

Affaire C-245/24

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

5 avril 2024

Jurisdiction de renvoi :

Administrativen sad Sofia-oblast (Bulgarie)

Date de la décision de renvoi :

5 avril 2024

Parties requérantes :

LUKOIL Bulgaria EOOD

LUKOIL Neftohim Burgas AD

Partie défenderesse :

Komisia za zashtita na konkurentsia

ORDONNANCE

n° 437

Sofia, le 5 avril 2024

L'Administrativen sad – Sofia-oblast (Tribunal administratif de la province de Sofia, Bulgarie), V^e chambre [OMISSIS]

[OMISSIS]

examinant le contentieux administratif [OMISSIS] n° 557/2023 [OMISSIS] a, aux fins de statuer, considéré ce qui suit :

La procédure juridictionnelle en l'espèce [OMISSIS] est née d'un recours introduit par LUKOIL Bulgaria EOOD et par LUKOIL Neftohim Burgas AD, en leur qualité de destinataires d'un acte administratif constatant une violation de l'article 21, points 2 et 5, du Zakon za zashtita na konkurentsia (loi sur la protection de la concurrence, ci-après le « ZZK ») et infligeant des sanctions. L'affaire est actuellement jugée par la juridiction de première instance –

l'Administrativen sad – Sofia-oblast (Tribunal administratif de la province de Sofia) – dont le jugement sera susceptible de pourvoi en cassation devant le Varhoven administrativen sad (Cour suprême administrative, Bulgarie), qui rendra une décision de justice définitive. L'acte administratif est la décision n° 332/04.04.2023 (ci-après « la décision » ou « l'acte administratif ») de la Komisia za zashtita na konkurentsia (Commission de protection de la concurrence, Bulgarie, ci-après la « KZK » ; il s'agit de l'autorité de la concurrence et de la lutte contre les monopoles) par laquelle il a été constaté que LUKOIL Bulgaria EOOD (ci-après « LB ») et LUKOIL Neftohim Burgas AD (ci-après « LNHB ») (ci-après, collectivement, « les requérantes », « le groupe Lukoil » et/ou « les sociétés ») ont commis une violation au regard de l'article 21, points 2 et 5, du ZZK (loi sur la protection de la concurrence) et de l'article 102, sous b), TFUE, consistant en un abus de position dominante sur le marché du stockage de carburants automobiles en ce que a) ces sociétés n'ont pas permis aux importateurs et aux producteurs de carburants automobiles d'accéder aux propres entrepôts fiscaux de celles-ci ; b) elles ont restreint les importations par mer en bloquant les entrepôts fiscaux liés au terminal portuaire Rosenets et au terminal portuaire Petrol Varna ; et c) elles n'ont pas permis à d'autres producteurs et importateurs de carburants d'accéder aux pipelines de produits pétroliers du groupe pour le transport de carburants, ce qui est susceptible d'entraver, de restreindre ou de fausser la concurrence et d'affecter les intérêts des consommateurs en limitant l'importation de carburants automobiles dans le pays.

L'autorité antimonopole a estimé que les parties défenderesses avaient empêché l'importation, principalement par voie maritime, de carburants dans le pays en refusant l'accès à son infrastructure clé dans le cadre de deux infractions distinctes : un cas de figure spécifique de l'infraction visée à l'article 102, deuxième alinéa, sous b), TFUE – le refus de fourniture (« refusal to supply ») – et le cas de figure général de l'infraction visée à l'article 102, deuxième alinéa, sous b), TFUE – le fait de limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs.

En l'espèce, les parties ont un différend juridique portant à la fois sur les faits et sur le droit concernant presque tous les éléments matériels constitutifs de ces infractions. Le litige juridique sur chaque point est, de manière autonome, déterminant pour l'issue de l'affaire.

[OMISSIS]

Parties

2. Parties requérantes : LUKOIL Bulgaria EOOD, [OMISSIS] ayant son siège social et administratif à Sofia (Bulgarie) [OMISSIS] et LUKOIL Neftohim Burgas AD, ayant son siège social et administratif à Burgas (Bulgarie) [OMISSIS].

3. Partie défenderesse : la KZK (Commission de protection de la concurrence) [OMISSIS].

Objet du litige :

4. La décision n° 332/04.04.2023 [OMISSIS] de la KZK (Commission de protection de la concurrence) [OMISSIS] par laquelle il a été constaté que LB et LNHB [OMISSIS] ont commis une violation au regard de l'article 21, points 2 et 5, du ZZK (loi sur la protection de la concurrence) et de l'article 102, sous b), TFUE, consistant en un abus de position dominante sur le marché du stockage de carburants automobiles en ce que a) ces sociétés n'ont pas permis aux importateurs et aux producteurs de carburants automobiles d'accéder aux propres entrepôts fiscaux de celles-ci ; b) elles ont restreint les importations par mer en bloquant les entrepôts fiscaux liés au terminal portuaire Rosenets et au terminal portuaire Petrol Varna ; et c) elle n'ont pas permis à d'autres producteurs et importateurs de carburants d'accéder aux pipelines de produits pétroliers du groupe pour le transport de carburants, ce qui peut entraver, restreindre ou fausser la concurrence et affecter les intérêts des consommateurs en limitant l'importation de carburants automobiles dans le pays.

Les faits :

5. Motifs, parties et objet de la procédure [OMISSIS] devant la KZK

I. Motifs d'ouverture de la procédure

Dans le dossier n° K3K-255/2020, une procédure a été ouverte devant la KZK (Commission de protection de la concurrence) par la décision n° 268 de cette dernière datée du 16 avril 2020, aux fins de constater si [les sociétés] LNHB, LB, Saksa OOD, Insa Oil EOOD, Rompetrol Bulgaria EAD, EKO Bulgaria EAD, Shell Bulgaria EAD, OMV Bulgaria OOD, NIS Petrol EOOD, Petrol AD, NIS Petrol EOOD et Tradenet Varna EOOD avaient éventuellement commis des infractions au titre des articles 15 et 21 du ZZK et/ou des articles 101 et 102 TFUE, dans le cadre de la fixation des prix des carburants automobiles en masse dans la chaîne logistique (importation – stockage – vente en gros – vente de détail), aussi bien aux divers niveaux horizontaux que dans une dimension verticale.

I. 1. 1. Motif ayant poussé la KZK (Commission de protection de la concurrence) à s'autosaisir

Dans la version publiée de ladite décision, certaines données ont été supprimées – conformément à l'article 55 du ZZK (loi sur la protection de la concurrence), qui interdit la divulgation de secrets protégés des parties, commerciaux ou autres – et/ou présentées conformément au règlement sur la protection des données à caractère personnel.

Les données supprimées sont indiquées par : (...)*.

La procédure a été ouverte à la suite du signalement n° VChR-505/30.03.2020 de la Varhovna administrativna prokuratura (le ministère public près la Cour

administrative suprême) concernant l'écart entre la baisse significative du prix du pétrole brut à l'échelle mondiale (de 47,4 %) au mois de mars 2020 et la baisse des prix de détail des carburants automobiles dans le pays (d'environ 11 %) au cours de la même période. La Varhovna administrativna prokuratura (le ministère public près la Cour administrative suprême) demandait à la KZK (Commission de protection de la concurrence) d'exercer sa compétence au titre de l'article 38, paragraphe 1, point 1, du ZZK (loi sur la protection de la concurrence) et d'engager des procédures d'infraction et de sanction au titre des chapitres trois et quatre du ZZK et/ou des articles 101 et 102 TFUE en ce qui concernait la formation des prix auxquels les carburants automobiles – l'essence A-95N et le diesel – sont vendus dans les stations-service du pays.

