



**INSTITUT D'ETUDES POLITIQUES DE STRASBOURG**

**Université de Strasbourg**

**Quelle régulation pour le secteur pétrolier ?**

**Alice Buisson-Fenet**

**Mémoire de 4<sup>ème</sup> année, filière « Droit et administration publique »**

**Sous la direction de Jean-Philippe Kovar**

**Juin 2022**

L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



## Table des Abréviations

AAI	Autorité administrative indépendante
ACER	Agence de coopération des régulateurs de l'énergie
ADLC	Autorité de la concurrence
CE	Conseil d'Etat
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cordis	Comité de règlement des différends et sanctions
CRE	Commission de régulation de l'énergie
TFE	Théorie des facilités essentielles
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	Union européenne

## SOMMAIRE

<b>SOMMAIRE</b>	5
<b>INTRODUCTION</b>	7
<b>CHAPITRE 1 : LA CONTRIBUTION DE LA REGLEMENTATION A LA SECURITE D'APPROVISIONNEMENT DANS LE SECTEUR PETROLIER FRANÇAIS</b>	12
SECTION A - CONSTRUCTION ET EXTENSION D'UN « MONOPOLE DELEGUE »	12
SECTION B - UNE LIBERALISATION LIMITEE	16
<b>CHAPITRE 2 : CONSTRUIRE ET MAINTENIR UNE REGULATION CONCURRENTIELLE SUR LE MARCHE PETROLIER FRANÇAIS</b>	24
SECTION A – UN SECTEUR PETROLIER SCRUTE PAR LES AUTORITES DE LA CONCURRENCE	24
SECTION B – UN DROIT DE LA CONCURRENCE CONTRAINT	30
<b>CHAPITRE 3 : QUEL TYPE DE REGULATION POUR LE SECTEUR PETROLIER ?</b>	39
SECTION A – L'INTERET D'UNE REGULATION SECTORIELLE	39
SECTION B – QUELLE FORME INSTITUTIONNELLE ET QUELS INSTRUMENTS POUR UNE REGULATION SECTORIELLE DU PETROLE ?	46
<b>CONCLUSION</b>	54
<b>ANNEXE</b>	55
<b>REFERENCES</b>	56
<b>TABLE DES MATIERES</b>	61



## INTRODUCTION

« Changement climatique, essor des sources d'énergie renouvelable, intégration de la notion de développement durable dans les stratégies politiques et des entreprises, réglementations européennes et nationales fixant des objectifs en matière de consommation énergétique et de réduction des gaz à effet de serre, ouverture du marché de l'énergie, révolution numérique... En quelques décennies, le paysage énergétique français a radicalement changé », peut-on lire sur le site officiel de TotalEnergies. A cela on peut ajouter les troubles du contexte actuel de la guerre en Ukraine, qui pousse les pays de l'Union européenne à s'asseoir autour de la table des négociations pour prendre des décisions sur leur futur paysage énergétique. Un paysage qu'ils souhaitent éloigné des entraves de la Russie, notamment en ce qui concerne les hydrocarbures. Le domaine des hydrocarbures liquides, à savoir le pétrole, présente plusieurs aspects caractéristiques qui soulèvent des réflexions juridiques originales. Tout d'abord, comme nous avons affaire à une énergie fossile, la question du droit de propriété des installations pétrolières et du sous-sol se double de la question du droit d'accès aux réseaux (transport et distribution par oléoducs) et de leur exploitation. De plus, le dérèglement climatique rend palpable, à travers la façon dont les défis associés sont déclinés dans les politiques climatiques, l'avenir compromis d'une filière profondément polluante. En tant qu'énergie fossile particulièrement émettrice de gaz à effet de serre, avec le charbon, le pétrole est voué à un déclin structurel, que ce soit de façon volontaire par les ambitions et les objectifs que nous nous fixons pour lutter contre le réchauffement de notre planète, ou de façon involontaire par l'épuisement des ressources souterraines dont la science nous dit que nous avons déjà passé le pic des réserves mondiales disponibles.

L'actualité rend ainsi d'autant plus flagrants les enjeux du secteur de l'énergie dans son ensemble, avec des énergies fossiles telles que le pétrole, le charbon, le gaz représentant non seulement le cœur de la course effrénée mondiale vers l'effondrement climatique, mais également des problématiques aux conséquences immenses en termes de dépendance énergétique et de relations internationales. S'intéresser à la régulation d'une filière telle que le pétrole, c'est aussi rechercher des façons de l'accompagner au mieux dans le cadre de la transition énergétique. Le but de celle-ci serait, à défaut de faire des hydrocarbures une histoire

appartenant au passé, du moins d'en rendre nos cycles de croissance économique les moins dépendants possible.

### *Éléments de contexte*

On peut alors s'interroger sur le fait que le domaine énergétique n'est devenu que très récemment un domaine spécifique de la réflexion juridique. Le secteur de l'énergie a pourtant constitué le fer de lance de la construction de l'Union européenne : c'est autour de la Communauté européenne du charbon et de l'acier que l'intégration et l'interpénétration économiques qui en sont les fondements ont vu le jour en 1951. Certes, la France s'est dotée d'un cadre juridique constitué d'un code minier qui se charge depuis longtemps des activités minières par exemple. De plus, la filière pétrolière fait l'objet d'un régime spécifique issu d'une loi dès 1928. Mais l'ouverture des marchés de la fourniture d'électricité et de gaz a nécessité de repenser le cadre appliqué y compris au pétrole. Avant de nous intéresser à la filière pétrolière en particulier, rappelons la situation du mix énergétique de la France. Celle-ci se définit par une prépondérance du parc nucléaire, qui représente 72% de la production d'électricité française. Cela explique aussi que l'on ait pu massivement externaliser nos activités polluantes, comme nos industries, vers des pays tiers tels que la Chine avec le phénomène de désindustrialisation de la France. En outre il faut bien garder à l'esprit, comme l'explique Marie Lamoureux (2020), que les énergies fossiles ainsi que les produits les plus polluants qui en sont issus sont en majorité importés en France. On ne trouve en effet pas de puits de pétrole sur notre territoire, que peu de gaz, et si nous avons surtout utilisé les mines de charbon à notre disposition, la dernière a fermé en avril 2004. Si la France continue d'avoir besoin et de consommer des énergies fossiles, c'est donc grâce aux pays exportateurs de pétrole et de gaz et à ses activités offshore qu'elle y parvient.

La constitution du régime juridique pétrolier s'inscrit dans le temps long. La « Compagnie française des pétroles », futur TotalEnergies, est créée dès 1924, alors que Électricité de France et Gaz de France voient le jour à l'issue de la Seconde guerre mondiale. Par la suite, jusqu'aux années 1980-1990, l'organisation et l'encadrement juridique des secteurs du pétrole, du gaz et de l'électricité français ont connu une évolution assez convergente, sous le contrôle d'autorités publiques qui polarisent leur intervention autour de l'objectif central de sécuriser l'approvisionnement énergétique. Depuis les années 1990, certaines convergences demeurent : libération des prix, privatisation des entreprises publiques (à l'exception de EDF),



démonopolisation...mais des divergences sont apparues en raison de la construction d'un marché intérieur du gaz et de l'électricité. En particulier, l'encadrement juridique des secteurs du gaz et de l'électricité est profondément marqué par l'influence du droit de l'Union, à la différence de celui applicable au secteur pétrolier.

Les énergies fossiles, en effet, montrent des contours bien particuliers dans ce droit de l'énergie récent, puisqu'elles n'ont pas été l'objet privilégié de cette construction juridique – et ce, alors même qu'elles constituent les sources énergétiques à l'origine du développement de nos économies industrielles modernes, nées de l'exploitation de la houille et des hydrocarbures gazeux mais en particulier liquides. D'une part, l'exploitation ou l'accès aux hydrocarbures relève d'un encadrement juridique régalién, et les crises pétrolières ont illustré l'importance de la sécurité énergétique en Europe. D'autre part, le droit commun de la concurrence prend en charge les hydrocarbures dans le cadre de la libéralisation européenne des marchés de l'énergie.

### *Enjeux de l'étude*

A ce jour, le marché intérieur de l'énergie n'a pas vraiment abouti. Malgré les vagues de libéralisation, en particulier en matière d'électricité et de gaz, depuis les années 1990, les obstacles demeurent importants entre les États membres. Les opérateurs restent souvent des anciens monopoles d'État, et les problèmes d'ouverture à la concurrence continuent à se poser, aboutissant à des abus de position dominante et à la hausse des prix. C'est d'ailleurs au gré des directives européennes que les vagues de libéralisation qui vont toucher le secteur de l'énergie donnent forme à la régulation qui nous intéressera au fil de notre propos. Précisons que les directives électricité et gaz, respectivement de 1996<sup>1</sup> et 1998<sup>2</sup>, permettent une première ouverture à la concurrence, fruit de négociations entre les États membres, ainsi que la constitution d'une première autorité indépendante des opérateurs, en charge de la gestion des litiges concernant l'accès aux réseaux notamment. La deuxième étape est franchie avec les directives 2003/54/CE et 2003/55/CE, qui prévoient la naissance officielle d'autorités de régulation sectorielle. L'ouverture totale des marchés de l'électricité et du gaz est fixée au 1<sup>er</sup> juillet 2007.

---

<sup>1</sup> Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité

<sup>2</sup> Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel

A l'intérieur de ce cadre, la surveillance de la libéralisation des marchés de l'énergie est principalement exercée par deux modèles d'autorités distincts, au niveau national et européen, qui feront l'objet de notre étude : les autorités de concurrence et les autorités sectorielles.

La mise en place d'une régulation sectorielle du gaz et de l'électricité s'inscrit dans la double logique de la construction d'un marché concurrentiel, et de la conciliation de la concurrence avec d'autres impératifs d'intérêt général (toujours la sécurité d'approvisionnement, mais aussi la cohésion sociale et territoriale ou encore les enjeux environnementaux). Or, cette préoccupation concurrentielle est largement absente de la réglementation applicable au secteur pétrolier. A l'issue de l'enquête de la Commission européenne publiée le 10 janvier 2007 sur l'état des marchés de l'énergie, le droit de l'Union tire la sonnette d'alarme et s'empare du secteur pour faire de ses opérateurs certains des « plus surveillés par les autorités de concurrence » (Benoît Blottin, 2016, p.26). C'est en 2011 que le Gouvernement s'empare de ce dossier, et donne à l'énergie une place spécifique dans le processus de codification, qui aboutit au Code de l'énergie.

L'enjeu de la création d'une régulation sectorielle en matière pétrolière est précisément de permettre le développement de la concurrence, et de parvenir à une conciliation des impératifs concurrentiels et extra-concurrentiels. La notion de régulation est en soi polymorphe. Nous l'entendons ici dans un sens d'abord économique : pour le professeur Gaudemet (2012, p.439), « la régulation est l'action normative ou paranormative qui accompagne l'ouverture d'un marché antérieurement monopolisé, qui en assure l'ouverture à de nouveaux opérateurs, et l'installation progressive de la concurrence sur celui-ci ». Nous l'entendons ensuite comme la mission générale et les moyens originaux utilisés par une autorité administrative. En ce dernier sens, la régulation renvoie à un régulateur institutionnel, qui peut prendre la forme d'une autorité administrative indépendante.

Dans la réflexion sur la régulation de l'énergie, la place du secteur pétrolier soulève donc un paradoxe : elle est à la fois essentielle, en termes de régulation économique de ces activités qui représentent des investissements énormes ainsi que de forts enjeux commerciaux stratégiques, et euphémisée dans son traitement par le droit de la régulation qui se concentre sur l'électricité et le gaz.

Dès lors, il nous faut à la fois comprendre les raisons et les modalités de cet angle mort juridique, analyser les difficultés du droit de la concurrence appliqué au secteur pétrolier, et envisager une régulation sectorielle efficace.

Comment expliquer les difficultés particulières au secteur pétrolier pour se démonopoliser ? Nous montrerons que sa réglementation est tournée historiquement et encore aujourd'hui vers la sécurité d'approvisionnement (Chapitre I). Dans quelle mesure les autorités de la concurrence et le droit de la concurrence échouent-ils à pallier les défaillances du marché pétrolier ? Dans un second temps, nous examinerons les limites de leurs outils (Chapitre II). Quel type de régulation, endogène ou exogène aux autorités sectorielles déjà en place, peut-on imaginer pour avoir prise sur l'organisation d'un secteur pétrolier dont on cherche à gérer les risques systémiques mais aussi la disparition progressive ? En dernier lieu, nous ébaucherons les formes et les instruments propices à une régulation sectorielle ad hoc (Chapitre III).

# **CHAPITRE I : La contribution de la réglementation à la sécurité d’approvisionnement dans le secteur pétrolier français**

A l’instar de l’histoire de l’industrie minière, celle du secteur pétrolier ne prend sens qu’à travers l’analyse des relations étroites entre l’Etat français et les principales compagnies extractives. « L’essence est aussi vitale que le sang dans les batailles à venir » écrivait en 1917 Georges Clémenceau au président Wilson, pour convaincre son allié américain d’inciter les compagnies pétrolières d’outre-Atlantique à reprendre leurs livraisons dans le contexte de la guerre en Europe. En premier lieu, il s’agit de revenir sur une réglementation au long cours du secteur pétrolier, en particulier à travers l’objectif de la sécurité d’approvisionnement. Stratégique s’il en est, ce secteur fait ainsi d’abord l’objet d’une régulation administrée, sous la forme de grandes lois par lesquelles certaines de ses composantes industrielles (extraction, importation, raffinage, plus tardivement distribution) s’apparentent à des monopoles d’État (A). Point de départ d’une politique énergétique nationale, cet appareil législatif et réglementaire se recompose sous l’effet de l’adhésion au marché commun et de la libéralisation pétrolière. La sécurité d’approvisionnement, qui reste le fondement de la politique énergétique, passe par la mise en œuvre d’une réglementation de plus en plus souple, où la régulation administrée le cède progressivement aux « lois du marché » (B). Cette exigence d’assurer les ressources pétrolières nationales est centrale dans le régime administratif issu de la loi de 1928, mais elle se démarque toujours à la suite de la libéralisation actée par la loi de 1992.

## **Section A) Construction et extension d’un « monopole délégué »**

Si l’on regarde les sources des règles applicables aux différentes activités du secteur de l’énergie, celles-ci dépendent principalement du droit interne. Les activités menées sur le sol national ou dans les zones relevant de sa juridiction incombent par principe à l’État. Cependant, le droit international et de façon encore plus prégnante le droit de l’Union européenne ont rejoint les rangs des sources fondamentales qui régissent les secteurs de l’énergie, et notamment celui du pétrole. Cette précision étant faite, nous nous intéresserons tout d’abord aux régimes

applicables en vertu des législations nationales, puis tâcherons d'évoquer les éléments pertinents provenant des cadres internationaux.

## 1. La loi fondatrice de 1928

Il convient de mentionner en premier lieu qu'il y a eu par le passé, à l'échelle du secteur pétrolier, l'influence centrale du code minier qui en est la fondation et reste en vigueur. Par la suite, il faut mentionner deux lois-clés spécifiques qui ont construit l'histoire législative du secteur pétrolier en France : la première est celle du 30 mars 1928<sup>3</sup> sur l'importation du pétrole. Celle-ci prévoit un régime très strict sous le contrôle de l'État, avec des autorisations administratives requises pour les activités d'importation de pétrole brut et de produits pétroliers, étendues au fur et à mesure à tout le reste des activités de la chaîne d'approvisionnement. Des autorisations préalables sont donc exigées pour le raffinage, la distribution, la fixation des prix de vente des produits pétroliers et autres.

Les lois du 16 mars<sup>4</sup> et du 30 mars 1928, respectivement sur le régime douanier et le régime pétrolier, sont celles qui fondent la politique énergétique de la France durant la plus grande partie du 20<sup>ème</sup> siècle concernant le secteur pétrolier, avec un objectif en particulier : garantir l'indépendance pétrolière du pays. Cela signifie le développement d'une industrie pétrolière nationale, et la garantie de la sécurité d'approvisionnement. On assiste alors à l'éclosion de l'industrie de raffinage française, et les deux compagnies nationales Total et Elf permettent de se détacher de la domination anglo-saxonne sur ce secteur. En effet, la dépendance à des trusts anglo-saxons, comme la Standard, la Shell et l'Anglo-Persian amène à « prendre des mesures pour contrôler l'approvisionnement en pétrole sur des bases nationales »<sup>5</sup>, ce qui n'est pas sans rappeler les préoccupations actuelles concernant la dépendance énergétique des pays de l'Union européenne à la Russie.

