

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 8 juillet 2009

exemptant la prospection et l'exploitation de pétrole et de gaz aux Pays-Bas de l'application de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

[notifiée sous le numéro C(2009) 5381]

(Le texte en langue néerlandaise est le seul faisant foi.)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2009/546/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne,

vu la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux⁽¹⁾, et notamment son article 30, paragraphes 5 et 6,

vu la demande présentée par la société Nederlandse Aardolie Maatschappij B.V. (ci-après dénommée «NAM») par courrier électronique daté du 26 février 2009,

après consultation du comité consultatif en matière de marchés publics,

considérant ce qui suit:

I. LES FAITS

(1) La décision 93/676/CE de la Commission⁽²⁾ a autorisé les pouvoirs adjudicateurs chargés de la prospection et de l'exploitation de pétrole ou de gaz aux Pays-Bas à appliquer un régime dérogeant à la réglementation normale prévue par la directive applicable à l'époque. Le régime dérogatoire supposait des obligations statistiques et l'obligation d'observer les principes de non-discrimination et de mise en concurrence pour l'attribution des marchés de fournitures, de travaux et de services, en particulier en ce qui concerne l'information que l'entité met à la disposition des opérateurs économiques, s'agissant de ses intentions de passation de marchés. Les effets de cette décision ont été préservés, sans préjudice des dispositions de l'article 30 de la directive 2004/17/CE, par l'article 27 de celle-ci lorsqu'elle a remplacé la directive antérieure.

⁽¹⁾ JO L 134 du 30.4.2004, p. 1.

⁽²⁾ Décision 93/676/CE de la Commission du 10 décembre 1993 constatant que l'exploitation d'aires géographiques dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole ou du gaz ne constitue pas aux Pays-Bas, une activité visée à l'article 2, paragraphe 2, point b) i), de la directive 90/531/CEE du Conseil et que les entités exerçant cette activité ne sont pas considérées aux Pays-Bas comme bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs au sens de l'article 2, paragraphe 3, point b), de cette directive (JO L 316 du 17.12.1993, p. 41).

(2) Le 26 février 2009, NAM a transmis à la Commission par courrier électronique une demande en application de l'article 30, paragraphe 5, de la directive 2004/17/CE. Conformément à l'article 30, paragraphe 5, premier alinéa, la Commission en a informé les autorités néerlandaises par lettre du 5 mars 2009, à laquelle les autorités néerlandaises ont répondu par courrier électronique du 26 mars 2009. La Commission a également sollicité, par courrier électronique du 9 mars 2009, des informations supplémentaires auprès de NAM, que celle-ci a fournies par courrier électronique du 23 mars 2009.

(3) La demande présentée par NAM concerne la prospection et l'exploitation de pétrole et de gaz aux Pays-Bas. Conformément à des décisions antérieures de la Commission en matière de concentrations⁽³⁾, trois domaines d'activité distincts de NAM sont décrits dans la demande, à savoir:

- a) la prospection de pétrole et de gaz naturel;
- b) la production de pétrole;
- c) la production de gaz naturel.

Conformément aux décisions précitées de la Commission, la «production» comprendra également, aux fins de la présente décision, le «développement», c'est-à-dire la mise en place des infrastructures nécessaires à la production future (plates-formes pétrolières, pipelines, terminaux, etc.).

II. LE CADRE JURIDIQUE

(4) L'article 30 de la directive 2004/17/CE dispose que les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité relevant du champ d'application de la directive ne sont pas soumis aux dispositions de cette directive si, dans l'État membre où l'activité est exercée, elle est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont

⁽³⁾ Voir notamment la décision 2004/284/CE de la Commission du 29 septembre 1999 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et l'accord EEE (Affaire IV/M.1383 — Exxon/Mobil) et des décisions ultérieures, notamment la décision de la Commission du 3 mai 2007 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun (Affaire COMP/M.4545 - STATOIL/HYDRO) sur la base du règlement (CE) n° 139/2004.

l'accès n'est pas limité. L'exposition directe à la concurrence est évaluée sur la base de critères objectifs, en tenant compte des caractéristiques spécifiques du secteur concerné. L'accès au marché est réputé non limité si l'État membre a mis en œuvre et appliqué les dispositions pertinentes de la législation communautaire concernant l'ouverture totale ou partielle du secteur en cause.

