent avis ne concernent que la production et la distribution de l'eau à l'exclusion de l'assainissement.

Cette approche permet de mieux mettre en évidence l'importance de la hausse des prix de la distribution de l'eau : entre 1992 et 1998, l'abonnement et la consommation d'eau ont augmenté respectivement de 60 et 18 %, soit une hausse moyenne pondérée de 24 %, alors que l'indice général des prix n'a augmenté que de 9,6 %. Or la présentation conjointe de la distribution et de l'assainissement a souvent permis de justifier la facture d'eau par l'augmentation des prix de l'assainissement, présenté comme une dépense en forte progression.

Cependant, l'individualisation des prix de l'eau n'a pas toujours été possible. Tel est le cas notamment des écarts de prix selon les modes de gestion. Par ailleurs, même si la plus grande partie de l'avis concerne l'eau potable, les constatations relatives à la structure du marché et aux prix sont souvent comparables à celles du marché de l'assainissement. Enfin, les développements relatifs au droit de la concurrence sont largement transposables à l'assainissement. Certaines différences importantes séparent cependant les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement : ainsi, si le prix de l'eau (postes "abonnement" et "consommation" de la facture d'eau) a augmenté de 24 % entre 1992 et 1998, la hausse du poste "collecte et traitement des eaux usées" a été sensiblement plus élevée (49 %) pour la même période.

2) Il n'appartient pas au Conseil de la concurrence, saisi d'une demande d'avis sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance précitée, de qualifier les pratiques de tel ou tel opérateur, au regard des dispositions des articles 7 ou 8 de ladite ordonnance. Seules une saisine contentieuse et la mise en oeuvre de la procédure pleinement contradictoire prévue par le titre III de l'ordonnance sont de nature à conduire à une appréciation de la licéité de la pratique ou des pratiques considérées au regard des dispositions prohibant les ententes illicites ou les abus de position dominante ou de dépendance économique.

Section I : structure et niveau des prix

D'une manière générale, l'étude du niveau et de l'évolution des prix sur un marché peut déboucher sur la découverte d'indices de pratiques anticoncurrentielles. Par exemple, un marché géographique donné peut connaître des prix plus élevés qu'un autre parce que l'offre y est plus concentrée ; ou encore, une brusque élévation des prix pratiqués par l'ensemble des opérateurs peut s'expliquer par une entente entre ces derniers. Il ne suffit évidemment pas de constater une anomalie dans le régime des prix pour en déduire que le marché ne fonctionne pas de façon concurrentielle, mais il s'agit d'une première démarche utile. En ce qui concerne le secteur de l'eau, elle se heurte cependant à des difficultés particulières. Les chiffres disponibles permettent de mesurer le prix payé pour l'usage final. L'on verra que ce prix intègre des charges diverses qu'il faut écarter pour aboutir au prix économiquement facturé par les offreurs. Surtout, ces derniers ne fixent pas réellement les prix facturés à l'usager : les prix initiaux, ainsi que leur évolution, sont déterminés par les clauses du contrat de délégation. La collectivité déléguante joue donc, elle aussi, un rôle dans la fixation du prix. Ainsi, les évolutions de prix constatées dépendent de formules de variations dont les caractéristiques peuvent tenir à des considérations totalement étrangères à la concurrence, par exemple au fait que, bien qu'il ne présente plus un caractère obligatoire, le cahier des charges type qui avait été approuvé par le décret du 17 mars 1980 est encore fréquemment employé. Par ailleurs, les statistiques disponibles agrègent des prix pratiqués dans le cadre de conventions signées à des dates très diverses : il n'est pas possible, dans ces conditions, de rapprocher mécaniquement le niveau et l'évolution des prix, d'une part, des conditions de fonctionnement de marché à un instant donné, d'autre part.

Il n'en demeure pas moins qu'au moment où la collectivité déléguante choisit la délégataire et discute avec elle du niveau et des conditions d'évolution des tarifs, et alors qu'on peut la supposer animée du désir de voir les usagers payer l'eau au prix le plus bas possible, le fait, pour cette collectivité, de faire face ou non à un marché fonctionnant de façon concurrentielle est déterminant. Il est donc possible, mais avec toute la prudence

qu'imposent les considérations qui précèdent, de tirer du niveau et de l'évolution des prix des indices relatifs au fonctionnement du marché.

A. Formation des prix

La DGCCRF réalise chaque année, depuis 1992, une enquête d'observation des prix facturés aux ménages. Une facture type a été établie sur la base d'une consommation annuelle de 120 mètres cubes. L'échantillon utilisé couvre l'ensemble des départements du territoire métropolitain (chaque département est représenté par un nombre de communes compris entre cinq et dix) et représente plus de 23 millions d'habitants.

Les 738 communes de l'échantillon se répartissent comme suit :

Composition de l'échantillon de la DGCCRF

Tableau n° 1

| | |
|--|-----|
| Nombre de communes de plus de 100 000 habitants | 34 |
| Nombre de communes comprises entre 50 000 et 100 000 habitants | 60 |
| Nombre de communes comprises entre 10 000 et 50 000 habitants | 386 |
| Nombre de communes comprises entre 5 000 et 10 000 habitants | 168 |
| Nombre de communes de moins de 5 000 habitants | 90 |
| Nombre total de communes | 738 |

(source : DGCCRF)

Les données statistiques figurant dans les tableaux ciaprès sont essentiellement le résultat de l'enquête réalisée en 1998.

1. Les différentes composantes de la facture d'eau

Répartition des postes de la facture "distribution de l'eau"

Tableau n°2

| | Montant en francs d'une facture annuelle d'eau de 120 m ³ (1998) | % |
|--------------|---|------|
| Consommation | 686 | 54 % |

| | | |
|---------------------------------------|-------|-------|
| Abonnement " eau " | 165 | 13 % |
| Redevance préservation des ressources | 34 | 3 % |
| Redevance pollution | 304 | 24 % |
| FNDAE + VNF + TVA | 84 | 6 % |
| TOTAL EAU TTC | 1 273 | 100 % |

La facture de l'eau comprend deux parties : une partie liée à la distribution de l'eau, qui comprend elle-même l'abonnement et la consommation, et une partie comprenant les redevances et les taxes. Ces éléments représentent respectivement 54 % (consommation), 13 % (abonnement), 3 % (redevance préservation des ressources), 24 % (redevance pollution) et 6 % (taxes) de la facture d'eau.

a) La distribution d'eau

Le poste "distribution" de la facture d'eau a augmenté de 24 % entre 1992 et 1998, soit plus du double de l'augmentation de l'indice INSEE du coût de la vie. Cette hausse est, certes, en partie imputable à la réglementation relative à la qualité de l'eau (cependant, il n'a pas été possible de mesurer l'impact de la réglementation sur la pureté de l'eau dans le prix payé par l'utilisateur). Mais il convient aussi de relever que les entreprises gestionnaires des réseaux ont enregistré une hausse importante de leurs marges. Sans qu'il soit encore possible, à ce stade, d'en tirer des conclusions définitives, il faut observer que chaque fois que des facteurs de concurrence se manifestent (intervention d'une petite entreprise, consultation anticipée, etc.) on assiste à une réduction sensible de la rémunération du délégataire.

Le prix pratiqué par les entreprises délégataires résulte d'une négociation qui s'appuie sur un compte d'exploitation prévisionnel. Le prix finalement obtenu évolue selon une formule d'actualisation prévue au contrat. Le prix et la formule de variation peuvent être révisés, en général tous les cinq ans, pour tenir compte des éventuelles évolutions techniques, financières et administratives survenues depuis la conclusion du contrat ou de la dernière révision.

Pour les services gérés en régie, il appartient aux collectivités de voter, chaque année, un tarif garantissant l'équilibre du service. Celui-ci doit, par ailleurs, faire l'objet d'une comptabilité distincte de celle de la collectivité de rattachement. Enfin, sous réserve de quelques assouplissements, le financement du service doit être assuré par l'utilisateur (1), ce qui exclut notamment le recours à des subventions d'exploitation.

Conformément à la loi du 3 janvier 1992, la tarification comprend une partie proportionnelle et, le cas échéant, une partie fixe.

- La consommation

Le poste " consommation " de la facture d'eau a augmenté de 18 % entre 1992 et 1998 (cf. tableau n° 3).

- L'abonnement

Le poste "abonnement" de la facture d'eau a augmenté de 60 % entre 1992 et 1998 (cf. tableau n° 3). Cette augmentation s'explique, en partie, par le remplacement prévu par la loi du 3 janvier 1992, à compter de 1994, de la facture forfaitaire par une facture comprenant une partie fixe, l'abonnement, et une partie liée à la consommation. On notera notamment qu'en 1994, le poste "abonnement" a augmenté en moyenne de 13 % par rapport à l'année précédente.

Le montant de la partie fixe est très variable d'une collectivité à l'autre : de zéro, dans quelques cas (l'abonnement ne s'impose pas si les consommations sont stables d'une année sur l'autre et si les abonnés consommant peu d'eau ex. : résidences secondaires, zones touristiques sont en nombre restreint) à plus de 2000 F. Cette tarification " binôme " ne fait pas l'unanimité. On a notamment soutenu qu'elle favorisait le gaspillage de l'eau ; on a même parfois suggéré de supprimer la partie fixe du prix. Les partisans de la tarification binôme font pour leur part valoir que la suppression de la part fixe se traduirait notamment par une augmentation de la partie variable de la facture, ce qui pourrait alourdir sensiblement la facture des consommateurs moyens, des familles nombreuses et des résidents permanents dans les localités comportant une proportion importante de résidences secondaires. Une étude réalisée par le Syndicat départemental d'alimentation en eau potable de la Vendée montre ainsi que, dans les conditions de fonctionnement de ce syndicat, la suppression de la partie fixe produirait les effets suivants si le revenu d'exploitation était maintenu : elle bénéficierait aux consommateurs utilisant de faibles volumes d'eau (30 m³ par an ou moins), mais alourdirait sensiblement les factures des consommateurs moyens utilisant 120 m³ par an (consommation moyenne d'un ménage de quatre personnes selon l'INSEE).

Il convient par ailleurs de relever que l'abonnement permet de garantir une certaine stabilité des recettes, surtout dans les zones (notamment touristiques) dont la consommation d'eau varie fortement en fonction des aléas climatiques.

b) Redevances et taxes

La facture d'eau comprend également une composante fiscale et parafiscale qui, en 1998, a représenté 33 % de cette facture et qui a doublé entre 1992 et 1998. Cette composante fiscale comprend elle-même des redevances et des taxes.

- Les redevances

Deux redevances, dont le produit est versé au budget des agences de bassins, apparaissent sur la facture du consommateur d'eau :

- la redevance "préservation des ressources" est calculée selon un système particulièrement complexe et peu homogène d'une agence à l'autre. Elle a augmenté en moyenne de 89 % entre 1992 et 1998 (cf. tableau n° 3) ;
- la redevance pour détérioration de la qualité de l'eau (redevance "pollution"), assise sur la pollution émise par le payeur, diffère dans son montant selon qu'elle s'applique aux collectivités locales, aux industriels ou aux agriculteurs. Le montant de la redevance due par les ménages est obtenu en divisant le montant de la redevance payable par la collectivité locale par le nombre prévu de mètres cubes consommés annuellement

par la collectivité. Elle a augmenté en moyenne de 127 % entre 1992 et 1998 (cf. tableau n° 3).

- Les taxes

Les taxes sont fixées au niveau national (Fonds national d'adduction d'eau, voies navigables de France et TVA au taux de 5,5 %). Elles ont augmenté en moyenne de 53 % entre 1992 et 1998 (cf. tableau n° 3).

B. Écarts des prix

Contrairement à certains services publics nationaux, tel que l'acheminement du courrier, dont la tarification s'applique sur l'ensemble du territoire national, le secteur de l'eau, caractérisé par une gestion locale, ne connaît pas de péréquation tarifaire nationale. Les prix de l'eau peuvent ainsi varier selon les bassins, la taille des communes ou encore les modes de gestion ; l'instruction a également montré de fortes disparités entre les différentes catégories d'usagers. Enfin, une étude de l'OCDE fait apparaître que le prix de l'eau en France est parmi les plus élevés dans le monde développé.

1. Écarts des prix selon les bassins

La politique de l'eau repose sur une structure interrégionale comprenant six bassins créés par la loi du 16 décembre 1964 : ArtoisPicardie, SeineNormandie, RhinMeuse, LoireBretagne, RhôneMéditerranéeCorse et AdourGaronne. Des écarts de prix importants ont pu être constatés entre eux. Ainsi, en 1998, une différence de 18 % séparait le bassin dont les prix étaient les plus élevés (RhôneMéditerranéeCorse) et celui dont les prix étaient les plus bas (ArtoisPicardie). Cet écart est en voie de diminution puisqu'il était de 27 % en 1992.