Si la loi du 30 mars 1928 attribue à l'État le monopole de l'importation du pétrole avec l'exigence d'une autorisation préalable, ce régime pétrolier trouve ses origines dans les lois

---

<sup>3</sup> Loi du 30 mars 1928 relative au régime d'importation du pétrole.

<sup>4</sup> Loi du 16 mars 1928 portant révision du régime douanier des produits pétroliers.

<sup>5</sup> Philippon, A. 2009. Les lois de 1928, leur application et leur efficacité pour créer et maintenir une industrie pétrolière nationale. In Beltran, A., Bouneau, C., Bouvier, Y., Varaschin, D., & Williot, J. (Eds.), *État et énergie XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*. Institut de la gestion publique et du développement économique. doi :10.4000/books.igpde.6701.

fondatrices du 10 janvier 1925<sup>6</sup> et du 4 avril 1926<sup>7</sup>. C'est donc à partir de 1925 « que l'interventionnisme de l'État s'est affirmé pour aboutir, en trois étapes, à un régime dit de monopole délégué »<sup>8</sup>. On peut ainsi préciser que l'article 53 de la loi du 4 avril 1926 portant création de nouvelles ressources fiscales annonçait déjà l'établissement d'un tel monopole : « Les opérations d'importation de pétrole brut, de ses dérivés ou résidus, ne pourront être faites que par les représentants de l'État ou les personnes accréditées par lui... Une loi spéciale déterminera les règles générales d'organisation du monopole d'importation par l'État ou de concession à une société en régie intéressée... ». Avec la loi du 30 mars 1928, dans le but de garantir la sécurité d'approvisionnement, est donc établi un régime juridique pétrolier reposant sur le contrôle par l'État des importations de pétrole brut et de ses dérivés, à savoir les produits pétroliers.

De là découle le monopole qu'on appelle « délégué », puisqu'il s'agit d'un monopole d'importation que l'État délègue à des entreprises auxquelles sont accordées des autorisations administratives. On parle ici de régime d'autorisation préalable, auquel correspondent des procédures précises : décret en conseil des ministres, après avis d'une commission spéciale présidée par le directeur de l'Organisation nationale des combustibles liquides et composée de représentants des administrations concernées. L'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1928 se référait d'ailleurs explicitement à l'article 53 de la loi du 4 avril 1926 et faisait le lien avec celle-ci, en énonçant que « l'importation en gros du pétrole brut, de ses dérivés et résidus sera effectuée sous le contrôle de l'État, soit sous le régime de l'autorisation institué par la loi du 10 janvier 1925, soit sous le régime de l'autorisation spéciale défini par les articles ci-après. Sera placée sous le régime de l'autorisation spéciale toute importation égale ou supérieure à 300 tonnes par mois. » Le cadre de ce « monopole délégué » de 1928 concerne donc l'importation et le raffinage, après la première étape de la loi de 1925 qui acte quant à elle « la suppression de la taxe de fabrication de 1903, l'obligation de stocks, le contrôle des prix dans un contexte de guerre des prix, la subvention aux navires citernes et la création de l'Organisation nationale des combustibles liquides » (Philippon, 2009, § 6). La loi de 1928 donne essentiellement compétence au Gouvernement pour décider des conditions d'octroi des autorisations spéciales : il s'agit des licences "A10" et "A5", autorisant l'importation et le raffinage de pétrole pour une durée de dix

---

<sup>6</sup> Loi du 10 janvier 1925 relative au régime des pétroles et portant création d'un Office national des combustibles liquides.

<sup>7</sup> Loi du 4 avril 1926 portant création de nouvelles ressources fiscales.

<sup>8</sup> Revue du droit public 1994 p.1457.

ans pour la première, la distribution de pétrole brut et de ses dérivés pendant cinq ans pour la seconde. Les dispositions de ce régime restent identiques jusqu'à la loi de 1992<sup>9</sup>.

## 2. La sécurité d'approvisionnement, objectif central de l'extension réglementaire

C'est donc une obligation de posséder une autorisation spéciale d'importation qui est mise en place, mais elle s'assortit d'autres obligations qui concernent la constitution de stocks de réserve (avec un renvoi aux 90 jours d'approvisionnement de la loi de 1925), l'exécution de contrats d'intérêt national éventuels pour l'acquisition de pétrole brut ou de produits dérivés, ou encore le cautionnement de garanties demandées. On trouve des mesures de sanctions envers le titulaire de l'autorisation, qui comprenaient le retrait de cette dernière ou le changement de titulaire en cas de non-respect de ses obligations. Au niveau européen, l'entrée en vigueur du traité instituant la Communauté économique européenne du 25 mars 1957 consacre le principe de la libre circulation des marchandises. Il prévoit en particulier, à l'actuel article 37 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), l'obligation des États membres à aménager progressivement les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de sorte qu'à l'expiration de la période de transition toute discrimination entre les ressortissants des États membres dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés soit exclue. Ainsi, la Commission européenne adresse à la France trois recommandations successives concernant le régime de l'importation du pétrole brut et de ses produits dérivés, en 1962, 1963<sup>10</sup>, et 1969<sup>11</sup>. Le traité CEE prévoyait que la période de transition dans la mise en place du marché commun s'achèverait 12 ans après son entrée en vigueur. Encore en 1969, la Commission continue ainsi de recommander des mesures au Gouvernement français. Malgré les efforts faits depuis la recommandation de 1963, « elle estime qu'ils ne sont pas suffisants pour respecter le traité à l'issue de la période de transition ; d'une part les contingents et les règles d'imputation sur les autorisations (brut « national » hors contingents) et la règle des 90 % introduisent des entraves à la libre circulation et d'autre part d'autres dispositions non discriminatoires sont susceptibles d'être utilisées de façon discriminatoire » (op.cit., § 29).

---

<sup>9</sup> Loi n° 92-1443 du 31 décembre 1992 portant réforme du régime pétrolier, J. O., 1er janvier 1993, p.11.

<sup>10</sup> Recomm. n° 63/479, JOCE, n° 127, 20 août 1963.

<sup>11</sup> Recomm. n° 70/128 du 22 déc. 1969, JOCE, n° L 31.

Ce régime de « monopole délégué » se trouve protégé par le Conseil d'État (CE), dans un arrêt d'Assemblée du 19 juin 1964 connu sous l'intitulé *Société des pétroles Shell-Berre*<sup>12</sup>. Celui-ci soulève deux points essentiels. Le premier point concerne l'extension de la réglementation à la distribution : l'État décide des parts de marché réservées à chaque compagnie pétrolière, qu'elle soit nationale ou étrangère. La haute juridiction administrative admet la légalité des décrets portant autorisation spéciale d'importation de produits pétroliers, et justifie cette atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie par « l'intérêt de la défense et de l'économie nationales », des préoccupations de sécurité (notamment d'approvisionnement) qui font appel à la souveraineté de l'État. Un second point renvoie au rapport entre les décisions du CE et le droit communautaire, de par les questions préjudicielles en interprétation que le CE peut (ou en l'occurrence, préfère éviter) de poser. La Cour de justice aurait en effet pu être amenée à se prononcer sur la compatibilité du régime pétrolier issu de la loi du 30 mars 1928 avec la libre circulation des marchandises consacrée par le traité CEE à l'occasion de cette affaire, mais le CE a considéré qu'il n'était pas tenu de la saisir, en application de la théorie de l'acte clair. L'obligation de renvoi qui pèse, en vertu de l'article 267 TFUE, sur les juridictions des États membres vise les décisions qui sont insusceptibles de recours (c'est-à-dire les juridictions nationales suprêmes). La théorie de l'acte clair permet au juge de ne pas poser de questions préjudicielles lorsqu'il considère que l'acte est suffisamment transparent et, par conséquent, qu'il n'y a pas de véritable difficulté d'interprétation (ce qui relève d'ailleurs de sa propre interprétation). Cet argument, qui permet en l'espèce au juge administratif de protéger le régime pétrolier du droit de l'Union, a été repris par les juridictions suprêmes d'autres États membres.

### **Section B) Une libéralisation limitée**

#### 1. La loi de libéralisation de 1992

Il faut ici préciser un aspect intéressant : comment des limitations sur les importations et les exportations d'une ressource énergétique comme le pétrole peuvent-elles être compatibles avec les stipulations des traités européens sur la libre circulation des marchandises ? L'interdiction des restrictions quantitatives aux importations et exportations et mesures d'effet

---

<sup>12</sup> C. E., Ass. 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre et autres*, n° 47007.



équivalent est effectivement prévue aux articles 34 et 35 du TFUE dès sa signature à Rome, mais il existe cependant des régimes de dérogations pour de telles mesures étatiques. L'article 36 du TFUE reconnaît des motifs d'ordre public, de sécurité publique, et de santé publique, entre autres, pouvant servir de justifications textuelles légitimes aux yeux de la Cour de justice. C'est ainsi que, par son arrêt *Campus Oil et autres* du 10 juillet 1984<sup>13</sup>, elle juge effectivement que « les produits pétroliers, par leur importance exceptionnelle comme source d'énergie dans l'économie moderne, sont fondamentaux pour l'existence d'un État, dès lors que le fonctionnement de son économie mais surtout de ses institutions et de ses services publics essentiels et même la survie de sa population en dépendent. Une interruption de l'approvisionnement en produits pétroliers et les risques qui en résultent pour l'existence d'un État peuvent dès lors gravement affecter sa sécurité publique que l'article 36 permet de protéger », et que « le but d'assurer en tout temps un approvisionnement minimal en produits pétroliers dépasse les considérations de nature purement économique et peut donc constituer un objectif couvert par la notion de sécurité publique ». On retrouve dans les paroles de la Cour le rôle essentiel que joue la sécurité d'approvisionnement dans le traitement juridique du secteur pétrolier, y compris à l'échelon communautaire.

L'année 1979 est une année charnière, puisque, après négociations avec la Commission de Bruxelles, le Gouvernement doit renoncer aux quotas par produits dans le contexte de la deuxième crise pétrolière. L'assouplissement de la réglementation à partir des années 1980 s'opère notamment avec la libération des prix pétroliers en 1985<sup>14</sup>, ainsi qu'avec l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 - l'ensemble des produits pétroliers se voit alors débarrassé d'un contrôle des prix<sup>15</sup>. Mais c'est surtout la création de l'Union européenne par le traité de Maastricht, signé le 7 février 1992 notamment par la France, et l'adhésion de cette dernière à l'Agence internationale de l'énergie la même année, qui soulignent la nécessité de réformer ce paysage réglementaire inadapté afin de garantir un régime français qui permette la libre circulation des produits pétroliers. Cependant, c'est dans un cadre particulier avec des obligations spécifiques aux enjeux de ce secteur (toujours en lien avec la sécurité d'approvisionnement) qu'une telle évolution est envisagée. La loi du 31 décembre 1992 marque ainsi la fin du système du monopole délégué, et le passage d'une utilisation des exceptions à la libre circulation des marchandises à une intégration positive en phase avec le droit communautaire.

---

<sup>13</sup> C. J. C. E., 10 juillet 1984, *Campus Oil limited et autres c. ministre pour l'Industrie et l'Energie et autres*, Affaire 72/83, *Rec.*, 1984, 2727-2768.

<sup>14</sup> Celle-ci constitue un pas supplémentaire vers la logique de libre marché.

<sup>15</sup> Ordonnance n°86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

Les lois du 16 mars et du 30 mars 1928 sont abrogées par la loi du 31 décembre 1992. L'assouplissement réglementaire se trouve renforcé avec cette seconde loi-clé de réforme du régime pétrolier, qui porte officiellement la volonté législative de libéraliser le secteur en supprimant notamment le régime d'autorisation pour les importations pétrolières. A partir du 1<sup>er</sup> janvier 1993 s'applique la reconfiguration des opérateurs pétroliers, répartis en plusieurs catégories : Les « entrepositaires agréés » peuvent recevoir, expédier, détenir et mettre à la consommation des produits qui incluent de façon générale tous les produits pétroliers ; ces entreprises correspondent tout aussi bien aux stades de production et de raffinage, que de distribution et de stockage. Les « opérateurs enregistrés » ne peuvent stocker ces produits qu'en s'acquittant des droits de douane et taxes exigibles. On distingue ensuite les « opérateurs non enregistrés », et enfin les représentants fiscaux.

Le nouveau régime pétrolier se caractérise plus précisément par une phase de libéralisation, bien que ce principe de liberté reste contrebalancé par une obligation de stocks stratégiques et un certain nombre de règles administratives. « La réception en provenance de l'étranger et l'expédition à destination de celui-ci, le traitement, le transport, le stockage et la distribution du pétrole brut et des produits pétroliers s'effectuent librement ». L'article premier de la loi exprime ainsi ce principe de liberté des activités pétrolières, sonnante le glas du régime de monopole délégué issu des lois des années 1920 : les autorisations préalables d'importation de pétrole brut ou de produits raffinés ne sont plus obligatoires. La loi du 31 décembre 1992 établit un principe de liberté qui met à bas le système des autorisations spéciales de l'État, et s'étend à toute la chaîne des activités pétrolières. D'un autre côté, ce secteur conservant une position particulièrement stratégique, on trouve au même article premier la limite de ce principe de liberté : « sous réserve du respect des dispositions de la présente loi ».

La loi du 31 mars 1992 prévoit en effet différentes obligations imposées aux opérateurs du secteur pétrolier, en particulier celle de constituer des stocks stratégiques, qui restent valables à ce jour et montrent la constance de cette préoccupation.

Pour ce qui concerne l'obligation de constitution de stocks stratégiques de produits pétroliers, fondée sur l'article 2 de la loi, notons qu'à l'origine c'est une préoccupation communautaire. En effet, le Titre XXI du TFUE, intitulé Energie et composé de l'article 194, énumère les objectifs des États membres et notamment la nécessité « d'assurer la sécurité de

l'approvisionnement énergétique dans l'Union ». Les directives de 1968<sup>16</sup> et 1972<sup>17</sup> sont venues spécifier « l'objectif pour les États membres de maintenir de façon permanente un niveau de stocks de produits pétroliers équivalant au moins à 90 jours de consommation intérieure journalière moyenne »<sup>18</sup>, tout en laissant le soin à chacun d'entre eux de définir les modalités d'application de cette obligation. On retrouve également cette obligation de stockage à l'échelle de l'Agence internationale de l'énergie, dans un accord qui inclut la France à partir de 1992. L'objectif est donc bien d'assurer pour chaque État membre une autonomie de 90 jours de consommation normale grâce à des réserves pétrolières, et l'Agence internationale de l'énergie va jusqu'à exiger une solidarité entre ses membres en cas de difficultés d'approvisionnement. Pour insister sur le rôle que joue le marché intérieur dans ce régime, précisons qu'avec le traité de Maastricht de 1992 et l'avènement du marché unique, « l'interpénétration économique » souhaitée par les États membres implique la présence de nouveaux opérateurs sur le marché. Or, dans un système où l'obligation de stockage pétrolier ne visait que les titulaires d'autorisations spéciales, ceux-ci se seraient trouvés avantagés. Avec la suppression des autorisations spéciales, l'obligation de stockage prend pour base un critère fiscal : l'article 2 de la loi du 31 décembre 1992 étend donc le champ d'application de l'obligation de constituer des stocks stratégiques à toute personne en France métropolitaine qui est soumise à des taxes intérieures de consommation sur un produit pétrolier de par les activités qu'elle réalise. On en déduit que la mise à la consommation génère des taxes mais génère également une obligation de stockage. On aboutit avec la loi de 1992 à une gestion des stocks stratégiques par les opérateurs pétroliers, dans le respect de leur obligation, auprès d'un comité qui s'occupe aussi des opérateurs non agréés. Il s'agit d'un comité professionnel des stocks stratégiques pétroliers, dont la constitution et la conservation de ceux-ci sont la mission exclusive. On ne concède donc rien sur la sécurité des approvisionnements : toutes les obligations nées de la loi de 1928 demeurent, que ce soient l'obligation de constituer des stocks stratégiques, la réglementation des installations pétrolières non classées ou l'existence d'une flotte pétrolière sous pavillon français pour une partie des quantités de pétrole importé. L'État se réserve par ailleurs la possibilité, en temps de crise, de limiter les échanges extra-communautaires - autrement dit, d'imposer un embargo. Sont en revanche supprimées les fameuses autorisations préalables auxquelles étaient jusqu'à présent soumis raffineurs et distributeurs de pétrole.

