



**Décision N° 2009-FO-02**  
**du 3 août 2009**  
**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 Merttert-Port**

Le Conseil de la concurrence ;

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

Vu la décision N° 2007-FO-01 du Conseil de la concurrence du 23 avril 2007 ;

Vu le rapport d'enquête de l'Inspection de la concurrence du 24 novembre 2008 ;

Vu les pièces du dossier ;

considérant ce qui suit :

Table des matières :

1.	Procédure .....	2
2.	Confidentialité .....	3
3.	Questions de droit transitoire.....	4
4.	Problèmes particuliers .....	5
4.1.	Auto-saisine du Conseil de la concurrence ? .....	5
4.2.	Absence de communication des griefs.....	6
5.	Pratiques en cause.....	8
6.	L'entreprise visée : la S.A. Tanklux .....	9

## Version non-confidentielle

7.	Marchés pertinents.....	9
7.1.	Le marché du stockage.....	10
7.1.1.	Description et délimitation.....	10
7.1.2.	Parts de marché et position de force.....	11
7.2.	Le marché de l’approvisionnement.....	12
7.2.1.	Description et délimitation.....	12
7.2.2.	Parts de marché et position de force.....	15
8.	Droit applicable.....	15
8.1.	Droit interne applicable : époque des faits.....	15
8.2.	Applicabilité du droit communautaire : affectation du commerce intracommunautaire ?.....	16
9.	Infraction au droit de la concurrence.....	17
9.1.	Position dominante.....	17
9.2.	Abus de position dominante.....	18
9.3.	Justifications.....	22
9.3.1.	Nécessité objective : les aspects de sécurité.....	26
9.3.2.	Gains d’efficacité.....	30
9.3.3.	L’intérêt national : la sécurité de l’approvisionnement énergétique.....	31
9.3.4.	Conclusion.....	33

### 1. Procédure

**1.** Les rétroactes résultent de la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007, aux termes de laquelle le Conseil de la concurrence a renvoyé 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.

**2.** Le complément d’enquête a donné lieu à la rédaction d’un rapport d’instruction transmis par le rapporteur général de l’Inspection de la concurrence au Conseil de la concurrence en date du 25 novembre 2008. Le rapporteur général y propose à voir classer le dossier, alors que l’instruction n’aurait pas révélé à ses yeux d’infraction au droit de la concurrence de la part de la S.A. Tanklux.

Par transmis du 27 mai 2009, le rapporteur général de l’Inspection de la concurrence fait parvenir au Conseil de la concurrence copie d’un courrier adressé le même jour au mandataire de la S.A. Tanklux, informant ce dernier que par suite d’un oubli le rapport d’instruction ne lui avait pas été adressé, lui communiquant ledit rapport et lui ménageant un délai d’un mois pour formuler d’éventuelles observations.

Par courrier du 20 juillet 2009, le rapporteur général de l’Inspection de la concurrence informe le Conseil de la concurrence de l’absence de prise de position du mandataire de la S.A. Tanklux et lui transmet de façon définitive le rapport d’instruction.

Par une communication du 27 juillet 2009, le rapporteur général a finalement transmis au Conseil un courrier du mandataire de la S.A. Tanklux du 16 juillet 2009 l'informant que malgré quelques divergences d'appréciation, la S.A. Tanklux n'entendait pas revenir en détail sur la communication des griefs.

## 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 au cours de la procédure ayant conduit à la décision N° 2007-FO-01 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, et par la suite sur certaines appréciations personnelles, et les conditions de stockage et de transport de produits pétroliers.

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 décision N° 2007-FO-01, 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.

Aucune des informations confidentielles fournies par la suite ne doit être divulguée pour les besoins de la présente décision.

**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. La question actuellement soumise à l'appréciation du Conseil de la concurrence s'est révélée dans le cadre d'un dossier qui avait 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> :

*« [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 ».*

6. La Cour administrative a retenu que l'intervention de la loi nouvelle ne formait pas obstacle à ce que le Conseil de la concurrence et l'Inspection de la concurrence, nouvellement créés par la loi du 17 mai 2004, procèdent à l'enquête, à la poursuite et à la sanction de faits antérieurs à l'entrée en vigueur de cette loi, peu importe que la Commission des pratiques commerciales restrictives en ait été saisie auparavant (Cour administrative 20 mars 2008, rôle N° 23772C ; Cour administrative 13 novembre 2008, rôle N° 24455C). La position du Conseil de la concurrence exposée dans la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007 au paragraphe 6 se trouve ainsi confirmée.

7. Il découle encore de ces arrêts que le Conseil de la concurrence doit appliquer, selon que les faits incriminés se sont produits avant ou après l'entrée en vigueur de la loi de 2004, les dispositions de droit matériel et de sanction soit de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives, soit de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence (voir en ce sens aussi la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007 aux paragraphes 7 à 9).

8. Le Conseil tient finalement à rappeler la position adoptée dans le cadre de la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007 aux paragraphes 10 à 17 en ce qu'il peut appliquer aux faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de 2004 cumulativement le droit matériel interne (issu de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives) et communautaire (issu des articles 81 et 82 du traité CE), sans toutefois pouvoir y appliquer ni les sanctions du droit communautaire dérivé en cas de violation du droit interne et/ou du droit communautaire, ni les sanctions du droit interne en cas de violation

du droit communautaire. Par contre, pour les faits commis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de 2004, le Conseil ne peut qu'appliquer alternativement soit le droit matériel interne (issu de la loi de 2004), soit le droit matériel communautaire (issu des articles 81 et 82 du traité CE), en fonction de la question de savoir si les faits examinés sont de nature à affecter le commerce entre Etats-membres, sans toutefois pouvoir y appliquer en aucun cas les sanctions du droit communautaire dérivé.

#### 4. Problèmes particuliers

**9.** Par suite de l'évolution procédurale du dossier, le Conseil relève deux aspects particuliers qu'il entend écarter afin de justifier la poursuite de l'argumentation sur le fond. Par ailleurs, ces aspects sont d'importance fondamentale sur la pratique que le Conseil de la concurrence entend suivre à l'avenir, de sorte qu'il lui semble important de fixer sa position à ces égards.

##### 4.1. Auto-saisine du Conseil de la concurrence ?

**10.** Dans un courrier du 13 août 2008 adressé à l'Inspection de la concurrence dans le cadre de la procédure d'enquête, la S.A. Tanklux soulève la question de la régularité de la saisine du Conseil de la concurrence, en faisant valoir que le problème soumis à enquête n'avait pas d'origine extérieure aux autorités de concurrence, mais qu'il avait été soulevé par le Conseil de la concurrence *proprio motu* dans le cadre de l'examen des faits qui étaient à l'origine de la procédure ayant conduit à la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007. Elle a estimé que le Conseil de la concurrence n'était pas légalement autorisé à agir ainsi de son propre chef et à charger l'Inspection de la concurrence d'ouvrir une enquête.

Cet argument revient en définitive à mettre en cause la régularité de la procédure sur base de la considération que le Conseil de la concurrence se serait autosaisi de la problématique tournant autour des prestations d'acheminement par voie fluviale de produits pétroliers vers les installations portuaires de Mertert.

**11.** Il est exact que la loi du 17 mai 2004 ne prévoit pas que le Conseil de la concurrence puisse s'autosaisir d'un problème de droit de la concurrence afin d'adopter une décision. Il est encore exact que le pouvoir d'auto-saisine était prévu dans le projet de loi initial, mais que dans le cadre d'une séparation plus poussée entre les deux organes mis en place et de leurs fonctions respectives, il a été supprimé au cours des travaux parlementaires préparatoires à l'adoption de la loi.

**12.** Le Conseil estime toutefois qu'il n'a pas procédé en l'espèce à une auto-saisine au sens où l'entendaient les rédacteurs du projet de loi ou au sens où on l'entend généralement, ni avoir posé un acte contraire à la volonté exprimée par le législateur au

cours des travaux parlementaires. L'initiative prise par le Conseil en sa décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007 n'a en effet pas consisté à soulever un problème, à enquêter dessus dans un sens exclusivement ou principalement à charge afin d'appuyer les préoccupations qu'il a exprimées et ensuite à adopter une décision à l'encontre de l'entreprise sur base de la seule enquête à charge menée par lui. Le Conseil s'est par contre limité à soulever des préoccupations et à renvoyer le dossier auprès de l'organe d'enquête afin de permettre à celui-ci d'accomplir sa mission. Il n'y a partant pas eu d'atteinte aux principes de séparation des fonctions et missions voulus par le législateur, ce d'autant plus que l'Inspection avait soulevé cette problématique de son propre chef dès avant la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007 (voir paragraphe N° 70).

**13.** Le Conseil de la concurrence estime partant que l'objection formulée par la S.A. Tanklux n'est pas de nature à entamer la régularité procédurale du dossier et à l'empêcher d'examiner le fond du dossier.

