

Autorité
de la concurrence



**Avis n° 21-A-01 du 1^{er} mars 2021
sur le projet d'arrêté portant contrôle des oléoducs d'intérêt général
par le ministre en charge de l'énergie**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 8 janvier 2021 sous le numéro 21/0001 A, par laquelle le ministère de l'économie, des finances et de la relance a demandé l'avis de l'Autorité de la concurrence sur un projet d'arrêté portant contrôle des oléoducs d'intérêt général par le ministre en charge de l'énergie ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu les contributions transmises par les opérateurs à la suite de la demande d'information des rapporteurs du 11 janvier 2021 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, les représentants du ministère de la Transition écologique et solidaire (Direction générale de l'énergie et du climat) et le commissaire du Gouvernement, entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 23 février 2021 ;

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

Résumé¹

L'Autorité émet un avis défavorable au projet d'arrêté portant contrôle des oléoducs d'intérêt général soumis à son analyse.

Le commissaire du Gouvernement et le ministre en charge de l'énergie, représenté par la Direction générale de l'énergie et du climat (DGEC), exercent actuellement sur les sociétés d'exploitation d'oléoducs d'intérêt général un contrôle qui se limite, pour l'essentiel, au champ de la politique énergétique et à la continuité d'approvisionnement en produits pétroliers du territoire français. Il n'intégrait pas, jusqu'à récemment, de préoccupations relevant du champ concurrentiel.

Le contrôle prévu par le projet d'arrêté tend à intégrer ces nouvelles préoccupations mais il est insuffisant pour les raisons suivantes :

- des interrogations sérieuses subsistent sur la possibilité de procéder à une telle réforme par voie d'arrêté ;*
- le contrôle envisagé a un champ restreint aux seules activités de transport et ne comprend pas les activités de stockage ;*
- le contrôle envisagé est centré sur les évolutions tarifaires, qui ne sont qu'un des aspects de l'activité des sociétés d'exploitation d'oléoducs d'intérêt général qui mériterait d'être régulé ;*
- les modalités du contrôle envisagé soulèvent des difficultés ; en particulier, les critères de contrôle sont opaques et aucun suivi rapproché du comportement des sociétés d'exploitation et de leur traitement des clients n'est prévu.*

Le contrôle envisagé n'est donc pas de nature à garantir que les comportements mis en œuvre par les sociétés d'exploitation d'oléoducs d'intérêt général ne porteront pas atteinte à la concurrence, compte tenu, notamment, du caractère d'infrastructure essentielle des oléoducs et des changements induits par les restructurations en cours du secteur.

Les conditions d'utilisation de telles infrastructures, non duplicables par des concurrents et incontournables pour les clients, doivent, en effet, être établies selon des règles objectives, transparentes, non discriminatoires et en relation avec les coûts, assorti d'une surveillance particulière du traitement des utilisateurs.

Le contrôle des conditions d'utilisation de telles infrastructures est généralement confié à des autorités administratives indépendantes en charge de missions de régulation économique (voir, notamment, dans les secteurs des communications électroniques, de l'énergie et des transports).

Pour répondre à l'ensemble de ces préoccupations, sécuriser au mieux au plan juridique la réforme envisagée, et pouvoir envisager des changements de contrôle des oléoducs, l'Autorité estime nécessaire de prévoir, par la loi, une régulation reposant sur une autorité administrative indépendante. Dans ce cadre, il pourrait être décidé par exemple de confier le contrôle des conditions d'utilisation des oléoducs d'intérêt général à la Commission de régulation de l'énergie (CRE), qui exerce une mission analogue dans la filière gazière.

L'attribution du contrôle des oléoducs d'intérêt général à la CRE permettrait en outre à cette dernière d'avoir une vue d'ensemble sur le secteur de l'énergie.

¹ Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de l'avis numérotés ci-après.

I.	LE CONTEXTE ECONOMIQUE ET JURIDIQUE	5
A.	LA FILIÈRE PÉTROLIÈRE FRANÇAISE ET LA PLACE DES OLÉODUCS....	5
1.	À L'AMONT : L'IMPORTATION ET LA TRANSFORMATION	5
2.	À L'AVAL : LA DISTRIBUTION ET LA CONSOMMATION.....	6
3.	LA CHAÎNE INTERMÉDIAIRE DU TRANSPORT ET DU STOCKAGE	6
B.	LE CADRE JURIDIQUE ET INSTITUTIONNEL.....	10
1.	LES PRINCIPAUX TEXTES REGISSANT LE CONTRÔLE DES OLEODUCS	10
2.	LES INSTANCES DE CONTRÔLE.....	12
C.	LE CONTEXTE ÉCONOMIQUE : CONCENTRATIONS ET DÉSENGAGEMENT DE L'ÉTAT	12
1.	CONCENTRATION ECONOMIQUE AUTOUR DU LHP ET DU PMR	13
a)	Le LHP et l'opération « Pisto-Trapil »	13
b)	Le PMR et l'opération « SPMR-Ardian »	14
2.	CESSION DU DMM ENVISAGÉE PAR L'ÉTAT	14
3.	POLITIQUE ÉNERGÉTIQUE ET TRANSITION	15
II.	LE PROJET D'ARRÊTÉ	15
III.	ANALYSE CONCURRENTIELLE	17
A.	REMARQUES LIMINAIRES	17
B.	PRATIQUE DÉCISIONNELLE EUROPÉENNE ET NATIONALE RELATIVE AUX OLÉODUCS.....	19
1.	LA DÉLIMITATION DES MARCHÉS LIÉS AUX OLEODUCS.....	19
a)	Les marchés du transport : un marché pertinent par oléoduc.....	19
b)	Les marchés connexes du stockage.....	20
2.	LES STRUCTURES DE MARCHÉS ET LES RISQUES CONCURRENTIELS IDENTIFIÉS	21
a)	Les oléoducs sont susceptibles d'être considérés comme des facilités essentielles	21
b)	Les risques concurrentiels associés.....	23
C.	ANALYSE DU CONTRÔLE ACTUEL ET EN PROJET	25
1.	OBJECTIF, CONTENU ET MÉTHODE DU CONTRÔLE ACTUEL	25
2.	ÉVOLUTION RÉCENTE DU CONTRÔLE.....	27
3.	LE PROJET D'ARRÊTÉ PRÉVOIT UN CONTRÔLE RENFORCÉ MAIS INSATISFAISANT	28
a)	Sur le fond.....	29
b)	Sur la base légale.....	31
D.	RECOMMANDATIONS.....	33
	CONCLUSION.....	37

1. Par lettre du 8 janvier 2021, enregistrée sous le numéro 21/0001 A, l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») a été saisie, sur le fondement du deuxième alinéa de l'article L. 462-1 du code de commerce, par le ministre de l'économie, des finances et de la relance, d'un projet d'arrêté portant contrôle des oléoducs d'intérêt général par le ministre en charge de l'énergie.

2. L'article L. 462-1 du code de commerce dispose :

« L'Autorité de la concurrence peut être consultée par les commissions parlementaires sur les propositions de loi ainsi que sur toute question concernant la concurrence.

Elle donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Elle peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie territoriales, de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet et des présidents des observatoires des prix, des marges et des revenus des collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et des collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Wallis-et-Futuna et de Saint-Pierre-et-Miquelon, en ce qui concerne les intérêts dont ils ont la charge. ».

3. La lettre de saisine précise que le projet d'arrêté et la demande d'avis s'inscrivent dans le contexte suivant :

« Dans son communiqué de presse du 24 juillet 2020, prenant acte du retrait de l'opération de prise de contrôle exclusif de Trapil par Pisto, l'Autorité de la concurrence rappelait les risques concurrentiels élevés identifiés au terme de la procédure d'examen approfondi, que présentait cette opération sur les marchés du transport par oléoducs et du stockage de produits pétroliers raffinés. Le communiqué de presse de l'Autorité suggère à cet égard qu'une régulation sectorielle aurait permis la réalisation de cette opération.

Les acteurs économiques du secteur pétrolier ont alerté le Gouvernement sur les conséquences de l'échec de l'opération Pisto-Trapil, fortement susceptible de mettre un coup d'arrêt aux investissements dans le secteur des infrastructures pétrolières, entraînant une dépréciation de ces actifs.

De nombreuses opérations de cession d'actifs dans le secteur des infrastructures pétrolières, notamment les oléoducs, sont en cours ou envisagées : alors que ces infrastructures et leurs sociétés d'exploitation étaient historiquement détenues de façon collégiale par les opérateurs pétroliers qui en sont les principaux usagers, ces derniers procèdent à des cessions de leurs actifs, notamment en vue d'investir dans les énergies nouvelles, en ligne avec la politique de transition énergétique portée par le Gouvernement. Plusieurs opérations ont ainsi été portées devant l'Autorité de la concurrence : outre l'opération susvisée relative au rachat par Pisto des parts détenues par Total dans la société Trapil propriétaire de l'oléoduc "Le Havre-Paris" (LHP), a été notifié le rachat par Ardian des parts détenues par Eni dans la société SPMR propriétaire et exploitante de l'oléoduc "Pipeline Méditerranée-Rhône" (PMR). En outre, l'Etat a initié la vente de l'oléoduc "Donges-Melun-Metz" (DMM), vente qui doit être conclue avant le mois de février 2022, échéance de la convention d'exploitation en cours.

Dans ce contexte, le Gouvernement souhaite renforcer dans les plus brefs délais le contrôle des oléoducs d'intérêt général afin de supprimer les risques concurrentiels identifiés par l'Autorité au terme de la procédure d'examen approfondi de l'opération Pisto-Trapil, et ainsi permettre la réalisation des opérations susvisées. Il est en effet primordial de ne pas

obérer les investissements nécessaires à la sécurité de ces infrastructures et à leur adaptation aux enjeux de la transition énergétique.

Dans le cadre de l'opération Pisto-Trapil susvisée, les services d'instruction de l'Autorité ont notamment estimé que, dans le cas de prise de contrôle de telles infrastructures par un actionnaire majoritaire, le contrôle exercé actuellement par le ministre en charge de l'énergie ne permet pas de garantir l'absence de pratiques anticoncurrentielles, notamment des tarifs abusivement élevés. (...) La direction générale de l'Énergie et du Climat a élaboré un projet d'arrêté précisant les modalités d'application des dispositions de l'article 6 du décret n° 2012-615, dans le but de renforcer le contrôle exercé par le ministre en charge de l'énergie sur les tarifs d'accès aux oléoducs. »

I. Le contexte économique et juridique

A. LA FILIÈRE PÉTROLIÈRE FRANÇAISE ET LA PLACE DES OLÉODUCS

1. À L'AMONT : L'IMPORTATION ET LA TRANSFORMATION

4. La France importe par voie maritime la quasi-totalité des produits pétroliers consommés².
5. Le pétrole brut, qui représente près de 60 millions de tonnes par an, arrive en France par les ports de Marseille, du Havre et de Saint-Nazaire, avant d'être transporté par oléoduc (souvent désigné par l'anglicisme pipeline) vers l'une des sept raffineries françaises métropolitaines³, ou des lieux de dépôts.
6. Outre les essences et gazole vendus en station-service et en vrac, l'industrie pétrolière produit et commercialise différents types de produits, destinés aux particuliers et aux professionnels : notamment les carburants automobiles tels les supercarburants ou le gazole, les gaz de pétrole liquides (GPL, butane ou propane), les carburants aéronautiques tels le kérosène et les carburateurs, des produits intermédiaires tels le naphta, ou encore le fioul domestique et le fioul lourd.
7. Les produits finis sont transformés dans les raffineries ou importés (environ 40 millions de tonnes) ; dans ce second cas, les importations transitent principalement par voie maritime mais proviennent également de pays frontaliers, par voie routière, oléoduc ou voie fluviale (Belgique et Allemagne).
8. La production des raffineries françaises a diminué de 10 % en 2019 (à capacité de raffinage stable pour les sept raffineries en fonctionnement), entraînant une baisse de 8,7 points de

² Source DGEC et site Internet de la DGEC : <https://www.ecologie.gouv.fr/chaine-petroliere#e3>

³ Dans la région de Marseille : Fos-sur-Mer (Exxon Mobil) et Lavéra (Petroineos), en Basse-Seine : Gonfreville-L'Orcher (Total) et Port-Jérôme-Gravenchon (Exxon Mobil) ; enfin celles isolées de Total à Donges en Loire-Atlantique, et enclavées à Grandpuits, en région parisienne et Feyzin près de Lyon (source : site internet de la DGEC).

leur taux d'utilisation⁴. Cette baisse devrait s'amplifier en 2020, en raison de la crise sanitaire et de divers mouvements sociaux, liés notamment au projet de fermeture et de reconversion de la raffinerie Total de Grandpuits en Seine-et-Marne⁵.

2. À L'AVANT : LA DISTRIBUTION ET LA CONSOMMATION

9. En France, selon le Comité professionnel du pétrole (CPDP)⁶, la consommation pétrolière s'est stabilisée en 2019 à 73 millions de tonnes.
10. En ce qui concerne le carburant routier, qui constitue le premier débouché, la consommation de supercarburants en 2019 s'est accrue de 7,3 % en un an, alors que celle de gazole a diminué de 2,5 %.
11. Le réseau de distribution en France est constitué du réseau des stations-service des grandes et moyennes surfaces (GMS) et du réseau traditionnel, qui comprend les stations-service gérées par les filiales spécialisées dans la distribution des groupes pétroliers verticalement intégrés (tels que Total, Shell ou Eni) et des opérateurs indépendants (Avia et Dyneff).
12. Les GMS représentent 62,4 % des volumes de vente contre 37,6 % pour les réseaux traditionnels (66,8 % du total des ventes d'essence et 60,9 % du gazole) et leur part de marché a augmenté en 2018 (+0,9 point par rapport à 2017)⁷.

3. LA CHAÎNE INTERMÉDIAIRE DU TRANSPORT ET DU STOCKAGE

13. Entre l'importation et la production à l'amont, et la consommation et la distribution à l'aval, s'insère une chaîne de transport, de distribution et de stockage (210 sites en 2019⁸).
14. Avant le transport, les produits raffinés sont stockés initialement soit dans des grands dépôts d'importation, soit en sortie des raffineries.
15. Le transport massif des produits finis pétroliers s'effectue par différents modes : oléoducs (61 %), dont le réseau constitue la base du système de distribution français, voies navigables et cabotage maritime (22 %), route (12 %), rail (5 %)⁹. Le transport fluvial (la Seine, le Rhône et le Rhin) s'effectue par chalands et barges d'une capacité allant de 900 à

⁴ Source CPDP, rapport 2019.

