

**Sag C-245/24****Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

5. april 2024

**Forelæggende ret:**

Administrativen sad Sofia-oblast (Bulgarien)

**Afgørelse af:**

5. april 2024

**Sagsøgere:**

»LUKOIL Bulgaria« EOOD

»LUKOIL Neftohim Burgas« AD

**Sagsøgt:**

Komisia za zashtita na konkurentsia

**Hovedsagens genstand**

Søgsmål anlagt af »LUKOIL Bulgaria« EOOD (herefter »Lukoil Bulgaria«) og »LUKOIL Neftohim Burgas« AD (herefter »Lukoil Neftohim Burgas«) til prøvelse af afgørelse nr. 332/04.04.2023 fra Komisia za zashtita na konkurentsia (konkurrencemyndigheden, herefter »KZK«), hvorved der blev konstateret en overtrædelse af artikel 21, nr. 2 og 5, i Zakon za zashtita na konkurentsia (konkurrenceloven) samt af artikel 102, stk. 2, litra b), TEUF og pålagt en bøde.

**Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen**

Fortolkning af EU-retten i henhold til artikel 267 TEUF

## Præjudicielle spørgsmål

1. Når den nationale konkurrencemyndighed har konstateret forskellige former for adfærd, hvoraf nogle blev klassificeret som nægtelse af at give adgang til en væsentlig facilitet og andre som en handelsbegrænsning, men disse indgik i en samlet strategi fra virksomhedens side, er det da lovligt at konstatere en samlet overtrædelse af artikel 102 TEUF, eller bør der konstateres separate overtrædelser, som klassificeres som nægtelse af at give adgang til en væsentlig facilitet henholdsvis som handelsbegrænsning?

2. Bør konkurrencemyndigheden udelukke anvendelsen af Bronner-kriterierne på den påståede overtrædelse af artikel 102 TEUF i form af en leveringsnægtelse (refusal to supply) i alle tilfælde, hvor virksomheden med en dominerende stilling med hensyn til nøgleinfrastrukturen (essential facility) har modtaget offentlige midler (på grundlag af en privatiseringsaftale/en koncession), eller kræves der en bedømmelse af investeringens størrelse, gennemførelsen af privatiseringsaftalen/koncessionen (på grundlag af hvilken nøgleinfrastrukturen blev erhvervet), samt spørgsmålet om, hvorvidt investeringen blev foretaget i forbindelse med gennemførelsen af investeringsaftalen/koncessionen eller af egen drift?

2.1 Såfremt ovenstående spørgsmål besvares bekræftende: Er overholdelsen af proportionalitetsprincippet i henhold til [nr. 75 i] Vejledning om anvendelsen af artikel [102 TEUF] [...] (afsnit (»IV.) (D. Leveringsnægtelse og avancepres (margin squeeze)«) i tilfælde af anvendelse af restriktive kriterier, som er fastlagt på grundlag af princippet om det »absolut nødvendige« for at opretholde konkurrencen, sikret under rimelig hensyntagen til den markedsdominerende virksomheds interesser, hvis den markedsdominerende virksomhed har investeret i nøgleinfrastrukturen (essential facility)?

## Anførte EU-retlige forskrifter og Domstolens praksis

Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (herefter »TEUF«), navnlig artikel 102, stk. 2, litra b), og artikel 267

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«), navnlig artikel 41 og 47

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel [101] og [102], navnlig artikel 3 og 27

Meddelelse fra Kommissionen – Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af [artikel 102 TEUF] på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd, navnlig nr. 13-15, 75 og 82 (2009/C 45/02)

Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03)

Kommissionens afgørelse af 15. oktober 2014, AT.39523 Slovak Telekom

Dom af 26. november 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569

Rettens dom af 18. november 2020, Lietuvos geležinkeliai/Kommission, T-814/17, EU:T:2020:545

Generaladvokat Rantos' forslag til afgørelse af 7. juli 2022, Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen, C-42/21 P, EU:C:2022:537

Dom af 12. januar 2023, Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen, C-42/21 P, EU:C:2023:12

Dom af 18. december 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746

Dom af 1. oktober 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware mod Rådet, C-141/08 P, EU:C:2009:598

#### **Anførte nationalretlige forskrifter**

Konstitutsia na Republika Bulgaria (Republikken Bulgariens forfatning), navnlig artikel 17 og 18

Administrativnoprotsesualen kodeks (forvaltningsretsplejeloven, herefter »APK«), navnlig artikel 6 og 168

Zakon za zashtita na konkurentsia (lov om beskyttelse af konkurrencen, herefter »ZZK«), navnlig artikel 8, artikel 20 og artikel 21, nr. 2 og 5

