



Публикуван номер	:	C-245/24
Номер на доказателството	:	1
Регистрационен номер	:	1288030
Дата на подаване	:	05/04/2024
Дата на вписване в регистъра	:	05/04/2024
Вид на доказателството	:	Преюдициално запитване
<hr/>		
Номер на подаване чрез e-Curia	:	Доказателство DC203829
Номер на файл	:	1
Подател	:	Popova Mariya (J364310)

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

№ 437

София, 05.04.2024 г.

Административният съд - София Област - V състав, в закрито заседание в състав:

СЪДИЯ: МИЛКА ВАРНОВА – ИТОВА

като разгледа докладваното от съдията Милка Варнова – Итова административно дело № 557/2023 г. на Административен съд - София Област, за да се произнесе, взе предвид следното:

Съдебното производство по адм.д. № е образувано по жалба на „ЛУКОЙЛ България“ ЕООД и „ЛУКОЙЛ Нефтохим Бургас“ АД в качеството им на адресати на административен акт за установяване на нарушение на чл.21, т.2 и т.5 от Закона за защита на конкуренцията /ЗЗК/ и налагане на санкции. Към настоящия момент то се разглежда пред първата съдебна инстанция - Административен съд - София- област, чието решение подлежи на обжалване по касационен ред пред Върховния административен съд, който постановява окончателния съдебен акт. Административният акт е Решение № 332/04.04.2023 год. („Решение“, „административен акт“, „акт“) на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК/антиконкурентен орган/антимонополен орган), с което е постановено, че „ЛУКОЙЛ България“ ЕООД (ЛБ) и „ЛУКОЙЛ Нефтохим Бургас“ АД (ЛНХБ) (общо „ответници“, „групата Лукойл“ и/или „Дружества“) са извършили нарушение по чл. 21, т. 2, т. 5 от ЗЗК и чл. 102, б. „б“ от ДФЕС, изразяващо се в злоупотреба с господстващо положение на пазара на съхранение на автомобилни горива чрез непредоставяне на достъп на вносителите и производители на автомобилни горива в [а] собствени данъчни складове, [б] ограничаване на вноса по море чрез блокиране на данъчните складове, свързани с ПТ Росенец и ПТ Петрол - Варна, както и [в] непредоставяне на достъп до нефтопродуктопроводите на групата за транспортиране на горива на други производители и вносителите, което може да предотврати, ограничи или наруши конкуренцията и да засегне интересите на потребителите като ограничи вноса на автомобилни горива в страната.

Антимонополният орган е приел, че ответниците са препятствали вноса на горива в страната, предимно вноса по море, като са отказали достъп до своя ключова инфраструктура в рамките на две отделни нарушения: специален състав на нарушение по чл. 102, ал. 2, буква „б“ от ДФЕС - отказ за доставка (refusal to supply) и генералния състав на нарушението по чл. 102, ал. 2, буква „б“ от ДФЕС - ограничаване на производството, пазарите или технологичното развитие във вреда на потребителите.

По делото страните имат правен спор както по фактите, така и по правото по почти всички елементи на фактическия състав на нарушенията. Правният спор по всеки пункт е самостоятелно определящ за изхода на делото.

ПРЕЮДИЦИАЛНОЗАПИТВАНЕ

Запитваща юрисдикция

1. Запитваща юрисдикция е Административен съд София област, пети състав, България, п.к.1000, ул. „Съборна“ № 7, електронна поща за кореспонденция: edocuments@sofia-adms-o.justice.bg, телефон за връзка: +359 (2) 8050 729, факс: +359 (2) 8050 735.

Страни:

2. Жалбоподатели: „ЛУКОЙЛ България“ ЕООД, ЕИК 121699202, със седалище и адрес на управление гр. София, район Възраждане, бул. „Тодор Александров“ № 42 и „ЛУКОЙЛ Нефтохим Бургас“ АД, ЕИК812114069, със седалище и адрес на управление ip. Бургас-8104, „ЛУКОЙЛ Нефтохим Бургас“ АД, заедно представлявани от адв. Александър Величков, САК, съдебен адрес: гр. София, район Възраждане, бул. „Тодор Александров“ № 42, факс: 02/98147 64, тел.: 02/9174 290, имейл: alexfolukoil.bg.

3. Ответник: Комисия за защита па конкуренцията, София, бул. „Витоца“ № 18,
<https://rcg.cpc.bg>

Предмет на спора:

4. Решение № 332/04.04.2023 год. („Решение“, „административен акт“, „акт“) на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК/антиконкурентен орган/антимонополен орган), с което е постановено, че „ЛУКОЙЛ

България” ЕООД (ЛБ) и „ЛУКОЙЛ Нефтохим Бургас” АД (ЛНХБ) (общо „ответници”, „групата Лукойл“ и/или „Дружества“) са извършили нарушение по чл. 21, т. 2, т. 5 от ЗЗК и чл. 102, б. „б“ от ДФЕС, изразяващо се в злоупотреба с господстващо положение на пазара па съхранение па автомобилни горива чрез непредоставяне на достъп на вносителите и производители на автомобилни горива в [а] собствени данъчни складове, [б] ограничаване на вноса по море чрез блокиране на данъчните складове, свързани с ПТ Росенец и ПТ Петрол - Варна, както и [в] непредоставяне на достъп до нефтопродуктопроводите на групата за транспортиране на горива на други производители и вносителите, което може да предотврати, ограничи или наруши конкуренцията и да засегне интересите на потребителите като ограничи вноса на автомобилни горива в страната.

Факти:

5. Основания, страни и предмет на производството образувано пред КЗК.

I. Основания за образуване на производството

В Комисията за защита на конкуренцията (Комисията, КЗК) на основание чл. 38, ал. 1, т. 1 от Закона за защита на конкуренцията (ЗЗК) е образувано производство по преписка № КЗК-255/2020 г. по решение на КЗК № 268/16.04.2020 г. за установяване на евентуално извършени нарушения по чл. 15 и чл. 21 от ЗЗК и/или по чл. 101 и чл. 102 от Договора за Функциониране на Европейския Съюз (ДФЕС) при определяне цените на масовите автомобилни горива по веригата производство/внос - съхранение - търговия на едро - търговия на дребно, както на отделните хоризонтални нива, така и по вертикала, от страна на „Лукойл Нефтохим Бургас“ АД, „Лукойл България“ ЕООД, „Сакса“ ООД, „Инса Ойл“ ЕООД, „Ромпетрол България“ ЕАД, „ЕКО България“ ЕАД, „Шел България“ ЕАД, „ОМВ България“ ООД, „НИС Петрол“ ЕООД, „Петрол“ АД и „Трейднет Варна“ ЕООД.

I. 1. 1. Повод за самосезиране на КЗК

В публикуваната версия на това решение някои от данните са заличени в съответствие с чл. 55 от ЗЗК, с който не се допуска разгласяването на търговска или друга защитена тайна на страните и/или са представени в съответствие с Регламента за защита на личните данни.

Заличените данни са отбелязани с (...)*.

Производството е образувано по постъпил сигнал вх. № ВХР-505/30.03.2020 г. от Върховна административна прокуратура (ВАП), относно несъответствието между значителния спад в цената на суровия петрол в световен мащаб (с 47,4%) през м. март 2020 г. и намаляването

на цените на дребно на автомобилните горива в страната (с около 11%) в същия период. Искането на ВАП е КЗК да предприеме действия, съобразно своята компетентност на основание чл. 38, ал. 1, т. 1 от ЗЗК, и да образува производство за установяване на нарушения и налагане на санкции по Глава Трета и Четвърта от ЗЗК и/или по чл. 101 и чл. 102 от ДФЕС във връзка с формирането на цепите, на които се реализират автомобилните горивата бензин А-95Н и дизел в търговските обекти на бензиностанциите в страната.

Към сигнала на ВАП са приложени изготвени от Агенция „Митници“ (АМ) моментни анализи на пазара на горива в страната за периода от 06.03.2020 г. до 26 -27.03.2020 г., както и за периода от 30.03.2020 - 05.04.2020 г., за динамиката на средните продажни цени на бензин А-95П и дизел в обектите на следните вериги бензиностанции: ВМ Петролиум, Лукойл, Петрол, Шел, ЕКО, ОМВ, Круиз, Ромпетрол и Газпром. ВАП представя данни и относно средните цени на горивата, освобождавани за потребление от данъчните складове е включен акциз и ДДС, както и сигнал от гражданин, в който се твърди, че се извършва спекула е цените на дребно на горивата в страната, предвид понижението на цените на суровия нефт на световния пазар. Въз основа на извършен от Агенция „Митници“/АМ/ моментен анализ на пазара на моторни горива през м. март 2020 г., по информация на определен кръг лица, НАП, Blooinberg.com и Fuelo.net, са установени следните тенденции и обстоятелства: Средната борсова цена на суровия петрол тип Brent на международните пазари от началото на м. март 2020 г. се е понижила с 47,4% от 51,9 щ.д. за барел на 02.03.2020 г. до 26,5 щ.д./барел на 27.03.2020 г. В периода 30.03.-05.04.2020 г. средната борсова цена на суровия петрол тип Brent на международните пазари от началото на разглеждания период се е повишила от 22,76 щ.д./барел до 34,11 щ.д. на барел на 03.04.2020 г. АМ посочва, че спадът на цената на суровината е започнал около 06.03.2020 г. и е свързан с разпространението на COVID-19 и мерките и ограниченията, които държавите по света са предприели за недопускане на неговото разпространение. Среднодневната борсова цена на суровия петрол на международните пазари в началото на този период е отбелязала най-ниското си ниво от началото на 2016 г. до настоящия момент. Динамиката на цената на суровия петрол тип Brent е използвана за отразяване тенденциите на международните пазари, свързани с търговия на енергийни продукти. На територията на страната над 80% от течните горива за бензиностанциите се освобождават за потребление от данъчни складове на „Сакса“ ООД, „Лукойл България“ ЕООД, „Инса Ойл“ ЕООД, „Лукойл Нефтохим Бургас“ АД и „Ромпетрол България“ ЕАД.