---

<sup>16</sup> Directive n° 68/414/CEE du 20 décembre 1968.

<sup>17</sup> Directive n° 72/425/CEE du 19 décembre 1972.

<sup>18</sup> Revue du droit public, 1994, p.1461.

Dans l'ouvrage **Etat et énergie XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle**, les auteurs livrent une réflexion sur ce phénomène de libéralisation : « Les causes de la libéralisation du système ont été politiques (l'Europe et l'esprit libéral sous-tendu par le traité de Rome) mais aussi et dans une très large mesure économiques : c'est le reflux de la consommation pétrolière à partir de 1979 qui a privé les contingents de leur vertu coercitive, de la même façon que la forte croissance de la période précédente a permis leur efficacité. La fin du monopole peut être vue de deux façons différentes : symboliquement et politiquement l'avènement du Marché unique européen a bien signifié la disparition du monopole délégué ; techniquement au plan de la tutelle, au contraire, la loi de 1992 a consolidé au maximum les outils étatiques d'action directe sur le secteur pétrolier subsistant objectivement à cette date : devoir d'information, stocks, pavillon et droit de regard sur les installations (les obligations sur les stocks et le pavillon ayant d'autant plus facilement résisté qu'elles étaient en large mesure indépendantes des autorisations spéciales). » Comme les auteurs cherchent ici à nous l'indiquer par leur analyse, cette libéralisation ne peut être comprise comme un phénomène purement politique et idéologique, de retrait du rôle de l'État au profit du marché. En réalité, elle recouvre des explications économiques. Celles-ci montrent davantage une évolution d'une ancienne régulation par les contingents d'importation, inefficace lorsque la consommation du bien reflue comme c'est le cas avec la cumulation des crises pétrolières de 1973 et 1979, vers une nouvelle régulation fondée aussi sur des obligations et des contrôles qui se veulent mieux adaptés. C'est d'ailleurs le régime qui a jusque-là subsisté.

## 2. Du « monopole délégué » à la « régulation administrée »

Nous allons maintenant nous atteler aux propriétés du régime juridique actuel, afin de mettre en exergue les évolutions du droit applicable au secteur pétrolier depuis 1992. Tout d'abord, il paraît nécessaire de s'intéresser aux objectifs qui guident aujourd'hui la politique énergétique et le droit de l'énergie, et en particulier ceux qui concernent les énergies fossiles.

Au niveau du droit interne, on trouve à l'article L. 100-4, I, 1<sup>o</sup>, du Code de l'énergie l'objectif de la politique énergétique nationale consistant à « réduire les émissions de gaz à effet de serre de 40% entre 1990 et 2030 et d'atteindre la neutralité carbone à l'horizon 2050 ». Pour ce qui concerne directement les énergies fossiles, on trouve en son article L. 100-4, 3<sup>o</sup>, l'objectif suivant : « Réduire la consommation énergétique primaire des énergies fossiles de 40% en 2030 par rapport à 2012 ». Cette ambition prend en compte un aspect important, qui est la

discrimination par ordre de priorité parmi les types d'énergies fossiles, dans le but de mettre fin en premier lieu à l'usage de ceux qui sont les plus émetteurs en gaz à effet de serre.

On trouve dans le Code de l'énergie un livre IV portant sur le gaz naturel et un livre VI portant sur le pétrole. Dans le titre Ier du livre Ier du Code de l'énergie, qui se veut global sur les principes régissant le secteur de l'énergie, une partie est dédiée au marché pétrolier : on peut y lire un seul et unique article (L. 112-1) qui traite des principes applicables au marché pétrolier, ce qui montre un important déséquilibre avec la centaine d'articles regroupés dans la partie traitant des secteurs de l'électricité et du gaz. Il paraît nécessaire de citer ici cet article : « Sous réserve du respect des dispositions applicables du présent code (...), la réception en provenance de l'étranger et l'expédition à destination de celui-ci, le traitement, le transport, le stockage et la distribution du pétrole brut et des produits pétroliers s'effectuent librement. (...) ». L'article L. 112-1 du Code de l'énergie prévoit un régime estampillé explicitement du sceau de la liberté, dont la formulation est exactement celle de l'article premier de la loi du 31 décembre 1992.

Cependant, il est important de nuancer ce principe de liberté posé par le Code de l'énergie. Il faut ici comprendre « libre » comme une distinction par rapport à un régime d'autorisation administrative, qui s'applique typiquement au gaz et à l'électricité. Nous pouvons constater désormais un régime de liberté pour le secteur pétrolier, surtout si on prend comme référence le régime qui a suivi la loi de 1928. On retrouve la rupture effectuée en 1992 par rapport au système des autorisations préalables pour les importations, qui s'était au fur et à mesure étendu aux différentes activités de la chaîne d'approvisionnement pétrolier. En même temps l'article L.112-1 lui-même exprime une réserve, puisque ce principe de liberté s'entend du respect des obligations du Code de l'énergie – or, comme nous l'avons évoqué, les contraintes que le Code pose encore à ce jour se rapportent surtout « aux objectifs de la politique énergétique et tout particulièrement de la sécurité d'approvisionnement », avec des « obligations de constitution et de conservation de stocks stratégiques de pétrole et de produits pétroliers ainsi que l'obligation de pavillon français ». Les cas extrêmes de crises, d'urgence, de conflits sont également prévus et l'article L. 143-1 du Code de l'énergie qui donne la possibilité au Gouvernement, par décret en conseil des ministres et pour une période déterminée, de « soumettre à contrôle et répartition les ressources en énergie et en produits énergétiques de toute nature », dont les produits pétroliers, afin de remédier à d'éventuelles menaces ou pénuries. Par ailleurs, le Gouvernement peut réglementer ou suspendre l'importation ou l'exportation dans le domaine pétrolier en vertu de l'article L. 143-7 du même

Code, dans certains cas prévus par cette disposition.<sup>19</sup> L'obligation générale d'information imposée à tous les opérateurs du secteur de l'énergie se double d'un certain nombre de précisions concernant le pétrole, à l'article L. 142-10 du Code de l'énergie : « Toute personne qui réceptionne ou expédie en provenance ou à destination de l'étranger, traite, transporte, y compris par voie maritime, stocke du pétrole brut ou des produits pétroliers ou distribue des produits pétroliers est tenue de fournir à l'autorité administrative, à la demande de cette dernière, tous documents et informations sur sa contribution à l'approvisionnement du marché français en pétrole brut et en produits pétroliers en période de difficultés d'approvisionnement ou directement nécessaires à l'appréciation du respect des dispositions des livres Ier et VI ou au respect des engagements internationaux de la France. »

En dernier lieu, notons que la réglementation applicable au secteur pétrolier en France n'est pas issue uniquement du Code de l'énergie actuel, mais dépend d'une pluralité de sources. Ainsi, on y trouve des règles qui proviennent du Code de l'environnement, de la police administrative en charge des installations classées pour la protection de l'environnement, ou encore du Code minier qui applique les autorisations administratives du droit minier aux activités de recherche et d'exploitation des gîtes de gaz et de pétrole. Les seules dispositions du Code de l'énergie ne permettent donc pas d'éclairer l'intégralité du cadre auquel le secteur pétrolier est soumis.

En dernier lieu, si l'on regarde du côté des sources internationales, il est possible de constater que les marchés de l'énergie se sont peu à peu internationalisés, ce à quoi le recours au pétrole et au gaz a considérablement contribué. Malgré le fait que le secteur énergétique continue d'attiser les réflexes souverainistes, l'usage des énergies fossiles requiert encore de nombreuses mobilisations des outils juridiques à l'échelle internationale. En plus des conventions internationales, les engagements internationaux relatifs à la sécurité d'approvisionnement nous intéressent particulièrement ici. C'est l'Agence internationale de l'énergie, dont le rôle est d'organiser une réponse collective face aux risques de ruptures d'approvisionnement, qui est en charge du pilotage d'un système de stocks stratégiques de pétrole. Un Accord relatif à un programme international de l'énergie, datant du 18 novembre 1974, prévoit des réserves d'urgence mises en place par les États participants qui correspondent au minimum à 90 jours d'importations nettes de pétrole brut et de produits pétroliers, ainsi que

---

<sup>19</sup> L'article L. 143-7 fait mention des cas de guerre, de tension internationale grave constituant une menace de guerre, d'obligation d'honorer les engagements contractés en vue du maintien de la paix, et de mesures prises par l'Union européenne qui nécessitent application.

des mesures de restriction de la demande de pétrole et de répartition afin d'être capable de faire face à d'éventuels chocs impactant l'approvisionnement des populations.

On peut identifier des directives européennes déterminantes qui visent les activités des énergies fossiles, et en particulier le secteur pétrolier. La directive 94/22/CEE, du 30 mai 1994<sup>20</sup>, traite des conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures. Il s'agit des règles concernant la délivrance des autorisations, et leur exercice, de façon à assurer une concurrence efficace. La directive 2009/119/CE du 14 septembre 2009<sup>21</sup> établit l'obligation qui s'impose aux États membres de maintenir un niveau minimal de stocks de pétrole brut et/ou de produits pétroliers. Avec un niveau de stocks correspondant à 90 jours d'importations journalières moyennes, les enjeux de sécurité d'approvisionnement restent en effet omniprésents pour le secteur pétrolier, y compris au niveau international.

Le régime juridique pétrolier se caractérise historiquement par un contrôle important des pouvoirs publics concernant l'importation, le raffinage et la détention de pétrole brut, au point qu'on a pu parler de « régulation administrée » pour le caractériser dans ses fondements législatifs (loi de 1928) et réglementaires. Cependant, le secteur pétrolier a connu de profondes mutations après la Seconde guerre mondiale, la mondialisation de ce marché conduisant à des assouplissements (suppression des obligations d'autorisation d'importation et des quotas, liberté des prix...). Cette évolution est aussi le reflet du mouvement de libéralisation des activités énergétiques issu du droit de l'Union (directive de 1992). Cependant, le Code de l'énergie maintient jusqu'à nos jours une double restriction à cette liberté, en obligeant la constitution de stocks stratégiques et en appliquant des obligations à l'activité de raffinage. Peut-on dès lors affirmer qu'une régulation de type concurrentiel a clairement succédé à une régulation de type administré ?

---

<sup>20</sup> Directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 1994, sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures.

<sup>21</sup> Directive 2009/119/CE du Conseil du 14 septembre 2009 faisant obligation aux États membres de maintenir un niveau minimal de stocks de pétrole brut et/ou de produits pétroliers.

## **CHAPITRE II : Construire et maintenir une régulation concurrentielle sur le marché pétrolier national**

Nous avons jusque-là cherché à brosser le portrait de la réglementation en vigueur concernant le secteur pétrolier, en essayant de faire ressortir les éléments à même de nourrir une réflexion sur l'évolution de la réglementation vers la régulation. Notre objectif est à présent de regarder du côté des autorités concurrentielles et du droit de la concurrence, afin d'y observer les interventions en faveur du maintien d'une structure de marché pétrolier, ainsi que les limites qui justifieraient de pousser jusqu'à une régulation formelle. Dans cet esprit, nous nous attarderons dans un premier temps sur le rôle de l'Autorité de la concurrence qui nous éclaire sur les problèmes constatés sur le marché pétrolier (A), avant de nous tourner vers le droit de la concurrence et en particulier la théorie des facilités essentielles pour examiner dans quelle mesure ils peuvent être résolus (B).

### **Section A) Un secteur pétrolier scruté par les autorités de la concurrence**

Le secteur pétrolier, avec la longue histoire du monopole délégué, témoigne d'un héritage de relations, nouées entre l'État comme acteur de la régulation et les opérateurs, structurellement organisées pour éviter la logique de marché concurrentiel. Dès lors que la libéralisation des marchés de l'énergie concerne tout autant l'électricité, le gaz, que le pétrole, comment caractériser la régulation concurrentielle du régime pétrolier ?

#### 1. L'Autorité de la concurrence : un acteur essentiel

C'est en priorité le modèle des autorités de concurrence qui retiendra ici notre attention. Au niveau national, il nous faut alors regarder en direction de « l'arbitre de la concurrence en



France »<sup>22</sup>, l'Autorité de la concurrence (dite « ADLC » ou « Autorité »), qui est une autorité administrative indépendante. Définies par le Conseil d'État<sup>23</sup> comme « des organismes qui agissent au nom de l'État et disposent d'un réel pouvoir, sans pour autant relever de l'autorité du gouvernement », les autorités administratives indépendantes (AAI) ont pour mission d'articuler le principe de concurrence avec celui de service public. Retenons toutefois que ce sont des structures récentes, qui n'émergent qu'à partir des années 1980 et auxquelles est consacrée une loi du 20 janvier 2017<sup>24</sup>. Anciennement connue comme le Conseil de la concurrence (jusqu'au 13 janvier 2009), l'Autorité de la concurrence se charge du « bon fonctionnement du jeu de la concurrence sur l'ensemble des marchés »<sup>25</sup>.

L'ADLC a pour première attribution l'exercice d'un pouvoir répressif soumis au contrôle de la Cour d'appel de Paris, de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Elle intervient effectivement d'office ou sur saisine en cas de dysfonctionnements de la concurrence sur un marché, et, son objectif étant d'assurer le respect de l'ordre public économique, elle peut à cette fin décider de mesures d'urgence, d'injonctions ou encore de sanctions pécuniaires. C'est à ce titre que sa mission première consiste à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles, on pense ici classiquement aux ententes et abus de position dominante. Sa deuxième mission correspond au contrôle des opérations de concentration, qui renvoient typiquement aux opérations de fusion-acquisition, de rachats, de créations d'entreprises communes qui atteignent une taille importante. L'Autorité effectue ces examens en amont, avant de délivrer ou non une autorisation, qui peut être ou non assortie de conditions. Elle bénéficie ensuite d'un rôle consultatif, afin de répondre à sa troisième mission qui est de formuler des avis et d'émettre des recommandations. C'est ainsi qu'elle prononce des avis, éventuellement accompagnés de recommandations, sur saisine ou de sa propre initiative, sur toute question qui affecte le fonctionnement concurrentiel des marchés, des projets de loi aux propositions de réforme sur les prix. Enfin, sa quatrième mission relève de la régulation des professions réglementées du droit. L'Autorité dispose aussi, depuis la Loi de modernisation de l'économie<sup>26</sup>, de son propre service d'enquête.

Par ailleurs, l'ADLC est membre du Réseau européen de la concurrence. On trouve en effet au niveau européen le deuxième acteur majeur de la surveillance des marchés, correspondant à

---

<sup>22</sup> <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/missions>

<sup>23</sup> Rapport public 2001 du Conseil d'État : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques-etudes/les-autorites-administratives-independantes-rapport-public-2001>.

<sup>24</sup> Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes. JORF, n° 0018 du 21 janvier 2017.

<sup>25</sup> Benoît Blottin, Concurrence, régulation et énergie, 2016, p.35.

<sup>26</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. JORF, n° 181 du 5 août 2008.

l'une des multiples fonctions de la Commission européenne, à savoir la Direction générale de la concurrence. Il s'agit d'une autorité de concurrence à part entière, qui peut poursuivre des activités de veilles informelles et d'enquêtes sectorielles en plus de ses interventions en matière de concentrations, de pratiques concurrentielles, mais également d'aides d'État. C'est elle qui coordonne l'action des autorités nationales de concurrence au sein du Réseau. Nous lui devons notamment une implication importante dans le secteur de l'énergie depuis l'enquête sectorielle de 2005 mentionnée en introduction, cependant ce ne sont pas là des activités que nous retiendrons au profit de notre analyse.

## 2. Une évaluation sévère des obstacles à la concurrence

Deux avis et une décision phares ont été prononcés par l'Autorité de la concurrence, qui nous guideront dans notre réflexion à propos d'un marché pétrolier dont la situation concurrentielle demeure difficile.

