

CONCLUSIONS

M. Alexandre Lallet, rapporteur public

Contrairement aux masques de protection, les Etats ont veillé, de longue date et sans relâche, à conserver des stocks stratégiques suffisants de produits pétroliers. C'est le cas en France depuis une loi du 10 janvier 1925, confirmée par une loi du 30 mars 1928, qui a obligé les importateurs à tenir à la disposition de l'Etat des réserves correspondant à 25 % des quantités déclarées l'année précédente pour certains produits pétroliers.

Cette obligation a d'abord été reprise au niveau de la Communauté économique européenne, à travers une directive de 1968¹, puis dans le cadre de l'OCDE par l'accord de Paris relatif à un programme international de l'énergie, conclu en 1974 et auquel la France a adhéré en 1992². Il prévoit en substance que chaque Etat membre doit avoir à sa disposition permanente des stocks de produits pétroliers correspondant à 90 jours de consommation de l'année précédente sans importations nettes, ce qui équivaut à l'obligation de 25 %, niveau actuellement repris par le droit de l'Union³.

Pour ce qui concerne la France métropolitaine et les départements d'outre-mer, le principe de la participation des entreprises distribuant des produits pétroliers à la constitution et à la conservation de ces stocks stratégiques est posé à l'article L. 642-2 du code de l'énergie⁴.

¹ Directive 68/414 du 20 décembre 1968 : celle-ci fixait le niveau minimal des réserves à au moins 65 jours de la consommation intérieure journalière moyenne de l'année précédente.

² Accord publié par le décret n° 92-951 du 2 septembre 1992, après autorisation d'adhésion résultant de la loi n° 92-576 du 1^{er} juillet 1992.

³ V. la directive 2006/67/CE du Conseil du 24 juillet 2006 et, désormais, la directive 2009/119/CE du Conseil du 14 septembre 2009 qui fixe plus subtilement le niveau à la plus grande des quantités représentées soit par 90 jours d'importations journalières moyennes nettes, soit par 61 jours de consommation intérieure journalière moyenne. Même si cette directive a aligné la méthode de comptabilisation européenne sur la méthode internationale, il subsiste une différence importante qui tient à l'exclusion des stocks commerciaux (par opposition aux stocks constitués en vue de répondre à une obligation légale de stockage). C'est ce qui explique qu'en 2015, par exemple, la France détenait un équivalent de 114 jours d'importations nettes du point de vue de l'agence internationale de l'énergie, mais seulement de 97 jours du point de vue de l'Union (les stocks commerciaux représentaient 17 jours).

⁴ Héritier de l'article 2 de la loi n° 92-1443 du 31 décembre 1992 portant réforme du régime pétrolier, auquel

L'article L. 642-4 confie au pouvoir réglementaire le soin de fixer le volume minimal de telle sorte que le taux de 25 % soit respecté à l'échelle de la « France », qui doit être comprise ici comme la métropole et les départements d'outre-mer⁵.

Le volume des stocks que chaque opérateur doit conserver est fixé à 29,5 %⁶ pour la métropole, soit près de 108 jours⁷. Dans les départements d'outre-mer, cette obligation a été d'emblée fixée à un niveau inférieur, à 20 %, soit 73 jours, en raison notamment des contraintes matérielles de stockage. De fait, ces obligations étaient loin d'être respectées, au moins par les opérateurs antillais⁸. Une réforme est intervenue en 2016 afin de calculer l'obligation sur la base d'une évaluation des risques de crises locales et non globales. Les stocks stratégiques ne doivent plus représenter que 7 à 13 %, selon la collectivité et la catégorie de produits pétroliers⁹.

La Nouvelle-Calédonie, ainsi que la Polynésie française, les îles Wallis-et-Futuna et Saint-Pierre et Miquelon, sont soumises à une obligation comparable qui résulte toutefois d'un corpus juridique distinct. Son principe est posé à l'article L. 671-1 du code de l'énergie, dont le dernier alinéa renvoie cette fois à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer le volume que les opérateurs doivent conserver, sans pour autant fixer lui-même d'objectif. C'est ce à quoi a procédé le décret n° 95-597 du 6 mai 1995, codifié en 2007 à l'article R. 1682-10 du code de la défense. Il retient le chiffre de **20 %¹⁰, soit 73 jours de consommation.**

l'article L. 1336-1 du code de la défense continue malencontreusement de renvoyer.

