



HAL
open science

Le Tribunal de l'Union européenne annule la décision de la Commission de sanctionner l'opérateur historique pour refus d'accès à des infrastructures gazières stratégiques en Bulgarie (Bulgarian Energy Holding)

Claire Mongouachon

► To cite this version:

Claire Mongouachon. Le Tribunal de l'Union européenne annule la décision de la Commission de sanctionner l'opérateur historique pour refus d'accès à des infrastructures gazières stratégiques en Bulgarie (Bulgarian Energy Holding). *Concurrences [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence]*, 2024. hal-04543845

HAL Id: hal-04543845

<https://amu.hal.science/hal-04543845v1>

Submitted on 12 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

N° 1-2024

Refus d'accès : Le Tribunal de l'Union européenne annule la décision de la Commission de sanctionner l'opérateur historique pour refus d'accès à des infrastructures gazières stratégiques en Bulgarie (*Bulgarian Energy Holding*)

PRATIQUES UNILATÉRALES, POSITION DOMINANTE (ABUS), POSITION DOMINANTE (NOTION), INFRASTRUCTURE ESSENTIELLE, ENERGIE, ACCÈS AUX INFRASTRUCTURES, CONTRÔLE JURIDICTIONNEL, UNION EUROPÉENNE, BULGARIE, ANNULATION, ELECTRICITÉ

Trib. UE, 25 oct. 2023, aff. T-136/19, Bulgarian Energy Holding e.a. / Commission européenne

Claire Mongouachon | University of Aix-Marseille

Concurrences N° 1-2024 | Chroniques | Pratiques unilatérales

Le Tribunal de l'Union européenne annule la décision de la Commission européenne de sanctionner le groupe historique *Bulgarian Energy Holding* [ci-après "BEH"] pour refus d'accès à des infrastructures gazières stratégiques en Bulgarie.

L'affaire s'inscrit dans le cadre très réglementé du marché du gaz, sur fond de fortes tensions géopolitiques. Au moment des faits litigieux, entre 2010 et 2015, le groupe BEH était composé d'une société entièrement détenue par l'État bulgare et de ses deux filiales actives dans le secteur de l'énergie. L'une, *Bulgargaz*, était le fournisseur public de gaz tandis que l'autre, *Bulgartransgaz*, gérait et exploitait le réseau de transport de gaz en Bulgarie. De surcroît, le groupe contrôlait la seule installation de stockage de gaz naturel du pays, sous terre à Chiren.

L'accès aux gazoducs constituait un enjeu important pour le marché gazier bulgare car la Bulgarie s'est trouvée longtemps dépendante des importations de gaz russe. Or le gazoduc roumain 1 était la seule voie viable pour acheminer du gaz vers la Bulgarie à travers l'Ukraine et la Roumanie. Géré par *Transgaz*, la société gestionnaire du réseau de transport en Roumanie (GRT), ce gazoduc faisait l'objet d'un accord intergouvernemental entre la Bulgarie et la Roumanie garantissant ses conditions d'exploitation. Conclu dès 1974, l'accord renégocié en 2005 et prorogé jusqu'en 2016 octroyait à *Bulgargaz* l'usage exclusif dudit gazoduc.

Saisie d'une plainte d'*Overgas*, opérateur de fourniture de gaz en Bulgarie, la Commission européenne a conclu dans une décision du 17 décembre 2018 que le groupe BEH avait abusé de sa position dominante en empêchant, restreignant ou retardant l'accès des tiers au réseau, à la station de stockage de Chiren et au gazoduc roumain 1, verrouillant ainsi les marchés bulgares de fourniture de gaz. La Commission a caractérisé ces comportements d'infraction unique et continue sur la période du 30 janvier 2010 au 1er janvier 2015. Constatant que le comportement du groupe BEH avait la capacité d'empêcher le développement d'une concurrence effective sur les marchés bulgares de fourniture de gaz, en rendant plus difficile voire impossible l'entrée de concurrents potentiels sur ces marchés, la Commission européenne a infligé une amende de plus de 77 millions d'euros aux sociétés du groupe.