Zakon za danak varhu dobavenata stoynost (momsloven, herefter »ZDDS«), navnlig artikel 13 og 16

Zakon za aktsizite i danachnite skladove (lov om punktafgifter og afgiftsoplag, herefter: »ZADS«)

Pravilnik za prilagane na Zakona za aktsizite i danachnite skladove (bekendtgørelse om gennemførelse af lov om punktafgifter og afgiftsoplag, herefter »PPZADS«)

Zakon za zapasite ot neft i neftoprodukti (lov om lagre af olie og olieprodukter, herefter »ZZNN«)

Metodika za izvurshvane na prouchvane i opredelyane na pazarnoto polozhenie na predpriatiata na saotvetnia pazar (metode til gennemførelse af en

markedsundersøgelse og bestemmelse af virksomheders markedsposition på det relevante marked, udstedt ved KZK's afgørelse nr. 393/21.04.2009.

### **Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne**

- 1 KZK indledte under sagsnummer KZK-255/2020 i henhold til KZK's afgørelse nr. 268/16.04.2020 en procedure til undersøgelse af eventuelle overtrædelser af ZZK's artikel 15 og artikel 21 og/eller af artikel 101 TEUF og artikel 102 TEUF i forbindelse med 11 virksomheders (herunder Lukoil Neftohim Burgas og Lukoil Bulgaria) fastsættelse af priser for de gængse brændstoffer langs kæden produktion/import-oplagring-engroshandel-detailhandel, såvel på de enkelte horisontale niveauer som vertikalt, hvilket skete på grundlag af en meddelelse fra Varhovna administrativna prokuratura (øverste anklagemyndighed i forvaltningsretlige sager, herefter »VAP«) om misforholdet mellem det markante fald i den globale råoliepris (47,4%) i marts 2020 og faldet i detailhandelspriserne for brændstoffer i landet (ca. 11%) i samme periode. VAP fremlagde oplysninger om de gennemsnitlige brændstofpriser, som blev markedsført fra afgiftsoplag, inklusive punktafgift og moms, samt en meddelelse fra en borger, hvori det hævdedes, at der henset til faldet i råoliepriserne på verdensmarkedet blev spekuleret i brændstofpriserne i landet.
- 2 Ifølge en markedsanalyse fra Agentsia »Mitnitsi« (toldagenturet) faldt de gennemsnitlige dagspriser for benzin og diesel i perioden fra den 30. marts til den 5. april 2020 med gennemsnitligt 0,07 BGN eller 4,5%. Brændstofpriserne på udleveringsstederne for slutforbrugerne (tankstationer) reagerede en uge senere (omkring den 12.3.2020) på ændringen i råolieprisen på børsen. Det fremgår også af denne analyse, at alle førende brændstofhandelskæder reagerede i de to sidste uger i marts og i den første uge i april 2020, hvor der efterhånden kunne konstateres et fald i priserne for energiprodukter i landet.
- 3 Genstanden for undersøgelsen i sagen for KZK var Lukoil Neftohim Burgas' og Lukoil Bulgarias adfærd i forbindelse med begrænsningen af adgangen til afgiftsoplag og transportinfrastrukturer, [en adfærd], som er egnet til at begrænse importen af brændstof til landet.
- 4 Siden den 10. december 2018 er kapitalen i selskabet Lukoil Neftohim Burgas opdelt i 99 397 192 aktier, hvoraf Lukoil Europe Holdings B.V: ejer 89,97% og PAO Lukoli 9,88%. Den kontrollerende virksomhed er PAO Neftianaia kompania LUKOIL [i] Den Russiske Føderation. Aktierne er opdelt i to klasser: Klasse A – en aktie, som ejes af Republikken Bulgarien og giver denne særlige rettigheder, og klasse B – de øvrige aktier. Selskabets generalforsamling må ikke uden forudgående skriftlig godkendelse fra staten som indehaver af klasse A-aktien træffe beslutninger om at indstille eller væsentligt begrænse forarbejdningen af råolie eller produktionen af brændstoffer eller nægte adgang til havneanlæggene og produktørledningerne mod et passende vederlag med hensyn til a) statslige myndigheder i forbindelse med varetagelsen af de opgaver, der er pålagt dem ved

