



**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 de la concurrence (section I) ;

Vu la lettre enregistrée le 30 janvier 1998 sous les numéros F 1010 et M 207 par laquelle la commune de St-Michel-sur-Orge a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Lyonnaise des Eaux ;

Vu la lettre enregistrée le 27 février 1998, sous les numéros F 1022 et M 208 par laquelle l'Union Fédérale des Consommateurs–Que Choisir a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Lyonnaise des Eaux ;

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 mises en œuvre par la société Lyonnaise des Eaux ;

Vu la décision du 21 juin 2000 enregistrée sous le numéro F 1242 par laquelle le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de la situation de la concurrence dans le secteur de l'eau potable en Ile-de-France (production, transport et distribution) ;

Vu la décision de jonction de l'instruction des saisines F 1010, F 1022, F 1033, F 1242, en date du 2 avril 2003 ;

Vu la décision n° [98-MC-02](#) du Conseil en date du 31 mars 1998 et l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 19 mai 1998 ;

Vu la décision n° [98-MC-04](#) du Conseil en date du 12 mai 1998 et l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 29 juin 1998 ;

Vu les décisions n° 05-DSA-01 et n° 05-DSA-02 du 10 janvier 2005 et n° 05-DSA-16 du 20 mai 2005 rendues par le président du Conseil de la concurrence ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application ;

Vu les observations présentées par la Communauté du Val d'Orge venant aux droits de la commune de St-Michel-sur-Orge, l'Union Fédérale des Consommateurs–Que Choisir, les sociétés Suez et Lyonnaise des Eaux France, le Syndicat des Eaux d'Ile-de-France et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, la Communauté du Val d'Orge, l'Union Fédérale des Consommateurs–Que Choisir, la société Lyonnaise des Eaux France, le Syndicat des Eaux d'Ile-de-France entendus lors de la séance du 13 septembre 2005 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LES SAISINES

1. Par lettres enregistrées les 30 janvier et 27 février 1998 sous les numéros F 1010 et F 1022, la commune de St-Michel-sur-Orge et l'Union fédérale des consommateurs (ci-après UFC) ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Lyonnaise des Eaux à l'occasion du renouvellement des contrats de délégation de service public d'eau potable de la commune de St-Michel-sur-Orge. Par lettre enregistrée le 27 mars 1998 sous le numéro F 1033, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil des mêmes pratiques pour St-Michel-sur-Orge et quatre autres communes Morsang-sur-Orge, Villemoisson-sur-Orge, les Ulis, Grigny ainsi que pour le Syndicat intercommunal du nord-est de l'Essonne (ci-après Syndicat NEE) regroupant sept communes du même ressort. Tous les trois ont sollicité le prononcé de mesures conservatoires, enregistrées respectivement sous les numéros M 207, M 208 et M 211.
2. Les saisissants faisaient valoir que Lyonnaise des Eaux, qui gère depuis plusieurs dizaines d'années le service public de distribution d'eau potable de 55 communes du sud de l'Essonne en leur fournissant l'eau qu'elle produit, traite et achemine au moyen d'installations lui appartenant, aurait abusé de la position dominante qu'elle détient sur le marché de la production d'eau : en refusant de communiquer son prix de vente de l'eau en gros à ses concurrents lors des procédures d'attribution des contrats de délégation de service public d'eau potable mises en œuvre par lesdites collectivités ; en ayant proposé des prix en trop forte hausse ou trop élevés par eux-mêmes.
3. Les demandes de mesures conservatoires présentées par la commune de St-Michel-sur-Orge et l'UFC ont été rejetées par le Conseil dans une décision n° [98-MC-02](#) du 31 mars 1998. Ce rejet a été confirmé par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 19 mai 1998.
4. La demande de mesures conservatoires présentée par le ministre de l'économie a également été rejetée par le Conseil dans une décision n° [98-MC-04](#) du 12 mai 1998, mais la cour d'appel de Paris a réformé cette décision, le 29 juin 1998, et a enjoint à Lyonnaise des Eaux « ... *de communiquer... 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 de Villemoisson--sur-Orge, les Ulis et Grigny, son prix de vente en gros de l'eau potable établi de manière objective, transparente et non discriminatoire, en écartant de ce prix tout coût étranger à la production*». Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté, le 3 mai 2000, par la Cour de cassation.
5. Par décision du 21 juin 2000 enregistrée sous le n° F 1242, le Conseil s'est saisi d'office de la situation de la concurrence dans le secteur de l'eau potable en Ile-de-France.
6. S'agissant de l'examen de ces affaires au fond, la saisine du Conseil, la saisine du ministre et les deux saisines directes visées ci-dessus ont été jointes par décision du rapporteur général du Conseil en date du 2 avril 2003.

B. LES ENTREPRISES CONCERNÉES

1. LA SOCIÉTÉ LYONNAISE DES EAUX

7. La société Lyonnaise des Eaux France exerce une activité de gestion de l'eau en France, notamment dans le secteur sud de l'Île-de-France. Son siège social est situé 18, square Edouard VII à Paris 9^{ème}. Pour l'exercice 2004, cette société a réalisé un chiffre d'affaires de 1 417 M€ en hausse de 1,4 % par rapport à 2003 (1 397 M€), et elle a dégagé un bénéfice d'exploitation de 82,7 M€ en hausse de 10 % par rapport à celui de l'exercice précédent.
8. La société dispose de deux réseaux de production et transport d'eau en région parisienne, l'un à l'ouest, l'autre au sud. Le réseau de la région parisienne sud est alimenté par de l'eau souterraine en provenance de Champigny et par de l'eau de la Seine traitée par trois usines en amont de Paris : Morsang-sur-Seine, Ivry et Vigneux.
9. Le centre régional Ile-de-France sud de Lyonnaise des Eaux est basé à Montgeron dans l'Essonne ; son activité de distribution d'eau fait l'objet de 65 contrats de délégation de service public qui ont représenté, en 1999, un chiffre d'affaires de 381 MF. Elle couvre 175 000 abonnés pour une population de 805 000 habitants répartie du nord au sud sur les départements Seine-St-Denis, Val-de-Marne, Essonne et Yvelines.

2. LE SEDIF

10. Le Sedif (Syndicat des eaux de l'Ile-de-France) est un syndicat mixte de coopération intercommunale. Son siège social est situé 14, rue Saint-Benoît à Paris 6^{ème}. Créé en 1923, il a pour compétence de gérer le service public d'eau potable de 144 communes de la région parisienne qui en sont adhérentes. Sa zone d'intervention couvre 4 millions de franciliens sur un territoire comprenant les sept départements de la région d'Ile-de-France, hors Paris. Pour l'exécution de sa mission, le Sedif a confié la gestion du service public de l'eau à la Compagnie générale des eaux (CGE) dans le cadre d'une convention de régie intéressée, en date du 3 avril 1962, modifiée notamment par avenant du 11 décembre 1997. Alors que la fourniture d'eau en gros à des communes non adhérentes lui était interdite par ses statuts, le Sedif peut, depuis 2001, vendre de l'eau en gros au profit d'un autre service public de distribution d'eau, y compris dans une commune non adhérente au Sedif.
11. Ses ressources en eau produites à partir des usines de Choisy-le-Roi (800 000 m³/jour), Neuilly-sur-Marne (800 000 m³/jour) et Méry-sur-Oise (270 000 m³/jour), soit un total d'environ 700 millions m³/an, se révèlent largement suffisantes pour satisfaire ses 500 000 abonnés dont la consommation s'élève à environ 300 millions m³/an.
12. En 2003, le Sedif a réalisé 577,5 M€ de recettes consolidées, dont 373,2 M€ de ventes d'eau, en hausse de 12,1 % par rapport à 2002 (515,2 M€) et il a dégagé un excédent de 47,7 M€ soit 8,2 % de ses recettes.

3. LA SAGEP

13. La Sagep (Société anonyme de gestion des eaux de Paris) est une société d'économie mixte concessionnaire depuis 1987 du service public de production et de transport de l'eau potable et non potable de la ville de Paris, de la distribution de l'eau non potable à Paris

ainsi que de la distribution d'eau potable à quelques 12 hôpitaux parisiens. La durée de la concession est fixée à 25 ans soit jusqu'en 2011. En 2003, la Sagep a réalisé un chiffre d'affaires de 127,6 millions €

14. L'eau potable approvisionnant Paris provient, pour partie, de sources et de captages alimentant les dérivations de l'Avre, de la Vanne, du Loing, de la Voulzie et de la Dhuis. L'eau potable d'origine superficielle est produite par trois usines de traitement : celle d'Orly traite l'eau de la Seine ; l'usine d'Ivry traite également l'eau de la Seine et exceptionnellement celle de la Marne ou du canal de l'Ourcq ; l'usine de Joinville traite l'eau de la Marne.

C. LES PRINCIPAUX PRODUCTEURS D'EAU EN ILE-DE-FRANCE

15. Pour alimenter en eau les habitants d'une commune, trois opérations sont nécessaires : la production ou le captage de l'eau et sa mise en conformité avec les normes de l'eau potable ; le transport et le stockage de l'eau ; enfin sa distribution jusqu'aux compteurs des abonnés. En France, en général, la commune (ou un groupement de communes) est propriétaire de la chaîne des installations nécessaires à la réalisation de ces opérations, et, pour cette commune ou le groupement auquel elle adhère, il n'existe qu'une seule chaîne de ces installations, de sorte que chaque chaîne d'installations est en situation de monopole de fait sur le territoire qu'elle dessert. La commune ou le groupement exploite elle-même, en régie par exemple, cette chaîne d'installations ou délègue cette exploitation. Dans ce schéma, il n'existe de mise en concurrence que lors du choix du délégataire. Sur le marché national de la délégation, trois grands groupes se partagent plus de 98 % du marché : la Lyonnaise des Eaux, la Compagnie générale des eaux et la SAUR.
16. En Ile-de-France, la situation est différente sur deux points. En premier lieu, en raison de la densité urbaine de la région, plusieurs chaînes d'installations sont, en partie, simultanément présentes sur un même territoire desservi, de sorte qu'une mise en concurrence de ces installations devient envisageable. En l'espèce, l'une des pratiques examinées relève de ce cas de figure. En second lieu, l'intégration verticale de ces moyens est plus variée : de très petites communes ou Paris ou encore des syndicats de communes reproduisent le schéma, le plus courant en France, d'une intégration verticale complète des installations, leur gestion étant confiée à un délégataire ; mais d'autres communes ou groupements de communes ne sont propriétaires que du réseau de distribution de l'eau sur le territoire de la commune ou du groupement, soit la partie aval de la chaîne des installations, alors que l'amont de cette chaîne (la production, le transport et le stockage) est possédé et exploité par une entreprise privées. Dans ce cas, la délégation par la commune ou le groupement ne porte que sur la distribution de l'eau, mais elle suppose que le délégataire a acquis cette eau auprès du propriétaire de l'amont de la chaîne des installations susceptibles de desservir la commune ou le groupement. En l'espèce, l'autre pratique examinée relève de cette problématique.

