

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 00-A-30 du 4 décembre 2000 relatif à une demande d'avis de la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies sur la convention collective des entreprises des services d'eau et d'assainissement

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 17 juillet 2000, sous le numéro A 308, par laquelle la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, des conséquences d'une extension de la convention collective des entreprises des services d'eau et d'assainissement ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, notamment son article L. 462-1, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

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 enregistrée le 17 juillet 2000, la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies (FNCCR) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis portant sur les conséquences sur la concurrence de la convention collective des entreprises des services d'eau et d'assainissement dont le ministère chargé de l'emploi envisage l'extension et, plus précisément, de l'article 2.5.2 de cette convention.

I. - Le contexte

A. - La convention collective

La convention, dont l'article 2.5.2 est soumis à l'avis du Conseil, règle les rapports de travail entre les entreprises et les ouvriers, employés, agents de maîtrise, techniciens, cadres, ingénieurs et assimilés, employés à une des activités de production, de distribution, de traitement d'eau ou de collecte et d'épuration des eaux usées et pluviales.

Elle engage toutes les organisations syndicales d'employeurs et toutes les organisations syndicales représentatives de salariés, signataires ou qui, ultérieurement, y adhèreraient.

Sont visées " toutes entreprises ou tous établissements qui effectuent, à titre principal, dans le cadre d'un contrat d'exploitation (délégation ou marché), tout ou partie des opérations de captage, de production, de traitement et de distribution de l'eau potable, industrielle et pour l'irrigation ainsi que la gestion, l'exploitation et l'entretien des ouvrages et installations nécessaires à ces activités, et à titre accessoire leur conception, leur réalisation et leur renouvellement.

Sont aussi visées toutes entreprises ou tous établissements qui effectuent à titre principal, dans le cadre d'un contrat d'exploitation (délégation ou marché), tout ou partie des opérations de collecte, d'évacuation et d'épuration des eaux usées et pluviales ainsi que la gestion, l'exploitation et l'entretien des ouvrages et installations nécessaires aux activités d'assainissement collectif et individuel, et à titre accessoire leur conception, leur réalisation et leur renouvellement ".

Bien que le code attribué par l'Insee ne constitue qu'une simple présomption, il convient de noter que la convention concerne les entreprises classées aux codes 410Z et PS 90 0A.

Pour l'application des dispositions suivantes sont visées les contrats d'exploitation (délégation ou marché), ainsi que les prestations de services globales.

L'article 2.5.1 de la convention indique que : " *Lorsque les conditions d'application de l'article L. 122-12 al. 2 du code de travail sont réunies, le transfert de personnel est opposable à tous, employeurs et salariés* ".

L'article 2.5.2, quant à lui, ajoute : " *Lorsque les conditions de l'article L. 122-12 al. 2 du code de travail ne sont pas réunies ou en cas de désaccord sur son applicabilité entre les employeurs concernés, et afin d'assurer au mieux la continuité des emplois des salariés affectés à l'exploitation de ces services publics, les dispositions suivantes seront appliquées* :

- *le nombre de salariés automatiquement transférés dans la nouvelle entité en charge du service sera égal à l'effectif équivalent temps plein des salariés qui répondent aux trois critères cumulatifs suivants :*
 - *salariés en CDI ou en CDD (y compris les salariés dont le contrat est suspendu à la date du transfert) appartenant aux groupes I à V de la grille de classification de la présente convention,*
 - *salariés affectés à l'exploitation et à la clientèle à l'exclusion de ceux qui appartiennent à des services supports qui travaillent sur plusieurs contrats,*
 - *salariés affectés au contrat depuis au moins 6 mois.*
- *les salariés automatiquement transférés seront ceux répondant aux trois critères cumulatifs définis ci-dessus, pris par ordre décroissant de leur temps de travail affecté à ce contrat, à concurrence du nombre défini ci-dessus.*

Les autres salariés en CDI ou en CDD (y compris les salariés dont le contrat est suspendu à la date du transfert) affectés pour plus de la moitié de leur temps à ce contrat depuis au moins 6 mois seront également automatiquement transférés dans la limite d'un nombre correspondant à l'effectif équivalent temps plein de ces salariés.