#### 4.2. Absence de communication des griefs

**14.** La procédure mise en place par la loi du 17 mai 2004 prévoit que l'Inspection de la concurrence, après avoir achevé son enquête, notifie une communication des griefs à l'entreprise concernée. Dans ce document, l'Inspection doit informer l'entreprise des griefs formulés contre elle en précisant clairement la nature et l'appréciation juridique des faits à l'origine de l'ouverture de la procédure (article 23). A partir de cette communication des griefs, l'entreprise a accès au dossier, dont elle peut librement prendre connaissance (article 24).

La communication des griefs est ainsi un acte essentiel dans le cadre de la procédure, en ce sens qu'elle ouvre la procédure contentieuse et informe l'entreprise concernée officiellement des faits qui lui sont reprochés et de la qualification juridique proposée. Il s'agit d'un des éléments destinés à assurer les droits de la défense de l'entreprise concernée.

**15.** En l'espèce, l'Inspection de la concurrence n'a pas procédé à la rédaction ni à la notification d'une communication des griefs, mais ayant retenu qu'à son sens il n'existait pas de griefs tirés du droit de la concurrence susceptibles d'être reprochés à la S.A. Tanklux, elle a rédigé un simple rapport d'instruction.

Dès lors, le Conseil est amené à s'interroger sur la possibilité de poursuivre le dossier avec la possibilité d'aboutir le cas échéant à une conclusion contraire à celle de l'Inspection de la concurrence.

**16.** Par principe, le Conseil estime qu'il ne saurait être lié par les conclusions de l'Inspection de la concurrence. Ainsi, tout comme il lui est possible de conclure à l'absence d'infraction au droit de la concurrence à la suite d'une communication des griefs en bonne et due forme notifiée par l'Inspection de la concurrence, il doit lui être

possible de conclure à l'existence d'une telle infraction en l'absence de pareille communication des griefs.

Admettre le contraire reviendrait d'une part à priver le Conseil de la concurrence de son pouvoir de décision dans tous les dossiers ne recelant de l'avis de l'Inspection de la concurrence pas d'infraction, et finirait ainsi à dénier au Conseil de la concurrence son rôle de gardien du fonctionnement concurrentiel des marchés, et aboutirait d'autre part dans cette hypothèse à priver toutes les entreprises et personnes victimes d'un comportement anticoncurrentiel, et qui ont le cas échéant adressé une plainte formelle à l'Inspection de la concurrence, du bénéfice d'une appréciation portée par le Conseil de la concurrence sur le dossier.

**17.** En vue de garantir les droits de l'entreprise concernée dans un tel cas de figure, le Conseil estime approprié dans cette hypothèse d'adresser à cette dernière une évaluation préliminaire dans laquelle il lui fait part de ses conclusions préalables quant à l'existence éventuelle d'une infraction au droit de la concurrence, cette évaluation préliminaire devant remplacer la communication des griefs et à ce titre informer l'entreprise des griefs formulés contre elle en précisant clairement la nature et l'appréciation juridique des faits à l'origine de l'ouverture de la procédure dès lors ouverte. Il est toutefois évident que pareille évaluation préliminaire ne peut se baser que sur le dossier d'instruction tel que transmis par l'Inspection de la concurrence en se bornant à y apporter une appréciation factuelle, juridique ou économique différente de celle de l'Inspection de la concurrence, sans que le Conseil ne puisse compléter le dossier de sa propre initiative par des éléments de preuve ou d'appréciation autres que ceux publiquement accessibles et soumis à la contradiction. Seule la décision finale qu'il sera appelé à adopter par la suite après l'audition de toutes les parties impliquées, intéressées ou dont la loi impose la présence aux débats (entreprise visée, ministre ayant dans ses attributions l'Economie, Inspection de la concurrence, entreprise plaignante, autres entreprises concernées) pourra prendre en considération des éléments complémentaires versés au dossier par ces dernières.

**18.** Le Conseil de la concurrence estime partant que l'absence de communication des griefs émise par l'Inspection de la concurrence n'est pas de nature à l'empêcher de poursuivre l'examen du fond du dossier dans le respect des règles prédécrites.

Le Conseil tient toutefois à souligner dans cette perspective qu'en présence d'un dossier ne contenant pas d'entreprise plaignante qui devrait être consultée avant classement du dossier, il n'est saisi que par le dossier tel que soumis à son appréciation par l'Inspection de la concurrence. Ainsi, si une évaluation préliminaire contraire aux conclusions de l'Inspection de la concurrence ne peut reposer que sur ce seul dossier, sous réserve des éléments contradictoirement apportés le cas échéant lors de la procédure devant le Conseil de la concurrence, une conclusion identique à celle de l'Inspection de la concurrence reposera dans ce cas de même nécessairement sur ce dossier, sans qu'il n'ait pu être complété par des parties tierces. Par voie de conséquence, la procédure peut le cas échéant être rouverte ultérieurement en cas d'apparition de circonstances nouvelles ou inconnues au jour de l'adoption de la décision du Conseil.

## 5. Pratiques en cause

**19.** La décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007 décrit au paragraphe 19 la pratique donnant lieu à préoccupations en ces termes :

*« 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. »*

Ces préoccupations sont précisées au paragraphe 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. »*



6. L'entreprise visée : la S.A. Tanklux

**20.** La S.A. Tanklux et ses activités ont été décrites dans la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007 aux paragraphes 22 à 25. Le complément d'enquête n'a pas révélé d'éléments complémentaires importants influant sur la présente décision.

Par rapport au point resté ouverte au paragraphe 55 de la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007 quant à la question de savoir si la S.A. Tanklux est directement active sur le marché du transport fluvial, il faut retenir sur base des éléments recueillis que tel n'est pas le cas.

**21.** Il importe encore de décrire les relations de la S.A. Tanklux avec les entreprises de transport fluvial qui sont nommément désignées dans les documents figurant au dossier. Au delà des liens commerciaux et économiques, ces liens sont de toute évidence de nature familiale.

Les actionnaires de la S.A. Tanklux sont les frères Romain (100 actions), Lucien (100 actions) et Julien (85 actions) Bollaert, ainsi que Maria Ohm (15 actions).

La société P.V.B.A Scheepvaart BOLLAERT & Rotterdam, avant d'avoir été dissoute à une époque non autrement déterminée, avait comme actionnaires les frères Romain, Lucien et Julien Bollaert, ainsi que leur sœur Mathilde Bollaert et Romanie Vaneetvelde.

La société Naviglobe N.V. pour sa part a comme actionnaires le dénommé Romain Bollaert (2 actions) et ses deux fils Bruno (124 actions) et Daniel (124 actions) Bollaert.

7. Marchés pertinents

**22.** Dans le cadre du reproche initialement sous examen dans la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007, qui portait sur le refus de location de capacités de stockage de gasoil au profit d'une entreprise revenderesse, cette décision avait successivement décrit aux paragraphes 26 à 42 les produits pétroliers formant l'objet du négoce sur les différents marchés concernés à l'époque, ainsi que les marchés de la distribution de gasoil, du stockage de produits pétroliers et de l'approvisionnement des sites de stockage.

Aux paragraphes 44 à 53, cette décision avait alors délimité comme marchés pertinents le marché national du stockage de gasoil dans les installations gérées par la S.A. Tanklux dans le port fluvial de MERTERT et le marché communautaire du transport fluvial de produits pétroliers à destination des installations portuaires de MERTERT

Dans le cadre de la présente décision, il faut revenir sur ces deux marchés. Ils sont suffisamment connexes pour pouvoir sanctionner le cas échéant un abus d'une position dominante existante sur l'un mais produisant ses effets sur l'autre.

## 7.1. Le marché du stockage

### 7.1.1. Description et délimitation

**23.** Quant aux produits, la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007, qui concernait les éventuelles restrictions imposées par la S.A. Tanklux sur le marché aval de la distribution de gasoil de chauffage, avait restreint le marché du stockage pertinent aux gasoils.

Dans la présente décision, qui porte sur les éventuelles restrictions imposées par la S.A. Tanklux sur le marché amont de l'approvisionnement de ses installations portuaires, il y a lieu de prendre en considération non seulement les capacités de stockage de gasoils, mais également les capacités de stockage d'essences de toutes sortes, puisque les préoccupations relevées au niveau du marché amont concernent les transports des produits pétroliers du type gasoils et essences.

**24.** D'un point de vue géographique, le marché de stockage est en soi national puisque la réglementation oblige les entreprises pétrolières importatrices à maintenir un stock minimum sur le territoire luxembourgeois.

Pour les besoins de la présente décision, le marché de stockage pertinent doit cependant être restreint aux capacités de stockage disponibles dans le port de Mertert. En effet, les capacités de stockage existantes sur le territoire luxembourgeois se caractérisent par une insuffisance au regard des exigences découlant des engagements internationaux, et le fait que les entreprises qui détiennent des capacités de stockage à d'autres endroits sur le territoire luxembourgeois (tel que retracé dans le tableau N° 2 dans la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007) sont en même temps des sociétés pétrolières importatrices de produits pétroliers qui sont également tenues par des obligations de stockage minimales et exploitent donc presque intégralement elles-mêmes leurs capacités de stockage. Elles ne concèdent en effet que de façon très limitée la location de capacités de stockage à d'autres entreprises pétrolières (voir tableau N° 3 dans la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007).