17. Les principaux producteurs d'eau pour l'Ile-de-France sont les suivants :

Production de l'eau	Gestion déléguée de l'eau	Capacité nominale millions m ³ /an	Part du total en %	Production moyenne 1988-1996	Part du total en %
Sedif	CGE	1 969	40,6 %	893	36,7 %
Sagep	Sagep, CGE, LdE	1 450	29,9 %	794	32,6 %
Lyonnaise des Eaux RP ouest	Lyonnaise des Eaux	357	7,4 %	217	8,9 %
Lyonnaise des Eaux RP sud	Lyonnaise des Eaux	456	9,4 %	235	9,7 %
Lyonnaise des Eaux (total)	Lyonnaise des Eaux	813	16,8 %	452	18,6 %
SFDE (CGE)	SFDE (CGE)	135	2,8 %	92	3,8 %
SE Melun (CGE)	SE Melun CGE)	130	2,7 %	53	2,2 %
CGE total	CGE	265	5,5 %	145	6 %
Sigsevesc	Sevesc	121	2,5 %	63	2,6 %
S. Presqu'île Gennevilliers	CEB	115	2,4 %	29	1,2 %
St Maur	St Maur	50	1,0 %	21	0,9 %
S. Hurepoix	CEO (CGE)	34	0,7 %	18	0,7 %
Corbeil	SEE	24	0,5 %	11	0,5 %
S. Yvelines	Cise	12	0,2 %	8	0,3 %
Autres (ensemble)		356	7,3 %	150	6,2 %
Totaux principaux producteurs d'eau d'IdF		4 853	100 %	2 434	100 %

18. Les trois principaux fournisseurs d'eau, le Sedif, pour 37 %, la Sagep, pour 33 %, et le groupe Lyonnaise des Eaux, pour 19 %, couvrent ensemble 90 % des besoins franciliens.
19. Les capacités de production d'eau sont largement excédentaires puisqu'elles représentent le double de la consommation, ce qui va au-delà de la marge nécessaire pour satisfaire les impératifs de sécurité générale de l'approvisionnement et pour couvrir les pics de consommation en été. En outre, les réseaux des producteurs d'eau sont interconnectés au niveau des canalisations principales ou secondaires de transport. Ces interconnexions servent, notamment, à l'alimentation de secours.
20. Malgré l'interconnexion des réseaux de transport d'eau et l'abondance de la ressource, le Sedif, la Sagep et Lyonnaise des Eaux fonctionnent largement en autosuffisance et leurs volumes échangés restent modestes. En 2000, ils se chiffrent respectivement à 33 millions m³, 1,6 million m³ et 6,8 millions m³ soit 3,6 %, 0,2% et 1,5 % de leur production. Ces échanges sont régis par des conventions mais les fournisseurs d'eau ne proposent pas de tarif de vente d'eau en gros à destination d'une demande située en dehors de leur zone de distribution, ce qui empêche la formation d'un prix de gros par des mécanismes de marché.
21. Toutefois, face aux doléances notamment des communes de St-Michel-sur-Orge et Morsang-sur-Orge qui souhaitent dissocier la fourniture de l'eau en gros à la commune et la distribution aux usagers, Lyonnaise des Eaux a adressé aux élus de l'Essonne un courrier

circulaire le 16 septembre 1997 dans lequel elle faisait part de la « ... réorganisation des (de ses) activités dans le domaine de l'eau en région parisienne sud..., qui permettra plus facilement aux collectivités qui le souhaitent de dissocier à l'avenir les fonctions production et distribution publique et d'élargir ainsi le champ de la concurrence lors de la délégation de leur service d'eau... » (souligné par le Conseil).

22. Dans ce but, la société Eaux du Sud Parisien (ESP) a été créée début 1998. Un argumentaire interne du 26 novembre 1998 présente les raisons de cette création :

« ...nos contrats de délégation de service public sont des contrats d'affermage des services communaux de distribution avec fourniture d'eau en gros à partir des installations privées de Lyonnaise des Eaux. Le prix de l'eau y est global, ce qui à l'occasion du renouvellement de ces contrats, pose des difficultés d'application de la loi Sapin. En effet, le fait de disposer des infrastructures pour produire et amener l'eau à l'entrée des communes empêche une véritable concurrence sur un contrat de délégation de service public complet. La communication d'un prix entrée de ville permet à la concurrence de s'exprimer sur la partie distribution... » (souligné par le Conseil).

23. Les effets de la création de cette filiale sont toutefois restés modestes. Toutes les conditions techniques, en termes de ressource et d'interconnexion, sont réunies pour la mise en place d'un marché de gros permettant, d'une part, de mettre en concurrence les producteurs d'eau en appelant prioritairement les ressources disponibles en eau les moins chères au bénéfice de tous les usagers et, d'autre part, de mettre en concurrence les distributeurs d'eau lors de l'établissement des contrats de délégation pour la distribution d'eau aux consommateurs. Mais on constate, aujourd'hui, que le marché reste cloisonné entre les différentes zones contrôlées par chacun des producteurs : faute de marché de gros, il n'y a aucune concurrence entre les producteurs d'eau ; lors de la mise en concurrence des délégations de distribution de l'eau, il n'arrive pratiquement jamais que la délégation soit obtenue par une entreprise autre que celle qui produit l'eau.

D. LA FOURNITURE D'EAU AUX COLLECTIVITÉS DANS LE SUD DE L'ESSONNE

24. Les collectivités locales ont la responsabilité de veiller à ce que le service public de l'approvisionnement et de la distribution d'eau soit rendu en permanence, avec un souci de sécurité, de libre accès et d'égalité des usagers. Ce service public ressortit aux dispositions de la loi sur l'eau n° 92-3 du 3 janvier 1992 et, en cas de délégation, à celles de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée, relative à la prévention et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « loi Sapin ».
25. Selon une étude de 1994 de la direction régionale de l'équipement (DRE) d'Ile-de-France, les distributeurs d'eau dans le département de l'Essonne étaient les suivants :

Distributeurs de l'Essonne	Nombre communes	Part communes	Population concernée	Part population
Lyonnaise des Eaux	55	29,9 %	548 068	50,9 %
Société des Eaux de l'Essonne (SEE)	40	21,7 %	194 251	18,0 %
Sous-total groupe Lyonnaise des Eaux	95	51,6 %	742 319	68,9 %
Compagnie Eaux et Ozone (CEO)	29	15,7 %	77 544	7,2 %
Société des Eaux de Melun (SEM)	20	10,8 %	24 092	2,2 %

Société Française Distribution d'Eau (SFDE)	10	5,4 %	23 818	2,2 %
Syndicat des eaux d'Ile-de-France (Sedif)	10	5,4 %	197 491	18,3 %
Pichon services	20	10,8 %	11 290	1,0 %
Sous-total groupe CGE	89	48,4 %	334 235	31,1 %
Sous-total gestion déléguée	184	100 %	1 076 554	100 %
Régies	12		8 554	
Total général	196		1 085 108	

26. Sur les 196 communes de l'Essonne, 184 ont délégué la gestion de l'eau aux entreprises des seuls deux grands groupes Lyonnaise des Eaux et Générale des Eaux. Moins de 1 % des habitants est desservi par une régie. Le premier groupe, constitué de Lyonnaise des Eaux et de sa filiale Société des Eaux de l'Essonne, devance le second en desservant plus de la moitié des communes concernées (51,6 %), soit près de 69 % des habitants concernés par la gestion déléguée.
27. Le prix de détail de l'eau payé par le consommateur est formé d'un prix de base comprenant un abonnement fixe et un montant proportionnel à la consommation, auquel viennent s'ajouter des taxes diverses et redevances, notamment pour l'assainissement. Dans la facture d'eau totale, le prix de base de l'eau représentait en 1998, en moyenne, 40 %, contre 60 % pour l'assainissement, les autres redevances et les taxes.
28. La DRE d'Ile-de-France indique que, pour une consommation type de 150 m³/an avec location d'un compteur de 12-15 mm, le prix moyen total de l'eau en Ile-de-France entre 1984 et 1998 est passé de 7,15 F/m³ à 18,45 F/m³, soit en 14 ans une hausse de 158 %, ce qui représente une progression quatre fois plus rapide que l'inflation sur la même période. Cette progression est principalement due à la hausse des redevances. De son côté, le prix de base moyen de l'eau est passé de 4,50 F/ m³ en 1984 à 7,60 F/ m³ en 1998, soit une progression de 69 % qui reflète une dérive annuelle de 1 à 2 % de plus que la hausse du niveau général des prix. S'agissant du seul département de l'Essonne, la DRE précise que le prix d'une consommation standard de 150 m³/an est passé de 4,87 F /m³ en 1984 à 8,18 F/m³ en 1998, soit une progression proche de la moyenne régionale.
29. Lorsqu'il est explicité, le prix de la vente en gros de l'eau ajoute au prix départ de l'usine un prix de transport et de stockage pour aboutir au prix « *entrée de ville* » brut. Ce prix constitue la base du prix de vente d'eau en gros aux appels d'offres des communes, base sur laquelle est appliqué un coefficient correcteur tenant compte du taux de rendement moyen des réseaux publics communaux pour obtenir le prix « *entrée de ville* » net.
30. Le taux de rendement d'un réseau rapporte la quantité d'eau sortant du réseau à la quantité entrée. Pour la Lyonnaise des Eaux, le taux de rendement de son réseau de transport est presque parfait (de l'ordre de 98 %), alors que le taux de rendement des réseaux communaux est plus faible, en moyenne de 85,4 %. Ce ratio permet de réintégrer dans le calcul de la partie eau en gros du prix finalement facturé au compteur de l'abonné les volumes perdus pour des raisons de défaut de comptage, en raison des fuites, pour l'exploitation du réseau ou pour la défense incendie.

E. LES APPELS D'OFFRES DES COLLECTIVITÉS DANS LE SUD DE L'ESSONNE

31. Le Conseil de la concurrence a été saisi des comportements de la Lyonnaise des Eaux lors du renouvellement, entre 1996 et 1998, des contrats de distribution d'eau potable pour cinq communes de l'Essonne, à savoir St-Michel-sur-Orge, Morsang-sur-Orge, les Ulis, Grigny, Villemoisson-sur-Orge ainsi que pour le Syndicat NEE, regroupant lui-même sept communes. Ces six contrats constituent la première vague de mises en concurrence d'affermage de l'eau dans le sud Essonne depuis l'introduction, en 1993, de la loi Sapin.
32. Afin de rendre autonome l'alimentation en eau de St-Michel-sur-Orge, le maire de cette commune, qui avait demandé, le 12 août 1996, au préfet de l'Essonne « ... *l'autorisation exceptionnelle...* » d'utiliser l'eau souterraine de l'Albien, s'était vu répondre, le 24 septembre 1996, que : « ... *La nappe de l'Albien est une ressource d'eau fossile précieuse dont le renouvellement naturel n'est pas assuré... l'approvisionnement en eau de la commune doit plutôt être recherché en mettant à contribution d'autres horizons aquifères capables de fournir une eau de qualité...* ».
33. Devant ce refus et face aux difficultés techniques que présentait le captage d'autres ressources souterraines pour l'alimentation en eau, les maîtres d'ouvrage ont ouvert à la concurrence le service global de l'approvisionnement en eau, sans distinguer la fourniture d'eau et le service de la distribution.
34. En raison de la baisse de la consommation à Paris, la Sagep dispose d'abondantes ressources inutilisées en eau. Par ailleurs, une partie de cette eau parvient à Paris au moyen des aqueducs de la Vanne et du Loing qui traversent, notamment, le sud de l'Essonne. En 1997, la Sagep a reçu des demandes d'approvisionnement en eau émanant de trois collectivités de l'Essonne : Morsang-sur-Orge, Saint-Michel-sur-Orge et le SIE de Champcueil, mais n'a pas donné suite pour les deux premières. Une note interne du 5 février 1998 du directeur général de la Sagep indique à cet égard que « ... *la Ville (de Paris) n'a pas intérêt à jouer la régulation des prix en se mettant à dos la Lyonnaise. Mais il (le secrétaire général de la ville de Paris) a admis que la réponse de la Ville ne devait pas nous interdire de vendre de l'eau, dans d'autres conditions plus favorables. Et puis qu'il devait y avoir une vraie discussion avec la Lyonnaise...* », propos qui sera explicité comme suit par procès-verbal du 26 juillet 2001 aux enquêteurs : « ... *concernant la p. 109 du scellé n°1, la ville de Paris était d'accord sur le principe de vendre de l'eau à l'extérieur mais pas dans le cas de Morsang-sur-Orge car il fallait au préalable se mettre d'accord avec la Lyonnaise pour lui faire concurrence...* ». La Lyonnaise des Eaux est l'opérateur de la Ville pour la distribution de l'eau dans les arrondissements de la rive gauche de Paris.
35. Par ailleurs, notamment pour les appels d'offres de Saint-Michel-sur-Orge, du Syndicat NEE et de Grigny, la Lyonnaise des Eaux a refusé de communiquer à ses concurrents le prix de vente de son eau en gros au motif qu'il s'agissait d'une composante de ses réponses aux appels d'offres.
36. Aussi, les concurrents se sont résolus à ne répondre que pour la seule partie distribution d'eau, renvoyant aux délégants le soin de calculer eux-mêmes le prix final au compteur de l'abonné en demandant son prix de fourniture d'eau au fermier sortant. Avant la création, début 1998, de sa filiale dédiée ESP, la Lyonnaise des Eaux a répondu aux appels d'offres des six collectivités concernées en fournissant des « *notes économiques* » qui font apparaître que la composante « *prix de la fourniture d'eau* » était établie sur la base d'un coût de production de 4,40 F/m³ auquel s'ajoutait le taux de 14 % de frais généraux soit un prix de 5,016 F/m³, prix net entrée de commune (valeur 1^{er} juin 1995). De manière

générale, le prix de gros net proposé en 1997 et 1998 était compris entre 5 F et 5,15 F par m³ selon la date de son actualisation. Ce prix, bien qu'il n'ait pas été directement transmis par la Lyonnaise des Eaux à ses concurrents, était connu de ces derniers par les communes.

