



Décision N° 2007-FO-01
du 23 avril 2007
concernant une procédure au fond pour violation du droit de la concurrence
mettant en cause la
S.A. Tanklux,
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le N° B7383,
établie à L-6688 Mertert-Port

Le Conseil de la concurrence ;

Vu la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence ;

Vu le rapport d'enquête de l'Inspection de la concurrence du 8 novembre 2006 ;

Vu les pièces du dossier ;

considérant ce qui suit :

Table des matières :

1. Procédure
2. Confidentialité
3. Questions de droit transitoire
 - 3.1. Compétence des autorités
 - 3.2. Droit applicable
 - 3.2.1. Droit national
 - 3.2.1.1. Le Conseil de la concurrence doit appliquer les dispositions de droit matériel et de sanction de loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives
 - 3.2.1.2. Le Conseil de la concurrence peut le cas échéant appliquer les dispositions de droit matériel et de sanction de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence

- 3.2.2. Droit communautaire
 - 3.2.2.1. Positionnement du problème : conflit entre droit national et droit communautaire
 - 3.2.2.2. Le Conseil de la concurrence doit apprécier les faits par rapport aux règles de droit matériel des articles 81 et 82 du traité CE
 - 3.2.2.3. Le Conseil de la concurrence ne peut pas appliquer les dispositions de sanction du droit communautaire dérivé
 - 3.2.2.4. Le Conseil de la concurrence ne peut pas appliquer aux violations du droit matériel communautaire les dispositions de sanction du droit national
- 4. Pratiques en cause
 - 4.1. Reproches formulés par la s. à r.l. ROCK Fernand Distributions
 - 4.2. Question additionnelle survenue en cours d'instruction
- 5. Parties en cause
 - 5.1. Le plaignant : la s. à r.l. ROCK Fernand Distributions
 - 5.2. L'entreprise visée : la S.A. TANKLUX
- 6. Description des marchés en cause
 - 6.1. Les produits pétroliers
 - 6.2. Le marché de la distribution de gasoil
 - 6.3. Le marché du stockage de produits pétroliers
 - 6.4. Le marché de l'approvisionnement des sites de stockage
- 7. Appréciations
 - 7.1. Marchés pertinents : définition et délimitation
 - 7.1.1. Le marché du stockage de produits pétroliers
 - 7.1.2. Le marché du transport de produits pétroliers
 - 7.2. Parts de marché et positions de force
 - 7.2.1. Le marché du stockage de produits pétroliers dans les installations portuaires de Mertert
 - 7.2.2. Le marché du transport de produits pétroliers par voie fluviale à destination de Mertert
 - 7.3. Epoque concernée
 - 7.3.1. Le marché du stockage de produits pétroliers dans les installations portuaires de Mertert
 - 7.3.2. Le marché du transport de produits pétroliers par voie fluviale à destination de Mertert
 - 7.4. Affectation du commerce intracommunautaire
 - 7.4.1. Le marché du stockage de produits pétroliers dans les installations portuaires de Mertert
 - 7.4.2. Le marché du transport de produits pétroliers par voie fluviale à destination de Mertert
 - 7.5. Fond
 - 7.5.1. Le marché du stockage de produits pétroliers dans les installations portuaires de Mertert
 - 7.5.1.1. Le refus d'accès/refus de contracter
 - 7.5.1.2. La théorie des facilités essentielles
 - 7.5.1.3. L'implication des sociétés pétrolières
 - 7.5.2. Le marché du transport de produits pétroliers par voie fluviale

1. Procédure

1. Par courrier du 6 août 2002, la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions s'était adressée au Ministre de l'Economie en reprochant à la S.A. TANKLUX de refuser de mettre à sa disposition, respectivement à disposition d'un groupement d'intérêt économique

regroupant des distributeurs indépendants de gasoil-chauffage, des capacités de stockage de ce produit dans les réservoirs de cette société dans le port de Mertert. Dans ce courrier, il était question d'une capacité de 1.000 m³. Ce courrier laissait sous-entendre que ce refus serait abusif, des capacités de stockage étant disponibles, et serait motivé par le souci de protéger les grandes compagnies pétrolières.

Après instruction sommaire préalable, le ministre de l'Economie a décidé en date du 17 octobre 2002 de solliciter l'avis de la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives sur base de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives.

La Commission des Pratiques Commerciales Restrictives a recueilli certains renseignements et exécuté un certain nombre de mesures d'instruction jusqu'à l'abrogation de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives par la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

2. Après l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 et la mise en place des nouveaux organes créés par suite de la nomination de leurs membres, le dernier Président de la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives a transmis en date du 7 décembre 2004 le dossier constitué par cette Commission au Conseil de la concurrence sur base de la disposition transitoire inscrite à l'article 33 de la loi du 17 mai 2004.

Le Conseil de la concurrence ayant constaté que l'instruction n'était pas achevée, a décidé en date du 25 janvier 2005 de transmettre le dossier à l'Inspection de la concurrence aux fins voulues et a procédé à cette transmission en date du 26 janvier 2005.

Par courrier du 20 novembre 2006, le rapporteur général de l'Inspection de la concurrence en fonctions à ce moment a saisi le Conseil de la concurrence du dossier en concluant dans un rapport dressé sur base de l'instruction telle que menée par ses services qu'aucune violation, ni de l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er} et de l'article 2 de la loi du 17 juin 1970, ni des articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté Européenne (ci-après le traité CE), n'était établie et qu'il proposait au Conseil de la concurrence de classer l'affaire.

2. Confidentialité

3. Au cours de l'enquête, l'Inspection de la concurrence a recueilli des renseignements auprès d'un certain nombre d'entreprises et organisations. Certaines des entreprises contactées, au moment de fournir les réponses aux questions qui leur étaient posées par l'Inspection de la concurrence, ont tiré profit des dispositions de l'article 24, paragraphes 2 et 3 de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence pour demander auprès du Président

du Conseil de la concurrence à ce que certains des renseignements délivrés soient couverts par la confidentialité et ne soient pas divulgués aux tiers.

Les données en question ont porté sur l'identité des contractants dans certains marchés, les conditions tarifaires et/ou contractuelles dans certains contrats relatifs au stockage et au transport des produits pétroliers et sur les capacités de stockage disponibles ou louées.

Les différentes demandes de confidentialité ont été accueillies favorablement sur une base provisoire par le Président, alors que d'une part les différentes entreprises ont motivé les raisons pour lesquelles ces informations constitueraient des secrets d'affaires ou des informations confidentielles et que d'autre part les conditions légales pour procéder au rejet des demandes de confidentialité, tenant à la nécessité de la procédure ou à l'exercice des droits des parties, ne peuvent pas être appréciées intégralement au début de la procédure lorsque les données sont communiquées par les entreprises.

En vue de l'adoption de la présente décision, un nombre limité d'informations ont été soustraites, de l'accord des entreprises concernées, du régime de la confidentialité au motif qu'elles étaient nécessaires à la procédure.

4. Par suite de l'application des règles relatives à la confidentialité, la présente décision est publiée dans une version non confidentielle à destination du public, de la partie plaignante et de l'entreprise visée. Les données confidentielles y sont occultées, respectivement remplacées par une description sommaire de la nature de l'information omise. La version confidentielle, reprenant l'intégralité des informations, est conservée dans les archives du Conseil de la concurrence.

3. Questions de droit transitoire

5. Le dossier actuellement soumis à l'appréciation du Conseil de la concurrence a été initié sous l'empire d'une loi ancienne, abrogée par la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence. L'article 32, paragraphe 1^{er} de cette loi dispose en effet que :

« [L]a loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives est abrogée ».

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a par ailleurs pris soin de prévoir une disposition transitoire en son article 33, paragraphe 1^{er} :

« [L]es affaires pendantes devant la Commission des Pratiques commerciales restrictives en vertu de loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives et non encore clôturées après l'entrée en vigueur de la présente loi seront traitées par le Conseil. Le Conseil appliquera aux affaires pendantes les règles de fond de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives et aura le pouvoir d'appliquer les articles 81 et 82 du Traité ».

Sur base de ces dispositions, il importe de déterminer les pouvoirs et compétences du Conseil de la concurrence par rapport aux différents textes normatifs régissant le droit de la concurrence.

3.1. Compétence des autorités

6. Sous l'empire de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives, la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives était appelée à émettre un avis à l'attention du ministre ayant dans ses attributions l'économie, qui détenait le pouvoir de décision. L'abrogation de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives par la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a eu pour effet de supprimer tant la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives en tant qu'organe que le pouvoir de décision propre du ministre ayant dans ses attributions l'économie.

En contrepartie, la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a institué l'Inspection de la concurrence en tant que service attaché au ministre ayant dans ses attributions l'économie, chargée d'effectuer des enquêtes dans le domaine du droit de la concurrence, et le Conseil de la concurrence, au statut d'autorité administrative indépendante, appelé à statuer sur l'existence d'une violation des dispositions pertinentes de la loi.

Sur base de ces modifications institutionnelles, la procédure a été suivie telle que décrite au point 1. Au stade actuel, le Conseil de la concurrence est appelé à prendre à l'égard de ce dossier soumis au régime de droit transitoire une décision en appliquant les dispositions légales pertinentes.

3.2. Droit applicable

3.2.1. Droit national

3.2.1.1. Le Conseil de la concurrence doit appliquer les dispositions de droit matériel et de sanction de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives

7. Au regard du droit national, il résulte de l'article 33, paragraphe 1^{ier}, 2^e phrase de la loi de 2004 que pour les affaires introduites devant la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, le Conseil de la concurrence, pourvu des pouvoirs de décision qui lui sont attribués en vertu de cette loi, applique les règles de fond prévues à la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives.

Dans le présent cas, le Conseil de la concurrence doit donc appliquer l'article 1^{er} de la loi de 1970 qui dispose que :

« [S]ont passibles des sanctions prévues par la présente loi:

- 1) tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui ont pour objet et pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché et qui sont de nature à porter atteinte à l'intérêt général;*
- 2) les activités d'une ou de plusieurs entreprises qui exploitent de façon abusive une position dominante sur le marché et qui portent atteinte à l'intérêt général ».*

Le Conseil de la concurrence doit de même avoir égard à l'article 2 de la loi de 1970 qui exempte de toute sanction :

« ... les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées:

- 1) qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire;*
- 2) dont les auteurs sont en mesure de justifier qu'ils contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en respectant les intérêts des utilisateurs ».*

Après application de ces dispositions de droit matériel aux faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, le Conseil de la concurrence peut prendre, en lieu et place du ministre ayant dans ses attributions l'économie, les mesures qui étaient prévues par l'article 7 de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives, qui lui laissent la faculté :

- « 1) de classer les affaires qui ne tombent pas sous les dispositions de l'article 1^{er}*
- 2) d'adresser aux parties intéressées des avertissements ou recommandations*
- 3) d'interdire totalement ou partiellement des mesures ou pratiques reconnues contraires à l'article 1^{er} et aux avertissements et recommandations données en vertu du numéro 2 ci-dessus »*

3.2.1.2. Le Conseil de la concurrence peut le cas échéant appliquer les dispositions de droit matériel et de sanction de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence

8. La disposition transitoire de l'article 33, paragraphe 1^{er}, 2^e phrase de la loi de 2004 soulève la question de savoir si le Conseil de la concurrence peut ou non appliquer aux affaires antérieurement introduites sous le régime de la loi de 1970 les dispositions nationales de fond issues des articles 3 à 5 de la loi de 2004. La rédaction du texte visé semble l'exclure, et le Conseil estime qu'il en est nécessairement ainsi pour les affaires qui se rapportent à des faits qui se sont produits intégralement sous l'empire de la loi de 1970. Cette solution se justifie par le souci de ne pas appliquer aux entreprises les dispositions de fond issues de la loi de 2004, objectivement plus sévères que celles issues

de la loi de 1970, tant en ce qui concerne les conditions d'existence de la violation de la loi que les sanctions encourues, à des faits commis à une époque à laquelle seule la loi de 1970 était d'application. Il s'agit en ce sens d'une application en droit administratif des principes connus en droit pénal de la non-rétroactivité de la loi sanctionnatrice et de la légalité des peines.

9. Le Conseil estime toutefois que la disposition légale visée ne résout pas explicitement le cas des faits qui ont commencé à se produire sous l'empire de la loi de 1970 et qui ont continué à être perpétrés ou à produire leurs effets sous l'empire de la loi de 2004. La justification énoncée ci-dessus ne permet en effet pas d'exclure ces faits de l'application de la loi nouvelle. Ces violations de la loi doivent être considérées comme étant des violations continues, qui sont constituées aussi longtemps que persiste la situation considérée. Une violation des dispositions légales relatives au droit de la concurrence peut en effet résulter non seulement d'un acte isolé, mais également d'une série d'actes ou bien encore d'un comportement continu¹. Par analogie aux principes régissant le droit pénal, il y a lieu d'appliquer la loi nouvelle plus sévère aux faits commis postérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi nouvelle².

Dès lors, le Conseil estime qu'il lui appartient de vérifier si les faits qui lui sont soumis ont été commis ou ont continué à être commis après l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence au 30 mai 2004 afin d'y appliquer le cas échéant les dispositions de droit matériel des articles 3 à 5 de cette loi. Celles-ci sont conçues comme suit :

« Art. 3. Interdiction des ententes

Les accords, décisions ou pratiques concertées interdits en vertu de dispositions du présent article sont nuls de plein droit.

Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché et notamment ceux qui consistent à:

- 1) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions;*
- 2) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;*
- 3) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;*
- 4) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;*
- 5) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.*

Art. 4. Exceptions à l'interdiction des ententes

¹ CJCE 7 janvier 2004, aff. C-204/00, Aalborg Portland, N° 258

² F. Desportes et F. Le Guehec, Droit pénal général, CorpusDroitPrivé, 8^e édition, 2001, N° 327 ; A. Spielmann et D. Spielmann, Droit pénal général luxembourgeois, Bruylant 2002, page 103 et suivants.

Les dispositions de l'article 3 ne s'appliquent pas:

- *aux accords ou catégorie d'accords entre entreprises,*
 - *aux décisions ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et*
 - *aux pratiques concertées ou catégorie de pratiques concertées*
- qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:*
- a) *imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs;*
 - b) *donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.*

Art. 5. Interdiction des abus de position dominante

Est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

- 1) *imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;*
- 2) *limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;*
- 3) *appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;*
- 4) *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.*

Si cet examen révèle que des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence constituent une violation de cette loi, le Conseil peut prendre les mesures et appliquer les mesures prévues par celle-ci aux articles 10 (constat et cessation), 12 (engagements), 18 (amendes) et 20 (astreintes).

3.2.2. Droit communautaire

10. Le droit communautaire primaire énonce dans l'article 3, paragraphe 1^{er}, point g du traité CE l'objectif de la sauvegarde du jeu de la concurrence et édicte dans les articles 81 et 82 du même traité les règles de concurrence de fond. Ces règles ont fait l'objet de dispositions d'application adoptées par les instances communautaires. Il importe d'examiner dans quelles mesures le droit communautaire primaire et le droit communautaire dérivé interviennent dans le cadre du présent dossier soumis au régime de droit transitoire national.

3.2.2.1. Positionnement du problème : conflit entre droit national et droit communautaire

11. Le Règlement (CE) N° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE a eu pour finalité d'ériger un système de compétences parallèles entre la Commission européenne et les autorités de concurrence nationales des Etats membres en conférant à ces dernières la compétence d'appliquer les articles 81 et 82 en leur intégralité, y inclus la compétence de se prononcer sur les exemptions par catégories qui relevaient antérieurement de la compétence exclusive de la Commission européenne.

Par ailleurs, le droit national et le droit communautaire peuvent avoir vocation à être appliqués simultanément, de façon cumulative, par une autorité nationale lorsqu'une pratique, produisant ses effets sur un marché national, est de nature à affecter aussi le commerce intra-communautaire.

Afin d'assurer une application cohérente du droit communautaire, le Règlement (CE) N° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE a prévu certains mécanismes de sauvegarde, dont l'article 3 qui règle les rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux.

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence pour sa part a pris pour option d'éviter tout conflit entre ces deux droits en disposant en son article 6, paragraphe 2 d'une règle de conflit de lois :

« Il (i.e. le Conseil de la concurrence) les (i.e. les articles 81 et 82 du traité CE) applique, à titre exclusif, lorsque le commerce est susceptible d'être affecté par une affaire qui lui est soumise. »

Cette disposition a pour effet, lorsque les agissements faisant l'objet d'une action de la part du Conseil de la concurrence sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, d'écarter l'application du droit de la concurrence national au profit du droit de la concurrence communautaire.

12. Cette disposition est toutefois inscrite dans le corps de la loi, traitant des missions, compétences et pouvoirs du Conseil par rapport aux affaires qu'il a directement en charge en vertu de cette loi. Elle se borne donc à régler le conflit entre le droit communautaire et le droit national tel qu'issu de cette loi de 2004.

Ni cette disposition, ni la disposition transitoire de l'article 33 ne règlent explicitement les rapports entre le droit communautaire et le droit national antérieur à l'entrée en vigueur de la loi de 2004 que le Conseil de la concurrence est appelé à appliquer en vertu de cette disposition transitoire de l'article 33.

Dans son rapport, l'Inspection de la concurrence a entrevu cette question de l'articulation entre les deux normes. Estimant que les articles 81 et 82 du traité CE devaient être considérés comme étant plus sévères que l'article 2 de la loi de 1970, mais que l'article 33, paragraphe 1^{er} de la loi de 2004 avait réservé la seule application de la loi la plus douce (article 1^{er} de la loi de 1970 au détriment des articles 3 à 5 de la loi de 2004), elle a considéré que l'article 33, paragraphe 1^{er} de la loi de 2004 était contradictoire en soi en ce qu'il permettrait l'application simultanée de l'article 1^{er} de la loi de 1970 et des articles 81 et 82 du traité CE en cas d'affectation du commerce intra-communautaire, mais que « tel ne semble cependant pas avoir été l'intention du législateur ». Elle n'en tire toutefois pas de conclusions juridiques au regard de l'articulation entre ces deux normes de fond.

Le Conseil estime toutefois nécessaire d'indiquer sa position à cet égard.

3.2.2.2. Le Conseil de la concurrence doit apprécier les faits par rapport aux règles de droit matériel des articles 81 et 82 du traité CE

13. Sous l'empire de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives, la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives et le Ministre de l'Economie ne pouvaient pas se référer aux dispositions de droit matériel du droit communautaire pour apprécier la légalité d'une pratique.

Par contre, l'article 6, paragraphe 2 de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence donne compétence au Conseil pour appliquer les articles 81 et 82 du traité CE, imposant par ailleurs l'obligation de les appliquer à titre exclusif lorsque le commerce est affecté par une pratique. L'article 6, paragraphe 2 de la loi de 2004 n'est toutefois applicable qu'aux faits qui se sont produits après l'entrée en vigueur de cette loi et en tout cas aux affaires initiées après l'entrée en vigueur de cette loi.

La disposition transitoire de l'article 33, paragraphe 1^{er} de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a encore pris soin d'étendre la compétence du Conseil pour appliquer les articles 81 et 82 du traité CE aux affaires soumises au régime de droit transitoire car introduites avant l'entrée en vigueur de la loi, et partant aux faits commis avant cette date. Le Conseil dispose donc actuellement d'un pouvoir inexistant auparavant dans le chef de la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives et du Ministre de l'Economie.

Ce pouvoir ne modifie en rien la situation juridique des entreprises. A cet égard, il faut en effet relever qu'en vertu des principes constitutionnel et de droit international public, les dispositions des articles 81 et 82 du traité CE constituent le droit positif applicable au Luxembourg depuis l'approbation dudit traité CE par la loi du 30 novembre 1957 portant approbation du traité instituant la Communauté Economique Européenne, de ses Annexes, Protocoles et Convention additionnels, signés à Rome, le 25 mars 1957, et à Bruxelles, le 17 avril 1957. A ce titre, elles s'imposent depuis l'entrée en vigueur de cette loi dans les relations sur les marchés et leur violation pouvait depuis cette époque être sanctionnée par les tribunaux, notamment par le biais de l'annulation des stipulations

contractuelles y contrevenant ou par le biais d'injonctions à cesser les agissements illégaux.

14. Il revient partant au Conseil de la concurrence d'examiner si les faits qui lui sont soumis, peu importe qu'ils aient été commis avant ou après l'entrée en vigueur de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, dès lors qu'ils constituent une restriction au jeu de la concurrence, comportent une affectation du commerce intra-communautaire, auquel cas il lui revient d'appliquer les articles 81 et 82 du traité CE, qui prévoient que

« Article 81.

1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à:

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;*
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;*
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;*
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;*
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.*

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,*
 - à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et*
 - à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées*
- qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,*
- b) donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.*

Article 82.

Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;*
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;*
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;*
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »*

15. Contrairement au régime nouveau découlant de l'article 6, paragraphe 2 de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, il ne s'agit toutefois pas d'une compétence exclusive du droit communautaire à régir les faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de 2004. Contrairement à l'article 6, paragraphe 2, l'article 33, paragraphe 1^{er}, 2^e phrase n'emploie en effet pas la locution « à titre exclusif » et prend au contraire soin d'énumérer dans une même phrase tant la loi de 1970 que les dispositions du traité CE. Dans le cadre du régime transitoire, le Conseil de la concurrence est donc appelé à faire application des dispositions de droit matériel issues à la fois de la loi de 1970 et du traité CE.

3.2.2.3. Le Conseil de la concurrence ne peut pas appliquer les dispositions de sanction du droit communautaire dérivé

16. Les dispositions du traité CE ne formulent pas les sanctions à prononcer à l'égard des entreprises en cas de violation de ses dispositions relatives au droit de la concurrence, si ce n'est l'annulation de droit des accords ou décisions interdits en vertu de l'article 81.

Par suite de la ratification du traité CE, le Règlement N° 17, Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité CE (actuellement articles 81 et 82 du traité CE), du 21 février 1962, a prévu les sanctions applicables aux entreprises responsables d'une violation de ces articles. Mais seule la Commission avait le pouvoir et la compétence pour faire application de ce Règlement. Si certaines autorités nationales avaient le cas échéant pouvoir et compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité CE, les sanctions à prononcer par elles devaient par ailleurs être prévues par un texte normatif national.

Or, tel n'était pas le cas au Luxembourg, puisqu'avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, aucune autorité luxembourgeoise, ni administrative, ni judiciaire, ne s'était vue conférer le pouvoir de prononcer des sanctions, administratives ou pénales, à l'encontre des entreprises qui auraient violé les dispositions de droit matériel du traité CE³.

³ Seule la loi modifiée du 2 septembre 1993 créant les conditions requises pour l'application 1. de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives, 2. du règlement n°17 du Conseil de la Communauté européenne du 6 février 1962, pris en exécution des articles 85 et 86 du traité de

3.2.2.4. Le Conseil de la concurrence ne peut pas appliquer aux violations du droit matériel communautaire les dispositions de sanction du droit national

17. Les dispositions de droit matériel des articles 81 et 82 du traité CE sont plus sévères que les dispositions des articles 1^{er} et 2 de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives. Il est donc possible qu'un seul et même fait doive être considéré comme étant illégal au regard des critères du droit communautaire, tandis qu'il échappe à l'application du droit de la concurrence national tel que régi par la loi de 1970. Le Conseil est dès lors amené à se pencher sur la question de savoir si un tel fait, qui ne peut se voir appliquer par lui les sanctions prévues par le droit communautaire dérivé, peut faire l'objet d'une des sanctions prévues par l'article 7 de la loi de 1970.

Or, le Conseil estime que tel ne peut être le cas. Appliquer à des faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de 2004 simultanément le droit matériel issu du droit communautaire, objectivement plus sévère que le droit matériel national issu de la loi de 1970, et les dispositions de sanction de ladite loi de 1970 reviendrait à heurter l'idée dérivée du droit pénal de la légalité des peines et des sanctions, que le Conseil estime devoir transposer à la matière du droit administratif économique.

Il en résulte que si le Conseil devait retenir que les faits soumis à son appréciation, antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, violent soit uniquement la loi de 1970, soit simultanément la loi de 1970 et le traité CE, il sera amené à appliquer les dispositions de sanction de la loi de 1970. Si par contre ils ne violent que les dispositions de fond du traité CE, le Conseil devra se borner à constater cet état de choses, sans pouvoir prononcer de sanction.

4. Pratiques en cause

4.1 Reproches formulés par la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions

18. La s.à r.l. ROCK Fernand Distributions explique qu'elle a contacté la S.A. TANKLUX, qui possède et gère les réservoirs installés dans le port fluvial de Mertert destinés à accueillir des produits pétroliers, pour lui demander la mise en location d'une certaine capacité dans ces réservoirs en vue du stockage d'une quantité de gasoil de chauffage qu'elle pourrait alors prendre en livraison dans ses propres stocks. Elle explique que de cette façon, elle n'aurait plus à payer les frais d'intermédiaires à une

Rome, 3. du règlement (CEE) n°4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, 4. du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE avait créé les mécanismes de coopération nécessaires pour permettre aux autorités luxembourgeoises de collaborer avec les autorités communautaires en vue de l'exécution des enquêtes menées notamment dans le cadre de l'application de ces dispositions du traité CE.

autre entreprise détenant une capacité de stockage auprès de laquelle elle serait obligée de s'approvisionner. Elle pourrait ainsi répercuter cette économie sur son prix de vente final de nature à faire profiter les consommateurs d'un prix plus faible.

Au fil des échanges de courrier, la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions a fait état de demandes de capacité variables (1^{er} juillet 2002 : 3.000 à 6.000 m³ ; 6 août 2002 : 1.000 m³ ; 17 octobre 2002 et 18 novembre 2002 : 2.000 à 3.000 m³). Lors d'une audition devant la CPR en date du 24 octobre 2002, elle a fait état de 2.000 m³.

La s.à r.l. ROCK Fernand Distributions explique qu'elle se serait cependant heurtée à un refus de la part de la S.A. TANKLUX, au motif que les réservoirs installés par cette société dans le port de Mertert seraient intégralement donnés en location, de sorte qu'aucune capacité ne serait disponible pour être donnée en location à la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions.