⁵ Le Monde, 24 septembre 2020, « Total ferme la raffinerie et promet une plate-forme "zéro pétrole" ».

⁶ Le Comité professionnel du pétrole (CPDP) est un organisme représentatif fondé en 1950 qui a pour but de diffuser de l'information économique et statistique, d'assurer une veille réglementaire et de fournir des services mutualisés à la profession pétrolière. Il réunit une cinquantaine d'entreprises de la distribution de produits pétroliers, les membres de l'Union française des industries pétrolières, de l'Association des Indépendants du Pétrole (AIP), de la Fédération française des pétroliers indépendants, de l'Union des importateurs indépendants pétroliers, des filiales de compagnies, des indépendants non fédérés. Voir son rapport annuel 2019.

⁷ Source DGEC.

⁸ Source CPDP, rapport 2019.

⁹ Source DGEC.

2 600 tonnes. Quant au transport routier, il est assuré par des camions-citernes d'une capacité de 40 tonnes.

16. Les produits transportés sont soit livrés directement aux clients (lorsque ceux-ci se trouvent à proximité d'un terminal d'importation ou d'une raffinerie), soit stockés dans les dépôts de l'intérieur du pays, avant d'être réacheminés par transport routier vers la clientèle (stations-service, dépôts de « fioulistes », clients livrés en vrac).
17. Les oléoducs sont utilisés pour le transport massif du pétrole brut et des produits pétroliers raffinés des zones d'importation et de production vers les lieux de consommation¹⁰. Ces canalisations enterrées permettent des débits importants pouvant atteindre 5 000 tonnes par heure. Les oléoducs peuvent transporter soit du pétrole brut, soit des produits finis, soit marginalement les deux types de produits.
18. Les oléoducs de pétrole brut relient les dépôts d'importation aux raffineries. Les principaux sont :
 - **l'oléoduc sud-européen (ci-après « PSE »)**, qui, au départ du grand port maritime de Marseille, approvisionne les raffineries de Feyzin et de Cressier (Suisse). Le PSE est exploité par la société SPSE (au capital de laquelle figurent Total, Exxon Mobil, SPITP, Shell et BP notamment)¹¹ ;
 - **l'oléoduc Antifer-Le Havre**, qui transporte du pétrole brut du port d'Antifer au dépôt de la CIM (Compagnie Industrielle Maritime SNC, filiale de Pisto¹²), situé au Havre ; le produit est ensuite acheminé jusqu'aux raffineries de la Basse-Seine.
19. Les oléoducs de produits finis approvisionnent les dépôts de distribution. La France en compte quatre (par ordre décroissant de volume transportés, cf. tableau ci-après¹³) :
 - **l'oléoduc Le Havre-Paris (ci-après « LHP »)**, un complexe de 1 376 km, qui alimente la région Île-de-France et les aéroports parisiens et dessert également les zones de Caen et d'Orléans-Tours. Le LHP est détenu et exploité par la Société des Transports Pétroliers par Pipeline Trapil (ci-après « Trapil », dont le capital est détenu notamment par Pisto, Total Marketing France et Esso) ;
 - **l'oléoduc Méditerranée Rhône (ci-après « PMR »)**, d'une longueur de 762 km, qui alimente la région lyonnaise, la Côte-d'Azur et la Suisse (Genève) à partir de Fos-sur-Mer. Le PMR est exploité par la société SPMR (dont le capital est détenu par Transport Stockage Énergies, Trapil, Esso et ENI)¹⁴ et, par délégation, par Trapil au titre d'un contrat de prestations de gestion industrielle signé avec SPMR¹⁵ ;
 - **l'oléoduc de défense commune (ci-après « ODC »)**, qui représente la partie française du *Central Europe Pipeline System* (CEPS) de l'Organisation du traité de

¹⁰ Source DGEC.

¹¹ Site Internet de SPSE : <https://www.spse.fr/> .

¹² Rapport annuel de Trapil pour 2019, p. 89 : https://www.trapil.com/_pdf/trapil-rapport-annuel.pdf .

¹³ Source CPDP, rapport 2019.

¹⁴ Site Internet de SPMR : <https://www.spmr.fr/activite-histoire-et-gouvernance.php#gouvernance> .

¹⁵ Rapport annuel de Trapil pour 2019 précité, mentionnant ce contrat et le chiffre d'affaires réalisé en application.

l'Atlantique Nord (OTAN), et s'étend en France sur 2 260 km. Bien qu'il soit construit et exploité à des fins militaires, cet oléoduc assure de manière prépondérante des transports civils de produits pétroliers (plus de 85 % du trafic total). L'ODC est géré par le service de l'énergie opérationnelle (SEO) du ministère des armées et le service national des oléoducs interalliés (SNOI), et son exploitation commerciale est confiée à Trapil ;

- **l'oléoduc Donges-Melun-Metz (ci-après « DMM »)**, long de 627 km, qui traverse la France d'ouest en est, du port de Donges près de Saint-Nazaire en Loire-Atlantique à Saint-Baussant en Meurthe-et-Moselle, et qui alimente la région du Mans et l'est de la France. Le DMM est relié au LHP et à l'ODC. Cette installation, aux finalités initialement militaires, est actuellement propriété de l'État et son exploitation est confiée par décret¹⁶ à la société SFDM (filiale à 95 % de Bolloré Energy¹⁷).

20. Les types de produits finis transportés varient d'un oléoduc à l'autre : carburants automobiles ou aéronautiques, produits intermédiaires, fioul domestique, etc. Le LHP, qui alimente les deux aéroports parisiens, et l'ODC, qui dessert de nombreuses plates-formes aéronautiques à l'étranger, sont caractérisés par le volume important de carburéacteur transporté.
21. En 2019, les trafics en tonnes et tonnes-kilomètres de ces quatre oléoducs étaient en hausse par rapport aux années précédentes¹⁸.

Tableau des trafics sur cinq ans des principaux oléoducs de produits finis

■ TRAFIC EN TONNES ET TONNES-KILOMÈTRES

(Unités : 10³ t et 10⁶ t.km)

	2015	2016	2017	2018	2019	Var. (%) 2019/2018
LE HAVRE - PARIS (complexe TRAPIL 1 376 km) (d)						
Tonnes transportées	18 919	18 276	18 797	18 858	19 035	+ 0,9
Tonnes-kilomètres dans les deux sens	3 715	3 617	3 613	3 593	3 711	+ 3,3
MÉDITERRANÉE - RHÔNE (762 km) (d)						
Tonnes transportées *	9 518	10 056	9 190	9 030	9 486	+ 5,1
Tonnes-kilomètres	2 012	2 048	1 976	1 905	2 080	+ 9,2
DONGES-MELUN-METZ (627 km)						
Tonnes transportées	2 661	2 563	2 528	2 518	2 776	+ 10,3
Tonnes-kilomètres	599	510	552	551	779	+ 30,5
O.D.C. (Oléoducs de Défense Commune)**						
Tonnes transportées	3 422	3 370	3 617	3 821	3 999	+ 4,7
Tonnes-kilomètres	1 646	1 584	1 601	1 873	1 996	+ 6,6

(a) Non compris 10 km en territoire suisse, propriété de la SAPPRO.
 (b) Fiouls lourds.
 (c) Oléoduc mixte pétrole brut et gazole.
 (d) Longueur totale du réseau.

Sources : Trapil, SFDM, SPMR et SNOI.

*Y compris trafic local de proximité Méditerranée.

**Trafic civil.

(source : CPDP, 2019)

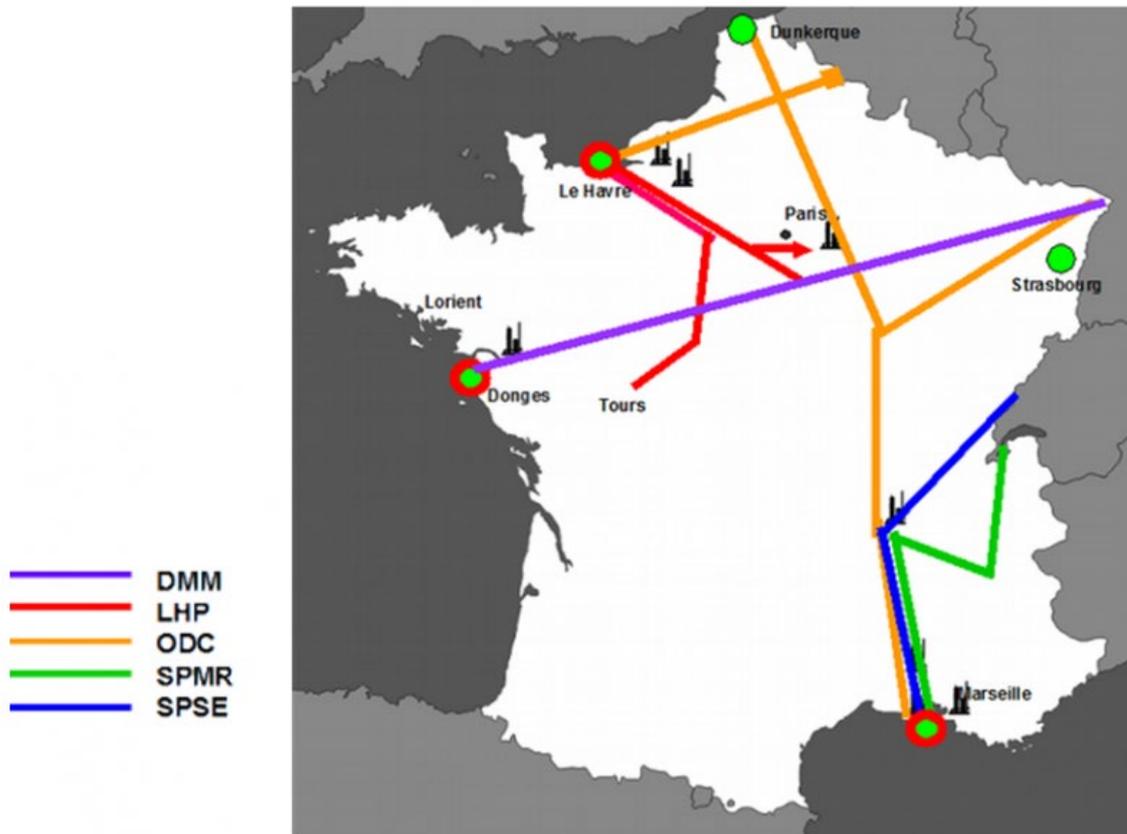
¹⁶ Voir le décret du 24 février 1995 confiant l'exploitation du système d'oléoduc Donges-Melun-Metz à la Société française Donges-Metz, modifié par le décret n° 2020-123 du 14 février 2020, qui a prolongé de deux ans la durée d'exploitation (cf. infra § 47).

¹⁷ Site Internet de Bolloré Energy : <https://www.bolloré-energy.com/logistique/pipeline.html>.

¹⁸ Source : CPDP, rapport 2019.

22. Quelques oléoducs transportent à la fois du pétrole brut et des produits finis :
- **Le pipeline d'Île-de-France (PLIF)**, qui approvisionne la raffinerie Total de Grandpuits (sud-est de Paris) à partir du port du Havre ;
 - **Les oléoducs entre Fos et Manosque (PSM et GSM)**, qui transportent du pétrole brut ou des produits raffinés entre le Grand port maritime de Marseille et les cavités souterraines de Manosque, où opère notamment le stockiste Géosel¹⁹.
23. La carte ci-après présente le tracé des cinq plus importants oléoducs de France : les quatre oléoducs de produits finis et l'un des oléoducs de pétrole brut, le PSE.

Carte des principaux pipelines de France



(source : DGEC)

24. Actuellement, ces infrastructures et leurs sociétés d'exploitation sont, à l'exception de l'ODC, détenues conjointement par plusieurs entreprises, parmi lesquelles des opérateurs pétroliers, qui en sont les principaux usagers.

¹⁹ Site Internet de Géosel : <http://www.geosel.fr/fr/>.

B. LE CADRE JURIDIQUE ET INSTITUTIONNEL

25. Les quatre oléoducs objets de la présente réforme sont des oléoducs d'intérêt général au sens des articles L. 555-1 et suivants du code de l'environnement et L. 632-1 et suivants et R. 632-1 et suivants du code de l'énergie²⁰. Ils sont régis par un ensemble de textes diversifiés et anciens, propres à chaque infrastructure : lois de finances et ordinaire et décrets d'application, prévoyant leur édification, leurs modalités d'exploitation et les statuts des sociétés commerciales créées à ces fins.

