



**Décision n° 10-D-36 du 17 décembre 2010  
relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du gaz de  
pétrole liquéfié (GPL) conditionné**

L'Autorité de la concurrence (section IV),

Vu la demande formulée par la société des Pétroles Shell SAS et la société Butagaz SAS auprès des services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le 7 novembre 2005, tendant à obtenir le bénéfice du IV de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Vu les avis conditionnels de clémence du Conseil de la concurrence n° 06-AC-02 et 06-AC-03 en date du 31 janvier 2006 ;

Vu les décisions n° 06-SO-02 et 06-SO-03 du 27 mars 2006 enregistrées sous les numéros 06/0028 F et 06/0029 F par lesquelles le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de l'examen de deux séries de pratiques mises en œuvre dans le secteur du gaz de pétrole liquéfié ;

Vu la décision du 23 juillet 2008 du rapporteur général du Conseil de la concurrence de joindre l'instruction des dossiers n° 06/0028 F et 06/0029 F ;

Vu le rapport d'expertise en informatique et électronique en date du 6 janvier 2010 ;

Vu les articles 81 et 82 du traité CE, devenus 101 et 102 sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce modifié ;

Vu les décisions de secret d'affaires n° 06-DSA-14 du 9 mai 2006, n° 08-DSA-183 du 3 novembre 2008, n° 08-DSA-203 et 08-DSA-204 du 16 décembre 2008, n° 08-DSA-206 du 17 décembre 2008, n° 09-DSA-12 à 14 du 12 janvier 2009, n° 09-DSADEC-04 à 06 du 12 janvier 2009, n° 09-DSA-25 du 22 janvier 2009, n° 09-DSADEC-21 du 23 février 2009, n° 09-DSA-25 du 2 avril 2009, n° 09-DSA-41 à 48 du 2 avril 2009, n° 09-DSA-49 à 54, n° 09-DSADEC du 7 avril 2009, n° 09-DECR-05 du 18 mai 2009, n° 09-DECR-07 du 18 mai 2009, n° 09-DECR-09 à 13 du 19 mai 2009, n° 09-DECR-14 du 20 mai 2009, n° 09-DEC-11 du 19 mai 2009, n° 09-DEC-12 du 19 mai 2009, n° 09-DEC-13 du 20 mai 2009, n° 09-DSA-160 du 25 août 2009, n° 09-DEC-19 du 17 septembre 2009, n° 09-DEC-20 du 28 septembre 2009, n° 09-DEC-21 du 28 septembre 2009, n° 09-DSA-316 et 09-DSA-317 du 15 décembre 2009 ; n° 10-DSA-05 du 12 janvier 2010 ; n° 10-DSA-40 et 10-DSA-41 du 17 février 2010 ; n° 10-DSA-42 à 47 du 23 février 2010 ; n° 10-DSA-53 du 2 mars 2010 ; n° 10-DEC-17 du 8 avril 2010 ; n° 10-DEC-151 du 5 août 2010 ; n° 10-DSA-159 du 12 août 2010 ; n° 10-DSA-160 du 16 août 2010 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Antargaz, Primagaz, Rubis SCA, Société des Pétroles Shell, Butagaz, SHV Gas NV, Total Raffinage Marketing, Totalgaz, Vitogaz et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Antargaz, Primagaz, Rubis SCA, Société des Pétroles Shell (SPS), Butagaz, SHV Gas NV, Total Raffinage Marketing, Totalgaz et Vitogaz entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 21 septembre 2010 ;

Adopte la décision suivante :

