

Processo C-245/24**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

5 de abril de 2024

Órgão jurisdicional de reenvio:

Administrativen sad Sofia-oblast (Tribunal Administrativo da cidade de Sófia, Bulgária)

Data da decisão de reenvio:

5 de abril de 2024

Recorrentes:

«LUKOIL Bulgaria» EOOD

«LUKOIL Neftohim Burgas» AD

Recorrida:

Komisia za zashtita na konkurentsia (Comissão de Proteção da Concorrência)

Objeto do processo principal

Recurso interposto pela «LUKOIL Bulgaria» EOOD (a seguir «Lukoil Bulgaria») e pela «LUKOIL Neftohim Burgas» AD (a seguir «Lukoil Neftohim Burgas») da Decisão n.º 332/04.04.2023 da Komisia za zashtita na konkurentsia (Comissão de Proteção da Concorrência, a seguir «KZK»), que declarou a existência de uma infração ao artigo 21.º, n.ºs 2 e 5, da Zakon za zashtita na konkurentsia (Lei relativa à Proteção da Concorrência) e ao artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea b), TFUE e aplicou uma sanção pecuniária.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do direito da União ao abrigo do artigo 267.º TFUE

Questões prejudiciais

1. No caso de a autoridade nacional da concorrência ter identificado diferentes tipos de comportamento, tendo uns sido qualificados de recusa de acesso a uma infraestrutura essencial e outros de restrição ao comércio, mas que foram agregados numa estratégia global da empresa, é admissível declarar a existência de uma infração única ao artigo 102.º TFUE ou devem ser declaradas infrações separadas, qualificadas de recusa de acesso a uma infraestrutura essencial e de restrição ao comércio?

2. Deve a autoridade da concorrência excluir a aplicação do teste Bronner em relação à alegada infração ao artigo 102.º TFUE sob a forma de recusa de fornecimento (*refusal to supply*), em todos os casos em que a empresa em posição dominante tenha recebido (com base num contrato de privatização/numa concessão) financiamento público no que se refere à infraestrutura essencial (*essential facility*), ou é necessário avaliar o montante do investimento, a execução do contrato de privatização/da concessão (com base no qual a infraestrutura essencial foi adquirida) e a questão de saber se o investimento foi realizado no âmbito da execução do contrato de investimento/da concessão ou por sua própria iniciativa?

2.1 Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, o respeito do princípio da proporcionalidade, previsto nos termos do [n.º 75 da] Orientação para aplicação do artigo 102.º [...] TFUE (secção [«IV.»] [D. Recusa de fornecimento e compressão de margens]) está assegurado, tendo em devida conta os interesses da empresa em posição dominante, no caso da aplicação de critérios restritivos estabelecidos com base no princípio do «absolutamente indispensável» para a manutenção da concorrência, quando a empresa em posição dominante tenha investido na infraestrutura essencial (*essential facility*)?

Disposições de direito da União invocadas e jurisprudência da União

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir «TFUE»), em especial artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea b) e artigo 267.º

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), em especial artigo 41.º e artigo 47.º

Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101.º] e [102.º] do Tratado, em especial artigo 3.º e artigo 27.º

Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo [102.º TFUE] a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, em especial n.ºs 13 a 15, 75, 82 [2009/C 45/02]

Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03)

Decisão da Comissão, de 15 de outubro de 2014, AT.39523 Slovak Telekom

Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569

Acórdão do Tribunal Geral de 18 de novembro de 2020, Lietuvos geležinkeliai/Comissão, T-814/17, EU:T:2020:545

Conclusões do advogado-geral A. Rantos, de 7 de julho de 2022, no processo Lietuvos geležinkeliai/Comissão, C-42/21 P, EU:C:2022:537

Acórdão de 12 de janeiro de 2023, Lietuvos geležinkeliai/Comissão, C-42/21 P, EU:C:2023:12

Acórdão de 18 de dezembro de 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746

Acórdão de 1 de outubro de 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conselho, C-141/08 P, EU:C:2009:598

Disposições de direito nacional invocadas

Konstitutsia na Republika Bulgaria (Constituição da República da Bulgária), em especial artigo 17.º e artigo 18.º

Administrativnoprotsesualen kodeks (Código de Processo Administrativo, a seguir «APK»), em especial artigo 6.º e artigo 168.º

