



HAL
open science

Marchés de carburants dans les DOM : Evolution de la réglementation et première application de l'article L. 410-3 du Code de commerce

Florent Venayre

► **To cite this version:**

Florent Venayre. Marchés de carburants dans les DOM : Evolution de la réglementation et première application de l'article L. 410-3 du Code de commerce. *Revue Lamy de la Concurrence*, 2014, 39, pp.142-148. halshs-00980430

HAL Id: halshs-00980430

<https://shs.hal.science/halshs-00980430v1>

Submitted on 18 Apr 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Marchés de carburants dans les DOM : Evolution de la réglementation et première application de l'article L. 410-3 du Code de commerce

Florent Venayre*

(Référence : Venayre F., 2014, « Marchés de carburants dans les DOM : Evolution de la réglementation et première application de l'article L. 410-3 du Code de commerce », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 39, Avril-Juin, pp. 142-148.)

L'Autorité de la concurrence vient de rendre un avis favorable portant sur trois projets de décrets visant à améliorer la régulation des marchés de carburants dans les départements d'outre-mer (DOM)¹. Ces nouveaux décrets s'inscrivent dans le cadre d'une large réflexion menée sur les marchés ultramarins de carburants depuis les tensions observées à l'automne 2008. Mais ils innovent également en ce qu'ils ne fondent plus seulement l'intervention réglementaire sur l'article L. 410-2 du Code de commerce mais également sur l'article L. 410-3 nouvellement introduit voici un an par la loi sur la régulation économique outre-mer (loi REOM)² et qui ouvre la possibilité de réguler directement les marchés de gros.

Ces dernières années ont été pour l'Autorité de la concurrence l'occasion de rappeler à plusieurs reprises qu'elle ne considérait pas, d'une façon générale, la réglementation des prix comme la solution aux problèmes de vie chère de l'outre-mer (1.). Les débats qui ont eu lieu au cours du processus d'adoption de la loi sur la régulation économique outre-mer (loi REOM) ont également permis de souligner cet aspect, même si les intentions du ministre de l'Outre-mer, M. Victorin Lurel, à l'origine très claires sur cet aspect, ont finalement abouti à

* Maître de conférences en Sciences économiques, GDI, EA 4240, Université de la Polynésie française et LAMETA, UMR 5474, Université Montpellier I.

¹ Avis n° 13-A-21 du 27 novembre 2013 relatif aux projets de décret réglementant le prix des carburants et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements d'Outre Mer. Il s'agit des décrets du 27 décembre 2013 réglementant les prix des produits pétroliers ainsi que le fonctionnement des marchés de gros pour la distribution de ces produits dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane et de la Martinique (n° 2013-1314), de La Réunion (n° 2013-1315) et de Mayotte (n° 2013-1316). Ils sont entrés en vigueur au 1^{er} janvier 2014.

² Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer.

une loi plus en demi-teinte quant à cette question du contrôle des prix³. Pourtant, et en dépit de la liberté tarifaire assurée en droit français par l'article L. 410-1 du Code de commerce, des dispositions d'encadrement des prix ont existé dès la création du droit de la concurrence français par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁴. Ainsi, sur le fondement de l'actuel article L. 410-2, les marchés domiens de carburants sont réglementés depuis très longtemps. Si une réglementation de ces marchés demeure nécessaire, compte tenu des aspects monopolistiques de certaines de leurs activités, assurer l'efficacité de cette réglementation n'est cependant pas sans soulever d'importantes difficultés, comme en atteste l'évolution historique des dispositifs envisagés (2.). Une nouvelle évolution de la réglementation des marchés de carburants dans les DOM a d'ailleurs été souhaitée par le gouvernement et l'Autorité de la concurrence, sollicitée pour avis, vient de donner un aval à trois projets de décrets. Si, sur certains aspects, les décrets sont innovants, et notamment au plan de leur fondement juridique puisqu'ils relèvent maintenant non seulement de l'article L. 410-2, mais aussi du nouvellement introduit par la loi REOM article L. 410-3, ils poursuivent en revanche sur d'autres aspects l'évolution précédente, sans qu'une réelle remise en question de l'architecture même de la réglementation soit effectuée (3.).

1. La réticence de l'Autorité à l'égard de la réglementation des prix outre-mer

Une constante historique des outre-mer français est la tentative permanente, bien qu'infructueuse, de réglementer les prix et/ou les marges des produits⁵. Récemment, l'Autorité de la concurrence a eu l'occasion à deux reprises de préciser sa position générale à l'égard des contrôles de prix et, plus spécifiquement, pour les territoires français d'outre-mer.

La première de ces deux situations est celle du célèbre avis sur les mécanismes d'importation et de distribution dans les DOM de septembre 2009⁶, voulu par le président de la république en parallèle au lancement des Etats-généraux de l'outre-mer et dans le cadre des suites données aux grandes grèves ultramarines qui ont marqué l'hiver 2008/2009.

Le second exemple de la réticence affichée de l'Autorité de la concurrence aux réglementations tarifaires peut se trouver dans les rapports⁷ qu'elle a rendu au gouvernement

³ Pour une analyse détaillée de la façon dont le processus législatif d'adoption de la loi REOM est finalement parvenu à réintégrer des aspects très réglementaires au sein d'un projet de loi qui se voulait au départ en rupture marquée avec l'habitude ultramarine de réglementation des prix, voir : Montet C. et Venayre F., 2013, « La loi REOM contre la vie chère en Outre-mer : une construction difficile entre concurrence et administration des prix », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 35, Avril-Juin, pp. 131-140.