2. Écarts des prix selon la taille des communes

La taille des communes a une incidence réduite sur le montant des factures d'eau (cf. tableau n° 5). Ainsi, seule une différence de 8 % sépare la catégorie des communes de moins de 5 000 habitants (dont les prix sont les plus faibles) de la catégorie des villes comprenant entre 50 000 et 100 000 habitants (dont les prix sont les plus élevés). Cet écart pourrait s'expliquer, en partie tout au moins, par l'existence de ressources plus abondantes et moins polluées dans les zones rurales (2). Une autre explication réside dans le recours au bénévolat dans les petites communes : "*De nombreuses communes rurales isolées gèrent directement la distribution d'eau potable à un tarif généralement faible grâce au bénévolat largement répandu et à une main d'œuvre locale peu coûteuse et sans frais de déplacement*" (3).

3. Écarts des prix selon le mode de gestion (4)

Pour assurer le service de l'eau, la commune, qui en a la responsabilité, peut agir seule ou dans le cadre de regroupements (syndicats à vocation unique ou multiple, syndicats mixtes, districts, communautés urbaines, etc.). Les communes ou leurs regroupements peuvent, par ailleurs, gérer le service directement ou bien le déléguer dans le cadre de contrats de concession, où l'entreprise privée exécute à ses frais les travaux d'infrastructure du réseau et exploite celui-ci à ses risques et périls, d'affermage, où l'entreprise gère à ses risques et périls une installation réalisée et financée par la commune, de gérance, où la commune conserve l'essentiel de la responsabilité du service, dont la gestion est assurée par une entreprise privée forfaitairement rémunérée, ou encore de régie intéressée, où l'entreprise privée, simple agent de la collectivité, perçoit une rémunération qui comprend une prime fixe et une prime de productivité.

Les écarts de prix entre les régies et les services délégués étaient, en 1998, de l'ordre de 13 %. Ils sont en nette diminution par rapport à 1992 : 22 %.

Les écarts de prix liés au mode de gestion sont parfois expliqués par les charges (taxe professionnelle et redevance pour occupation du domaine public, par exemple) que les entreprises privées sont seules à supporter. En revanche, et comme l'a souligné la FNCCR, il n'est pas exact d'invoquer la réalisation d'investissements pour justifier le surcoût des services délégués : *"Compte tenu des conditions économiques actuelles, la concession a pratiquement disparu parmi les contrats de délégation récents. Aujourd'hui, la nécessité de construire des ouvrages n'a plus d'incidence sur le choix du mode de gestion, puisque le financement est presque toujours assuré par la collectivité avec des aides publiques (agence de l'eau, conseil général, FNDAE)"* (5).

4. Écarts selon les usagers

Conformément au principe de l'égalité des usagers devant les services publics, les prix sont, en principe, fixés en fonction des quantités consommées (ils peuvent être progressifs ou dégressifs, selon la politique adoptée par la collectivité) et non par type d'usagers. De fortes disparités peuvent cependant exister entre les différentes catégories d'usagers. Ainsi, une partie de l'eau consommée par les agriculteurs est gratuite : *" Le niveau des prélèvements réalisés par le secteur agricole reste aujourd'hui pour une large part inconnu. De nombreux forages ne sont pas répertoriés et, même répertoriés, nombre d'entre eux ne sont pas équipés de compteurs d'eau. Dans ces cas, la ressource est entièrement gratuite et sa consommation ne fait l'objet d'aucune contrainte "* (6).

5. Écarts selon les pays

Une étude réalisée par l'OCDE montre que le prix du m³ d'eau en France (distribution de l'eau et assainissement) se situe, avec 3,11 dollars, au troisième rang, avec l'Angleterre, après le Danemark (3,18 dollars) et les PaysBas (3,16 dollars) (7).

Il ressort de ce qui précède que la facture d'eau varie selon les bassins, la taille des communes, le mode de gestion et même selon les différentes catégories d'usagers. On s'accorde en général, à admettre qu'une péréquation nationale, pour chacune des lignes de la facture, ne serait pas souhaitable. Au contraire, il existe un attachement fort à la prise en compte des conditions locales de production et à la différenciation géographique. Au demeurant, comme le souligne le rapport du Commissariat général au Plan de septembre 1997, il existe déjà une certaine péréquation à l'échelle du bassin : *" à l'intérieur de chaque bassin, sous couvert de solidarité, se sont effectivement développées deux formes de transferts à travers les seules redevances : un transfert des collectivités et des industriels vers les agriculteurs ; un transfert de l'urbain vers le rural "*.

C. Évolution des prix

L'évolution des différentes composantes du prix de l'eau a déjà été examinée, il n'est pas nécessaire d'y revenir, sauf à rappeler qu'entre 1992 et 1998, le poste "distribution" de la facture d'eau a augmenté de 24 % alors que l'indice du coût de la vie n'a augmenté que de 9,6 %. Il reste en revanche à examiner l'évolution générale ainsi que l'évolution par bassin, selon la taille des communes et selon le mode de gestion.

1. Évolution générale

Le prix de l'eau (abonnement + consommation + redevances + taxes) a augmenté à un rythme plus rapide que l'indice général des prix. L'enquête de la DGCCRF montre même qu'entre 1992 et 1998, il a augmenté quatre fois plus vite (42,7 % contre 9,6 %).

Évolution générale du prix de l'eau

Tableau n° 3

| | Montant en francs d'une facture annuelle d'eau de 120 m ³ | | | | | | |
|--|--|------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|
| | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 |
| Abonnement " eau " | 103 | 110 | 125 | 132 | 151 | 162 | 165 |
| Evolution cumulée | | 6,8 % | 21,4 % | 28,2 % | 46,7 % | 57,2 % | 60,2 % |
| Consommation | 582 | 621 | 640 | 661 | 671 | 680 | 686 |
| Evolution cumulée | | 6,7 % | 10 % | 13,6 % | 15,2 % | 16,9 % | 17,9 % |
| Redevance préservation des ressources | 18 | 20 | 26 | 31 | 32 | 33 | 34 |
| Evolution cumulée | | 11,1 % | 44,5 % | 72,2 % | 77,8 % | 83,3 % | 88,9 % |
| Redevance pollution | 134 | 165 | 220 | 253 | 284 | 291 | 304 |
| Evolution cumulée | | 23,1 % | 64,2 % | 88,9 % | 111,9 % | 117,2 % | 126,9 % |
| FNDAE + VNF + TVA | 55 | 64 | 72 | 75 | 82 | 85 | 84 |
| Evolution cumulée | | 16,4 % | 30,9 % | 36,4 % | 49,1 % | 54,6 % | 52,7 % |
| TOTAL EAU TTC | 892 | 980 | 1 083 | 1 152 | 1 220 | 1 251 | 1 273 |
| Evolution cumulée | | 10,9 % | 21,4 % | 29,1 % | 36,8 % | 40,2 % | 42,7 % |
| Evolution cumulée de l'indice général des prix | | 2 % | 3,8 % | 5,3 % | 7,7 % | 8,8 % | 9,6 % |

Outre le caractère peu concurrentiel du marché, les phénomènes de pollution et les besoins croissants de traitement qui en résultent (élimination des nitrates, des pesticides, etc.) et, comme le souligne la Cour des comptes (8), l'opacité tarifaire (manque de clarté des contrats, manque d'information de la collectivité ou des usagers, insuffisance des contrôles) sont invoqués pour expliquer ces chiffres.

2. Évolution des prix par bassin

Des écarts importants séparent les taux d'augmentation des factures enregistrés dans les différents bassins entre 1992 et 1998. L'écart le plus important sépare les bassins RhinMeuse et ArtoisPicardie, avec des taux d'augmentation respectifs de 38 et 19 %.

Évolution des prix de l'eau par bassin

Tableau n° 4 :

| | Montant TTC en francs d'une facture annuelle d'eau de 120 m ³ | | |
|--------------------------|--|------|---------------|
| | (9) | | |
| | 1992 | 1998 | % d'évolution |
| Artois-Picardie | 742 | 881 | 19 % |
| Seine-Normandie | 764 | 949 | 24 % |
| Rhin-Meuse | 660 | 908 | 38 % |
| Loire-Bretagne | 751 | 962 | 28 % |
| Rhône-Méditerranée-Corse | 836 | 1038 | 24 % |
| Adour-Garonne | 764 | 944 | 24 % |

(source : DGCCRF)

3. Évolution des prix selon la taille des communes

Les prix de la ville de Paris ont subi une très forte augmentation entre 1992 et 1998 (47 %), mais restent largement inférieurs à la moyenne nationale (916 F contre 969 F (10)).

Par ailleurs, la fourchette des taux d'augmentation des prix selon la taille des communes est relativement réduite : l'écart maximum concerne les communes de moins de 5 000 habitants et celles comprenant entre 50 000 et 100 000 habitants, dont les taux d'augmentation respectifs, entre 1992 et 1998, sont de 32 et 21 %.

Évolution des prix de l'eau selon la taille des communes

Tableau n° 5 :

| Taille des communes | Montant TTC en francs d'une facture annuelle d'eau de 120 m ³ | | |
|-----------------------------------|--|-------|---------------|
| | 1992 | 1998 | % d'évolution |
| Paris (hors location du compteur) | 553 | 812 | 47 % |
| Plus de 100 000 habitants | 803 | 993 | 24 % |
| Entre 50 000 et 100 000 habitants | 846 | 1 027 | 21 % |
| Entre 10 000 et 50 000 habitants | 778 | 989 | 27 % |
| Entre 5 000 et 10 000 habitants | 748 | 955 | 28 % |
| Moins de 5 000 habitants | 717 | 948 | 32 % |

(source : DGCCRF)

4. Évolution des prix selon le mode de gestion [\(11\)](#)

L'ancienne Commission de la concurrence avait attribué aux formules d'actualisation la responsabilité des distorsions, dans l'évolution des prix de l'eau, entre la gestion directe et la gestion déléguée, cette dernière enregistrant à l'époque des hausses de prix plus importantes. Ce constat l'avait conduite à émettre l'avis que les paramètres représentatifs des charges des entreprises dans les formules d'actualisation du prix de base assurent à celui-ci une évolution trop rapide au regard de l'évolution réelle des coûts correspondants. Le Conseil ne peut que regretter que cet avis n'ait pas toujours été suivi d'effet. La Cour des comptes a, notamment, relevé plusieurs exemples de formules paramétriques permettant aux délégataires d'obtenir une augmentation injustifiée de leurs marges. L'exemple de Lorient est très clair à cet égard : les salaires sont pris en compte pour 45 % alors qu'ils ne représentent que 31 % des charges [\(12\)](#).

Cependant, entre 1992 et 1998, ce sont désormais les prix des services en régie qui ont augmenté le plus (52 %), alors que ceux des services délégués n'ont augmenté que de 41 %. Trois facteurs sont avancés pour expliquer la hausse moins rapide des prix en délégation : l'interdiction de faire subventionner le service d'eau par le budget général, l'ouverture des mises en délégation à la concurrence du fait de la loi Sapin et, enfin, des renégociations de prix avant l'échéance. Il reste que la hausse des prix en délégation a été elle-même, entre 1992 et 1998, beaucoup plus rapide que le coût de la vie.

L'une des causes des constatations faites cidessus pourrait être un fonctionnement insuffisamment concurrentiel du ou des marchés. Il convient donc d'examiner la structure du marché et le comportement des opérateurs sur celui-ci.

Section II : structure du marché

Le marché examiné ciaprès est celui des services d'approvisionnement et de distribution d'eau. Sur ces marchés, les collectivités publiques sont en situation de demandeur : elles recherchent un prestataire de services qui livrera l'eau jusqu'aux consommateurs finaux. Le marché est partagé pour l'essentiel entre trois groupes :

- Vivendi (ex Compagnie générale des eaux) : 51 % + 5 % (part de l'entreprise dans les filiales communes) = 56 %.
- SuezLyonnaise des eaux (ci-après Lyonnaise des eaux) : 24 % + 5 % (part de l'entreprise dans les filiales communes) = 29 %.
- SAUR (groupe Bouygues) : 13 %.

Une dizaine d'entreprises, représentant globalement une part de 2 %, sont également présentes sur le marché.

Une telle structure est typique d'un marché très concentré. L'indice de HirschmanHerfindahl, dont la valeur est égale à la somme des carrés des parts de marché, est égal à 4250 ; or il est admis qu'au-delà de 2000, l'indice exprime une présomption de structure particulièrement concentrée qui doit conduire les autorités de la concurrence à une vigilance particulière.

De plus, dès lors que la SAUR semble concentrer ses efforts sur les communes de moins de 100 000 habitants (il existe de rares exceptions à ce constat), seuls Vivendi et Lyonnaise des eaux sont susceptibles de répondre aux appels d'offres pour les grandes villes : la concentration de l'offre est donc considérable pour ces dernières.

Cette structure peu concurrentielle est le résultat d'opérations de concentration successives ; elle est aggravée par la création de filiales communes dans certaines zones géographiques et par la faiblesse de la concurrence à l'échéance des conventions.

