

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 98-MC-04 du 12 mai 1998

relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie concernant des pratiques de la société Suez-Lyonnaise des Eaux à l'occasion du renouvellement de contrats de délégation de service public de l'eau potable de plusieurs communes du département de l'Essonne

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 27 mars 1998 sous les numéros F 1033 et M 211, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques d'abus de position dominante de la société Suez-Lyonnaise des Eaux à l'occasion du renouvellement des contrats de délégation de service public de l'eau de quatre communes du département de l'Essonne et d'un syndicat de communes de ce même département et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société Suez-Lyonnaise des Eaux ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société Suez-Lyonnaise des Eaux entendus ;

Sur la saisine au fond :

Considérant que le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques d'abus de position dominante de la société Suez-Lyonnaise des Eaux (ci-après SLE) à l'occasion du renouvellement des contrats de délégation du service public de l'eau dans les communes de Villemoisson-sur-Orge, les Ulis, Morsang-sur-Orge et Grigny, situées dans le département de l'Essonne, et du syndicat intercommunal du nord-est du département de l'Essonne (ci-après syndicat intercommunal) regroupant les communes de Nozay, Marcoussis, Villiers-sur-Orge, La Ville-du-Bois, Longpont-sur-Orge, Ballainvilliers et Villejust ;

Considérant que le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie fait valoir, d'une part, que la société Suez-Lyonnaise des Eaux détient une position dominante sur le marché de la production d'eau servant à alimenter les communes susvisées, les autres producteurs d'eau d'Ile-de-France, tels que la Compagnie générale des eaux (ci-après CGE), la Société anonyme de gestion des eaux de Paris (ci-après SAGEP) et le syndicat des eaux d'Ile-de-France (ci-après SEDIF), " *ne paraissant pas en l'état actuel de l'enquête pouvoir se substituer rapidement et à un moindre coût à l'offre de production de la Société lyonnaise des eaux* ", d'autre part, que la SLE abuse de cette position dominante en refusant de communiquer son prix de l'eau en

gros à ceux de ses concurrents qui souhaitent présenter une offre à l'occasion du renouvellement des contrats de délégation du service public de l'eau des communes en cause, en ayant établi ce prix de vente en gros à un niveau abusivement élevé, eu égard notamment aux prix pratiqués par d'autres producteurs d'eau approvisionnant la région Ile-de-France ;

Considérant que les communes de Villemoisson-sur-Orge, Les Ulis, Morsang-sur-Orge et Grigny ainsi que le syndicat intercommunal du nord-est du département de l'Essonne sont alimentés en eau potable par la SLE sur la base de contrats d'affermage de longue durée, venus respectivement à échéance le 30 juin 1997, le 21 juin 1997, le 31 mars 1997, le 30 juin 1997 et le 18 mars 1996 ; que l'eau fournie aux habitants de ces communes et de plusieurs communes environnantes provient d'installations de production, de transport et de stockage appartenant à la SLE et exploitées, depuis le 1^{er} janvier 1998, par une de ses filiales dénommée Eau du sud parisien (ci-après ESP) ;

Considérant qu'en 1996 et 1997 les quatre communes susvisées et le syndicat intercommunal ont organisé des mises en concurrence portant sur la délégation du service public de distribution d'eau potable dans le cadre de contrats d'affermage, déléguant l'exploitation et l'entretien des ouvrages pendant des durées variant entre douze et vingt ans ;