Ainsi, faute de disponibilités et d'alternatives aux capacités de stockage gérées par la S.A. Tanklux dans le port de Mertert, les entreprises pétrolières qui y ont pris en location des capacités de stockage ne pourraient pas se tourner vers d'autres prestataires.

**25.** Le marché pertinent est donc le marché du stockage de produits pétroliers des catégories gasoils et essences dans les installations de stockage existantes dans le port fluvial de Mertert.

A titre de rappel<sup>1</sup>, le tableau ci-dessous reprend le volume de ce marché.

Tableau 5 : Capacités de stockage données en location par la S.A. TANKLUX à des entreprises pétrolières  
[CONFIDENTIEL : IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNEES ET DE LEURS CAPACITES DE STOCKAGE]

origine et date de l'information	Locataire	Gasols	Essences	Total
Tanklux à l'OCRA le 19.3.2002				
	Totaux	38.500 m <sup>3</sup>	23.800 m <sup>3</sup>	62.300 m <sup>3</sup>
Tanklux le 21.11.2003 à la CPR		39.000 m <sup>3</sup>	24.800 m <sup>3</sup>	63.800 m <sup>3</sup>
Tanklux le 20.5.2005 à l'Inspection de la concurrence		37.000 m <sup>3</sup>	25.300 m <sup>3</sup>	62.300 m <sup>3</sup>
état au 1.1.2002				
état au 31.12.2002		37.000 m <sup>3</sup>	25.300 m <sup>3</sup>	62.300 m <sup>3</sup>
état au 31.12.2003		39.000 m <sup>3</sup>	24.800 m <sup>3</sup>	63.800 m <sup>3</sup>
état au 1.7.2004		40.500 m <sup>3</sup>	24.800 m <sup>3</sup>	65.300 m <sup>3</sup>
état au 31.12.2004		40.500 m <sup>3</sup>	24.800 m <sup>3</sup>	65.300 m <sup>3</sup>
état au 13.5.2005		40.500 m <sup>3</sup>	24.800 m <sup>3</sup>	65.300 m <sup>3</sup>
Contrats fournis par Tanklux et ses clientes au cours de l'instruction				
	Totaux	38.200 m <sup>3</sup>	27.000 m <sup>3</sup>	65.200 m <sup>3</sup>

#### 7.1.2. Parts de marché et position de force

26. La décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007 avait retenu au paragraphe 54 que la S.A. Tanklux détenait une position monopolistique sur le marché pertinent tel que défini.

<sup>1</sup> Il s'agit du tableau N° 5 de la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007.

Même en élargissant le marché pertinent aux essences, la S.A. Tanklux étant toujours la seule à gérer des installations de stockage dans le port de Mertert, elle détient toujours un monopole sur le marché pertinent.

## 7.2. Le marché de l'approvisionnement

### 7.2.1. Description et délimitation

**27.** Pour les besoins de la présente décision, le marché de l'approvisionnement du port de Mertert englobe tant les prestations de transport effectuées directement par des entreprises de transport au profit des entreprises pétrolières, que les prestations de courtage, i.e. les prestations d'entremise par lesquelles une entreprise de courtage met en relation une entreprise pétrolière demanderesse de prestations de transport avec une entreprise de transport offrant de telles prestations de transport.

Il importe en effet à l'entreprise pétrolière d'assurer le transport des produits pétroliers. Or, la prestation de transport exécutée directement par un cocontractant peut être utilement substituée dans son chef par une prestation de courtage par laquelle une entreprise de courtage se charge d'organiser le transport au profit de l'entreprise pétrolière.

**28.** Techniquement, les installations de stockage du port de Mertert peuvent être approvisionnées par voie fluviale, par voie ferroviaire et par voie routière, puisque ces installations sont connectées à ces trois modes de transport.

Les préoccupations faisant l'objet de la présente décision concernent le transport par voie fluviale. Il importe donc de déterminer si les deux autres modes de transport y sont substituables.

Tel que rappelé au paragraphe 45 de la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007, il est tenu compte dans le cadre de cette analyse 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 demandeurs.

Or, si les modes de transport par voie ferroviaire et par voie fluviale peuvent d'un point de vue strictement technique se substituer au transport par la voie fluviale, cette substituabilité n'opère cependant plus si on prend en considération les facilités de transport procurées par la voie fluviale, les quantités pouvant être acheminées par transport et les facilités logistiques associées au transport fluvial, comparées aux conditions prévalant pour le transport ferroviaire et plus encore pour le transport routier. De même, en cas d'augmentation légère mais significative et durable du prix du transport fluvial, il faut admettre que les entreprises pétrolières en tant que demanderesses du service de transport ne passeraient pas à un autre mode de transport, ni que les entreprises de transport actives sur le marché ferroviaire et routier engageraient les investissements nécessaires pour entrer sur le marché du transport fluvial.

**29.** D'un point de vue géographique, le transport de produits pétroliers à destination du port de Mertert se fait depuis les ports maritimes situés en Belgique et aux Pays-Bas. Il peut être offert par toute entreprise de navigation fluviale effectuant le transport de produits pétroliers, peu importe son lieu d'établissement au sein du marché commun.

**30.** Le marché pertinent est donc constitué par le marché communautaire de l'acheminement de produits pétroliers par voie fluviale à destination des installations portuaires de Mertert, que ce soit par une prestation de services de transport ou de services de courtage.

Sur base des données recueillies au cours de l'instruction, l'ampleur de ce marché se présente comme suit :

Tableau N° 2 : Quantités de produits pétroliers acheminés vers le port de Mertert par voie fluviale

année	produit	Cumul des quantités indiquées par les entreprises pétrolières	Quantités indiquées par la S.A. Tanklux	Différences entre les chiffres fournis par les entreprises pétrolières et la S.A. Tanklux
		m <sup>3</sup>	m <sup>3</sup>	m <sup>3</sup>
2003	gasols	369 394,5860	333 302,2647	36 092,3213
	essences	191 939,7790	161 073,5603	30 866,2187
2004	gasols	447 248,4900	432 502,5671	14 745,9229
	essences	164 341,6730	157 345,6318	6 996,0412
2005	gasols	483 477,9920	472 781,9600	10 696,0320
	essences	132 636,0680	131 229,2291	1 406,8389
2006	gasols	455 611,3910	451 306,3506	4 305,0404
	essences	158 269,5490	158 051,0146	218,5344
2007	gasols	441 894,3500	442 738,9988	-844,6488
	essences	161 786,2940	155 097,5709	6 688,7231

**31.** Ces chiffres permettent, afin de fixer la taille du marché concerné, d'évaluer approximativement le nombre de transports requis par années pour procéder à l'acheminement de ces produits pétroliers. A cet effet, il y a lieu de tenir compte du fait qu'il est généralement prévu dans certains contrats que les transports sont effectués par barges assurant une capacité de transport comprise entre 1.500 et 2.500 tonnes, de sorte qu'on peut retenir une capacité moyenne pour ces barges de 2.000 tonnes, soit approximativement 2.350 m<sup>3</sup> de gasoil, respectivement environ 2.650 m<sup>3</sup> d'essence.

Compte tenu des divergences entre les chiffres provenant de différentes sources et en fonction de la date de référence, le tableau ci-dessous est donné à titre indicatif sur base des quantités indiquées par les entreprises pétrolières telles que ces données sont indiquées dans le tableau N° 2. Sur cette base, il a fallu avoir recours au nombre de rotations comme indiqué dans le tableau suivant pour réapprovisionner les installations du port de Mertert :

Tableau N° 3 : Nombre de rotations par année

année	produit	Quantités transportées	Nombre de transports
		m <sup>3</sup>	
2003	gasols	369 394,59	157
	essences	191 939,78	72
2004	gasols	447 248,49	190
	essences	164 341,67	62
2005	gasols	483 477,99	206
	essences	132 636,07	50
2006	gasols	455 611,39	194
	essences	158 269,55	60
2007	gasols	441 894,35	188
	essences	161 786,29	61

### 7.2.2. Parts de marché et position de force

**32.** Le marché de l'acheminement de produits pétroliers par voie fluviale à destination des installations portuaires de MERTERT, englobant le transport fluvial de produits pétroliers et le courtage pour ces prestations, est la cible du comportement de la S.A. Tanklux sous examen. L'absence, la présence ou les parts de marché de celle-ci sur ce marché n'ont ainsi pas d'incidence et il n'est pas nécessaire de les analyser.

## 8. Droit applicable

### 8.1. Droit interne applicable : époque des faits

**33.** Au paragraphe 42 de la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007 étaient énumérés les contrats dont le contenu avait soulevé les préoccupations.

Ces contrats ont été conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence (notamment avec les sociétés S.A. Seca, S.A. ConocoPhillips, S.A. Total), mais certains ont conservé leur force contraignante au-delà de cette date (notamment les contrats conclus avec les sociétés S.A. B.P. et S.A. Aral).

Ces faits produisent donc leurs effets aussi bien avant qu'après la date d'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 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, respectivement du droit communautaire.

## 8.2. Applicabilité du droit communautaire : affectation du commerce intracommunautaire ?

**34.** Le droit communautaire des articles 81 et 82 du traité CE n'a vocation à s'appliquer que lorsque la pratique en cause est susceptible d'affecter de manière sensible le commerce intra-communautaire<sup>2</sup>.

La décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007 avait retenu en son paragraphe 61 que les pratiques relevées dans le chef de la S.A. Tanklux semblaient à première vue être de nature à affecter le commerce intra-communautaire dans la mesure où elles seraient de nature à empêcher des entreprises établies dans d'autres Etats membres d'accéder au marché pertinent de l'acheminement de produits pétroliers vers le port fluvial de Mertert, mais avait réservé une appréciation définitive sur ce point.

Cette appréciation peut être confirmée à l'heure actuelle : la pratique sous examen est de nature à influencer sur les échanges intracommunautaires.

**35.** Toutefois, le comportement de la S.A. Tanklux sous examen n'est pas de nature à affecter de manière sensible le commerce intra-communautaire. Afin d'apprécier ce critère de la sensibilité, il convient de comparer l'ampleur de l'activité commerciale affectée par ce comportement, i.e. l'acheminement de produits pétroliers par voie fluviale à destination du port de Mertert, par rapport à l'intégralité de l'activité commerciale en question, i.e. le transport de produits pétroliers par voie fluviale sur le marché géographique pertinent, en restreignant toutefois l'appréciation aux transports prenant leur origine dans des ports maritimes qui sont effectivement reliés au port de Mertert par la voie fluviale.

Il se dégage des éléments du dossier que l'approvisionnement du port de Mertert par voie fluviale se fait potentiellement à partir des ports de Rotterdam, Amsterdam, Vlissingen et Anvers. Les données publiquement accessibles permettent d'établir comme suit les quantités de produits pétroliers sortants desdits ports par voie de barge à destination de leur arrière pays<sup>3</sup> :

---

<sup>2</sup> Aux termes de l'article 6 de la loi du 17 mai 2004, le Conseil de la concurrence applique les articles 81 et 82 du traité CE à titre exclusif lorsque le commerce intracommunautaire est susceptible d'être affecté par une affaire qui lui est soumise. Cette disposition légale ne comporte donc pas de référence au critère de la sensibilité. En raison de la primauté du droit communautaire sur le droit national, cette disposition légale doit toutefois être appliquée en conformité du droit communautaire, de sorte que la condition de l'affectation sensible, qui fait partie intégrante du droit communautaire comme conditionnant son applicabilité, doit être prise en considération par le Conseil.

<sup>3</sup> Les chiffres représentent des tonnes métriques.

Les chiffres ne portent pas sur la même année, mais sont destinées à donner une idée du trafic sortant de ces ports. Il est à admettre que les variations d'une année sur l'autre ne sont pas fondamentales et ne sont donc pas de nature à fausser l'appréciation générale.



Tableau N° 4 : Quantités de produits pétroliers quittant les ports Rotterdam, Amsterdam, Vlissingen et Anvers de par barge

Rotterdam (en 2005)	22.644.000
Amsterdam (en 2006)	7.013.000
Vlissingen (en 2007)	8.007.000
Anvers (en 2008)	18.087.126
TOTAL	55.751.126

Or, pour les années 2006 et 2007, les entreprises pétrolières indiquent avoir fait décharger au port de Mertert les quantités de produits pétroliers (gasoils et essences) à concurrence de respectivement (387.270 + 119.494 =) 506.764 tonnes et (375.610 + 122.149 =) 497.759 tonnes. Ces quantités représentent environ 0,9% du total du tonnage au départ par barges à partir des quatre ports maritimes pertinents.

**36.** L'affectation que le comportement de la S.A. Tanklux peut avoir sur le commerce intra-communautaire du transport de produits pétroliers par voie fluviale et des prestations de courtage a relatives est donc minime. Le droit communautaire n'est partant pas applicable.

## 9. Infraction au droit de la concurrence

**37.** Les circonstances relevées dans le cadre de la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007 donnaient lieu à des préoccupations au regard de la seule qualification d'abus de position dominante dans le chef de la S.A. Tanklux, à l'exclusion de considérations tirées de la conclusion d'une entente anticoncurrentielle. Les investigations complémentaires menées par l'Inspection de la concurrence n'ont pas apporté d'éléments nouveaux à cet égard.

Il y a donc lieu d'examiner le comportement de la S.A. Tanklux à la lumière de l'article 1<sup>er</sup>, point 2 et de l'article 2, point 2 de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives pour autant que ce comportement est antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence et à la lumière de l'article 5 de cette dernière loi pour autant que le comportement est postérieur à son entrée en vigueur.

### 9.1. Position dominante

**38.** Il a été retenu ci-dessus que la S.A. Tanklux détient une position de monopole sur le marché pertinent du stockage de produits pétroliers dans les installations portuaires de Mertert.

## 9.2. Abus de position dominante

39. Il résulte des pièces du dossier que sur la période sous examen, six entreprises pétrolières ont pris des capacités de stockage en location auprès de la S.A. Tanklux. Il s'agit de sociétés Total, SECA/ConocoPhilips, B.P., Aral, Texaco et Kuwait Petroleum.

La rédaction des contrats conclus entre la S.A. Tanklux et les entreprises pétrolières sur le marché du stockage de produits pétroliers dans les installations portuaires de Mertert avait suscité des préoccupations concernant l'éventuelle exploitation abusive de sa position monopolistique sur ce marché en vue de contraindre les entreprises pétrolières de confier les prestations sur le marché amont de l'acheminement de produits pétroliers à destination du port de Mertert et des prestations de courtage y associées à une ou des entreprises désignées par elle.

Les stipulations contractuelles pertinentes à cet égard sont les suivantes :

- 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<sup>er</sup> octobre 2003 entre la S.A. TANKLUX et les sociétés du groupe Total ne contient pas de stipulation afférente à ce point
- 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<sup>er</sup> 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 ...* »
- 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<sup>er</sup> janvier 1998 au 31 décembre 2002 et en date du 3 février 2003 pour la période du 1<sup>er</sup> 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. »*
- la convention 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<sup>er</sup> 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 antérieur conclu en date du 7 juillet 2000 entre la S.A. Tanklux et la S.A. Aral pour la durée du 1<sup>er</sup> janvier 2000 au 31 décembre 2003 ne contenait pas de stipulation afférente à ce point)
  - 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 »*.

Ainsi, sur les six entreprises pétrolières concernées, les contrats conclus avec quatre d'entre<sup>4</sup> elles contiennent des stipulations concernant le choix du transporteur.

Le sens et la portée juridique de ces stipulations sont parfaitement claires : soit, en ce qui concerne les entreprises Total et SECA/ConocoPhillips, le transport est organisé par la S.A. Tanklux à partir des ports maritimes de départ en ayant recours à des entreprises ou barges désignées par elle (seule la S.A. SECA disposant d'un droit de véto, mais sans pouvoir désigner un transporteur de son choix), soit, en ce qui concerne les sociétés B.P. et Aral, le transport doit être confié par l'entreprise pétrolière à la société Naviglobe nommément désignée, sous peine de voir résolu le contrat de stockage de produits pétroliers.

Une application juridique et à la lettre de ces stipulations conduit donc nécessairement à imposer des conditions commerciales aux entreprises pétrolières et à écarter toute autre entreprise active dans le domaine de l'acheminement par la voie fluviale de produits pétroliers, autre que celle désignée par la S.A. Tanklux, du marché pertinent de l'acheminement par voie fluviale fluvial de produits pétroliers vers le port de Mertert et des activités de courtage afférentes.

**40.** La S.A. Tanklux explique face aux préoccupations qui ont été élevées tout d'abord que la société Naviglobe n'est pas une société de transport, mais une société de courtage en transport fluvial, qui se borne à rechercher et à organiser des possibilités de transport par la voie fluviale, sans en effectuer elle-même.

---

<sup>4</sup> Seuls les contrats conclus avec deux entreprises ne contiennent pas de stipulations en ce sens :

- 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 sur 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 des transports fluviaux en provenance de Rotterdam et de Vlissingen ont été assurés par la société Naviglobe N.V.
- le contrat conclu en date du 9 février 1996 entre la S.A. Tanklux et la S.A. Texaco est aussi muet sur ce point. Il semble en être de même pour le contrat conclu entre ces deux entreprises en date du 5 août 2002 (qui figure uniquement en néerlandais au dossier).

Cette affirmation peut être mise en doute au regard de l'objet social de la société Naviglobe, qui englobe les activités de transport pour son propre compte<sup>5</sup>.

Elle peut de même être mise en doute au regard des stipulations des conventions conclues par la société Naviglobe avec différentes entreprises pétrolières :

- les conventions conclues en 2004 avec les entreprises Aral et B.P. précisent en leur article 1<sup>er</sup> que les entreprises pétrolières chargent Naviglobe du transport de produits pétroliers et que si Naviglobe n'est pas en mesure de pourvoir assez de barges de sa propre flotte, elle se chargera d'en procurer auprès d'entreprises tierces. Les mêmes contrats imposent encore à Naviglobe l'obligation de pourvoir les barges de personnel suffisamment qualifié et envisage comme simple possibilité le recours à des sous-contrats à conclure par Naviglobe (article 5.4.)
- la convention conclue en 2004 avec l'entreprise Total énumère à l'article 6 de la 1<sup>e</sup> partie trois unités (barges) exploitées par la société Naviglobe, tandis que l'article 1<sup>er</sup> de la 2<sup>e</sup> partie précise que Naviglobe peut exécuter les transports soit par ses propres barges, soit par des barges affrétées, tandis que l'article 10 prévoit la modalité du sous-contrat
- la convention conclue en 2007 avec Texaco pour formaliser une pratique remontant à plusieurs années figure uniquement en néerlandais au dossier, de sorte que le Conseil ne peut en prendre connaissance en détail. Elle semble toutefois être conçue sur le même modèle que les conventions précitées.