A. OPÉRATIONS DE CONCENTRATION

Alors qu'il y a une cinquantaine d'années, le marché de la délégation du service de la distribution de l'eau était partagé entre plusieurs dizaines d'entreprises de taille moyenne, il ne reste plus aujourd'hui que quelques entreprises.

Cette situation est le résultat d'opérations de concentration dont on se bornera à mentionner les dernières.

1. Acquisition de la SDEI par la Lyonnaise des eaux (1991)

Cette opération a été notifiée au ministre chargé de l'économie le 22 janvier 1991. Le Conseil de la concurrence, saisi pour avis par le ministre de l'économie, avait relevé qu'en admettant que l'opération accroisse la tendance à la formation d'un duopole sur le marché national de l'eau distribuée sous le régime de la gestion déléguée entre la Lyonnaise des eaux et la CGE, cette éventualité ne suffisait pas en elle-même à établir que la concurrence se trouverait affectée sur le plan national dans des conditions telles qu'elles justifieraient une opposition à l'ensemble de la concentration.

Il a cependant estimé qu'en raison du poids des situations acquises, dû notamment à la durée des contrats et à l'attrait que présentent pour les collectivités publiques des prestations directement ou indirectement liées à la distribution de l'eau, l'entreprise titulaire d'affermages ou de concessions dans une zone déterminée bénéficie d'un avantage certain par rapport à d'autres offreurs. Cette situation se traduisait, selon le Conseil, par de considérables disparités dans les positions respectives des offreurs de gestion déléguée suivant les zones géographiques examinées. Il a, dès lors, estimé que l'appréciation des effets de l'opération sur la concurrence, à laquelle il devait procéder en application du titre V (relatif à la concentration économique) de l'ordonnance de 1986 ne pouvait, dans les circonstances propres à l'espèce, être utilement faite qu'en tenant compte des conditions locales.

Approuvant cette analyse, le ministre a autorisé l'opération notifiée, mais à la condition que le nouveau groupe limite à 50 % sa part de marché dans cinq départements (Ain, Côte-d'Or, Dordogne, Jura et Gironde) en procédant aux rétrocessions nécessaires [\(13\)](#).

2. Acquisition de la CISE par la SAUR (1997)

Cette opération a été notifiée au ministre chargé de l'économie, le 30 janvier 1997. Après avoir observé que les parts cumulées de la SAUR et de la CISE atteignaient 14 % sur le marché de l'eau et de l'assainissement et que l'opération faisait disparaître un opérateur sur un marché déjà très concentré, le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a néanmoins relevé que la part de marché de la nouvelle entité était très nettement inférieure à celles détenues par ses concurrents la Lyonnaise des eaux et la CGE. S'agissant des marchés locaux, le ministre avait noté un renforcement de la position de la nouvelle entité dans un nombre limité de départements, mais, du fait de la configuration du marché national, il a estimé que ces nouvelles positions n'étaient pas de nature à porter en elles-mêmes significativement atteinte au fonctionnement de ces marchés. En outre, précisait le ministre, les deux parties à l'opération étaient beaucoup moins présentes dans l'ensemble des départements limitrophes. Il n'a donc pas saisi le Conseil de la concurrence de l'opération [\(14\)](#).

B. Création de filiales communes

Les groupes Vivendi et Lyonnaise des Eaux ont créé des entreprises communes pour assurer la distribution de l'eau dans certaines zones géographiques. Il s'agit de douze filiales ou sousfiliales, créées de longue date (sauf la Sté des eaux de Sénart et la Sté stéphanoise des eaux, créées respectivement en 1991 et 1992), qui, en général, approvisionnent des zones géographiques importantes :

- Société nancéienne des eaux
- Société des eaux d'Arles
- Société des eaux de Douai
- Société des eaux de Marseille
- Société des eaux de Versailles et de SaintCloudSevesc
- Société des eaux du Nord
- Société guyanaise des eaux
- Société provençale des eaux
- Société ciotadenne des eaux
- Société martiniquaise des eaux
- Société des eaux de Sénart
- Société stéphanoise des eaux

A ces entreprises communes s'en ajoutent deux autres créées par la SAUR et la Lyonnaise des eaux :

- Compagnie bourdonnaise de services et d'environnement
- Société des eaux du district urbain de Dinan Sedud

L'ancienne Commission de la concurrence avait relevé que l'existence de ces entreprises communes avait conduit à multiplier les occasions de coordination et de concertation pour les dirigeants des deux groupes concernés [\(15\)](#).

c. concurrence à l'échéance des conventions

1. Faiblesse de la concurrence

Dans le domaine de l'eau potable, les articles L 14111 et suivants du code général des collectivités territoriales, résultant des lois du 29 janvier 1993 (loi Sapin), et du 8 février 1995 (loi Barnier), limitent à vingt ans la durée des délégations de service public et imposent une mise en concurrence, notamment à l'échéance des contrats.

Cependant, les opérateurs ont, avant l'entrée en vigueur de la loi Sapin, renégocié, avant leur échéance normale, un grand nombre de contrats, notamment ceux de collectivités importantes ; ils sont ainsi parvenus à retarder, jusqu'à environ 2005, une véritable ouverture à la concurrence pour les collectivités importantes.

Par ailleurs, le taux de changement des délégataires est particulièrement faible : " 5 % de non reconduction du délégataire antérieur, soit, au rythme actuel des consultations, environ trois contrats sur mille (...) changeraient chaque année de titulaire " [\(16\)](#). Une interprétation possible de cette situation pourrait être que les entreprises titulaires des délégations s'accordent, au moins implicitement, à ne pas faire jouer la concurrence lors des renouvellements des conventions. A ce jour, aucune condamnation n'a été prononcée de ce chef, mais cette hypothèse n'est pas, pour autant, à exclure.

Par ailleurs, le comportement des collectivités déléguantes contribue à cette situation : " *quel que soit le nombre de candidatures manifestées ou étudiées, l'attribution revient presque inéluctablement au titulaire précédent. Celui-ci paraît disposer partout d'un net avantage comparatif, renforcé par une tendance à peine camouflée des collectivités à vouloir continuer à travailler avec le même prestataire s'il a donné satisfaction (...). La loi Sapin a provoqué une pression concurrentielle et une plus grande transparence, sans avoir changé le résultat final des consultations, à savoir la reconduction des sortants (...). Les collectivités (...) ont tendance à écarter hâtivement pour références insuffisantes des sociétés qui se présentent aux consultations* " [\(17\)](#).

Le délégataire en place est, dès lors, souvent seul à présenter une offre [\(18\)](#). Enfin, même lorsque les deux plus grands groupes sont en concurrence lors du renouvellement d'une délégation, ce facteur ne suffit pas, en général, à lui seul à réduire sensiblement les prix (contrairement à ce qui a pu être observé lorsqu'une autre entreprise SAUR ou petite entreprise est également appelée à faire une offre).

Il en résulte en quelque sorte une situation de monopole de fait : " *on est ainsi fondé à s'interroger sur le fonctionnement concurrentiel du secteur, voire à se demander si l'on n'est pas en présence d'un monopole de fait, en raison de l'adoption d'un " code de bonne conduite " implicite* " [\(19\)](#).

Une amélioration, cependant, mérite d'être relevée : même si des statistiques fiables n'ont pu être recueillies sur cette question, il est probable que le taux de changement de délégataire à l'échéance des conventions est aujourd'hui supérieur à 5 % (toutefois, ces remplacements ne concernent que des collectivités petites ou moyennes).

2. Existence de facteurs de concurrence dont la portée est très réduite

Des facteurs de concurrence existent, mais leur portée est très réduite.

a) Retour à la régie

Les collectivités peuvent opérer un retour à la régie. Un tel retour suppose, néanmoins, des investissements en matériels (ex. : rachat des compteurs) et est freiné par une perte de savoirfaire dont l'ampleur peut produire, sur les collectivités, un effet dissuasif. Plusieurs retours en régie ont cependant été observés au cours des dernières années (ex : Grenoble, Alès et Pertuis).

b) Consultation anticipée

Une consultation anticipée peut être envisagée. L'expérience montre qu'elle peut être source de profits importants pour les abonnés car elle peut inciter le titulaire à réduire sensiblement ses prix. Cette procédure consiste, pour la collectivité qui estime que les prix convenus avec le délégataire revêtent un caractère anormalement élevé, à lancer une consultation bien avant le début du déroulement normal de la procédure de mise en concurrence. L'objectif est de parvenir à une vérité des prix et, le cas échéant, de négocier une baisse de ces prix, qui interviendrait à l'échéance de la convention en cours, voire avant même ce terme. Le district de la Côte Vermeille a recouru à cette procédure après qu'un expert désigné par lui a estimé que le montant de la rémunération perçue par le délégataire était deux fois plus important que le montant jugé normal. Alors que la convention expirait le 31 décembre 1999, le district a lancé une consultation anticipée au début de l'année 1997. Cette consultation a conduit le délégataire à accepter que sa rémunération (produits d'exploitation) diminue d'environ un tiers à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle convention, c'est-à-dire au 1er janvier 2000. Après une nouvelle négociation, le délégataire a même accepté une application anticipée de cette réduction dès le premier semestre 1998 (la réduction de la rémunération entre le premier semestre 1998 et la fin 1999 était cependant moins importante). Il importe de préciser que ce résultat, particulièrement avantageux pour les abonnés, s'explique en partie par le fait que le délégataire a étendu la mise en concurrence à de petites entreprises, telles que la SOGEDO et RUAS, dont les propositions étaient particulièrement attractives.

Même si cet exemple n'est pas isolé, le nombre de consultations anticipées est fort réduit. Il faut d'ailleurs souligner que la formule ne peut se développer que pour autant que les concurrents ont le sentiment d'avoir des chances réelles d'obtenir la délégation lors de son renouvellement.

c) Influence des petites entreprises

L'expérience montre que l'intervention d'une petite entreprise lors de la mise en concurrence peut être un facteur important de réduction de prix. L'exemple de l'approvisionnement en eau du Syndicat des eaux du centre-est du Jura permet d'illustrer le propos [\(20\)](#) : en 1999, ce Syndicat a lancé un appel à concurrence pour la production de l'eau. Seuls deux grands groupes ont répondu. Sur les conseils de la DDCCRF et de la DDA, qui estimaient que les prix proposés étaient trop élevés, un deuxième appel à concurrence a été lancé. Cette fois, la SOGEDO a été admise à faire une offre (fort intéressante selon le Syndicat), ce qui a conduit l'ancien délégataire à réduire son prix de 45 % par rapport à sa première offre.

Cependant, la plupart des petites entreprises ne s'intéressent qu'aux petites collectivités. Par ailleurs, elles ne peuvent espérer obtenir qu'un nombre très limité de contrats chaque année. Leur pérennité est en outre précaire, le risque d'absorption par les grands groupes étant réel.

d) Ouverture à la concurrence étrangère

Si le marché français est ouvert à la concurrence étrangère, en réalité peu d'entreprises étrangères participent aux

appels à candidatures. La Commission européenne attribue cette situation à divers facteurs et notamment à la divergence des réglementations dans les différents Etats membres (21). Le désintérêt manifesté par les entreprises étrangères pourrait également s'expliquer par le fait que peu de délégations d'une importance pouvant les intéresser ont fait, depuis l'adoption de la loi Sapin, l'objet d'une mise en concurrence. Une troisième explication réside enfin dans l'absence de lisibilité du marché français. Ainsi, il n'existe pas de calendrier systématique des échéances des délégations. Les entreprises, et notamment les entreprises étrangères, ne disposent, dès lors, que d'informations ponctuelles qui ne leur permettent pas de programmer des offres.

Quelques rares initiatives étrangères méritent toutefois d'être évoquées ici. D'abord, celle de US Filter, entreprise américaine qui a pour principale activité la fourniture d'équipements et la conception de stations de traitement de l'eau. Cette entreprise s'est portée candidate pour l'exploitation de l'eau dans quelques communes importantes, avant d'être rachetée par le groupe Vivendi, qui était en concurrence avec cette entreprise sur certains marchés. La deuxième initiative est celle de l'entreprise britannique Thames Water, troisième groupe mondial pour l'exploitation de l'eau (après Vivendi et Lyonnaise des eaux) qui, après un important développement en Asie, vient de créer à Paris un pôle de développement pour l'Europe et l'Afrique ; cette entreprise a fait une offre dans le cadre du renouvellement de la convention de délégation de la ville de Quimper. D'autres entreprises européennes ont également manifesté un intérêt pour le marché français, mais ne se sont pas encore installées sur le territoire national.

A l'issue de cette analyse des faiblesses de la concurrence sur les marchés de l'eau, il apparaît que l'explication des hausses de prix par un fonctionnement imparfait du marché est loin d'être dépourvue de vraisemblance même si la procédure légère de l'avis ne permet pas d'aller au-delà de cette affirmation prudente. Les indices rassemblés sont toutefois suffisants pour qu'il soit justifié de rechercher les voies et moyens de renforcer l'intensité de la concurrence sur les marchés de l'eau.

