

Mål C-245/24

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande i enlighet med artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

5 april 2024

Domstol som begär förhandsavgörande:

Administrativen sad Sofia-oblast (Bulgarien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

5 april 2024

Sökande:

”LUKOIL Bulgaria” EOOD

”LUKOIL Neftohim Burgas” AD

Motpart:

Komisija za zashtita na konkurenciata

Saken i det nationella målet

Målet rör en talan som väckts av ”LUKOIL Bulgaria” EOOD (nedan kallat Lukoil Bulgaria) och ”LUKOIL Neftohim Burgas” AD (nedan kallat Lukoil Neftohim Burgas) mot beslut nr 332/04.04.2023 som antagits av Komisija za zashtita na konkurenciata (kommissionen för konkurrensskydd, nedan kallad KZK), varigenom en överträdelse av artikel 21 punkterna 2 och 5 i Zakon za zashtita na konkurenciata (lag om konkurrensskydd) och artikel 102.2 b FEUF fastställdes och böter påfördes.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Tolkning av unionsrätten enligt artikel 267 FEUF

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

1. Är det tillåtet, i en situation där den nationella konkurrensmyndigheten har fastställt förekomsten av olika beteenden, varav vissa har identifierats som en vägran att ge tillgång till en nödvändig facilitet och andra som en marknadsbegränsning, men funnit att dessa beteenden ingår i företagets samlade strategi, att konstatera att en enda överträdelse av artikel 102 FEUF är för handen, eller är det nödvändigt att behandla dessa beteenden separata överträdelser, vilka ska anses utgöra antingen en vägran att ge tillgång till en nödvändig facilitet eller en marknadsbegränsning?

2. Ska konkurrensmyndigheten avstå från att tillämpa Bronner-kriterierna med avseende på den påstådda överträdelsen av artikel 102 FEUF bestående i en leveransvägran (refusal to supply) i samtliga fall där företaget med dominerande ställning har erhållit offentliga medel (på grundval av ett privatiseringsavtal/koncessionsavtal) i form av nyckelinfrastruktur (essential facility), eller är det nödvändigt att pröva investeringarnas omfattning, fullgörandet av privatiseringsavtalet/koncessionsavtalet (som ligger till grund för förvärvet av nyckelinstrukturen) samt huruvida investeringarna gjordes inom ramen för fullgörandet av investeringsavtalet/koncessionsavtalet eller på eget initiativ?

2.1. Om föregående fråga ska besvaras jakande: Ska proportionalitetsprincipen i den mening som avses i [punkt 75 i] vägledningen om tillämpningen av artikel [102 FEUF] (avsnitt [”IV.”] [D. Leveransvägran och marginalpress”]) anses ha iakttagits när restriktiva kriterier – vilka har fastställts för att upprätthålla konkurrensen på grundval av principen om “absolut oundgänglighet” med vederbörlig hänsyn till det dominerande företagets intressen – tillämpas i en situation där det dominerande företaget har investerat i nyckelinstrukturen (essential facility)?

Anförda unionsbestämmelser och anförd praxis från EU-domstolen

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (nedan kallat FEUF), särskilt artikel 102.2 b och artikel 267

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan), särskilt artikel 41 och artikel 47

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [101] och [102] i fördraget, särskilt artikel 3 och artikel 27

Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel [102 FEUF] på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, särskilt punkterna 13–15, 75 och 82 [2009/C 45/02]

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03)

Kommissionens beslut av den 15 oktober 2014, AT.39523 Slovak Telekom

Dom av den 26 november 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569

Tribunalens dom av den 18 november 2020, Lietuvos geležinkeliai/kommissionen, T-814/17, EU:T:2020:545

Förslag till avgörande av generaladvokat Rantos av den 7 juli 2022 i målet Lietuvos geležinkeliai/kommissionen, C-42/21 P, EU:C:2022:537

Dom av den 12 januari 2023, Lietuvos geležinkeliai/kommissionen, C-42/21 P, EU:C:2023:12

Dom av den 18 december 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746

Dom av den 1 oktober 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/rådet, C-141/08 P, EU:C:2009:598

Anförda nationella bestämmelser

Konstitutsia na Republika Bulgaria (Republiken Bulgariens författning), särskilt artiklarna 17 och 18

Administrativnoprotsesualen kodeks (förvaltningsprocesslagen, nedan kallad APK), särskilt artikel 6 och artikel 168

