

Affaire C-260/24

Renvoi préjudiciel

Date de dépôt :

15 avril 2024

Juridiction de renvoi :

Administrativen sad Sofia-oblast (Bulgarie)

Date de la décision de renvoi :

15 avril 2024

Partie requérante :

« LUKOIL Bulgaria » EOOD

Partie défenderesse :

Komisija za zashtita na konkurentsijata

ORDONNANCE

n° 787

Sofia, le 15 avril 2024

Administrativen sad – Sofia Oblast (Tribunal administratif de la province de Sofia, Bulgarie), XIII^e chambre, [OMISSIS]

lors de l'examen [OMISSIS] de l'affaire administrative n° 314/2023, [OMISSIS] pour statuer, il convient de tenir compte de ce qui suit :

La procédure judiciaire a pour origine un recours de « LUKOIL Bulgaria » EOOD (ci-après « Lukoil ») en tant que destinataire d'un acte administratif constatant une infraction aux règles de concurrence et infligeant des sanctions. [OMISSIS] Cet acte administratif est la décision n° 184, du 16 février 2023 (ci-après la « Décision »), de la Komisija za zashtita na konkurentsijata (Commission de la concurrence bulgare, ci-après la « KZK »), constatant que Lukoil a commis une infraction au titre de l'article 21 du Zakon za zashtita na konkurentsijata (Loi relative à la protection de la concurrence, ci-après le « ZZK ») et de l'article 102 TFUE, consistant en un abus de position dominante, en appliquant un

ciseau tarifaire à l'égard des concurrents de la société au niveau de la vente en gros de carburants pour moteurs sur le territoire bulgare, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur les marchés de carburants et de porter atteinte aux intérêts des consommateurs.

La KZK a considéré que la partie concernée avait appliqué un ciseau tarifaire entre deux marchés situés verticalement : le marché du commerce de carburants pour moteurs avec paiement des droits d'accise (marché en aval) et le marché du commerce de carburants pour moteurs sous le régime de suspension des droits d'accise (marché en amont). Elle soutient que les prix du marché en aval étaient plus bas que ceux du marché en amont, ce qui aurait entraîné une marge négative, impliquant une violation consistant en un ciseau tarifaire (compression de marge). Elle soutient que la partie concernée occupe une position dominante sur le marché en amont (commerce de carburants sous le régime de suspension des droits d'accise) et sur le marché général du commerce de gros de carburants pour moteurs.

Le litige entre les parties porte à la fois sur les faits et sur le droit applicable à pratiquement tous les éléments de fait constitutifs de l'infraction. Tous les points litigieux sont déterminants pour l'issue du litige.

[OMISSIS]

Les parties :

2. Partie requérante : « LUKOIL Bulgaria » EOOD, ayant son siège social et son administration centrale à Sofia, [OMISSIS]
3. Partie défenderesse : Komisia za zashtita na konkurentsia, [OMISSIS]

L'objet du litige :

4. Le contrôle juridictionnel opéré par la juridiction de céans a pour objet la décision n° 184, du 16 février 2023, [OMISSIS] de la KZK [OMISSIS] constatant que Lukoil a commis une infraction au titre de l'article 21 du ZZK, consistant en un abus de position dominante, en appliquant un ciseau tarifaire à l'égard des concurrents de la société au niveau de la vente en gros de carburants pour moteurs sur le territoire bulgare, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur les marchés de carburants et de porter atteinte aux intérêts des consommateurs.

Les faits :

5. Les motifs, les parties et l'objet de la procédure [OMISSIS] devant la KZK.
 - 5.1. Les motifs de l'ouverture de la procédure

« OMV Bulgaria » OOD a engagé devant la KZK, au titre de l'article 38, paragraphe 1, point 3, du ZZK, la procédure n° KZK/864/2021, par demande n° VHR-1914, du 21 octobre 2021, en constatation d'une éventuelle infraction au titre de l'article 21 du ZZK et de l'article 102 TFUE commise par Lukoil en appliquant un ciseau tarifaire à l'égard des négociants en gros, afin d'évincer des concurrents du marché.

Par demande n° VHR-695, du 20 avril 2022, introduite par « Insa Oil » EOOD au titre de l'article 38, paragraphe 1, point 3, du ZZK, a été ouverte la procédure n° KZK/274/2022, en constatation d'une éventuelle infraction au titre de l'article 21 du ZZK et de l'article 102 TFUE, commise par Lukoil et consistant à pratiquer des prix prédateurs lors de la vente de carburant diesel et de gazole.

Étant donné que les deux procédures ont pour objet un même comportement de la partie concernée, et que, donc, les questions à examiner et à éclaircir sont communes à ces deux procédures, par ordonnance n° 590, du 28 juillet 2022, la KZK a joint les [deux] affaires [OMISSIS] afin de les examiner ensemble dans le cadre d'une seule procédure, sous le nouveau numéro d'affaire KZK-864/274/2021.

La procédure judiciaire a été ouverte suite à un recours de Lukoil, en tant que destinataire de l'acte administratif constatant une infraction aux règles de concurrence et infligeant des sanctions. [OMISSIS]. L'acte administratif est la décision n° 184, du 16 février 2023 [OMISSIS] de la KZK [OMISSIS] constatant que Lukoil a commis une infraction au titre de l'article 21 du ZZK [OMISSIS].

[OMISSIS]

5.2. La partie concernée par la décision de la KZK

[OMISSIS] Lukoil [OMISSIS], ayant pour activité : la vente et la distribution de produits pétroliers, la construction et l'exploitation d'installations de production, la transformation et la vente de produits pétroliers, le transport et le fret, le négoce.

5.3. L'objet de la procédure devant la KZK

La procédure a pour objet d'examiner le comportement de Lukoil concernant la politique de prix de cette société sur le marché du commerce de gros de carburants pour moteurs sur le territoire bulgare.

Le droit applicable :

6. Le droit national

[6].1. Zakon za zashtita na konkurentsia (Loi relative à la protection de la concurrence)

Article 8 (1) [OMISSIS] La Commission de protection de la concurrence

1. [OMISSIS] constate des infractions à cette loi ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; [...]

Position dominante

Article 20 Une position dominante est la position d'une entreprise qui, en raison de sa part de marché, de ses ressources financières, de ses possibilités d'accès au marché, de son niveau technologique et de ses relations commerciales avec d'autres entreprises, est capable d'entraver la concurrence sur le marché en cause parce qu'elle est indépendante de ses concurrents, de ses fournisseurs ou de ses acheteurs.

Interdiction d'abuser d'un monopole ou d'une position dominante

Article 21 Est interdit le comportement des entreprises qui constitue une position de monopole ou d'une position dominante et de deux ou plusieurs entreprises en position dominante collective, qui est susceptible d'entraver, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence et qui affecte les intérêts des consommateurs, notamment : [...]

2. une restriction de la production, du commerce et du développement technique au détriment des consommateurs ; [...]

5. un refus injustifié de fournir un bien ou un service à un client réel ou potentiel, afin d'entraver les activités commerciales de celui-ci.

[6.]2 Conformément à l'article 168, paragraphe 1, de l'Administrativnoprotesualen kodeks (Code du contentieux administratif, ci-après l'« APK »), le juge apprécie la légalité de l'acte administratif attaqué au regard de tous les moyens visés à l'article 146 de l'APK, à savoir : la compétence de l'autorité administrative auteur de l'acte, le respect des règles de procédure administrative et des dispositions matérielles relatives à son adoption, la conformité de l'acte adopté à l'objectif de la loi.

[6.]3 Aux termes de l'article 6 de l'APK : (1) Les autorités administratives exercent leurs compétences de manière raisonnable, de bonne foi et équitablement. (2) L'acte administratif et son exécution ne peuvent pas léser des droits et des intérêts légaux au-delà de ce qui est indispensable pour atteindre le but pour lequel l'acte est adopté. (3) Lorsque l'acte administratif lèse des droits ou impose des obligations à des citoyens ou à des organisations, ceux-ci se voient appliquer les mesures qui leur sont plus favorables, si cela permet également d'atteindre l'objectif de la loi. (4) Entre deux ou plusieurs possibilités conformes à la loi, l'autorité est tenue de choisir, dans le respect des paragraphes 1 à 3, celle qui peut être mise en œuvre de la manière la plus économique et la plus favorable pour l'État et la société. (5) Les autorités administratives doivent s'abstenir

d'adopter des actes et des comportements qui sont susceptibles de causer des préjudices manifestement disproportionnés par rapport au but poursuivi.