SECTION III : SOLUTIONS

L'application des principes qui régissent le droit de la concurrence doit permettre en principe de remédier aux dysfonctionnements des marchés lorsqu'ils proviennent de comportements interdits. Cette voie comporte cependant des limites, notamment dans le cas d'anomalies d'ordre structurel. D'autres solutions seront donc envisagées.

Deux observations préalables s'imposent avant d'examiner ces solutions. La première concerne la sensibilisation des collectivités territoriales aux problèmes posés par le prix de l'eau. Il conviendrait, en effet, dans la ligne de l'avis rendu le 28 octobre 1980 par l'ancienne Commission de la concurrence (22), d'inciter ces collectivités à faire davantage appel à la concurrence. Cela implique notamment de ne pas privilégier de façon systématique les anciens titulaires des délégations (prime au sortant), mais aussi d'envisager un retour à la régie ou une consultation anticipée lorsque les prix paraissent anormalement élevés. Cela peut impliquer aussi, notamment en cas de monopole sur le marché de la fourniture en gros de l'eau potable, de distinguer la production et la distribution de l'eau lors des renouvellements des délégations ; les entreprises concurrentes pourraient ainsi participer à la consultation même si la collectivité n'est pas propriétaire des installations de production d'eau.

La seconde observation concerne l'amélioration de la transparence non pas tant en ce qui concerne les tarifs (qui sont publics), qu'en ce qui concerne les informations relatives aux coûts, lesquelles sont beaucoup moins accessibles. La transparence est parfois présentée comme une solution aux pratiques de prix abusivement élevés. Elle peut cependant présenter des inconvénients sur un marché concentré. La position adoptée par la Cour de

justice des Communautés Européennes dans l'affaire Fiatagri mérite à cet égard d'être rappelée ici : il s'agissait, en l'espèce, d'un échange d'informations sur les immatriculations de tracteurs agricoles, mais la position de la Cour peut être étendue aux informations portant sur les prix ; par ailleurs, les informations avaient été échangées entre opérateurs, mais les risques soulignés par la Cour de Justice seraient analogues même si cette information devait transiter par un organisme tiers. L'arrêt s'exprime ainsi : "*en principe, la transparence entre les opérateurs économiques est, sur un marché véritablement concurrentiel, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs, dès lors que, dans une telle hypothèse, la circonstance qu'un opérateur économique tienne compte des informations dont il dispose pour adapter son comportement sur le marché n'est pas de nature, compte tenu du caractère atomisé de l'offre, à atténuer ou supprimer, pour les autres opérateurs économiques toute incertitude quant au caractère prévisible des comportements de ses concurrents*" (...) *en revanche, un échange d'informations précises (...) est de nature, sur un marché oligopolistique fortement concentré, (...) à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques*" [\(23\)](#).

Cette position ne condamne pas toute forme de transparence sur un marché oligopolistique, mais, à tout le moins, invite à la prudence. D'une manière générale, si des données statistiques devaient être publiées, il conviendrait de s'assurer qu'elles n'incitent pas les opérateurs à s'aligner sur des prix moyens. De ce point de vue, une publication de fourchettes de prix serait préférable à celle de prix moyens. Par ailleurs, la base géographique devrait être suffisamment étendue. Ainsi, si des statistiques départementales semblent pouvoir être acceptables, en revanche, une base géographique plus réduite pourrait comporter des risques sérieux d'alignement.

A. Application du droit de la concurrence aux comportements des opérateurs du marché

Lorsqu'il est saisi à titre contentieux, le Conseil de la concurrence examine si les pratiques en cause entrent dans le champ des articles 7, 8 et 10I de l'ordonnance n° 1243 du 1er décembre 1986 (titre III de l'ordonnance), qui interdisent les ententes anticoncurrentielles, les abus de position dominante, les abus de dépendance économique et les prix abusivement bas [\(24\)](#). Il est également compétent pour appliquer les dispositions des articles 81 et 82 du traité de Rome (respectivement anciens articles 85 et 86), qui interdisent les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante.

La démarche adoptée ciaprès ne consistera pas à recenser tous les comportements possibles des opérateurs du marché qui pourraient être sanctionnés par le Conseil de la concurrence. Un tel exercice, purement théorique, présenterait un intérêt limité. A titre d'exemple, il n'a pas paru utile de consacrer de longs développements aux pratiques de prix prédateurs. Selon la jurisprudence tant communautaire que nationale, la pratique d'un prix inférieur à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites) peut dénoter une volonté d'éliminer un concurrent et constituer donc un abus de position dominante. Une entreprise dominante n'a en effet aucun intérêt, en tout cas lorsqu'il s'agit de produits et services non différenciés, à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est-à-dire ceux qui restent constants quelles que soient les quantités produites) et une partie des coûts variables afférents à l'unité produite. Lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent, des prix sont également abusifs s'ils se situent entre la moyenne des coûts totaux (coûts fixes et coûts variables) et la moyenne des coûts variables [\(25\)](#).

Cette jurisprudence est peu pertinente dans le secteur de l'eau dans la mesure où il est peu probable qu'une entreprise de ce secteur recoure à des prix prédateurs. En effet, lorsqu'elle propose un prix, elle sait qu'elle s'engage pour une très longue période, ce qui repousse à un avenir très éloigné la période au cours de laquelle les pertes pourraient être récupérées.

Il a donc semblé préférable d'analyser les règles et la jurisprudence les plus pertinentes et d'essayer d'en dégager quelques enseignements pour le cas où le Conseil serait saisi de comportements anticoncurrentiels dans le cadre d'une procédure contentieuse.

Il convient au préalable de noter que le droit de la concurrence tant national que communautaire s'applique aussi bien aux personnes privées qu'aux personnes publiques. C'est en effet la nature économique de l'activité affectée et non la qualité de l'opérateur ou la forme selon laquelle il intervient qui détermine l'application des règles de concurrence. Ainsi, les dispositions de l'ordonnance de 1986 " *s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* " (art. 53 de l'ordonnance précitée).

Le Conseil a ainsi pu condamner, pour abus de position dominante, diverses pratiques mises en oeuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Marseille [\(26\)](#).

Il convient aussi de noter qu'au contrôle effectué a posteriori par le Conseil sur les comportements anticoncurrentiels, s'ajoute le contrôle a priori effectué par le juge de la légalité des actes administratifs sur la base d'un bloc de légalité comprenant notamment les règles de la concurrence [\(27\)](#).

Le Conseil n'est compétent qu'à l'égard de pratiques qui affectent le fonctionnement normal du marché. Il importe, en conséquence, de définir au préalable les contours de ce marché avant d'examiner les pratiques d'ententes et les abus de position dominante qui sont susceptibles d'être constatées sur ce marché.

On précisera également que l'application du droit des ententes n'exclut pas celle des règles sanctionnant les abus de position dominante et inversement. A titre d'exemple, si la mise en commun de leurs moyens par des entreprises concurrentes et la durée excessivement longue des conventions de délégation pourraient être visées par le droit des ententes, elles pourraient également être appréhendées sous l'angle de l'abus de position dominante par exemple lorsque, comme cela se produit dans certaines régions, une entreprise dispose non seulement de la concession de réseau de distribution mais de la maîtrise, en amont, de la ressource en cause dont ses concurrents ont besoin pour alimenter les réseaux de distribution dont ils cherchent à devenir délégataires. Cette dernière approche pourrait, notamment, faciliter les poursuites à l'encontre non seulement du délégataire, mais aussi de la collectivité déléguante. Il résulte en effet d'une jurisprudence tant communautaire [\(28\)](#) que nationale [\(29\)](#) que le fait de placer un opérateur économique en situation d'abuser de sa position dominante constitue un abus.

On notera, enfin, que si l'instruction du présent avis a mis à jour, dans le secteur de l'eau, un certain nombre d'indices de pratiques anticoncurrentielles (certaines d'entre elles seraient aujourd'hui couvertes par la prescription), en revanche, le Conseil a été très rarement saisi de ces pratiques.

1. La définition du marché pertinent

Aux fins de l'application des titres III et IV de l'ordonnance de 1986, le marché pertinent, c'est-à-dire le marché au regard duquel sont analysées les pratiques en cause, est le lieu théorique où se rencontrent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres produits ou services. Il doit être déterminé dans sa dimension sectorielle et géographique. Il n'est pas possible, dans le cadre de la présente consultation, de déterminer à coup sûr la dimension que retiendrait le Conseil dans l'hypothèse où il serait saisi à titre contentieux. Les contours d'un marché dépendent en

effet de facteurs très variés. Le marché peut notamment avoir une dimension différente selon la nature du problème de concurrence en cause. La Commission Européenne a choisi l'exemple suivant pour illustrer cette difficulté : " *l'étendue du marché géographique peut être différente selon que l'on examine une concentration, où l'analyse est essentiellement prospective, ou un comportement passé. L'horizon temporel différent envisagé dans chacun de ces cas peut déboucher sur le résultat que des marchés géographiques différents sont définis pour les mêmes produits, selon que la Commission examine un changement structurel de l'offre (comme dans le cas d'une concentration ou d'une création d'entreprise commune coopérative) où les problèmes soulevés par un comportement passé* " (30). Le présent avis se borne donc à quelques commentaires s'appuyant sur la jurisprudence et la pratique décisionnelle des autorités de concurrence aux niveaux tant national que communautaire.

a) Dimension sectorielle du marché

Dans son avis du 28 octobre 1980, la Commission de la concurrence a estimé qu'il existait un marché de la gestion déléguée du service de distribution d'eau : " *la gestion déléguée du service de distribution d'eau constitue un marché en soi sur lequel la concurrence ne peut pratiquement jouer que ponctuellement et à des intervalles éloignés dans le temps ; (...) en effet, à un moment donné, la demande sur ce marché émane des collectivités qui ont décidé d'abandonner la gestion directe et de celles qui, ayant délégué la gestion de leur service, voient leur contrat venir à échéance* ". Cette position a été confirmée à plusieurs reprises et notamment par le Conseil, dans son avis du 25 juin 1991 relatif à l'acquisition de la société de contrôle Merlin par la société Lyonnaise des eaux Dumez (31), et par la cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 29 juin 1998 concernant des faits s'inscrivant dans le cadre du renouvellement de contrats d'affermage du service de distribution d'eau (32).

Il est clair, par ailleurs, que les acteurs publics locaux et les sociétés privées spécialisées n'interviennent pas sur le même marché : " *en règle générale, chacune des régions existantes n'assure la distribution de l'eau que pour le compte de la ou les collectivités fondatrices ; (...) si quelquesunes peuvent atteindre une certaine dimension, soit parce qu'elles relèvent d'un syndicat regroupant de nombreuses communes, soit parce qu'elles assurent la gestion du service d'eau d'une ville importante, fort peu nombreuses sont celles qui ont vocation à étendre de façon significative le champ géographique de leurs activités ; (...) ainsi les collectivités qui peuvent, pour différentes raisons, éprouver le besoin ou même se trouver dans la nécessité d'abandonner la gestion directe de leur service d'eau n'ont guère la possibilité sauf dans quelques zones géographiques peu nombreuses et peu étendues de faire appel à d'autres partenaires que les entreprises privée spécialisées* " (33).

Il existe également des marchés de la vente en gros de l'eau potable. Tel est le cas chaque fois qu'un opérateur économique entend répondre à un appel à la concurrence pour la distribution de l'eau mais doit faire appel à une entreprise tierce pour la fourniture de cette eau. Ce cas est cependant rare puisque les collectivités sont en général propriétaires des infrastructures.

Le marché pertinent pourrait également être celui de la distribution de l'eau aux usagers. Tel pourrait être le cas pour l'appréciation de certains comportements du délégataire pendant la durée de la convention de délégation : prix abusivement élevés facturés aux usagers (mais l'appréciation d'une telle pratique doit prendre en compte le rôle capital joué par la collectivité déléguante dans la détermination de ce prix) ; prolongation anormalement longue de la convention de délégation, sans appel à la concurrence : cette dernière pratique a cessé après l'entrée en vigueur de la loi Sapin, mais, comme il a déjà été mentionné, de nombreuses délégations ont été renouvelées sans concurrence, peu avant l'entrée en vigueur de cette loi, afin de la contourner.

b) Dimension géographique du marché

Les autorités de concurrence, tant communautaires (34) que nationales (35) ont, dans des affaires de concentration, retenu un marché national de l'approvisionnement en eau. Cependant, une telle position, qui peut parfaitement se justifier dans ces affaires, n'est pas forcément transposable dans d'autres affaires de concentration (à titre d'exemple, dans l'affaire GEAL/CREA/CGE (36), la Commission a estimé qu'il n'était pas, au cas d'espèce, nécessaire de procéder à une définition plus précise du marché dans la mesure où de toute façon l'opération en cause n'aurait pas renforcé une position dominante) et encore moins dans des affaires contentieuses.

Il résulte, par ailleurs, d'une jurisprudence bien établie que le marché pertinent peut être un marché local, se réduisant par exemple au territoire d'une commune (37).