1. LES PRINCIPAUX TEXTES REGISSANT LE CONTROLE DES OLEODUCS

26. L'ordonnance n° 2010-418 du 27 avril 2010 harmonisant les dispositions relatives à la sécurité et à la déclaration d'utilité publique des canalisations de transport de gaz, d'hydrocarbures et de produits chimiques, a, d'une part, simplifié les dispositions réglementaires applicables aux divers types de canalisations, qui relevaient auparavant de treize décrets différents, en regroupant la plupart de ces textes dans un chapitre du code de l'environnement (articles L. 555-1 et suivants, R. 555-2 et suivants), et, d'autre part, modernisé le régime juridique applicable à ces installations (règles d'autorisations de construction et d'exploitation, déclarations d'utilité publique, utilisation du domaine public, etc.).
27. Les « *canalisations de transport d'hydrocarbures liquides ou liquéfiés qui présentent un intérêt général parce qu'elles contribuent à l'approvisionnement énergétique national ou régional au sens de l'article L. 555-25 du code de l'environnement* » sont régies, pour partie, par le code de l'environnement, et, pour partie, par l'article 6 du décret n° 2012-615 du 2 mai 2012 relatif à la sécurité, l'autorisation et la déclaration d'utilité publique des canalisations de transport de gaz, d'hydrocarbures et de produits chimiques²¹, pris sur le fondement, notamment, de l'article L. 632-2 du code de l'énergie, qui dispose : « *Un décret en Conseil d'État précise les modalités du contrôle technique et financier de l'État sur les sociétés exploitant des canalisations de transport d'hydrocarbures ainsi que les conditions tarifaires de transport.* »
28. L'article 6 dispose, dans sa version initiale :

« Les canalisations de transport d'hydrocarbures liquides ou liquéfiés qui présentent un intérêt général parce qu'elles contribuent à l'approvisionnement énergétique national ou régional au sens de l'article L. 555-25 du code de l'environnement sont soumises aux dispositions du chapitre V du titre V du livre V du code de l'environnement et aux dispositions complémentaires suivantes. Les II, IV, V et VI du présent article s'appliquent

²⁰ En particulier, l'article L. 555-25 du code de l'environnement dispose : « *I. — Lorsque la construction et l'exploitation d'une canalisation de transport présentent un intérêt général parce qu'elles contribuent à l'approvisionnement énergétique national ou régional, ou à l'expansion de l'économie nationale ou régionale, ou à la défense nationale, et lorsque le demandeur de l'autorisation en fait la demande, les travaux correspondants peuvent être déclarés d'utilité publique. [...]* ». L'article R. 632-1 du code de l'énergie prévoit : « *les canalisations de transport d'hydrocarbures liquides ou liquéfiés qui présentent un intérêt général parce qu'elles contribuent à l'approvisionnement énergétique national ou régional au sens de l'article L. 555-25 du code de l'environnement sont soumises aux dispositions du chapitre V du titre V du livre V du code de l'environnement et aux dispositions du présent chapitre.* »

²¹ Modifié par le décret n° 2015-1823 du 30 décembre 2015 relatif à la codification de la partie réglementaire du code de l'énergie.

également aux canalisations d'intérêt général dont la date du décret d'autorisation est antérieure à la date de publication du présent décret.

I. — Si la demande d'autorisation de construction et d'exploitation d'une canalisation de transport nouvelle est présentée au nom d'une société déjà constituée, le dossier de demande prévu à l'article R. 555-8 du code de l'environnement est complété par les statuts et la liste des actionnaires ou associés de la société pétitionnaire détenant plus de 1 % du capital social, avec l'indication du nombre de titres détenus par chacun d'eux.

II. — La société bénéficiaire de l'autorisation informe le ministre chargé de l'énergie au préalable de tout changement de personne ou de tout projet qui serait susceptible, notamment au moyen d'une nouvelle répartition de titres, d'amener une modification de son contrôle ou de modifier ses droits et obligations à l'égard des tiers. Le ministre peut lui signifier, dans les deux mois, que la réalisation de ces mesures est incompatible avec le maintien de l'autorisation accordée.

III. — Les statuts du bénéficiaire sont approuvés par l'arrêté d'autorisation. Ils comportent l'institution de commissaires du Gouvernement auprès de la société, dès lors que le ministre chargé de l'énergie estime leur présence nécessaire pour assurer le respect de l'intérêt général. Les statuts fixent, dans ce cas, les pouvoirs des commissaires du Gouvernement, lesquels peuvent notamment s'opposer à toute décision de la société contraire à la politique générale du Gouvernement en matière d'énergie.

IV. — Les dispositions des statuts de la société bénéficiaire de l'autorisation relatives aux commissaires du Gouvernement peuvent être approuvées par arrêté du ministre chargé de l'énergie, sous réserve qu'elles ne modifient pas son régime juridique ni son objet ni les règles relatives au transfert de propriété ou de contrôle de son capital.

V. — Les dispositions prises par le bénéficiaire au début de l'exploitation, concernant les tarifs d'accès à ses canalisations, sont soumises au contrôle du ministre chargé de l'énergie, deux mois avant leur mise en vigueur. Toute modification ultérieure fait l'objet d'une déclaration motivée au ministre chargé de l'énergie, un mois au moins avant sa mise en vigueur.

Pendant ces délais, le ministre chargé de l'énergie peut faire opposition aux mesures proposées. [...] »

29. En application du premier alinéa de l'article 6 susvisé²², qui précise que les « *II, IV, V et VI du présent article s'appliquent également aux canalisations d'intérêt général dont la date du décret d'autorisation est antérieure à la date de publication du présent décret* », les oléoducs LHP, PMR, DMM et PSE relèvent de ces dispositions.
30. L'article 6 du décret n° 2012-615 précité soumet ainsi, pour l'essentiel, les sociétés bénéficiaires d'une autorisation de construction et d'exploitation de ces oléoducs à quatre types de contrôle :
- un contrôle du ministre en charge de l'énergie sur les changements de capital et de contrôle de la société, assorti d'un droit d'opposition (II) ;
 - un contrôle du commissaire du Gouvernement auprès de la société qui peut « *notamment s'opposer à toute décision de la société contraire à la politique générale du gouvernement en matière d'énergie* » (III) ;

²² Dans sa version initiale.

- un contrôle du ministre en charge de l'énergie des statuts et donc du fonctionnement de la société (III et IV) ;
- un contrôle du ministre en charge de l'énergie sur la fixation initiale et les modifications ultérieures des tarifs d'accès aux canalisations, caractérisé par un droit d'opposition (V).

2. LES INSTANCES DE CONTROLE

31. Aux termes du décret n° 2008-680 du 9 juillet 2008 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, le contrôle des oléoducs d'intérêt général incombe à la direction générale de l'énergie et du climat (ci-après « DGEC ») du ministère de la Transition écologique²³, au sein de laquelle la sous-direction de la sécurité d'approvisionnement et nouveaux produits énergétiques élabore et met en œuvre la politique destinée à assurer la sécurité et la compétitivité de l'approvisionnement de la France en énergie.
32. Selon les éléments transmis par la DGEC, cette sous-direction assure « *le bon fonctionnement des marchés de l'énergie (électricité, gaz, pétrole) dans des conditions économiquement compétitives et respectueuses de l'environnement* ». Elle comporte le service national des oléoducs interalliés, également rattaché au ministère des armées, ainsi que trois bureaux, dont l'un (le bureau 2 C) est chargé des questions relatives à la logistique pétrolière et aux carburants alternatifs (biocarburants).
33. Quatre agents de ce bureau assurent habituellement le contrôle des oléoducs, parmi d'autres fonctions. L'un d'entre eux exerce les fonctions de commissaire du Gouvernement auprès des opérateurs concernés, en application du III de l'article 6 du décret précité.

C. LE CONTEXTE ÉCONOMIQUE : CONCENTRATIONS ET DÉSENGAGEMENT DE L'ÉTAT

34. Comme l'indique la saisine, la réforme envisagée s'inscrit dans un contexte économique particulier, marqué par deux projets d'opérations de concentration concernant des oléoducs d'intérêt général (1), le projet de désengagement de l'État d'un troisième (2), sur fond de transition en matière de politique énergétique (3).

²³ La direction générale de l'énergie et du climat a pour mission « *d'élaborer et de mettre en œuvre la politique relative à l'énergie, aux matières premières énergétiques, ainsi qu'à la lutte contre le réchauffement climatique et la pollution atmosphérique* ». En son sein, la direction de l'énergie « *élabore et met en œuvre la politique destinée à assurer la sécurité de l'approvisionnement de la France en énergie et en matières premières énergétiques. Elle assure le bon fonctionnement des marchés finals de l'énergie, dans des conditions économiquement compétitives et respectueuses de l'environnement et des enjeux liés au changement climatique. (...) Elle élabore et met en œuvre notamment la politique concernant les aspects techniques et la sécurité des installations pétrolières de production, de transport et de stockage* » (voir le décret n° 2008-680 du 9 juillet 2008 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, notamment son article 4).

1. CONCENTRATION ECONOMIQUE AUTOUR DU LHP ET DU PMR

a) Le LHP et l'opération « Pisto-Trapil »

35. Trapil a été créée à l'initiative du gouvernement et de plusieurs compagnies pétrolières, par la loi n° 49-1060 du 2 août 1949 relative à la construction d'un pipe-line entre la Basse-Seine et la région parisienne et à la création d'une société des transports pétroliers par pipe-lines. À l'origine, Trapil était une société d'économie mixte, avec deux catégories d'actionnaires :
 - des actionnaires publics, l'État, le port autonome du Havre et la Compagnie française des raffinages, qui était alors contrôlée par l'État ;
 - des actionnaires privés, raffineurs et distributeurs de pétrole.
36. L'article 5 de la loi n° 49-1060 précitée prévoyait qu'entre 51 et 55 % du capital social de Trapil appartenaient aux actionnaires publics, dont 31 % à l'État. Si la composition de l'actionnariat a évolué depuis, avec le retrait notable de l'État en 1995, autorisé par l'article 23 de la loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation, abrogeant l'article 5 de la loi n° 49-1060 précitée, Trapil n'a jamais été contrôlée exclusivement ou conjointement par un opérateur.
37. Le groupe Pisto, premier groupe indépendant français de stockage et de services en matière de logistique pétrolière, a notifié le 5 novembre 2019 à l'Autorité son projet d'acquisition de la société Trapil, qui détient et exploite le LHP, premier oléoduc de produits finis en termes de volumes (cf. supra § 19).
38. L'opération envisagée consistait en un rachat par le groupe Pisto de 30 % des parts de capital détenues dans la société Trapil par Total (qui devait en conserver 5,5 %). Elle conduisait à ce que l'infrastructure soit « contrôlée », au sens du droit des concentrations, par le groupe Pisto.
39. L'Autorité a ouvert, le 11 décembre 2019²⁴, une phase d'examen approfondi (dite de « phase 2 ») de l'opération, au regard, ainsi que précisé dans le communiqué de presse annonçant le passage en phase 2, de ses effets horizontaux et verticaux possibles sur la dynamique concurrentielle des marchés affectés, « *notamment sur les clients des services de transport de produits pétroliers : tarifs, maintien de la qualité et de la desserte, etc.* ».
40. L'Autorité a indiqué étudier particulièrement « *les risques de hausse de prix du transport des produits pétroliers par l'oléoduc* » que l'opération pouvait entraîner, compte tenu notamment du fait que « *à la différence de la plupart des réseaux de transport ou d'énergie, cet oléoduc n'est pas soumis au contrôle d'un régulateur sectoriel en France* ».
41. Par ailleurs, compte tenu de la présence du groupe Pisto sur les marchés liés du stockage de produits pétroliers de part et d'autre de l'oléoduc (dépôts d'importation et de distribution, en régions Normandie et Ile-de-France), l'Autorité a indiqué qu'elle s'attacherait à déterminer le « *risque de pratiques discriminatoires, visant à favoriser ses propres dépôts au détriment de ceux de ses principaux concurrents (Bolloré, Rubis...)* en particulier au regard de la

²⁴ Communiqué de presse accessible sur le site Internet de l'Autorité : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-de-la-concurrence-ouvre-une-phase-dexamen-approfondi-dans-le-l>.

tendance baissière du marché du transport d'hydrocarbures en France et des prévisions de trafic à moyen terme ».

42. À la fin du mois de juillet 2020, la société Pisto, informée par l'Autorité que celle-ci s'apprêtait à interdire l'opération, a annoncé le retrait de l'opération. Par un communiqué de presse du 24 juillet 2020²⁵, l'Autorité, tout en prenant acte de cette décision, a souligné que l'opération aurait présenté des risques concurrentiels élevés, aussi bien sur le marché du transport que sur les marchés du stockage de produits raffinés.

b) Le PMR et l'opération « SPMR-Ardian »

43. La SPMR a été autorisée à construire et à exploiter le PMR par le décret du 8 mai 1967 autorisant la construction et l'exploitation d'une conduite d'intérêt général destinée au transport d'hydrocarbures liquides. Elle a été constituée sous forme de société anonyme détenue par ses utilisateurs, auprès de laquelle le ministre chargé des carburants et le ministre chargé des transports devaient désigner, chacun, un commissaire du Gouvernement (article 6 du décret du 8 mai 1967 précité).
44. Malgré le retrait d'actionnaires-utilisateurs historiques, tels que BP, Shell ou Total, le capital de la SPMR est, aujourd'hui encore, réparti entre plusieurs actionnaires, dont certains utilisateurs du PMR, tels que Esso et ENI, sans qu'aucun ait le contrôle exclusif ou conjoint de la société.
45. Ardian, groupe français qui gère et conseille des fonds d'investissement ayant des participations dans de nombreuses sociétés à travers le monde, déjà actif sur le marché de la fourniture de services de stockage de produits pétroliers avec la société Géosel-Manosque, a notifié à l'Autorité, le 14 septembre 2020, son projet d'acquisition de la SPMR (cf. supra, § 19).
46. Dans le cadre de l'examen du dossier et à la suite d'une première consultation des acteurs du marché, l'Autorité a estimé nécessaire d'ouvrir une phase d'examen approfondi, le 8 décembre 2020²⁶. L'opération est en cours d'instruction.

2. CESSIION DU DMM ENVISAGEE PAR L'ÉTAT

47. Le DMM a été construit entre 1954 et 1956 par l'armée américaine, sur le fondement d'un accord franco-américain de 1953, notamment pour assurer l'approvisionnement en produits pétroliers raffinés des troupes basées dans l'Est de la France et en Allemagne. Il est la propriété de l'État, depuis sa cession par les États-Unis en 1994.
48. Le décret du 24 février 1995 confiant l'exploitation du système d'oléoduc Donges-Melun-Metz et de ses installations annexes à la SDFM, société anonyme de droit français dont le capital est, à ce jour, détenu à 95,05 % par Bolloré Energy et certaines sociétés affiliées, et

²⁵ Communiqué de presse accessible sur le site Internet de l'Autorité : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/oleoducs-lautorite-prend-acte-du-retrait-de-loperation-de-prise-de-contrôle>.

²⁶ Communiqué de presse sur le site Internet de l'Autorité, accessible [ici](#) sur le site de l'Autorité.

à 4,95 % par le Grand Port Maritime de Nantes-Saint-Nazaire, est entré en vigueur le 1^{er} mars de la même année. Le droit d'exploitation a été consenti pour une durée de 25 ans.

49. L'État envisage de céder l'oléoduc DMM et ses installations annexes, y compris militaires, et a publié le 7 septembre 2020 un appel d'offres à cette fin²⁷, prévoyant comme date limite de réponse le 12 octobre 2020. Après accord entre l'État et les actionnaires de la SFDM, la cession inclut également la société SFDM, exploitante de l'oléoduc.
50. Afin d'assurer la continuité de l'exploitation jusqu'à la cession, le décret n° 2020-123 du 14 février 2020 modifiant le décret du 24 février 1995 précité a prolongé de deux ans la durée de la convention d'exploitation dont bénéficie la SFDM, jusqu'au 28 février 2022²⁸.
51. [...].