La s.à r.l. ROCK Fernand Distributions estime cependant que cette affirmation ne correspondrait pas à la vérité. Le refus qui lui est opposé ne trouverait pas de justification objective et ne serait motivée que par le souci de la S.A. TANKLUX de protéger les grandes compagnies pétrolières.

4.2 Question additionnelle survenue en cours d'instruction

19. Les réservoirs de la S.A. TANKLUX installés dans le port de Mertert peuvent être approvisionnés soit par la voie fluviale par barges fluviales, soit par la voie du rail par wagons-citernes, soit par la route par camions-citernes. Au cours de l'instruction, il est apparu que cet approvisionnement se faisait pour l'essentiel, sinon exclusivement, par la voie fluviale, et que cette modalité était prévue dans les contrats de location conclus par la S.A. TANKLUX avec les sociétés locatrices, ces contrats prévoyant au surplus dans certains cas la société qui devait être chargée de ces transports fluviaux.

L'Inspection de la concurrence a alors dirigé son instruction vers la compatibilité d'une telle pratique avec les règles issues du droit de la concurrence.

5. Parties en cause

5.1 Le plaignant : la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions

20. Le plaignant, la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions, est une société à responsabilité limitée constituée en 1991 avec comme objet social *« l'import et l'export, le commerce de mazout, de combustible et d'huile, ainsi que toutes opérations industrielles,*

commerciales ou financières, mobilières ou immobilières, se rattachant directement ou indirectement à son objet social ou qui sont de nature à en faciliter l'extension ou le développement ». Cette société est représentée dans les actes de la vie sociale ainsi que dans le cadre de la présente procédure par son gérant, M. Fernand ROCK.

Lors des premiers contacts, il avait été question de ce que soit la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions, soit M. Fernand ROCK, représente un groupement d'intérêt économique, dénommé Onofhändig Mazouthändler Letzebuerg (OML), regroupant des distributeurs indépendants de mazout de chauffage. La réalité de la constitution d'un tel groupement d'intérêt économique n'ayant pas été établie au cours de l'instruction, le Conseil en fera abstraction.

21. Les doléances telles qu'avancées par la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions se rapportent à son activité de distributeur au détail de mazout de chauffage aux utilisateurs finaux. L'instruction n'a pas révélé que les faits de l'espèce puissent être de nature à l'affecter dans une des autres activités autorisées dans son chef au titre de son objet social. Pour autant que les faits sous examen concernent la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions, ils ne sont partant considérés qu'en rapport avec son activité de distributeur au détail de mazout de chauffage.

Le détail et le volume des activités de la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions n'ont pas fait l'objet d'une investigation approfondie. On peut toutefois retenir que cette activité consiste pour la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions à entretenir un parc roulant de un ou plusieurs camions-citernes, qu'elle fait remplir au fur et à mesure des besoins, le cas échéant au jour le jour ou à intervalles encore plus rapprochés, à partir de grands réservoirs servant à stocker le produit en question afin de revendre le produit en question à des utilisateurs finaux. La s.à r.l. ROCK Fernand Distributions ne dispose toutefois pas de tels réservoirs, et doit donc s'approvisionner auprès d'autres entreprises gérant de telles capacités de stockage.

5.2 L'entreprise visée : la S.A. TANKLUX

22. La S.A. TANKLUX est une société anonyme de droit luxembourgeois dont le capital social est détenu par Romain Bollaert (100 actions), Julien Bollaert (85 actions), Lucien Bollaert (100 actions) et Maria Oom (15 actions). Son activité consiste au moins à assurer le transbordement et le stockage de produits pétroliers dans des installations de stockage situées dans le port fluvial de Mertert.

23. La mise en service et l'exploitation d'une telle infrastructure de stockage de produits pétroliers relève de la loi du 10 juin 1999 relative aux établissements classés. S'agissant de produits inflammables, ils sont inscrits au point 224 du règlement grand-ducal du 16 juillet 1999 portant nomenclature et classification des établissements classés. En fonction du produit visé (ceux-ci étant différenciés en fonction du point d'éclair, une rubrique

spéciale étant consacrée au gasoil) et de la capacité de stockage, ces infrastructures relèvent alternativement de l'une des 4 classes définies à l'article 4 de la loi.

24. L'existence d'une telle infrastructure de stockage s'inscrit dans le cadre des obligations internationales en termes de quantités de produits pétroliers stockés auxquelles est tenue le Luxembourg. Ces obligations découlent de la directive du 20 décembre 1968 du Conseil des Communautés Européennes modifiée par la directive du 19 décembre 1972 du Conseil des Communautés Européennes, qui font obligation aux Etats-membres de la CEE de maintenir un niveau minimum de 90 jours de stocks de pétrole brut et/ou de produits pétroliers. La mise en œuvre de ces obligations par les entreprises concernées est assurée à travers les dispositions du règlement grand-ducal du 31 octobre 1973 relatif aux obligations de stockage de produits pétroliers. Ce règlement grand-ducal impose à toutes les entreprises importatrices de pétrole brut et/ou de produits pétroliers l'obligation de détenir, pour chacune des trois catégories de produits y définies, un stock correspondant à la consommation d'au moins 90 jours de leurs livraisons journalières moyennes faites à la consommation intérieure pendant l'année civile précédente (article 5). Sous certaines conditions, des stocks peuvent être établis à l'étranger (article 8), mais une certaine quantité minimale doit toujours être stockée sur le territoire national (article 9). La violation des dispositions de ce règlement grand-ducal est passible de peines pénales. La gestion des données nécessaires à l'application de ce règlement est confiée à l'Office Commercial du Ravitaillement (OCRA), qui constitue un service auprès du ministre ayant dans ses attributions l'énergie.

Il est apparu au cours de l'instruction, information qui est par ailleurs du domaine public, que les capacités de stockage disponibles sur le territoire luxembourgeois sont insuffisantes pour permettre aux entreprises assujetties aux obligations découlant du règlement précité de 1973 de remplir directement leurs obligations. Elles prennent ainsi largement recours aux possibilités de détenir des stocks à l'étranger. Par ailleurs, la S.A. TANKLUX semble avoir introduit depuis 2002 une demande d'extension de ses capacités de stockage dans le port de Mertert.

25. Les installations de stockage auxquelles veut pouvoir accéder la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions sont situées sur le domaine du port fluvial de Mertert. Il va résulter des développements qui suivent que ces installations occupent une place particulière sur le marché du stockage de produits pétroliers. Il importe donc de retracer brièvement le cadre juridique dans lequel évoluent ces installations.

L'administration et l'exploitation du port de Mertert sont confiés par voie législative à une S.A. Société du Port de Mertert en vertu d'une concession d'une durée de 99 années courant du 4 août 1963 au 3 août 2062 accordée par une loi du 22 juillet 1963 relative à l'aménagement et à l'exploitation d'un port fluvial sur la Moselle, confirmée par la loi du 31 mars 2000 concernant l'administration et l'exploitation du Port de Mertert.

En vertu de cette concession, ladite société administre et exploite le port de Mertert avec ses dépendances et raccordements aux réseaux routier et ferroviaire selon les méthodes

industrielles et commerciales. Dans ce cadre, elle est autorisée à conclure des contrats de sous-concession et de location.

Sur base de cette législation a été adopté un règlement grand-ducal du 11 mars 1997 portant règlement de police du Port de Mertert et de ses dépendances. Ce règlement de police contient un certain nombre de dispositions propres aux transports de produits pétroliers et au quai pétrolier (notamment aux articles 8, 13, alinéa 3, 24 et 29). Il en résulte que l'acheminement des produits pétroliers est réglementé d'une part par la réglementation applicable à la navigation sur la Moselle (arrêté grand-ducal du 13 avril 1978 portant publication du règlement pour le transport de matières dangereuses sur la Moselle, successivement remplacé par un arrêté grand-ducal du 18 mai 1995, puis un arrêté grand-ducal du 8 novembre 2002) et d'autre part par une convention à conclure entre la S.A. Société du Port de Mertert et l'exploitant du quai pétrolier. Le Conseil admet que ce dernier est actuellement la S.A. TANKLUX, qui exploite donc sur cette base les réservoirs en question. Elle a introduit depuis 2002 une demande d'extension de ses capacités de stockage dans le port de Mertert.

6. Description des marchés en cause⁴

26. Dans son rapport du 8 novembre 2006, l'Inspection de la concurrence estime que dans la mesure où l'instruction n'aurait pas permis de relever des faits susceptibles de recevoir une quelconque qualification au regard du droit de la concurrence, il ne serait pas nécessaire de procéder à une définition très précise du marché (des produits/services et géographique) en cause. Le Conseil estime toutefois qu'il importe d'être fixé en premier lieu sur le marché concerné en termes économiques avant de pouvoir décider si les comportements y relevés dénotent une violation de la loi. Cette définition du marché est encore nécessaire pour pouvoir apprécier le cas échéant si les comportements incriminés sont de nature à affecter le commerce intra-communautaire.

27. Les éléments avancés dans les points précédents permettent de distinguer plusieurs marchés touchés par la présente affaire. Une distinction doit par ailleurs être faite entre différents produits pétroliers.

⁴ Le Conseil souligne que les éléments factuels développés ci-dessous sont déduits de l'instruction menée par l'Inspection de la concurrence. Le Conseil note toutefois que cette instruction aurait pu être poussée plus en avant. Elle s'est notamment limitée à prendre des renseignements auprès de l'OCRA, de la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions, de la S.A. TANKLUX, de l'a.s.b.l. Groupement pétrolier (association de défense des intérêts professionnels des membres de l'industrie et du commerce du pétrole) et des compagnies pétrolières regroupées au sein de cette a.s.b.l. L'instruction a notamment ignoré l'intégralité des distributeurs indépendants, ainsi que les entreprises disposant de faibles capacités de stockage qui ne sont pas membres du Groupement pétrolier, mais dont l'existence s'est révélée au cours de l'instruction. Le Conseil se doit finalement de soulever que les questions posées dans le cadre des demandes de renseignement n'ont pas toujours été entièrement pertinentes, ce qui oblige à effectuer des recoupements pour dégager les informations requises à une bonne compréhension du dossier.

6.1. Les produits pétroliers

28. En raison de leur caractère sensible, les produits pétroliers font l'objet d'une réglementation importante à de nombreux égards. De ces législations résultent différentes subdivisions qui se superposent en fonction du cadre légal considéré.

Tel qu'il a été relevé ci-dessus, la législation relative aux établissements classés, axée sur l'inflammabilité des produits, fait une distinction en fonction du point d'éclair :

- les produits à point d'éclair inférieur ou égal à 21 °C comprennent p.ex. l'oxyde d'éthyle, l'éther sulfurique, le sulfure de carbone, les essences pour moteurs, les acétones, le benzène, l'acétate de vinyle, le chlorure d'éthylène, le formiate de méthyle, le toluène, l'oxyde d'éthylène et d'autres liquides analogues
- les produits à point d'éclair compris entre 21 °C et 55 °C comprennent p.ex. le pétrole, l'essence de résine, l'essence de térébenthine, le White spirit, l'acétate d'amyle, l'acétate de butyle, les alcools butyliques et amyliques, les dicétones-alcool, le xylène, le cyclo-hexanone et d'autres liquides analogues
- les produits à point d'éclair supérieur à 55 °C comprennent notamment l'acétate de cyclohexyle et l'alcool benzylique, les huiles, les fuels et autres liquides analogues ainsi que le gasoil

Sur base de la loi du 21 juin 1976 relative à la lutte contre la pollution de l'atmosphère, un certain nombre de règlements sont intervenus pour fixer des valeurs limites à différents composants que peuvent contenir certains produits pétroliers. Dans le cadre de la présente affaire, il faut relever plus particulièrement le règlement grand-ducal modifié du 21 février 2000 concernant la teneur en soufre de certains combustibles liquides et le règlement grand-ducal modifié du 21 février 2000 concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel.

Le règlement grand-ducal précité du 31 octobre 1973 relatif aux obligations de stockage de produits pétroliers a un champ d'application plus restreint. Il est limité aux produits d'un intérêt stratégique pour l'approvisionnement énergétique de l'Europe et du pays, et distingue parmi ces produits trois catégories différentes, auxquels sont associés des obligations distinctes :

- 1^{ère} catégorie: les essences auto et les carburants pour avion (essence avion, carburéacteur de type essence)
- 2^{ème} catégorie: les gasoils, les diesel-oils, le fuel-oil léger, le pétrole tracteur, le pétrole lampant et le carburéacteur de type kérozène
- 3^{ème} catégorie: les fuel-oils résiduels.

29. Il existe d'importants besoins pour les carburants tous types pour avions, mais il appert des éléments du dossier qu'ils sont essentiellement stockés à l'aéroport de

Luxembourg. Etant destinés aux avions, ils ne sont pas à considérer dans le cadre du dossier sous examen.

Les diesel-oils, le fuel-oil léger, le pétrole tracteur, le pétrole lampant et les fuel-oils résiduels n'ont pas spécialement été mentionnés par les différentes entreprises contactées lors de l'enquête. Le Conseil en déduit qu'ils ne font pas l'objet d'une consommation importante et/ou n'ont pas besoin de capacités de stockage particulières. Ces produits ne sont donc pas non plus considérés par la suite.

30. D'importants besoins en termes de consommation interne et partant de capacités de stockage existent en ce qui concerne les essences auto et les gasoils.