⁵ D'une part, à la différence d'autres articles du même chapitre, l'article L. 642-4 se réfère à la « France », et non à la « France métropolitaine ». L'article L. 642-2 régit à la fois la métropole et les DOM ; or ces deux articles figuraient auparavant dans le même article 2 de la loi n° 92-1443 du 31 décembre 1992 portant réforme du régime pétrolier, dont le champ d'application géographique nous paraît ainsi devoir être unique. En outre, l'inclusion des DOM est nécessaire au respect des obligations européennes de la France dès lors que les DOM constituent des « régions ultra-périphériques » soumises au droit de l'Union. En revanche, les collectivités régies par l'article 74 de la Constitution et la Nouvelle-Calédonie font l'objet d'un corpus juridique distinct – issu de l'article 57 de la loi n° 93-1 du 4 janvier 1993 portant dispositions diverses relatives aux départements d'outre-mer, aux territoires d'outre-mer et aux collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon, dont les travaux préparatoires ne révèlent pas une volonté du législateur de les inclure dans le décompte des 25 %, mais seulement de leur appliquer un régime « inspiré » du régime métropolitain antérieur à une réforme de 1987 (qui a mis en place un système mutualiste de constitution et de gestion d'une partie des stocks, avec la SAGESS).

⁶ A l'origine, le chiffre de 25 % (jusqu'au 30 juin 1993) puis de 27 % avait été retenu (art. 1^{er} du décret n° 93-131 du 29 janvier 1993).

⁷ Article D. 1336-47 du code de la défense.

⁸ Selon le rapport de la mission d'information commune sur le prix des carburants dans les départements d'outre-mer (rapport Le Guen-Cahuzac) du 23 juillet 2009, la Martinique, la Guadeloupe et la Guyane disposaient en 2008 de stocks représentant 50 jours de consommation, soit 23 jours de moins que l'obligation réglementaire.

⁹ V. l'article 4 de l'arrêté du 25 mars 2016 relatif à la constitution des stocks stratégiques pétroliers en France métropolitaine, en Martinique, en Guadeloupe, en Guyane, à La Réunion et à Mayotte. La Martinique, la Guadeloupe et la Guyane forment une unique zone logistique, dont le taux oscille entre 7 et 13 % selon la catégorie de produits pétroliers, mais cet article impose aux opérateurs de conserver au moins 7 % dans chacune de ces collectivités.

¹⁰ Une autre différence notable entre ce régime (ainsi que celui des départements d'outre-mer : cf. III de l'article D. 1336-49 du code de la défense), d'une part, et le droit métropolitain, d'autre part, tient à ce qu'en métropole,

La société requérante, qui relève du groupe Exxon Mobil, exploite des stations-service en Nouvelle-Calédonie. Estimant être le seul opérateur à respecter cette obligation, elle a saisi les autorités locales d'une demande tendant à l'allègement de cette contrainte, pour l'aligner sur celle des départements d'outre-mer, soit 8 à 10 %. Parallèlement à cette démarche, qui a donné lieu à des discussions approfondies au niveau local, la société a demandé au Premier ministre et au ministre de la transition écologique et solidaire l'abrogation de l'article 1^{er} du décret du 6 mai 1995 en tant qu'il s'applique en Nouvelle-Calédonie et le remplacement du taux de 20 % par un taux de 10 voire 8 %. Elle n'a obtenu aucune réponse.

Vous pourrez regarder la requête comme dirigée contre le refus du Premier ministre d'abroger l'article R. 1682-10 du code de la défense ou de le modifier afin de réduire le taux de 20 % à hauteur de 8 à 10 % en Nouvelle-Calédonie.

Avant d'en venir aux deux moyens de la requête, il nous faut vous entretenir de deux questions.

La première est celle de la **compétence de l'Etat**. Le statut de la Nouvelle-Calédonie résultant de la loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 confiait à l'Etat le soin de fixer les règles dans le domaine des « matières premières stratégiques » au titre de l'item « Défense » (7° de l'article 5). Par un mouvement analogue à celui qu'a connu la Polynésie française en 2004¹¹, les hydrocarbures liquides et gazeux ont été distraits de cette catégorie par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, afin de confier cette compétence au territoire¹². C'est donc la Nouvelle-Calédonie qui est seule compétente pour la **réglementation des hydrocarbures**. En dépit de l'effet d'optique légistique, nous pensons toutefois que ce transfert n'a pas affecté la compétence de l'Etat, au titre de la défense nationale, pour fixer une obligation de constitution de stocks stratégiques de produits pétroliers, dont l'objet est de garantir le fonctionnement normal de la Nation – ce qui explique l'insertion des dispositions litigieuses dans le code de la défense, au titre de la « sécurité économique »¹³. Nous relevons à cet égard que, lorsque s'est posée la question de la compétence de l'Etat pour réglementer l'avitaillement des avions en

les opérateurs s'acquittent d'une partie de leur obligation (à leur choix, de 56 ou 90 % : II de l'article D. 1336-49) par le biais d'un comité professionnel des stocks stratégiques pétroliers (CPSSP), lequel s'appuie sur la Société anonyme de gestion des stocks de sécurité (SAGESS).