[6.]4 MÉTHODOLOGIE de l'enquête et de la détermination de la position des entreprises sur le marché en cause, adoptée par la décision de la KZK n° 393 du 21 avril 2009.

Section II. Définition du marché en cause

2. Principales notions – § 1, point 15, des dispositions complémentaires du ZZK

[2.]1. Marché en cause

La définition du marché en cause est le principal instrument pour établir et définir les limites de la concurrence entre les entreprises, afin d'identifier de manière systématique l'environnement concurrentiel dans lequel elles opèrent.

La définition du marché en cause constitue la base de calcul des parts de marché dans le cadre de l'évaluation d'une situation de monopole et de position dominante (article 21 du ZZK et article 82 TCE), du contrôle des concentrations (article 22 du ZZK), de l'analyse des accords, des décisions et des pratiques concertées (article 15 du ZZK et article 81 TCE), dans le cadre d'analyses sectorielles et de la défense de la concurrence.

Il convient de garder à l'esprit que la conception du marché en cause diffère des concepts de marché utilisés dans d'autres situations. Ainsi, les entreprises utilisent souvent le terme « marché » pour décrire le territoire sur lequel elles vendent leurs produits ou, plus généralement, le secteur auquel elles appartiennent.

Le marché en cause sur lequel les conditions de concurrence sont évaluées se compose d'un marché de produits et d'un marché géographique.

Le marché de produits comprend tous les biens et services que les consommateurs peuvent considérer comme interchangeables ou substituables du point de vue de leurs caractéristiques, de leurs objectifs et de l'usage auquel ils sont destinés.

Le marché géographique comprend un territoire défini sur lequel les biens ou services interchangeables en cause sont offerts et sur lequel les conditions de concurrence sont identiques et différentes de celles des zones voisines.

La définition des deux parties du marché en cause, en termes de produits et de géographie, est systématiquement liée et est effectuée de manière séquentielle jusqu'à ce qu'un marché en cause unique et distinct soit défini.

Dans l'analyse des accords, décisions et pratiques concertées interdits, le marché de produits et le marché géographique concernés sont ceux qui font l'objet de l'accord. L'appréciation du respect des conditions d'exemption prévues à

l'article 17 du ZZK et à l'article 81, paragraphe 3, TCE s'effectue par rapport au marché auquel l'accord se rapporte.

L'application de la notion de marché en cause peut aboutir à des résultats différents selon la nature des questions de concurrence spécifiques soulevées et examinées par la Commission [de protection de la concurrence].

En fonction des spécificités du marché en cause, du comportement des acteurs du marché et des informations disponibles, l'analyse du marché en cause est normalement rétrospective (par exemple dans le cas d'accords interdits ou d'abus de position dominante) ou prospective (cela vaut également pour l'évaluation des concentrations).

7. Droit de l'Union

[7.]1 L'article 102, sous b), TFUE dispose :

« Article 102

(ex-article 82 TCE)

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

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ».

[7.]2 Les articles 3 et 27 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, disposent :

« Article 3

Rapport entre les articles 81 et 82 du traité et les droits nationaux de la concurrence

1. Lorsque les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées au sens de l'article 81 [101], paragraphe 1, du traité susceptibles d'affecter le commerce entre États membres au sens de cette disposition, elles appliquent également l'article 81 [101] du traité à ces accords, décisions ou pratiques concertées. Lorsque les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à une pratique abusive

interdite par l'article 82[102] du traité, elles appliquent également l'article 82 [102] du traité.

[...]

Sans préjudice des principes généraux et des autres dispositions du droit communautaire, les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas lorsque les autorités de concurrence et les juridictions des États membres appliquent la législation nationale relative au contrôle des concentrations, et ils n'interdisent pas l'application de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 [101] et 82 [102] du traité ».

[7.]3 Orientations sur les priorités retenues par la Commission dans l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes

[OMISSIS]

[Les points] 13 à 15 de la communication de la Commission – 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 (JO 2009, C 45, p. 7) (ci-après les « Orientations de la Commission ») énoncent :

« a) Position sur le marché de l'entreprise dominante et de ses concurrents

[13.] Les parts de marché apportent à la Commission une première indication utile sur la structure du marché et l'importance relative des entreprises qui y sont actives. Elle interprétera cependant les parts de marché à la lumière des conditions régnant sur le marché en cause, et notamment de la dynamique du marché et du degré de différenciation des produits. La tendance ou l'évolution des parts de marché dans le temps peuvent également être prises en considération sur les marchés volatiles ou fonctionnant par appels d'offres.

[14.] La Commission considère que des parts de marché modestes sont généralement un bon indicateur de l'absence d'un fort pouvoir de marché. Elle sait d'expérience que si la part de marché de l'entreprise représente moins de 40 % du marché en cause, il est peu probable qu'elle s'y trouve en position dominante. Il peut toutefois y avoir des cas au-dessous de ce seuil dans lesquels les concurrents ne sont pas en mesure de brider efficacement le comportement d'une entreprise en position dominante, notamment lorsqu'ils sont confrontés à de fortes limitations de capacité. Ces cas semblent aussi mériter de retenir l'attention de la Commission.

[15.] L'expérience montre que si la part de marché est élevée et détenue longtemps, il est très probable que cet élément constituera un premier indice sérieux de l'existence d'une position dominante et, dans certaines circonstances, d'éventuels effets graves de pratiques abusives, justifiant une intervention de la Commission en vertu de l'article 82 [OMISSIS]. Toutefois, en règle générale, elle

ne tirera pas de conclusion finale sur l'opportunité d'intervenir dans une affaire sans examiner tous les facteurs qui peuvent suffire à brider le comportement de l'entreprise ».

[7.4] À leur point 75 (sous le titre « Refus de fourniture et compression des marges »), les Orientations de la Commission énoncent : « [...] Le fait de savoir qu'une obligation de fourniture peut leur être imposée contre leur gré pourrait conduire des entreprises dominantes – ou des entreprises escomptant le devenir – à ne pas investir ou à moins investir dans l'activité en question. De même, des concurrents pourraient être tentés de profiter gratuitement des investissements réalisés par l'entreprise dominante au lieu d'investir eux-mêmes. Aucune de ces conséquences ne serait, à long terme, dans l'intérêt des consommateurs. »

[7.5] À leur point 82 (sous le titre « Refus de fourniture et compression des marges »), les Orientations de la Commission indiquent expressément que « [d]ans certains cas, il peut apparaître que l'imposition d'une obligation de fourniture n'aura manifestement aucun effet négatif sur la propension du propriétaire des intrants et/ou d'autres opérateurs à investir et à innover en amont, que ce soit ex ante ou ex post. Selon la Commission, tel pourrait être le cas, notamment, lorsqu'une réglementation compatible avec le droit communautaire impose déjà une obligation de fourniture à l'entreprise dominante et qu'il est évident, à la lumière des considérations sous-tendant cette réglementation, que le nécessaire équilibre entre les incitations a déjà été opéré par l'autorité publique lorsqu'elle a fixé cette obligation de fourniture. Tel pourrait être le cas également lorsque l'entreprise dominante a acquis sa position sur le marché en amont grâce à des droits spéciaux ou exclusifs ou à un financement au moyen de ressources d'État. Dans de telles circonstances, la Commission n'a aucune raison de s'écarter de son approche générale fondée sur la démonstration de la probabilité d'une éviction anticoncurrentielle sans devoir examiner si les trois circonstances visées au point 81 sont réunies » (note de l'auteur : il s'agit des critères établis dans l'arrêt Bronner).

[7.6] La définition du marché en cause, tirée de la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO 1997, C 372, p. 3).

[7.7] En vertu de l'article 4[7], premier alinéa, de la Charte, toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

8. Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

[...] Arrêt du 26 novembre 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, point 41.

