

Insights

BCLP PARIS – NEWSLETTER CONCURRENCE ET DISTRIBUTION – JUILLET 2021

July 26, 2021

SUMMARY

Contrôle des concentrations - Infrastructures : l'Autorité de la concurrence interdit pour la première fois une opération de concentration dans le secteur des infrastructures.

L'Autorité conclut que la prise de contrôle exclusif de l'oléoduc Pipeline Méditerranée-Rhône par le groupe Ardian, qui gère et conseille des fonds d'investissements dans divers secteurs (tels que les transports, les télécoms et les énergies renouvelables), aurait porté atteinte à la concurrence sur le marché du transport de produits pétroliers raffinés par oléoduc et qu'aucune mesure corrective structurelle ou comportementale ne permettait de remédier aux risques identifiés.

Le raisonnement mené par l'Autorité de la concurrence pourrait faire peser un risque important sur l'acquisition d'infrastructures non régulées dès lors qu'elles apparaissent comme essentielles, y compris par des investisseurs financiers.

L'Autorité de la concurrence (l'« Autorité ») vient de publier la décision n°21-DCC-79 du 12 mai 2021, par laquelle elle a interdit la prise de contrôle exclusif de la Société du Pipeline Méditerranée-Rhône (la « SPMR ») par une filiale du groupe Ardian, qui gère et conseille des fonds d'investissements dans divers secteurs et en particulier dans les infrastructures (« Ardian »).

Il s'agit de la première décision d'interdiction dans ce secteur, et la seconde dans la pratique décisionnelle de l'Autorité, après l'interdiction du rachat des hypermarchés Géant Casino par les sociétés Soditroy et E. Leclerc l'année dernière (voir notre [Newsletter](#) de septembre 2020).

Si l'analyse conduite par l'Autorité dans la première de ces deux affaires pouvait être qualifiée de « classique », s'agissant d'une opération de concentration entre concurrents disposant de parts de marché élevées, le raisonnement retenu dans la décision « SPMR » soulève quant à lui de nombreuses questions, dès lors que l'acquéreur - un fonds - n'était ni concurrent, ni fournisseur, ni client de la cible, et avait en outre proposé des engagements substantiels. Ce type d'analyse pourrait faire peser une incertitude importante sur de nombreux projets d'acquisition

d'infrastructures, y compris par des investisseurs financiers, dès lors que lesdites infrastructures peuvent être qualifiées d'essentielles.

I. Le contexte de l'opération : l'acquisition d'une infrastructure par un investisseur financier

La SPMR possède et exploite le Pipeline Méditerranée-Rhône (le « PMR »), réseau de canalisations de 760 km de long, qui approvisionne les dépôts du sud-est de la France en produits raffinés. Historiquement, la SPMR était détenue par des actionnaires également utilisateurs, dont certains (BP, Total, Pétrofrance) ont progressivement cédé leur participation à Ardian.

Au moment de la notification du projet d'opération, le capital de la SPMR était ainsi réparti entre Ardian d'une part et Trakil, Esso, ENI et Thevenin-Ducrot d'autre part, qui utilisent ou représentent des utilisateurs du PMR. Aucun de ces actionnaires ne détenait alors de contrôle, seul ou conjointement.

Aux termes du projet, Ardian devait acquérir la participation d'ENI, de sorte qu'elle aurait détenu plus de 50% du capital et des droits de vote de la SPMR. Le projet devait ainsi aboutir à ce que la SPMR soit contrôlée, pour la première fois depuis sa création, par un de ses actionnaires, présentant en outre la particularité d'être un investisseur financier et non utilisateur de l'oléoduc.

II. L'analyse de l'opération : au terme d'un raisonnement inédit, l'Autorité interdit l'opération en estimant qu'aucune mesure corrective n'est envisageable

- Le PMR constitue une infrastructure essentielle

Aux termes de son analyse des marchés pertinents, l'Autorité retient que le PMR n'est pas soumis à la pression concurrentielle d'oléoducs concurrents, et est donc en situation de monopole de fait. Elle considère par ailleurs que, compte tenu des importantes barrières à l'entrée sur le marché, constituées notamment par (i) le montant élevé des investissements requis pour la création d'un oléoduc, (ii) leur nature spécifique, et (iii) les contraintes réglementaires du régime d'autorisation, l'entrée sur le marché d'un oléoduc susceptible de représenter une alternative crédible au PMR sur l'ensemble de son tracé « *ne peut être raisonnablement envisagée* ».

Dès lors, le PMR peut selon l'Autorité être qualifié d'infrastructure essentielle pour le transport de produits pétroliers dans le sud de la France.

- Le contrôle exclusif de cette infrastructure essentielle par un investisseur financier est, en lui-même, susceptible de porter atteinte à la concurrence

Dans le cadre d'un tel monopole de fait, l'Autorité considère que sa prise de contrôle exclusif par un fonds générera « *un risque de dégradation de l'offre de la SPMR, de nature tarifaire et non-tarifaire* ». En effet, selon l'Autorité :

- L'absence de contrôle de la cible prévalant avant l'opération et la présence d'actionnaires, notamment d'actionnaires-utilisateurs, était de nature à limiter la maximisation du profit permise par la situation de monopole de fait du PMR et limitait les possibilités de hausses tarifaires et de dégradation de la qualité ;
- Au contraire, l'opération aurait permis à Ardian d'être seul décisionnaire en ce qui concerne la politique commerciale et d'investissement de la SPMR, de sorte qu'elle aurait été en mesure de maximiser les profits tirés de la position de monopole du PMR.