Pour ce qui concerne le marché de la délégation de service public de la distribution d'eau potable, celui de la vente en gros de l'eau potable ou celui de la distribution de l'eau aux usagers, diverses contraintes, d'ordre technique, juridique, financier ou comportemental, pourraient conduire le Conseil, s'il était saisi à titre contentieux, à retenir un marché géographique local. Il pourrait par exemple être amené à tenir compte de l'inexistence de possibilités de production d'eau potable alternatives, et notamment des difficultés de prélèvement d'eau dans la nappe souterraine ainsi que des coûts et délais de forage. Il pourrait également tenir compte du refus de vente opposé par l'exploitant d'une canalisation d'eau potable susceptible de desservir la collectivité concernée.

2. Les ententes illicites

L'article 7 de l'ordonnance de 1986 dispose :

"Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- *limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
- *faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*
- *limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;*
- *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement".*

Une interdiction similaire est prévue à l'article 81 du traité de Rome. Ce texte n'est toutefois applicable que si le commerce intracommunautaire et la concurrence sont susceptibles d'être affectés de manière sensible.

Les prohibitions des articles 7 et 81 susvisés s'appliquent à toutes sortes d'accords de volontés : actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit. De tels accords de volontés sont constitués chaque fois que plusieurs entreprises se concertent, se communiquent des prix ou toutes autres informations, par écrit, par téléphone ou par tout autre moyen. La forme de l'entente importe peu : il peut s'agir d'un accord formel entre plusieurs entreprises, mais aussi d'un acte émanant des organes d'un groupement, ou encore d'une entente non formalisée. Outre les preuves formelles, une entente anticoncurrentielle peut être établie par un faisceau d'indices graves, précis et concordants constitués par le rapprochement d'éléments qui, pris isolément, peuvent ne pas avoir un caractère probant.

Il importe d'examiner l'applicabilité de ces dispositions au secteur de l'eau. L'analyse portera plus particulièrement sur l'association des moyens pour formuler les propositions aux collectivités et la durée excessivement longue des conventions de délégation ; elles se prêtent en effet à une application efficace du droit des ententes. En revanche, il convient d'observer ici, pour ne plus y revenir, que, si le fait, à le supposer établi, que certaines entreprises du marché ne remettent pas en cause les relations existantes lors des renouvellements des conventions pourrait constituer un indice d'entente ou de concertation au sens des articles 7 ou 81, il ne suffit pas à lui seul à constituer une telle infraction. En effet, le parallélisme de comportements est, en l'absence d'autres éléments, insuffisant pour établir l'existence d'une entente.

a) La mise en commun des moyens

L'ancienne Commission de la concurrence avait été saisie par le ministre de l'économie de pratiques d'ententes constatées dans le secteur de la distribution de l'eau. Après avoir constaté que tombaient sous le coup du droit des ententes les pratiques par lesquelles, à l'occasion d'appels à la concurrence pour la délégation de services de distribution de l'eau, la Compagnie générale des eaux et la société Lyonnaise des eaux et de l'éclairage s'étaient entendues pour soumettre des offres mises au point en commun, pour tenter d'écartier des entreprises tierces et pour se partager des marchés de travaux, la Commission a émis l'avis d'infliger une sanction pécuniaire de 2 millions de francs à chacun des deux groupes en cause. Elle a, par ailleurs, recommandé aux deux groupes de ne plus associer leurs moyens dans le domaine de la gestion de réseaux de distribution de l'eau lorsque, présentant des propositions à des collectivités locales, ils seront en mesure de mettre en oeuvre ces moyens de façon séparée et concurrentielle. Elle a également recommandé aux ministres compétents de surveiller avec attention l'évolution de la concentration sur le marché de la gestion déléguée de la distribution de l'eau. La Commission a enfin émis l'avis que les paramètres représentatifs des charges diverses dans les formules d'actualisation du prix de base de l'eau assurent à celui-ci une évolution au plus égale à l'évolution réelle des coûts correspondants. Elle a encore émis l'avis qu'il convenait d'inciter les collectivités locales à faire davantage appel à la concurrence [\(38\)](#).

Adoptant les considérants de l'avis de la Commission, le ministre de l'économie a infligé une sanction pécuniaire de 1 million de francs à chacun des deux groupes en cause et a souligné l'importance qu'il attachait à ce que les groupes en cause n'associent plus leurs moyens dans le domaine de la gestion des réseaux de distribution de l'eau, lorsque, présentant des propositions à des collectivités locales, ils sont en mesure de mettre en oeuvre ces moyens de façon séparée. Le ministre a également fait sienne la proposition de la Commission concernant les clauses de variation des prix [\(39\)](#).

La Commission de la concurrence et le ministre de l'économie ont ainsi considéré que la mise en commun des moyens dans le secteur de l'eau pouvait tomber sous le coup du droit des ententes.

Les développements qui suivent seront limités à cette pratique. La question examinée est de savoir dans quels cas concrets le droit des ententes pourrait être appliqué à cette pratique. L'analyse portera sur la création d'entreprises communes et sur la conclusion de conventions de délégation de service de distribution d'eau. On notera que de telles pratiques ont également été observées sur des marchés connexes, par exemple celui des travaux.

- Création d'entreprises communes

Le fait pour deux opérateurs économiques de créer une entreprise commune et de lui laisser le soin de répondre à l'appel à concurrence lancé par une collectivité est susceptible de relever du droit des ententes ; l'application de ce droit peut, notamment, être envisagée si les entreprises fondatrices continuent d'exercer des activités significatives

sur le même marché.

Cependant, l'application du droit des ententes ne trouve sa place dans une telle hypothèse que si le droit des concentrations n'est pas applicable. En effet, les règles relatives d'une part aux pratiques anticoncurrentielles, et notamment aux ententes, et, d'autre part, aux opérations de concentration sont exclusives l'une de l'autre.

C'est ce qui résulte d'un arrêt du 28 juin 1994 de la cour d'appel de Paris : "*les procédures prévues par le titre III relatif au contrôle des ententes et par le titre V relatif au contrôle des concentrations sont différentes et inconciliables entre elles (...), il résulte de la combinaison des textes du titre III et de ceux du titre V que les opérations répondant à la définition de la concentration de l'article 39 du titre V sont exclues du champ de compétence du Conseil statuant au contentieux*" (40). La Cour de cassation a par ailleurs rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt en précisant que "*les parties litigieuses n'ayant pas fait état de pratiques illicites issues de ces accords pouvant faire l'objet, le cas échéant, d'une saisine distincte du Conseil de la concurrence sur le fondement des articles 7 et 8 de l'ordonnance, c'est à bon droit que la cour d'appel (...) a déclaré irrecevables devant le Conseil de la concurrence les saisines visant ces opérations de concentration économique*" (41).

La Commission européenne a, dans une communication de 1994, établi une grille d'analyse permettant de distinguer les entreprises communes de plein exercice, qui relèvent du droit des concentrations, des entreprises communes coopératives, qui relèvent du droit des ententes :

"La création d'une entreprise commune "de plein exercice" constitue normalement une concentration au sens de l'article 3 du règlement sur les concentrations, à moins qu'elle n'ait pour objet ou pour effet une coordination du comportement concurrentiel d'entreprises indépendantes, de nature à entraîner une restriction de concurrence au sens de l'article 85 paragraphe 1 du traité. Pour déterminer si une entreprise commune est de nature coopérative, il est nécessaire d'établir s'il y a coordination entre les entreprises fondatrices en ce qui concerne les prix, les marchés, la production ou l'innovation. La coordination entre les entreprises fondatrices et l'entreprise commune évoquée à l'article 3 paragraphe 2 deuxième alinéa (du règlement "concentration" de 1989) n'entre en ligne de compte que dans la mesure où elle est un instrument de coordination ou de renforcement de la coordination entre les entreprises fondatrices. Lorsqu'il y a une restriction de ce genre, la Commission doit examiner l'applicabilité de l'article 85 à l'ensemble de l'opération".

La position du Conseil de la concurrence sur cette question est proche de celle de la Commission (42).

Dans l'hypothèse où la création d'une entreprise commune serait considérée comme ne relevant pas du droit des ententes, elle pourrait, sous réserve de dépassement du seuil du chiffre d'affaires de part de marché prévu au titre V de l'ordonnance du 1er décembre 1986, être appréhendée sous l'angle du droit des concentrations et notamment de l'article 43 de l'ordonnance de 1986 selon lequel "*Le Conseil de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, demander au ministre chargé de l'économie d'enjoindre, conjointement avec le ministre dont relève le secteur, par arrêté motivé, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre*". Dans une telle hypothèse, le Conseil pourrait notamment demander au ministre d'ordonner le retrait de l'un des actionnaires de la filiale commune.

- Conclusion d'une convention de délégation de service de distribution d'eau par une entreprise commune

Lorsque les facteurs qui sont à l'origine de la restriction de concurrence peuvent être dissociés de la création de l'entreprise commune elle-même, ces facteurs sont appréciés sur la base du droit des ententes [\(43\)](#).

A titre d'exemple le fait, pour deux opérateurs économiques, de laisser à l'entreprise commune qu'ils ont créée le soin de répondre à l'appel à concurrence lancé par une collectivité est susceptible de relever du droit des ententes. Une telle pratique est prohibée lorsqu'elle cherche à diminuer de façon sensible la concurrence sur un marché ou lorsqu'elle a un tel effet. C'est notamment le cas lorsqu'un petit nombre d'opérateurs est présent sur le marché. Le fait que deux d'entre eux s'unissent pour répondre en commun à un appel d'offres peut priver la collectivité publique de toute alternative et, donc, réduire dramatiquement l'intensité concurrentielle régnant sur le marché. Le Conseil ne peut que constater que la Générale des eaux et la compagnie Lyonnaise des eaux ont créé dans le passé un certain nombre d'entreprises communes dont certaines continuent à répondre à des appels à candidature. Dans la mesure où ces deux sociétés constituent ces deux principaux opérateurs de marché, il n'est pas exclu, sauf à ce qu'une instruction contradictoire aboutisse à une meilleure appréciation qu'une telle pratique tombe sur le coup de la prohibition instituée par l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ;

b) Durée excessive des conventions de délégation

La durée excessive des conventions de délégation a souvent été dénoncée. En effet, elle permet de conforter durablement la position du délégataire au niveau local, en lui évitant d'être confronté à la concurrence, de limiter les possibilités des entreprises concurrentes d'accéder au marché et de limiter la liberté des collectivités de choisir leur cocontractant. De fait, certaines conventions ont été conclues pour des durées supérieures à quarante ans. Par ailleurs, certaines conventions actuellement en vigueur ne parviendront à échéance qu'après 2020. La question examinée ici est de savoir si les collectivités disposent de moyens efficaces pour réduire la durée des conventions lorsqu'elle est anormalement longue. Une réponse affirmative peut être envisagée.

Les moyens classiques ont fait la preuve de leur inefficacité. La résiliation de la convention, par exemple, donne lieu au versement de pénalités, dont le montant est souvent dissuasif. L'approche législative comporte, pour sa part, des limites. L'article L 14112 du code général des collectivités territoriales limite à vingt ans les délégations de service public, notamment dans le secteur de l'eau. L'expérience des dernières années montre même que la durée des délégations est en général de l'ordre de douze à quinze ans. Ceci est un réel progrès par rapport à la période antérieure. Cependant, il ne peut être exclu que les exigences du droit de la concurrence imposent des durées plus courtes, s'il pouvait être démontré que la convention de délégation (qui, parce que l'une de ses parties est une entreprise, peut entrer dans le champ de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986) a pour objet ou pour effet d'évincer d'autres entreprises. Comme l'a observé le commissaire du Gouvernement dans l'affaire Million et Marais [\(44\)](#) " pour être encadrée par d'autres textes, la durée d'une concession nous paraît malgré tout pouvoir être contestée au regard du droit de la concurrence ". Une justification devrait alors être fournie au cas par cas, notamment au regard de la durée de l'amortissement des installations.

3. Les abus de position dominante

L'article 81 de l'ordonnance de 1986 prohibe les abus de position dominante.

Une interdiction similaire est prévue à l'article 82 du traité de Rome. Ce texte n'est toutefois applicable que si le commerce intracommunautaire et la concurrence sont susceptibles d'être affectés de manière sensible.

En matière d'abus de position dominante, deux questions devraient être examinées :

a) une position dominante peut elle être envisagée sur le marché pertinent ?

b) quels comportements pourraient être considérés comme un abus de cette position dominante ?

a) Position dominante

Une position dominante est une situation fournissant à une entreprise ou un groupe d'entreprises la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable visàvis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs [\(45\)](#).