En ce qui concerne la commune de Morsang-sur-Orge,

Considérant que le contrat d'affermage du service de distribution d'eau potable du 9 décembre 1966 conclu entre la commune et la SLE arrivait à échéance le 31 mars 1997 ; qu'il a été prorogé d'un an pour motif d'intérêt général ; qu'un appel à candidatures en vue du renouvellement du contrat a été publié le 1^{er} juillet 1997 dans le BOAMP ; qu'en plus des cinq entreprises ayant fait acte de candidature le 25 août 1997 (les sociétés SOAF, SLE, Société d'aménagement urbain et rural (ci-après SAUR), Compagnie de services et d'environnement (ci-après CISE) et la CGE), la Commission d'examen, " *sachant qu'une autre société approvisionnant en eau la ville de Paris, possède une canalisation à proximité du territoire communal, décide de procéder également à la consultation de cette société qui se nomme la SAGEP* " ; que, sur les six entreprises retenues, deux ont remis une offre avant le 7 novembre 1997, la SLE et la CGE ; que la CGE a remis une offre sur la distribution exclusivement expliquant notamment que : " *La première difficulté réside dans l'obtention d'un tarif auprès de la SLE ; cette société donnera sa réponse dans sa propre offre vraisemblablement Nous avons balayé les différentes solutions possibles pour alimenter en eau potable de qualité la commune de Morsang-sur-Orge. Il ressort de l'examen complet de ces différentes options les éléments suivants, que nous avons intégrés dans notre proposition : à court terme, il faut maintenir l'alimentation en eau actuelle de la ville. Cela passe donc par un achat d'eau en gros à la Lyonnaise des eaux, au tarif qu'elle voudra bien consentir à la commune ... Nous proposons de mettre à disposition de la ville une somme de 1,5 million de francs pour réaliser, en une première étape, une modélisation du réseau, poser les points de comptage nécessaires, et chiffrer les travaux de bouclage du réseau Cet investissement de départ du fermier est intégré dans notre prix de base. A moyen terme, la variante d'un achat à un autre producteur n'est envisageable qu'avec le SEDIF (volumes disponibles). Outre l'autorisation formelle de ce Syndicat, qu'il conviendrait de solliciter, il est nécessaire de réaliser l'étude visée ci-dessus afin d'estimer avec précision les travaux à envisager ...* " ; qu'il est établi que, le 23 octobre 1997, la CGE avait demandé à la commune de Morsang-sur-Orge notamment si elle avait discuté avec la SLE des modalités d'alimentation de ses abonnés dans l'hypothèse de l'arrivée d'un nouveau fermier et " *quelles seraient les redevances exigées par la SLE pour pouvoir faire transiter l'eau par ses canalisations* " ; que le 4 novembre 1997 le maire a

répondu que sa commune " *étant en limite d'une zone d'influence de la SLE, il apparaît matériellement qu'il y a d'autres sources d'approvisionnement possible et qu'elle n'est pas en mesure de vous communiquer un prix au mètre cube ou la redevance qu'exigerait la société sortante ...* " ; qu'il n'est pas établi que la CGE a demandé à la SLE ses conditions de fourniture de l'eau en gros ; que la SOAF a fait savoir à la commune qu'elle se heurtait " *au problème principal de la production et de la fourniture de l'eau en gros et sur leur incidence sur le coût global du prix du mètre cube* " ; que la CISE a fait état de " *l'impossibilité pour elle d'obtenir un prix de cession de l'eau potable auprès de la Société lyonnaise des eaux* " ; qu'il n'est pas établi que ces deux sociétés ont demandé à la SLE ses conditions de fourniture de l'eau en gros ; qu'il est établi qu'en raison du rapprochement des sociétés SAUR et CISE au 1^{er} janvier 1997, la société SAUR a laissé la société CISE présenter une offre ; que la SAGEP a précisé qu'elle " *n'était pas en mesure de remettre une proposition pour cette consultation* " ;

Considérant que deux entreprises seulement ayant remis une offre, le maire de Morsang-sur-Orge a envoyé une lettre de relance aux candidats retenus en faisant valoir qu'il existe d'autres sources d'approvisionnement en eau que la SLE, telle que la SAGEP, et les a invités à étudier ces possibilités d'approvisionnement ; que, le 8 janvier 1998, la SOAF a fait une offre sur la distribution seulement, en s' " *affranchissant volontairement de la partie production d'eau* " ; qu'elle a en effet " *estimé qu'il ne pouvait y avoir deux lignes sur la facture d'eau potable aux abonnés* " et qu'elle n'avait " *pas pris contact avec la SLE, considérant que le prix de 4,40 F HT/m³ en production d'eau, communiqué par la mairie de Saint-Michel-sur-Orge, pouvait être péréqué sur toute la région* " ;