Un recours formé contre cette décision a donné lieu au volumineux arrêt du Tribunal de l'Union, rendu le 25 octobre 2023, dont seuls quelques points saillants de ses quelques 1262 considérants seront ici restitués.

Devant le Tribunal de l'Union, les sociétés du groupe, soutenues par la République de Bulgarie, ont tenté sans succès de contester leur position dominante sur les marchés des services de capacités sur la gazoduc roumain 1 (I). En revanche, elles ont su mobiliser à profit les droits de la défense pour remettre en cause, sur le fond, le caractère abusif de leurs comportements (II) et, sur la forme, faire constater par le Tribunal de l'Union certaines irrégularités procédurales.

La confirmation de la position dominante sur le marché

Délimitation du marché pertinent

S'agissant du marché pertinent, les requérantes contestaient la définition de l'un des cinq marchés en cause, à savoir le marché des services de capacités sur le gazoduc roumain, en se fondant sur trois éléments.

Tout d'abord, elles considéraient que la Commission européenne aurait dû retenir le marché de transport de gaz roumain, ce type de réseau étant caractérisé par des monopoles naturels et ayant généralement une dimension nationale (pt 61). Au contraire, le Tribunal approuve la Commission d'avoir retenu le marché des capacités sur le seul gazoduc roumain 1 au motif que ce gazoduc n'était pas relié au réseau de transport de gaz roumain et que les réseaux de transport de gaz bulgare et roumain n'étaient pas non plus connectés entre eux (pt 63). Ainsi les services liés aux capacités sur le gazoduc roumain 1 – seule route viable pour importer du gaz en Bulgarie – n'étaient pas interchangeables avec ceux du réseau de transport de gaz roumain.

Ensuite, le Tribunal écarte l'argument des requérantes suivant lequel la Commission aurait dû obligatoirement consulter *Transgaz* et l'autorité de régulation roumaine avant de procéder à la définition du marché pertinent. Le Tribunal précise que la consultation des acteurs du marché est certes une pratique fréquente de la Commission (pt 33 de la communication sur la définition du marché en cause) mais n'impose à cette dernière aucune obligation.

De façon plus substantielle, les requérantes s'appuyaient sur le cadre réglementaire pour avancer que la Commission aurait dû distinguer entre le marché primaire, sur lequel les capacités sont échangées directement par le GRT et le marché secondaire, sur lequel les capacités sont échangées autrement que sur le marché primaire (définitions tirées de l'article 2 §1 du règlement n° 715/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel et abrogeant le règlement (CE) n° 1775/2005 (JO 2009, L 211, p. 36) du 13 juillet 2009).

Le Tribunal oppose toutefois à cette argumentation un concept de marché propre aux règles de concurrence et distinct des autres concepts de marché utilisés dans d'autres contextes, se référant à l'arrêt *AstraZeneca* (CJUE, 1er juillet 2010, T-321/05, pt 97). Le Tribunal a alors rappelé la définition du marché pertinent qui s'impose en droit de la concurrence telle que posée par la Cour de justice dans l'arrêt *Michelin* (CJCE, 9 novembre 1993, aff. 322/81, pt 37) : le marché regroupe " *l'ensemble des produits et services qui, en fonction de leurs caractéristiques, sont particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et qui sont peu interchangeables avec d'autres produits et services*". Le Tribunal a relevé qu'en l'espèce les services de capacités sur les marchés primaire et secondaire sur le gazoduc roumain 1 constituaient un " *ensemble de services particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et, dès lors, étaient interchangeables entre eux*" (pt 88). Bien que *Transgaz* était le GRT du gazoduc roumain 1, *Bulgargaz* restait le seul opérateur à pouvoir offrir des services de capacités sur le marché secondaire (grâce à l'accord de 2005) et pouvait s'opposer à toute demande d'accès sur le marché primaire, rendant la distinction entre marchés primaire et secondaire inopérante pour une analyse fondée sur l'article 102 TFUE (pts 90 et 91).