Deux cas peuvent être distingués ici : s'agissant d'apprécier le comportement d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises à l'occasion d'une mise en concurrence pour la distribution de l'eau à une collectivité, le marché pertinent pourrait être celui de la gestion déléguée du service de distribution d'eau ou celui de la vente en gros de l'eau potable. Pour déterminer l'existence d'une position dominante, il convient dans ce cas de tenir compte de toutes les sources alternatives d'approvisionnement susceptibles de réduire le pouvoir de marché de l'entreprise en cause ; la prime au sortant, déjà évoquée, dont bénéficie le délégataire, constitue également un facteur déterminant pour apprécier l'existence d'une position dominante.

S'agissant d'apprécier le comportement du délégataire pendant la durée de la convention de délégation, ce délégataire est en situation de monopole sur le marché de la distribution de l'eau aux usagers. Il détient, dès lors, une position dominante mais dans des conditions très particulières puisqu'une bonne partie de ses comportements sont contrôlés par la collectivité déléguante, notamment les prix dont l'évolution est généralement encadrée par la convention de délégation.

b) Exploitation abusive d'une position dominante

Selon la Cour de justice des communautés, " *la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où... le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle... au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence* " [\(46\)](#).

Les exemples qui suivent permettent d'illustrer l'application qui pourrait être faite des articles 81 de l'ordonnance de 1986 et 82 du traité dans le secteur de l'eau. Ces dispositions pourraient en effet s'appliquer aux pratiques de prix abusivement élevés, aux refus de vente ou de prestation de service, et notamment aux refus d'accès aux installations essentielles et aux refus de communication des barèmes et conditions de vente.

Il convient au préalable d'observer que l'application de l'interdiction des abus de position dominante à ces pratiques est soumise à des conditions strictes. Ainsi, les prix abusivement élevés (qui s'entendent ici non comme le prix final facturé à l'utilisateur mais comme l'ensemble des conditions tarifaires proposées par l'entreprise qui répond à un appel à la concurrence) n'ont lieu d'être sanctionnés que si une position dominante peut être établie au moment de l'appel à concurrence lancé par la collectivité et à condition que le niveau de prix dépasse de façon manifeste ce à quoi l'on aurait pu s'attendre en situation de concurrence normale ; à ces difficultés, s'ajoute le fait que la sanction des prix abusivement élevés intervient a posteriori, c'est-à-dire après le dommage causé par cette pratique. Par ailleurs, le problème du refus d'accès aux installations essentielles et du refus de communication des

barèmes et conditions de vente ne se pose que dans les rares cas où la collectivité n'est pas propriétaire des installations.

- Prix abusivement élevés

L'application du droit des abus de position dominante aux prix abusivement élevés est délicate. En effet, l'ordonnance du 1er décembre 1986 a établi clairement que les prix sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. Ainsi, les règles de concurrence ne font pas obstacle à ce que le fournisseur prélève une marge supérieure à celle qui lui permettrait de rentabiliser les investissements réalisés. Cependant, cette liberté comporte des limites. Ainsi, une entreprise détenant une position dominante abuse de cette position, au sens des articles 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ou 82 du traité de Rome, si elle pratique un prix manifestement trop élevé. Ces dispositions pourraient également s'appliquer lorsque la structure des formules d'actualisation des prix contenues dans les conventions de délégation ne reflète pas celle des coûts mis en oeuvre pour assurer le service.

Le prix abusivement élevé est déterminé par rapport aux prix pratiqués par les concurrents nationaux et le cas échéant par des entreprises opérant dans d'autres pays. Cette approche se heurte cependant au fait que, dans le secteur de l'eau, chaque contrat constitue un cas d'espèce. La comparaison avec les coûts de production ou de commercialisation pourrait également être envisagée ; mais cette approche est délicate sur un marché oligopolistique où les entreprises ne jouent pas le jeu de la concurrence et où, par conséquent, les opérateurs ne déploient pas tous les efforts souhaités pour réduire leurs coûts.

Il n'appartient pas au Conseil, dans le cadre de la présente consultation, de déterminer la frontière entre le prix licite et le prix abusivement élevé. Une telle analyse ne pourrait être effectuée qu'au cas par cas, dans le cadre d'une procédure contentieuse. Il résulte cependant de la jurisprudence communautaire et de la pratique décisionnelle de la commission européenne, que le droit de la concurrence n'a pu être appliqué de façon efficace que lorsque la différence par rapport aux prix des concurrents ou par rapport aux coûts est importante.

Il faut enfin insister sur le fait que le prix facturé à l'utilisateur étant négocié par la collectivité délégante, le prix manifestement élevé est celui que l'entreprise va obliger la collectivité à imposer parce que celle-ci n'aurait pas d'autre choix, faute de concurrence effective au moment de la sélection du délégataire.

- Refus d'accès à une installation essentielle

Le fait, pour une entreprise détenant une position dominante, d'opposer un refus à la demande de produit ou de prestation de service formulée par un partenaire économique est susceptible de constituer un abus de position dominante. Les articles 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ou 82 du traité de Rome sont ainsi applicables lorsqu'une telle entreprise empêche un concurrent de participer à une consultation lancée par une collectivité en lui opposant un refus de vente de l'eau en gros.

Le délégataire pourrait également abuser de sa position dominante s'il acceptait de fournir l'eau, mais à des prix et conditions moins favorables que ceux qu'il s'applique à lui-même ou qu'il applique à un autre client ou lorsqu'il applique un prix abusif, non proportionné à la nature et à l'importance du produit demandé, non orienté vers les coûts de ces services, interdisant ainsi au client de faire des offres dans des conditions compétitives avec les siennes. Constitue également un abus le refus de communiquer aux concurrents potentiels les prix et conditions de vente de l'eau en gros leur permettant de faire de telles offres.

En effet, l'eau potable produite par le titulaire d'une délégation de service public d'approvisionnement en eau potable est susceptible de constituer une ressource essentielle.

Il existe dans ce domaine une abondante jurisprudence tant communautaire que nationale. Il convient, cependant, de préciser que son application dans le secteur de l'eau devrait être relativement rare puisqu'en général les délégataires ne sont pas propriétaires des installations de captage, de stockage et d'acheminement de l'eau. A titre d'exemple, elle a été soulevée récemment dans deux affaires.

Il s'agissait de deux demandes de mesures conservatoires présentées d'une part par la commune de SaintMichelsurOrge et l'Union fédérale des consommateurs " Que Choisir ", et, d'autre part, par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, concernant des pratiques de la Lyonnaise des eaux à l'occasion du renouvellement de la délégation de service de la distribution d'eau potable dans diverses communes du département de l'Essonne.

Demandes de mesures conservatoires présentées par la commune de SaintMichelsurOrge et l'Union fédérale des consommateurs " Que Choisir ".

A l'occasion du renouvellement de la délégation de service de la distribution d'eau potable dans la commune de SaintMichelsurOrge, plusieurs entreprises sélectionnées lors de la mise en concurrence (CGE, SAUR, SOAF et SCET) ont dû s'adresser à la Lyonnaise des eaux pour connaître ses conditions de vente d'eau en gros et, en raison des difficultés qu'elles ont rencontrées pour obtenir communication de ces conditions, elles ont renoncé à présenter une offre. Dès lors, seule la Lyonnaise des eaux, ancien titulaire du contrat, a présenté une proposition complète. Les plaignants ont soutenu que les pratiques de la Lyonnaise des eaux, mettant " des obstacles à l'intervention d'autres compétiteurs " et imposant " des conditions unilatérales et inéquitables de prix " constituaient un abus de dépendance économique dans laquelle la commune de SaintMichelsurOrge se trouvait vis-à-vis de la Lyonnaise des eaux et ont demandé au Conseil d'enjoindre cette entreprise, d'une part, de " poursuivre le service de distribution d'eau dans la commune de SaintMichelsurOrge aux conditions en vigueur et acceptées par la (Lyonnaise des eaux (...)) jusqu'à la décision du Conseil au fond " et, d'autre part, de " communiquer aux sociétés CGE, SAUR, SOAF, SCET, un prix de fourniture de l'eau à la sortie des usines dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et en fonction du coût réel de cette fourniture ". Le Conseil (47), approuvé par la cour d'appel de Paris (48), a rejeté la demande de mesures conservatoires au motif que les parties saisissantes n'avaient pas apporté d'éléments suffisamment probants pour établir que les pratiques dénoncées porteraient une atteinte grave et immédiate au secteur intéressé ou à l'économie en général.

Le Conseil a néanmoins estimé qu'il n'était pas exclu que le refus de la Lyonnaise des eaux de communiquer ses conditions de vente d'eau en gros aux distributeurs sélectionnés lors de la mise en concurrence puisse constituer un abus prohibé par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance de 1986. Cette position était motivée par le fait que les possibilités d'alimentation en eau potable de la commune de SaintMichelsurOrge par d'autres producteurs que la Lyonnaise des eaux sont réduites et difficiles à mettre en oeuvre. Ainsi cette commune ne dispose pas de ressources propres en eau, les possibilités de forage sont hypothétiques et le seul réseau d'alimentation en eau potable existant, susceptible de desservir la commune de SaintMichelsurOrge, appartient à la Lyonnaise des eaux.

Demandes de mesures conservatoires présentées par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

A l'occasion du renouvellement de la délégation de service de la distribution d'eau potable dans plusieurs communes de l'Essonne, la Lyonnaise des eaux a refusé de communiquer à deux entreprises, sélectionnées lors de

la mise en concurrence, ses conditions de vente d'eau en gros. Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a considéré que ce refus, opposé par une entreprise détenant une position dominante sur le marché de la production d'eau, constituait un abus au sens de l'article 8 de l'ordonnance de 1986. Il a dès lors demandé au Conseil qu'il soit notamment fait injonction à la Lyonnaise des eaux 1) de communiquer son prix de vente en gros de l'eau potable à tout tiers qui en ferait la demande dans le but de se porter candidat à la procédure de mise en concurrence lancée par les communes concernées et à ces communes elles-mêmes ; 2) d'établir son prix de vente de l'eau en gros en se fondant sur des coûts de nature analytique, en écartant tout coût qui serait étranger à la production, et de communiquer au Conseil, dans un délai de trois semaines suivant l'adoption de la décision de mesures conservatoires, les offres qu'elle aura proposées à ses concurrents, accompagnées de toute justification.

La cour d'appel de Paris (49) a estimé que les sociétés retenues pour participer à la mise en concurrence, qui ne disposaient d'aucune ressource substituable à l'eau produite par la Lyonnaise des Eaux, devaient avoir accès à celle-ci à des conditions tarifaires objectives, transparentes et non discriminatoires leur permettant de concourir utilement aux marchés pour lesquels elles sont consultées. Or, il était établi par l'enquête administrative que la Lyonnaise des eaux a " de manière générale et par principe ", refusé de communiquer aux entreprises avec qui elle était en concurrence, le prix de vente en gros de l'eau qu'elle produit.

La cour d'appel de Paris en a conclu que les entreprises retenues pour participer à la mise en concurrence ont été empêchées de concourir normalement pour l'obtention des marchés d'affermage concernés, pratique qui, émanant d'une entreprise détenant une position dominante, est visée à l'article 8 de l'ordonnance de 1986. Elle a aussi estimé qu'en raison de sa nature même, la pratique constituait une atteinte grave et immédiate à l'économie en général et à celle du secteur intéressé. Elle a, en conséquence, enjoint à la Lyonnaise des eaux de communiquer, dans un délai de quatre jours de la notification de l'arrêt, son prix de vente de gros de l'eau potable, à tout tiers qui en ferait la demande, dans le but de se porter candidat aux procédures de mise en concurrence.

- Refus de communication des barèmes et conditions générales de vente

Outre les cas examinés cidessus à propos des entreprises détenant une installation essentielle, le Conseil a appliqué les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance de 1986 à des entreprises qui refusaient de communiquer leurs barèmes et conditions générales de ventes aux opérateurs qui en faisaient la demande.

Ces précédents devraient encourager les entreprises à établir par écrit des conditions tarifaires sans attendre une injonction du Conseil.

L'efficacité potentielle du droit de la concurrence est donc réelle mais elle ne produit tous ses effets que si le Conseil de la concurrence est saisi, ce qui, dans le secteur de l'eau, n'a pratiquement jamais été le cas bien que le ministre chargé de l'économie, les associations de consommateurs et les collectivités territoriales aient à la fois une bonne connaissance des problèmes et la capacité juridique de saisir le Conseil.

B. Autres propositions

1. Mise en place d'une autorité de surveillance

La question est parfois posée de savoir si la mise en place d'une autorité de régulation ne permettrait pas de remédier au problème des prix de l'eau.

Il convient d'abord de noter qu'il existe déjà plusieurs mécanismes de régulation dans le secteur de l'eau. En effet, que l'exploitation de l'eau soit assurée en régie ou par délégation, un strict contrôle est, en principe, opéré par la collectivité délégataire qui elle-même est soumise au contrôle de légalité et au contrôle juridictionnel ou quasi juridictionnel assuré par les tribunaux administratifs et les chambres régionales des comptes. Il faut ensuite rappeler que la régulation se justifie, en général, par le souci d'assurer la transition entre une situation de monopole et un régime de marché, lorsque la présence d'un opérateur historique est susceptible de faire obstacle à l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché. Or une telle situation n'existe pas dans le secteur de l'eau puisque l'on est en présence d'un oligopole soumis aux règles de concurrence, du moins au stade du choix du délégataire.