Съгласно анализа, среднодневните цени при бензина и дизеловото гориво се понижават в периода 30.03. - 05.04.2020 г. средно със 0,07 лв.

или с 4,5%. При по-голяма част от националните вериги бензиностанции се наблюдава по-висок спад на цените спрямо намалението им на едро при данъчните складове, в резултат на което се отчита сближаване на цените на горивата на едро и дребно. Като извод се посочва, че предприетите мерки за наблюдение на цените в сектора на горивата могат да бъдат отчетени с положителен принос за динамиката на цените на горивата в страната през последните седмици. Съгласно анализа, цените на горивата в обектите за разпространение към крайни потребители (бензиностанции) реагират на промяната на борсовата цена на суровия петрол една седмица по-късно (около 12.03.2020 г.). Посочва се, че през последните две седмици на м. март и първата седмица на м. април 2020 г., през които се наблюдава постепенното намаляване на цената на енергийните продукти в страната, са реагирали всички основни вериги, търгуващи с горива.

I. 2. Ответни страни по решението на КЗК

„Лукойл Нефтохим Бургас“ АД с ЕИК 812114069, със седалище и адрес на управление: гр. Бургас, п.к. 8104 и предмет на дейност: преработка на нефт, производство на нефтопродукти, нефтохимически продукти, полимери, синтетични влакна и съответната търговска дейност, отдаване под наем на движимо и недвижимо имущество, работа с благородни метали и скъпоценни камъни и изделия със и от тях.

„Лукойл-България“ ЕООД с ЕИК 121699202, със седалище и адрес на управление: гр. София, бул. „Тодор Александров“ № 42 и предмет на дейност: продажба и разпространение на петролни продукти, изграждане и управление на мощности за производство, преработка и реализация на петролни продукти, транспортна и спедиторска дейност, търговия.

I. 3. Предмет на производството пред КЗК

Предмет на проучване в производството е поведението на „Лукойл Нефтохим Бургас“ АД и „Лукойл България“ ЕООД във връзка с ограничаване на достъпа до данъчни складове и транспортна инфраструктура, което е от естество да ограничи вноса на горива в страната.

II. Проучване, информация и становища по преписката относно установената между страните фактическа обстановка, виж решение №332/ от 04.04.2023г. по преписка №КЗК/255/2020г. стр.3 до стр. 150.

II.1.Управление на „Лукойл Нефтохим Бургас“АД /ЛНХБ

От 01.01.2016г. до 09.12.2018г. капиталът на дружеството е разпределен в 88 417 183 броя акции с номинална стойност 1 лв. всяка. „Лукойл Юръп Холдингс“ Б.В.притежава 88,72 % от акциите, ПАО „ЛУКОЙЛ“ притежава 11,10%. От 10.12.2018г. капиталът на дружеството е разпределен в 99 397 192 броя акции, като „Лукойл Юръп Холдингс“ Б.В. притежава 89,97 % от тях, ПАО „Лукойл“ - 9,88%. Крайно контролиращо

предприятие е ПАО “Нефтеная Компания ЛУКОЙЛ” Руска федерация. Акциите са разделени в два класа. Клас А - 1 акция, притежавана от Република България, която ѝ дава особени права. Клас Б - останалите 99 397 191 броя обикновени, безналични акции. Съгласно чл. 13 от Устава, органи на дружеството са Общото събрание на акционерите, Управителен и Надзорен съвет. Общото събрание избира и освобождава членовете на Надзорния съвет, а Надзорният съвет избира и освобождава членовете на Управителния съвет. Всяка акция дава право на 1 глас в Общото събрание. Без предварителното писмено съгласие на държавата като притежател на акция от Клас 1, Общото събрание не може да приема решения за: - прекратяване или съществено намаляване на преработката на нефт или производството на горива; - отказ да се предоставя достъп до пристанищните съоръжения и продуктопроводите срещу справедливо възнаграждение на: (а) държавни органи в рамките на осъществяваните от тях функции, възложени им с нормативен акт - според заявените от тях количества по предварително съгласуван график; (б) предприятия или организации, определени с Решение на Правителството на РБ или изрично определен от него държавен орган, в случай че това е: • В рамките на свободния капацитет на продуктопровода; • Техническите възможности на продуктопровода позволяват това и • Не се нарушава нормалната производствена дейност на дружеството.

II.2 Управление на „Лукойл България“ ЕООД/ЛБ/. В периода 01.01.2016 - 15.12.2020 г. едноличен собственик на капитала на дружеството е „Лукойл Юръп Холдингс“ ООД, Амстердам, Холандия., а след тази дата - друго дружество от икономическата група Лукойл - “ЛИТАСКО” СА, Идентификация СНЕ-100.73, Швейцария. До 25.04.2019 г. управител е (...)*, след което - (...)* до 07.12.2020 г., Руска федерация, а впоследствие (...)*, Руска федерация. От 22.03.2023 г. до настоящия момент управител на „Лукойл България“ ЕООД е (...)*.

II.3 Дейност на „Лукойл Нефтохим Бургас“ АД(ЛНХБ, ЛНХБ АД)

„Нефтохимически комбинат - Бургас“ започва да функционира през 1963 г. като държавно предприятие. Между 1960 г. и 1970 г. се осъществява строителството и въвеждането на основните инсталации за производство на химически продукти. В капитала на дружеството са включени и три продуктопровода и седем депа/терминали, съставляващи мрежа за пренос и разпределяне на продукцията във вътрешността на страната. Предприятието ползва и пристанищен терминал в Росенец за внос на суровини и износ на готови продукти. С Решение на Министерски съвет № 30 от 24.02.1989 г. е създадена фирма “Нефтохим” със седалище гр. Бургас. С Постановление № 176 на МС от 5.09.1991 г. за образуване на еднолични търговски дружества с държавно имущество фирма “Нефтохим” е преобразувана в еднолично търговско дружество с

държавно имущество, считано от 31 август 1991 г. Съгласно ПРОГРАМА за приватизация чрез инвестиционни бонове, приета с Решение на Народното събрание от 19.12.1995 г., 25% от капитала на дружеството е предвиден да се приватизира чрез масовата приватизация с инвестиционни бонове. Държавата запазва 75% от капитала. С Решение № 650 на МС от 11.10.1999 г. е одобрен приватизационния договор за продажба на 58% от капитала на дружеството, представляващ основен мажоритарен дял. Договорът за продажба е сключен на 12.10.1999 г. между Република България и „Лукойл Петрол“ АД, гр. София. На 03.05.2001 г. „Лукойл Петрол“ АД купува чрез приватизационен договор още 13,89 % от капитала на „Нефтохим“/„Лукойл Нефтохим“/ - АД, представляващи преференциален пакет от акции/дялове⁷⁸. Съгласно публикувани в ТР Устав от 2015, 2017, 2018 - действащ до декември 2020 г., когато едноличен собственик на капитала става „Литаско“ СА, Швейцария. С Постановление № 181 на МС от 20.07.2009 г. за определяне на стратегическите обекти и дейности, които са от значение за националната сигурност, за стратегически обекти са приети пристанище Бургас, вкл. ПТ Росенец, както и нефтопроводите и нефтопродуктопроводите. Дружеството е основният производител на петролни продукти в страната чрез собствена рафинерия за първична преработка на нефт. ЛНХБ АД извършва внос на нефт и мазут, преработка и производство на нефтопродукти, продажби на вътрешния пазар и износ (търговия на едро, в т.ч. ВОД) на нефтопродукти. Заводът разполага с морски, железопътни и автотранспортни терминали. Освен основните технологически производства, „Лукойл Нефтохим Бургас“ АД има в състава си и пристанищен терминал, който (...)*. „Лукойл Нефтохим Бургас“ АД осъществява дейността си на две площадки: Производствена площадка „Лукойл Нефтохим Бургас“ АД, собственост на дружеството. (...)* 8.2. Площадка - Пристанищен терминал „Росенец“⁸¹, (...)*⁸² - (...)*. Дружеството е пристанищен оператор, който предоставя услуги по съхраняване, транспортиране, натоварване и разтоварване на нефтопродукти на своите обекти: пристанищен терминал „Росенец“ - парк за суров нефт, парк за светли продукти и обработка на танкери. За обработка на танкерите паркът разполага с три корабни места (пирса) и прилежащи съоръжения, които са предназначени за разтоварване и натоварване на танкери с нефтопродукти от парковете и основната площадка на дружеството. Експедицията на суровината за нефтопреработване и готовата продукция се осъществява чрез магистрални тръбопроводи до и от основната площадка на „ЛУКОЙЛ Нефтохим Бургас“ АД. ПТ „Росенец“ е свързан с основната площадка на дружеството чрез (...)* магистрални тръбопроводи с различен диаметър и с дължина приблизително (...)*, по които се извършва пренос на суровини и различни енергийни продукти. Разтоварените от танкери нефт и

