

Zaak C-245/24

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

5 april 2024

Verwijzende rechter:

Administrativen sad Sofia-oblast (Bulgarije)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

5 april 2024

Verzoekende partijen:

„LUKOIL Bulgaria” EOOD

„LUKOIL Neftohim Burgas” AD

Verwerende partij:

Komisia za zashtita na konkurentsia

Voorwerp van het hoofdgeding

Beroep ingesteld door „LUKOIL Bulgaria” EOOD (hierna: Lukoil Bulgaria) en „LUKOIL Neftohim Burgas” AD (hierna: Lukoil Neftohim Burgas) tegen besluit nr. 332/04.04.2023 van de Komisia za zashtita na konkurentsia (commissie voor de bescherming van de mededinging, hierna: „KZK”), waarbij een inbreuk werd vastgesteld op artikel 21, punten 2 en 5, van de Zakon za zashtita na konkurentsia (wet inzake de bescherming van mededinging) en op artikel 102, tweede alinea, onder b), VWEU en een geldboete werd opgelegd.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Uitlegging van het Unierecht overeenkomstig artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1. Wanneer de nationale mededingingsautoriteit verschillende gedragingen heeft vastgesteld, waarvan sommige zijn aangemerkt als weigering van toegang tot een essentiële faciliteit en andere als een handelsbeperking, maar die zijn samengebracht in een algemene strategie van de onderneming, is het dan geoorloofd om één enkele inbreuk op artikel 102 VWEU vast te stellen of moeten afzonderlijke inbreuken worden vastgesteld, die worden gekwalificeerd als weigering van toegang tot een essentiële faciliteit of als handelsbeperking?

2. Moet de mededingingsautoriteit de toepassing van de Bronner-toets met betrekking tot de vermeende inbreuk op artikel 102 VWEU in de vorm van een leveringsweigering (refusal to supply) uitsluiten in alle gevallen waarin de onderneming met een machtspositie met betrekking tot de essentiële infrastructuur (essential facility) overheidsmiddelen heeft ontvangen (op basis van een privatiseringsovereenkomst/concessie) of is een beoordeling vereist van het bedrag van de investering, de uitvoering van de privatiseringsovereenkomst/concessie (op basis waarvan de essentiële infrastructuur is verworven) en van de vraag of de investering is gedaan in verband met de uitvoering van de investeringsovereenkomst/concessie of op eigen initiatief?

2.1 Indien de vorige vraag bevestigend wordt beantwoord, is de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel, zoals dat naar voren komt in [punt 75 van] de richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 102 [...] VWEU (hoofdstuk [„IV.][D. Weigering tot levering en marginsqueeze”]), gewaarborgd in het geval van de toepassing van beperkende criteria die zijn vastgesteld op basis van het beginsel van „absolute noodzakelijkheid” voor de handhaving van de mededinging, met passende inachtneming van de belangen van de onderneming met een machtspositie, wanneer de onderneming met een machtspositie heeft geïnvesteerd in de essentiële infrastructuur (essential facility)?

Aangevoerde Unierechtelijke bepalingen en rechtspraak

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: „VWEU”), artikel 102, tweede alinea, onder b), en artikel 267

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”), in het bijzonder artikelen 41 en 47

Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101] en [102] van het Verdrag, in het bijzonder artikelen 3 en 27

Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel [102

VWEU] op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, in het bijzonder punten 13 tot en met 15, 75, 82 [2009/C 45/02]

Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (97/C 372/03)

Besluit van de Commissie van 15 oktober 2014, AT.39523 Slovak Telekom

Arrest van 26 november 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569

Arrest van het Gerecht van 18 november 2020, Lietuvos geležinkeliai/Commissie, T-814/17, EU:T:2020:545

Conclusie van advocaat-generaal Rantos van 7 juli 2022 in de zaak Lietuvos geležinkeliai/Commissie, C-42/21 P, EU:C:2022:537

Arrest van 12 januari 2023, Lietuvos geležinkeliai/Commissie, C-42/21 P, EU:C:2023:12

Arrest van 18 december 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746

Arrest van 1 oktober 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware / Raad, C-141/08 P, EU:C:2009:598

Aangevoerde nationale bepalingen

Konstitutsia na Republika Bulgaria (grondwet van de Republiek Bulgarije), in het bijzonder artikelen 17 en 18

Administrativnoprotsesualen kodeks (wetboek bestuursprocesrecht; hierna: „APK”), in het bijzonder artikelen 6 en 168

Zakon za zashtita na konkurentsia (wet inzake de bescherming van de mededinging; hierna: „ZZK”), in het bijzonder artikel 8, artikel 20 en artikel 21, punten 2 en 5

