

Asunto C-245/24**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

5 de abril de 2024

Órgano jurisdiccional remitente:

Administrativen sad Sofia-oblast (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de la Provincia de Sofia, Bulgaria)

Fecha de la resolución de remisión:

5 de abril de 2024

Parte demandante:

LUKOIL Bulgaria EOOD

LUKOIL Neftohim Burgas AD

Parte demandada:

Komisia za zashtita na konkurentsia

Objeto del procedimiento principal

Demanda presentada por LUKOIL Bulgaria EOOD (en lo sucesivo, «Lukoil Bulgaria») y LUKOIL Neftohim Burgas AD (en lo sucesivo, «Lukoil Neftohim Burgas») contra la decisión n.º 332/04.04.2023 de la Komisia za zashtita na konkurentsia (Autoridad de Defensa de la Competencia; en lo sucesivo, «KZK»), por la cual se declaró la existencia de una infracción del artículo 21, puntos 2 y 5, de la Zakon za zashtita na konkurentsia (Ley de Defensa de la Competencia) y del artículo 102 TFUE, apartado 2, letra b), y se impuso una multa.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación del Derecho de la Unión al amparo del artículo 267 TFUE.

Cuestiones prejudiciales

1) Cuando la autoridad nacional de defensa de la competencia ha constatado distintos comportamientos, algunos de los cuales ha calificado como denegación de acceso a una instalación esencial, y otros, como restricción del comercio, pero integrándolos en una estrategia general de la empresa, ¿es lícito apreciar una única infracción del artículo 102 TFUE, o deberían apreciarse infracciones distintas, consistentes en la denegación de acceso a una instalación esencial o en una restricción del comercio?

2) ¿Debe excluir la autoridad de defensa de la competencia la aplicación de los criterios Bronner en relación con la supuesta infracción del artículo 102 TFUE en forma de denegación de suministro (*refusal to supply*) en todos los casos en que la empresa en posición dominante haya recibido fondos públicos (en virtud de un contrato de privatización/concesión) en relación con la infraestructura esencial (*essential facility*), o es preciso analizar el importe de la inversión, la ejecución del contrato de privatización/concesión (en virtud del cual se adquirió la infraestructura esencial) y la cuestión de si la inversión se llevó a cabo en ejecución del contrato de privatización/concesión o por iniciativa propia?

2.1) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿se respeta el principio de proporcionalidad con arreglo al [apartado 75 de] las Orientaciones sobre la aplicación del artículo 102 TFUE (sección [«IV.][D. Denegación de suministro y compresión de márgenes»]), en caso de aplicación de criterios restrictivos establecidos con arreglo al principio de lo «absolutamente imprescindible» para mantener la competencia, considerando debidamente los intereses de la empresa en posición dominante, cuando esta ha realizado inversiones en la infraestructura esencial (*essential facility*)?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TFUE»); en particular, sus artículos 102, apartado 2, letra b), y 267

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»); en particular, sus artículos 41 y 47

Reglamento (UE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101] y [102] del Tratado; en particular, sus artículos 3 y 27

Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo [102 TFUE] a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes; en particular, los apartados 13 a 15, 75 y 82 (DO 2009, C 45, p. 2)

Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03)

Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 2014, AT.39523, Slovak Telekom

Sentencia de 26 de noviembre de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569)

Sentencia del Tribunal General de 18 de noviembre de 2020, Lietuvos geležinkeliai/Comisión (T-814/17, EU:T:2020:545)

Conclusiones del Abogado General Rantos presentadas el 7 de julio de 2022 en el asunto Lietuvos geležinkeliai (C-42/21 P, EU:C:2022:537)

Sentencia de 12 de enero de 2023, Lietuvos geležinkeliai/Comisión (C-42/21 P, EU:C:2023:12)

Sentencia de 18 de diciembre de 2008, Sopropé (C-349/07, EU:C:2008:746)

Sentencia de 1 de octubre de 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Consejo (C-141/08 P, EU:C:2009:598)

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Konstitutsia na Republika Bulgaria (Constitución de la República de Bulgaria); en particular, los artículos 17 y 18

Administrativnoprotsesualen kodeks (Código de Procedimiento Administrativo); en particular, los artículos 6 y 168

