

FR

FR

FR



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 26 octobre 2004

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 26 octobre 2004

relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE

(Affaire COMP/38662 – GDF – décision GDF/ENEL)

(Les textes en langues française et italienne sont les seuls faisant foi)

FR

FR

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 26 octobre 2004

relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE

(Affaire COMP/38662 – GDF – décision GDF/ENEL)

(Les textes en langues française et italienne sont les seuls faisant foi)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne,

vu le règlement 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 traité¹, et notamment son article 7,

vu la décision de la Commission du 26 février 2004 d'engager la procédure dans la présente affaire,

après avoir donné aux entreprises concernées l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par la Commission conformément à l'article 19, paragraphe 1, du règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité² et à l'article 2 du règlement (CE) n° 2842/98 de la Commission du 22 décembre 1998 relatif à l'audition dans certaines procédures fondées sur les articles 85 et 86 du traité CE³,

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

vu le rapport final du conseiller-auditeur dans la présente affaire⁴,

considérant ce qui suit :

¹ JO L 1 du 4.1.2003, p. 1. Règlement modifié par le règlement (CE) n° 411/2004 (JO L 68 du 6.3.2004, p. 1).

² JO 13 du 21.2.1962, p. 204/1962. Règlement abrogé par le règlement (CE) n° 1/2003.

³ JO L 354 du 30.12.1998, p. 18. Règlement abrogé par le règlement (CE) n° 773/2004 (JO L 123 du 27.4.2004, p. 18).

⁴ JO C

1. INTRODUCTION – OBJET DE L'AFFAIRE

- (1) La présente décision vise une clause imposant une restriction territoriale à la vente de gaz naturel présente dans un contrat de service conclu par Gaz de France (ci-après « GDF ») avec ENEL S.p.A., et cédé ensuite par cette dernière à ENEL Trade S.p.A. (ci-après « ENEL Trade ») Cette clause impose que le gaz objet du contrat de service soit utilisé en Italie.
- (2) Dans le cadre de la présente affaire, la Commission a également examiné une clause de restriction territoriale contenue dans un contrat de transit conclu par GDF avec l'entreprise italienne ENI S.p.A. (ci-après « ENI »)⁵. Cette clause fait l'objet de la décision de la Commission du 26 octobre 2004 dans l'affaire GDF (notifiée sous le numéro C(2004)4101).

2. LES PARTIES

2.1. Gaz de France

- (3) GDF est un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC) créé par la loi n° 46-628 du 8 avril 1946, qui lui avait confié la gestion des activités nationalisées du secteur gazier⁶. Aujourd'hui, GDF est à la tête d'un groupe actif dans l'exploration, la production, l'importation, le transport, la distribution et la vente du gaz naturel, ainsi que dans les services, et elle est présente dans 33 pays⁷. Notamment en France, outre l'EPIC⁸, une autre société du groupe GDF, la Compagnie Française du Méthane (CFM)⁹, est également active dans le transport et la vente du gaz naturel.
- (4) Le chiffre d'affaires du groupe GDF en 2003 s'élevait à 16 647 millions d'euros¹⁰.

⁵ Voir, sur cette clause et sur le contrat qui la contient, le considérant (91) et la note de bas de page n° 85.

⁶ Avant la fin de l'année 2004, GDF cessera d'être un EPIC et deviendra une société anonyme, comme prévu par la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 (JORF n° 185 du 11 août 2004).

⁷ Voir Gaz de France, *"Rapport annuel 2001"*, p. 1.

⁸ Sauf précision contraire, toute mention des activités de GDF dans la présente décision doit s'entendre comme se référant exclusivement aux activités de l'EPIC.

⁹ Conformément aux informations fournies dans Gaz de France, *"Rapport annuel 2001"*, p. 4, et sur le site Internet de CFM (<http://www.cfm-gaz.fr/fr>), GDF détient 55 % du capital de CFM, les 45 % restants étant détenus par Total SA. Selon un communiqué de presse de la Commission de régulation de l'énergie, dans le passé Commission de régulation de l'électricité, du 17 décembre 2003, GDF aurait signé avec Total un protocole d'accord aux termes duquel GDF devrait devenir le seul actionnaire de CFM.

¹⁰ Voir Gaz de France, *"Comptes consolidés 2003"*, p. 14.

2.2. ENEL S.p.A.

- (5) ENEL S.p.A, société chef de file du groupe ENEL (ci-après « ENEL »), a été créée en 1992 suite à la transformation en société anonyme de l'ancien Ente Nazionale per l'Energia Elettrica, l'entreprise de production et de commercialisation d'énergie électrique longtemps bénéficiaire d'un droit exclusif à la vente d'électricité en Italie. Suite à la libéralisation du secteur électrique italien, ENEL a entrepris une diversification de ses activités, qui comprend notamment l'entrée dans le secteur gazier en tant que grossiste/distributeur ainsi que dans les secteurs de l'eau et des télécommunications. En même temps, ENEL met en œuvre une stratégie d'expansion à l'étranger, notamment en Espagne, en Europe de l'Est et en Amérique.
- (6) En 2003, ENEL avait un chiffre d'affaires de 31 317 millions d'euros¹¹.

2.3. ENEL Trade

- (7) ENEL Trade est une société du groupe ENEL entièrement contrôlée par ENEL S.p.A.¹². Elle a été constituée le 30 décembre 1999 avec la dénomination de ENEL F.T.L. S.p.A. (ci-après « ENEL F.T.L. ») et avec, pour objet social, l'exercice notamment des activités d'achat et de vente de combustible et les services auxiliaires correspondants. En effet, suite à la réorganisation sociétaire du groupe, ENEL S.p.A. avait gardé exclusivement les fonctions de "holding" tandis que les tâches opérationnelles avaient été confiées à différentes sociétés du groupe. Dans ce contexte, "depuis le 1^{er} juin 2000", ENEL F.T.L. s'est vu confier la "tâche primaire de garantir aux sociétés de production du Groupe l'approvisionnement des combustibles nécessaires à l'alimentation des installations de production et les services auxiliaires correspondants", et notamment la négociation de nouveaux contrats d'achat et de vente de combustibles et de services associés et la poursuite d'éventuelles négociations déjà en cours pour la stipulation de ces types de contrats, ainsi que "la gestion au nom et pour le compte de ENEL S.p.A. de tous les contrats d'achat des combustibles et des services associés qui y sont liés"¹³. La dénomination de ENEL F.T.L. a été modifiée en ENEL Trade en date du 20 janvier 2003. Aujourd'hui, ses activités couvrent également l'énergie électrique.

¹¹ Voir le site Internet d'ENEL (<http://www.enel.it>).

¹² Le 31 janvier 2003, selon les informations fournies par ENEL par courrier électronique du 7 avril 2003, ENEL S.p.A. détenait directement 99,20 % du capital de ENEL Trade. 0,79 % du capital était contrôlé par ENEL Produzione S.p.A., tandis que le 0,01 % restant était détenu par CISE s.r.l., ENEL Produzione S.p.A et CISE s.r.l. étant les deux filiales à 100 % de ENEL S.p.A. Ces informations sont confirmées dans ENEL "Bilancio consolidato, 2000", p. 158, ENEL "Bilancio consolidato, 2001", p. 159, et ENEL "Bilancio consolidato, 2002", p. 182.

¹³ Voir notamment les lettres de ENEL S.p.A. et ENEL F.T.L. S.p.A. du 20 juillet 2000 communiquant à GDF la constitution et les modalités opérationnelles de ENEL F.T.L., envoyées par ENEL à la Commission en annexe à un courrier électronique du 16 janvier 2004.

3. LE SECTEUR ET SON CONTEXTE LEGAL ET REGLEMENTAIRE

3.1. Le secteur

- (8) La présente décision concerne le secteur du gaz naturel. Le gaz naturel est une source primaire d'énergie composée en majorité de produits hydrocarbonés, et notamment de méthane. La consommation de gaz naturel constitue 24 % de la consommation d'énergie primaire par type de combustible dans la Communauté et 14 % en France¹⁴.
- (9) Extrait de gisements situés dans le sous-sol terrestre ou marin et traité pour éliminer certaines impuretés, le gaz naturel est communément transporté par des gazoducs souterrains, ce qui fait du secteur gazier une industrie en réseau (*network industry*). Compte tenu, *inter alia*, du fait que les réseaux sont caractérisés par des rendements d'échelle croissants¹⁵ et par des coûts irréversibles et particulièrement importants, ainsi que par des temps de construction très longs, qui en rendent généralement la duplication non économiquement viable, les gazoducs sont considérés comme des monopoles naturels.
- (10) En cas de longs trajets, il peut être économiquement intéressant de transporter le gaz naturel à l'état liquide dans des navires méthaniers ; il prend, dans ce cas, la dénomination de Gaz Naturel Liquéfié (GNL). A l'arrivée au port de destination, le gaz devra être à nouveau reconduit à l'état gazeux dans des installations appropriées, pour être transporté ensuite à travers des gazoducs¹⁶.
- (11) La consommation de gaz naturel dans la Communauté a été, en 2001, de 403 835 millions de m³, tandis qu'en France elle se chiffrait à 44 915 millions de m³ et en Autriche elle était de 7 757 millions de m³¹⁷. En 2002, la consommation en France et en Autriche s'élevait respectivement à 44 600 millions et 8 200 millions de m³¹⁸. Les chiffres provisoires pour la France et l'Autriche en 2003 sont respectivement de 46 600 millions et 9 000 millions de m³^{19 20}.

¹⁴ Données se référant à l'année 2001 et figurant dans "Eurogas Annual Report 2001", p. 15.

¹⁵ On se réfère au terme de "rendements d'échelle croissants" ou bien de "coûts sous-additifs" quand la somme des quantités d'un bien produit par plusieurs entreprises a des coûts de production plus élevés par rapport au coût de la même quantité totale dans l'hypothèse où cette quantité aurait été produite par une seule entreprise.

¹⁶ Les terminaux méthaniers avec installations de regazéification existants en Europe sont les suivants: Montoir de Bretagne et Fos sur Mer en France, Zeebrugge en Belgique, Huelva, Cartagena et Barcelone en Espagne, Panigaglia en Italie et Revithoussa en Grèce.

¹⁷ Données figurant dans "Eurogas Annual Report 2001", p. 17.

¹⁸ Données figurant sur le site Internet d' Eurogas (www.eurogas.org).

¹⁹ Données figurant sur le site Internet d' Eurogas (www.eurogas.org).

²⁰ Les chiffres concernant la consommation de gaz naturel en 2002 qui figuraient dans la communication des griefs adoptée le 26 février 2004 et transmise aux parties étaient les chiffres provisoires fournis par Eurogas. La différence entre les chiffres définitifs et les chiffres provisoires (44 600 millions et 8 200 millions de m³ vs. 44 400 millions et 7 600 millions de m³, respectivement pour la France et

- (12) 55,7 % du gaz naturel consommé dans la Communauté y est produit, notamment au Royaume-Uni, aux Pays-Bas et au Danemark ainsi qu'en Italie et en Allemagne²¹. Quant à la France, elle importe plus de 97 % du gaz naturel consommé²².
- (13) Les importations de gaz naturel dans la Communauté se font en large partie dans le cadre de contrats à long terme offrant une flexibilité limitée, ce qui rend le marché gazier peu fluide. En effet, les disponibilités en gaz de court et moyen terme pouvant contribuer à une concurrence plus active sur le marché gazier sont encore très limitées (de l'ordre de 5 à 10 % de la consommation européenne)²³ et peuvent apparaître d'une manière plus ou moins aléatoire, du fait notamment des arbitrages gaz/électricité exercés par des producteurs d'électricité qui utilisent des centrales à cycle combiné et des cogénérations^{24 25}.
- (14) Le gaz naturel est utilisé principalement dans l'industrie (comme combustible ou, dans les industries chimiques et parachimiques, pour la fabrication notamment de gaz de synthèse, d'engrais azotés ou d'ammoniac), pour la production d'énergie électrique et par les usagers domestiques, pour la cuisine, le chauffage et la production d'eau chaude. Les tableaux 1 et 2 montrent les parts des différents types de consommation dans la Communauté et en France en 2001²⁶.

l'Autriche) est cependant peu significative. La communication des griefs ne mentionnait pas les chiffres provisoires de l'année 2003.

²¹ Données se référant à l'année 2001 et figurant dans *"Eurogas Annual Report 2001"*, p. 18.

²² Voir Commission de régulation de l'électricité, *"Rapport sur l'ouverture du marché gazier français, 24 octobre 2002"*, p. 7.

²³ Voir Commission de régulation de l'électricité, *"Rapport sur l'ouverture du marché gazier français, 24 octobre 2002"*, p. 8.

²⁴ Les producteurs d'électricité qui s'approvisionnent en gaz pour l'utiliser dans la production d'électricité peuvent en effet, selon les circonstances du marché, décider plutôt d'utiliser d'autres capacités de production et d'autres combustibles pour la production d'électricité et de commercialiser leur gaz.

²⁵ Voir Commission de régulation de l'électricité, *"Rapport sur l'ouverture du marché gazier français, 24 octobre 2002"*, p. 32.

²⁶ Données figurant dans *"Eurogas Annual Report 2001"*, p. 17.

Tableau 1

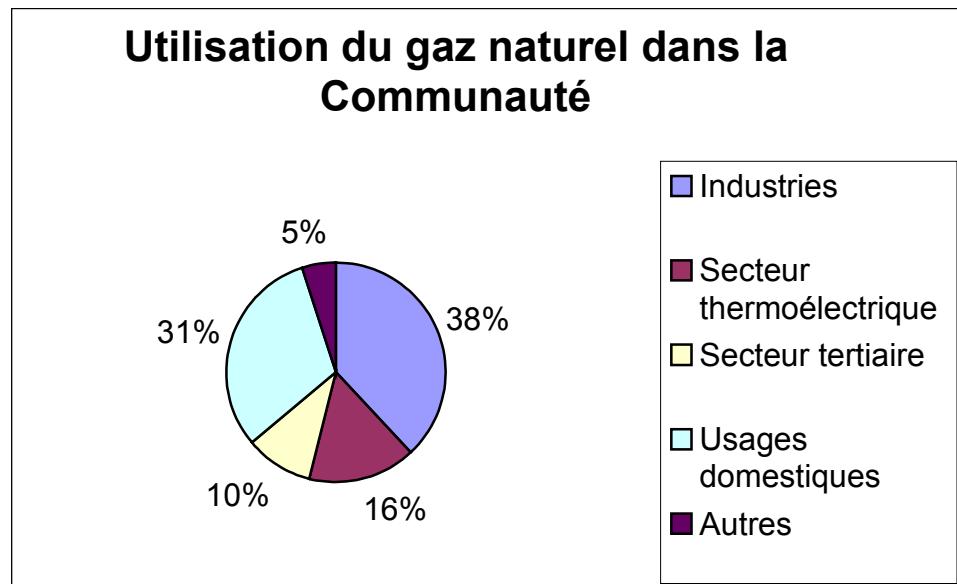
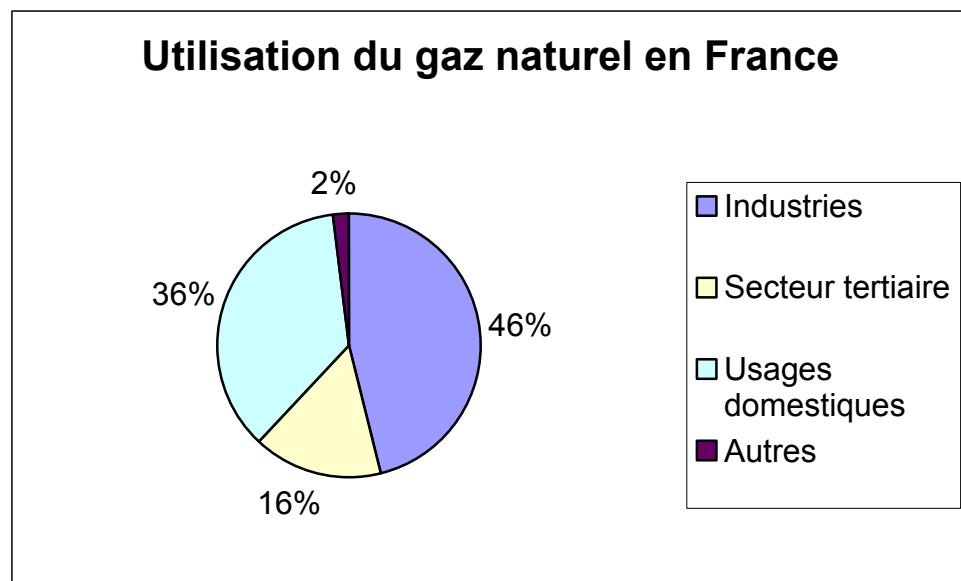


Tableau 2



3.2. La structure du secteur gazier et le cadre réglementaire dans la Communauté

- (15) La structure du secteur gazier européen a été traditionnellement caractérisée par des démarcations horizontales, c'est-à-dire entre différents marchés géographiques, et, parfois, par des démarcations verticales, c'est-à-dire entre les différentes phases de la chaîne de production, qui limitent les activités des entreprises. Plusieurs Etats membres ont longtemps accordé à certaines entreprises des droits spéciaux ou exclusifs. Les entreprises du secteur sont souvent intégrées verticalement et sont présentes dans toutes les phases de la filière gazière en aval: importation, transport,

stockage, distribution et vente aux consommateurs finals. Certaines entreprises européennes sont également présentes dans la production, dans leur pays ou à l'étranger.