⁴ Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

⁵ Sur la question de l'inefficacité des réglementations de prix, voir le chapitre 3 de : Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : une utopie ?*, éditions Au Vent des Îles, Tahiti, Avril, 308 p.

⁶ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 09-A-45, du 8 septembre 2009, relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer.

⁷ Rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie, Rapporteurs : MM. Thibault Decruyenaere et Philippe Sauze, 21 septembre 2012 ; et : Rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie, Rapporteur : Mme Geneviève Wibaux, 21 septembre 2012. Pour un

néo-calédonien, pour le compte duquel elle avait effectué un audit assez complet du système économique de cette collectivité⁸.

Ainsi, en matière de contrôle des prix, l'Autorité de la concurrence soulève en premier lieu une difficulté de mise en œuvre : « *Une solution souvent préconisée [au niveau élevé des prix et à la faible concurrence] serait de réglementer les prix, notamment ceux des denrées dites essentielles. Indépendamment des ressources humaines importantes qui seraient nécessaires à la mise en œuvre d'un tel dispositif sur plusieurs marchés distincts de produits, le contexte spécifique des marchés domiens rend une telle solution peu réaliste. Le risque d'une définition erronée des prix de vente, de revente ou des marges s'avère en effet trop élevé* »⁹. Et l'Autorité précise que, quelle que soit l'erreur commise dans l'évaluation du juste niveau de prix (à la baisse comme à la hausse), des effets négatifs sont alors à attendre : « *Or, une sous-évaluation des niveaux des prix de vente réglementés aurait des répercussions importantes sur l'approvisionnement des magasins (certains opérateurs décidant alors de ne plus proposer à la vente des produits pour lesquels le prix fixé serait trop faible). A l'inverse, une surévaluation des prix de vente réglementés pourrait inciter les opérateurs à uniformiser leurs tarifs à ce niveau* »¹⁰. L'audit calédonien a été l'occasion de souligner d'autres effets pervers. Ainsi, si le prix est insuffisant, au-delà du risque de pénurie, cela peut aussi avoir pour conséquence « *une augmentation du prix du reste de la gamme du fournisseur concerné afin de compenser l'absence de rentabilité.* »¹¹. Et de même, dans l'hypothèse où le niveau de prix est fixé trop haut, le risque d'uniformisation du prix à ce niveau est d'autant plus grand « *surtout dans une structure de marché peu concurrentielle (...). Ce cas de figure est d'autant plus probable que le secteur est concentré, ce qui est le cas pour beaucoup des produits concernés par les réglementations de prix.* »¹². Par ailleurs, la réglementation des prix n'est pas sans conséquence sur le degré de concurrence. L'Autorité indique ainsi qu'elle « *conduirait nécessairement à atténuer l'intensité de la concurrence en prix. Celle-ci a alors de fortes chances d'affecter négativement les incitations des différents intermédiaires de la*

commentaire détaillé de ces rapports, voir : Montet C. et Venayre F., 2013, « Audit du système économique de Nouvelle-Calédonie : Plaidoyer pour un droit de la concurrence moderne et efficace », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 36, Juillet-Septembre, pp. 164-170.

⁸ Rappelons à cette occasion que la Nouvelle-Calédonie se trouve en dehors du champ d'application du Livre IV du Code de commerce, la compétence économique et réglementaire en matière de prix ayant été transférée aux autorités néo-calédoniennes avant l'adoption, en France métropolitaine, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui institue la liberté des prix et de la concurrence (*op. cit.*). Ainsi, l'Autorité de la concurrence ne peut pas intervenir dans ce territoire. Elle a cependant été mandatée en janvier 2012 par le gouvernement néo-calédonien (au moyen d'une convention) pour effectuer un audit de la situation de l'économie calédonienne. Ces spécificités juridiques, qui tiennent la Nouvelle-Calédonie à l'écart du droit de la concurrence français, se retrouvent à l'identique, et pour les mêmes motifs, dans le cas de la Polynésie française. Voir : Venayre F., 2011, « Les lacunes du transfert de la compétence économique à la Polynésie française », in J.-Y. Faberon, V. Fayaud et J.-M. Regnault (eds.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie – Vol. 2 : Singularités*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Collection Droit d'Outre-Mer, pp. 531-540. Pourtant, les signaux en faveur d'une promotion de la concurrence restent forts, y compris même pour les petites économies insulaires de l'environnement régional du Pacifique. Voir : Montet C. et Venayre F., 2012, « Politique de la concurrence dans les petits pays insulaires : Le rapport pour le Forum du Pacifique », *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Vol. 18, pp. 27-47.

⁹ Avis n° 09-A-45, *op. cit.*, point 119.

¹⁰ *Id.*

¹¹ Rapport sur les mécanismes d'importation-distribution en Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, point 54.

¹² *Id.*

chaîne d'approvisionnement à réduire leurs coûts, entraînant ainsi une dérive haussière des prix réglementés. »¹³.