En ce qui concerne les gasoils, aucune distinction formelle n'a été faite au début de l'enquête. Ce n'est qu'à la fin de l'instruction qu'il est apparu qu'il convenait de faire une distinction entre le gasoil destiné au chauffage et le gasoil utilisé comme carburant, la différence entre les deux se situant au niveau de la teneur admise en soufre (taux de 0,2 %, soit 2.000 ppm, maximum autorisé pour le gasoil de chauffage par le règlement grand-ducal du 21 février 2000 concernant la teneur en soufre de certains combustibles liquides ; taux limité progressivement à 500 ppm en 1996, puis à 350 ppm en 2000 par règlement grand-ducal du 21 février 2000 concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel, puis à 50 ppm à partir de décembre 2001 dans les faits par voie d'une mesure fiscale destinée à renchérir le gasoil à forte teneur en soufre pour le gasoil-carburant). Il résulte clairement des renseignements recueillis que les deux sortes de gasoils doivent être stockées séparément, pour éviter une contamination du gasoil à basse teneur en soufre par le gasoil à forte teneur en soufre.

Bien que cette distinction ne soit pas spécialement abordée dans le dossier, les essences auto peuvent être distinguées selon leur indice d'octane.

Il semble qu'une même installation de stockage puisse servir alternativement pour les différentes sortes d'essences et de gasoils, sous réserve le cas échéant d'un nettoyage des cuves lors du passage d'un produit à un autre.

Les capacités de stockage à Mertert gérées par la S.A. TANKLUX et auxquelles la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions entend avoir un accès servent au stockage aussi bien des essences que des gasoils des deux catégories.

6.2. Le marché de la distribution de gasoil

31. Tel qu'il a été relevé ci-dessus, le gasoil doit être divisé en deux catégories en fonction de l'usage (chauffage ou circulation routière) auquel il est destiné. D'un point de vue de la composition chimique, cette distinction se fait en fonction de la teneur en soufre, ce qui fait que les deux produits doivent actuellement être stockés séparément. Cette séparation est toutefois de date récente, un courrier de l'administration des Douanes

et accises adressé à la CPCR en date du 22 juillet 2003 mentionnant encore expressément que le gasoil-chauffage ne fait pas l'objet d'un stockage séparé. Il résulte encore de ce courrier que les deux produits font l'objet d'un traitement fiscal différent.

Quant à leur utilisation, les deux produits satisfont des besoins entièrement différents. Le gasoil routier sert à alimenter les moteurs de machines de toutes sortes (voitures, camions, engins de chantier, ...), tandis que le gasoil de chauffage sert à alimenter les chaudières des habitations et d'autres immeubles.

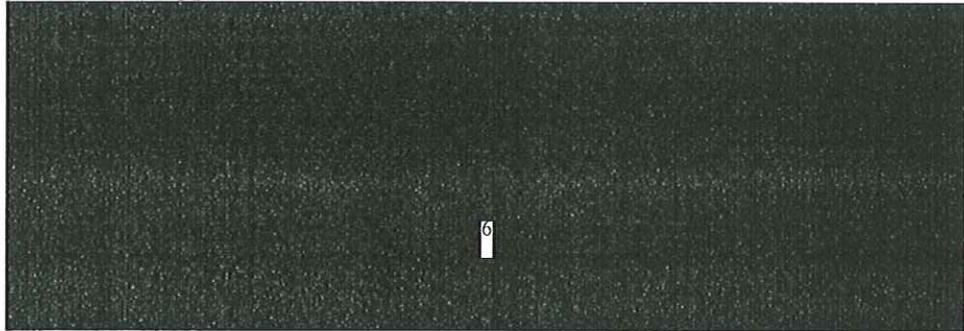
Il en résulte que les réseaux de distribution sont de même entièrement différents. Le gasoil routier est pour l'essentiel distribué à travers les stations-service aux véhicules mobiles qui en ont le besoin direct. Seuls certains grands comptes s'approvisionnent directement par camions-citernes auprès des grands entrepôts pour ravitailler leurs parcs roulants par ce biais. Le gasoil de chauffage par contre est livré par l'intermédiaire de distributeurs autorisés mettant en œuvre des camions-citernes auprès des consommateurs dans leurs immeubles afin d'y alimenter les installations de chauffage.

Compte tenu des différences intrinsèques entre les deux produits et leurs circuits de distribution et compte tenu du fait que la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions a toujours circonscrit ses démarches au seul marché de la distribution de gasoil de chauffage, seul ce dernier est à considérer dans le cadre de la présente affaire.

32. La vente et la distribution du gasoil de chauffage sont assurées par deux catégories d'entreprises.

Il y a d'une part les grands groupes pétroliers internationaux, y compris leurs filiales et succursales. Cette catégorie comporte trois sous-groupes :

- les entreprises qui disposent de leurs propres capacités de stockage et peuvent s'y approvisionner directement.



[CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES
ET DETAIL DE LEURS CAPACITES DE STOCKAGE]

⁵ Ce groupe comprend actuellement la S.A. Total Luxembourg et la S.A. Total Products & Services. Les réponses aux questions ont été fournies par ces deux sociétés en commun, de sorte qu'elles sont également traitées en commun dans la présente décision. Les pièces versées dans ce cadre se réfèrent encore à une S.A. Fina Road Service Luxembourg et une S.A. TotalFinaElf, dont il faut admettre qu'elles sont à inclure dans le groupe Total.



- les entreprises qui ont pris en location d'importantes capacités de stockage dans lesquelles elles s'approvisionnent directement.

[REDACTED]
[CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES ET DETAIL DES CAPACITES DE STOCKAGE LOUEES]

- les entreprises qui ne disposent d'aucune capacité de stockage, ni en propre, ni en location, et s'approvisionnent par voie de conséquence auprès d'autres compagnies pétrolières, qui détiennent leurs propres capacités de stockage ou ont accès à des capacités de stockage prises en location auprès d'autres entreprises.

[REDACTED]
[CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES]

Il y a d'autre part les distributeurs indépendants des grands groupes pétroliers internationaux. Ceux-ci peuvent être subdivisés en deux sous-groupes :

- les entreprises qui disposent de leurs propres capacités de stockage.

[REDACTED]
[CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES]

- l'ensemble des distributeurs qui ne détiennent aucune capacité de stockage, ni en propre, ni en location, et qui doivent par voie de conséquence s'approvisionner auprès d'une des entreprises disposant de stocks destinés à la vente au public.

[REDACTED]
[CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES]

33. Le marché de la distribution de gasoil est caractérisé par d'importantes relations commerciales entre les différents intervenants portant sur la vente/l'achat de gasoil. Ces transactions se dénouent en règle générale par un prélèvement effectué par le client dans les entrepôts du vendeur. Les renseignements recueillis au dossier révèlent les relations commerciales suivantes :

[REDACTED]

Tableau 1 : Relations contractuelles de vente/achat de produits pétroliers
 [CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES]

Vendeur	Acheteur		
	Compagnies pétrolières	Distributeurs de produits pétroliers	Clients directs

Ces données ne sont que partielles, et n'englobent notamment pas tous les revendeurs, tel que la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions, qui s'approvisionnent auprès des compagnies pétrolières pour faire la revente de produits pétroliers.

6.3. Le marché du stockage de produits pétroliers

34. Le règlement grand-ducal du 31 octobre 1973 relatif aux obligations de stockage de produits pétroliers à charge des entreprises impose aux importateurs de produits pétroliers l'obligation de détenir sur le territoire national des capacités de stockage de produits pétroliers. La capacité de stockage requise est déterminée séparément d'une part pour chaque entreprise concernée et d'autre part pour chaque catégorie de produit pétrolier définie audit règlement grand-ducal.

D'après les informations recueillies auprès de l'OCRA au mois de juin 2005, huit entreprises sont soumises à ce titre à des obligations en ce qui concerne l'essence (S.A. Aral, de la S.A. B.P., de la S.A. Esso Luxembourg, de la S.A. Kuwait Petroleum, de la société ConocoPhillipsJet, de la S.A. Shell, de la S.A. Texaco, du groupe Total), tandis que dix entreprises tombent sous le coup dudit règlement grand-ducal en ce qui concerne les gasoils (les huit entreprises précitées ainsi que la S.A. Hoffmann-Neu Combustibles et de la S.A. Reiff Masutt).

35. Il résulte d'autre part des explications faites au point 6.2. que le marché de la distribution de produits pétroliers, et plus spécialement le marché de la distribution de gasoil de chauffage, comporte en amont un marché de stockage de ces produits.

La première possibilité pour les entreprises de distribution de produits pétroliers de stocker les produits destinés à la vente publique consiste à ériger et à gérer leurs propres capacités de réservoirs. Les capacités existantes dans ce cadre s'établissent comme suit en 2005⁸ :

Tableau 2 : Capacités de stockage détenues en propre par les entreprises pétrolières⁹
[CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES ET DE LEURS CAPACITES DE STOCKAGE]

	Gasoil	Essence
Capacités totales	91.350 m ³	44.087 m ³

36. Par rapport aux données figurant dans ce tableau, le Conseil doit préciser que les questions posées au cours de l'instruction par l'Inspection de la concurrence ont porté sur les volumes stockés par les différentes entreprises, et non pas sur leurs capacités de stockage.

⁸ Certains documents indiquent les quantités en tonnes métriques. Afin d'aligner ces données sur l'unité de mesure employée par ailleurs qui est le m³, il faut les convertir en tenant compte du coefficient de densité des différents produits : 1 m³ de gasoil = 0,85 TM, 1 m³ d'essence = 0,755 TM.

⁹ [Redacted]

En réponse à ces questions, certaines entreprises ont fourni, à côté de l'indication de leurs stocks physiques, également leurs capacités de stockage. Ces chiffres sont repris dans ce tableau.

D'autres entreprises se sont limitées à répondre clairement à la question étroite qui leur était posée. Pour ces entreprises, les seules réponses certaines portent ainsi sur les stocks physiques, à l'exclusion des capacités de stockage. Toutefois, en recoupant un certain nombre d'informations, le Conseil a dégagé les chiffres figurant dans le tableau ci-dessus.

[REDACTED]

¹⁰. [CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES ET DE LEURS CAPACITES DE STOCKAGE]

[REDACTED]

¹¹. [CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES ET DE LEURS CAPACITES DE STOCKAGE]

Les données chiffrées du tableau N° 2 ci-dessus ne reflètent donc pas une rigueur scientifique parfaite, mais elles sont fournies pour donner un aperçu sur la taille du marché.

37. Il faut encore relever que ces capacités ne sont pas toutes utilisées intégralement par les entreprises qui les détiennent en propre. D'après les données du dossier, [REDACTED] [CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES] donnent une partie de leurs capacités situées à Bertrange en location à d'autres entreprises soumises à des obligations de stockage sur le territoire national. Les contrats afférents, dénommés « throughput agreement » ou « contrat de passage », s'établissent au dernier état comme suit :

¹⁰ [REDACTED]

¹¹ [REDACTED]

Toutefois, le chiffre de 5.400 figurant au dossier a comme unité de valeur la tonne métrique, et représente partant 7.152 m³.

Par ailleurs, la capacité de 2.941 m³ n'est pas détenue par la S.A. Total en propre, mais est prise en location auprès de la S.A. Shell et sera reprise ci-après au tableau N° 3.

Tableau 3 : Capacités de stockage données en location par des entreprises pétrolières à d'autres entreprises pétrolières
[CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES ET DE LEURS CAPACITES DE STOCKAGE]

Bailleur	Locataire	Capacité louée	
		Gasoil	Essence
Total		6.471 m ³	8.285 m ³

38. La seconde infrastructure offerte aux entreprises distributrices de pétrole consiste en des capacités de stockage érigées et gérées par des entreprises tierces.

[CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES ET DE LEURS CAPACITES DE STOCKAGE]

Dès lors, une seule entreprise non-soumise à des obligations de stockage en vertu de la réglementation applicable à cet égard est actuellement active sur le marché du stockage de produits pétroliers, à savoir la S.A. TANKLUX, qui dispose des réservoirs installés dans le port fluvial de Mertert. Ces réservoirs servent au stockage à la fois des gasoils et des essences.