Considérant que, le 23 décembre 1997, le maire de Morsang-sur-Orge a écrit au maire de Paris en tant qu'actionnaire principal de la SAGEP pour lui demander s'il accepterait que cette société " *approvisionne sa commune et dans quelles conditions* " sachant que " *cette commune est en limite de la zone d'influence de la SLE mais se trouve limitrophe des aqueducs de la SAGEP ...* " ; que, le 6 février 1998, le maire de Morsang-sur-Orge a écrit au directeur de la SAGEP en s'étonnant de ne pas avoir de réponse à sa lettre du 20 novembre 1987 " *sur les possibilités de vente d'eau que vous pourriez consentir à notre commune ... alors qu'apparemment il vous arrive de livrer de l'eau le long du parcours des aqueducs, notamment à Champcueil, proche de notre ville ...* " ; que, n'ayant obtenu aucune réponse de la ville de Paris et de la SAGEP, le maire de Morsang-sur-Orge, le 5 mars 1998, a adressé une nouvelle lettre au directeur de la SAGEP mentionnant que " *sachant que votre réseau, en dehors des pompages dans les nappes, est la seule possibilité de mise en concurrence dans cette zone offerte aux collectivités locales, votre silence et sa durée contribuent et confortent la position dominante d'une société de droit privé ; des études de faisabilité ont été réalisées prouvant la pertinence d'un tel projet pour plusieurs communes ...* " ; qu'il n'est pas établi que la SAGEP ait répondu au maire de Morsang-sur-Orge ;

Considérant que lors de la commission de délégation du 22 janvier 1998, la SLE a communiqué verbalement son prix de production de l'eau en gros, soit 4,02 F HT/m³, et la décomposition de ce prix, et l'a confirmé par lettre du 19 février 1998 ;

Considérant qu'en fin de négociation l'offre de la SLE était de 6,55 F HT/m³ dont 4,02 F HT/m³ pour l'eau en gros ; que, s'agissant de la distribution seule, la SOAF a fait une proposition à 2,64 F HT/m³ en tarif simple et à 2,15 F HT/m³ en tarif binôme et la CGE une offre finale à 3,55 F HT/m³ ;

Considérant que, le 28 février 1998, la commission de délégation, compte tenu de la date d'échéance de l'avenant et de la difficulté de trouver d'autres sources d'approvisionnement que la SLE, a décidé de conclure avec la SLE pour une durée de quinze ans au prix final de 6,55 F HT/m³ conduisant ainsi à une baisse du prix de l'eau de 0,57 F HT/m³ ;

En ce qui concerne le syndicat intercommunal,

Considérant que le contrat d'affermage du service de distribution de l'eau potable conclu entre le syndicat et la SLE arrivait à échéance le 4 août 1997 ; qu'une consultation pour son renouvellement a été lancée en 1996 ; que quatre entreprises ont été admises à présenter une offre : la SCET Environnement, la Compagnie des eaux et de l'ozone (CEO), la SLE et la CGE ; que, sur ces quatre entreprises retenues, la commission de délégation a constaté le 16 février 1997 que la CEO et la SLE avaient remis une offre ; qu'il est établi que la CGE n'a pas remis d'offre au motif que la CEO a été désignée " pour représenter le groupe général des eaux dans cette consultation " ; qu'il est établi que la SCET Environnement n'a pas remis d'offre car elle " ne dispose pas de centre d'exploitation pour la gestion de services d'eau et d'assainissement en région parisienne " ;

Considérant que, par lettre du 10 décembre 1996, la CEO a demandé à la SLE de lui faire connaître son prix de vente de l'eau en gros ; que, par lettre du 13 décembre 1996, la SLE a répondu qu'elle regrettait de ne pouvoir lui communiquer son prix de production d'eau, ce prix constituant " un des éléments " de son offre qu'elle ne pouvait rendre public, sauf à enfreindre les règles de la concurrence comme le lui avait indiqué, dans une lettre du 14 janvier 1997, la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de l'Essonne ; que, le 19 février 1997, la SLE a indiqué verbalement puis par lettre du 19 février 1997 au président du syndicat intercommunal que le " prix de la fourniture d'eau au Syndicat serait de l'ordre de 4,60 F HT/m³ (valeur au 1^{er} novembre 1996), ce qui équivaudrait à un prix de fourniture rendue à l'usager de l'ordre de 5,11 F HT/m³ (valeur au 1^{er} novembre 1996), compte tenu d'un rendement du réseau syndical estimé à 0,90 " ; que, par lettre en date du 14 février 1997, le président du syndicat intercommunal a écrit à la CEO l'informant que " la SLE a proposé de vendre le prix du m³ d'eau à 5,11 F HT/m³ " ;