Zakon za zashtita na konkurentsia (Ley de Defensa de la Competencia; en lo sucesivo, «Ley de Competencia»); en particular, los artículos 8, 20 y 21, puntos 2 y 5

Zakon za danak varhu dobavenata stoinost (Ley del IVA); en particular, los artículos 13 y 16

Zakon za aktsizite i danachnite skladove (Ley de Impuestos Especiales y Depósitos Fiscales; en lo sucesivo, «Ley de Impuestos Especiales»)

Pravilnik za prilagane na Zakona za aktsizite i danachnite skladove (Reglamento de Ejecución de la Ley de Impuestos Especiales y Depósitos Fiscales; en lo sucesivo, «Reglamento de Impuestos Especiales»)

Zakon za zapasite ot neft i neftoprodukti (Ley de Reservas de Petróleo y Productos del Petróleo)

Metodika za izvurshvane na prouchvane i opredelyane na pazarnoto polozhenie na predpriatiata na saotvetnia pazar (Métodos de ejecución de estudios de mercado y

de determinación de la posición de las empresas en el mercado de referencia), adoptados mediante Decisión de la KZK n.º 393/21.04.2009.

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 La KZK inició, con arreglo a su propia decisión n.º 268/16.04.2020, un procedimiento con el número de expediente KZK-255/2020 para determinar posibles infracciones de los artículos 15 y 21 de la Ley de Competencia o de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE en la fijación de los precios de los carburantes corrientes a lo largo de la cadena producción/importación —almacenamiento — mercado mayorista — mercado minorista, tanto en los distintos planos horizontales como en el plano vertical, por parte de ocho empresas (entre ellas, Lukoil Neftohim Burgas y Lukoil Bulgaria), a raíz de un comunicado de la Varhovna administrativna prokuratura (Fiscalía Superior en el Orden Contencioso-Administrativo; en lo sucesivo, «VAP») sobre la incongruencia entre la acentuada reducción del precio mundial del crudo (en torno al 47,4 %) en marzo de 2020 y la reducción de los precios de venta al por menor de los combustibles en el país (aproximadamente, el 11 %) durante el mismo período. La VAP presentó también datos sobre los precios medios de los combustibles comercializados desde depósitos fiscales, incluidos los impuestos especiales y el IVA, así como un comunicado de un ciudadano en que se afirmaba que, a la vista de la caída de los precios del crudo en el mercado mundial, en Bulgaria se estaba especulando con los precios de los combustibles.
- 2 Según un análisis del mercado realizado por la Agentsia Mitnitsi (Agencia de Aduanas), los precios medios diarios de la gasolina y el gasóleo entre el 30 de marzo y el 5 de abril de 2020 se redujeron un promedio de 0,07 BGN, es decir, un 4,5 %. Los precios del combustible en los surtidores para consumidores finales (gasolineras) reaccionaron una semana más tarde (en torno al 12 de marzo de 2020) a la modificación del precio del crudo en la bolsa. De este análisis se desprende también que en las dos últimas semanas de marzo y en la primera semana de abril de 2020, que conocieron un descenso gradual de los precios de los productos energéticos en el país, reaccionaron todas las grandes cadenas de gasolineras.
- 3 Era objeto de examen en el procedimiento que se sigue ante la KZK el comportamiento de Lukoil Neftohim Burgas y Lukoil Bulgaria en relación con la restricción del acceso a los depósitos fiscales y a las infraestructuras de transporte, comportamiento que pudo restringir la importación de combustibles a Bulgaria.
- 4 Desde el 10 de diciembre de 2018, el capital social de Lukoil Neftohim Burgas está dividido en 99 397 192 acciones, de las cuales Lukoil Europe Holdings B.V. posee el 89,97 %, y PAO Lukoil, el 9,88 %. La empresa que ejerce el control es PAO Neftianaia kompania LUKOIL, de la Federación Rusa. Las acciones se dividen en dos clases: la clase A (acciones en manos de la República de Bulgaria, que le confieren derechos especiales) y la clase B (las demás). Sin el previo

consentimiento por escrito del Estado, en su condición de tenedor de acciones de la clase A, la junta general de accionistas de la sociedad no puede adoptar decisiones relativas al cese o la reducción sustancial de la transformación de petróleo o de la producción de combustibles ni puede denegar el acceso a las instalaciones portuarias o a los oleoductos a cambio de una remuneración adecuada, en relación con: a) las autoridades del Estado, cuando desempeñen las funciones que les han sido legalmente encomendadas, en cuanto a los volúmenes que hayan comunicado conforme a un calendario previamente acordado; b) las empresas u organismos designados por decisión del Gobierno de la República de Bulgaria o de la autoridad que este expresamente haya habilitado, cuando: • con ello no se exceda la capacidad libre del oleoducto, • lo permitan las posibilidades técnicas del oleoducto y • no afecte a la capacidad de producción de la empresa.