39. Les données chiffrées recueillies au dossier portent sur deux aspects différents.

Une première série d'informations porte sur les capacités de stockage physiques réellement disponibles. En fonction de la source et de la date, ces données varient :

Tableau 4 : Capacités de stockage détenues par la S.A. TANKLUX

origine et date de l'information	Gasois	Essences	Total
Tanklux à l'OCRA le 19.3.2002	54.000 m ³	24.000 m ³	78.000 m ³
Douanes et accises le 2.7.2003 à la CPR	36.500 m ³		
Tanklux le 16.10.2003 à la CPR	36.486 m ³	24.404 m ³	60.890 m ³
Tanklux le 30.11.2004 à l'OCRA	33.900 m ³	27.900 m ³	61.800 m ³
Tanklux le 20.5.2005 à l'Inspection de la concurrence	36.522 m ³	24.956 m ³	61.478 m ³

Ces chiffres appellent les remarques suivantes :

- le chiffre de 54.000 m³ fourni par la S.A. TANKLUX en date du 19 mars 2002 concernant ses capacités de stockage de gasoils est manifestement erroné. Il en est fait abstraction
- dans les données fournies par la S.A. TANKLUX en date du 16 octobre 2003 figurait une capacité de 50 m³ au titre d'une cuve servant de séparateur d'huiles. Ne s'agissant pas d'une capacité de stockage pour produits destinés à la vente directe, il en est fait abstraction

- les capacités indiquées pour chacun des deux produits varient selon la date et la source, ce qui pourrait s'expliquer par la substituabilité des cuves pour le stockage de l'un ou de l'autre produit. Toutefois, les totaux des capacités varient également selon la date à laquelle la S.A. TANKLUX a fourni les données, entraînant une différence de 910 m³ entre les deux chiffres extrêmes. L'origine de ces différences n'a pas été éclaircie au cours de l'instruction

Une deuxième série d'informations porte sur les capacités de stockage données en location. Là encore, les chiffres varient en fonction de la provenance et de la date de l'information.

données extrapolées des contrats versés au dossier (65.200 m³)¹², qui pour leur part correspondent exactement au chiffre indiqué par l'OCRA le 20 juin 2005

- en ce qui concerne la répartition des capacités de stockage entre celles qui sont dédiées au gasoil et celles qui sont dédiées aux essences, on constate une concordance entre les chiffres donnés par la S.A. TANKLUX en date du 21 novembre 2003 et ceux donnés par la S.A. TANKLUX en date du 20 mai 2005 pour l'état au 31 décembre 2003 (39.000/24.800). Il existe toutefois une différence notable entre les chiffres fournis par la S.A. TANKLUX pour les dates des 1^{er} juillet 2004, 31 décembre 2004 et 13 mai 2005 (40.500/24.800) et les chiffres extrapolés des contrats (38.200/27.000). Cette différence peut s'expliquer par la substituabilité des cuves pour le stockage de l'un et de l'autre produit.

La juxtaposition des deux tableaux donne lieu aux constats suivants :

- à toutes les époques pour lesquelles des chiffres sont disponibles de façon à rendre possible une comparaison, les capacités totales données en location dépassent les capacités physiques réellement disponibles dans les proportions suivantes :
 - 63.800 m³ / 60.890 m³ en octobre/novembre 2003, soit une différence de 2.910 m³, soit un dépassement de 4,78 % du volume disponible
 - 61.800 m³ / 65.300 m³ en novembre/décembre 2004, soit une différence de 3.500 m³, soit un dépassement de 5,36 % du volume disponible
 - 61.478 m³ / 65.300 m³ en mai 2005, soit une différence de 3.822 m³, soit un dépassement de 5,85 % du volume disponible
- en considérant séparément les deux sortes de produits à ces trois dates, on relève que les capacités de gasoil données en location dépassent les capacités réellement disponibles aux trois dates dans les proportions suivantes¹³ :
 - 39.000 m³ / 36.486 m³ en octobre/novembre 2003, soit une différence de 2.514 m³, soit un dépassement de 6,89 % du volume disponible
 - 40.500 m³ / 33.900 m³ en novembre/décembre 2004, soit une différence de 6.600 m³, soit un dépassement de 19,47 % du volume disponible
 - 40.500 m³ / 36.522 m³ en mai 2005, soit une différence de 3.978 m³, soit un dépassement de 10,89 % du volume disponible

Il est expliqué au dossier que ces dépassements sont rendus possibles par le fait d'une part que les produits pétroliers sont soumis à un important flux, les prélèvements se faisant au quotidien, et d'autre part que des différents locataires n'exploitent pas toujours entièrement les capacités qui sont à leur disposition.

¹² Dans son rapport, l'Inspection de la concurrence a émarginé au titre de ce dernier chiffre la valeur de 64.300 m³ seulement. En relevant une différence de 1.000 m³ par rapport aux données fournies par la S.A. TANKLUX, elle suppose que soit les contrats de location fournis étaient incomplets, soit que le chiffre relatif à la capacité totale louée était inexact. Il résulte toutefois de l'examen des pièces du dossier qu'aucune de ces deux suppositions n'est corroborée.

¹³ Pour les essences, les capacités données en location ne dépassent les capacités réelles qu'en octobre/novembre 2003. Aux deux autres époques de référence, les capacités disponibles dépassent les capacités données en location.

40. Il faut encore relever que souvent, une même installation de stockage, c'est-à-dire un même réservoir, est utilisé pour le stockage des produits de plusieurs entreprises. Ceci est vrai aussi bien pour les cuves de la S.A. TANKLUX que pour celles des compagnies pétrolières. Cette pratique s'explique d'un point du droit civil par la qualité de chose de genre des produits pétroliers appartenant à une même catégorie : un m³ de gasoil, dès lors qu'il présente les mêmes caractéristiques au regard de la réglementation applicable, ne peut pas être individualisé et n'a pas besoin d'être individualisé. Cette pratique revient en outre à ce que régulièrement, une entreprise puise dans les stocks d'une autre entreprise lorsque son stock est épuisé, à charge pour elle de compléter par la suite le dépôt. Le mélange de produits appartenant à plusieurs entreprises requiert toutefois une comptabilisation rigoureuse des entrées et sorties imputables aux différentes entreprises. Cette comptabilisation est effectuée par le gestionnaire des capacités, c'est-à-dire en pratique à l'heure actuelle par leurs propriétaires, sauf aux autres entreprises à avoir un droit de regard sur ces chiffres.

6.4. Le marché de l'approvisionnement des sites de stockage

41. Le contenu des cuves de stockage des produits pétroliers est constamment entamé par les prélèvements opérés par les différents vendeurs et revendeurs. Ces prélèvements sont faits par les entreprises entretenant un réseau de stations-service en ce qui concerne les essences et le gasoil routier, ainsi que directement par certains grands clients pour le gasoil routier. Ils sont faits par les revendeurs de gasoil de chauffage, qu'ils disposent de stocks en propre et y puisent leurs besoins quotidiens, ou qu'ils achètent les produits auprès d'une des entreprises détenant un stock. Les cuves de stockage doivent donc être régulièrement réapprovisionnées.

En fonction du lieu de localisation des cuves, différents moyens de transports peuvent être mis en œuvre pour procéder à ce réapprovisionnement¹⁴ :

1) en théorie, tous les sites peuvent être réapprovisionnés par la route. Toutefois, seul le site de Marnach [REDACTED] est entièrement desservi par ce mode de transport¹⁵, tandis qu'une des entreprises disposant de cuves à Bertrange recourt pour partie pour ce site à ce mode de transport [REDACTED]. [CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES]

2) les cuves situées à Bertrange [REDACTED], à Hollerich [REDACTED], à Leudelage [REDACTED] et à Dippach [REDACTED] sont réapprovisionnées par rail. [CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES]

¹⁴ Aucune information ne figure au dossier concernant l'approvisionnement des capacités de stockage dont dispose la S.A. Hoffmann-Neu à Mertert, de telle sorte qu'il ne peut pas être déterminé par quel procédé elles sont approvisionnées. Compte tenu de l'ampleur limitée de ces capacités de stockage par rapport à celles existant par ailleurs, l'absence de cette information n'entame cependant pas la validité du raisonnement.

¹⁵ [REDACTED] [CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES]

3) les cuves de la S.A. TANKLUX à Mertert [REDACTED] peuvent être desservies par route, train ou barge fluviale, mais l'approvisionnement se fait exclusivement par barges fluviales. [CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES]

42. Les éléments du dossier donnent quelques indications relatives aux moyens mis en œuvre par les différents locataires de la S.A. TANKLUX pour réapprovisionner le site de Mertert :

- le contrat conclu en date du 19 décembre 1984 entre la S.A. TANKLUX et la S.A. Kuwait Petroleum ne contient pas de stipulation afférente à ce point. Toutefois, il résulte des pièces du dossier (notamment de trois factures datées des 9 mai, 29 juin et 3 août 2005) que les transports fluviaux en provenance de Rotterdam et de Vlissingen sont assurés par la société Naviglobe N.V.
- la convention conclue en date du 16 octobre 1995 entre la S.A. TANKLUX et la S.A. SECA concernant la location d'une capacité de stockage opérationnelle pour essences stipule en son article 3.1. que « *les produits destinés à être stockés dans le dépôt de Mertert de TANKLUX seront confiés par SECA à cette dernière ex tank à Antwerpen, Rotterdam, Amsterdam ou Vlissingen et celle-ci se chargera de leur chargement, transport et déchargement jusqu'à son dépôt de Mertert. Ces transports devront être effectués par des allèges, propriété du groupe Bollaert et agréées par SECA et à cette fin TANKLUX communiquera régulièrement à cette dernière la liste et les caractéristiques de celles qui pourront être affectées à cette tâche. SECA étant en droit de refuser celles qu'elle estimerait ne pas pouvoir convenir* »
- les conventions conclues en date du 16 octobre 1995 entre la S.A. TANKLUX et la S.A. SECA et en date du 1^{er} janvier 2004 entre la S.A. TANKLUX et la S.A. ConocoPhilips concernant la mise en dépôt des stocks stratégiques d'essences respectivement de gasoils imposés par la législation stipulent en leur article 4 que « *les produits faisant l'objet de la présente convention seront mis à la disposition de TANKLUX, ex tanks, Antwerpen, Amsterdam, Vlissingen ou Rotterdam. TANKLUX s'engage à les faire charger et transporter par barges jusqu'à son dépôt de Mertert ...* »
- le contrat conclu en date du 9 février 1996 entre la S.A. TANKLUX et la S.A. Texaco ne contient pas de stipulation afférente à ce point. Il semble en être de même pour le contrat conclu en date du 5 août 2002 entre la S.A. TANKLUX et la S.A. Texaco (qui figure uniquement en néerlandais au dossier)
- les conventions pour la mise à disposition des stockages conclues entre la S.A. TANKLUX et la S.A. B.P. en date du 31 juillet 1997 pour la période du 1^{er} janvier 1998 au 31 décembre 2002 et en date du 3 février 2003 pour la période du 1^{er} janvier 2003 au 31 décembre 2007 stipulent en leur article 6 que « *la présente convention est conclue sous la condition résolutoire de la signature d'un contrat de transport fluvial entre BP et Naviglobe n.v.* »
- le contrat conclu en date du 11 décembre 1981 entre la S.A. TANKLUX et la S.A. Total Belgique stipule en son article 4 que « *le transport des produits entre Flessingue et Mertert sera assuré par TANKLUX par l'intermédiaire de P.V.B.A Scheepvaart BOLLAERT & Rotterdam* ». La convention conclue ultérieurement

en date du 1^{er} octobre 2003 entre la S.A. TANKLUX et les sociétés du groupe Total ne contient pas de stipulation afférente à ce point

- un contrat conclu en date du 7 juillet 2000 entre la S.A. TANKLUX et la S.A. Aral pour la durée du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2003 ne contient pas de stipulation afférente à ce point. La convention subséquente conclue en date du 7 janvier 2004 entre la S.A. TANKLUX et la S.A. Aral pour une durée de 4 ans à partir du 1^{er} janvier 2004 pour la mise à disposition de stockages stipule en son article 5 que « *la présente convention est conclue sous la condition résolutoire de la signature d'un contrat de transport fluvial entre ARAL et Naviglobe n.v.* »
- un contrat-type versé au dossier par la S.A. TANKLUX en date du 15 juillet 2005 à la demande de l'Inspection de la concurrence contient la stipulation selon laquelle « *la présente convention est conclue sous la condition résolutoire de la signature d'un contrat de transport fluvial entre (nom du client) et (nom de l'armateur) accepté par TANKLUX* ».

7. Appréciations

43. Afin de situer les pratiques incriminées dans leur contexte, il faut dans un premier temps cerner les marchés de produits ou services sur lesquels elles sont mises en œuvre. A partir d'une description générale du produit ou service primaire, il faut délimiter plus précisément ce marché, tant en ce qui concerne le produit ou service que la dimension géographique, par le biais du test de substituabilité. Cette délimitation est essentielle surtout dans le cas de pratiques unilatérales afin de pouvoir ensuite fixer les parts de marché de la ou des entreprises concernées pour pouvoir évaluer leur comportement au regard des règles relatives aux pratiques abusives. Comme par ailleurs il été retenu ci-dessus que l'époque au cours de laquelle les pratiques ont été mises en œuvre et la question de l'affectation du commerce intra-communautaire influe sur les dispositions de droit matériel et de sanction applicables, il importe encore de vérifier, avant de s'interroger sur le caractère prohibé des pratiques incriminées, quelles ont été les époques concernées et si les pratiques en cause sont de nature à affecter le commerce intra-communautaire.

7.1. Marchés pertinents : définition et délimitation

44. Il importe de définir précisément le ou les marchés pertinents et de déterminer les parts de marché de la ou des entreprises concernées afin de pouvoir procéder à une analyse des comportements relevés au regard des règles du droit de la concurrence. La Cour de Justice des Communautés Européennes a retenu que « *la délimitation du marché en cause est d'une importance essentielle, les possibilités de concurrence ne pouvant être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause, en vertu desquelles ces produits seraient particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et seraient*

peu interchangeables avec d'autres produits » (CJCE 21 février 1973, affaire 6/72, Continental Can)¹⁶.

45. La délimitation du marché se fait en deux étapes : par rapport aux produits ou services concernés et par rapport à ses dimensions géographiques.

D'un point de vue méthodologique, définir un marché quant aux produits revient à rechercher si par rapport au produit ou service considéré, d'autres produits ou services y sont substituables. En cas de réponse affirmative, ces autres produits sont à inclure dans le marché pertinent.

