

Predmet C-245/24**Sažetak zahtjeva za prethodnu odluku sastavljen na temelju članka 98.
stavka 1. Poslovnika Suda****Datum podnošenja:**

5. travnja 2024.

Sud koji je uputio zahtjev:

Administrativen sad Sofia-oblast (Upravni sud regije Sofija,
Bugarska)

Datum odluke kojom se upućuje zahtjev:

5. travnja 2024.

Tužitelji:

„LUKOIL Bulgaria” EOOD

„LUKOIL Neftohim Burgas” AD

Tuženici:

Komisija za zaštita na konkurencijata

Predmet glavnog postupka

Tužba koju su podnijela društva „LUKOIL Bulgaria” EOOD (u daljnjem tekstu: Lukoil Bulgaria) i „LUKOIL Neftohim Burgas” AD (u daljnjem tekstu: Lukoil Neftohim Burgas) protiv odluke br. 332/04.04.2023, koju je donijela Komisija za zaštita na konkurencijata (Tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja, Bugarska, u daljnjem tekstu: KZK) te kojom je utvrđena povreda članka 21. točaka 2. i 5. Zakona za zaštita na konkurencijata (Zakon za zaštitu tržišnog natjecanja, u daljnjem tekstu: ZZK) i članka 102. drugog stavka točke (b) UFEU-a i izrečena novčana kazna.

Predmet i pravna osnova zahtjeva za prethodnu odluku

Tumačenje prava Unije u skladu s člankom 267. UFEU-a

Prethodna pitanja

1. Ako je nacionalno tijelo za tržišno natjecanje utvrdilo različita djelovanja od kojih se neka smatraju odbijanjem pristupa ključnoj opremi, a druga ograničavanjem trgovine, ali su objedinjena u cjelokupnoj strategiji poduzetnika, je li dopušteno utvrditi jedinstvenu povredu članka 102. UFEU-a ili bi trebalo utvrditi zasebne povrede koje se smatraju odbijanjem pristupa ključnoj opremi odnosno ograničavanjem trgovine?

2. Treba li tijelo za tržišno natjecanje isključiti primjenu testa Bronner u pogledu navodne povrede članka 102. UFEU-a u obliku odbijanja pružanja usluga (*refusal to supply*) u svim slučajevima u kojima je poduzetnik u vladajućem položaju (na temelju ugovora o privatizaciji ili koncesije) dobio javna sredstva za ključnu infrastrukturu (*essential facility*) ili je potrebno ocijeniti iznos ulaganja, provedbu ugovora o privatizaciji ili koncesije (na temelju koje je stečena ključna infrastruktura), kao i pitanje je li ulaganje izvršeno u vezi s provedbom ugovora o ulaganju odnosno koncesije ili na vlastitu inicijativu?

2.1. U slučaju potvrdnog odgovora na prethodno navedeno pitanje, je li zajamčeno poštovanje načela proporcionalnosti u skladu s [točkom 75.] Smjernica o primjeni članka 102. [...] UFEU-a (odjeljak [„IV.] [D. Odbijanje pružanja usluga i pretjerano snižavanje marži]) u slučaju primjene restriktivnih kriterija koji su utvrđeni na temelju načela „apsolutne nužnosti” radi očuvanja tržišnog natjecanja, pri čemu se na odgovarajući način uzimaju u obzir interesi poduzetnika u vladajućem položaju, ako je poduzetnik u vladajućem položaju uložio u ključnu infrastrukturu (*essential facility*)?

Navedene odredbe prava Unije i sudska praksa

Ugovor o funkcioniranju Europske unije (u daljnjem tekstu: UFEU), osobito članak 102. drugi stavak točka (b) i članak 267.

Povelja Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja), osobito članci 41. i 47.

Uredba Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima [101.] i [102.] Ugovora, osobito članci 3. i 27.

Komunikacija Komisije – Smjernice o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni članka [102. UFEU-a] u vezi sa zlouporabom vladajućeg položaja isključivanjem konkurenata s tržišta, osobito točke 13. do 15. te točke 75. i 82. [SL 2009., C 45, str. 2.]

Obavijest Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta za potrebe prava tržišnog natjecanja Zajednice (SL 1997., C 372, str. 3.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 3., str. 18.)