Zakon za danak varhu dobavenata stoynost (wet op de belasting over de toegevoegde waarde; hierna: „ZDDS”), in het bijzonder artikelen 13 en 16

Zakon za aktsizite i danachnite skladove (wet op de accijnzen en de belastingentrepots; hierna: „ZADS”)

Pravilnik za prilagane na Zakona za aktsizite i danachnite skladove (verordening tot uitvoering van de wet op de accijnzen en de belastingentrepots; hierna: „PPZADS”)

Zakon za zapasite ot neft i neftoprodukti (wet op de voorraden aardolie en aardolieproducten; hierna: „ZZNN”)

Metodika za izvurshvane na prouchvane i opredelyane na pazarnoto polozhenie na predpriatiata na saotvetnia pazar (methode van uitvoering van een marktonderzoek en bepaling van de positie van de ondernemingen op de relevante markt), vastgesteld bij besluit nr. 393/21.04.2009 van de KZK.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 De KZK heeft een procedure ingeleid onder dossiernummer KZK-255/2020 overeenkomstig besluit nr. 268/16.04.2020 van de KZK tot vaststelling van mogelijke inbreuken op artikel 15 en artikel 21 van de ZZK en/of artikel 101 en artikel 102 VWEU bij de bepaling van de prijzen van gangbare brandstoffen langs de productie/invoer-opslag-groothandel-detailhandelsketen, zowel op de individuele horizontale niveaus als verticaal, door elf ondernemingen (waaronder Lukoil Neftohim Burgas en Lukoil Bulgaria), op basis van een kennisgeving van de Varhovna administrativna prokuratura (openbaar ministerie bij de hoogste bestuursrechter, Bulgarije; hierna: VAP) over het gebrek aan samenhang tussen de aanzienlijke daling van de mondiale prijs van ruwe olie (met 47,4 %) in maart 2020 en de daling van de detailhandelsprijzen voor brandstoffen in het land (met ongeveer 11 %) in dezelfde periode. De VAP verstrekke ook gegevens over de gemiddelde brandstofprijzen die in de handel werden gebracht uit belastingentrepots, inclusief accijnzen en btw, alsmede een verklaring van een burger waarin werd gesteld dat, gezien de daling van de prijzen van ruwe olie op de wereldmarkt, met de brandstofprijzen in het land werd gespeculeerd.
- 2 Volgens een marktanalyse van de Agentsia „Mitnitsi” (douaneautoriteit) zijn de gemiddelde dagprijzen van benzine en diesel in de periode van 30 maart tot en met 5 april 2020 met gemiddeld 0,07 BGN of 4,5 % gedaald. De brandstofprijzen in de detailhandel (tankstations) reageerden een week later (rond 12 maart 2020) op de verandering van de prijs van ruwe olie op de beurs. Uit deze analyse blijkt ook dat alle belangrijkste brandstofhandelsketens in de laatste twee weken van maart en de eerste week van april 2020, toen er sprake was van een geleidelijke daling van de energieprijzen in het land, hebben gereageerd.
- 3 Voorwerp van het onderzoek in de procedure voor de KZK was het gedrag van Lukoil Neftohim Burgas en Lukoil Bulgaria in verband met de beperking van de toegang tot belastingentrepots en transportinfrastructuur, [gedrag] dat de invoer van brandstoffen in het land kan beperken.
- 4 Sinds 10 december 2018 is het kapitaal van Lukoil Neftohim Burgas verdeeld in 99.397.192 aandelen, waarvan Lukoil Europe Holdings B.V. 89,97 % houdt en PAO Lukoil 9,88 %. De onderneming met een machtspositie is PAO Neftianaia kompania LUKOIL [in de] Russische Federatie. De aandelen zijn onderverdeeld in twee categorieën: categorie A – aandelen in het bezit van de Republiek Bulgarije met bijzondere rechten, en categorie B – de resterende aandelen. De algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap mag, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de staat die aandelen van categorie A

bezit, geen besluit nemen over de stopzetting of aanzienlijke beperking van de verwerking van aardolie of de productie van brandstoffen, of de toegang tot de havenfaciliteiten en de productpijpleidingen weigeren tegen een passende vergoeding met betrekking tot: a) overheidsinstanties, in het kader van de uitvoering van de hun bij wet opgelegde taken, voor de hoeveelheden die zij volgens een vooraf overeengekomen tijdschema meedelen; b) ondernemingen of instellingen die bij besluit van de regering van de Republiek Bulgarije of van een door haar uitdrukkelijk benoemde instantie zijn aangewezen, wanneer: • dit binnen de vrije capaciteit van de productpijpleiding valt, • de technische mogelijkheden van de productpijpleiding dit toelaten en • de normale productieactiviteit van de onderneming niet wordt gehinderd.