Considérant que la commission de délégation réunie le 19 février 1997 a constaté que, s'agissant de la distribution, les offres de la SLE et de la CGE étaient respectivement de 1,83 F HT/m³ et 3,25 F HT/m³ ; que le prix de l'eau en gros dans l'offre de la SLE est de 4,23 F HT/m³ alors que pour la CGE, qui a remis une offre sur la distribution seulement, le syndicat intercommunal a estimé les achats d'eau à la SLE à 5,11 F HT/m³ ; que la commission a constaté que l'offre de la CEO se situait à 9,83 F HT/m³ contre 7,40 F HT/m³ pour la SLE, " que le prix de la SLE est inférieur au prix appliqué à ce jour " et qu'il comprend de nouvelles prestations ; " que le tarif proposé par la CEO ne comprend pas la plupart des prestations proposées par la SLE " ; que, le 18 mars 1997, le comité syndical a autorisé le président à signer le contrat d'affermage avec la SLE pour une durée de vingt ans ;

En ce qui concerne la commune de Grigny,

Considérant que le contrat d'affermage du service de distribution de l'eau potable conclu entre la commune de Grigny et la SLE arrivait à échéance le 30 juin 1997 ; qu'il a été prorogé d'un an pour motif d'intérêt général ; qu'un appel de candidatures en vue du renouvellement du contrat a été lancé le 4 juin 1997 ; que le

futur contrat impose à chaque candidat de proposer un financement des travaux d'extension du réseau communal ; que, sur les quatre entreprises agréées pour soumissionner, seules la SLE et la CGE ont déposé une offre le 6 mars 1998 ; que la SOAF a informé le maire de sa décision de ne pas remettre d'offre ; qu'il est établi que la SOAF n'a pas présenté de réponse car à la lecture du dossier d'appel d'offres elle a constaté " *qu'outre la distribution de l'eau, étaient également compris sa production ainsi que le financement des travaux de construction du nouveau réseau ZAC centre ville, ce dernier point ne correspondant pas à notre compétence de gestionnaire de réseaux ...* " ;

Considérant que, par lettre du 6 février 1998, la CGE a demandé à la SLE de lui faire connaître " dans quelles conditions financières elle était susceptible de lui vendre de l'eau en gros " ; que par lettre du 16 février 1998 la SLE a refusé dans les mêmes termes que la lettre adressée à la CEO dans le cadre du renouvellement du contrat d'affermage du syndicat intercommunal ; que par courrier du 20 février 1998 la SLE a communiqué au maire de Grigny son prix de vente de l'eau en gros : " *... Vous voudrez bien trouver sous ce pli, copie de la réponse que nous avons adressée à la CGE considérant que nous n'avons pas à fournir à l'un de nos concurrents, dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence en cours de négociation, une partie des éléments financiers figurant dans notre propre offre (cf. sur ce sujet, la lettre de la DGCCRF jointe). Toutefois, pour répondre par avance à toutes critiques, vous voudrez bien trouver, ci-après notre proposition pour une livraison d'eau aux limites de votre commune dans le cadre d'un contrat de vente en gros* " ;

Considérant que la commune de Grigny a communiqué ce prix, soit 4,02 F HT/m³ livré entrée ville, à la CGE le 25 février 1998 ; que la CGE a remis une offre hors achat d'eau en expliquant " *après étude de la configuration du service, compte tenu de l'imbrication des réseaux, la solution que nous avons retenue dans notre offre consiste à distribuer une eau achetée sur place, aux limites de votre commune, à la Société lyonnaise des eaux qui assure actuellement le service. La proposition correspondante est partielle dans la mesure où nous ne disposons pas d'éléments techniques et financiers (hormis le prix de 4,02 F/m³ mentionné dans votre courrier) quant à cet éventuel achat d'eau en gros. De ce fait, nous avons chiffré le coût du service hors achat d'eau et vous proposons de créer un compte spécial alimenté par une surtaxe pour faire face aux charges d'achat d'eau* " ;

Considérant que M. Bortolli, directeur des services techniques de la ville, a informé le Conseil de la concurrence qu'une première analyse des offres avec les services de la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de l'Essonne permettait de conclure que l'offre de la SLE était de 1,13 F HT/m³ plus chère que celle de la CGE ;

Considérant que le prix de l'eau actuellement facturé par la SLE à la commune est de 7,94 F HT/m³, alors que le prix proposé par la SLE dans son offre est de 7,96 F HT/m³ et comprend des prestations supplémentaires ;