¹¹ Le 8° de l'article 3 de la loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française prévoyait la compétence de l'Etat pour les « *matières premières stratégiques telles qu'elles sont définies pour l'ensemble du territoire de la République* ». Le 4° de l'article 14 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française en a exclu les « hydrocarbures liquides et gazeux », donc les produits pétroliers (pour tenir compte notamment de l'avis de la Section de l'intérieur n° 365337 du 28 novembre 2000 qui avait exclu que les conditions d'importation du pétrole soient fixées par le territoire).

¹² V. le 7° de l'article 21 de la loi organique qui ne fait référence qu'aux matières mentionnées au 1° de l'article 19 du décret n° 54-1110 du 12 novembre 1954 (c'est-à-dire le combustible nucléaire) et le 11° de l'article 22 qui confie à la Nouvelle-Calédonie compétence en matière de « réglementation relatives aux hydrocarbures ».

¹³ Et de la « défense économique » (titre III du livre III de la partie 1 du code de la défense, qui contient notamment le chapitre VI « Transports et hydrocarbures » concernant les stocks stratégiques).

carburant, vous l'avez confirmée sur le double fondement de la réglementation des matières premières stratégiques et de la police et de la sécurité de la navigation aérienne (Avis CE, 23 avril 2003, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, n° 253222, aux T.)¹⁴. Il en résulte que c'est bien l'Etat qui est compétent pour abroger ou modifier les dispositions litigieuses.

La seconde question liminaire, qui n'est pas sans incidence sur l'examen des moyens quoiqu'elle n'appelle pas nécessairement de prise de position explicite de votre part, est celle de savoir si les stocks constitués en Nouvelle-Calédonie, comme d'ailleurs dans les collectivités régies par l'article 74 de la Constitution, entrent en ligne de compte pour apprécier le **respect des obligations européennes et internationales de la France**¹⁵.

Ces territoires relevant des pays et territoires d'outre-mer auxquels le droit de l'Union ne s'applique pas, sous réserve du régime d'association défini par la décision du Conseil 2013/755/UE du 25 novembre 2013, la réponse est assurément négative pour ce qui concerne la directive de 2009 relative aux stocks stratégiques de produits pétroliers, à la différence des régions ultra-périphériques que sont les départements d'outre-mer.

La question est plus délicate en ce qui concerne l'accord de Paris.

Le principe est que, en l'absence de stipulations expresses de l'accord ou de restriction territoriale pouvant se déduire de son objet, et en l'absence de réserves, un accord international s'applique dans l'ensemble du territoire de l'Etat¹⁶, sans d'ailleurs que le législateur puisse y apporter lui-même de restriction, notamment à l'occasion de la loi de ratification¹⁷. C'est ce que prévoit l'article 29 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, que la France n'a jamais ratifiée mais qui constitue une règle coutumière du droit international¹⁸. C'est ce que vous avez jugé à propos d'une convention bilatérale d'extradition (CE, 14 mai 1993, *S...*, n° 130120, aux T., aux conclusions savantes du Président Vigouroux), comme l'avait fait dans la même affaire la Cour de cassation¹⁹.

¹⁴ La solution est d'autant plus significative que les conclusions de MH Mitjavile se limitent au 1^{er} fondement.

¹⁵ Cette question n'est pas neutre quantitativement, quoique son impact reste limité. La consommation primaire de produits pétroliers en Nouvelle-Calédonie est de l'ordre de 1 Mtep, alors que la consommation primaire des mêmes produits en France métropolitaine s'élevait à 72,5 en 2017 (CGEDD, Chiffres clés de l'énergie, Edition 2018).

¹⁶ V. en ce sens P. Lampué, *L'application des traités dans les territoires et départements d'outre-mer*, Annuaire français de droit international, volume 6, 1960, pp. 907-924.

¹⁷ V. sur ce dernier point : Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, n° 88-247 DC : « (...) le champ d'application territoriale d'une convention internationale est déterminé par ses stipulations ou par les règles statutaires de l'organisation internationale sous l'égide de laquelle elle a été conclue ; que la détermination de ce champ d'application ne relève donc pas de la loi qui en autorise la ratification » (cons. 4). V. aussi CC, 30 juin 1993, n° 93-318 et 93-319 DC). V. aussi JF Lachaume, *Droit international et juridiction judiciaire – Juge judiciaire et sources écrites du droit international*, Répertoire de droit international, Dalloz, novembre 2018, pt. 82 à 85.