37. Finalement, les soumissions ont été les suivantes :

- St-Michel-sur-Orge : CGE, SAUR et SOAF ; SCET Environnement a renoncé pour des raisons qui lui sont propres ;
- Syndicat NEE : CEO pour le groupe CGE ; la SOAF a été écartée par le maître d'ouvrage pour manque de référence ;
- Morsang-sur-Orge : CGE et SOAF ; Cise pour le groupe SAUR/Cise et Sagep n'ont pas soumissionné ;
- Villemoisson-sur-Orge : CGE et SOAF ;
- Grigny : CGE ; SOAF n'a pas soumissionné ;
- Les Ulis : aucun candidat.

1. LE CAS DES CINQ COMMUNES

38. La société Lyonnaise des Eaux a octroyé, dès le stade de la soumission aux appels d'offres de Saint-Michel-sur-Orge, Villemoisson-sur-Orge et les Ulis, des rabais globaux portant sur le prix de l'ensemble de sa proposition (fourniture et distribution) et, pour les deux premières, une remise spécifique supplémentaire portant sur la seule partie fourniture d'eau.
39. Pendant les longues péripéties auxquelles ont donné lieu ces appels d'offres, la Lyonnaise des Eaux a créé, début 1998, la société ESP, explicité la composante fourniture de son prix d'ensemble et proposé de nouvelles offres. Toutefois, le nouveau prix de gros de l'eau explicité grâce à la création de ESP est apparu quasi identique aux prix de la composante fourniture d'eau des trois propositions initiales après remises.
40. Par ailleurs, des remises ont également été octroyées lors des négociations avec les collectivités de Morsang-sur-Orge et Grigny, qui n'avaient pas obtenu de rabais lors de la soumission. Mais elles ont essentiellement porté sur la partie distribution et le plus souvent en contrepartie d'une modification du cahier des charges de la gestion déléguée de l'eau.

2. LE CAS DU SYNDICAT NEE

41. Dans le cadre de sa réponse globale (fourniture et distribution), la Lyonnaise des Eaux a fait au syndicat une proposition qui s'appuyait sur un prix de gros de l'eau de 4,26 F/ m³ (valeur 1/11/96) négocié ensuite à 4,23 F/m³ (Procès-verbaux de la commission du Syndicat des 19 février et 21 février 1997 visés dans le courrier du 16 avril 1997, erreur de plume 16 avril 1998 ; Compte rendu du 16 janvier 1997 de l'examen des offres du comité syndical visé dans la télécopie du 30 avril 1998 du Syndicat NEE au Conseil). Cette proposition était donc construite sur un prix de gros inférieur de 17,2 % au prix moyen précité de 5,11 F/m³ offert aux autres communes.
42. Toutefois, par courrier du 14 février 1997, la Lyonnaise des Eaux précisait au Syndicat NEE :

« ... dans l'hypothèse où vous décideriez d'organiser différemment votre consultation en distinguant la mise à disposition d'eau à partir de notre réseau interconnecté, de la gestion proprement dite de votre service d'eau syndical, nous serions évidemment à votre disposition pour négocier une convention de vente d'eau avec le Syndicat.

Le prix de la fourniture d'eau au Syndicat serait de l'ordre de 4,60 F/m³, ce qui équivaldrait à un prix de fourniture rendu à l'utilisateur de l'ordre de 5,11 F/m³, compte tenu d'un rendement du réseau syndical de 0,9 (souligné par le Conseil).

Le prix de vente d'eau que nous vous proposons doit, nous l'espérons, vous permettre d'apprécier l'intérêt de notre offre actuelle et doit rester confidentiel dans le cadre de la consultation que vous avez lancée... » (Courrier de Lyonnaise des Eaux visé dans la télécopie du 30 avril 1998 du Syndicat NEE au Conseil).

43. La Lyonnaise des Eaux a donc négocié en proposant deux prix de gros (net entrée de commune) de l'eau qu'elle produit, un prix de 4,23 F/m³ dans l'hypothèse où le syndicat NEE accepterait de coupler fourniture et distribution et un prix de 5,11 F/m³ pour le cas où il choisirait une offre de distribution concurrente. Par courrier du 14 février 1997, le président du Syndicat NEE propose d'ailleurs ce prix de 5,11 F/m³ à CEO, concurrent de Lyonnaise des Eaux pour la distribution. Par procès-verbal de déclaration du 20 mars 1998, le président du Syndicat NEE déclare de même aux enquêteurs que « ... pour effectuer une comparaison des offres de la Lyonnaise et de la CEO, le Syndicat a fixé un prix minimal de 5,11 F/m³ pour l'achat d'eau en gros... » (Procès-verbal DDCCRF du 20 mars 1998 visé dans la télécopie du 30 avril 1998 du Syndicat NEE au Conseil).

F. LES COMPORTEMENTS DU SEDIF À L'ENDROIT DE LA SEMMARIS

44. La Semmaris est la Société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du Marché d'intérêt national de région parisienne (MIN) dont le capital est détenu majoritairement par l'Etat et la ville de Paris. Créée en 1967, elle assure, par concession de l'Etat, l'aménagement et l'exploitation du marché de Rungis. Elle est abonnée du Sedif pour la fourniture d'eau potable du fait de la localisation du MIN et de ses zones annexes sur les quatre communes de Rungis, Thiais, Orly et Chevilly-Larue qui sont adhérentes au Sedif. Parmi les usagers établis dans les 144 communes adhérentes au Sedif, la Semmaris est l'un des plus gros consommateurs d'eau avec, en 1997, un niveau de consommation annuelle d'environ 1,3 million de m³.
45. La Semmaris a passé, le 30 décembre 1969, une convention de fourniture d'eau avec la CGE, régisseur intéressé du Sedif, qui prévoit l'application de rabais progressifs en fonction de la consommation annuelle enregistrée. Un projet de note interne de la CGE du 25 mars 1997 enregistre les conditions de vente pour 1996 :
- « ... l'application des clauses de la convention du 30/12/69 compte tenu du volume acheté au Sedif en 1996 égal à 1 306 404 m³ conduit aux tarifs suivants :
- rabais de 36 % sur le tarif particulier Sedif (soit environ 5 F/m³) sur les 1 098 000 premiers m³ ;
 - rabais de 39 % (soit 4,77 F /m³) sur les 208 404 m³ suivants ;
 - prime fixe sans rabais : environ 885 000 F/an... ».
46. Pour une consommation de 1 226 048 m³ en 1997, la tarification rappelée ci-avant conduisait à un montant facturé de 6,65 MF, soit un prix moyen de 5,42 F/m³ ; en outre, le

montant facturé a été remis de 0,38 MF, passant de 6,65 à 6,27 MF, soit un prix moyen de 5,11 F/ m³.

47. En 1997, la Semmaris s'est engagée dans une révision des différentes conditions tarifaires consenties au MIN de Rungis, notamment celles portant sur son approvisionnement en eau. Par courrier du 27 juin 1997, elle a demandé au président du Sedif de meilleures conditions de prix. Pendant les négociations qui se déroulèrent entre 1997 et 1998, la Semmaris a sollicité de la Sagep, par lettre du 24 juillet 1998, une offre concurrente à celle du Sedif. En effet, les installations de transport de la Sagep, les aqueducs de la Vanne et du Loing, longent l'emprise du MIN.
48. Informé de ces contacts avec un éventuel concurrent, le Sedif a craint une résiliation des contrats de la Semmaris et lui a concédé une diminution très significative de son tarif : *« Ces propositions furent faites à la Semmaris au mois de novembre 1998. En pratique, cette proposition répondait très favorablement à la demande de la Semmaris. Son tarif a été complètement révisé. De manière marginale, un coût équivalent à celui de l'eau en gros y a été inclus. Au total, c'est une réduction de 17,7 % qui a été proposée à la Semmaris, représentant une perte de 1,7 MF par an pour le service de distribution de l'eau potable. Des discussions se sont engagées sur cette base et la Semmaris donna son accord »* (mémoire Sedif du 2 août 2005 en réponse au rapport, p. 10).
49. Les négociations entre la CGE, régisseur du Sedif, et la Semmaris ont conduit à un avenant conclu le 5 février 1999 par lequel une nouvelle tarification était instaurée avec effet au 1^{er} janvier 1999 et garantie pour cinq ans sur la base d'un volume de consommation stabilisé à 1,2 million m³ :
 - *« ... rabais de 24 % sur le tarif particulier Sedif (soit 5,763 F/m³ valeur 1/01/99) sur les 547 000 premiers m³ (1 500 m³/jour) ;*
 - *rabais de 62,4 % (soit 2,851 F/m³) sur les quantités marginales suivantes ;*
 - *prime fixe sans rabais : environ 27 636 F/an... »* (Rapport 10 avril 2002 DGCCRF p. 125).
50. Sur la base de la consommation de 1997, soit 1 226 048 m³, le prix moyen s'établit à 4,17 F/m³, soit une baisse de 18 % par rapport à la tarification précédente à 5,11 F/m³.
51. Mais parallèlement, la Semmaris a négocié son approvisionnement en eau avec la Sagep car ses tarifs étaient plus bas encore. Lors du conseil d'administration du 14 avril 1999, la Sagep a informé ses membres qu'elle comptait faire adopter trois projets de contrats avec la Semmaris :
 - un contrat de fourniture d'eau en gros pour un volume estimé à 970 000 m³ par an, pouvant atteindre ultérieurement 1 400 000 m³ au prix de 2,70 F par an, révisable annuellement jusqu'à 2017 ;
 - une convention de maîtrise d'œuvre pour la réalisation des travaux de surpression rétribuée 451 880 F ;
 - une convention de maintenance d'une durée de 5 ans renouvelable, rémunérée 200 000 F/an.
52. Le contrat de fourniture d'eau fut finalisé et adressé par la Semmaris à la Sagep par courrier du 21 avril 1999. Une clause prévoit notamment que la ville de Paris se substituera ou substituera un tiers aux droits et obligations de la Sagep en cas de non reconduction de la Sagep comme concessionnaire de la ville de Paris après 2017.

53. Le prix brut de l'eau de la Sagep, 2,70 F/m³, est donc inférieur de 35 % à celui négocié le 5 février 1999 avec le Sedif à 4,17 F/m³. Il convient toutefois de tenir compte des coûts annualisés de la construction des infrastructures de raccordement et de mise en pression de l'eau des aqueducs rendues nécessaires par le changement de fournisseur. L'information se trouve dans une note du 28 février 1999 du directeur des services techniques du Sedif : toutes charges comprises, sur la durée du contrat, la proposition de fourniture d'eau de la Sagep revenait au prix de 3,23 F/m³ et restait donc moins élevé de 22,5 % que celui négocié le 5 février 1999 avec le Sedif à 4,17 F/m³.

54. Dans un courrier adressé le 29 avril 1999 au président du Sedif, le président de la Sagep, développait les arguments suivants pour justifier le projet de convention avec la Semmaris :

« ... Les aqueducs de la Vanne et du Loing traversent des zones d'activité gérées par la Semmaris. Au moment de la création du marché-gare, la ville de Paris aurait pu décider de fournir de l'eau à ces installations, d'autant que tu le sais, la Semmaris est une société d'économie mixte de l'Etat et de la Ville. Elle ne l'a pas fait et c'est le Sedif qui, depuis cette époque, assure l'alimentation du complexe de Rungis.

Mais il y a un an environ, la Semmaris a officiellement demandé à la Sagep de fournir de l'eau à certaines zones qu'elle gère, celles qui sont les plus proches des aqueducs.

Or, la Sagep a déjà fait l'objet de demandes de fourniture d'eau de la part de communes de banlieue, présentées dans le cadre de la loi Sapin. Elle n'y a pas donné suite, en considérant que production et distribution étant intimement liées, il ne serait pas raisonnable de faire des propositions de fourniture d'eau sans l'accord direct du distributeur, qu'il s'agisse du service communal ou de son délégataire. C'est cette position qu'elle a défendue lors d'une enquête dont elle a fait l'objet de la part du Conseil de la concurrence saisi par le ministre de l'Economie....

Le cas de la Semmaris est très différent. Celle-ci assure en effet, avec l'aide d'un prestataire de services la totale responsabilité de la distribution au sein de ses installations. Elle se proposait, en outre, de prendre totalement en charge le coût des ouvrages de raccordement .../....

Cette affaire a d'ailleurs un précédent puisque depuis 1990, la Sagep fournit de l'eau à la Société des eaux de la Brie provenant de l'aqueduc de la Dhuis, fourniture décidée à la demande expresse de la SEBRIE pour permettre l'alimentation d'Euro Disneyland.

J'ai tenu à t'expliquer très franchement la position raisonnable prise par la Sagep, en accord avec la ville de Paris, afin d'éviter les difficultés qui résulteraient inévitablement, dans les consultations et mises en concurrence, d'une dissociation entre production et distribution.... ».