En ce qui concerne la commune des Ulis,

Considérant que le contrat d'affermage du service de distribution de l'eau potable conclu entre la commune et la SLE arrivait à échéance le 21 juin 1997 ; qu'il a été prorogé d'un an pour motif d'intérêt général ; qu'une consultation en vue du renouvellement de ce contrat a été lancée le 8 novembre 1996 ; que la SLE et la SCET Environnement ont été retenues pour présenter une offre qui devait être déposée avant le 27 décembre 1996 ; que seule la SLE a fait parvenir une offre ; qu'il est établi que la SCET Environnement

n'a pas déposé d'offre au motif qu'il lui est apparu " *que la consistance du service (1 170 abonnés, 1 750 000 m³) ne nous permettait pas de répondre de façon compétitive à cette consultation. En effet, notre société ne dispose pas de centre d'exploitation pour la gestion de services d'eau et d'assainissement en région parisienne* " ; que, selon le maire des Ulis, l'offre de la SLE, fondée sur une durée de douze ans, " *est de 6 F HT/m³, c'est-à-dire légèrement inférieure au prix du contrat actuel (6,0031 F HT/m³)* " ; qu'il a estimé que " *l'augmentation importante des primes fixes génère néanmoins, dans la plupart des cas, une augmentation globale de la facture pour les abonnés qui bénéficieront cependant de nouveaux services (garantie antigel et anti-fuite)* " ; que, lors de la commission de délégation réunie le 11 mai 1998, la commune des Ulis a finalement obtenu un prix de 5,9893 F HT/m³ et une nouvelle répartition des primes fixes tenant compte du diamètre des compteurs ;

En ce qui concerne la commune de Villemoisson-sur-Orge,

Considérant que le contrat d'affermage du service de distribution de l'eau potable conclu entre la commune et la SLE arrivait à échéance le 30 juin 1997 ; qu'il a été prorogé d'un an pour motif d'intérêt général ; qu'une consultation en vue du renouvellement de ce contrat a été lancée le 4 février 1997 ; que trois sociétés ont été retenues : la SLE, la CGE et la SOAF et ont remis une offre ; que le 5 mai 1997 la CGE a remis une offre sur la distribution exclusivement expliquant qu'" *après étude de la configuration du service, compte tenu des délais de réponse très courts et de l'imbrication des réseaux, la solution que nous avons retenue dans notre offre consiste à distribuer une eau achetée sur place à la Société lyonnaise des eaux qui assure actuellement le service. La proposition correspondante est partielle dans la mesure où nous ne disposons pas d'éléments tarifaires quant à cet éventuel achat d'eau en gros. De ce fait, nous avons chiffré le coût du service hors achat d'eau et vous proposons de créer un compte spécial alimenté par une surtaxe pour faire face aux charges d'achat d'eau* " ; que, le 30 avril 1997, la SOAF a remis une offre sur la distribution exclusivement en précisant qu'au prix du mètre cube pour la distribution viendra s'ajouter notamment " *le coût d'achat de l'eau en gros fournie par le réseau interconnecté de la SLE ...* " ; qu'il n'est pas établi que les sociétés CGE et SOAF ont demandé à la SLE ses conditions de fourniture d'eau en gros ;

Considérant que le procès-verbal d'ouverture des plis, qui a eu lieu le 6 mai 1997, mentionne " *Seules, les sociétés SOAF, SLE et CGE ont soumissionné ; la SOAF et la CGE ont seulement proposé un contrat portant sur la distribution. La SLE a fait une offre globale, la commission va étudier et comparer les trois offres lors d'une nouvelle séance fixée au mardi 27 mai 1997* " ; que, par lettre du 23 octobre 1997, la CGE a demandé au maire de Villemoisson-sur-Orge le montant des redevances exigées par la SLE pour pouvoir faire transiter l'eau par ses canalisations ; que, par lettre du 4 novembre 1997, le maire a répondu que " *notre commune étant située en limite d'une zone d'influence de la SLE, il apparaît matériellement qu'il y a d'autres sources d'approvisionnement possible, la commune n'est pas en mesure de vous communiquer un prix au mètre cube ou la redevance qu'exigerait la société sortante* " ;