¹⁸ C'est la thèse privilégiée par une circulaire du Premier ministre du 21 avril 1988 à propos de l'applicabilité des accords internationaux aux territoires d'outre-mer, en rangeant les lois de ratification dans les lois de souveraineté faisant échec au principe de spécialité législative.

Mais cette règle cède s'il ressort du traité ou d'autres éléments une intention différente de ses auteurs. Or, si l'accord de Paris ne définit pas expressément son champ d'application territorial, le 1. de son article 70 permet à chaque Etat, à tout moment, y compris postérieurement à l'adhésion, de déclarer par notification au Gouvernement du Royaume de Belgique que l'accord s'applique à tout ou partie des territoires dont il est chargé d'assurer les relations internationales ou l'approvisionnement en pétrole. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une réserve²⁰ mais, au sens de la doctrine internationale publique, d'une déclaration interprétative de la notion de « territoire ».

Classiquement, en droit international public, la formule « *territoires dont l'Etat assure les relations internationales* », désigne les **territoires non métropolitains**. La formulation de l'article 70 de l'accord de Paris, qui correspond à la notion désuète de « clause coloniale » et qu'on retrouve dans d'autres instruments ainsi interprétés²¹, part du présupposé que cet accord

¹⁹ Cass. Crim., 4 juin 1991, n° 91-81663, au Bull.

²⁰ V. sur ce point le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, adopté par la Commission du droit international de l'ONU dans sa 63^{ème} session, 2011. Commentant le point 1.1.3 des « directives » (selon lequel « *Une déclaration unilatérale par laquelle un Etat vise à exclure l'application de certaines dispositions d'un traité ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers, à un territoire auquel ils seraient appliqués en l'absence d'une telle déclaration constitue une réserve* »), le guide distingue la réserve ainsi définie, qui porte sur une exclusion partielle (de certaines stipulations ou de l'ensemble « sous certains aspects particuliers ») de la déclaration interprétative par laquelle l'Etat porte à la connaissance des autres son acception du terme « territoire » et exclut ainsi l'application du traité **pour le tout** à tel ou tel territoire relevant de sa souveraineté (V. par exemple l'accord du 13 décembre 1957 sur le régime de la circulation des personnes entre les pays membres du Conseil de l'Europe, qui prévoit que le terme « territoire » a la signification que cette partie lui attribuera dans une déclaration adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe). Au terme d'une longue analyse, le guide indique que « *à la réflexion, il n'est cependant pas possible d'assimiler de telles déclarations visant à exclure l'application de l'ensemble du traité à un territoire donné aux réserves proprement dites (...) C'est pour cette raison que la Commission a décidé de ne pas inclure, dans la directive 1.1.3., les cas des déclarations visant à exclure l'application du traité dans son ensemble à un territoire donné. Il ne s'agit, en principe, pas de réserves de la Convention de Vienne* » (p. 56). A l'inverse, lorsque l'Etat indique que certaines stipulations seulement ne s'appliquent pas à tel ou tel territoire, ou que le traité ne s'y applique pas « sous certains aspects particuliers », il s'agit d'une réserve. Par ailleurs, comme le rappelle ce même commentaire, une réserve « doit être faite au plus tard au moment de l'expression par l'Etat de son consentement à être lié par [le] traité ». La qualification de réserve ne paraît donc pouvoir être retenue que dans le cas où la déclaration doit être faite au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, sans préjudice d'une éventuelle adhésion complémentaire (V. par exemple l'article 9 de la convention du 9 décembre 1923 sur le régime international des voies ferrées et l'article 9 de la convention du même jour sur le régime international des ports maritimes). A l'inverse, il s'agirait d'une simple déclaration, non qualifiable de réserve, quand le traité permet à l'Etat de procéder à cette déclaration (et de la retirer) à tout moment. En l'espèce, l'article 70 de l'accord de Paris prévoit une exclusion totale des territoires désignés (et non une application modulée) et il permet de procéder à la déclaration à tout moment. Le retrait est aussi possible à tout moment, sous réserve toutefois respecter le délai de préavis applicable (douze mois). Il nous semble qu'il ne s'agit pas, techniquement, d'une réserve.