## **I. Rappel de la procédure**

### **1. L'ENQUÊTE INITIALE**

1. A la suite de différentes informations provenant notamment de la direction régionale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de Lille, relatives à la possible existence de pratiques coordonnées de fixation des prix et d'entrave à l'entrée sur le marché du gaz de pétrole liquéfié conditionné (ci-après « GPL conditionné») de la grande distribution (ci-après les « GMS » pour « Grandes et Moyennes Surfaces »), le ministre de l'économie des finances et de l'industrie a demandé à cette direction, le 19 juillet 2004, de procéder à une enquête (cote 2593).
2. Le 14 juin 2005, des visites et saisies ont été effectuées sur le fondement de l'article L. 450-4 du code de commerce au sein de plusieurs sociétés (Butagaz, Antargaz, Totalgaz, Vitogaz et Primagaz), certains de leurs mandataires dans les départements du Nord et du Pas de Calais ainsi que dans les locaux de deux associations professionnelles du secteur concerné, à savoir le Syndicat des Négociants Détaillants en Combustibles du Nord-Pas de Calais (ci-après le « SNDC ») et le Comité Français du Butane et du Propane (ci-après le « CFBP »).

### **2. LES DEMANDES DE CLÉMENCE DES SOCIÉTÉS SOCIÉTÉ DES PÉTROLES SHELL ET BUTAGAZ**

3. Le 7 novembre 2005, la société des Pétroles Shell SAS (ci-après « Shell ») et sa filiale, Butagaz, ont déposé, par l'intermédiaire de leur conseil, Maître P. H., des demandes de clémence sur le fondement de l'article L. 464-2 IV du code de commerce et de l'article 44 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, auprès de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (ci-après « DGCCRF ») en dénonçant l'existence de pratiques potentiellement anticoncurrentielles mises en œuvre par les sociétés gazières dans le secteur du GPL conditionné.
4. Ces pratiques auraient consisté, tout d'abord, en une entente de prix en matière de distribution de bouteilles aux enseignes de la grande distribution et de la vente de gaz en vrac aux professionnels, qui aurait débuté au milieu des années 1980 et aurait perduré jusqu'en 2005. Les sociétés impliquées auraient regroupé, outre la société Butagaz, les sociétés Totalgaz, Primagaz, Antargaz, Vitogaz et Actigaz ainsi que le CFBP. Elles auraient également consisté en une entente visant à entraver l'entrée sur le marché du GPL conditionné des marques de distributeurs, et notamment la marque Ecogaz, vendue par Auchan. Ces pratiques qui auraient débuté au début des années 2000 et perduré jusqu'en 2005, auraient impliqué, outre la société Butagaz, les sociétés Totalgaz, Primagaz, Antargaz et Vitogaz.

5. Le 25 novembre 2005, les demandes de clémence de Shell et Butagaz ont été transmises au rapporteur général du Conseil de la concurrence et enregistrées sous les numéros 05/0094 AC et 05/0095 AC.
6. Par deux avis n° 06-AC-02 et 06-AC-03 en date du 31 janvier 2006, le Conseil de la concurrence a accordé à Shell et Butagaz le bénéfice conditionnel de la clémence, avec une exonération totale de sanction s'agissant de la demande relative à l'entente sur les prix et une exonération partielle s'agissant de la demande relative aux pratiques d'entrave (entre 15 et 30 % de la sanction).

### **3. LES SAISINES D'OFFICE DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE ET L'INSTRUCTION DES AFFAIRES ASSOCIÉES**