Caractérisation de la position dominante

Sur ce marché ainsi délimité, la position dominante de *Bulgargaz* telle qu'établie par la Commission européenne a pu être confirmée, en dépit des différents griefs invoqués par les requérantes.

Était tout d'abord reproché à la Commission de ne pas avoir analysé la structure du marché ou le pouvoir de marché des entreprises sur le marché en méconnaissance de la pratique de la Commission (Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article (102 TFUE) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JO 2009, C 45, p. 7, pts 13 à 15). Pour autant, le Tribunal a jugé que le raisonnement de la Commission répondait aux critères jurisprudentiels de la position dominante, à savoir le fait de détenir une position de puissance économique qui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité d'adopter des comportements indépendants dans une mesure appréciable à l'égard de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs (CJCE, 14 février 1978, *United Brands*, aff. 27/76, pts 65 et 66 et CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche*, aff. 85/76, pts 38 et 39). Or d'après la Commission, l'entreprise qui contrôle la capacité sur des infrastructures de transport de gaz, lesquels sont des monopoles naturels, devient un partenaire commercial incontournable, dont le pouvoir de marché ne peut être neutralisé. En l'espèce, la Commission avait conclu que c'était *Bulgargaz* qui contrôlait toute possibilité d'accès des tiers au gazoduc roumain 1, là où les requérantes soutenaient que ce contrôle était exercé par *Transgaz* en tant que GRT de cette infrastructure. Pour conforter cette conclusion, le Tribunal a notamment relevé que *Transgaz* ne pouvait offrir de capacités à des tiers sur le gazoduc roumain 1 sans obtenir le consentement préalable de *Bulgargaz* (pt 144).

Tout aussi peu fructueuse s'est révélée la tentative des requérantes de contester l'imputabilité de la position dominante à la société mère BEH au motif que cette dernière n'aurait été active sur aucun des marchés en cause. Mobilisant la jurisprudence classique relative à la notion d'entité économique unique, le Tribunal rappelle que la Commission peut imputer à une société mère la responsabilité du comportement de l'une de ses filiale, notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique, pour l'essentiel, les instructions qui lui sont données par sa société mère, eu égard, en particulier, aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques (CJUE, 5 mars 2015, *Commission e. a. / Versalis e. a.*, aff. C-93/13 P et C-123/13 P, pt 40). En l'espèce, la Commission pouvait valablement considérer que le groupe BEH, comprenant la société mère BEH, *Bulgargaz* et *Bulgartransgaz*, formait une entité économique unique compte tenu non seulement du fait que la société BEH détenait l'intégralité du capital de ses filiales mais aussi du fait qu'elle exerçait sur elles une influence décisive en raison d'un "faisceau d'éléments concordants" (pt 208), révélant un contrôle étroit leurs actions (pt 200) et une immixtion dans leur gestion (pt 217). Dans ces conditions, c'est bien le groupe BEH dans son ensemble qui occupait une position dominante sur les marchés pertinents par le biais de *Bulgargaz* et *Bulgartransgaz* même si la société BEH elle-même n'était pas présente sur ces marchés (pt 220).

Ces éléments bien connus relatifs aux notions de marché pertinent et de position dominante ayant permis sans surprise de valider l'analyse de la Commission, c'est la caractérisation de l'abus qui a été remise en cause, occupant l'essentiel des développements de l'arrêt.

La réfutation du comportement anticoncurrentiel

Élément décisif pour établir tant la position dominante de BEH que le marché en cause, le contrôle par *Bulgargaz* de l'accès au gazoduc roumain 1 devait logiquement conduire à l'applicabilité aux faits de l'espèce de la théorie dite des facilités essentielles.

Si le Tribunal apporte des précisions importantes quant à la mise en œuvre de la règle dans l'hypothèse où l'opérateur dominant n'est pas propriétaire de l'infrastructure, il rejette la qualification d'abus en l'absence de caractérisation du refus d'accès.