- (16) Actuellement, cette structure traditionnelle fait l'objet d'une profonde modification, suite au processus de libéralisation en cours dans la Communauté. L'objectif fondamental de ce processus est non seulement l'élimination des droits spéciaux ou exclusifs dans chaque Etat membre mais aussi la création d'un marché intégré du gaz naturel à l'échelle européenne. En effet, par l'ouverture de la demande, qui s'est faite de manière graduelle, le processus de libéralisation vise à offrir aux consommateurs européens, qui souvent ne pouvaient s'approvisionner qu'auprès du monopole actif au niveau national, régional ou local, la possibilité de choisir entre les offres de plusieurs entreprises, aussi bien nationales qu'étrangères. De même, par l'établissement du principe de l'accès des tiers aux réseaux, le processus de libéralisation entend permettre aux entreprises concurrentes d'accéder aux territoires de ventes traditionnellement desservis par les opérateurs verticalement intégrés.
- (17) Ainsi, la directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel²⁷, qui devait être transposée par les Etats membres avant le 10 août 2000, établissait trois principes fondamentaux: l'ouverture minimale de la demande, égale à 20 % au moins de la consommation annuelle nationale à la date limite fixée pour la transposition de la directive et s'élevant à 28 % de ladite consommation à partir du 10 août 2003; le principe de l'accès des tiers, négocié ou bien réglementé, aux réseaux de transport et distribution; le principe de séparation comptable (standard minimum) des activités de transport, distribution et stockage.
- (18) Une nouvelle proposition de directive modifiant la directive 98/30/CE a été présentée par la Commission le 13 mars 2001²⁸ et a abouti à l'adoption de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE. Elle vise à accélérer la libéralisation du marché gazier. Les modifications les plus importantes introduites par la nouvelle directive sont les suivantes: l'ouverture de la demande au 1^{er} juillet 2004 pour les clients non domestiques et au 1^{er} juillet 2007 pour les clients domestiques; l'accès des tiers réglementé aux réseaux de transport et de distribution et négocié ou réglementé aux installations de stockage; la séparation juridique (standard minimum) des activités de transport et de distribution par rapport aux activités de fourniture.

3.3. La structure du secteur gazier et le cadre réglementaire en France

- (19) En France, la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 avait nationalisé les activités de production, transport, distribution, importation et exportation et les avait confiées

²⁷ JO L 204 du 21.7.1998, p. 1. Directive abrogée par la directive 2003/55/CE (JO L 176 du 15.7.2003, p. 57).

²⁸ COM (2001) 125 final.

à GDF. La loi de 1946 a été interprétée par le Conseil d'Etat comme conférant à GDF les monopoles d'importation et d'exportation du gaz en France. Les activités de production et de transport du gaz naturel avaient ensuite été exclues de la nationalisation en 1949 mais le transport devait être exercé en régime de concession, par un établissement public ou par une société nationale à capital majoritairement public²⁹. La participation publique imposée avait été ramenée à 30 % en 1993.

- (20) Le transport était notamment exercé par trois concessionnaires: GDF, Gaz du Sud-Ouest (GSO)³⁰ et la Société Elf Aquitaine de réseau (SEAR), ainsi que par CFM³¹ qui avait un contrat d'affermage avec GDF pour la gestion d'une partie de réseau dont GDF était concessionnaire. Chacun des quatre transporteurs exerçait le transport sur un territoire distinct: le Sud-Ouest pour GSO, le Centre-Ouest pour CFM, une partie limitée du Sud-Ouest pour SEAR et le reste du territoire français pour GDF³². En 1996, les infrastructures de transport de GDF s'élevaient à 68 % du total, tandis que celles de CFM, GSO et SEAR représentaient respectivement 20 %, 12 % et 0,2 %. Enfin, GDF disposait de 12 des 15 installations de stockage existantes sur le territoire français³³.
- (21) A la fin des années 1990, GDF importait de l'étranger (notamment, de la Norvège, de la Russie, de l'Algérie et des Pays-Bas) approximativement 95 % du gaz consommé en France, tandis que l'entreprise Elf produisait les 5 % restants sur le gisement de Lacq³⁴.
- (22) GSO et CFM couvraient respectivement 10 % et 22 % de la demande de gaz naturel en France. A l'exception des 3 % de la consommation de gaz naturel qui étaient fournis aux usagers domestiques et aux petits industriels par 17 distributeurs non nationalisés³⁵, le restant de la demande de gaz naturel était couvert par GDF³⁶.

²⁹ Voir OCDE, *"Promoting competition in the national gas industry"*, p. 184-185, et Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, *"Vers la future organisation gazière française"*, p. 18 et 27.

³⁰ Selon les informations fournies sur le site Internet de GSO (<http://www.gso.fr>), son capital est détenu par Total SA à hauteur de 70 % et par GDF à hauteur de 30 %. Aux termes du protocole d'accord signé par GDF et Total et évoqué à la note de bas de page n° 9, Total devrait devenir le seul actionnaire de GSO.

³¹ Voir le considérant (3) et la note de bas de page n° 9.

³² Voir Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, *"Vers la future organisation gazière française"*, p. 16.

³³ Voir Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, *"Vers la future organisation gazière française"*, p. 10.

³⁴ Voir OCDE, *"Promoting competition in the national gas industry"*, p. 185.

³⁵ GDF détient également une partie du capital de certains distributeurs non nationalisés. A cet égard, voir Gaz de France, *"Rapport annuel 2001"*, p. 5.

³⁶ Données se référant à l'année 1998, publiées dans OCDE, *"Promoting competition in the national gas industry"*, p. 185. Le Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie fournit dans *"Vers la future organisation gazière française"*, à la page 17, les chiffres suivants, concernant la fourniture aux clients

- (23) En France, la directive 98/30/CE a été transposée par la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003. Cette loi a fixé un seuil d'ouverture correspondant à 20 % du marché à la date limite fixée pour la transposition de la directive et s'élevant à 28 % à partir du 10 août 2003. La loi a en outre défini un accès réglementé des tiers aux réseaux de transport et de distribution. Elle a enfin prévu la séparation comptable des activités de transport, de distribution et de stockage. Quant à la directive 2003/55/CE, elle a été transposée par la loi n° 2004-803 du 9 août 2004³⁷.

4. LA PROCEDURE

- (24) Le 28 janvier 2003, la Commission a ouvert une enquête *ex officio* concernant la présence de clauses de restriction territoriale dans les contrats de transport conclus par GDF.
- (25) Les 6 et 10 février 2003, conformément à l'article 11 du règlement n° 17, des demandes de renseignements ont été adressées respectivement à ENEL et à GDF. Elles ont été invitées à indiquer si elles autorisaient la Commission à utiliser dans la présente affaire des informations qu'elles avaient fournies dans le cadre d'enquêtes antérieures, notamment les enquêtes menées dans les affaires 37811/Restrictions Territoriales-Italie, 37965/Restrictions Territoriales-France et 38257/Profit Splitting Mechanism.
- (26) Respectivement les 10 et 14 février 2003, ENEL et GDF ont répondu positivement à l'invitation à autoriser l'utilisation des documents, GDF ayant toutefois précisé lesquelles, parmi les informations fournies par elle-même à la Commission à l'occasion des enquêtes antérieures, pouvaient être utilisées dans le cadre de la présente affaire. L'autorisation d'ENEL avait une portée générale. La Commission a ensuite envoyé à ENEL, par courrier du 11 juin 2003, une liste des documents et parties de documents qui avaient été utilisés dans la présente affaire, suite à l'autorisation transmise par ENEL.
- (27) Les 10 et 12 mars 2003, ENEL et GDF ont répondu aux autres questions posées dans les demandes de renseignements des 6 et 10 février 2003.
- (28) ENEL a ensuite envoyé, par des courriers électroniques des 7 avril, 10 avril, 7 juillet et 8 juillet 2003, des informations qui avaient été omises dans la réponse du 10 mars 2003, ainsi que d'autres informations demandées par la Commission de manière informelle. D'autres informations et documents ont également été transmis par courrier électronique du 16 janvier 2004.

finaux au cours de l'année 1998, quelque peu différents de ceux fournis par l'OCDE: 88 % pour GDF, 6 % pour CFM, 3 % pour GSO et 3 % pour les distributeurs non nationalisés.

³⁷ Citée à la note de bas de page n° 6.

- (29) Quant à GDF, des demandes de renseignements supplémentaires lui ont été adressées les 20 mars, 16 avril et 23 mai 2003. L'entreprise a répondu les 7 avril, 9 mai et 4 juin 2003.
- (30) Suite à l'analyse des informations fournies par GDF, le 30 avril 2003, la Commission a également envoyé, dans le cadre de cette même enquête, une demande de renseignements à ENI qui y a répondu par courrier du 22 mai 2003. Le 23 mai 2003, une demande de renseignements supplémentaire a été transmise à ENI qui y a répondu le 30 mai 2003. ENI a ensuite envoyé, par courrier du 24 juin 2003, des informations qui avaient été omises dans la réponse du 22 mai et d'autres informations demandées par la Commission de manière informelle. D'autres documents ont également été transmis par courriers des 12 septembre 2003 et 15 janvier 2004.
- (31) Enfin, par courriers des 14, 17 et 18 novembre 2003, GDF, ENEL et ENI respectivement ont informé la Commission de la suppression des clauses restrictives objet de la présente enquête.
- (32) Les entreprises ont également échangé avec la Commission une abondante correspondance concernant la préparation de l'accès au dossier.
- (33) Des réunions entre la Commission et des représentants de GDF ont en outre eu lieu les 24 octobre et 25 novembre 2003 et le 26 janvier 2004.
- (34) Le 26 février 2004, la Commission a engagé la procédure dans la présente affaire et a adopté une communication des griefs à l'égard des entreprises destinataires de la présente décision.
- (35) Le même jour, toujours dans le cadre de cette affaire, la Commission a également adopté une communication des griefs à l'égard de GDF et ENI visant la clause de restriction territoriale contenue dans le contrat de transit conclu par ces deux entreprises³⁸.
- (36) Le 17 mai 2004, GDF a présenté des observations écrites en réaction aux griefs formulés par la Commission (ci-après "*Observations*").
- (37) Le même jour, ENEL S.p.A. a transmis ses observations écrites en réponse aux griefs formulés par la Commission à son égard et à l'égard de ENEL Trade, par un document dont le titre est "*Memoria Caso COMP/E-3/38662/GDF*" (ci-après "*Memoria*").
- (38) Aucune des parties n'ayant demandé la tenue d'une audition, la Commission n'en a pas organisé.
- (39) Dans ses *Observations*, GDF a notamment soulevé des doutes quant à la régularité de la procédure suivie par la Commission.
- (40) Elle a notamment fait valoir que la Commission aurait dû, "pour pouvoir légitimement utiliser dans la présente affaire les informations qu'elle avait recueillies auprès d'ENEL dans le cadre de l'affaire 37811, demander la production de ces informations par le

³⁸

Voir, sur cette clause et sur le contrat qui la contient, le considérant (91) et la note de bas de page n° 85.

biais d'une nouvelle demande de renseignements fondée sur l'article 11 du Règlement 17³⁹. La Commission s'est par contre contentée d'intégrer les documents en question au dossier par le biais d'une simple autorisation fournie par ENEL suite à la lettre de la Commission du 6 février 2003⁴⁰.

- (41) Or, selon GDF, cette autorisation ne satisfait pas aux exigences de la jurisprudence Dow Benelux de la Cour de justice des Communautés européennes⁴¹ en ce qu'elle n'est pas assimilable à une réponse à une demande de renseignements, et ceci car cette autorisation "relève d'un procédé informel qui n'est prévu par aucun texte" et donc ne respecte pas le formalisme requis par le règlement n° 17⁴².
- (42) Cet argument de GDF ne saurait toutefois être retenu. En effet, la lettre par laquelle la Commission a demandé, *inter alia*, et notamment à la question n° 1⁴³, l'autorisation d'utiliser les documents transmis par ENEL dans le cadre d'affaires antérieures, était bel et bien une lettre au titre de l'article 11 du règlement n° 17. Elle précisait les bases juridiques sur lesquelles elle se fondait et le but dans lequel les informations ainsi recueillies allaient être utilisées. Les exigences formelles requises par l'article 11 du règlement n° 17 étaient donc pleinement respectées.
- (43) GDF relève également que la demande d'autorisation "a pour effet d'inciter l'entreprise à laquelle elle est adressée à confirmer la position qu'elle avait adoptée dans la première affaire, alors qu'une demande de renseignements seule est, de ce point de vue, neutre". En effet, selon GDF, les droits de la défense seraient amoindris par cette démarche de la Commission car elle indiquerait implicitement à l'entreprise que "la Commission donnera plus de foi à ses arguments si elle conserve sa position initiale"⁴⁴.

³⁹ Voir le paragraphe 30 des *Observations*.

⁴⁰ Voir, sur ce point, les considérants (25) et (26).

⁴¹ Voir l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 17 octobre 1989, *Dow Benelux*, 85/87, Rec. p. 3137.

⁴² Voir le paragraphe 34 des *Observations*.

⁴³ La question n° 1 dans la demande de renseignements du 6 février 2003 était formulée comme suit: "*Vogliate indicarci entro il 7 febbraio 2003 se ci autorizzate ad utilizzare, per il trattamento della presente pratica, le informazioni da Voi forniteci nelle indagini relative alle pratiche 37811/Restrizioni territoriali - Italia, 37965/Restrizioni territoriali - Francia e 38257/Profit Splitting Mechanism. Qualora non desideriate autorizzarci ad utilizzare dette informazioni, vogliate rispondere alle domande 2, 3 e 4 infra senza tenere conto delle informazioni che ci avete già fornito nelle lettere citate in tali domande*". (La traduction littérale en français de ce texte est la suivante: "Veuillez nous indiquer avant le 7 février 2003 si vous nous autorisez à utiliser, dans le cadre de la présente affaire, les informations que vous nous avez fournies lors de l'enquête concernant les affaires 37811/Restrictions territoriales - Italie, 37965/Restrictions territoriales - France et 38257/Profit Splitting Mechanism. Au cas où vous ne souhaiteriez pas nous autoriser à utiliser lesdites informations, veuillez répondre aux questions n° 2, 3 et 4 *infra* sans tenir compte des informations que vous nous avez déjà fournies dans les lettres citées dans ces questions").

⁴⁴ Voir les paragraphes 35 à 37 des *Observations*.

- (44) GDF déclare en outre que la demande adressée à ENEL était "rédigée de telle façon que celle-ci ne pouvait que confirmer la position qu'elle avait adoptée dans le cadre de l'affaire 37811". Selon GDF, cette conclusion ressortirait "de la simple lecture des termes de la demande de la Commission", et ceci car dans sa lettre du 6 février 2003, à la question n° 1, la Commission avait précisé que si ENEL décidait de ne pas autoriser l'utilisation des informations recueillies dans le cadre de l'affaire 37811, elle devrait répondre à d'autres questions, notamment les questions n° 2, 3 et 4. Or, au dire de GDF, bien que la Commission insiste sur le fait que, pour répondre à ces questions, ENEL ne doit pas prendre en compte ses réponses fournies dans l'affaire 37811, la Commission lui demande expressément de mettre à jour les réponses données dans le cadre de l'affaire 37811. Ainsi, cette demande de mise à jour, alors même qu'ENEL aurait choisi de ne pas permettre l'utilisation de ces informations, équivaudrait, selon GDF, à une demande de confirmer les réponses antérieures⁴⁵.
- (45) A cet égard, il y a lieu de rappeler avant tout que la question n° 1 laissait à ENEL le choix ou bien d'autoriser la Commission à utiliser les informations déjà fournies, informations dont le contenu était pleinement connu par l'entreprise, ou bien de répondre à nouveau à certaines questions. Aucun élément dans la formulation de la question ne saurait être lu comme incitant ENEL à confirmer sa position ou comme lui indiquant que la Commission donnerait plus de foi à ses arguments si elle conservait sa position initiale.
- (46) Par ailleurs, les questions n° 2, 3 et 4 de la demande de renseignements du 6 février 2003 faisaient référence à des questions déjà posées en 2000 et en 2001 dans le cadre de l'affaire 37811 et concernaient des informations en large partie factuelles⁴⁶.

⁴⁵ Voir les paragraphes 39 à 46 des *Observations*.