Odluka Komisije od 15. listopada 2014., AT.39523 Slovak Telekom

Presuda od 26. studenoga 1998., Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569

Presuda Općeg suda od 18. studenoga 2020., Lietuvos geležinkeliai/Komisija, T-814/17, EU:T:2020:545

Mišljenje nezavisnog odvjetnika A. Rantosa od 7. srpnja 2022. u predmetu Lietuvos geležinkeliai/Komisija, C-42/21 P, EU:C:2022:537

Presuda od 12. siječnja 2023., Lietuvos geležinkeliai/Komisija, C-42/21 P, EU:C:2023:12

Presuda od 18. prosinca 2008., Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746

Presuda od 1. listopada 2009., Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Vijeće, C-141/08 P, EU:C:2009:598

Navedene nacionalne odredbe

Konstitucija na Republika Balgarija (Ustav Republike Bugarske), osobito članci 17. i 18.

Administrativnoprocesualen kodeks (Zakonik o upravnom postupku, u daljnjem tekstu: APK), osobito članci 6. i 168.

ZZK, osobito članci 8. i 20. te članak 21. točke 2. i 5.

Zakon za danak varhu dobavenata stojnost (Zakon o porezu na dodanu vrijednost, u daljnjem tekstu: ZDDS), osobito članci 13. i 16.

Zakon za akcizite i danačnite skladove (Zakon o trošarinama i trošarinskim skladištima, u daljnjem tekstu: ZADS)

Pravilnik za prilagane na Zakona za akcizite i danačnite skladove (Uredba o provedbi Zakona o trošarinama i trošarinskim skladištima, u daljnjem tekstu: PPZADS)

Zakon za zapasite ot neft i neftoprodukti (Zakon o zalihama nafte i naftnih derivata, u daljnjem tekstu: ZZNN)

Metodika za izvaršvane na proučvane i opredeljane na pazarnoto položenie na predprijatijata na saotvetnija pazar (Metoda za provedbu istraživanja tržišta i određivanje položaja poduzetnika na mjerodavnom tržištu), donesena na temelju odluke KZK-a br. 393/21.04.2009.

Sažet prikaz činjenica i postupka

- 1 KZK je pod brojem predmeta KZK-255/2020 u skladu s odlukom KZK-a br. 268/16.04.2020 pokrenuo postupak radi utvrđenja eventualnih povreda članaka 15. i 21. ZZK-a i/ili članaka 101. i 102. UFEU-a koje je 11 poduzetnika (među kojima su Lukoil Neftohim Burgas i Lukoil Bulgaria) počinilo prilikom određivanja cijena najčešćih goriva duž lanca proizvodnja/uvoz-skladištenje-veleprodaja-maloprodaja na pojedinačnim horizontalnim razinama i vertikalno, a pokrenuo ga je na temelju prijave Vrhovne administrativne prokurature (Državno odvjetništvo pri Vrhovnom upravnom sudu, Bugarska, u daljnjem tekstu: VAP), koja se odnosila na neusklađenost između znatnog smanjenja globalne cijene sirove nafte (za 47,4 %) u ožujku 2020. i smanjenja maloprodajnih cijena goriva u zemlji (za otprilike 11 %) u istom razdoblju. VAP je dostavio i podatke o prosječnim cijenama goriva koje je stavljeno na tržište iz trošarinskih skladišta, uključujući trošarinu i PDV, te prijavu jednog građanina u kojoj se tvrdilo da se s obzirom na smanjenje cijena sirove nafte na svjetskom tržištu u zemlji špekulira u vezi s cijenama goriva.
- 2 Prema analizi tržišta koju je izradila Agencija „Mitnici” (Carinska uprava, Bugarska) prosječne dnevne cijene benzina i dizela u razdoblju od 30. ožujka do 5. travnja 2020. pale su u prosjeku za 0,07 bugarskih leva, odnosno za 4,5 %. Cijene goriva na točkama isporuke krajnjim potrošačima (benzinske postaje) reagirale su tjedan dana kasnije (oko 12. ožujka 2020.) na promjenu cijene sirove nafte na burzi. Iz te analize također proizlazi da su u zadnja dva tjedna u ožujku i prvom tjednu u travnju 2020., tijekom kojih je zabilježeno postupno smanjenje cijena energenata u zemlji, na to reagirali svi vodeći distribucijski kanali goriva.
- 3 U postupku pred KZK-om provjeravalo se djelovanje društava Lukoil Neftohim Burgas i Lukoil Bulgaria u vezi s ograničenjem pristupa trošarinskim skladištima i transportnim infrastrukturama, što [je djelovanje koje] može ograničiti uvoz goriva u zemlju.
- 4 Od 10. prosinca 2018. kapital društva Lukoil Neftohim Burgas podijeljen je na 99 397 192 dionice, od čega Lukoil Europe Holdings B.V. ima 89,97 %, a PAO Lukoil 9,88 %. Vladajući poduzetnik je PAO Neftjanaja kompanija LUKOIL [iz Ruske Federacije]. Dionice su podijeljene u dva razreda: razred A – dionica koju ima Republika Bugarska i na temelju koje ostvaruje posebna prava i razred B – ostale dionice. Glavna skupština društva ne smije bez prethodnog pisanog odobrenja države kao vlasnika dionice razreda A donositi odluke o obustavi ili znatnom ograničenju prerade nafte ili proizvodnje goriva odnosno odbiti pristup lučkim postrojenjima i produktovodima u zamjenu za odgovarajuću naknadu: (a) državnim tijelima u okviru izvršavanja zadaća koje imaju na temelju propisa, za količine koje su ta tijela prijavila u skladu s unaprijed dogovorenim rasporedom i (b) poduzetnicima ili subjektima određenima odlukom vlade Republike Bugarske ili tijela koje je ona izričito imenovala ako to: • ne izlazi izvan okvira slobodnog kapaciteta produktovoda, • dopuštaju tehničke mogućnosti produktovoda i • ne onemogućuje uobičajenu proizvodnu aktivnost poduzetnika.