- 5 Lukoil Neftohim Burgas verwierf nagenoeg al haar olieopslagplaatsen en de bijbehorende pijplijninfrastructuur in het kader van de privatisering van het staatsbedrijf Neftohim EAD aan het eind van de 20e eeuw en het begin van de 21e eeuw. De transport- en logistieke infrastructuur van de groep ondernemingen is in de jaren 1970 met overheidsmiddelen door de staat aangelegd en is uniek voor het land en de regio. Deze maakt het transport van brandstoffen van de Zwarte Zee naar de hoofdstad mogelijk, alsook de opslag en het transport van brandstoffen uit olieopslagplaatsen naar de grootste steden van het land (Burgas, Stara Zagora, Plovdiv, Sofia). Na de privatisering van het staatsbedrijf Neftohim werd de infrastructuur eigendom van de Lukoil bedrijvengroep (hierna: „Lukoil-groep”).
- 6 De onderneming Lukoil Neftohim Burgas, met haar eigen raffinaderij voor de verwerking van primaire olie, is de belangrijkste producent van aardolieproducten in het land. De onderneming importeert aardolie en stookolie, verwerkt en produceert aardolieproducten, verkoopt deze op de binnenlandse markt en exporteert aardolieproducten (groothandel, inclusief intracommunautaire leveringen). De onderneming beschikt over terminals voor zee-, spoor- en wegvervoer. De uit de tankers geloste aardolie en aardolieproducten worden in eigen tanks opgeslagen en naar hun bestemming vervoerd. De onderneming is actief op twee met pijpleidingen verbonden locaties: in de productiefaciliteit Lukoil Neftohim Burgas, die eigendom is van de onderneming, en in de haventerminal Rosenets, een overheidsfaciliteit die in 2011 bij besluit van de regering van de Republiek Bulgarije is toegewezen in het kader van een concessieovereenkomst voor diensten. In de periode van 1 januari 2016 tot en met 30 juni 2020 leverde Lukoil Neftohim Burgas AD benzine A-95H, diesel en de overeenkomstige biobrandstoffen voor de export via verschillende contractuele partners.
- 7 In de periode van 1 januari 2016 tot en met 15 december 2020 was Lukoil Europe Holdings B.V. uit Nederland de enige eigenaar van het kapitaal van de vennootschap Lukoil Bulgaria, en na die datum een andere vennootschap van de economische groep Lukoil, namelijk LITASCO SA uit Zwitserland.
- 8 De hoofdactiviteit van Lukoil Bulgaria is de groothandel en de detailhandel in brandstoffen en aardolieproducten, het mengen van minerale brandstoffen met

bio-additieven in olieopslagplaatsen, transport en expeditie. Van 1 januari 2016 tot en met 30 november 2020 bezat Lukoil Bulgaria drie accijnsentrepots op het nationale grondgebied. De productpijpleiding Burgas-Sofia en de bijbehorende aardolieopslagplaatsen zijn erkend als belastingentrepot.

- 9 Op basis van de economische en juridische analyse heeft de KZK in haar besluit nr. 332/04.04.2023 vastgesteld dat de Lukoil-groep artikel 21, punten 2 en 5, ZZK en artikel 102, tweede alinea, onder b), VWEU had geschonden door misbruik te maken van een machtspositie op de markt voor brandstofopslag door importeurs en brandstofproducenten [geen] toegang te verlenen tot haar eigen belastingentrepots, de invoer over zee te beperken door de belastingentrepots die verbonden zijn met de terminals Rosenets en Petrol Varna, te blokkeren en de toegang te weigeren tot de pijpleidingen voor aardolieproducten van de groep voor het transport van brandstoffen van andere producenten en importeurs, waardoor de mededinging kan worden verhinderd, beperkt of vervalst en de belangen van de consument kunnen worden geschaad doordat de invoer van brandstoffen in het land wordt beperkt.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding in verband met de eerste prejudiciële vraag