7. Par décisions n° 06-SO-02 et 06-SO-03 du 27 mars 2006, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office des pratiques mises en œuvre dans le secteur du GPL conditionné. Deux procédures distinctes ont ainsi été ouvertes sous les numéros 06/0028 F et 06/0029 F et deux demandes d'enquête ont été adressées à la DGCCRF le 29 mars 2006. L'enquête a été confiée à la BIEC de Lille qui a procédé à de nouvelles visites et saisies ainsi qu'à des auditions, certaines étant menées conjointement avec les services du Conseil de la concurrence.
8. L'assistance de l'autorité autrichienne de concurrence (Bundeswettbewerbsbehörde) a également été obtenue sur le fondement de l'article 22 du 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 CE.
9. Les 19 mai et 15 juillet 2008, la DGCCRF a transmis au Conseil de la concurrence deux rapports administratifs d'enquête. Le premier porte sur les pratiques d'entrave (ci-après le « RAE entraves ») et le second concerne les pratiques mises en œuvre en matière de prix (ci-après le « RAE prix »).
10. Par décision du 23 juillet 2008, le rapporteur général du Conseil de la concurrence a joint l'instruction des deux affaires.
11. Le 17 juillet 2009, une notification de griefs a été transmise aux sociétés Antargaz, Shell et sa filiale Butagaz, SHV Gas NV et sa filiale Primagaz, Total Raffinage Marketing et sa filiale Totalgaz, Rubis SCA et sa filiale Vitogaz. Ces sociétés sont mises en cause pour une entente sur les prix (grief n° 1) ainsi que pour des abus de position dominante collective ayant consisté à entraver l'entrée sur le marché du GPL conditionné de la grande distribution (griefs n° 2 à 6). Tous les griefs ont été notifiés sur le fondement des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ainsi que des articles 81 et 82 du traité CE, devenus les articles 101 et 102 du TFUE.

## II. Le grief d'entente sur les prix (grief n°1)

### A. LES PIÈCES APPORTÉES À L'APPUI DE LA DEMANDE DE CLÉMENCE

12. Dans le cadre de leur demande de clémence, Shell et Butagaz ont versé différentes pièces au dossier, pouvant être classées en plusieurs catégories :
  - la déclaration rédigée par un ancien directeur commercial de Butagaz, M. M., en vertu d'un protocole de licenciement (appelée le « rapport M. »), dans laquelle ce dernier reconnaît expressément avoir participé à la mise en place d'une politique coordonnée d'entrave à l'entrée des GMS sur le marché du GPL conditionné et fait également état, exemples concrets et noms des personnes impliquées à l'appui, de contacts réguliers, formels ou informels, entre Butagaz et ses concurrents aux fins d'échanges d'informations sur les prix ou de fixation des prix de 1986 à fin juillet 2005 ;
  - quatre courriels internes à Butagaz, laissant apparaître l'existence de contacts entre Butagaz et ses concurrents entre 2003 et 2004 ;
  - des attestations de différents salariés de Butagaz, faisant état de contacts entre les différents responsables commerciaux de Butagaz (MM. M., L., R.) et leurs homologues des sociétés concurrentes ;
  - le tableau « top 10 » censé regrouper les données sur les prix recueillies lors des réunions avec les concurrents ainsi que des notes manuscrites du directeur commercial de Butagaz, M. R. ;
  - plusieurs comptes-rendus de réunion du « comité 613 » chargé de définir la stratégie de Butagaz à l'égard des distributeurs souhaitant investir le marché du GPL conditionné ;
  - des courriels provenant du CFBP faisant le point sur les actions en cours contre Auchan.
13. Dans ses observations en réponse à la notification de griefs, Totalgaz a dénoncé l'existence d'incohérences matérielles figurant dans certaines de ces pièces, à savoir les quatre courriels internes à Butagaz cités ci-dessus.
14. Ainsi, les anomalies constatées concernent, tout d'abord, une erreur de date. En effet, le 21 mai 2003 figurant sur le premier courriel était un mercredi et non un mardi, tel qu'il est indiqué. Par ailleurs, il est constaté des incohérences de typographie, comme l'absence d'espace entre "*De*", "*Envoyé*", "*A*", "*Objet*", et l'existence d'un espace entre "*Importance*" et ":". En outre, la signature de M. B. R. figurant au pied des courriels litigieux présente sept différences par rapport à la signature authentique de ce dernier. Enfin, l'en-tête d'un des courriels est incomplet. En effet, il manque la date, l'heure et le destinataire alors que ces champs devraient être renseignés.
15. Par décision du 2 novembre 2009, la rapporteure générale du Conseil de la concurrence a désigné un expert en logiciels et matériels près la cour d'appel de Paris, dans les conditions fixées aux articles L. 463-8 et R. 463-16 du code de commerce, afin de déterminer les raisons pouvant expliquer les anomalies décrites ci-dessus.