- (5) Les Pays-Bas ayant transposé et mis en œuvre la 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 ⁽¹⁾, l'accès au marché est réputé non restreint conformément à l'article 30, paragraphe 3, premier alinéa, de la directive 2004/17/CE. L'exposition directe à la concurrence sur un marché donné doit être évaluée sur la base de différents indicateurs dont aucun n'est déterminant en soi.
- (6) Eu égard aux marchés concernés par la présente décision, la part de marché des principaux acteurs sur un marché donné constitue un critère à prendre en considération. La concentration sur ces marchés constitue un autre critère important. Les conditions variant entre les différentes activités concernées par la présente décision, l'examen de la situation concurrentielle doit tenir compte des différentes situations sur les différents marchés.
- (7) La présente décision est sans préjudice de l'application des règles de concurrence.

III. ÉVALUATION

- (8) Chacune des trois activités faisant l'objet de la demande (prospection de pétrole et de gaz naturel, production de pétrole et production de gaz naturel) a été considérée comme relevant d'un marché de produits distinct dans les décisions antérieures de la Commission visées au considérant 3 ci-dessus. Il convient dès lors de les examiner séparément.

Prospection de pétrole et de gaz naturel

- (9) Selon une pratique constante de la Commission ⁽²⁾, la prospection de pétrole et de gaz naturel relève d'un

seul marché de produits en cause, car il n'est pas possible de déterminer de prime abord si elle aboutira à la découverte de pétrole ou de gaz naturel. La même pratique constante a été établie de longue date que la portée géographique de ce marché est mondiale.

- (10) Il existe trois façons de mesurer les parts de marché des opérateurs dans le domaine de la prospection: les dépenses en capital, les réserves prouvées et la production prévue. Il a parfois été envisagé d'utiliser les dépenses en capital comme paramètre pour mesurer les parts de marché des opérateurs sur le marché de la prospection ⁽³⁾. Cette méthode a toutefois été jugée inadéquate, notamment à cause des grandes différences quant à l'intensité des investissements nécessaires d'une région à l'autre. En effet, la prospection d'hydrocarbures en mer du Nord nécessite des investissements plus importants que la prospection au Moyen-Orient, par exemple. Deux autres paramètres ont, en revanche, été appliqués pour évaluer les parts de marché des opérateurs économiques dans ce secteur, à savoir la part de leurs réserves prouvées et la production prévue ⁽⁴⁾.
- (11) À la date du 31 décembre 2007, les réserves prouvées de pétrole et de gaz réunis représentaient, selon les informations disponibles, un total de 378,6 milliards de mètres cubes standard d'équivalent pétrole (ci-après Sm³ ep) à l'échelle mondiale ⁽⁵⁾. À la date du 1^{er} janvier 2008, les réserves prouvées de pétrole et de gaz réunis aux Pays-Bas s'élevaient à un peu plus de 1,426 milliard Sm³ ep ⁽⁶⁾, soit un peu plus de 3,7 %. La part de NAM dans ces réserves est encore moins importante. Selon les informations disponibles, il faudrait également considérer la part de marché de NAM comme négligeable si le critère de référence utilisé était la production prévue. En effet, s'il est prévu que la production de pétrole réelle de NAM, actuellement de 0,04 million de barils de pétrole par jour, atteindra 0,06 million de barils par jour avec le redéploiement complet du gisement de pétrole de Schoonebeek dans l'est des Pays-Bas, il faut néanmoins rapporter ce chiffre à une production mondiale de pétrole de 81,533 millions de barils de pétrole par jour, dont il représenterait donc une part d'environ 0,7 %. Compte tenu également du degré de concentration sur le marché de la prospection, qui, à côté des entreprises détenues par l'État, se caractérise par la présence de trois acteurs privés internationaux verticalement intégrés, appelés les «supergrands» (BP, ExxonMobil et Shell), ainsi que de quelques grosses entreprises, ces facteurs devraient être considérés comme des indices de l'exposition directe à la concurrence.