Zakon za zashtita na konkurentsia (Lei relativa à Proteção da Concorrência, a seguir «ZZK»), em especial artigo 8.º, artigo 20.º e artigo 21.º, n.ºs 2 e 5

Zakon za danak varhu dobavenata stoynost (Lei do Imposto sobre o Valor Acrescentado, a seguir «ZDDS»), em especial artigo 13.º e artigo 16.º

Zakon za aktsizite i danachnite skladove (Lei relativa aos Impostos Especiais de Consumo e aos Entrepósitos Fiscais, a seguir «ZADS»)

Pravilnik za prilagane na Zakona za aktsizite i danachnite skladove (Regulamento de Aplicação da Lei relativa aos Impostos Especiais de Consumo e aos Entrepósitos Fiscais, a seguir «PPZADS»)

Zakon za zapasite ot neft i neftoprodukti (Lei relativa às Reservas de Petróleo e de Produtos Petrolíferos, a seguir «ZZNN»)

Metodika za izvurshvane na prouchvane i opredelyane na pazarnoto polozhenie na predpriatiata na saotvetnia pazar (Metodologia para realização de um estudo de

mercado e determinação da posição das empresas no mercado relevante), adotada pela Decisão da KZK n.º 393/21.04.2009.

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 Em conformidade com a Decisão da KZK n.º 268/16.04.2020, a KZK deu início a um processo, registado sob o número KZK-255/2020, para identificar eventuais infrações ao artigo 15.º e ao artigo 21.º da ZZK e/ou ao artigo 101.º e do artigo 102.º TFUE na fixação dos preços dos combustíveis comuns ao longo da cadeia de produção/importação-armazenagem-grossista-retalhista, tanto a nível horizontal individual como vertical, cometidas por onze empresas (entre as quais a Lukoil Neftohim Burgas e a Lukoil Bulgaria), tendo esse processo sido instaurado com base numa notificação do Varhovna administrativna prokuratura (Ministério Público junto do Supremo Tribunal Administrativo, a seguir «VAP») relativa ao desfasamento entre a descida significativa do preço mundial do petróleo bruto (47,4 %) em março de 2020 e a descida dos preços de venda a retalho dos combustíveis no país (cerca de 11 %) no mesmo período. O VAP apresenta ainda dados sobre os preços médios dos combustíveis colocados no mercado a partir de entrepostos fiscais, incluindo o imposto especial de consumo e o IVA, bem como um relatório de um cidadão que alega que, dada a descida dos preços do petróleo bruto no mercado mundial, houve especulação nos preços dos combustíveis no país.
- 2 De acordo com uma análise de mercado da Agentsia «Mitnitsi» (Agência Aduaneira), os preços médios diários da gasolina e do gasóleo diminuíram em média 0,07 BGN ou 4,5 % no período compreendido entre 30 de março e 5 de abril de 2020. Os preços dos combustíveis nos pontos de venda a retalho (postos de abastecimento) reagiram à variação do preço do petróleo bruto na bolsa uma semana depois (por volta de 12 de março de 2020). Esta análise demonstra ainda que, nas duas últimas semanas de março e na primeira semana de abril de 2020, quando se verificou uma descida gradual do preço dos produtos energéticos no país, todas as principais cadeias retalhistas de combustíveis reagiram.
- 3 O inquérito realizado no âmbito do processo levado a cabo pela KZK teve por objeto o comportamento da Lukoil Neftohim Burgas e da Lukoil Bulgaria no que respeita à restrição do acesso aos entrepostos fiscais e às infraestruturas de transporte, [comportamento] suscetível de restringir a importação de combustíveis para o país.
- 4 A partir de 10 de dezembro de 2018, o capital da Lukoil Neftohim Burgas foi dividido em 99 397 192 ações, das quais 89,97 % são detidas pela Lukoil Europe Holdings B.V. e 9,88 % pela PAO Lukoil. A empresa dominante é a PAO Neftianaia kompania LUKOIL [na] Federação Russa. As ações dividem-se em duas categorias: categoria A – uma ação detida pela República da Bulgária e que lhe confere direitos especiais, e categoria B – as restantes ações. A assembleia geral da empresa não pode, sem o consentimento prévio por escrito do Estado, na

qualidade de titular das ação da categoria A, adotar resoluções sobre a cessação ou restrição substancial da refinação de petróleo ou da produção de combustíveis ou negar o acesso a instalações portuárias e a condutas de transporte de produtos contra pagamento de uma retribuição adequada em relação a: a) autoridades públicas, no exercício das funções que lhes incumbem por lei, no que respeita às quantidades por elas comunicadas de acordo com um calendário previamente estabelecido b) empresas ou organismos designados por decisão do Governo da República da Bulgária ou de uma autoridade por ele expressamente designada, se:

- tal estiver dentro da capacidade livre da conduta de transporte de produtos,
- as possibilidades técnicas da conduta de transporte de produtos o permitirem e
- a atividade normal de produção da empresa não for prejudicada.