нефтопродукти се приемат в собствени резервоари на Пристанищния оператор и се транспортират в определени направления, в зависимост от конкретния тип на товара и обусловено от наличната логистична инфраструктура на терминала, проектирана и изградена да обслужва производствено-технологичния процес на Рафинерията. Възможните направления са следните:

- Разтоварените от танкери нефт, мазут, метанол и МТБЕ могат да бъдат транспортирани по магистрални тръбопроводи единствено за последваща преработка към основната производствена площадка на „ЛУКОЙЛ Нефтохим Бургас“ АД.
- Разтовареният от танкери хексан може да бъде експедиран от терминала само чрез автоцистерни по републиканската пътна мрежа.(...)*.
- Разтоварените от танкери високооктанов бензин, дизелово гориво, нискооктанов бензин, котелно гориво и котелно гориво за бункерование могат да бъдат обратно експедирани от ПТ „Росенец“ единствено по море.. С пирс № 1 са свързани тръбопроводите за бензин А-92, А-95, НОБ, гориво за дизелови - двигатели ГДД-Евро V, нефт, мазут и котелно гориво. Капацитетът за товарене/разтоварване е (...)*. С пирс № 2 са свързани тръбопроводите за бензин А-92, А-95, ГДД-Евро V, нефт, мазут, котелно гориво. На пирс № 2 се намира и възел за отчитане на нефта.

Капацитетът за товарене/разтоварване е (...)*.. С пирс № 3 са свързани тръбопроводите за бензин А-95, НОБ, метанол, ГДД-Евро V, нефт, мазут, котелно гориво, пропан-бутан, хексан86. Капацитетът за товарене/разтоварване е (...)*.. За услугите по товарене и разтоварване на нефт и нефтопродукти дружеството изисква цена намесечна база, както следва: за клиенти с месечен стокооборот 200 и повече хил. тона в размер на 0,80 EUR/mt без ДДС; за клиенти с месечен стокооборот под 200 000 тона- 3,00 EUR/mt без ДДС.

С Решение № 172 на Министерски съвет на Република България от 22.03.2011г.г. е взето решение да се предостави концесия за услуга върху Пристанищен терминал „Росенец“, част от Пристанище за обществен транспорт с национално значение Бургас,във връзка с което (...)*, в сила от 30.07.2011 г. Обектът на концесията обхваща:

- Пристанищна територия с площ от (...)* кв. м - публична държавна собственост, съгласно Акт за публична държавна собственост № (...)* г. като терен, прилежащ към пирс 1, пирс 2 и пирс 3 на пристанищен терминал Росенец;
- Сгради и съоръжения на територията на Пристанищен терминал Росенец -публична държавна собственост, съгласно актове № (...)* и (...)*;
- Пристанищна инфраструктура-публична държавна собственост, построена върху територията. Предвидено е договорът да влезе в сила на датата, следваща датата, на която е изпълнено и последното от условията по чл. 14, ал. 1 от Договора, в т.ч. приемане на решение, с което се разрешава концентрацията на стопанската дейност. В тази връзка, с Решение № 944/14.07.2011 г., Комисията е разрешила концентрацията. В периода

01.01.2016 г. - 30.06.2020 г. в ПТ Росенец не са разтоварвани (пристигали) стоки от внос/ВОП с получател лица, несвързани с групата Лукойл. В периода 01.01.2016 - 30.06.2020г., „Лукойл Нефтохим Бургас“ АД извършва доставки на бензин А-95Н, дизелово автомобилно гориво и съответните им биогорива за износ чрез следните контрагенти.

II.4 Дейност на „Лукойл България“ ЕООД

Основният предмет на дейност на „Лукойл България“ ЕООД е продажба на горива и петролни продукти на едро и дребно, смесване на минерално гориво с биодобавки в петролно-снабдителните бази, транспортна и спедиторска дейност. Автомобилните горива, в т.ч. автомобилни бензини и дизелово гориво, дружеството реализира на едро и снабдява своите бензиностанции за реализация на дребно.. „Лукойл България“ ЕООД извършва продажба на едро на автомобилни горива от собствени и наети петролни бази, ситуирани в различни части на страната, така че търговията да обхване националната територия. Дружеството предлага петролни продукти от бази в Бургас (площадка Нефтохим), Карнобат, Аспарухово, Варна, Русе, Пловдив, Стара Загора, Плевен, София и Благоевград. . „Лукойл България“ ЕООД продава горива на дребно на територия на цялата страната чрез мрежа бензиностанции/ търговски комплекси, като броят собствени бензиностанции към 15 май 2020 г. . Основната дейност на „Лукойл България“ ЕООД е търговия на едро с автомобилни горива, предназначени за вътрешния пазар.

II.5 Складов капацитет на „Лукойл България“ ЕООД

В периода 01.01.2016 - 30.11.2020г. „Лукойл България“ ЕООД притежава три акцизни данъчни склада на територията на страната. Продуктопроводът Бургас -София и свързаните с него петролни бази са лицензирани като един данъчен склад (ДС Продуктопроводи) с (...)*. Този данъчен склад е (...). Данъчният склад Продуктопроводиима обща складова вместимост (...)*и възможности за (...)*. В изпълнение на измененията на ЗАДС, след 30.11.2020 г., „Лукойл България“ЕООД е лицензиран складодържател на следните отделни обекти:- Магистрален продуктопровод;- ПСБ Карнобат;- ПСБ Стара Загора;- ПСБ Пловдив; ТПС Ветрен, ТПС Ихтиман,. Данъчен склад ПСБ Русе - гр. Русе 7000, бул. „Тутракан“ 100, област Русе, Данъчен склад ПСБ Аспарухово - с. Аспарухово, община Дългопол, област Варна

Приложимо право:

6. Национално законодателство

6.1 Закон За защита на конкуренцията

Чл. 8. (1) (Предишен текст на чл. 8 - ДВ, бр. 17 от 2021 г., в сила от 26.02.2021 г.) Комисията за защита на конкуренцията:

(изм. - ДВ, бр. 2 от 2018 г.) установява нарушения по този закон, както и по чл. 101 и 102 от Договора за функционирането на Европейския съюз;
Господстващо положение

Чл. 20. Господстващо е положението на предприятие, което с оглед на своя пазарен дял, финансови ресурси, възможности за достъп до пазара, технологично равнище и стопански отношения с други предприятия може да попречи на конкуренцията на съответния пазар, тъй като е независимо от своите конкуренти, доставчици или купувачи.

Забрана за злоупотреба с монополно или господстващо положение

Чл. 21. Забранено е поведението на предприятия е монополно или господстващо положение, както и на две или повече предприятия със съвместно господстващо положение, което може да предотврати, ограничи или наруши конкуренцията и да засегне интересите на потребителите, като: 2. ограничаване на производството, търговията и техническото развитие във вреда на потребителите; 5. необоснован отказ да се достави стока или да се предостави услуга на реален или потенциален клиент, за да се възпрепятства осъществяваната от него стопанска дейност.

6.2 Съгласно чл. 168, ал. 1 АПК съдът преценява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основание по чл. 146 АПК, а именно: дали актът е издаден от компетентен административен орган и в установената форма, спазени ли са административнопроизводствените правила и материалноправните разпоредби по издаването му, съобразен ли е актът с целта на закона.

6.3 Съгласно чл.6 от АПК (1) Административните органи упражняват правомощията си по разумен начин, добросъвестно и справедливо.(2) Административният акт и неговото изпълнение не могат да засягат права и законни интереси в по-голяма степен от най-необходимото за целта, за която актът се издава.(3) Когато с административния акт се засягат нрава или се създават задължения за граждани или за организации, прилагат се онези мерки, които са по-благоприятни за тях, ако и по този начин се постига целта на закона.(4) От две или повече законосъобразни възможности органът е длъжен при спазване на ал. 1, 2 и 3 да избере тази възможност, която е осъществима най-икономично и е най-благоприятна за държавата и обществото.(5) Административни те органи трябва да се въздържат от актове и действия, които могат да причинят вреди, явно несъизмерими с преследваната цел.

6.4 МЕТОДИКА за извършване на проучване и определяне на пазарното положение на предприятията на съответния пазар, приета с Решение на КЗК №393/21.04.2009г.

т. II. Определяне на съответния пазар.

2. Основни понятия - §1, т. 15 от Допълнителните разпоредби на ЗЗК

2.1. Съответен пазар

Определянето на съответния пазар е главният инструмент, чрез който се установяват и определят границите на конкуренцията между предприятията, с цел да се идентифицира по систематичен начин конкурентната среда, в която те работят.

Определянето на съответния пазар е основата за изчисляване на пазарните дялове при оценка на монополно и господстващо положение (чл. 21 от ЗЗК и чл. 82 от ДЕО), контрола върху концентрации (чл.22 от ЗЗК), анализа на споразумения, решения, съгласувани практики (чл.15 от ЗЗК и чл. 81 от ДЕО), при извършването на секторни анализи и застъпничество за конкуренцията.

Следва да се има предвид, че концепцията за съответния пазар е различна от концепциите за пазар, използвани в други случаи. Така например, предприятията често използват термина "пазар", за да опишат територията, на която продават продуктите си или по-общо сектора, към който принадлежат.