⁽¹⁾ JO L 79 du 29.3.1996, p. 30.

⁽²⁾ Voir notamment la décision Exxon/Mobil précitée et, plus récemment, la décision de la Commission du 19.11.2007 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire COMP/M.4934 - KAZMUNAIGAZ/ROMPETROL) sur la base du règlement (CE) n° 139/2004.

⁽³⁾ Voir notamment la décision Exxon/Mobil précitée (points 23-24).

⁽⁴⁾ Voir notamment la décision Exxon/Mobil précitée (points 25 et 27).

⁽⁵⁾ Voir le point 5.2.1 de la demande et les sources qui y sont citées, notamment le document «BP Statistical Review of World Energy» de juin 2008, annexé à la demande.

⁽⁶⁾ C'est-à-dire 1 390 milliards Sm³ de gaz, équivalant à 1 390 millions Sm³ ep, et 36,6 millions Sm³ de pétrole, ce qui donne au total 1 426 600 000 Sm³.

Production de pétrole

- (12) Selon la pratique constante de la Commission ⁽¹⁾, le marché du développement et de la production de pétrole (brut) constitue un marché de produits distinct de portée géographique mondiale. Selon les informations disponibles ⁽²⁾, la production totale de pétrole dans le monde s'élevait à 81,533 millions de barils par jour en 2007. Cette même année, NAM a produit un total de 0,04 million de barils par jour, soit une part de marché de 0,49 %. Compte tenu également du degré de concentration du marché de la production de brut, qui, à côté des entreprises détenues par l'État, se caractérise par la présence de trois acteurs privés internationaux verticalement intégrés, appelés «supergrands» (BP, ExxonMobil et Shell), dont les parts respectives dans la production de pétrole en 2007 s'élevaient à 3,08 %, 2,32 % et 2,96 %, selon les informations disponibles, ainsi que de quelques grosses entreprises ⁽³⁾, ces facteurs devraient être considérés comme les indices de l'exposition directe à la concurrence.

Production de gaz naturel

- (13) Dans une décision antérieure de la Commission ⁽⁴⁾ concernant la fourniture de gaz en aval à des clients finals, une distinction était établie entre le gaz à faible pouvoir calorifique (LCV) et le gaz à haut pouvoir calorifique (HCV). La Commission a également examiné s'il y a lieu d'établir une distinction entre l'approvisionnement en gaz naturel liquéfié (GNL) et l'approvisionnement en gaz naturel acheminé par gazoduc ⁽⁵⁾. Une décision ultérieure de la Commission ⁽⁶⁾ concernant notamment le développement et la production de gaz naturel a toutefois laissé ouverte la question de savoir si, aux fins de ladite décision, il existait des marchés distincts pour le gaz à faible pouvoir calorifique (LCV), le gaz à haut pouvoir calorifique (HCV) et le gaz naturel liquéfié (GNL), la définition retenue étant sans effet sur l'évaluation finale. Aux fins de la présente décision, la question peut également être laissée ouverte pour les raisons suivantes:

- NAM ne produit pas de GNL,
- NAM exerce uniquement ses activités aux Pays-Bas, où le marché au comptant du gaz, c'est-à-dire le mécanisme appelé «Title Transfer Facility» (TTF), ne fait plus de distinction entre le LCV et HCV depuis le 1^{er} juillet 2008. En outre, depuis cette date, Gas Transport Services (le gestionnaire du réseau de gaz

national néerlandais) contrôle totalement la conversion de la qualité. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire que les transporteurs réservent une capacité de conversion.