Si l'analyse se focalise plus souvent sur le contrôle des prix, l'encadrement des marges pose des problèmes tout à fait similaires. L'Autorité de la concurrence prend soin de le préciser dans son rapport sur l'importation et la distribution en Nouvelle-Calédonie : « *Tout d'abord, comme pour la fixation de prix, il s'avère très difficile de fixer un niveau de marge adéquat, qui n'entraîne pas une indisponibilité des produits ou une tendance à la hausse des prix. De plus, la réglementation des marges commerciales sur la base des taux de marge (en pourcentage) plutôt que des volumes de marge (en valeur absolue) encourage les distributeurs à choisir des fournisseurs pratiquant des prix de vente élevés afin de maximiser leurs revenus lors de la commercialisation (...). Fournisseurs et distributeurs ont alors un intérêt commun à pratiquer des prix élevés (...). A l'extrême, (...) il peut même résulter d'un tel système une exclusion du marché de certains fournisseurs ayant une stratégie commerciale consistant à baisser leurs prix afin de gagner des parts de marché. »¹⁴.*

Un ultime effet indésirable est enfin souligné par l'Autorité, dans le cas des contrôles de prix comme de marges, c'est celui qui tend à favoriser les grands opérateurs par rapport aux petits, alors même que l'outre-mer se caractérise déjà par des niveaux de concentration des marchés sensiblement plus élevés que ceux que l'on peut observer en métropole. Ainsi, « *ces différentes mesures [d'encadrement des prix et des marges] sont susceptibles de pénaliser les nombreux commerces de proximité qui ne sont pas en mesure de compenser un taux de marge ou un prix de vente établi à un niveau insuffisant au regard de leurs coûts. La part des produits concernés par ces mesures dans le total de leurs références pouvant être importante, ils n'auront en effet pas les moyens, contrairement aux grandes surfaces, d'équilibrer leurs comptes par une hausse des prix d'autres références. Ce type de mesure conduit généralement le pouvoir réglementaire à fixer des niveaux de prix réglementés relativement élevés qui bénéficient d'abord aux plus grands détaillants »¹⁵.*

Il y a donc, au total, une position claire de l'Autorité à l'égard de la réglementation des prix, qu'une analyse de l'économie néo-calédonienne, issue du second rapport de l'Autorité sur les structures de contrôle, permet de résumer. D'une part, la réglementation des prix est considérée comme inefficace, car trop complexe à mettre en œuvre : « *la réglementation des prix des produits alimentaires et des denrées essentielles n'est pas une bonne solution (...) en raison de la difficulté de déterminer de façon appropriée le prix de vente des produits qui seront réglementés par les pouvoirs publics »¹⁶. D'autre part, elle peut produire des effets pervers : « *un système de contrôle des prix [est] susceptible de générer des distorsions de**

¹³ Avis n° 09-A-45, *op. cit.*, point 119.

¹⁴ Rapport sur les mécanismes d'importation-distribution en Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, point 55.

¹⁵ *Ibid.*, point 56.

¹⁶ Rapport sur les structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, point 69. Voir également les points 59 et 60 sur cette question de l'inefficacité des réglementations de prix.

concurrence »¹⁷. Et dans tous les cas, il s'agit d'une intervention coûteuse car c'est « un système lourd à gérer et qui doit mobiliser un grand nombre d'agents pour son contrôle »¹⁸.

Ainsi, pour l'ensemble des petites économies d'outre-mer, il y a bien « fort à craindre que sur ces marchés étroits, la réglementation des prix ne conduise rapidement, sous la forme d'une dérive des coûts, à une création de rentes préjudiciable aux consommateurs. »¹⁹. C'est bien pourquoi la réglementation des prix et des marges n'apparaît pas comme une solution susceptible de répondre aux maux des petites économies insulaires que sont le manque de dynamisme concurrentiel et des niveaux de tarification sensiblement plus élevé que ceux supportés par les consommateurs métropolitains. « La réglementation des prix constitue rarement une solution aux problèmes de concurrence »²⁰ et « à l'opposé de cette approche, l'Autorité recommande d'améliorer, plutôt que de supprimer, le fonctionnement des mécanismes concurrentiels. »²¹. La réglementation des prix « ne saurait constituer une réponse durable aux difficultés des consommateurs domiens »²² et « il apparaît donc préférable de mettre fin aux réglementations de prix mises en place en rétablissant la liberté des prix de détail »²³.

Cependant, précise l'Autorité, il peut être nécessaire, malgré les dysfonctionnements avérés d'un système de régulation des prix et des marges, d'y recourir dans certains cas tout à fait extrêmes, comme des catastrophes naturelles ou un risque de conflit. Il est également possible de s'en remettre à une telle réglementation s'il y a « des problèmes de concurrence objectivement et précisément identifiés, par exemple lorsque certains secteurs présentent les caractéristiques d'un monopole naturel »²⁴ et « les régulations de ce type sont donc réservées à des situations conjoncturelles ou sectorielles spécifiques dans lesquelles l'efficacité des mécanismes concurrentiels ne peut être renforcée. »²⁵. Mais en tout état de cause, cela exclut les marchés d'importation et de distribution²⁶ et « la réglementation des prix doit demeurer une mesure exceptionnelle, décidée vis-à-vis de secteurs clairement identifiés et visant des problèmes de tarification ou d'approvisionnement précis. »²⁷.