- lov, for de af dem meddelte mængder i henhold til en på forhånd afstemt tidsplan
- b) virksomheder eller instanser, som er udpeget ved beslutning truffet af Republikken Bulgariens regering eller en af denne udtrykkeligt udpeget myndighed, hvis:
- dette ligger inden for rammerne af produktørledningens frie kapacitet,
  - produktørledningens tekniske muligheder tillader det og
  - virksomhedens normale produktionsaktivitet ikke hindres.
- 5 Selskabet Lukoil Neftohim Burgas erhvervede næsten alle sine råoliedepoter og den tilhørende rørledningsinfrastruktur i forbindelse med privatiseringen af den statslige virksomhed Neftohim EAD i slutningen af det 20. århundrede og begyndelsen af det 21. århundrede. Koncernens transport- og logistikinfrastruktur blev opbygget med statslige midler i 1970'erne og er enestående for landet og regionen. Den gør det muligt at transportere brændstoffer fra Sortehavskysten til hovedstaden samt at oplagre og transportere brændstoffer fra råoliedepoter til landets største byer (Burgas, Stara Zagora, Plovdiv, Sofia). Efter privatiseringen af den statslige virksomhed Neftohim overgik ejendomsretten til infrastrukturen til koncernen Lukoil (herefter »Lukoil-koncernen«).
  - 6 Selskabet Lukoil Neftohim Burgas er med sit eget raffinaderi til behandling af råolie landets vigtigste producent af olieprodukter. Virksomheden importerer rå- og fyringsolie, forarbejder og producerer olieprodukter, sælger dem på det indenlandske marked og eksporterer olieprodukter (engroshandel inklusive leveringer inden for Fællesskabet). Virksomheden råder over sø-, skinne- og vejtransportterminaler. Råolien, som losses fra tankskibene, og olieprodukterne overføres til egne tanke og transporteres til bestemmelsesstederne. Virksomheden har aktiviteter på to lokaliteter, som er forbundet med rørledninger, nemlig på produktionsfaciliteten Lukoil Neftohim Burgas, som virksomheden ejer, og på havneterminalen Rosenets, en statsejet facilitet, som blev udliciteret ved en beslutning truffet af Republikken Bulgariens regering i 2011 i forbindelse med en koncessionskontrakt. I perioden fra den 1. januar 2016 til den 30. juni 2020 leverede Lukoil Neftohim Burgas AD benzin A-95H, diesel og de tilsvarende biobrændstoffer til eksport gennem forskellige kontrahenter.
  - 7 I perioden fra den 1. januar 2016 til den 15. december 2020 var Lukoil Europe Holdings B. V. fra Nederlandene ene-ejer af kapitalen i selskabet Lukoil Bulgaria, og efter dette tidspunkt et andet selskab fra Lukoil-koncernen, nemlig LITASCO SA fra Schweiz.
  - 8 Lukoil Bulgarias primære aktiviteter omfatter engros- og detailhandel med brændstoffer og olieprodukter, blanding af fossile brændstoffer med biotilsætningsstoffer i olieforsyningsdepoter, transport- og speditonsaktiviteter. I perioden fra den 1. januar 2016 til den 30. november 2020 ejede Lukoil Bulgaria tre punktafgiftsoplæg i indlandet. Produktørledningen Burgas-Sofia og de tilhørende oliedepoter er godkendt som afgiftsoplæg.
  - 9 På grundlag af den gennemførte økonomiske og retlige analyse konstaterede KZK i sin afgørelse nr. 332/04.04.2023, at Lukoil-koncernen havde begået en

overtrædelse af ZZK's artikel 21, nr. 2 og 5, samt af artikel 102, stk. 2, litra b), TEUF, som bestod i misbrug af en dominerende stilling på markedet for oplagring af brændstoffer, idet koncernen [ikke] gav importører og producenter af brændstoffer adgang til sine egne afgiftsoplag, begrænsede importen ad søvejen gennem spærring af de afgiftsoplag, som er tilknyttet terminalerne Rosenets og Petrol Varna, samt nægtede adgang til koncernens olieproduktørledninger til transport af andre producenters og importørers brændstoffer, hvilket kan forhindre, begrænse eller forvride konkurrencen og skade forbrugernes interesser, idet importen af brændstoffer til landet begrænses.