Zakon za zashtita na konkurentsia ta (lagen om konkurrensskydd, nedan kallad ZZK), särskilt artikel 8, artikel 20 och artikel 21 punkterna 2 och 5

Zakon za danak varhu dobavenata stoynost (mervärdesskattelagen, nedan kallad ZDDS), särskilt artikel 13 och artikel 16

Zakon za aktsizite i danachnite skladove (lagen om punktskatter och skatteupplag, nedan kallad ZADS)

Pravilnik za prilagane na Zakona za aktsizite i danachnite skladove (tillämpningsförfordningen för lagen om punktskatter och skatteupplag, nedan kallad PPZADS)

Zakon za zapasite ot neft i neftoprodukti (lagen om lager av råolja och petroleumprodukter, nedan kallad ZZNN)

Metodika za izvrshvane na prouchvane i opredelyane na pazarnoto polozhenie na predpriatiata na saotvetnia pazar (metod för att genomföra en marknadsundersökning och fastställa företags ställning på den relevanta marknaden), antagen genom KZK:s beslut nr 393/21.04.2009

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 KZK inledde ett förfarande med ärendenummer KZK-255/2020, i enlighet med KZK:s beslut nr 268/16.04.2020, i syfte att fastställa möjliga överträdelser av artiklarna 15 och 21 ZZC och/eller artiklarna 101 och 102 FEUF i samband med de priser som fastställts för vanligt förekommande bränslen i distributionskedjan produktion-import-lagring-grossisthandel-detaljhandel, såväl i de enskilda horisontella leden som vertikalt. Förfarandet avsåg elva företag (däribland Lukoil Neftohim Burgas och Lukoil Bulgaria) och inleddes till följd av ett meddelande från Varhovna administrativna prokuratura (åklagarmyndigheten vid Högsta förvaltningsdomstolen, nedan kallad VAP) angående diskrepansen mellan den betydande nedgången i det globala priset på råolja (47,4 procent) i mars 2020 och nedgången i bränslepriserna i detaljhandelsledet i landet (cirka 11 procent) under samma tidsperiod. VAP lämnade även in uppgifter om genomsnittspriserna på bränsle som släpptes ut på marknaden från skatteupplag, inbegripet punktskatter och mervärdesskatt, och ingav även en anmälan från en medborgare, i vilken denne påstod att det pågick spekulation med bränslepriserna i landet med tanke på de sjunkande priserna på råolja på världsmarknaden.
- 2 Enligt en marknadsanalys utförd av Agentsia "Mitnitsi" (tullmyndigheten) sjönk de genomsnittliga dagspriserna för bensin och diesel i genomsnitt med 0,07 BGN, vilket motsvarar 4,5 procent, under perioden 30 mars till 5 april 2020. Bränslepriserna hos återförsäljarna i detaljhandeln (bensinstationerna) reagerade en vecka senare (den 12 mars 2020) på ändringen av priset på råolja på börsen. Av denna analys framgår även att samtliga marknadsledande drivmedelskedjor reagerade under de sista två veckorna i mars och den första veckan i april 2020, då det var möjligt att se en gradvis nedgång i priserna på energiprodukter i landet.
- 3 Förfarandet vid KZK avsåg en kontroll av Lukoil Neftohim Burgas och Lukoil Bulgarias agerande för att begränsa tillgången till skatteupplag och transportinfrastruktur, [ett agerande] som syftade till att begränsa importen av bränsle till landet.
- 4 Sedan den 10 december 2018 är kapitalet i bolaget Lukoil Neftohim Burgas uppdelat i 99 397 192 aktier, varav Lukoil Europe Holdings B.V. äger 89,97 procent och PAO Lukoil 9,88 procent. Det kontrollerande företaget är PAO Neftianaia kompania LUKOIL [i] Ryska federationen. Aktierna är indelade i två klasser: Klass A – en aktie som ägs av Republiken Bulgarien och som ger ägaren särskilda rättigheter, och klass B – resterande aktier. Bolagets bolagsstämma får inte utan föregående skriftligt medgivande från staten i egenskap av ägare av A-

aktier fatta något beslut om upphörande eller väsentlig begränsning av bearbetningen av råolja eller produktion av bränslen eller neka tillträde till hamnanläggningar och oljeledningar mot en rimlig ersättning för a) offentliga myndigheter i samband med att de utför uppgifter som de ålagts genom lag, för de kvantiteter som har angetts i enlighet med en i förväg överenskommen tidplan, b) företag eller organ som inrättats genom beslut av Republiken Bulgariens regering, eller av en myndighet som uttryckligen utsetts av regeringen, om • det är möjligt med hänsyn till oljeledningens fria kapacitet, och • det är tekniskt genomförbart för den berörda oljeledningen, och • företagets normala produktionsverksamhet inte hindras.

