



**Décision n° 08-D-24 du 22 octobre 2008
relative à une saisine concernant l'affermage de la distribution
d'eau et de l'assainissement à Saint-Jean-d'Angély**

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre enregistrée le 26 novembre 2007, sous le numéro 07/0082 F, par laquelle la société Nantaise des eaux a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société SAUR France dans le cadre de l'attribution de l'affermage de la distribution d'eau et de l'assainissement à Saint-Jean-d'Angély ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les observations présentées par la société Nantaise des eaux et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et le représentant de la société Nantaise des eaux entendus lors de la séance du 23 septembre 2008 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LA SAISINE

1. La société Nantaise des eaux dénonce au Conseil de la concurrence un abus de position dominante qu'aurait commis la société SAUR France (ci-après « la SAUR ») à l'occasion de l'attribution, en 2004, de la délégation par affermage de la distribution d'eau potable et de l'assainissement sur la commune de Saint-Jean-d'Angély (département de la Charente-Maritime).

B. LE SECTEUR ET LES PARTIES

1. LE SECTEUR

2. Dans son avis n° [00-A-12](#) du 31 mai 2000, le Conseil de la concurrence décrivait ainsi la situation sur le marché 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 (Compagnie générale des eaux, [devenue depuis Veolia eau]) : 51 % + 5 % (part de l'entreprise dans les filiales communes) = 56 %.*
 - *Suez Lyonnaise 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 Hirschman Herfindahl, 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. »

3. En 2004, année des pratiques dénoncées, la situation n'a pas significativement changé.

2. LA SAUR

4. La SAUR est spécialisée dans les métiers de l'eau : production, traitement, distribution et gestion des services d'eau et d'assainissement, ainsi que le traitement et l'élimination des sous-produits d'épuration.
5. Organisée autour de six directions régionales en métropole et de filiales à la Martinique, à la Guadeloupe et à la Réunion, la société développe aussi des services complémentaires au cycle de l'eau, comme la pose et la réhabilitation de réseaux. La SAUR intervient dans près de 7 000 communes, réunissant 5,5 millions clients, pour un chiffre d'affaires au moment des faits approchant les 900 millions d'euros. Elle dispose d'un effectif de plusieurs milliers de personnes.
6. La société a quitté en 2006 le groupe Bouygues et compte aujourd'hui quatre actionnaires : la Caisse des dépôts et consignations (38 %), Sèche environnement (33 %), Axa (17 %), ainsi qu'un fonds d'investissement (12 %), le deuxième ayant une option de rachat de la totalité du capital.

3. LA SOCIÉTÉ NANTAISE DES EAUX SERVICES

7. La société Nantaise des eaux services est une société spécialisée dans la gestion de l'eau potable et l'assainissement. Son effectif est d'environ 200 personnes pour un chiffre d'affaires de l'ordre de 10 millions d'euros à l'époque des faits.
8. Elle dispose d'une forte implantation locale regroupée en trois directions régionales, Ouest, Ile-de-France et Sud-est.
9. Dans la grande majorité des cas, elle effectue ses prestations dans le cadre de contrats d'affermage. Elle a reçu, en 2004, en apport d'actifs le fonds de commerce de la société SOAF environnement (ci-après « la SOAF »).

C. LES PRATIQUES

10. Par délibération du 27 mars 2003, le conseil municipal de Saint-Jean-d'Angély a décidé de procéder à deux appels d'offres distincts pour l'affermage des services de distribution d'eau et d'assainissement pour une durée de 12 ans. Après appel à candidatures lancé le 12 septembre 2003 et réception de plusieurs offres de la part des dix entreprises admises à concourir, la commune a décidé le 11 mai 2004 de poursuivre les négociations avec la SAUR, délégataire sortante et titulaire de ces contrats depuis 20 ans, et avec la SOAF.
11. Respectivement le 8 et le 11 juin 2004, la SOAF et la SAUR ont déposé chacune une première offre. Après des consultations qui ont eu lieu le 28 juillet, les deux entreprises ont déposé de nouvelles propositions, respectivement les 3 et 13 août. La SOAF a consenti un rabais sur son offre globale de 4,45 % tandis que la SAUR a baissé de 15 % son offre pour le contrat eau potable et de 3 % pour le contrat assainissement. Cette dernière précisait alors que, la plupart des charges ayant été calculées avec une grande précision dans la première offre, il n'était pas possible de les diminuer à nouveau et que l'effort aurait dû

porter sur « des postes de charges réparties (assurances, immobilisations, informatique, structures), ou plus aléatoires (renouvellement des canalisations en mauvais état) ainsi que la marge ». Elle ajoutait que « La baisse des prix demandée nous impose de n'imputer que partiellement ces charges sur les contrats de Saint-Jean-d'Angély et donc de diminuer leur montant dans les proportions suivantes : ... ». Elle indiquait ensuite, dans un tableau, des réductions poste par poste aboutissant à une réduction de 15 % pour la distribution d'eau et de 3 % pour l'assainissement.