Le Conseil admet cependant l'explication de la S.A. Tanklux qu'en pratique, la société Naviglobe effectue uniquement des opérations de courtage, à l'exclusion d'opérations de transport.

L'activité concrète de la société Naviglobe reste par ailleurs sans pertinence au stade actuel du raisonnement, puisqu'il importe peu au regard du droit de la concurrence si le

---

<sup>5</sup> D'après la traduction des statuts établie par l'Inspection de la concurrence, « [l]a société effectue, à la fois pour son propre compte et pour le compte de ou avec la participation de parties tierces :

- a. tous les transports de personnes, de biens, de matières premières, de produits pétroliers, de produits chimiques et de gaz liquéfiés, à la fois sur mer, les voies navigables, le rail, la route et par voie aérienne, tant au niveau national qu'international ;
- b. directement ou indirectement, à cet égard, toutes les transactions d'achat, de vente, de location, de gestion, d'exploitation, d'affrètement, de courtage maritime, et d'arrimage ;
- c. toutes les opérations de transmission dans tous ses aspects, y compris l'Agence des douanes, de la manutention portuaire sous toutes ses formes, de la gestion de transport, de stockage et de transbordement de tous les biens et produits ;
- d. toutes les activités liées à la location d'exploitation, d'entretien, de réparation de tous les transports et matériaux ;
- e. l'exercice des activités professionnelles suivantes :
  - i. commission de transport,
  - ii. courtage de transport,
  - iii. agence de transport ;
- f. l'ensemble du commerce de produits pétroliers, aussi bien le commerce de gros que le commerce de détail, tant national qu'international. »

comportement de l'entreprise dominante vise à restreindre la libre concurrence sur le marché du courtage de transports fluviaux ou sur le marché du transport fluvial.

**41.** La S.A. Tanklux explique ensuite en réponse à la 4<sup>e</sup> question du questionnaire du 21 janvier 2008 de l'Inspection de la concurrence que la société Naviglobe propose un contrat de courtage aux entreprises pétrolières, que l'entreprise pétrolière vérifie que la société Naviglobe respecte les critères de sécurité pertinents avant de conclure un contrat de courtage avec Naviglobe, qu'elle-même vérifie ensuite si l'entreprise de courtage ou de transport choisie par l'entreprise pétrolière respecte les critères de sécurité et qu'ensuite le nom du courtier ou transporteur est inséré dans le contrat conclu entre elle-même et l'entreprise pétrolière afin d'assurer le recours à l'entreprise « agréée » par les deux contractants et ainsi assurer le respect au quotidien des normes de sécurité.

Si cette explication est conciliable avec le cadre juridique tel que tracé par les conventions conclues par la S.A. Tanklux avec les entreprises Total et SECA/ConocoPhillips, dont la rédaction laisse ouverte la possibilité d'une concertation préalable sur la désignation du courtier ou transporteur en charge de l'acheminement des produits pétroliers vers le port de MERTERT, elle est par contre incompatible avec le cadre juridique mis en place par les conventions signées par la S.A. Tanklux avec les entreprises B.P. et Aral, dont la rédaction laisse clairement entrevoir qu'il n'y a pas encore d'accord sur le courtier ou transporteur, et que le contrat de stockage est soumis à la condition résolutoire de la conclusion d'un contrat de courtage ou de transport avec la société Naviglobe.

**42.** La S.A. Tanklux explique finalement que malgré les termes des contrats qu'elle conclut avec les entreprises pétrolières, qu'elle concède être malheureux en ce qui concerne les entreprises B.P. et Aral et qu'elle affirme avoir modifiés à partir de l'année 2007, l'entreprise pétrolière est libre de conclure un contrat de courtage ou de transport avec une autre entreprise que Naviglobe.

Les entreprises pétrolières confirment en termes variables que leur choix du courtier/transporteur est libre et qu'il se fait en fonction de critères objectifs tels que le prix, la qualité de service, le respect des normes de sécurité, ou l'expérience professionnelle<sup>6</sup>. Elles expliquent toutefois aussi en règle générale ne pas avoir spécialement prospecté le marché pour trouver d'autres offreurs que les sociétés P.V.B.A Scheepvaart BOLLAERT & Rotterdam ou Naviglobe. Elles expliquent cette inertie par la satisfaction des services apportés et le maintien par Naviglobe de ses conditions commerciales pendant plusieurs années.

Force est dès lors de relever que face à la liberté de principe affichée, aucune des entreprises pétrolières qui se trouvent en relations d'affaires avec la S.A. Tanklux n'a eu recours à d'autres courtiers ou transporteurs que les sociétés P.V.B.A Scheepvaart BOLLAERT & Rotterdam ou Naviglobe. Tel est le cas tant pour les quatre entreprises qui ont conclu des contrats avec des stipulations plus ou moins contraignantes que pour

---

<sup>6</sup> A noter cependant qu'une seule des entreprises pétrolières fait état dans ce cadre d'une concertation entre elle, la S.A. Tanklux et la société de transport ou de courtage pressentie lors du choix de cette dernière.

les deux entreprises dont les contrats ne contiennent pas de telles stipulations, puisque la société Texaco a de tous temps fait effectuer les transports en question par la société Naviglobe, cet accord oral ayant été formalisée par un contrat écrit en date du 9 février 2007 et que la société Kuwait Petroleum a également recours aux services de la société Naviglobe.

**43.** Le Conseil déduit de ce qui précède un faisceau d'indices suffisamment précis et concordants pour retenir que la S.A. Tanklux exerce des pressions plus ou moins avérées sur les entreprises pétrolières afin de les amener à contracter sur le marché de l'acheminement de produits pétroliers vers le port de Mertert, respectivement des prestations de courtage y relatives, avec la société Naviglobe. Si ces pratiques n'ont pas suscité de réaction de la part de ces entreprises pétrolières, dont on peut admettre en raison de leur taille et de leur puissance commerciale qu'elles disposent d'un pouvoir de négociation important du côté de la demande, il en est ainsi en raison du maintien à leur égard de conditions d'exploitation et commerciales acceptables. Il n'en demeure pas moins qu'elles ont pour objet et qu'elles ont pour effet de forclure le marché du courtage et/ou du transport de produits pétroliers par la voie fluviale à destination du port de Mertert et d'empêcher l'accès d'autres entreprises sur ce marché. Pareille forclusion a du moins potentiellement des effets négatifs sur les consommateurs.

Le Conseil estime donc que la S.A. Tanklux a abusé de sa position dominante en contraignant les entreprises pétrolières d'avoir recours aux services des sociétés P.V.B.A Scheepvaart BOLLAERT & Rotterdam ou Naviglobe pour assurer les services de courtage pour le transport par voie fluviale de produits pétroliers vers le port de Mertert, respectivement les services de transport par voie fluviale de produits pétroliers vers le port de Mertert.

Le caractère anticoncurrentiel par objet de cette pratique se caractérise par le fait qu'elle est de nature à empêcher les entreprises pétrolières d'avoir recours à d'autres prestataires, et d'empêcher d'autres prestataires de pénétrer sur ce marché.

**44.** Le Conseil tient à ajouter que même si cette conclusion ne devait être retenue qu'en ce qui concerne les sociétés B.P. et Aral, en raison de la contrainte juridique forte qui émane de la clause résolutoire figurant dans leurs contrats et qui fait défaut dans les autres relations contractuelles, la pratique n'en deviendrait pas pour autant inexistante ni d'importance négligeable. Il résulte en effet des données quantitatives collectées que le volume des transactions cumulées de ces deux sociétés couvre pour les années 2003 à 2007 entre 48,83% et 62,25% des quantités acheminées pour les gasoils et entre 48,54% et 65,53% des quantités acheminées pour les essences.

### 9.3. Justifications

**45.** L'article 81, § 3 du traité CE contient des dispositions spécifiques permettant à des ententes anticoncurrentielles d'échapper aux sanctions et interdictions du droit de la

concurrence communautaire par le biais du mécanisme des exemptions pour autant que les conditions prévues audit article sont remplies.

L'article 4 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence reprend les mêmes règles en droit national.

**46.** Même en l'absence de dispositions expresses dans l'article 82 du traité CE relatif aux abus de positions dominante, il est admis aujourd'hui qu'il convient dans ce domaine d'appliquer également une sorte de règle de raison, permettant à certains comportements unilatéraux abusifs d'être exemptés de toute sanction.