Préalablement au transfert, l'employeur sortant organise l'affectation des salariés qui ne sont pas concernés par le présent paragraphe ".

Une convention collective de travail constitue un contrat qui crée des droits et des obligations de nature contractuelle entre ses signataires. Elle est également dotée, lorsqu'elle fait l'objet d'un arrêté d'extension, d'un effet normatif dont les dispositions sont applicables de plein droit à tous les salariés et les syndicats.

" En application de l'article L. 133-8 du code du travail, la ministre de l'emploi et de la solidarité envisage de prendre un arrêté tendant à rendre obligatoire, pour tous les employeurs et tous les salariés entrant dans son champ d'application, les dispositions de la convention collective " soumise à l'avis du Conseil (JO du 25 juin 2000).

L'extension des effets et des sanctions de la convention se fait pour la durée et aux conditions prévues par la convention (c. trav., art. L. 133-8, al. 3). Toutes les obligations étendues résultent de l'accord collectif.

Le ministre peut exclure de l'extension, après avis motivé de la commission nationale de la négociation collective, les clauses contraires à des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur.

De la même manière, il peut étendre des clauses conventionnelles incomplètes, sous réserve de l'application des textes législatifs et réglementaires en vigueur.

Il résulte de ce qui précède que le ministre qui décide l'extension d'une convention collective se voit reconnaître un contrôle de légalité sur les dispositions susceptibles d'être incluses dans l'arrêté de la convention.

Cependant, et en dépit de l'arrêté ministériel, la conformité des clauses conventionnelles aux lois et règlements en vigueur peut être mise en cause devant les juridictions de l'ordre judiciaire.

Quand, à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir formé contre l'arrêté d'extension, une contestation s'élève sur la validité d'une clause conventionnelle étendue, le juge administratif surseoit à statuer et renvoie au juge judiciaire l'examen de cette question préjudicielle.

B. - Les conditions de l'application de l'article L. 122-12 §2 du code du travail

Le principe de la poursuite des contrats de travail en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur résulte de la directive 77/187, en droit communautaire, et de l'article L. 122-12 alinéa 2 du code du travail qui dispose : " *S'il survient une*

modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ". L'article L. 122-12, alinéa 2, s'applique dans tous les cas où la même entreprise continue à fonctionner sous une direction nouvelle, ainsi qu'à tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise.

Ainsi, dès lors que les conditions d'application sont remplies, les dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail imposent le transfert automatique du contrat de travail aux employeurs comme aux salariés (Cass. soc. 16/01/1990).

Néanmoins, et alors même que l'article L. 122-12, alinéa 2, ne trouverait pas application, le transfert des contrats de travail peut être imposé par la convention collective applicable au secteur dont les entreprises relèvent. Dans cette hypothèse, ce sont les termes mêmes de la convention ou de l'accord qui déterminent les conditions du transfert. La Cour de cassation rappelle qu'il doit être précisé qu'en cas de refus de la part du salarié, l'employeur d'origine sera tenu ou bien de maintenir le salarié dans ses effectifs, ou bien de prendre l'initiative d'un licenciement qui devra être justifié par une cause réelle et sérieuse (Cass. soc. 17/03/1998).

La Cour de cassation, chambre sociale, dans un arrêt du 2/03/1999, indique également que " *l'article L. 122-12 ne s'applique pas lorsque l'activité est reprise par une personne publique gérant un service public administratif* " mais qu'il s'applique lorsque l'activité se poursuit sous la forme d'un service public à caractère industriel et commercial. Il convient, en outre, que le changement de prestataire s'accompagne d'un transfert des moyens d'exploitation (locaux, matériels, équipements...).