²¹ Cette rédaction est usuelle dans les conventions conclues sous l'égide du Conseil de l'Europe. Certaines d'entre elles prennent soin, en général, de préciser que leur champ d'application territoriale est le territoire métropolitain et que chaque Etat peut, par déclaration, l'étendre à ces territoires extérieurs (V. par exemple l'article L de la Charte sociale européenne, l'article 9 de son protocole additionnel de 1988, ou encore l'article 27 de la convention européenne d'extradition). On notera en revanche que tant l'article 56 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que l'article 30 de la convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997 retiennent une formulation très proche de l'article 70 de

ne s'applique de plein droit qu'aux territoires métropolitains et qu'une déclaration est nécessaire pour l'étendre aux territoires ultra-marins, à tout le moins ceux qui disposent d'un statut d'autonomie²². C'est la raison pour laquelle cette clause est qualifiée de clause d'« extension » par la Belgique, dépositaire de l'accord²³. Dès lors qu'aucune déclaration en ce sens n'a été déposée par la France²⁴, nous pensons, contrairement au ministère des affaires étrangères, que l'accord ne s'applique pas, à tout le moins, aux collectivités régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, et que les réserves constituées en Nouvelle-Calédonie n'entrent pas dans le calcul du taux permettant de respecter l'engagement de 25 %. C'est ce qui explique, selon nous, que le législateur national n'ait pas non plus inclus ces collectivités dans le calcul du seuil de 25 % prévu à l'article L. 642-4. On ne peut donc considérer que le taux de 20 % qui s'y applique serait une sorte de « mesure de faveur » mettant davantage à contribution les opérateurs métropolitains.

Nous en venons aux deux moyens soulevés.

La requérante invoque en premier lieu une méconnaissance de la **liberté du commerce et de l'industrie**. Les atteintes à ce principe sont permises dans l'intérêt général, sous réserve d'être proportionnées au regard de l'objectif poursuivi²⁵. En l'occurrence, le principe de l'atteinte

l'accord de Paris de 1974, en se bornant à permettre une extension à ces territoires dont l'Etat assure les relations internationales (la France a ainsi déclaré que la convention EDH s'appliquait sur l'ensemble du territoire de la République, mais non la convention sur la nationalité). La Cour européenne a interprété l'article 56 comme un « système de déclarations que les Etats contractants ont décidé, lors de la rédaction de la Convention, d'appliquer aux territoires d'outre-mer dont ils assurent les relations internationales » (arrêt *Quarck Fishing c/ Royaume-Uni*). Autrement dit, la convention EDH ne s'applique en principe qu'au territoire métropolitain, sauf déclaration d'extension (V. en ce sens R. Ergéc et J. Velu, *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, § 45-46 ; et pour une analyse (discutable) de la notion de territoires dont l'Etat assure les relations internationales : S. Karagiannis, *L'aménagement des droits de l'homme outre-mer : la clause des « nécessités locales » de la convention européenne*, Revue belge de droit international, 1995/1, Bruylant).

²² On relèvera que dans un avis juridique du 18 octobre 1974 sur le statut de la Dominique, de Sainte-Lucie et de Saint-Vincent par rapport à l'accord international de 1972 sur le cacao (cité in G. Agniel, *La Nouvelle-Calédonie et l'élaboration du droit international*, Revue juridique de l'environnement, 2007, pp. 25-32), le Secrétaire général de l'ONU indiquait que « traditionnellement, les accords sur les produits de base ne s'appliquent aux territoires dépendants que lorsque l'Etat, qui assure en dernier ressort leurs relations internationales, déclare, par notification, que cet accord est rendu applicable à tel ou tel territoire. En l'absence d'une telle notification, les accords s'appliquent uniquement au territoire métropolitain du pays en question. L'article 70 de l'Accord sur le cacao respecte cette tradition ». Or cet article 70 est rédigé de manière très comparable à l'article 70 de l'accord de Paris. Nous notons aussi que dans le troisième rapport sur le droit des traités de Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/167 and Add.1-3, pp. 11-12), ce dernier interprète la clause dite coloniale, prévoyant la possibilité pour l'Etat d'étendre l'application de l'accord à des territoires dont il assure les relations internationales, comme signifiant qu'à défaut de déclaration, seul le territoire métropolitain est couvert (« ces clauses semblent au contraire avoir été destinées à rendre implicitement de nul effet l'application automatique du traité aux territoires non métropolitains »).

²³ V. <https://diplomatie.belgium.be/sites/default/files/downloads/vii-1.pdf>

²⁴ Au titre de l'article 70, seul le Royaume-Uni a déposé une telle déclaration d'extension, pour Guernesey et l'île de Man, le 15 février 1980.

²⁵ CE, 29 octobre 2012, *Commune de Tours*, n° 341173, au Rec., dans la ligne de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la liberté d'entreprendre.

résulte, comme il se doit, de la loi elle-même. La seule question est donc celle de la **proportionnalité du taux de 20 %**.