- 5 Lukoil Neftohim Burgas förvärvade nästan samtliga av sina oljedepåer med tillhörande rörledningsinfrastruktur i samband med privatiseringen av den statliga bolagskoncernen Neftohim EAD i slutet av 1900-talet och början av 2000-talet. Koncernens transport- och logistikinfrastruktur byggdes av staten med offentliga medel under 1970-talet och är unik för landet och regionen. Infrastrukturen möjliggör transport av bränsle från Svarta havets kust till huvudstaden samt lagring och transport av bränsle från oljedepåer till de största städerna i landet (Burgas, Stara Zagora, Plovdiv, Sofia). Efter privatiseringen av det offentligägda företaget Neftohim övergick infrastrukturen i Lukoil-koncernens ägo.
- 6 Lukoil Neftohim Burgas har ett eget raffinaderi för bearbetning av råolja och är den viktigaste tillverkaren av petroleumprodukter i landet. Bolaget importerar råolja och eldningsolja, bearbetar och producerar petroleumprodukter, säljer den på den nationella marknaden och exporterar petroleumprodukter (grossisthandel, inbegripet leveranser inom unionen). Bolaget äger terminaler för sjö-, tåg-, och vägtransport. Råolja och petroleumprodukter som lossas av tankfartyg lastas i bolagets egna tankar och transporteras till respektive destinationsort. Bolaget bedriver verksamhet på två platser som är sammankopplade med oljeledningar: vid produktionsanläggningen Lukoil Neftohim Burgas som ägs av bolaget och vid hamnterminalen Rosenets, en anläggning som ägs av staten och som tilldelades bolaget enligt ett avtal om tjänstekoncession genom ett beslut antaget av Republiken Bulgariens regering år 2011. Under perioden från den 1 januari 2016 till den 30 juni 2020 levererade Lukoil Neftohim Burgas bensin A-95H, diesel och motsvarande biodrivmedel för export via olika avtalspartners.
- 7 Under perioden från den 1 januari 2016 till den 15 december 2016 var det nederländska bolaget Lukoil Europe Holdings B.V. ensam ägare av aktierna Lukoil Bulgaria, därefter innehades aktierna av ett annat bolag i Lukoil-koncernen, närmare bestämt LITASCO SA med säte i Schweiz.
- 8 Lukoil Bulgarias huvudsakliga verksamhet består i grossist- och detaljhandel med bränsle och petroleumprodukter, blandning av petroleumbränslen med biologiska tillsatser i oljedepåer, samt transport- och speditjonsverksamhet. Under perioden från den 1 januari 2016 till den 30 november 2020 hade Lukoil Bulgaria tre punktskatteupplag i landet. Oljeledningen Burgas-Sofia och de tillhörande oljedepåerna är godkända som skatteupplag.

- 9 På grundval av sin ekonomiska och rättsliga analys konstaterade KZK i beslut nr 332/04.04.2023 att Lukoil-koncernen hade gjort sig skyldig till en överträdelse av artikel 21 punkterna 2 och 5 ZZK samt artikel 102.2 b FEUF, bestående i missbruk av sin dominerande ställning på marknaden för lagring av bränslen genom att [inte] ge importörer och tillverkare av bränsle tillgång till de skatteupplag som tillhör koncernen, begränsa import sjövägen genom att blockera de skatteupplag som hör till terminalerna Rosenets och Petrol Varna, samt vägra tillgång till koncernens rörledningar för petroleumprodukter för att transportera bränslen från andra tillverkare och importörer, vilket kunde förhindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen och skada konsumenternas intressen genom att importen av bränslen till landet begränsades.