- 5 Društvo Lukoil Neftohim Burgas steklo je gotovo sva svoja skladišta nafte i pripadajuću cjevovodnu infrastrukturu u okviru privatizacije državnog poduzeća Neftohim EAD krajem 20. i početkom 21. stoljeća. Transportnu i logističku infrastrukturu grupe poduzetnika izgradila je država 70-ih godina 20. stoljeća javnim sredstvima i ona je jedinstvena u zemlji i regiji. Omogućuje transport goriva s obale Crnog mora u glavni grad te skladištenje i transport goriva iz skladišta nafte u najveće gradove u zemlji (Burgas, Stara Zagora, Plovdiv, Sofija). Nakon privatizacije državnog poduzeća Neftohim vlasništvo nad infrastrukturom prešlo je na grupu poduzetnika Lukoil (u daljnjem tekstu: grupa Lukoil).
- 6 Društvo Lukoil Neftohim Burgas s vlastitom rafinerijom za primarnu preradu nafte najvažniji je proizvođač naftnih derivata u zemlji. Taj poduzetnik uvozi naftu i loživo ulje, prerađuje i proizvodi naftne derivate, prodaje ih na domaćem tržištu i izvozi naftne derivate (veleprodaja, uključujući isporuke unutar Zajednice). Poduzetnik ima morske, željezničke i cestovne terminale za transport. Nafta i naftni derivati istovareni s tankera spremaju se u njegove spremnike i prevoze do odredišta. Poduzetnik obavlja djelatnost na dvjema lokacijama, koje su povezane cjevovodima: na proizvodnoj lokaciji Lukoil Neftohim Burgas, koja se nalazi u vlasništvu poduzetnika, i u lučkom terminalu Rosenec, objektu u državnom vlasništvu koji je dodijeljen na temelju odluke vlade Republike Bugarske iz 2011. u okviru ugovora o koncesiji za usluge. Od 1. siječnja 2016. do 30. lipnja 2020. Lukoil Neftohim Burgas AD isporučivao je benzin A-95H, dizel i odgovarajuća biogoriva za izvoz preko različitih ugovornih partnera.
- 7 Od 1. siječnja 2016. do 15. prosinca 2020. Lukoil Europe Holdings B. V. iz Nizozemske bio je jedini vlasnik kapitala društva Lukoil Bulgaria, a nakon toga vlasnik je bilo jedno drugo društvo iz gospodarske grupacije Lukoil, odnosno LITASCO SA iz Švicarske.
- 8 Glavnu djelatnost društva Lukoil Bulgaria čine veleprodaja i maloprodaja goriva i naftnih derivata, miješanje mineralnog goriva s biološkim dodacima u skladištima za opskrbu naftom te prijevoz i špedicija. Od 1. siječnja 2016. do 30. studenoga 2020. Lukoil Bulgaria imao je tri trošarinska skladišta u zemlji. Produktovod Burgas – Sofija i pripadajuća skladišta nafte imaju odobrenje kao trošarinsko skladište.
- 9 Na temelju provedene gospodarske i pravne analize KZK je u svojoj odluci br. 332/04.04.2023 utvrdio da je grupa Lukoil povrijedila članak 21. točke 2. i 5. ZZK-a te članak 102. drugi stavak točku (b) UFEU-a na način da je zlouporabila vladajući položaj na tržištu skladištenja goriva jer uvoznicima i proizvođačima goriva nije omogućila pristup vlastitim trošarinskim skladištima, ograničila je uvoze morskim putem zatvaranjem trošarinskih skladišta povezanih s terminalima Rosenec i Petrol Varna te je odbila pristup produktovodima za naftu grupe poduzetnika radi transporta goriva drugih proizvođača i uvoznika, što može spriječiti, ograničiti ili narušiti tržišno natjecanje i ugroziti interese potrošača, s obzirom na to da se ograničava uvoz goriva u zemlju.