Étaient jointes au signalement de la Varhovna administrativna prokuratura (ministère public près la Cour administrative suprême) des analyses instantanées du marché des carburants dans le pays pour la période du 6 au 26 et 27 mars 2020 et pour la période du 30 mars au 5 avril 2020, préparées par l'Agence des douanes et portant sur la dynamique des prix de vente moyens de l'essence A-95P et du diesel dans les sites des chaînes de stations-service suivantes : VM Petroleum, Lukoil, Petrol, Shell, ECO, OMV, Kruiz, Rompetrol et Gazprom. La Varhovna administrativna prokuratura (le ministère public près la Cour administrative suprême) a également fourni des données sur les prix moyens des carburants mis à la consommation par les entrepôts fiscaux, y compris les droits d'accise et la TVA, ainsi que le signalement d'un citoyen alléguant une spéculation sur les prix de détail des carburants dans le pays, compte tenu de la chute des prix du pétrole brut sur le marché mondial. D'après une analyse instantanée du marché des carburants en mars 2020, réalisée par l'Agence des douanes sur la base d'informations provenant d'un certain nombre de personnes, de l'Agence nationale des recettes, de Bloomberg.com et de Fuelo.net, les tendances et circonstances suivantes ont été identifiées : le prix boursier moyen du pétrole brut de type Brent sur les marchés internationaux a diminué de 47,4 % depuis le début du mois de mars 2020, passant de 51,9 USD par baril le 2 mars 2020 à 26,5 USD par baril le 27 mars 2020 ; au cours de la période allant du 30 mars au 5 avril 2020, le prix boursier moyen du pétrole brut de type Brent sur les marchés internationaux a augmenté par rapport au début de la période en cause, passant de 22,76 USD par baril à 34,11 USD par baril le 3 avril 2020. L'Agence des douanes souligne que la baisse du prix du brut a commencé autour du 6 mars 2020 et était liée à la propagation de la COVID-19 et aux mesures et restrictions que les pays du monde entier ont adoptées pour empêcher sa propagation. Le prix d'échange quotidien moyen du pétrole brut sur les marchés internationaux au début de la période considérée était à son niveau le plus bas entre le début de l'année 2016 et le moment actuel. La dynamique du prix du pétrole brut de type Brent a été utilisée pour refléter les tendances des marchés internationaux des produits énergétiques. Sur le territoire national, plus de 80 % des carburants liquides destinés aux stations-service sont mis à la consommation depuis des entrepôts fiscaux de Saksa OOD, Lukoil Bulgaria EOOD, Insa Oil EOOD, Lukoil Neftohim Burgas AD et Rompetrol Bulgaria EAD.

Selon l'analyse, les prix moyens journaliers de l'essence et du diesel ont baissé entre le 30 mars et le 5 avril 2020 de 0,07 BGN en moyenne, soit de 4,5 %. La plupart des chaînes nationales de distribution d'essence ont connu des baisses de prix plus importantes que les baisses des prix de gros dans les entrepôts fiscaux, ce qui a entraîné une convergence des prix de gros et de détail des carburants. En conclusion, les mesures prises pour surveiller les prix dans le secteur des carburants peuvent être considérées comme ayant contribué positivement à la dynamique des prix des carburants dans le pays au cours des dernières semaines. Selon l'analyse, les prix des carburants dans les sites de distribution au public final (stations-service) ont réagi à l'évolution du prix boursier du pétrole brut une semaine plus tard (vers le 12 mars 2020). Il est relevé que toutes les grandes chaînes de vente de carburants au détail ont réagi au cours des deux dernières semaines de mars et de la première semaine d'avril 2020, période durant laquelle le prix des produits énergétiques a progressivement baissé dans le pays.

I. 2. Personnes opposées à la décision de la KZK

Lukoil Neftohim Burgas AD [OMISSIS], dont le siège social et administratif est situé à Burgas (Bulgarie) [OMISSIS] et qui a pour objet social : la transformation du pétrole, la production de produits pétroliers, de produits pétrochimiques, de polymères, de fibres synthétiques et l'activité commerciale connexe, la mise en location de biens meubles et immeubles, le travail portant sur des métaux précieux et des pierres précieuses et des ouvrages fabriqués avec ou à partir de ceux-ci.

Lukoil Bulgaria EOOD, dont le siège social et administratif est situé à Sofia (Bulgarie) et qui a pour objet social : la vente et distribution de produits pétroliers, construction et gestion d'installations pour la production, la transformation et la vente de produits pétroliers, les activités de transport et d'expédition, le commerce.

I. 3. Objet de la procédure devant la KZK

Dans cette procédure, l'enquête portait sur le comportement de LUKOIL Neftohim Burgas AD et de LUKOIL Bulgaria EOOD en ce qui concerne la restriction de l'accès aux entrepôts fiscaux et aux infrastructures de transport, qui est de nature à limiter les importations de carburants dans le pays.

II. Enquête, informations et observations dans le dossier concernant les faits constatés entre les parties : voir décision n° 332 du 4 avril 2023 dans le dossier KZK/255/2020, pages 3 à 150.

II.1. Gestion de LUKOIL Neftohim Burgas AD (« LNHB »)

Du 1^{er} janvier 2016 au 9 décembre 2018, le capital de cette société était réparti en 88 417 183 actions d'une valeur nominale de 1 BGN chacune. Lukoil Europe Holdings BV possédait 88,72 % des actions et la PAO (société anonyme russe cotée en bourse) Lukoil en possédait 11,10 %. Depuis le 10 décembre 2018, le capital de la société est réparti en 99 397 192 actions, Lukoil Europe Holdings BV

en détenant 89,97 % de ces actions et PAO Lukoil, 9,88 %. L'entreprise mère qui exerce le contrôle ultime est PAO Neftenaya Kompania LUKOIL, établie en Fédération de Russie. Les actions sont divisées en deux catégories. Classe A : 1 action détenue par la République de Bulgarie et qui lui confère des droits spéciaux. Classe B : les 99 397 191 actions ordinaires dématérialisées restantes. Selon l'article 13 des statuts, les organes de la société sont l'assemblée générale des actionnaires, le directoire et le conseil de surveillance. L'assemblée générale élit et révoque les membres du conseil de surveillance et le conseil de surveillance élit et révoque les membres du directoire. Chaque action donne droit à une voix à l'assemblée générale. Sans l'accord écrit préalable de l'État en tant qu'actionnaire de la première classe, l'assemblée générale ne peut pas adopter de décision : par laquelle le raffinage du pétrole ou la production de carburant subissent un arrêt ou une réduction substantielle ; par laquelle l'accès aux installations portuaires et aux pipelines de produits pétroliers, moyennant une rémunération équitable, est refusé : a) aux autorités étatiques, dans le cadre des missions qu'elles exercent et qui leur sont confiées par un acte normatif, en fonction des quantités demandées par eux selon un calendrier convenu au préalable ; b) aux entreprises ou organismes désignés par décision du Gouvernement de la République de Bulgarie ou d'une autorité publique expressément désignée par lui, à condition : - que soit utilisée la capacité inutilisée du pipeline de produits ; - que les possibilités techniques du pipeline de produits le permettent ; et - que les activités de production normales de l'entreprise ne soient pas perturbées.

II.2 Gestion de LUKOIL Bulgaria EOOD (« LB »)

Au cours de la période comprise entre le 1^{er} janvier 2016 et le 15 décembre 2020, l'unique propriétaire du capital de cette société était Lukoil Europe Holdings Ltd, Amsterdam, Pays-Bas, et après cette date, une autre société du groupe économique Lukoil, à savoir LITASCO SA, identification CHE-100.73, Suisse. Jusqu'au 25 avril 2019, le directeur était (...) * puis, jusqu'au 07 décembre 2020, (...) *, Fédération de Russie, et par la suite (...) *, Fédération de Russie. Depuis le 22 mars 2023 et jusqu'à ce jour, le directeur de LUKOIL Bulgaria EOOD est (...) *.

II.3. Activités de LUKOIL Neftohim Burgas AD (« LNHB »)

Le « Neftohimicheski kombinat Burgas » (littéralement : combinat pétrochimique de Burgas) a commencé à fonctionner en 1963, sous la forme d'une entreprise d'État. C'est entre 1960 et 1970 que les principales usines de production de produits chimiques ont été construites et mises en service. Le capital de la société comprend entre autres trois pipelines et sept dépôts/terminaux qui constituent le réseau de transport et de distribution de la production à l'intérieur du pays. L'entreprise utilise également le terminal portuaire de Rosenets pour l'importation de matières premières et l'exportation de produits finis. C'est par décision du Conseil des ministres n° 30 du 24 février 1989, qu'a été créée la société Neftohim, avec son siège social à Burgas. En vertu du décret n° 176 du Conseil des ministres du 5 septembre 1991 relatif à la constitution de sociétés commerciales