¹⁷ *Ibid.*, point 71.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Avis n° 09-A-45, *op. cit.*, point 180.

²⁰ *Ibid.*, point 180.

²¹ *Ibid.*, point 181.

²² *Ibid.*, point 120.

²³ Rapport sur les mécanismes d'importation-distribution en Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, point 217.

²⁴ Avis n° 09-A-45, *op. cit.*, point 120.

²⁵ Rapport sur les mécanismes d'importation-distribution en Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, point 215.

²⁶ Avis n° 09-A-45, *op. cit.*, point 120 et rapport sur les mécanismes d'importation-distribution en Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, point 216.

²⁷ Avis n° 09-A-45, *op. cit.*, point 120. Les points 210 à 217 du rapport sur les mécanismes d'importation-distribution en Nouvelle-Calédonie sont d'ailleurs regroupés sous le titre : « Mettre fin à la réglementation des prix et des marges ».

2. Une réglementation des marchés domiens de carburants nécessaire, mais pas sans difficulté

Dès sa création par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le droit de la concurrence français prévoit la possibilité d'exceptions au principe général de la libre fixation des prix par le jeu du marché. Ainsi, l'actuel article L. 410-2 du Code de commerce indique, en son deuxième alinéa, que les prix peuvent être réglementés « *dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires* ». C'est alors un décret en Conseil d'Etat qui fixe le prix, et l'Autorité de la concurrence doit au préalable avoir été consultée.

A la suite d'un avis favorable du Conseil de la concurrence²⁸, dans lequel ce dernier appuyait l'idée que le marché des produits pétroliers dans les DOM présentait justement une concurrence trop limitée, il a donc été décidé d'appliquer cette disposition dérogatoire à la liberté des prix dans ce secteur domien. En effet, le Conseil note à l'époque que « *l'approvisionnement en produits pétroliers est assuré par une seule entreprise qui contrôle à la fois les opérations en raffinerie, d'importation et de stockage* » (la société anonyme de raffinage des Antilles, SARA ou la société réunionnaise de produits pétroliers, SRPP) et que « *l'absence de concurrence au stade des prix de gros limite la concurrence par les prix dans la distribution de détail* »²⁹. Ainsi, depuis 1988 et sans qu'aucune interruption n'ait été observée, les prix des carburants sont réglementés dans les DOM, alors que leurs prix ne sont pas encadrés en métropole.

La justification de l'intervention publique sur la formation des prix des carburants dans les DOM trouve son fondement dans l'existence de freins structurels au développement de la concurrence sur certains segments de ces marchés. Ainsi, sont invoquées les situations de monopoles d'approvisionnement (achat et acheminement des produits), ou encore celles du monopole du stockage – les infrastructures de stockage semblant présenter les aspects de facilités essentielles³⁰ – et même, dans le cas de la Martinique, celle du monopole de raffinage. L'ensemble de ces situations a donc justifié la régulation des prix.

Mais à partir de l'été 2008, de fortes critiques vont se faire jour à l'encontre du système d'administration des prix. En effet, une évolution baissière marquée des cours mondiaux du pétrole va conduire à une diminution très sensible des prix à la pompe en métropole, mais pas dans les DOM, du fait notamment des décalages imposés par l'encadrement des prix. Pour exemple, alors que les prix moyens du super et du gazole en métropole étaient respectivement de 1,47 € et 1,42 € en juillet 2008, ils avaient chuté à 1,15 €

²⁸ Avis du Conseil de la concurrence n° 88-A-04 du 16 mars 1988.

²⁹ Précisons tout de même que l'avis en question reste plutôt succinct, de l'aveu même de l'Autorité de la concurrence et qu'il ne présente pas une analyse concurrentielle détaillée (voir Avis n° 09-A-21 de l'Autorité de la concurrence du 24 juin 2009, relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer, point 6).

³⁰ Nous reviendrons sur cette question des facilités essentielles dans la dernière partie de cet article.

et 1,11 € en novembre de la même année, soit une baisse de 22 % environ³¹. On comprend alors qu'il devenait difficilement compréhensible au consommateur guyanais, par exemple, d'acquiescer des prix de 1,77 € et 1,55 € pour les mêmes produits³², et alors même que les revenus moyens par habitants sont inférieurs dans les DOM par rapport à la métropole et que la fiscalité qui porte sur le prix à la pompe du carburant est également plus faible³³. Ainsi, les premières protestations apparaissent dès septembre 2008 à La Réunion, puis en Guyane en novembre et aux Antilles début 2009. La contestation se généralise à l'ensemble des prix et plus seulement à ceux des carburants, débouchant sur la crise ultramarine que l'on connaît et la mise en place des Etats-généraux de l'Outre-mer³⁴.

Concernant les marchés domiens de carburants, trois publications institutionnelles viennent nous renseigner sur l'analyse de la réglementation alors en vigueur lors du déclenchement de la crise. La première est l'excellent rapport réalisé à la suite de la mission IGF-IGA-CG Mines³⁵, en mars 2009. Il est suivi de l'avis de l'Autorité de la concurrence de juin³⁶, puis du rapport de l'Assemblée nationale de juillet³⁷. Il ressort de ces analyses que si une réglementation des marchés domiens de carburants reste nécessaire, le système instauré présente néanmoins d'importantes failles. Ainsi, le prix régulé, qui devait être un prix maximum s'est finalement trouvé être dans les faits un prix de revente imposé, annulant toute velléité pour les distributeurs de se concurrencer en prix³⁸, et des dérives haussières dans la fixation de ce prix régulé n'ont pu être évitées³⁹.