Ključni argumenti stranaka glavnog postupka u vezi s prvim prethodnim pitanjem

- 10 KZK je za potrebe istrage utvrdio tržište proizvoda, a to je unutarnje tržište skladištenja goriva. Nakon toga regulatorno tijelo podijelilo je to tržište na dva podržista: podržište skladištenja goriva u skladu sa ZADS-om i podržište skladištenja goriva u skladu sa ZZNN-om. Ona su pak podijeljena na druga dva podržista: podržište skladištenja dizela i podržište skladištenja benzina. KZK je utvrdio cjelokupnu strategiju grupe Lukoil koja je bila usmjerena na zlouporabu njezina vladajućeg položaja na tržištu skladištenja goriva, a koja može ograničiti uvoze goriva i time smanjiti konkurentski pritisak na veleprodajnom tržištu kako bi se zadržao vladajući položaj grupe poduzetnika na vertikalno povezanim razinama tržišta.
- 11 Prilikom istrage djelovanja grupe Lukoil napravila se razlika između dvaju razdoblja. U prvom razdoblju ovlašteni držatelji trošarinskih skladišta nisu imali zakonsku obvezu da dio svojeg kapaciteta stave na raspolaganje neovisnim trećim stranama. Ono je trajalo od početka razdoblja istrage (1. siječnja 2016.) do 22. prosinca 2020., kad je istekao tromjesečni rok za prilagodbu djelatnosti držateljâ trošarinskih skladišta novim zahtjevima, koji su uvedeni izmjenama ZADS-a i PPZADS-a iz srpnja i rujna 2020. i kojima se nastojao pojačati nadzor trošarinskih skladišta. Ovlašteni držatelji trošarinskih skladišta obvezni su barem 15 % ukupnog maksimalnog skladišnog kapaciteta za skladištenje energenata staviti na raspolaganje neovisnim trećim stranama. Drugo razdoblje počelo je 23. prosinca 2020. i od tog su trenutka držatelji trošarinskih skladišta bili obvezni taj slobodni kapacitet staviti na raspolaganje trećim stranama.
- 12 KZK ističe povredu koja se sastoji od nekoliko vrsta zlouporabe vladajućeg položaja, a koje imaju zajednički protutržišni cilj. Zbog različite vrste predmetne infrastrukture i različitih vlasničkih odnosa, koji zajedno dovode do različitih djelovanja kojima konkurentski poduzetnici ograničavaju tržišno natjecanje, KZK je neka od tih djelovanja smatrao odbijanjem pristupa ključnoj opremi, a druga ograničavanjem trgovine. Objedinjavanje tih djelovanja u cjelokupnu strategiju čini temelj za to da se ona smatraju jedinstvenom povredom članka 21. točke 2. i članka 21. točke 5. ZZK-a. KZK je polazio od toga da članak 21. točka 5. ZZK-a predstavlja poseban slučaj iz članka 21. točke 2. ZZK-a i stoga nije ni naveden kao samostalni element u članku 102. UFEU-a. U praksi institucija Unije odbijanja pristupa i druga djelovanja koja ometaju konkurentne poduzetnike, neovisno o tome je li pritom riječ o „konstruktivnom” odbijanju (Odluka Komisije AT.39523, Slovak Telekom) ili uništavanju ključne infrastrukture (presuda Općeg suda od 18. studenoga 2020., T-814/17, Lietuvos geležinkeliai/Komisija), smatraju se ograničavanjem trgovine u smislu članka 102. drugog stavka točke (b) UFEU-a.
- 13 Poduzetnici upućuju na to da bi u skladu s praksom posljedica istaknutog odbijanja pristupa bila ta da bi vlasnik bio obvezan trećoj strani dopustiti korištenje njegovim vlasništvom protivno njegovoj volji (postrojenja, mreža

tehničke infrastrukture, patenti, prava intelektualnog vlasništva). To je jedna od najozbiljnijih povreda prava vlasništva i prava na slobodu poduzetništva. Stoga su standardi dokazivanja izrazito strogi, a odgovarajuću ocjenu treba provesti u odnosu na sve druge vrste povreda članka 102. UFEU-a s krajnjim oprezom. U ovom su slučaju pogođena tržišta proizvodnje i uvoza goriva (benzina i dizela prema KZK-u) zabilježila količine uvoza koje su znatno premašivale europski prosjek, pri čemu su količine uvoza benzina bile među najvećima. U slučaju takvih podataka o pogođenom tržištu eventualno zadiranje u prava osoba kojima se prigovora povreda iznimno je ozbiljno [i] bez presedana.