- 10 Ten behoeve van het onderzoek heeft de KZK een productmarkt gedefinieerd, namelijk de interne markt voor brandstofopslag. Hierna heeft de regelgevende instantie deze markt in twee deelmarkten verdeeld: voor de opslag van brandstof op grond van de ZADS (Zakon za aktsizite i danachnite skladove, wet op de accijnzen en de belastingentrepots) en voor de opslag van brandstof op grond van de ZZNN (Zakon za zapasite ot neft i neftoprodukti, wet op de voorraden aardolie en aardolieproducten). Deze zijn op hun beurt weer onderverdeeld in twee submarkten: dieselopslag en benzineopslag. De KZK heeft een algemene strategie van de Lukoil-groep vastgesteld met het doel misbruik te maken van haar machtspositie op de markt voor brandstofopslag, die de invoer van brandstoffen zou kunnen beperken en aldus de concurrentiedruk op de groothandelsmarkt zou kunnen verminderen, teneinde de leidende positie van de groep op de verticaal verbonden marktniveaus te behouden.
- 11 Bij het onderzoek naar het gedrag van de Lukoil-groep werd een onderscheid gemaakt tussen twee perioden. In de eerste periode bestond er geen wettelijke verplichting voor erkende entrepouthouders om een deel van hun capaciteit ter beschikking te stellen voor gebruik door onafhankelijke derden. Deze periode duurde van het begin van de onderzoeksperiode (1 januari 2016) tot 22 december 2020, de datum waarop de termijn van drie maanden verstreek waarbinnen de entrepouthouders hun activiteiten moesten aanpassen aan de nieuwe eisen die zijn ingevoerd door wijzigingen van de ZADS en PPZADS van juli en september 2020 ter versterking van de controle op de belastingentrepots. Erkende entrepouthouders zijn verplicht om ten minste 15 % van de totale maximale opslagcapaciteit beschikbaar te stellen voor de opslag van energieproducten voor gebruik door

onafhankelijke derden. De tweede periode begon op 23 december 2020; vanaf deze datum waren de entreehouders verplicht om deze vrije capaciteit ter beschikking te stellen voor gebruik door derden.

- 12 De KZK voert een inbreuk aan wegens verschillende soorten misbruik van een machtspositie die een gemeenschappelijk mededingingsverstoring doel dienen. Vanwege de verschillende aard van de infrastructuur in kwestie en de verschillende eigendomsstructuren, die samen leiden tot verschillende soorten gedragingen waarmee de ondernemingen de mededinging beperken, heeft de KZK sommige van deze gedragingen geclassificeerd als een weigering van toegang tot een essentiële faciliteit en andere als een handelsbeperking. De bundeling van deze gedragingen in een algemene strategie rechtvaardigt de kwalificatie ervan als één enkele inbreuk op zowel artikel 21, punt 2, als artikel 21, punt 5, ZZK. De KZK is ervan uitgegaan dat artikel 21, punt 5, ZZK een subcategorie is van artikel 21, punt 2, ZZK en daarom niet als zelfstandig feit in artikel 102 VWEU is opgenomen. In de praktijk van de organen van de Unie worden weigeringen van toegang en andere gedragingen die concurrenten hinderen, hetzij door een „impliciete” weigering (besluit AT.39523 van de Commissie, Slovak Telekom), hetzij door de vernietiging van een essentiële of relevante infrastructuur (arrest van het Gerecht van 18 november 2020, T-814/17, Lietuvos geležinkeliai/Commissie), beschouwd als een handelsbeperking in de zin van artikel 102, tweede alinea, onder b).
- 13 De ondernemingen wijzen erop dat de beweerde weigering van toegang er in de praktijk toe zou leiden dat de eigenaar verplicht zou zijn een derde partij toe te staan zijn eigendom tegen zijn zin te gebruiken (installaties, technische infrastructuurnetwerken, octrooien, intellectuele-eigendomsrechten). Volgens hen is dit een van de meest ernstige inbreuken op het eigendomsrecht en de vrijheid van ondernemerschap. Daarom zijn de bewijsvereisten uiterst streng en moet de overeenkomstige beoordeling met de grootste omzichtigheid gebeuren in vergelijking met alle andere soorten inbreuken op artikel 102 VWEU. In casu hadden de betrokken markten voor de productie en de invoer van brandstoffen (volgens de KZK van benzine en diesel) importvolumes die ver boven het Europese gemiddelde lagen, en behoorden ze tot de hoogste voor benzine. In het geval van dergelijke gegevens over de betrokken markt is een eventuele aantasting van de rechten van de van een inbreuk beschuldigde personen uitzonderlijk [en] ongekend ernstig.
- 14 Het recht op eigendom en de vrijheid van ondernemerschap worden uitdrukkelijk gewaarborgd door de grondwet van de Republiek Bulgarije. Het recht op eigendom wordt ook beschermd door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. De ondernemingen voeren aan dat de voorwaarden in artikel 52, lid 1, van het Handvest geen theoretische bepalingen zonder praktische toepassing zijn, maar in de praktijk moeten worden toegepast bij het onderzoek van het onderhavige geval.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding in verband met de tweede en derde prejudiciële vraag