Par ailleurs, l'utilité d'une régulation nationale apparaît surtout évidente lorsqu'il existe un seul appareil de production. Or les conditions de production de l'eau sont locales (15 000 collectivités sont concernées et il existe même 20 000 forages).

En revanche, l'instruction a montré qu'il existe sur le marché de l'eau une masse importante d'informations dont la diffusion serait susceptible d'améliorer le fonctionnement de la concurrence mais qui s'avèrent d'un accès difficile dans la mesure où elles sont inorganisées. A titre d'exemple, la connaissance de la date d'échéance de toutes les conventions de délégation permettrait aux opérateurs économiques et notamment aux entreprises étrangères, d'organiser de façon efficace leurs réponses aux appels à concurrence lancés par les collectivités. En l'absence d'une telle information, les entreprises sont contraintes de prendre contact avec chacune des collectivités susceptibles de les intéresser, ce qui s'avère particulièrement lourd, ou bien d'attendre la publication des appels à concurrence, ce qui ne leur donne pas suffisamment de recul pour adopter une stratégie globale efficace.

Dans le même ordre d'idées, les délégataires et les collectivités sont tenus par la loi d'établir des rapports annuels détaillés sur le fonctionnement du service de la distribution de l'eau. Ces rapports contiennent des informations, notamment sur les caractéristiques des infrastructures et sur la qualité de l'eau, qui pourraient être fort utiles pour les différentes entreprises qui répondent à des appels à concurrence mais qui, en réalité, sont mal utilisées car d'un accès difficile.

La problématique des prix illustre les graves insuffisances de système d'information actuel. Certes, des statistiques agrégées sur les prix pratiqués sont disponibles. Mais, comme cela a été souligné à plusieurs reprises dans le présent avis, il n'est pas possible de tirer des conclusions de certaines de ces données. La comptabilité analytique souvent insuffisante des exploitations en régie directe, les âges divers des conventions dont les clauses déterminent le niveau actuel des prix, zone par zone, l'absence d'information disponible sur les coûts de mise aux normes de la ressource en eau, sur les différences dans la qualité de service (qui va bien au-delà de la qualité chimique de l'eau pour englober par exemple la rapidité de réparation, la régularité de la pression, etc.), l'acceptation de surcoûts par les collectivités satisfaites du transfert de responsabilité, notamment pénale, qui accompagne la gestion déléguée : tous ces éléments devraient être évalués et pris en compte pour donner toute leur portée aux comparaisons de prix.

La création d'une autorité chargée de collecter, de traiter et de diffuser ces informations permettrait, dès lors, d'améliorer le fonctionnement de la concurrence.

L'urgence d'une telle mesure doit être soulignée. Comme il a déjà été indiqué cidessus, des entreprises étrangères manifestent une réelle volonté de pénétrer le marché français. L'une d'elles a déjà commencé à prospecter le marché mais se heurte à des difficultés pour accéder aux informations nécessaires.

Cette autorité pourrait être, dans les faits, une personnalité dotée de moyens lui permettant de mobiliser les structures déjà existantes (DGCCRF, INSEE, directions de l'eau des ministères de l'environnement, de l'agriculture et de l'équipement, collectivités, etc..). En revanche, et sauf à dupliquer les contrôles juridictionnels et quasi juridictionnels déjà évoqués, et à moins d'accepter de revenir, dans le secteur de l'eau, sur vingt années d'expérience de décentralisation, **il ne paraît pas approprié de confier un rôle d'injonction ou de sanction à l'autorité de surveillance**, notamment dans la mesure où le régime juridique des contrats de délégation réserve un tel pouvoir à l'autorité déléguante. En revanche, cette autorité devrait pouvoir saisir le Conseil de la concurrence de toute pratique qui lui semblerait contrevenir au droit de la concurrence. Il conviendrait également d'éviter de dupliquer les services, déjà rendus aux collectivités, tels que Service Public 2000 créé conjointement en 1996 par l'Association des maires en France.

L'autorité ainsi créée pourrait également apporter sa contribution à l'élaboration des projets de législation ou de réglementation concernant les problèmes de l'eau. Elle pourrait aussi être consultée sur diverses questions liées au prix de l'eau, par exemple sur l'utilité de la négociation prévue à l'article L14111 du code général des collectivités territoriales ou sur la durée des conventions de délégation.

a) Utilité de la négociation

La stabilité du marché s'explique en partie par l'avantage que l'article L 14111 du code général des collectivités territoriales confère au titulaire de la délégation en permettant à l'autorité déléguante de négocier librement les offres des entreprises participant à la mise en concurrence. Cette négociation a clairement pour conséquence d'accentuer l'effet de "prime au sortant" déjà évoqué. Elle permet au sortant de se faire communiquer les conditions proposées par ses concurrents et de faire une offre comparable à la meilleure offre. Il est clair, dans ces conditions, que le délégataire n'est pas incité à faire des efforts de prix dans sa proposition initiale. Il peut même éviter d'être confronté à une réelle concurrence. Le Conseil est dès lors d'avis qu'il conviendrait d'engager des réflexions sur l'utilité de la négociation prévue à l'article L 14111.

Cette recommandation se situe dans la ligne de la jurisprudence constante du Conseil. Les exemples les plus récents se trouvent dans les affaires LNF, Decaux et TDF. Dans la première, le Conseil a estimé que la clause de préférence contenue dans les contrats de parrainage conclus par Adidas (obligation d'informer Adidas des propositions des concurrents et de conclure avec celle-ci si elle offre des conditions équivalentes) privait pour une durée artificiellement longue les autres équipementiers de la possibilité de faire des offres [\(50\)](#). Le Conseil a également, dans l'affaire Decaux, condamné une clause de préférence faisant obligation aux collectivités d'informer le groupe Decaux des offres éventuelles des entreprises concurrentes concernant l'installation de mobiliers supplémentaires. Cette clause permettait à Decaux d'éviter d'être confronté à la concurrence et de conserver l'exclusivité de l'installation des principaux types de mobiliers urbains publicitaires, dans les villes où il était implanté, pour des durées excédant largement celles fixées dans les contrats initiaux [\(51\)](#). Enfin, dans l'affaire TDF, le Conseil a condamné un contrat conclu entre TDF et TF1 au sujet de la diffusion des émissions de TF1, qui prévoyait la possibilité pour TF1 de réduire le nombre de stations concernées par le contrat à la condition que " dans l'hypothèse où, préalablement à la suppression effective d'une station B, TF1 envisagerait de construire une autre station, TDF pourra faire des propositions à TF1 et bénéficier, à tarif et à niveau de qualité de prestation comparables, d'un droit de préférence sur d'autres prestataires potentiels " [\(52\)](#).

A ce stade, le Conseil se garde cependant de préconiser purement et simplement la suppression de la possibilité de négociation ouverte par l'article L 14111, eu égard à la possibilité offerte par cette disposition d'obtenir des baisses de tarifs ou une amélioration des prestations.

D'autres autorités se sont d'ailleurs également prononcées, mais dans des directions variées, sur les modalités de la négociation. Tel est le cas de la FNCCR (Fédération nationale des collectivités concédantes et régies) : " *il faut améliorer la procédure de la loi Sapin quant à la désignation du délégataire. Les élus, de manière assez générale, entretiennent avec les Idélégataires des rapports tels qu'à qualité de service équivalente et à prix égal avec de nouveaux entrants sur le marché, les mêmes entreprises sont souvent confirmées. Cela ne facilitant pas l'entrée de nouveaux opérateurs, il serait donc opportun d'ouvrir plus largement les négociations à tous les candidats ayant remis des offres sérieuses* " (53).

b) Durée des conventions de délégation

Comme il a déjà été indiqué, les exigences du droit de la concurrence pourraient conduire à imposer des durées de convention inférieures au maximum légal de 20 ans. Il convient cependant de noter que des durées trop courtes seraient susceptibles, elles aussi, d'engendrer des inconvénients en termes de concurrence : alors que les entreprises sont en principe enclines à déployer tous les efforts nécessaires pour obtenir un contrat de longue durée, susceptible de leur permettre de rentabiliser leurs investissements, cette incitation serait, en revanche, beaucoup plus faible pour des contrats de courte durée ; par ailleurs, l'incitation à adopter un "code de bonne conduite implicite" ou un "pacte de non agression" serait d'autant plus forte avec des contrats de courte durée que la fréquence plus grande des renouvellements faciliterait la mise en place d'ententes de répartition des marchés. **Il conviendrait donc d'engager des réflexions sur la durée optimale des conventions de délégation.**

c) Taille et diversification des opérateurs

La taille considérable des principaux opérateurs présents sur le marché se manifeste de deux façons : l'importance de leurs parts de marché dans le secteur de l'eau et le fait qu'ils sont simultanément présents sur d'autres marchés de prestations de service en direction des collectivités territoriales. Une fois que de tels ensembles se sont constitués, le droit de la concurrence ne peut plus que sanctionner certains de leurs comportements anticoncurrentiels, lorsque ceux-ci sont détectés et prouvés ; sauf à mettre en œuvre le mécanisme jusqu'ici inutilisé de l'article 43 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, il est impuissant à remettre en cause les structures ainsi constituées. Seul le législateur disposerait, s'il le souhaitait, des moyens juridiques de corriger certaines situations en décidant, par mesure autoritaire, de diviser certaines entreprises ; une telle mesure n'a pas de précédent mais ne devrait pas, pour autant, être écartée. Encore faut-il s'assurer que les situations qui ont été mises en évidence sont véritablement dangereuses pour l'économie.

S'agissant du poids des opérateurs sur les marchés de l'eau, la problématique est simple mais encore insuffisamment étudiée : les économies d'échelle réalisées par les trois " majors " justifient-elles les risques que la concentration du marché fait peser sur la concurrence ?

S'agissant de la diversification de ces mêmes opérateurs dans les services connexes rendus aux collectivités, qui englobent par exemple assainissement, enlèvement des déchets et transport, la problématique soulevée est de même ordre. Les synergies entre ces différents services peuvent sans doute permettre aux entreprises de diminuer leurs coûts et, le cas échéant, d'en faire bénéficier les consommateurs. Mais cette multiplicité des services rendus pourrait aussi créer une dépendance économique des collectivités à l'égard des entreprises. Le bénéfice de prix bas sur certains services pourrait être lié au fait que la collectivité aurait contracté pour une série d'autres services, parfois à des prix relativement élevés. De plus, les délégations consenties sur des services différents ayant des dates d'échéance différentes, une collectivité peut hésiter à se séparer d'un opérateur en ce qui concerne la

distribution d'eau alors qu'elle va lui rester liée plusieurs années pour d'autres services. Enfin, le fait, pour de nombreuses collectivités, de faire appel à la même entreprise pour assurer tous les services publics pourrait constituer un obstacle à l'accès aux marchés locaux pour les autres concurrents et avoir en fin de compte des incidences négatives sur les prix. A titre d'illustration, dans l'affaire de la fusion entre la Lyonnaise des eaux et la SDEI, compte tenu de l'attrait que présentaient pour les collectivités des prestations liées à la distribution de l'eau, le ministre de l'économie s'est borné à enjoindre la Lyonnaise des eaux de limiter à 50 % sa part du marché de l'eau dans certains départements en procédant aux rétrocessions nécessaires (cf. supra).

Des réflexions fondées sur une analyse très précise des économies d'échelle et des synergies pourraient être ainsi engagées afin d'effectuer un bilan entre leurs avantages et les inconvénients résultant de la taille et de la diversification des opérateurs. Elles seraient susceptibles, le cas échéant, de conduire à des recommandations dont le législateur pourrait tirer profit pour modifier autoritairement, si cela apparaissait nécessaire, la structure de l'offre.

2. Consultation sur le principe d'un retour à la régie

Le retour à la régie n'est pas impossible mais il se heurte à plusieurs obstacles :

1. les collectivités qui ont délégué le service des eaux ont perdu le " savoirfaire " indispensable pour mener à bien cette activité.
2. les élus locaux répugnent à endosser la responsabilité d'un service qui est une source inévitable et fréquente de contentieux et où leur responsabilité personnelle pourrait se trouver engagée.
3. le coût d'une reprise d'une activité économique par une collectivité locale peut être élevé et il n'est pas sûr qu'au cas d'espèce, l'opération soit toujours rentable pour le consommateur et pour le contribuable.

Cependant, la possibilité de retour à la régie peut servir de menace et stimuler ainsi les opérateurs privés. Il importe donc que cette menace soit suffisamment crédible.