- 14 Pravo vlasništva i pravo na slobodu poduzetništva izričito su zajamčena Ustavom Republike Bugarske. Pravo vlasništva zaštićeno je i Poveljom Europske unije o temeljnim pravima. Navodi se da uvjeti iz članka 52. stavka 1. Povelje nisu teoretske odredbe koje se ne primjenjuju u praksi, nego da ih treba primijeniti u praksi prilikom ispitivanja ovog slučaja.

Ključni argumenti stranaka glavnog postupka u vezi s drugim i trećim prethodnim pitanjem

- 15 KZK smatra da činjenica da je grupa Lukoil stekla gotovo sva skladišta i cjevovode u okviru privatizacije državnog poduzeća Neftohim znači da zaštita javnog interesa u pogledu razvoja tržišnog natjecanja na tržištima goriva ima prednost pred zaštitom interesa vlasnika infrastrukture jer on nije uložio u njezinu izgradnju.
- 16 Tužitelji prigovaraju da je infrastruktura stečena od države u vrlo lošem stanju te da ne odgovara aktualnim sigurnosnim standardima i standardima održavanja kvalitete proizvoda koji se prenosi. Oba poduzetnika izvršila su ogromna ulaganja u infrastrukturu. Osim toga, dio infrastrukture uopće nije stečen u okviru privatizacije, nego je kupljen.
- 17 KZK smatra da je većina infrastrukture stečena u okviru privatizacije i da je nisu izgradili konkurentski poduzetnici. Sama infrastruktura, koju čini niz skladišta i cjevovoda, jedinstvena je u zemlji i njezino udvostručavanje nakon prestanka državnog vlasništva nije moguće. Tekući popravci i održavanje postojeće imovine grupe poduzetnika nisu neuobičajeni u poslovanju svakog poduzetnika koji upravlja nekim postrojenjem, neovisno o tome je li to građevinski ili neki drugi objekt. Očito je da su ti troškovi svojstveni održavanju logističke infrastrukture i postrojenjâ te da se pretežito ne odnose samo na obveze ulaganja u okviru ugovorâ o privatizaciji, nego i na obveze upravljanja i održavanja u pogledu zemljišta lučkog terminala Rosenec koje je dano u koncesiju. KZK zaključuje da te dvije okolnosti, koje isključuju primjenu testa Bronner, ne treba primijeniti kumulativno, nego da je svaka pojedina okolnost dovoljan razlog za isključenje testa. KZK smatra da je primjena testa Bronner u ovom slučaju isključena zbog sljedećih razloga:

- stjecanje infrastrukture koja je izgrađena javnim sredstvima – za cijelo razdoblje od 1. siječnja 2016. do 31. ožujka 2021. u pogledu određenih skladišta, tehničkih crpnih stanica, kao i u pogledu svih cjevovoda i produktovoda grupe poduzetnika,
- postojanje pravne obveze omogućivanja pristupa – za razdoblje od 23. prosinca 2020. do 31. siječnja 2021. u pogledu navedene infrastrukture osim produktovoda Burgas – Sofija.

Sažet prikaz obrazloženja zahtjeva za prethodnu odluku

- 18 U skladu s analizom tržišta iz odluke KZK-a grupa Lukoil najveći je ovlašteni držatelj trošarinskog skladišta goriva u zemlji te raspolaže jedinstvenom transportnom i skladišnom infrastrukturom koja joj omogućuje da bude vodeća na tržištu veleprodaje i maloprodaje goriva. Polazi se od toga da grupa poduzetnika od početka razdoblja istrage (1. siječnja 2016.) do barem 31. ožujka 2021. u trošarinskim skladištima kojima upravlja nije držala gorivo uvoznikâ. To znači da uvoznicima nije omogućen pristup preuzimanju goriva iz uvoza ili stjecanja unutar Zajednice za potrebe ZADS-a te da su se u slučajevima u kojima su se pružale usluge skladištenja zaliha za slučaj nužde količine goriva kupovale od društva Lukoil Bulgaria. Osim toga, tijekom spornog razdoblja u lučkom terminalu Rosenec nije istovarena (isporučena) ni roba namijenjena primatelju koji nije pripadao grupi Lukoil. Polazi se od toga da je utvrđeno postojanje dovoljnih slobodnih kapaciteta u trošarinskom skladištu, što je uvjet za uvoz ili stjecanje goriva unutar Zajednice.
- 19 U svojoj odluci KZK je dvije povrede razmatrao zajedno, pri čemu nije u pogledu svake pojedine povrede utvrdio mjerodavno i pogodeno tržište.
- 20 U skladu s člankom 41. Povelje pravo na dobru upravu temeljno je pravo pravnih subjekata. Dodjela bespovratnih sredstava izravna je primjena prava Unije i znači da su nacionalna tijela koja su nadležna za primjenu prava obvezna poštovati članak 41. Povelje. Ta odredba izraz je općeg načela prava Unije čije je poštovanje Sud uvijek zahtijevao u svojoj sudskoj praksi jer je element prava obrane (presude od 18. prosinca 2008., Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, t. 37. i od 1. listopada 2009., Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Vijeće, C-141/08 P, EU:C:2009:598, t. 83.). Sud je priznao pravo pravnih osoba na saslušanje prije donošenja akta koji na njih negativno utječe kao opće pravilo prava Unije, neovisno o tome je li to pravo izričito predviđeno u relevantnom aktu Europske unije u pogledu spornog pravnog odnosa. Sud je utvrdio da „ta obveza postoji za upravna tijela država članica kad donose odluke koje su obuhvaćene područjem primjene prava Zajednice, čak i ako primjenjivim odredbama prava Zajednice nije izričito predviđeno takvo postupovno pravo” (presude od 18. prosinca 2008., Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, t. 38. i od 1. listopada 2009., Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Vijeće, C-141/08 P, EU:C:2009:598, t. 83.).