Tout d'abord, il nous faut nous intéresser à l'avis 20-A-11 du 17 novembre 2020 relatif au niveau de concentration des marchés en Corse et son impact sur la concurrence locale. En réponse à la demande du ministre de l'Économie notamment sur le niveau des prix à la consommation qui pèse sur le pouvoir d'achat des habitants, l'Autorité de la concurrence concentre ses études sur plusieurs secteurs spécifiques. L'un d'eux est le secteur de la distribution de carburants. L'Autorité fait part de son analyse sur le différentiel de prix des carburants particulièrement élevé entre la Corse et le continent qui, pour une population dont les transports reposent majoritairement sur l'automobile, pèse lourdement sur le budget des ménages. Elle en détaille les facteurs structurels, comme un approvisionnement nécessairement restreint à la voie maritime, un acheminement routier allongé par des reliefs montagneux, une demande dépendante de la saison estivale en raison du tourisme alors que la faible capacité de stockage des dépôts pétroliers en Corse n'en permet pas une gestion souple et flexible.

Du point de vue concurrentiel, l'Autorité juge le secteur « très concentré ». Elle définit cette situation à l'aval par un oligopole de trois réseaux de distribution pour la vente au détail dans les stations-service, avec des barrières à l'entrée importantes pour tout nouveau concurrent, ainsi qu'à l'amont, où « les dépôts pétroliers sont contrôlés exclusivement par une entreprise

verticalement intégrée »<sup>27</sup>. L'Autorité mentionne ici le « monopole de fait sur l'approvisionnement et le stockage des carburants en Corse » par cette entreprise, dont les dépôts constituent une infrastructure essentielle à toute activité de distribution de carburant sur le territoire. Elle expose donc une situation où l'utilisateur du réseau ne peut choisir un fournisseur auprès duquel s'approvisionner directement, si il n'est pas actionnaire des dépôts pétroliers dont il est question. Il s'agit d'une barrière nette à l'entrée sur le marché pour tout opérateur qui veut avoir la main sur son approvisionnement, afin, par exemple, de mener une activité de distribution. Activité qui d'ailleurs, comme nous l'avons évoqué, est elle-même caractérisée par un oligopole.

Rapprochant de façon transversale les trois derniers secteurs qu'elle a analysés (distribution des carburants, distribution alimentaire et gestion des déchets), l'ADLC exprime dans ses conclusions des « préoccupations de concurrence » sur le territoire corse, en enjoignant à « disposer de nouveaux outils juridiques » pour y apporter des solutions. Le fait que la concurrence soit à ce point sujette à un déficit structurel dû aux caractéristiques géographiques et économiques évoquées, qui sont propres à cette région du territoire métropolitain, est pour l'Autorité révélatrice du niveau de concentration des marchés en cause. Elle émet alors une recommandation destinée au législateur : l'ADLC fait état de « dispositifs « disruptifs » permettant de conduire une politique de concurrence adaptée à ces spécificités ». Elle fonde cette recommandation sur trois propositions : l'imposition de mesures correctrices structurelles lorsque les préoccupations pour la concurrence sont suffisamment significatives<sup>28</sup>, la régulation des structures et des conditions de fonctionnement des marchés de gros de biens et de services présentant des défauts concurrentiels<sup>29</sup>, voire enfin la réglementation des prix là où c'est la concurrence par les prix qui se trouve malmenée, en respectant une procédure de consultation auprès de l'Autorité puis de décret en Conseil d'État<sup>30</sup>. L'Autorité s'intéresse ensuite à la prévention d'un niveau excessif de concentration sur des marchés, et plaide pour une « réforme des règles du contrôle des concentrations économiques ». Pour cela elle en appelle au rôle de la Commission européenne, avec la possibilité pour les autorités nationales de concurrence de soumettre des renvois à son examen (même lorsqu'il n'y a pas notification obligatoire). Elle propose enfin que ses propres compétences soient étendues, afin de pouvoir se saisir d'office

---

<sup>27</sup> Autorité de la concurrence, Avis 20-A-11 du 17 novembre 2020 relatif au niveau de concentration des marchés en Corse et son impact sur la concurrence locale. <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/avis/relatif-au-niveau-de-concentration-des-marches-en-corse-et-son-impact-sur-la-concurrence>

<sup>28</sup> Sans nécessairement qu'il y ait de position dominante, mais en appliquant les injonctions qui y correspondent si ces mesures correctrices ne sont pas mises en œuvre (article L. 752-27 du Code de commerce).

<sup>29</sup> Article L. 410-3 du Code de commerce.

<sup>30</sup> Article L. 410-2 du Code de commerce.

d'opérations qui concernent le contrôle d'infrastructures essentielles, lorsque le risque pour la concurrence est suffisamment légitime et ce même si les « seuils de contrôle » ne sont pas atteints.

L'avis 21-A-01 du 01 mars 2021 sur le projet d'arrêté portant contrôle des oléoducs d'intérêt général par le ministre en charge de l'énergie est une réponse à une sollicitation gouvernementale. En effet, 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 »<sup>31</sup>. Le projet d'arrêté dont il est question a pour ambition d'ajouter à ce rôle des fonctions qui correspondent au champ concurrentiel, absent jusque-là. Il est donc prévu d'intégrer un contrôle lié à des enjeux de concurrence.

Ce projet reçoit un avis défavorable de l'Autorité, qui juge ce nouveau contrôle insuffisant. Celle-ci identifie quatre raisons majeures qui fondent son argumentation : la possibilité même d'utiliser un projet d'arrêté pour une telle réforme reste opaque, le contrôle en question est limité aux activités de transport uniquement, il repose de façon prépondérante sur un aspect précis de l'activité des sociétés d'exploitation d'oléoducs d'intérêt général que sont les évolutions tarifaires, et enfin les modalités d'application sont problématiques puisque les critères restent flous et le suivi concret du comportement de ces sociétés manque à l'appel.

Ce projet ne démontre donc pas qu'il s'appuie sur des outils suffisamment convaincants pour un contrôle des sociétés d'exploitation d'oléoducs d'intérêt général visant à ce que leurs comportements ne nuisent pas à la concurrence. L'Autorité précise ici explicitement que les oléoducs présentent un « caractère d'infrastructure essentielle », caractère qu'elle base sur des conditions d'utilisation « non duplicables par des concurrents et incontournables pour les clients ». Elle souligne par ailleurs les critères nécessaires pour la régulation de telles infrastructures que sont « des règles objectives, transparentes, non discriminatoires et en relation avec les coûts » et attentives aux effets sur les utilisateurs. Nous retrouverons ce régime qu'utilise l'Autorité dans le cadre de la théorie des facilités essentielles.

---

<sup>31</sup> Autorité de la concurrence, Avis 21-A-01 du 01 mars 2021 sur le projet d'arrêté portant contrôle des oléoducs d'intérêt général par le ministre en charge de l'énergie, § 2. <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/avis/sur-le-projet-darrete-portant-contrrole-des-oleoducs-dinteret-general-par-le-ministre-en-charge>

L'ADLC fait ensuite référence à d'autres secteurs, comme les transports, en précisant que le contrôle des infrastructures essentielles qui en dépendent relève généralement du ressort « d'autorités administratives indépendantes en charge de missions de régulation économique ». Elle se positionne alors en faveur d'un recours à la loi pour une régulation reposant sur une autorité administrative indépendante : en somme, un régulateur sectoriel. L'Autorité suggère en particulier 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 », et qui pourrait ainsi véritablement concentrer divers domaines du secteur de l'énergie.

Pour finir, analysons la décision 21-DCC-79 du 12 mai 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la Société du Pipeline Méditerranée-Rhône par la société Transport Stockage Énergies. La société Transport Stockage Énergies est une filiale du groupe Ardian, co-contrôleur avec EDF de la société Géosel-Manosque, qui exploite des dépôts de stockage de produits pétroliers à Manosque. La Société du Pipeline Méditerranée-Rhône possède et exploite le Pipeline Méditerranée-Rhône, qui approvisionne toute une partie du sud-est de la France en divers produits raffinés, et fait l'objet des convoitises du groupe Ardian qui souhaite procéder à une opération de prise de contrôle exclusif de cette société. Le rôle de l'Autorité consiste alors à analyser les tenants et les aboutissants d'une telle opération sur les marchés concernés, et de se prononcer : dans son raisonnement, le Pipeline Méditerranée-Rhône est considéré par l'Autorité comme une facilité essentielle. En effet, l'Autorité relève en particulier qu'il n'existe pas d'alternative à ce Pipeline pour le transport de produits raffinés par oléoduc dans cette région qui présente une véritable pression concurrentielle. Cette situation de monopole de fait amène l'Autorité à préciser qu'en plus, les barrières à l'entrée sur le marché, aussi bien économique que réglementaire, sont importantes et ne permettent pas à des concurrents potentiels de reproduire cette installation. L'Autorité estime que les engagements que le groupe Ardian met sur la table ne sont pas suffisants pour pallier les risques d'effets anti-concurrentiels de l'opération. En outre, elle s'inquiète du manque d'incitations au maintien de bas tarifs et d'un niveau important d'investissements dans la qualité des services. Le groupe Ardian se retrouverait, par son contrôle exclusif de la société, en position d'hégémonie pour toutes les décisions relatives à sa politique commerciale et d'investissement, et aurait donc comme objectif de maximiser son profit avec une clientèle captive de ce monopole. Enfin, l'Autorité constate un contrôle réel de la part du commissaire du Gouvernement et du ministre en charge

de l'énergie, mais insuffisant face aux risques pour le marché concerné parce qu'il se limite au champ de la politique énergétique et de la sécurité d'approvisionnement.

La décision finale de l'Autorité est d'interdire l'opération, et ce pour des arguments qui nous permettent de réfléchir à une régulation sectorielle du pétrole : elle estime que « l'opération portant uniquement sur la prise de contrôle du Pipeline, elle ne peut prononcer aucune injonction structurelle et qu'une injonction comportementale ne serait pas davantage adaptée, car seules des injonctions s'apparentant à un contrôle exercé par une autorité de régulation sectorielle pourraient être de nature à répondre efficacement aux préoccupations engendrées par le comportement de la nouvelle entité. Or, une injonction comportementale ne peut se substituer à une réglementation instaurant un contrôle sectoriel ex ante. »<sup>32</sup> Elle considère donc qu'il n'est pas de son ressort d'appliquer des mesures correctives comme des injonctions ou des engagements concernant cette opération, et que dans ce contexte où elle n'exerce pas le contrôle qui lui apparaît nécessaire, elle se doit d'interdire la mise en œuvre. On trouve là une forme d'encouragement de la part de l'Autorité à la mise en place d'un régulateur sectoriel, afin de répondre à ces préoccupations si l'on veut que de tels projets puissent aboutir, puisqu'elle souligne ici les limites de sa propre compétence.

Loin de demeurer hors de prise des autorités de concurrence, le secteur pétrolier national fait donc l'objet de leurs interventions directes. Dans ces avis et décisions, l'ADLC met ainsi en exergue le contrôle que l'État exerce sur les gestionnaires des oléoducs – un contrôle concentré sur la sécurité d'approvisionnement énergétique, et peu préoccupé des problèmes de concurrence.

### **Section B) Un droit de la concurrence contraint**

A présent, ce sont les outils du droit de la concurrence, et tout particulièrement la théorie des facilités essentielles qui retiendront notre attention. Face aux difficultés à construire et maintenir un marché pétrolier concurrentiel, ils s'avèrent limités à la fois dans leur logique et dans leur mise en œuvre sur ce secteur.

---

<sup>32</sup> Autorité de la concurrence, Décision 21-DCC-79 du 12 mai 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la Société du Pipeline Méditerranée-Rhône par la société Transport Stockage Énergies.  
<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision-de-contrôle-des-concentrations/relative-la-prise-de-contrôle-exclusif-de-la-société-du-2>

## 1. Notion et théorie des « facilités essentielles »

La notion de facilité essentielle, tout d'abord, peut être définie comme « un équipement, une ressource ou une infrastructure, un bien (meuble ou immeuble), un actif (ex. un hélicoptère, un système informatique, des canalisations et tous les réseaux permettant la distribution d'un produit) dont l'accès est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité économique. »<sup>33</sup> Elle recouvre ainsi « l'ensemble des installations (matérielles ou non), détenues par une entreprise dominante, qui s'avèrent non aisément reproductibles et dont l'accès est indispensable aux tiers pour exercer leurs activités sur le marché » (Marty et Pillot, 2011, résumé en ligne<sup>34</sup>).

Il est par conséquent possible de tirer trois critères principaux de cette définition. Premièrement, la notion de facilité essentielle a un champ d'application extrêmement large puisqu'elle comprend aussi bien une ressource immatérielle, qu'une infrastructure physique, un équipement, un actif, un bien meuble ou immeuble. Deuxièmement, la facilité doit être difficilement imitable par un nouveau concurrent (critère horizontal). En troisième lieu, son accès doit être nécessaire pour tout acteur économique souhaitant s'intégrer au marché en jeu ou à un marché amont, aval ou complémentaire, d'où son caractère essentiel (critère vertical). En effet, cette question d'accessibilité de la ressource est centrale, posant dès lors le problème des réseaux de transport ou de distribution qui se trouvent entre les mains d'une entreprise en situation quasi-monopolistique. Cela nous amène à reconsidérer les apports des avis et décisions de l'Autorité de la concurrence que nous avons développés, dans lesquels elle a considéré l'accès au Pipeline Méditerranée-Rhône comme une facilité essentielle, mais aussi estimé qu'une situation monopolistique équivalente s'appliquait plus généralement aux oléoducs, indispensables pour la distribution de pétrole comme les gazoducs le sont pour la distribution de gaz.

Cette notion de facilité essentielle est au cœur de la théorie du même nom, aussi appelée « TFE ». La théorie des facilités essentielles provient tout d'abord d'outre-Atlantique, puisqu'elle a été consacrée au début du XX<sup>e</sup> siècle par la Cour Suprême des Etats-Unis, dans

---

<sup>33</sup> <https://www.concurrences.com/fr/dictionnaire/facilite-essentielle>

<sup>34</sup> Marty, F. & Pillot, J. (2011). Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne. *Reflets et perspectives de la vie économique*, L, 197-221. <https://doi.org/10.3917/rpve.504.0197>.

l'arrêt Terminal Railroad Association de 1912 concernant des infrastructures ferroviaires. De façon générale, ce sont les juridictions qui, aux Etats-Unis, appliquent les règles de concurrence et sanctionnent leur violation. C'est donc une théorie jurisprudentielle, réutilisée au cours du siècle dans quelques décisions de la Cour suprême, de façon assez discrète et implicite. Celle-ci finit par la rejeter dans l'arrêt Trinko de 2004 en lien avec les télécommunications, et plus précisément l'accès du nouvel entrant AT&T face à Verizon, opérateur historique. La TFE est reprise en Europe à partir des années 1990 par les autorités de la concurrence, auprès desquelles elle a connu un succès bien plus pérenne pour deux raisons. Elle est tout d'abord présente dans un large nombre de « décisions en matière d'accès à des infrastructures de réseaux » (op.cit., p.3), mais elle a également bénéficié d'un champ d'application en termes d'actifs concernés bien plus important (comme les réseaux numériques ou les droits de propriété intellectuelle). Elle a été utilisée par les autorités européennes pour ouvrir à la concurrence des monopoles publics – alors que les monopoles nord-américains sont privés. Pour ce qui est de l'extension des actifs invoqués, un exemple marquant peut être tiré de l'affaire GVG de transport ferroviaire entre Allemagne et Italie de 2003, où les autorités européennes ont fixé le périmètre des actifs essentiels aux rails, aux motrices, mais également aux cheminots qualifiés pour opérer cette ligne. Dans le domaine de l'énergie, on peut évoquer la décision française Direct Energie du Conseil de la concurrence, en décembre 2007. Celui-ci a accordé à des nouveaux entrants les droits d'accès aux capacités de production nucléaires d'EDF, actifs « indispensables pour exercer une concurrence effective vis-à-vis de ce dernier ».