unipersonnelles étant la propriété de l'État, l'entreprise « Neftohim » a été transformée à compter du 31 août 1991 en société commerciale unipersonnelle étant propriété de l'État. Conformément au programme de privatisation au moyen de bons d'investissement, adopté par la décision de l'Assemblée nationale du 19 décembre 1995, il a été prévu que 25 % du capital de la société soit privatisé par une privatisation en masse au moyen de bons d'investissement. L'État conserve 75 % du capital. La décision n° 650 du Conseil des ministres du 11 octobre 1999 a approuvé le contrat de privatisation portant sur la vente de 58 % du capital de la société, représentant la part majoritaire. Le contrat de vente a été conclu le 12 octobre 1999 entre la République de Bulgarie et Lukoil Petrol AD, Sofia, Bulgarie. Le 3 mai 2001, Lukoil Petrol AD. a acheté, au moyen d'un contrat de privatisation, 13,89 % du capital de Neftohim (Lukoil Neftohim AD), ce qui représente un paquet préférentiel d'actions ou de parts [OMISSIS]. [D'après les statuts de 2015, 2017 et 2018 publiés au registre du commerce et en vigueur jusqu'au mois de décembre 2020, date à laquelle LITASCO SA (Suisse) est devenue l'actionnaire majoritaire.] Par le décret n° 181, du 20 juillet 2009, déterminant les installations et activités stratégiques qui sont importantes pour la sécurité nationale, le port de Burgas – y compris le terminal portuaire Rosenets – ainsi que les oléoducs et pipelines de produits pétroliers ont été qualifiés d'installations stratégiques. La société est le principal producteur de produits pétroliers du pays grâce à sa propre raffinerie de traitement primaire du pétrole. LNHB importe du pétrole et du mazout, raffine et produit des produits pétroliers, vend sur le marché intérieur et exporte (en gros, y dans le cadre de livraisons intracommunautaires) des produits pétroliers. L'usine dispose de terminaux maritimes, ferroviaires et routiers. Outre les principales installations technologiques, LNHB comprend également un terminal portuaire, qui (...)*. LNHB exerce ses activités sur deux sites : le site de production Lukoil Neftohim Burgas AD, qui est la propriété de la société. (...)*. [OMISSIS] le site du terminal portuaire « Rosenets » [OMISSIS], (...)*. [OMISSIS] (...)*. La société est un opérateur portuaire qui fournit des services de stockage, de transport, de chargement et de déchargement de produits pétroliers dans ses installations : le terminal portuaire de Rosenets – dépôt de pétrole brut, dépôt de produits légers et manutention de navires-citernes. Pour la manutention des navires-citernes, le dépôt dispose de trois emplacements d'amarrage (jetées) et d'équipements associés, destinés au déchargement et au chargement des navires-citernes en produits pétroliers à partir des dépôts et du site principal de l'entreprise. Le transport du brut en vue de son raffinage et de la fabrication de produits finis est réalisé au moyen de conduites principales vers et depuis le site principal de LNHB. Le terminal portuaire Rosenets est relié au site principal de l'entreprise par (...)*. des conduites principales de différents diamètres et d'une longueur approximative de (...)*, qui transportent des matières premières et divers produits énergétiques. Le pétrole et les produits pétroliers déchargés des navires-citernes sont reçus dans les propres réservoirs de l'opérateur portuaire et transportés vers certaines destinations, en fonction de la nature spécifique de cargaison et de l'infrastructure logistique disponible du terminal, qui a été conçue et construite pour servir le processus technologique de production de la raffinerie.

Les destinations possibles sont les suivantes : le transport au moyen de conduites principales du pétrole, du mazout, du méthanol ou du méthyl tert-butyl éther (MTBE) déchargés des navires-citernes n'est possible qu'aux fins d'un traitement ultérieur sur le site de production principal de LNHB. L'hexane déchargé des navires-citernes ne peut être expédié depuis le terminal qu'au moyen de camions-citernes, sur le réseau routier de l'État. (...) L'essence à indice d'octane élevé, le diesel, l'essence à faible indice d'octane, le fioul lourd et le fioul lourd de soute qui ont été déchargés des navires-citernes ne peuvent être réexpédiés depuis le terminal portuaire Rosenets que par voie de mer. La jetée n° 1 est connectée à des pipelines pour l'essence A-92 ou A-95, l'essence à faible indice d'octane, le diesel (de catégorie Euro V), le pétrole, le mazout et le fioul lourd. La capacité de chargement ou de déchargement est de (...)*. La jetée n° 2 est connectée à des pipelines pour l'essence A-92 ou A-95, le diesel (de catégorie Euro V), le pétrole, le mazout et le fioul lourd. Il existe également sur la jetée n° 2 un compteur destiné à mesurer le débit de pétrole.

La capacité de chargement ou de déchargement est de (...)*. La jetée n° 3 est connectée à des pipelines pour l'essence A-95, l'essence à faible indice d'octane, le méthanol, le diesel (de catégorie Euro V), le pétrole, le mazout, le fioul lourd, le propane, le butane et l'hexane 86. La capacité de chargement ou de déchargement est de (...)*. Pour les services de chargement et de déchargement de pétrole et de produits pétroliers, la société demande un prix sur une base mensuelle, comme suit : pour les clients dont le chiffre d'affaires mensuel est égal ou supérieur à 200 000 tonnes, 0,80 euros par tonne hors TVA ; pour les clients dont le chiffre d'affaires mensuel est inférieur à 200 000 tonnes, 3,00 EUR par tonne hors TVA.

Par la décision n° 172 du Conseil des ministres de la République de Bulgarie du 22 mars 2011, il a été décidé d'accorder des concessions de services sur le terminal portuaire de Rosenets, qui fait partie du port de transport public d'importance nationale de Burgas ; dans ce cadre (...)*, à compter du 30 juillet 2011, l'objet de la concession comprend : Une zone portuaire d'une superficie de (...)* m² – propriété publique de l'État, conformément à l'Acte relatif à la propriété publique de l'État n° (...)*, en tant que terrain adjacent aux jetées 1, 2 et 3 du terminal portuaire Rosenets ; des bâtiments et installations sur le terrain du terminal portuaire de Rosenets – propriété publique de l'État, conformément aux actes n°s (...)* et (...)* ; l'infrastructure portuaire – propriété publique de l'État – qui est construite sur le terrain. Il a été prévu que le contrat entre en vigueur à la date suivant la date à laquelle la dernière des conditions visées à l'article 14, paragraphe 1, point a), du contrat serait remplie, conditions parmi lesquelles figure entre autres l'adoption d'une décision autorisant la concentration des entreprises. À cet égard, la Commission a autorisé la concentration par sa décision n° 944 du 14 juillet 2011. Au cours de la période allant du 1^{er} janvier 2016 au 30 juin 2020, il n'y a eu au terminal portuaire Rosenets aucun déchargement (aucune arrivée) de marchandises au titre d'une importation ou acquisition intracommunautaire ayant pour destinataire une personne qui est indépendante du groupe Lukoil. Au cours de la période allant du 1^{er} janvier 2016 au 30 juin 2020, LNHB a effectué des

livraisons d'essence A-95H, de diesel pour automobiles et de leurs biocarburants respectifs, à l'exportation par l'intermédiaire de [divers] cocontractants.

II.4 Activités de Lukoil Bulgaria EOOD

Les principales activités de Lukoil Bulgaria EOOD sont la vente de carburants et de produits pétroliers en gros et au détail, le mélange de carburant minéral avec des bioadditifs dans les dépôts pétroliers ainsi que les activités de transport et d'expédition. La société vend en gros des carburants, notamment de l'essence et du diesel, et approvisionne ses stations-service pour la vente au détail. Lukoil Bulgaria EOOD effectue une vente en gros de carburants automobiles depuis des dépôts pétroliers qui lui sont propres ou qu'elle loue, situés dans diverses parties du pays, de telle sorte que son commerce couvre le territoire national. La société propose des produits pétroliers depuis des dépôts situés à Burgas (sur le site de Neftohim), à Karnobat, à Asparuhovo, à Varna, à Ruse, à Plovdiv, à Stara Zagora, à Pleven, à Sofia et à Blagoevgrad. Lukoil Bulgaria EOOD vend du carburant au détail dans tout le pays par l'intermédiaire d'un réseau de stations-service et de centres commerciaux. La principale activité de Lukoil Bulgaria EOOD est la vente en gros de carburants automobiles sur le marché intérieur.

II.5 Capacité de stockage de Lukoil Bulgaria EOOD

Au cours de la période allant du 1^{er} janvier 2016 au 30 novembre 2020, Lukoil Bulgaria EOOD possédait trois entrepôts fiscaux soumis à accise sur le territoire national. Le pipeline Burgas-Sofia et ses dépôts pétroliers associés sont agréés en tant qu'entrepôt fiscal unique (« entrepôt fiscal du pipeline ») avec (...)*. Cet entrepôt fiscal est (...). L'entrepôt fiscal du pipeline a une capacité globale de (...) et des capacités pour (...)*. En application des modifications apportées à la loi sur les accises et les entrepôts fiscaux (ZADS), Lukoil Bulgaria EOOD a agréé des entrepositaires pour les installations distinctes suivantes : le pipeline principal ; le dépôt de vente et d'approvisionnement de Karnobat ; le dépôt de vente et d'approvisionnement de Stara Zagora ; le dépôt de vente et d'approvisionnement de Plovdiv ; la station technique et de pompage de Vetren ; la station technique et de pompage d'Ihtiman, l'entrepôt fiscal « dépôt de vente et d'approvisionnement de Ruse », l'entrepôt fiscal « dépôt de vente et d'approvisionnement d'Asparuhovo ».