Les stocks stratégiques ont pour finalité de garantir la sécurité de l’approvisionnement et assurer ainsi, de manière temporaire, le fonctionnement normal de l’économie. Plus précisément, ces stocks visent à prémunir l’Etat de deux risques bien différents :

- d’une part, le risque d’approvisionnement en produit brut et, pour le surplus, en produits raffinés, qui résulterait d’une **crise internationale**²⁶ ;
- d’autre part, les stocks peuvent être ponctuellement utilisés pour faire face à des **crises locales**, alors même que les importations restent possibles²⁷. Concrètement, il s’agit le plus souvent du blocage des raffineries situées sur le territoire national²⁸ et qui approvisionnent notamment les stations-service en produits raffinés, comme ce fut le cas à l’été 2016, dans le cadre de la contestation de la loi dite El Khomri.

La société met en avant plusieurs inconvénients non décisifs du taux de 20 %, qui impliquerait des rotations excessives de navires pétroliers et aurait pour effet de renchérir les coûts du fret et le prix des hydrocarbures. Elle indique que son délai d’importation d’hydrocarbures en urgence est de 15 jours, soit un délai très inférieur au délai de 73 jours qui résulte du seuil de 20 %. Mais cette circonstance ne suffit pas à démontrer la résilience du territoire à des circonstances exceptionnelles, notamment en cas de crises purement locales, même si, comme elle le soutient, il est probable que ces circonstances produiraient aussi une chute de la demande, comme l’a montré la crise sanitaire mondiale liée à la covid-19.

Le ministre vous explique de son côté que la Nouvelle-Calédonie présente une **très forte vulnérabilité énergétique** dès lors que les produits pétroliers représentent environ 63 % de sa consommation primaire totale, qu’elle ne dispose pas de ressources fossiles locales et qu’elle est entièrement tributaire de l’approvisionnement maritime depuis les raffineries de Singapour²⁹. A aucun moment, toutefois, il ne démontre qu’un taux de 20 % serait nécessaire ou, dit autrement, qu’un taux inférieur serait insuffisant. La société produit à cet égard un avis de l’Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie qui constate que ses concurrents ne respectent pas leur obligation à ce titre, sans que des ruptures d’approvisionnement aient jamais été constatés, ce qui explique sans doute que l’Etat ne leur ait jamais infligé l’amende administrative prévue au IV de l’article L. 671-1 du code de l’énergie.

²⁶ Comme le rappelle l’article 2 de l’accord de 1974, le but est d’établir une « *autonomie commune des approvisionnements pétroliers en cas d’urgence* ».

²⁷ V. sur ce point l’article 20 de la directive du 14 septembre 2009.

²⁸ Soit les 7 raffineries métropolitaines et la SARA, en Martinique.

²⁹ Dont elle ne représente que 0,5 % de la capacité de raffinage, selon le schéma de transition énergétique de la Nouvelle-Calédonie, p. 31.

Quoique l'hésitation est permise, il est délicat, eu égard à la marge d'appréciation dont doit disposer l'administration en la matière, s'agissant d'un « régime de précaution », et en l'absence de mesure d'instruction plus poussée, d'affirmer que l'atteinte portée à la liberté du commerce et de l'industrie des opérateurs pétroliers serait excessive.

Ce qui jette en revanche le trouble, c'est la **comparaison avec la situation des DOM**, qui alimente l'autre moyen soulevé par la société requérante, tiré de la méconnaissance du principe d'égalité.

L'opérance du moyen peut faire hésiter. D'une part, nous vous avons dit qu'à nos yeux, les réserves néo-calédoniennes n'entrent pas en ligne de compte pour le respect de l'engagement de 25 %, de sorte que ce qui est exigé des opérateurs de Nouvelle-Calédonie est sans incidence sur les obligations des opérateurs métropolitains et des DOM. D'autre part, il n'existe évidemment aucune situation de concurrence entre les distributeurs de carburant en Nouvelle-Calédonie et dans les DOM. Mais il est vrai que des opérateurs internationaux peuvent intervenir sur les deux marchés et que le différentiel de taux peut avantager ou pénaliser ceux qui ont investi davantage sur l'un que sur l'autre. En tout état de cause, les opérateurs néo-calédoniens peuvent parfaitement exiger que la doctrine que lui applique le pouvoir réglementaire soit la même que celle qu'il met en œuvre dans les DOM, même si, évidemment, le chiffre qui en résulte peut, lui, différer d'une collectivité à l'autre, en fonction des caractéristiques locales ; et si des différences méthodologiques peuvent à la limite se concevoir, encore faut-il qu'elles soient fondées sur des critères objectifs et rationnels, en rapport avec l'objet de la norme. Rappelons que, dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire donnant lieu à l'édition de décisions individuelles, l'administration peut, sans méconnaître le principe d'égalité, modifier les critères sur lesquelles elle fonde son appréciation, mais c'est à la condition qu'un intérêt général en relation avec les objectifs de la législation qu'elle applique le justifie (CE, Section, 30 décembre 2010, *Ministre du logement c/ D...*, n° 308067, au Rec.). Vous ne pouvez pas être moins exigeant dans l'exercice du pouvoir réglementaire, même lorsqu'il y a lieu de reconnaître à son titulaire une large marge d'appréciation. En tout état de cause, si vous n'étiez pas à l'aise avec ce terrain, vous pourriez facilement tirer des dernières écritures de la société un moyen d'erreur de droit contestant la pertinence des critères de différenciation mis en avant par la ministre.