- 5 Na sequência da privatização da empresa estatal Neftohim EAD no final do século XX e início do século XXI, a Lukoil Neftohim Burgas adquiriu quase todos os seus depósitos de petróleo e infraestruturas de oleodutos conexas. As infraestruturas de transporte e de logística do grupo de empresas foram construídas pelo Estado com fundos públicos na década de 1970 e são únicas no país e na região. Estas infraestruturas permitem o transporte de combustíveis da costa do Mar Negro para a capital, bem como o armazenamento e o transporte de combustíveis dos depósitos de petróleo para as maiores cidades do país (Burgas, Stara Zagora, Plovdiv, Sófia). Após a privatização da empresa estatal Neftohim, estas infraestruturas tornaram-se propriedade do grupo de empresas Lukoil (a seguir «Grupo Lukoil»).
- 6 A empresa Lukoil Neftohim Burgas é, com a sua própria refinaria para o processamento primário de petróleo, o mais importante produtor de produtos petrolíferos do país. A empresa importa petróleo bruto e fuelóleo, transforma e produz produtos petrolíferos, vende-os no mercado nacional e exporta produtos petrolíferos (comércio grossista, incluindo fornecimentos intracomunitários). A empresa dispõe de terminais de transporte marítimo, ferroviário e rodoviário. O petróleo bruto e os produtos petrolíferos descarregados dos petroleiros são depositados nos seus próprios tanques e transportados para os seus destinos. A empresa opera em dois locais ligados por oleodutos: na unidade de produção da Lukoil Neftohim Burgas, que é propriedade da empresa, e no terminal portuário de Rosenets, uma instalação estatal objeto de concessão por decisão do Governo da República da Bulgária, em 2011, ao abrigo de um contrato de concessão de serviços. No período compreendido entre 1 de janeiro de 2016 e 30 de junho de 2020, a Lukoil Neftohim Burgas AD forneceu gasolina A-95H, gasóleo e os biocombustíveis correspondentes para exportação através de vários parceiros contratuais.
- 7 No período compreendido entre 1 de janeiro de 2016 e 15 de dezembro de 2016, a Lukoil Europe Holdings B.V., dos Países Baixos, era a única proprietária do capital da empresa Lukoil Bulgaria, à qual se juntou, após essa data, outra empresa do grupo económico Lukoil, a saber, a LITASCO SA, da Suíça.

- 8 As principais atividades da Lukoil Bulgaria incluem o comércio por grosso e a retalho de combustíveis e produtos petrolíferos, a mistura de combustíveis minerais com bioaditivos em depósitos de abastecimento de petróleo e atividades de transporte e expedição. De 1 de janeiro de 2016 a 30 de novembro de 2020, a Lukoil Bulgaria possuía três entrepostos fiscais no país. A conduta de transporte de produtos Burgas-Sófia e os depósitos de petróleo conexos estão autorizados como entreposto fiscal.
- 9 Com base na análise económica e jurídica efetuada, a KZK concluiu, na sua decisão n.º 332/04.04.2023, que o Grupo Lukoil cometeu uma infração ao artigo 21.º, n.ºs 2 e 5, da ZZK e ao artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea b), TFUE, a qual consistiu num abuso de posição dominante no mercado do armazenamento de combustíveis ao [não] conceder aos importadores e produtores de combustíveis o acesso aos seus próprios entrepostos fiscais, ao restringir as importações por via marítima, ao bloquear os entrepostos fiscais ligados aos terminais de Rosenets e de Petrol Varna, e ao recusar o acesso aos oleodutos do grupo para o transporte de combustíveis de outros produtores e importadores, o que era suscetível de impedir, restringir ou falsear a concorrência e prejudicar os interesses dos consumidores, restringindo a importação de combustíveis para o país.