Le droit applicable :

6. Législation nationale

6.1 Le Zakon za zashtita na konkurentsia (loi sur la protection de la concurrence)

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

[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 deux ou plusieurs entreprises en position dominante collective, lequel 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'Administrativnoprotsesualen 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 fondamentales – § 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 successive jusqu'à ce qu'un marché en cause unique et distinct soit défini.

La définition des marchés de produits et des marchés géographiques en cause dans les opérations de concentration se caractérise par le fait que seuls évalués les marchés qui seront affectés par l'opération.

Dans l'analyse des accords, décisions et pratiques concertées interdits, le marché de produits et géographique concerné est celui qui fait 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 lors de l'évaluation des concentrations).

7. Droit de l'Union

7.1 L'article 102, sous b), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « 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 : 75. « [...] 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

8.1 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.

8.2 La Cour de justice a également confirmé (dans son arrêt du 12 janvier 2023, Lietuvos geležinkeliai/Commission, C-42/21 P, EU:C:2023:12) l'arrêt du Tribunal de l'Union dans l'affaire Baltic rail. La Cour a confirmé que les critères établis dans l'arrêt Bronner ne s'appliquent pas à une infrastructure gérée par une entreprise dominante qui est obligée de donner accès à cette infrastructure. Il y est relevé que les critères de l'arrêt Bronner n'ont pas vocation à s'appliquer lorsque l'infrastructure en cause a été financée au moyen, non pas d'investissements propres à l'entreprise dominante, mais de fonds publics (ce qui est également le cas en l'espèce) et que cette entreprise n'est pas la propriétaire de cette infrastructure. Selon l'arrêt précité, les critères de l'arrêt Bronner sont destinés à établir un juste équilibre entre les exigences d'une concurrence non faussée et la liberté de contracter et le droit de propriété. Ces critères ont vocation à s'appliquer en cas de refus d'accès à une infrastructure dont l'entreprise dominante est propriétaire et qu'elle a développée pour les besoins de sa propre activité, au moyen de ses propres investissements.

8.3 Refus « constructif » AFFAIRE AT.39523 – SLOVAK TELEKOM

9. Motifs justifiant la première question préjudicielle :

9.1 Selon l'analyse de marché figurant dans la décision de la KZK, le groupe Lukoil est le plus grand entrepositaire agréé pour carburants dans le pays. Le groupe dispose d'une infrastructure de transport et de stockage unique qui facilite la commercialisation des produits fabriqués par LNHB et lui permet d'agir en tant que leader sur le marché de gros et de détail des carburants automobiles. Il est admis que depuis le début de la période d'enquête (le 1^{er} janvier 2016) jusqu'au 31 mars 2021 au moins, le groupe n'a pas accepté de carburant d'importateurs dans les entrepôts fiscaux qu'il exploitait. Cela signifie qu'aucun accès n'a été accordé à des importateurs pour qu'ils puissent recevoir des carburants dans le cadre d'importations ou d'acquisitions intracommunautaires aux fins de la loi relative aux accises et aux entrepôts fiscaux (à des fins opérationnelles) et que, lorsque des services de stockage d'urgence ont été fournis, les quantités de carburant ont été achetées à Lukoil Bulgaria. En outre, au cours de la période considérée, aucune marchandise issue d'une importation ou d'acquisition intracommunautaire n'a été déchargée (n'est arrivée) au terminal portuaire de Rosenets en ayant un destinataire indépendant du groupe Lukoil. Outre ses propres infrastructures, le groupe utilise également une piste, reliant l'entrepôt fiscal de Varna Storage au terminal portuaire de Petrol Varna, et il empêche ainsi les importateurs d'utiliser ces installations à des fins opérationnelles. Il a été admis que l'entrepôt fiscal dispose d'une réserve de capacité suffisante, ce qui est une condition préalable à l'importation ou acquisition intracommunautaire de carburants. L'acquisition intracommunautaire ou l'importation de produits pétroliers dans le pays, au sens de la loi relative à la TVA, s'effectuent sous deux régimes différents : 1. *L'acquisition intracommunautaire, qui concerne la*

circulation des produits au sein de l'Espace économique européen. Aux termes de l'article 13 de la loi relative à la TVA, l'acquisition intracommunautaire s'entend de l'acquisition du droit de propriété sur des biens ainsi que de la réception matérielle de biens dans les cas visés à l'article 6, paragraphe 2, de cette loi, qui sont envoyés ou transportés vers le territoire national à partir du territoire d'un autre État membre, lorsque le fournisseur est un assujetti enregistré aux fins de la TVA dans un autre État membre. 2. Le régime de l'importation, qui concerne l'importation depuis des pays tiers Aux termes de l'article 16 de la loi relative à la TVA, « l'importation de biens » s'entend de l'introduction de biens non Union sur le territoire national. Constitue également une importation de biens, le placement des biens sous le régime de la libre pratique après perfectionnement passif, l'introduction de marchandises de l'Union sur le territoire national à partir de territoires tiers faisant partie du territoire douanier de l'Union européenne, ainsi que tout autre événement donnant lieu à une dette douanière.

9.2 La KZK a défini, aux fins de l'enquête, un marché unique de produits : le marché unique du stockage de carburants. L'autorité de régulation a ensuite segmenté ce marché en deux sous-marchés : d'une part, celui du stockage des carburants au titre de la loi relative aux accises et aux entrepôts fiscaux ; d'autre part, celui du stockage des carburants au titre de la loi relative aux stocks de pétrole et de produits pétroliers. Ces [sous-]marchés sont à leur tour subdivisés en deux autres sous-marchés : celui du stockage de diesel ; et celui du stockage d'essence.

9.3 Il a été admis que les preuves recueillies dans le cadre de la procédure démontrent une stratégie globale du groupe visant à abuser de sa position dominante sur le marché du stockage des carburants en ne permettant pas aux carburants d'autres fabricants d'entrer dans les installations qu'il possède ou loue ou en ne permettant pas aux importateurs et fabricants de carburants tiers d'accéder aux infrastructures de stockage et de transport des carburants pour automobiles qu'il possède ou loue. Ce comportement est de nature à limiter les importations de carburant et donc à réduire la pression concurrentielle sur le marché de gros afin de maintenir la position de leader du groupe à des niveaux de marché verticalement liés. La KZK a examiné trois aspects du comportement du groupe et a motivé, pour chacun d'entre eux, sa non-conformité avec les dispositions de l'article 21 du ZZK (loi sur la protection de la concurrence) et de l'article 102 TFUE. Plus précisément, les comportements considérés sont les suivants :

1. le fait de ne pas donner accès aux importateurs aux entrepôts fiscaux du groupe ;
2. le fait de ne pas donner accès aux importateurs aux terminaux portuaires de Rosenets (à Burgas) et de Petrol (à Varna) ;
3. le fait de ne pas donner accès aux pipelines de produits pétroliers du groupe en vue du transport de carburants importés.

9.4 Lors de l'analyse du comportement du groupe Lukoil, une distinction a été opérée entre deux périodes. La KZK a admis que dans la première période, il n'existait aucune obligation légale pour les entrepositaires agréés de mettre une partie de leur capacité à la disposition de tiers indépendants. Cette période est comprise entre le début de la période d'enquête (le 1^{er} janvier 2016) et le 22 décembre 2020, date jusqu'à laquelle les entrepositaires agréés devaient mettre leurs activités en conformité avec les nouvelles règles de la [loi relative aux accises et aux entrepôts fiscaux] et du [règlement d'application de la loi relative aux accises et aux entrepôts fiscaux], qui exigent la mise à disposition d'au moins 15 % de la capacité à des tiers indépendants.

9.4.1 En 2020, d'importants amendements à la loi relative à la TVA ont été adoptés, en vue de renforcer le contrôle des entrepôts fiscaux, mais aussi d'accroître la fourniture de services de réception et de stockage de carburant à des fins opérationnelles. Les textes sont pleinement applicables à la réglementation des activités du groupe Lukoil, puisqu'ils établissent explicitement le statut de ses oléoducs et de ses pipelines de produits pétroliers. Les ajouts à la loi, qui obligent les entrepositaires agréés à garantir au moins 15 % de la capacité totale maximale de stockage des produits énergétiques en vue d'une utilisation par des tiers indépendants, ont été adoptés en juillet 2020. Les modifications et ajouts au règlement d'application de la loi relative aux accises et aux entrepôts fiscaux, datés du 18 septembre 2020, réglementent les modalités d'octroi de l'accès. Les entrepositaires ont bénéficié d'un délai de trois mois pour mettre leurs activités en conformité avec les nouvelles exigences. Ce délai a expiré le 22 décembre 2020.