Dans cet arrêt, tout particulièrement, la Cour a considéré que pour qu'il y ait abus au sens de l'article 102 TFUE, il faut que le refus d'une entreprise en position dominante d'accorder l'accès à un service soit de nature à éliminer toute

concurrence sur le marché du demandeur du service et ne puisse être objectivement justifié, et le service lui-même doit être nécessaire à l'exercice de l'activité de son demandeur.

Les motifs du renvoi préjudiciel :

9. La définition du marché en cause

Compte tenu de l'objet de la présente affaire, qui concerne le comportement de Lukoil en tant que fournisseur de carburants, la KZK a défini **le marché en cause comme le marché du commerce de gros de carburants pour moteurs (essence pour automobiles et gazole – carburant diesel) sur le territoire bulgare, incluant deux sous-marchés liés verticalement, à savoir :**

- le sous-marché du commerce de gros de carburants pour moteurs soumis à un régime de suspension des droits d'accise
- le sous-marché du commerce de gros de carburants pour moteurs mis à la consommation (avec paiement des droits d'accise)

9.1. Les objections de Lukoil concernant la définition des marchés en cause

La partie concernée considère que, du point de vue des caractéristiques et des spécificités des biens négociés en gros, sous le régime de suspension de droits d'accise et avec paiement des droits d'accise, il est impossible de distinguer deux marchés de produits verticaux distincts sur le segment du commerce de gros de carburants pour moteurs.

Selon la partie concernée, l'accusation portée contre elle est en contradiction avec la position défendue depuis de nombreuses années par la KZK concernant les marchés du commerce de gros de carburants. Lukoil soutient qu'en réalité il existerait seulement un marché de gros comportant deux sous-marchés situés horizontalement : a) du gazole et b) de l'essence, du propane-butane (GPL) et du méthane. Elle soutient que la distinction entre le marché des carburants soumis au régime de suspension de droits d'accise et celui des carburants soumis au paiement des droits d'accise, est faite selon un principe purement mécanique, à savoir sur le fondement du Zakon za akizite i danachnite skladove (Loi relative aux droits d'accise et aux entrepôts fiscaux, ci-après le « ZADS »). Selon la partie concernée, les carburants propane-butane et méthane, qui, du point de vue de leurs caractéristiques, de leur destination et de leurs prix, sont substituables avec l'essence pour automobiles, n'auraient pas été inclus dans ce marché de produit. Elle indique que les quantités de propane-butane vendues seraient à peu près égales à celles d'essence, et à certains moments même supérieures. L'absence de GPL et de méthane dans la gamme de produits des « carburants pour moteurs » augmenterait sensiblement la part de marché de Lukoil, car cette dernière réaliserait des ventes en gros insignifiantes de ces produits. L'augmentation induite de la part de marché de Lukoil mènerait à la conclusion que la position dominante

de la société sur le marché de gros des « carburants pour moteurs » soumis au régime de suspension des droits d'accise n'est pas établie.

Elle indique que, dans son argumentation, la KZK confondrait constamment le régime d'accises des ventes individuelles avec la taille des acteurs du marché et le fonctionnement du marché, en essayant de trouver des niveaux verticaux en fonction du type d'achat, sous le régime de suspension des droits d'accise ou avec paiement des droits d'accise. Selon la partie concernée, une telle distinction n'existe pas du tout dans l'économie réelle. Lukoil aurait effectué des expéditions depuis ses dépôts de vente et d'approvisionnement sur ordre d'un même client dans le cadre d'une seule et même période (jour, semaine, mois) tant avec droits d'accise que sans droits d'accise. La société soutient qu'il ressortirait clairement de la preuve jointe aux objections que, dans le cadre d'un mois choisi au hasard, les clients de Lukoil achètent et reçoivent des carburants liquides sous les deux régimes de droits d'accise. Lors des ventes de carburants tant sous le régime de suspension des droits d'accise qu'avec paiement des droits d'accise, les services seraient exactement les mêmes, ce qui, encore une fois, confirmerait l'argument en faveur de l'existence d'un seul marché, sans segmentation verticale. La partie concernée indique également que les ventes de carburants pour moteurs avec paiement des droits d'accise et sous le régime de suspension des droits d'accise varieraient dans une proportion restée identique pendant et après la période litigieuse. Elle souligne que, avant le début de la période litigieuse, ses principaux acheteurs étaient [...], et que tous achèteraient des carburants à la fois sous le régime de suspension des droits d'accise et avec paiement des droits d'accise, dans des conditions identiques. Il en irait de même lorsque des petits négociants lui achètent des carburants principalement sous le régime de suspension des droits d'accise et inversement.

En outre, la partie concernée estime que l'essence et le gazole ne sont pas des produits substituables, tant du point de vue de la demande que de l'offre, et elle fait valoir qu'un véhicule diesel ne peut pas fonctionner avec de l'essence et inversement. Selon la société lorsque le prix d'un type de carburant est plus avantageux, le propriétaire d'un véhicule équipé de l'autre type de moteur ne peut pas se réorienter facilement et rapidement vers le carburant le moins cher. En pratique, le seul moyen de se réorienter est de changer de véhicule pour changer de type de moteur, afin de pouvoir utiliser le carburant le meilleur marché. De ce point de vue, réunir l'essence et le gazole en un seul marché des « carburants pour moteurs » serait contraire à la méthodologie de l'enquête et de la détermination de la position des entreprises sur le marché en cause adoptée par la KZK.

Sur la base des considérations qui précèdent, la partie concernée estime que la KZK a conclu à tort que, du point de vue des caractéristiques et des spécificités des biens négociés en gros sous le régime de suspension des droits d'accise et avec paiement des droits d'accise, il est impossible de délimiter deux marchés de produits verticaux distincts sur le segment du commerce de gros de carburants.

9.2. Les conclusions de la KZK

La présente affaire a pour objet le comportement de Lukoil concernant le commerce de gros de carburants (essence et gazole/carburant diesel) et la KZK se concentre précisément sur le niveau du commerce de gros. Certes, dans ses décisions ^[OMISSIS], la KZK a estimé que la vente en gros des deux produits, l'essence et le gazole, constitue un marché en cause distinct, différent du marché de gros d'autres produits. Cependant, il conviendrait de souligner que chaque procédure devant la KZK porte sur un périmètre de marché différent, en fonction de l'objet de l'affaire. Dans la pratique de la KZK, souvent, le marché du commerce de gros de carburants serait segmenté en deux niveaux : grossistes – premier niveau et grossistes – second niveau ^[OMISSIS]. Dans ces affaires, la KZK n'aurait justement pas examiné en détails les commerces de gros en fonction du régime fiscal, parce que l'accent n'était pas mis sur cette segmentation et que ces affaires ne soulevaient pas de problèmes anticoncurrentiels. C'est parce qu'il y aurait de tels problèmes en l'espèce que la KZK aurait des raisons pour analyser le marché de manière détaillée et pour distinguer les deux sous-marchés. En outre, il conviendrait de souligner que les conditions des marchés de carburants évoluent de manière dynamique et que le comportement des acteurs du marché change en fonction d'un grand nombre de facteurs externes, raison pour laquelle, dans chaque procédure en matière d'ententes [devant la] KZK, il conviendrait de prendre en considération les conditions spécifiques du marché. Dans le cas de figure de l'espèce, compte tenu des spécificités de la présente affaire, à savoir la formation des prix lors de la vente en gros de carburants sous des régimes douaniers différents, la KZK considère que les deux types de carburant, l'essence et le gazole, relèvent d'un seul marché de produits, sans qu'une segmentation supplémentaire soit nécessaire. Bien que, du point de vue du consommateur final, les différents carburants aient des destinations différentes, du point de vue des concurrents de Lukoil, qui sont également ses clients en tant que grossistes, les deux produits relèveraient d'un même marché de produits, car les grossistes dégagent des recettes, quel que soit le type de carburant qu'ils achètent principalement. En outre, en l'espèce, les deux produits ont une seule et même destination, à savoir la revente ultérieure, et des conditions identiques de commercialisation, jusqu'au consommateur final. Du point de vue de l'offre, en cas d'augmentation de la demande, le vendeur pourrait commencer à proposer n'importe lequel des deux produits sans dépenses supplémentaires. Concernant la demande, les négociants en gros qui achètent les deux carburants sous le régime de suspension des droits d'accise ou avec paiement de droits d'accise feraient cela dans le but de les revendre à d'autres négociants et sont influencés par la demande et non par la consommation de ces produits. De plus, conformément à la pratique de la Commission européenne, sur le marché de gros, le gazole et l'essence relèveraient d'un même marché de produits, compte tenu de leur caractère substituable du point de vue des fournisseurs ^[OMISSIS].