Parternas huvudargument avseende den första tolkningsfrågan

- 10 I samband med undersökningen definierade KZK en produktmarknad, nämligen den inre marknaden för bränslelagring. Därefter delade tillsynsmyndigheten upp denna marknad i två delmarknader: en för bränslelagring enligt ZADS (Zakon za aktsizite i nachnite skladove, lagen om punktskatter och skatteupplag) och en för bränslelagring enligt ZZNN (Zakon za zapasite ot neft i neftoprodukti, lagen om lager av råolja och petroleumprodukter). Dessa är i sin tur uppdelade i två ytterligare delmarknader: Diesellagring och bensinlagring. KZK konstaterade att Lukoilkoncernen tillämpade en övergripande strategi för att missbruka sin dominerande ställning på marknaden för bränslelagring, vilken kunde begränsa importen av bränsle och därmed minska konkurrensstrycket på grossistmarknaden i syfte att bevara koncernens ledande ställning i de vertikalt relaterade marknadsleden.
- 11 Vid bedömningen av Lukoil-koncernens agerande gjorde tillsynsmyndigheten åtskillnad mellan två tidsperioder. Under den första perioden förelåg ingen rättslig skyldighet för godkända upplagshavare att göra en del av sin kapacitet tillgänglig för oberoende tredje parter. Denna period varade från början av undersökningsperioden (den 1 januari 2016) till den 22 december 2020, när fristen på tre månader för att anpassa upplagshavarnas verksamhet till de nya krav som införts genom ändringarna av ZADS och PPZADS i juli och september 2020 –f ör att stärka kontrollen av skatteupplag – löpte ut. Dessa ändringar innebär att godkända upplagshavare är skyldiga att tillhandahålla minst 15 procent av den sammanlagda maximala lagringskapaciteten för energiprodukter för användning av oberoende tredje parter. Den andra perioden inleddes den 23 december 2020. Från och med detta datum var upplagshavarna skyldiga att ställa denna fria kapacitet till förfogande för tredje man.
- 12 KZK har gjort gällande att överträdelsen skett genom flera former av missbruk av dominerande ställning, med ett gemensamt konkurrensbegränsande syfte. På grund av den aktuella infrastrukturens särart och de olika ägarförhållandena som sammantagna leder till de olika konkurrensbegränsande beteenden som tillämpas av Lukoil Bulgaria och Lukoil Neftohim Burgas, har KZK definierat vissa av

agerandena som vägran att ge tillgång till en nödvändig facilitet och andra som marknadsbegränsning. Den omständigheten att dessa ageranden tillämpats inom ramen för en övergripande strategi motiverar att de ska definieras som en enda överträdelse av såväl artikel 21 punkt 2 som artikel 21 punkt 5 ZZK. KZK anser att artikel 21 punkt 5 ZZK är underordnad artikel 21 punkt 2 ZZK och att detta även är skälet till att förstnämnda bestämmelse inte tagits upp separat i förteckningen över överträdelser i artikel 102 FEUF. I unionens praxis har både en vägran att ge tillgång och andra ageranden som hindrar konkurrenter, oberoende av om det är en ”konstruktiv” vägran (kommissionens beslut AT.39523, Slovak Telekom) eller en vägran som består i att förstöra nödvändig infrastruktur eller nyckelinфраstruktur (tribunalens dom av den 18 november 2020, T-814/17, Lietuvos geležinkeliai/kommissionen) ansetts utgöra en marknadsbegränsning i den mening som avses i artikel 102 b FEUF.

- 13 Lukoil Bulgaria och Lukoil Neftohim Burgas har framhållit att det följer av praxis att den vägran att ge tillgång som lagts bolagen till last är en följd av att ägaren tvingas låta tredje man använda sin egendom mot sin vilja (anläggningar, teknisk infrastruktur, patent, immateriella rättigheter). Detta är ett mycket allvarligt intrång i rätten till egendom och i näringsfriheten. Beviskraven är således mycket stränga och bevisvärderingen ska göras med största försiktighet jämfört med alla andra typer av överträdelser av artikel 102 FEUF. I förevarande mål hade de berörda marknaderna för produktion och import av bränsle (enligt KZK för bensin och diesel) betydligt större importvolymen än genomsnittet i Europa, och en av de högsta i fråga om bensin. Mot bakgrund av dessa uppgifter om den berörda marknaden vore ett eventuellt ingrepp i rättigheterna för de personer som anklagas för en överträdelse exceptionellt [och] utan motstycke.
- 14 Rätten till egendom och näringsfriheten garanteras uttryckligen av Republiken Bulgariens konstitution. Rätten till egendom skyddas även av Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Det ska erinras om att de villkor som föreskrivs i artikel 52.1 i stadgan inte är teoretiska bestämmelser som saknar praktisk tillämpning, utan att ska tillämpas i praktiken vid prövningen av det aktuella målet.