- 15 Het feit dat de Lukoil-groep in het kader van de privatisering van het staatsbedrijf Neftohim bijna alle opslagplaatsen en pijpleidingen heeft verworven, betekent volgens de KZK dat de bescherming van het algemeen belang bij de ontwikkeling van de mededinging op de brandstofmarkten voorrang heeft op de bescherming van de belangen van de eigenaar van de infrastructuur, aangezien deze niet in de aanleg ervan heeft geïnvesteerd.
- 16 Verzoeksters brengen daartegen in dat de infrastructuur in een zeer slechte toestand van de staat is overgenomen en niet voldoet aan de huidige eisen inzake veiligheid en kwaliteitsbehoud van het vervoerde product. Beide ondernemingen hebben enorme investeringen in de infrastructuur gedaan. Bovendien is een deel van de infrastructuur niet in het kader van de privatisering verworven, maar aangekocht.
- 17 De KZK is van mening dat het grootste deel van de infrastructuur in het kader van de privatisering is verworven en niet is aangelegd door de ondernemingen. De infrastructuur zelf, een verzameling opslagplaatsen en pijpleidingen, is uniek voor het land en het is onmogelijk om deze na de afschaffing van het staatseigendom te dupliceren. Lopende reparaties en onderhoud van de bestaande activa van de groep zijn niet ongebruikelijk bij de activiteiten van elke onderneming die een installatie exploiteert, of het nu een gebouw of een ander type faciliteit is. Het ligt voor de hand dat deze kosten inherent zijn aan het onderhoud van logistieke infrastructuur en installaties en voornamelijk niet alleen betrekking hebben op de investeringsverplichtingen in het kader van de privatiseringsovereenkomsten, maar ook op de beheers- en onderhoudsverplichtingen voor het in concessie gegeven terrein van de haventerminal Rosenets. De KZK concludeert dat de twee omstandigheden die de toepassing van de Bronner-toets uitsluiten, niet cumulatief moeten worden toegepast, maar dat elke afzonderlijke omstandigheid een voldoende reden is om de toets uit te sluiten. De KZK stelt vast dat de toepassing van de Bronner-toets in casu is uitgesloten om de volgende redenen:
- verwerving van met overheidsmiddelen aangelegde infrastructuur – voor de gehele periode van 1 januari 2016 tot en met 31 maart 2021 met betrekking tot bepaalde opslagplaatsen, technische pompstations en met betrekking tot alle pijpleidingen en productpijpleidingen van de groep ondernemingen,
 - bestaan van een wettelijke verplichting om toegang te verlenen – voor de periode van 23 december 2020 tot en met 31 januari 2021 wat bovengenoemde infrastructuur betreft, met uitzondering van de pijpleiding Burgas – Sofia.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 18 Volgens de marktanalyse in het besluit van de KZK is de Lukoil-groep de grootste erkende entepothouder van brandstoffen in het land en beschikt zij over een

unieke transport- en opslaginfrastructuur die haar in staat stelt op te treden als marktleider op de markt voor de groothandel en de detailhandel in brandstoffen. Aangenomen wordt dat de groep van ondernemingen sinds het begin van de controleperiode (1 januari 2016) tot ten minste 31 maart 2021 geen brandstoffen van importeurs heeft aanvaard in de belastingentrepots die zij exploiteert. Dit betekent dat de importeurs geen toegang kregen tot ontvangst van brandstoffen uit invoer/intracommunautaire verwerving voor de doeleinden van de ZADS, en dat in de gevallen waarin diensten voor de opslag van noodvoorraden werden verricht, de brandstofvolumes werden aangekocht van Lukoil Bulgaria. Bovendien zijn in de betrokken periode in de haventerminal Rosenets geen goederen gelost (geleverd) met een ontvanger die geen deel uitmaakt van de Lukoil-groep. Aangenomen wordt dat is aangetoond dat er voldoende vrije capaciteit in het belastingentrepot aanwezig is, hetgeen een voorwaarde is voor de invoer/intracommunautaire verwerving van brandstoffen.