12. Enfin, le 17 septembre, se fondant sur le fait que son offre était « *semble-t-il, encore insuffisante* », la SAUR a transmis sa « *meilleure offre* » soit une offre en baisse de près de 25 % pour la distribution de l'eau et de près de 13 % pour l'assainissement.
13. Toutefois, le maire a refusé de prendre cette nouvelle offre en considération au motif que celle-ci avait été remise après le 15 août, limite de dépôt des offres. La SAUR a néanmoins obtenu du juge des référés la réouverture des négociations avec une date butoir fixée au 9 novembre 2004.
14. Le 8 novembre, la SAUR a remis une proposition qui divisait par deux la part fixe des tarifs de distribution d'eau et diminuait d'un tiers la part fixe des tarifs d'assainissement de son offre précédente. Confrontée à une telle baisse qu'elle qualifie de pratique de « *dumping* », la SOAF a estimé que de tels prix confèraient « *aux contrats de délégation de service public un caractère précaire* » et a décidé de s'en tenir à sa dernière offre.
15. Par délibération du 9 décembre 2004, le conseil municipal de Saint-Jean-d'Angély a attribué les contrats à la SAUR.

Tableau récapitulatif des offres

	Part fixe annuelle euro/an	Part proportionnelle production : euro/m3	Part proportionnelle distribution : euro/m3
Eau			
Offre 11 juin SAUR	30	0,1975	0,3186
Offre 13 août SAUR	30	0,1975	0,2050
Offre 17 sept. SAUR	30	0,1975	0,1560
Offre 8 nov. SAUR	16	0,1975	0,1710
Dernière offre Nantaise ¹	20	0,150	0,340
Assainissement			
Offre 11 juin SAUR			
Offre 13 août SAUR	21		0,67
Offre 17 sept. SAUR	21		0,5825
Offre 8 nov. SAUR	16		0,4520
Dernière offre Nantaise ²	20		0,695

¹ Moins un rabais global de 2 %.

² Moins un rabais global de 2 %.

16. En définitive, si l'on compare sa dernière offre aux prix qu'elle pratiquait dans sa position de délégataire sortant, la baisse consentie par la SAUR s'établit à 46 % pour le contrat de distribution d'eau potable et à 39 % pour le contrat d'assainissement. La baisse par rapport à son offre initiale est proche de 50 %.

II. Discussion

17. L'article L. 462-8, alinéa 2 du code de commerce énonce que : « *Le Conseil de la concurrence peut (...) rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants.* »
18. La société Nantaise des eaux soutient que la SAUR, en position dominante sur le marché de la distribution d'eau et de l'assainissement de la commune de Saint-Jean-d'Angély et/ou sur le marché du département de la Charente-Maritime, a pratiqué des prix prédateurs lors de la négociation des contrats d'affermage de la distribution d'eau et de l'assainissement de cette commune.
19. Selon une jurisprudence constante, un marché public ou un appel d'offres pour une délégation de service public constituent un marché pertinent sur lequel se rencontrent la demande de la collectivité publique concernée et les offres des entreprises souhaitant y répondre.
20. Le fait d'être le titulaire « sortant » d'un tel contrat public ne permet pas d'établir par lui-même une situation de dominance. Pour établir une telle situation, il faut démontrer le lien entre le marché mis en jeu et un autre marché sur lequel l'un des offreurs détiendrait une position dominante, suffisant pour considérer qu'un comportement observé sur le premier marché est susceptible de constituer un abus de la position dominante détenue sur le second (qui est alors connexe au premier). Mais ce lien n'existe pas nécessairement.
21. Ainsi, le « sortant » peut être en position dominante, notamment vis à vis des usagers, dans le cadre de l'exécution du contrat qui s'achève, mais cette circonstance ne peut pas à elle seule permettre de conclure qu'il existe un lien suffisant entre cette position et le comportement observé sur le marché mis en jeu. Les avantages tirés habituellement de la qualité de sortant, comme une meilleure connaissance des conditions de la prestation, l'amortissement de certains équipements, voire la confiance créée avec l'autorité délégante ou le cas échéant avec le personnel en place, sont en principe insuffisants au regard des autres atouts dont peuvent disposer les offreurs concurrents pour qu'un comportement du sortant visant à tirer parti de son antériorité puisse être considéré comme un abus de la position qu'il détient.
22. Il faut donc des circonstances particulières qui s'ajoutent à la situation de titulaire sortant pour qu'un comportement de celui-ci sur le marché mis en jeu puisse constituer le cas échéant un abus de la position dominante détenue sur un autre marché. A cet égard, ce sont des facteurs susceptibles de déboucher sur un avantage très substantiel par rapport à la concurrence qui peuvent jouer.
23. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à la décision n° [06-MC-02](#) du 27 juin 2006 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la commune de Bouc Bel Air, le Conseil de la concurrence a constaté que le titulaire sortant d'une délégation de service public, par le moyen d'une modification préalable des contrats de travail du personnel qui

aurait dû être repris par un éventuel nouveau titulaire, avait infligé un sérieux désavantage à ses compétiteurs. Le Conseil a dès lors estimé que la position dominante de titulaire sortant lui avait permis de commettre un abus sur le marché en jeu.