16. L'expertise contradictoire a fait l'objet d'un rapport concluant ainsi :

**Les 4 mails cotés 146, 148, 150 et 152 objet de cette expertise ont tous été**

- soit modifiés humainement après avoir transité par le serveur de messagerie MS Exchange de SHELL&BUTAGAZ et être arrivés sur le poste client de JM M
- soit fabriqués ex nihilo.

17. Dans la mesure où ces pièces ont été fournies à Butagaz par un de ses anciens salariés, et apportées par elle à l'occasion de la demande de clémence, les constatations matérielles faites par l'expert ôtent toute valeur probante aux quatre courriels étayant cette demande. Elles conduisent à remettre en cause également la crédibilité de l'ensemble des éléments fournis par ce salarié, à savoir principalement le rapport M. et le tableau « top 10 ».
18. Les éléments décrits au paragraphe 12 ci-dessus ne peuvent donc contribuer à établir la preuve des pratiques d'entente reprochées.

#### **B. LES INDICES INITIAUX**

19. Les indices initiaux relevés par les services territoriaux de la DGCCRF, qui ont justifié l'enquête lancée le 19 juillet 2004, font état de ce que les prix français des bouteilles de GPL étaient, en 2003, les plus élevés d'Europe et de ce qu'il existait de faibles écarts entre les prix des différentes marques de bouteilles de GPL au stade de la vente au détail chez les pompistes. Ils sont cependant insuffisants pour démontrer, par eux-mêmes, un concours de volonté anticoncurrentiel entre les entreprises concernées.

#### **C. LES ÉLÉMENTS RECUEILLIS LORS DES VISITES ET SAISIES**

20. Les éléments relatifs aux prix recueillis dans le cadre des opérations de visites et saisies menées par la DGCCRF en 2005 et 2006, qui sont peu nombreux (une note en date du 24 octobre 2003 saisie chez Totalgaz : cotes 37013, 37014 ; une note et une lettre du syndicat national du pétrole et du gaz saisies chez Antargaz : cotes 37017 à 37022 ; quelques notes manuscrites provenant de M. R., ancien directeur commercial de Butagaz : cotes 37024 à 37031), sont également insuffisants pour caractériser l'existence d'une entente sur les prix entre les sociétés mises en cause susceptible d'être poursuivie sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE.

#### **D. CONCLUSION SUR LE GRIEF N° 1**

21. Aux termes du cinquième alinéa de l'article L. 462-8 du code de commerce, « *l'Autorité de la concurrence peut [aussi] décider de clore dans les mêmes conditions une affaire pour laquelle elle s'était saisie d'office* ». En application de ces dispositions, la saisine du Conseil de la concurrence doit être close en tant qu'elle vise les faits susceptibles de caractériser une entente sur les prix.

22. Il semble, aux yeux de la formation appelée à statuer sur l'affaire, que la transmission, par les sociétés Shell et Butagaz, de pièces dont l'authenticité a été déniée par les conclusions de l'expertise au vu de constatations dont la matérialité n'est pas contestée par ces deux sociétés, a gravement perturbé l'instruction de l'affaire ouverte par la saisine d'office. Elle lui paraît, en l'état des éléments présents au dossier, méconnaître les obligations de coopération entière et loyale qui pèsent sur tout demandeur de clémence, dont le premier devoir est d'étayer sa démarche par la fourniture de pièces matérielles qui doivent, chacune mais aussi ensemble, concourir à apporter la preuve de l'entente dénoncée.
23. Le V de l'article L. 464-2 du code de commerce dispose que : « *Lorsqu'une entreprise a fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction, notamment en fournissant des renseignements incomplets ou inexacts, ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées, l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, et après avoir entendu l'entreprise en cause et le commissaire du Gouvernement, décider de lui infliger une sanction pécuniaire. Le montant maximum de cette dernière ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre* ». Il appartiendra à la rapporteure générale d'en apprécier l'application au cas présent, et de saisir, s'il y a lieu, l'Autorité.
24. Le dossier sera également transmis au président de l'Autorité afin qu'il décide des suites à y donner sur le plan pénal, en application des pouvoirs qu'il tient de l'article R. 461-1 du code de commerce.