- 19 In haar besluit heeft de KZK de twee inbreuken samen beschouwd, zonder voor elke inbreuk de relevante markt en de betrokken markt vast te stellen.
- 20 Overeenkomstig artikel 41 van het Handvest is het recht op behoorlijk bestuur een grondrecht van rechtssubjecten. De toekenning van een subsidie is een rechtstreekse toepassing van het Unierecht en houdt in dat de voor de toepasselijkheid van het recht bevoegde nationale autoriteiten artikel 41 van het Handvest in acht moeten nemen. Deze bepaling weerspiegelt een algemeen beginsel van het Unierecht waarvan het Hof in zijn rechtspraak steeds de naleving heeft geëist omdat het een element van de rechten van verdediging is (arresten van 18 december 2008, *Sopropé*, C-349/07, EU:C:2008:746, punt 37, en 1 oktober 2009, *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Raad*, C-141/08 P, EU:C:2009:598, punt 83). Het Hof heeft het recht van rechtspersonen om vóór de vaststelling van een voor hen bezwarende handeling te worden gehoord, erkend als algemene regel van het Unierecht, ongeacht of dit recht uitdrukkelijk is neergelegd in de voor de betrokken rechtsverhouding relevante handeling van de Europese Unie. Het Hof heeft vastgesteld dat „deze verplichting [...] op de administratieve overheden van de lidstaten [rust] wanneer zij besluiten nemen die binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallen, ook al voorziet de toepasselijke communautaire wetgeving niet uitdrukkelijk in een dergelijke formaliteit” (arresten van 18 december 2008, *Sopropé*, C-349/07, EU:C:2008:746, punt 38, en 1 oktober 2009, *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Raad*, C-141/08 P, EU:C:2009:598, punt 83).
- 21 Volgens artikel 47, eerste alinea, van het Handvest heeft eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden. In deze context rijst de vraag of het gewaarborgde recht van verdediging van de als inbreukmakers betrokken personen al dan niet wordt geschonden door het feit dat twee inbreuken op grond van artikel 21, punten 2 en 5, ZZK worden aangevoerd zonder dat de relevante markten en alle omstandigheden die relevant zijn voor de respectieve inbreuk, zijn onderzocht met

betrekking tot elk van de afzonderlijke geformuleerde inbreuken. Deze vraag is ook van belang gelet op het feit dat de vaststelling van een inbreuk bestaande in een leveringsweigering in voldoende mate afbreuk doet aan het eigendomsrecht en de vrijheid van ondernemerschap van de betrokkene, zoals gewaarborgd door de grondwet van de Republiek Bulgarije en het Handvest.

- 22 De aangezochte rechter moet ambtshalve nagaan of de administratieve autoriteit bij de vaststelling van de litigieuze bestuurshandeling waarbij een financiële correctie is vastgesteld, alle administratieve procedureregels in acht heeft genomen. Voor een juiste beslechting van het onderhavige geding moet worden onderzocht of de mededingingsautoriteit voor elke inbreuk uitdrukkelijk, duidelijk en ondubbelzinnig de relevante markt, de betrokken markt, de specifieke onrechtmatige handelingen die ertoe strekken de mededinging te verstoren, de mededingingsverstorende gevolgen en alle andere relevante omstandigheden voor elke individuele inbreuk op artikel 21, lid 1, punten 2 en 5, ZZK/artikel 102 VWEU had moeten afbakenen, te weten: a) leveringsweigering en b) beperking van de productie, de afzet en de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers. Om deze redenen stelt de rechter de eerste prejudiciële vraag.
- 23 Ter ondersteuning van de tweede vraag wijst de verwijzende rechter erop dat een van de belangrijkste elementen van een inbreuk op artikel 21, punt 5, ZZK erin bestaat dat de twee ondernemingen de toegang tot hun essentiële infrastructuur hebben geweigerd. Tijdens de eerste periode van de gestelde inbreuken, van 1 januari 2016 tot en met 22 december 2020, bestond er onbetwistbaar geen wettelijke verplichting voor de eigenaren van erkende accijnsentrepots om een deel van hun capaciteit ter beschikking te stellen van hun concurrenten. Om die reden heeft de KZK vastgesteld dat er sprake was van een zogenoemde „impliciete weigering” van de zijde van de ondernemingen om derden toegang te verlenen.
- 24 In haar besluit stelt de KZK zich op het standpunt dat de Bronner-criteria niet van toepassing zijn indien de infrastructuur in kwestie niet wordt gefinancierd door eigen investeringen van de onderneming met een machtspositie maar (zoals hier het geval is) met overheidsmiddelen, en indien de onderneming in kwestie geen eigenaar is van deze infrastructuur maar deze gebruikt in het kader van een concessie- of huurovereenkomst. Deze criteria zijn bedoeld om te worden toegepast wanneer het gaat om de weigering van toegang tot infrastructuur die eigendom is van de onderneming met een machtspositie en die zij met eigen investeringen voor haar eigen activiteiten heeft ontwikkeld.
- 25 In de praktijk van de Europese Commissie en de rechtspraak wordt een beroep gedaan op de Bronner-toets om te beoordelen of er sprake is van schending van de mededingingsregels in het geval van een leveringsweigering door een onderneming met een machtspositie. Deze toets omvat de volgende specifieke cumulatieve elementen: de weigering is van dien aard dat elke mededinging op de betrokken markt door de aanvrager van de levering wordt uitgeschakeld; de weigering kan niet objectief worden gerechtvaardigd (objectively justified); de

dienst/het product waartoe de toegang wordt geweigerd, is onontbeerlijk voor de uitoefening van de activiteit van de aanvrager van de levering (indispensable), aangezien er geen reëel of potentieel alternatief bestaat. De eerste en belangrijkste voorwaarde is derhalve dat de essentiële infrastructuur (essential facility) aanwezig moet zijn en door de monopoliehouder moet worden gecontroleerd en dat de toegang tot deze infrastructuur onontbeerlijk moet zijn voor de mogelijkheid van marktdeelnemers om met de monopoliehouder te concurreren.