24. La position dominante susceptible de donner lieu à un abus sur le marché en jeu peut cependant ne pas être seulement identifiée sur le marché résultant du contrat qui s'achève.
25. Dans l'affaire ayant donné lieu à la décision n° [05-D-58](#) du 3 novembre 2005 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'eau potable en Ile-de-France, le Conseil a constaté que la Lyonnaise des eaux était en monopole de fait *« sur le marché de la production d'eau dans le bassin du sud de l'Essonne qui permet aux communes de la zone d'obtenir de l'eau « entrée de ville » avant de la faire distribuer par le délégataire de leur choix »*, cette situation conduisant les candidats à la gestion de la distribution de l'eau à acquérir de l'eau en gros à un certain prix auprès de l'entreprise en monopole. Constatant que cet opérateur en monopole proposait un prix discriminatoire de l'eau selon qu'il assurait lui-même la distribution ou que celle-ci était confiée à un concurrent, il a considéré que *« la pratique de la Lyonnaise des eaux de proposer une discrimination à son avantage sur le prix de la fourniture d'eau dans le cadre de son offre globale par rapport à celui de son offre dissociée de vente en gros avait un objet et pouvait avoir un effet anticoncurrentiel car elle visait à handicaper l'offre concurrente sur la partie distribution, pratique prohibée par l'article L. 420-2 du code du commerce »*. Dans ce cas, l'abus avait été rendu possible par la position de monopole détenue sur un marché de gros connexe et différent de celui sur lequel les compétiteurs s'affrontaient.
26. Dans l'affaire ayant donné lieu à la décision n° [04-D-32](#) du 8 juillet 2004, More Group/JC Decaux, le Conseil a condamné la société JC Decaux, dominante sur le marché national du mobilier urbain, pour avoir commis des pratiques anticoncurrentielles après l'attribution du marché de la ville de Rennes à un concurrent. Le Conseil a considéré *« qu'en démontant et exploitant son mobilier au-delà de l'échéance du contrat, en offrant à certains annonceurs la gratuité des campagnes publicitaires en 8 m² et la prise en charge de frais de fabrication des affiches 8 m² à Rennes, ainsi qu'en introduisant dans ses tarifs 1999 et 2000, des dispositions spécifiques pour la ville de Rennes, la société JC Decaux SA a abusé de la position dominante qu'elle détient sur le marché national de la fourniture du mobilier urbain publicitaire en augmentant artificiellement le coût du changement supporté par la collectivité de Rennes, sur ce marché, et a gêné artificiellement l'exploitation commerciale, par son concurrent, du marché connexe de l'affichage dans cette ville »*.
27. Dans ce cas, l'abus était rendu possible par la position dominante détenue sur un marché national mais également par la situation de titulaire sortant du marché de la ville de Rennes, cette position lui donnant un pouvoir d'entrave particulier envers son successeur en pesant sur l'exécution du contrat que ce dernier avait emporté.
28. En l'espèce, aucune circonstance telle qu'évoquée ci-dessus n'est invoquée dans la saisine de la Nantaise des eaux. Aucune caractéristique particulière liée à la qualité de titulaire sortant de la SAUR n'est avancée. La dominance éventuelle sur un autre marché que celui résultant du contrat en fin d'exécution n'est pas non plus sérieusement étayée.
29. A cet égard, il est, certes, indiqué que la SAUR pourrait être en position dominante sur ce qui serait un marché de l'eau et de l'assainissement en Charente-Maritime. Toutefois, la Nantaise des eaux se borne à indiquer que la SAUR serait délégataire de marchés similaires à celui de Saint-Jean-d'Angély dans des communes du département, mais ne cite expressément que Surgères et n'en tire comme conséquence que la possibilité pour la SAUR de réaliser des économies d'échelle en répartissant ses frais fixes sur un nombre de

contrats plus important que ceux dont elle-même dispose. Or, le fait de bénéficier d'économies d'échelle par rapport à un concurrent ne suffit pas à caractériser une position dominante.

30. La saisine n'apportant pas d'éléments permettant d'envisager que la SAUR dispose d'une position dominante et qu'elle ait pu en abuser au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce, il convient de faire application de l'article L. 462-8, alinéa 2 du code de commerce et de rejeter la saisine pour défaut d'éléments probants.

DÉCISION

Article unique : La saisine de la société Nantaise des eaux est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de M. Grandval, par Mme Aubert, vice-présidente, présidente de séance, Mmes Béhar-Touchais et Mader-Saussaye, MM. Combe, Flichy, Piot et Ripotot, membres.

La secrétaire de séance,
Marie-Anselme Lienafa

La vice-présidente,
Françoise Aubert

© Conseil de la concurrence