9.4.2 La deuxième période commence le 23 décembre 2020 – date depuis laquelle les entrepositaires agréés sont tenus de mettre à la disposition des tiers des capacités inutilisées – et se termine le 31 mars 2021, date du dernier élément prouvant le comportement du groupe, à savoir une réponse de LUKOIL Bulgaria EOOD à une demande de Saksa OOD concernant l'utilisation des capacités inutilisées [OMISSIS].

9.5 La KZK a reproché aux sociétés mises en causes d'avoir commis plusieurs formes différentes d'abus de position dominante, qui poursuivent un objectif anticoncurrentiel commun. En raison de la nature diversifiée des infrastructures en question, de leurs régimes de propriété différents, donnant lieu dans leur ensemble à différentes formes de comportements par lesquels les sociétés mises en cause restreignent la concurrence, la KZK a qualifié certains de ces comportements de refus d'accorder l'accès à une infrastructure essentielle et d'autres comportements de restriction du commerce. L'agrégation de ces éléments en une stratégie commune détermine leur qualification en tant qu'infraction unique au titre de l'article 21, paragraphe 2, et de l'article 21, paragraphe 5, du ZZK (loi sur la protection de la concurrence), et dans son raisonnement, la KZK a présenté des arguments expliquant en quoi les éléments factuels pertinents sont réunis dans chacune des formes de comportement examinées. La KZK a considéré que l'article 21, point 5, du ZZK est un cas particulier de l'article 21, point 2, de cette loi et qu'il ne constitue donc pas un élément factuel indépendant de

l'article 102 TFUE. Dans la pratique et jurisprudence européenne, les refus d'accès et les autres formes de comportement qui entravent les concurrents, tant par un refus « constructif » (voir affaire AT.39523 – SLOVAK TELEKOM) que par une destruction physique d'infrastructures clés (voir affaire Baltic Rail, arrêt du Tribunal du 18 novembre 2020, Lietuvos geležinkeliai/Commission, T-814/17, EU:T:2020:545), sont considérés comme une restriction du commerce au regard de l'article 102, sous b), TFUE.

9.6 Selon la jurisprudence et la pratique décisionnelle, une plainte pour refus de fourniture d'accès pourrait avoir pour conséquence que le propriétaire se voie imposer l'obligation de permettre malgré lui à un tiers d'utiliser ses biens (installations, réseaux d'infrastructures techniques, brevets, droits de propriété intellectuelle). Il s'agit de l'une des plus graves atteintes possibles au droit de propriété et au droit à la liberté d'entreprise. Pour cette raison, le niveau de preuve du refus de fourniture d'accès est le plus strict possible et, par conséquent, l'évaluation est la plus prudente par rapport à tout autre type d'infraction à l'article 102 TFUE. Ceci tient au fait que dans tous les autres types d'infraction, le droit de propriété et la liberté d'entreprise ne sont pas affectés dans une telle mesure. À cet égard, la Commission européenne agit après une évaluation exhaustive du marché affecté et des effets négatifs sur celui-ci. Dans la présente procédure, les marchés affectés de la production et de l'importation de carburants automobiles (selon la KZK, d'essence et de diesel) présentent des niveaux d'importation bien supérieurs à la moyenne européenne, celui de l'essence étant l'un des plus élevés. Au vu de telles données sur le marché concerné, le préjudice potentiel pour les droits des personnes mises en causes est extrêmement grave et sans précédent.

9.7 D'autre part, le droit de propriété et la liberté d'entreprise sont expressément protégés par la Constitution de la République de Bulgarie. Ils bénéficient d'une protection juridique de rang constitutionnel, y compris de la part de la Cour constitutionnelle. Plus précisément, le droit de propriété est consacré à l'article 17, paragraphes 1 et 3, de la Constitution de la République de Bulgarie. La liberté d'entreprise est consacrée à l'article 18 de la Constitution. Le droit de propriété est également protégé par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »). Nous notons que les conditions visées à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte ne sauraient être considérées comme des propositions théoriques dépourvues de signification pratique, mais doivent au contraire être appliquées concrètement pour la résolution de chaque cas d'espèce.

9.8 Sur la base de l'analyse économique et juridique effectuée, la Commission estime que le groupe Lukoil a commis une infraction au regard de l'article 21, paragraphes 2 et 5, du ZZK, ainsi qu'au regard de l'article 102, sous b), TFUE ; cette infraction réside dans le fait que ce groupe a abusé de sa position dominante sur le marché du stockage des carburants en [refusant] aux importateurs et aux producteurs de carburants un accès à ses propres entrepôts fiscaux, il a restreint les importations par voie maritime en bloquant les entrepôts fiscaux associés au terminal portuaire de Rosenets et au terminal portuaire Petrol Varna, et il n'a pas

donné aux autres producteurs et importateurs l'accès aux pipelines de produits pétroliers du groupe pour le transport de carburants, ce qui est susceptible d'entraver, de restreindre ou de fausser la concurrence et d'affecter l'intérêt des consommateurs en limitant l'importation des carburants automobiles dans le pays.

9.9 Dans sa décision, la KZK a traité les deux infractions ensemble, sans identifier spécifiquement le marché en cause et le marché concerné pour chaque infraction.

9.10 Conformément à l'article 41 de la Charte, le droit à une bonne administration est un droit fondamental des sujets de droit. Le droit à une bonne administration comporte : 1) le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ; 2) le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ; 3) l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions. Conformément à l'article 51 de la Charte, celle-ci est applicable par les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. L'octroi d'une subvention est une mise en œuvre directe du droit de l'Union, ce qui induit également une obligation des autorités nationales, responsables de la mise en œuvre du droit, de respecter l'article 41 de la Charte.

9.11 Les dispositions de l'article 41 de la Charte ont la valeur juridique d'un droit primaire. Elles traduisent un principe général du droit de l'Union dont la Cour de justice de l'Union européenne exige invariablement le respect dans sa jurisprudence, car il s'agit d'un élément des droits de la défense (arrêts du 18 décembre 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, point 37, et du 1^{er} octobre 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conseil, C-141/08 P, EU:C:2009:598, point 83).

9.12 La Cour de justice de l'Union européenne a érigé en principe général du droit de l'Union le droit des justiciables d'être entendus avant l'adoption d'un acte dont ils sont destinataires leur faisant grief, que ce droit soit ou non expressément prévu par le droit de l'Union européenne régissant la relation juridique en cause. Dans sa jurisprudence, la Cour a explicitement considéré que : « [c]ette obligation pèse sur les administrations des États membres lorsqu'elles prennent des décisions entrant dans le champ d'application du droit communautaire, alors même que la législation communautaire applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité » (arrêts du 18 décembre 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, point 37, et du 1^{er} octobre 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conseil, C-141/08 P, EU:C:2009:598, point 83).

9.13 Conformément à l'article 4[7], premier alinéa, de la Charte, toute personne dont les droits et les 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 à cet article. À cet égard, la question suivante se pose : La garantie des droits de la défense des entités mises en cause en tant qu'auteurs d'infractions n'est-elle pas

violée par le fait de poursuivre deux infractions au titre de l'article 21, paragraphes 2 et 5, du ZZK sans que soient examinés, pour chacune des infractions distinctes visées, les marchés en cause et l'ensemble des faits et circonstances pertinents pour l'infraction individuelle? Cette question est également pertinente au regard du fait décrit ci-dessus, à savoir qu'en constatant en particulier l'infraction de refus de fourniture, il est suffisamment porté atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprise de l'entité spécifique, garantis par la Constitution de la République de Bulgarie et par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

9.14 Conformément à l'article 168, paragraphe 1, de l'Administrativnoprotsesualen kodeks (Code de procédure administrative, 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. Dans ce contexte, la formation de céans est tenue de vérifier d'office si l'autorité administrative a respecté toutes les règles de procédure administrative lors de l'adoption de l'acte administratif litigieux par lequel une correction financière a été arrêtée.

9.15 Au vu du fait que la Commission a considéré que le groupe Lukoil avait commis une infraction au regard de l'article 21, points 2 et 5, du ZZK ainsi que de l'article 102, sous b), TFUE – consistant en un abus de position dominante sur le marché du stockage de carburants automobiles. commis en ne donnant pas un accès à ses propres entrepôts fiscaux à des importateurs et producteurs de carburants automobiles, en limitant les importations par mer au moyen du blocage d'entrepôts fiscaux associés au terminal portuaire de Rosenets et au terminal portuaire Petrol Varna, ainsi qu'en ne donnant pas accès aux [pipelines de] produits pétroliers du groupe à d'autres fabricants et importateurs pour le transport de carburants, ce qui est susceptible d'entraver, de restreindre ou de fausser la concurrence et d'affecter les intérêts des consommateurs en limitant l'importation de carburants automobiles dans le pays – la conséquence est qu'il convient, également pour résoudre correctement le présent litige, d'établir si l'autorité antimonopole doit délimiter expressément, de manière claire et non équivoque, pour chacune des infractions, le marché pertinent affecté, les comportements illicites concrets visant à porter atteinte à la concurrence, les effets anticoncurrentiels et tous les autres faits pertinents pour chacune des infractions visées à l'article 21, paragraphe 1, points 2 et 5, de la ZK ou à l'article 102 TFUE : a) le refus de fourniture (« refusal to supply ») et b) la restriction de la production, du commerce et du développement technique au détriment des consommateurs.