Съответният пазар, в който се оценяват условията на конкуренция, се състои от продуктови и географски пазар.

Продуктовият пазар включва всички стоки и услуги, които могат да се приемат от потребителите като взаимозаменяеми или заместими по отношение на техните характеристики, цепи и предназначение.

Географският пазар включва определена територия, в която се предлагат съответните взаимозаменяеми стоки или услуги и в която конкурентните условия са еднакви и се различават от тези в съседните райони.

Дефинирането на двете части на съответния пазар - в продуктово и в географско отношение е системно обвързано и се извършва последователно до момента, в който се определи единен и самостоятелен съответен пазар.

Специфика при дефинирането на съответните продуктово-географски пазари при концентрациите е, че се оценяват само тези пазари, върху които операцията ще окаже въздействие.

При анализа на забранени споразумения, решения и съгласувани практики засегнатият продуктово и географски пазар е пазарът - предмет на споразумението. Преценката дали са изпълнени условията за освобождаване, предвидени в чл.17 от ЗЗК, респективно в чл. 81, ал.3 от ДЕО се извършва по отношение на пазара, за който се отнася споразумението.

Прилагането на концепцията за съответния пазар може да доведе до различни резултати в зависимост от естеството на възникналите конкретни конкурентни проблеми, разглеждани от комисията.

В зависимост от особеностите на съответния пазар, поведението на участниците на пазара и наличната информация, анализът на съответния пазар обичайно е ретроспективен (напр. при забранени споразумения, злоупотреба е господстващо положение) или прогностичен (приложим и при оценката на концентрации).

7. Право на Европейския съюз:

7.1 Чл. 102, буква „б“ от Договора за функциониране на Европейския съюз, наричан по-долу ДФ ЕС, гласи:

„Член 102

(предишен член 82 от ДЕО)

Забранена като несъвместима с вътрешния пазар е всяка злоупотреба от страна на едно или повече предприятия с господстващо положение в рамките на вътрешния пазар или в съществена част от него, доколкото тя може да повлияе върху търговията между държавите-членки.

Такава злоупотреба в частност може да се изразява в:

б) ограничаване на производството, пазарите или технологичното развитие във вреда на потребителите;

7.2 Чл. 3 и чл. 27 от Регламент (ЕО) № 1/2003 на Съвета от 16 декември 2002 година относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в членове 81 [101] и 82 [102] от Договора, наричан по-долу Регламент 1/2003, гласят:

„Член 3

Връзка между членове 81 [101] и 82 [102] от Договора и националното право на конкуренция

I. Когато органите на конкуренция на държавите-членки или националните съдилища прилагат националното право на конкуренция към споразумения, решения на сдружения на предприятия или съгласувани практики по смисъла на член 81 [101], параграф 1 от Договора, които могат да засегнат търговията между държавите-членки по смисъла на тази разпоредба, те също така прилагат и член 81 [101] от Договора към такива споразумения, решения или съгласувани практики. Когато органите по конкуренция на държавите-членки или националните съдилища прилагат националното право на конкуренция по отношение на всякакви злоупотреби, забранени от член 82 [102] от Договора, те прилагат също и член 82 [102] от Договора.

Без да се засягат общите принципи и другите разпоредби от общностното право, параграфи 1 и 2 не се прилагат, когато органите по конкуренция и съдилищата на държавите-членки прилагат националното законодателство за контрол върху концентрациите, нито могат да пречат

на прилагането на разпоредби от националното законодателство, с които се преследва предимно цел, различна от тази, преследвана от членове 81 [101] и 82 [102] от Договора."

7.3 Насоки за приоритетите на Комисията по прилагането на член 82 от Договора за ЕО в областта на злоупотребата е практики на отстраняване на конкуренти, наложени от предприятия е господстващо положение

(текст от значение за ЕИП)
(2009/С 45/02)

Чл. 13-15 от Съобщение на комисията – Насоки за приоритетите на Комисията по прилагането на член 82 от Договора за ЕО в областта на злоупотребата е практики на отстраняване на конкуренти, наложени от предприятия с господстващо положение (2009/С 45/02). наричан по-долу Насоки на ЕК по чл. 102 ДФЕС. гласи:

„а) Пазарно положение на господстващото предприятие и неговите конкуренти

Т.13 Чрез пазарния дял Комисията придобива полезна първоначална представа за пазарната структура и за относителната важност на различните предприятия, развиващи дейност на пазара. Комисията обаче ще тълкува пазарните дялове е оглед на съответните пазарни условия и в частност на пазарната динамика и степента, до която продуктите са диференцирани. При силно променливи пазари или при пазари, функциониращи на тръжен принцип, тенденциите или развитието на пазарни те дялове във времето могат също да бъдат взети под внимание.

Комисията счита, че малките пазарни дялове обикновено са добър показател за липса на съществена пазарна мощ Опитът на Комисията показва, че ако пазарният дял на едно предприятие е под 40 % от съответния пазар, малко вероятно е предприятието да се намира в господстващо положение. В някои особени случаи е възможно обаче, дори и под този праг, конкурентите да не са в състояние да оказат натиск върху поведението на господстващото предприятис, когато например не им достигат производствени мощности. Такива случаи също могат да заслужават Комисията да им обърне внимание.

Т.15 Опитът показва, че колкото по-голям е пазарният дял и колкото по-дълъг е периодът, в който го е задържан, толкова по-вероятно е това да съставлява важен предварителен признак за наличието на господстващо положение и, при някои обстоятелства, за вероятни сериозни последствия от злоупотребата е него, което оправдава намесата на Комисията в съответствие е член 82 (9). Като общо правило обаче Комисията няма да вземе окончателно решение дали да разследва даден случай, без да разгледа всички фактори, които могат да са достатъчни за оказване на натиск върху поведението на предприятието.“

7.4 Насоките за прилагане на чл. 102 ДФЕС (раздел, refusal to supply и margin squeeze). Т.,,75 ... Ако едно предприятие знае, че е задължено да изпълнява доставки срещу волята си, това може да накара господстващото предприятие – или тези, които предвиждат, че могат да станат такива – да не инвестира или да инвестира по-малко във въпросната дейност. Също така, конкурентите могат да се изкушат да се възползват от инвестицията на господстващото предприятие вместо сами да инвестират. В дългосрочен план пито едно от тези последствия не би било в интерес на потребителите.“

7.5 Насоките за прилагане на чл.102 от ДФЕС (раздел, refusal to supply и margin squeeze) т.82 , където изрично се посочва, че "В някои особени случаи може да се окаже, че налагането на задължение за доставки явно не произвежда отрицателни ефекти върху стимулите за собствениците на производствени ресурси и/или на другите оператори да инвестират и правят нововъведения нагоре по веригата, независимо дали е ex ante или ex post. Комисията счита, че е особено вероятно това да се случи, когато съвместимо с общностното право законодателство вече налага на господстващото предприятие задължение за доставки и от съображенията, залегнали в основата на подобно законодателство става ясно, че необходимото уравнивяване на стимулите вече е направено от обществените органи е налагането на такова задължение. Такъв би могъл да бъде случаят, когато положението на господстващото предприятие на пазара нагоре по веригата се е получило е помощта на специални или изключителни права или е било финансирано е държавни средства. В такива особени случаи няма причини, поради които Комисията да се отклонява от общите си стандарти по правоприлагане, като доказва антиконкурентно препятстване, без да се разглежда наличието на трите условия, посочени в параграф 81 (бел. авт. - критериите на теста Bronner)."

7.6 Определяне на съответния пазар от Известие на Комисията относно определянето на съответния пазар по смисъла на общностното право на конкуренция /97/C/ 372/03/.

7.7 Чл. 41, нар. 1 от Хартата, всеки, чиито права и свободи, гарантирани от правото на Съюза, са били нарушени, има право на ефективни правни средства за защита пред съд в съответствие е предвидените в настоящия член условия.

8. Практика на Съда на Европейския съюз:

8.1 Дело C-7/1998 Oscar Bronner v Mediaprint, § 41.

По-специално- В това решение СЕС приема, че за да е налице злоупотреба по смисъла на член 102 от ДФЕС, отказът на предприятие е

господстващо положение да предостави достъп до услуга, трябва да може да доведе до премахване на всяка конкуренция на пазара на търсеция услугата и да не може да бъде обективно обоснован, а самата услуга трябва да е необходима за упражняването на дейността на търсеция я.

8.2 Съдът на ЕС също потвърждава решението на Общия съд на ЕС по делото Baltic rail. (Решение от 12.01.2023 г. по дело C-42/21 P), СЕС потвърждава, че критериите по делото Bronner не се прилагат за инфраструктура, управлявана от предприятие е господстващо положение, което е задължено да предоставя достъп до тази инфраструктура. Посочва се, че критериите Bronner не следва да се прилагат, когато разглежданата инфраструктура е финансирана не чрез собствени инвестиции на предприятието е господстващо положение, а е публични средства (каквото е и настоящият случай), и когато това предприятие не е собственик на тази инфраструктура. Съгласно цитираното решение, критериите от Решението Bronner са предназначени да установят справедлив баланс между изискванията на ненарушена конкуренция и свободата на договаряне и правото на собственост. Тези критерии са предназначени да се прилагат в случай на отказ да се предостави достъп до инфраструктура, която е собственост на предприятието с господстващо положение, и която то е развило за нуждите на своята собствена дейност чрез собствени инвестиции.