Dans le cadre de cet examen, il est tenu compte des caractéristiques objectives des produits et services considérés, ainsi que de leur nature, de leurs prix, des besoins qu'ils sont susceptibles de satisfaire et de leurs usages prévus, des conditions de concurrence et de la structure de l'offre et de la demande sur le marché, y compris les stratégies de différenciation des offreurs et des modes de distribution, ainsi que le cas échéant de l'existence d'une réglementation spécifique. Lorsque cette substituabilité est établie, elle doit généralement être confirmée par un examen de la substituabilité du côté de la demande et le cas échéant du côté de l'offre à travers le test du monopoleur hypothétique. En vertu de ce test, il est examiné si en cas d'augmentation légère mais significative et durable du prix du produit ou service considéré, les consommateurs-demandeurs se tourneraient vers un autre produit ou service, respectivement si les offreurs actifs sur un autre marché seraient disposés à entrer sur le marché du premier produit ou service considéré afin d'y satisfaire les besoins des demandeurs¹⁷.

Dans un arrêt récent¹⁸, le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes a rappelé comme suit cette méthodologie :

« (78) Il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante (arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, 322/81, Rec. p. 3461, point 37 ; arrêts du Tribunal du 30 mars 2000, Kish Glass/Commission, T-65/96, Rec. p. II-1885, point 62, et du 17 décembre 2003, British Airways/Commission, T-219/99, Rec. p. II-5917, point 91), aux fins de l'examen de la position, éventuellement dominante, d'une entreprise sur un marché sectoriel déterminé, les possibilités de concurrence doivent être

¹⁶ Sur ce point, l'analyse du Conseil diffère fondamentalement de celle opérée par l'Inspection de la concurrence dans son rapport du 8 novembre 2006 au point 22, où elle estime que, n'ayant pas relevé de comportements anticoncurrentiels, elle peut se dispenser d'opérer une définition du marché. Cette approche est erronée, dans la mesure où tout comportement ne peut être apprécié que par rapport à un marché donné, qu'il convient donc de définir au préalable.

Au point 24 de son rapport, l'Inspection de la concurrence relève d'ailleurs pertinemment en référence à l'arrêt Continental Can, mais en contradiction avec ses développements antérieurs, qu'en présence de faits susceptibles de rentrer dans le champ d'application du droit de la concurrence, la délimitation du marché en cause est d'une importance capitale.

¹⁷ Pour les besoins de la discussion, le Conseil entend s'inspirer des explications fournies dans la Communication de la Commission (97/C 372/03) sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, publiée au JOCE, N° C 372 du 9 décembre 1997, page 5.

¹⁸ TPICE 30 janvier 2007, aff. T-340/03, France Télécom.

appréciées dans le cadre du marché regroupant l'ensemble des produits ou services qui, en fonction de leurs caractéristiques, sont particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et sont peu interchangeables avec d'autres produits ou services. En outre, étant donné que la détermination du marché en cause sert à évaluer si l'entreprise concernée a la possibilité de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective et d'avoir un comportement, dans une mesure appréciable, indépendant de celui de ses concurrents et, en l'espèce, de ses prestataires de services, on ne saurait, à cette fin, se limiter à l'examen des seules caractéristiques objectives des services en cause, mais il convient également de prendre en considération les conditions de la concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché.

(79) Lorsqu'un produit est susceptible d'être utilisé à des fins diverses et lorsque ces différents usages répondent à des besoins économiques, eux aussi différents, il y a lieu d'admettre que ce produit peut appartenir, selon les cas, à des marchés distincts, présentant éventuellement, tant du point de vue de la structure que des conditions de concurrence, des caractéristiques différentes. Cette constatation ne justifie cependant pas la conclusion qu'un tel produit constitue un seul et même marché avec tous les autres qui, dans les différents usages auxquels il peut être affecté, peuvent lui être substitués et avec lesquels il entre, suivant le cas, en concurrence.

(80) La notion de marché concerné (relevant market) implique, en effet, qu'une concurrence effective puisse exister entre les produits qui en font partie, ce qui suppose un degré suffisant d'interchangeabilité en vue du même usage entre tous les produits faisant partie d'un même marché (arrêt de la Cour du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, point 28).

(81) Il ressort également de la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO 1997, C 372, p. 5, point 7) qu'« [u]n marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et l'usage auquel ils sont destinés ».

...

(86) S'agissant du degré de substituabilité, il y a lieu de rappeler, outre la jurisprudence citée au point 78 ci-dessus, les éléments d'appréciation énoncés par la Commission dans sa communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (voir point 81 ci-dessus).

(87) Selon cette communication, l'appréciation de la substituabilité de la demande entraîne une détermination de l'éventail des produits perçus comme substituables par le consommateur. Une façon de procéder à cette détermination peut être envisagée comme un exercice mental présupposant une variation légère, mais durable, des prix relatifs et évaluant les réactions probables des clients. Au point 17 de cette communication, la Commission précise que « [l]a question posée est de savoir si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles [...] en

cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés. »

Définir le marché pertinent d'un point de vue géographique revient à examiner dans quelle mesure les demandeurs sont disposés et ont la possibilité de s'approvisionner auprès de fournisseurs situés dans des régions géographiques plus éloignées, respectivement dans quelle mesure des fournisseurs situés dans des zones géographiques plus éloignées sont disposés à offrir leurs produits et services aux demandeurs à prendre en considération dans le cadre de l'affaire soumise à l'autorité de concurrence¹⁹.

46. A titre liminaire, le Conseil retient que le marché de la distribution de gasoil de chauffage sur lequel la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions exerce son activité n'est pas en cause, dès lors qu'il n'a pas été allégué que l'absence de la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions sur le marché en amont du stockage l'empêchait d'exercer son activité sur le marché en aval de la distribution.

7.1.1. Le marché du stockage de produits pétroliers

47. Le volet initialement porté devant l'autorité de concurrence concerne le marché du stockage de produits pétroliers, limité au stockage de gasoil de chauffage. L'activité de la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions se limite en effet à la commercialisation de ce genre de produit, et sa démarche visait uniquement à se voir octroyer des capacités de stockage pour ce genre de produit.

Ce marché doit être délimité tout d'abord en ce qui concerne les produits y inclus.

La méthodologie expliquée ci-dessus amène à constater que le total des capacités de stockage en gasoil au Luxembourg telles qu'elles se dégagent des tableaux 2 et 4 se chiffrent à $(91.350 + 36.522 =) 127.872 \text{ m}^3$. Ces capacités couvrent tant le gasoil de chauffage que le gasoil routier, et une ventilation plus fine n'est pas possible sur base des données figurant au dossier. Elle s'avère par ailleurs extrêmement compliquée, sinon impossible, à réaliser, dû au fait que les différentes cuves peuvent servir indifféremment pour l'un ou l'autre produit.

Afin de délimiter plus précisément ce marché du stockage, il importe d'examiner ensuite si ces capacités doivent être considérées en leur intégralité, ou seulement pour partie. Dans ce cadre, il faut prendre en considération que la demande de fourniture d'une capacité de stockage de la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions a porté sur une capacité située dans le port fluvial de Merttert. Il faut dès lors examiner si les autres possibilités de stockage sur le territoire national y sont substituables, afin de déterminer si elles doivent être incluses dans le marché en cause.

¹⁹ Pour l'application de ces principes, le Conseil se réfère à la Communication de la Commission (97/C 372/03) sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, publiée au JOCE, N° C 372 du 9 décembre 1997, page 5.

En l'espèce, cet examen doit amener à distinguer entre le marché du stockage de produits pétroliers dans le port fluvial de Mertert et le marché de stockage de produits pétroliers sur d'autres sites au Luxembourg. Si les deux services satisfont les mêmes besoins, à savoir le stockage de produits pétroliers, et semblent à ce titre être substituables, les différences sont cependant suffisamment marquées pour exclure une substituabilité permettant de les inclure dans le même marché.

A cet égard, le Conseil retient que le mode d'approvisionnement du site de stockage semble jouer un rôle important, sinon déterminant dans la démarche de la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions. Dans un courrier du 25 novembre 2003, elle écrit en effet que « *la seule et meilleure méthode est le rapatriement par bateau de la raffinerie d'Anvers vers Mertert en une fois par quantité de 3000000 litres* », et que « *il faut chercher des méthodes de transport le moins cher possible* ». A supposer que la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions dispose d'un espace de stockage à Mertert, il n'est donc pas certain qu'en cas d'augmentation des tarifs demandés par la S.A. TANKLUX, elle se tourne vers un lieu de stockage situé à un autre endroit du pays qui ne puisse pas être approvisionné par barges fluviales. La substituabilité du côté de la demande n'est donc pas certaine.

La substituabilité est par ailleurs exclue du côté de l'offre. Toutes les autres capacités de stockage existantes sur le territoire national sont en effet détenues par des entreprises qui exercent elles-mêmes le négoce de produits pétroliers et doivent disposer de leurs capacités afin de couvrir leurs propres obligations légales de stockage. Au cours de l'enquête, 5 entreprises détenant des capacités en propre (telles que reprises au tableau N° 2) interrogées sur ce point ont affirmé ne pas disposer de capacités de stockage libres, en se référant pour partie à leurs obligations légales de stockage pour exclure toute possibilité de location. Il est donc exclu que ces entreprises soient disposées à suppléer les besoins du côté de l'offre en cas d'augmentation des tarifs de la S.A. TANKLUX.

Cette conclusion n'est pas entamée par le fait que deux entreprises détenant des capacités de stockage en propre n'aient pas été interrogées sur ce point, dès lors qu'elles ne disposent que de capacités réduites, qu'elles ne font pas partie d'un grand groupe pétrolier et qu'elles font directement le commerce des produits pétroliers en tant qu'entreprises indépendantes.

Cette conclusion n'est pas non plus entamée par le fait que deux des grandes entreprises pétrolières détenant des capacités en propres en donnent une partie en location à d'autres entreprises pétrolières (telles que ces données sont reprises dans le tableau N° 3), dès lors que ces capacités sont d'envergure réduite et que les circonstances dans lesquelles ces locations interviennent, en ce qu'elles sont destinées à assurer l'exécution des obligations de stockage légales tant des entreprises bailleuses que locataires, ne rendent pas probables une extension de cette location à d'autres entreprises.

48. Le marché pertinent étant ainsi délimité par rapport aux produits et services y inclus, il importe encore de le délimiter d'un point de vue géographique.

Le Conseil considère que d'un point de vue géographique, le marché du stockage de produits pétroliers est délimité par le territoire luxembourgeois. D'une part, la réglementation applicable aux opérations de stockage de produits pétroliers oblige les entreprises importatrices à maintenir un stock minimum sur le territoire luxembourgeois. La réglementation applicable tend donc à limiter le marché au territoire national. D'autre part, la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions a limité sa demande d'accès à des capacités situées au Luxembourg, expliquant que seule cette facilité lui permettrait de générer des économies de gestion qu'elle pourrait répercuter sur les clients finaux, puisque des stocks situés dans des dépôts à l'étranger entraîneraient des frais supplémentaires en termes d'acheminement. Le Conseil est en mesure de suivre cet argument, qui revient à constater l'absence de substituabilité du côté de la demande, de sorte qu'il y a lieu de retenir une dimension nationale du marché de stockage de gasoil.

49. Le marché en cause est donc le marché national du stockage de gasoil dans les installations gérées par la S.A. TANKLUX dans le port fluvial de Mertert.

7.1.2. Le marché du transport de produits pétroliers

50. Les préoccupations qui sont apparues au cours de l'enquête portent sur le marché relatif à l'approvisionnement par la voie fluviale du site de stockage à Mertert pour toutes sortes de produits pétroliers. L'instruction a en effet fait surgir certaines préoccupations par rapport aux pratiques mises en œuvre dans ce cadre et relatives aux conditions imposées par la S.A. TANKLUX à ses locataires.

Ces pratiques soulèvent la question de savoir si la S.A. TANKLUX exploite sa position monopolistique sur le marché en aval du stockage de produits pétroliers dans le port fluvial de Mertert pour imposer dans ce cadre à ses cocontractants la conclusion d'accords avec une ou des entreprises désignées par elle en vue du transport des produits pétroliers, et si de telles conditions ne sont pas de nature à restreindre ou à supprimer le jeu de la concurrence entre différentes entreprises susceptibles d'agir sur le marché du transport de produits pétroliers à destination du port de Mertert en empêchant les cocontractants de la S.A. TANKLUX de choisir librement leur fournisseur du service d'acheminement de produits pétroliers.

51. Ces préoccupations ne sont pas limitées à certains produits pétroliers. Par extension, et afin de pouvoir pleinement apprécier ces pratiques, il importe dès lors de prendre en considération dans ce cadre tous les produits pétroliers : gasoil routier, gasoil de chauffage et essences.

Les installations de stockage situées dans le port de Mertert peuvent être approvisionnées indifféremment par la voie fluviale, par la voie du rail ou par la voie routière. Il semble toutefois résulter des éléments recueillis d'une part que seule la voie fluviale est empruntée en pratique pour approvisionner ce site et d'autre part que les conditions donnant lieu à préoccupations ont uniquement trait à ce mode de transport.