- 5 La sociedad Lukoil Neftohim Burgas adquirió casi todos sus depósitos de petróleo y la correspondiente infraestructura de oleoductos en el curso de una privatización de la empresa estatal Neftohim EAD entre finales del siglo XX y principios del siglo XXI. La infraestructura de transporte y logística del grupo de empresas fue construida en los años setenta por el Estado con fondos públicos y es única en el país y en la región. Permite transportar combustibles desde la costa del mar Negro hasta la capital, así como almacenar y transportar combustibles desde los depósitos de petróleo hasta las grandes ciudades del país (Burgas, Stara Zagora, Plovdiv, Sofía). Tras la privatización de la empresa estatal Neftohim, la infraestructura pasó a ser propiedad del grupo empresarial Lukoil (en lo sucesivo, «Grupo Lukoil»).
- 6 La sociedad Lukoil Neftohim Burgas, que cuenta con su propia refinería para la transformación primaria del petróleo, es el principal fabricante de productos del petróleo en Bulgaria. Importa petróleo y fuelóleo y elabora productos del petróleo que vende en el mercado interior y exporta al extranjero (mercado mayorista, incluidas entregas intracomunitarias). La empresa dispone de terminales de transporte marítimo, ferroviario y por carretera. El petróleo descargado de los buques petroleros y los productos del petróleo se recogen en tanques propios y se transportan a sus destinos correspondientes. La empresa opera en dos plantas unidas entre sí por oleoductos: la planta de Lukoil Neftohim Burgas, que es de su propiedad, y la terminal portuaria de Rosenets, una instalación de titularidad estatal que le fue cedida mediante decisión del Gobierno de la República de Bulgaria del año 2011, en virtud de un contrato de concesión de servicios. En el período comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 30 de junio de 2020, Lukoil Neftohim Burgas suministró gasolina AD A-95H, gasóleo y los correspondientes biocarburantes para su exportación por medio de distintos distribuidores.
- 7 Entre el 1 de enero y el 15 de diciembre de 2016, Lukoil Europe Holdings B.V. sita en los Países Bajos fue la propietaria única de las acciones de Lukoil Bulgaria; a partir de esta última fecha, ocupó su lugar otra sociedad del Grupo Lukoil: la compañía suiza LITASCO SA.

- 8 La actividad principal de Lukoil Bulgaria comprende el comercio al por mayor y al por menor de carburantes y productos del petróleo, el mezclado de combustibles minerales con aditivos biológicos en depósitos de suministro de petróleo, y las actividades de transporte y expedición. Entre el 1 de enero de 2016 y el 30 de noviembre de 2020, Lukoil Bulgaria poseyó tres depósitos de impuestos especiales en el territorio nacional. El oleoducto Burgas-Sofía y el depósito de petróleo asociado a este están autorizados como depósito fiscal.
- 9 Sobre la base del análisis económico y jurídico realizado, la KZK declaró, en su decisión n.º 332/04.04.2023, que el Grupo Lukoil había cometido una infracción del artículo 21, puntos 2 y 5, de la Ley de Competencia y del artículo 102 TFUE, apartado 2, letra b), consistente en la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado del almacenamiento de combustibles, al [no] permitir a los importadores y fabricantes de combustibles el acceso a sus depósitos fiscales, al limitar las importaciones por vía marítima con el bloqueo del depósito fiscal vinculado a las terminales de Rosenets y Petrol Varna, y al denegar el acceso a los oleoductos del Grupo Lukoil para transportar los combustibles de otros fabricantes e importadores, lo cual impide, limita o falsea la competencia y puede perjudicar a los intereses de los consumidores, ya que restringe la importación de combustibles en el territorio nacional.