### **De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter i forbindelse med det første spørgsmål**

- 10 Til brug for undersøgelsen definerede KZK et produktmarked, nemlig det indre marked for oplagring af brændstoffer. Efterfølgende opdelte reguleringsmyndigheden dette marked i to delmarkeder, nemlig et for oplagring af brændstoffer i henhold til ZADS (Zakon za aktsizite i danatjnite skladove (lov om punktafgifter og afgiftsoplag)) og et for oplagring af brændstoffer i henhold til ZZNN (Zakon za zapasite ot neft i neftoprodukti (lov om lagre af olie og olieprodukter)). Disse er igen opdelt i to yderligere delmarkeder, nemlig diesellagring og benzinlagring. KZK konstaterede, at Lukoil-koncernen har en samlet strategi for misbrug af koncernens dominerende stilling på markedet for oplagring af brændstoffer, som er egnet til at begrænse importen af brændstof og dermed mindske konkurrencepresset på engroshandelsmarkedet, med henblik på at bevare koncernens førende stilling på de vertikalt forbundne markedsniveauer.
- 11 I forbindelse med undersøgelsen af Lukoil-koncernens adfærd blev der sondret mellem to perioder. I den første periode havde de godkendte lagerindehavere ingen lovmæssig forpligtelse til at stille en del af deres kapacitet til rådighed for uafhængige tredjeparters benyttelse. Perioden gik fra begyndelsen af undersøgelsesperioden (1.1.2016) til den 22. december 2020, hvor fristen på tre måneder for at tilpasse lagerindehavernes aktiviteter til de nye krav, som blev indført ved ændringer af ZADS og PPZADS i juli og september 2020 og har til formål at styrke kontrollen med afgiftsoplagene, udløb. Godkendte lagerindehavere er forpligtet til at stille mindst 15% af den samlede maksimale lagerkapacitet for oplagring af energiprodukter til rådighed for uafhængige tredjeparters benyttelse. Den anden periode begyndte den 23. december 2020; fra dette tidspunkt var lagerindehaverne forpligtet til at stille denne frie kapacitet til rådighed for tredjeparters benyttelse.
- 12 KZK gør gældende, at der er sket en overtrædelse i form af flere former for misbrug af en dominerende stilling, som tjener et fælles konkurrencestridigt mål. Da den omhandlede infrastruktur er af forskellig art, og ejerforholdene er forskellige, hvilket samlet fører til forskellige former for adfærd, hvormed sagsøgernes virksomheder begrænser konkurrencen, klassificerede KZK nogle af dem som nægtelse af at give adgang til en væsentlig facilitet og andre som

handelsbegrænsning. Sammenfatningen af disse adfærdsformer til én samlet strategi begrundes, at de klassificeres som én enkelt overtrædelse af såvel ZZK's artikel 21, nr. 2, som denne lovs artikel 21, nr. 5. KZK lagde til grund, at ZZK's artikel 21, nr. 5, udgør et undertilfælde af ZZK's artikel 21, nr. 2, og derfor heller ikke er opført som et selvstændigt kriterium i artikel 102 TEUF. I den europæiske praksis kvalificeres nægtelse af adgang samt andre former for adfærd, som hindrer konkurrenter, hvad enten det er gennem en »konstruktiv« nægtelse (Kommissionens afgørelse AT.39523, Slovak Telekom) eller gennem ødelæggelse af en væsentlig eller central infrastruktur (Rettens dom af 18.11.2020, T-814/17, Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen) som handelsbegrænsning som omhandlet i artikel 102, litra b), TEUF.

- 13 Virksomhederne peger på, at konsekvensen af den nægtelse af adgang, som gøres gældende, ifølge praksis ville være, at ejeren blev forpligtet til at give tredjeparter tilladelse til at benytte den pågældendes ejendom mod dennes vilje (faciliteter, tekniske infrastrukturen, patenter, intellektuelle ejendomsrettigheder). Dette er en af de alvorligste begrænsninger af ejendomsretten og retten til at oprette og drive egen virksomhed. Derfor er kravene til bevisførelsen yderst strenge, og den tilsvarende bedømmelse skal ske med den største forsigtighed i forhold til alle andre former for overtrædelser af artikel 102 TEUF. I det foreliggende tilfælde registrerede de berørte markeder for produktion og import af brændstoffer (ifølge KZK af benzin og diesel) importmængder, som lå langt over det europæiske gennemsnit, hvor de med hensyn til benzin hørte til de største. Ved sådanne oplysninger om det berørte marked er et eventuelt indgreb i de personers rettigheder, som beskyldes for en overtrædelse, usædvanligt [og] tungtvejende i hidtil uset grad.
- 14 Ejendomsretten og retten til at oprette og drive egen virksomhed er udtrykkeligt garanteret ved Republikken Bulgariens forfatning. Ejendomsretten er også beskyttet af Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Det anføres, at betingelserne i chartrets artikel 52, stk. 1, ikke er teoretiske bestemmelser uden praktisk anvendelse, men skal anvendes i praksis i forbindelse med prøvelsen af den foreliggende sag.