Parternas argument avseende den andra och tredje tolkningsfrågan

- 15 KZK anser att den omständigheten att Lukoil-koncernen förvärvade nästan alla depåer och oljeledningar i samband med att det statligt ägda företaget Neftohim privatiserades innebär att skyddet för allmänhetens intresse av att utveckla konkurrensen på bränslemarknaderna väger tyngre än skyddet för infrastrukturägarens intressen, eftersom de inte gjorde några investeringar i samband med uppförandet av infrastrukturen.
- 16 Lukoil Bulgaria och Lukoil Neftohim Burgas har invänt att infrastrukturen var i mycket dåligt skick när de förvärvade den från staten och att den inte uppfyller gällande krav i fråga om säkerhet och upprätthållande av kvaliteten på den

transporterade produkten. Båda företagen har gjort enorma investeringar i infrastrukturen. Dessutom övertogs inte all infrastruktur i samband med privatiseringen, utan en del av den köptes.

- 17 KZK anser att den största delen av infrastrukturen förvärvades inom ramen för privatiseringen och således inte uppfördes av Lukoil Bulgaria och Lukoil Neftohim Burgas. Infrastrukturen, som i sig består av ett stort antal lager och oljeledningar, är unik för landet och det hade varit omöjligt att duplicera den efter att statens ägande upphörde. Löpande reparationer och underhåll av koncernens befintliga tillgångar är en normal del av verksamheten i varje företag som driver en anläggning, oavsett om det rör sig om en byggnad eller en annan typ av anläggning. Det är uppenbart att kostnaderna för underhållet av logistikinfrastrukturen och anläggningarna är oskiljaktigt förenade med dessa, och att de till största delen inte bara syftar till att uppfylla de investeringsskyldigheter som följer av privatiseringsavtalen, utan även skyldigheten att förvalta och underhålla hamnterminalen Rosenets. KZK har dragit slutsatsen att de två villkor som utesluter en tillämpning av Bronner-kriterierna inte ska tillämpas kumulativt, utan att vart och ett av dessa villkor separat utgör ett tillräckligt skäl för att inte tillämpa nämnda kriterier. KZK har konstaterat att Bronner-kriterierna inte kan tillämpas i förevarande fall av följande skäl:

– Förvärv av infrastruktur som byggts med offentliga medel – för hela perioden från den 1 januari 2016 till den 31 mars 2021 med avseende på vissa lagerdepåer, tekniska pumpstationer, samt med avseende på samtliga oljeledningar och andra rörledningar som ägs av koncernen.

– Förekomsten av en rättslig skyldighet att ge tillgång – för perioden från den 23 december 2020 till den 31 januari 2021 när det gäller ovannämnda infrastruktur, med undantag för oljeledningen Burgas-Sofia.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 18 Det framgår av marknadsanalysen i KZK:s beslut att Lukoil-koncernen är den största godkända upplagshavaren för bränsle i landet och har en unik infrastruktur för transport och lagring som gör det möjligt för koncernen att agera som marknadsledare på grossist- och detaljistmarknaderna för bränsle. Det framgår av uppgifterna i målet att koncernen från och med granskningsperiodens början (den 1 januari 2016) fram till åtminstone den 31 mars 2021 inte har tagit emot bränsle från importörer för lagring i sina skatteupplag. Detta innebär att importörer inte givits någon möjlighet att ta emot bränsle som importerats/förvärvats inom gemenskapen i enlighet med ZADS, och i de fall där lagringstjänster i beredskapslager tillhandahölls hade bränslet köpts av Lukoil Bulgaria. Dessutom lossades (levererades) inget gods vid hamnterminalen Rosenets under den aktuella perioden till mottagare som inte tillhörde Lukoil-koncernen. Det har konstaterats att det fanns tillräcklig fri kapacitet i skatteupplagen, vilket är ett villkor för import eller gemenskapsinterna förvärv av bränsle.