### **III. Les griefs d'abus de position dominante collective (griefs n° 2 à 6)**

25. Des griefs d'abus de position dominante collective ont été notifiés aux fournisseurs de GPL conditionné, c'est-à-dire aux sociétés Antargaz, Shell et sa filiale Butagaz, SHV Gas NV et sa filiale Primagaz, Total Raffinage Marketing et sa filiale Totalgaz, Rubis et sa filiale Vitogaz.
26. Pour constater un abus de position dominante par un groupe d'entreprises au sens des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE, devenu 102 du TFUE, trois conditions doivent être réunies : l'existence d'une position dominante détenue par un groupe d'entreprises (appelée « position dominante collective ») sur un marché pertinent, une exploitation abusive de cette position et un objet ou un effet restrictif de concurrence sur un marché.

#### **1. LE MARCHÉ PERTINENT SUR LEQUEL IL CONVIENT D'APPRÉCIER LA POSITION DES ENTREPRISES**

27. Se situent sur un même marché les produits et services dont on peut raisonnablement penser que les acheteurs les regardent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande. Dans son rapport annuel pour 2001, le Conseil de la concurrence a précisé que la substituabilité entre différents biens ou services

du point de vue de la demande constituait le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent.

28. Dans sa décision COMP/M. 1628 TotalFina/Elf du 9 février 2000, la Commission européenne a considéré que le GPL formait un marché distinct des autres sources d'énergie et qu'il pouvait se subdiviser en trois sous-marchés : le GPL conditionné, le GPL vrac à usage principalement domestique et le GPL vrac à usage professionnel. Du point de vue géographique, en raison des coûts de transport, de l'homogénéité des produits et des politiques de prix des compagnies pétrolières et des GMS, la Commission a retenu une dimension nationale du marché des ventes de GPL.
29. En l'espèce, si aucun élément du dossier n'est de nature à remettre en cause la définition des marchés telle que retenue par la Commission dans sa décision TotalFina/Elf, précitée, il convient néanmoins, en raison des différences de produits et d'usage, de distinguer le marché du GPL conditionné à usage professionnel, de celui à usage domestique sur lequel ont été commises les pratiques en cause. En effet, les bouteilles de GPL destinées aux professionnels sont généralement de 35 kg et utilisées pour le séchage des cultures, la réalisation de travaux d'étanchéité ou l'utilisation de chariots élévateurs.
30. Vitogaz considère que le marché du GPL conditionné à usage domestique doit être segmenté en fonction des canaux de distribution, notamment celui de la grande distribution.
31. S'il est vrai que la grande distribution regroupe de très gros acteurs dont les relations commerciales avec les exploitants de bouteilles sont nécessairement différentes de celles qu'entretiennent avec eux de plus petits revendeurs, les éléments suivants conduisent cependant à écarter une telle segmentation :
  - la présence des mêmes marques chez les GMS et les petits revendeurs (Vitogaz et Repsol ne sont certes pas référencés mais peuvent, à l'occasion, voir leurs produits vendus en grande surface) ;
  - le caractère identique des produits vendus dans les différents canaux de distribution ;
  - la circonstance que les quatre exploitants référencés en GMS ne distinguent pas explicitement les GMS des autres revendeurs dans leurs grilles de tarifs (voir à cet égard l'avis du Conseil de la concurrence n° [00-A-07](#) du 28 mars 2000 relatif à l'acquisition de certains actifs du groupe Benckiser par le groupe Sara Lee).
32. Dans ces conditions, il ne convient pas de distinguer le marché du GPL conditionné à usage domestique en fonction des canaux de distribution, ces derniers étant certes différents mais ne constituant qu'une seule et même demande pour un seul et même produit, le GPL conditionné à usage domestique.
33. Il résulte de ce qui précède que le marché pertinent est celui du GPL conditionné à usage domestique, dont la dimension est nationale.