L'Autorité relève à cet égard que le contrôle exercé par les pouvoirs publics sur le PMR (et notamment le commissaire du Gouvernement et le ministre en charge de l'énergie) se limite au champ de la politique énergétique et à la continuité d'approvisionnement en produits pétroliers du territoire français, de sorte qu'il ne permettait pas d'écarter les risques d'atteinte à la concurrence identifiés. De même, elle rejette les arguments soulevés par Ardian tenant au contre-pouvoir des clients du PMR, compte tenu de l'absence d'alternative suffisante à cette infrastructure.

Il est intéressant de noter que les risques identifiés par l'Autorité l'ont été alors même que le projet ne générerait aucun chevauchement d'activité ni aucune intégration verticale entre l'acquéreur et la cible. En d'autres termes, l'Autorité serait vraisemblablement parvenue à la même conclusion pour n'importe quel autre investisseur financier.

Il n'est donc pas exclu qu'elle puisse quasi-automatiquement être transposée à tous les projets d'acquisition d'infrastructures considérées comme des infrastructures essentielles.

On relèvera à cet égard qu'en juillet 2020 déjà, Pisto avait renoncé à l'acquisition de la société Trapil, qui détient et exploite plusieurs oléoducs. Après une instruction approfondie de l'Autorité et sans doute pour éviter une décision d'interdiction, Pisto avait en effet retiré sa notification.

- Aucune mesure corrective ne permettrait de remédier aux risques identifiés

Pour remédier aux risques identifiés, Ardian a proposé de souscrire des engagements comportementaux pour une période de 20 ans « *renouvelable par tranches de dix ans, autant de fois que l'Autorité l'estimera nécessaire* » et jusqu'à l'adoption d'une régulation du transport d'hydrocarbures par oléoduc répondant aux préoccupations de concurrence identifiées.

Dans un premier temps, Ardian a proposé (i) de conserver des représentants des actionnaires minoritaires au conseil de la SPMR, (ii) de s'abstenir de voter sur les résolutions relatives aux hausses de la grille tarifaire et (iii) de solliciter l'avis conforme du commissaire du Gouvernement concernant les décisions relatives à la modification des règles de fonctionnement du PMR, à la modification de la politique commerciale et à la politique d'investissement. Ces engagements ayant été jugés insuffisants par l'Autorité, Ardian a proposé, dans un second temps, des mesures conduisant en substance à limiter sa représentation au conseil d'administration de la SPMR, de sorte qu'elle n'aurait pas été en mesure de contrôler cette dernière.

L'Autorité a également considéré ces engagements comme insuffisants, dès lors notamment qu'ils « *n'apportent pas à proprement parler une solution aux problèmes de concurrence identifiés par l'Autorité, qui se traduirait concrètement sur le fonctionnement du marché, mais conduisent à priver de son objet même l'opération et, partant, le contrôle des concentrations opéré par l'Autorité. En effet, en acceptant les engagements proposés par Ardian, l'Autorité autoriserait en définitive le changement de contrôle sur la SPMR, à la condition que ce changement ne se matérialise pas dans les faits* ».

L'Autorité exclut par ailleurs le prononcé d'injonctions permettant d'éviter l'interdiction de l'opération, aux motifs que 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 et qu'une injonction comportementale « *ne peut se substituer à une réglementation instaurant un contrôle sectoriel ex ante* ».

Il s'agit sans doute là d'un appel à peine dissimulé au législateur et au gouvernement. On se souvient en effet qu'à la faveur d'un récent avis n°21-A-01 du 1er mars 2021 « *sur le projet d'arrêté portant contrôle des oléoducs d'intérêt général par le ministre en charge de l'énergie* », l'Autorité, saisie par le Ministre de l'économie, avait émis un avis défavorable et préconisé de confier à une autorité administrative indépendante le contrôle des conditions d'utilisation des oléoducs, seule solution qui permettrait selon l'Autorité de « *pouvoir envisager des changements de contrôle des oléoducs* ».

Aussi et dans l'attente d'une telle réforme, nul doute que toutes les opérations d'acquisition d'oléoducs en France risquent d'aboutir à une décision d'interdiction. Au-delà, le raisonnement inédit mené par l'Autorité appelle l'ensemble des investisseurs financiers à la plus grande vigilance pour tous leurs projets d'acquisition d'infrastructures essentielles non régulées.

RELATED CAPABILITIES

- Antitrust & Competition

MEET THE TEAM



Julie Catala Marty

Paris

julie.catalamarty@bclplaw.com

[+33 \(0\) 1 44 17 77 95](tel:+332144177795)



Rémi Beydon

Paris

remi.beydon@bclplaw.com

[+33 \(0\) 1 44 17 77 21](tel:+332144177721)

This material is not comprehensive, is for informational purposes only, and is not legal advice. Your use or receipt of this material does not create an attorney-client relationship between us. If you require legal advice, you should consult an attorney regarding your particular circumstances. The choice of a lawyer is an important decision and should not be based solely upon advertisements. This material may be “Attorney Advertising” under the ethics and professional rules of certain jurisdictions. For advertising purposes, St. Louis, Missouri, is designated BCLP’s principal office and Kathrine Dixon (kathrine.dixon@bclplaw.com) as the responsible attorney.