L'application de cette théorie aboutit à contraindre une entreprise propriétaire d'un équipement, d'une infrastructure absolument indispensable – en particulier de réseaux qu'elle a d'abord dû bâtir en investissant – à « garantir l'accès à titre onéreux à celle-ci dans des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires » aux entreprises souhaitant pénétrer sur le marché. Ainsi le régime rattaché à la TFE doit-il être basé sur des conditions d'accès et d'utilisation de la facilité respectant les critères suivants : l'objectivité, la transparence, la non-discrimination, une rémunération raisonnable du détenteur, et éventuellement l'obligation d'orienter les tarifs vers les coûts puisqu'on prête attention aux répercussions sur les consommateurs. Ce sont là exactement les critères que viennent nous rappeler les avis de l'Autorité de la concurrence, ce qui montre la force de cette théorie et son intérêt. Cela au nom de la concurrence, afin d'éviter les monopoles et les dysfonctionnements qui les accompagnent, mais in fine au nom du bien-être des consommateurs, afin que des réseaux efficaces et compétitifs dans des secteurs stratégiques tels que le ferroviaire, la



téléphonie, l'eau, l'énergie puissent se développer. Il faut pour cela qu'un opérateur endosse les responsabilités et effectue les opérations initiales qui permettent d'aboutir à de telles « ressources essentielles ».

Cependant, il ne s'agirait pas de nier les préoccupations légitimes et les problèmes que peut poser cette théorie dans son application. Les arguments des auteurs sceptiques à son encontre se cristallisent surtout autour de deux risques, comme le montrent les comparaisons entre l'interprétation américaine et l'interprétation européenne de la TFE. Les arguments qui ont pu être mobilisés aux Etats-Unis valorisent les incitations à innover et à investir de tous les acteurs du marché, puisque le processus de concurrence le moins bridé possible permet à la société éventuellement en position de monopole de recevoir pleinement les lauriers de sa prise de risques, et par là de montrer la voie et de stimuler les concurrents. A cela, les autorités européennes opposent le risque dans ces cas-là d'intervenir trop tard si la position hégémonique d'une entreprise dominante aboutit à des dommages irréversibles voire à l'éradication de ses concurrents, ce qui de fait revient finalement à nier le principe même de concurrence. Ou tout du moins à ne le considérer que comme un moyen et absolument pas comme une fin, ce qui s'expliquerait par une concurrence servant des objectifs de compétitivité des prix pour le consommateur final, plutôt qu'une concurrence au bénéfice des concurrents (Marty et Pillot, 2011). Le deuxième argument que l'on peut relier à l'interprétation américaine concerne le risque, pour l'organe en charge d'appliquer les règles de concurrence et de sanctionner leur violation, d'au contraire intervenir trop facilement. Cela en pêchant par précaution, de façon alors préjudiciable à la position dominante acquise par une société grâce à ses propres mérites. Une telle situation enverrait un message aux autres firmes encourageant le recours à des « stratégies d'utilisation opportunistes du droit de la concurrence » (op.cit., § 13), puisqu'alors les incitations à l'innovation et à la compétitivité seraient remplacées par des incitations à attendre que la firme dominante soit condamnée afin d'en récolter les fruits (par l'appropriation d'une partie de sa rente concurrentielle notamment).

Le fait est que ces risques ne sont pas anodins ; de par la fragilité même de cette TFE au travers de l'histoire des décisions qui la concernent, on se retrouve face à une règle qui présente de l'insécurité juridique. Elle est peu intelligible et explicite, et son application variable laisse planer le doute et donc le manque de prévisibilité de son approche par les organes compétents. On peut à partir de là retenir trois limites majeures à cette théorie : la première concerne les coûts du contrôle que requiert la fonction de régulateur de la concurrence. Les injonctions, les mises en demeure, les sanctions, la vérification du respect des engagements éventuellement pris

par la firme pour une réduction de ces sanctions... tout ce suivi du comportement des firmes est évidemment contraignant pour les autorités qui s'engagent à le rendre strict.

Ensuite, il s'agit de prendre en compte les conséquences d'une telle régulation de la concurrence par la TFE sur les incitations à innover ou à investir des firmes. Le fait est qu'il y a un risque pour une firme qui connaît du succès sur son marché de devoir accorder une licence obligatoire à ses droits de propriété intellectuelle ou un accès aux fruits de ses investissements passés, de par les sanctions prononcées par les autorités concurrentielles. On imagine bien le caractère dissuasif pour elle, ainsi que pour les autres firmes dans leurs ambitions à acquérir plus de parts de marché. Sur des infrastructures de réseaux et autres équipements physiques, comme les oléoducs, il y a un risque de sous-investissements et de stratégies de sous-optimisation à prendre très au sérieux si ces projets ne sont pas rendus suffisamment attractifs pour l'opérateur en charge, ou si celui-ci veut éviter de trop grands engagements afin de contourner une situation de position dominante défavorable pour lui. Et cela avec des conséquences pour le bon fonctionnement de la facilité et éventuellement la sécurité des utilisateurs.

Enfin, une dernière objection que l'on pourrait formuler est que les répercussions d'une application stricte de la TFE peuvent, en jouant en défaveur des innovations et des investissements sur le marché, finalement desservir les consommateurs. Ces réserves sont fonction de l'application effective de la TFE par les autorités dans le processus de concurrence.

## 2. Les solutions du droit de la concurrence à des problèmes sectoriels

Face aux spécificités des infrastructures pétrolières, on peut toutefois s'interroger sur l'intérêt de mobiliser cette TFE pour maintenir le fonctionnement concurrentiel du secteur pétrolier.

### a- Risques concurrentiels et qualification des installations pétrolières

Lancée en 2005 sur le marché de l'électricité et du gaz, l'enquête sectorielle de la Commission européenne relève en effet une forte concentration des marchés, des positions dominantes des opérateurs historiques, et d'importantes entraves à la concurrence transfrontalière. Dans le secteur de l'énergie, ceci est dû au rôle majeur d'entreprises verticalement intégrées, que le droit de l'Union définit à propos du secteur de l'électricité comme des entreprises « qui confient directement ou indirectement à la même ou aux mêmes

personnes l'exercice du contrôle, et qui assurent au moins une des fonctions suivantes : transport ou distribution, production ou fourniture. »<sup>35</sup>

Les risques que font peser ces opérateurs sur la gestion des réseaux relèvent de l'abus d'exploitation et de l'abus d'éviction, deux catégories qui découlent d'une position dominante. L'abus d'exploitation « consiste, pour une entreprise, à profiter de sa position dominante pour imposer à ses partenaires commerciaux des conditions tarifaires ou commerciales injustifiées »<sup>36</sup>. L'abus d'éviction consiste à exclure un concurrent du marché. Le droit de l'Union est ici essentiel : en effet, les articles 101 et 102 du TFUE détaillent les pratiques d'ententes et les pratiques abusives interdites au sein du marché intérieur, comme les abus par les prix ou par les conditions commerciales qui peuvent s'avérer discriminatoires.

Le régime applicable en vertu de la TFE pour les conditions d'accès et d'utilisation des facilités essentielles cherche à permettre une régulation sectorielle ex ante, en prémunissant les marchés contre les divers risques que posent les entreprises en position dominante. On comprend leur ampleur à travers les analyses de l'ADLC vues précédemment : il est constant qu'une entreprise en situation de monopole s'affranchit d'une pression concurrentielle et utilise son pouvoir de marché pour maximiser ses profits. Elle peut se permettre d'augmenter les tarifs à l'égard d'une demande peu élastique puisque dépendante ; elle n'a pas d'incitation à rechercher l'efficacité économique ou à maîtriser ses coûts qu'elle peut répercuter de façon disproportionnée sur les prix ; elle se voit libre de discriminer ses partenaires en choisissant par exemple de n'approvisionner que les usagers d'oléoducs prêts à payer davantage. Elle peut même à l'inverse baisser les tarifs en cas de concurrence modale, possiblement jusqu'à décourager ou évincer d'éventuels opérateurs alternatifs. Elle peut aussi réduire les investissements, au détriment de la qualité ou de la sécurité du service, ou contrôler les marchés connexes en tant qu'entreprise dominante sur plusieurs activités d'un même secteur. On retrouve bien là des risques d'abus d'exploitation des usagers, ou d'éviction des concurrents. « 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 » (Avis 21-A-01, op.cit., p.24).

Ces risques sont maîtrisés si des acteurs de la chaîne de valeur sont actionnaires de l'exploitant de la facilité essentielle considérée. Ce statut d'actionnaire-utilisateur avec une pluralité d'actionnaires, comme le démontre l'ADLC lorsqu'elle s'inquiète du projet menant à la prise

---

<sup>35</sup> Dir. (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, art. 2, § 53.

<sup>36</sup> <https://www.concurrences.com/fr/dictionnaire/abus-d-exploitation>

de contrôle exclusif de la Société du Pipeline Méditerranée-Rhône, permet d'ouvrir le champ des intérêts en jeu et de contrebalancer la position dominante de l'exploitant.

Or les oléoducs sont bien considérés comme des infrastructures essentielles. La Commission européenne et l'Autorité ont soutenu la qualification d'installations gazières de stockage et de transport comme infrastructures essentielles ; l'Autorité remarque d'ailleurs qu'une régulation ex ante se développe en France sur ce secteur.<sup>37</sup> Concernant le pétrole, elle affirme 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, d'autre part, qui présentent un caractère incontournable, faute d'alternative pour les transports massifs de produits pétroliers et sur longue distance ». Ce sont donc des infrastructures essentielles dont les 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- Limites des outils du droit de la concurrence

L'ADLC est cependant forcée de constater que jusque-là, les efforts sur le secteur pétrolier n'ont pas suffi à venir à bout des problèmes de concurrence. Pour éviter les abus des entreprises verticalement intégrées, deux autres leviers peuvent être actionnés : séparer les activités de transport et de production/fourniture, et séparer les activités de distribution et de production/fourniture. Il s'agit là de principes interdépendants « de séparation des activités et d'indépendance des gestionnaires de réseaux, qui visent à prévenir les conflits d'intérêts et les comportements discriminatoires. »<sup>38</sup>

En effet, le pouvoir d'entreprises verticalement intégrées en charge à la fois de la gestion des réseaux d'énergie, et de la production et/ou fourniture sur les marchés concurrentiels est considéré comme attentatoire à une concurrence fonctionnelle, en permettant à ces opérateurs dominants de recourir à des stratégies abusives d'éviction des nouveaux entrants. Ce verrouillage vertical du marché est attribué à une absence de séparation entre les activités de gestion des réseaux et les activités de production, de fourniture ou de vente aux consommateurs

---

<sup>37</sup> Autorité de la concurrence, Avis 21-A-01 du 01 mars 2021 sur le projet d'arrêté portant contrôle des oléoducs d'intérêt général par le ministre en charge de l'énergie, III. Analyse concurrentielle, B. 2. Les structures de marchés et les risques concurrentiels identifiés.

<sup>38</sup> Marie Lamoureux, *Droit de l'énergie*, 2020, p.236.

finals. Les premières sont régulées : elles renvoient à l'exploitation des réseaux de transport et de distribution comme les oléoducs, soumise aux exigences d'un secteur sensible et stratégique ; les secondes, progressivement libéralisées, s'exercent désormais sur des marchés concurrentiels. Il se trouve que le cas des marchés de l'électricité et du gaz est particulièrement éclairant, mais on retrouve la même logique pour le pétrole, avec des activités d'exploitation des oléoducs qui sont soumises à un régime spécifique en raison d'enjeux de sécurité d'approvisionnement, tandis que les activités de distribution s'effectuent plus librement. Le contrôle de l'accès aux réseaux, que l'ADLC qualifie « d'infrastructures essentielles » (comme les oléoducs pétroliers) est ici au cœur des stratégies des gestionnaires. Ces biais ont amené la Commission européenne à appeler à « une action plus efficace, résultant tout à la fois de l'application du droit de la concurrence et d'une amélioration de la réglementation sectorielle » (op.cit., p.237).

Séparer les deux catégories d'activités, afin de garantir l'indépendance des gestionnaires de réseaux par rapport aux structures qui travaillent sur la production et la fourniture, apparaît ainsi comme une solution pertinente. Le droit de l'Union a donc poussé à mettre en œuvre ces principes de séparation des activités et d'indépendance des gestionnaires de réseaux, en prônant une dissociation comptable, puis juridique, et enfin patrimoniale pour atteindre un « découplage effectif » des réseaux de transport<sup>39</sup>. Pour le secteur pétrolier, aucune mesure de ce type ne semble pourtant avoir été élaborée. Elf, ancien concurrent de TotalEnergies, a été absorbé par la multinationale en 2000. TotalEnergies, monopole historique, est privatisé en 1993 et est aujourd'hui une société européenne qui « couvre l'ensemble de la chaîne de production, de l'extraction du pétrole brut et du gaz naturel à la création d'énergie, cela incluant notamment les activités de raffinage et de distribution commerciale »<sup>40</sup>. Force est de constater que, si la qualification de facilité essentielle semble apporter une réponse partielle aux maux du marché pétrolier, d'autres remèdes comme les principes de séparation ne sont pas appliqués. A moins que les directives européennes ne viennent enjoindre ce principe de séparation sur le marché pétrolier, de telles restructurations sont difficilement envisageables. Constatant les limites persistantes du droit de la concurrence dans son encadrement du secteur pétrolier, il nous faut envisager l'intérêt d'un régulateur sectoriel.

---

<sup>39</sup> Du côté des réseaux de distribution, les activités de gestion ne sont soumises qu'à des exigences de dissociation comptable et juridique, puisque l'Union européenne identifie des risques de comportements discriminatoires moins importants.

<sup>40</sup> <https://fr.wikipedia.org/wiki/TotalEnergies>

## **CHAPITRE III : Quel type de régulation pour le secteur pétrolier ?**

Il ne suffit pas d'abolir les droits exclusifs conférés au monopole pétrolier historique, ou d'intervenir ex post, pour réaliser une concurrence effective sur le marché pétrolier. C'est pourquoi le législateur est amené à se poser la question du type de régulation nécessaire, pour maintenir le secteur pétrolier dans un équilibre entre le principe de concurrence et la sécurité d'approvisionnement. C'est donc la logique associant les contours du secteur pétrolier à un appareil propre de régulation qu'il nous faut examiner à présent (A), avant d'aborder les instruments qu'elle pourrait mobiliser (B).

### ***Section A) L'intérêt d'une régulation sectorielle***

Nous venons de montrer que les limites du droit de la concurrence tel qu'il est appliqué au secteur pétrolier amènent à rechercher d'autres solutions, que l'on pourrait trouver sous la forme d'une régulation sectorielle.

#### 1. La CRE comme modèle pour la régulation du secteur pétrolier

Ce sont ici non pas les autorités de concurrence, mais les autorités de régulation sectorielle que nous allons étudier. Dans le cadre de la régulation économique du secteur de l'énergie, la création de la Commission de régulation de l'énergie (connue sous le nom de « CRE ») tient aussi à la nécessité de séparer la fonction de régulateur de la fonction d'actionnaire réunies au sein de l'État. Instaurée par la loi de transposition du 10 février 2000<sup>41</sup> et « chargée de veiller au bon fonctionnement du marché de l'énergie et d'arbitrer les différends

---

<sup>41</sup> Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JORF*, 11 février 2000, p.2143.

entre les utilisateurs et les divers exploitants », la CRE est aussi dotée d'une expertise technique par rapport à un régulateur de droit commun de la concurrence, mentionne Benoît Blottin<sup>42</sup>. La compétence de cette autorité administrative indépendante, en tant que régulateur, « s'étend aux marchés du gaz et de l'électricité ». <sup>43</sup> Parce-que l'état de régulation des secteurs du gaz et de l'électricité est bien plus avancé, la CRE va faire l'objet de notre réflexion en nous servant de modèle pour le cas du pétrole.

A l'origine a été mise en place une Commission de régulation de l'électricité, avant que ses compétences ne soient étendues en 2003 au secteur du gaz par une autre loi de transposition<sup>44</sup>. Aujourd'hui, les dispositions législatives qui concernent la CRE se retrouvent au titre III du livre Ier du Code de l'énergie qui lui est dédié (articles L. 131-1 à L. 135-16), ainsi qu'à travers les dispositions qui traitent de l'électricité et du gaz. La Commission de régulation de l'énergie est composée de deux organes, à savoir un collège des commissaires et un comité de règlement des différends et des sanctions (appelé CoRDIS), elle dépend à la fois de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, et surtout le point important qui la distingue de l'ADLC est le fait que ses compétences relèvent de la prévention et de l'action ex ante. Il est attendu d'elle qu'elle surveille les conditions d'accès aux réseaux de transport et de distribution afin que la concurrence ne soit pas malmenée, ainsi que les transactions entre acteurs et entre marchés. En plus du contrôle des opérateurs des secteurs du gaz et de l'électricité et du respect de leurs obligations, notamment des gestionnaires de réseaux et d'infrastructures, il est de son ressort de surveiller les marchés de l'énergie. « Elle s'assure de la cohérence des offres des fournisseurs, négociants et producteurs avec leurs contraintes économiques et techniques. » « Elle contribue à garantir l'effectivité des mesures de protection des consommateurs », nous dit l'article L. 131-1, qui fait également mention de missions exécutées « au bénéfice des consommateurs finals ». Ces objectifs sont fonction de trois grandes catégories de compétences attribuées à la CRE : une fonction normative et de décision, une fonction de règlement des différends et un rôle de sanction.