Pour ces motifs, et conformément à l'article 267, premier alinéa, sous b), TFUE, en combinaison avec l'article 4, paragraphe 2, TUE, la formation de céans de l'Administrativen sad Sofia-oblast (tribunal administratif de la province de Sofia)

pose à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle suivante :

Lorsque l'autorité nationale de la concurrence a identifié différentes formes de comportement, dont certaines sont qualifiées de refus d'accorder l'accès à une installation essentielle et d'autres de restriction du commerce, mais qui sont regroupées en une stratégie commune de l'entreprise, est-il possible de constater une infraction unique au titre de l'article 102 TFUE, ou faut-il constater des infractions distinctes, qualifiées respectivement de refus d'accorder l'accès à une installation essentielle et de restriction du commerce ?

10. Motifs justifiant la deuxième et la troisième question préjudicielle

10.1 Lukoil a acquis ses dépôts pétroliers et les infrastructures de pipelines qui y ont été construites, à l'exception du dépôt pétrolier de Rousse, à la suite de la privatisation de l'entreprise publique Neftohim EAD à la fin du 20^e siècle et au début du 21^e siècle. L'infrastructure de transport et de logistique du groupe a été construite par l'État, avec des fonds publics, dans les années 1970 et est unique dans le pays et la région. Elle permet le transport de carburants automobiles du littoral de la mer Noire vers la capitale ainsi que le stockage et l'expédition de carburants à partir de dépôts pétroliers dans les plus grandes villes du pays (Burgas, Stara Zagora, Plovdiv et Sofia). À la suite de la privatisation de l'entreprise d'État Neftohim, l'infrastructure est devenue la propriété du groupe Lukoil.

10.2 Dans sa décision, la KZK a considéré que cela signifiait que la protection de l'intérêt public au développement de la concurrence sur les marchés des carburants automobiles l'emportait sur la protection des intérêts du propriétaire des infrastructures, puisque ce dernier n'avait pas investi dans sa construction. Selon la jurisprudence européenne, la constatation de circonstances exceptionnelles dans l'affaire Bronner vise à garantir que l'obligation faite à une entreprise dominante de donner accès à son infrastructure n'entrave pas en fin de compte la concurrence en réduisant l'incitation initiale de cette entreprise à construire une telle infrastructure. Lorsque l'entreprise n'a pas construit l'infrastructure en question, mais l'a reçue à la suite d'une privatisation, il n'est pas nécessaire de vérifier tous les critères de la jurisprudence Bronner, puisque dans ce cas il n'y a pas d'incitations économiques à l'investissement dont la protection l'emporterait sur l'intérêt public à une concurrence non faussée.

Objections des parties mises en cause

10.3 Les investissements réalisés étaient nécessaires car l'infrastructure avait été reçue de la part de l'État dans un très mauvais état. Mise en service au début des années 1970, cette infrastructure ne répondait plus, au début du XXI^e siècle, aux exigences modernes en matière de sécurité et de préservation de la qualité du produit transporté. Les investissements ne tiennent pas compte des investissements dans les installations de production, par exemple la construction

de la deuxième grande usine de traitement sur le site principal (le complexe de traitement des résidus lourds). Il est objecté que Lukoil Neftohim Burgas (LNHB) a réalisé d'énormes investissements dans son infrastructure logistique nécessaire au transport par pipeline depuis le terminal pétrolier de Rosenets vers le dépôt de vente et d'approvisionnement d'Iliantsi. La conclusion de la KZK, selon laquelle cette infrastructure serait le fruit du seul investissement public, est en décalage total avec la réalité. L'investissement total de LB dans le pipeline de produits entre 2006 et le 31 mars 2021 [OMISSIS – montant constituant un secret d'affaires]. Séparément, LB a acheté en 2008 le dépôt de vente et d'approvisionnement d'Iliantsi contre [OMISSIS – montant] euros hors TVA ; ce prix n'est pas compris dans le montant investi dans le pipeline de produits pétroliers. Lukoil Bulgaria (LB) n'a pas acquis le dépôt de vente et d'approvisionnement d'Iliantsi dans le cadre de la privatisation, mais a investi une énorme somme d'argent pour acheter ce dépôt. À ce titre, la constatation par la KZK de l'existence de fonds publics investis dans le dépôt de vente et d'approvisionnement d'Iliantsi est tout à fait inadéquate pour un autre motif également. En ce qui concerne le pipeline de produits entre Burgas et Sofia, il n'a pas été exploité sur toute sa longueur. Sur le tronçon Ihtiman-Sofia, il n'était pas en fonction au moment de la privatisation de LNHB, car le dépôt de vente et d'approvisionnement d'Iliantsi appartenait au groupe Petrol. Au moment de la privatisation et jusqu'en 2008, la conduite métallique abandonnée était sujette à une corrosion intense et son contenu restant avait depuis longtemps été siphonné par plus de 10 000 robinets installés de manière criminelle, qui compromettaient encore davantage l'installation. Jusqu'à l'investissement de LB, le pipeline de produits était totalement inutilisable sur ce tronçon pour l'usage auquel il était destiné. Il n'a été remis en service qu'en 2008, après un investissement substantiel. Dans ce contexte, un terrain adjacent au dépôt de vente et d'approvisionnement d'Ihtiman a été acheté à des tiers et incorporé à la base, avec un investissement nécessaire dans des réservoirs supplémentaires. En outre, ce n'est qu'après l'acquisition du pipeline de produits par LB, et après les investissements qui y ont été réalisés, qu'a débuté son utilisation pour le transport dit séquentiel, c'est-à-dire le transport séquentiel du diesel et de l'essence. Jusqu'alors, le pipeline de produits n'était utilisé que pour le transport de diesel (gazole). Afin de permettre l'utilisation du pipeline de produits, laquelle était impensable sans les capacités de stockage correspondantes, LB a réalisé d'énormes investissements dans les dépôts situés le long de son parcours, y compris celui acquis en 2008. La société a également réalisé d'importants investissements dans les pipelines, y compris pour le dépôt de vente et d'approvisionnement d'Iliantsi. L'investissement total de LB dans les dépôts de vente et d'approvisionnement principalement le ceux situés sur le parcours du pipeline de produits, est de (...) * BGN hors TVA. En conclusion, le groupe affirme que l'affirmation de la KZK selon laquelle l'infrastructure est le produit d'un investissement issu de fonds publics est totalement inopérante. LNHB et LB ont toutes deux réalisé d'énormes investissements pour permettre le transport de carburants sur la ligne reliant le terminal portuaire de Rosenets au dépôt de vente et d'approvisionnement d'Iliantsi. En effet, si les investissements initiaux avaient

été réalisés par l'État, en revanche, l'infrastructure a été reçue après la privatisation dans un état médiocre, voire déplorable, et le tronçon Ihtiman-Sofia ne fonctionnait pas du tout. Par conséquent, des investissements considérables ont été nécessaires. Quant au dépôt de vente et d'approvisionnement d'Iliantsi, il n'a pas du tout été acquis dans le cadre de la privatisation, mais a été acheté à une société commerciale privée. Ni LNHB, ni LB n'auraient réalisé ces investissements considérables si elles n'avaient pas escompté en retirer un avantage concurrentiel. L'innovation que constitue le transport séquentiel n'aurait pas non plus été introduite.