52. Ce marché de l'acheminement de produits pétroliers par voie fluviale n'est cependant pas limité au territoire national. Ce transport se fait essentiellement depuis les ports maritimes situés en Belgique et aux Pays-Bas à destination de Mertert, mais il peut être offert par toute entreprise de navigation fluviale effectuant le transport de produits pétroliers, peu importe son lieu d'établissement, en ce sens que les clients peuvent, sur un marché libre de contraintes, s'adresser à toute entreprise apte et disposée à prester ce service.

53. Le marché en cause doit donc être défini comme étant le marché communautaire du transport fluvial de produits pétroliers à destination des installations portuaires de Mertert.

7.2. Parts de marché et positions de force

7.2.1. Le marché du stockage de produits pétroliers dans les installations portuaires de Mertert

54. La taille du marché du stockage de produits pétroliers tel que défini au point 6.3. est de 61.478 m³ (voir tableau N° 4). Sur ce marché, la S.A. TANKLUX est non seulement en position dominante, mais en situation de monopole, détenant à elle seule 100 % des capacités de stockage de produits pétroliers disponibles dans le port fluvial de Mertert²⁰.

7.2.2. Le marché du transport de produits pétroliers par voie fluviale à destination de Mertert

55. Aucun des éléments figurant actuellement au dossier ne permet de retenir que la S.A. TANKLUX est directement active sur ce marché. Toutefois, aucun élément ne permet au stade actuel de l'exclure. Le Conseil estime ne pas être en mesure de se prononcer actuellement sur ce point.

La taille de ce marché ne peut pas non plus être déterminée à l'heure actuelle. Si le total des capacités de stockage sur le site de Mertert peut être chiffré à 61.478 m³ (voir tableau N° 4), ce n'est toutefois pas l'espace de stockage existant qui importe, mais le flux continu de produits pétroliers au cours d'une période de référence, comme par exemple

²⁰ Sur ce point, l'analyse du Conseil diverge de celle de l'Inspection de la concurrence, qui a inclus toutes les capacités de stockage existantes au Luxembourg dans le même marché, sans toutefois mener une analyse détaillée de substituabilité, pour en déduire des parts de marché dans le chef de la S.A. TANKLUX de respectivement 27,81 % pour le gasoil et de 39,76 % pour les essences.

L'Inspection en déduit néanmoins une position dominante dans le chef de la S.A. TANKLUX en raison de la structure du marché, qui limite, sinon exclut, toute pression concurrentielle de la part des autres entreprises disposant de capacités de stockage, dès lors que celles-ci font le commerce de produits pétroliers et doivent disposer de leurs capacités pour assurer leurs propres obligations légales de stockage. C'est donc par un raisonnement différent que le Conseil et l'Inspection aboutissent néanmoins au même résultat.

l'année. Or, de telles données n'ont pas été recueillies, de sorte que le Conseil ne peut pas se prononcer à l'heure actuelle.

7.3. Epoque concernée

56. Il importe de fixer les périodes sur lesquelles les pratiques en cause ont été mises en œuvre afin de déterminer le droit national applicable.

7.3.1. Le marché du stockage de produits pétroliers dans les installations portuaires de Mertert

57. La pratique dénoncée sur ce marché comme revêtant un caractère anticoncurrentiel consiste dans le fait pour la S.A. TANKLUX de ne pas donner suite aux demandes de la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions de lui donner en location une capacité de stockage de plusieurs milliers de litres de gasoil de chauffage.

Ce fait est constant et n'est pas contesté par la S.A. TANKLUX. Il s'est matérialisé pour la première fois par un courrier de la S.A. TANKLUX du 27 août 2002 et a été réitéré par la S.A. TANKLUX tout au long de la procédure d'enquête, et ce pour la dernière fois dans sa réponse du 23 mai 2006 à la dernière demande de renseignements lui adressée par l'Inspection de la concurrence.

Ce fait s'étend partant sur la période antérieure et postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, de sorte qu'il est à apprécier aussi bien au regard de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives que de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

7.3.2. Le marché du transport de produits pétroliers par voie fluviale à destination de Mertert

58. La pratique examinée de plus près sur ce marché consiste dans le fait pour la S.A. TANKLUX de lier la conclusion avec les compagnies pétrolières d'un contrat de location de capacités de stockage dans ses installations dans le port fluvial de Mertert à la conclusion d'un contrat de transport par la voie fluviale avec une entreprise désignée par elle, ou pour le moins soumise à son agrément.

De telles stipulations se trouvent dans des contrats qui ont été conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence (notamment avec [REDACTED]) [CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES], mais dont certains conservent leur force contraignante

au-delà de cette date (notamment les contrats conclus avec [REDACTED]
[REDACTED]) [CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES].

Ces faits produisent donc leurs effets aussi bien avant qu'après la date d'entrée en vigueur de la 2004, de sorte qu'ils sont à apprécier aussi bien au regard de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives que de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

7.4. Affectation du commerce

59. Il importe de déterminer si les pratiques en cause sont de nature à affecter le commerce afin de déterminer si elles doivent être appréciées au regard du droit communautaire²¹.

D'après la jurisprudence des juridictions communautaires, les articles 81 et 82 du traité CE ne sont pas applicables aux accords et pratiques qui ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres. La notion de « commerce entre Etats membres » recouvre toute activité économique transfrontalière impliquant au moins deux Etats membres. L'affectation de ce commerce doit être établie avec un degré de probabilité suffisant à partir d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait de nature à démontrer une influence sensible, directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur les courants d'échanges entre Etats membres²². Ces principes ont été rappelés dans un arrêt récent²³ du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes dans les termes suivants :

« (162) La condition relative aux effets sur le commerce entre États membres, figurant à l'article 81, paragraphe 1, CE, vise à déterminer, en matière de réglementation de la concurrence, le domaine du droit communautaire par rapport à celui des États membres. C'est ainsi que relèvent du domaine du droit communautaire toute entente et toute pratique susceptible de mettre en cause la liberté du commerce entre États membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre les États membres, notamment en cloisonnant les marchés nationaux ou en modifiant la structure de la concurrence dans le marché commun. En revanche, les comportements dont les effets se localisent à l'intérieur du territoire d'un seul État membre relèvent du domaine de l'ordre juridique national (arrêt de la Cour du 31 mai 1979, Hugin/Commission, 22/78, Rec. p. 1869, point 17).

²¹ Le rapport de l'Inspection de la concurrence du 8 novembre 2006 aborde cette question de l'affectation du commerce intra-communautaire, mais uniquement par rapport au marché du stockage de gazoil. Sur le résultat, son analyse sur ce point limité rejoint les conclusions du Conseil.

²² Pour la méthodologie à appliquer dans ce cadre, le Conseil se réfère à la Communication de la Commission (2004/C 101/07) contenant les Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, publiée au JOCE, N° C 101/07 du 27 avril 2004, page 81.

²³ TPICE 14 décembre 2006, aff. jointes T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Oesterreich AG et a., N° 162 à 167.

Voir dans le même sens CJCE 13 juillet 2006, aff. Jointes C-295/04 à 298/04, Manfredi e.a.

(163) Selon une jurisprudence constante, un accord entre entreprises, pour être susceptible d'affecter le commerce entre États membres, doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États (arrêt de la Cour du 11 juillet 1985, *Remia e.a./Commission*, 42/84, Rec. p. 2545, point 22). Ainsi, l'affectation des échanges s résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants (arrêts de la Cour du 15 décembre 1994, *DLG*, C-250/92, Rec. p. I-5641, point 54 ; *Bagnasco e.a.*, point 159 supra, point 47, et du 29 avril 2004, *British Sugar/Commission*, C-359/01 P, Rec. p. I-4933, point 27).

(164) Il importe peu à cet égard que l'influence d'une entente sur les échanges soit défavorable, neutre ou favorable. En effet, une restriction de concurrence est apte à affecter le commerce entre États membres lorsqu'elle est susceptible de détourner les courants commerciaux de l'orientation qu'ils auraient autrement connue (arrêt de la Cour du 29 octobre 1980, *Van Landewyck e.a./Commission*, 209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125, point 172). Partant, la thèse avancée par certaines des requérantes en l'espèce, selon laquelle seuls des effets de cloisonnement des marchés peuvent être pris en considération pour conclure à l'aptitude de l'entente à affecter le commerce entre États membres, doit être écartée.

(165) Cette interprétation large du critère de l'aptitude à affecter le commerce entre États membres n'est pas contraire au principe de subsidiarité invoqué par RLB. En effet, comme la Commission le relève à juste titre, le traité prévoit que des conflits éventuels entre le maintien d'une concurrence non faussée et d'autres objectifs légitimes de politique économique soient résolus par l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE. Celui-ci peut donc être considéré comme une disposition spéciale mettant en œuvre le principe de subsidiarité dans le domaine des ententes. Ce principe ne peut, dès lors, pas être invoqué pour restreindre le champ d'application de l'article 81 CE (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods/Commission*, T-65/98, Rec. p. II-4653, point 197).

(166) Ensuite, il y a lieu de souligner que l'aptitude d'une entente à affecter le commerce entre États membres, c'est-à-dire son effet potentiel, suffit pour qu'elle relève du champ d'application de l'article 81 CE et qu'il n'est pas nécessaire de démontrer une atteinte effective aux échanges (arrêt *Bagnasco e.a.*, point 159 supra, point 48, et arrêt de la Cour du 17 juillet 1997, *Ferriere Nord/Commission*, C-219/95 P, Rec. p. I-4411, point 19). Le fait qu'il s'agisse en l'espèce de l'appréciation a posteriori d'une infraction passée n'est pas susceptible de modifier ce critère, un effet potentiel de l'entente sur les échanges étant également suffisant dans ce cas. Par conséquent, il convient de rejeter les arguments avancés par Erste, ÖVAG et NÖ-Hypo, selon lesquels la prétendue absence d'effets des accords sur le marché aurait dû être prise en

considération comme indice de l'inaptitude de ces derniers à affecter le commerce entre États membres.

(167) Il est néanmoins nécessaire que l'effet potentiel de l'entente sur le commerce interétatique soit sensible, ou, en d'autres termes, qu'elle ne soit pas insignifiante (arrêt de la Cour du 28 avril 1998, Javico, C-306/96, Rec. p. I-1983, points 12 à 17 ; arrêt du Tribunal du 19 mars 2003, CMA CGM e.a./Commission, T-213/00, Rec. p. II-913, ci-après l'« arrêt FETTCSA », point 207). »

7.4.1. Le marché du stockage de produits pétroliers dans les installations portuaires de Mertert

60. Les pratiques dénoncées par la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions à charge de la S.A. TANKLUX, à les supposer établies et contraires à la loi, ne sont pas de nature à affecter le commerce intra-communautaire. Il ne résulte en effet d'aucun élément du dossier que la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions serait active sur le marché de livraison de gasoil de chauffage en dehors du territoire luxembourgeois et que partant l'absence d'accès aux capacités de stockage, à supposer qu'elle restreigne ses capacités concurrentielles, pourrait influencer sur les échanges intra-communautaires. Par ailleurs, même à supposer que tel serait le cas, il faudrait retenir que compte tenu du faible volume de transactions effectué par la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions sur ce marché, qui se manifeste notamment à travers le faible espace de capacité de stockage auquel elle entend avoir accès, l'affectation du commerce ne serait pas de nature à atteindre le seuil susceptible de la faire qualifier de sensible.

Conformément aux développements faits ci-dessus au point 3.2.2., les pratiques en cause sont partant à examiner sous l'angle de la seule législation luxembourgeoise, à savoir de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, ainsi que de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence pour les faits postérieurs à cette date.

7.4.2. Le marché du transport de produits pétroliers par voie fluviale à destination de Mertert

61. Les pratiques de la S.A. TANKLUX relevées au cours de l'enquête comme soulevant des préoccupations, à les supposer établies et contraires à la loi, semblent à première vue être susceptibles d'affecter le commerce intra-communautaire, dans la mesure où elles empêcheraient d'autres entreprises établies dans d'autres États membres à accéder au marché de l'acheminement de produits pétroliers vers le port fluvial de Mertert.

Toutefois, le Conseil estime ne pas être suffisamment renseigné en l'état actuel sur le fonctionnement de ce marché et sur sa taille pour pouvoir faire une appréciation définitive sur ce point.

7.5. Fond

7.5.1. Le marché du stockage de produits pétroliers dans les installations portuaires de Mertert

62. D'après les reproches formulés par la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions, la S.A. TANKLUX refuserait abusivement, soit de sa propre initiative, soit de concert respectivement de l'accord, du moins tacite, des grandes entreprises pétrolières, de lui concéder des capacités de stockage dans les installations portuaires de Mertert.

A défaut d'autre qualification proposée par la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions elle-même, l'Inspection de la concurrence a apprécié ce reproche sous deux angles différents, le premier se référant à la notion de refus de contracter, le second traitant de la notion d'accès à des infrastructures essentielles. Elle a finalement examiné l'implication éventuelle des sociétés pétrolières dans les problèmes rencontrés par la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions avec la S.A. TANKLUX. De l'avis du Conseil, cette approche embrasse les différents aspects du dossier.

7.5.1.1. Le refus d'accès/refus de contracter

63. Le refus par une entreprise en position dominante de nouer des relations commerciales avec une autre entreprise peut être considéré comme étant l'expression d'un abus de position dominante si le refus en question ne peut pas faire l'objet d'une justification objective, mais découle d'une volonté de limiter la concurrence sur le marché ou la capacité concurrentielle de l'entreprise demanderesse.