Applicabilité de la jurisprudence Bronner

Les requérantes reprochaient à la Commission d'avoir imputé un refus d'approvisionnement abusif à *Bulgargaz* alors qu'elle n'aurait été qu'une simple utilisatrice de l'infrastructure essentielle et non la propriétaire ou GRT de cette infrastructure essentielle (pt 250).

Le Tribunal a rappelé qu'aux termes des arrêts *Bronner* (CJCE, 26 novembre 1998, aff. C-92) et *RTE c/ Commission* (CJCE, 10 juillet 1991, aff. T-69/89), le refus d'une entreprise dominante de fournir un service auquel des opérateurs doivent avoir accès pour exercer une activité sur un marché voisin constitue une violation de l'article 102 FTUE si les trois conditions suivantes sont réunies. D'une part, le refus doit être de nature à éliminer toute concurrence sur le marché. D'autre part, le service doit être indispensable à l'exercice de l'activité du demandeur, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel à ce service. Enfin, le refus ne doit pas être objectivement justifié.

Après avoir rappelé que le gazoduc roumain 1 était la seule voie viable pour acheminer le gaz russe vers la Bulgarie, le Tribunal en a déduit que celle-ci constituait une infrastructure indispensable au sens de l'arrêt *Bronner*. Par ailleurs, le Tribunal a relevé que le droit exclusif dont bénéficiait *Bulgargaz* sur ce gazoduc se concrétisait par une situation de contrôle justifiant l'application de la théorie des infrastructures essentielles. Le Tribunal a appuyé sa motivation sur les conclusions de l'avocat général Rantos dans l'affaire *European Superleague Company* (aff. C-333/21, pt 138), lesquelles indiquaient qu'en vertu de cette théorie, une obligation de coopérer avec les concurrents pouvait être imposée à toute entreprise qui possède ou contrôle l'infrastructure essentielle (pt 262).

Absence de refus d'accès

Ces principes posés, c'est exclusivement pour défaut de preuve suffisante du refus d'accès que la qualification d'abus est rejetée par le Tribunal. Ce dernier a rappelé les exigences probatoires qui pèsent sur la Commission européenne lorsqu'elle est amenée à caractériser un comportement anticoncurrentiel. D'une part, sur le fondement général de l'article 296§2 TFUE, les institutions de l'Union sont soumises à une obligation de motivation "*claire et non équivoque*" permettant aux intéressés de contester la validité d'un acte et au juge de l'Union d'exercer son contrôle de légalité sur cet acte (pt 299).

D'autre part, s'agissant plus précisément de l'article 102 TFUE, "*pour établir que le refus de fournir un service constitu(e) un abus de position dominante, la Commission (doit) rapporter la preuve que ce refus (est) de nature à éliminer toute concurrence sur le marché connexe*" (pt 279). S'appuyant sur la jurisprudence *Servizio Elettrico Nazionale* (aff. C-377, pt 70), le Tribunal précise que "les effets d'éviction ne doivent pas être purement hypothétiques" (pt 280).

C'est pour une série d'au moins trois raisons que le Tribunal juge que cette preuve n'est pas rapportée en l'espèce.

En premier lieu, il juge insuffisamment probante l'argumentation de la Commission qui se fondait sur le fait que l'accord de 2005 réservait la totalité de la capacité sur le gazoduc roumain 1 au profit de *Bulgargaz* tandis que cette dernière n'utilisait qu'une partie limitée de la capacité disponible. La Commission déduisait de cette accumulation de capacités un refus d'approvisionnement de la part de *Bulgargaz*.