**De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter i forbindelse med det andet og det tredje spørgsmål**

- 15 Den omstændighed, at Lukoil-koncernen erhvervede næsten alle depoter og rørledninger i forbindelse med privatiseringen af den statslige virksomhed Neftohim, betyder efter KZK's opfattelse, at beskyttelsen af den offentlige interesse i at udvikle konkurrencen på brændstofmarkederne må prioriteres højere end beskyttelsen af ejeren af infrastrukturens interesser, da denne ikke har investeret i etableringen af dem.
- 16 Sagsøgerne gør gældende, at infrastrukturen blev erhvervet fra staten i en meget dårlig tilstand og ikke lever op til de aktuelle krav til sikkerhed og bevarelse af de

transporterede produkters kvalitet. Begge virksomheder har foretaget enorme investeringer i infrastrukturen. Desuden blev en del af infrastrukturen slet ikke erhvervet i forbindelse med privatiseringen, men købt.

- 17 KZK er af den opfattelse, at størstedelen af infrastrukturen blev erhvervet i forbindelse med privatiseringen og ikke er etableret af sagsøgernes virksomheder. Selve infrastrukturen, en koncentration af lagerfaciliteter og rørledninger, er enestående for landet, og det er umuligt at duplikere dem efter afskaffelsen af den statslige ejendomsret. Løbende reparationer og vedligeholdelse af koncernens eksisterende aktiver er ikke usædvanlige i forbindelse med enhver virksomheds aktiviteter, som driver et anlæg, uanset om der er tale om en bygning eller en anden form for facilitet. Det siger sig selv, at disse udgifter til vedligeholdelse af logistikinfrastruktur og faciliteter er uundgåelige og for størstedelens vedkommende ikke kun vedrører investeringsforpligtelserne i forbindelse med privatiseringsaftalerne, men også administrations- og vedligeholdelsesforpligtelserne for det koncessionerede areal i havneterminalen Rosenets. KZK konkluderer, at de to omstændigheder, som udelukker anvendelsen af Bronner-kriterierne, ikke skal anvendes kumulativt, men at hver enkelt omstændighed i sig selv udgør en tilstrækkelig grund til at udelukke anvendelsen af kriterierne. KZK konstaterer, at det i den foreliggende sag er udelukket at anvende Bronner-kriterierne af følgende grunde:

– Erhvervelse af infrastruktur, som blev opført ved hjælp af offentlige midler – for hele perioden fra den 1. januar 2016 til den 31. marts 2021 med hensyn til bestemte lagerdepoter, tekniske pumpestationer samt med hensyn til alle koncernens rørledninger og produktørledninger

– Der foreligger en retlig forpligtelse til at tillade adgang – for perioden fra den 23. december 2020 til den 31. januar 2021 med hensyn til den ovenfor nævnte infrastruktur med undtagelse af produktørledningen Burgas-Sofia.

### **Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen**

- 18 Ifølge markedsanalysen i KZK's afgørelse er Lukoil-koncernen den største godkendte oplagshaver for brændstoffer i landet og råder over en enestående transport- og lagerinfrastruktur, som gør det muligt for den at optræde som markedets førende virksomhed inden for engros- og detailhandel med brændstoffer. Det lægges til grund, at koncernen fra kontrolperiodens begyndelse (1.1.2016) til mindst den 31. marts 2021 ikke modtog brændstoffer fra importører i de afgiftsoplag, som den driver. Det betyder, at importørerne ikke blev givet adgang til at modtage brændstoffer, som var importeret eller erhvervet inden for Fællesskabet i henhold til ZADS, og at brændstofmængderne i de tilfælde, hvor der blev leveret tjenester til oplagring af nødlagre, blev erhvervet af Lukoil Bulgaria. Derudover blev der i den omhandlede periode heller ikke løst (leveret) varer i havneterminalen Rosenets med en modtager, som ikke hører til Lukoil-koncernen. Det lægges til grund, at det blev konstateret, at der fandtes



tilstrækkelig ledig kapacitet i afgiftsoplaget, hvilket er en forudsætning for import/erhvervelse inden for Fællesskabet af brændstoffer.