- 21 U skladu s člankom 47. prvim stavkom Povelje svatko čija su prava i slobode zajamčeni pravom Unije povrijeđeni ima pravo na djelotvoran pravni lijek pred sudom, u skladu s uvjetima utvrđenima tim člankom. U tom kontekstu postavlja se pitanje o tome povređuje li se zajamčeno pravo obrane osoba koje sudjeluju u povredi prava time što se ističu dvije povrede iz članka 21. točaka 2. i 5. ZZK-a a da se nisu u pogledu svake pojedine formulirane povrede provjerila mjerodavna tržišta i sve okolnosti relevantne za pojedinu povredu. To pitanje važno je i s obzirom na to da se utvrđenjem povrede u obliku odbijanja pružanja usluga u dovoljno sveobuhvatnom opsegu zadire u pravo vlasništva i pravo na slobodu poduzetništva dotične osobe koja su zajamčena Ustavom Republike Bugarske i Poveljom.
- 22 Vijeće pred kojim se vodi postupak treba po službenoj dužnosti ispitati je li upravno tijelo prilikom donošenja spornog upravnog akta kojim se utvrđuje financijska korekcija poštovalo sva upravnopravna postupovna pravila. Da bi se pravilno odlučilo u ovom sporu valja ispitati je li tijelo za tržišno natjecanje za svaku pojedinu povredu izričito, jasno i nedvosmisleno trebalo razgraničiti mjerodavno tržište, pogođeno tržište, posebne nezakonite radnje kojima se narušava tržišno natjecanje, protutržišne učinke i sve druge okolnosti relevantne za činjenično stanje svake pojedine povrede članka 21. stavka 1. točaka 2. i 5. ZZK-a ili članka 102. UFEU-a, odnosno: (a) odbijanje pružanja usluga i (b) ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača. Zbog toga ovo vijeće postavlja prvo prethodno pitanje.
- 23 U svrhu obrazloženja drugog pitanja sud koji je uputio zahtjev ističe da je jedan od ključnih elemenata povrede članka 21. točke 5. ZZK-a taj da su oba poduzetnika odbila pristup svojoj ključnoj infrastrukturi. Nije sporno da za vlasnike ovlaštenih trošarinskih skladišta tijekom prvog razdoblja istaknutih povreda od 1. siječnja 2016. do 22. prosinca 2020. nije postojala nikakva pravna obveza da konkurentnim poduzetnicima stave na raspolaganje dio svojih kapaciteta. Zbog toga je KZK utvrdio da je na strani konkurentskih poduzetnika postojalo takozvano „konstruktivno odbijanje” pristupa trećim stranama.
- 24 U svojoj odluci KZK zastupa stajalište da kriteriji iz presude Bronner nisu primjenjivi ako se predmetna infrastruktura ne financira vlastitim ulaganjima poduzetnika u vladajućem položaju, nego (kao u ovom slučaju) javnim sredstvima i ako predmetni poduzetnik nije vlasnik te infrastrukture, nego se njome koristi u okviru ugovora o koncesiji ili zakupu. Ti kriteriji namijenjeni su primjeni prilikom odbijanja pristupa infrastrukturi koja se nalazi u vlasništvu poduzetnika u vladajućem položaju i koju je on razvio za vlastite djelatnosti svojim ulaganjima.
- 25 U praksi Europske komisije i sudskoj praksi poziva se na test Bronner kad se ocjenjuje postoji li povreda pravila tržišnog natjecanja u slučaju kad poduzetnik u vladajućem položaju odbija pružiti usluge. Taj test obuhvaća sljedeće posebne kumulativne elemente: odbijanje može dovesti do toga da osoba koja zatraži isporuku potpuno onemogućí tržišno natjecanje na pogođenom tržištu; odbijanje se ne može objektivno opravdati (*objectively justified*); usluga ili roba kojoj je