Le Tribunal a précisé qu'il était nécessaire que la Commission identifie en quoi l'entreprise dominante a eu recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale, ayant pour effet de faire obstacle au maintien du degré de concurrence existant sur le marché ou au développement de cette concurrence (CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark*, aff. C-209/10, pt 24). En l'espèce, l'exclusivité contractuelle consentie à *Bulgargaz* par l'accord de 2005 ne pouvait constituer un abus de position dominante de la part de *Bulgargaz* qu'à condition que la Commission prouve que son comportement lui avait conféré la capacité d'évincer les concurrents (pt 475). Or le Tribunal relève qu'en dépit de la réservation de la totalité de la capacité du gazoduc roumain 1, *Bulgargaz* avait octroyé à *Overgas* l'accès à la capacité inutilisée en 2013. La Commission n'a pas démontré le caractère tardif ou insuffisant de cet accès. Elle n'a pas davantage établi avec suffisamment d'éléments de refus d'accès à des

demandes d'accès émanant d'autres tiers (pt 477), de même qu'elle ne pouvait simplement supposer que des tiers auraient renoncé à présenter de telles demandes d'accès du fait de la réservation par *Bulgargaz* de la totalité du gazoduc roumain 1 (pt 478).

Tout aussi peu probante est jugée, en second lieu, la référence au rôle joué par *Bulgargaz* dans les discussions autour de la renégociation de l'accord de 2005 entre la Bulgarie et la Roumanie.

La Commission reprochait à *Bulgargaz* d'avoir insisté lors de des discussions sur la renégociation de l'accord de 2005 pour conserver l'intégralité de ses capacités sur le gazoduc roumain 1.

Le Tribunal relève que la renégociation de l'accord avait impliqué très fortement les autorités gouvernementales et réglementaires roumaines et bulgares, au-delà des seuls intérêts de *Bulgargaz* (pt 541). L'enjeu de cette renégociation était en effet de lever les préoccupations de la Commission dans le cadre d'une procédure d'infraction contre la Roumanie au regard du règlement n°715/2009 et de permettre de garantir la sécurité d'approvisionnement en gaz du marché bulgare. Or cette sécurité d'approvisionnement dépendait largement de la capacité de *Bulgargaz*, opérateur en charge d'un service d'intérêt économique général, à honorer ses obligations de fourniture de gaz en Bulgarie, ce qui suppose un accès suffisant au gazoduc roumain 1 (pt 576). Le Tribunal a rappelé à cet égard que l'article 102 TFUE "absout les entreprises de leur responsabilité pour tout comportement qui leur est imposé, notamment par une législation nationale ou par un cadre juridique créé par celle-ci, ou encore par des pressions irrésistibles exercées par les autorités nationales qui, lui-même, élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part" (pt 548), évoquant plus explicitement "*l'exception dite de "l'action publique"*" (pt 572) telle qu'elle résulte de la jurisprudence (CJCE, 11 novembre 1997, Commission et France *c/ Ladbroke Racing*, aff. C-359/95 P et C-379/95 P, pt 33 ; TUE, 2 février 2022, *Polskie Gornictwo Naftowe i Gazownictwo*, aff. T-399/19, pt 54). En l'espèce, le Tribunal a considéré que durant la période de l'infraction, le comportement de *Bulgargaz* "*était légalement contraint par son statut de fournisseur public*" qui lui imposait d'assurer la sécurité de l'approvisionnement sur les marchés bulgares de fourniture de gaz (pt 582).

Quant au fait que *Bulgargaz* ait subordonné la libération des capacités inutilisées à une réduction de la redevance annuelle fixe prévue par l'accord de 2005, le Tribunal a jugé qu'il s'agissait pour l'opérateur, qui subissait des pertes financières importantes sur la période infractionnelle (pt 628), d'une mesure raisonnable visant à protéger ses intérêts commerciaux qui se trouvaient menacés (p 644).

La mobilisation des droits de la défense a permis par ailleurs de rejeter l'analyse de la Commission selon laquelle la durée de la renégociation de l'accord de 2005 constituait un indice à l'appui de l'existence d'une stratégie anticoncurrentielle de la part de *Bulgargaz*.

Le Tribunal s'est référé au principe général du droit consacré à l'article 48§1 de la Charte des droits fondamentaux que constitue la présomption d'innocence. Après avoir constaté qu'aucun élément du dossier ne permettait d'établir que cette durée était imputable à *Bulgargaz*, le Tribunal précise qu'"à supposer même qu'il existe un doute à quant à la responsabilité des requérantes dans la durée de renégociation de l'accord de 2005, ce doute doit leur profiter" (pt 686).