55. Ayant eu connaissance du projet de convention Sagep-Semmaris, le Sedif a envisagé des moyens de rétorsion à l'encontre de la ville de Paris, principal actionnaire de la Sagep. Ainsi, une note interne du 28 mai 1999 du directeur des services techniques du Sedif précise que l'on peut « ... imaginer des moyens de rétorsion éventuels vis à vis de la Sagep à savoir :

1) le contrôle sanitaire des autres produits et distribués par le Sedif est assuré contractuellement par le laboratoire de la ville de Paris le Crecep. Il existe d'autres laboratoires agréés en Ile-de-France. Rien n'oblige, hormis le poids de l'histoire, le Sedif à continuer de contracter avec cet organisme. Le chiffre d'affaires correspondant est d'environ 10 millions F/an.

2) Une quinzaine d'intercommunications existent aujourd'hui entre le Sedif et la ville de Paris pour assurer un secours mutuel. Cette faculté est évidemment liée à la possibilité de l'organisme de secourir ou pas le moment venu. Il peut être envisagé que le Sedif devienne plus pointilleux et plus exigeant qu'aujourd'hui lorsqu'il est sollicité par la Sagep pour un besoin de facilité d'exploitation plus que pour un secours correspondant à un cas de force majeure... ».

56. Les deux mesures « de rétorsion » ont également été évoquées comme suit, le 30 juin 1999, entre le directeur du Sedif et un responsable de la CGE :

« ... affaire Semmaris :

Le dossier semble avoir été mis en stand by par la ville de Paris et la Sagep...

En terme de rétorsion, le Sedif peut :

- *cesser sa collaboration avec le laboratoire de la ville de Paris (le Crecep), à qui il confie environ 10 millions F/an de prestations,*

- *être plus exigeant au niveau des intercommunications existantes avec la ville de Paris lorsqu'il est sollicité par la Sagep pour des besoins de facilité d'exploitation plus que pour du secours... ».*

57. La convention Sagep-Semmaris sera effectivement ajournée *sine die* et les éventuelles mesures de rétorsion à l'encontre de la ville de Paris à travers son laboratoire du Crecep n'auront pas à s'appliquer. Par courrier du 4 octobre 2004, le Crecep informera le rapporteur, chiffres à l'appui, de l'absence de toute baisse d'activité dans les contrôles de l'eau du Sedif.

58. Les statuts de la Sagep lui interdisent de fournir de l'eau à des consommateurs non parisiens, sauf autorisation de la ville de Paris, son actionnaire principal. Le Sedif a donc surtout cherché à dissuader la Ville d'autoriser la Sagep à signer ce contrat avec la Semmaris. Ainsi, la lettre adressée le 27 mai 1999 au maire de Paris par le président du Sedif indiquait que :

« ... En janvier 1999 et après plusieurs mois de concertation et de mise au point, le Sedif a consenti à la Semmaris, et à sa demande, une modification du tarif de fourniture d'eau potable pour l'alimentation du MIN de Rungis lui permettant de réaliser une économie annuelle de 1,7 million de francs.

Mes collègues et moi-même avons été très surpris d'apprendre quelque temps après que le conseil d'administration de la Sagep, dont certaines canalisations longent le périmètre du MIN, avait récemment adopté de son côté une convention de fourniture d'eau au bénéfice de la Semmaris.

Ce qui laisse supposer que des négociations avaient été entreprises entre la Sagep et la Semmaris en parallèle à celles menées entre cette dernière et le Sedif.

Le bureau restreint du Syndicat m'a mandaté dans la perspective de la prochaine réunion du Conseil de Paris, pour obtenir de votre part en tant qu'actionnaire principal de la Sagep, des précisions sur une position jugée inutilement agressive... ».

59. Dans une seconde lettre adressée au maire de Paris le 9 juillet 1999, le président du Sedif a réitéré l'expression de son mécontentement :

« ... Le bruit court que, malgré les engagements pris, la Sagep essaie de débaucher une entreprise relevant de la compétence du Syndicat des Eaux d'Ile de France.

Je tiens à vous faire part de l'émotion à nouveau ressentie sur ce sujet par le bureau restreint du Sedif, toutes tendances politiques confondues, réuni à ce jour, et serais heureux d'avoir confirmation des propos apaisants que vous m'aviez exprimés récemment... ».

60. Le même courrier sera adressé le même jour au président de la Sagep. Démarche qui fera l'objet de la note critique suivante datée du 12 juillet 1999 par le directeur général de la Sagep auprès de son président : « ... *Je trouve qu'elle dépasse la mesure : « ... la Sagep essaie de débaucher une entreprise relevant de la compétence du Syndicat des eaux d'Ile-de-France* (les soulignements sont du rédacteur de la note) ... ».
61. Mais le président du Sedif a prévenu le maire de Paris par le même courrier précité du 27 mai 1999. Aussi, le directeur général de la Sagep rédige-t-il une note manuscrite pour son adjoint dont la teneur est la suivante :
- « ... J'ai rediscuté de la Semmaris avec Z (président de la Sagep). Il pense que le maire va plutôt prendre position en faveur de Y (président du Sedif). Mais il est d'accord pour qu'il soit bien informé. Ce sont MM. A et B qui suivent cette affaire au cabinet. Je leur ai transmis copie de la lettre que M Z (président de la Sagep) avait adressée à M. Y (président du Sedif) le 29 avril dernier et un historique de l'affaire avec les échanges avec le Conseil de la concurrence. Et je leur ai longuement expliqué l'affaire au téléphone. Ils doivent en parler au maire. Il se pourrait que M. B te demande d'autres renseignements. J'ai également envoyé un dossier à Z (président de la Sagep)... ».*
62. Aussi, par note adressée au président de la Sagep datée du 9 juin 1999, le directeur général adjoint de la Sagep avance-t-il les arguments qui pourraient être défendus pour emporter la décision de la ville de Paris :
- « ... I) L'offre de la Sagep répond à une demande expresse de la Semmaris. (Elle ne fait pas suite à une démarche commerciale de la Sagep.)*
- II) Pourquoi la Semmaris a-t-elle fait cette demande à la Sagep ?*
- Le prix de vente de l'eau au détail sur le marché de Rungis est le plus cher des MIN en France. La Semmaris cherche à diminuer ce prix pour la compétitivité de ses services : Or, le Sedif aurait refusé de baisser ses tarifs.*
- Le Directeur général adjoint de la Semmaris, C (ancien juriste de la Direction de la concurrence et de la consommation) a eu connaissance d'un rapport de cette Direction qui soulignait le manque de concurrence entre les distributeurs d'Ile de France et indiquait les tarifs peu élevés de la Sagep.*
- Les aqueducs longent le territoire du marché. La Semmaris a même payé le déplacement des aqueducs lors de la construction du marché-gare.*
- La Semmaris est une société d'économie mixte de l'Etat dont la ville de Paris est actionnaire (16,5 %)...*
- III) Une décision de la ville de Paris de ne pas donner suite à la demande de la Semmaris peut difficilement se justifier au plan technique puisque les besoins de la Semmaris ne représentent que 0,5 % de la production de la Sagep. Depuis 1990 la production de la Sagep a baissé de 25 %.*
- IV) Un refus de la ville de Paris aurait trois types d'effets négatifs :*
- Effet négatif vis à vis du personnel de la Sagep.*
- (La direction de la Sagep incite son personnel à trouver de nouveaux débouchés pour la Société ; une opposition de la Ville aurait un effet démotivant).*
- Effet négatif sur le conseil d'administration de la Sagep.*
- A quoi sert ce Conseil ? Pourquoi le faire délibérer, si la Ville ne soutient pas le choix de ses représentants ?*
- Effet négatif pour le maire.*
- Des critiques pourraient être portées sur un choix contraire au libéralisme, qui nuit à la concurrence (au profit de la Compagnie Générale des Eaux), un choix qui prive la Sagep de nouvelles recettes et, par conséquent, pèse sur le prix de l'eau des parisiens... ».*

63. Le maire de Paris a annoncé au Sedif, dans un courrier du 30 juillet 1999, le réexamen du projet de convention Sagep-Semmaris :
- « ... Par vos courriers en date du 27 mai et 9 juillet, vous m'avez fait part de la position du bureau du Sedif quant au projet de convention entre la Sagep et la Semmaris, relatif à la fourniture d'eau pour le Marché d'Intérêt National de Rungis. J'ai été particulièrement sensible à vos remarques. Je tiens d'abord à vous préciser qu'en l'espèce, la Sagep a répondu, comme ses statuts l'y autorisent, à une demande de la Semmaris. Le projet de convention Sagep/Semmaris doit faire l'objet d'une délibération en Conseil de Paris. Or, un certain nombre d'éléments techniques portés à ma connaissance m'ont conduit à demander aux services de réexaminer ce dossier, eu égard notamment au contrat de concession entre la Ville et la Sagep.*
- Je ne manquerai pas de vous faire part des suites réservées à cette affaire, sur laquelle je souhaite qu'il ne subsiste aucun malentendu avec le Sedif... ».*
64. En tout état de cause, le maire de Paris a renvoyé pour examen la convention avec la Semmaris de sa filiale Sagep, laquelle faute de l'aval de la ville de Paris n'a pu qu'y renoncer. Le Conseil de Paris ne mettra jamais en effet à l'ordre du jour l'examen du projet de convention Sagep-Semmaris.

G. LES GRIEFS NOTIFIÉS

65. Sur la base des constatations ci-avant, les deux griefs suivants ont été notifiés :
- « à l'encontre de la filiale de Suez, la société Lyonnaise des Eaux France pour avoir accordé à des collectivités du bassin sud de l'Essonne, des rabais de couplage directs ou indirects entre la partie production/transport de l'eau et la partie distribution de son offre auxquels les autres compétiteurs ne pouvaient prétendre, pratique prohibée par l'article L. 420-2, 1^{er} alinéa du code de commerce. »*
- « à l'encontre du Syndicat des Eaux d'Ile-de-France pour avoir adressé deux courriers en date du 27 mai 1999 puis du 9 juillet 1999 au maire de Paris, ainsi qu'au président de la Sagep pour le dernier courrier cité, dans le but le plus explicite d'empêcher la finalisation d'une convention tarifaire entre la Sagep et son prospect Semmaris, pratique prohibée par l'article L. 420-2, 1^{er} alinéa du code de commerce. »*

II. Discussion

A. LES PRATIQUES DE LA LYONNAISE DES EAUX

1. SUR LE MARCHÉ DE LA DÉLÉGATION DU SERVICE PUBLIC DE DISTRIBUTION D'EAU DANS L'ESSONNE

66. De jurisprudence constante, le marché de la délégation du service public de distribution d'eau sur lequel se rencontrent la demande des communes ou collectivités délégantes et l'offre des entreprises de distribution est un marché pertinent. Lorsque le délégant est le propriétaire de l'ensemble des moyens de production, transport, stockage, livraison en

entrée de commune et distribution aux clients finals, cas le plus courant, la compétition porte sur l'affermage de l'ensemble de la gestion de la chaîne des installations mises en œuvre. Ce marché pertinent est de dimension nationale, mais il se décline en applications locales chaque fois qu'un délégant éventuel lance une procédure d'appel d'offres pour choisir son délégataire. Y opèrent les trois grandes entreprises de dimension nationale (Lyonnaise des Eaux, CGE et Saur) et localement, des entreprises de plus petite taille.

67. Mais la variété des situations de la ressource en eau et les particularités historiques des modes de production d'eau peuvent conduire, dans certains cas, à des situations où le délégant n'est propriétaire que d'une fraction de la chaîne des installations mises en œuvre pour alimenter en eau le consommateur final : il s'agit alors généralement du réseau, aval, de distribution dans la commune, entre le point d'entrée de la commune et le compteur du consommateur final. Dans ce cas, le délégant ne peut déléguer que la gestion de la fraction aval de la chaîne, dont il est propriétaire. Le tiers privé, propriétaire de la fraction amont de la chaîne des installations, se trouve, en règle générale, en situation de monopole de fait sur la production de l'eau et son acheminement jusqu'au point d'entrée dans la commune.
68. Lorsque cette situation se rencontre, la mise en concurrence des délégataires potentiels pour la seule gestion de la fraction aval du service pose un problème particulier. En effet, il devient alors nécessaire de distinguer, au moins théoriquement, deux marchés : le marché de l'amont, où le propriétaire de la partie amont de la chaîne des installations a le monopole de l'offre d'eau, la demande d'eau pouvant émaner de lui-même, des autres concurrents délégataires candidats à la gestion de la seule partie aval des installations ou, éventuellement, du délégant lui-même ; le marché de l'aval, où le demandeur est le délégant et les offreurs du service à déléguer sont tous les opérateurs ayant acquis ou susceptibles d'acquérir de l'eau sur le marché amont. Le point d'entrée de l'eau dans la commune sépare ici l'amont de l'aval dans la chaîne des installations. Cette distinction théorique est nécessaire, faute de quoi le monopoleur amont, seul à pouvoir amener l'eau au point d'entrée de la commune, serait aussi le seul à pouvoir faire une offre au délégant, ce qui priverait de sa substance la procédure de mise en concurrence sur le marché de la délégation.
69. Telle est la situation des 55 communes de l'Essonne où, comme cela a été exposé aux points 24 et 25 ci-dessus, il existe un marché géographique de la distribution d'eau déterminé par l'existence d'un réseau d'approvisionnement privé appartenant à la Lyonnaise des Eaux et desservant ces 55 communes. Sur ce marché géographique, la Lyonnaise des Eaux détient le monopole de fait du marché (théorique) amont. La même entreprise détient aussi la totalité des délégations de distribution (le marché aval) pour les communes connectées à son réseau privé. La Lyonnaise des Eaux se trouve donc en position dominante. Ce constat est celui de la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1998 : « *La société Lyonnaise des Eaux occupe une position dominante sur le marché en cause, défini exactement par le Conseil comme celui de la délégation de service public de distribution d'eau potable dans le bassin dont dépendent les communes concernées par les demandes de mesures conservatoires* ».