odbijen pristup nužna je (*indispensable*) za obavljanje djelatnosti osobe koja traži isporuku jer ne postoji stvarna ili moguća zamjena. U skladu s tim prvi i najvažniji uvjet jest taj da treba postojati ključna infrastruktura (*essential facility*) i da je treba kontrolirati monopolist te da pristup toj infrastrukturi mora biti nužan za mogućnost konkurentnih poduzetnika da se natječu na tržištu s monopolistom.

- 26 S obzirom na iznimne okolnosti (privatizacija i koncesija), koje su povezane s procesom na temelju kojeg je grupa Lukoil stekla cjelokupnu infrastrukturu i koristila se tom infrastrukturom, u ovom slučaju razmatraju se i posebnosti ugovora o privatizaciji koji je sklopljen u okviru određenog upravnog postupka, uzimajući u obzir javni interes. Zbog toga ugovori o privatizaciji često sadržavaju obveze koje se razlikuju od onih koje su uobičajene za građanskopravni i trgovačkopravni kupoprodajni ugovor. U to se ubrajaju obveze koje premašuju kupčevu obvezu plaćanja kupovne cijene, primjerice obveza izvršavanja ulaganja, očuvanja postojećih i stvaranja novih radnih mjesta, provedbe mjera zaštite okoliša, dobivanja predmeta djelatnosti na razdoblje utvrđeno u ugovoru, kao i vremenski ograničena zabrana prodaje poduzeća ili njegovih dijelova itd. Ako ugovor o privatizaciji obvezuje na ulaganja, ona se točno utvrđuju prema vrsti, iznosu i trajanju i nisu rezultat poticaja poduzetnika koji stječe državno vlasništvo. Budući da je u ovom slučaju infrastruktura poduzetnika stečena u okviru privatizacije državnog poduzeća Neftohim, postoje dvojbe u pogledu toga da je država izgradila transportnu i logističku infrastrukturu grupe poduzetnika javnim sredstvima. Nakon privatizacije državnog poduzeća Neftohim infrastruktura je prešla u vlasništvo grupe Lukoil. Međutim, KZK smatra da zbog te okolnosti nije potrebna primjena testa Bronner jer u ovom slučaju ne postoje poticaji za gospodarska ulaganja čija zaštita prevladava nad javnim interesom u pogledu nenarušenog tržišnog natjecanja.
- 27 KZK je utvrdio da je primjena testa Bronner isključena zbog dvaju razloga: (a) zbog neispunjenja pravne obveze poduzetnika u vladajućem položaju da omogući pristup svojoj infrastrukturi ili usluzi ([obveze koja] je uobičajena za zakonski monopol ili je proizašla iz prethodnog državnog monopola); i/ili (b) poduzetnik u vladajućem položaju nije uložio u izgradnju infrastrukture jer je ona izgrađena i razvijena isključivo javnim sredstvima. Zahtjev za prethodnu odluku ne odnosi se na prvi razlog jer, kao što je navedeno, za razdoblje od 1. siječnja 2016. do 22. prosinca 2020. nije postojala nikakva pravna obveza poduzetnika u vladajućem položaju.
- 28 KZK polazi od toga da test Bronner nije primjenjiv ako je poduzetnik u vladajućem položaju dobio ključnu infrastrukturu od države, a izvršena ulaganja ne prevladavaju nad javnim interesom.
- 29 Društvima kojima se prigovaraju povrede tomu su se usprotivila i navode da su od sklapanja ugovorâ o privatizaciji izvršila znatna ulaganja u poduzeća te su prikupljeni dokazi za izvršena ulaganja u ključnu infrastrukturu tužiteljâ.