8.3 „Конструктивен“ отказ- CASE AT.39523 - SEOVAK TELEKOM

9. Мотиви за отправяне на преюдициално запитване по първия въпрос:

9.1 Съгласно пазарния анализ в решението на КЗК, група Лукойл е най-големият лицензиран складодържател за автомобилни горива в страната. Групата притежава уникална транспортна и складова инфраструктура, която улеснява реализацията на произведените от ЛНХБ АД продукти и позволява на групата да действа като пазарен лидер на нивата на търговия на едро и дребно на автомобилни горива. Прието е, че от началото на проучвания период (01.01.2016 г.) най-малко до 31.03.2021 г. групата не е приемала горива на вносители в управляваните от нея данъчни складове. Това означава, че не е предоставян достъп на вносители за прием на горива от внос/ВОП за целите на ЗАДС (за оперативни цели), а в случаите, когато са предоставяни услуги по съхранение на запаси за извънредни ситуации, количествата горива са били закупвани от Лукойл България. Също така, през разглеждания период, в ПТ Росенец не са разтоварвани (пристигали) стоки от внос/ВОП с получател лица, несвързани с групата Лукойл. Освен собствената инфраструктура, групата ползва и паста, като от данъчния склад на Варна

Сторидж, свързан с пристанищен терминал Петрол - Варна и по този начин препятства ползването им от вносители за оперативни цели. Прието е, че е установено наличието на достатъчен свободен капацитет в данъчен склад, което е предпоставка за извършване на внос/ВОН на горива. *ВОН-Вносът на нефтопродукти в страната, по смисъла на ЗДДС, се извършва при два различни режима: 1. Вътреобщностно придобиване (ВОН), отнасящ се до движение на продуктите в рамките на ЕИП. Съгласно чл.13 от ЗДДС Вътреобщностно придобиване е придобиването на правото на собственост върху стока и на всяко друго право на разпореждане със стоката като собственик, както и фактическото получаване на стока в случаите по чл. 6, ал. 2, която се изпраща или транспортира до територията на страната от територията на друга държава членка, когато доставчикът е данъчно задължено лице, което е регистрирано за целите на ДДС в друга държава членка. 2. Режим на внос, отнасящ се до внос от трети страни Съгласно чл. 16 от ЗДДС, „внос на стоки“ е въвеждането на несъюзни стоки на територията на страната. Внос на стоки е и поставянето на стоки под режим свободно обращение след режим пасивно усъвършенстване, въвеждането на съюзни стоки на територията на страната от трети територии, които са част от митническата територия на Европейския съюз, както и всяко друго събитие, в резултат на което възниква митническо задължение.*

9.2. КЗК дефинира за целите на проучването един продуктово пазар единен пазар на съхранение на горива. В последствие регулаторът сегментира този пазар два подпазара : -за съхранение на горива по ЗАДС ; -за съхранение на горива по ЗЗНН. Тези надпазари, от своя страна се разделят на още два подпазара: - съхранение на дизел; - съхранение на бензин.

9.3 Прието е, че от доказателствата в производството се установява цялостна стратегия на групата за злоупотреби с господстващото си положение на пазара на съхранение на горива, като не допуска горива на друг производител в притежаваните или наети съоръжения или непредоставяне на достъп на греди лица-вносители и производители на горива, до собствена и наета инфраструктура за съхранение и транспорт на автомобилни горива. Поведението е от естество да ограничи вноса на горива и по този начин да намали конкурентния натиск на пазара на търговия на едро, за да запази лидерската позиция на групата на вертикално свързаните пазарни нива. КЗК е разгледала три аспекта от поведението на групата, като за всеки от тях е изложила мотиви относно несъответствието му е правилата на чл. 21 от ЗЗК и чл. 102 от ДФЕС. По-конкретно, разглежданите форми на поведение са:

1. Непредоставяне на достъп на вносители до данъчните складове на групата;

2. Непредоставяне на достъп на вносителите до пристанищни терминали Росенец - Бургас и Петрол - Варна;

3. Непредоставяне на достъп до нефтопродуктопроводите на групата за транспортиране на горива от внос.

9.4 При анализа на поведението на група Лукойл са разграничени два периода. В първия е прието от КЗК, че не съществува нормативно задължение за лицензираните складодържатели да предоставят част от капацитета си за ползване от трети несвързани лица. Този период обхваща началото на проучвания период (01.01.2016 г.) до 22.12.2020 г., до когато лицензираните складодържатели са имали време да приведат дейността си съгласно новите правила на ЗЛДС и ППЗЛДС, изискващи предоставянето на поне 15% от капацитета на трети несвързани лица.

9.4.1 През 2020 г. са приети важни изменения в ЗАДС, чиято цел е да повишат контрола върху данъчните складове, но и да повишат предлагането на услуги по прием и съхранение на горива за оперативни цели. Текстовете са изцяло приложими към регулиране на дейността на група Лукойл, тъй като установяват изрично статута на притежаваните от нея нефтопроводи и нефтопродуктопроводи. Допълненията в закона, които задължават лицензираните складодържатели да осигурят не по-малко от 15 % от общия максимален складов капацитет за съхранение на енергийни продукти, за ползване от трети несвързани лица, са приети през м. юли 2020 г. С изменения и допълнения в Правилника за прилагане на ЗАДС от 18.09.2020 г. е уреден редът и условията за предоставяне на достъп. На складодържателите е даден срок от 3 месеца да приведат дейността си в съответствие с новите изисквания. Срокът е изтекъл на 22.12.2020 г.

9.4.2 Вторият период започва от 23.12.2020 г., от която дата лицензираните складодържатели са длъжни да предоставят свободен капацитет за ползване от трети лица, до 31.03.2021 г., от когато датира последното доказателство за поведението на групата - отговор от "Лукойл България" ЕООД на запитване на "Сакса" ООД за ползване на свободен капацитет[422].

9.5 КЗК е предявила твърдения за извършено нарушение на ответните дружества чрез няколко различни форми на злоупотреба и господстващо положение, които са подчинени на обща антикопкурентна цел. Поради различния характер на разглежданите инфраструктурни обекти, различната собственост върху тях, пораждащи в своята съвкупност различни форми на поведение, чрез което ответните дружества ограничават конкуренцията, Комисията е квалифицирала някои от тях като отказ да се предостави достъп до съществено съоръжение, а други - като ограничаване на търговията. Обединяването им в обща стратегия обуславя квалифицирането им в едно нарушение, както по чл. 21, т. 2, така и по чл. 21, т. 5 от ЗЗК, като в мотивите

Комисията е изложила аргументи за изпълнението на съответния фактически състав при всяка една от разгледаните форми на поведение. КЗК е приела, че чл. 21, т. 5 от ЗЗК е частен случай на чл.21, т. 2 от ЗЗК, поради което и не фигурира като самостоятелен състав на чл. 102 от ДФЕС. В европейската практика отказите за достъп, както и други форми на поведение, чрез които се възпрепятстват конкурентите, било то чрез „конструктивен“ отказ- CASE AT.39523 - SLOVAK TELEKOM, било то чрез физическо унищожаване на ключова инфраструктура- Baltic rail. Решение на

Общия съд, 18.11.2020, case T-814/17, Lietuvos gelezinkeliai AB v European Commission, се квалифицират като ограничаване на търговията по чл. 102, б. „б“ от ДФЕС.

9.6 Според практиката, резултатът от твърдението за refusal to supply би бил въвеждане на задължение за собственика да допусне трето лице да ползва имуществото му въпреки неговата воля (съоръжения, мрежи на техническата инфраструктура, патенти, права на интелектуална собственост). Това с едно от най-тежките възможни засягания на правото на собственост и правото на свободна стопанска инициатива. Затова критерият за доказване при refusal to supply е възможно най-строгий и съответно преценката е най -консервативна в сравнение с всички други видове нарушения на чл. 102 от ДФЕС. Това се дължи на обстоятелството, че при всички други видове нарушения не се засягат в такава степен правото на собственост и правото на свободна стопанска инициатива. От тази гледна точка, ЕК действа след изчерпателна преценка на засегнатия пазар и негативните последици върху него. По настоящото производство засегнатите пазари на производство и внос на автомобилни горива (според КЗК на бензин и дизел), имат нива на внос, далеч пад средните за Европа, при бензина едни от най- високи те. При такива данни за засегнатия пазар, евентуалното засягане на правата на обвинените лица е изключително, безпрецедентно тежко.

9.7 От друга страна, правото на собственост и правото на свободна стопанска инициатива са изрично защитени от Конституцията на Република България. Те се ползват с правна защита на конституционно ниво, включително от Конституционния съд. По- специално, правото на собственост е защитено от чл. 17, ал. 1 и ал. 3 от КРБ. Правото на свободна стопанска инициатива с прогласено в чл. 18 от КРБ. Правото на собственост е защитено и от Хартата на основните права на ЕС. Посочва се, че условията на чл. 52, ал. 1 от Хартата не следва да се приемат като теоретични постановки без практическо значение, а трябва да се прилагат практически при решаване на конкретния казус.