C'est *in fine* à une réforme en profondeur du système de régulation qu'en appelle l'Autorité de la concurrence, qui propose « *de redonner une cohérence au système de régulation en renforçant, en amont, la régulation des monopoles qui s'est relâchée au fil des ans et en assouplissant, en aval, la régulation des prix qui est devenue trop rigide par rapport*

³¹ Bolliet et al., 2009, *Rapport sur la fixation des prix des carburants dans les départements d'outre-mer*, Mission IGF-IGA-CG Mines, Mars, p. 10.

³² Rapport d'information de l'Assemblée nationale n° 1885 du 23 juillet 2009 sur le prix des carburants dans les départements d'outre-mer, présenté par MM. Jacques le Guen et Jérôme Cahuzac, p. 24.

³³ Avis n° 09-A-21, *op. cit.*, point 143.

³⁴ Pour un rappel des événements et une analyse de l'impact qu'ils ont eu sur la conduite de la politique de concurrence française à l'égard des territoires ultramarins, même éloignés et de petite taille, voir : Venayre F., 2013, « Rappel de la loi républicaine sur la concurrence pour Saint-Pierre-et-Miquelon : Une nouvelle volonté politique pour les économies ultramarines », *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Vol. 19, pp. 109-126. Pour une analyse de cette même affaire saint-pierraise au regard des récentes clarifications procédurales de l'Autorité de la concurrence, voir : Venayre F., 2012, « 'Nous, au village, aussi, l'on a, De beaux assassinats'... Ou l'entente saint-pierraise et ses enseignements en matière de sanctions et de non-contestation des griefs », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 31, Avril-Juin, pp. 16-22.

³⁵ Bolliet et al., 2009, *op. cit.*, où l'on trouve déjà Madame Anne Bolliet parmi les rédacteurs. Anne Bolliet poursuivra par la suite son engagement à l'égard de l'outre-mer, tout d'abord en conduisant à l'automne 2009 une session de réflexion sur la formation des prix et des marges dans l'outre-mer, à l'occasion de la restitution nationale des Etats-généraux de l'Outre-mer. Puis elle dirigera la rédaction du rapport de la mission d'assistance à la Polynésie française, en septembre 2010 (précisément surnommé « Rapport Bolliet »).

³⁶ Avis n° 09-A-21 de l'Autorité de la concurrence du 24 juin 2009, *op. cit.*

³⁷ Rapport d'information n° 1885, *op. cit.*

³⁸ Voir points 71 à 74 de l'avis n° 09-A-21.

³⁹ Voir aussi le point 119 de l'avis n° 09-A-45 sur les mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les DOM et le point 56 du rapport de l'Autorité sur les mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie.

au besoin des entreprises en concurrence sur le marché de détail »⁴⁰. A la suite de cette analyse, de nouveaux projets de décrets vont être proposés par le gouvernement, qui donneront lieu à un premier avis de l'Autorité, dans lequel elle fera part de certains doutes, notamment sur des aspects de transparence dans la prise en considération des coûts d'importation⁴¹. Les projets de décrets seront remaniés pour tenir compte d'une partie des observations de l'Autorité, cette dernière formulant alors un avis favorable⁴² pour le système de régulation des prix. Celui-là même qui vient à nouveau d'être modifié au 1^{er} janvier 2014, par les décrets de décembre 2013. Pour autant, ce système était loin de suivre l'ensemble des recommandations qui avaient été formulées par l'Autorité dans sa précédente analyse exposée dans son avis de 2009. Les décrets de 2010 portent en effet uniquement sur des améliorations du calcul du prix régulé, particulièrement en prenant explicitement en compte les cotations de référence sur les zones effectives d'approvisionnement et en détaillant la méthodologie de prise en compte des coûts⁴³. Ils améliorent également la réactivité des pouvoirs publics, ce qui avait été source de décalages entre le calcul du prix régulé et l'évolution des cours mondiaux en 2008. Mais le système reste très régulateur et les perspectives de dynamisme souhaitées par l'Autorité, par un soutien apporté aux mécanismes concurrentiels dans les activités où ils s'avèrent possibles, ne sont pas reprises. On sent d'ailleurs poindre une certaine déception de l'Autorité qui, après avoir formulé un avis favorable, en réfère à son avis de 2009 en rappelant que *« la régulation tarifaire ne saurait pallier l'ensemble des difficultés de fonctionnement des marchés de carburants dans les départements d'Outre-mer et [l'Autorité] renouvelle les propositions qu'elle a formulées dans son avis n° 09-A-21 en matière d'adoption de mesures à caractère structurel, seules à même d'ouvrir ces marchés à plus de concurrence et de dynamisme »*⁴⁴. De même, elle rappelle son désir d'être consultée sur les arrêtés méthodologiques pris par les préfets des DOM⁴⁵.