3. POLITIQUE ENERGETIQUE ET TRANSITION

52. Les pouvoirs publics ont adopté en fin d'année 2020 une nouvelle version de la stratégie nationale bas-carbone, « *feuille de route de la France pour lutter contre le changement climatique* »²⁹. Ce document relève, notamment, que le secteur des transports est le premier secteur émetteur de gaz à effet de serre en France (30 % des émissions nationales en 2015) et vise, partant, une réduction de 28 % des émissions en 2030 par rapport à 2015 et une décarbonation complète des transports à l'horizon 2050³⁰.
53. Durant l'instruction du présent avis, la DGEC et la plupart des acteurs ont insisté sur la nécessité de prendre en considération, dans la définition des modalités de contrôle des oléoducs, les implications de cette stratégie, et notamment la phase de transition annoncée, la réduction déjà sensible des débouchés et la nécessité de financer des évolutions technologiques et des investissements dans les réseaux et infrastructures de stockage³¹.

II. Le projet d'arrêté

²⁷ Communiqué de la DGEC relatif à son appel d'offres [ici](#) sur le site du ministère.

²⁸ L'exposé des motifs du [décret n° 2020-123 du 14 février 2020](#) indique ainsi : « *La convention susvisée arrivant à son terme initial le 29 février 2020, l'Etat envisage de déclasser le système d'oléoduc Donges-Melun-Metz de son domaine public et de le céder dans le cadre d'un appel d'offres. L'Etat et les actionnaires de la SFDM envisagent la cession concomitante des actions de la SFDM au lauréat de l'appel d'offres de l'Etat et de la propriété du système d'oléoduc Donges-Melun-Metz à la SFDM. Dans ce contexte, l'Etat, Bolloré Energy et la SFDM ont conclu un protocole en date du 18 décembre 2019 pour définir les termes et conditions de la cession des actions de la SFDM. Afin d'assurer la continuité sociale, juridique, opérationnelle et commerciale de l'exploitation du système d'oléoduc Donges-Melun-Metz jusqu'à la réalisation de sa cession dans les conditions décrites au paragraphe précédent, l'Etat a décidé de prolonger la convention susvisée pour une durée de deux ans selon les termes et conditions décrits au présent avenant.* »

²⁹ Site Internet de la DGEC : <https://www.ecologie.gouv.fr/strategie-nationale-bas-carbone-snbc>.

³⁰ La réalisation de cet objectif suppose une diminution annuelle moyenne des émissions de 3,8 Mt CO₂ eq/an entre 2015 et 2050, alors qu'en moyenne annuelle, ces dernières ont progressé de 0,5Mt CO₂ eq/an entre 1990 et 2015, et ont diminué de seulement 0,8 Mt CO₂ eq/an sur la période la plus récente 2005-2015.

³¹ Contributions de divers acteurs au test de marché.

54. Le projet d'arrêté soumis à l'avis de l'Autorité vise, outre le décret n° 2012-615 précité, les textes d'autorisation de construction et d'exploitation régissant quatre oléoducs :
- la loi n° 49-1060 du 2 août 1949 précitée, relative au LHP et à la société Trapil ;
 - le décret du 14 octobre 1959 autorisant la construction et l'exploitation d'une conduite d'intérêt général destinée au transport d'hydrocarbures liquides, relatif au PSE et à la société SPSE ;
 - le décret du 8 mai 1967 précité, relatif au PMR et à la société SPMR ;
 - le décret du 26 mars 1954 autorisant la société Trapil à construire l'oléoduc Donges-Melun-Metz, relatif au DMM.
55. Selon l'article 1^{er} du projet d'arrêté, le commissaire du Gouvernement « *veille au respect de l'intérêt général, et peut s'opposer à toute décision de la société qui soit contraire à la politique générale du Gouvernement en matière d'énergie. À ce titre, il veille notamment au maintien de l'intégrité des infrastructures, et à l'équité de traitement entre les opérateurs* ».
56. L'article 2 prévoit les règles de participation du commissaire du Gouvernement au fonctionnement des sociétés d'exploitation concernées :
- « Le commissaire du Gouvernement assiste aux séances du Conseil d'Administration des sociétés en charge de l'exploitation d'un oléoduc d'intérêt général. Il peut assister aux assemblées générales ordinaires et extraordinaires ainsi qu'aux séances des comités consultatifs qui seraient créés conformément aux lois en vigueur.*
- Les convocations aux assemblées générales et aux séances du Conseil d'Administration lui sont adressées, accompagnées des ordres du jour, en même temps qu'aux autres personnes intéressées.*
- Les convocations aux séances des comités lui sont envoyées dans les mêmes conditions, sur sa demande. Il peut demander au Conseil d'Administration une seconde délibération dès lors qu'il l'estime utiles. »*
57. L'article 3 confère au commissaire du Gouvernement le droit d'exiger la tenue de réunions d'échange avec la société concernée s'il l'estime nécessaire :
- « Le commissaire du Gouvernement peut demander une réunion d'échange avec un représentant d'une société en charge de l'exploitation d'un oléoduc d'intérêt général dès lors qu'il l'estime nécessaire. Les sociétés en charge de l'exploitation d'un oléoduc d'intérêt général sont tenues d'effectuer cette réunion dans la semaine qui suit la demande du commissaire du Gouvernement.*
- Le compte rendu de cet échange fait l'objet d'un procès-verbal. »*
58. L'article 4 définit l'étendue et les modalités du contrôle tarifaire en matière de transport exercé par le ministre en charge de l'énergie, après avis du commissaire du Gouvernement :
- « Toute modification de la grille tarifaire en matière de transport des sociétés en charge de l'exploitation d'un oléoduc d'intérêt général fait l'objet d'une déclaration motivée au ministre en charge de l'énergie par l'intermédiaire du commissaire du Gouvernement, un mois au moins avant sa mise en vigueur. Le commissaire du Gouvernement rend alors son avis sur ce projet de modification au ministre en charge de l'énergie. Le ministre en charge de l'énergie peut faire opposition aux mesures proposées dans le mois qui suit la réception de la déclaration motivée lorsque les évolutions tarifaires envisagées ne reflètent pas l'évolution des coûts supportés par l'opérateur et une rémunération raisonnable de son*

activité, ou lorsqu'elles sont susceptibles de remettre en cause le maintien de l'intégrité des infrastructures ou l'équité de traitement entre les opérateurs. »

59. L'article 5 du projet d'arrêté précise :

« La déclaration motivée devra nécessairement contenir le bilan de la société, le compte d'exploitation général et le compte de pertes et profits présentant les dépenses et les recettes de toute nature de l'année, ainsi que tous les autres documents permettant au commissaire du Gouvernement d'évaluer les propositions de modification de la grille tarifaire. »

60. Enfin, l'article 6 prévoit :

« Les prérogatives du commissaire du Gouvernement fixées par le présent arrêté sont détaillées dans les statuts des sociétés en charge de l'exploitation d'un oléoduc d'intérêt général. »

61. Le dispositif envisagé repose donc sur les mêmes autorités de contrôle qu'actuellement : le ministre en charge de l'énergie et le commissaire du Gouvernement auprès des sociétés d'exploitation désigné par ses soins. La désignation d'un commissaire du Gouvernement est toutefois désormais systématique³² et des précisions sont apportées quant à la nature, l'étendue et les modalités du contrôle exercé par ses soins ainsi que par le ministre en charge de l'énergie.

III. Analyse concurrentielle

A. REMARQUES LIMINAIRES

62. Il résulte des termes mêmes de la saisine du ministre de l'économie, des finances et de la relance que la question centrale posée à l'Autorité est celle de savoir si, et dans quelle mesure, un contrôle ou une régulation adapté(e) peut prévenir les risques concurrentiels liés aux changements de contrôle projetés pour les oléoducs concernés et favoriser l'autorisation d'opérations de concentration et si, partant, le projet d'arrêté transmis pour avis est un instrument susceptible de répondre, en la forme et au fond, à ces préoccupations.

63. Dans un autre contexte, une analyse similaire a été conduite par l'Autorité dans sa décision n° 16-DCC-167 du 31 octobre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Aéroports de Lyon par la société Vinci Airports³³. L'Autorité avait écarté un risque d'atteinte à la concurrence sur le marché des services d'utilisation des infrastructures aéroportuaires pouvant résulter de la cession d'Aéroports de Lyon par les pouvoirs publics, au regard de

³² Actuellement, le décret du 6 mai 2012 dispose que l'institution de commissaires du Gouvernement n'est prévue que si le ministre en charge de l'énergie « estime leur présence nécessaire pour assurer le respect de l'intérêt général ». Les textes régissant spécifiquement le LHP, le PMR et le DMM, toujours en vigueur, prévoient la désignation d'un commissaire du Gouvernement, sans plus de précision. Le texte régissant le SPSE ne comporte aucune disposition en ce sens.

³³ Ici [le lien vers la décision](#).

l'encadrement légal et réglementaire appliqué aux redevances aéroportuaires³⁴, et du contrôle opéré par l'Autorité de supervision indépendante (ASI), alors rattachée au Conseil général de l'environnement et du développement rural (CGEDD)³⁵. L'Autorité avait notamment relevé l'existence d'une régulation tarifaire de nature à garantir une concurrence non-fauscée entre transporteurs et l'absence de tarifs excessifs, ainsi que l'effectivité du contrôle exercé par l'ASI, cette instance ayant, en particulier, refusé à plusieurs reprises d'homologuer les redevances demandées par des gestionnaires d'aéroports (paragraphe 61 à 68). L'opération a été, au terme de cet examen, autorisée par l'Autorité sous réserve d'un engagement comportemental.

64. En l'espèce, avant de procéder à une telle analyse concurrentielle, il convient d'apporter quelques précisions.
65. Tout d'abord, il est important de souligner que si l'Autorité peut, dans l'exercice de sa fonction consultative, formuler des recommandations à l'égard des pouvoirs publics, il ne lui appartient pas de se prononcer ni sur les éventuels problèmes de concurrence soulevés par les opérations de concentration ou de privatisation en cours ou envisagées, ni sur le point de savoir si telle ou telle pratique d'un opérateur serait contraire au droit de la concurrence.
66. Plus particulièrement, l'appréciation éventuelle portée par l'Autorité sur les marchés concernés par l'avis ne saurait préjuger ni de la détermination des marchés en cause ou des marchés affectés qui serait faite, au terme d'une appréciation concrète propre au cas d'espèce, à l'occasion du contrôle d'une opération de concentration ou de l'examen d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles, ni, par définition même, des conséquences qui pourraient en résulter.
67. Par ailleurs, il convient de rappeler que le droit de la concurrence, qu'il soit de source européenne ou nationale, est neutre par rapport à la propriété publique ou privée des entreprises. En particulier, l'article 345 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que « [l]es traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres », tandis que son article 106, paragraphe 1, précise : « Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus ». Pour sa

³⁴ Mécanisme de régulation des niveaux de redevances issu de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports et du décret du 20 juillet 2005 relatif aux redevances pour services rendus sur les aéroports. Il s'agit d'un cadre complet et précis de fixation des différents types de redevances, de leur fixation et de leurs évolutions. Cette régulation repose notamment sur la conclusion d'un contrat pluriannuel de régulation économique entre les sociétés concessionnaires aéroportuaires et l'État, ainsi que de pouvoirs d'avis conforme et d'opposition.

³⁵ L'ASI a initialement été représentée par la direction du transport aérien de la direction générale de l'aviation civile (DGAC) lors de la transposition de la directive en droit français par le décret du 23 décembre 2011. Elle a vu son statut évoluer, à la suite d'une décision du Conseil d'État du 29 avril 2015, pour éviter que la direction du transport aérien soit à la fois une autorité de régulation et une administration de tutelle ou de contrôle des sociétés exploitantes d'aéroports. Le décret du 23 juin 2016 relatif aux redevances aéroportuaires a modifié le code de l'aviation civile pour créer une nouvelle autorité, placée auprès du vice-président du Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) du ministère de la transition écologique et solidaire afin d'en garantir l'indépendance. Le décret du 30 octobre 2017 relatif à l'autorité de supervision indépendante des redevances aéroportuaires a renforcé l'indépendance de l'ASI et a étendu sa compétence aux systèmes d'aérodromes. Pour finir, par l'ordonnance n° 2019-761 du 24 juillet 2019 relative au régulateur des redevances aéroportuaires, le législateur a confié le contrôle des redevances aéroportuaires à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER), qui est alors devenue l'Autorité de régulation des transports (ART).

part, l'article L. 410-1 du code de commerce, introduisant le livre IV relatif à la liberté des prix et de la concurrence, dispose : « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ».

68. L'Autorité souligne, en outre, qu'elle n'a pas pour vocation de prendre en considération tous les intérêts publics qui pourraient être concernés par les mouvements capitalistiques en cours ou les cessions d'actifs projetées par l'État, son analyse étant, par nature, centrée sur les seuls aspects concurrentiels de ces opérations.
69. Enfin, si l'existence de contrôles ou régulations *ex ante* adaptés et effectifs est susceptible de prévenir ou limiter des risques d'atteinte à la concurrence (voir infra, § 92), il y a lieu de rappeler que les contrôles *ex ante* des opérations de concentrations et *ex post* des pratiques anticoncurrentielles par l'Autorité restent nécessaires et ne sont pas exclues par l'existence d'une régulation sectorielle *ex ante*, quel que soit le secteur concerné.

B. PRATIQUE DÉCISIONNELLE EUROPÉENNE ET NATIONALE RELATIVE AUX OLÉODUCS

1. LA DELIMITATION DES MARCHES LIES AUX OLEODUCS

70. Si le projet d'arrêté concerne les marchés du transport de produits raffinés par oléoducs (a) l'instruction du présent avis nécessite de s'intéresser également aux marchés connexes du stockage de produits raffinés destinés à l'importation et à la distribution (b).

a) Les marchés du transport : un marché pertinent par oléoduc

71. En ce qui concerne les marchés du transport, la Commission européenne, dans sa décision TotalFina/Elf par laquelle elle s'est prononcée sur la prise de contrôle d'Elf Aquitaine par TotalFina³⁶, dont l'analyse a été reprise par l'Autorité³⁷, a identifié un marché du transport de produits raffinés par oléoduc³⁸.