- 19 KZK behandlede i sin afgørelse de to overtrædelser under ét og fastlagde ikke det relevante og det berørte marked for hver enkelt overtrædelse.
- 20 I henhold til chartrets artikel 41 er retten til god forvaltning enhvers grundlæggende rettighed. Tildeling af støtte udgør en direkte anvendelse af EU-retten og betyder, at de nationale myndigheder, der har ansvaret for at anvende lovgivningen, er forpligtet til at respektere chartrets artikel 41. Denne bestemmelse er udtryk for et generelt EU-retligt princip, som Domstolen i sin praksis til stadighed har krævet overholdt, idet det er et element i retten til forsvar (dom af 18.12.2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, præmis 37, og af 1.10.2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware mod Rådet, C-141/08 P, EU:C:2009:598, præmis 83). Domstolen har anerkendt juridiske persons ret til at udtale sig forud for udstedelse af en retsakt, der bebyrder dem, som en generel EU-retlig regel, uanset om denne ret er udtrykkeligt fastsat i den relevante EU-retsakt med hensyn til det pågældende retsforhold. Domstolen har fastslået, at »denne forpligtelse påhviler medlemsstaternes myndigheder, når de træffer beslutninger, der henhører under fællesskabsrettens anvendelsesområde, selv om den relevante fællesskabslovgivning ikke udtrykkeligt foreskriver en sådan formalitet« (dom af 18.12.2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, præmis 38, og af 1.10.2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware mod Rådet, C-141/08 P, EU:C:2009:598, præmis 83).
- 21 Chartrets artikel 47, stk. 1, kræver, at enhver, hvis rettigheder og friheder som sikret af EU-retten er blevet krænket, skal have adgang til effektive retsmidler for en domstol under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i denne artikel. I denne forbindelse opstår spørgsmålet, om den garanterede ret til forsvar for de personer, der er involveret som lovovertrædere, tilsidesættes ved, at to overtrædelser i henhold til ZZK's artikel 21, nr. 2 og 5, gøres gældende, uden at de relevante markeder og alle relevante omstændigheder for overtrædelserne prøves med hensyn til hver enkelt af de formulerede overtrædelser. Dette spørgsmål er også relevant i betragtning af, at der med konstateringen af overtrædelserne i form af leveringsnægtelse gribes ind i den pågældende persons ejendomsret og ret til at oprette og drive egen virksomhed, som er garanteret ved Republikken Bulgariens forfatning og chartret, i tilstrækkeligt stort omfang.
- 22 Den forelæggende ret skal af egen drift prøve, om den administrative myndighed ved udstedelsen af den omtvistede forvaltningsakt, hvormed der fastsættes en finansiel korrektion, overholdt alle forvaltningsretlige procedureregler. For at der kan træffes en rigtig afgørelse i den foreliggende sag skal det prøves, om konkurrencemyndigheden for hver enkelt overtrædelse udtrykkeligt, klart og entydigt skulle have afgrænset det relevante marked, det berørte marked, de specifikke ulovlige konkurrencebegrænsende handlinger, de konkurrencestridige virkninger og alle andre relevante omstændigheder for kriteriet for hver enkelt overtrædelse af ZZK's artikel 21, stk. 1, nr. 2 og 5, henholdsvis artikel 102 TEUF,

nemlig a) leveringsnægtelse og b) begrænsning af produktion, afsætning og teknisk udvikling til skade for forbrugerne. Af ovennævnte grunde stiller den forelæggende ret det første spørgsmål.

- 23 Som begrundelse for det andet spørgsmål henviser den forelæggende ret til, at et centralt element i kriteriet for overtrædelsen af ZZK's artikel 21, nr. 5, består i, at de to virksomheder nægtede adgang til deres væsentlige infrastruktur. I den første periode for de overtrædelser, der gøres gældende fra den 1. januar 2016 til den 22. december 2020, havde ejerne af godkendte afgiftsoplæg uomtvistet ingen retlig forpligtelse til at stille en del af deres kapacitet til rådighed for deres konkurrenter. Af denne grund konstaterede KZK, at der fra sagsøgernes virksomheders side forelå en såkaldt »konstruktiv nægtelse« af at give tredjeparter mulighed for adgang.
- 24 KZK gør i sin afgørelse den opfattelse gældende, at Bronner-kriterierne ikke finder anvendelse, hvis den pågældende infrastruktur ikke finansieres med den markedsdominerende virksomheds egne investeringer, men derimod (som det er tilfældet i den foreliggende sag) med offentlige midler, og hvis den pågældende virksomhed ikke er ejer af denne infrastruktur, men benytter den inden for rammerne af en koncessions- eller lejekontrakt. Disse kriterier har til formål at finde anvendelse i tilfælde af nægtelse af adgang til en infrastruktur, som ejes af den markedsdominerende virksomhed, og som den har udviklet til brug for sine egne aktiviteter med egne investeringer.
- 25 Europa-Kommissionens praksis og retspraksis påberåber sig Bronner-kriterierne, når det skal bedømmes, om der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne i tilfælde af en markedsdominerende virksomheds leveringsnægtelse. Disse kriterier omfatter følgende specifikke kumulative elementer: Nægtelsen er egnet til at udelukke enhver konkurrence på det berørte marked ved den person, som anmoder om levering; nægtelsen er ikke objektivt begrundet (objectively justified), ydelsen/varen, som der nægtes adgang til, er uundværlig for udøvelsen af den persons aktiviteter, som anmoder om levering (indispensable), da der ikke findes nogen faktisk eller potentiel erstatning. Den første og vigtigste betingelse er således, at nøgleinfrastrukturen (essential facility) skal forefindes og være kontrolleret af den person, der er indehaver af monopolet, og at adgangen til denne infrastruktur skal være uundværlig for konkurrenternes evne til at konkurrere med indehaveren af monopolet.
- 26 I den foreliggende sag tages der i betragtning af de usædvanlige omstændigheder (privatisering og koncession), som er knyttet til processen med Lukoil-koncernens erhvervelse og benyttelse af hele infrastrukturen, også hensyn til de særlige forhold i forbindelse med privatiseringsaftalen, som blev indgået inden for rammerne af en bestemt administrativ procedure under hensyntagen til den offentlige interesse. Af denne grund indeholder privatiseringsaftaler ofte forpligtelser, som adskiller sig fra dem, der er typiske for en civil- og handelsretlig købsaftale. Dette omfatter forpligtelser, som binder køberen ud over forpligtelsen til at betale købesummen, f.eks. forpligtelsen til at foretage investeringer, bevare