Depuis cette réforme du système de régulation opérée en 2010, c'était ces deux décrets qui régissaient les marchés de carburants, aux Antilles-Guyane pour l'un⁴⁶, et à La Réunion pour l'autre⁴⁷. A ces deux premiers décrets s'était ajouté en 2012 un troisième spécifique à Mayotte, depuis la départementalisation de ce territoire qui avait eu lieu le 31 mars 2011⁴⁸. Il est cependant à noter que ce dernier décret n'encadrerait que la fixation du prix du gaz de pétrole liquéfié (GPL), les carburants ne faisant alors pas l'objet d'une réglementation

⁴⁰ Point 151 de l'avis n° 09-A-21.

⁴¹ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 10-A-03 du 3 février 2010 relatif à deux projets de décret réglementant les prix des produits pétroliers et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements d'Outre-mer, point 83.

⁴² Avis de l'Autorité de la concurrence n° 10-A-16 du 28 juillet 2010 relatif à deux projets de décret réglementant les prix des produits pétroliers et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements d'Outre-mer.

⁴³ Dans son avis de 2009, l'Autorité avait en effet indiqué que *« seule la référence à des prix de marché, indépendants des importateurs, est de nature à assurer le caractère objectif et transparent de la régulation des prix d'approvisionnement des carburants raffinés. »* (point 271).

⁴⁴ Avis n° 10-A-16, point 42.

⁴⁵ *Ibid.*, point 43.

⁴⁶ Décret n° 2010-1322 du 8 novembre 2010 réglementant les prix des produits pétroliers et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane et de la Martinique.

⁴⁷ Décret n° 2010-1333 du 8 novembre 2010 réglementant les prix des produits pétroliers et du gaz de pétrole liquéfié dans le département de La Réunion.

⁴⁸ Décret n° 2012-968 du 20 août 2012 réglementant le prix du gaz de pétrole liquéfié dans le département de Mayotte.

tarifaire dans ce jeune département, ce qui vient de changer avec l'adoption des nouveaux décrets de 2013.

3. Quelles innovations du nouveau système de régulation des marchés de carburants ?

Le tout récent avis de l'Autorité de la concurrence⁴⁹ est venu donner un avis favorable à des projets de décrets en Conseil d'Etat visant à remanier les trois décrets existants, dont nous venons de faire état.

Du côté de la réglementation des prix à proprement parler, les nouveaux décrets viennent renforcer la recherche de transparence dans le processus de fixation des prix régulés. A ce titre, ils poursuivent l'entreprise entamée par les décrets de 2010. Ainsi, une légère reformulation de la méthode de calcul des prix d'approvisionnement permet de renforcer la séparation entre ce qui relève du prix de marché et ce qui relève au contraire de coûts devant faire l'objet d'une justification renforcée. Cela va bien dans le sens des recommandations de l'avis de 2009 où l'Autorité trouvait préférable de « *payer un prix de marché convenu à l'avance, en laissant les acheteurs prendre leurs risques s'ils font moins bien que le prix du marché ou conserver leur bénéfice s'ils font mieux que le marché. La justification implicite d'un tel système est que l'administration, qui n'est pas spécialiste du trading des produits pétroliers, ne saurait pas acheter mieux que la cotation Platt's* » (point 168). Les nouveaux décrets prévoient également que les activités de stockage et de raffinage seront mieux encadrées, un arrêté interministériel venant préciser le mode de rémunération du capital de ces activités. Cependant, le projet d'arrêté n'ayant pas été transmis à l'Autorité, cette dernière se garde de conclure quant à l'opportunité du dispositif envisagé.

En matière de transparence, de clarification et d'information du public, les décrets ne s'intéressent pas seulement à la formation des prix régulés, mais également aux résultats globaux des opérateurs, et innovent en cela par rapport aux précédentes moutures. Il est ainsi prévu que l'observatoire des prix, des marges et des revenus rendra public ces résultats globaux. On ne peut s'empêcher d'y voir un écho à une petite remarque, un tantinet perfide, que l'Autorité avait formulé dans le point 185 de son avis 2009 au sujet des résultats de la société réunionnaise de produits pétroliers (SRPP) et de l'efficacité de la régulation. Elle notait ainsi à l'époque que : « *Il appartient à l'Etat régulateur de déterminer le bon niveau des tarifs, mais l'Autorité observe que la SRPP a réalisé des bénéfices nets après impôt de [...] et a versé des dividendes de [...]. La situation financière de la SRPP autoriserait donc une régulation plus stricte de ses tarifs.* ». Le ministre de l'Outre-mer, M. Victorin Lurel, a d'ailleurs lui-même repris à son compte, dans sa communication médiatique autour des nouveaux décrets, cet argument des bénéfices importants. Il déclarait ainsi, en juin 2013 : « *Disons les choses simplement. Le secteur des carburants a dégagé un bénéfice net après*

⁴⁹ Avis n° 13-A-21, *op. cit.*

impôt d'environ 50 millions d'euros en 2011 dans la zone Antilles-Guyane et d'environ 40 millions d'euros à la Réunion et Mayotte, sans compter les bénéficiaires des stations-services pour lesquelles un chiffre précis ne pourrait être donné qu'en agrégeant des centaines de comptes. Ce sont des sommes considérables pour un secteur très largement réglementé. Cela doit inciter les pouvoirs publics à être particulièrement exigeants en ce qui concerne la transparence des marges. »⁵⁰.