³⁶ Décision de la Commission européenne du 9 février 2000, affaire n° COMP/M.1628, TotalFina/Elf, § 119.

³⁷ Décisions de l'Autorité n° 15-DCC-54 du 13 mai 2015 relative à la prise de contrôle exclusif de la société anonyme de la Raffinerie des Antilles par la société Rubis, paragraphe 23 et n° 14-DCC-167 du 13 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la Société du Pipeline Sud-Européen par Total SA, § 18.

³⁸ Décision de la Commission européenne TotalFina/Elf précitée, § 119.

72. Il ressort également de la pratique décisionnelle de la Commission européenne³⁹ et de l'Autorité⁴⁰ que le transport de produits raffinés par oléoduc n'est pas substituable au transport par train, par bateau fluvial ou par camion⁴¹.
73. La pratique décisionnelle a envisagé un ensemble de segmentations plus fines, selon les produits transportés, notamment, il est également envisageable d'appréhender les marchés pertinents par origines-destinations, de distinguer autant de marchés pertinents que d'oléoducs, dès lors que chaque oléoduc est susceptible d'être en situation de monopole non contestable compte tenu de son caractère de facilité essentielle (cf. infra, § 80)
74. Sous l'angle géographique, la Commission européenne⁴² a retenu deux zones : la moitié nord de la France, desservie par le LHP, le DMM, et la partie nord de l'ODC, et la moitié sud de la France, desservie par la partie sud de l'ODC et par le PMR.

b) Les marchés connexes du stockage

75. En ce qui concerne les marchés du stockage, la pratique décisionnelle a distingué le marché du stockage de pétrole brut du marché du stockage de produits raffinés, en raison de différences techniques liées aux particularités des produits et à la taille des bacs⁴³.
76. S'agissant du stockage de produits raffinés, la pratique décisionnelle européenne et nationale définit cette activité comme un « *service effectué au moyen de dépôts destinés à la réception et à la distribution de produits raffinés (essence, gazole, fioul domestique) et qui consiste à assurer la mise à disposition aux opérateurs pétroliers (raffineurs, indépendants et grande distribution), moyennant des contrats de location, d'une partie de la capacité de réception du dépôt afin de permettre à des opérateurs de stocker, en l'occurrence, leur propre produit* »⁴⁴.
77. De surcroît, la pratique décisionnelle nationale distingue les marchés du stockage de produits raffinés destinés à l'importation, de ceux destinés à la distribution ou de maillage, situés à l'intérieur du territoire et disposant de capacités de stockage plus faibles.

³⁹ Décision de la Commission européenne TotalFina/Elf précitée, § 123.

⁴⁰ Décision de l'Autorité n° 14-DCC-167 du 13 novembre 2014 précitée, § 18.

⁴¹ L'absence de substituable est expliquée par (i) la différence de coûts entre les deux moyens de transport, (ii) les contraintes opérationnelles liées au transport par train (notamment relatives aux incertitudes de programmation et à la durée du transport), et (iii) les distances réduites couvertes par le transport en train ou camion. Voir la décision de la Commission européenne TotalFina/Elf précitée, § 124-125.

⁴² Décision de la Commission européenne, TotalFina/Elf précitée, § 128.

⁴³ Voir, notamment, la décision de l'Autorité n° 15-DCC-54 du 13 mai 2015 relative à la prise de contrôle exclusif de la Société Anonyme de la Raffinerie des Antilles par la société Rubis et la lettre du ministre de l'Économie C2008-68 du 27 août 2008 aux conseils de la société Macquarie, relative à une concentration dans le secteur du stockage d'hydrocarbures.

⁴⁴ Voir la décision de la Commission européenne TotalFina/Elf, la lettre du ministre C2008-68 du 27 août 2008, page 3 et la décision de l'Autorité n° 14-DCC-167 du 13 novembre 2014, paragraphe 33, précitées.

78. La délimitation géographique des marchés de stockage d'importation, s'effectue quant à elle selon les moyens de transports de masse qui relient ces dépôts⁴⁵. Deux marchés distincts recouvrant respectivement la moitié nord et la moitié sud de la France ont ainsi été identifiés⁴⁶.
79. Enfin, s'agissant de la délimitation géographique des marchés de stockage de distribution, la pratique décisionnelle a retenu une zone de chalandise de 150 km autour du dépôt de maillage, puisque « *chaque dépôt est susceptible de desservir une zone de chalandise (...) dont le rayon est fonction des coûts de transport à supporter pour l'acheminement du produit vers la destination finale. Ces coûts peuvent varier selon les différents moyens de transport disponibles. Toutefois, en moyenne, la zone de livraison d'un dépôt s'étend rarement au-delà de 150 kilomètres.* »⁴⁷ En général, le transport de produits vers le client se fait par camions. À cet égard, dans sa décision TotalFina/Elf, précitée, la Commission européenne a indiqué que le transport par camions n'était utilisable que pour une zone de 30 à 50 km dans les régions à grande densité de population⁴⁸.

2. LES STRUCTURES DE MARCHES ET LES RISQUES CONCURRENTIELS IDENTIFIES

a) Les oléoducs sont susceptibles d'être considérés comme des facilités essentielles

80. La notion de facilité ou d'infrastructure essentielle, apparue en droit américain, puis reprise par la pratique décisionnelle et la jurisprudence nationale et communautaire, recouvre l'hypothèse dans laquelle une infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère, tandis que son accès leur est indispensable pour exercer une activité économique sur un marché amont, aval ou complémentaire.
81. Une des premières applications de cette notion en France est la décision du Conseil de la concurrence n° 90-D-22 du 26 juin 1990, qui concernait des pratiques tarifaires discriminatoires à l'égard de clients ou concurrents, selon leur participation ou non au capital de la société mise en cause, active dans le secteur du transport par canalisation et du stockage des carburéacteurs⁴⁹.

⁴⁵ Voir la lettre du ministre de l'Économie C2008-68 du 27 août 2008, et la décision de la Commission européenne TotalFina/Elf, précitées.

⁴⁶ Voir la décision de la Commission européenne, TotalFina/Elf, point 108 et la décision de l'Autorité n° 14-DCC-167, paragraphe 36, précitées.

⁴⁷ Voir la décision COMP/M.1464, la lettre du ministre du 27 août 2008 aux conseils de la société Macquarie et la décision n° 18-DCC-19 précitées.

⁴⁸ Voir la décision de la Commission du 9 février 2000, précitée, § 125.

⁴⁹ La décision ne mentionne pas explicitement la notion d'infrastructure ou de facilité essentielle, mais constate qu'« *Aéroport de Paris, établissement public, a concédé une partie de son domaine afin que ladite société puisse réaliser les équipements nécessaires. Cette concession confère à la S.M.C.A. un monopole pour l'acheminement et le stockage du carburéacteur à Orly et Roissy. Les six actionnaires de la S.M.C.A. sont en même temps ses seuls clients à Orly* » et que « *que toutes les compagnies pétrolières sont par suite tenues d'utiliser lesdites installations pour l'approvisionnement de leurs clients* » (p. 2), et l'absence de substitut (p. 3). Cf. Conseil de la concurrence, décision n° 90-D-22 du 26 juin 1990 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des carburants aviation.

82. Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence était saisi des pratiques de la Société de manutention de carburant aviation (SCMA), dont le capital était détenu à égalité par les principales compagnies pétrolières opérant sur le territoire national (Shell, Esso, Mobil, BP et Total) et qui disposait d'un monopole d'acheminement du carburéacteur aux aéronefs et aux installations de stockage sur les aéroports de Roissy et d'Orly. Le Conseil avait noté que les compagnies pétrolières, et en particulier les « passeurs », ces entreprises clientes et concurrentes de celles participant au capital de la SCMA, étaient tenues d'utiliser les installations de cette société pour l'approvisionnement de leurs clients.
83. L'accès, dans des conditions équitables et non-discriminatoires, au réseau souterrain d'alimentation des aéronefs, possédé et géré par la SCMA, laquelle disposait d'une concession d'occupation du domaine public accordée par Aéroports de Paris, était donc nécessaire pour que les compagnies concurrentes des compagnies pétrolières actionnaires de la SCMA puissent effectivement concurrencer ces dernières. Or, il était allégué que les conditions tarifaires auxquelles les « passeurs » étaient soumis pour accéder aux infrastructures étaient discriminatoires et anticoncurrentielles.
84. Dans sa décision, le Conseil a estimé qu'il n'y avait pas d'infraction au droit de la concurrence dès lors, d'une part, qu'il n'était pas établi que la dégressivité du barème de la SCMA en fonction des quantités traitées pouvait être considérée comme discriminatoire, et, d'autre part, que le capital de la SCMA n'étant pas fermé, les passeurs avaient la possibilité d'y entrer à parité avec les autres compagnies pétrolières, s'ils l'estimaient avantageux.
85. Par la suite, la notion d'infrastructure essentielle a été explicitement consacrée par le Conseil de la concurrence dans la décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996, concernant les modalités, notamment tarifaires, de l'accès par des prestataires de transport à une station d'hélicoptère⁵⁰. Le Conseil, dont l'analyse a été validée par la cour d'appel de Paris, a notamment relevé, que « [l]orsque l'exploitant monopolistique d'une infrastructure essentielle est en même temps le concurrent potentiel d'une entreprise offrant un service exigeant le recours à cette facilité, cet exploitant peut restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché aval du service concerné en abusant de sa position dominante ou de la situation de dépendance dans laquelle se trouvent ses concurrents à son égard en établissant un prix d'accès injustifié à cette facilité ».
86. La notion d'infrastructure essentielle est également employée, depuis la même époque, dans le cadre de la régulation sectorielle *ex ante*, et notamment dans le secteur des télécommunications et de l'énergie, afin de prévenir les risques inhérents au pouvoir de marché attaché à la détention d'une facilité essentielle et permettre l'émergence d'une concurrence.
87. Ainsi, dans le secteur des télécommunications, où des opérateurs gèrent des facilités essentielles (boucle locale cuivre, terminaison d'appel vocal en positions fixe et mobile, etc.) et sont également susceptibles d'être en concurrence sur le marché des services de télécommunications avec des entreprises ayant besoin d'avoir accès à ces facilités, un corps de règles spécifiques a été adopté, prévoyant que (i) les exploitants des facilités essentielles fassent droit aux demandes raisonnables d'accès présentées par leurs concurrents sur les marchés de services avals, (ii) les conditions offertes pour l'accès soient non-discriminatoires au regard des conditions qu'ils s'appliquent pour leur propre

⁵⁰ Décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la Sarl Héli-Inter Assistance.

production, (iii) ces conditions soient proportionnées, transparentes, relèvent de critères objectifs, et (iv) leurs tarifs soient orientés vers les coûts.

88. De même, dans le secteur de l'énergie, la Commission européenne comme l'Autorité ont retenu à plusieurs reprises la qualification d'infrastructure essentielle pour des activités et installations liées au stockage et au transport de gaz⁵¹.
89. Une régulation sectorielle *ex ante* des activités gazières en amont de la chaîne de distribution (terminaux méthaniers, interconnexions, transport, stockage) a d'ailleurs été adoptée en France⁵², en application de textes européens⁵³, et confiée à la Commission de régulation de l'énergie (ci-après « CRE »)⁵⁴.
90. En l'espèce, s'agissant des oléoducs, il ressort de la pratique décisionnelle française et européenne précitée ainsi que des éléments recueillis lors de l'instruction du présent avis – et notamment des contributions reçues dans le cadre de la consultation des acteurs intéressés – que les oléoducs sont des infrastructures, d'une part, qu'il n'est pas possible ou raisonnable de dupliquer, compte tenu des contraintes économiques et financières et des autorisations d'utilisation du domaine public requises pour leur déploiement, et, d'autre part, qui présentent un caractère incontournable, faute d'alternative pour les transports massifs de produits pétroliers et sur longue distance – hormis pour certaines routes ou « origines-destinations » pour lesquelles existeraient des possibilités de transport parallèles par modes fluvial, routier ou ferroviaire, et où, par conséquent, une pression concurrentielle pourrait s'exercer, mais marginalement.
91. Au vu de ces éléments, les oléoducs visés par l'analyse paraissent donc bien devoir être qualifiés d'infrastructures essentielles, au sens défini ci-avant, et, partant, leurs exploitants, en situation de monopole de fait à l'égard des utilisateurs, sont susceptibles d'en retirer des positions de marché leur octroyant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et, finalement, des consommateurs.

b) Les risques concurrentiels associés

92. Il ressort de la pratique consultative constante de l'Autorité que lorsqu'une infrastructure détenue par une entreprise constitue une infrastructure essentielle, ses conditions d'utilisation doivent être établies, aux fins de régulation sectorielle *ex ante*, selon des règles

⁵¹ Concernant la pratique décisionnelle de la Commission européenne, voir notamment AT.39849, 17 décembre 2018, « BEH Gas » concernant des installations de stockage de gaz en Bulgarie, COMP/39.402, « RWE verrouillage des marchés du gaz », 19 mars 2008, concernant le réseau de transport de gaz de RWE en Allemagne, COMP/39.317, 4 mai 2010, « E.ON Gas », § 18 ; COMP/M.3696 du 21 décembre 2005, « E.ON/MOL », § 97, qui concernent les terminaux méthaniers. Concernant la pratique consultative du Conseil de la concurrence, voir l'avis n° 99-A-15 du 5 octobre 1999 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel des marchés du gaz et des différentes énergies dans le cadre tracé par la directive européenne 98/30/CE et l'avis n° 04-A-05 du 30 janvier 2004 relatif au projet de décret fixant les tarifs d'accès aux réseaux de transport du gaz et aux terminaux méthaniers, notamment son § 22.

⁵² Voir la loi n° 2017-1839 du 30 décembre 2017 mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement, [sur Légifrance ici](#).

⁵³ Voir notamment le Règlement (UE) 2017/460 de la Commission européenne du 16 mars 2017 établissant un code de réseau sur l'harmonisation des structures tarifaires pour le transport du gaz, [ici au JOUE](#).