## **2. LES PRINCIPES APPLICABLES EN MATIÈRE DE POSITION DOMINANTE COLLECTIVE**

34. Il résulte de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 6 juin 2002, *Airtours/Commission* (T-342/99, Rec. p. II-2585), que trois conditions doivent être cumulativement remplies pour caractériser l'existence d'une position dominante collective :

- « en premier lieu, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action. Comme la Commission l'admet expressément, il ne suffit pas que chaque membre de l'oligopole dominant soit conscient que tous peuvent tirer profit d'un comportement interdépendant sur le marché, mais il doit aussi disposer d'un moyen de savoir si les autres opérateurs adoptent la même stratégie et s'ils la maintiennent. La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre à chaque membre de l'oligopole dominant de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres membres », (condition de détection) ;
- « en deuxième lieu, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché. Comme le fait observer la Commission, ce n'est que si tous les membres de l'oligopole dominant maintiennent un comportement parallèle qu'ils peuvent en profiter. Cette condition intègre donc la notion de représailles en cas de comportement déviant de la ligne d'action commune. Les parties partagent ici l'idée que pour qu'une situation de position dominante collective soit viable, il faut qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion pour assurer durablement une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune, ce qui revient à dire qu'il faut que chaque membre de l'oligopole dominant sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative (voir, en ce sens, arrêt Gencor/Commission, précité, point 276) », (condition de dissuasion) ;
- « en troisième lieu, pour démontrer à suffisance de droit l'existence d'une position dominante collective, la Commission doit également établir que la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune », (condition de non-contestation).

35. La Cour de justice des Communautés européennes a confirmé l'analyse de l'arrêt Airtours dans son arrêt du 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, Rec. p. I-4951), tout en invitant à une approche, non pas mécanique mais coordonnée, des trois critères qu'elle a fait siens.
36. Le concept de dominance collective renvoie donc à un groupe d'entreprises qui disposent, en commun, d'un pouvoir de marché assimilable à celui d'une entreprise en position dominante simple, c'est-à-dire lui permettant de s'abstraire de la concurrence d'autres entreprises actives sur le même marché. Le concept de dominance collective réunit ainsi deux notions : en premier lieu celle de l'interdépendance, et en second lieu celle, plus classique, de la dominance.
37. Dans cette perspective, un oligopole dont les membres seraient interdépendants, mais confrontés à une forte pression concurrentielle, que ce soit de la part de concurrents extérieurs, de concurrents potentiels (nouveaux entrants en puissance) ou encore de la part de la demande qui disposerait d'un réel pouvoir de négociation, pourrait difficilement être considéré comme dominant.
38. A cet égard, les juridictions européennes ont rappelé à plusieurs reprises que l'examen d'une dominance collective doit notamment s'apprécier au regard de la capacité du groupe d'entreprises considéré de se comporter sur le marché en cause, dans une mesure appréciable, de façon « indépendante » vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et

des consommateurs (voir, notamment, l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 16 mars 2000, Compagnie maritime belge transports et autres/Commission, affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, Rec. p. I-1365, points 33 et 34).