2. SUR LE MARCHÉ DE LA FOURNITURE D'EAU EN GROS DANS L'ESSONNE

70. La société Lyonnaise des Eaux considère que « *l'objet de la consultation et du contrat est à la fois la fourniture et la distribution d'eau potable* », que « *les communes délèguent l'exploitation du service qui comprend l'obligation pour le fermier de fournir l'eau distribuée* » et que « *par voie de conséquence, la rencontre entre l'offre de la Lyonnaise*

des Eaux et les demandes des collectivités locales, qui ont délégué leur service public de l'eau potable, ne s'est pas faite sur le marché inexistant de la fourniture en gros d'eau potable».

71. La Lyonnaise des Eaux soutient aussi que le marché théorique « *inexistant* » de l'offre amont de l'eau en gros n'existerait que si « *une commune ou un organisme intercommunal avait lancé parallèlement deux procédures, l'une pour acheter de l'eau en gros, l'autre pour confier l'acheminement de cette eau de l'entrée de ville jusque chez les usagers* » et que « *tel n'a pas été le cas dans aucune des procédures examinées par le Conseil de la concurrence* ».
72. Elle soutient enfin que « *c'est sur le marché de la distribution et lui seul qu'elle est intervenue, et que d'autre part, le marché de la fourniture en gros n'existe pas dans l'Essonne et, même si par une construction hypothétique on en admet l'existence, la Lyonnaise des Eaux ne serait pas en position dominante sur ce marché* ».
73. Mais, comme il a été expliqué au paragraphe 68, il est nécessaire de prendre en compte un marché théorique de l'eau en gros sur lequel pourraient s'approvisionner tous les candidats souhaitant répondre à un appel d'offres relatif à une délégation de la distribution d'eau par une commune, faute de quoi l'opérateur seul offreur sur ce marché de gros serait aussi le seul répondant possible à l'appel d'offres, ce qui viderait de sa substance cette procédure de mise en concurrence.
74. Malgré ses dénégations actuelles, la création début 1998 d'ESP montre que la Lyonnaise des Eaux avait pris, dès cette date, une claire conscience des dangers qui pouvaient résulter de son refus d'envisager la possibilité de rendre réel le marché théorique amont de l'eau en gros. La création d'ESP lui a permis, à tout le moins, d'afficher le prix de monopole qu'elle était disposée à offrir sur ce marché amont. L'affichage de ce prix montre que, du fait de la Lyonnaise des Eaux elle-même, ce marché amont commençait à cesser d'être seulement théorique. Si, *de facto*, ce marché amont ne s'est pas ouvert, c'est qu'aucune des 55 collectivités concernées n'a confié sa distribution d'eau à un autre fermier que la Lyonnaise des Eaux.
75. C'est à tort, également, que la Lyonnaise des Eaux présente l'absence d'une double demande des communes, sur le marché amont de l'eau en gros et sur celui de la délégation de sa distribution, comme une preuve de l'inexistence de ce marché de gros. Comme cela est noté au paragraphe 68, le cas où, sur ce marché amont, le demandeur serait la collectivité délégante elle-même, n'est qu'un cas particulier. Le cas le plus général à envisager est celui où ce sont les concurrents délégataires qui se portent demandeurs d'eau à l'amont de façon à pouvoir présenter une offre sur le marché (aval) soumis à délégation. Tel est le cas en l'espèce, ce qui achève de montrer que le marché amont n'est pas resté purement théorique.
76. L'instruction a, en effet, montré que les collectivités délégantes ont poussé les concurrentes de la Lyonnaise des Eaux à demander à cette entreprise son prix pour offrir de l'eau et que la Lyonnaise des Eaux a pu proposer explicitement aux collectivités du Syndicat NEE, de Saint-Michel-sur-Orge, de Morsang-sur-Orge et de Grigny, un prix de fourniture d'eau dissocié de celui de sa distribution. Par ailleurs, pour que la concurrence puisse jouer entre les opérateurs sur la partie distribution, tant les délégants que les autres distributeurs sont convenus d'isoler la partie production d'eau en renvoyant à une négociation tarifaire avec la Lyonnaise des Eaux, seul fournisseur possible sur la période en cause. Ce point a d'ailleurs été reconnu par la Lyonnaise des Eaux, qui a indiqué lors de l'instruction de la demande de mesures conservatoires « *qu'au cours de la procédure, la Lyonnaise des Eaux a accepté de modifier sa position initiale en mettant en place un « undbundling* »

[découplage], *qui lui permet d'isoler clairement l'activité de production et qu'elle a communiqué un prix à la production* » (mémoire du 20 mars 1998 de la Lyonnaise des eaux, page 9).

77. Enfin, dans son arrêt du 29 juin 1998, confirmé par la Cour de cassation, la cour d'appel de Paris a enjoint à Lyonnaise des Eaux « ... *de communiquer... 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 de Villemoisson/Orge, les Ulis et Grigny, son prix de vente en gros de l'eau potable établi de manière objective, transparente et non discriminatoire, en écartant de ce prix tout coût étranger à la production* ». Elle avait ainsi, dès le 29 juin 1998, distingué un marché de gros potentiel pour la fourniture d'eau.
78. C'est à tort, enfin, que la Lyonnaise des Eaux prétend que, même en admettant l'existence du marché de gros par une « *construction hypothétique* », elle n'y serait pas en position dominante.
79. Ce marché hypothétique envisagé par la Lyonnaise des Eaux serait, selon elle, le marché amont de l'eau en gros sur la totalité de la région parisienne. Sur ce marché, en effet, la Lyonnaise des Eaux ne serait probablement pas en position dominante, dès lors que la région parisienne présente la particularité de compter sur son territoire plusieurs des plus grandes entreprises de production d'eau, chacune propriétaire de la partie amont de la chaîne des installations de production et d'un réseau de transport principal et secondaire. C'est la première des particularités de la région parisienne notées au paragraphe 16.
80. Il est exact que ces entreprises disposent, en région parisienne, de larges capacités de production inutilisées et que leurs réseaux sont interconnectés. Toutes les conditions techniques sont donc réunies pour que ces entreprises se livrent à une compétition intense sur un grand marché amont de l'eau en gros, qui ne serait plus hypothétique mais réel. Mais telle n'est pas la situation observée. Bien que physiquement interconnectés, les réseaux n'échangent que les volumes nécessaires aux contraintes de sûreté (prévention des pannes ou des incidents d'exploitation). Ainsi, les communes n'ont pas la possibilité de mettre en concurrence, au moyen de ces interconnexions, les offreurs d'eau en gros présent sur la région ; elles n'ont accès qu'à l'eau du monopoleur dont elles dépendent. En l'espèce, les 55 communes de l'Essonne concernées n'ont accès qu'à l'offre en gros du monopoleur de fait Lyonnaise des Eaux. C'est donc à tort que la Lyonnaise des Eaux allègue sa position éventuellement non dominante sur un marché de gros de l'eau couvrant l'ensemble de l'Ile-de-France, marché qui n'a pas été visé par l'instruction. L'argument est inopérant quant à sa position de monopole sur le seul marché de gros de fourniture de l'eau auquel les 55 communes en cause ont, de fait, accès
81. S'agissant de sa position sur ce marché de gros auquel les communes en cause ont, de fait, accès, la Lyonnaise des Eaux conteste sa situation de monopole et allègue que des solutions alternatives d'offre de gros en eau étaient ouvertes aux collectivités concernées. A l'inverse, les plaignantes constatent que les communes du sud de l'Essonne ne sont pas propriétaires de leur ressource en eau et se trouvent donc dépendantes du réseau privé d'approvisionnement de Lyonnaise des Eaux. Elles soulignent l'absence de solution autre qu'auraient pu apporter alors les grands producteurs d'eau, Sedif et Sagep, et font remarquer l'absence de débit de la nappe de l'Yprésien comme les difficultés, voire les obstacles administratifs à utiliser celle d'Albien.
82. D'une part, sur la période considérée, l'instruction a révélé que, contrairement aux allégations de la Lyonnaise des Eaux s'appuyant sur le rapport d'un expert, M. C..., ni la Sagep, ni le Sedif n'ont été « *d'accord* » pour proposer une offre d'eau aux communes demanderesse, pour des raisons d'opportunité pour le premier opérateur (voir le

paragraphe 54), statutaires pour le second. La seule ressource disponible sur la zone était donc la production de la Lyonnaise des Eaux.

83. Enfin, il est inopérant d'objecter que lesdites communes, en s'associant ou non entre elles, auraient pu s'approvisionner en eau, soit par des forages, soit par l'adduction auprès des infrastructures de la Sagep ou du Sedif dont les installations passent plus ou moins alentour. En effet, lesdites collectivités sont toutes restées raccordées au réseau privé de la Lyonnaise des Eaux qui assure ainsi 100 % du marché de leur approvisionnement, aucune des communes n'ayant, après avoir étudié la faisabilité de raccordements alternatifs, souhaité en assumer les risques.
84. En conclusion, il convient donc de constater l'existence d'un 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, marché qui n'était que potentiel jusqu'en 1997, qui est défini par la cour d'appel de Paris le 29 juin 1998 et sur lequel la Lyonnaise des Eaux affiche un prix offert à partir de la création de l'ESP. Sur ce marché, la Lyonnaise des Eaux est en monopole de fait.

3. SUR LES PRATIQUES ÉVOQUÉES

a) En ce qui concerne les obstacles opposés par Lyonnaise des Eaux au renouvellement des contrats d'affermage

85. Les plaignantes rappellent que la Lyonnaise des Eaux n'a pas voulu communiquer à ses concurrents son prix de vente en gros de la production et transport d'eau, composante de son offre pour la fourniture et distribution d'eau aux collectivités alors concernées, et que, faute d'avoir retenu ce grief, le Conseil n'a pas tenu compte de l'arrêt précité de la cour d'appel de Paris du 29 juin 1998 selon lequel : « *la société Lyonnaise des Eaux a refusé de communiquer aux entreprises avec qui elle est en concurrence le prix de vente en gros de l'eau qu'elle produit ; qu'il est avéré en l'état des constatations de l'enquête que ces entreprises ont été empêchées de concourir normalement pour l'obtention des marchés d'affermage concernés* ».
86. La Lyonnaise des Eaux rappelle que « *suite aux décisions contraires du Conseil de la concurrence et de la cour d'appel de Paris* » lors du contentieux sur les mesures conservatoires de 1998, « *la Lyonnaise des Eaux a décidé de demander systématiquement aux communes de communiquer à ses concurrents, dès le début de la procédure de délégation de service public, les conditions de fourniture d'eau à partir de son réseau* ».
87. Mais, l'instruction au fond menée dans la présente affaire a permis une analyse plus approfondie que celle, nécessairement provisoire, à la base de la décision du Conseil portant sur les mesures conservatoires, et des décisions juridictionnelles de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation statuant sur les recours dirigés contre la décision du Conseil. Cette instruction a conduit le rapporteur à retenir un grief plus ciblé que celui du simple refus de Lyonnaise des Eaux de communiquer son prix de gros à certains de ses concurrents et à soutenir que ce refus avait potentiellement pour effet de permettre une pratique de prix de l'eau discriminatoire, réservant le meilleur prix à la Lyonnaise elle-même dans les cas où les communes lui accorderaient la délégation pour la fourniture et la distribution. Le Conseil constate que la position prise sur ce point par le rapporteur est cohérente avec l'injonction de la cour d'appel, qui a enjoint à la Lyonnaise des Eaux, non pas simplement de transmettre à ses concurrents un prix, quel qu'il soit, dans le seul but de leur permettre de rédiger leur offre, mais « *son prix de vente en gros de l'eau potable établi*

de manière objective, transparente et non discriminatoire, en écartant de ce prix tout coût étranger à la production ». L'objet de l'injonction était donc bien de vérifier que le prix de gros de l'eau fourni par la Lyonnaise des Eaux n'introduisait pas de distorsion de concurrence dans la distribution de l'eau.