Dans la Communication de la Commission C(2009) 864 final du 9 février 2009 contenant Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, cette approche est décrite dans les termes suivants (paragraphe 28) :

*« En appliquant l'article 82, la Commission examinera également les arguments avancés par une entreprise dominante pour justifier son comportement. Cette dernière peut à cet effet démontrer soit que son comportement est objectivement nécessaire, soit qu'il produit des gains d'efficacité substantiels qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels produits sur les consommateurs. Dans ce contexte, la Commission examinera si le comportement en cause est indispensable et proportionné à l'objectif prétendument poursuivi par l'entreprise dominante. »*

Concernant plus spécialement la justification tenant à la nécessité objective d'un comportement, la communication poursuit (paragraphe 29) :

*« Il convient, pour déterminer si un comportement est objectivement nécessaire et proportionné, de se fonder sur des facteurs extérieurs à l'entreprise dominante. Ainsi, un comportement d'éviction peut être considéré comme objectivement nécessaire pour des raisons touchant à la santé ou à la sécurité qui sont liées à la nature du produit considéré. Toutefois, il convient de tenir compte, lors de l'établissement du caractère objectivement nécessaire de ce type de comportement, de ce qu'il appartient normalement aux autorités publiques de fixer et de faire respecter les normes de santé publique et de sécurité. Il n'incombe pas à l'entreprise dominante de prendre des initiatives afin d'évincer des produits qu'elle considère, à tort ou à raison, comme dangereux ou inférieurs à son propre produit. »*

Le domaine des gains d'efficacité est approché en ces termes (paragraphe 30) :

*« La Commission considère qu'une entreprise dominante peut aussi justifier des pratiques aboutissant à évincer les concurrents par des gains d'efficacité d'une ampleur suffisante pour qu'il soit peu probable que les consommateurs en subissent un préjudice net. Dans ce contexte, l'entreprise dominante devra généralement démontrer, avec un degré de probabilité*

suffisant et sur la base de preuves vérifiables, que les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- les gains d'efficacité ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce au comportement considéré. Il peut s'agir notamment d'améliorations techniques de la qualité des biens ou d'une réduction du coût de production ou de distribution ;
- le comportement est indispensable à la réalisation de ces gains d'efficacité : il ne doit pas y avoir d'autres pratiques moins anticoncurrentielles que le comportement considéré capables de produire les mêmes gains d'efficacité ;
- les gains d'efficacité susceptibles d'être produits par le comportement considéré l'emportent sur les effets préjudiciables probables sur la concurrence et le bien-être des consommateurs sur les marchés affectés ;
- le comportement n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle. La rivalité entre entreprises est un moteur essentiel de l'efficacité économique, qui comprend notamment les gains d'efficacité dynamiques sous forme d'innovation. En son absence, l'entreprise dominante ne sera pas suffisamment incitée à continuer de créer et de répercuter les gains d'efficacité. Lorsqu'il n'y a pas de concurrence résiduelle et pas de menace prévisible d'entrée, la protection de la rivalité et le processus concurrentiel l'emportent sur les gains d'efficacité éventuels. De l'avis de la Commission, un comportement d'éviction qui maintient, crée ou renforce une position sur le marché approchant celle d'un monopole ne peut normalement pas être justifié par le fait qu'il crée également des gains d'efficacité. »

Au regard de la charge de la preuve, la communication précise (paragraphe 31) :

*« Il incombe à l'entreprise dominante de fournir toutes les preuves nécessaires pour démontrer que le comportement en cause est objectivement justifié. Il appartient ensuite à la Commission d'apprécier en dernière analyse si le comportement examiné n'est pas objectivement nécessaire et, sur la base d'une mise en balance des effets anticoncurrentiels apparents et des gains d'efficacité allégués et démontrés, est susceptible de porter préjudice aux consommateurs. »*

Dans le cadre de l'application du droit national, le Conseil entend suivre la démarche ainsi tracée par rapport aux faits qui lui sont soumis par la S.A. Tanklux afin de les examiner sous l'aspect de justifications d'un comportement anticoncurrentiel. Dans le cadre de cet examen, le Conseil prend en considération tous les éléments factuels, juridiques et économiques réunis au dossier, sans se limiter à ceux que la S.A. Tanklux a expressément invoqués à l'appui de ses justifications, tout en précisant que l'effet proconcurrentiel des comportements analysés ne doit pas nécessairement être prouvé à



l'abri de tout doute, mais qu'il faut néanmoins que leur probabilité soit établie avec un degré de certitude suffisant.

**47.** Les faits mis en avant par la S.A. Tanklux au titre des justifications étaient déjà résumés dans la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007 comme suit (paragraphe 70) :

- « 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 »*

Les développements de la S.A. Tanklux n'ont pas fondamentalement changé depuis et tournent autour de ces questions de sécurité et d'efficacité économique. Compte tenu des caractéristiques particulières du dossier, l'analyse des arguments avancés par la S.A. Tanklux doit toutefois être affinée et le Conseil entend ajouter à ces deux ordres de considérations l'aspect particulier du maintien de l'approvisionnement énergétique du pays.

**48.** On peut rapprocher les explications fournies par la S.A. Tanklux avec les éléments avancés par les différentes entreprises pétrolières lorsqu'elles ont été interrogées sur les critères qui président dans leur choix à la sélection de l'entreprise chargée d'acheminer les produits pétroliers vers le port de Mervort. En termes variables et à des degrés divers, quatre d'entre elles (B.P., Aral, Total, Texaco) ont fait état :

- du prix
- de la sécurité technique (respect de leurs normes de sécurité HSSE, respect des normes ADNR, incidents et problèmes survenus dans le passé, inspections des bateaux, procédures opérationnelles)
- de la sécurité financière et de la couverture d'assurance
- de l'expérience sur la Moselle et au port de Mervort
- du niveau de service offert, à l'effet essentiellement d'éviter des ruptures d'approvisionnement (gestion des stocks, planification automatique des barges, communication avec le dépôt, flexibilité dans les relations de travail, disponibilité ; d'après les explications fournies, la réalisation de certains de ces éléments serait facilitée en ayant recours à la société Naviglobe du fait des relations continues et anciennes entre la S.A. Tanklux et la société Naviglobe).

Deux entreprises (Kuwait Petroleum, et ConocoPhillips) n'ont pas abordé la réponse à cette question sous l'angle des critères de choix, mais sous l'angle de la procédure, en expliquant que le choix est fait en coordination entre elles, la S.A. Tanklux et le

transporteur (étant précisé qu'il n'existe pas de contrat cadre, mais uniquement des contrats portant sur des commandes particulières), respectivement que le nom de l'entreprise chargée des transports était inclus dans le contrat conclu avec la S.A. Tanklux.

**49.** Dans le cadre de l'appréciation globale que le Conseil est amené à faire relativement aux justifications des comportements de la S.A. Tanklux, il convient encore de tenir compte du fait que le secteur des transports constitue un secteur particulier par rapport aux règles de concurrence. Ce caractère particulier est illustré par l'existence de règles spéciales régissant ce secteur, adoptées initialement par le règlement (CEE) N° 1017/68 du Conseil du 19 juillet 1968, portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, qui a subi de profondes modifications au fil du temps, notamment par le règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, pour être codifié en une version coordonnée par le règlement (CE) N° 169/2009 du Conseil du 26 février 2009 portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable.

#### 9.3.1. Nécessité objective : les aspects de sécurité

**50.** Dans les diverses réponses fournies par la S.A. Tanklux aux demandes de renseignements qui lui ont été adressés par l'Inspection de la concurrence, la S.A. Tanklux fait état de d'itératives reprises des préoccupations de sécurité qui l'amèneraient à devoir sélectionner très étroitement les entreprises, armateurs ou barges qui accostent à ses installations du port de Mertert.

L'entreprise fait état à cet égard des contraintes légales résultant essentiellement du règlement grand-ducal modifié du 17 juillet 2000 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses et de l'Accord européen relatif au transport international des marchandises dangereuses par voies de navigation intérieures (ADN), fait à Genève le 26 mai 2000, approuvé par une loi du 13 mars 2007.

Sous la rubrique des aspects de sécurité qui conditionnent leur stratégie en matière de politique de transport, les entreprises pétrolières ont relevé la sécurité technique (respect de leurs normes de sécurité HSSE, respect des normes ADNR, incidents et problèmes survenus dans le passé, inspections des bateaux, procédures opérationnelles), ainsi que l'expérience sur la Moselle et au port de Mertert.

**51.** Sans entrer dans le détail de ces considérations, le Conseil reconnaît que le règlement grand-ducal modifié de 2000 impose à la S.A. Tanklux en tant qu'exploitant d'une installation de stockage de produits pétroliers un certain nombre d'obligations visant à assurer la prévention des accidents et des pollutions et la gestion de tous les aspects de la sécurité.

Le Conseil admet ensuite que la S.A. Tanklux met en œuvre les obligations découlant du règlement grand-ducal modifiée de 2000 à sa charge à travers ce qu'elle désigne comme étant une politique HSE (Health, Security and Environment ; ou encore HSSE pour Health, Security, Safety and Environment). D'après les explications de la S.A. Tanklux, cette politique se déploie à deux niveaux.