- 19 I sitt beslut prövade KZK de två överträdelserna gemensamt, utan att identifiera den relevanta och berörda marknaden för de enskilda överträdelserna separat.
- 20 Enligt artikel 41 i stadgan är rätten till god förvaltning en grundläggande rättighet för enskilda. Beviljande av stöd utgör en direkt tillämpning av unionsrätten och innebär att de nationella myndigheter som är behöriga att tillämpa gällande lagstiftning är skyldiga att iaktta artikel 41 i stadgan. Nämnade bestämmelse ger uttryck för en allmän unionsrättslig princip, nämligen rätten till försvar. EU-domstolen har konsekvent framhållit vikten av iakttagandet av denna princip (dom av den 18 december 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, punkt 37, och dom av den 1 oktober 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares, Hardware/rådet, C-141/08 R, EU:C:2009:598, punkt 83). EU-domstolen har slagit fast att det utgör en allmän unionsrättslig princip att juridiska personer har rätt att yttra sig innan en rättsakt som går dem emot antas, oberoende av om denna rätt uttryckligen föreskrivs i den relevanta unionsrättsakten för det aktuella rättsförhållandet. EU-domstolen har vidare slagit fast att ”denna skyldighet åvilar myndigheterna i medlemsstaterna när de fattar beslut som faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om något sådant krav avseende förfarandet inte uttryckligen föreskrivs i gemenskapsrätten” (dom av den 18 december 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, punkt 38, dom av den 1 oktober 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares, Hardware/rådet, C-141/08 R, EU:C:2009:598, punkt 83).
- 21 Enligt artikel 47 första stycket i stadgan har var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol, med beaktande av de villkor som föreskrivs i denna artikel. I detta sammanhang uppkommer frågan om det inte utgör ett åsidosättande av den enligt stadgan garanterade rätten till försvar för de personer som är inblandade i överträdelsen, när två överträdelser enligt artikel 21 punkterna 2 och 5 ZZK har lagts nämnda personer till last utan att de relevanta marknaderna har identifierats och samtliga relevanta omständigheter har prövats för var och en av överträdelserna. Denna fråga är även viktig med hänsyn till att rättsföljderna av fastställandet av en överträdelse som består i leveransvägran innebär ett allvarligt ingrepp i den berörda personens rätt till egendom och näringsfrihet, vilka garanteras i Republiken Bulgariens konstitution och i stadgan.
- 22 Den hänskjutande domstolen ska ex officio pröva huruvida den behöriga förvaltningsmyndigheten iakttog samtliga administrativa förfaranderegler när den antog det omtvistade förvaltningsbeslutet om en finansiell korrigerings. För att nå ett korrekt avgörande i det aktuella målet är det nödvändigt att pröva huruvida konkurrensmyndigheten var skyldig att, med avseende på varje enskild överträdelse, uttryckligen, klart och entydigt identifiera den relevanta marknaden, den berörda marknaden, de specifika rättsstridiga handlingarna med konkurrensbegränsande verkan och samtliga övriga omständigheter som är relevanta för varje enskild överträdelse av artikel 21.1 punkterna 2 och 5 ZZK/artikel 102 FEUF, nämligen: a) leveransvägran, och b) begränsning av produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna.

Mot denna bakgrund har den hänskjutande domstolen ställt den första tolkningsfrågan.

- 23 Den hänskjutande domstolen har motiverat den andra tolkningsfrågan med påpekandet att ett av de viktigaste elementen som ligger till grund för bedömningen av om det föreligger en överträdelse av artikel 21 punkt 5 ZZK är att båda företagen har nekat tillgång till deras väsentliga infrastruktur. Det är ostridigt att det under den första perioden av de påstådda överträdelserna, från den 1 januari 2016 till den 22 december 2020, inte förelåg någon skyldighet för innehavare av godkända punktskatteupplag att ställa en del av sin kapacitet till sina konkurrenters förfogande. Av denna anledning fastställde KZK att det förelåg en så kallad ”konstruktiv vägran” från Lukoil Bulgaria och Lukoil Neftohim Burgas att bereda tillgång för tredje parter.
- 24 I sitt beslut fann KZK att Bronner-kriterierna inte är tillämpliga om den aktuella infrastrukturen inte finansierats med det dominerande företags egna investeringar utan (såsom är fallet i det aktuella målet) med offentliga medel och det berörda företaget inte äger infrastrukturen, utan använder den inom ramen för ett koncessionsavtal eller ett hyresavtal. Dessa kriterier är avsedda att tillämpas när ett dominerande företag vägrar tillgång till en infrastruktur som ägs av företaget och som företaget har utvecklat för sin egen verksamhet med egna investeringar.
- 25 Europeiska kommissionens praxis och EU-domstolens rättspraxis hänvisar till Bronner-kriterierna i fråga om bedömningar av huruvida det föreligger en överträdelse av konkurrensreglerna vid en leveransvägran från ett dominerande företag. Dessa kriterier omfattar följande konkreta och kumulativa element: vägran är av sådan art att den kan leda till att all konkurrens elimineras på den berörda marknaden från den som efterfrågar tillgången, vägran är inte objektivt berättigad (*objectively justified*), tjänsten/varan i sig är oundgänglig (*indispensable*) för att den som efterfrågar den ska kunna bedriva sin verksamhet, på så sätt att det inte existerar något faktiskt eller potentiellt alternativ. Följaktligen är det första och viktigaste kravet att nyckelinfrastrukturen (*essential facility*) existerar och kontrolleras av monopolisten och att tillgången till denna infrastruktur är oundgänglig för konkurrenternas förmåga att konkurrera med monopolisten.
- 26 Med hänsyn till de särskilda omständigheterna (privatisering och koncession) i samband med processen för Lukoilkoncernens förvärv och användning av hela infrastrukturen är det nödvändigt att i förevarande mål även beakta särdragen hos privatiseringsavtalet, vilket ingicks inom ramen för ett särskilt förvaltningsförfarande, i syfte att tillgodose allmänintresset. Av denna anledning innehåller privatiseringsavtal ofta skyldigheter som skiljer sig från de som är typiska för ett civilrättsligt eller handelsrättsligt köpeavtal. Det rör sig om skyldigheter som binder köparen utöver skyldigheten att betala köpeskillingen, vilket exempelvis kan omfatta en skyldighet att göra investeringar, bevara befintliga och skapa nya arbetstillfällen, vidta åtgärder för att skydda miljön,