⁴⁶ La question n° 2 était formulée comme suit:

"Vogliate aggiornare – se necessario – le informazioni riguardanti la "Vostra impresa" da Voi fornite nella Vostra lettera del 13 aprile 2000 in risposta al punto A.1 della nostra richiesta di informazioni del 7 marzo 2000" (La traduction littérale en français de ce texte est la suivante: "Veuillez mettre à jour – si nécessaire – les informations concernant "votre entreprise" que vous nous avez fournies dans votre lettre du 13 avril 2000 en réponse au point A.1 de notre demande de renseignements du 7 mars 2000"). Une note de bas de page reprenait intégralement le texte des questions du point A.1 de la demande de renseignements du 7 mars 2000 qui concernaient la structure d'ENEL. La note était rédigée comme suit: *"Per memoria, il punto A.1 era formulato come segue: Vogliate indicare se ENEL fa parte di un gruppo di imprese. Se la risposta è affermativa, vogliate fornire: (a) il nome e l'indirizzo dell'impresa controllante l'intero gruppo; (b) una breve descrizione delle attività del gruppo (e, se possibile, una copia dell'ultimo bilancio consolidato); (c) il nome e l'indirizzo di ogni altra impresa facente parte del gruppo che sia operante nella produzione, vendita e/o commercio del gas. Le informazioni richieste in questa sezione possono essere illustrate anche attraverso grafici o diagrammi che mostrino la struttura del gruppo o le relazioni proprietarie e di controllo all'interno dello stesso".*

La question n° 3 était la suivante:

"Vogliate aggiornare – se necessario – le informazioni riguardanti gli acquisti di gas da parte della "Vostra impresa" da Voi fornite nella Vostra lettera del 13 aprile 2000 in risposta al punto C della nostra richiesta di informazioni del 7 marzo 2000". (La traduction littérale en français de ce texte se lit comme suit: "Veuillez mettre à jour – si nécessaire – les informations concernant les achats de gaz effectués par "votre entreprise" que vous nous avez fournies dans votre lettre du 13 avril 2000 en réponse au point C de notre demande de renseignements du 7 mars 2000"). Une note de bas de page

- (47) Contrairement à l'interprétation donnée par GDF, ces questions appelaient une réponse complète indépendamment du fait qu'ENEL aurait autorisé ou non la Commission à utiliser les informations déjà fournies dans le cadre de l'affaire 37811. En effet, au cas où ENEL aurait souhaité donner son autorisation d'utiliser les informations déjà fournies, et dans cette seule hypothèse, on lui offrait l'opportunité de ne pas répéter ce qui avait été déjà dit en 2000 et en 2001, mais de se limiter à fournir les éléments nouveaux depuis lors. Pour cette raison, ces questions avaient été formulées, en ayant à l'esprit l'hypothèse de l'autorisation, en termes de 'mise à jour' (*aggiornare*) des informations déjà données en 2000 et 2001.
- (48) En revanche, si ENEL ne souhaitait pas donner l'autorisation, la formulation de la question n° 1 *in fine*, indiquait à l'entreprise qu'elle devrait fournir toutes les informations utiles pour répondre de manière intégrale aux questions posées en 2000 et 2001 qui étaient évoquées aux questions n° 2, 3 et 4 de la demande de renseignements du 6 février 2003 et dont le texte était reproduit dans les notes de bas de page. La question n° 1 précisait donc qu'au cas où ENEL ne donnerait pas d'autorisation, elle devrait répondre aux questions n° 2, 3 et 4 "sans tenir compte des informations fournies" dans le cadre de l'affaire 37811.

reprenait intégralement le texte des questions du point C de la demande de renseignements du 7 mars 2000 qui concernaient les contrats d'approvisionnement en gaz, la présence dans ces contrats de clauses de restriction territoriale ou autres clauses restrictives et les éventuelles justifications pour l'existence de ces clauses. La note était rédigée comme suit: *"Per memoria, il punto C era formulato come segue: (1) Vogliate indicare se la "Vostra impresa" acquista gas da altri produttori o da altri fornitori (ad esempio, importatori). In caso di risposta affermativa, vogliate elencare i nomi dei Vostri fornitori, il loro indirizzo, numero di telefono e di fax, ed il nome di una persona di riferimento. Vogliate specificare altresì le quantità annuali acquistate da ogni fornitore ed elencare i rispettivi contratti. (2) Vogliate indicare se i contratti di acquisto firmati dalla "Vostra impresa" contenevano o contengono clausole che vietano o limitano la rivendita nel senso indicato nella lettera che accompagna il presente questionario, in altri termini clausole che impediscono alla "Vostra impresa" di rivendere il gas fuori del territorio dello Stato membro in cui è stabilita. Vogliate indicare altresì se detti contratti contenevano o contengono altre clausole vietanti o limitanti la rivendita, per esempio in base al tipo di cliente, ed in caso di risposta affermativa, vogliate indicare quali clausole siano contenute in detti contratti e fornire una breve descrizione di dette clausole. (3) Nel caso in cui i Vostri contratti di acquisto contengano clausole vietanti o limitanti la rivendita, vogliate fornirci una copia di detti contratti sulla quale tali clausole siano opportunamente evidenziate. (4) I contratti contenenti tali clausole vietanti o limitanti la rivendita hanno fatto oggetto di una notifica alla Commissione o all'autorità nazionale di concorrenza, da parte della "Vostra impresa" o da parte del fornitore? Se sì, quando e qual è stato l'esito della procedura? (5) Quali sono, secondo Voi, le giustificazioni economiche di clausole vietanti o limitanti la rivendita? In particolare, esistono delle ragioni che giustificherebbero un'esenzione, in applicazione dell'articolo 81(3) CE?"*.

La question n° 4 se lisait comme suit:

"Vogliate aggiornare – se necessario – la Vostra risposta che ci è stata fornita nella Vostra lettera del 18 aprile 2001 al quesito n° 2 della nostra richiesta di informazioni del 5 aprile 2001". (La traduction littérale en français de ce texte est la suivante: "Veuillez mettre à jour – si nécessaire – la réponse que vous nous avez fournie dans votre lettre du 18 avril 2001 à la question n° 2 de notre demande de renseignements du 5 avril 2001"). Une note de bas de page reprenait intégralement le texte de la question n° 2 de la demande de renseignements du 5 avril 2001 qui concernait les dates auxquelles, pour chaque contrat d'approvisionnement conclu par ENEL, avaient débuté les livraisons de gaz. La note était rédigée comme suit: *"Per memoria, detto quesito era formulato come segue: Vogliate fornirci, per ogni contratto d'importazione da Voi stipulato negli ultimi quindici anni, informazioni riguardanti le date alle quali ha avuto inizio la consegna del gas naturale"*.

- (49) Par ailleurs, même dans l'hypothèse où ENEL aurait donné son autorisation, la Commission, par les questions n° 2, 3 et 4, loin d'inciter ENEL à confirmer ce qu'elle avait dit auparavant, comme l'affirme GDF, invitait expressément l'entreprise à « mettre à jour, si nécessaire », et donc à modifier et compléter les réponses déjà données pour faire état des changements qui s'étaient sans doute produits depuis respectivement 2000 et 2001.
- (50) D'ailleurs, ENEL, bien qu'ayant autorisé la Commission, le 10 février 2004, à utiliser les informations fournies dans le cadre de l'affaire 37811, a mis à jour les informations concernant les réponses n° 2, 3 et 4 de la demande de renseignements du 6 février 2003 par des courriers électroniques des 7 et 8 avril 2003 et des 8 et 10 juillet 2003, ayant omis de le faire dans sa réponse du 10 mars 2003.
- (51) GDF fait valoir enfin que "la Commission a obtenu de manière déloyale les réponses d'ENEL sur lesquelles elle fonde ses griefs. En effet, ENEL a fourni les éléments demandés par la Commission en réponse à une question libellée comme suit : «Veuillez indiquer si les contrats d'achat [...] contenaient ou contiennent des clauses [...] qui empêchent votre société de revendre le gaz à l'extérieur du territoire de l'Etat membre dans lequel elle est établie». La formulation de cette question ne pouvait amener ENEL qu'à s'autoincriminer puisque la position de la Commission sur ce type de clause est telle que répondre par l'affirmative revenait à avouer la commission d'une infraction au droit de la concurrence". Comme, conformément à une jurisprudence bien établie, une demande de renseignements qui serait de nature à obliger une entreprise à avouer sa participation à un accord contraire aux règles communautaires de concurrence viole les droits de la défense, GDF en conclut qu'en l'espèce la Commission a violé les droits de la défense d'ENEL⁴⁷.
- (52) Cependant, cette observation de GDF ne saurait non plus être considérée comme étant fondée. En effet, il y a lieu de rappeler que la Commission a posé la question à laquelle GDF se réfère dans une demande de renseignements, au titre de l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 17, et non pas dans une décision de demande de renseignements au titre du paragraphe 5 dudit article.
- (53) Or, comme le dit la Cour, "une entreprise n'a pas l'obligation de répondre à une demande de renseignements, au titre de l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 17, par opposition aux décisions de demande de renseignements. Dans ces conditions, les entreprises sont libres de répondre ou de ne pas répondre à des questions qui leur sont posées au titre de cette disposition. Cette conclusion ne saurait être modifiée par le fait qu'une sanction est prévue à l'article 15, paragraphe 1, sous b), première partie de la phrase, du règlement n° 17. En effet, une telle sanction ne s'applique que dans l'hypothèse où, ayant accepté de répondre, l'entreprise fournirait un renseignement inexact. Dès lors, par des demandes de renseignements au titre de l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 17, la Commission ne saurait être regardée comme imposant à une entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci

⁴⁷

Voir les paragraphes 49 à 56 des *Observations*.

serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve" ⁴⁸.

- (54) Ainsi, il peut être conclu qu'en l'espèce, comme la Commission n'a pas imposé à ENEL l'obligation de fournir la réponse à la question mentionnée ci-dessus, l'argument selon lequel la Commission aurait violé les droits de la défense d'ENEL doit être écarté.
- (55) Enfin, il y a lieu de rappeler qu'ENEL ni dans sa "*Memoria*", ni à toute autre occasion ne s'est plainte d'une violation de ses droits de défense.

5. LE CONTRAT DE SERVICE CONCLU PAR GDF ET ENEL

- (56) Le 17 décembre 1997, GDF et ENEL S.p.A. ont conclu un contrat de service (ci-après « Contrat de Service ») concernant l'échange de quantités de gaz naturel dont ENEL est le propriétaire au titre d'un contrat d'achat conclu avec NLNG, entreprise du Nigeria.
- (57) En effet, le 11 mai 1992, ENEL avait conclu avec NLNG un contrat d'achat (ci-après « Contrat d'Achat ») de GNL nigérian à livrer à un terminal méthanier qu'ENEL aurait dû construire à Montalto di Castro ou à Monfalcone, le long de la côte italienne. ENEL entendait utiliser le gaz naturel importé pour produire de l'énergie électrique dans une centrale à construire à proximité du terminal méthanier. Le Contrat d'Achat avait une durée de **[CONFIDENTIEL – 15 à 25]** ans et contenait une clause "*Take or Pay*". La construction du terminal méthanier s'étant révélée ensuite impossible, ENEL, après avoir essayé sans succès de mettre fin à ses relations contractuelles avec NLNG ou de revendre à l'étranger le gaz naturel, s'est adressée à GDF pour trouver des solutions alternatives pour la livraison du gaz.
- (58) Ainsi, le Contrat de Service prévoit dans sa version initiale qu'ENEL cède à GDF, au terminal méthanier de Montoir de Bretagne (Point de Livraison), le GNL provenant du Nigeria et que GDF mette à disposition d'ENEL des quantités équivalentes de gaz naturel aux Points de Relivraison convenus: le terminal méthanier de Panigaglia, sur la côte près de La Spezia (Italie) et Baumgarten, à la frontière entre la Slovaquie et l'Autriche. GDF utiliserait du GNL provenant d'Algérie pour les livraisons

⁴⁸

Voir l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA, BASF AG, Shell International, Chemical Company Ltd, DSM NV et DSM Kunststoffen BV, Wacker Chemie GmbH, Hoechst AG, Société artésienne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, Hüls AG et Enichem SpA c. Commission des Communautés européennes*, affaires jointes T-305/94 à T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, Rec. p. II-931, points 455 à 457. La position du Tribunal sur ce point a été confirmée par la Cour dans son arrêt du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM), DSM NV et DSM Kunststoffen BV, Elf Atochem SA, Degussa AG, Enichem SpA, Wacker Chemie GmbH et Hoechst AG, et Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-238/99, C-244/99, C-245/99, C-247/99, C-250/99 à C-252/99, C-254/99, Rec. p. I-8375, points 275 et 279. A cette occasion, la Cour a dit pour droit que "l'arrêt Orkem/Commission, précité, et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme ont en commun [...] l'exigence d'une contrainte exercée sur le suspect pour obtenir de celui-ci certaines informations [...] Le Tribunal a ainsi justement relevé la différence pertinente existant entre les demandes de renseignements et les décisions de demandes de renseignements [...]" .

à Panigaglia et du gaz naturel russe pour les livraisons à Baumgarten. Le Contrat de Service fixe une capacité de réception maximale de **[CONFIDENTIEL – 3 392 à 3749]** millions de m³ par année contractuelle. Enfin, il est prévu que le Contrat de Service demeure en vigueur jusqu'au **[CONFIDENTIEL]**.

- (59) Par l'avenant n° 3 du 28 octobre 1998, il a été convenu d'un troisième Point de Relivraison, Oltingue, à la frontière entre la France et la Suisse.
- (60) Le Contrat de Service établit, à l'article 7 tel qu'intégré par l'article 7 de l'avenant du 28 octobre 1998, que la propriété du gaz ainsi que les risques s'y rattachant sont transférés à GDF au Point de Livraison et qu'ils reviennent à ENEL aux Points de Relivraison⁴⁹.
- (61) Par un échange de lettres des 30 novembre 2000 et 9 février 2001, GDF et ENEL ont agréé la cession du Contrat de Service par ENEL S.p.A. à ENEL F.T.L., aujourd'hui ENEL Trade. La cession est opérationnelle à partir du 1^{er} janvier 2002. Cependant, dans le cadre de la réorganisation d'ENEL, ENEL F.T.L. avait déjà pris en charge la gestion du Contrat de Service depuis le 1^{er} juin 2000⁵⁰. Par exemple, c'est ENEL F.T.L. qui, le 9 octobre 2001, a envoyé à GDF une lettre concernant le texte du Contrat de Service⁵¹.
- (62) Le Contrat de Service, par ses effets économiques, pourrait être considéré comme étant un contrat de transport car il répond en réalité au besoin d'ENEL de transporter, à travers la France, le gaz naturel nigérian qui lui est livré à Montoir. A titre d'alternative, et compte tenu du transfert de la propriété et des risques qui a lieu au Point de Livraison et aux Points de Relivraison, le contrat pourrait être apprécié, quant à sa forme juridique, comme la combinaison de deux contrats d'achat-vente de

⁴⁹ L'article 7 du Contrat de Service se lit comme suit:

"7.1. Le GNL sera livré par ENEL à GDF au Point de Livraison libre de tous priviléges, gages ou droit d'aucune sorte. Le GNL deviendra la propriété de GDF au Point de Livraison. A partir du Point de Livraison, tous les risques qui s'y rattachent passeront à GDF.

7.2. Le GNL sera relivré par GDF à ENEL au Point de Relivraison Panigaglia libre de tous priviléges, gages ou droit d'aucune sorte. Le GNL deviendra la propriété d'ENEL au Point de Relivraison Panigaglia. A partir du Point de Relivraison Panigaglia, tous les risques qui s'y rattachent passeront à ENEL.

7.3. Le Gaz Naturel sera relivré par GDF à ENEL au Point de Relivraison Baumgarten libre de tous priviléges, gages ou droit d'aucune sorte. Le Gaz Naturel deviendra la propriété d'ENEL au Point de Relivraison Baumgarten. A partir du Point de Relivraison Baumgarten, tous les risques qui s'y rattachent passeront à ENEL."

Par l'article 7 de l'avenant n° 3 du 28 octobre 1998, le paragraphe suivant a été ajouté à l'article 7 du Contrat de Service:

"7.4. Le Gaz Naturel sera relivré par GDF à ENEL au Point de Relivraison Oltingue libre de tous priviléges, gages ou droit d'aucune sorte. Le Gaz Naturel deviendra la propriété d'ENEL au Point de Relivraison Oltingue. A partir du Point de Relivraison Oltingue, tous les risques qui s'y rattachent passeront à ENEL."

⁵⁰ Voir, sur ce point, le considérant (7).

⁵¹ Cette lettre a été transmise par ENEL à la Commission en annexe à un document envoyé le 12 octobre 2001 dans le cadre de l'affaire COMP/37811; l'utilisation de cette lettre dans la présente affaire a été autorisée par ENEL par un courrier électronique du 10 février 2003.

gaz naturel : le premier étant celui par le biais duquel ENEL cède à GDF la propriété de GNL à Montoir, le deuxième étant celui par lequel GDF vend à ENEL des quantités de GNL et de gaz naturel transportées par gazoduc, respectivement à Panigaglia, Baumgarten et Oltingue. Aux fins de la présente analyse, toutefois, il n'est pas nécessaire de se prononcer de manière définitive sur la nature du Contrat de Service.

(63) L'article 2 (« Objet ») du Contrat de Service se lit comme suit :

"L'objet du présent Contrat de Service est exclusivement:

- (i) la mise à disposition par ENEL et l'enlèvement par GDF au Point de Livraison de l'ensemble des quantités de GNL livrées au titre du Contrat d'Achat, et
- (ii) la mise à disposition par GDF et l'enlèvement par ENEL aux Points de Relivraison d'une quantité d'énergie correspondante, sous la forme de GNL et/ou de Gaz Naturel, **pour une utilisation du gaz en Italie** [...]".

La même formulation "**pour une utilisation en Italie**" figure également au troisième paragraphe du préambule du Contrat de Service⁵².

(64) Par avenant du 3 novembre 2003, GDF et ENEL ont agréé de remplacer le libellé de l'article 2, point (ii), du Contrat de Service par le texte suivant :

"la mise à disposition par GDF et l'enlèvement par ENEL aux Points de Relivraison d'une quantité d'énergie correspondante, sous la forme de GNL et/ou de Gaz Naturel [...]".

De même, elles ont supprimé la référence à l'utilisation en Italie au troisième paragraphe du préambule du Contrat de Service. Le préambule de l'avenant expose également que les mots "pour une utilisation en Italie" dans la version initiale du Contrat de Service "visaient simplement à traduire les besoins d'ENEL au moment de la signature du Contrat de Service, mais ne constituaient pas une obligation contractuelle vis-à-vis de Gaz de France pour l'utilisation du gaz visé au Contrat de Service", tandis que l'article 4 de l'avenant précise que celui-ci prend effet rétroactivement, à la date de la signature du Contrat de Service. A cet égard, le

⁵²

Il y a lieu de préciser qu'au cours des négociations pour la conclusion du Contrat de Service, les parties avaient introduit au point 2.1 de l'annexe 1 du *Memorandum of Understanding* du 30 avril 1997 la formulation suivante : "GDF's natural gas volumes [...] are made available by GDF to ENEL and offtaken by ENEL in Baumgarten delivery point [...] ENEL [...] is **in charge of transporting them to ENEL power plants in Italy**" (La traduction littérale en français de ce texte est la suivante: "Les volumes de gaz naturel de GDF [...] sont mis par GDF à la disposition d'ENEL et pris par ENEL au point de livraison de Baumgarten [...] ENEL [...] a **la tâche de les transporter jusqu'aux centrales électriques d'ENEL en Italie**"). De même, la proposition de contrat présentée par GDF à ENEL en date du 15 juillet 1997 contient une clause, l'article 2, dont le titre est "Scope", en français "Objet", formulée comme suit : "The scope of the present Service Agreement is exclusively: [...] (ii) the redelivery by GDF to ENEL of an equivalent quantity of energy at the Redelivery Points in the form of LNG and natural gas **to be transported to ENEL power plants in Italy**. [...]" (La traduction littérale en français de l'article cité est la suivante : "L'objet du présent Contrat de Service est exclusivement: [...] (ii) la relivraison par GDF à ENEL d'une quantité d'énergie équivalente aux Points de Relivraison sous la forme de GNL et de Gaz Naturel, **à transporter aux centrales électriques d'ENEL en Italie**, [...]").

préambule indique que la suppression des termes avec effet rétroactif vise à "éviter tout risque d'interprétation contraire entre les Parties".