9.8 Въз основа на извършения икономически и правен анализ Комисията приема, че група Лукойл е извършила нарушение по чл. 21, т. 2 и т. 5 от ЗЗК, както и по чл. 102, буква „б“ от ДФЕС. изразяващо се в

злоупотреба с господстващо положение на пазара на съхранение на автомобилни горива чрез предоставяне на достъп на вносителите и производители на автомобилни горива в собствени данъчни складове, ограничаване на вноса по море чрез блокиране на данъчните складове, свързани с П Г Росенец и ПТ Петрол - Варна, както и непредоставяне на достъп до нефтопродуктопроводите на групата за транспортиране на горива на други производители и вносителите, което може да предотврати, ограничи или наруши конкуренцията и да засегне интересите на потребителите като ограничи вноса на автомобилни горива в страната.

9.9 В решението си Комисията е разглеждала общо двете нарушения като не е идентифицирала конкретно по отношение на всяко едно от тях съответен пазар и засегнат пазар.

9.10 Съгласно чл. 41 от Хартата, основно право на правните субекти е правото на добра администрация. Правото на добра администрация включва: 1) правото на всяко лице да бъде изслушвано, преди срещу него да бъде предприета индивидуална мярка, която би имала неблагоприятни последици за него; 2) правото на достъп до документите, които се отнасят до него; 3) задължение на администрацията да мотивира решението си. Съгласно чл. 51 от Хартата тя е приложима от държавите членки, когато прилагат правото на Съюза. Предоставянето на безвъзмездна финансова помощ е пряко приложение на правото на Съюза, което значи и задължение на националните органи, отговорни за приложимостта на право, да спазват разпоредбата на чл. 41 от Хартата.

9.11 Разпоредбите на чл. 41 от Хартата имат юридическата сила на първично право. Те изразяват общ принцип в правото на Европейския съюз, спазването на който Съдът на Европейския съюз в практиката си неотклонно изисква, защото е елемент на правото на защита (Решение от 18 декември 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, точка 37; решение от 01 октомври 2009, Foshan Shunde, C-141/08P, EU:C:2009:598, точка 83).

9.12 Съдът на Европейския съюз е наложил правото на правните субекти да бъдат изслушани преди спрямо тях да се издаде акт, налагащ им неблагоприятна мярка, като общо правило в правото на Съюза независимо дали това право изрично е регламентирано в съответния акт на правото на Съюза, регламентиращ процесните правоотношения. В практиката си Съдът изрично приема, че „това задължение тежи върху административните органи на държавите членки, когато те вземат решения, попадащи в приложното поле на общностното право, дори когато приложимото общности[©] законодателство не предвижда изрично подобно изискване“ (Решение от 18 декември 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, точка 38; решение от 01 октомври 2009, Foshan Shunde, C-141/08P, EU:C:2009:598, точка 83).

9.13 Съгласно чл. 41. нар. 1 от Хартата, всеки, чиито права и свободи, гарантирани от правото на Съюза, са били нарушени, има право на

ефективни правни средства за защита пред съд в съответствие с предвидените в настоящия член условия. В тази връзка се поставя въпросът : Не се ли нарушава гарантираното право на защита на привлечените като нарушители субекти от предявяването на две нарушения по чл.21, т.2 и т.5 от ЗЗК, без да се изследва за всяко едно от формулираните отделни нарушения съответните пазари и всички относими към отделното нарушение факти и обстоятелства? Този въпрос е относим и към описаното по-горе, че с констатиране особено на нарушението отказ от доставка /refusal to supply/, се засяга в достатъчно голяма степен гарантираното от Конституцията на РБългария и Хартата на основните права на ЕС право на собственост и на стопанска инициатива на конкретния субект.

9.14 Съгласно чл. 168, ал. 1 ЛИК съдът преценява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основание по чл. 146 АПК, а именно: дали актът е издаден от компетентен административен орган и в установената форма, спазени ли са административнопроизводствените правила и материалноправните разпоредби по издаването му, съобразен ли е актът е целта на закона. В тази връзка настоящият съдебен състав е длъжен служебно да провери дали административният орган е спазил всички административнопроизводствени правила при издаване на процесния административен акт, е който се определя финансова корекция.

9.15 Предвид обстоятелството, че Комисията е приела, че групата Лукойл е извършила нарушение по чл.21, т.2 и т.5 от ЗЗК, както и по чл.102, б.“б“ от ДФЕС, изразяващо се в злоупотреба с господстващо положение на пазара на съхранение на автомобилни горива чрез непредоставяне на достъп на вносителите и производители на автомобилни горива в собствени данъчни складове, ограничаване на вноса по море чрез блокиране на данъчни складове, свързани с ПТ Росенец и ПТ Петрол-Варна, както и непредоставяне на достъп до нефтопродуктите на групата за транспортиране на горива на други производители и вносителите, което може да предотврати, ограничи или наруши конкуренцията и да засегне интересите на потребителите като ограничи вноса на автомобилни горива в страната, поради което и за правилното решаване на настоящия спор е необходимо да бъде установено дали антимонополният орган следва да отграничи изрично, ясно и недвусмислено за всяко едно от нарушенията съответен пазар, засегнат пазар, конкретните противоправни действия, насочени към увреждане на конкуренцията, антиконкурентните последици и всички други относими факти към фактическия състав на всяко едно от нарушенията по чл.21, ал.1, т.2 и т.5 от ЗЗК/ по чл.102 от ДФЕС: а) отказ от доставка /refusal to supply/ и б)ограничаване на производството, търговията и техническо развитие във вреда на потребителите.

Така мотивиран и на основание чл. 267, параграф 1, буква б) ДФЕС във връзка с чл. 4, параграф 2 ДЕС настоящият съдебен състав на Административен съд София-област отправя до Съда на Европейския съюз следното преюдициално запитване:

При установени от националния орган по конкуренция различни форми на поведение, част от които квалифицирани като отказ да се предостави достъп до съществено съоръжение, а други като ограничаване на търговията, но обединени в обща стратегия на дружеството, допустимо ли е установяването на едно общо нарушение по чл.102 от ДФЕС или следва да бъдат установени отделни нарушения, квалифицирани като отказ да се предостави достъп до съществено съоръжение и съответно като ограничаване на търговията?

10. Мотиви за отправяне на преюдициално запитване по втори и трети въпрос:

10.1 Лукойл е придобила петролните си бази и изградената към тях тръбопроводна инфраструктура, с изключение на ИБ Русе, в резултат на приватизацията на държавното дружество "Нефтохим" ЕАД в края на XX и началото на XXI век. Транспортно-логистичната инфраструктура на групата е изградена от държавата, с публични средства, през 70-те години на миналия век и е уникална за страната и региона. Тя позволява транспорт на автомобилни горива от брега на Черно море до столицата, както и съхранение и експедиране на горива от петролни бази в най-големите градове в страната (Бургас, Стара Загора, Пловдив, София). След приватизирането на държавното дружество Нефтохим, инфраструктурата става собственост на група Лукойл.

10.2 КЗК е приела в решението си, че това означава, че защитата на обществен интерес от развитието на конкуренцията на пазарите на автомобилни горива има превес пред защитата на интересите на собственика на инфраструктурата, тъй като последният не е инвестирал в изграждането ѝ. Според европейската съдебна практика, установяването на изключителните обстоятелства по делото Bronner има за цел да гарантира, че задължението на предприятие с господстващо положение, да предоставя достъп до инфраструктурата си, в крайна сметка не възпрепятства конкуренцията, като намалява първоначалния стимул за това предприятие да изгради такава инфраструктура. Когато предприятието не е изградило въпросната инфраструктура, а е получило същата в резултат на приватизация, не е необходимо да се установяват всички елементи на теста Bronner, тъй като в този случай не са налице

икономически стимули за инвестиции, чиято защита да преодолява обществения интерес от ненарушената конкуренция.

Възражения на ответните страни

10.3 Направените инвестиции са били наложителни, понеже инфраструктурата е получена в много тежко състояние от държавата. Въведена в експлоатация в началото на 70-те години на XX век, към началото на XXI век тази инфраструктура не може да отговаря на модерните изисквания за безопасност и запазване на качеството на транспортирания продукт. Инвестициите не включват инвестициите в производствени мощности, например построяването на втората основна инсталация за преработка на основната площадка (КПТО - комплекс за преработка на тежки остатъци). Възражава се, че Лукойл Нефтохим Бургас /ЛНХБ /е направило огромни по размер инвестиции в своята логистична инфраструктура, необходима за тръбопроводен транспорт от ПТ Росенец до ПСБ Илиянци. Изводът на КЗК, че тази инфраструктура е продукт единствено на инвестиции на публични средства, е напълно неадекватен на фактите. Общата инвестиция на ЛБ в продуктопровода от 2006 г. до 31.03.2021 г. /посочен е размер търговска тайна/. Отделно през 2008 г. ЛБ е закупило ПСБ Илиянци от /размер/евро без ДДС, която цена не е включвана в сумата на инвестициите в продуктопровода. Лукойл България/ЛБ/ не е придобило ПСБ Илиянци в рамките на приватизацията, а е инвестирало огромни по размер средства, за да закупи базата. От тази гледна точка изводът на КЗК за публични средства в частта ПСБ Илиянци е напълно неадекватен на още едно основание. Що се отнася до продуктопровода Бургас - София, той не е бил в експлоатация по цялата си дължина. В отсечката Ихтиман - София той не е работил към момента на приватизацията на ЛНХБ, тъй като ПСБ Илиянци е била собственост на групата Петрол. Към момента на приватизацията и до 2008 г. изоставената метална тръба е подложена на интензивна корозия, а остатъчното ѝ съдържание отдавна е източено чрез над 10 000 криминални кранове, които още повече компрометират съоръжението. До инвестицията на ЛБ, продуктопроводът в този участък е напълно неизползваем по предназначение. Той е повторно въведен в експлоатация едва през 2008 г., след значителна инвестиция. В тази връзка е закупен от трети лица прилежащ парцел при ПСБ Ихтиман, който е включен в базата е необходимите инвестиции в допълнителни резервоари. Освен това, едва след придобиването на продуктопровода от ЛБ и вследствие на инвестициите, направени в него, е започнало използването му за т.нар. последователен транспорт, т.е. последователно движение на дизел и бензин. Дотогава продуктопроводът е бил използван само за транспорт на дизел (газьоли). За да бъде възможно използването на продуктопровода, който е немислим без съответните резервоарни вместимости, ЛБ е направило огромна по размер инвестиция в базите по