De surcroît, la KZK n'est pas d'accord, pour les raisons suivantes, avec l'affirmation de la partie concernée, selon laquelle l'économie ne ferait pas de distinction entre les ventes des carburants sous le régime de suspension de droits

d'accise ou avec paiement de droits d'accise, au motif que les deux services seraient exactement les mêmes :

Conformément au point 2.3.1 de la Méthodologie de la KZK, pour définir le marché : « [l]es types de preuves que la KZK considère comme pertinents pour apprécier si deux produits sont substituables en ce qui concerne la demande sont :

- la destination fonctionnelle, notamment le but de l'utilisation et les caractéristiques de consommation du produit ;
- la destination du produit (notamment la vente, l'utilisation à des fins personnelles ou professionnelles) ;
- les caractéristiques qualitatives, notamment le type, l'assortiment, le design, l'emballage, la publicité et les spécificités en matière de commercialisation et de distribution.
- le prix ;
- les conditions de vente, notamment les modes de vente des produits ».

La KZK estime que le régime douanier, les différentes caractéristiques du carburant (avec ou sans ajout de biocarburant), font que le carburant soumis à un régime de suspension des droits d'accise et le carburant avec paiement des droits d'accise ont également des destinations fonctionnelles différentes, et, par nature, impliquent une distinction entre différents niveaux dans le commerce de gros de carburants. De même, concernant l'analyse de la destination des produits, en cas de négoce sous le régime de suspension des droits d'accise, le paiement de droits d'accise n'est pas prévu, car, à ce niveau, le carburant, essence ou gazole, est destiné à être transféré dans un autre entrepôt douanier, c'est-à-dire à une revente ultérieure, et non à la consommation directe. Le carburant est minéral, c'est-à-dire que l'ajout de biocarburant requis par la loi n'a pas été effectué et qu'il peut se conserver plus longtemps. En outre, en cas de vente avec paiement de droits d'accise, les clients seraient, non pas des grossistes disposant d'entrepôts fiscaux, mais surtout, même si pas uniquement, des négociants du niveau du commerce de détail (des stations essence ou des entreprises de transport). La KZK n'exclut pas que des grossistes disposant d'entrepôts douaniers puissent acheter des carburants auxquels a été ajouté du biocarburant, destinés à la revente ou à leurs propres besoins. Cela ne changerait rien au fait qu'il existe différents niveaux de commerce de gros de carburants. De surcroît, en fixant des remises différentes, ou des prix différents, en fonction des différents régimes douaniers, la partie concernée distinguerait en réalité elle-même différents niveaux/sous-marchés dans le commerce de gros de carburants, car la remise est un élément du prix du bien, or le prix est quant à lui l'un des facteurs obligatoires à prendre en considération lors de l'appréciation du caractère interchangeable des produits en cause aux fins de la définition du marché de produits.

Concernant le GPL (propane-butane, méthane), la KZK a considéré dans ses décisions ^[OMISSIS] que, du point de vue de la demande, celui-ci n'est pas un substitut complet des carburants, c'est pourquoi il ne serait pas pris en considération dans le cadre de la présente affaire. Le propane-butane est non pas du gaz naturel mais un produit pétrolier obtenu lors de la transformation du pétrole, un sous-produit résultant de la production d'essence et de gazole. Il est plus lourd que l'air et retombe sur le sol en cas de fuite. Le propane-butane est un mélange de gaz hydrocarbures liquéfiés, également appelé gaz de pétrole liquéfié (GPL). Sa production aurait un caractère fortement saisonnier qui ne correspond pas à la demande des principaux carburants, c'est pourquoi, à certains moments, les raffineries atteignent leurs limites de stockage de ce produit. Dans de tels cas, elles peuvent soit le brûler, c'est-à-dire le détruire, soit le vendre à un prix inférieur au prix du marché. Il est stocké et conservé à l'état liquide dans des conditions spéciales, dans des cuves spéciales, avec un risque élevé, et il est manipulé par des personnes formées à cet effet. Le propane-butane est livré, non pas par tuyauterie, mais surtout par camions-citernes.

Le gaz naturel est un produit d'origine naturelle et il est obtenu par forages. Habituellement, il est transporté par gazoducs. Le gaz naturel comprimé, le « méthane » est utilisé comme carburant pour moteurs.

Conformément au Règlement relatif aux exigences en matière de qualité, ainsi qu'aux conditions et modalités de contrôle, des carburants liquides, un négociant qui met sur le marché des carburants liquides doit garantir et apprécier la conformité de ceux-ci aux exigences de qualité. À cette fin, les carburants liquides doivent répondre aux exigences de qualité prévues aux annexes n° 1 à n° 7. Lors de la mise sur le marché, de la distribution, du transport, de la conservation et de l'utilisation, les carburants liquides doivent être accompagnés de déclarations de conformité qu'il est obligatoire de conserver deux ans. Toutes les exigences précitées ne s'appliquent pas au gaz, propane-butane/méthane. Le gaz propane-butane/méthane utilisé comme carburant pour moteurs n'est pas contrôlé par la Darzhavna agentsia « Metrologichen i tehnicheski nadzor » (Agence nationale « Contrôle métrologique et technique ») concernant la qualité du produit, car, dans la base juridique, il n'existe pas de norme de qualité obligatoire analogue aux normes de qualité de l'essence et du gazole. Toutefois le mélange de propane et de butane serait effectué seulement dans des entrepôts fiscaux, cela étant enregistré comme opération courante au sens du ZADS. Les exigences spécifiques applicables aux gaz propane-butane et méthane sont définies dans le Règlement relatif à la construction et à la sécurité de l'exploitation des gazoducs de transport et de distribution ainsi que des équipements, des installations et des appareils pour le gaz naturel ^[OMISSIS] et le Règlement relatif à la construction et la sécurité de l'exploitation, ainsi qu'au contrôle technique des équipements et des installations pour les gaz hydrocarbures liquéfiés ^[OMISSIS].

Il conviendrait également de noter que la vente de gaz propane-butane et méthane nécessite différents équipements de vente (pompes), avec des exigences en matière de répartition territoriale de ces équipements. La vente de propane-butane

et de méthane comme carburant pour moteurs serait possible également en dehors des stations essences, sur des sites indépendants, par exemple des stations de ravitaillement en gaz ou en méthane. Cette spécificité mènerait à la conclusion que la demande d'essence et de gazole des détaillants est par nature différente de la demande de gaz naturel et de propane-butane, étant donné que seulement une partie des stations essence bulgares proposent toute la gamme de carburants pour moteurs, par exemple du méthane ^[OMISSIS].

A vu de ce qui précède, la KZK estime que l'essence automobile, d'une part, et le GPL et le méthane, d'autre part, ne sont pas substituables.

Au vu des considérations qui précèdent, la KZK estime que sont non fondés les arguments de la partie concernée selon lesquels, du point de vue des caractéristiques et des spécificités des biens négociés en gros sous le régime de suspension de droits d'accise et avec paiement des droits d'accise, il est impossible de délimiter deux marchés de produits verticaux distincts sur le segment du commerce de gros de carburants pour moteurs.