- (65) Après la conclusion du Contrat de Service avec GDF, ENEL a signé avec NLNG, le 31 décembre 1997, un nouveau contrat d'achat de GNL se substituant à celui du 11 mai 1992. Il a une durée de [CONFIDENTIEL – 15 à 25] ans, porte sur une quantité annuelle de GNL de [CONFIDENTIEL – 2 000 à 5 000] millions de m³ et prévoit que le gaz naturel sera livré par NLNG à ENEL à Montoir de Bretagne. Ce contrat contenait une clause qui limitait l'usage du gaz naturel au territoire italien⁵³. Suite à l'ouverture de l'enquête de la Commission dans l'affaire COMP/37811-Restrictions Territoriales/Italie, NLNG a informé ENEL, par lettre du 19 janvier 2001, qu'elle acceptait de supprimer ladite clause⁵⁴.
- (66) Les fournitures de gaz naturel à ENEL par NLNG au titre du contrat conclu le 31 décembre 1997 ont débuté le 1^{er} octobre 1999⁵⁵. A cette date débute également l'exécution du Contrat de Service conclu par GDF et ENEL⁵⁶.
- (67) Ensuite, le 23 février 2000, ENEL, faisant suite à un protocole d'accord du 13 mars 1997, a conclu avec SNAM⁵⁷ un *Accordo Ponte* (traduction littérale en français : "Accord pont"), un Contrat de Transport-Autriche, un Contrat de Transport-Suisse, un Contrat de Service-Panigaglia et un Contrat de Transport-Italie. Cet ensemble de contrats régit le transport sur le territoire autrichien, jusqu'à Tarvisio, et sur le territoire suisse, jusqu'à Passo Gries, du gaz naturel livré par GDF

⁵³ La clause, contenue à l'article 14.4 du contrat, se lisait comme suit: "*Buyer shall ensure that all quantities of natural gas equivalent to the quantities of LNG to be delivered to Buyer at the Receiving Facilities in terms of this Agreement, shall be delivered to Buyer solely for use within Italy*", texte dont la traduction littérale en français est la suivante: "L'ACHETEUR doit assurer que toutes les quantités de gaz naturel équivalentes aux quantités de GNL à livrer à l'ACHETEUR au Point de Livraison selon les termes de cet Accord doivent être livrées à l'acheteur exclusivement pour une utilisation en Italie".

⁵⁴ La lettre en question a été transmise par ENEL à la Commission par courrier électronique du 10 avril 2003. Le texte de la lettre se lit comme suit: "*We hereby confirm that we have not and will not regard Clause 14.4 of the above Agreement as binding on you and that we release you from and waive any restraint or limitation whatsoever as to the place of use of the natural gas referred to*". La traduction littérale en français de la lettre est la suivante : "Nous confirmons par la présente que nous ne considérons pas et ne considérerons pas la clause 14.4 du Contrat susmentionné comme vous liant et que nous vous libérons de toute contrainte ou limitation de quelque nature qu'elle soit en ce qui concerne l'endroit d'utilisation du gaz naturel concerné". Voir également le communiqué de presse de la Commission IP/02/1869 du 12 décembre 2002.

⁵⁵ Voir la réponse n° 2 dans la lettre envoyée par ENEL en date du 18 avril 2001 dans le cadre de l'affaire COMP/37811; l'utilisation de cette information dans la présente affaire a été autorisée par ENEL par un courrier électronique du 10 février 2003.

⁵⁶ Voir l'information fournie par ENEL à la Commission par courrier électronique du 10 avril 2003.

⁵⁷ SNAM était une entreprise italienne active dans le transport et la vente du gaz en Italie. Elle était également gestionnaire de gazoducs d'importation. En février 2002, SNAM a cessé d'exister, ayant été incorporée dans son ancienne société mère, ENI. A cette date, les activités menées jusqu'à ce moment par SNAM ont été confiées à la Division Gas & Power de ENI. Les activités de transport à l'intérieur du territoire italien avaient déjà été transférées en juin 2001 à une autre société du groupe ENI, Rete Gas Italia, devenue ensuite Snam Rete Gas.

respectivement à Baumgarten et à Olttingue, ainsi que la regazéification du GNL livré à Panigaglia et le transport de tout le gaz concerné sur le territoire italien⁵⁸.

- (68) En exécution du Contrat de Service, au cours des années 1999, 2000, 2001 et 2002, les quantités livrées par ENEL à GDF au Point de Livraison et relivrées par GDF à ENEL aux Points de Relivraison sont indiquées au tableau 3⁵⁹.

Tableau 3

Quantités livrées par ENEL à GDF			Quantités livrées par GDF à ENEL	
Années	en millions de m^3	en millions de kWh	en millions de m^3	en millions de kWh
1999	[CONF.65 à 75]	[CONF.786 à 842]	[CONF.436 à 473]	[CONF.4834 à 5241]
2000	[CONF.2145 à 2299]	[CONF.24894 à 26691]	[CONF.2058 à 2141]	[CONF.22193 à 23090]
2001	[CONF.2596 à 2701]	[CONF.30460 à 31691]	[CONF.2369 à 2540]	[CONF.26319 à 28218]
2002	[CONF.3192 à 3461]	[CONF.37484 à 40641]	[CONF.3374 à 3615]	[CONF.36608 à 39223]
Total	[CONF.8000 à 8532]	[CONF.93624 à 99865]	[CONF.8237 à 8769]	[CONF.89954 à 95772]

La ventilation, par Point de Relivraison, des quantités livrées par GDF à ENEL est indiquée au tableau 4⁶⁰.

Tableau 4

Ventilation, par Point de Relivraison, des quantités livrées par GDF à ENEL						
	Panigaglia		Baumgarten		Olttingue	
Années	en millions de m^3	en millions de kWh	en millions de m^3	en millions de kWh	en millions de m^3	en millions de kWh
1999	[CONF.325 à 346]	[CONF.3654 à 3882]	[CONF.119 à 125]	[CONF.1268 à 1332]	0	0
2000	[CONF.1062 à 1150]	[CONF.11585 à 12540]	[CONF.935 à 1004]	[CONF.9949 à 10682]	0	0
2001	[CONF.1284 à 1379]	[CONF.14548 à 15620]	[CONF.1057 à 1145]	[CONF.11464 à 12410]	0	0
2002	[CONF.1278 à 1343]	[CONF.14464 à 15194]	[CONF.2030 à 2157]	[CONF.21456 à 22797]	[CONF.35 à 45]	[CONF.375 à 407]
Total	[CONF.3949 à 4218]	[CONF.44251 à 47236]	[CONF.4138 à 4431]	[CONF.44137 à 47221]	[CONF.35 à 45]	[CONF.375 à 407]

6. LA STRUCTURE DU MARCHE

- (69) La Commission a déjà identifié, dans des décisions antérieures⁶¹, le gaz naturel comme un produit différent des autres sources d'énergie. En effet, il existe d'autres produits

⁵⁸ L'*Accordo Ponte*, le Contrat de Transport-Autriche, le Contrat de Transport-Suisse, le Contrat de Service-Panigaglia et le Contrat de Transport-Italie, d'un côté, et le protocole d'accord, de l'autre, ont été transmis par ENEL à la Commission en annexe à ses réponses, respectivement des 13 avril 2000 et 28 juin 2000, aux demandes de renseignements envoyées par la Commission dans le cadre de l'affaire COMP/37811; l'utilisation de ces documents dans la présente affaire a été autorisée par ENEL par un courrier électronique du 10 février 2003.

⁵⁹ Voir les données fournies par ENEL à l'annexe 5 de sa réponse du 10 mars 2003 à la demande de renseignements envoyée par la Commission en date du 6 février 2003.

⁶⁰ Voir les données fournies par ENEL à l'annexe 5 de sa réponse du 10 mars 2003 à la demande de renseignements envoyée par la Commission en date du 6 février 2003.

⁶¹ Voir notamment la décision de la Commission du 1^{er} septembre 1994 dans l'affaire IV/M.493, *Tractebel/Distrigaz (II)* (JO C 249 du 7.9.1994, p. 3), la décision de la Commission du 12 février 1996

qui peuvent parfois être employés pour les mêmes utilisations que le gaz, notamment l'électricité et le fuel pour les usages domestiques, ainsi que le fuel et le gasoil pour certains usages industriels. Cependant, cette substituabilité n'est que partielle et imparfaite en raison des différents coûts d'utilisation et des rigidités structurelles au changement de source d'énergie, liées à la nécessité d'équipements différents selon la source d'énergie choisie, aussi bien pour le transport et pour l'éventuel stockage que pour l'utilisation.

- (70) Il y a lieu, avant tout, de décrire brièvement le secteur du transport du gaz naturel en France.
- (71) Le réseau de transport du gaz naturel s'étend en France sur 34 870 km⁶². Il est approvisionné grâce aux terminaux méthaniers de Fos-sur-Mer et de Montoir de Bretagne, qui disposent d'installations de regazéification et permettent d'accueillir le gaz algérien et nigérian, ainsi que par une liaison avec le réseau belge, entre Blaregnies et Taisnières-sur-Hon (département du Nord), par laquelle parviennent le gaz néerlandais et le gaz norvégien, par une liaison avec le réseau allemand entre Medelsheim et Obergailbach (Moselle), d'où arrive le gaz russe, et par le gazoduc sous-marin Norfra, qui arrive à Dunkerque et permet la livraison du gaz norvégien. Le réseau français est également raccordé au réseau suisse, à Oltingue (Haut-Rhin) et à Ferney-Voltaire (Ain), et au réseau espagnol, à Port-de-Larrau (Pyrénées-Atlantiques)⁶³.
- (72) Aujourd'hui, GDF détient une partie du réseau français égale à 30 500 km, qui représentent approximativement 87 % du total du réseau français. GDF gère directement un réseau de transport de 23 500 km (67 % du total du réseau français) tandis que les 7 000 km restants (20 % du total du réseau français) ont été confiés à CFM, société qui fait partie du groupe GDF^{64 65}.
- (73) Dès le 10 août 2000, date limite fixée pour la transposition de la directive 98/30/CE, GDF a donné accès à son réseau de transport⁶⁶.
- (74) En 2001, GDF a transporté sur le réseau qu'elle gère directement [CONFIDENTIEL – 45 000 à 55 000] millions de m³ de gaz naturel, tandis que CFM en a transporté [CONFIDENTIEL – 11 300 à 13 800] millions de m³⁶⁷.

dans l'affaire IV/M.672, *BP/Sonatrach* (JO C 72 du 13.3.1996, p. 5) et la décision de la Commission du 2 juin 1998 dans l'affaire IV/M.931, *Neste/Ivo* (JO C 218 du 14.7.1998, p. 4).

⁶² Voir les informations fournies par GDF à la réponse 11 dans la lettre du 7 avril 2003.

⁶³ Voir Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, "Vers la future organisation gazière française", p. 48.

⁶⁴ Voir les informations fournies par GDF à la réponse 11 dans la lettre du 7 avril 2003.

⁶⁵ Sur la société CFM, voir le considérant (3) et la note de bas de page n° 9.

⁶⁶ Voir les informations fournies par GDF à la réponse 9 dans la lettre du 7 avril 2003.

⁶⁷ Voir les informations fournies par GDF à la réponse 1 dans la lettre du 7 avril 2003.

- (75) Le troisième opérateur de taille actif dans le transport du gaz naturel en France est GSO⁶⁸, qui gère un réseau de 4 291 km, correspondant approximativement à 12 % du total⁶⁹.
- (76) Il y a lieu également de décrire brièvement les autres secteurs de la chaîne gazière en France.
- (77) Aujourd'hui, le gaz naturel consommé en France est importé principalement de Norvège, de Russie, d'Algérie et des Pays-Bas, mais aussi du Nigeria, du Royaume-Uni et du Qatar⁷⁰. En 2001, selon les informations fournies par GDF, le total des importations de gaz naturel en France est de 37 800 millions de m³⁷¹. Les quantités importées par GDF se chiffrent quant à elles à [CONFIDENTIEL – 33 500 à 40 900] millions de m³⁷², ce qui représente [CONFIDENTIEL – 88 à >100] % du total.
- (78) En 2001, GDF a vendu en France [CONFIDENTIEL – 33 100 à 40 500] millions de m³ de gaz naturel tandis que CFM en a vendu [CONFIDENTIEL – 2 100 à 2 500] millions de m³, les ventes globales du groupe GDF s'élevant donc à [CONFIDENTIEL – 35 200 à 43 000] millions de m³⁷³. Ces chiffres représentent respectivement [CONFIDENTIEL – 74 à 90] %, [CONFIDENTIEL – 4,5 à 5,5] % et [CONFIDENTIEL – 78,5 à 95,5] % du total du gaz consommé en France⁷⁴.
- (79) Comme, depuis la date limite fixée pour la transposition de la directive 98/30/CE, les transporteurs français ont ouvert aux tiers l'accès à leurs réseaux de transports, les clients qui sont éligibles aux termes de ladite directive ont pu depuis lors s'approvisionner également auprès de fournisseurs autres que celui qui assurait traditionnellement le transport ou la distribution et la vente dans leur zone géographique. Quant aux quantités de gaz naturel vendues aux clients éligibles, en 2001, GDF leur en a fourni [CONFIDENTIEL – 5 800 à 7 000] millions de m³ et CFM [CONFIDENTIEL – 900 à 1 200] millions de m³, le total pour le groupe GDF étant de [CONFIDENTIEL – 6 700 à 8 200] millions de m³⁷⁵.
- (80) Compte tenu du fait que la consommation des clients éligibles devrait représenter, aux termes de la directive 98/30/CE, 20 % de la consommation de gaz naturel en France, elle pourrait se chiffrer approximativement à 8 900 millions de m³⁷⁶. Les ventes

⁶⁸ Pour des informations sur la structure propriétaire de GSO voir la note de bas de page n° 30.

⁶⁹ Voir les informations fournies par GSO sur son site Internet (<http://www.gso.fr>).

⁷⁰ Voir les informations qui figurent sur le site Internet du Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie (<http://www.industrie.gouv.fr>).

⁷¹ Voir les informations fournies par GDF à la réponse 1 dans la lettre du 7 avril 2003.

⁷² Voir les informations fournies par GDF à la réponse 1 dans la lettre du 7 avril 2003.

⁷³ Voir les informations fournies par GDF à la réponse 1 dans la lettre du 7 avril 2003.

⁷⁴ Voir le chiffre concernant la consommation de gaz naturel en France fourni au considérant (11).

⁷⁵ Voir les informations fournies par GDF à la réponse 1 dans la lettre du 7 avril 2003.

⁷⁶ Voir le chiffre concernant la consommation de gaz naturel en France fourni au considérant (11).

de GDF représenteraient donc [CONFIDENTIEL – 65 à 78] % du total. Ce pourcentage s'élèverait à [CONFIDENTIEL – 75 à 92] % en y ajoutant également les ventes de CFM.

- (81) Pour ce qui est des clients captifs, c'est-à-dire ceux qui ne bénéficient pas de la liberté de choisir un fournisseur aux termes de la directive 98/30/CE, ils ont été approvisionnés par GDF, GSO et CFM et par 17 distributeurs non nationalisés. En 2001, GDF a vendu aux clients captifs [CONFIDENTIEL – 27 300 à 33 500] millions de m³ de gaz naturel tandis que CFM leur en a vendu [CONFIDENTIEL – 1 200 à 1 300] millions de m³, les ventes globales du groupe GDF s'élevant donc à [CONFIDENTIEL – 28 500 à 34 800] millions de m³⁷⁷. GDF et CFM auraient donc couvert approximativement [CONFIDENTIEL – 76 à 93] % et [CONFIDENTIEL – 3,3 à 3,6] % de la consommation des clients captifs français, le pourcentage pour le groupe GDF s'élevant à [CONFIDENTIEL – 79,3 à 96,6] %.
- (82) Enfin, il y a lieu de préciser qu'ENEL est aujourd'hui le deuxième opérateur dans le secteur de la distribution du gaz naturel en Italie : elle approvisionne 1 700 000 clients et a une capacité de distribution de 3 000 millions de m³ de gaz naturel⁷⁸. En 2001, elle a notamment vendu en Italie [CONFIDENTIEL – 1 200 à 2 500] millions de m³ de gaz naturel et est passée à [CONFIDENTIEL – 3 600 à 7 300] millions de m³ en 2002⁷⁹. Par ailleurs, ENEL a également vendu des volumes de gaz naturel à l'extérieur de l'Italie, notamment aux Etats Unis ([CONFIDENTIEL – 200 à 700] millions de m³, en 2001) mais aussi en Suisse ([CONFIDENTIEL – 60 à 130] millions de m³, en 2002)⁸⁰.

7. L'APPLICATION DE L'ARTICLE 81, PARAGRAPHE 1, DU TRAITE

7.1. Accord entre entreprises

- (83) GDF, ENEL S.p.A. et ENEL Trade sont des entreprises au sens de l'article 81 du traité.
- (84) De même, la clause "pour une utilisation du gaz en Italie" contenue à l'article 2 ainsi qu'au troisième paragraphe du préambule du Contrat de Service relève de la notion d'accord au sens de l'article 81 du traité.