Considérant que, lors de l'ouverture des plis le 6 mai 1997, la commission de délégation a établi un état comparatif des propositions ; qu'il ressort de ce tableau que le prix du mètre cube pour la distribution proposé par les sociétés SLE, CGE et SOAF est respectivement de 2,47 F HT/m³, 3,43 F HT/m³ et 4,24 F HT/m³ ; qu'il ressort de l'offre de la SLE que la part du prix du mètre cube pour la production, le stockage et le transport est de 4,87 F HT/m³ ;

Considérant que, selon la SLE, le prix de l'eau qu'elle facture actuellement à la commune de Villemoisson-sur-Orge est de 7,90 F HT/m³ et son offre de 8,02 F HT/m³ compte tenu de prestations supplémentaires ;

Considérant que la gestion déléguée des réseaux d'alimentation en eau potable de 67,8 % des communes du département de l'Essonne, dont les quatre communes en cause et celles regroupées dans le syndicat intercommunal, a été confiée à la société SLE au moyen de contrats d'affermage de longue durée ; qu'à la différence de la plupart des collectivités en France ayant délégué la gestion de leur service de distribution d'eau, les communes en cause et celles environnantes ne disposent pas de ressources propres pour la production d'eau potable ; que c'est la SLE qui est propriétaire des installations de production, de distribution et de stockage jusqu'à l'entrée des communes en cause et avoisinantes ;

Considérant, par ailleurs, que les possibilités de production d'eau potable alternatives à celles de la SLE sont réduites et difficiles à mettre en oeuvre ; qu'en effet, s'agissant des forages, les possibilités de prélever de l'eau potable dans la nappe de l'Albien sont très limitées puisque soumises à la libération de droits de prélèvements existants ; que, si les prélèvements dans des nappes moins profondes ne sont pas exclus, la société Coca-Cola ayant obtenu en juillet 1994 l'autorisation d'exploiter deux forages dans la nappe de l'Ypresien à Grigny pour 500 000 m³ par an, les investissements nécessaires à ces forages et leur incidence sur le coût de l'eau ne sont pas connus ; qu'en outre, le délai d'au moins un an nécessaire à leur mise en oeuvre n'est pas compatible avec les contraintes de temps auxquelles sont soumises les communes aujourd'hui concernées s'agissant du renouvellement de leur contrat ; que, s'agissant des producteurs concurrents de la SLE, tels que la SAGEP et le SEDIF notamment, les possibilités de fournir de l'eau potable au lieu et place de la SLE sont limitées par des contraintes techniques, financières et réglementaires ; que, compte tenu de ces éléments, il ne peut être exclu, au stade actuel de la procédure et sous réserve d'une instruction au fond, que, d'une part, les refus de la SLE de communiquer ses conditions de vente d'eau en gros à la CEO et à la CGE, distributeurs sélectionnés lors des mises en concurrence organisées respectivement par le syndicat intercommunal et la commune de Grigny, et que, d'autre part, le niveau du prix de vente de l'eau en gros que la SLE a communiqué au syndicat intercommunal le 19 février 1997 et aux communes de Morsang-sur-Orge et Grigny, respectivement les 22 janvier et 24 avril 1998, puissent constituer un abus prohibé par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur la demande de mesures conservatoires :

Considérant que le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie demande qu'il soit fait injonction à la société SLE :

1) de continuer à assurer la distribution de l'eau potable dans les communes de Morsang-sur-Orge, Les Ulis, Villemoisson-sur-Orge, Grigny et au profit du syndicat intercommunal du nord-est de l'Essonne aux conditions prévues dans les contrats d'affermage et leurs avenants actuellement en vigueur pour chacune des entités et ce, jusqu'à la survenance de la décision au fond du Conseil de la concurrence ;

2) de communiquer à tout tiers qui en fait la demande dans le but de se porter candidat à la procédure de mise en concurrence lancée par les communes susmentionnées et à ces communes elles-mêmes son prix de vente en gros de l'eau potable ;

3) d'établir son prix de vente de l'eau en gros en se fondant sur des coûts de nature analytique et non financière, en écartant tout coût qui serait étranger à la production ou qui serait lié au service de la distribution de l'eau et devrait donc être supporté par ses concurrents potentiels pour la délégation du service de distribution de l'eau potable, en particulier proposer à ses concurrents et aux communes une offre dans laquelle la durée des amortissements serait motivée et où les dépenses dues par ESP à Eau et force seraient justifiées, et de communiquer au Conseil de la concurrence dans un délai de trois semaines suivant l'adoption de la présente décision les offres qu'elle aura proposées à ses concurrents, accompagnées de toute justification ;