⁵⁴ Voir les [articles L. 131-1 et s.](#) (missions de la CRE) et [L. 452-1 et s.](#) (obligations des opérateurs de transport et distribution et pouvoirs de la CRE) du code de l'énergie.

objectives, transparentes, non-discriminatoires, et ses tarifs établis en relation avec les coûts (notamment avis n° 97-A-07 du 27 mai 1997 relatif à France Telecom, avis n° 05-A-04 du 4 février 2005 relatif au projet de décret fixant les tarifs des réseaux de transport du gaz naturel, avis n° 05-A-15 du 11 juillet 2005 relatif au projet de décret relatif aux redevances pour services rendus sur les aéroports modifiant les articles R. 224-1 à R. 224-5 du code de l'aviation civile). Ces règles visent à prévenir de possibles abus d'exploitation à l'encontre des usagers ou d'éviction à l'égard des concurrents sur des marchés connexes.

93. En effet, en premier lieu, il est constant qu'une entreprise disposant d'un monopole de fait ou d'un pouvoir de marché significatif et soumise à une faible pression concurrentielle cherche à maximiser le profit qu'elle tire de son pouvoir de marché. De fait, pour l'actionnaire majoritaire ou contrôlant d'une infrastructure essentielle, l'augmentation des tarifs de cette infrastructure constitue un gain net dans la limite de l'élasticité de la demande, et, en l'absence d'alternative à l'infrastructure, la décision de hausse des tarifs ne risque généralement pas de se traduire par une baisse des volumes vendus, qui pourrait « discipliner » l'opérateur.
94. S'agissant des oléoducs, l'incitation de la société d'exploitation à tirer parti du pouvoir de marché résultant de sa position sur le marché est renforcée par la quasi-inexistence de la concurrence et le comportement des utilisateurs de l'oléoduc, qui, compte tenu notamment du caractère volatil des prix de détail des carburants, semblent avoir l'intérêt et la possibilité de répercuter sur les clients aval et le consommateur final un renchérissement du coût du transport.
95. De plus, compte tenu du fait que sa tarification est assise plus ou moins mécaniquement sur les coûts sous-jacents, l'opérateur n'a pas d'incitation à rechercher l'efficacité économique et, notamment, à maîtriser ses coûts. En effet, toute dérive des coûts se traduira par une hausse tarifaire.
96. Dès lors, sans incitation à rester efficace et en l'absence de régulation sectorielle apte à contrôler l'exercice de son pouvoir de marché, la société d'exploitation d'un oléoduc serait susceptible de se livrer à des abus d'exploitation ou d'éviction. Elle peut ainsi avoir pour intérêt d'investir, de répercuter des coûts ou d'augmenter le prix de ses prestations, sur certains services ou selon certaines « routes », en fonction de son seul intérêt financier. Elle pourrait, par exemple, approvisionner en priorité les entreprises prêtes à payer davantage pour accéder à l'oléoduc lors de ces périodes. Elle pourrait également augmenter les tarifs sur des routes où la concurrence modale est encore plus faible, les baisser à l'inverse en cas de concurrence, possiblement jusqu'à décourager ou évincer des alternatives modales. Elle pourrait encore réduire les investissements nécessaires à la maintenance, au renouvellement et aux raccordements du réseau ou dégrader ou discriminer par la qualité de service.
97. Par ailleurs, une entreprise qui bénéficie d'une position forte sur un marché peut être en mesure de verrouiller l'accès à un ou plusieurs marchés connexes, en exploitant un effet de levier. Or, il ressort de l'instruction que les sociétés d'exploitation des oléoducs commercialisent le plus souvent des services de stockage associés au transport. Ces sociétés pourraient donc vouloir tirer avantage de leur position de marché liée à la détention d'une infrastructure essentielle sur des marchés connexes à celui du transport, tels ceux du stockage. Les pratiques susceptibles d'être mises en œuvre pourraient être variées, la société d'exploitation ayant la capacité d'agir, à la fois, sur les clients de l'oléoduc pour les convaincre de stocker leurs produits dans ses dépôts (pratiques de nature conglomérale), et sur ses concurrents stockistes disposant de dépôts raccordés à l'oléoduc, qui, sont, par définition, dépendants de cette infrastructure pour leur activité, en les rendant moins

attractifs (pratiques de nature verticale). Ces pratiques pourraient ainsi être de nature tarifaire, commerciale ou technique.

C. ANALYSE DU CONTRÔLE ACTUEL ET EN PROJET

98. Les risques identifiés précédemment peuvent être atténués dès lors que, comme c'est le cas actuellement s'agissant des sociétés d'exploitation des oléoducs, des acteurs de la chaîne de valeur présents en amont ou en aval sont actionnaires de l'exploitant de la facilité essentielle. En effet, dans ce cas, la pluralité des actionnaires permet une neutralisation partielle des intérêts individuels et le statut d'actionnaire-utilisateur contrebalance la propension de l'opérateur à augmenter ses prix ou à diminuer ses investissements ou sa qualité de service.
99. Jusqu'alors, l'actionnariat éclaté des sociétés d'exploitation des oléoducs permettait des contre-pouvoirs, dès lors que chaque actionnaire-utilisateur avait besoin de l'oléoduc pour distribuer ses produits pétroliers mais qu'aucun n'était en mesure d'édifier seul ce type d'infrastructure.
100. Or, les projets de restructuration en cours ou envisagés sont de nature à faire disparaître ces garde-fous et à rendre d'autant plus plausible la réalisation des risques économiques et concurrentiels évoqués ci-avant, et à justifier, partant, un renforcement du contrôle actuel.
101. Lors de la consultation des acteurs intéressés, les répondants ont été nombreux à évoquer les évolutions en cours et à souligner la nécessité d'un contrôle, notamment des tarifs, compte tenu, entre autres, du caractère stratégique des oléoducs dans le secteur, à tout le moins pour le transport massif de longue distance. Leurs réponses divergent toutefois sur les objectifs et la teneur du contrôle à mettre en place, ainsi que sur l'instance qui devrait être chargée de ce contrôle⁵⁵.
102. En séance, les représentants du ministre en charge de l'énergie et le commissaire du Gouvernement auprès des sociétés d'exploitation des oléoducs d'intérêt général ont déclaré partager l'idée de la double nécessité de renforcer la vigilance de l'État et d'apporter de la visibilité aux acteurs du secteur au moment où le secteur se réorganise. La DGEC a toutefois insisté sur l'impératif de préserver une certaine souplesse et réactivité et a estimé que le projet d'arrêté répondait à l'ensemble de ces enjeux.

1. OBJECTIF, CONTENU ET METHODE DU CONTROLE ACTUEL

103. Au regard du texte du décret n° 2012-615 précité, le contrôle prévu est dual, réparti entre le commissaire du Gouvernement, d'une part, qui peut notamment « *s'opposer à toute décision de la société contraire à la politique générale du Gouvernement en matière d'énergie* » (III de l'article 6), et le ministre en charge de l'énergie, d'autre part, qui peut notamment « *faire*

⁵⁵ À l'issue de cette consultation publique, 16 acteurs ont contribué : quatre « majors » de l'industrie pétrolière (groupes intégrés), neuf acteurs des activités intermédiaires (logisticiens, opérateurs d'oléoducs, stockistes...) et deux acteurs de la grande distribution. Quatre considèrent les oléoducs comme des infrastructures non duplicables et incontournables (sans réserve), six témoignent d'une certaine concurrence ou substituabilité selon les tronçons, les volumes ou les modes. La plupart indiquent qu'un contrôle est utile ou nécessaire, mais les contributions divergent ou sont neutres sur le besoin d'un renforcement, la teneur du contrôle ou l'instance devant en être chargée.

opposition » aux modifications des « *tarifs d'accès aux canalisations* » sans que les motifs d'une telle opposition soient toutefois précisés (IV de l'article 6).

104. Il ressort de l'instruction que ce contrôle, du moins jusqu'à ses évolutions récentes, vise essentiellement à garantir la continuité de l'approvisionnement en hydrocarbures du territoire français. La dimension économique du contrôle paraît, ainsi, secondaire. Elle concerne essentiellement les tarifs pratiqués par les opérateurs d'oléoducs et consiste en un contrôle préalable annuel des demandes tarifaires.
105. Les grilles tarifaires des sociétés d'exploitation des oléoducs d'intérêt général concernant les prestations de transport et de stockage évoluent chaque année, sur l'année civile pour la plupart⁵⁶. Les demandes d'évolutions tarifaires font l'objet, conformément au V de l'article 6 du décret n° 2012-615 précité et aux statuts des entreprises, d'une déclaration motivée au ministre en charge de l'énergie, un mois au moins avant leur entrée en vigueur. Pendant ce délai, le ministre peut « *faire opposition* » aux mesures proposées. Il est rappelé qu'au titre du III de la même disposition, le commissaire du Gouvernement, qui participe statutairement au fonctionnement de la société et à ses principales décisions, peut « *notamment s'opposer à toute décision de la société contraire à la politique générale du Gouvernement en matière d'énergie* ».
106. Les courriers de demandes de hausses tarifaires sont accompagnés d'informations économiques, comptables et financières sur l'activité (éléments rétrospectifs et prospectifs).
107. Il ressort des informations obtenues auprès de la DGEC que le commissaire du Gouvernement opère son contrôle par comparaison avec la grille de l'année précédente, ainsi que par la prise en compte des investissements et des charges de maintenance et d'entretien sur les installations. Dans la mesure où les demandes d'évolutions tarifaires doivent être validées par le ministre pour entrer en vigueur, le commissaire du Gouvernement a la possibilité d'obtenir des précisions et une révision du prix demandé par l'opérateur, pour le cas où la demande apparaîtrait comme injustifiée ou forte.
108. La DGEC surveille les augmentations de manière globale, par lignes ou origines-destinations et non par produits. Les courriers par lesquels elle approuve, par délégation du ministre, les demandes formulées par les sociétés d'exploitation⁵⁷ témoignent d'une attention particulière apportée aux charges d'exploitation et à l'inflation, aux opérations de maintenance ou liées à la sécurité. Ils mentionnent souvent comme motif d'approbation le caractère « contenu » des hausses de tarifs (+ 2 %, + 3 %, etc.).
109. Une fois la hausse validée, l'opérateur édite sa grille tarifaire avec l'augmentation convenue, laquelle est alors rendue publique et/ou transmise aux clients.
110. À ce jour, toutes les demandes de révision des grilles tarifaires ont consisté en des demandes d'augmentation et aucun refus formel ne leur a été opposé. Par ailleurs, aucune action visant spécifiquement à préserver la concurrence ne paraît avoir été diligentée, la DGEC faisant au

⁵⁶ À l'exception de la grille de la SPSE qui exploite le PSE (pétrole brut essentiellement) dont la périodicité annuelle est calée au 1^{er} février de chaque année.

⁵⁷ Courriers transmis par la DGEC pour l'approbation de tarifs.

demeurant valoir que la préoccupation principale des clients des oléoducs ne serait pas le niveau tarifaire des prestations mais l'égalité de traitement entre eux⁵⁸.

111. Ainsi, bien que défini en des termes très larges, le contrôle tarifaire apparaît, de fait, limité. Il ne paraît pas permettre, en l'état, au ministre en charge de l'énergie de faire opposition à des décisions en matière tarifaire qui manifesteraient l'exercice d'un pouvoir de marché (hausse sans lien avec des coûts pertinents ou résultant d'un surinvestissement, par exemple), hors le cas strictement défini par les textes, ni à d'autres décisions ou comportements extratarifaires qui pourraient nuire aux utilisateurs, par exemple, en dégradant les prestations offertes ou la qualité de service.
112. Il doit être relevé, sur ce point, que lors de l'examen par la Commission européenne de l'opération de concentration TotalFina/Elf, les parties soutenaient que l'opération notifiée ne permettrait pas au nouveau groupe d'exploiter les oléoducs au détriment des autres opérateurs du marché, dès lors que des représentants de l'État français assistaient aux délibérations des conseils d'administration des sociétés d'exploitation des oléoducs et pouvaient y faire prévaloir l'intérêt général. La Commission européenne a toutefois écarté cet argument. Elle a, en premier lieu, constaté qu'un pouvoir de marché pouvait s'exercer à des niveaux de décision qui ne relèvent pas du ressort des organes dirigeants et sont donc invisibles aux commissaires du Gouvernement. En second lieu, elle a considéré que le contrôle exercé par le commissaire du Gouvernement pourrait laisser suffisamment de marge de manœuvre aux entreprises concernées pour exercer un tel pouvoir (points 152-153).

2. ÉVOLUTION RECENTE DU CONTROLE

113. Lors de l'instruction du présent avis, la DGEC a fait valoir avoir d'ores et déjà procédé, à droit constant, à un renforcement du contrôle exercé par ses soins, et ce afin d'anticiper les évolutions induites par le projet d'arrêté.
114. Ainsi, à l'issue du cycle d'approbation des tarifs pour l'année 2021, et dans la perspective des exercices suivants, la DGEC a formulé diverses demandes à différents opérateurs :
 - modification des grilles tarifaires pour intégrer et généraliser à l'ensemble des clients les réductions de prix obtenues dans le passé par l'un d'entre eux en considération des volumes importants transportés (pour « *garantir des conditions égales et concurrentielles d'accès* » à l'oléoduc concerné) ;
 - harmonisation des conditions commerciales dans le sens de la non-discrimination ;
 - établissement d'une communication annuelle à l'attention des différentes parties prenantes (clients, établissements chargeurs et dépositaires agréés) sur les conditions d'exploitation de l'oléoduc, pour « *garantir l'accès (...) dans des conditions transparentes et non-discriminatoires* », communication incluant les coordonnées du commissaire du Gouvernement ;

⁵⁸ En ce qui concerne un éventuel contrôle de l'égalité de traitement ou de la non-discrimination des différentes entreprises concernées, la DGEC a mentionné une action consécutive à des mouvements sociaux ayant menacé l'approvisionnement : une intervention pour rétablissement avec consignes données aux opérateurs d'oléoducs de traitement égal des clients habituels. Cette intervention a visé, en priorité, la continuité d'approvisionnement, l'égalité de traitement des entreprises apparaissant secondaire.