88. Aussi, le grief notifié à la Lyonnaise des Eaux d'avoir, dans le cadre de sa réponse aux appels d'offres, pratiqué « *des rabais de couplage directs ou indirects entre la partie production/transport d'eau et la partie distribution de son offre auxquels les autres concurrents ne pouvaient prétendre* » permet, en réalité, au Conseil d'analyser les pratiques identifiées par la cour d'appel sur la base de l'instruction liminaire menée par le Conseil lorsqu'il a statué sur la demande de mesures conservatoires.

b) En ce qui concerne le niveau des prix

89. Les plaignantes maintiennent que le prix de vente de l'eau, distribuée à Saint-Michel-sur-Orge et conclu le 30 mars 1998 pour 20 ans avec la Lyonnaise des Eaux, est « *inéquitable et inacceptable* » en raison de « *l'augmentation unilatérale imposée par Lyonnaise des Eaux, au détriment des consommateurs* ».
90. Selon une jurisprudence constante, l'établissement d'un prix à un niveau élevé ou selon une variation forte n'est pas, à elle seule, une caractéristique susceptible de fonder une qualification de pratique anticoncurrentielle. De surcroît, l'instruction a montré que, sous réserve d'éventuelles modifications du service rendu, le prix d'une consommation standard de 120 m³/an avec location d'un petit compteur de 12-15mm se révèle, après signature du nouveau contrat, en hausse de 3,7 % pour les deux communes de Saint-Michel-sur-Orge et les Ulis, et qu'il s'avère moins élevé qu'auparavant pour les trois communes de Grigny (-8,7 %), Morsang-sur-Orge (-7,8 %) et Villemoisson-sur-Orge (-0,2 %). La seule hausse significative porte sur le Syndicat NEE (21 %). Cependant, celle-ci intègre la charge de travaux importants (estimée à l'équivalent de 1,20 F/m³) ainsi que l'a remarqué la commission de délégation dudit Syndicat NEE.
91. En outre, la négociation, qui s'est étendue de novembre 1996 à mars 1998 entre la commune de Saint-Michel-sur-Orge et son fermier sortant, a permis de réduire le prix de la consommation standard précitée de 7,42 F/m³ à 6,37 F/m³. La commune plaignante reconnaît, d'ailleurs, avoir bénéficié avant la renégociation de son contrat d'un prix parmi les plus bas de son département, situation que le résultat de la négociation a fait perdurer. De plus, l'instruction a montré que la commune n'aurait pas eu intérêt à adhérer au Sedif dont le prix de 8,51F/m³ était alors plus élevé de 14,6 %.
92. Les plaignantes relèvent, par ailleurs, que la décomposition analytique du prix de vente net de l'eau en gros fournie par la Lyonnaise des Eaux n'a pas été vérifiée ni même critiquée et « *qu'avant même d'avoir constitué ESP, la Lyonnaise des Eaux avait annoncé un prix de revient de l'eau à 4,65F/m³ et un prix entrée de ville de 3,95F/m³. Le prix Lyonnaise des Eaux a été adopté pour coïncider avec le prix de gros entrée de ville que souhaitait Lyonnaise des Eaux* ». Les plaignantes mettent également en cause l'absence de justification probante des taux de rendement moyen de 85,4 % pour les réseaux communaux alimentés par Lyonnaise des Eaux dans le sud de l'Essonne et de 98 % pour l'infrastructure privée de transport amont.
93. L'instruction, s'appuyant notamment sur l'enquête menée par la DGCCRF (note du 24 mars 1998 à l'appui de la saisine en date du 27 mars 1998 du Conseil de la concurrence par le ministre de l'économie), a permis d'établir que l'entreprise ESP ne constituait qu'un interface essentiellement comptable entre les moyens lourds de production et de transport

dont ESP est supposée louer les services à la Lyonnaise des Eaux et les services de distribution de cette dernière auxquels ESP est supposée vendre l'eau en gros. Il a été indiqué en séance que ESP comptait moins de 50 salariés. Dans ces conditions, force est de constater que le rôle de ESP se limite à mettre en évidence le prix de monopole de la production d'eau en gros de Lyonnaise des Eaux, sans rien apporter à une éventuelle étude analytique de la formation économique de ce prix, y compris le taux de rendement du réseau amont.

94. Pour ce qui concerne le taux de rendement du réseau aval, le Conseil constate que les plaignantes ne se sont pas préoccupées de procéder à la mesure de ce que consomme leur réseau puisqu'elles ne procèdent pas au comptage des volumes en entrée de commune. Au surplus, le taux de rendement des réseaux communaux à 85,4 % ne paraît pas une donnée sans fondement puisque corroborée par le rapport d'expert mis en avant par la Lyonnaise des Eaux, qui renvoie aux études de la société Hydratec évaluant à 84 %, soit 1,5 point de moins, le taux de rendement moyen des réseaux communaux considérés. Dans le cas de Grigny, ce taux moyen n'est pas critiqué par l'autre soumissionnaire, la CGE, même s'il considère que la qualité particulière de ce réseau communal lui permet de bénéficier d'un taux amélioré à 89 %, ce qui sera d'ailleurs accordé.
95. Les plaignantes mettent en avant les prix de vente en gros facturés par la Lyonnaise des Eaux à d'autres producteurs, au Syndicat intercommunal d'exploitation des champs captants d'Asnières-sur-Oise (Sieccao) ou à des usagers clients industriels pour accréditer le soupçon d'un prix de vente en gros entrée de ville d'ESP trop élevé car fixé à 4,02 F/m³ début 1998. Les éléments de comparaison sont les suivants :
- pour le producteur d'eau SFDE : 2,52 F/m³ en 2000,
 - pour le producteur d'eau SAUR : 1,30 F/m³ en 2000,
 - pour le producteur d'eau Sagep : 2,70 F/m³,
 - le Syndicat intercommunal Sieccao à Asnières /Oise (95) : 1,35 F/m³,
 - pour IBM : 4,15 F/m³, 2,51 F/m³ et 2,21 F/m³ (tarif dégressif par million de m³),
 - pour AdP : 4,27 F/m³ pour 0,5 million m³, 3,77 F/m³ au-delà.
96. Mais les ventes d'eau de la Lyonnaise des Eaux aux autres producteurs d'eau SFDE, SAUR, Sagep ou encore au Sieccao à Asnières-sur-Oise (95) ont un caractère marginal et correspondent à l'application d'accords réciproques de maintien de la sûreté des approvisionnements, comme indiqué au paragraphe 20. Elles ne sont donc pas équivalentes à la fourniture d'eau entrée de ville aux communes du sud de l'Essonne dans le cadre de sa distribution aux usagers. De même, les ventes d'eau aux usagers industriels ont des spécificités propres aux grands comptes et ne sont pas directement comparables aux ventes d'eau aux communes dans le cadre de la distribution aux usagers. Les différences de prix rapportées sont donc des éléments insuffisants pour justifier une incrimination de pratique de prix discriminatoires.
97. Il est également signalé par les plaignantes les prix de production ou de vente en gros suivants :
- la commune de Chapet (78) : 0,95 F/m³,
 - le SIEE de St-Germain-les-Corbeil (91) : 1,92 F/m³,
 - le Syndicat de Champcueil (91) : 2,70 F/m³.
98. Mais la production d'eau par forage de Chapet (78) ou celle du SIEE de St-Germain (91) confirment le fait que les forages sur place sont moins coûteux que la production d'eau par dépollution des eaux de la Seine et leur transport par un long réseau de canalisation. Il en va de même de la vente d'eau en gros à 2,70 F/m³ par le SIE du Hurepoix pour dépanner le SIEE de Champcueil en butte à un problème ponctuel de pollution.

99. Il n'y a donc pas lieu de poursuivre l'instruction pour rechercher si le niveau des prix pratiqués pour la vente de l'eau en gros est en lui-même abusif.

c) En ce qui concerne le grief notifié (rabais de couplage auxquels les autres concurrents ne pouvaient prétendre)

100. La Lyonnaise des Eaux souligne que « *juridiquement (le) rabais de couplage n'a aucun sens puisque la Lyonnaise des Eaux ne procède pas à deux ventes à l'usager mais à une seule, à savoir la distribution de l'eau en fonction des m³ réellement consommés tels qu'ils sont relevés par le compteur de l'usager* ». Elle ajoute qu'elle a répondu à « *la logique des procédures de passation globales mises en place par les collectivités délégantes* » en offrant un prix global pour la production, le transport et la distribution de l'eau aux usagers et que si « *une indication relative à la fourniture d'eau a figuré dans les offres Lyonnaise des Eaux, c'est dans le cadre du détail des coûts et non pour formuler une offre de prix séparée qui ne lui était pas demandée* ».

101. Mais dans son arrêt du 29 juin 1998, la cour d'appel de Paris a considéré que « *la Lyonnaise des Eaux contrôle des installations de production, de distribution et de stockage, qui lui assurent de manière exclusive l'alimentation en eau potable des (trois) communes en cause, sans laquelle la distribution de l'eau ne peut y être assurée* » ; et que, par conséquent, les concurrents de la Lyonnaise des Eaux « *qui ne disposent d'aucune ressource substituable à l'eau produite par la Lyonnaise des Eaux, doivent avoir accès à celle-ci à des conditions tarifaires objectives, transparentes et non discriminatoires, leur permettant de concourir utilement aux marchés pour lesquels elles se sont constituées* ».

102. Les rabais de couplage peuvent avoir des effets pro-concurrentiels lorsqu'ils permettent de faire bénéficier l'acheteur des biens ou services couplés d'une baisse de prix reflétant le gain d'efficacité que le producteur obtient du fait du couplage. En l'espèce, aucun gain d'efficacité n'est allégué par la Lyonnaise des Eaux comme résultant du couplage de son offre, dès lors que la question du coût du comptage du volume servi en entrée de commune (à prendre en compte en cas de découplage) n'a pas été intégrée dans les négociations menées par la Lyonnaise des Eaux qui, d'ailleurs, a explicitement considéré que ce coût reviendrait à la charge de son concurrent ou de la commune.

103. En revanche, en l'absence de gains d'efficacité, lorsque la remise de couplage opère entre un produit amont sur lequel l'entreprise couplante est en monopole et un produit aval, dont le produit amont est un entrant obligé, sur lequel cette entreprise est en concurrence, alors la remise a pour effet de créer une discrimination de prix sur le produit amont ce qui élève les coûts des concurrents au seul profit de l'entreprise couplante sans que cette élévation traduise en rien l'absence de mérites des concurrents. La preuve d'une discrimination anticoncurrentielle est rapportée s'il est établi que l'entreprise couplante s'applique à elle-même un prix d'acquisition du produit amont, moins élevé que celui qu'elle impose à ses concurrents. Dans sa décision n° [99-D-14](#) en date du 23 février 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France (TDF), le Conseil a considéré comme un abus anticoncurrentiel le fait, pour TDF en monopole sur la prestation d'ingénierie pour la diffusion de nouvelles chaînes de télévision hertzienne terrestre, de proposer aux collectivités désireuses de s'équiper en matériel d'émission un rabais de couplage artificiel lui permettant d'obtenir la maintenance subséquente des équipements installés par une entreprise tierce.

104. Cette situation est établie dans le cas de la délégation du Syndicat NEE négociée en mai 1997, pour laquelle la Lyonnaise des Eaux a proposé, lors de l'appel d'offres, en cas

d'achat d'eau découplé d'avec le service de sa distribution : « ... dans l'hypothèse où vous décideriez d'organiser différemment votre consultation en distinguant la mise à disposition d'eau à partir de notre réseau interconnecté, de la gestion proprement dite de votre service d'eau syndical, nous serions évidemment à votre disposition pour négocier une convention de vente d'eau avec le Syndicat. Le prix de la fourniture d'eau au Syndicat serait de l'ordre de 4,60 F/m³, ce qui équivaldrait à un prix de fourniture rendu à l'usager de l'ordre de 5,11 F/m³ compte tenu d'un rendement du réseau syndical de 0,90. Le prix de vente d'eau que nous vous proposons doit, nous l'espérons vous permettre d'apprécier l'intérêt de notre offre actuelle, et doit rester confidentiel dans le cadre de la consultation que vous avez lancée ».