Nous verrons en premier lieu l'exercice par la CRE de cette première fonction, normative et décisionnelle, qui lui est attribuée. En vertu de celle-ci, l'autorité bénéficie d'un pouvoir réglementaire délégué : elle peut publier des décisions dans le Journal officiel pour

---

<sup>42</sup> Benoît Blottin, *Concurrence, régulation et énergie*, 2016, p.36.

<sup>43</sup> [https://fr.wikipedia.org/wiki/Commission\\_de\\_r%C3%A9gulation\\_de\\_l%27%C3%A9nergie](https://fr.wikipedia.org/wiki/Commission_de_r%C3%A9gulation_de_l%27%C3%A9nergie)

<sup>44</sup> Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, *JO*, n° 3 du 4 janvier 2003.

préciser certaines règles relevant notamment de la gestion et de l'accès aux réseaux et aux infrastructures, et divers domaines où elle a compétence qui sont spécifiés dans le Code de l'énergie. Par ailleurs, elle produit des actes de soft law non contraignants, comme des communications ou des recommandations pour les domaines qui ne rentrent pas dans ce cadre. La CRE peut également émettre des propositions en particulier pour les tarifs réglementés, mais elle doit aussi être consultée et donc émettre des avis sur les projets réglementaires portant entre autres sur l'accès aux réseaux public de transport et de distribution d'électricité et de gaz naturel, ou sur le cahier des charges du ministre de l'énergie en cas de procédures de mise en concurrence comme des appels d'offres pour de nouvelles installations : il lui incombe alors en plus de mener l'exécution de telles procédures. Elle publie des rapports annuels d'activité et d'information à destination des consommateurs, des pouvoirs publics et des opérateurs régulés, et procède également à des oppositions ou des approbations de certaines décisions qui font partie de ses pouvoirs de contrôle. Il lui appartient en plus de certifier les gestionnaires de réseaux de transport d'électricité et de gaz, processus par lequel elle garantit leur indépendance. Le Code de l'énergie, aux articles L. 134-7 et 134-8, prévoit également que « la CRE, à laquelle les gestionnaires de réseaux doivent transmettre leur plan ou schéma décennal de développement du réseau, peut, le cas échéant, imposer au gestionnaire de réseau la modification de ce plan ou schéma et, s'il n'en respecte pas les termes, le mettre en demeure de réaliser un investissement prévu au plan ou schéma décennal qu'il n'a pas réalisé. En cas de carence, la CRE peut alors procéder à un appel d'offres pour la réalisation de cet investissement »<sup>45</sup>. La CRE peut donc procéder à des appels d'offre pour changer de gestionnaire de réseau, lorsque l'investissement prévu au plan décennal n'a pas été réalisé.

En ce qui concerne la mission de règlement des différends de la CRE, elle est dévolue au comité de règlement des différends et des sanctions. Il est notable que, dans ses objectifs de régulation des secteurs de l'électricité et du gaz, et notamment d'accès transparent et non discriminatoire aux réseaux, ce comité s'occupe du règlement des litiges mais a également construit une forme de jurisprudence. Il se sert à cet effet d'une compétence fondée d'un côté sur les personnes et de l'autre sur l'objet du différend, avec un encadrement qu'on retrouve à l'article L. 134-19 du Code de l'énergie. Le CoRDIS a ainsi « pour objectif principal de garantir l'accès non discriminatoire aux réseaux et aux infrastructures de stockage et de gaz naturel liquéfié »,<sup>46</sup> et est donc à cet égard un pilier de l'ouverture à la concurrence des secteurs de

---

<sup>45</sup> Marie Lamoureux, Droit de l'énergie, 2020, p. 268.

<sup>46</sup> Marie Lamoureux, Droit de l'énergie, 2020, p. 269.



l'électricité et du gaz pour les nouveaux opérateurs, et a aussi compétence pour les différends concernant les règles d'indépendance lorsqu'il est saisi par toute personne qui subit un préjudice comme conséquence de leur non-respect. Le comité mène à bien ces missions en tant que tribunal selon la définition de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et doit donc répondre à des exigences telles que celle du procès équitable, d'indépendance et d'impartialité, en plus des règles de procédure qui lui sont spécifiques dans le Code de l'énergie et dans son règlement intérieur. Les décisions du CoRDiS de règlement de ces différends, mesures conservatoires adoptées dans les cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant l'accès et l'utilisation des réseaux, ouvrages et installations incluses, sont susceptibles de recours auprès de la Cour d'appel de Paris.

Enfin, la Commission de régulation de l'énergie compte également sur la compétence de sanction du CoRDiS. Mais ici l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie sur laquelle nous reviendrons est le deuxième acteur qui nous intéresse en plus des autorités de régulation nationales, puisque l'autorité de régulation nationale peut faire appliquer des décisions juridiques contraignantes des deux ordres. Il est ainsi prévu par les directives européennes, en laissant le soin de leur mise en œuvre au droit interne, qu'elle soit dotée d'un pouvoir d'infliger « des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives à l'encontre des entreprises d'électricité ou de gaz naturel qui ne respectent pas les obligations applicables »<sup>47</sup>. Le Code de l'énergie, aux articles 134-25 et suivants, montre bien que le pouvoir de sanction permet de sanctionner l'inexécution d'une décision de règlement d'un différend. Les personnes ayant qualité pour saisir le comité peuvent le faire pour divers motifs de manquements à sanctionner : les manquements de la part des gestionnaires de réseaux et installations ainsi que leurs utilisateurs à leurs obligations légales et réglementaires, les manquements répétés de gestionnaires de réseaux de transport d'électricité ou de gaz à des règles légales comme l'exigence d'indépendance, les manquements aux règles applicables au fonctionnement du marché de gros de l'énergie, les manquements d'un opérateur à ses obligations d'information ou de comptabilité auprès de la CRE, les manquements au respect d'une décision du CoRDiS dans les affaires de règlements des différends. Les sanctions en question viennent après une procédure précisée par le Code de l'énergie et le règlement intérieur du comité qui inclut une mise en demeure, suivie d'une notification de griefs à l'intéressé, suivie si le comité le juge nécessaire de sanctions correspondant à deux ordres : une interdiction temporaire de l'accès

---

<sup>47</sup> Marie Lamoureux, Droit de l'énergie, 2020, p.270.

aux réseaux et aux installations, ou une sanction pécuniaire qui doit répondre proportionnellement à plusieurs facteurs comme la gravité du manquement ou les avantages tirés par l'intéressé des dommages causés. Il convient enfin de préciser que ces décisions de sanction sont susceptibles de recours de pleine juridiction devant la haute juridiction administrative, le Conseil d'État.

Il faut ici préciser que l'Autorité de la concurrence et la Commission de régulation de l'énergie poursuivent des missions qui peuvent être considérées comme liées, puisque la CRE s'occupe également comme nous l'avons mentionné du fonctionnement de la concurrence, et l'ADLC a des pouvoirs d'intervention sur les marchés et non strictement de sanction. De plus, leurs compétences tendent à évoluer vers plus de proximité : l'ADLC a désormais plus de marge de manœuvre pour œuvrer au développement du secteur en jeu, et la CRE est invitée à intervenir au stade de la répression plus régulièrement. Enfin, il est intéressant de garder à l'esprit que c'est un choix français que d'avoir recours à une autorité de concurrence en parallèle d'une autorité de régulation sectorielle. Les autres États membres ont opté pour des configurations différentes, et cette articulation entre les deux types d'autorités reste un arbitrage national.

En ce sens, on comprend l'importance croissante du rôle de l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (« l'ACER »), qui prend des initiatives de régulation sectorielle à l'échelle européenne. Il s'agit à ce stade d'un organe de coordination, qui sert à conseiller les institutions européennes et les autorités de régulation nationales par le biais de la coopération entre régulateurs sectoriels. Les compétences de l'ACER, créée par un règlement européen de 2009, se retrouvent dans le règlement 2019/942 du 5 juin 2019 instituant une agence de l'Union européenne pour la coopération des régulateurs de l'énergie. L'Union intervient alors directement, avec l'objectif d'une meilleure coopération et coordination entre les autorités de régulation des États membres pour permettre une meilleure intégration des marchés limités à l'électricité et au gaz en son sein.<sup>48</sup> L'Agence doit aider à l'activité des autorités nationales de régulation, la coordination de leur action, endosser le rôle de médiateur et régler les différends là où c'est nécessaire. Elle permet en outre la surveillance de ces activités de régulation et l'adoption de pratiques communes, afin d'avoir une application « cohérente, efficace et effective du droit de l'Union » (article 2). Pour cela, elle peut émettre des avis et recommandations notamment pour la coopération des gestionnaires de réseaux de transport et de distribution, prendre des décisions individuelles surtout en matière de réglementation

---

<sup>48</sup> Nous voyons là encore l'écart réglementaire qui pèse sur ces secteurs, notamment alors que la France fonctionne à plus de 70% de son mix énergétique sur l'énergie nucléaire.

impactant le commerce transfrontalier lorsque des décisions émanant d'au moins deux autorités nationales mènent à des désaccords, recourir à des centres de coordination régionaux, surveiller les opérateurs des marchés ainsi que l'intégrité et la transparence des marchés de gros ou encore les infrastructures.

On en conclut qu'à ce jour aucune autorité de régulation sectorielle ne prend en charge les activités de la filière pétrolière. Benoît Blottin et Marie-Anne Frison-Roche développent la notion d'« interrégulation » pour parler du phénomène de coordination entre toutes ces autorités. Ces trois fonctions de la CRE s'appliquent jusque-là à l'électricité ainsi qu'au gaz, et elles représentent des outils qui paraissent parfaitement pertinents pour une régulation du secteur pétrolier également.

## 2. De la régulation ex ante à la gestion des risques

Il paraît à ce stade fondamental, lorsqu'il s'agit d'un secteur aussi historiquement polluant et acteur du réchauffement climatique que celui du pétrole, de développer deux points face auxquels l'Autorité de la concurrence est parfaitement démunie : la régulation d'un risque environnemental majeur, et l'accompagnement de la transition énergétique. En effet, nous avons bien vu que les pouvoirs du droit de la concurrence, qui restent axés sur une gestion ex post des dysfonctionnements éventuels sur les marchés, ne prennent nullement en compte des exigences par exemple d'ordre environnemental dans les comportements des opérateurs. Or, étant donné les catastrophes pétrolières que nous avons connues, comme en 1999 avec la marée noire causée par le naufrage du pétrolier Erika dont les conséquences ont d'ailleurs amené à la reconnaissance de la notion de préjudice écologique par la Cour de cassation en 2012<sup>49</sup> et à son adoption législative en 2016<sup>50</sup>, on ne peut qu'attendre du droit que le secteur soit mis face à ses responsabilités. On peut ici également penser à l'explosion et l'incendie de la plateforme pétrolière offshore Deepwater Horizon, le 20 avril 2010, dans le Golfe du Mexique ; on a là une illustration des questions de régulation spécifiques et importantes que pose le développement du forage offshore. On pourrait penser que c'est au droit de l'environnement de remplir cette fonction. Le fait est que celui-ci n'a montré, à l'égard de l'historique des accidents dont nous avons été témoins, que peu de prise sur la prévention des risques des installations pétrolières ou sur les compensations et sanctions recherchées lorsque ceux-ci se produisent.

---

<sup>49</sup> Cour de cassation, Chambre criminelle, 25 septembre 2012, n° 10-82-938.

<sup>50</sup> Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. JORF n°0184 du 9 août 2016.

De plus, la question environnementale appelle à une réflexion sur deux points :

Tout d'abord, on se trouve dans une situation où l'État français s'est fixé à lui-même des objectifs de réduction et de maîtrise de ses émissions de gaz à effet de serre, via des accords internationaux comme l'Accord de Paris de 2015 ou des lois comme la nouvelle loi Climat et résilience<sup>51</sup>. Afin de respecter ses propres engagements, il doit mettre en œuvre les mesures nécessaires qui sont attendues également par la justice. L'historique et très médiatisée « Affaire du Siècle » a amené le juge administratif français à ordonner à l'État de compenser un dommage, en l'occurrence un excédent de 62 millions de tonnes de CO<sub>2</sub>, avant le 31 décembre 2022. Dans l'affaire Association les amis de la terre, constatant que l'État n'a pas pris les mesures suffisantes propres à assurer l'exécution des décisions précédentes, le Conseil d'État a condamné l'État, dans un arrêt du 12 juin 2021, à payer une astreinte de 10 millions d'euros pour le premier trimestre de l'année 2021. A la suite de la loi de 2011<sup>52</sup>, celle de 2017<sup>53</sup> poursuit le travail de mise à l'arrêt des activités de recherche, d'exploration, d'exploitation des hydrocarbures dans leur ensemble, quand parallèlement la délivrance de permis exclusifs de recherches ou l'exploitation de mines d'hydrocarbures par recours à la technique de la fracturation hydraulique sont strictement interdites en France. C'est à cette échelle nationale que les mesures correspondant à une politique de transition énergétique sont attendues, puisque l'organisation du mix énergétique sur le territoire reste une prérogative de l'État. D'un autre côté, l'Union européenne émet des directives concernant le traitement des risques environnementaux. C'est ce même accident de la plateforme de forage Deepwater Horizon qui a amené l'Union à remettre en question ses réglementations et les pratiques appliquées en termes de sécurité des activités pétrolières et gazières en mer, d'où l'adoption de la directive 2013/30/UE du 12 juin 2013<sup>54</sup> qui établit des exigences minimales et uniformes de sécurité pour l'amélioration des conditions entre autres environnementales de ces opérations.

---

<sup>51</sup> Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets. JORF n°0196 du 24 août 2021.

<sup>52</sup> Loi n° 2011-835 du 13 juillet 2011 visant à interdire l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux par fracturation hydraulique et à abroger les permis exclusifs de recherches comportant des projets ayant recours à cette technique. JORF n°0162 du 14 juillet 2011.

<sup>53</sup> 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. JORF n°0305 du 31 décembre 2017.

<sup>54</sup> Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE.

## *Section B) Quelle forme institutionnelle et quels instruments pour une régulation sectorielle du pétrole ?*

### 1. Une nouvelle mission pour la CRE

Comme le rappelle un article des Échos **Énergie : quelle régulation du marché ?**, publié le 8 septembre 1998, la question de la forme institutionnelle que pourrait prendre ladite régulation s'est posée en amont de la création de la CRE. Semblaient alors émerger trois différentes options : une direction ministérielle, une autorité indépendante, ou un service dédié au sein du Conseil de la concurrence, préexistant à la future ADLC. On sait que l'arbitrage de l'époque a donné naissance à la CRE, comme autorité de régulation transversale aux énergies. Mais les hydrocarbures liquides ne devraient-ils pas bénéficier d'une régulation dédiée ? On peut retenir plusieurs éléments :

L'idée de réguler le secteur pétrolier via un organe ministériel pose évidemment la question de l'indépendance de celui-ci dans ses fonctions. Un argument permettant de plaider en faveur d'une intégration au sein de la CRE d'une régulation du secteur pétrolier est le fait qu'on constate que les autorités transversales ont davantage de poids, notamment pour échapper à leur capture par des intérêts particuliers comme ceux des lobbies formés au sein des industries régulées. La question de l'indépendance du régulateur concerne donc aussi bien ses rapports avec les industries régulées qu'avec les pouvoirs publics (note du conseil d'analyse économique, 2017). Par ailleurs, une compétence large attribuée à un organe permet également des économies d'échelle, c'est-à-dire des coûts de fonctionnement et de coordination réduits. Mais c'est « au prix d'une compréhension moins fine de chaque secteur et d'un risque de mettre entre les mains du régulateur des arbitrages qui ne sont pas de son ressort. » (note du conseil d'analyse économique, 2017, p. 1). Concernant le périmètre de la régulation sectorielle, il faut aussi préciser que si celle-ci reste large, comme pour la CRE, plutôt que spécifique à une filière particulière, un autre bénéfice est le fait que cela permet de mieux prendre en compte les externalités économiques ; les conséquences d'une régulation sur les prix ou les conditions de concurrence sur les autres marchés sont ainsi mieux appréhendées. Cela évite également les divergences entre les régulations appliquées à différentes filières d'un même secteur, et donc les coûts de coordination et de rééquilibrage de politiques qui peuvent être contradictoires. Cependant, ces avantages liés à une régulation transversale sont à contrebalancer avec l'avantage majeur d'une spécialisation sectorielle : le régulateur a alors affaire à un secteur qu'il

connaît de plus près, ce qui lui permet effectivement de l'analyser plus finement et d'éviter des politiques malheureuses dont les conséquences peuvent être lourdes<sup>55</sup>. De plus, l'argument du risque de capture par des intérêts particuliers peut ici être renversé : une multiplicité de régulateurs spécialisés, compétents sur un même secteur, devront recevoir les mêmes informations par les entreprises régulées, et en les comparant et en tentant malgré les coûts que cela induit de se coordonner, ils pourront réduire les risques de « rente informationnelle ». Le contrôle a posteriori des autorités concurrentielles peut là intervenir également. Enfin, l'une des problématiques qui peut se poser avec une régulation transversale tient à la nécessité de « concilier une pluralité d'objectifs qui peuvent éventuellement entrer en contradiction ». Cela peut pousser le régulateur à se concentrer sur les objectifs les plus accessibles, les tâches les plus directes à évaluer, au détriment d'autres activités.