⁷⁷ Chiffres calculés sur base des informations fournies par GDF à la réponse 1 dans la lettre du 7 avril 2003.

⁷⁸ Voir les informations fournies par ENEL sur son site Internet (<http://www.enel.it>).

⁷⁹ Voir les données fournies par ENEL à l'annexe 6 de sa réponse du 10 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 6 février 2003.

⁸⁰ Voir les données fournies par ENEL à l'annexe 7 de sa réponse du 10 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 6 février 2003.

- (85) Cette appréciation ne saurait être mise en cause par l'argument avancé par ENEL selon lequel elle n'a pas pu s'opposer à l'imposition de ladite clause car elle était dans une situation de désavantage contractuel du fait de la nécessité de résoudre le contentieux en cours avec NLNG suite à l'impossibilité de construire un terminal méthanier⁸¹. En effet, pour établir si une clause relève du champ d'application de l'article 81 du traité, il est dénué de pertinence qu'elle ait été adoptée sur l'initiative d'une seule des parties ou dans son seul intérêt, et même qu'elle ait été imposée par cette partie en raison d'un lien de dépendance que l'autre partie aurait à son égard⁸².

7.2. La restriction de concurrence

7.2.1. *Objet restrictif de la clause*

- (86) La clause "pour une utilisation du gaz naturel en Italie" restreint le territoire sur lequel ENEL peut utiliser le gaz objet du Contrat de Service en empêchant la vente de gaz dans d'autres Etats membres, et notamment les réexportations.
- (87) Or, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, des clauses qui restreignent la liberté de l'une des parties d'utiliser la marchandise livrée en fonction de ses propres intérêts économiques constituent des restrictions de la concurrence au sens de l'article 81 du traité⁸³. En particulier, se prononçant sur les interdictions

⁸¹ Voir le document transmis par ENEL à la Commission en date du 12 octobre 2001 dans le cadre de l'affaire COMP/37811; l'utilisation de ce document dans la présente affaire a été autorisée par ENEL par un courrier électronique du 10 février 2003. Le texte italien du document du 12 octobre 2001, aux pages 5 et 6, se lit comme suit: "*L'impossibilità di ricevere il gas, e quindi di dare esecuzione al contratto, ha determinato un contenzioso con la Nigeria che ha promosso un arbitrato avanti la Camera di Commercio Internazionale. ENEL, nel 1997, per superare tale contenzioso, si è trovata costretta ad una forzata riallocazione delle attività di ricezione e rigassificazione. La soluzione economicamente più vantaggiosa prevedeva la consegna del gas liquefatto presso il terminale della Gaz de France di Montoir (nel nord della Francia) e la riconsegna ad ENEL di quantitativi equivalenti per il successivo inoltro fino alle centrali a cura SNAM. [...] Risulta evidente come in fase di conclusione dei contratti relativi alla fornitura nigeriana (contratto con Nigeria LNG e contratto di swap con Gaz de France), essendo in corso un arbitrato internazionale, ENEL non abbia avuto la possibilità di opporsi all'imposizione delle clausole contrattuali essendo in una evidente posizione di svantaggio contrattuale*". La traduction littérale en français de ce texte est la suivante: "L'impossibilité de recevoir le gaz, et donc d'exécuter le contrat, a déterminé un contentieux avec le Nigeria qui a conduit à un arbitrage devant la Chambre de Commerce Internationale. En 1997, ENEL, pour surmonter ce contentieux a été obligée à un changement forcé du lieu des activités de réception du GNL et de regazéification. La solution la plus avantageuse du point de vue économique prévoyait la livraison du GNL auprès du terminal de Gaz de France de Montoir (dans le nord de la France) et la relivraison à ENEL de quantités équivalentes pour leur transport ultérieur par SNAM jusqu'aux centrales. [...] Il apparaît évident que, dans la phase de conclusion des contrats relatifs à la fourniture nigériane (contrat avec Nigeria LNG et contrat de swap avec Gaz de France), étant donné qu'un arbitrage international était en cours, ENEL n'a pas eu la possibilité de s'opposer à l'imposition de clauses contractuelles étant dans une position évidente de désavantage contractuel".

⁸² Voir notamment l'arrêt de la Cour de justice du 1^{er} février 1978, *Miller International Schallplatten GmbH contre Commission*, 19/77, Rec. p. 131, point 7, et la décision 2001/146/CE de la Commission du 20 septembre 2000 dans l'affaire COMP/36653, *OPEL*, point 117 (JO L 59 du 28.2.2001, p. 1).

⁸³ Voir notamment l'arrêt de la Cour de justice du 14 décembre 1983, *Société de Vente de Ciments et Béton de l'Est SA contre Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG.*, 319/82, Rec. 1983, p. 4173, point 6, et la décision 98/273/CE de la Commission du 28 janvier 1998 dans l'affaire COMP/35733, *VW*, point 143 (JO L 124 du 25.4.1998, p. 60).

d'exportation, la Cour a dit pour droit qu'une clause de ce type "par sa nature même, [...] constitue une restriction de la concurrence [...], l'objectif sur lequel les contractants sont tombés d'accord étant d'essayer d'isoler une partie du marché"⁸⁴.

- (88) Ainsi, la clause qui oblige ENEL à utiliser le gaz en Italie et l'empêche donc de le revendre dans un autre Etat membre est une clause qui a pour objet de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun, au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité.
- (89) Cette clause vise en effet à cloisonner le marché européen et empêche des consommateurs de gaz naturel établis dans des Etats membres autres que l'Italie, par exemple en France et en Autriche, où le gaz est livré par GDF à ENEL, de s'approvisionner auprès d'ENEL en achetant le gaz objet du Contrat de Service. En cela, cette clause contribue à entraver la création d'un marché du gaz intégré à l'échelle européenne.
- (90) Enfin, il y a lieu de noter qu'il est parfaitement imaginable qu'un transporteur introduise dans un contrat de service/transport de gaz une clause de restriction de la revente dudit gaz, notamment dans l'hypothèse où le transporteur exerce également une activité de vente de gaz dans le territoire dans lequel il effectue le transport pour le compte d'un tiers et qu'il souhaite que le gaz transporté ne soit pas vendu par ce tiers à l'intérieur dudit territoire.
- (91) A cet égard, il y a lieu de remarquer que GDF a également conclu un autre contrat de transport avec ENI qui contenait lui aussi une clause visant à restreindre le territoire dans lequel le propriétaire du gaz transporté peut commercialiser son gaz et à exclure toute hypothèse de revente, notamment sur le territoire français⁸⁵.
- (92) Or, GDF a affirmé que la clause « pour une utilisation du gaz en Italie » "n'est que purement illustrative du lieu où ENEL souhaitait à la signature du Contrat (*de Service*) acheminer ou faire acheminer, *in fine*, son gaz"⁸⁶ et qu'elle "est l'expression de

⁸⁴ Voir notamment l'arrêt de la Cour précité *Miller International Schallplatten GmbH contre Commission*, point 7.

⁸⁵ Il s'agit du Contrat de Transport conclu par GDF avec ENI en date du 13 octobre 1997. Il contient une clause qui se lit comme suit "L'objet du présent Contrat de Transit est le transit effectué par GDF depuis les Points de Livraison jusqu'au Point de Relivraison des quantités de Gaz Naturel achetées par SNAM au titre du Contrat d'Achat et destinées à être commercialisées en aval du Point de Relivraison, [...]"". Le Point de Relivraison dont il est question est situé à Oltingue, à la frontière entre la France et la Suisse. Cette clause, qui oblige ENI à commercialiser le gaz après la frontière franco-suisse et lui interdit de revendre le gaz naturel objet du Contrat de Transit en amont du Point de Relivraison, en d'autres termes en France, est une clause qui a pour objet de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun, au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité. Elle fait, elle aussi, l'objet d'une décision dans le cadre de la présente affaire.

⁸⁶ Voir la lettre de GDF à ENEL du 22 octobre 2001, transmise par ENEL à la Commission en date du 16 novembre 2001 dans le cadre de l'affaire COMP/37811; l'utilisation de ce document dans la présente affaire a été autorisée par ENEL par un courrier électronique du 10 février 2003.

l'intention et de la demande d'ENEL de pouvoir disposer de gaz en Italie⁸⁷. GDF a développé également ce dernier argument dans ses *Observations*⁸⁸. Elle écrit notamment que la clause litigieuse "avait en réalité pour seul objet de refléter les intérêts économiques d'ENEL, qui étaient d'utiliser le gaz là où elle en avait besoin, et de s'assurer que de tels intérêts avaient bien été pris en compte par son cocontractant"⁸⁹. A l'appui de sa thèse, GDF décrit avec abondance d'informations détaillées les raisons pour lesquelles ENEL avait besoin du gaz objet du contrat de transport en Italie, qui tiennent à son activité de producteur d'électricité dont les besoins en gaz comme combustible sont croissants. Elle affirme ainsi que "les besoins d'ENEL en gaz sur le territoire italien justifient [...] à eux seuls que les parties aient entendu préciser que le gaz que Gaz de France devait mettre à la disposition d'ENEL soit destiné à être utilisé en Italie, cette précision n'étant que l'expression de ces besoins"⁹⁰ et que "la clause litigieuse ne peut donc, contrairement à ce qu'affirme la Commission, sans toutefois avoir exploré les justifications qui peuvent expliquer son insertion dans le contrat, être interprétée comme limitant la liberté d'ENEL d'utiliser le gaz objet du Contrat de service conformément à ses intérêts économiques. Au contraire, elle vise à les prendre pleinement en compte"⁹¹. GDF explique aussi que s'il est vrai qu'aujourd'hui ENEL a également développé une activité gazière, celle-ci ne concerne que le territoire italien. Selon GDF, "les besoins en gaz d'ENEL se situaient bien en Italie à l'époque de la conclusion du Contrat de Service, comme encore aujourd'hui. [...] quand bien même ENEL aurait décidé de commercialiser une partie du gaz en dehors de l'Italie, il n'aurait pu s'agir que de volumes extrêmement réduits, puisque ses besoins essentiels se situaient sur le territoire italien. L'impact commercial de ces quantités étant négligeable, Gaz de France ne pouvait raisonnablement chercher à obtenir une interdiction d'entrée de ces quantités, notamment sur le territoire français. Force est donc de constater que l'interprétation que fait la Commission de la clause litigieuse mène cette dernière à une conclusion qui n'a aucune signification économique pour Gaz de France"⁹².

- (93) GDF ajoute également que la clause en question n'est pas une clause "interdisant ou limitant la revente de gaz naturel ou limitant l'utilisation de gaz naturel"⁹³ et que notamment elle n'empêche pas ENEL de commercialiser en France ou dans un autre

⁸⁷ Voir la réponse de GDF à la question 1.a dans la lettre du 4 janvier 2002 envoyée par GDF à la Commission dans le cadre de l'affaire COMP/37965 ; l'utilisation de cette information dans la présente affaire a été autorisée par GDF par lettre du 14 février 2003.

⁸⁸ Voir les paragraphes 80 à 119 des *Observations*.

⁸⁹ Voir le paragraphe 80 des *Observations*.

⁹⁰ Voir le paragraphe 94 des *Observations*.

⁹¹ Voir le paragraphe 108 des *Observations*.

⁹² Voir les paragraphes 115 à 118 des *Observations*.

⁹³ Voir notamment la lettre adressée par GDF à la Commission en date du 12 mars 2003, qui, à la réponse à la question n° 7, se lit comme suit: "Pas plus que dans le contrat conclu entre Gaz de France et ENEL, il n'y a dans les contrats cités à la question (6) de clauses interdisant ou limitant la revente de gaz naturel ou limitant l'utilisation de gaz naturel".

Etat membre le gaz objet du Contrat de Service⁹⁴. Dans ses *Observations*, GDF écrit en outre que "la clause n'emporte aucune interdiction formelle de commercialiser le gaz objet du contrat en dehors d'Italie. Elle se contente en effet de préciser que le gaz est mis à disposition d'ENEL 'pour une utilisation en Italie' mais ne traite en rien de sa commercialisation. En outre, la clause litigieuse, telle qu'elle a été rédigée n'empêchait en aucune façon ENEL de procéder à une réexportation du gaz à partir de sa mise à disposition aux points de livraison. Ainsi, [...] ENEL pouvait parfaitement re-acheminer le gaz objet du contrat vers les Etats adjacents aux points de livraison du gaz. De même, [...] elle aurait pu convenir avec Gaz de France d'un point d'échange différent de ceux initialement convenus. Contrairement à ce que prétend la Commission, ceci n'aurait aucunement entraîné de 'violation manifeste' du contrat conclu entre les parties, ce dernier n'empêchant en rien de tels comportements"⁹⁵. GDF en conclut que "l'analyse de la Commission selon laquelle la formulation de la clause interdirait toute vente en dehors d'Italie et toute réexportation [...] procède en réalité d'une affirmation non démontrée. Cette position ne saurait en effet se déduire des termes du contrat conclu entre Gaz de France et ENEL"⁹⁶.

- (94) Par ailleurs, GDF indique qu'elle-même interprète la clause comme suit : "pour une utilisation du gaz essentiellement (mais non limitativement) sur le territoire italien"⁹⁷.
- (95) Enfin, GDF argumente que, comme le gaz est "un produit fongible pour lequel aucune traçabilité des ventes ne peut être mise en place" et que GDF n'avait donc "aucun moyen de vérifier auprès de quels clients ENEL procérait à la commercialisation de son gaz", "si les parties avaient entendu restreindre la liberté commerciale d'ENEL en termes de territoires de revente, elles auraient mis en place un mécanisme de contrôle de la destination finale des quantités mises à disposition d'ENEL"⁹⁸.
- (96) Quant à ENEL, elle a affirmé que la clause "pour une utilisation du gaz en Italie" "contribue à la détermination de l'objet du contrat" et répond au besoin qu'avait ENEL de recevoir le gaz nigérian en Italie pour la production d'énergie électrique⁹⁹. L'entreprise a réitéré ces arguments dans sa "*Memoria*". ENEL écrit notamment que pour GDF comme pour elle-même "la clause avait le but d'indiquer le lieu dans lequel

⁹⁴ Voir la réponse négative de GDF à la question 1.c dans la lettre du 4 janvier 2002 envoyée à la Commission dans le cadre de l'affaire COMP/37965 ; pour ce qui est de l'utilisation de cette information dans la présente affaire, voir la note de bas de page n° 87.

⁹⁵ Voir les paragraphes 73 à 76 des *Observations*.

⁹⁶ Voir le paragraphe 79 des *Observations*.

⁹⁷ Voir la réponse de GDF à la question 1.a donnée dans la lettre du 4 janvier 2002 envoyée par GDF à la Commission dans le cadre de l'affaire COMP/37965 ; pour ce qui est de l'utilisation de cette information dans la présente affaire, voir la note de bas de page n° 87.

⁹⁸ Voir les paragraphes 77 et 78 des *Observations*.

⁹⁹ Voir la réponse à la question n° 8 dans la lettre d'ENEL du 10 mars 2003. Le texte italien de ce passage de la réponse se lit comme suit: "*L'espressione 'pour une utilisation en Italie' contribuisce alla determinazione dell'oggetto del contratto. [...] L'effettivo fabbisogno di ENEL era di disporre del gas in Italia per la propria produzione termoelettrica*".

le GNL nigérian devait être transporté et la finalité pour laquelle il avait été acheté" ¹⁰⁰.

- (97) Selon ENEL, cette clause ne constitue pas "une véritable contrainte quant à la destination géographique et donc elle ne saurait être qualifiée comme une restriction de la concurrence. [...] Ainsi, elle ne tombe pas dans le champ d'application de l'article 81" ¹⁰¹.
- (98) En outre, selon ENEL, cette clause "devait être lue en combinaison avec la clause contenue dans l'article 3.1 du Contrat de Service qui prévoit l'obligation de livrer le GNL nigérian à Montoir de Bretagne et l'obligation contextuelle dans le chef de GDF de relivrer des quantités équivalentes de gaz aux Points de Relivraison: ces deux clauses devaient donc fournir des détails utiles sur le service de transport du GNL fourni par NLNG. L'établissement précis de la destination géographique du produit dans un contrat qui concerne son transport doit être considéré comme un élément essentiel dudit contrat. En l'espèce, il avait été nécessaire de spécifier, par la clause contestée, la destination géographique ("Italie") qu'aurait dû avoir le GNL nigérian et le but pour lequel il été transporté (l'"utilisation")" ¹⁰².

¹⁰⁰ Voir le paragraphe 32. Ce texte en langue originale italienne se lit comme suit: *"Per ENEL e GDF la clausola aveva il mero compito di indicare il luogo in cui il GNL nigeriano doveva essere trasportato ed il fine per cui era stato acquistato"*. ENEL se réfère à ses besoins d'approvisionnement pour la production d'électricité également au paragraphe 30 de sa *"Memoria"*, qui se lit comme suit: *"[...] la ragione dell'importazione di GNL nigeriano risiedeva esclusivamente nella necessità di ENEL di approvvigionarsi di gas naturale che avrebbe poi utilizzato per la produzione di energia elettrica necessaria a rispondere al fabbisogno nazionale. Infatti, prima della liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica avviata dalla Direttiva 96/92/CE, Enel era l'unico operatore attivo in Italia e le sue scelte erano dettate dalla necessità di soddisfare la domanda nazionale e spesso rispondenti a direttive ministeriali"*. (La traduction littérale en français de ce texte est la suivante: "La raison de l'importation de GNL nigérian était exclusivement la nécessité pour ENEL de s'approvisionner en gaz naturel qu'elle aurait utilisé pour la production d'énergie électrique nécessaire pour répondre aux besoins nationaux. En effet, avant la libéralisation du marché de l'énergie électrique effectuée par la Directive 96/92/CE, Enel était le seul opérateur actif en Italie et ses choix étaient dictés par la nécessité de satisfaire la demande nationale et souvent répondant à des directives ministérielles").