Alegaciones esenciales de las partes del procedimiento principal en relación con la primera cuestión prejudicial

- 10 A los efectos de la investigación, la KZK definió un determinado mercado: el mercado interior de almacenamiento de combustibles. A continuación, la autoridad reguladora dividió este mercado en dos submercados: el de almacenamiento de combustibles con arreglo a la Ley de Impuestos Especiales y el de almacenamiento de combustibles con arreglo a la Ley de Reservas de Petróleo y Productos del Petróleo. A su vez, cada uno de estos submercados se divide en dos: el del almacenamiento de gasóleo y el del almacenamiento de gasolina. La KZK apreció una estrategia general del Grupo Lukoil dirigida a aprovecharse indebidamente de su posición dominante en el mercado del almacenamiento de combustibles, con la cual podían restringirse las importaciones de carburantes y limitarse la presión de la competencia sobre el mercado mayorista, a fin de mantener la posición dominante del Grupo Lukoil en los planos verticales del mercado.
- 11 Al examinar el comportamiento del Grupo Lukoil se diferenciaron dos períodos. En el primero de ellos, los depositarios autorizados no estaban obligados a ceder parte de su capacidad para su utilización por terceros independientes. Este período abarcaba desde el inicio del período objeto del análisis (1 de enero de 2016) hasta el 22 de diciembre de 2020, cuando expiró el plazo de tres meses para la adaptación de los almacenistas a las nuevas exigencias introducidas con las modificaciones de la Ley de Impuestos Especiales y del Reglamento de Impuestos Especiales en julio y septiembre de 2020, con las cuales se pretendía endurecer los

controles de los depositarios. Los depositarios autorizados tienen la obligación de ceder al menos el 15 % de la capacidad máxima de almacenamiento de productos energéticos para su utilización por terceros independientes. El segundo período comenzó el 23 de diciembre de 2020: a partir de ese momento, los depositarios estaban obligados a poner a disposición de terceros dicha capacidad libre.

- 12 La KZK alega una infracción cometida mediante distintas formas de abuso de posición dominante, todas ellas con un objetivo común de restricción de la competencia. Debido a la diversidad de las infraestructuras controvertidas y a las distintas relaciones de propiedad, que en su conjunto derivan en formas de comportamiento diferentes con las cuales restringen la competencia las empresas oponentes, la KZK calificó algunos de esos comportamientos como denegación de acceso a una instalación esencial, y otras, como restricción del comercio. La integración de estos comportamientos en una estrategia general fundamenta su calificación como una única infracción, tanto del artículo 21, punto 2, como del artículo 21, punto 5, de la Ley de Competencia. La KZK consideró que el punto 5 constituye un caso especial del punto 2 del artículo 21, motivo por el cual tampoco se menciona como supuesto específico en el artículo 102 TFUE. En la práctica europea, la denegación de acceso y otras formas de comportamiento que obstaculizan a los competidores, ya sea mediante una denegación «constructiva» (Decisión de la Comisión AT.39523, Slovak Telekom) o con la destrucción de una infraestructura esencial o clave (sentencia del Tribunal General de 18 de noviembre de 2020, Lietuvos geležinkeliai/Comisión, T-814/17, EU:T:2020:545), se consideran restricciones del comercio en el sentido del artículo 102 TFUE, letra b).
- 13 Las empresas observan que, conforme a la práctica, como consecuencia de la denegación de acceso alegada, el propietario se vería obligado a permitir a los terceros utilizar su propiedad en contra de su voluntad (instalaciones, redes de infraestructuras técnicas, patentes, derechos de propiedad intelectual). A su parecer, esta constituye una de las más graves vulneraciones del derecho de propiedad y del derecho a la libertad de empresa. Por lo tanto, los requisitos probatorios que se imponen son extremadamente estrictos, y la correspondiente valoración debe realizarse con la mayor cautela en comparación con todos los demás tipos de infracción del artículo 102 TFUE. Alegan que, en el presente asunto, los mercados de que se trata, el de fabricación e importación de combustibles (según la KZK, de gasolina y gasóleo), presentan unos volúmenes de importación muy superiores a la media europea, y, en el caso de la gasolina, se trata de uno de los mayores. Ante estos datos relativos al mercado afectado, cualquier injerencia en los derechos de las personas a las que se impute una infracción resulta extraordinariamente grave e inédita.
- 14 Añaden que el derecho de propiedad y el derecho a la libertad de empresa están expresamente garantizados por la Constitución de la República de Bulgaria. Además, el derecho de propiedad también está protegido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Aducen que los requisitos del artículo 52, apartado 1, de la Carta no son disposiciones teóricas sin aplicabilidad

práctica, sino que se han de aplicar de forma efectiva al examinar el presente asunto.