Et sur le fond, nous n'avons aucun doute sur le bien-fondé du moyen.

A la suite d'une mesure d'instruction diligentée par votre 10^{ème} chambre, la ministre vous a décrit de manière assez précise la méthodologie utilisée dans les DOM en 2016 pour fixer les taux, qui s'articule autour de 4 axes : l'analyse de la dépendance énergétique ; l'état de la logistique pétrolière ; l'analyse des risques d'indisponibilité immédiate des produits pétroliers ; et une étude de marché permettant d'apprécier l'état de la concurrence entre opérateurs. Elle indique qu'en revanche, la Nouvelle-Calédonie comme les collectivités régies par l'article 74 de la Constitution ont « *gardé leur taux historique de 20 %* ».

La ministre ne vous explique pas les raisons de ce décalage méthodologique. Sans grande conviction, elle justifie l'absence de toute démarche de révision du taux en Nouvelle-Calédonie par le **contexte référendaire**, qui accentuerait le besoin d'assurer la sécurité d'approvisionnement pour prévenir la survenance de troubles sociaux ou politiques. Cet argument est purement circonstanciel voire opportuniste et, surtout, non étayé. En s'en tenant à l'actualité des dernières années, les Antilles semblent au moins aussi exposées à ce risque que la Nouvelle-Calédonie, où la situation sociale apparaît calme en dépit des incertitudes sur l'avenir institutionnel. Du reste, dans ses dernières écritures, la ministre met plutôt l'accent sur la nécessité d'attendre une éventuelle accession à l'indépendance, ce qui n'est pas plus convaincant.

Par ailleurs, l'administration tente de justifier le taux de 20 % par le fait que le **taux de dépendance énergétique** de la Nouvelle-Calédonie - c'est-à-dire le ratio « importations nettes d'énergie / consommation brute » - est sensiblement supérieur à celui des Antilles et de la Réunion (97,5 % en 2017 contre 93,75 % en Martinique et un peu moins de 90 % dans les autres DOM – hors Mayotte). Cet argument est, lui, parfaitement fallacieux³⁰. Ce taux ne donne pas une image fidèle de la dépendance aux **importations de produits pétroliers**, qui nous intéressent ici, puisqu'il intègre toutes les sources d'énergie, y compris le charbon et le gaz. Dans l'ensemble de l'outre-mer³¹, le taux de dépendance est évidemment de 100 % sur les produits pétroliers, puisqu'ils n'en produisent pas. Les écarts que fait valoir le ministre entre les collectivités s'expliquent uniquement par les différences dans la **production locale d'électricité renouvelable** - l'hydraulique en Guyane, la géothermie pour la Guadeloupe, la bagasse pour la Réunion et le photovoltaïque pour tous ces territoires –, qui rendent ces collectivités un peu moins dépendantes des importations, là où la Nouvelle-Calédonie dispose encore d'un parc de production d'électricité essentiellement thermique, alors qu'elle ne possède pas de ressources fossiles locales et doit importer le charbon nécessaire³². Le ministre se garde bien, d'ailleurs, de vous donner la part que représentent les produits pétroliers dans le bouquet énergétique primaire des DOM, c'est-à-dire le **taux de dépendance de l'économie aux produits pétroliers**, qui est un indicateur plus pertinent : il était de 73 % dans les DOM en 2016³³, donc sensiblement supérieur à celui de 63 % en Nouvelle-Calédonie³⁴. Cette

³⁰ Vous noterez au passage qu'aucun des deux arguments mis en avant en défense ne serait de nature à justifier le taux de 20 % en Polynésie française, dont le taux de dépendance énergétique est d'ailleurs équivalent à celui de la Martinique.

³¹ A noter que la Martinique est la seule collectivité ultramarine à disposer d'une raffinerie, la SARA, mais cette collectivité ne produit pas de brut.

³² V. sur ce point le schéma pour la transition énergétique de la Nouvelle-Calédonie, p. 24. Les énergies renouvelables représentaient environ 17 % de la production d'électricité en Nouvelle-Calédonie en 2018, contre 20,5 % en Guadeloupe, 61,6 % en Guyane, 32,4 % à la Réunion, mais seulement 6,4 % en Martinique (dont le taux de dépendance est ainsi logiquement le plus élevé des DOM). Ces chiffres sont en forte augmentation en raison de la politique volontariste de développement des ENR en outre-mer (l'objectif étant de 100 % en 2030).