9.3. Les objections de Lukoil

La partie concernée soutient que, du point de vue des acteurs du marché du commerce de gros de carburants pour moteur, il est impossible de distinguer deux marchés de produits verticaux sur le segment du commerce de gros de carburants pour moteurs en séparant les ventes sous le régime de suspension des droits d'accise et les ventes avec des droits d'accise acquittés. Selon Lukoil, un marché existant et fonctionnant objectivement a toujours ses acteurs spécifiques : vendeurs, intermédiaires éventuels (négociants, revendeurs) et acheteurs finaux. Elle soutient que pas un seul acteur des deux prétendus marchés liés verticalement du commerce de gros de carburants pour moteurs, sous le régime de suspension des droits d'accise et avec paiement des droits d'accise, n'a été mentionné, alors que sont mentionnés en général les acteurs du marché du commerce de gros de carburants pour moteur. Selon la partie concernée, un tel marché existe bien, mais il est divisé horizontalement selon les produits : marché du gazole et marché de l'essence, du GPL et du méthane. Les acteurs de ce marché seraient au moins 270 opérateurs économiques, enregistrés et exerçant effectivement une activité régie par le Zakon za gorivata (Loi relative aux carburants). La partie concernée ajoute qu'il est impossible de trouver sur le marché des négociants qui achètent des carburants pour moteurs seulement sous le régime de suspension des droits d'accise ou seulement avec paiement de droits d'accise. Il n'y a pas de niveaux de marché qui existent de manière objective, durable et structurée, qui aient des fonctions différentes et qui servent différents groupes de clients. C'est pourquoi il y aurait lieu de conclure qu'il n'y a pas deux marchés distincts, sous le régime de suspension des droits d'accise et avec paiement des droits d'accise.

9.4. Les conclusions de la KZK

Selon la définition donnée au point 15 des dispositions additionnelles du ZZK « le marché de produits comprend tous les biens ou services qui peuvent être considérés comme substituables de par leurs caractéristiques, leur destination et leurs prix ». Il ressortirait du point 3.1 de la section III de la Méthodologie de l'enquête et de la détermination de la position des entreprises sur le marché en cause que l'étude des acteurs fait partie de l'analyse de la structure du marché en cause. En ce sens, le caractère substituable des produits/services en cause n'est pas déterminé par un facteur comme le nombre d'acteurs sur le marché en cause, notamment le nombre et le type de négociants du point de vue du régime fiscal sous lequel le carburant en cause est négocié. De plus, il convient de souligner que la KZK n'a pas fait de distinction précise entre les acteurs des deux marchés, soumis au régime de suspension des droits d'accise et avec paiement des droits d'accise, car, ainsi qu'elle l'a constaté au point IV.2. De la Décision, « souvent, une seule et même société intervient à plus d'un niveau de distribution de carburants pour moteurs », ce qui a été confirmé également par la partie concernée [devant la KZK] dans les objections exposés ci-dessus. Afin de refléter correctement les carburants pour moteurs négociés en gros et d'éviter de prendre en compte deux fois les données relatives au commerce de gros des mêmes volumes de carburants, la KZK a estimé opportun d'identifier comme acteurs du marché en cause seulement les sociétés distributrices de carburants destinés à la vente initiale en Bulgarie, puisque toute vente ultérieure des mêmes quantités de carburants fausserait les chiffres des volumes négociés sur le marché. C'est justement à ce niveau le plus en amont du marché que se trouvent les grossistes qui offrent les plus grandes quantités de carburants et dont dépend le volume des ventes de carburants aux acteurs en aval.

Au vu de ce qui précède, la KZK estime non fondés les arguments de la partie concernée selon lesquels, du point de vue des acteurs du marché de gros de carburants pour moteurs, il est impossible de distinguer deux marchés de produits verticaux sur le segment du commerce de gros de carburants pour moteurs.

9.5. Les objections de Lukoil

Du point de vue des niveaux de prix sur le marché du commerce de gros de carburants pour moteurs, il serait impossible de distinguer deux marchés de produits verticaux sur les segments du commerce de gros de carburants pour moteurs, à savoir des ventes soumises au régime de suspension des droits d'accise et des ventes avec paiement des droits d'accise.

La partie concernée soutient que, conformément à la Méthodologie de l'enquête et de la détermination de la position des entreprises sur le marché en cause, appliquée par la KZK, parmi les éléments qui doivent obligatoirement être examinés et pris en considération pour définir le marché en cause, il y a les prix des biens/services de ce marché. Cet élément du marché serait essentiel pour

déterminer si les produits examinés sont ou non substituables : en l'espèce, il s'agirait des carburants pour moteurs soumis au régime de suspension des droits d'accise et des carburants pour moteurs avec paiement des droits d'accise vendus sur le marché de gros.

Selon Lukoil, il ressortirait des réponses des 30 acteurs du marché de gros de carburants pour moteurs interrogés dans le cadre de la procédure qu'aucun d'entre eux n'applique des prix différents aux ventes sous le régime de suspension des droits d'accise ou avec paiement des droits d'accise. Tous appliqueraient des prix différents (de ceux des autres négociants) et des régimes de ventes différents mais aucun ne différencierait les prix sur la base du régime fiscal des livraisons. Dans l'économie on observerait une différenciation des prix selon d'autres principes, sur la base de rabais quantitatifs ou de remises pour paiement anticipé (pratiqués également par Lukoil), de l'offre des meilleurs prix à ces acheteurs sélectionnés, de l'évaluation du risque de crédit en fonction du prix etc., mais jamais sur la base du régime fiscal des biens vendus. De ce point de vue, il serait absolument impossible que deux marchés définis par la KZK soient liés verticalement si les prix y sont égaux. Il en serait ainsi parce que le marché en aval a toujours des coûts spécifiques qui doivent être supportés. Lorsque, dans un secteur donné, chaque opérateur économique pratique des prix similaires (voir identiques), qu'il a choisis, pour ses ventes dans ce secteur, cela constituerait toujours un indice certain de l'absence de marchés verticaux distincts dans ce secteur (il en va différemment des marchés horizontaux, les prix sur des marchés de produits liés horizontalement dans un secteur peuvent être provisoirement identiques, par exemple les prix de gros de l'essence et du diesel peuvent être identiques). Lukoil fait valoir que, si dans son cas, une différence de [...] a été observée pendant la période litigieuse, il s'agirait d'un écart négligeable, insuffisant pour justifier l'existence de marchés distincts. En outre [...] il n'aurait été observé que concernant un acteur du marché, Lukoil.

9.6. Les conclusions de la KZK

La KZK estime que, pour les raisons suivantes, les carburants pour moteurs soumis au régime de suspension des droits d'accise et ceux avec paiement des droits d'accise ne sont pas substituables, notamment du point de vue de leurs prix :

À la différence des carburants avec paiement des droits d'accise, auxquels a été ajouté du biocarburant et qui sont destinés à la consommation finale, les carburants stockés sous le régime de suspension des droits d'accise sont des carburants minéraux, c'est-à-dire sans ajout de biocarburant et n'ont pas été soumis au paiement des droits d'accise, c'est pourquoi ils ne sont pas prêts pour la consommation. En raison du niveau élevé du taux des droits d'accise et de l'ajout de biocarburant, les carburants pour moteurs avec paiement des droits d'accise ont un prix nettement plus élevé que les carburants stockés sous le régime de suspension des droits d'accise.

En outre, la KZK soutiendrait, non pas que les produits des deux marchés en cause sont au même prix, mais que le produit de base, à savoir le carburant minéral, est au même pour les deux types de ventes, sous le régime de suspension des droits d'accise et avec paiement des droits d'accise. Lors de la vente ultérieure de carburant pour moteurs acheté à Lukoil sous le régime de suspension des droits d'accise, les grossistes ne pourraient réaliser aucun bénéfice, car, en pratique, ils n'obtiendraient aucune remise de Lukoil et devraient fixer le prix des carburants pour moteurs avec paiement des droits d'accise selon la formule : prix de Lukoil plus marge. La marge doit couvrir leurs charges de livraison et d'ajout de biocarburant, y compris les charges financières et administratives imputables, ce qui ne serait pas nécessaire lors de la vente de carburant avec paiement des droits d'accise, car Lukoil inclurait ces charges dans le prix de vente. En achetant du carburant minéral à Lukoil sous le régime de suspension des droits d'accise, les grossistes ne peuvent pas bénéficier de la remise sur les carburants pour moteurs avec paiement des droits d'accise, ce qui les rendrait non compétitifs par rapport à Lukoil sur le sous-marché de vente de carburants avec paiement des droits d'accise, car, au prix du carburant qu'ils proposent, il convient d'ajouter les charges supplémentaires indiquées ci-dessus qui, auparavant, étaient couvertes par le rabais quantitatif obtenu de Lukoil. C'est précisément la politique décrite ci-dessus, appliquée par Lukoil, qui mènerait la KZK à la conclusion que la partie concernée applique un ciseau tarifaire à l'égard de ses clients, qui sont aussi ses concurrents sur le sous-marché du commerce de gros de carburants pour moteurs avec paiement des droits d'accise. La logique économique impose la conclusion que, à l'avenir, les grossistes perdraient des parts de marché en raison de l'augmentation de la part de marché de Lukoil, car il serait fort probable qu'ils cessent leur activité en raison des pertes subies. **Au vu de ce qui précède, la KZK estime non fondées les objections de la partie concernée [devant elle], selon lesquelles, du point de vue des niveaux de prix sur le marché de gros de carburants pour moteurs, il est impossible de distinguer deux marchés de produits verticaux distincts sur le segment du commerce de gros de carburants pour moteurs.**