105. Dans ses dernières observations concernant le Syndicat NEE, le représentant de la Lyonnaise des Eaux prétend, à l'encontre de l'évidence du propos précité, que « dans l'hypothèse où le tarif « distribution » d'un candidat aurait été retenu par la collectivité, la négociation à intervenir pour la fourniture d'eau en gros à ce concurrent aurait nécessairement conduit à lui appliquer des conditions aussi favorables que celles de la dernière offre de Lyonnaise des Eaux, dont la collectivité avait connaissance ».
106. Le courrier précité de la Lyonnaise des Eaux au Syndicat NEE illustre au contraire le fait que le fermier sortant offrait expressément à une collectivité délégante un prix de vente en gros (net entrée de commune) de l'eau à 5,11 F/m³ en cas de fourniture seule, alors que sa proposition globale fourniture et distribution retient le prix plus avantageux de 4,23 F/m³, les 88 centimes de plus représentant une majoration de 20 %. Compte tenu, dans les offres, de la taille de la part production rendue en entrée de ville comparée à celle de la distribution, les concurrents auraient dû consentir un rabais sur la part distribution seule de 30% à 35 % pour avoir une chance de construire une offre compétitive. (Selon le rapport de M. Fabret p. 44, le coût moyen de production et transport d'eau (4 F/m³ + 1 F/m³ soit 5 F/m³) représente 62,5 % du prix moyen total (8 F/M³) contre 37,5 % pour la partie distribution (3 F/m³)).
107. En l'occurrence, l'avantage de 88 centimes a représenté 48 % du prix de 1,83 F de la partie distribution, hors travaux et emprunts, formulée par la Lyonnaise des Eaux.
108. Le représentant de Lyonnaise des Eaux excipe de la spécificité du cas du Syndicat NEE car « il s'agit du seul contrat dont la négociation s'est achevée avant la création d'ESP, donc à un moment où n'existait pas un prix affiché de l'eau... La société Lyonnaise des Eaux ne peut se voir critiquée pour avoir pratiqué ainsi alors que l'élément de son offre globale « coût de production » de l'eau ne devait pas être communiqué à ses concurrents (position approuvée par lettre du 14 janvier 1997 de la DDCCRF de l'Essonne) ».
109. Mais ce moyen doit être écarté puisque ce qui est reproché n'est pas d'avoir caché à ses concurrents le coût bas de production de l'eau intégré à son offre, mais de s'être réservé de manière discriminatoire ce prix bas dans le cadre du couplage des prestations et d'avoir communiqué au concédant, et partant aux concurrents, un prix sensiblement plus élevé.
110. La Lyonnaise des Eaux allègue, de plus, que « les coûts d'achats d'eau en gros, estimés en baisse par rapport au prix déclaré initialement dans certaines offres en fonction d'hypothèses de hausse des volumes d'eau consommés, n'ont aucune conséquence sur la réalité des montants répercutés puisque ceux-ci tiennent compte des volumes effectivement consommés et non pas de la prévision initiale ». Il est exact que le prix de production en gros offert par la Lyonnaise des Eaux résulte d'un tarif binôme ayant pour effet de baisser le prix moyen au m³ si la consommation dépasse un certain volume fixé. Mais dans le cas du Syndicat NEE (comme dans ceux de Saint-Michel-sur-Orge et de Villemoisson-sur-Orge), l'instruction révèle que les rabais liés à cette hypothèse de

volumes consommés élevés ont été intégrés au prix global des offres de Lyonnaise des Eaux avec les délégants comme si cette hypothèse était certaine, ce qui ne s'est, d'ailleurs, pas avéré. La consommation d'eau des habitants ne dépendant pas de l'identité du délégataire, la même hypothèse aurait dû être faite en cas de découplage de l'offre. L'argument est donc inopérant.

111. La Lyonnaise de Eaux allègue enfin que, les pratiques qui lui sont reprochées n'eussent-elles pas eu lieu, ces circonstances auraient été insuffisantes pour renverser le résultat final de l'appel d'offres. Mais il est impossible de préjuger ce qu'aurait été le résultat final de la compétition si l'attractivité des offres des compétiteurs de la Lyonnaise des Eaux n'avait pas été artificiellement dégradée par la pratique établie. Au surplus, l'article L. 420-2 1er alinéa du code de commerce vise l'exploitation abusive d'une entreprise en position dominante sur un marché pertinent qui a eu pour objet ou a pu avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le fonctionnement dudit marché, sans qu'il y ait besoin de rapporter un caractère certain quant à ses conséquences.
112. 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.
113. A la différence de ce qui vient d'être relevé dans le cas du syndicat NEE, la situation de couplage anti-concurrentiel n'est pas établie pour ce qui concerne le cas des communes de Saint-Michel-sur-Orge et de Villemoisson-sur-Orge.
114. En effet, l'instruction a permis d'établir que le prix initial proposé par la Lyonnaise des Eaux a fait l'objet, en cours de négociation, de plusieurs rabais. En revanche, il n'est pas possible, faute de précisions, de vérifier si ces rabais qui affectent le prix global ne portaient que sur la seule composante distribution de ce prix ou se répartissaient sur les deux composantes production et distribution. En outre, à supposer que ces rabais aient aussi porté sur la composante production, la preuve n'est pas rapportée que la Lyonnaise des Eaux n'aurait pas fait bénéficier du même rabais le prix de gros offert à ses concurrents en cas de dissociation de son offre globale.

B. LES PRATIQUES DU SEDIF

1. SUR LE MARCHÉ PERTINENT ET LA POSITION DU SEDIF SUR CE MARCHÉ

115. Le Sedif nie qu'il existe un marché de fourniture d'eau en gros sur lequel seraient en concurrence son offre et celle de la Sagep pour répondre à la demande ponctuelle de la Semmaris. Il dénie à tout consommateur final quel que droit que ce soit à faire jouer la concurrence entre d'hypothétiques offreurs d'eau dès lors que ce consommateur réside sur le territoire d'une commune adhérente au Sedif. Il souligne que « *l'abonnement, sous ses différentes variantes, est la seule voie contractuelle possible pour tout usager établi dans une des 144 communes adhérentes au Sedif d'être desservi en eau* ». Il considère, enfin, qu'il est, vis-à-vis de ses abonnés, implicitement, en monopole sur ce service de la fourniture de l'eau.
116. Mais en premier lieu, il existe un marché dès que se révèlent et se confrontent une offre et une demande. Or les faits, par eux-mêmes, ont révélé qu'à la demande exprimée par la

Semmaris avaient répondu deux offres. En second lieu, l'existence d'un monopole de droit pour la fourniture d'un bien ou d'un service ne peut découler que de la loi. Or le Sedif n'a pas été en mesure de dire quel texte législatif lui aurait conféré un monopole d'approvisionnement en eau sur le territoire de ses communes adhérentes. En conséquence, il y a lieu de considérer qu'il existe un marché très local et ponctuel révélé par les faits et que le Sedif ne jouit d'aucun monopole ni sur ce marché local et ponctuel, ni sur tout autre qui pourrait concerner tous demandeurs localisés sur le territoire des communes adhérentes au Sedif. Ainsi, c'est à bon droit que la Sagep et la Semmaris ont pu envisager de contracter pour l'approvisionnement en eau du MIN de Rungis.

117. A titre d'éclairage utile, le Conseil remarque que l'enquête administrative montre qu'aux termes d'une très ancienne convention, la Sagep fournit en eau l'hôpital Clémenceau à Champcueil dans l'Essonne parce que l'aqueduc de la Vanne traverse l'enceinte dudit hôpital, alors que le délégataire du Syndicat des Eaux de Champcueil est la Compagnie des Eaux et de l'Ozone, filiale de la CGE.

2. SUR LES COMPORTEMENTS DES DIFFERENTS ACTEURS SUR LE MARCHÉ

118. Le Sedif soutient que *« la Sagep est le concessionnaire du service public de production et de transport d'eau potable et non potable à Paris. L'objet de cette concession correspond d'ailleurs à son objet social. Eu égard à sa qualité de concessionnaire de la ville de Paris et à l'usage qu'elle voulait faire en dehors de sa concession des infrastructures appartenant à la ville de Paris, la convention projetée ne pouvait intervenir qu'avec l'autorisation du Conseil de Paris »*. Dans ce contexte, est dénoncée l'erreur de *« soutenir que la Sagep aurait « toute liberté contractuelle » de se présenter comme offreur d'eau sur un autre marché que celui de la ville de Paris. Cette présentation est également fautive au regard des termes non seulement de la concession de service public dont la Sagep est titulaire mais également du projet de convention qu'elle avait élaboré »*.
119. Mais, les limitations à contracter imposées à la Sagep par ses statuts ne lui interdisent pas de tenter de répondre à la demande de la Semmaris visant à diversifier son approvisionnement en eau. Par ailleurs, tout manquement de la Sagep à ses obligations statutaires relèverait du juge compétent et ne serait pas de nature à autoriser le Sedif à se faire à lui-même justice en développant pour ce faire, qui plus est, une pratique anticoncurrentielle.
120. Le Sedif remarque, par ailleurs, que son président *« qui venait de renégocier et de conclure, par l'intermédiaire de son régisseur intéressé, le contrat d'abonnement de la Semmaris, en lui consentant une réduction tarifaire significative, a été informé des discussions que la Semmaris poursuivait avec la Sagep. Au-delà de sa qualité d'abonné, la Semmaris venait donc de renouveler son engagement contractuel avec le Sedif. Le président du Sedif a donc considéré que l'attitude de la Semmaris n'était pas légitime et revêtait même une certaine déloyauté »*. Dans ce contexte, est dénoncée l'erreur *« de n'avoir tenu aucun compte des engagements fermes pris par la Semmaris vis-à-vis du Sedif et des réactions légitimes de ce dernier face au comportement particulièrement déloyal de son abonné »*.
121. Mais la question de savoir si le comportement de la Semmaris respectait ou non les engagements contractuels qu'avait souscrits ce syndicat ne relève pas de la compétence du Conseil mais de celle des juridictions civiles. Au surplus, le Conseil observe que les contrats simultanément négociés par Semmaris avec ses deux fournisseurs possibles prévoyaient des possibilités de résiliation à échéance inférieure à un an permettant donc un

changement rapide de fournisseur dans le respect du contrat ; que Sedif était au courant, comme ses réactions l'ont montré, du risque de perte de son contrat avec Semmaris ; que dans ces conditions, le comportement de Semmaris ne relève pas d'une « déloyauté » manifeste mais pourrait tout autant s'interpréter comme le comportement d'un demandeur faisant normalement jouer la concurrence entre les offreurs possibles pour en obtenir le meilleur prix.

122. Enfin, le Sedif observe que c'est « *le maire de Paris qui décida, après avoir renvoyé ce dossier à l'instruction de ses services, de ne pas présenter au Conseil de Paris l'approbation de ce projet de convention, c'est-à-dire, en d'autres termes, de refuser d'autoriser son concessionnaire, la Sagep à conclure ce marché en dehors des limites de Paris* ». Dans ce contexte, est dénoncée l'erreur de ne pas « *s'interroger sur la qualification juridique des comportements et des actes qui sont à l'origine de la non conclusion du projet de contrat élaboré entre la Semmaris et la Sagep et qui conduisent le Sedif à soulever l'incompétence du Conseil de la concurrence dans cette affaire* ».
123. Cependant, le grief notifié ne porte pas sur la décision du maire de Paris de ne pas inscrire le projet de contrat entre la Sagep et la Semmaris à l'ordre du jour du Conseil municipal mais vise le comportement du Sedif pour s'être immiscé indûment dans les relations contractuelles entre les entreprises Sagep et Semmaris.
124. L'instruction a révélé, en effet, que le Sedif est intervenu pour peser sur l'issue de la négociation du contrat de Semmaris avec sa concurrente Sagep par des lettres visant à dissuader tant le président de la Sagep de poursuivre ces négociations que le maire de Paris de soumettre au Conseil de Paris, décideur en dernière instance, le projet de convention de fourniture d'eau entre la filiale de la ville de Paris et la Semmaris.
125. Ainsi, les deux courriers signés du président du Sedif, en date du 27 mai 1999 (paragraphe 58) puis du 9 juillet 1999 (paragraphe 59), adressés au maire de Paris ainsi qu'au président de la Sagep pour le dernier courrier cité, comportent une appréciation caricaturale de la mise en concurrence, pourtant banale, à laquelle procède Semmaris (« *la Sagep essaie de débaucher une entreprise relevant de la compétence du Syndicat des Eaux d'Ile-de-France* ») et ils sont adressés expressément au maire de Paris « *en tant qu'actionnaire principal de la Sagep* ». En outre, l'instruction a rapporté la preuve que Sedif, parallèlement à son intervention auprès de « *l'actionnaire principal* » étudiait des mesures de rétorsion comme il est rappelé aux paragraphes 55 et 56. Le Sedif, par ces pratiques, a abusé du pouvoir de marché qu'il tire de sa position de monopoleur de fait dans la production et la distribution d'eau sur le territoire de ses communes adhérentes en exerçant des pressions sur les autorités de tutelle de son concurrent, ce qui constitue une immixtion dans la liberté contractuelle de ce concurrent fournisseur d'eau. Cette immixtion avait pour objet d'empêcher la finalisation d'une convention tarifaire entre la Sagep, son concurrent, et son prospect Semmaris.
126. Le Sedif allègue qu'en agissant de la sorte, il n'a fait qu'exercer son devoir de protection des intérêts de son délégataire, le régisseur intéressé CGE. Mais la protection que le délégant d'un service public accorde à son délégataire ne doit pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire au bon fonctionnement dudit service. En tout état de cause, ces mesures de protection ne doivent pas enfreindre l'ordre public économique procédant des règles de la concurrence visées au code du commerce. Le moyen doit être écarté.
127. Le Sedif allègue aussi qu'en agissant de la sorte, il n'a fait qu'exercer son devoir de protection des intérêts des habitants des communes adhérentes : en perdant la clientèle, importante, de Semmaris, le Sedif aurait dû amortir ses coûts fixes sur le reste de la clientèle et donc monter ses prix. Mais retenir cet argument reviendrait à admettre que

toute entreprise ayant des coûts fixes, ce qui est le cas de presque toutes les entreprises, serait fondée à faire fi de la concurrence pour se transformer en monopole ou le conserver. Le moyen doit être écarté.