Au final, les recommandations du conseil d'analyse économique insistent sur une analyse *intuitu personae* en plus d'une certaine coopération entre les régulateurs en charge de différents secteurs. Et le conseil d'en conclure : « Il s'agit d'arbitrer, d'une part, entre l'expertise technique et le risque de capture et, d'autre part, entre convergence sectorielle et respect des objectifs divers de la société. Le choix d'une organisation doit donc être déterminé au cas par cas, en fonction du poids respectif des différents arguments. » (op.cit., p. 5).

Parmi les arguments qui permettent de discuter du bien-fondé d'une forme transversale, versus sectorielle, pour réguler le pétrole, la question de l'indépendance est centrale et mérite qu'on s'y attarde. L'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique repose sur une double-protection. Elle permet d'éviter d'avoir à arbitrer d'une part entre les intérêts divergents de la politique énergétique gouvernementale et ceux qui sont propres à la régulation sectorielle, d'autre part entre la mission de service public de l'État et ses intérêts privés en tant qu'actionnaire des monopoles historiques de certains secteurs. L'indépendance vis-à-vis des opérateurs régulés, historiques comme nouveaux concurrents, se joue quant à elle autour du risque de capture, et des asymétries d'information éventuelles de la part d'entreprises proches du régulateur qui peuvent conduire à un détournement de ses missions au profit d'intérêts privés. L'influence des lobbies et des groupes de pression est donc nécessaire à contrôler.

De ce postulat sont issues de nombreuses règles, que l'on doit aborder selon ces deux volets. En premier lieu s'impose la question de la composition des autorités de régulation. Le statut des membres, la collégialité peuvent permettre de diminuer ces influences, ainsi que les

---

<sup>55</sup> Le conseil d'analyse économique prend ici l'exemple du secteur électrique en Californie au début des années 2000.

pouvoirs de nomination et de révocation des dirigeants. Les moyens humains et financiers des autorités de régulation sont d'autres facteurs qui peuvent influencer sur leurs capacités à gérer ces risques. Le fait de disposer d'un budget autonome et de pratiques de nomination transparentes des présidents de ces autorités de régulation, ainsi que de missions et d'objectifs clairement établis, permet de progresser sur ces principes déontologiques. « L'article 9 de la loi du 20 janvier 2017 fixe désormais une règle générale selon laquelle les membres des AAI et des API « ne prennent, à titre personnel, aucune position publique préjudiciable au bon fonctionnement de l'autorité à laquelle ils appartiennent » (obligation d'impartialité) et « ne reçoivent ni ne sollicitent d'instruction d'aucune autorité » (indépendance). De la même façon, les conditions de recrutement, d'exercice des fonctions et de cessation des fonctions des membres des collèges et des personnels des services des AAI sont encadrées par des règles qui visent à prévenir les conflits d'intérêts. » (op.cit., p.7). Il est aussi important de considérer la nature des emplois ouverts aux membres une fois qu'ils ont quitté l'autorité. La part des employés des AAI en provenance du secteur privé, combinée à la part des employés issus des AAI qui rejoignent le secteur privé, permet de mesurer les effets d'allers-retours, procurant ainsi des informations sur l'indépendance institutionnelle des membres. Il se trouve que la France présente des chiffres qui témoignent d'un très faible effet d'allers-retours.

Le conseil d'analyse économique souligne un autre aspect à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'indépendance, qui concerne le rapport au temps. En effet, au fur et à mesure on observe une augmentation des risques de capture et de collusion. D'un côté, la longévité d'une autorité de régulation la soumet davantage à des risques de capture, en raison de groupes de pression qui connaissent davantage le système et peuvent l'exploiter et mieux contrôler l'information qu'ils communiquent. D'un autre côté, l'accumulation des règles pour remédier à ce risque aboutit à une bureaucratisation qui pèse sur l'efficacité de la régulation. On peut penser alors comme solution à un système de réévaluation régulière du fonctionnement de l'autorité, ainsi que de renouvellement de la direction. L'indépendance par les compétences fait également partie des leviers : en effet, l'autorité de régulation doit pouvoir montrer une maîtrise technique qui lui permet de peser sur l'action des opérateurs régulés, qui sont les premiers exécutants. Ces différentes formes d'indépendance ne sont pas sans poser des soucis de recrutement, notamment en raison des contraintes déontologiques. En effet, le conseil d'analyse économique souligne par exemple l'obstacle de rémunérations généralement « peu attrayantes » à des positions de haute séniorité au sein des autorités, par rapport au secteur régulé. Combiné à certaines restrictions - comme le délai de carence imposé avant de pouvoir rejoindre une entreprise du secteur que l'on participait à réguler -, cela réduit considérablement l'intérêt des cadres à

intégrer une autorité et par conséquent en rétrécit le vivier de recrutement. La quatrième recommandation du conseil d'analyse économique à ce propos est donc de permettre des salaires plus compétitifs et une mobilité facilitée vers les secteurs, public ou privé, qui ne dépendent pas de cette régulation.

Un dernier argument qui milite en faveur d'une mission dédiée à la régulation pétrolière au sein de la CRE, plutôt qu'en faveur de la création d'un régulateur sectoriel, est la critique de l'effet cliquet associé aux autorités administratives indépendantes : une fois qu'une nouvelle AAI a été créée, elle est difficilement remise en question. Par ailleurs, une mission consacrée au pétrole intégrée à la CRE plutôt qu'autonome permet de préserver l'équilibre fonctionnel avec l'ADLC. Le conseil de l'analyse économique tranche d'ailleurs en partie cette question, en proposant que lorsqu'un secteur a achevé sa mue grâce à l'ouverture à la concurrence via le cadre d'une autorité de réglementation, seul le contrôle en aval de l'ADLC reste pertinent (op. cit., p.9). On a atteint une interrégulation équilibrée entre la CRE et l'ADLC, qui risquerait d'être déstabilisée par la création d'une nouvelle AAI sectorielle. Plutôt que la multiplication de ces autorités sectorielles, il semble donc pertinent d'avoir une CRE qui représente ainsi un panorama plus complet du secteur de l'énergie.

Il est intéressant de garder à l'esprit les divergences qui existent selon les pays en ce qui concerne le rôle respectif d'un éventuel régulateur sectoriel et des autorités de concurrence. En France, la séparation entre leurs attributions est considérée comme stricte ; c'est une question d'équilibre entre une régulation qui penche vers l'a priori, et une politique de la concurrence qui correspond davantage à l'a posteriori. A cela, on peut rajouter le fait que certains secteurs sont régulés par exemple dans un État membre de l'Union européenne, et pas dans un autre, et ces divergences peuvent être source de questionnements.

Il faut enfin s'interroger sur l'équilibre souhaitable entre une régulation effectuée à l'échelle nationale, et une régulation effectuée à l'échelle européenne. L'échelle européenne semble pertinente à partir du moment où les secteurs concernés représentent des marchés dont le périmètre et les enjeux couvrent l'espace économique européen. Le conseil d'analyse économique insiste qu'il ne faut pas se bloquer dans un schéma unique de régulation, et que le degré du critère national/européen a vocation à s'adapter selon les secteurs ou les activités. Afin de bien l'évaluer, il convient de prendre en compte les politiques communes aux États membres instaurées dans certains secteurs, l'état du marché national, le niveau de technicité des activités. En ce qui concerne le secteur de l'énergie en particulier, le tableau tel que nous l'avons développé s'avère complexe. La technicité des activités et de la gestion des réseaux est, nous l'avons compris, « extrême », en plus d'une très grande difficulté à établir une politique



commune à l'Union sur des sujets aussi souverains que le mix énergétique d'un pays, ses méthodes d'approvisionnement ou ses stratégies commerciales dans ce domaine avec des États tiers. Il illustre également la possibilité malgré ces caractéristiques d'un cadre relativement flexible en termes de régulation, qui s'adapte précisément selon les activités, comme nous l'avons vu.

## 2. Une série d'instruments étendus au secteur pétrolier

La régulation du secteur pétrolier nous paraît donc nécessiter la création d'une sous-direction dédiée au sein de la CRE, davantage que la mise en place d'une nouvelle autorité administrative indépendante. Mais de quels instruments d'action cette forme institutionnelle pourrait-elle se prévaloir ? Dans ces lignes, nous nous proposons d'en développer trois qui puissent compléter les attributions déjà assumées par le régulateur de l'énergie que nous avons détaillées. Déjà promus ou mobilisés par la CRE pour le secteur du gaz et surtout de l'électricité, les deux premiers nous semblent pouvoir être aussi mis en œuvre pour le secteur pétrolier, à différents niveaux de la filière. Le troisième renvoie, quant à lui, au risque financier systémique encouru sur le marché pétrolier, comme sur le marché gazier.

Instruments techniques promus par la CRE, les smart grids désignent des outils issus de la technologie informatique qui, en tant que « réseaux intelligents », se superposent aux réseaux énergétiques afin d'en ajuster le flux entre le fournisseur et le consommateur.<sup>56</sup> Un réseau est alors, de façon générale, considéré comme un réseau intelligent lorsqu'il associe une infrastructure matérielle aux technologies numériques qui analysent et transmettent l'information reçue. Ainsi, les smart grids permettent au consommateur final d'être informé grâce à une circulation des données et d'avoir une maîtrise en temps réel sur sa consommation d'énergie. Ménages, entreprises, collectivités peuvent en effet suivre de près leur consommation, et le fournisseur peut réguler la distribution du flux.<sup>57</sup> Mais ces technologies interactives établissent des liaisons entre tous les maillons du réseau, et peuvent être utilisées au niveau de la production, du transport, de la distribution comme de la consommation. Elles présentent plusieurs caractéristiques : la flexibilité pour affiner l'équilibre offre/demande, la fiabilité en termes d'efficacité et de sécurité des réseaux, l'accessibilité à de l'énergie issue de

---

<sup>56</sup> <https://www.smartgrids-cre.fr/introduction-aux-smart-grids>

<sup>57</sup> <https://www.totalenergies.fr/particuliers/parlons-energie/dossiers-energie/comprendre-le-marche-de-l-energie/la-smart-grid-solution-d-avenir-des-reseaux-electriques>

sources diverses dont les énergies renouvelables, et l'économie grâce à un fonctionnement qui réduit les coûts. Le fonctionnement par capteurs installés tout au long du réseau qui donnent constamment des informations sur les flux et les niveaux de consommation permet ainsi le contrôle des flux en temps réel. De plus, ces communications instantanées favorisent une interopérabilité entre les gestionnaires du réseau de transport et ceux du réseau de distribution. Ensuite, l'intégration des énergies renouvelables est à soulever, puisque celles-ci sont souvent dépendantes de sources comme le vent ou le soleil qui les rendent intermittentes et difficilement prévisibles. Or, les réseaux intelligents qui permettent cette adéquation instantanée peuvent mieux répondre à ces contraintes. Enfin, les smart grids encouragent les économies d'énergie. Les consommateurs régulent eux-mêmes leur consommation, avec des informations sur les prix, les heures de pointe de consommation, la qualité et le niveau de consommation d'électricité de leur ménage. De nombreux points d'interface comme les compteurs qualifiés de « communicants » ou « évolués » de type Linky pour l'électricité et Gazpar pour le gaz naturel<sup>58</sup> relient la couche numérique au réseau de distribution. Cependant, on peut se demander pourquoi un tel outil technique serait réservé à l'électricité. On peut par exemple envisager de l'adopter pour la distribution de produits pétroliers raffinés comme le fioul domestique (à usage de chauffage) ou l'essence automobile.

Mobilisé cette fois directement par la CRE, le deuxième instrument est de type juridique : il s'agit du dispositif d'expérimentation réglementaire<sup>59</sup> dans le secteur de l'énergie, introduit par la loi du 8 novembre 2019 (dite « loi Energie-Climat »), qui prévoit que la CRE « puisse accorder des dérogations aux conditions d'accès et à l'utilisation des réseaux et installations pour déployer à titre expérimental des technologies ou des services innovants en faveur de la transition énergétique et des réseaux et infrastructures intelligents ». Ce dispositif apporte donc un cadre juridique adapté aux porteurs de projets, en leur permettant de tester des innovations qui nécessiteraient des évolutions du cadre législatif et réglementaire en vigueur. Les dérogations ou exemptions aux règles en vigueur sont temporaires et font l'objet d'un retour d'expérience. En fonction des résultats, le pouvoir législatif ou réglementaire peut effectuer des modifications pérennes du cadre juridique applicable afin que les innovations soient industrialisées. Les dossiers éligibles jusqu'alors portent sur des thématiques telles que l'optimisation du raccordement de projets de stockage d'électricité ou l'injection de nouveaux

---

<sup>58</sup> <https://www.totalenergies.fr/particuliers/parlons-energie/dossiers-energie/comprendre-le-marche-de-l-energie/la-smart-grid-solution-d-avenir-des-reseaux-electriques>

<sup>59</sup> Aussi appelé « bac à sable », en référence à la cour de récréation.

gaz dans les réseaux. Mais des innovations dans le secteur pétrolier, par exemple au niveau du transport (on peut songer à des oléoducs « intelligents ») ou de la distribution (imaginons une essence moins carbonée, ou certains types de biocarburants) pourraient aussi bénéficier de ce système de « bac à sable ».

Le troisième outil, cette fois de type financier, renvoie enfin à la conjoncture très spécifique de fin d'exploitation des hydrocarbures. On sait en effet que depuis fin décembre 2017, le législateur interdit de délivrer tout permis d'exploration d'hydrocarbures en France et organise la fin de l'exploitation des hydrocarbures conventionnels et non conventionnels sur le territoire d'ici à 2040. L'une des préoccupations majeures d'un éventuel régulateur serait de mettre en œuvre une activité de veille sur les « actifs échoués » : sont ainsi désignés les actifs financiers autour des opérations pétrolières, qui demandent des investissements colossaux, alors même que la confiance que les spéculateurs peuvent avoir dans leur valeur à l'avenir les met dans une position dangereuse. Il s'agit d'actifs dits « irrécupérables », encore connus sous le nom de « stranded assets », qui sont définis comme des « actifs qui ont subi des dépréciations, des dévaluations ou des conversions au passif imprévues ». <sup>60</sup> Or, ces dernières années ces risques financiers sont majoritairement reliés au réchauffement climatique et à la gestion des changements qui en découlent. En effet, le risque de dévalorisation des actifs pétroliers augmente avec la recomposition du mix énergétique, avec la mise en place de nouvelles réglementations gouvernementales visant à lutter contre le réchauffement climatique, ou encore avec la baisse des coûts des technologies propres comme les énergies renouvelables au fur et à mesure que leurs rendements s'améliorent. On peut également mentionner une plus grande volonté de traduire les opérateurs les plus polluants en justice, avec des coûts associés à ces litiges. Tous ces éléments n'offrent guère de perspectives réjouissantes pour les investissements que les banques ou les spéculateurs ont dédiés ou pourraient dédier aux activités de la filière pétrolière. Or, celles-ci représentent comme nous l'avons évoqué des montants considérables étant donné les coûts de production qu'elles induisent. On voit alors se dessiner une bulle spéculative, prête à exploser y compris pour des raisons de ressources pétrolières que nous ne contrôlerons plus avec l'appauvrissement des stocks disponibles dans les sols. On peut donc imaginer que la CRE s'équipe d'un dispositif de veille des actifs pétroliers « à risque d'échouage », corrélé avec les indicateurs de gestion classiques de l'Autorité des marchés financiers.