Conclusion de la KZK

10.4 L'objection à l'acquisition du dépôt pétrolier d'Iliantsi, acheté à Petrol Group, est fondée. En effet, ce dépôt pétrolier n'avait pas été inclus dans le contrat entre LNHB et LB par lequel cette dernière a acquis les autres dépôts pétroliers ainsi que le pipeline lui-même, mais il a été acheté ultérieurement à (...)*. Les allégations du groupe concernant les investissements réalisés dans l'infrastructure de stockage et de transport ne modifient pas la conclusion de la KZK, selon laquelle cette infrastructure a été principalement acquise à la suite de la privatisation et n'a pas été construite à l'origine par les sociétés mises en cause. Le fait est que cette infrastructure a été construite par l'État, sur des deniers publics, à une période où il n'existait pas de concurrence sur le marché et où toutes les activités économiques étaient exercées par l'État. L'infrastructure elle-même, en tant qu'ensemble d'entrepôts et de pipelines, est unique dans le pays et sa duplication est impossible suite à l'abolition du régime de propriété de l'État. Ce sont précisément ces éléments qui ont été pris en compte par la KZK dans son appréciation du comportement du groupe. Les investissements effectués par la suite n'ont pas modifié, en substance, le contenu et la finalité de ces infrastructures – exception faite du dépôt pétrolier d'Iliantsi, récemment acheté – mais concernaient leur entretien et leur modernisation. En particulier, il y a lieu de relever que, dans le cadre de l'analyse d'une grande partie des éléments d'investissement présentés ci-dessus avec les observations des sociétés défenderesses, il est apparu que ceux-ci étaient liés à la réparation et à l'entretien en cours des actifs déjà existants du groupe, ce qui n'est pas inhabituel dans l'activité commerciale de toute entité exploitant un actif, qu'il s'agisse de bâtiments ou d'autres types d'installations. Il est évident que ces coûts sont inhérents à l'entretien des infrastructures et des installations logistiques et qu'ils relèvent principalement non seulement des obligations d'investissement prévues par les contrats de privatisation, mais aussi de celles liées à la gestion et à l'entretien du site de la concession du terminal portuaire de Rosenets. Enfin, il importe aussi de relever que les données fournies, par lesquelles les sociétés mises en cause font valoir des investissements réalisés pour construire les infrastructures, comportent une série de coûts liés à la mise en place de systèmes de vidéosurveillance à des fins de contrôle douanier dans tous les entrepôts fiscaux de Lukoil, ou encore liés à la sécurité contre l'incendie, qui ne modifient manifestement pas la substance de l'infrastructure. En conclusion, la KZK considère que les deux circonstances excluant l'application du test Bronner ne

s'appliquent pas cumulativement, chacune d'entre elles constituant un motif suffisant pour exclure ce test. Il est considéré que l'application du test Bronner dans le cas présent est exclue pour les raisons suivantes :

l'acquisition d'infrastructures construites avec des fonds publics – cela vaut pour toute la période comprise entre le 1^{er} janvier 2016 et le 31 mars 2021 pour l'entrepôt fiscal de Rosenets ; l'entrepôt fiscal LNHB (site principal) ; le dépôt pétrolier de Kameno ; le dépôt pétrolier d'Asparuhovo ; le dépôt de vente et d'approvisionnement de Karnobat ; le dépôt de vente et d'approvisionnement de Stara Zagora ; le dépôt de vente et d'approvisionnement de Plovdiv ; la station technique et de pompage de Vetren ; la station technique et de pompage d'Ihtiman ; tous les oléoducs et pipelines du groupe ;

l'existence d'une obligation légale de fournir un accès – cela vaut pour la période du 23 décembre 2020 au 31 janvier 2021, pour toutes les installations de stockage susmentionnées du groupe, y compris le dépôt pétrolier d'Iliantsi et le dépôt pétrolier de Rousse, à l'exclusion du pipeline de produits reliant Burgas à Sofia.

11. Motifs justifiant le renvoi préjudiciel

11.1 L'élément matériel crucial de l'infraction visée à l'article 21, point 5, du ZZK est l'existence d'un refus, de la part des deux entreprises, de donner accès à leur infrastructure clé (essentielle), définie dans le dispositif de la décision comme : un abus de position dominante sur le marché du stockage de carburants automobiles, commis en ne donnant pas un accès à ses propres entrepôts fiscaux à des importateurs et producteurs de carburants automobiles, en limitant les importations par mer au moyen du blocage d'entrepôts fiscaux associés au terminal portuaire de Rosenets et au terminal portuaire Petrol Varna, ainsi qu'en ne donnant pas accès aux pipelines de produits pétroliers du groupe à d'autres fabricants et importateurs pour le transport de carburants. Pendant la première période incriminée, comprise entre le 1^{er} janvier 2016 et le 22 décembre 2020, il n'existait aucune obligation légale pour les propriétaires d'entrepôts douaniers agréés de mettre une partie de leur capacité à la disposition de leur concurrents et ce point n'est pas contesté. Sur cette base, la KZK a conclu qu'il y avait eu de la part des sociétés mises en cause un « refus constructif » d'autoriser l'accès des tiers.

11.2 Dans sa décision, la KZK a estimé que les critères de la jurisprudence Bronner ne devaient pas être appliqués lorsque l'infrastructure en question n'avait pas été financée par les investissements propres de l'entreprise dominante mais par des fonds publics (comme c'est le cas en l'espèce) et lorsque cette entreprise n'était pas propriétaire de cette infrastructure mais l'utilisait dans le cadre d'une concession ou d'un contrat d'affermage. Ces critères ont vocation à s'appliquer en cas de refus d'accès à une infrastructure dont l'entreprise dominante est propriétaire et qu'elle a développée pour les besoins de sa propre activité, au moyen de ses propres investissements.

11.3 La pratique de la Commission européenne et la jurisprudence se réfèrent au test Bronner pour décider s'il y a ou non violation des règles de concurrence lorsqu'une entreprise dominante refuse une fourniture. Celui-ci comporte les éléments cumulatifs spécifiques suivants : le refus est susceptible d'entraîner l'élimination de toute concurrence sur le marché affecté par la personne demandant la fourniture ; le refus ne peut pas être objectivement justifié ; le service ou bien dont l'accès est refusé est indispensable à la conduite des affaires de la personne qui en demande la fourniture, car il n'existe pas de substitut existant ou potentiel. Par conséquent, la condition première et la plus importante pour l'application de la jurisprudence Bronner est qu'il existe une infrastructure clé (« essential facility ») qui soit contrôlée par un monopole et que l'accès à cette infrastructure soit indispensable pour que les concurrents puissent rivaliser avec l'entité en situation de monopole.

11.4 En l'espèce, compte tenu des circonstances exceptionnelles (privatisation et concession) propres au processus d'acquisition et d'utilisation de l'ensemble de l'infrastructure par le groupe Lukoil, il a également été tenu compte des spécificités du contrat de privatisation, qui n'est pas une transaction commerciale ordinaire au sens de la loi sur le commerce. Le contrat de privatisation est conclu selon une procédure administrative définie dans la loi sur la privatisation et le contrôle post-privatisation, dans le respect de l'intérêt public. Aussi le contrat de privatisation contient-il souvent des obligations différentes de celles qui caractérisent le contrat de vente civile et commerciale. Il s'agit des obligations imposées à l'acheteur qui vont au-delà de l'obligation de payer le prix, telles que celles de réaliser des investissements consistant en la réparation et la rénovation des principaux actifs de l'entreprise, le maintien et la création de nouveaux emplois, la réalisation de certaines activités à caractère environnemental, la préservation de l'objet de l'activité pendant une période de temps spécifiée dans le contrat, l'interdiction limitée dans le temps de vendre l'entreprise ou des parties de celle-ci, etc. Lorsqu'un contrat de privatisation prévoit des investissements, ceux-ci sont spécifiés quant à leur nature, leur montant et leur durée, et ces investissements sont déterminés d'emblée et non par une incitation de l'entreprise qui acquiert la propriété de l'État. Dans la mesure où, en l'espèce, l'infrastructure de la société a été acquise à la suite de la privatisation, à la fin du 20^e et au début du 21^e siècle, de l'entreprise publique Neftohim EAD dont le capital comprenait également trois pipelines de produits et sept dépôts/terminaux, dont l'ensemble constitue un réseau de transport et de distribution terrestre de produits, il convient de rappeler que l'infrastructure de transport et de logistique du groupe a été construite par l'État, sur deniers publics, dans les années 1970 et qu'elle est unique dans le pays et dans la région. À la suite de la privatisation de l'entreprise d'État Neftohim, l'infrastructure est devenue la propriété du groupe Lukoil. La KZK estime toutefois que cette circonstance n'appelle pas l'application du test Bronner, étant donné qu'il n'existe pas en l'espèce d'incitations économiques à l'investissement, dont la protection l'emporterait sur l'intérêt public à une concurrence non faussée.

11.5 La KZK a considéré que deux conditions excluait l'application du test Bronner : (a) le non-respect par l'entreprise dominante d'une obligation légale de fournir l'accès à son infrastructure/service (généralement un monopole légal ou issu d'un ancien monopole d'État) ; et/ou (b) l'entreprise dominante n'a pas investi dans la construction de l'infrastructure, celle-ci ayant été construite et développée exclusivement avec des fonds publics. La première condition ne fait pas l'objet de la demande de décision préjudicielle, car, comme indiqué ci-dessus, il n'y avait pour la période allant du 1^{er} janvier 2016 au 22 décembre 2020 aucune obligation légale pesant sur l'entreprise dominante.