- 30 Bitno pitanje kako bi se moglo zaključiti da test Bronner nije primjenjiv ako je poduzetnik u vladajućem položaju stekao ključnu infrastrukturu od države (privatizacija i koncesija) odnosi se na to treba li uzeti u obzir i druge okolnosti, kao što su ispunjenje obveza iz ugovora o privatizaciji, iznos ulaganja i okolnost je li ulaganje izvršeno na vlastitu inicijativu ili u vezi s ispunjenjem ugovora o ulaganju.
- 31 U mišljenju nezavisnog odvjetnika A. Rantosa od 7. srpnja 2022. u predmetu *Lietuvos geležinkeliai/Komisija*, C-42/21 P, EU:C:2022:537, nije se odgovorilo na ta pitanja. U tom mišljenju nezavisni odvjetnik daje pregled sudske prakse o odbijanju pristupa i primjeni testa Bronner. U točki 64. razmatraju se ciljevi testa Bronner, koji se smatra temeljnim kriterijem za ocjenu obveze poduzetnika da omogući pristup „infrastruktur[i] koju je razvio za vlastite potrebe” radi zaštite „prvotn[e] spremnost[i] da izgradi takvu infrastrukturu”. Prilikom analize svrhe testa Bronner nezavisni odvjetnik A. Rantos utvrđuje da se „kriteriji definirani u [...] presudi [Bronner] primjenjuju na infrastrukturu koja je u vlasništvu poduzetnika u vladajućem položaju i koja načelno odražava njegovo vlastito ulaganje”. U ovom slučaju KZK polazi od toga da, suprotno tomu, iz stajališta nezavisnog odvjetnika A. Rantosa proizlazi da kriteriji iz presude Bronner nisu primjenjivi jer poduzetnik u vladajućem položaju nije izvršio ulaganja iz vlastitih sredstava. Isto tako, odluka KZK-a potpisana je uz izdvojena mišljenja dvaju njegovih članova, koji u svojem obrazloženju upućuju i na presudu od 12. siječnja 2023., *Lietuvos geležinkeliai/Komisija*, C-42/21 P, EU:C:2023:12, u kojoj je utvrđeno da se povreda nije sastojala od odbijanja pristupa, nego da je bila riječ o posve drugoj povredi.
- 32 Na temelju istog obrazloženja KZK je odbio primjenu testa Bronner u pogledu ključne infrastrukture koja je u spornom razdoblju stečena koncesijom.
- 33 U skladu s člankom 6. APK-a načelo proporcionalnosti primjenjuje se ako su javni i privatni interesi slični.
- 34 U svojoj praksi odnosno sudskoj praksi Europska komisija i Sud utvrdili su da je odbijanje pružanja usluga izvanredna mjera koja najviše utječe na prava dotičnih osoba. Najvažnija okolnost prilikom ocjene jest interes potrošača. Međutim, treba ocijeniti i interese vlasnika ključnih infrastruktura s obzirom na zaštitu prava vlasništva i poticanje slobode poduzetništva, pri čemu treba poštovati načelo proporcionalnosti. Predmet Bronner prekretnica je u razvoju shvaćanja odbijanja pružanja usluga u Uniji. U toj presudi utvrđeni su uvjeti pod kojima se poduzetniku u vladajućem položaju protivno njegovoj volji može naložiti obveza sklapanja ugovora. Međutim, Sud u konačnici nije utvrdio da postoji odbijanje pružanja usluga.
- 35 Budući da KZK nije primijenio test Bronner na istaknute povrede članka 102. UFEU-a u obliku odbijanja pružanja usluga (*refusal to supply*) jer je polazio od toga da je njegova primjena isključena, s obzirom na to da je ključna infrastruktura poduzetnika u vladajućem položaju stečena javnim sredstvima

odnosno na temelju koncesije, u ovom slučaju valja ispitati je li primjena testa Bronner isključena u svim slučajevima u kojima je poduzetnik u vladajućem položaju dobio javna sredstva za ključnu infrastrukturu ili ju je stekao na temelju koncesije ili je potrebna ocjena iznosa ulaganjâ, provedbe ugovora o privatizaciji ili koncesije (na temelju koje je stečena ključna infrastruktura), kao i okolnosti jesu li ulaganja izvršena u vezi s provedbom ugovora o ulaganju odnosno koncesije ili na vlastitu inicijativu.

- 36 Treće pitanje postavlja se u kontekstu teksta točke 75. Smjernica o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni članka [102. UFEU-a] u vezi sa zlouporabom vladajućeg položaja isključivanjem konkurenata s tržišta (odjeljak [IV.] D. Odbijanje pružanja usluga i pretjerano snižavanje marži): „[...] Činjenica da znaju da im se može naložiti obveza pružanja usluge protivno njihovoj volji može dovesti do toga da poduzetnici u vladajućem položaju ili poduzetnici koji očekuju da će biti u vladajućem položaju ne ulažu ili manje ulažu u predmetnu djelatnost. Isto tako, konkurentni poduzetnici mogli bi biti u iskušenju okoristiti se ulaganjima poduzetnika u vladajućem položaju umjesto da sami ulažu. Nijedna od tih posljedica dugoročno nije u interesu potrošača”.