Selon ces premières dispositions, si le système de régulation du prix des carburants est modifié par rapport sa version précédente de 2010, il ne s'agit pas non plus d'une révolution du secteur. Le fondement juridique de cette nouvelle réglementation est d'ailleurs le même que celui qui a toujours été utilisé en l'espèce : il s'agit de l'article L. 410-2 du Code de commerce, qui permet comme nous l'avons vu plus haut de déroger au principe général de la liberté des prix. Là où les récents décrets sont nettement plus innovants, c'est qu'ils utilisent pour la première fois les dispositions introduites par la loi REOM dans l'article L. 410-3, concernant la réglementation des marchés de gros. Ce dernier donne ainsi au gouvernement la possibilité d'intervenir directement « *dans les secteurs pour lesquels les conditions d'approvisionnement ou les structures de marché limitent le libre jeu de la concurrence* », ce qui constitue des conditions très nettement assouplies par rapport à celles que pouvaient prévoir l'article L. 410-2. Dans ce cadre, le gouvernement peut alors arrêter, pour les départements d'outre-mer et certaines collectivités d'outre-mer⁵¹ « *les mesures nécessaires pour remédier aux dysfonctionnements des marchés de gros de biens et de services concernés, notamment les marchés de vente à l'exportation vers ces collectivités, d'acheminement, de stockage et de distribution. Les mesures prises portent sur l'accès à ces marchés, l'absence de discrimination tarifaire, la loyauté des transactions, la marge des opérateurs et la gestion des facilités essentielles, en tenant compte de la protection des intérêts des consommateurs* ». Deux mesures sont prises en conséquence, qui répondent à cette nouvelle possibilité d'action du gouvernement sur le fonctionnement des économies ultramarines.

La première d'entre elles concerne à la fois l'accès au marché et l'ampleur des marges pratiquées pour les infrastructures considérées comme des facilités essentielles, c'est-à-dire en l'occurrence les installations des entreprises de stockage⁵². Chacun des trois nouveaux décrets précise ainsi que « *les entreprises qui exploitent ces installations [de stockage] permettent aux opérateurs économiques d'y accéder dans des conditions non discriminatoire et pratiquent des prix orientés vers les coûts, incluant une rémunération raisonnable du capital.* ».

La seconde mesure prise au titre de l'article L. 410-3 impose que les entreprises qui effectuent une activité de stockage, et qui sont par ailleurs en concurrence sur des marchés

⁵⁰ « Carburants : la réforme est nécessaire », par Victorin Lurel, ministre des Outre-mer, Tribune publiée le mercredi 12 juin 2013 dans *France-Antilles Guadeloupe/Martinique et France Guyane*. Les soulignements sont ceux qui apparaissent sur le document disponible sur le site du ministère et consulté le 31 janvier 2014 : <http://www.outre-mer.gouv.fr/?carburants-la-reforme-est-necessaire-par-victorin-lurel-ministre-des.html>.

⁵¹ Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon et Wallis-et-Futuna.

⁵² Notons que l'Autorité de la concurrence, dans son avis de 2009 sur les marchés dominiens de carburants introduisait, au sujet des installations de stockage, une légère distanciation en précisant que le « *caractère de facilité essentielle paraît vraisemblable, mais seul une procédure contentieuse contradictoire permettrait de l'affirmer* » (point 175).

connexes avec d'autres opérateurs, doivent maintenant présenter des bilans distincts des activités en monopole et en concurrence. L'idée est de participer à une meilleure compréhension des résultats de chaque activité et de permettre le cas échéant d'éviter les pratiques de subventions croisées préjudiciables à la concurrence sur les marchés connexes considérés. En la matière, on sait que la séparation comptable n'est qu'un pis-aller et que la dissociation pure et simple des activités est plus à même de fournir les résultats escomptés. Mais il est certain qu'il est plus facile de mettre en œuvre, dans un délai raisonnable, une simple séparation comptable. Le président Lasserre ne cache d'ailleurs pas son ambition de voir advenir à terme une séparation structurelle des activités. Il déclare ainsi, lors de son audition par la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale⁵³, que : « *le véritable objectif à atteindre est le décroisement, c'est-à-dire la séparation entre le stockage d'une part, qui doit être géré de manière indépendante des pétroliers, et la distribution d'autre part, qui doit faire l'objet d'une mise en concurrence loyale entre les compagnies pétrolières* ». C'est donc bien une séparation juridique des activités qui est souhaitée *in fine*, comme M. Bruno Lasserre le réaffirme à plusieurs reprises lors de son audition : « *Nous sommes pour notre part favorables à une séparation plus complète encore, afin de mettre un terme aux conflits d'intérêts qui peuvent exister entre ces deux activités* », ou encore : « *la séparation structurelle des activités de stockage et de distribution est bien notre objectif final, la séparation comptable n'étant qu'une étape.* ». On note ici la permanence temporelle de la position de l'Autorité, puisque cette dernière écrivait, dans son avis de 2009, que « *la tarification des facilités de stockage (...) ne peut pas être traitée convenablement sans une séparation comptable très stricte des activités, séparation qui est un pré-requis minimum mais qui pourrait être insuffisant s'il apparaissait que l'activité commerciale concurrentielle peut être affectée par une absence de séparation fonctionnelle des activités en monopole et des activités en concurrence* » (point 176).