11.6 La KZK a considéré que le test Bronner ne s'appliquait pas lorsque l'entreprise dominante avait reçu une infrastructure clé de l'État et que les investissements réalisés ne s'opposaient pas à l'intérêt public.

11.7 Les sociétés auxquelles les infractions ont été reprochées ont opposé qu'elles avaient réalisé des investissements importants dans les entreprises après les contrats de privatisation ; à cet égard, des preuves d'investissements réalisés dans les infrastructures clés de LB et de LHB ont été recueillies.

11.8 Une question essentielle pour conclure à l'absence d'application du test Bronner lorsque l'entreprise dominante a obtenu de l'État une infrastructure clé (par privatisation ou sur concession) est celle de savoir s'il convient de tenir compte également d'autres circonstances, telles que l'exécution des obligations découlant du contrat de privatisation, le montant de l'investissement et le fait de savoir si les investissements sont réalisés à l'initiative de l'opérateur ou dans le cadre de l'exécution du contrat d'investissement.

11.9 Aucune réponse à ces questions ne peut être trouvée dans les conclusions de l'avocat général Rantos dans l'affaire Lietuvos geležinkeliai/Commission, C-42/21 P, EU:C:2022:537 (affaire « Baltic rail »). L'avocat général Rantos y a passé en revue la jurisprudence relative aux refus d'accès et à l'application du test Bronner. Le point 64 [de ces conclusions] examine les objectifs du test Bronner, qui est considéré comme le standard de base pour apprécier l'obligation pour une entreprise de fournir l'accès à une infrastructure « qu'elle a développée pour ses propres besoins », afin de protéger « l'incitation initiale à construire une telle infrastructure ». Lorsqu'il analyse les objectifs du test Bronner, l'avocat général Rantos souligne que les critères qui y sont énoncés « s'appliquent aux infrastructures dont l'entreprise en position dominante est propriétaire et qui, en principe, reflètent son propre investissement ». En l'espèce, la KZK a considéré que, par une lecture a contrario du point de vue exprimé par l'avocat général Rantos, il convenait de considérer que les critères Bronner ne s'appliquaient pas, dès lors que l'investissement de l'entreprise dominante n'avait pas été effectué par ses propres moyens. Cependant, la décision de la KZK est signée avec deux opinions dissidentes de deux de ses membres qui, dans leur motivation, invoquent à cet égard l'arrêt rendu le 12 janvier 2023 en deuxième instance dans l'affaire Baltic rail (arrêt du 12 janvier 2023, Lietuvos geležinkeliai/Commission,

C-42/21 P, EU:C:2023:12), dans lequel il a été jugé que l'infraction n'était pas un refus de fourniture, mais constituait une infraction toute autre.

11.10 Pour les mêmes motifs, la KZK a également refusé d'appliquer le test Bronner aux infrastructures clés acquises en concession pendant la période en cause.

11.11 Conformément à l'article 6 de l'APK (Code du contentieux administratif), le principe de proportionnalité doit être appliqué lorsque des intérêts publics et privés sont mis en balance.

11.12 La Commission européenne et la Cour de justice ont souligné dans leurs décisions qu'un refus de fourniture est une mesure exceptionnelle, qui affecte dans une très large mesure les droits des destinataires. Lorsqu'elles évaluent l'existence d'un refus de fourniture, les autorités communautaires doivent être extrêmement attentives à l'évaluation de tous les facteurs pertinents afin de garantir la proportionnalité de leur politique. Le principal facteur d'évaluation est l'intérêt des consommateurs. D'autre part, les intérêts des propriétaires d'infrastructures clés doivent également être appréciés au regard du droit de propriété et de la promotion de l'initiative économique, dans le respect des principes de proportionnalité et d'adéquation. L'affaire Bronner est un moment clé dans l'évolution de la conception européenne du refus de fourniture. Il énonce les conditions dans lesquelles une entreprise dominante peut être contrainte de contracter contre son gré. Dans cet arrêt, la Cour de justice avait en fin de compte refusé de constater un refus de fourniture.

11.13 Compte tenu du fait que, lorsqu'elle a examiné la supposée infraction visée à l'article 102, TFUE, la KZK n'a pas appliqué le test Bronner en considérant que son application était exclue puisque l'infrastructure clé de l'entreprise dominante avait été obtenue sur la base de ressources publiques ou d'une concession, il est nécessaire de déterminer si, lorsque l'entreprise dominante a reçu l'infrastructure clé grâce à des ressources publiques ou au moyen d'une concession, l'application du test Bronner est en tout état de cause exclue ou s'il convient d'apprécier l'importance des investissements, l'exécution de la convention de privatisation ou de la concession (en vertu desquels l'infrastructure clé a été obtenue) et si les investissements ont été réalisés dans le cadre de l'exécution du contrat ou de la concession d'investissement, ou bien de sa propre initiative.

11.14 À leur point 75 (sous le titre « Refus de fourniture et compression des marges »), les orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 102 TFUE 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. » Ce texte soulève également une troisième question dans la demande de décision préjudicielle :

11.15 En cas de réponse affirmative à la première question, le respect du principe de proportionnalité énoncé dans les orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 102 TFUE, au point 75 (sous le titre « Refus de fourniture et compression des marges »), est-il assuré lorsque l'entreprise dominante a investi dans l'infrastructure clé ou la concession (« essential facility »), si l'on applique des critères restrictifs définis sur la base du principe du « plus nécessaire » pour préserver la concurrence, en tenant compte de manière proportionnée de l'intérêt de l'entreprise dominante ?

Pour ces motifs, et conformément à l'article 267, premier alinéa, sous b), TFUE, lu en combinaison avec l'article 4, paragraphe 2, TUE, la formation de céans de l'Administrativen sad Sofia-oblast (tribunal administratif de la province de Sofia) pose à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

2. L'autorité antimonopole doit-elle exclure l'application du test Bronner, en ce qui concerne la supposée infraction de refus de fourniture, visée à l'article 102 TFUE, dans tous les cas où l'entreprise dominante a reçu des fonds publics pour l'infrastructure clé ou a obtenu l'infrastructure clé (« essential facility ») sur la base d'une concession, ou bien cette autorité doit-elle apprécier le montant des investissements, l'exécution du contrat de privatisation ou de la concession (en vertu desquels l'infrastructure clé a été obtenue), ainsi que le point de savoir si les investissements ont été réalisés dans le cadre de l'exécution du contrat d'investissement ou de la concession, ou de sa propre initiative ?

2.1 En cas de réponse affirmative à la question précédente, le respect du principe de proportionnalité, visé au point 75 (sous le titre « Refus de fourniture et compression des marges ») des orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 102 TFUE, est-il assuré lorsque l'entreprise dominante a investi dans l'infrastructure clé, si l'on applique des critères restrictifs définis sur la base du principe du « plus nécessaire » pour préserver la concurrence, en tenant compte de manière proportionnée de l'intérêt de l'entreprise dominante ?

Par ces motifs [OMISSIS]

RENVOIE à la Cour de justice de l'Union européenne une demande de décision préjudicielle comportant les questions suivantes :

1. Lorsque l'autorité nationale de la concurrence a identifié différentes formes de comportement, dont certaines sont qualifiées de refus d'accorder l'accès à une installation essentielle et d'autres de restriction du commerce, mais qui sont regroupées en une stratégie commune de l'entreprise, est-il possible de constater une infraction unique au titre de l'article 102 TFUE, ou faut-il constater des

infractions distinctes, qualifiées respectivement de refus d'accorder l'accès à une installation essentielle et de restriction du commerce ?

2. L'autorité antimonopole doit-elle exclure l'application du test Bronner, en ce qui concerne la supposée infraction de refus de fourniture visée à l'article 102 TFUE, dans tous les cas où l'entreprise dominante a reçu pour l'infrastructure clé (« essential facility ») des fonds publics (en vertu d'un contrat de privatisation ou d'une concession), ou bien cette autorité doit-elle apprécier le montant des investissements, l'exécution du contrat de privatisation ou de la concession (en vertu desquels l'infrastructure clé a été obtenue) ainsi que le point de savoir si les investissements ont été réalisés dans le cadre de l'exécution du contrat d'investissement ou de la concession ou bien de sa propre initiative ?

2.1 En cas de réponse affirmative à la question précédente, le respect du principe de proportionnalité, visé au point 75 (sous le titre « Refus de fourniture et compression des marges ») des orientations sur les priorités retenues par la Commission européenne pour l'application de l'article 102 TFUE, est-il assuré lorsque l'entreprise dominante a investi dans l'infrastructure clé, si l'on applique des critères restrictifs définis sur la base du principe du « plus nécessaire » pour préserver la concurrence, en tenant compte de manière proportionnée de l'intérêt de l'entreprise dominante ?

[OMISSIS]

DOCUMENT DE TRAVAIL