Afin de faciliter un retour à la régie, une consultation de la collectivité locale sur les avantages et inconvénients de ce mode de gestion devrait être envisagée à l'échéance de chaque convention : à l'image de la procédure instaurée par la loi Sapin afin de permettre à la collectivité de choisir la délégation à la place de la régie (art. L 14114 CGCT), le code général des collectivités territoriales pourrait être modifié afin de contraindre la collectivité, à l'échéance de la convention, à s'exprimer explicitement en faveur de la reconduction de la délégation ou du retour à la régie. Cette consultation serait d'autant plus sérieuse que l'autorité de surveillance disposerait de données sur les régies existantes et aiderait les collectivités à évaluer avec précision la faisabilité économique d'un retour à la régie, ce qu'elles n'ont guère les moyens de faire aujourd'hui.

Section IV : synthèse

Entre 1992 et 1998, le poste "distribution" de la facture d'eau a augmenté de 24 % alors que l'indice du coût de la vie n'a augmenté que de 9,6 %.

Le Conseil estime avoir réuni des indices qui, s'ils ne constituent pas une preuve, dès lors qu'aucune procédure contradictoire n'a été mise en œuvre, permettant de formuler une hypothèse relativement crédible selon laquelle la structure trop concentrée du marché et les comportements des opérateurs qui y sont actifs pourraient expliquer les chiffres observés.

Certes, plusieurs facteurs de concurrence existent mais leur portée est limitée. La participation de petites entreprises à des appels à la concurrence permet d'obtenir des réductions importantes de prix, mais la plupart des petites entreprises ne s'intéressent qu'aux petites collectivités. Le recours aux consultations anticipées permet également d'obtenir des réductions importantes. Cependant, leur nombre est fort réduit.

D'autres facteurs sont plus prometteurs. Tel est le cas de la menace d'un retour à la régie (le nombre de retours à la régie est en augmentation au cours de la période la plus récente) ou de l'ouverture du marché à la concurrence étrangère (plusieurs entreprises européennes manifestent un réel intérêt pour le marché français).

Pour remédier à la situation décrite cidessus, plusieurs solutions peuvent être envisagées.

Les premières solutions relèvent du droit de la concurrence. Le contrôle des concentrations permet de s'assurer que les opérations structurelles des entreprises n'entraînent pas de préjudice durable pour la concurrence. Par ailleurs, de nombreux comportements constatés sur le marché sont susceptibles d'être appréhendés sur le fondement des règles interdisant les ententes illicites ou les abus de position dominante. Tel est le cas, par exemple, lorsque des entreprises mettent en commun leurs moyens pour répondre aux appels à concurrence lancés par les collectivités alors qu'elles sont en mesure de mettre en oeuvre leurs moyens de façon séparée et concurrentielle. Tel est également le cas lorsque les entreprises concluent des accords dont la durée est supérieure à la durée d'amortissement des installations.

Une autre série de solutions implique une meilleure prise de conscience des avantages que l'on retirerait d'un fonctionnement normal de la concurrence : ainsi, les collectivités territoriales devraient prendre conscience de l'intérêt de faire participer les petites entreprises et les entreprises étrangères aux consultations. Une consultation anticipée devrait également être envisagée chaque fois que le prix en vigueur apparaît excessivement élevé.

Mais, ces premières solutions comportent des limites. Ainsi, l'application du droit de la concurrence ne permet pas de régler tous les problèmes observés sur le marché de la distribution de l'eau. A titre d'exemple, les prix abusivement élevés ne peuvent être sanctionnés pour abus de domination que si une position dominante peut être établie et si les prix sont manifestement supérieurs au prix de référence. Par ailleurs, le fait que certaines entreprises du marché ne remettent pas en cause les relations existantes lors des renouvellements des conventions ne suffit pas à lui seul à constituer une entente illicite. Il convient dès lors d'envisager aussi l'adoption de mesures spécifiques.

A cet égard, il apparaît que, pour améliorer le fonctionnement de la concurrence sur les marchés de l'eau, et notamment pour favoriser l'accès à ces marchés de nouveaux opérateurs, la question de la collecte, du traitement et de la diffusion des informations disponibles est cruciale. Elle pourrait donc justifier la création d'une autorité de surveillance qui aurait une mission d'observation, d'information et de conseil. Cette autorité devrait être dotée de la faculté de saisir le Conseil de la concurrence des pratiques qu'elle constaterait et qui lui paraîtraient anticoncurrentielles ; elle pourrait également suggérer les modifications de législation ou de réglementation qui lui paraîtraient nécessaires.

Une modification législative pourrait également être envisagée afin de rendre obligatoire une consultation de l'assemblée délibératoire de la collectivité territoriale à l'échéance de la convention de délégation afin de débattre des avantages d'un retour à la gestion directe.

En conclusion, le Conseil

a) concernant l'application du droit de la concurrence :

- **estime qu'il appartient au Gouvernement de surveiller avec une attention particulière l'évolution de la concentration dans le secteur de l'eau potable pour mettre en oeuvre, le cas échéant, les dispositions du titre V de l'ordonnance du 1er décembre 1986.**
- **considère que le droit de la concurrence permet de lutter contre 1) la mise en commun de leur moyens par des entreprises invitées à participer à une mise en concurrence lancée par une collectivité, lorsque ces entreprises sont en mesure de mettre en oeuvre ces moyens de façon séparée et concurrentielle ; 2) les durées excessivement longues des conventions de délégation ; 3) les prix abusivement élevés ; 4) le fait, pour le titulaire d'une délégation de distribution d'eau potable, propriétaire des installations de captage, de refuser de façon injustifiée de fournir cette eau à une entreprise souhaitant se porter candidate à une procédure de mise en concurrence.**
- **recommande aux entreprises de ne plus associer leurs moyens dans le domaine de la gestion de réseaux de distribution de l'eau lorsque, présentant des propositions à des collectivités locales, elles seront en mesure de mettre en oeuvre ces moyens de façon séparée et concurrentielle.**

b) concernant la nécessité de faire jouer la concurrence à l'échéance des conventions de délégation :

- **estime que les collectivités locales devraient être incitées à faire davantage appel à la concurrence lorsqu'elles désirent soit faire exploiter le service de distribution de l'eau, soit proroger ou modifier des contrats en cours.**

c) concernant l'adoption de règles normatives :

- **suggère la création d'une autorité de surveillance permettant la mise en commun et la diffusion des informations détenues par les différentes administrations ou organisations déjà présentes dans le secteur, qui jouerait un rôle d'observation, d'information et de conseil et qui pourrait saisir, le cas échéant, le Conseil de la concurrence de toute pratique prohibée par les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.**
- **estime qu'il conviendrait d'ajouter dans le code des collectivités territoriales une disposition imposant aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics de se prononcer expressément sur le principe d'un retour à la régie à l'échéance des conventions de délégation.**

Délibéré, sur le rapport de M. Arhel, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, viceprésidente, M. Jenny, viceprésident, MM. Bargue, Nasse et Robin, Mmes Mader-Saussaye et Perrot, membres.

Le rapporteur général,

La présidente,

Patrick Hubert

MarieDominique Hagelsteen

- (1) Rapport de 1997 de la Cour des comptes sur la gestion des services publics d'eau et d'assainissement, p. 28 et s.
- (2) Rapport du Haut Conseil du Secteur Public, "Quelle régulation pour l'eau et les services urbains ?", décembre 1999, p. 13.
- (3) FNCCR, La Lettre Service des Eaux n° 154 du 13 août 1999.
- (4) Les chiffres analysés ci-dessous concernent le prix global de l'eau, qui comprend la distribution et l'assainissement (il n'a pas été possible d'individualiser le prix de la distribution).
- (5) FNCCR, La Lettre Service des Eaux n° 154 du 13 août 1999.
- (6) Rapport du Commissariat général du Plan, préc. p. 111.
- (7) Le prix de l'eau en France - Les tendances dans les pays de l'OCDE, OCDE 1999, p. 86.
- (8) Rapport préc. p. 90.
- (9) Non comprise la redevance pollution.
- (10) Y compris la location et l'entretien d'un compteur de 12/15 mm de diamètre.
- (11) Les chiffres analysés ci-dessous concernent le prix global de l'eau, qui comprend la distribution et l'assainissement (il n'a pas été possible d'individualiser le prix de la distribution).
- (12) Rapport préc. p. 119.
- (13) Arrêté ministériel du 20 juil. 1991, BOCCRF 20 juil.1991.
- (14) Lettre du ministre du 7 mars 1997, BOCCRF du 22 avr. 1997.

- (15) Com. Conc. avis du 28 oct. 1980 relatif à des pratiques constatées dans le secteur de la distribution de l'eau, publié dans le rapport annuel de la Commission pour 1981, p. 110.
- (16) Rapport du Haut Conseil du Secteur Public, "Quelle régulation pour l'eau et les services urbains?", déc. 1999, p. 20.
- (17) Note d'information DGCCRF n° 1999-143 du 18 août 1999, p. 4 et 5.
- (18) Rapport du Haut Conseil du secteur public, préc. p. 20.
- (19) Rapport du Haut Conseil du Secteur Public, préc. p. 7.
- (20) Voir aussi supra l'exemple du district de la Côte Vermeille.
- (21) Com. CE aff. n° IV/M.1365 du 4 mars 1999, FCC/Vivendi, pt. 33.
- (22) Avis publié dans le rapport d'activité pour 1981.
- (23) TPI 27 oct. 1994, aff. Fiatagari, T34/92, Rec II, p. 905.
- (24) L'article 10-I de l'ordonnance interdit "les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits". Ne sont donc pas visées les offres faites par les entreprises dans le cadre des appels à candidature lancés par une collectivité territoriale pour la distribution de l'eau ; en effet, dans un tel cas, la commune n'est pas un consommateur puisqu'elle cherche à satisfaire les besoins de ses habitants et non ses propres besoins (Cons. Conc. déc. n° 99-PB-01 du 21 déc. 1999, Syndicat des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, BOCCRF 31 mars 2000).
- (25) CJCE 3 juill. 1991, Akzo no C-62/86, Rec. 3359.
- (26) Cons. Conc. déc. n° 97-D-92, Pompes funèbres de Marseille, BOCCRF 28 déc. 1997.
- (27) CE 3 nov. 1997, Sté. Million et Marais.
- (28) CJCE 23 avr. 1991, Höfner et Elser, Rec. 1979; 10 déc. 1991, Port de Gênes, Rec. 5889; 5 oct. 1994, Centre d'insémination de la Crespelle, 12 févr. 1998, Rec. 5097; Silvano Raso, etc.
- (29) CE 3 nov. 1997, préc.
- (30) Communication de la Commission sur la définition du marché aux fins du droit communautaire de la concurrence, pt. 12 : JOCE n° C372, 9 déc. 1997.
- (31) Cons. Conc., avis n° 91-A-06 du 25 juin 1991 ; cette opération a permis à la Lyonnaise des eaux d'acquérir la SDEI.

- (32) C.A. Paris 29 juin 1998, BOCCRF du 16 juillet 1998.
- (33) Com. Conc avis du 28 oct. 1980, préc.
- (34) Com. CE aff. n° IV/M.1186 du 18 juin 1998, GEAL/CREA/CGE ; Com. CE aff. n° IV/M.1365 du 4 mars 1999, FCC/Vivendi.
- (35) Cons. Conc. avis n° 91-A-06, préc.
- (36) préc.
- (37) ex. : CJCE 10 déc. 1991, aff. n° C179/90, Merci, Rec. 5523 ; Cons. conc. déc. n° 97-D-92, préc.
- (38) Com. Conc. Avis du 28 oct. 1980, préc.
- (39) Déc. n° 81-03/DC du 13 janv. 1981, publiée dans le rapport annuel de la Commission pour 1981, p. 108.
- (40) CA Paris 28 juin 1994, BOCCRF 14 juil.1994.
- (41) Cass. Com. 26 nov. 1996.
- (42) Cons. Conc. rapp. act. 1990, p. XLIV.
- (43) Voir en ce sens, Com. CE communication relative à la distinction entre entreprises communes concentratives et entreprises communes coopératives établie par le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt. 17 : JOCE C 385 du 31 déc. 1994, p. 1.
- (44) CE 3 nov. 1997, préc. CE 3 nov. 1997, préc.
- (45) Définition donnée par la Cour de Justice des Communautés Européennes dans l'arrêt du 13 février 1979 dans l'affaire 85/76, Hoffman-La Roche, Rec. 461.
- (46) CJCE 13 fév. 1979, Hoffmann La roche, Rec. 461.
- (47) Cons. Con. déc. n° 98-MC-02 du 31 mars 1998, BOCCRF du 15 mai 1998.
- (48) CA Paris, 19 mai 1998.
- (49) CA Paris 29 juin 1998, BOCCRF du 16 juillet 1998.
- (50) Cons. Conc. déc. n° 97-D-71 du 7 oct. 1997, BOCCRF 31 déc. 1999.
- (51) Cons. Conc. déc. n° 98-D-52 du 7 juil. 1998, BOCCRF 7 oct. 1998.

(52) Cons. Conc., déc. n° 99-D-14 du 23 fév. 1999, BOCCRF 27 juil. 1999.

(53) Rapport du Haut Conseil du Secteur Public p. 7.

© Conseil de la concurrence