³³ Source : CGEDD, Bilan énergétique de la France en 2016 – Données définitives, décembre 2017.

³⁴ La part des produits pétroliers dans la consommation d'énergie primaire n'était d'ailleurs que de 54 % en 2018. Source : Institut de la statistique et des études économiques Nouvelle-Calédonie, Le bilan énergétique (rubrique Energie-Environnement).

dernière apparaît ainsi, au global, moins tributaire de ces produits que les DOM, en raison de la place qu’y occupe encore le charbon. La ministre ne vous apporte en outre aucun élément sur le délai d’importation des hydrocarbures ni ne produit **d’analyse de risques** comme celle qui a été réalisée pour les DOM.

Il apparaît d’autant plus difficile de justifier une différence de traitement **au détriment de la Nouvelle-Calédonie**, de surcroît dans les proportions indiquées - du simple au double voire au triple selon les produits pétroliers – si l’on admet que les DOM entrent dans le calcul de l’obligation de 25 %, mais pas la Nouvelle-Calédonie. A quoi s’ajoute le silence du ministre sur l’éventualité d’une différenciation des seuils par produits pétroliers, comme c’est le cas dans les DOM, et comme cela avait d’ailleurs été expressément envisagé lors des débats parlementaires sur la loi de 1993 qui a créé ce dispositif dans les territoires d’outre-mer³⁵.

Au fond, nous sommes intimement persuadé que la différence des taux entre ces deux catégories de collectivités d’outre-mer ne procède pas d’une analyse rationnelle mais d’un pur effet d’inertie administrative. Il ressort des écritures non contestées de la société, confirmées par un courrier très instructif de la direction des mines et de l’énergie de Nouvelle-Calédonie (DIMENC), que l’ensemble des acteurs locaux, Etat compris, se sont accordés sur le caractère inadéquat du taux de 20 %³⁶ et ont convergé vers un taux de 10 à 12 %. Une proposition de modification de la réglementation en ce sens a été adressée à l’administration centrale, qui n’y a pas donné suite sans pour autant émettre d’objection de principe. En attendant, un régime de tolérance administrative a été implicitement mis en place puisque les opérateurs qui ne respectent pas l’obligation de 20 % ne subissent aucune sanction³⁷.

Au total, les critères mis en avant par le ministre en défense pour motiver son refus ne sont de nature à justifier ni l’absence d’application à la Nouvelle-Calédonie de la méthodologie appliquée aux DOM, ni, *in fine*, la différence de traitement au détriment des opérateurs en Nouvelle-Calédonie. Nous vous invitons donc à **annuler le refus d’abroger ou de modifier l’article R. 1682-10** en raison d’une méconnaissance du principe d’égalité résultant de l’inopérance des critères de différenciation mobilisés. Afin d’explicitier la portée limitée de cette annulation, qui ne préjuge pas du niveau pertinent du seuil et du sort final de cette disposition, nous vous invitons à enjoindre au Premier ministre non pas de modifier les dispositions litigieuses dans un sens déterminé, et encore moins de les abroger, mais de **réexaminer la demande dont il a été saisi dans un délai de six mois à compter de votre**

³⁵ V. le compte-rendu débats à l’Assemblée nationale le 9 décembre 1992 sur l’article 48, réponse du ministre des départements et territoires d’outre-mer.

³⁶ Tel est le cas aussi en Polynésie française. Comme l’a relevé l’autorité polynésienne de la concurrence pour ce qui concerne ce territoire : « *les pouvoirs publics et les acteurs du secteur s’accordent sur l’inapplicabilité de ces textes en PF, en raison notamment de la multiplication des rotations de navires pétroliers que de telles contraintes de stocks génèreraient et en conséquence du renchérissement des coûts de fret et in fine du prix des hydrocarbures sur le marché final* ».

³⁷ La société requérante ne s’en est pas contentée et elle a obtenu une dérogation temporaire du haut-commissaire à la règle des 20 % pour tenir compte de la contrainte de stockage dans le contexte du ralentissement de l’activité lié à la crise sanitaire.

décision. Ce délai nous paraît justifié par la nécessité de déployer la méthodologie évoquée, de mener à son terme la concertation locale et, le cas échéant, d'édicter un décret en Conseil d'Etat. Vous pourrez mettre à la charge de l'Etat une somme de 3000 euros au titre des frais irrépétibles. **Tel est le sens de nos conclusions.**