Force est de constater dans le présent cas que le refus de la S.A. TANKLUX de donner en location à la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions une capacité de stockage pour gasoil de chauffage de quelques milliers de litres procède d'une justification objective tenant à l'absence d'espace de stockage libre pouvant être offert sur le marché.

Il résulte en effet des tableaux 4 et 5 figurant ci-dessus que sur l'intégralité de la période d'observation, les capacités de stockage en gasoil données en location par la S.A. TANKLUX dépassent les capacités existantes. Il n'existait donc pas de capacités libres.

64. Le constat selon lequel les capacités données en location dépassent les capacités disponibles appelle toutefois la question de savoir ce qui empêcherait dès lors la S.A. TANKLUX d'augmenter encore ce différentiel en concluant un contrat supplémentaire avec la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions. Le Conseil admet cependant que cette question n'est pas de nature à entamer ses conclusions, dès lors qu'il faut permettre à la S.A. TANKLUX de gérer ses capacités de stockage de telle sorte à ne pas dépasser les disponibilités dans une proportion trop importante et à ne concéder des capacités excédentaires qu'aux entreprises, telles les entreprises pétrolières, dont elle peut admettre

un roulement constant et important dans le stock de façon à éviter toute collusion entre les besoins de ses clients.

65. La question de la disponibilité d'une capacité de stockage doit finalement être appréciée au regard du fait révélé au cours de l'enquête selon lequel la S.A. ConocoPhilips a conclu avec effet au 1^{er} janvier 2004, soit au cours de la période soumise à examen, un nouveau contrat portant sur une capacité de stockage de 1.500 m³ de gasoil. Il résulte toutefois des informations recueillies que ce contrat portait sur le stockage de gasoil routier, qui pour des raisons de qualité des produits, a dû être stocké à partir d'une certaine époque de façon séparée du gasoil de chauffage. Il faut en conclure que la disponibilité d'une capacité de stockage en gasoil routier n'a pas pu influencer sur la situation de la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions, qui demandait à se voir louer une capacité de stockage pour du gasoil de chauffage.

Il résulte de ce qui précède qu'aucun refus abusif de contracter ou de donner accès à une fourniture ne peut être retenu à charge de la S.A. TANKLUX.

7.5.1.2. La théorie des facilités essentielles

66. La théorie des facilités essentielles (ou encore infrastructures essentielles ; en anglais essential facilities doctrine) a été développée dans les industries de réseau (télécommunications, énergie, transport ferroviaire) dans le cadre de l'ouverture de ces marchés à la concurrence pour permettre aux nouveaux entrants d'utiliser les infrastructures mises en place et détenues par les opérateurs historiques. Elle a cependant aussi trouvé à s'appliquer en dehors de ces secteurs dans des hypothèses dans lesquelles étaient en cause des installations portuaires (Décision de la Commission du 21 décembre 1993, aff. Sealink ; Décision de la Commission du 21 décembre 1993, aff. Port de Rodby), des installations aéroportuaires (Décision du Conseil de la concurrence France du 3 septembre 1996, aff. Héli-Inter, confirmée par arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 septembre 1997 et arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale du 25 janvier 2000 ; Décision de la Commission du 14 janvier 1998, aff. Aéroport de Francfort), un système de réservation de vols (Décision de la Commission du 4 novembre 1988, aff. London European/Sabena), le contenu hebdomadaire de programmes de télévision (CJCE 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P RTE et ITP/Commission (Magill)), un fichier d'abonnés téléphoniques (Décision du Conseil de la concurrence France du 29 septembre 1998, aff. France Télécom/Lectiel, confirmée par arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 juin 1999 et arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale du 4 décembre 2001) ou le cas échéant une structure modulaire indispensable pour la présentation de données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques dans un État membre (CJCE 29 avril 2004, N° C-418/01, aff. IMS Health/NDC Health).

La mise en œuvre de cette théorie permet à l'autorité publique de contraindre le détenteur de la facilité essentielle à accorder à ses concurrents un accès à cette infrastructure, en veillant à ce que cet accès se fasse à des conditions de coût raisonnables et non-discriminatoires. Elle s'applique dans la relation entre deux marchés, le premier étant

constitué par l'infrastructure elle-même, et le second par un marché parallèle, en amont ou en aval, dont l'accès est conditionné par la disponibilité de l'infrastructure constituant le marché primaire.

67. D'une façon générale, une infrastructure peut être qualifiée d'essentielle lorsque son accès est indispensable à un opérateur pour entrer en concurrence avec celui qui la détient. De cette idée générale découlent deux séries de conditions qui doivent être remplies pour que la théorie puisse être appliquée.

Une première série de conditions tient à la notion même de facilité essentielle et permet en ce sens de délimiter le champ d'application de la théorie des facilités essentielles :

- l'infrastructure en cause doit être indispensable à l'impétrant pour l'exercice de son activité ou pour entrer sur un marché parallèle, en amont ou en aval
- l'infrastructure en cause doit être telle qu'il est impossible à l'impétrant de la dupliquer ou de disposer d'une infrastructure de substitution. Cette impossibilité peut tenir à des considérations techniques, juridiques ou économiques
- l'utilisation de l'infrastructure en cause doit être destinée de la part de l'impétrant à ouvrir de nouveaux marchés ou à fournir de nouveaux produits pour lesquels il existe une demande potentielle. Ainsi, l'accès ne peut être forcé que s'il présente un avantage pour les consommateurs. La théorie des facilités essentielles ne doit pas être employée pour favoriser un concurrent moins performant sur le plan économique ou en termes de recherche

La deuxième série de conditions tient à la situation du détenteur de l'infrastructure en cause :

- le détenteur de l'infrastructure doit être en position dominante sur le marché de cette infrastructure
- le détenteur de l'infrastructure, ou une entreprise contrôlée par lui, doit utiliser l'infrastructure en cause et être actif dans le marché dérivé sur lequel l'impétrant veut accéder en disposant de cette infrastructure. Cette condition met en évidence l'exigence d'une situation de concurrence réelle ou potentielle sur le marché dérivé entre l'impétrant et le détenteur de l'infrastructure essentielle et le fait que le refus de donner accès à l'infrastructure ne peut être considéré comme étant abusif que s'il est de nature à réduire ou à éliminer la concurrence sur le marché en cause. Ainsi, la théorie des facilités essentielles vise à contraindre une entreprise qui cherche à protéger sa situation sur un marché dérivé a priori concurrentiel grâce au contrôle de l'accès à l'infrastructure essentielle
- le détenteur de l'infrastructure ne doit pas pouvoir justifier son refus par des raisons objectives

68. Appliqués à l'affaire soumise au Conseil, ces critères amènent à exclure le recours à la théorie des facilités essentielles pour contraindre la S.A. TANKLUX à concéder des capacités de stockage à la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions, dès lors que toutes ces conditions ne sont pas réunies. Seules deux conditions sont réunies :

- on peut admettre que la duplication des infrastructures de stockage est impossible, tant pour des raisons économiques (coût de l'investissement) que juridiques

(procédure d'autorisation) et politique (difficulté à faire admettre au public la construction de nouvelles installations de stockage de produits pétroliers). La preuve en sont les problèmes rencontrés par la S.A. TANKLUX depuis 2002 pour agrandir ses dépôts existants

- la S.A. TANKLUX est en position dominante sur le marché du stockage du gasoil de chauffage

Les autres conditions ne le sont pas :

- il n'est pas indispensable que la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions dispose de capacités de stockage à Mertert pour pouvoir exercer son activité sur le marché en aval de la distribution de gasoil de chauffage. La preuve en est qu'elle exerce cette activité à l'heure actuelle sans disposer de telles capacités de stockage
- la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions n'entend pas ouvrir de nouveaux marchés ou offrir de nouveaux produits. Sa démarche vise uniquement à améliorer la gestion de son entreprise. S'il peut en découler le cas échéant une amélioration au profit des consommateurs par une baisse des prix, il n'est pas certain que cette seule considération soit suffisante pour faire cadrer la démarche de la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions avec la théorie des facilités essentielles
- la S.A. TANKLUX n'est pas active sur le marché en aval de la distribution de gasoil de chauffage, et il n'est pas établi qu'elle contrôle des entreprises qui seraient actives sur ce marché. En tout état de cause, le refus de la S.A. TANKLUX n'est pas de nature à affecter la situation concurrentielle sur le marché en aval de la distribution de gasoil de chauffage.
- le refus de la S.A. TANKLUX de laisser accéder la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions à ses installations de stockage est justifié objectivement par les contraintes de capacités décrites ci-dessus

7.5.1.3. L'implication des sociétés pétrolières

69. En présence des éléments de fait retracés ci-dessus, qui excluent de façon objective la possibilité pour la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions d'accéder aux installations de stockage gérées par la S.A. TANKLUX dans le port fluvial de Mertert, il faut retenir l'absence de la possibilité de toute pratique anticoncurrentielle, qu'elle soit le fruit d'un comportement unilatéral ou d'une entente entre différentes entreprises. Ce n'est dès lors que pour être exhaustif que la Conseil tient à relever que l'enquête n'a permis de relever aucun élément de nature à démontrer une quelconque collusion, expresse ou tacite, entre la S.A. TANKLUX et les sociétés pétrolières, seules bénéficiaires des installations de stockage en cause, à l'effet d'écartier des capacités de stockage en question toute autre entreprise en général ou la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions en particulier.

Cette enquête n'a pas non plus révélé d'indices d'autres accords ou ententes entre sociétés pétrolières ou entre sociétés pétrolières et la S.A. TANKLUX susceptibles de relever du droit de la concurrence.

7.5.2. Le marché du transport de produits pétroliers par voie fluviale

70. A la suite des préoccupations qui se sont faites jour au cours de l'enquête relative aux pratiques en relation avec l'acheminement des produits pétroliers à destination du port fluvial de MERTERT, l'Inspection de la concurrence avait adressé une demande de renseignement complémentaire à la S.A. TANKLUX en date du 21 avril 2006 traitant entre autres de ce point.

Dans sa réponse du 23 mai 2006, la S.A. TANKLUX explique en substance que

- certains de ses clients, mais pas tous, ont choisi de travailler avec une seule et même entreprise de transport
- que les raisons de ce choix tiennent
 - a) essentiellement à des considérations de sécurité dues au respect de normes internationales et de normes imposées par la S.A. TANKLUX. Dans ce cadre, elle explique que les stipulations relatives aux modalités du transport sont importantes pour garantir un niveau de sécurité élevé
 - b) également à des considérations d'efficacité de gestion dues à l'intervention d'un nombre limité de personnes et d'intermédiaires dans les opérations de ravitaillement

Elle explique en outre que l'une des deux sociétés apparaissant dans les documents (P.V.B.A Scheepvaart BOLLAERT & Rotterdam) n'existerait plus depuis des années et qu'elle ne peut donner d'indications au sujet de la seconde (Naviglobe N.V.) à défaut d'avoir conclu de contrats avec celle-ci.

71. Dans son rapport du 8 novembre 2006, l'Inspection de la concurrence reprend sans autres commentaires ou appréciations ces explications en les faisant siennes.

De l'avis du Conseil, elles ne répondent toutefois pas entièrement aux questions que soulèvent les stipulations contractuelles relevées dans les différents contrats. Ainsi, le Conseil est notamment amené à s'interroger sur le volume du marché en cause et sur l'identité des prestataires choisis par d'autres compagnies pétrolières pour faire acheminer leurs produits vers le port de MERTERT. Le Conseil s'interroge encore sur les liens éventuels entre la S.A. TANKLUX et les entreprises de transport impliquées dans ce marché du transport de produits pétroliers vers le port de MERTERT. Concernant les justifications avancées par la S.A. TANKLUX dans sa réponse du 23 mai 2006, le Conseil s'interroge sur le contenu exact des normes, internationales et internes, mises en avant et sur la capacité, respectivement l'incapacité d'autres entreprises de transport fluvial à les respecter.

Par voie de conséquence, le Conseil renvoie le dossier à l'Inspection de la concurrence pour compléter l'enquête.

a adopté la présente décision

Article 1^{er} :

Les marchés pertinents sont

- **le marché du stockage de produits pétroliers dans les installations portuaires de Mertert**
- **le marché communautaire du transport de produits pétroliers par voie fluviale**

Article 2 :

La Conseil de la concurrence constate l'absence de preuve de pratique anticoncurrentielle sur le marché du stockage de gasoil de chauffage dans les installations du port fluvial de Mertert. La plainte introduite par la s.à r.l. ROCK Fernand Distributions en date du 6 août 2002 contre la S.A. TANKLUX et différentes entreprises pétrolières non autrement individualisées est classée sans autres suites.

Article 3 :

Le Conseil de la concurrence renvoie le dossier à l'Inspection de la concurrence pour parfaire l'enquête relativement aux pratiques relevées sur le marché de l'acheminement par voie fluviale de produits pétroliers vers les installations portuaires de Mertert.

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg en date du 23 avril 2007.

(signé)

Thierry HOSCHEIT
Président

(signé)

Christiane WEIDENHAUPT
Conseiller suppléant

(signé)

Jean-Claude WIWINIUS
Conseiller