Considérant que les consultations lancées par les communes concernées et le syndicat intercommunal ont porté sur l'alimentation en eau potable, c'est-à-dire à la fois sur la production et la distribution, les communes ne disposant pas de ressources propres en eau ; que dans ce contexte, la SLE a refusé de communiquer son prix de vente de l'eau en gros à la CEO le 13 décembre 1996 dans le cadre de la consultation lancée par le syndicat intercommunal et à la CGE le 16 février 1998 dans le cadre de la consultation lancée par la commune de Grigny au motif que l'objet de la consultation portant sur la fourniture et la distribution publique d'eau potable, son prix de production-transport " *est un des éléments de son offre et ne peut à ce titre être dévoilé jusqu'à l'ouverture des plis* " ; que la SLE a néanmoins communiqué ce prix au syndicat intercommunal le 19 février 1997, à la commune de Grigny le 24 avril 1998, comme elle l'avait fait à la commune de Morsang-sur-Orge le 22 janvier 1998 ;

Considérant, en premier lieu, que si les refus opposés à la CEO et à la CGE par la SLE ont pu gêner ces entreprises dans la présentation de leur offre, toutefois, elles n'ont pas été empêchées de concourir ; qu'en effet, s'agissant du syndicat intercommunal, la CEO a déposé une offre pour la distribution qui a été examinée par la commission de délégation du service public de distribution d'eau potable au même titre que celle de la SLE ; que la commission de délégation a constaté que cette offre était plus élevée que celle de la SLE, alors qu'elle ne comprend pas toutes les prestations incluses dans l'offre de la SLE ; que, dans ces conditions, le syndicat intercommunal a décidé de signer un nouveau contrat avec la SLE le 18 avril 1997 ; que, s'agissant de la commune de Grigny, la CGE a déposé une offre limitée à la distribution d'eau qui, à l'ouverture des plis le 28 avril 1998, est apparue plus compétitive que celle de la SLE ;

Considérant, en second lieu, que le contrat signé par le syndicat intercommunal avec la SLE le 18 avril 1997 comporte un prix de l'eau légèrement inférieur au prix du précédent contrat alors qu'il offre des prestations supplémentaires ; que, s'agissant de la commune de Grigny, l'augmentation moyenne du prix de l'eau proposée par la SLE par rapport au contrat actuellement en vigueur est limitée à 0,25 % alors que son offre comprend des prestations non fournies actuellement ;

Considérant, en troisième lieu, que, s'il ne peut être exclu que le prix de vente en gros de l'eau communiqué par la SLE à certaines des communes concernées et que les offres faites par la SLE reflètent une tarification artificiellement élevée du prix de l'eau à la production et/ou à la distribution, les éléments du dossier ne permettent pas d'en apprécier l'ampleur ;

Considérant que, dans ces conditions, il n'est pas établi que les pratiques dénoncées porteraient atteinte grave et immédiate au consommateur, au secteur intéressé ou à l'économie en général ;

Considérant, au surplus, que l'injonction demandée par le ministre consistant à enjoindre à la SLE de

continuer à assurer la distribution de l'eau potable dans les communes aux conditions prévues dans les contrats d'affermage et leurs avenants actuellement en vigueur jusqu'à la survenance de la décision au fond, ne correspond pas à la finalité des mesures susceptibles d'être prononcées en application des dispositions de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'en effet, s'agissant de la commune de Morsang-sur-Orge, une telle injonction aurait pour conséquence l'annulation du contrat aujourd'hui en vigueur et le retour au tarif antérieur plus élevé de 0,57 F HT/m³ que le tarif actuel ; que, s'agissant du syndicat intercommunal, cette mesure conservatoire reviendrait à annuler un contrat passé il y a plus de treize mois et aux termes duquel le tarif de l'eau est moins élevé que dans le contrat précédent ; que, s'agissant de la commune de Grigny, une telle mesure conduirait à empêcher la possible conclusion d'un nouveau contrat avec la société CGE qui, aujourd'hui, semble présenter une offre à la distribution plus compétitive que celle de la SLE,

Décide

Article unique.- La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 211 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Daudret-John, par M. Barbeau, président, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le rapporteur général,

Marie PICARD

Le président,

Charles Barbeau