¹⁰¹ Voir la réponse à la question n° 6 dans la lettre d'ENEL du 10 mars 2003. Le texte italien de ce passage de la réponse se lit comme suit: *"ENEL ritiene che l'espressione 'pour une utilisation en Italie' nel contratto di servizio con GDF non contenga un vero e proprio vincolo di destinazione geografica, e quindi non sia qualificabile come restrittiva della concorrenza. [...] Pertanto, essa non ricade nella fattispecie regolata dall'articolo 81 del Trattato"*. De même, dans sa *"Memoria"*, ENEL insiste sur cette position en précisant que si GDF et elle-même n'ont pas agréé immédiatement de supprimer la clause en question du Contrat de Service, c'était parce que les deux n'attribuaient à ladite clause aucun objet ou but anti-compétitif. (paragraphe 36: le texte en italien se lit comme suit: *"Se ENEL e GDF non hanno subito convenuto di eliminare la clausola controversa dal Contratto è perché entrambe non associano a detta clausola alcun oggetto e fine anticoncorrenziali"*).

¹⁰² Voir le paragraphe 33 de la *"Memoria"* d'ENEL du 17 mai 2004. Le texte en italien se lit comme suit: *"La clausola controversa deve essere letta in combinato disposto con la clausola contenuta nell'art. 3.1 del Contratto che prevede l'obbligo di consegnare il GNL nigeriano a Montoir de Bretagne e il contestuale obbligo in capo a GDF di riconsegnare eguali quantitativi di gas ai punti di riconsegna. Entrambe le clausole servivano quindi a fornire utili dettagli al trasporto del GNL fornito da NLNG. La precisazione della destinazione geografica del prodotto in un contratto che ne prevede il trasporto deve considerarsi un elemento essenziale del contratto stesso. Nel caso di specie si era reso necessario specificare, mediante la clausola controversa, la destinazione geografica ('Italia') che avrebbe dovuto avere il GNL nigeriano e lo scopo per il quale veniva trasportato ('l'utilizzazione')"*.

- (99) ENEL avance également l'argument que la clause "pour une utilisation du gaz en Italie" contenue dans le Contrat de Service "est née de la relation contractuelle entre ENEL et NLNG" et que son insertion dans le contrat avec GDF était "nécessaire pour résoudre le contentieux" avec NLNG¹⁰³.
- (100) Par ailleurs, ENEL affirme être convaincue que le gaz livré par GDF à Oltingue pourrait théoriquement être revendu en France et que, de même, le gaz livré à Baumgarten pourrait être vendu en Autriche¹⁰⁴.
- (101) Enfin, selon ENEL, le fait que du Contrat de Service ne découle aucune obligation pour ENEL d'utiliser le gaz en Italie serait confirmé par l'absence de sanctions prévues pour une telle éventualité¹⁰⁵.
- (102) Toutefois, la Commission estime que ces arguments visant à nier le caractère restrictif de la clause en question ne sont pas pertinents en l'espèce.
- (103) Quant aux multiples arguments visant à contester que, par la clause en question, les parties aient voulu restreindre la concurrence, il y a lieu de remarquer que même s'il était possible pour les parties d'établir que leur intention subjective n'était pas d'imposer une obligation d'utiliser le gaz en Italie, ce qui est de toute manière contredit par les faits de l'espèce¹⁰⁶, la constatation par la Commission qu'une clause a pour objet de restreindre la concurrence ne saurait dépendre d'une telle intention des parties¹⁰⁷.
- (104) Par ailleurs, s'agissant de la fonction objective de la clause, l'analyse de la Commission ne saurait être affectée par les suggestions des parties prétendant que la clause aurait d'autres objets que l'objet restrictif que la Commission lui prête.

¹⁰³ Voir les paragraphes 28 et 31 de la "Memoria". Le texte italien est le suivant: "[...] la clausola controversa è nata dal rapporto contrattuale tra ENEL e NLNG" (§ 28 *in fine*). "L'inserimento della clausola nel Contratto del 17 ottobre 1997 si è rivelato necessario per risolvere il contenzioso promosso da NLNG con arbitrato dinanzi alla Camera di commercio internazionale, in seguito all'impossibilità sopravvenuta per ENEL di adempiere al contratto di acquisto di GNL concluso nel 1992" (paragraphe 31).

¹⁰⁴ Dans sa "Memoria", ENEL rappelle sur ce point, au paragraphe 34, la position exprimée à maintes reprises par GDF et elle-même selon laquelle les parties se considéraient libres de vendre le gaz livré à Oltingue et à Baumgarten respectivement en France et en Autriche. Le texte italien est le suivant: "[...] sia ENEL che GDF hanno a più riprese dato conferma, nel corso del procedimento, della vera funzione attribuita alla clausola controversa all'interno del Contratto. Entrambe hanno infatti dichiarato che si consideravano libere di vendere il gas consegnato ad Oltingue e Baumgarten, rispettivamente in Francia e in Austria".

¹⁰⁵ Voir la réponse à la question n° 8 dans la lettre d'ENEL du 10 mars 2003. Le texte italien de ce passage de la réponse se lit comme suit: "Peraltro, dal contratto non discende alcun obbligo per ENEL di consumare tale gas in Italia, tanto che non esiste nessuna previsione che sanzioni tale eventualità".

¹⁰⁶ Voir les considérants (105) à (122).

¹⁰⁷ Voir l'arrêt de la Cour de justice du 8 novembre 1983, *NV IAZ International Belgium et autres contre Commission*, affaires jointes 96 à 102, 104, 105, 108 et 110/82, Rec. p. 3369, points 23-25, ainsi que l'arrêt de la Cour de justice du 28 mars 1984, *Compagnie Royale asturienne des mines (CRAM) et Rheinzink contre Commission*, affaires jointes 29 et 30/83, Rec. p. 1679, point 26.

- (105) En premier lieu, pour ce qui est de l'argument selon lequel la clause aurait une fonction purement illustrative, il y a lieu de rappeler que, dans sa lettre du 22 octobre 2001, GDF n'a pas acquiescé à la requête, formulée par ENEL dans un courrier du 9 octobre 2001, de neutraliser la clause en question. Elle a plutôt évoqué la possibilité de modifier ce point du contrat "dans le cadre d'une démarche commerciale constructive". En outre, GDF a réagi à l'hypothèse formulée par ENEL de considérer "unilatéralement (la clause en question) comme non écrite", en émettant "les plus expresses réserves" et en rappelant à ENEL que "tout litige doit être réglé, à défaut d'accord amiable, exclusivement et en dernier ressort par arbitrage. Tout autre mode de résolution de conflit, et en particulier par décision unilatérale d'une des parties, constitue une violation des termes du Contrat, avec toutes les conséquences pouvant en résulter"¹⁰⁸.
- (106) Eu égard à l'argument des parties que, selon leurs intentions, la clause devait refléter les intérêts économiques d'ENEL à utiliser le gaz en Italie, il y a lieu de noter que la mention du lieu où le gaz devait être utilisé ne reflète pas un "intérêt" dont la connaissance serait nécessaire pour l'exécution du Contrat de Service lui-même, qui se limite à l'échange de gaz entre le Point de Livraison et les Points de Relivraison, mais uniquement un intérêt dans l'utilisation directe et/ou la possible revente du gaz, activités qui ne sont pas inhérentes à l'échange organisé par ce contrat. Selon l'interprétation donnée par les parties, ENEL aurait ainsi exprimé les *limites* de ses intérêts en matière d'utilisation directe et de revente. Or, il n'y a normalement aucune raison pour une partie à un accord commercial de faire part de telles limites qui sont dépourvues de rapport avec l'objet même du contrat, sauf à vouloir s'engager vis-à-vis de l'autre partie en vue de respecter de telles limites. L'explication donnée par les parties est d'ailleurs contredite par l'argument avancé par ENEL selon lequel la clause en question lui aurait été imposée par GDF. Cet argument, évoqué au point 52 de la communication des griefs adressée aux parties en février 2004, n'a pas été contesté par GDF.
- (107) Le raisonnement exposé ci-dessus s'applique à plus forte raison du fait que les intérêts d'ENEL étaient susceptibles d'évoluer dans le temps, et ceci en particulier dans le cas d'espèce où la clause en question était censée demeurer en vigueur jusqu'en **[CONFIDENTIEL]**¹⁰⁹.
- (108) Au surplus, il y a lieu de constater que les besoins d'ENEL ont probablement déjà effectivement évolué depuis la signature du Contrat de Service car la libéralisation du secteur électrique en Europe a, d'une part, ouvert à la concurrence le marché

¹⁰⁸ Pour ce qui est de l'utilisation dans la présente affaire de la lettre envoyée par GDF à ENEL le 22 octobre 2001, voir la note de bas de page n° 86.

¹⁰⁹ Voir notamment l'arrêt de la Cour précité *Miller International Schallplatten GmbH contre Commission*, point 14. Dans cette affaire, se prononçant à l'égard d'arguments tirés de la situation du moment, qui visaient à contester que les clauses en objet étaient susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, la Cour a dit pour droit que de tels arguments "ne sauraient suffire pour établir que des clauses d'interdiction d'exportation ne sont pas susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres, même si l'exactitude de telles affirmations générales pouvait être vérifiée à suffisance de droit, cette situation pouvant changer d'année en année en fonction de modifications dans les conditions ou la composition du marché tant dans le marché commun dans son ensemble que dans les différents marchés nationaux".

traditionnel d'ENEL, entraînant une réduction considérable de sa part de marché¹¹⁰, et, d'autre part, a créé des perspectives de développement à l'étranger qui, comme cela a été confirmé par GDF, se sont déjà concrétisées par des acquisitions en Espagne¹¹¹ pouvant engendrer des besoins en gaz également dans ce pays. En outre, ENEL a développé une activité gazière en Italie et, comme le dit GDF, a déjà ébauché une stratégie d'expansion dans d'autres Etats membres¹¹². Par ailleurs, il y a lieu de rappeler qu'ENEL a déjà vendu des volumes de gaz à l'extérieur de l'Italie¹¹³. Une analyse de l'évolution des besoins réels d'ENEL n'est toutefois pas nécessaire pour établir l'infraction.

- (109) En outre, la Commission ne saurait retenir la thèse que la clause "pour une utilisation du gaz en Italie" se limiterait à indiquer le lieu où ENEL souhaitait faire acheminer le gaz. En effet, telle que formulée, la clause "pour une utilisation du gaz en Italie" établissait une obligation explicite que le gaz soit utilisé sur le territoire italien, excluant donc toute hypothèse que le gaz soit en partie vendu par ENEL, si elle le souhaitait, avant qu'il arrive en Italie¹¹⁴ ainsi que toute possibilité de réexportation. La formulation de la clause engageait en effet les parties, et notamment ENEL, à assurer que le gaz fût effectivement utilisé sur le territoire italien. Toute utilisation du gaz dans un autre Etat membre, et notamment en France, aurait constitué une violation du Contrat de Service. Ainsi, bien que, comme le note GDF, la clause ne traite pas explicitement de la commercialisation du gaz objet du Contrat de Service, en imposant que le gaz soit utilisé en Italie, la clause interdisait bel et bien de commercialiser le gaz à l'extérieur de ce pays.
- (110) Cette analyse ne saurait non plus être affectée par l'argument selon lequel la clause était nécessaire pour la définition de la portée de l'obligation de service souscrite par GDF. En effet, l'identification dans le Contrat de Service des Points de Relivraison aurait été largement suffisante dans ce but. L'indication que le gaz devait être utilisé en Italie, par contre, n'ajoutait aucun éclaircissement à cet égard, car elle concerne un élément temporel postérieur au moment auquel se termine le transport effectué par GDF. En outre, elle se réfère à un lieu géographique autre que celui de deux des trois Points de Relivraison identifiés dans le contrat, c'est-à-dire Oltingue et Baumgarten.
- (111) Quant au fait que la clause "pour une utilisation du gaz en Italie" a été introduite pour refléter une clause analogue existant dans le Contrat d'Achat en amont du Contrat de Service, clause qui par ailleurs est aujourd'hui caduque¹¹⁵, il ne saurait non plus

¹¹⁰ Voir, en particulier, le paragraphe 85 des *Observations*.

¹¹¹ Voir, en particulier, le paragraphe 83 des *Observations*.

¹¹² Voir, en particulier, le paragraphe 112 des *Observations*.

¹¹³ Voir, sur ce point, le considérant (82) *in fine*.

¹¹⁴ Le gaz pourrait notamment être vendu à partir d'Oltingue, sur le territoire français, et à partir de Baumgarten, sur le territoire autrichien. On pourrait également imaginer une commercialisation en Allemagne, aussi bien à partir de l'Autriche qu'à partir de la Suisse, ainsi que des hypothèses de swap.

¹¹⁵ Voir les notes de bas de page n° 53 et 54.

limiter la nature contraignante de la clause existant dans le Contrat de Service. En effet, par l'introduction de la clause « pour une utilisation du gaz en Italie » dans le Contrat de Service, ENEL s'engage également vis-à-vis de GDF à utiliser en Italie le gaz naturel objet du contrat. Par ailleurs, par le fait d'établir une claire corrélation entre l'existence de la clause "pour une utilisation du gaz en Italie" et de la clause de restriction territoriale contenue dans le Contrat d'Achat conclu avec NLNG, qui, selon ses propres dires, était une clause qui entrave la revente et segmente les marchés¹¹⁶, ENEL confirme que la clause "pour une utilisation du gaz en Italie" avait bel et bien la portée restrictive que lui prête la Commission.

- (112) Pour ces raisons, la Commission ne saurait également retenir l'argument avancé par GDF quant à l'interprétation de la clause "pour une utilisation du gaz en Italie" comme imposant "une utilisation du gaz essentiellement (mais non limitativement) sur le territoire italien". En effet, dans sa lettre du 7 avril 2003, GDF avait expliqué que cette interprétation était due au fait que GDF était au courant de l'existence dans le contrat conclu par ENEL avec NLNG de la clause imposant l'utilisation du gaz naturel nigérian en Italie: "compte tenu de ce contexte, Gaz de France pouvait valablement penser que le gaz faisant l'objet du contrat d'échange serait en fait essentiellement destiné au territoire italien. Il n'interprète pas la formule 'pour une utilisation en Italie' comme une exigence s'imposant à ENEL en vertu du contrat d'échange qui les lie"¹¹⁷. Cependant, il y a lieu de rappeler que c'est bien à l'égard de GDF qu'ENEL, par la clause litigieuse contenue dans le Contrat de Service, s'engage à utiliser le gaz naturel en Italie¹¹⁸.
- (113) Enfin, le fait que le contrat conclu par GDF et ENEL puisse éventuellement être considéré comme étant un contrat de service/transport plutôt qu'un contrat de fourniture de gaz naturel ne saurait exclure *per se* que ce contrat contienne une clause restrictive de la revente du gaz naturel et donc contraire à l'article 81 du traité. Pareille thèse est en effet invoquée par GDF dans sa lettre à ENEL du 22 octobre 2001¹¹⁹ et mentionnée également par ENEL dans sa lettre à la Commission du 10 mars 2003¹²⁰. Toutefois, la Commission ne saurait la retenir.

¹¹⁶ Voir le considérant (122) et la note de bas de page n° 130.

¹¹⁷ Voir la réponse à la question n° 6.

¹¹⁸ Voir, sur ce point, le considérant (111).

¹¹⁹ Pour l'utilisation de la lettre en question, envoyée dans le cadre de l'affaire COMP/37811, voir la note de bas de page n° 86. Le passage de la lettre se lit comme suit: "Il convient de ne pas oublier que le Contrat de Service signé entre les parties n'est pas un contrat de vente ou d'achat de gaz, et qu'il n'y a donc pas, contrairement à ce que vous indiquez au paragraphe 4 de votre lettre, de 'limitation géographique de vente' dans ledit Contrat de service".

¹²⁰ ENEL, dans la réponse à la question n° 8, écrit notamment: "*L'indicazione del luogo di utilizzazione finale del gas non è da considerare in questa circostanza quale clausola di destinazione geografica, tanto più che l'accordo sottoscritto con GDF è un semplice contratto di servizio*", texte qui en français se traduit littéralement comme suit: "L'indication du lieu d'utilisation final du gaz ne saurait être considérée en l'espèce comme une clause de destination géographique d'autant plus que l'accord souscrit est un simple contrat de service".