Le Conseil d'État, dans un arrêt du 6 juin 1997, a censuré pour erreur de droit l'arrêt d'une cour administrative d'appel qui n'avait pas recherché si le défaut de communication par l'acheteur public de la liste des salariés d'un chantier de nettoyage, objet d'un appel d'offres restreint, constituait un élément d'information essentiel du marché dont tous les candidats devaient avoir été mis à même de prendre connaissance.

C. - Le contexte économique

La convention collective soumise à l'avis du Conseil organise les rapports de ses signataires qui appartiennent à deux secteurs dont la structure économique est notablement différente.

La production, le traitement et la distribution de l'eau est une activité dominée par un oligopole. 80 % du chiffre d'affaires du secteur (environ 55 milliards de francs en 1998) est réalisé par dix sociétés contrôlées par les deux majors français de la gestion déléguée que sont Suez-Lyonnaise des eaux et Vivendi. Le groupe Saur, contrôlé par le groupe Bouygues, détient une part non négligeable du marché ; la part des frais de personnel est d'environ la moitié de la valeur ajoutée qui représente 40 % du chiffre d'affaires.

Le secteur de l'épuration des eaux usées génère un chiffre d'affaires largement inférieur à celui de la production, du traitement et de la distribution de l'eau. Avec 552 établissements, il emploie 7 000 personnes ; les entreprises de moins de 50 salariés, représentant 95 % du total des structures du secteur, emploient 50 % des effectifs de celui-ci et génèrent 47 % du chiffre d'affaires. La part des frais de personnel dans la valeur ajoutée, bien qu'en constante diminution, est encore proche de 67 % en 1999 alors que la valeur ajoutée représente 56 % du chiffre d'affaires.

Une évolution est à prévoir car, en raison des nouvelles normes européennes (directive 98/83/CE du 3/11/1998), les savoir-faire à maîtriser dans le secteur de l'épuration des eaux sont de plus en plus étendus. Les petites municipalités directement en charge de ce service ne pourront plus y faire face et les grands groupes, présents dans le secteur de la distribution de l'eau, diversifient leur activité vers l'assainissement en raison de la bonne rentabilité de la branche.

D. - Le mode de gestion des infrastructures

Depuis la loi de décentralisation de 1982, les communes disposent d'une autonomie de décision renforcée en matière de gestion de la production, du traitement et de la distribution d'eau. Elles peuvent ainsi soit assurer directement ces services avec la possibilité d'en transférer la responsabilité à un syndicat intercommunal, un district, une communauté urbaine ou un syndicat mixte, soit déléguer leur exploitation à des opérateurs (privés le plus souvent).

Différents contrats sont envisageables selon le mode de gestion du service public local :

- la gestion déléguée qui comprend la concession et l'affermage ;

- la gestion directe du service qui comporte deux variantes dans le cas d'un service public à caractère industriel ou commercial : la régie autonome et la régie personnalisée ;
- la gestion intermédiaire qui concerne la régie intéressée et la gérance.

L'État effectue des contrôles de qualité par l'entremise de ses différents représentants locaux : les directions départementales des affaires sanitaires et sociales (DDASS), de l'équipement (DDE), de l'agriculture et de la forêt, la direction régionale de la recherche et de l'environnement (Drire).

E. - La situation de la concurrence dans les secteurs soumis à l'avis du conseil

Le secteur de la distribution et de l'approvisionnement de l'eau est extrêmement concentré puisque l'offre potentielle sur ce marché est partagée pour l'essentiel en trois groupes. Le secteur de l'épuration est moins concentré, mais la complexité croissante des métiers, la croissance prévisible de l'activité (+ 10 % par an), comme le niveau de la rentabilité, s'accompagnent d'un mouvement de diversification vers ce secteur de la part des " grands " opérateurs de la distribution de l'eau et certains (Xerfi, 13/06/2000) parlent " d'un verrouillage quasi-total de la profession par le triumvirat, dans la mesure où les dernières avancées technologiques dans les traitements donnent un avantage compétitif certain aux filiales des majors de services des eaux ".