Argumentos essenciais das partes no processo principal relativamente à primeira questão prejudicial

- 10 Para efeitos do inquérito, a KZK definiu um mercado do produto, nomeadamente o mercado interno do armazenamento de combustíveis. Posteriormente, a autoridade reguladora dividiu este mercado em dois submercados: para o armazenamento de combustível ao abrigo da ZADS (Zakon za aktsizite i danachnite skladove, Lei relativa aos impostos especiais de consumo e aos entrepostos fiscais) e para o armazenamento de combustível ao abrigo da ZZNN (Zakon za zapasite ot neft i neftoprodukti, Lei relativa às reservas de petróleo e de produtos petrolíferos). Estes mercados estão, por sua vez, divididos em dois outros submercados: armazenamento de gasóleo e armazenamento de gasolina. A KZK considerou que o Grupo Lukoil tinha adotado uma estratégia global de abuso da sua posição dominante no mercado de armazenamento de combustível, suscetível de restringir as importações de combustível e, assim, reduzir a pressão concorrencial no mercado grossista, a fim de manter a posição de liderança do grupo de empresas nos níveis de mercado verticalmente relacionados.
- 11 Na análise do comportamento do Grupo Lukoil, distinguiram-se dois períodos. No primeiro período, não existia qualquer obrigação legal de os depositários autorizados disponibilizarem uma parte da sua capacidade para utilização por terceiros independentes. Este período decorreu entre o início do inquérito (1 de janeiro de 2016) e 22 de dezembro de 2020, data em que terminou o prazo de três meses para os depositários adaptarem a sua atividade às novas exigências introduzidas pelas alterações à ZADS e à PPZADS de julho e setembro de 2020,

que visam reforçar o controlo dos entrepostos fiscais. Os depositários autorizados são obrigados a disponibilizar pelo menos 15 % da capacidade máxima total de armazenamento de produtos energéticos para utilização por terceiros independentes. O segundo período teve início em 23 de dezembro de 2020; a partir desta data, os depositários foram obrigados a disponibilizar esta capacidade livre para utilização por terceiros.

- 12 A KZK alega uma infração através de vários tipos de abuso de posição dominante com um objetivo anticoncorrencial comum. Tendo em conta a natureza diferente da infraestrutura em causa e as diferentes estruturas de propriedade, que, no seu conjunto, conduzem a diferentes tipos de comportamento através dos quais as empresas adversárias restringem a concorrência, a KZK classificou alguns deles como uma recusa de acesso a uma infraestrutura essencial e outros como uma restrição ao comércio. O agrupamento destes comportamentos numa estratégia global justifica a sua classificação como uma infração única ao artigo 21.º, n.º 2, e ao artigo 21.º, n.º 5, da ZZK. A KZK partiu do princípio de que o artigo 21.º, n.º 5, da ZZK é um subcaso do artigo 21.º, n.º 2, da ZZK e, por conseguinte, não está enumerado como uma infração autónoma no artigo 102.º TFUE. Na prática europeia, as recusas de acesso e outros comportamentos que prejudicam os concorrentes, quer através de uma recusa «construtiva» (Decisão AT.39523 da Comissão, Slovak Telekom), quer através da destruição de uma infraestrutura essencial ou fundamental (Acórdão do Tribunal Geral de 18 de novembro de 2020, T-814/17, Lietuvos geležinkeliai/Comissão), são qualificados de restrição ao comércio na aceção do artigo 102.º, alínea b), TFUE.
- 13 As empresas salientam que, na prática, a alegada recusa de acesso teria como consequência o facto de o proprietário ser obrigado a permitir que um terceiro utilizasse os seus bens contra a sua vontade (instalações, redes de infraestruturas técnicas, patentes, direitos de propriedade intelectual). Trata-se de uma das mais graves violações do direito de propriedade e do direito à liberdade de empresa. Por conseguinte, as exigências em matéria de prova são extremamente rigorosas e a apreciação correspondente deve ser efetuada com a maior prudência comparativamente a todos os outros tipos de infrações ao artigo 102.º TFUE. No caso em apreço, os mercados relevantes para a produção e importação de combustíveis (segundo a KZK, de gasolina e de gasóleo) apresentaram volumes de importação muito acima da média europeia, sendo que a gasolina se encontra entre os mais elevados. Perante tais dados relativos ao mercado relevante, qualquer ingerência nos direitos das pessoas acusadas de infração será excepcional [e] de uma gravidade sem precedentes.
- 14 O direito de propriedade e o direito à liberdade de empresa são expressamente garantidos pela Constituição da República da Bulgária. O direito de propriedade é igualmente protegido pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Ora, as condições impostas pelo artigo 52.º, n.º 1, da Carta não são disposições teóricas sem aplicação prática, devendo antes ser aplicadas na prática aquando da análise do presente caso.