eksisterende arbejdspladser og skabe nye, gennemføre miljøbeskyttelsesforanstaltninger, bevare aktiviteternes genstand i en periode, som er fastlagt i aftalen, samt et tidsbegrænset forbud mod at sælge virksomheden eller dele af den osv. Såfremt en privatiseringsaftale fastsætter forpligtelser vedrørende investeringer, fastsættes disse præcist med hensyn til art, størrelse og varighed, og er ikke resultatet af et incitament for den virksomhed, som erhverver den statslige ejendom. Da virksomhedens infrastruktur i den foreliggende sag blev erhvervet i forbindelse med privatiseringen af den statslige virksomhed Neftohim, skal der tages hensyn til, at koncernens transport- og logistikinfrastruktur blev opført af staten med offentlige midler. Efter privatiseringen af den statslige virksomhed Neftohim overgik ejendomsretten til infrastrukturen til Lukoil-koncernen. Denne omstændighed indebærer imidlertid efter KZK's opfattelse ikke, at det er nødvendigt at anvende Bronner-kriterierne, da der i den foreliggende sag ikke findes økonomiske investeringsincitamenter, hvis beskyttelse vejer tungere end den offentlige interesse i en ufordrejet konkurrence.

- 27 KZK konstaterede, at anvendelsen af Bronner-kriterierne er udelukket af to grunde, nemlig a) på grund af den markedsdominerende virksomheds manglende opfyldelse af en retlig forpligtelse til at give adgang til sin infrastruktur/ydelse, [en forpligtelse, som] er typisk for et lovbestemt monopol eller er vokset frem af et tidligere statsligt monopol, og/eller b) den markedsdominerende virksomhed har ikke investeret i opførelsen af infrastrukturen, da denne blev opført og udviklet udelukkende med offentlige midler. Den første grund er ikke genstand for den præjudicielle anmodning, da der som anført ovenfor i perioden fra den 1. januar 2016 til den 22. december 2020 ikke fandtes en retlig forpligtelse for den markedsdominerende virksomhed.
- 28 KZK lægger til grund, at Bronner-kriterierne ikke finder anvendelse, hvis den markedsdominerende virksomhed modtog en nøgleinfrastruktur fra staten, og de foretagne investeringer ikke vejer tungere end den offentlige interesse.
- 29 Selskaberne, som overtrædelserne gøres gældende over for, har afvist dette og anført, at de, efter at privatiseringsaftalerne blev indgået, har foretaget væsentlige investeringer i virksomhederne, og der er fremlagt dokumentation for foretagne investeringer i sagsøgernes nøgleinfrastruktur.
- 30 Det væsentlige spørgsmål for at kunne konkludere, at Bronner-kriterierne ikke finder anvendelse, hvis den markedsdominerende virksomhed erhvervede en nøgleinfrastruktur fra staten (privatisering og koncession), består i, om der også bør tages hensyn til andre omstændigheder såsom opfyldelse af forpligtelserne i henhold til privatiseringsaftalen, investeringens størrelse og den omstændighed, om investeringen blev foretaget af egen drift eller i forbindelse med opfyldelsen af investeringsaftalen.
- 31 Generaladvokat Rantos' forslag til afgørelse af 7. juli 2022 Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen, C-42/21 P, EU:C:2022:537, besvarede ikke disse spørgsmål. I forslaget til afgørelse giver generaladvokat Rantos et overblik over retspraksis