bevara föremålet för verksamheten under den tidsperiod som anges i avtalet samt ett tillfälligt förbud mot att avyttra företaget eller delar av det, och så vidare. Om ett privatiseringsavtal föreskriver en skyldighet för förvärvaren att göra investeringar definieras dessa exakt utifrån deras art, belopp och varaktighet. Investeringarna sker således inte på eget initiativ av företaget som förvärvat den statliga egendomen. I det aktuella målet förvärvades företagens infrastruktur i samband med privatiseringen av det offentliga företaget Neftohim. Det ska således beaktas att koncernens transport- och logistikinfrastruktur byggdes av staten med offentliga medel. Efter privatiseringen av det offentliga företaget Neftohim övergick infrastrukturen i Lukoilkoncernens ägo. KZK anser emellertid att denna omständighet medför att det inte är nödvändigt att tillämpa Bronner-kriterierna, eftersom det i förevarande mål inte finns några ekonomiska incitament för investeringar som är viktigare att skydda än allmänhetens intresse av en icke snedvriden konkurrens.

- 27 KZK anser att Bronner-kriterierna inte ska tillämpas av två skäl: a) till följd av att det dominerande företaget inte har uppfyllt en rättslig skyldighet att ge tillgång till sin infrastruktur/tjänst ([en skyldighet som] är typisk för ett lagstadgat monopol eller för en sådan marknadsställning som härrör från ett tidigare statligt monopol), och/eller b) det dominerande företaget inte har investerat i byggnationen av infrastrukturen, eftersom den uppfördes och byggdes ut uteslutande med offentliga medel. Det första skälet omfattas inte av begäran om förhandsavgörande, eftersom det – såsom angetts ovan – inte förelåg någon sådan rättslig skyldighet för det dominerande företaget under tidsperioden från den 1 januari 2016 till den 22 december 2020.
- 28 KZK anser att Bronner-kriterierna inte är tillämpliga när det dominerande företaget har erhållit en nyckelinfrastruktur från staten och de investeringar som gjorts inte väger tyngre än allmänintresset.
- 29 Bolagen som lagts överträdelserna till last har invänt mot detta och gjort gällande att de gjort betydande investeringar i verksamheterna sedan privatiseringsavtalen ingicks. Den hänskjutande domstolen har även inhämtat bevis på de investeringar som gjorts i nyckelinfrastrukturen som tillhör Lukoil Bulgaria och Lukoil Neftohim Burgas.
- 30 Den avgörande frågan som måste besvaras för att kunna dra slutsatsen att Bronner-kriterierna inte är tillämpliga när det dominerande företaget har förvärvat en nyckelinfrastruktur från staten (privatisering och koncession) är huruvida det är nödvändigt att också ta hänsyn till andra omständigheter, såsom fullgörandet av de skyldigheter som följer av privatiseringsavtalet, investeringarnas omfattning och huruvida investeringarna gjordes på eget initiativ eller i samband med fullgörandet av investeringsavtalet.
- 31 Dessa frågor besvaras inte i generaladvokaten Rantos förslag till avgörande av den 7 juli 2022 i målet Lietuvos geležinkeliai/kommissionen, C-42/21 P, EU:C:2022:537. I sitt förslag gav generaladvokat Rantos en översikt över