- (14) Aux fins de la présente décision, la question du marché de produits en cause peut donc être laissée ouverte, la production du gaz naturel étant considérée dans sa globalité, sans distinguer entre le LCV, le HCV et le GNL. En ce qui concerne le marché géographique, des décisions antérieures de la Commission ⁽⁷⁾ ont établi qu'il comprend l'Espace économique européen (EEE) et, éventuellement, la Russie et l'Algérie.
- (15) Selon les informations disponibles ⁽⁸⁾, la production totale de gaz dans l'Union européenne s'élevait à 191,9 milliards Sm³ en 2007 et celle de l'EEE pour la même année à 281,6 milliards Sm³. La production de NAM pour 2007 s'élevait à 50 milliards Sm³, soit une part de marché de 17,76 %. Pour 2007, la production de la Russie et de l'Algérie s'élevait, respectivement, à 607,4 et 83 milliards Sm³. La production totale de l'EEE, de la Russie et l'Algérie, s'élevait donc à 972 milliards Sm³, la part de NAM s'élevant à 5,14 %. Compte tenu également du degré de concentration sur le marché de la production de gaz naturel, qui se caractérise par la présence de trois «supergrands» (BP, ExxonMobil et Shell), ainsi que d'autres acteurs importants tels que l'opérateur russe Gazprom, ces facteurs devraient être considérés comme des indices de l'exposition directe à la concurrence.

IV. CONCLUSIONS

- (16) Au vu des facteurs examinés dans les considérants 3 à 15, la condition de l'exposition directe à la concurrence énoncée à l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE doit être considérée comme remplie aux Pays-Bas en ce qui concerne les services suivants:
- a) la prospection de pétrole et de gaz naturel;
 - b) la production de pétrole;
 - c) la production de gaz naturel.
- (17) La condition de l'accès sans restriction au marché étant réputée satisfaite, la directive 2004/17/CE ne doit pas s'appliquer lorsque des pouvoirs adjudicateurs attribuent des marchés destinés à permettre la prestation des services énumérés aux points a) à c) du considérant 16 aux Pays-Bas, ni lorsqu'ils organisent des concours en vue de l'exercice d'une telle activité dans ce même pays.
- (18) La présente décision est fondée sur la situation juridique et factuelle de février à mars 2009, telle qu'elle ressort des informations transmises par NAM et le Royaume des Pays-Bas. Elle pourra être révisée si, par suite de changements significatifs dans la situation juridique ou dans les faits, les conditions d'applicabilité de l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE ne sont plus remplies,

⁽¹⁾ Voir notamment la décision Exxon/Mobil précitée et, plus récemment, la décision de la Commission du 19.11.2007 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire COMP/M.4934 - KAZMUNAIGAZ/ROMPETROL) sur la base du règlement (CE) n° 139/2004.

⁽²⁾ Voir la page 8 du document «BP Statistical Review of World Energy, June 2008», joint à l'annexe de la demande, ci-après dénommé «statistiques BP».

⁽³⁾ Dont les parts de marché sont inférieures à celles des «supergrands».

⁽⁴⁾ Décision 2007/194/CE de la Commission du 14 novembre 2006 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord EEE (Affaire COMP/M.4180 — Gaz de France/Suez) (JO L 88 du 29.3.2007, p. 47).

⁽⁵⁾ Voir notamment la décision Gaz de France/Suez précitée.

⁽⁶⁾ Affaire M4545 précitée, point 12.

⁽⁷⁾ Voir, par exemple, les décisions mentionnées au considérant 3 ci-dessus.

⁽⁸⁾ Voir notamment les statistiques de BP, p. 24.

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

La directive 2004/17/CE ne s'applique pas aux marchés attribués par des pouvoirs adjudicateurs dans le but d'assurer la prestation aux Pays-Bas des services énumérés ci-après:

- a) la prospection de pétrole et de gaz naturel;
- b) la production de pétrole;
- c) la production de gaz naturel.

Article 2

Le Royaume des Pays-Bas est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 8 juillet 2009.

Par la Commission
Charlie McCREEVY
Membre de la Commission