неговото протежение, включително в придобитата през 2008 г. ПСБ Илиянци. Общата инвестиция на ЛБ в ПСБ, основно ПСБ по протежението на продуктопровода, е (...) * лева без ДДС. В заключение групата възразява, че твърдението на КЗК, че инфраструктурата е продукт на инвестиция с публични средства, е напълно несъстоятелно. Както ЛНХБ, така и ЛБ са направили огромни по размер инвестиции, така че да е възможен транспорт на горива по линията ПТ Росенец - ПСБ Илиянци. Действително, първоначалните инвестиции са направени от държавата, но инфраструктурата е получена след приватизацията в лошо до плачевно състояние, а участъкът Ихтиман - София въобще не е функционирал. Затова са се наложили огромни по размер инвестиции. ПСБ Илиянци пък въобще не е придобита по силата на приватизация, а е закупена от частно търговско дружество. Пито ЛНХБ, пито ЛБ биха направили тези огромни инвестиции, ако не разчитаха, че инвестициите ще им донесат конкурентно предимство. Иновацията в последователен транспорт също не би била въведена.

Заклучение на Комисията

10.4 Възражението за придобиването на ИБ Илиянци от Група Петрол е основателно. Действително петролната база не е включена в договора между ЛПХБ и ЛБ, е която последното придобива останалите ПБ и самия продуктопровод, а е закупена впоследствие от (...) *. Твърденията на групата за извършени инвестиции в складовата и транспортна инфраструктура не променят извода на КЗК, че в нреоблаващата си част същата е придобита в резултат на приватизацията и изначално не е изградена от ответните дружества. Не се променя факта, че тази инфраструктура е изградена от държавата с публични средства, в период, в който не е съществувала конкуренция на пазара, а всички стопански дейности са се извършвали от държавата. Самата инфраструктура, като съвкупност от складове и тръбопроводи е уникална за страната и дублирането ѝ след отмяната на държавния режим на собственост е невъзможно. Именно тези обстоятелства са взети предвид от Комисията при оценката на поведението на групата. Направените впоследствие инвестиции не променят по същество съдържанието и предназначението на тази инфраструктура, с изкл. на новопридобитата ПБ Илиянци, а касаят поддръжката и модернизиранието ѝ. По-конкретно следва да се посочи, че при извършен анализ на голяма част от представените по-горе с възраженията на ответните дружества данни за направени инвестиции, прави впечатление, че същите са свързани с текущи ремонти и поддръжка на вече съществуващи активи на Групата, което не е нещо необичайно за търговската дейност на всеки един субект, който стопанисва даден актив, било то сгради или друг вид съоръжения. Видно е, че тези разходи са присъщи за поддръжката на логистична инфраструктура и инсталациите, а в преобладаващата част касаят освен

задълженията за инвестиции съгласно приватизационните договори, така също и тези свързани със задължения на управление и поддържане на обекта на концесията ПТ Росенец. Не на последно място също така е важно да се посочи, че в представените данни, с които ответните дружества твърдят извършени инвестиции за изграждане на инфраструктурата, са установени редица разходи за въвеждане на системи за видеонаблюдение за целите на митническия контрол във всички данъчни складове на Лукойл или такива свързани с противопожарната сигурност, които очевидно не променят същността на инфраструктурата. В заключение Комисията счита, че двете обстоятелства, изключващи приложението на теста Bronner, не се прилагат кумулативно, а всяко едно от тях е достатъчно основание за изключването на теста. Прието е, че приложението на теста Bronner в настоящия случай е изключено на следните основания:

Придобиване на инфраструктура изградена с публични средства - важи през целия период от 01.01.2016 - 31.03.2021 г. за ДС Росенец; ДС ЛНХБ-основна площадка; ПБ Камено; ПБ Аспарухово; ПСБ Карнобат; ПСБ Стара Загора; ПСБ Пловдив; ТИС Ветрен; ТПС Ихтиман; всички тръбопроводи и продуктопроводи на групата;

Наличие на правно задължение за предоставяне на достъп - важи за периода 23.12.2020 г. - 31.01.2021 г. по отношение на всички посочени погоре складови бази на групата, вкл. ПБ Илиянци и ПБ Русе, с изкл. на продуктопровода Бургас - София.

11. Основания относно отправянето на преюдициално запитване:

11.1 Ключов елемент на фактическия състав на нарушението по чл.21, т.5 от ЗЗК е наличието на откази на двете предприятия да дадат достъп до ключовата(съществената) си инфраструктура, дефинирана в диспозитива на Решението като: злоупотреба с господстващо положение на пазара на съхранение на автомобилни горива чрез непредоставяне на достъп на вносителите и производители на автомобилни горива в собствени данъчни складове, ограничаване на вноса по море чрез блокиране на данъчните складове, свързани с ПТ Росенец и ПТ Петрол - Варна, както и непредоставяне на достъп до нефтопродуктопроводите на групата за транспортиране на горива на други производители и вносителите. През първият инкриминиран период 01.01.2016 г.-22.12.2020 г. не съществува правно задължение собствениците на лицензирани акцизни складове да предоставят част от капацитета си на свои конкуренти, по което няма спор. Въз основа на това, КЗК е приела, че е налице така наречения „конструктивен отказ“ от страна на ответните дружества за осъществяване на достъп от трети лица.

11.2 КЗК в решението си е приела, че критериите Bronner не следва да се прилагат, когато разглежданата инфраструктура не е финансирана чрез собствени инвестиции на предприятието с господстващо положение, а с публични средства (какъвто е и настоящият случай), и когато това предприятие не е собственик на тази инфраструктура, а я ползва по силата на договор за концесия или под наем. Тези критерии са предназначени да се прилагат в случай на отказ да се предостави достъп до инфраструктура, която е собственост на предприятието с господстващо положение, и която то е развило за нуждите на своята собствена дейност чрез собствени инвестиции.

11.3 Практиката на ЕК и съдебната практика се позовават на теста Bronner, когато решават дали има наличие на нарушение на правилата на конкуренцията при отказ за доставка от страна на господстващото предприятие. Той има следните специфични кумулативни елементи - Отказът е вероятно да доведе до елиминиране на всяка конкуренция на засегнатия пазар от лицето, което иска доставката;- Отказът не може да бъде обективно обоснован (objectively justified);- Услугата/стоката, до която се отказва достъп, е незаменима (indispensable) за осъществяването на бизнеса на лицето, което иска доставката, защото няма съществуващ или потенциален заместител. Съответно, първото и най-важно изискване за прилагане на доктрината, е да е налице ключовата инфраструктура (essential facility), която да бъде контролирана от монополист и достъпът до тази инфраструктура да е незаменим (indispensable) с оглед възможността на конкурентите да се конкурират с монополиста.

11.4 В конкретния случай, предвид изключителните обстоятелства/ приватизация и концесия/, свързани с процеса на придобиване и ползване на цялата инфраструктура от групата Лукойл, са отчетени и спецификите на приватизационния договор, който не представлява обикновена търговска сделка по смисъла на Търговския закон. Приватизационният договор се сключва при спазване на определена административна процедура, описана в Закона за приватизация и следприватизационен контрол, при съблюдаване на обществения интерес. По тази причина в приватизационния договор често се съдържат задължения, които са различни от характерните за договора за гражданската и търговската продажба. Такива са обвързващите купувача задължения извън задължението му за заплащане на цената, като тези за извършване на инвестиции, изразяващи се в ремонт и обновяване на основните активи на предприятието, запазване и разкриване на нови работни места, извършване на определени дейности с екологична насоченост, съхраняване предмета на дейност за определен в договора срок, както и ограничена по време забрана за продажба на предприятието или на обособени негови части и др. Когато с приватизационен договор се поема

задължение за извършване на инвестиции, те се посочват по вид, размер и срок и са предварително определени, а не следствие от стимул на предприятието, което придобива държавната собственост. Доколкото в настоящия случай инфраструктурата на дружеството е придобита в резултат на приватизацията на държавното дружество "Нефтохим" ЕАД в края на XX и началото на XXI век, в чийто капитала са включени и три продуктопровода и седем депа/терминали, съставляващи мрежа за пренос и разпределяне на продукцията във вътрешността на страната, следва да се има предвид, че транспортно-логистичната инфраструктура на групата е изградена от държавата, с публични средства, през 70-те години на миналия век и е уникална за страната и региона. След приватизирането на държавното дружество Нефтохим, инфраструктурата става собственост на група Лукойл. Това обстоятелство обаче според Комисията не налага прилагането на теста Bronner, тъй като в този случай не са налице икономически стимули за инвестиции, чиято защита да преодолява обществения интерес от ненарушената конкуренция.