Alegaciones esenciales de las partes del procedimiento principal en relación con la segunda y la tercera cuestión prejudicial

- 15 En opinión de la KZK, el hecho de que el grupo Lukoil adquiriese prácticamente todos los depósitos y oleoductos con motivo de la privatización de la empresa estatal Neftohim implica que la protección del interés general en que se desarrolle la competencia en los mercados de carburantes tiene preferencia sobre la protección de los intereses del propietario de la infraestructura, pues este no invirtió en su construcción.
- 16 Las demandantes alegan que la infraestructura se adquirió del Estado en condiciones muy deficientes, que no eran conformes con las actuales exigencias de seguridad y de conservación de la calidad del producto. Afirman que ambas empresas efectuaron cuantiosas inversiones en la infraestructura. Además, parte de ella no se adquirió siquiera con motivo de la privatización, sino que fue comprada aparte.
- 17 La KZK considera que la mayor parte de la infraestructura se adquirió con motivo de la privatización y no fue construida por las empresas oponentes. La propia infraestructura, un conjunto de almacenes y oleoductos, es única en el país, y resulta imposible su duplicación tras la supresión de la propiedad estatal. Afirma que las reparaciones corrientes y el mantenimiento de los activos de que dispone el Grupo Lukoil no son infrecuentes en la actividad de cualquier empresa que explote una instalación, ya se trate de edificios o de otro tipo de construcción. A su parecer, es evidente que estos costes de mantenimiento de la infraestructura logística y de las instalaciones son inherentes a ellas y, por lo general, no solo afectan a las obligaciones de inversión derivadas de los contratos de privatización, sino también a las obligaciones de gestión y mantenimiento de los terrenos de la terminal portuaria de Rosenets que son objeto de una concesión. La KZK llega a la conclusión de que las dos circunstancias que excluyen la aplicación de los criterios Bronner no son acumulativas, sino que cada una de ellas constituye motivo suficiente para excluir dichos criterios. La KZK considera que la aplicación de los criterios Bronner queda excluida en el presente asunto por los siguientes motivos:
- Adquisición de infraestructuras construidas con fondos públicos: para todo el período comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de marzo de 2021 en relación con determinados depósitos de almacenamiento y estaciones técnicas de bombeo y con todos los oleoductos y conducciones de producto del Grupo Lukoil;
 - Existencia de una obligación legal de conceder el acceso: para todo el período comprendido entre el 23 de diciembre de 2020 y el 31 de enero de 2021 en relación con la referida infraestructura, excepto el oleoducto Burgas-Sofía.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 18 Según el análisis de mercado que contiene la decisión de la KZK, el Grupo Lukoil es el mayor depositario autorizado del país y dispone de una infraestructura de transporte y almacenamiento única que le convierte en líder del mercado mayorista y minorista de combustibles. Se considera que, desde que comenzó el período objeto de investigación (1 de enero de 2016) hasta, por lo menos, el 31 de marzo de 2021, el Grupo Lukoil no aceptó combustibles de importadores en los depósitos fiscales que explota. En consecuencia, los importadores no tuvieron acceso a la recepción de carburantes procedentes de la importación/adquisición intracomunitaria para los fines de la Ley de Impuestos Especiales, y en los casos en que se prestaron servicios de almacenamiento de reservas de emergencia, se adquirieron los combustibles de Lukoil Bulgaria. Por otro lado, durante el período controvertido tampoco se descargaron (entregaron) en la terminal portuaria de Rosenets mercancías cuyo destinatario no perteneciese al Grupo Lukoil. Se considera acreditada la existencia de suficientes capacidades libres en el depósito fiscal, lo que constituye un requisito para la importación/adquisición intracomunitaria de carburantes.
- 19 En su decisión, la KZK acumuló ambas infracciones, sin establecer para cada una de ellas el mercado de referencia y el mercado afectado.
- 20 Con arreglo al artículo 41 de la Carta, el derecho a una buena administración es un derecho fundamental de todo sujeto de Derecho. La concesión de una subvención constituye una aplicación directa del Derecho de la Unión, lo que significa que las autoridades nacionales responsables de aplicar el Derecho están obligadas a observar el artículo 41 de la Carta. Esta disposición es concreción de un principio general del Derecho de la Unión cuya observancia siempre ha exigido el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, ya que forma parte de los derechos de defensa (sentencias de 18 de diciembre de 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, apartado 37, y de 1 de octubre de 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Consejo, C-141/08R, EU:C:2009:598, apartado 83). El Tribunal de Justicia ha reconocido como regla general del Derecho de la Unión el derecho de las personas jurídicas a ser oídas antes de que se adopte un acto jurídico gravoso para ellas, con independencia de si este derecho está expresamente reconocido o no en el acto jurídico pertinente del Derecho de la Unión respecto a la relación jurídica de que se trate. El Tribunal de Justicia ha declarado que «esta obligación recae sobre las administraciones de los Estados miembros cuando adoptan decisiones que entran en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, aun cuando la legislación comunitaria aplicable no establezca expresamente tal formalidad» (sentencias de 18 de diciembre de 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, apartado 38, y de 1 de octubre de 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Consejo, C-141/08R, EU:C:2009:598, apartado 83).
- 21 De conformidad con el artículo 47, apartado 1, de la Carta, toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados

tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en dicho artículo. A este respecto, se plantea la cuestión de si el derecho garantizado a la defensa de las personas que intervienen como infractoras no se ve vulnerado por el hecho de que se les imputen dos infracciones en virtud del artículo 21, puntos 2 y 5, de la Ley de Competencia sin que se hayan examinado los mercados de referencia para cada una de las infracciones alegadas ni las circunstancias relativas a cada infracción. Esta cuestión resulta de interés también ante el hecho de que, con la apreciación de la infracción consistente en la denegación de suministro, se produce una injerencia significativamente grave en el derecho de propiedad y en el derecho a la libertad de empresa, garantizados por la Constitución de la República de Bulgaria y por la Carta.

- 22 La Sala que conoce del asunto debe examinar de oficio si, al adoptar el acto administrativo controvertido, en el que se estableció una corrección financiera, la Administración respetó todas las normas del procedimiento administrativo aplicables. Para poder resolver correctamente el presente litigio procede analizar si la autoridad de defensa de la competencia debió haber especificado expresamente, para cada infracción, de forma clara e inequívoca, el mercado de referencia, el mercado afectado, los actos ilícitos concretos que menoscabaron la competencia, los efectos contrarios a la competencia y todas las demás circunstancias determinantes para el supuesto de hecho de cada infracción del artículo 21, párrafo primero, puntos 2 y 5, de la Ley de Competencia o del artículo 102 TFUE, a saber: a) la denegación de suministro, y b) la limitación de la producción, del mercado y del desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores. Por estos motivos, la Sala plantea la primera cuestión prejudicial.
- 23 En fundamentación de la segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente señala que un elemento básico del supuesto de hecho de la infracción del artículo 21, punto 5, de la Ley de Competencia consiste en que ambas empresas denegaron el acceso a su infraestructura esencial. Durante el primer período de las supuestas infracciones, entre el 1 de enero de 2016 y el 22 de diciembre de 2020, se ha acreditado que no pesaba sobre los propietarios de los depósitos autorizados de impuestos especiales ninguna obligación de poner parte de sus capacidades a disposición de sus competidores. En consecuencia, la KZK declaró que por parte de las empresas oponentes hubo una «denegación constructiva» de acceso a los terceros.
- 24 En su decisión, la KZK sostiene que no son aplicables los criterios Bronner cuando la infraestructura de que se trate no haya sido financiada con inversiones privadas de la empresa dominante en posición dominante, sino (como aquí sucede) con fondos públicos, y cuando la empresa en cuestión no sea propietaria de dicha infraestructura, sino que la utilice en virtud de un contrato de concesión o de arrendamiento. A su parecer, esos criterios están concebidos para ser aplicados cuando se deniegue el acceso a una infraestructura que sea propiedad de la empresa en posición dominante y que esta haya ampliado con sus propias inversiones para el desarrollo de su actividad.