9.7. Les objections de Lukoil

Du point de vue de l'absence de structures d'entreprise distinctes, c'est-à-dire de structures de ventes pour chacun des deux marchés de vente en gros allégués par la KZK, sous le régime de suspension des droits d'accise et avec paiement des droits d'accise, il serait impossible de distinguer deux marchés de produits verticaux distincts sur le segment du commerce de gros de carburants pour moteurs.

Selon Lukoil, dans le cas de figure de l'espèce, sur le marché de gros de carburants pour moteurs, les opérateurs économiques n'ont absolument pas de structures d'entreprise distinctes qui opéreraient séparément sur les deux marchés déterminés par la KZK, les ventes sous le régime de suspension des droits d'accise et les ventes avec paiement des droits d'accise. La partie concernée soutient que toutes les ventes de gros de tous les négociants interrogés, y compris Lukoil, sont

réalisées par une même équipe, sur les mêmes points de vente, par un personnel disposant des mêmes moyens documentaires et informatiques etc. Selon elle, le dossier de l'affaire ne comporte aucune preuve du contraire. Selon Lukoil, l'absence de structure économique pour réaliser des ventes sur un marché donné conduirait à la conclusion qu'un tel marché n'existe pas et que les ventes sur ce segment/ces segments font partie d'un marché plus grand, en l'espèce le marché de gros de carburants pour moteurs.

9.8. Les conclusions de la KZK

Il ressortirait de la définition donnée au point 15 des dispositions additionnelles du ZZK et du point 2.3.1 de la Méthodologie de l'enquête et de la détermination de la position des entreprises sur le marché en cause que l'absence ou l'existence de structures d'entreprise/services distincts pour les ventes en gros sous le régime de suspension des droits d'accise et les ventes avec paiement des droits d'accise ne fait pas partie des types de preuves qui sont pertinents pour apprécier si deux produits sont substituables du point de vue de la demande. En outre, ainsi que cela a déjà été expliqué précédemment, les carburants pour moteurs sous le régime de suspension des droits d'accise et ceux soumis au paiement des droits d'accise ne seraient substituables ni de par leurs caractéristiques et leur destination, ni de par leurs prix.

À cet égard, la KZK estime non fondés les arguments de la partie concernée.

9.9. Les objections de Lukoil

Selon Lukoil, les résultats du test du monopoleur hypothétique (SSNIP [« small but significant and non-transitory increase in price », c'est-à-dire « augmentation faible mais significative et non transitoire des prix »]) réfutent clairement la thèse de l'existence de deux marchés de produits liés verticalement défendue par la KZK, le marché de gros de carburants pour moteurs sous le régime de suspension des droits d'accise et celui des carburants moteurs avec paiement des droits d'accise. La partie concernée estime que l'application du test montre que tous les produits vendus sur le marché de gros des carburants pour moteurs par des bases pétrolières relèvent d'un même marché de produits.

Lukoil estime que le test du monopoleur hypothétique est le principal moyen pour déterminer le périmètre de produits et géographique de chaque marché. Dans le cas de figure de l'espèce, le litige juridique et économique porterait sur le point de savoir si les carburants pour moteurs vendus avec paiement des droits d'accise relèvent du même marché que les carburants pour moteurs vendus sous le régime de suspension des droits d'accise, et inversement. D'après ce test, si une partie importante de la demande se réoriente d'un produit A vers un produit B en cas d'augmentation prolongée du prix du produit A de 5 % à 10 %, alors les deux produits relèveraient d'un même marché.

Elle soutient que, dans son accusation, la KZK défend la thèse selon laquelle la différence de prix de 2 à 4 BGN entre les deux types de vente (remise en cas d'achat avec paiement des droits d'accise) conduit à une réorientation de la demande consistant en une augmentation des ventes avec paiement des droits d'accise (prix moindre) aux dépens des ventes sous le régime de suspension des droits d'accise (prix plus élevé). [OMISSIS]

Par conséquent, le test du monopoleur hypothétique prouverait de manière incontestable que les deux produits, le gazole avec paiement des droits d'accise et le gazole soumis au régime de suspension des droits d'accise, sont substituables du point de vue de la demande, c'est pourquoi ils relèveraient d'un même marché de produits. Il en irait de même pour l'essence.

9.10. Les conclusions de la KZK

Il conviendrait de relever que la KZK dispose d'une certaine marge d'appréciation s'agissant de la définition du marché en cause dans la mesure où cette définition inclut une appréciation économique complexe. En effet, la notion de marché en cause impliquerait qu'il puisse y avoir une concurrence effective entre les produits ou les services qui en relèvent et cela supposerait un degré suffisant de substituabilité entre tous les produits ou services qui relèvent d'un même marché. La substituabilité ne serait pas appréciée uniquement au regard des caractéristiques objectives des produits et services en cause, en effet, il conviendrait de prendre en considération également les conditions de concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché [OMISSIS].

Conformément au point 2.3.3. De la Méthodologie de l'enquête et de la détermination de la position des entreprises sur le marché en cause, « Instruments utilisés pour définir le marché en cause », le test du monopoleur hypothétique serait seulement l'un des instruments de définition du marché en cause et non le seul, et il serait indiqué dans la Méthodologie qu'il s'applique surtout aux fins de l'appréciation de concentrations d'entreprises. Les approches statistiques et économiques d'appréciation des limites du marché seraient énumérées de manière non limitative dans la Méthodologie et il serait indiqué que ces approches sont utilisées « à l'appréciation de la KZK en fonction des spécificités du cas d'espèce ».

En outre, la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence [OMISSIS] indiquerait également que le test du monopoleur hypothétique est seulement « une façon de procéder » pour définir les marchés et qu'il y a plusieurs méthodes possibles de définition du marché. Il ressort également du point 25 de la Communication que la définition du marché en cause ne requiert pas de suivre un ordre hiérarchique rigide des différentes sources d'information ou des différents types d'éléments de preuve. À cet égard, le Tribunal de l'Union européenne a souligné que la Commission européenne peut se fonder également « sur d'autres instruments,

comme des études de marché ou autres aux fins de l'appréciation du point de vue des consommateurs et des autres concurrents » ^[OMISSIS].

De surcroît, conformément à la Méthodologie de la KZK pour définir le marché, lorsqu'est réalisé le test du monopoleur hypothétique visant à déterminer les limites du marché géographique de produits en cause, il est supposé qu'il y a une augmentation de prix faible mais significative et durable du produit en cause. Est considérée comme telle une augmentation des prix de 5 à 10 %, les autres conditions de concurrence restant égales par ailleurs (il n'est pas nécessaire de prendre en compte l'incidence de l'inflation) pendant la période analysée. À cet égard, concernant l'exigence d'« autres conditions de concurrence égales », ainsi que la KZK l'a déjà constaté précédemment, les carburants pour moteurs soumis au régime de suspension des droits d'accise et ceux avec paiement des droits d'accise ne seraient pas substituables du point de vue de leurs caractéristiques, de leur destination et de leurs prix. À la différence des carburants soumis au paiement des droits d'accise, auxquels ont été ajoutés du biocarburant et qui sont destinés à la consommation finale, les carburants stockés sous le régime de suspension des droits d'accise sont généralement des carburants minéraux et ne sont pas prêts pour la consommation finale, car ils ne comportent pas d'ajout de biocarburant et ils n'ont pas été soumis au paiement des droits d'accise. De même, les carburants soumis au paiement des droits d'accise et auxquels a été ajouté du biocarburant ont un prix sensiblement plus élevé que les carburants stockés sous le régime de suspension des droits d'accise.