- communication d'une comptabilité analytique par branches ;
 - établissement d'une communication annuelle à l'attention des utilisateurs.
115. De surcroît, « afin de rassurer les acteurs extérieurs à la DGEC sur l'effectivité du contrôle exercé »⁵⁹, la DGEC a indiqué travailler à une « amélioration du contrôle des tarifs des oléoducs d'intérêt général », par la « construction d'un processus d'analyse tarifaire systématique » afin d'aider sa prise de décision en cette matière. Les grandes lignes en seraient les suivantes :
- échanges réguliers sur les prévisions de volumes ;
 - transmission préalable avant les conseils d'administration des sociétés concernées, i) de la proposition d'évolution tarifaire pour l'année n+1 ; ii) des prévisions de recettes, de charges, de dividendes et d'impôts pour les années n+1 à n+3 ; iii) d'une estimation du résultat de la société de l'année en cours, avec une vue rétrospective sur les trois années précédentes ;
 - échanges préalables au conseil d'administration « pour que les parties s'accordent sur la hausse tarifaire qui sera présentée au conseil d'administration ».
116. Ce faisant, la DGEC entend s'inscrire en « véritable acteur du processus de construction des évolutions tarifaires » et « a l'ambition d'appliquer un renforcement de son contrôle qui s'applique de manière uniforme à l'ensemble des opérateurs ». Elle a toutefois précisé aux services d'instruction se défendre « d'intervenir de manière verticale dans la construction des tarifs de chacun des opérateurs. Chaque canalisation a ses particularités (géographie du terrain, matériaux utilisés, zone de chalandise), et il ne serait pas pertinent d'uniformiser la construction tarifaire. En particulier, il est inenvisageable de créer un tarif au km car les coûts fixes sont extrêmement importants. Il est donc naturel que plus les volumes transportés sont importants et plus la remise accordée au client sera importante. La DGEC s'assure que ceux qui font transporter des volumes équivalents bénéficient des mêmes remises. Elle veille également à ce qu'il n'y ait pas d'offre groupée dans le cas où les sociétés exploitant des oléoducs d'intérêt général possèdent des dépôts. C'est notamment le cas pour le DMM et le PSE, et les évolutions tarifaires associées aux activités de transport et de stockage sont bien distinctes ».
117. Les nouvelles demandes de la DGEC n'ont pas suscité d'opposition chez les opérateurs, [...].

3. LE PROJET D'ARRETE PREVOIT UN CONTROLE RENFORCE MAIS INSATISFAISANT

118. Le projet d'arrêté soumis à l'avis de l'Autorité précise la procédure, les pouvoirs et les motifs d'opposition du commissaire du Gouvernement et du ministre en charge de l'énergie. Le contrôle dual prévu par le décret n° 2012-615 précité est ainsi modifié et précisé :
- le commissaire du Gouvernement « veille au respect de l'intérêt général, et peut s'opposer à toute décision de la société qui soit contraire à la politique générale du Gouvernement en matière d'énergie. À ce titre, il veille notamment au maintien de l'intégrité des infrastructures, et à l'équité de traitement entre les opérateurs » ; il reçoit et instruit les demandes d'évolutions des grilles tarifaires pour le compte du ministre, à qui il transmet un avis ;

⁵⁹ Source DGEC.

- le ministre, quant à lui, « *peut faire opposition aux mesures proposées* », « *lorsque les évolutions tarifaires envisagées ne reflètent pas l'évolution des coûts supportés par l'opérateur et une rémunération raisonnable de son activité, ou lorsqu'elles sont susceptibles de remettre en cause le maintien de l'intégrité des infrastructures ou l'équité de traitement entre les opérateurs.* »

119. Par ailleurs, s'agissant des modalités du contrôle tarifaire, le projet d'arrêté prévoit que le commissaire du Gouvernement reçoive les déclarations motivées des sociétés d'exploitation d'oléoducs d'intérêt général portant demandes de modification de la grille tarifaire en matière de transport un mois avant leur application (articles 4 et 5, cf. § 58 supra).
120. Ces demandes devront comprendre un ensemble de documents : bilan de la société, compte d'exploitation général, compte de pertes et profits présentant les dépenses et les recettes de toute nature de l'année, ainsi que tous documents permettant au commissaire du Gouvernement d'évaluer les propositions de modification de la grille tarifaire. La demande devra, notamment, justifier que les tarifs proposés permettent d'assurer « *l'intégrité des infrastructures et une équité d'accès à tous les utilisateurs* ».
121. En fonction de ces différents éléments, le commissaire du Gouvernement rendra un avis au ministre en charge de l'énergie, qui pourra « *faire opposition aux mesures proposées dans le mois qui suit la réception de la déclaration motivée (...)* ».
122. De manière générale, l'objectif de la DGEC en matière de contrôle tarifaire consiste à rechercher un point d'équilibre : permettre aux sociétés d'exploitation de dégager des marges permettant la réalisation des investissements nécessaires au maintien de l'intégrité du réseau ou à la transition écologique, sans pour autant que les hausses tarifaires servent à « *maintenir un certain niveau de dividendes dans un contexte de diminution du trafic* »⁶⁰.
123. Cette recherche d'équilibre est louable et il y a également lieu de saluer la volonté de renforcement et d'adaptation du contrôle actuel aux évolutions capitalistiques du secteur et aux préoccupations de concurrence exprimées récemment au travers du contrôle des concentrations par l'Autorité.
124. Cependant, la réforme projetée présente des limites et des lacunes importantes, s'agissant des modifications envisagées. Elle suscite par ailleurs des interrogations quant à sa base légale.

a) Sur le fond

125. De manière générale, l'Autorité relève, d'abord, que le projet d'arrêté ne définit pas les objectifs auxquels il est censé répondre. Il a, par ailleurs, un champ d'application restreint aux oléoducs d'intérêt général et passe sous silence les autres éléments de la chaîne logistique pétrolière, notamment les dépôts raccordés aux oléoducs, qui sont parfois détenus par les sociétés d'exploitation des oléoducs, et qui pourraient notamment faire l'objet de pratiques d'éviction par effet de levier. Il se focalise enfin sur la question tarifaire, sans aborder d'autres préoccupations de concurrence.
126. S'agissant de l'objet du contrôle tarifaire, il paraît insuffisant, à la fois dans son objet et dans ses modalités.

⁶⁰ Source DGEC.

127. **L'objet du contrôle** est focalisé sur la question tarifaire. Aux termes de l'arrêté, les tarifs doivent refléter « *l'évolution des coûts* » et « *une rémunération équitable de l'activité* », mais le contrôle institué est insuffisant.
128. L'évolution des coûts de l'opérateur sera le premier critère d'analyse de la modification tarifaire demandée. Ces coûts seront appréhendés de manière rétrospective et sur la base de la comptabilité sociale de l'entreprise. La tarification devra ménager, comme indiqué, une rémunération raisonnable de l'activité.
129. Cette approche de tarification, dénommée « *cost plus* » (ou « coût majoré », ou « méthode du prix de revient majoré »), consiste à fixer les prix de manière à couvrir l'ensemble des coûts tout en assurant une rémunération raisonnable du capital. Elle a pour intérêt de couvrir les coûts de l'activité tout en assurant que l'opérateur ne bénéficie pas d'une marge induite sur son activité.
130. Cependant, cette méthode présente l'inconvénient de ne créer aucune incitation à réduire les coûts. Ainsi, les gains de productivité réels ou potentiels tendent à être conservés par l'opérateur, sans partage et sans gain pour d'autres acteurs de la chaîne, utilisateurs ou clients finals. En outre, elle pâtit de l'asymétrie d'information existant en défaveur de l'instance de tarification.
131. La DGEC a indiqué toutefois en séance que les gains de productivité étaient, à sa connaissance, limités dans le cas de l'exploitation des oléoducs, sans être toutefois en mesure d'en chiffrer l'ampleur.
132. À l'inverse, dans un encadrement de type « *price cap* » (ou « plafond tarifaire », le régulateur détermine *ex ante* le seuil en deçà duquel le monopole est libre de fixer ses prix et définit également le plus souvent une règle d'évolution du prix, tenant compte à la fois des perspectives d'activité, de l'inflation observée et de gains de productivité attendus. Le régulateur permet alors à l'entreprise régulée de conserver tout ou partie des gains de productivité réalisés à l'issue de chaque période de régulation, créant ainsi des incitations à la performance.
133. De plus, la régulation ne peut être efficace que si le régulateur a une connaissance suffisante des coûts réels de l'activité en cause. Or, lorsqu'il n'est pas lui-même opérateur sur le marché, le régulateur dépend largement des informations que lui fournissent les entreprises soumises à sa régulation, sauf à engager de lourdes campagnes d'audit ou à instaurer un mécanisme de « concurrence comparative » (entre oléoducs par exemple)
134. L'Autorité observe, en outre, que le projet d'arrêté est imprécis sur les périmètres et références de coûts pertinents et les approches de tarification en relation avec ces coûts. Or, comme elle l'a relevé dans plusieurs avis⁶¹, des questions se posent quant aux règles et périmètres comptables appliqués pour l'appréhension des coûts ou encore quand la

⁶¹ Voir notamment : avis n° 05-A-15 relatif au projet de décret relatif aux redevances pour services rendus sur les aéroports modifiant les articles R. 224-1 à R. 224-5 du code de l'aviation civile ; voir l'avis n° 10-A-04 sur la concurrence entre aéroports, notamment les §194 à 202 concernant la transparence, la vérité, l'objectivité des coûts, y inclus les préoccupations de séparation comptable des activités (à tout le moins l'établissement de comptabilités analytiques séparées).

tarification prend en compte des coûts futurs, ce qui semble être le cas en l'espèce, malgré des limites temporelles fortes du fait du caractère annuel de l'examen et de l'approbation⁶².

135. L'Autorité constate également que le projet ne prévoit pas de pouvoirs sur la structure des offres et des tarifs, en raison des spécificités propres à chaque réseau notamment, ainsi que l'a explicité la DGEC (cf. § 116). De même, le projet d'arrêté ne prévoit pas de contrôles en matière comptable et de possibles règles de séparation comptable et de comptabilisation des coûts.
136. Concernant la « *rémunération équitable de l'activité* », la DGEC a souligné que l'activité de transport d'hydrocarbures était une activité risquée, notamment en termes de sécurité, et a précisé aux services d'instruction qu'elle privilégiait, à ce stade, une approche ouverte, en vue d'éviter un taux fixe. Pour autant, la relation entre le niveau de risque et la rémunération de l'activité ne fait pas l'objet d'une approche formalisée.
137. L'Autorité relève, par ailleurs, que « *l'équité de traitement entre les opérateurs* » (articles 1 et 4) et « *l'équité d'accès à tous les utilisateurs* » (article 5), sont des notions inhabituelles en matière d'intervention économique. Elles ont d'ailleurs suscité des demandes de précisions par les entreprises interrogées lors de la consultation.
138. La DGEC situe ces notions et objectifs avant tout sur un plan tarifaire : les entreprises comme le contrôleur témoignant d'une préoccupation sur des avantages et des discriminations tarifaires pouvant naître des pratiques de remises tarifaires aux volumes notamment. Les comportements et pratiques de nature technique (conditions de livraison dégradées, retards par exemple) ne semblent pas directement visés (hormis peut-être par l'article 1 comme mission du commissaire du Gouvernement).
139. **Les modalités du contrôle** ne sont pas suffisamment précisées dans le texte de l'arrêté et sont insuffisantes.
140. Les pouvoirs du ministre et du commissaire du Gouvernement présentent ainsi une étendue, des objectifs et des critères d'intervention disparates et mal articulés. Ainsi, le commissaire du Gouvernement peut s'opposer à toute décision de la société d'exploitation, dès lors qu'elle serait contraire à la politique générale du Gouvernement en matière d'énergie, et veille, notamment, au maintien de l'intégrité des infrastructures et à l'équité de traitement entre les opérateurs (alinéa 1 de l'article 1^{er}). Le pouvoir du ministre de faire opposition aux évolutions tarifaires proposées est, quant à lui, restreint aux seules hypothèses où ces évolutions ne reflètent pas celles des coûts supportés par l'opérateur et une rémunération raisonnable de son activité ou lorsqu'elles sont susceptibles de remettre en cause le maintien de l'intégrité des infrastructures ou l'équité de traitement entre les opérateurs (article 4).
141. Enfin, le projet d'arrêté n'assortit pas le contrôle du ministre et du commissaire du Gouvernement de pouvoirs d'enquête et de sanction adaptés.

b) Sur la base légale

142. Concernant la base légale, le choix du ministre en charge de l'énergie de procéder aux modifications envisagées par arrêté est contestable, l'instauration ou l'extension d'un contrôle de la puissance publique sur des sociétés privées constituant une restriction à la

⁶² Dans l'avis n° 10-A-04 sur la concurrence entre aéroports, l'Autorité de la concurrence a considéré comme une indéniable avancée la réforme consistant à passer d'un système de contrôle tarifaire annuel à un système pluriannuel, comme permettant une meilleure visibilité économique des acteurs, compte tenu de besoins d'investissements importants et sur la durée (voir § 152 à 157).

liberté d'entreprendre, qui ne peut être autorisée que par la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution.

143. Dans ce sens, le Conseil d'État, dans sa décision du 16 mai 2003, CGT-FO et autres, a considéré que la mission générale confiée par le législateur au comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (ci-après le « CECEI ») de « *préserver le bon fonctionnement du système bancaire, en l'absence de règles de fond et de procédure édictées par le législateur et qui se substitueraient à celles écartées par l'article L. 511-4 du code monétaire et financier, ne lui donne pas compétence pour procéder à un contrôle d'une opération de concentration en assortissant sa décision d'agrément de conditions particulières tenant au respect de la concurrence* ».
144. Par conséquent, si, en l'espèce, l'article L. 632-2 du code de l'énergie dispose qu'« *un décret en Conseil d'État précise les modalités du contrôle technique et financier de l'État sur les sociétés exploitant des canalisations de transport d'hydrocarbures ainsi que les conditions tarifaires de transport* » et si le V de l'article 6 du décret du 2 mai 2012 précité confie au ministre en charge de l'énergie le pouvoir de contrôler les tarifs d'accès aux oléoducs, il n'apparaît pas, pour autant, que l'extension envisagée des pouvoirs conférés au commissaire du Gouvernement et au ministre puisse se faire par simple arrêté.