rättspraxis om vägran att ge tillgång och tillämpningen av Bronner-kriterierna. I punkt 64 behandlas syftet med Bronner-kriterierna, vilka anses utgöra den grundläggande måttstocken för bedömningen av huruvida ett företag är skyldigt att ge tillgång till ”infrastruktur som det har utvecklat för sina egna behov”, i syfte att skydda ”det ursprungliga incitamentet för detta företag att bygga en sådan infrastruktur”. Vid analysen av syftet med Bronner-kriterierna konstaterade generaladvokat Rantos att ”de kriterier som fastställs i [Bronnerdomen] är tillämpliga på sådan infrastruktur som företaget med dominerande ställning äger och som i princip återspeglar det företags investering”. I förevarande mål anser KZK att det följer *e contrario* av generaladvokat Rantos ståndpunkt att Bronner-kriterierna inte är tillämpliga, eftersom det dominerande företags investeringar inte gjordes med dess egna medel. I KZK:s beslut anförde emellertid två av ledamöterna skiljaktiga meningar, i vilka de även hänvisade till domen av den 12 januari 2023, Lietuvos geležinkeliai/kommissionen, C-42/21 P, EU:C:2023:12. I denna dom konstaterade EU-domstolen nämligen att den berörda överträdelsen inte skulle kvalificeras som en vägran att ge tillgång, utan som en helt annan överträdelse.

- 32 Av samma skäl fann KZK att Bronner-kriterierna inte ska tillämpas med avseende på den nyckelinfrastruktur som förvärvats genom koncessionsavtalet under den omtvistade perioden.
- 33 Enligt artikel 6 i Administrativnoprotsesualen kodeks (APK) (förvaltningsprocesslagen) ska proportionalitetsprincipen tillämpas när allmänhetens intresse och den enskildes intressen väger lika tungt.
- 34 Europeiska kommissionen och EU-domstolen har i sin praxis slagit fast att leveransvägran är en exceptionell åtgärd som utgör det allvarligaste ingreppet i de berörda personernas rättigheter. Den viktigaste omständigheten i bedömningen är konsumenternas intresse. Å andra sidan är det även nödvändigt att ta hänsyn till intressena hos ägarna till nyckelinfrastruktur i ljuset av rätten till egendom och i syfte att främja näringsfriheten, vilket ska ske mot bakgrund av proportionalitetsprincipen. Bronnerdomen är en milstolpe i utvecklingen av den unionsrättsliga förståelsen av leveransvägran. I nämnda dom fastställdes villkoren för när ett dominerande företag kan åläggas en kontraheringsplikt mot sin vilja. I slutändan konstaterade EU-domstolen emellertid att det inte hade förekommit en leveransvägran.
- 35 Med hänsyn till att KZK inte tillämpade Bronner-kriterierna på den påstådda överträdelsen av artikel 102 FEUF bestående i en leveransvägran (refusal to supply), eftersom KZK ansåg att det dominerande företags nyckelinfrastruktur hade förvärvats med offentliga medel/med stöd av en koncession, ska det i förevarande mål prövas huruvida det dominerande företaget i samtliga fall där det har erhållit offentliga medel för nyckelinstrukturen eller har förvärvat den på grundval av en koncession är uteslutet att tillämpa Bronner-kriterierna, eller om det är nödvändigt att pröva investeringarnas omfattning, fullgörandet av privatiseringsavtalet eller koncessionsavtalet (vilka ligger till grund för förvärvet

av nyckelinfrastrukturen), samt huruvida investeringarna gjordes inom ramen för fullgörandet av investeringsavtalet/koncessionsavtalet eller på eget initiativ?

- 36 Den tredje tolkningsfrågan har ställts mot bakgrund av ordalydelsen i punkt 75 i vägledningen om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av [artikel 102 FEUF] på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (avsnitt [IV.] D. Leveransvägran och marginalpress): ... ”Om dominerande företag vet om att de kan vara skyldiga att leverera mot sin vilja kan det leda till att dominerande företag – eller företag som förutser att de kan komma att bli dominerande – inte investerar, eller investerar mindre, i den aktuella verksamheten. Konkurrenter kan även frestas att åka snålskjuts på det dominerande företags investeringar istället för att investera själva. Ingetdera ligger i konsumenternas intresse på längre sikt.”

ARBETS
DOKUMENT