Au vu de ce qui est exposé précédemment, la KZK estime que les conditions d'application du test ne sont pas réunies, étant donné que les différences évoquées entre les deux types de carburants donnent en soi suffisamment d'éléments pour distinguer deux marchés autonomes, celui des carburants pour moteurs soumis au régime de suspension des droits d'accise et celui des carburants pour moteurs soumis au paiement des droits d'accise.

Au vu de ce qui précède, la KZK estime non fondés les arguments de la partie concernée relatifs à l'application du test du monopoleur hypothétique.

9.11. Conformément à l'analyse du marché figurant dans sa décision, la KZK établit que, dans le cas de figure de l'espèce, il est possible de conclure, concernant le marché de gros de carburants pour moteurs (essence pour automobiles et gazole, carburant diesel) en Bulgarie, que Lukoil dispose d'une part de marché relativement élevée et qu'elle est leader sur le marché en cause du commerce de gros de carburants pour moteurs, avec une part de marché relativement élevée oscillant entre [40-50 %] et [50-60 %] pendant les différentes périodes de six mois de la période analysée

La KZK a constaté que, pendant la période analysée, il existait sur le marché de gros de carburants pour moteurs des barrières importantes à l'entrée de concurrents potentiels et à la croissance des concurrents déjà présents. Une réorientation vers un fournisseur alternatif était possible, mais cela se serait

produit au cours d'une période à venir pendant laquelle les concurrents et les clients auraient atteint des conditions commerciales aussi favorables que celles fournies par Lukoil, et ce seulement dans certaines régions de Bulgarie. De même, la réorientation vers un fournisseur alternatif entraînerait des charges supplémentaires importantes pour ses concurrents et ses clients, et, dans certains cas, une telle alternative serait même impossible, en l'absence d'un autre fournisseur disposant d'une couverture géographique en entrepôts similaire.

Il convient de souligner que, selon la KZK, les activités de Lukoil se caractérisent par une intégration verticale. Le groupe Lukoil opère tout au long de la chaîne, de la production à la vente finale de carburants, ce lui confère indubitablement un avantage concurrentiel. Ainsi, Lukoil Neftohim Burgas AD possède la seule raffinerie de pétrole brut en Bulgarie et elle est le plus grand producteur de carburants pour moteurs vendus en Bulgarie. Parallèlement, Lukoil, en plus d'être grossiste, exploite également l'une des plus grandes chaînes de stations essence à l'échelle nationale.

Il ressort de l'analyse économique que le groupe Lukoil possède une infrastructure logistique, d'entreposage et de transport, avec une situation géographique stratégique unique en Bulgarie, ce qui lui confère un avantage concurrentiel exceptionnel pour le commerce de gros de carburants pour moteurs. Cette infrastructure unique permet à Lukoil de pratiquer le commerce de gros à l'échelle nationale avec des charges de transport très faibles et des volumes importants.

Toutes les circonstances décrites ci-dessus, combinées à la forte concentration observée sur le marché de gros des carburants pour moteurs et à l'absence de dynamique significative des positions des acteurs du marché, conduiraient à la conclusion que Lukoil détient une position dominante sur le marché en cause du commerce de gros de carburants (essence automobile et gazole) sur le territoire bulgare, ce qui permet à la société de se comporter indépendamment de ses concurrents et de ses clients, en influant sur la concurrence sur les marchés liés verticalement de la chaîne de commercialisation des carburants pour moteurs.

Concernant les sous-marchés liés verticalement du commerce de gros de carburants pour moteurs, étant donné que Lukoil est le principal fournisseur des carburants produits sur le territoire bulgare et que des quantités plus importantes de carburants sont commercialisées sous le régime de suspension des droits d'accise, pour lequel il est obligatoire qu'une société dispose d'un entrepôt fiscal dans lequel les activités correspondantes doivent être réalisées afin de pouvoir mettre les carburants à la consommation, il y a lieu de conclure que Lukoil détient une position dominante sur le sous-marché du commerce de gros de carburants soumis au régime de suspension des droits d'accises.

Dans la Décision de la KZK (acte administratif), il n'y a pas d'allégations factuelles concernant **le volume du marché en général et la part de marché** de Lukoil sur le marché en amont (marché du commerce de gros de carburants sous le régime de suspension des droits d'accise) et sur le marché en aval (marché de

gros de carburants avec paiement des droits d'accise) sur l'ensemble de la période en cause.

L'acte administratif ne contient pas non plus d'allégations factuelles concernant **les acteurs du marché** en amont (marché du commerce de gros de carburants sous le régime de suspension des droits d'accise) et du marché en aval (marché de gros de carburants avec paiement des droits d'accise) sur l'ensemble de la période en cause.

Ainsi, la KZK n'a pas indiqué de volume de marché, de parts de marché et d'acteurs du marché pour l'ensemble de la période litigieuse (y compris en 2022) pour chacun des deux marchés en cause, le marché en amont et le marché en aval.

La décision ne comporte aucune indication concernant la part de marché en amont, sur lequel, selon la KZK, Lukoil occupe une position dominante.

Dans le cadre de la procédure, la KZK a calculé (selon la partie concernée, en suivant une méthodologie incorrecte et dans l'ensemble de façon erronée) le volume du marché et la part de marché de la partie concernée sur le marché de gros unique, composé de deux marchés, le marché en amont et le marché en aval. Elle n'a pas déterminé les acteurs du marché, les parts de marché et le volume du marché sur ces deux marchés.

Selon la partie concernée, une telle façon de procéder est contraire au cadre juridique communautaire, puisque l'infraction de ciseau tarifaire est commise sur le marché en amont et le marché en aval, qui sont les marchés en cause pour ce type d'infraction, et que la KZK doit donc définir conformément à la méthodologie applicable pour définir les marchés, notamment en recueillant, en analysant et en indiquant [les données] relatives au volume du marché, aux acteurs du marché et à la part de marché de l'entreprise qui, selon elle, occupe une position dominante sur le marché. Selon la défense de la partie concernée, la constatation d'une position dominante d'une entreprise, sans indiquer expressément la part de marché de celle-ci, est exclue par l'ordre juridique communautaire, puisqu'une faible part de marché conduit à conclure à l'absence de position dominante.

La KZK conteste ces affirmations de la partie concernée.

La demande d'interprétation sur ce point est pertinente dès lors que, si conformément à l'ordre juridique communautaire, une autorité de la concurrence était tenue d'enquêter et de formuler des allégations factuelles concernant toutes les caractéristiques essentielles des marchés, en déterminant les parts de marché, le volume du marché et les acteurs du marché pour chacun des deux marchés concernés, et avait manqué à cette obligation, cela vicierait la décision attaquée.

9.12. L'article 102 TFUE, ainsi que les principes des droits de la défense, de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime, y compris la présomption d'innocence, doivent-ils être interprétés en ce sens que, en cas

d'infraction de ciseau tarifaire (compression de marge), les marchés en cause (les marchés sur lesquels l'infraction est commise) sont **deux marchés situés verticalement : le marché en amont et le marché en aval et que, par conséquent, c'est justement concernant ces deux marchés en cause** que l'autorité de la concurrence est tenue, lors de la communication de l'accusation et de l'adoption de l'acte final, de formuler **des allégations factuelles relatives au volume des marchés en cause, aux acteurs de ces marchés et aux parts de marché de ces acteurs, y compris les parts de marché de l'entreprise qui, selon elle, occupe une position dominante sur les marchés en cause ?**

9.13. La KZK a inclus dans le périmètre du marché national de produits du commerce de gros de carburants pour moteurs deux carburants qui ne sont substituables ni du point de vue de la demande ni du point de vue de l'offre. Elle a fait cela en contradiction avec l'ensemble de sa pratique décisionnelle antérieure en matière de définition des marchés des carburants pour moteurs en Bulgarie, exprimée dans plusieurs de ses décisions dans le passé, en ce qui concerne tous les niveaux de marché, marchés de premier niveau (production et importation), marchés de deuxième niveau (commerce de gros) et marchés de troisième niveau (commerce de détail).