- (114) En effet, le fait que le contrat conclu par GDF et ENEL soit défini comme étant un contrat de service/transport ne signifie pas en soi que les parties soient empêchées d'y introduire des clauses qui concerneraient d'autres aspects que le service/transport et notamment l'utilisation et la commercialisation du gaz. En outre, l'éventuelle qualification juridique du contrat comme un contrat de service/transport n'empêche pas de considérer la clause "pour une utilisation du gaz en Italie" comme restrictive de la revente: ni l'effet restrictif sur le comportement d'ENEL, ni les effets consécutifs sur le marché concerné par la clause, celui de la fourniture de gaz, ne dépendent du point de savoir si cette clause fait partie d'un contrat de service/transport ou d'un contrat de fourniture. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'objet de cette clause est d'empêcher que le gaz visé par la clause entre en concurrence avec d'autres quantités de gaz¹²¹. Par ailleurs, le transporteur de gaz pourrait avoir un intérêt économique certain à l'introduction dans un contrat de transport d'une clause restreignant la revente dudit gaz¹²².
- (115) L'interprétation de la Commission selon laquelle la clause visait à assurer que le gaz transporté par GDF en exécution du Contrat de Service soit utilisé en Italie et qu'il ne soit pas commercialisé dans d'autres Etats membres, et notamment en France, est confirmée par l'historique de la clause ainsi que par certaines déclarations des parties.
- (116) En effet, la volonté des parties d'assurer que le gaz, une fois relivré par GDF à ENEL, soit ultérieurement transporté en Italie et utilisé *in loco*, plus spécifiquement pour la production d'énergie électrique dans les centrales d'ENEL, avait déjà été reflétée dans le *Memorandum of Understanding* conclu par GDF et ENEL le 30 avril 1997 ainsi que dans la proposition de contrat présentée par GDF à ENEL en date du 15 juillet 1997¹²³.
- (117) Quant aux déclarations d'ENEL, s'il est vrai que dans sa réponse du 10 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 6 février 2003¹²⁴ ainsi que dans une télécopie du 16 novembre 2001¹²⁵ ENEL affirme partager la position de GDF de ne pas considérer la clause comme une "clause de destination géographique", à d'autres occasions l'entreprise a fait des déclarations bien différentes. Notamment, dans sa réponse datée du 13 avril 2000 à la demande de renseignements de la Commission du 7 mars 2000 envoyée dans le cadre de l'affaire COMP/37811, ENEL avait répondu positivement à la question de savoir si elle-même avait souscrit des contrats contenant des clauses restreignant ou interdisant la revente du gaz à l'extérieur du territoire italien : elle avait énuméré parmi ces clauses restrictives la clause "pour une utilisation

¹²¹ Sur ce point, voir les considérants (87) à (89).

¹²² Sur ce point, voir le considérant (90).

¹²³ Voir la note de bas de page n° 52.

¹²⁴ Voir la réponse à la question n° 8.

¹²⁵ Il s'agit d'une télécopie transmise par ENEL à la Commission dans le cadre de l'affaire COMP/37811; l'utilisation de ce document dans la présente affaire a été autorisée par ENEL par un courrier électronique du 10 février 2003.

du gaz en Italie" contenue dans le Contrat de Service, en indiquant que ce contrat établissait que le gaz relivré par GDF à ENEL devait être utilisé en Italie¹²⁶.

- (118) En outre, elle avait précisé que si elle avait eu la possibilité de revendre le gaz, elle aurait pu, selon les conditions du marché, commercialiser sur des marchés plus rémunérateurs une partie du gaz acheté pour la production d'électricité, le remplaçant par des combustibles moins coûteux; la revente sur d'autres marchés aurait également permis de limiter les pertes dans les cas où les besoins pour la production d'électricité étaient inférieurs aux volumes prévus dans les contrats d'approvisionnement¹²⁷.
- (119) De même, ENEL F.T.L., dans sa lettre du 9 octobre 2001 à GDF, qui visait à demander à cette dernière "la neutralisation des dispositions contractuelles dites 'de destination' qui indiquent l'Italie comme destination finale du gaz livré", avait affirmé qu'"une limitation géographique semblerait contraire [...] aux dispositions de l'article 81.1 [...] et à l'art. 82"¹²⁸. A l'égard du texte de cette lettre, GDF, dans ses *Observations*¹²⁹, fait valoir que la Commission l'aurait à tort analysé comme un "aveu" tandis qu'il ne serait que la simple expression d'une crainte conditionnelle à l'analyse de la clause faite par la Commission. Il y a lieu de noter, toutefois, que, dans la lettre, ENEL ne conteste nullement cette analyse et qu'elle avance même, de sa propre initiative, l'hypothèse que la clause pourrait non seulement être contraire à l'article 81 du traité, comme évoqué par la Commission dans les contacts dont ENEL fait état, mais constituer aussi une violation de l'article 82 du traité.
- (120) Qui plus est, dans un document envoyé à la Commission le 12 octobre 2001, ENEL disait être consciente d'avoir souscrit "des clauses contenant des obligations de destination géographique du gaz proposées par les sociétés qui produisent et exportent du gaz et par celles qui le transportent" et que "ce comportement constituait une violation du droit communautaire qui protège la concurrence et la libre circulation des biens et des services dans le marché de l'Union". Dans ce même document, ENEL avait fait état de sa volonté d'"œuvrer pour l'élimination des clauses restrictives de la concurrence qui violent le droit communautaire" et s'était engagée notamment à demander l'élimination des clauses interdisant la revente dans certains contrats, y compris celui conclu avec GDF¹³⁰.

¹²⁶ Voir la réponse à la question n° 11 et la réponse à la question n° 12, à la page 12. Le texte italien du passage cité se lit comme suit: "*Il Contratto (art. 2) stabilisce che il GNL/gas via tubo riconsegnato da GDF a ENEL venga utilizzato in Italia*". L'utilisation de la lettre du 13 avril 2000 dans la présente affaire a été autorisée par ENEL par un courrier électronique du 10 février 2003.

¹²⁷ Voir la réponse à la question n° 15, à la page 15. Le texte italien du passage cité se lit comme suit: "*L'opzione di rivendita permetterebbe all'acquirente, qualora le condizioni di mercato lo consentissero, di collocare su mercati più remunerativi parte del gas acquistato, sostituendolo con combustibili meno costosi; ovvero, qualora il fabbisogno di gas risultasse minore dei quantitativi previsti dai contratti di fornitura, di ridurre le diseconomie derivanti sia dal forzamento del fabbisogno, per rispettare gli impegni di prelievo, sia dagli oneri di Take or Pay/Ship or Pay*".

¹²⁸ Sur cette lettre, voir note de bas de page n° 51.

¹²⁹ Voir les paragraphes 58 à 62 des *Observations*.

¹³⁰ Il s'agit d'un document envoyé à la Commission dans le cadre de l'affaire COMP/37811; pour l'utilisation de ce document dans la présente affaire, voir la note de bas de page n° 81. Le texte italien

- (121) Par ailleurs, lorsque la clause a été supprimée, les parties ont perçu la nécessité de conférer à cette suppression un caractère rétroactif, et ceci, selon les termes de l'avenant, "pour éviter que tout risque d'interprétation contraire - dans le sens d'une restriction de l'utilisation du gaz dans le chef d'ENEL - entre les Parties".
- (122) Enfin, dans sa "*Memoria*", de l'avis de la Commission, ENEL confirme encore une fois, quoique implicitement, l'analyse de la Commission établissant que la clause "pour une utilisation du gaz en Italie" vise à cloisonner les marchés nationaux. En effet, ENEL rappelle que la clause en objet trouve son origine dans la pratique des producteurs de gaz naturel non communautaires "d'imposer aux acheteurs le respect de clauses qui entravent la revente afin de bénéficier de manière exclusive de la segmentation de prix dans les différents marchés d'écoulement"¹³¹.
- (123) Quant à l'argument tiré par GDF de l'absence d'un mécanisme de contrôle de la destination finale des quantités mises à disposition d'ENEL, il y a lieu de noter que l'absence d'un mécanisme de contrôle ne saurait mettre en cause la qualification de la clause comme étant un accord au sens de l'article 81 du traité¹³². A cet égard, il y a lieu de rappeler que, dans sa lettre du 22 octobre 2001, GDF, confrontée à l'hypothèse formulée par ENEL de considérer unilatéralement la clause comme non écrite, ne s'est nullement souciée de l'absence présumée de mécanismes de contrôle mais a clairement indiqué qu'elle considérait la clause comme applicable et elle a prévenu ENEL des conséquences qui auraient pu se produire en cas de non respect¹³³. Et quand bien même GDF pouvait prouver qu'elle ne disposait en réalité daucun moyen lui permettant de vérifier le respect de la clause litigieuse par ENEL, cette clause créerait néanmoins des conditions contribuant à la poursuite des intentions de GDF au moment de l'introduction de ladite clause dans le Contrat de Service¹³⁴.

des passages cités se lit comme suit: "ENEL [...] è consapevole del fatto che, avendo sottoscritto clausole contenenti vincoli di destinazione geografica del gas proposte dalle società produttrici-esportatrici e trasportatrici del gas naturale [...] , ciò integra una violazione delle norme comunitarie a tutela della concorrenza e della libera circolazione dei beni e dei servizi nel mercato dell'Unione (page 3) [...] ENEL ribadisce la propria volontà di adoperarsi per l'eliminazione delle clausole anticoncorrenziali che violano il diritto comunitario. [...] ENEL.HTL offre formalmente alla Commissione l'impegno a richiedere l'eliminazione delle clausole di divieto di rivendita nei seguenti contratti: [...] - Contratto con Gaz de France concluso il 17 dicembre 1997 (pages 7 et 8)".

¹³¹ Voir le paragraphe 31 de la "*Memoria*". Le texte en italien se lit comme suit: "L'origine della clausola controversa è riconducibile alla prassi invalsa tra i produttori extraeuropei di imporre agli acquirenti il rispetto di clausole che ostacolavano la rivendita allo scopo di beneficiare in esclusiva della segmentazione dei prezzi sui diversi mercati di sbocco [...]".

¹³² A cet égard, il y a lieu de rappeler qu'un acte peut être qualifié comme étant un accord au sens de l'article 81 du traité quand il est "la fidèle expression de la volonté commune" des parties (Voir l'arrêt de la Cour de Justice du 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma NV contre Commission*, 41/69, Rec. p. 661, point 112).

¹³³ Sur ce point, voir le considérant (105).

¹³⁴ Voir aussi, sur ce point, l'arrêt de la Cour précité *Miller International Schallplatten GmbH contre Commission*, point 7, qui dit: "[...] la circonstance que de sa part le fournisseur ne maintient de telles interdictions que mollement, ne saurait établir qu'elles sont restées sans effet, leur existence pouvant néanmoins créer un climat "optique et psychologique" qui [...] contribue à une répartition plus ou moins stricte des marchés".

- (124) De même, pour ce qui est de l'argument avancé par ENEL du manque de sanctions prévues en cas de violation de la clause en question, il y a lieu de rappeler que l'obligation de respecter une clause clairement énoncée dans un contrat ne dépend pas de l'introduction dans le contrat de sanctions spécifiques mais de la nature même du lien contractuel¹³⁵. Par ailleurs, dans sa lettre du 22 octobre 2001, GDF avait bel et bien évoqué les conséquences qui pouvaient résulter d'une violation des termes du Contrat de Service¹³⁶.
- (125) Enfin, la Commission ne saurait retenir la thèse de GDF selon laquelle les parties auraient pu convenir d'un point d'échange différent de ceux initialement convenus. En effet, la simple possibilité de modifier un accord pour en éliminer, en tout ou en partie, la restriction qu'il contient ne fait pas échapper celle-ci à l'article 81 du traité.

7.2.2. *Caractère sensible de la restriction*

- (126) La restriction de la concurrence dans le marché commun, qui dérive de la clause "pour une utilisation du gaz en Italie", peut être appréciée comme étant sensible. En effet, les volumes de gaz naturel objet du Contrat de Service représentent une part non négligeable de la consommation de gaz naturel en France et en Autriche, pays où le gaz pourrait être vendu en l'absence de la clause restrictive. Les quantités échangées en 2001 en exécution du Contrat de Service équivalent approximativement à [CONFIDENTIEL – 5,7 à 6,3] % de la consommation française et à [CONFIDENTIEL – 31,5 à 35] % de la consommation autrichienne. Il y a également lieu de souligner que les quantités échangées en 2001 représentent environ [CONFIDENTIEL – 28,5 à 31,5] % de la consommation éligible en France et [CONFIDENTIEL – 63 à 70] % de la consommation éligible en Autriche¹³⁷. Quant aux quantités échangées en 2002, année à laquelle ces quantités ont presque atteint les volumes de la Période Plateau¹³⁸ du Contrat d'Achat, c'est-à-dire [CONFIDENTIEL – 2000 à 5000] millions de m³, elles équivalent approximativement à [CONFIDENTIEL – 5 à 11] % de la consommation française et à [CONFIDENTIEL – 26 à 65] % de la consommation autrichienne. Le pourcentage

¹³⁵ Voir, sur ce point, la jurisprudence précitée *ACF Chemiefarma NV contre Commission*.

¹³⁶ Voir, pour les extraits de la lettre de GDF, le considérant (105).

¹³⁷ En effet, il semble pertinent en l'espèce de calculer également le pourcentage que les quantités échangées représentent par rapport à la seule consommation éligible. Or, comme le degré d'ouverture du marché français aux termes de la directive 98/30/CE s'élève à 20 %, la consommation éligible peut être évaluée approximativement à 8 900 millions de m³ en 2001 et 8 800 millions de m³ en 2002. Quant à l'Autriche, en 2001, l'ouverture du marché était de 50 %, ce qui permet de chiffrer la consommation éligible approximativement à 3 900 millions de m³. Le marché a ensuite été complètement libéralisé le 1^{er} octobre 2002.

¹³⁸ On entend par « Période Plateau » la période dans laquelle les fournitures ont atteint un niveau qui restera approximativement constant pour le reste de la durée d'un contrat. La Période Plateau suit normalement une phase initiale de montée en régime pendant laquelle les quantités fournies sont inférieures.

concernant la consommation française éligible s'élève à [CONFIDENTIEL – 22 à 56] %¹³⁹.

- (127) La restriction de la concurrence peut être appréciée comme étant d'autant plus sensible si l'on tient compte du fait que le marché gazier est aujourd'hui peu fluide et que les arbitrages gaz/électricité exercés par des opérateurs comme ENEL sont justement parmi les rares facteurs qui peuvent augmenter les disponibilités de court et moyen terme, en contribuant à une concurrence plus active¹⁴⁰. La volonté d'ENEL d'opérer ainsi a été d'ailleurs confirmée dans sa réponse du 10 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 6 février 2003: à la question concernant sa stratégie sur les ventes à l'étranger, ENEL a répondu qu'elle envisage d'effectuer du négoce physique de gaz à l'étranger selon les opportunités qui se présentent, en d'autres termes aussi bien en optimisant son portefeuille gazier (par exemple, en cas de surplus par rapport aux besoins nationaux) qu'en opérant de l'arbitrage, quand les marges seraient intéressantes¹⁴¹. Qui plus est, aussi bien en 2001 qu'en 2002 ENEL a déjà vendu des volumes de gaz naturel à l'étranger¹⁴².
- (128) Bien que les éléments repris aux considérants (126) et (127) permettent d'établir à suffisance de droit que la clause "pour une utilisation du gaz en Italie" restreint en elle-même de manière sensible la concurrence à l'intérieur du marché commun, il semble utile de rappeler que GDF a conclu également un autre contrat de transport contenant lui aussi une clause ayant le même objet que ladite clause du Contrat de Service¹⁴³. En effet, pour déterminer si un accord présente un objet restrictif de concurrence, il y a lieu de tenir compte non seulement de sa nature et de son but mais également du contexte économique dans lequel il doit être appliqué¹⁴⁴. Ainsi, le caractère restrictif de la clause contenue dans le contrat conclu entre GDF et ENEL peut être apprécié

¹³⁹ Les pourcentages concernant 2002 ont été calculés sur la base des chiffres provisoires concernant la consommation en France et en Autriche en 2002 qui figuraient dans la communication des griefs adoptée le 26 février 2004. Voir, sur ce point, la note de bas de page n° 20.

¹⁴⁰ Voir, sur ce point, le considérant (13).

¹⁴¹ Voir la réponse n° 15. Le texte italien de la réponse se lit comme suit: "*ENEL punta ad effettuare trading fisico di gas all'estero su base "opportunistica", ovvero sia in termini di ottimizzazione del proprio portafoglio (es. in caso di surplus rispetto ai fabbisogni nazionali) sia in termini di "arbitraggio", ove possibile, laddove vi siano opportunità interessanti in termini di margini*". Cette réponse reflète les déclarations d'ENEL déjà citées au considérant (118) et à la note de bas de page n° 127.

¹⁴² Voir, sur ce point, le considérant (82).

¹⁴³ Il s'agit du Contrat de Transport conclu par GDF avec ENI mentionné au considérant (91) et à la note de bas de page n° 85.

¹⁴⁴ Voir notamment, sur cette question, l'arrêt de la Cour précité *Miller International Schallplatten GmbH contre Commission*, point 7, l'arrêt de la Cour précité *NV IAZ International Belgium et autres contre Commission*, points 23-25, ainsi que l'arrêt de la Cour précité *Compagnie Royale asturienne des mines (CRAM) et Rheinzink contre Commission*, point 26.

non seulement isolément mais aussi à la lumière de l'ensemble des activités des entreprises concernées¹⁴⁵.