Le premier niveau se situe dans le cadre de l'exploitation de ses installations en ce qu'elle développe et assure le respect d'une politique HSE, comportant notamment la surveillance et la vérification à intervalles réguliers de ses installations physiques (de stockage et de sécurité) et la formation de son personnel (aspects médicaux, aspects de sécurité, ainsi que la remise en question permanente des dispositifs en place). La S.A. Tanklux explique encore qu'à côté de ses propres contrôles, ses installations sont régulièrement soumises à des contrôles HSE diligentés par ses clients, i.e. les entreprises pétrolières (réponse à la question N° 6 du questionnaire du 21 janvier 2008).

Le second niveau se situe dans le cadre des relations que l'exploitation de ses installations engendre nécessairement avec les personnes extérieures à la S.A. Tanklux, dont, à côté des visiteurs et des entreprises effectuant des travaux sur le site, les entreprises de transport, et les ouvriers de celles-ci, qui chargent et déchargent des produits dans ses installations. Ce volet comprend nécessairement les entreprises de transport fluvial et les barges accostant au quai pétrolier du port de Mertert pour décharger des produits pétroliers. A ce niveau, la S.A. Tanklux explique d'une part que son personnel veille au quotidien à ce que toutes les personnes étrangères à l'entreprise pénétrant sur le site respectent les normes mises en place par elle (réponse à la question N° 6e du questionnaire du 21 janvier 2008). Elle entre d'autre part dans le détail de la question, primordiale pour le présent dossier, du choix des entreprises qui interviennent sur le marché de l'acheminement des produits pétroliers vers le port de Mertert (réponse à la question N° 4 du questionnaire du 21 janvier 2008).

Elle explique à cet égard que l'entreprise pétrolière est en principe libre de choisir l'entreprise de transport ou de courtage qui lui convient, après avoir soumis celle-ci à une analyse HSE selon ses propres critères et les critères légaux découlant de l'Accord ADN. Elle explique ensuite qu'après que l'entreprise pétrolière a ainsi opéré un choix en faveur d'une entreprise de transport ou de courtage, celle-ci est à son tour soumise à un contrôle HSE par la S.A. Tanklux, sur base des critères légaux, de ses propres critères de sécurité et de ceux imposés par toutes les entreprises pétrolières ayant recours à ses services et qui comporteraient entre autres des éléments liés aux bateaux effectuant les livraisons, tel que l'accostage, l'amarrage, la sécurité à bord, la formation HSE du personnel à bord, le déchargement, la vérification du produit, .... La prise en compte de ces derniers critères s'imposerait au regard du fait qu'elle était contractuellement tenue de faire respecter en toutes circonstances les critères de sécurité voulus par tous ses cocontractants, qui les faisaient vérifier à intervalles réguliers, sous peine de voir mettre en cause la validité des contrats de stockage. Après ces vérifications, et l'engagement par l'entreprise désignée de respecter aussi à l'avenir tous les critères HSE, i.e. tant ceux de son cocontractant direct que ceux de la S.A. Tanklux et des autres entreprises pétrolières stockant des produits

pétroliers dans les installations de la S.A. Tanklux, le nom de l'entreprise désignée pour organiser ou effectuer les transports serait inclus dans le contrat que la S.A. TANKLUX conclut avec l'entreprise pétrolière, afin d'assurer le recours à cette entreprise désignée et le respect continu des normes de sécurité.

Le Conseil comprend ces explications comme signifiant que le recours à un seul intermédiaire, la société Naviglobe, faciliterait toutes ces opérations de contrôle destinées à assurer la sécurité des transports.

**52.** Les circonstances particulières du marché en cause laissent apparaître une relation triangulaire entre la S.A. Tanklux, les entreprises pétrolières et la ou les entreprises chargées des opérations d'acheminement (courtiers ou transporteurs).

Le Conseil admet qu'en raison du caractère intrinsèquement dangereux des produits faisant l'objet des conventions et opérations de transport, d'importantes mesures de sécurité s'imposent dans l'intérêt de la prévention d'accidents et de la protection des travailleurs chargés de la manutention des produits, des tiers et de l'environnement. Ces mesures de sécurité résultent d'un point de vue légal de l'Accord européen relatifs au transport international des marchandises dangereuses par voies de navigation intérieures (ADN), fait à Genève le 26 mai 2000, approuvé par une loi du 13 mars 2007 et du règlement grand-ducal modifié du 17 juillet 2000 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses.

Le Conseil admet encore qu'en vue d'optimiser les conditions de sécurité sur le marché en cause et le marché en aval du stockage des produits pétroliers, les entreprises peuvent vouloir imposer des contraintes allant au-delà des prescriptions légales et veulent pouvoir en assurer le respect à chaque niveau de la relation triangulaire. Il importe toutefois que les mesures prises à cet effet soient aptes à remplir cet objectif, qu'elles ne soient pas discriminatoires et qu'elles n'imposent pas de contraintes disproportionnées eu égard à l'objectif légitime poursuivi.

**53.** En ce qui concerne le cadre légal, les obligations découlant du règlement grand-ducal modifié du 17 juillet 2000 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses se limitent aux installations de stockage. Ni l'Accord européen relatif au transport international des marchandises dangereuses par voies de navigation intérieures (ADN), fait à Genève le 26 mai 2000, ni la loi d'approbation n'imposent à la S.A. Tanklux une quelconque obligation quant au respect des normes et conditions fixées audit Accord par les moyens de transport pénétrant sur son site. Aux termes de l'article 5 de la loi d'approbation, cette obligation incombe aux agents et officiers de police judiciaire de la Police grand-ducale et à certains agents de l'Administration des douanes et accises. Par ailleurs, les moyens de transport sont soumis en vertu de cet Accord à une procédure de contrôle et d'agrément.

Dans la mesure où il appartient normalement aux autorités publiques de fixer et de faire respecter les normes de santé publique et de sécurité et qu'il n'incombe pas à l'entreprise dominante de prendre des initiatives afin d'évincer des services ou produits qu'elle

considère, à tort ou à raison, comme dangereux ou inférieurs à son propre service ou produit, il y a lieu de considérer avec circonspection les arguments avancés par la S.A. Tanklux et de les faire entrer dans une appréciation globale du caractère objectivement justifié des contraintes imposées par la S.A. Tanklux.

**54.** A ce stade, il importe d'examiner plus concrètement les faits de l'espèce par rapport à la relation triangulaire prédécrite.

- a) La relation entre les entreprises pétrolières et la société Naviglobe  
Le Conseil constate que les contrats conclus entre les entreprises pétrolières et la société Naviglobe imposent effectivement le respect d'importantes mesures de sécurité dans le chef des barges et de leur équipage (voir notamment les articles 3.1., 3.2., 5.1. à 5.4. et 12.1. à 12.2. des contrats conclus par B.P. et Aral, les articles 1 et 2 du contrat conclu avec Total et l'article 2 du contrat conclu avec Texaco)<sup>7</sup> et un droit de contrôle et de vérification de ces conditions au profit des entreprises pétrolières (voir notamment l'article 3.4 des contrats conclus par B.P. et Aral et les articles 2 et 4 du contrat conclu avec Total).
- b) La relation entre la S.A. Tanklux et la société Naviglobe  
Le Conseil constate qu'aucun élément dans le dossier ne démontre de façon tangible que la S.A. Tanklux impose des obligations quelconques sur, ou exerce un contrôle effectif concernant les aspects de sécurité à l'égard de, la société Naviglobe ou de n'importe quelle autre entreprise impliquée dans les opérations d'acheminement des produits pétroliers vers le port de Mertert. En l'absence de relation contractuelle entre la S.A. Tanklux et ces entreprises, de telles obligations ou contrôles ne pourraient par ailleurs de toute évidence avoir une base contractuelle.
- c) La relation entre les entreprises pétrolières et la S.A. Tanklux  
Le Conseil constate que dans les contrats conclus entre les entreprises pétrolières et la S.A. Tanklux, le respect de normes de sécurité prévues par les entreprises pétrolières est imposé dans deux contrats (article 8 du contrat B.P. de 2003 ; article 7 du contrat Aral de 2004, qui reprend expressément des points de détail auxquels il convient de remédier avant une date butoir), les autres étant muets sur ce point. Les obligations afférentes se limitent aux opérations de stockage, et sont étrangères aux opérations de transport, respectivement aux entreprises de transport des produits pétroliers.