La partie concernée soutient que des biens qui ne sont pas substituables ne peuvent a priori pas relever du même marché de produits, si bien qu'il existe au moins deux marchés de produits du commerce de gros, celui de l'essence et celui du gazole, mais qu'il n'existe pas de marché unique des carburants pour moteurs. Cette affirmation serait corroborée par le test du monopoleur hypothétique, dont l'application ne ferait pas apparaître de déplacement à court terme de la demande, le consommateur final ne pouvant utiliser qu'un carburant et non pas l'autre (il dispose soit d'un moteur à essence soit d'un moteur diésel).

L'autorité de la concurrence n'est pas d'accord avec ces affirmations de la partie concernée.

La KZK admet que les carburants pour moteurs sont différenciés du point de vue du consommateur final au point IV.1.3. « Conclusion de la Commission » de sa décision :

« Bien que, du point de vue du consommateur final, les différents carburants aient des destinations différentes, et soient donc différents, ... »

Bien que, sur le fond, la KZK ne conteste pas que l'essence et le gazole ne sont pas des produits substituables, elle soutient que « les grossistes dégagent des recettes, quel que soit le type de carburant qu'ils achètent principalement ». La KZK argumente également que « les deux produits ont une seule et même destination, à savoir la revente ultérieure, et des conditions identiques de commercialisation, jusqu'au consommateur final » (point IV.1.3. « Conclusion de la Commission » de la Décision).

Selon la partie concernée, la KZK commet une **erreur dans la logique formelle** en considérant que la réalisation de recettes provenant de différents produits, la revente de ces produits au niveau du commerce de gros, qui est la règle normale du commerce de gros, ainsi que le canal de commercialisation identique (par l'intermédiaire de stations-service), conduisent à considérer que les produits relèvent du même marché de produits. Selon la partie concernée, les produits faisant l'objet du commerce de gros sont très souvent vendus par le même canal, font l'objet d'une revente ultérieure pour arriver à la vente finale sur le marché de détail et génèrent toujours des revenus des ventes, quelle que soit la part des différents produits dans le portefeuille du grossiste. C'est pourquoi, selon elles, aucun des arguments avancés par la KZK ne repose sur une base logique.

Parallèlement, la KZK invoque à l'appui de sa thèse une jurisprudence qui concerne un cas de concentration dont la spécificité a imposé une analyse du marché des carburants pour moteurs (par exemple une concentration de raffineries), et qui, par conséquent, selon la partie concernée n'a aucun rapport avec les abus de position dominante au titre de l'article 102 TFUE.

La partie concernée estime également que, s'il est possible de faire relever l'essence et le gazole d'un même marché de carburants pour moteurs, alors il convient également de faire relever de ce marché les carburants gaz propane-butane et gaz méthane, qui disposent en Bulgarie d'une part de marché égale à l'essence, voir supérieure. En particulier, le gaz propane-butane est l'un des trois principaux carburants pour moteurs en Bulgarie, si bien qu'il devrait relever des marchés des carburants pour moteur si l'on considère que des carburants qui ne sont pas substituables peuvent relever d'un même marché.

La KZK n'est pas d'accord avec ces affirmations de la partie concernée.

Selon la KZK, les carburants pour moteurs gaz propane-butane et méthane (point IV.1.3. « Conclusions de la Commission » de la Décision) sont partiellement substituables avec l'essence et, pour cette raison, ne doivent pas relever du marché des carburants pour moteurs :

« Concernant le gaz pour automobiles (**propane-butane et méthane**), dans ses décisions (décision n° 1059 de 2011 ; décision n° 727 de 2017 ; décision n° 313 de 2019), la Commission a considéré qu'il s'agit d'un **substitut incomplet à l'essence pour automobiles du point de vue de la demande et que, pour cette raison, il n'est pas inclus dans le champ de la présente procédure** ».

Selon la partie concernée, le gazole est **totalem**ent non substituable à l'essence, mais la KZK fait relever ces deux produits d'un même marché, si bien qu'il est parfaitement illogique de ne pas inclure dans le périmètre du marché un carburant partiellement substituable à l'essence. Ce faisant [OMISSIS], la KZK appliquerait « deux poids, deux mesures » dans son appréciation afin d'obtenir un certain résultat : augmenter la part de marché de la partie concernée.

La demande d'interprétation sur ce point est pertinente dès lors que, si, conformément à l'ordre juridique communautaire, aux fins de l'application de l'article 102 TFUE, une autorité de la concurrence ne peut pas faire relever du marché de produits des carburants qui ne sont pas substituables (or, c'est précisément ce que l'autorité de la concurrence bulgare a fait en faisant relever l'essence et le gazole d'un même marché de produits), cela vicierait la décision attaquée. Si l'article 102 TFUE permet une telle façon de procéder, alors, le refus de l'autorité de la concurrence d'inclure le propane-butane et le méthane dans le périmètre du marché est privé de justification objective et vicie la définition du marché et l'ensemble de la décision, l'essence et le gazole étant totalement insubstituables, alors que l'essence est partiellement substituable au propane-butane et au méthane et que tous ces carburants sont présents sur le marché bulgare des carburants pour moteurs, si un tel marché existe.

L'article 102 TFUE, lu à la lumière des principes des droits de la défense, de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime, y compris la présomption d'innocence, doit-il être interprété en ce sens que, **dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 102 TFUE, il ne permet pas de faire relever d'un même marché de produits des biens qui ne sont substituables ni du point de vue de la demande ni du point de vue de l'offre, comme l'a fait la KZK dans le cadre de la présente procédure, en faisant relever d'un même marché de produits les carburants pour moteurs que sont le gazole et l'essence SP 95 ?**

S'il est permis de faire relever d'un même marché de produits des carburants pour moteurs qui ne sont pas substituables du point de vue de la demande et du point de vue de l'offre, est-il permis de ne pas faire relever du marché de produits des carburants pour moteurs le troisième principal carburant du marché national, le propane-butane (GPL), qui a sur la marché national une part de marché égale à celle de l'essence ?

Pour ces motifs [OMISSIS],

la Cour de justice de l'Union européenne **EST SAISIE** des questions préjudicielles suivantes :

1. L'article 102 TFUE, ainsi que les principes des droits de la défense, de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime, y compris la présomption d'innocence, doivent-ils être interprétés en ce sens que, en cas d'infraction de ciseau tarifaire (compression de marge), les marchés en cause (les marchés sur lesquels l'infraction est commise) sont **deux marchés situés verticalement, le marché en amont et le marché en aval**, et que, par conséquent, c'est justement concernant ces deux marchés en cause que l'autorité de la concurrence est tenue, lors de la communication de l'accusation et de l'adoption de l'acte final, de formuler **des allégations factuelles relatives au volume des marchés en cause, aux acteurs de ces marchés et aux parts de**

marché de ces acteurs, y compris les parts de marché de l'entreprise qui, selon elle, occupe une position dominante sur les marchés en cause ?

2. L'article 102 TFUE, lu à la lumière des principes des droits de la défense, de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime, y compris la présomption d'innocence, doit-il être interprété en ce sens que, **dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 102 TFUE, il ne permet pas de faire relever d'un même marché de produits des biens qui ne sont substituables ni du point de vue de la demande ni du point de vue de l'offre, comme l'a fait la Komisia za zashtita na konkurentsia (Commission de la concurrence bulgare) dans le cadre de la présente procédure, en faisant relever d'un même marché de produits les carburants pour moteurs que sont le gazole et l'essence SP 95 ?**

3. S'il est permis de faire relever d'un même marché de produits des carburants pour moteurs qui ne sont pas substituables du point de vue de la demande et du point de vue de l'offre, est-il permis de ne pas faire relever du marché de produits des carburants pour moteurs le troisième principal carburant du marché national, le propane-butane (GPL), qui a sur la marché national une part de marché égale à celle de l'essence ?

[OMISSIS]