vedrørende nægtelse af adgang og anvendelsen af Bronner-kriterierne. I punkt 64 behandles formålet med Bronner-kriterierne, som anses for den grundlæggende standard for bedømmelsen af en virksomheds forpligtelse til at give adgang til en »infrastruktur, den har udviklet til egne formål«, med henblik på at beskytte »denne virksomheds oprindelige incitament til at opbygge en sådan infrastruktur«. I forbindelse med analysen af formålet med Bronner-kriterierne konstaterer generaladvokat Rantos, at »de af [Bronner-dommen] afledte kriterier finder anvendelse på infrastruktur vedrørende hvilken virksomheden, der indtager en dominerende stilling, er ejer, og som i princippet afspejler virksomhedens egen investering«. I den foreliggende sag lægger KZK til grund, at det modsætningsvis følger af generaladvokat Rantos' opfattelse, at Bronner-kriterierne ikke finder anvendelse, da den dominerende virksomheds investeringer ikke er sket med egne midler. Samtidig blev KZK's afgørelse underskrevet med dissenser fra to medlemmer, som i deres begrundelse også henviser til dom af 12. januar 2023, Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen, C-42/21 P, EU:C:2023:12, hvori det blev fastslået, at overtrædelsen ikke udgjorde en nægtelse af adgang, men en helt anden overtrædelse.

- 32 Med samme begrundelse afviste KZK at anvende Bronner-kriterierne med hensyn til den nøgleinfrastruktur, der blev erhvervet ved koncession i den omtvistede periode.
- 33 I henhold til APK's artikel 6 finder proportionalitetsprincippet anvendelse, hvis de offentlige og de private interesser er sammenlignelige.
- 34 Europa-Kommissionen og Domstolen har i deres praksis fastslået, at leveringsnægtelse er en ekstraordinær foranstaltning, som udgør den stærkeste begrænsning af de berørte personers rettigheder. Den vigtigste omstændighed er bedømmelsen af forbrugernes interesse. På den anden side skal der også foretages en bedømmelse af nøgleinfrastrukturens ejeres interesser i lyset af respekten for ejendomsretten og målet om at fremme friheden til at oprette og drive virksomhed, idet proportionalitetsprincippet skal overholdes. Bronner-sagen er en milepæl i udviklingen af den europæiske forståelse af begrebet leveringsnægtelse. I denne dom blev de betingelser fastlagt, hvorefter en markedsdominerende virksomhed mod sin vilje kan blive pålagt kontraheringstvang. Domstolen fastslog dog, at der ikke forelå leveringsnægtelse.
- 35 Da KZK ikke anvendte Bronner-kriterierne på den overtrædelse af artikel 102 TEUF i form af leveringsnægtelse (refusal to supply), som gøres gældende, idet myndigheden lagde til grund, at det var udelukket af anvende dem, eftersom den dominerende virksomheds nøgleinfrastruktur blev erhvervet med offentlige midler/på grundlag af en koncession, skal det i den foreliggende sag undersøges, om anvendelsen af Bronner-kriterierne er udelukket i alle tilfælde, hvor den dominerende virksomhed modtog offentlige midler med hensyn til nøgleinfrastrukturen eller erhvervede den på grundlag af en koncession, eller om der kræves en bedømmelse af investeringernes størrelse, gennemførelsen af privatiseringsaftalen eller koncessionen (på grundlag af hvilken

nøgleinfrastrukturen blev erhvervet) samt den omstændighed, om investeringerne blev foretaget i forbindelse med gennemførelsen af investeringsaftalen/koncessionen eller af egen drift.

- 36 Det tredje spørgsmål stilles på baggrund af ordlyden af nr. 75 i Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af [artikel 102 TEUF] på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd (afsnit [IV.] D. Leveringsnægtelse og avancepres (margin squeeze)): »[...] Når dominerende virksomheder — eller virksomheder, der forudser, at de kan blive dominerende — ved, at de kan blive forpligtet til at levere mod deres vilje, kan det betyde, at de ikke investerer eller investerer mindre i den pågældende aktivitet. Konkurrenter kan også blive fristet til at udnytte den dominerende virksomheds investeringer gratis i stedet for at investere selv. Ingen af disse konsekvenser ville i det lange løb være i forbrugernes interesse.«

ARBEJDSDOKUMENT