Le Conseil déduit de ce qui précède qu'il est établi que la S.A. Tanklux porte légalement une responsabilité personnelle directe et doit exercer un contrôle effectif sur la conformité et l'intégrité de ses installations de stockage. Par ailleurs, si aucun élément juridique ne tend à démontrer ses affirmations selon lesquelles elle doit aussi exercer un contrôle sur les entreprises et/ou les opérations de courtage et/ou de transport, respectivement assumer une responsabilité du chef de leurs agissements, il ne saurait être dénié que d'un point de vue factuel, les opérations de transport ne peuvent être considérées de façon déconnectée des opérations de stockage. A l'issue de l'opération de

---

<sup>7</sup> Outre l'Accord ADN déjà cité par la S.A. Tanklux, ces conventions se réfèrent encore pour partie à un accord dénommé European Barge Inspection Scheme (EBIS).

transport, il existe nécessairement un contact physique entre la barge et son équipage d'un côté et les cuves de stockage et le personnel y employé d'autre part, de telle façon que les déficits de maintenance ou de sécurité de l'un peuvent rejaillir sur l'autre. Or, tout problème surgissant à cette occasion peut avoir des répercussions immédiates et à long terme. La S.A. Tanklux a donc un intérêt légitime, tant juridique que financier et économique, à assurer un standard de sécurité maximum dans le chef des barges accostant dans ses installations. En l'absence de lien contractuel direct entre la S.A. Tanklux et les entreprises de transport et de courtage, il faut admettre que la S.A. Tanklux soit mise en mesure d'assurer ses intérêts légitimes à travers ses relations contractuelles avec les entreprises pétrolières.

### 9.3.2. Gains d'efficacité

**55.** A côté des questions de sécurité, la S.A. Tanklux a encore relevé à différentes reprises des considérations économiques qui justifieraient le recours obligé à un cocontractant unique (réponse à la question N° 4 du questionnaire du 8 juillet 2008).

Elle explique ainsi que le recours à la seule société Naviglobe en tant que courtier fait que toutes les opérations sont gérées et coordonnées par un groupe restreint de personnes, ce qui permettrait une gestion plus efficace du ravitaillement. Ces avantages auraient conduit les entreprises pétrolières à préférer travailler avec la société Naviglobe

Interrogée plus particulièrement sur la durée des contrats qu'elle conclut avec les entreprises pétrolières et qui incluent le recours à la société Naviglobe, durée qui s'étend en règle générale sur 5 années, la S.A. Tanklux explique encore que cette durée, combinée avec la garantie de pouvoir disposer de barges et d'équipages fiables et des prix fixes stipulés au profit des entreprises pétrolières, apporterait aux entreprises pétrolières la disponibilité de moyens de transport à un prix régulier, alors qu'en conditions normales, le prix du transport serait sujet à de nombreuses et fortes fluctuations en raison des crues et périodes de sécheresse qui entraîneraient des difficultés de circulation conduisant normalement à des augmentations des tarifs.

Sous la rubrique des gains d'efficacité qui influent sur leur stratégie en matière de politique de transport, les entreprises pétrolières ont relevé le prix, la sécurité financière et la couverture d'assurance.

**56.** Le Conseil admet l'existence de gains d'efficience au niveau de la gestion des transports par suite de relations régulières entre l'entreprise de stockage S.A. Tanklux, les entreprises pétrolières et l'entreprise chargée d'organiser et de coordonner les transports, la société Naviglobe. Ces gains sont cependant limités au niveau administratif, et ne sauraient être compris comme s'étendant à la garantie des aspects de sécurité, puisque ce n'est pas la société Naviglobe qui effectue à l'aide d'un nombre restreint d'équipages les transports, mais qu'elle en charge un nombre considérable d'autres entreprises et barges. Les efficacités de gestion ne sont pas pour autant à négliger.

En ce qui concerne les explications fournies au sujet de la durée des contrats de transport respectivement de courtage avec la société Naviglobe, le Conseil retient qu'une durée d'engagement de 5 années n'apparaît *a priori* pas excessive. Sur les conditions tarifaires, le Conseil constate que si les conditions tarifaires convenues dans les contrats de transport ou de courtage ne sont pas en toutes circonstances invariables, elles ne prévoient cependant que de légères adaptations tarifaires au fil du temps (adaptations qui sont soit linéaires, soit indiciaires). Si les contrats comportent par ailleurs presque tous une clause d'après laquelle l'entreprise pétrolière doit en toutes circonstances payer le prix du transport par rapport à une cargaison minimale (voir notamment l'article 7 des contrats Aral et B.P. avec Naviglobe de 2004, l'article 6 de la 1<sup>e</sup> partie du contrat Total avec Naviglobe de 2004 et l'annexe 1 du contrat Texaco avec Naviglobe de 2007)<sup>8</sup> cette clause se justifie par les particularités du transport fluvial, où les circonstances climatiques peuvent influencer sur les opérations de transport en entraînant une limitation du chargement.

Ces éléments permettent de retenir que l'ensemble contractuel laisse aux entreprises pétrolières la liberté et la possibilité d'organiser sur la durée une gestion efficace et utile de leurs besoins en transports de produits pétroliers par voie fluviale vers le port de Mervit, sans être liées de façon trop prolongée à une entreprise.

### 9.3.3. L'intérêt national : la sécurité de l'approvisionnement énergétique

**57.** La S.A. Tanklux avance encore en termes plus ou moins explicites des exigences tenant à la sécurité de l'approvisionnement énergétique du pays en produits pétroliers pour justifier l'utilité pour toutes les entreprises pétrolières d'avoir recours à la même entreprise pour prendre soin de l'organisation des transports. En termes généraux, elle soutient que le recours à une seule entreprise apporterait des garanties que les transports soient effectués en cas de besoin, endéans les délais, sans avaries et sans pertes.

Ainsi, la planification des transports par une seule entreprise, qui dispose dans ses contacts d'un nombre suffisant d'entreprises et de barges aptes à effectuer ces transports, permettrait d'assurer que les transports soient effectivement effectués au moment où les entreprises pétrolières en font la demande.

Ensuite, par le contrôle de qualité effectué par ce seul intermédiaire sur la qualité et la rigueur de la maintenance des barges, il y aurait une garantie que les barges affrétées puissent effectivement accomplir leurs voyages, puisqu'un bateau mal entretenu subirait plus aisément des avaries, et donc des retards de livraison.

---

<sup>8</sup> Seul l'article 7 du contrat ConocoPhilips avec Tanklux de 1995 prévoit une possibilité de révision du prix dans ce cas de figure.

De même, par le contrôle effectué par ce seul intermédiaire sur la qualité de l'équipage, il y aurait une garantie que les transports soient effectués par un commandant et un équipage expérimentés, au fait des particularités de la navigation sur la Moselle et le Rhin (se caractérisant par des rochers immergés, des cailloux omniprésents, des bancs de sables mobiles, de crues, des étiages, ...), ce qui assurerait que les transports arrivent à bon port sans incidents.

Finalement, la S.A. Tanklux a avancé que l'augmentation des prix des carburants aurait entraîné un risque accru de détournement de la cargaison par vol au cours du transport par les transporteurs, pour leurs propres besoins ou pour la revente. Il conviendrait de rencontrer ce phénomène et de prendre les mesures nécessaires pour assurer un acheminement normal des produits pétroliers, ce qui se ferait aisément en ayant recours à un seul intermédiaire.

Les entreprises pétrolières ont abordé cet aspect dans le cadre de l'explication de leurs choix stratégiques en se référant au niveau de service offert, à l'effet essentiellement d'éviter des ruptures d'approvisionnement (gestion des stocks, planification automatique des barges, communication avec le dépôt, flexibilité dans les relations de travail, disponibilité).

**58.** Le Conseil admet qu'il importe tant pour les entreprises pétrolières que pour les consommateurs, qu'il s'agisse des particuliers ou des entreprises, que les stocks de produits pétroliers soient régulièrement approvisionnés et ne subissent pas de ruptures de stock. Cette question présente un intérêt national. Dans ce cadre, les installations de stockage du port de Mertert constituent un maillon essentiel de la politique énergétique, alors qu'elles représentent un quart (pour les gasoils), respectivement un tiers (pour les essences) des capacités de stockage totales disponibles sur le territoire luxembourgeois (voir tableaux N° 2 et N° 4 de la décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007). Il convient donc de s'assurer de la continuité et de la régularité de l'approvisionnement des cuves du port de Mertert.

Si la responsabilité à cet égard incombe en premier lieu aux entreprises pétrolières, qui gèrent leurs stocks et ont des obligations légales de détenir un stock minimal au Luxembourg, et s'il n'appartient pas en principe à la S.A. Tanklux de se substituer aux entreprises pétrolières à cet effet, rien ne lui interdit cependant de joindre ses efforts à ceux développés par les entreprises pétrolières à cet effet.

En admettant sur base des développements qui précèdent que la pratique de la S.A. Tanklux apporte certaines garanties et améliorations au processus d'acheminement des produits pétroliers vers le port de Mertert, tant en termes de sécurité que de fiabilité, le Conseil conclut que cette pratique est de nature à contribuer à la sécurité de l'approvisionnement énergétique du Luxembourg.



9.3.4. Conclusion

**59.** Il faut déduire de ce qui précède que la pratique de la S.A. Tanklux se trouve justifiée par les éléments rassemblés au dossier. Il y a donc lieu de classer ce dernier sans autres suites.

a adopté la présente décision :

*Article unique :*

**La procédure d’infraction pour abus de position dominante concernant la S.A. Tanklux sur le marché de l’acheminement par voie fluviale de produits pétroliers vers le port de Mertert et des prestations de courtage y associées est classée sans autres suites.**

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg en date du 3 août 2009.

(signé)  
Thierry HOSCHEIT  
Président

(signé)  
Christiane WEIDENHAUPT  
Conseiller

(signé)  
Pierre CALMES  
Conseiller