Les facteurs d'animation de la concurrence n'ont qu'une portée très réduite.

Théoriquement, les collectivités peuvent opérer un retour à la régie. Mais un tel retour suppose des investissements en matériel et l'acquisition ou la réappropriation d'un savoir-faire qui peuvent exercer sur les collectivités un effet dissuasif. Quelques retours à la régie ont cependant été observés au cours des dernières années (ex. : Grenoble, Alès et Pertuis) mais ils demeurent jusqu'à présent l'exception.

Une consultation anticipée peut également être envisagée. L'expérience montre qu'elle peut être source de profits importants pour les abonnés, car elle est de nature à inciter le titulaire à réduire sensiblement ses prix. 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.

Par ailleurs, l'intervention d'une petite entreprise lors de la mise en concurrence peut être un facteur important de réduction de prix. Cependant, la plupart des PME du secteur ne disposent que de moyens modestes qui limitent leur champ d'action aux petites ou moyennes collectivités. Par ailleurs, elles ne peuvent espérer obtenir qu'un nombre très limité de contrats chaque année. En outre, les opérations de concentration, qui caractérisent les secteurs ou les économies d'échelle ne sont pas épuisées, devraient se poursuivre.

Enfin, si le marché français est ouvert à la concurrence étrangère, dans les faits, peu d'entreprises étrangères ont participé jusqu'à présent aux appels à candidature.

II. - Observations du Conseil

À titre liminaire, il convient de rappeler que le Conseil dispose d'une compétence d'attribution et qu'il ne lui appartient pas d'apprécier la régularité d'un comportement au regard d'autres textes que le livre IV du code de commerce et des articles 81 et 82 du traité de Rome.

L'article 2.5.2. de la convention collective, soumis à l'appréciation du Conseil, s'insère dans une évolution générale du droit du travail en faveur de la protection de l'emploi. Son imprécision est cependant à relever puisqu'il n'énumère pas clairement les cas complémentaires d'application de l'article L. 122-12, alinéa 2 ; de plus, bien qu'il prévoit l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, en cas de désaccord entre les employeurs concernés, il est difficile d'envisager qu'il puisse les empêcher d'ester en justice. Ce manque de clarté ne permet pas au Conseil d'évaluer avec précision l'impact sur la concurrence de l'article 2.5.2. de la convention collective des services d'eau et d'assainissement.

Le Conseil ne peut, cependant, que constater que l'extension de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail à tous les cas de reprise de contrats d'exploitation de services publics d'eau ou d'assainissement est de nature à aggraver les distorsions de concurrence entre les concessionnaires sortants et les soumissionnaires.

En effet, les soumissionnaires sont déjà presque toujours en situation d'infériorité par rapport au délégataire (concessionnaire) en place,

qui dispose d'une meilleure information sur les caractéristiques des réseaux qu'il gère souvent depuis très longtemps ainsi que sur les conditions et les contraintes d'exploitation qui en résultent.

L'extension de la convention, en obligeant dans tous les cas le nouveau délégataire à reprendre le personnel en place, ou à tout le moins le personnel auquel le délégataire sortant ne proposera pas une autre affectation plus attrayante, peut dissuader les concurrents de présenter leur candidature ; en tout état de cause cette obligation est de nature à empêcher ou limiter le recours à des techniques de gestion plus efficaces comportant un réaménagement des facteurs de production et à restreindre la possibilité d'une réduction des coûts.

De plus, et bien que cette observation ne concerne pas directement la convention, le Conseil considère qu'il serait souhaitable que l'avis d'appel d'offres soit accompagné d'un descriptif des emplois et des postes de travail ainsi que du montant des salaires et des charges salariales qui devront faire l'objet du transfert.

Délibéré, sur le rapport de Mme Servella-Huertas, par Mme Hagelsteen, présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le rapporteur général,

Patrick Hubert

La présidente,

Marie-Dominique Hageslteen