### 3. APPRÉCIATION EN L'ESPÈCE

39. C'est au regard des trois critères posés par la jurisprudence Airtours mentionnés ci-dessus qu'il convient de déterminer si les fournisseurs de GPL conditionnés sont en situation de position dominante collective. Dans la mesure où ces critères sont cumulatifs, il suffit de démontrer l'absence de vérification de l'un quelconque d'entre eux pour que la situation de position dominante collective ne soit pas caractérisée.
40. La troisième condition (condition de non-contestation) fait défaut en l'espèce au vu des éléments réunis au dossier. En effet, ces derniers sont insuffisants en l'état pour établir que la ligne d'action commune prêtée à l'oligopole - maintenir l'équilibre collusif en empêchant par tous moyens l'arrivée de la grande distribution sur le marché du GPL conditionné, ce qui permettrait aux gaziers de "*ne pas avoir mis en œuvre d'action fortement concurrentielle*" - ne pouvait être contestée par les concurrents actuels et potentiels des membres de l'oligopole.
41. L'énergie a fait partie des axes prioritaires des enseignes de la grande distribution dans le cadre de la diversification de leurs activités. Dès 1985, elles se sont lancées dans l'activité de distribution de carburants sous marque propre, dont la gestion a été confiée à des filiales détenues à 100 % (Siplec pour Leclerc, Petrovex pour Auchan, Carfuel pour Carrefour...). Même s'il s'agissait, techniquement, d'une nouvelle activité, la distribution de bouteilles de gaz est apparue à ces enseignes comme un objectif naturel, d'autant plus logique - et plus aisé - qu'elles étaient déjà intégrées verticalement. Leur qualité de distributeur leur assurait également en aval un débouché garanti.
42. Cette perspective aurait pu être écartée par l'existence de fortes barrières à l'entrée, dissuadant les GMS d'effectuer des investissements importants sur un marché en régression constante, et pour un produit ne revêtant pas la qualité de produit d'appel.
43. Cependant, si les barrières à l'entrée sont apparues importantes, en raison notamment des obstacles techniques et réglementaires liés à la chaîne de production, des frais de consignation et de la réputation des opérateurs historiques déjà présents, elles ne semblent pas, en l'espèce, avoir réellement été dissuasives pour les enseignes de la grande distribution. En effet, à l'exception d'Auchan, qui a eu besoin de plusieurs années pour s'introduire sur le marché de manière significative (entre 1999 et 2005), les autres distributeurs, qui ont dès le départ opté pour une bouteille plus « classique » que celle d'Auchan, semblent avoir lancé leur projet dans des délais relativement brefs. Ainsi, d'après l'enquête, le groupe Dubreuil, propriétaire des supermarchés et hypermarchés U, a rapidement commercialisé ses bouteilles Actigaz puisque leur mise en vente a débuté sept mois (octobre 2003-mai 2004) après un premier contact exploratoire avec un centre emplisseur (Seminck). De même, Siplec, la filiale de Leclerc, a indiqué lors de son audition : « *La décision d'entrée a été prise fin 2003. Nous sommes finalement entrés à l'été 2005. Il a notamment fallu convaincre les adhérents de vendre les bouteilles. [...] L'entrée sur le marché s'est faite à des coûts plus élevés que les autres gaziers, mais pas vraiment plus que ce qu'on avait prévu. Par ailleurs, elle ne s'est pas faite plus tard que ce que l'on avait prévu.* ».