En troisième lieu, le Tribunal juge que la Commission n'a pas établi à suffisance de droit que *Bulgargaz* n'avait pas octroyé à *Overgas* d'accès satisfaisant au réseau de transport pour 2013, et partant qu'elle n'a pas démontré que les conditions d'accès avaient pu avoir des effets anticoncurrentiels sur les marchés bulgares de fourniture de gaz (pts 880 et 881).

L'un des rares refus caractérisé concerne l'accès à la station de stockage de Chiren : le Tribunal a estimé que la Commission avait pu démontrer que *Bulgartransgaz* avait adopté un comportement consistant à empêcher, restreindre et retarder l'accès des tiers, et en particulier d'*Overgas*, à cette station entre le 30 juillet 2010 et le 19 septembre 2014 (pt 1089), date à laquelle

Bulgartransgaz a cessé ses pratiques dilatoires quant au traitement des demandes d'accès à la station (pt 1104). Le Tribunal confirme que ces pratiques ont eu la capacité de produire des effets anticoncurrentiels. Plus précisément, il juge que l'absence d'accès à la station de stockage de Chiren avait empêché les entreprises concernées de formuler leur offre sur les marchés bulgares de fournitures de gaz dans des conditions d'égalité avec *Bulgartransgaz* (pt 1103).

Pour autant, cette conclusion ne permet pas de "sauver" la décision de la Commission européenne, dès lors que cette dernière avait analysé les pratiques de BEH sous l'angle d'une "infraction unique et continue" englobant les pratiques de refus d'accès au gazoduc roumain 1, d'accès au réseau de transport et d'accès à la station de stockage de Chiren (pt 1118). Pour la Commission ces pratiques s'inscrivaient dans un "plan global et à long terme de verrouillage des marchés de fourniture de gaz au profit de *Bulgargaz*" (pt 1120). Compte tenu de leur interdépendance et de leur complémentarité, ces pratiques ne peuvent constituer des comportements abusifs distincts (1131). Le Tribunal ne pouvant substituer sa propre motivation à celle de la Commission dans le cadre du contrôle de légalité opéré au titre de l'article 263 TFUE (pts 234, 1109 et 1132), il n'a pu retenir ce comportement de *Bulgartransgaz* concernant la station de stockage de Chiren pour justifier la décision de la Commission, sauf à dénaturer celle-ci en substituant une nouvelle appréciation des faits à celle de la Commission (pt 1133).

Pour ces raisons, la démonstration de l'infraction constitutive de l'abus de position dominante imputé aux requérantes apparaît insuffisante (pt 1134) et entraîne l'annulation de la décision.

Outre leur incidence sur la (dis)qualification de l'abus, les droits de la défense ont pu être mobilisés avec succès par les requérantes pour faire reconnaître par le Tribunal certains vices de procédure qui ne seront pas détaillés ici. Après avoir rappelé l'importance et la portée de l'accès au dossier, prévu à l'article 27 §2 du règlement n° 1/2003 et à l'article 15 §1 et 2 du règlement n°773/2004 (pt 1155), le Tribunal a notamment constaté que la Commission avait omis d'enregistrer certaines déclarations faites au cours de réunions et de les verser au dossier. Le Tribunal a estimé que les requérantes auraient mieux été à même d'assurer leur défense en l'absence de ces irrégularités procédurales. La violation des droits de la défense conduit ainsi à l'annulation de la décision pour vices de procédure. Notons que par ordonnance du 14 mars 2022 (*Bulgarian Energy Holding e. a. c/ Commission*, aff. T-136/19, pts 34 à 48), le Tribunal avait enjoint à BEH de déposer des versions non confidentielles des documents.

Cet arrêt livre une nouvelle illustration de l'importance des exigences probatoires et du respect des règles de procédure à la charge de la Commission européenne lorsqu'elle doit établir la démonstration du caractère abusif d'un comportement litigieux.