- 26 In het onderhavige geval zal, gelet op de uitzonderlijke omstandigheden (privatisering en concessie) die verband houden met de verwerving en het gebruik van de gehele infrastructuur door de Lukoil-groep, ook rekening worden gehouden met de bijzonderheden van de privatiseringsovereenkomst die in het kader van een bepaalde administratieve procedure is gesloten, rekening houdend met het openbaar belang. Daarom bevatten privatiseringsovereenkomsten vaak andere verplichtingen dan die welke typisch zijn voor een civielrechtelijke en commerciële verkoopovereenkomst. Het gaat met name om verplichtingen die voor de koper verder gaan dan de verplichting om de aankoopprijs te betalen, zoals de verplichting om investeringen te doen, bestaande banen in stand te houden en nieuwe te creëren, milieumaatregelen uit te voeren, het doel van de activiteit gedurende een in de overeenkomst bepaalde periode te behouden, alsmede een tijdelijk verbod om de onderneming of onderdelen daarvan over te dragen, enz. Wanneer een privatiseringsovereenkomst investeringen vereist, worden deze strikt gedefinieerd op basis van de aard, het bedrag en de duur ervan en zijn zij niet het resultaat van een prikkel voor de onderneming die staats eigendom verkrijgt. Aangezien de infrastructuur van de onderneming in dit geval is verworven in het kader van de privatisering van het staatsbedrijf Neftohim, zij eraan herinnerd dat de transport- en logistieke infrastructuur van de groep door de staat is aangelegd met overheidsmiddelen. Na de privatisering van het staatsbedrijf Neftohim werd de infrastructuur eigendom van de Lukoil-groep. Volgens de KZK maakt deze omstandigheid de toepassing van de Bronner-toets evenwel niet noodzakelijk, aangezien er in casu geen sprake is van economische prikkels voor investeringen, waarvan de bescherming voorrang heeft op het algemeen belang bij een onvervalste mededinging.
- 27 De KZK heeft vastgesteld dat de toepassing van de Bronner-toets om twee redenen uitgesloten is: a) wegens niet-nakoming door de onderneming met een machtspositie van een wettelijke verplichting om toegang tot haar infrastructuur/dienst te verlenen ([een verplichting die] kenmerkend is voor een wettelijk monopolie of voortvloeit uit een eerder staatsmonopolie); en/of b) de onderneming met een machtspositie heeft niet geïnvesteerd in de aanleg van de infrastructuur, aangezien deze uitsluitend met overheidsmiddelen is aangelegd en ontwikkeld. De eerste reden is niet het voorwerp van het verzoek om een prejudiciële beslissing omdat, zoals hierboven uiteengezet, er geen wettelijke verplichting bestond voor de onderneming met een machtspositie voor de periode van 1 januari 2016 tot en met 22 december 2020.