128. Le Sedif allègue encore que son comportement :
- « - *n'aura eu aucun effet sensible sur la Semmaris, puisque, tout au contraire, celle-ci a bénéficié pour les cinq années à venir d'une baisse de plus de 17 % sur le tarif de l'eau qui lui est fournie par le Sedif et la CGE.*
- *n'aura eu aucun effet sensible sur la Sagep. En effet, celle-ci indique dans une note du 9 juin 1999 que les besoins en eau de la Semmaris ne représenteraient que 0,5 % de sa production. Autant dire que la non conclusion de ce projet de contrat ne l'a pas privé d'un débouché essentiel. De surcroît, c'est l'intervention de nouvelles normes sanitaires qui, pour des considérations techniques ou de coûts, a conduit la ville de Paris et donc la Sagep à renoncer si ce n'est à remettre en cause pour l'avenir toute velléité de fourniture d'eau à l'extérieur de Paris ».*
129. L'article L. 420-2 1er alinéa du code de commerce vise l'exploitation abusive d'une entreprise en position dominante sur un marché pertinent qui a eu pour objet ou a pu avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le fonctionnement dudit marché, sans qu'il y ait besoin de rapporter la preuve du caractère certain de ses conséquences. Aussi, les arguments du Sedif quant à l'absence d'effet sensible de la pratique ou quant aux motifs des comportements de la ville de Paris ne contredisent pas l'illicéité de la pratique. Tout au plus ceux relatifs à l'effet sensible peuvent-ils être pris en compte pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie.
130. La pratique du Sedif, en monopole de fait sur le marché de la fourniture d'eau aux consommateurs situés sur son territoire, a eu pour objet et pouvait avoir pour effet d'empêcher la finalisation d'un contrat de fourniture d'eau de l'un de ses principaux clients avec un concurrent, pratique prohibée par l'article L. 420-2 du code de commerce.

C. SUR LES SANCTIONS

131. Les infractions retenues ci-dessus ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. En vertu du principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère, les dispositions introduites par cette loi à l'article L. 464-2 du code de commerce ne leur sont pas applicables. Aux termes des dispositions du II de cet article, dans sa rédaction alors en vigueur, «*le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France au cours du dernier exercice clos*».
132. Comme le décrit le paragraphe 16, le marché de la distribution de l'eau en Ile-de-France présente deux caractéristiques particulières : en premier lieu, les grands producteurs d'eau y possèdent des captages, des sources ou des usines largement surdimensionnés ; tous possèdent des réseaux de transport à gros débit interconnectés les uns aux autres ; tous possèdent des réseaux de transport de moyen débit organisés en sous-régions homogènes. Ces réseaux maillant de moyen débit présentent les caractéristiques de monopoles naturels locaux, ces monopoles étant inter-connectés à leurs frontières. En second lieu, les communes ou syndicats de communes, soit sont de petite taille et, ne possèdent que la partie terminale des réseaux de distribution les concernant, soit forment des ensembles intégrés de grande taille confiant la gestion de la totalité de la chaîne des installations de

production et distribution à l'un des deux grands opérateurs : la CGE pour le Sedif et la Sagep (rive droite de Paris), la Lyonnaise des Eaux pour la Sagep (rive gauche).

133. Dans ces conditions, il existe trois champs où la concurrence est possible.
134. Le premier est celui de la fourniture et du transport de l'eau en gros, jusqu'aux points d'entrée dans les communes. Toutes les conditions techniques d'existence de ce marché sont réunies. Quant aux possibilités légales d'ouverture des monopoles locaux constitués par les réseaux de moyen débit, il n'est pas exclu que ces réseaux constituent des facilités essentielles soumises, par conséquent, aux règles du droit commun de la concurrence concernant ce type d'installations. Elles seraient, de ce fait, utilisables par tout producteur d'eau souhaitant livrer un consommateur desservi par le monopoleur local. Mais, pour que ce marché potentiel s'ouvre, les communes doivent manifester leur demande en cessant de s'adresser exclusivement à l'offreur d'eau en gros détenant le monopole du réseau de moyen débit qui dessert leur territoire. Il leur suffirait, pour cela, de dégroupier leurs délégations de service public, lorsqu'elles sont remises en concurrence, en séparant ce qui concerne le service de la fourniture de l'eau en gros du service de sa distribution dans la commune. La société Lyonnaise des Eaux elle-même explique très clairement cette possibilité en arguant, pour se défendre, qu'elle n'est pas mise en œuvre par les collectivités délégantes (voir le paragraphe 71).
135. Le deuxième champ concerne le choix, pour les grands producteurs intégrés, comme la Sagep ou le Sedif, du délégataire du service. La concurrence ne pourra s'y exercer que lors du renouvellement des contrats de très long terme en cours.
136. Le troisième champ est celui où se placent les pratiques de l'espèce. Les communes ou petits syndicats de communes remettent en concurrence, à l'échéance des délégations, le choix du délégataire, ce qui constitue un flux régulier de mises en concurrence en raison du grand nombre des communes en cause. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une délégation, la pratique concernant le Sedif peut être considérée comme entrant dans cette catégorie, la Semmaris (dont la consommation a l'importance de celle d'une commune moyenne) ayant remis en concurrence les offreurs possibles comme le lui permettait son contrat.
137. L'instruction a permis d'établir que, dans ce troisième champ, la concurrence reste théoriquement possible, à défaut d'être effective. En effet, le rapport administratif retraçant l'enquête diligentée à l'occasion des saisines en cause a recensé, sur la période 1998-2000, 50 appels d'offres relatifs au choix du délégataire par des communes, ou groupement de communes, ou syndicats de communes. Dans 42 de ces 50 exemples, le délégataire sortant a été reconduit pour assurer la distribution communale. Quant aux huit changements d'opérateurs, trois concernent un retour en régie et les cinq autres portent sur de petites communes de moins de 5 000 abonnés, propriétaires de leur ressource en eau.
138. Cette quasi-unanimité montre qu'il est *de facto* très difficile à une commune ou à un petit syndicat de communes d'échapper au pouvoir de monopole que détient son offreur d'eau grâce à sa propriété du réseau de moyen débit. C'est pourquoi l'ouverture à la concurrence du premier champ recensé ci-dessus a une importance majeure pour l'établissement d'une concurrence effective et non plus seulement théorique dans le troisième champ.
139. Ces considérations générales vont trouver leur application utile dans l'appréciation de la gravité des pratiques établies.

1. POUR CE QUI CONCERNE LA LYONNAISE DES EAUX

140. Le comportement de la Lyonnaise des Eaux à l'égard du syndicat NEE du département de l'Essonne illustre, de façon concrète et précise, par quels moyens l'opérateur en monopole de fait sur la fourniture de l'eau a obtenu, dans ce cas particulier, d'être choisi par le syndicat comme délégataire du service de distribution de l'eau. Ce cas particulier éclaire le résultat général mentionné plus haut : aucun renouvellement de délégation n'a permis le changement de l'opérateur quand il est en monopole sur le réseau d'apport de l'eau. Malgré son caractère ponctuel et limité à un épisode dans le flux nourri des renouvellements de délégation, la pratique est donc grave.
141. L'importance du dommage à l'économie résultant de la pratique doit s'apprécier, en l'espèce, en ne considérant strictement que la pratique en cause, c'est-à-dire la discrimination de prix résultant du couplage, mise en œuvre au détriment du syndicat NEE de l'Essonne, pour le marché de 1997. Il s'agit d'un marché de 15 MF par an sur une durée de 20 ans : cette importance, au regard de la taille globale du marché en cause, est donc limitée.
142. En ce qui concerne la situation particulière de l'entreprise, pour l'exercice 2004, qui est le dernier exercice connu, la société Lyonnaise des Eaux France a réalisé un chiffre d'affaires de 1 417 M€ En fonction des éléments généraux et individuels exposés, il y a lieu de lui appliquer une sanction pécuniaire d'un montant de 400 000 €

2. POUR CE QUI CONCERNE LE SEDIF

143. Dans le premier champ où une concurrence est possible, identifié ci-dessus, l'aqueduc de la Sagep joue un rôle particulier. En effet, les capacités de l'aqueduc ne sont pas saturées par la demande des parisiens et de l'eau est disponible ; le prix de cette eau est sensiblement plus faible que les eaux concurrentes provenant des usines de traitement de l'eau de la Seine ou de la Marne ; enfin, l'aqueduc traverse un grand nombre de communes de la partie sud de la région parisienne, ce qui pourrait lever le blocage dû au monopole des propriétaires de réseaux de moyen débit : au prix d'aménagements techniques nécessaires à la remise en pression de l'eau, les communes traversées pourraient directement se raccorder à l'aqueduc au point d'entrée de la commune.
144. Aucun raccordement de ce type n'est effectué, à l'exception du cas historique de l'hôpital Clémenceau de Champcueil et d'Euro Disneyland. Les termes de la lettre du président de la Sagep à celui du Sedif, rapportés au paragraphe 54, illustrent le climat peu concurrentiel qui règne dans les rapports qu'entretiennent entre elles ces grandes entreprises productrices d'eau : «... *il ne serait pas raisonnable de faire des propositions de fourniture d'eau sans l'accord direct du distributeur...* ». Le comportement du Sedif à l'égard de la Semmaris lorsque cette dernière a souhaité opérer ce raccordement pour bénéficier de l'écart de prix entre l'eau de l'aqueduc qui traverse son territoire et celle du Sedif, éclaire les raisons de cette anomalie économique : le producteur d'eau chère a refusé la concurrence du producteur meilleur marché et le changement d'opérateur n'a pas eu lieu. Malgré son caractère ponctuel et local, la pratique est donc grave. Les pressions exercées par le Sedif visaient à empêcher un demandeur d'obtenir de l'eau meilleur marché. Elles ont contribué à la perpétuation d'un état de fait où l'eau bon marché disponible dans l'aqueduc reste hors de portée des consommateurs.

145. L'importance du dommage à l'économie résultant de la pratique doit s'apprécier, en l'espèce, en ne considérant strictement que la pratique en cause, c'est-à-dire l'abus du pouvoir de marché de Sedif pour faire échouer les négociations commerciales de son concurrent Sagep avec la Semmaris. Il s'agit d'un marché d'une valeur annuelle de l'ordre de 1 M€: cette importance est donc limitée.
146. Le Sedif fait état pour son dernier compte administratif connu (2004) d'un montant de recettes de 210,8 M€ En fonction des éléments généraux et individuels exposés, il y a lieu de lui appliquer une sanction pécuniaire d'un montant de 100 000 €

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est établi que la société Lyonnaise des Eaux France a enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Article 2 : Il est établi que le Syndicat des Eaux d'Ile-de-France a enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Article 3 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- à la société Lyonnaise des Eaux France une sanction de 400 000 €;
- au Syndicat des Eaux d'Ile-de-France une sanction de 100 000 €

Délibéré sur le rapport oral de M. Ferrero par M. Nasse, vice-président présidant la séance, Mmes Mader-Saussaye, Pinot, MM. Piot, Honorat, Charrière-Bournazel, Combe et Bidaud, membres.

La secrétaire de séance,
Rita Sougoumarane

Le vice-président,
Philippe Nasse