44. Il en résulte que si les barrières à l'entrée apparaissent fortes, et probablement insurmontables pour un nouvel entrant qui n'aurait pas disposé d'une structure de distribution, elles n'étaient pas suffisantes pour dissuader les GMS d'entrer sur le marché, assurant ainsi une contestabilité relativement rapide et efficace de la ligne d'action commune reprochée à l'oligopole formé par les sociétés gazières.
45. Les évolutions du marché retracées au dossier confirment ce constat. Si la moyenne des parts de marché des marques de distributeurs, tous secteurs confondus, se situe aujourd'hui entre 20 et 30 %, on constate qu'environ dix huit mois après le lancement de leurs bouteilles sous MDD, Leclerc et Carrefour revendiquaient déjà pour ces dernières au sein de leur réseau une part de marché de 20 %. Ainsi, dès 2009, dans la plupart des grandes enseignes, la marque de distributeur est devenue le numéro deux des ventes, derrière Butagaz. Dans ces conditions, le gain de part de marché des MDD paraît plutôt rapide au regard des considérables rigidités du marché qu'implique notamment l'importance de la consigne, et au regard de l'exceptionnelle stabilité des parts de marché au cours de la période antérieure.
46. L'entrée rapide des MDD sur le marché s'explique certainement en partie par la faculté dont elles disposent de déréférencer un concurrent, afin notamment de libérer de la place dans les linéaires pour commercialiser leurs propres produits. A cet égard, les dirigeants de Petrovex (Auchan) ont reconnu lors de leur audition que « *d'un strict point de vue stratégique, on a intérêt à déréférencer un fournisseur au profit de nos bouteilles de gaz [...]* ». C'est ainsi qu'en 2003, Vitogaz a été déréférencé dans 30 points de vente Auchan. Totalgaz a également fait l'objet de plusieurs dizaines de demandes de déréférencement de la part des magasins Leclerc à l'été 2005. De même, lors de la séance, toutes les sociétés gazières mises en cause, à l'exception de Butagaz, ont cité des cas de déréférencements à l'occasion de l'arrivée sur le marché des MDD.
47. L'entrée sur le marché de la grande distribution était d'autant plus apte à menacer la ligne d'action commune, relevée par l'instruction, sur laquelle pouvait être calé le fonctionnement de l'oligopole qu'elle a conduit les gaziers :
- à innover sur le plan technique et commercial, en mettant sur le marché des bouteilles différentes (Viseo, Primalight, Calypso), dotées de fonctionnalités nouvelles, plus légères ou facilement transportables, comme l'ont reconnu les enseignes de la grande distribution elles-mêmes ;
  - à proposer de nouvelles pratiques commerciales en matière de consignes, qui a conduit à une rupture nette dans l'évolution des parts de marché des cinq gaziers sur les nouvelles consignes des bouteilles, due notamment à l'essor des offres promotionnelles pratiquées à l'égard des nouveaux clients ;
  - à se heurter à un pouvoir de marché nettement renforcé des enseignes de la grande distribution, qui ont pu s'opposer avec succès, à la fin de l'année 2004, à la hausse de prix demandée par Butagaz, puis Vitogaz et Primagaz, pour le 1<sup>er</sup> janvier 2005.
48. La capacité des fournisseurs de gaz à maintenir une ligne d'action commune en dépit de la pression concurrentielle des enseignes de la grande distribution qui, au contraire était de nature à menacer efficacement un équilibre collusif, n'apparaît ainsi pas démontrée.
49. Les éléments réunis au dossier ne sont donc pas suffisamment probants pour établir l'existence d'une position dominante collective.
50. Par conséquent, il y a lieu également de clore la saisine d'office en tant qu'elle vise les faits susceptibles d'être qualifiés d'abus de position dominante collective, sur le fondement

des dispositions citées plus haut du cinquième alinéa de l'article L. 462-8 du code de commerce.

## DÉCISION

**Article unique** : Les saisines d'office n° 06-SO-02 et 06-SO-03, qui ont donné lieu aux procédures enregistrées sous les numéros 06/0028 F et 06/0029 F, sont closes, sans préjudice de l'appréciation portée par la rapporteure générale sur les suites à donner au dossier au titre du V de l'article L. 464-2 du code de commerce.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Constance Valigny et l'intervention de Mme Virginie Beaumeunier, rapporteure générale, par Mme Elisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente, présidente de séance, MM. Emmanuel Combe, Noël Diricq et Pierre Godé, membres.

La secrétaire de séance,  
Véronique Letrado

La vice-présidente,  
Elisabeth Flüry-Hérard

---

© Autorité de la concurrence