Dans un précédent travail, qui faisait suite à l'adoption de la loi REOM, nous nous interrogeons sur la capacité de son premier article – celui qui institue l'article L. 410-3 du code de commerce – à favoriser concrètement l'ouverture à la concurrence de certains marchés⁵⁴. Le mélange des genres que l'on peut observer dans les dispositions de la loi REOM fait parfois hésiter entre la tendance réglementaire et celle de la recherche de mécanismes concurrentiels auto-entretenus par un simple cadre plus vertueux. Les nouveaux décrets ne permettent pas de trancher. Si leur objectif est en effet de tenter de développer la concurrence dans le secteur des carburants, ce qui est fort louable, ils contiennent également des éléments qui semblent semer le doute, comme la surveillance des marges, dont l'efficacité n'apparaît pas immédiate, particulièrement au regard des enseignements rappelés dans la première partie de cet article. Notons d'ailleurs que M. Bruno Lasserre rappelait également,

⁵³ Audition, ouverte à la presse, de M. Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence, sur les problèmes de concurrence en outre-mer, du mercredi 4 décembre 2013, Présidence de M. François Brottes. Voir également notre article dans le même numéro : Venayre F., 2014, « Audition du président de l'Autorité de la concurrence : confirmation du dynamisme de l'action outre-mer et premiers effets de la loi REOM », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 39, Avril-Juin, pp. 137-141.

⁵⁴ Voir le point « Régulation des marchés de gros : ouverture à la concurrence ou résurgence réglementaire ? », Montet C. et Venayre F., « La loi REOM contre la vie chère en Outre-mer : une construction difficile entre concurrence et administration des prix », *op. cit.*

dans l'audition précitée, au sujet de l'Autorité de la concurrence, que « *Nous ne sommes pas les gardiens des prix et des marges, et ne disposons pas du pouvoir d'en fixer le juste niveau. Nous ne sommes pas une autorité de contrôle des prix, et nous ne pouvons nous attaquer qu'à des comportements illicites.* ». Mais, évidemment, l'Etat régulateur n'est pas l'Autorité de la concurrence.

Certes, les nouveaux décrets contiennent des dispositions dont l'objectif clair est d'essayer de renforcer une nouvelle fois la transparence du mécanisme de réglementation et de ses effets. Mais ils amènent également à s'interroger sur l'articulation qui existe entre, d'une part, la volonté de renforcer des mécanismes concurrentiels susceptibles de soutenir une amélioration des mécanismes de marché et une tarification raisonnée des produits et, d'autre part, le recours à des prix ou des marges encadrés, peut-être indispensable, mais qui tracte sa cohorte de difficultés connues, ses risques d'inefficacités, et le caractère très administratif et rigide qu'on lui connaît habituellement.

Il est à cet égard un peu surprenant de constater que, finalement, les nouveaux décrets ou l'avis de l'Autorité ne s'interrogent pas sur l'existence même de la réglementation de certaines activités de la chaîne de valeur. Ainsi, on ne note pas de changement pour la régulation des marges de gros et détail et la régulation des prix de détail est maintenue, ce dont l'Autorité semble prendre son parti puisqu'elle écrit que « *ce maintien pourrait se justifier par la situation particulière de la distribution au détail du carburant dans les DOM* »⁵⁵. On regrette cependant que cette affirmation ne soit pas plus étayée et que le conditionnel employé laisse planer un flou sur la réalité de l'efficacité d'une éventuelle libération des prix de détail. Ce regret se fait d'autant plus vif que l'avis de 2009 de l'Autorité montrait à cet égard un ambitieux désir de modifier en profondeur cette régulation. Ainsi, si « *l'architecture de la régulation repose in fine sur la régulation des prix de détail* » (point 9), l'Autorité notait à l'époque que « *le caractère 'aveugle' de la régulation des prix de détail n'est pas compatible avec son caractère permanent* » (point 137), qu'elle « *se heurte à une difficulté structurelle qui n'a pas assez été prise en compte jusqu'à présent : la rentabilité des stations est tellement variable que la recherche d'un 'juste prix' de vente est illusoire* » (point 200) et qu'elle « *est loin d'être uniquement protectrice des emplois mais qu'elle est aussi protectrice de la situation des gérants qui peuvent librement décider d'utiliser les marges de détail pour embaucher ou pour augmenter leurs propres revenus* » (point 258). La volonté d'assouplissement de la régulation des prix de détail dont faisait preuve l'Autorité dans son avis de 2009 semble, dans ce nouvel avis de la fin de l'année 2013, s'être quelque peu étiolée. Peut-être est-ce dû au fait que les recommandations de 2009 ont été suivies en ce qui concerne certaines interventions de structure, comme la séparation comptable des activités en monopole et en concurrence ? Sans doute est-il sage de ne pas trop demander en une fois, surtout

⁵⁵ Point 47 de l'avis n° 13-A-21.

lorsqu'il a fallu attendre quatre années pour voir appliquer des éléments cruciaux. Mais sans doute, également, l'importance des marchés de carburants dans les territoires ultramarins, compte tenu de leur confinement, aurait-elle pu mériter quelques éclaircissements complémentaires sur la manière dont on doit concevoir les évolutions des positions observées entre ces deux dates.