11.5 КЗК е приела, че две предпоставки изключват приложението на теста Bronner: а) Неизпълнение на правно задължение на господстващото предприятие да предостави достъп до своята инфраструктура/услуга (типично законен монопол или произтичащо от предходен държавен монопол); и/или б) Господстващото предприятие не е инвестирало в изграждането на инфраструктурата, тъй като последната е изградена и развита изключително с публични средства. Първата предпоставка не е предмет на преюдициалното запитване, тъй като както се посочи по-горе за периода от 01.2016г. до 22.12.2020г. не е имало правно задължение за господстващото предприятие.

11.6 КЗК е приела, че тестът Bronner не се прилага когато господстващото предприятие е получило от държавата ключова инфраструктура, като направените инвестиции не преодоляват обществения интерес.

11.7 Дружествата, на които са вменени нарушенията са противопоставили, че са извършили значителни инвестиции в предприятията след приватизационните договори, за което са и събрани доказателства за извършени инвестиции в ключовата инфраструктура на ЛБ и ЛНХБ.

11.8 Съществен въпрос, за да се направи извод за неприложението на тестът Bronner, когато господстващото предприятие е получило от държавата ключова инфраструктура/ приватизация или концесия/, е дали следва да се вземат предвид и други обстоятелства, като изпълнение на задълженията по приватизационния договор, размера на инвестицията и дали инвестициите са по собствена инициатива или във връзка с изпълнение на инвестиционния договор.

11.9 Отговор на тези въпроси не може да се открие в заключението на Генералния адвокат Рантос (ГА Рантос) от 07.07.2022 г. по делото Baltic rail. В него ГА Рантос прави преглед на съдебната практика, свързана с откази на достъп и на приложението на теста Bronner. В § 64-64 са разгледани целите на теста Bronner, който се приема като основен стандарт при преценка на задължението на предприятието да предоставя достъп до инфраструктура "която то е развило за собствени нужди", за защита на "първоначалния стимул за изграждане на тази инфраструктура". Анализирайки целите на теста Bronner, ГА Рантос посочва, че "посочените в него критерии се прилагат за инфраструктура, на която господстващото предприятие е собственик и която по принцип е резултат от собствена инвестиция". В случая КЗК е приела, че по аргумент на противното от изразеното становище на адвокат Рантос следва да се приеме, че не се прилагат критериите Bronner, тъй като инвестицията на господстващото предприятие не е със собствени средства. Същевременно, Решението на КЗК е подписано с две особени мнения на двама членове на КЗК, които в мотивите си също се позовават на това решение от 12.01.2023 г. на втората съдебна инстанция по делото Baltic rail (Решение от 12.01.2023 г. по дело C-42/21 P), по което е прието, че нарушението не е refusal to supply, а представлява съвсем друго нарушение.

11.10 Със същите мотиви КЗК е отказала да приложи теста Bronner и по отношение на ключовата инфраструктура придобита чрез концесия за процесния период.

11.11 Съобразно разпоредбата на чл.6 от АПК принципа на съизмеримостта/пропорционалността, следва да се прилага при съизмеримост на публичните и личните интереси.

11.12 ЕК и СЕС в своята практика сочат, че refusal to supply е изключителна мярка, която засяга в най-висока степен правата на адресатите. Когато се преценява наличието на refusal to supply, общностните органи са изключително внимателни при оценката на всички относими фактори, така че да осигурят пропорционалност на политиката си. Основният фактор при преценката е интересът на потребителите. От друга страна следва да се преценяват и интересите на собствениците на ключовата инфраструктура с оглед неприкосновеността на правото на собственост и насърчаване на стопанската инициатива като се спазват принципите за пропорционалност и съразмерност. Делото Bronner е ключов момент от развитието на европейското разбиране за refusal to supply. В него се формулират предпоставките, при които може да се наложи задължение за договаряне на господстващо предприятие въпреки волята му. То завършва с отказ на СЕС да намери refusal to supply.

11.13 Предвид обстоятелството, че КЗК не е приложила тестът Bronner изследвайки твърдяното нарушение по чл.102 от ДФЕС а) отказ

за доставка (refusal to supply), като е приела, че неговото приложение е изключено предвид обстоятелството, че ключовата инфраструктура на господстващото предприятие е получено въз основа на публични средства/концесия, е необходимо да бъде установено дали във всички случаи, когато господстващото предприятие за ключовата инфраструктура е получило публични средства или чрез концесия, се изключва приложението на тестът Bronner, или следва да се преценява размера на инвестициите, изпълнението на приватизационния договор или концесията/по силата на които е получена ключовата инфраструктура/, както и дали инвестициите са направени във връзка с изпълнение на инвестиционния договор/концесия или по собствена инициатива.

11.14 Съобразно Насоките за прилагане на чл. 102 ДФЕС (раздел, refusal to supply и margin squeeze). Т.,,75 ... Ако едно предприятие знае, че е задължено да изпълнява доставки срещу волята си, това може да накара господстващото предприятие – или тези, които предвиждат, че могат да станат такива – да не инвестира или да инвестира по-малко във въпросната дейност. Също така, конкурентите могат да се изкушат да се възползват от инвестицията на господстващото предприятие вместо сами да инвестират. В дългосрочен план пито едно от тези последствия не би било в интерес на потребителите.“ От този текст следва поставяне и на трети въпрос по преюдициалното запитване:

11.15 Ако отговорът на първия въпрос е положителен, гарантирано ли е спазването на принципа на пропорционалност даден в Насоките за прилагане на чл. 102, т.75 ДФЕС (раздел, refusal to supply и margin squeeze), когато господстващото предприятие е инвестирало в ключовата инфраструктура/концесия (essential facility), при използване на рестриктивни критерии, определени на принципа „най-необходимо“ за запазване на конкуренцията, при пропорционално отчитане на интереса на господстващото предприятие.

Така мотивиран и на основание чл. 267, параграф 1, буква б) ДФЕС във връзка с чл. 4, параграф 2 ДЕС настоящият съдебен състав на Административен съд София-област отправя до Съда на Европейския съюз следното преюдициално запитване:

2. Следва ли антимонополният орган да изключи приложението на тестът Bronner, по отношение на твърдяното нарушение по чл.102 от ДФЕС а) отказ за доставка (refusal to supply) във всички случаи, когато господстващото предприятие за ключовата инфраструктура е получило публични средства или е получило ключовата инфраструктура (essential facility) въз основа на концесия, или следва да се преценява размера на

инвестициите, изпълнението на приватизационния договор или концесия/ по силата на които е получило ключовата инфраструктура/, както и дали инвестициите са направени във връзка с изпълнение на инвестиционния договор/концесия, или по собствена инициатива?

2.1 Ако отговорът на горния въпрос е положителен, гарантирано ли е спазването на принципа на пропорционалност даден в Насоките за прилагане на чл. 102, т.75 ДФЕС (раздел, refusal to supply и margin squeeze), когато господстващото предприятие е инвестирало в ключовата инфраструктура, при използване на рестриктивни критерии, определени на принципа „най- необходимо“ за запазване на конкуренцията, при пропорционално отчитане на интереса на господстващото предприятие?

По изложените съображения и на основание чл. 267, параграф 1, буква б) ДФЕС и чл. 631, ал. 1 ГПК във връзка е чл. 144 АПК, Административен съд София - област, 5 състав,

ОТПРАВЯ преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз със следните въпроси:

1. При установени от националния орган по конкуренция различни форми на поведение, част от които квалифицирани като отказ да се предостави достъп до съществено съоръжение, а други-като ограничаване на търговията, но обединени в обща стратегия на дружеството, допустимо ли е установяването на едно общо нарушение по чл.102 от ДФЕС или следва да бъдат установени отделни нарушения, квалифицирани като отказ да се предостави достъп до съществено съоръжение и съответно като ограничаване на търговията?

2. Следва ли антимонополният орган да изключи приложението на теста Wronner, по отношение на твърдяното нарушение по чл.102 от ДФЕС а) отказ за доставка (refusal to supply) във всички случаи, когато господстващото предприятие за ключовата инфраструктура (essential facility) е получило публични средства (по силата на приватизационен договор/концесия), или следва да се преценява размерът на инвестицията, изпълнението на приватизационния договор/ концесията (по силата на които е получена ключовата инфраструктура)/, както и дали инвестицията е направена във връзка с изпълнение на инвестиционния договор/концесия или е по собствена инициатива?

2.1 Ако отговорът на горния въпрос е положителен, гарантирано ли е спазването на принципа на пропорционалност даден в Насоките за прилагане на чл. 102, т.75 ДФЕС (раздел, refusal to supply и margin squeeze), когато господстващото предприятие е инвестирало в ключовата инфраструктура (essential facility), при използване на рестриктивни

критерии, определени на принципа „най-необходимо“ за запазване на конкуренцията, при пропорционално отчитане на интереса на господстващото предприятие?

Сира производството по адм.д. № 557/2023г. по описа на Административен съд София област.

Определението не подлежи на обжалване.

съдия:

ВЯРНО С ОРИГИНАЛА

Todor
Nikolaev
Karadzhov

Digitally signed
by Todor
Nikolaev
Karadzhov

Date: 2024.04.05
12:48:04 +03'00'