- 25 La práctica de la Comisión Europea y la jurisprudencia hacen referencia a los criterios Bronner al valorar si existe una infracción de las reglas de la competencia en caso de denegación de suministro por parte de una empresa en posición dominante. Estos criterios comprenden los siguientes elementos específicos acumulativos: que la denegación tienda a desactivar toda competencia en el mercado en cuestión para la persona que solicita el suministro; que la denegación no admita una justificación objetiva (*objectively justified*), y que el producto o servicio cuyo acceso se deniega sea indispensable para el ejercicio de la actividad de la persona que solicita el suministro, al no existir una alternativa real o potencial. En consecuencia, el primer y más importante requisito consiste en que la infraestructura esencial (*essential facility*) exista y se halle bajo el control del monopolista, y que el acceso a dicha infraestructura sea indispensable para la actividad de los competidores del monopolista.
- 26 En el presente asunto, habida cuenta de las circunstancias extraordinarias (privatización y concesión) asociadas al proceso de adquisición y explotación de toda la infraestructura por el Grupo Lukoil, se han de tener en cuenta también las particularidades del contrato de privatización que se celebró en el marco de un determinado procedimiento administrativo desde la perspectiva del interés general. Por este motivo, los contratos de privatización suelen imponer obligaciones diferentes de las habituales en los contratos de compraventa de carácter civil y mercantil. Entre dichas obligaciones figuran las que incumben al comprador más allá del pago del precio, como por ejemplo la obligación de realizar inversiones, de mantener los puestos de trabajo existentes y crear otros nuevos, de adoptar medidas de protección del medio ambiente, de mantener el objeto de la actividad durante un período de tiempo establecido en el contrato, y una prohibición temporal de enajenar total o parcialmente la empresa, etcétera. Cuando el contrato de privatización obliga a realizar inversiones, también determina con precisión su naturaleza, cuantía y duración, y dichas inversiones no son el resultado de un incentivo para la empresa que adquiera la propiedad estatal. Dado que en el presente asunto la infraestructura de la empresa se adquirió con motivo de la privatización de la empresa estatal Neftohim, cabe considerar que la infraestructura de transporte y logística del Grupo Lukoil se construyó con fondos públicos. Tras la privatización de la empresa estatal Neftohim, la infraestructura pasó a ser propiedad del Grupo Lukoil. Sin embargo, a juicio de la KZK esta circunstancia no hace necesaria la aplicación de los criterios Bronner, ya que en el presente asunto no existen incentivos económicos a la inversión, cuya protección prepondere sobre el interés general en una competencia no falseada.
- 27 La KZK ha declarado que la aplicación de los criterios Bronner queda excluida por dos razones: a) el incumplimiento de una obligación legal de la empresa en posición dominante de conceder el acceso a su infraestructura/servicio ([obligación que] es típica de los monopolios legales o que proceden de un antiguo monopolio estatal), o b) que la empresa en posición dominante no invirtió en la construcción de la infraestructura, ya que esta se erigió y amplió exclusivamente con fondos públicos. La primera razón no es objeto de la petición de decisión prejudicial, dado que, como ya se ha expuesto, entre el 1 de enero de

2016 y el 22 de diciembre de 2020 no existía obligación alguna para la empresa en posición dominante.