- (129) Or, à propos du caractère sensible de la restriction, GDF fait valoir que la méthode de la Commission visant à apprécier la sensibilité de la restriction en comparant les volumes de gaz faisant l'objet du Contrat de Service "avec la consommation nationale d'Etats membres adjacents aux points de livraison du gaz" serait erronée car elle ne tient pas compte du fait qu'ENEL avait besoin du gaz en Italie, ce qui lui aurait permis tout au plus d'effectuer des opérations d'arbitrage. En outre, "ces facultés d'arbitrage n'auraient pu être, en tout état de cause, que limitées, en raison de l'absence, à Baumgarten et à Oltingue, de marchés organisés"¹⁴⁶. Enfin, GDF fait valoir que la Commission aurait dû éventuellement comparer les volumes de gaz objet du Contrat de Service non pas à la consommation individuelle des Etats membres mais à la consommation globale d'un ensemble de pays incluant la France, la Suisse, l'Allemagne et l'Autriche¹⁴⁷.
- (130) ENEL, quant à elle, observe que la Commission aurait dû comparer les volumes de gaz objet du Contrat de Service à la consommation globale dans le marché européen, où ENEL avait de toute manière une faible position. La Commission en outre aurait dû prendre en compte les entraves que l'entreprise aurait rencontrées si elle avait souhaité commercialiser en France ou en Autriche le gaz objet du Contrat de Service, en raison du degré peu avancé du processus de libéralisation dans la Communauté¹⁴⁸.
- (131) A cet égard, il y a lieu de rappeler que l'appréciation du caractère sensible d'une restriction ne saurait dépendre de l'analyse de besoins et situations factuelles qui peuvent évoluer à tout moment au cours des prochaines dix-sept années pendant lesquelles le Contrat de Service déployera ses effets et qui ont déjà évolué depuis le début de son exécution¹⁴⁹.
- (132) En outre, quand aux arguments avancés par GDF et ENEL, sans par ailleurs en donner des justifications, selon lesquels pour apprécier le caractère sensible de la restriction, il aurait fallu tenir compte de la consommation dans un ensemble de pays incluant la France, la Suisse, l'Allemagne et l'Autriche ou bien dans la globalité du marché européen, il y a lieu de noter que les volumes objet du contrat auraient eu de toute manière un impact sensible en raison des spécificités du secteur gazier européen¹⁵⁰,

¹⁴⁵ Voir notamment, sur cette question, l'arrêt de la Cour de justice du 25 octobre 1979, *Greenwich Film Production contre SACEM et Labrador*, 22/79, Rec. p. 3275, point 12 *in fine*. Voir également, *mutatis mutandis*, l'arrêt du Tribunal de première instance du 8 juin 1995, *Langnese Iglo GmbH c. Commission*, T-7/93, Rec. p. II-1533, point 129, où, se prononçant sur l'appréciation des effets restrictif d'un contrat, la Cour a indiqué qu'en présence d'un réseau d'accords similaires conclus par un seul producteur, l'appréciation portée sur les effets de ce réseau sur le jeu de la concurrence s'applique à l'ensemble des contrats individuels constituant le réseau.

¹⁴⁶ Voir les paragraphes 120 à 141 des *Observations*.

¹⁴⁷ Voir les paragraphes 142 à 145 des *Observations*.

¹⁴⁸ Voir les paragraphes 42 à 48 de la "Memoria".

¹⁴⁹ Voir, sur ce point, les considérant (106) à (108) ainsi que la jurisprudence précitée *Miller*.

¹⁵⁰ Voir les considérants (15) et (16).

notamment en France¹⁵¹, et plus particulièrement du manque de fluidité déjà évoqué et confirmé d'ailleurs par GDF même¹⁵².

- (133) Pour les mêmes raisons, la Commission ne saurait retenir l'argument selon lequel la restriction ne saurait être appréciée comme étant sensible car ENEL n'aurait pu effectuer que des opérations d'arbitrage limitées.

7.2.3. *Effets de la restriction*

- (134) Il est de jurisprudence constante qu'aux fins de l'application de l'article 81 du traité, "la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue, dès lors qu'il apparaît que celui-ci a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Par conséquent, la démonstration d'effets anticoncurrentiels réels n'est pas requise, alors même que l'objet anticoncurrentiel des comportements reprochés est établi"¹⁵³.

7.3. Affectation du commerce entre Etats membres

- (135) Des mesures visant au cloisonnement des marchés nationaux sont, par nature, susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres¹⁵⁴.
- (136) L'analyse déjà effectuée quant à l'importance des volumes de gaz objet du Contrat de Service en Italie, en France et en Autriche permet de conclure que, dans le cas d'espèce, la clause restrictive affecte sensiblement le commerce entre les Etats membres.

8. L'APPLICATION DE L'ARTICLE 81, PARAGRAPHE 3

- (137) En vertu de l'article 81, paragraphe 3, du traité, les dispositions du paragraphe 1 dudit article peuvent être déclarées inapplicables dans certaines conditions.
- (138) Notamment, aux termes de l'article 2 du règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées¹⁵⁵, l'article 81, paragraphe 1, du traité est déclaré inapplicable aux accords et pratiques concertées, conclus entre deux ou plus de deux entreprises dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou

¹⁵¹ Voir les considérants (20) à (22) et (71) à (81).

¹⁵² Voir le paragraphe 139 des *Observations*.

¹⁵³ Voir, *inter alia*, l'arrêt du Tribunal de première instance du 6 juillet 2000, *Volkswagen AG c. Commission*, T-62/98, Rec. p. II-2707, point 178.

¹⁵⁴ Voir notamment l'arrêt du Tribunal précité *Volkswagen AG c. Commission*, point 179.

¹⁵⁵ JO L 336 du 29.12.1999, p. 21. Règlement modifié par l'acte d'adhésion de 2003.

revendre certains biens ou services, communément appelés les produits (biens ou services) contractuels.

- (139) Or, comme la clause "pour une utilisation du gaz en Italie" concerne les conditions de revente du gaz naturel, si l'on considère que le Contrat de Service est un contrat de transport¹⁵⁶, il est possible que le règlement (CE) n° 2790/1999 ne soit pas applicable *ratione materiae* à ladite clause car le produit contractuel dont il est question dans un contrat de transport serait le service de transport et non pas le gaz naturel.
- (140) Toutefois, cette question n'a pas à être tranchée en l'espèce. En effet, même en émettant l'hypothèse que le règlement (CE) n° 2790/1999 soit applicable, il est de toute manière à exclure que l'accord en question puisse bénéficier dudit règlement: conformément à l'article 4, point b), dudit règlement, l'exemption "ne s'applique pas aux accords verticaux qui [...] ont pour objet [...] la restriction concernant le territoire dans lequel [...] l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels". Or, la clause "pour une utilisation du gaz en Italie" restreint précisément le territoire dans lequel ENEL peut vendre le gaz. La clause ne correspond, par ailleurs, à aucune des exceptions prévues à l'article 4, point b), du règlement (CE) n° 2790/1999.
- (141) Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire non plus de se prononcer sur l'éventuelle applicabilité de l'article 2, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 2790/1999 concernant les accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes.
- (142) Les conclusions concernant l'exclusion de toute possibilité que l'accord en question puisse bénéficier du règlement (CE) n° 2790/1999 seraient également confirmées dans l'hypothèse où on interpréterait le Contrat de Service comme la combinaison de deux contrats d'achat-vente de gaz naturel, le premier étant celui par lequel ENEL vend des quantités de gaz naturel à GDF à Montoir de Bretagne et le deuxième étant le contrat par lequel ENEL acquiert les mêmes quantités de gaz de GDF aux trois Points de Relivraison¹⁵⁷. Dans cette hypothèse en effet, le produit contractuel serait le gaz naturel et la clause en question remplirait sans aucun doute possible les conditions de l'article 2, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 2790/1999. Toutefois, la clause ne saurait bénéficier dudit règlement, toujours en vertu de son article 4, point b).
- (143) Par ailleurs, un examen des conditions pour l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité au cas individuel en cause révèle que ces conditions – cumulatives – ne sont pas toutes remplies. En effet, l'article 81, paragraphe 3, du traité exige entre autres que l'accord en cause contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. En outre, l'accord ne doit pas imposer des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et ne doit pas donner la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.
- (144) Or, ni GDF ni ENEL n'ont fourni d'argument probant que les conditions énumérées au considérant (143) aient été remplies. Au contraire, ENEL a répondu par la négative à

¹⁵⁶ Voir, sur ce point, le considérant (62).

¹⁵⁷ Sur ce point, voir le considérant (62).

la question de savoir s'il existait des raisons économiques qui justifieraient une exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, du traité¹⁵⁸ et a réitéré cette réponse ultérieurement¹⁵⁹. De l'avis d'ENEL, la restriction de concurrence en question ne contribue pas à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique. En tout état de cause, rien ne permet de déduire qu'une partie équitable du profit est réservée aux utilisateurs.

- (145) Il découle de tout ce qui précède que le Contrat de Service conclu par GDF et ENEL et contenant la clause "pour une utilisation du gaz en Italie" constitue un accord entre entreprises qui relève du champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, du traité et ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité.

9. DUREE DE L'INFRACTION

- (146) Comme le Contrat de Service a été conclu le 17 décembre 1997, l'infraction pourrait être considérée comme ayant débuté à cette date.
- (147) Compte tenu des spécificités du secteur gazier et des circonstances particulières de l'espèce, il serait possible également de prendre en considération, afin d'établir le début de l'infraction, le moment à partir duquel la clause contestée pouvait entraver les exportations de gaz naturel vers d'autres Etats membres, et notamment le fait que les livraisons de gaz nigérian n'ont pu débuter que le 1^{er} octobre 1999 et qu'à partir de cette date le Contrat de Service a également pris effet¹⁶⁰.
- (148) Depuis lors, GDF a notamment relivré à ENEL des volumes de GNL à Panigaglia et des volumes de gaz naturel transporté par gazoduc à Baumgarten. ENEL aurait pu donc, en l'absence de la clause contestée, utiliser librement le gaz objet du Contrat de Service et le revendre dans des Etats membres autres que l'Italie, par exemple en Autriche. Dans ce pays, notamment, le gaz aurait pu être vendu, depuis le 1^{er} octobre 1999, tout au moins à OMV, l'importateur qui y était traditionnellement établi. En outre, à partir du 1^{er} août 2000, date à laquelle la législation transposant en Autriche la directive 98/30/CE est entrée en vigueur, le gaz aurait pu être également vendu aux clients éligibles identifiés par cette législation.
- (149) Depuis avril 2002, les relivraisons à Oltingue ont également commencé et, au moins dès le 10 août 2000, quand GDF a donné accès à son réseau de transport¹⁶¹, des ventes à des clients éligibles en France auraient été également possibles.

¹⁵⁸ Voir la réponse n° 3 dans la lettre du 28 juin 2000 envoyée par ENEL dans le cadre de l'affaire COMP/37811; l'utilisation de ce document dans la présente affaire a été autorisée par ENEL par un courrier électronique du 10 février 2003.

¹⁵⁹ Voir la réponse n° 6 dans la lettre envoyée par ENEL en date du 10 mars 2003.

¹⁶⁰ Voir le considérant (66).

¹⁶¹ Voir, sur ce point, le considérant (73).

- (150) En l'espèce, la question de savoir si la restriction a débuté déjà au moment de la signature du Contrat de Service ne doit pas être examinée. Il peut être donc conclu que l'infraction a débuté au plus tard le 1^{er} octobre 1999.
- (151) Comme la clause litigieuse a été supprimée par l'avenant du 3 novembre 2003, l'infraction a pris fin à cette date.
- (152) L'appréciation de la Commission concernant la durée de l'infraction ne saurait être modifiée par le fait que les parties ont stipulé dans l'avenant du 3 novembre 2003 que celui-ci prendrait effet rétroactivement, à la date de la signature du Contrat de Service. En effet, le caractère "rétroactif" de cette modification n'affecte pas le fait que, pendant toute la durée infractionnelle retenue, l'acheteur devait tenir compte de la clause litigieuse pour déterminer son comportement sur le marché.
- (153) De même, la Commission ne saurait retenir l'observation d'ENEL selon laquelle l'infraction n'aurait pu débuter qu'après l'engagement pris par NLNG à l'égard de la Commission quant à la suppression de la clause de restriction territoriale contenue dans le Contrat d'Achat, à la fin de 2002¹⁶². Sans compter le fait que NLNG a informé ENEL, dès le 19 janvier 2001, du fait qu'elle acceptait de supprimer ladite clause¹⁶³, la restriction de la concurrence dérivant de la clause "pour une utilisation du gaz en Italie" contenue dans le Contrat de Service a une portée autonome par rapport à celle de la clause de restriction territoriale contenue dans le Contrat d'Achat¹⁶⁴. Sa suppression n'aurait donc pu dépendre de la suppression de la clause contenue dans le Contrat d'Achat.

10. DESTINATAIRES

- (154) Les destinataires de la présente décision sont Gaz de France et ENEL S.p.A., parties au Contrat de Service contenant la clause contestée au moment de sa signature, ainsi que ENEL Trade, société à laquelle le contrat a été transféré à partir du 1^{er} janvier 2002.
- (155) GDF est tenue pour responsable de l'infraction pendant toute sa durée.
- (156) ENEL S.p.A. est tenue pour responsable de l'infraction pendant toute sa durée soit en tant que co-contractant de GDF, soit en tant que société mère de ENEL Trade.
- (157) Sa responsabilité en tant que société mère est fondée sur le fait que la Commission estime pouvoir lui imputer le comportement de ENEL Trade car elle contrôle entièrement cette dernière¹⁶⁵.

¹⁶² Voir les paragraphes 39 à 41 de la "Memoria".

¹⁶³ Voir, sur ce point, le considérant (65) et la note de bas de page n° 54.

¹⁶⁴ Voir, sur ce point, le considérant (111).

¹⁶⁵ Pour la structure de contrôle de ENEL Trade, voir la note de bas de page n° 12.

- (158) En effet, ENEL S.p.A. constitue avec sa filiale ENEL Trade une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels ou immatériels, poursuivant de façon durable le but, entre autres, d'acquérir du gaz pour sa revente et pour la production d'énergie électrique. Les deux sociétés constituent ainsi une entreprise unique, au sens de l'article 81 du traité.
- (159) Quant à la responsabilité de ENEL Trade pour l'infraction, elle est engagée dans les limites de la période pendant laquelle la société en question a participé à la mise en œuvre du contrat et appartenait donc à l'entreprise ayant commis l'infraction. A cet égard, il y a lieu de rappeler que, depuis le 1^{er} juin 2000, dans le cadre de la réorganisation d'ENEL, ENEL Trade, dénommée à l'époque ENEL F.T.L., s'est vu confier la gestion des contrats d'achat de combustibles et des services associés, et donc également la gestion du Contrat de Service¹⁶⁶. En outre, la cession du Contrat de Service par ENEL S.p.A. à ENEL Trade est devenue opérationnelle à partir du 1^{er} janvier 2002¹⁶⁷. Par conséquent, ENEL Trade sera tenue pour responsable de la période infractionnelle postérieure au 1^{er} juin 2000.

11. MESURES CORRECTIVES

- (160) Conformément à l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003, "si la Commission, agissant d'office ou saisie d'une plainte, constate l'existence d'une infraction aux dispositions de l'article 81 ou de l'article 82 du traité, elle peut obliger par voie de décision les entreprises [...] intéressées à mettre fin à l'infraction constatée. [...] Lorsque la Commission y a un intérêt légitime, elle peut également constater qu'une infraction a été commise dans le passé"¹⁶⁸.
- (161) Or, l'infraction a pris fin le 3 novembre 2003.
- (162) Toutefois, la Commission a un intérêt légitime, au sens de l'article 7, paragraphe 1, *in fine* du règlement (CE) n° 1/2003, à constater que GDF, ENEL S.p.A. et ENEL Trade ont contrevenu aux dispositions de l'article 81 du traité, compte tenu de la gravité¹⁶⁹ et des circonstances de l'infraction. Depuis que le secteur gazier a été ouvert à la concurrence, assurer le respect des règles de concurrence du traité est devenu plus important encore qu'auparavant. Il faut éviter que GDF et ENEL en particulier, ainsi que les autres entreprises actives dans ce secteur, considèrent ou continuent à considérer, à tort, que des pratiques telles que celles observées en l'espèce sont conformes au droit communautaire. L'intérêt à constater l'infraction est en l'espèce d'autant plus évident que GDF et ENEL ont contesté le caractère anticoncurrentiel de la clause litigieuse et qu'il existe donc un risque que le comportement infractionnel soit répété.

¹⁶⁶ Voir, sur ce point, le considérant (7).

¹⁶⁷ Voir, sur ce point, le considérant (61).

¹⁶⁸ Cette dernière faculté correspond à celle reconnue par la jurisprudence de la Cour sur la base du règlement n° 17: voir l'arrêt de la Cour de Justice du 2 mars 1983, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) contre Commission*, 7/82, Rec. p. 483.

¹⁶⁹ Voir, notamment, l'arrêt du Tribunal précité *Volkswagen AG c. Commission*, point 336.

(163) La Commission ne considère pas qu'il soit approprié en l'espèce d'infliger des amendes aux destinataires de la présente décision en vertu de l'article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003. En effet, la Commission tient compte des spécificités du secteur gazier européen et des circonstances propres au cas d'espèce. En particulier, le secteur gazier est l'objet d'un processus de libéralisation qui implique une évolution profonde dans les pratiques commerciales des acteurs qu'y sont présents, notamment celles liées à la commercialisation du gaz naturel dans des Etats membres autres que celui où chaque opérateur a été traditionnellement établi. Dans ce secteur, la présente décision est la première concernant des restrictions territoriales.

12. CONCLUSIONS

- (164) Par conséquent, et compte tenu des arguments exposés, la Commission est parvenue à la conclusion que Gaz de France, ENEL S.p.A. et ENEL Trade ont conclu un accord qui avait pour objet de restreindre le territoire dans lequel ENEL pouvait revendre le gaz objet du Contrat de Service et de cloisonner le marché européen du gaz.
- (165) Elles ont ainsi contrevenu aux dispositions de l'article 81 du traité,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

Par le contrat de service du 17 décembre 1997, Gaz de France, ENEL S.p.A. et ENEL Trade S.p.A. ont contrevenu aux dispositions de l'article 81 du traité en concluant un accord qui avait pour objet de restreindre le territoire dans lequel ENEL pouvait revendre le gaz objet du contrat de service et de cloisonner le marché européen du gaz.

L'infraction a duré du 1^{er} octobre 1999, au plus tard, au 3 novembre 2003 pour ce qui est de GDF et d'ENEL S.p.A., et du 1^{er} juin 2000 au 3 novembre 2003 pour ce qui est d'ENEL Trade S.p.A.

Article 2

Sont destinataires de la présente décision:

- 1) Gaz de France
 23, rue Philibert Delorme
 F-75840 Paris Cedex 17
 France
- 2) ENEL S.p.A.
 Viale Regina Margherita
 137, I-00198 Roma
 Italie
- 3) ENEL Trade S.p.A.
 Viale Regina Margherita
 125, I-00198 Roma
 Italie.

Fait à Bruxelles, le 26 octobre 2004

Par la Commission

*Mario MONTI
Membre de la Commission*