- 28 De KZK gaat ervan uit dat de Bronner-toets niet van toepassing is indien de onderneming met een machtspositie een essentiële infrastructuur van de staat heeft ontvangen en de gedane investeringen niet opwegen tegen het algemeen belang.
- 29 De ondernemingen waaraan de inbreuken worden verweten, hebben zich daartegen verzet door erop te wijzen dat zij sinds de sluiting van de privatiseringsovereenkomsten aanzienlijke investeringen in de ondernemingen hebben gedaan en dat bewijzen van investeringen in de essentiële infrastructuur van verzoeksters zijn verzameld.
- 30 De wezenlijke vraag om te kunnen concluderen dat de Bronner-toets niet van toepassing is wanneer de onderneming met een machtspositie een essentiële infrastructuur van de staat heeft verworven (privatisering en concessie) is of ook andere omstandigheden – zoals de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de privatiseringsovereenkomst, het bedrag van de investering en de vraag of de investering op eigen initiatief dan wel in verband met de uitvoering van de investeringsovereenkomst is gedaan – in aanmerking moeten worden genomen.
- 31 De conclusie van advocaat-generaal Rantos van 7 juli 2022 in de zaak Lietuvos geležinkeliai/Commissie, C-42/21 P, EU:C:2022:537, geeft geen antwoord op deze vragen. Advocaat-generaal Rantos geeft daarin een overzicht van de rechtspraak inzake de toegangswegering en de toepassing van de Bronner-toets. In de #punten 64 en 65 worden de doelstellingen van de Bronner-toets besproken die de basisnorm is voor de beoordeling van de verplichting van een onderneming om toegang te verlenen tot „door haar opgebouwde infrastructuur voor eigen doeleinden”, ter bescherming van „de aanvankelijke prikkel voor deze onderneming om een dergelijke infrastructuur te realiseren”. Bij de analyse van de doelstellingen van de Bronner-toets stelt advocaat-generaal Rantos dat „de in [het arrest Bronner] geformuleerde criteria van toepassing zijn op infrastructuur die eigendom is van de onderneming met een machtspositie en waarin zij in beginsel zelf heeft geïnvesteerd”. In het onderhavige geval gaat de KZK ervan uit dat, omgekeerd, uit de conclusie van advocaat-generaal Rantos volgt dat de Bronner-criteria niet van toepassing zijn, aangezien de investeringen van de onderneming met een machtspositie niet uit eigen middelen zijn gedaan. Tegelijkertijd werd het besluit van de KZK ondertekend met de bijzondere stemmen van twee van haar leden, die in hun motivering ook verwezen naar het arrest van 12 januari 2023, Lietuvos geležinkeliai/Commissie, C-42/21 P, EU:C:2023:12, waarin volgens hen werd vastgesteld dat de inbreuk geen weigering van toegang was, maar een heel andere inbreuk.
- 32 De KZK heeft dezelfde redenering gebruikt om de toepassing van de Bronner-toets af te wijzen met betrekking tot de essentiële infrastructuur die in de betrokken periode door middel van een concessie is verworven.
- 33 Volgens artikel 6 APK (Administratīvo procesu kodeks, wetboek bestuursprocesrecht) moet het evenredigheidsbeginsel worden toegepast als de openbare en particuliere belangen vergelijkbaar zijn.

- 34 De Europese Commissie en het Hof van Justitie hebben geoordeeld dat de leveringsweigering een uitzonderlijke maatregel is die de rechten van de betrokkenen het meest aantast. De belangrijkste omstandigheid bij de beoordeling is het belang van de consument. Anderzijds moeten ook de belangen van de eigenaren van essentiële infrastructuur worden beoordeeld in het licht van de eerbiediging van het eigendomsrecht en de bevordering van de vrijheid van ondernemerschap, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel. De zaak Bronner is een mijlpaal in de ontwikkeling van het Europese begrip van de leveringsweigering. In dit arrest zijn de voorwaarden vastgesteld waaronder aan een onderneming met een machtspositie tegen haar zin een contracteerplicht kan worden opgelegd. Per saldo heeft het Hof echter geen leveringsweigering vastgesteld.
- 35 Aangezien de KZK de Bronner-toets niet heeft toegepast op de vermeende inbreuk op artikel 102 VWEU bestaande in een leveringsweigering (refusal to supply), door te oordelen dat de toepassing van deze toets was uitgesloten omdat de essentiële infrastructuur van de onderneming met een machtspositie met overheidsmiddelen of via een concessie was verworven, moet in casu worden onderzocht of in alle gevallen waarin de onderneming met een machtspositie overheidsmiddelen heeft ontvangen voor de essentiële infrastructuur of deze heeft verworven op basis van een concessie, de toepassing van de Bronner-toets is uitgesloten dan wel of een beoordeling vereist is van het bedrag van de investeringen, de uitvoering van de privatiseringsovereenkomst of de concessie (op basis waarvan de essentiële infrastructuur werd verworven) alsmede van de vraag of de investering werd gedaan in verband met de uitvoering van de investeringsovereenkomst/concessie of op eigen initiatief.
- 36 De derde vraag wordt gesteld tegen de achtergrond van punt 75 van de richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten bij de toepassing van artikel [102 VWEU] op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (hoofdstuk [IV.] D. Weigering tot levering en marginsqueeze): „[...] Het feit dat ondernemingen met een machtspositie, of ondernemingen die voorzien dat zij een machtspositie zullen krijgen, weten dat zij mogelijk verplicht zullen zijn tegen hun zin te leveren, kan hen ertoe brengen, in de betrokken activiteit niet of minder te investeren. Ook kunnen concurrenten in de verleiding komen mee te liften op investeringen die de onderneming met een machtspositie heeft uitgevoerd, in plaats van zelf te investeren. Geen van deze gevolgen zou op de lange termijn in het belang van de gebruikers zijn.”