- 28 La KZK considera que los criterios Bronner no son de aplicación cuando la empresa en posición dominante ha recibido del Estado una infraestructura esencial y las inversiones efectuadas no preponderan sobre el interés general.
- 29 Las sociedades a las que se imputan las infracciones se oponen a dicha imputación y alegan que, desde la celebración de los contratos de privatización, han efectuado cuantiosas inversiones en las empresas, y se han presentado pruebas de las inversiones realizadas en la infraestructura esencial de las demandantes.
- 30 La cuestión principal en cuanto a si cabe afirmar que no son de aplicación los criterios Bronner cuando la empresa en posición dominante ha adquirido del Estado una infraestructura esencial (privatización y concesión) reside en si existen, además, otras circunstancias que deban tenerse en cuenta (como el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de privatización, el importe de la inversión y si esta se ha llevado a cabo por iniciativa propia o en ejecución del contrato de inversión).
- 31 Las conclusiones del Abogado General Rantos presentadas en el asunto Lietuvos geležinkeliai/Comisión (C-42/21 P, EU:C:2022:537), no ofrecen ninguna respuesta a estas cuestiones. En ellas, el Abogado General Rantos ofrece un resumen de la jurisprudencia sobre la denegación de acceso y sobre la aplicación de los criterios Bronner. En el punto 64 se exponen los objetivos de dichos criterios, que sirven como fundamento para la valoración de la obligación que incumbe a la empresa de conceder el acceso a una «infraestructura que desarrolló para sus propias necesidades», a fin de proteger «el incentivo inicial para construir tal infraestructura» dicha empresa. Al analizar los objetivos de los criterios Bronner, el Abogado General Rantos concluyó que «los criterios establecidos en [la sentencia Bronner] son aplicables a las infraestructuras de las que la empresa en posición dominante es propietaria y que, en principio, reflejan una inversión propia». En el presente asunto, la KZK considera que de la postura del Abogado General Rantos se deduce, *a sensu contrario*, que los criterios Bronner no son aquí aplicables, pues las inversiones de la empresa en posición dominante no se efectuaron con sus propios fondos. De igual manera, la decisión de la KZK se adoptó con el voto particular de dos de sus miembros, que en su motivación invocaron también la sentencia de 12 de enero de 2023, Lietuvos geležinkeliai/Comisión (C-42/21 P, EU:C:2023:12), donde se declaró que el ilícito no consistía en la denegación de acceso, sino en una infracción totalmente diferente.
- 32 Con la misma motivación, la KZK desestimó la aplicación de los criterios Bronner en relación con la infraestructura esencial adquirida mediante concesión durante el período controvertido.

- 33 Con arreglo al artículo 6 del Administrativnoprotsesualen kodeks, (Código de Procedimiento Administrativo), el principio de proporcionalidad es de aplicación cuando los intereses públicos y privados son comparables.
- 34 En su práctica y su jurisprudencia, respectivamente, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia han determinado que la denegación de suministro constituye una circunstancia excepcional que afecta gravemente a los derechos de los interesados. El aspecto más importante de la valoración es el interés de los consumidores. Por otro lado, también deben ponderarse los intereses de los propietarios de infraestructuras esenciales, a la luz del respeto del derecho de propiedad y del fomento de la libertad de empresa, observando también el principio de proporcionalidad. El asunto Bronner constituye un hito en el desarrollo del concepto europeo de denegación de suministro. En dicha sentencia se establecieron los requisitos para poder imponer a una empresa en posición dominante la obligación de contratar en contra de su voluntad. No obstante, en aquel asunto el Tribunal de Justicia no apreció denegación de suministro.
- 35 Dado que la KZK no aplicó los criterios Bronner a la supuesta infracción del artículo 102 TFUE en forma de denegación de suministro (*refusal to supply*), pues consideró que no procedía su aplicación, ya que la empresa en posición dominante había adquirido la infraestructura esencial con fondos públicos o en virtud de una concesión, en el presente asunto se ha de examinar si en todos los casos en que la empresa en posición dominante ha obtenido fondos públicos en relación con la infraestructura esencial o la ha adquirido en virtud de una concesión está excluida la aplicación de los criterios Bronner, o si es necesario valorar la cuantía de las inversiones, la ejecución del contrato de privatización o la concesión (en virtud de la cual se adquirió la infraestructura esencial) y si las inversiones se efectuaron con motivo de la ejecución del contrato de inversión o de concesión o por iniciativa propia de la empresa.
- 36 La tercera cuestión se plantea con el trasfondo del tenor del apartado 75 de las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo [102 TFUE] a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (sección [«IV.] D. Denegación de suministro y compresión de márgenes»). «El hecho de saber que pueden estar obligadas a suministrar en contra de su voluntad puede llevar a las empresas dominantes —o a las que prevén que pueden llegar a ser dominantes— a no invertir o a invertir menos en la actividad en cuestión. Además, los competidores pueden tener la tentación de aprovecharse de las inversiones de la empresa dominante en lugar de invertir ellos mismos. Ninguna de estas consecuencias beneficiaría a largo plazo a los consumidores».