Conclusions sur le projet d'arrêté

Le commissaire du Gouvernement et le ministre en charge de l'énergie, représenté par la DGEC, exercent actuellement sur les sociétés d'exploitation d'oléoducs d'intérêt général un contrôle réel mais qui se limite pour l'essentiel au champ de la politique énergétique et à la continuité d'approvisionnement en produits pétroliers du territoire français. Il n'intégrait pas, jusqu'à récemment, de préoccupations relevant du champ concurrentiel.

Malgré certaines améliorations, le contrôle prévu par le projet d'arrêté paraît encore insuffisant.

Des interrogations subsistent, tout d'abord, sur la possibilité de procéder à une telle réforme par voie d'arrêté.

Le contrôle instauré par le projet d'arrêté est, par ailleurs, restreint aux activités de transport, et trop exclusivement centré sur les évolutions tarifaires. S'il tend à limiter les hausses excessives de tarifs, les critères retenus sont opaques et aucun suivi rapproché du comportement des opérateurs d'oléoducs et de leur traitement des clients chargeurs n'est mis en place.

Ce contrôle n'est ainsi pas de nature à garantir que les comportements, notamment tarifaires, mis en œuvre par les sociétés d'exploitation d'oléoducs d'intérêt général ne porteront pas atteinte à la concurrence, compte tenu, entre autres, du caractère d'infrastructure essentielle des oléoducs et des changements induits par la restructuration en cours du secteur.

D. RECOMMANDATIONS

145. Comme vu précédemment, les oléoducs d'intérêt général présentent les caractéristiques d'infrastructures essentielles et leurs sociétés d'exploitation bénéficient ainsi d'une position de marché susceptible de leur permettre de mettre en œuvre des comportements préjudiciables à la concurrence, en ce qui concerne notamment les niveaux de tarifs pratiqués, le traitement des clients et des concurrents, l'investissement dans l'infrastructure et la qualité de service.
146. L'instauration d'un contrôle de régulation économique *ex ante*, de nature à garantir, en particulier, que les conditions d'utilisation de l'infrastructure sont établis selon des règles objectives, transparentes, non-discriminatoires et en relation avec les coûts, assorti d'une surveillance particulière du traitement des utilisateurs par les sociétés d'exploitation apparaît, par conséquent, nécessaire.
147. Compte tenu des réserves exprimées ci-avant sur le projet d'arrêté, il apparaît *a minima* indispensable de renforcer la base légale de la réforme envisagée et de mettre en place des modalités de contrôle plus précises et mieux adaptées à la nature des infrastructures en cause.
148. L'Autorité comprend qu'il est envisagé d'engager rapidement la réforme envisagée, compte tenu des évolutions en cours et à venir du secteur. Elle s'interroge, toutefois, sur le véhicule juridique qui doit être utilisé.
149. Elle relève à cet égard que l'article L. 410-2 du code de commerce dispose : « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.*

Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'État peut réglementer les prix après consultation de l'Autorité de la concurrence.

Les dispositions des deux premiers alinéas ne font pas obstacle à ce que le Gouvernement arrête, par décret en Conseil d'État, contre des hausses ou des baisses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé. Le décret est pris après consultation du Conseil national de la consommation. Il précise sa durée de validité qui ne peut excéder six mois. »
150. L'article L. 410-2 du code de commerce pourrait donc servir de base légale à une réglementation des tarifs des oléoducs. Toutefois, à supposer que ses conditions de mise en œuvre soient remplies, la mise en place d'une telle réglementation des tarifs requiert l'adoption d'un décret en Conseil d'État et ne permet pas de justifier l'adoption de règles autres que tarifaires.
151. Une autre base légale pourrait être l'article L. 632-2 du code de l'énergie, qui prévoit qu'un décret en Conseil d'État précise les modalités du contrôle financier de l'État sur les sociétés d'exploitation d'oléoducs d'intérêt général, ainsi que les conditions tarifaires de transport.

152. À l'instar du décret n° 2012-615 précité, le texte adopté sur ce fondement pourrait confier au ministre en charge de l'énergie et au commissaire du Gouvernement les prérogatives prévues par le projet d'arrêté, enrichies des recommandations faites par l'Autorité, qui s'inspirent des pouvoirs dont dispose la CRE dans le domaine gazier. Le décret pourrait ainsi :
- étendre les missions du ministre en charge de l'énergie et du commissaire du Gouvernement aux marchés du transport et du stockage d'hydrocarbures ;
 - prévoir un régime d'obligations dans le chef des sociétés d'exploitations d'oléoducs, selon lesquelles les conditions commerciales de services de transport et de stockage, notamment tarifaires, mais pas seulement, sont établies de manière objective, transparente et non-discriminatoire (y inclus la structure des tarifs et les liens possibles entre prestations de transport et de stockage), que le ministre pourrait au besoin préciser ;
 - encadrer les tarifs par une obligation d'orientation vers les coûts d'un opérateur efficace, y inclus une rémunération raisonnable du capital, selon des principes, méthodes économiques et règles comptables, que le ministre pourrait également au besoin fixer, y compris par des mesures d'encadrement pluriannuel des tarifs.
153. Pour autant, la solidité de cette base légale n'est pas non plus complètement établie, compte tenu notamment de l'ampleur de l'immixtion dans le fonctionnement des sociétés concernées résultant des dispositions énumérées ci-dessus et, plus généralement, de celles nécessaires à la mise en place d'une régulation efficace.
154. L'Autorité préconise, par conséquent, en priorité, de recourir à la loi pour sécuriser le dispositif envisagé et, comme le législateur l'a déjà fait dans des circonstances similaires, de confier la régulation envisagée à une autorité administrative indépendante⁶³.
155. Outre qu'un véhicule législatif sécuriserait sur un plan juridique la réforme envisagée, s'agissant du renforcement d'un contrôle exercé sur des entreprises privées, qui implique de porter atteinte à la liberté d'entreprendre, ce choix permettrait de renforcer et de préciser les objectifs et modalités de la régulation économique, et d'améliorer ainsi l'efficacité de l'intervention publique.
156. Par ailleurs, le recul dont on dispose à présent sur la mise en œuvre, depuis une vingtaine d'années, de régulations d'infrastructures essentielles confiées à des autorités administratives indépendantes (en matière de télécoms ou d'énergie notamment) permet de constater que celles-ci ont fait la preuve de leur capacité à mettre en œuvre une action publique proportionnée, progressive, précisément adaptée aux secteurs et aux acteurs concernés, au moyen, notamment, de décisions individuelles. Une telle régulation apporterait, tant au pouvoir politique qu'aux acteurs des marchés, des voies et des outils de conciliation d'objectifs divers et possiblement contradictoires (intérêts généraux et privés, protection de moyens stratégiques, compétitivité, emploi et investissement, préservation de services publics ou minimaux, etc.), avec une stabilité et une prévisibilité de la règle de droit propices à l'investissement et au développement économique.

⁶³ Voir ainsi des avis rendus dans les secteurs : de l'énergie (avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998) ; des télécommunications (avis n° 96-A-04 du 13 mars 1996) ; postal (avis n° 03-A-06 du 16 mai 2003) ; et des transports, notamment les avis n° 08-A-17 du 3 septembre 2008 et n° 13-A-14 du 4 octobre 2013 concernant le transport ferroviaire, l'avis n° 14-A-05 du 27 février 2014 concernant le transport par autocars, et les avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 et n° 16-A-10 du 3 mai 2016, concernant les aéroports et les redevances aéroportuaires.

157. En outre, ces instances font montre de moyens d'expertise, d'autorité et d'indépendance, sources de légitimité et de confiance dans le bien-fondé de leur action. Cette intervention publique s'exerce par ailleurs sous le contrôle du juge, ce qui est nécessaire et utile pour asseoir tant l'autorité du régulateur que la confiance des acteurs, notamment ceux faisant l'objet de la régulation.
158. S'agissant plus spécifiquement du contrôle des oléoducs, la CRE paraît particulièrement bien placée pour accomplir cette mission, dans la mesure où elle exerce déjà une mission parfaitement analogue dans la filière gazière. Les articles L. 452-2 et L. 452-3 du code de l'énergie lui confient, en effet, un rôle d'encadrement tarifaire des prestations liées au transport et au stockage du gaz, allant jusqu'à la fixation de la structure des tarifs et des méthodes de tarification et de comptabilisation des coûts sous-jacents.
159. Ainsi, l'article L. 452-2 du code de l'énergie prévoit que la CRE fixe les méthodes utilisées pour établir les tarifs d'utilisation des réseaux de gaz naturel, ainsi que leurs prestations annexes, et la dote des pouvoirs d'accès aux informations, notamment comptables et financières, utiles à cette tâche.
160. L'article L. 452-3 dispose, quant à lui, que : *« La Commission de régulation de l'énergie délibère sur les évolutions tarifaires ainsi que sur celles des prestations annexes réalisées exclusivement par les gestionnaires de ces réseaux ou de ces installations avec, le cas échéant, les modifications de niveau et de structure des tarifs qu'elle estime justifiées au vu notamment de l'analyse de la comptabilité des opérateurs et de l'évolution prévisible des charges de fonctionnement et d'investissement. Ces délibérations (...) peuvent prévoir un encadrement pluriannuel de l'évolution des tarifs ainsi que des mesures incitatives appropriées à court ou long terme pour encourager les opérateurs à améliorer leurs performances liées, notamment, à la qualité du service rendu, à l'intégration du marché intérieur du gaz, à la sécurité d'approvisionnement et à la recherche d'efforts de productivité ».*
161. Ces prérogatives semblent adaptées aux problématiques exposées précédemment, alors notamment que les décisions prises par la CRE sur leur fondement sont appelées à concilier des préoccupations concurrentielles et d'investissement, selon des principes et méthodologies clairs et transparents⁶⁴.
162. Par ailleurs, les articles L. 452-1 et L. 452-1-1 du code de l'énergie mettent en place, là encore sous le contrôle de la CRE, un régime de droits et d'obligations applicable aux acteurs de la chaîne gazière ainsi que des principes économiques, qui pourraient utilement être transposés, *mutatis mutandis*, pour le transport et le stockage des hydrocarbures, et leur régulation : règles de péréquation des coûts et des tarifs, règles comptables et méthodologies de fixation du taux de rémunération du capital notamment.
163. Il convient enfin de rappeler que la CRE est dotée d'un pouvoir réglementaire « dérivé » qui lui permet d'adopter et d'adapter des règles sectorielles précises, d'un pouvoir de règlement des différends entre acteurs et d'un pouvoir de sanction du non-respect des règles sectorielles. Ces différents pouvoirs correspondent désormais, pris ensemble, à un standard reconnu en matière de régulation sectorielle *ex ante*. Ils sont assortis de garanties processuelles éprouvées (respect du contradictoire, protection du secret des affaires, etc.), sous le contrôle du juge. L'ajout aux missions de la CRE d'une compétence en matière de

⁶⁴ Voir par exemple la délibération de la CRE du 23 janvier 2020 portant décision sur le tarif d'utilisation des réseaux de transport de gaz naturel de GRTgaz et Teréga, dite « ATRT7 ».

régulation des oléoducs s'appuierait donc sur un *corpus* déjà existant, et assurerait la crédibilité de la régulation mise en œuvre, en levant l'hypothèque du risque concurrentiel.

164. Il pourra être relevé qu'une réforme ajoutant ainsi une nouvelle compétence spécifique à un régulateur sectoriel connaît de nombreux précédents. Le législateur a en effet, à plusieurs reprises, étendu et complété les missions et pouvoirs d'un régulateur sectoriel à des activités ou filières proches. Il en est, notamment, ainsi de l'actuelle Autorité de régulation des transports (ci-après « ART »). Initialement instituée comme Autorité de régulation des activités ferroviaires, elle a successivement connu l'adjonction d'une mission de contrôle des concessions autoroutières, de régulation des marchés des transports réguliers interurbains en autocar, puis de contrôle de l'accès aux gares routières de voyageurs, et enfin, dernièrement, de régulation des redevances aéroportuaires⁶⁵. L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) s'est vu confier, de son côté, la régulation de la distribution de la presse par la loi du 18 octobre 2019 relative à la modernisation de la distribution de la presse.
165. En ce qui concerne la CRE, elle a été instituée en 2000 sous le nom de Commission de régulation de l'électricité, avant que ses missions et compétences soient étendues aux marchés du gaz par la loi du 22 juin 1998.
166. L'Autorité considère que l'attribution du contrôle des oléoducs d'intérêt général à la CRE permettrait en outre à cette dernière d'avoir une vue d'ensemble, complète tant verticalement qu'horizontalement, sur tout le secteur de l'énergie. Ce faisant, l'État se doterait d'un « gendarme » et d'un observateur présent sur l'ensemble du secteur et des filières, apte à le conseiller au mieux à l'heure de la transition énergétique. La fusion à terme des compétences au sein d'un régulateur unique des énergies aurait donc du sens.
167. Enfin, une telle régulation économique doit pouvoir être combinée ou articulée avec les objectifs et contrôles liés à la continuité de l'approvisionnement et de la sécurité des installations concernées. Il est, à cet égard, envisageable de conserver plusieurs instances de contrôle distinctes, à l'image de la situation institutionnelle du secteur ferroviaire, caractérisée par un double contrôle exercé par l'établissement public de sécurité ferroviaire (EPSF) s'agissant de la sécurité des installations et matériels ferroviaires, et par l'ART, s'agissant de la régulation économique des opérateurs. En l'espèce, un partage des tâches pourrait ainsi être opéré entre la CRE, chargée du contrôle économique, et le ministre en charge de l'énergie, compétent pour les contrôles liés aux impératifs de sécurité et d'approvisionnement énergétique.

⁶⁵ Par successivement la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, et l'ordonnance n° 2019-761 du 24 juillet 2019 relative au régulateur des redevances aéroportuaires.

CONCLUSION

L'Autorité émet un avis défavorable au projet d'arrêté soumis à son analyse. Elle recommande de confier à la Commission de régulation de l'énergie la régulation économique et concurrentielle des oléoducs d'intérêt général.

Délibéré sur le rapport oral de M. Alexandre Beaudouin-Viel, rapporteur, et l'intervention de Mme Laure Gauthier, rapporteure générale adjointe, par Mme Fabienne Siredey-Garnier, vice-présidente, présidente de séance, Mme Irène Luc, M. Emmanuel Combe et M. Henri Piffaut, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

La présidente de séance,

Claire Villeval

Fabienne Siredey-Garnier

© Autorité de la concurrence