---

<sup>60</sup> [https://fr.wikipedia.org/wiki/Actif\\_irr%C3%A9cup%C3%A9rable](https://fr.wikipedia.org/wiki/Actif_irr%C3%A9cup%C3%A9rable)



## CONCLUSION

Le secteur pétrolier hérite d'un régime administratif qui le rendait particulièrement rigide, et recouvre de nombreux enjeux stratégiques que n'a pas nécessairement satisfait le monopole d'État. Il pose toujours d'importants problèmes concurrentiels, auxquels la régulation exercée par les autorités de la concurrence en vertu du droit de la concurrence n'ont pas permis de répondre complètement. En nous interrogeant sur les structures actuelles de régulation sectorielle, on se rend compte de leurs nombreux avantages mais aussi de l'angle mort que constitue la filière pétrolière. C'est pourquoi il paraît judicieux de maintenir la forme institutionnelle de la Commission de régulation de l'énergie, tout en aménageant ses missions et en complétant ses outils afin de prendre en compte les spécificités du secteur pétrolier national.

Loin de l'idée que les mécanismes de régulation ex post suffisent à prendre le relais, une fois que le marché concurrentiel est en place, et loin de penser que la régulation sectorielle n'est justifiée que durant une période transitoire, nous défendons plutôt la coordination et la coopération entre ces différentes autorités. Cela demande, comme le font de nombreux auteurs actuellement, que l'on s'interroge sur le phénomène d'interrégulation, qui s'opère non seulement de façon horizontale - au sein même des autorités nationales - mais aussi verticalement, entre les autorités de régulation nationales et européennes. L'articulation entre la CRE et l'ACER permettrait ainsi de porter, en plus de préoccupations concurrentielles centrales dans le développement du marché intérieur, des questions d'intérêt général qui relèvent davantage de la souveraineté nationale. Or la régulation des risques écologiques que fait courir la filière pétrolière, et la gestion de sa disparition progressive, sont des enjeux où l'échelon européen est d'autant plus essentiel, qu'il pourrait aider à répondre à l'exigence d'un droit à l'énergie comme faisant partie des droits de l'homme à une vie digne, et que l'environnement a été reconnu comme un droit fondamental par la Cour européenne des droits de l'homme.

## Annexe

### AVANTAGES ET INCONVENIENTS DE LA SPECIALISATION

	<b>Régulation spécialisée</b>	<b>Régulation transversale</b>
Avantages	<ul style="list-style-type: none"><li>• Compétences</li><li>• Pas d'arbitrage entre objectifs multiples</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Moins de risque de capture qu'un régulateur sectoriel</li><li>• Synergies (convergence sectorielle)</li><li>• Réduction des coûts de coordination</li></ul>
Inconvénients	<ul style="list-style-type: none"><li>• Davantage de risque de capture par le secteur régulé (sauf pluralité des régulateurs sur un même secteur)</li><li>• Coordination difficile</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Compréhension moins fine</li><li>• Risque d'arbitrages, qui ne sont pas de son ressort, par le régulateur</li></ul>

*Source* : Bacache-Beauvallet, M. & Perrot, A. (2017). « Régulation économique : quels secteurs réguler et comment ? ». *Notes du conseil d'analyse économique*, 44, p.1-12.

## REFERENCES

### I – Sources

#### A - Textes de droit interne

##### *1. Codes*

- Code de l'énergie
- Code du commerce
- Code de l'environnement

##### *2. Textes à valeur législative*

- Loi du 10 janvier 1925 sur le régime de l'autorisation spéciale
- Loi du 4 avril 1926 portant création de nouvelles ressources fiscales
- Loi du 30 mars 1928 sur l'importation de pétrole
- Loi n° 92-1443 du 31 décembre 1992 portant réforme du régime pétrolier, J. O., 1er janvier 1993, p.11
- Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, *JORF*, n° 185, 11 août 2004, p. 14256.
- Loi n° 2011-835 du 13 juillet 2011 visant à interdire l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux par fracturation hydraulique et à abroger les permis exclusifs de recherches comportant des projets ayant recours à cette technique
- 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
- Loi du 20 janvier 2017 sur les règles d'impartialité et d'indépendance des membres des AAI et des API
- Loi du 8 novembre 2019 dite « loi Energie-Climat »

##### *3. Ordonnances*

- Ordonnance n°86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

##### *4. Jurisprudence administrative*

- C. E., 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre et autres.*

## **B – Avis et décision de l’ADLC**

- Avis 20-A-11 du 17 novembre 2020 relatif au niveau de concentration des marchés en Corse et son impact sur la concurrence locale.
- Avis 21-A-01 du 1<sup>er</sup> mars 2021 sur le projet d’arrêté portant contrôle des oléoducs d’intérêt général par la ministre en charge de l’énergie
- Décision 21-DCC-79 du 12 mai 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la Société du Pipeline Méditerranée-Rhône par la société Transport

## **C – Textes de droit européen**

### **1. Directives et décision**

- Directive 68/297/CEE relative à l’admission en franchise du carburant contenu dans les réservoirs des véhicules automobiles utilitaires
- Directive 68/414/CEE faisant obligation aux États membres de la CEE de maintenir un niveau minimum de stocks de pétrole et/ou de produits pétroliers
- Directive 73/238/CEE du Conseil concernant des mesures destinées à atténuer les effets des difficultés d’approvisionnement en pétrole brut et produits pétroliers
- Décision 77/706/CEE du Conseil fixant un objectif communautaire de réduction de la consommation d’énergie primaire en cas de difficultés d’approvisionnement en pétrole brut et produits pétroliers
- Directive 94/22/CE sur les conditions d’octroi et d’exercice des autorisations de prospecter, d’exploiter et d’extraire des hydrocarbures
- Directive 98/93/CE faisant obligation aux États membres de la CEE de maintenir un niveau minimum de stocks de pétrole et/ou de produits pétroliers
- Directive de 2003 relative aux autorités de régulation sectorielle
- Directive 2009/119/CE relative à l’obligation de maintenir un niveau minimal de stocks de pétrole brut et/ou de produits pétroliers
- Directive 2013/30/UE relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer

### **2. Jurisprudence**

- C. J. C. E., 10 juillet 1984, *Campus Oil limited et autres c. ministre pour l’Industrie et l’Energie et autres*, Affaire 72/83, *Rec.*, 1984, 2727-2768.

## **D - Documentation grise**

- Rapport de M. Jacques Mézard, fait au nom de la commission d’enquête « Autorités administratives indépendantes », *Un Etat dans l’Etat ; canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler*
- Rapport du Conseil d’État, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, 2001, n° 52.



- « Le juge administratif et les autorités de régulation économique », *Les dossiers thématiques du Conseil d'Etat*, mis en ligne le 13/10/2016

## **E – Articles de presse**

- P. Labarde et P. Simonnot, « La loi de 1928 en question : Ses règles... et ses carences », *Le Monde*, 14 novembre 1974
- « La fin d'un " monopole " : le gouvernement veut abroger la loi de 1928 sur le régime pétrolier », *Le Monde*, 24 septembre 1992
- « Énergie : quelle régulation du marché ? », *Les Échos*, 8 septembre 1998

## **F - Sites web**

- « *Le marché du pétrole doit-il être régulé ?* »  
<https://www.melchior.fr/synthese/le-marche-du-petrole-doit-il-etre-regule>
- Sur la réglementation pétrolière :  
<https://www.cpdp.org/fr/la-reglementation-petroliere>
- Sur les abus d'exploitation :  
<https://www.concurrences.com/fr/dictionnaire/abus-d-exploitat>
- Sur les smart grids :  
<https://www.smartgrids-cre.fr/>
- Sur les actifs « échoués » :  
[https://fr.wikipedia.org/wiki/Actif\\_irr%C3%A9cup%C3%A9rable](https://fr.wikipedia.org/wiki/Actif_irr%C3%A9cup%C3%A9rable)

## **II – Bibliographie**

### ***1. Ouvrages***

Blottin, Benoît, *Concurrence, régulation et énergie. Rôle des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle*, Paris, Bruylant, 2016, 826 p.

Frison-Roche, Marie-Anne, *Droit de la régulation*, Paris, Dalloz, 1991, 610 p.

Gaudemet, Yves, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 652 p.

Lamoureux, Marie, *Droit de l'énergie*, Paris, LGDJ, 2020, 850 p.

## 2. Contributions

Choné, Philippe, « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre ex ante et ex post », in Marie-Anne Frison-Roche éd., *Droit et économie de la régulation. 4. Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po, 2006, p. 49-72.

Philippon, André, “Les lois de 1928, leur application et leur efficacité pour créer et maintenir une industrie pétrolière nationale”, in Beltran, Alain, et al., dir., *État et énergie XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Vincennes, Institut de la gestion publique et du développement économique, 2009, p. 371-392.

Truilhé, Eve et Bouillard, Clio, « Quel encadrement juridique pour les activités pétrolières offshore en droit de l’Union européenne ? », in Carina, Oliveira, dir. , *Meio ambiente marinho e direito* (Volume-II), 2017, p. 1-31.

## 3. Articles

Angelier, Jean-Pierre, « L’évolution des relations contractuelles dans le domaine pétrolier », *Liaison énergie francophonie*, 2008, p.23-26.

Bacache-Beauvallet, Maya, & Perrot, Anne, « Régulation économique : quels secteurs réguler et comment ? », *Notes du conseil d’analyse économique*, 44, 2017, p.1-12.

Briand-Meledo, Danièle, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxi, 3, no. 3, 2007, p. 345-371.

Dezobry, Guillaume. « L’indépendance des autorités de régulation économique à l’égard des opérateurs régulés », *Revue française d’administration publique*, vol. 143, n°3, 2012, p. 645-654.

Faberon, Jean-Yves « Le régime pétrolier français », *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l’étranger*, n°5, Sep-Oct. 1994, p. 1457-1480.

Frison-Roche, Marie-Anne, « Les nouveaux champs de la régulation », *Revue française d’administration publique*, n° 109, 2004/1, p.53-63.

Juste-Ruiz, José, « La directive européenne sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l’environnement*, vol. 39, no. 1, 2014, p. 23-43.

Lepetit, Michel, « Risques de transition, énergie et actifs échoués », *Annales des Mines - Responsabilité et environnement*, vol. 102, n°2, 2021, p. 19-23.

Marty, Frédéric & Pillot, Julien, « Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne », *Reflets et perspectives de la vie économique*, L, 2011, p.197-221.

Pénard, Thierry, « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *Revue internationale de droit économique*, vol. xvi, no. 2-3, 2002, p. 293-312.

Perrot, Anne, « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de concurrence », *Revue Française d'Economie*, n°4, vol. 13, 2000, p. 81-110.

Riffault-Silk, Jacqueline. « La régulation de l'énergie : bilan et réformes », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxv, no. 1, 2011, pp. 5-41.

Schneider, Frédéric, « Le droit de l'Union européenne au défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières en mer », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°2, 2014. p. 277-295.

## TABLE DES MATIERES

<b>TABLE DES ABREVIATIONS</b>	4
<b>SOMMAIRE</b>	5
<b>INTRODUCTION</b>	7
Eléments de contexte	8
Enjeux de l'étude	9
<b>CHAPITRE 1 : LA CONTRIBUTION DE LA REGLEMENTATION A LA SECURITE D'APPROVISIONNEMENT DANS LE SECTEUR PETROLIER FRANÇAIS</b>	12
SECTION A - CONSTRUCTION ET EXTENSION D'UN « MONOPOLE DELEGUE »	12
1. <i>La loi fondatrice de 1928</i>	13
2. <i>La sécurité d'approvisionnement, objectif central de l'extension réglementaire</i>	15
SECTION B - UNE LIBERALISATION LIMITEE	16
1. <i>La loi de libéralisation de 1992</i>	16
2. <i>Du « monopole délégué » à la « régulation administrée »</i>	20
<b>CHAPITRE 2 : CONSTRUIRE ET MAINTENIR UNE REGULATION CONCURRENTIELLE SUR LE MARCHE PETROLIER NATIONAL</b>	24
SECTION A – UN SECTEUR PETROLIER SCRUTE PAR LES AUTORITES DE LA CONCURRENCE	24
1. <i>L'Autorité de la concurrence : un acteur essentiel</i>	25
2. <i>Une évaluation sévère des obstacles à la concurrence</i>	26
SECTION B – UN DROIT DE LA CONCURRENCE CONTRAINT	30
1. <i>Notion et théorie des « facilités essentielles »</i>	31
2. <i>Les solutions du droit de la concurrence à des problèmes sectoriels</i>	34
a. <i>Risques concurrentiels et qualification des installations pétrolières</i>	34
b. <i>Limites des outils du droit de la concurrence</i>	36
<b>CHAPITRE 3 : QUEL TYPE DE REGULATION POUR LE SECTEUR PETROLIER ?</b>	38
SECTION A – L'INTERET D'UNE REGULATION SECTORIELLE	38
1. <i>La CRE comme modèle pour la régulation du secteur pétrolier</i>	38
2. <i>De la régulation ex ante à la gestion des risques</i>	43
SECTION B – QUELLE FORME INSTITUTIONNELLE ET QUELS INSTRUMENTS POUR UNE REGULATION SECTORIELLE DU PETROLE ?	45
1. <i>Une nouvelle mission pour la CRE</i>	45
2. <i>Une série d'instruments étendus au secteur pétrolier</i>	49
<b>CONCLUSION</b>	53
<b>ANNEXE</b>	54

<b>REFERENCES</b>	55
<b>I – SOURCES</b>	55
<b>II – BIBLIOGRAPHIE</b>	57
<b>TABLE DES MATIERES</b>	60

## **Résumé**

Alors que la déréglementation et la libéralisation des marchés engagée dans les années 1990 par les instances communautaires a permis au droit de la concurrence d'investir des secteurs économiques comme l'électricité, le régime pétrolier français répond à plusieurs particularités qui, à sa longue histoire de monopole administré, ajoutent des limitations structurelles au maintien et au fonctionnement sain d'un marché concurrentiel. Non seulement les interventions ex post des autorités de la concurrence nécessitent ainsi d'être complétées par les interventions ex ante de la Commission de régulation de l'énergie, mais on peut se demander s'il ne conviendrait pas de mettre en place une régulation sectorielle dédiée aux hydrocarbures liquides. Au terme de l'étude, on voit que la forme institutionnelle et les missions de la Commission de régulation de l'énergie suffisent à s'appliquer au secteur pétrolier, mais qu'il convient d'aménager plusieurs instruments d'intervention visant des énergies fossiles dont on doit aujourd'hui gérer les risques environnementaux induits, et organiser la fin de l'exploitation.

## **Summary**

While the deregulation and liberalisation of markets initiated in the 1990s by the institutions of the European Union has enabled competition law to intervene in economic sectors such as electricity, the French oil regime is the subject of several specificities which add structural limitations to the maintenance and efficiency of a competitive market to its long history of administered monopoly. Not only do the ex post interventions of competition authorities need to be complemented by the ex ante interventions of the French Energy Regulatory Commission, but one may wonder whether it would not be appropriate to set up sector-based regulation dedicated to liquid hydrocarbons. As this study unfolds, we see that the institutional form and missions of the Energy Regulatory Commission should be satisfactory in their potential application to the oil sector, but also that it is necessary to develop several intervention tools, for fossil fuels which demand that we now take charge of the environmental risks involved and organise the end of their exploitation.

## **Mots-clés / Keywords**

Régime pétrolier ; monopole administré ; sécurité d'approvisionnement ; régulation concurrentielle ; régulation sectorielle ; facilité essentielle ; concentration verticale.

Oil regulatory regime ; administered monopoly ; security of supply ; competition regulation ; sector-based regulation ; essential facility ; vertical merger.