Argumentos essenciais das partes no processo principal relativamente à segunda e terceira questões prejudiciais

- 15 O facto de o Grupo Lukoil ter adquirido quase todos os depósitos e oleodutos na sequência da privatização da empresa pública Neftohim significa, segundo a KZK, que a proteção do interesse público no desenvolvimento da concorrência nos mercados de combustíveis prevalece sobre a proteção dos interesses do proprietário da infraestrutura, uma vez que este último não investiu na sua construção.
- 16 As recorrentes alegam que a infraestrutura foi adquirida ao Estado em muito mau estado e não satisfazia as exigências atuais em matéria de segurança e de manutenção da qualidade do produto transportado. Ambas as empresas fizeram enormes investimentos em infraestruturas. Além disso, uma parte das infraestruturas não foi adquirida no âmbito da privatização, tendo antes sido comprada.
- 17 A KZK considera que a maioria das infraestruturas foi adquirida na sequência da privatização e não foi construída pelas empresas recorrentes. A infraestrutura em si, um conjunto de entrepostos e oleodutos, é única no país e a sua duplicação após a abolição da propriedade estatal é impossível. As reparações correntes e a manutenção dos ativos existentes do grupo de empresas não são invulgares na atividade de qualquer empresa que explore uma instalação, seja ela um edifício ou qualquer outro tipo de construção. É evidente que estes custos são inerentes à manutenção das infraestruturas e instalações logísticas e dizem respeito, predominantemente, não só às obrigações de investimento previstas nos acordos de privatização, mas também às obrigações de gestão e manutenção do local concessionado do terminal portuário de Rosenets. A KZK conclui que as duas circunstâncias que excluem a utilização do teste Bronner não devem ser aplicadas cumulativamente, mas cada circunstância individual constitui uma razão suficiente para excluir o teste. A KZK declara que a aplicação do teste Bronner está excluída no caso em apreço pelas seguintes razões:
- Aquisição de infraestruturas construídas com fundos públicos – relativamente a todo o período compreendido entre 1 de janeiro de 2016 e 31 de março de 2021, no que se refere a determinados entrepostos, estações técnicas de bombagem, bem como a todos os oleodutos e condutas de transporte de produtos do grupo de empresas,
 - Existência de uma obrigação legal de concessão de acesso – relativamente ao período compreendido entre 23 de dezembro de 2020 a 31 de janeiro de 2021, no que se refere à infraestrutura acima referida, com exceção da conduta de transporte de produtos de Burgas – Sófia.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 18 Em conformidade com a análise de mercado constante da decisão da KZK, o Grupo Lukoil é o maior depositário autorizado de combustíveis no país e possui uma infraestrutura de transporte e armazenamento única que lhe permite atuar como líder de mercado no comércio grossista e retalhista de combustíveis. Parte-se do princípio de que o grupo de empresas não recolheu quaisquer combustíveis provenientes de importadores nos entrepostos fiscais que explora desde o início do período de auditoria (1 de janeiro de 2016) até, pelo menos, 31 de março de 2021. Tal significa que não foi concedido acesso aos importadores para recolherem combustível proveniente de importações/aquisições intracomunitárias para efeitos da ZADS e que, nos casos em que foram prestados serviços de armazenagem de emergência, os volumes de combustível foram adquiridos pela Lukoil Bulgaria. Além disso, durante o período em questão, não foi descarregada (entregue) qualquer mercadoria no terminal portuário de Rosenets a um destinatário não pertencente ao Grupo Lukoil. Considera-se que foi comprovada a existência de uma capacidade livre suficiente no entreposto fiscal, o que constitui uma condição prévia para a importação/aquisição intracomunitária de combustíveis.
- 19 Na sua decisão, a KZK analisou as duas infrações em conjunto, sem identificar o mercado relevante e o mercado em causa em relação a cada infração.
- 20 Nos termos do artigo 41.º da Carta, o direito a uma boa administração é um direito fundamental das pessoas. A concessão de uma subvenção é uma aplicação direta do direito da UE e significa que as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da lei são obrigadas a respeitar o artigo 41.º da Carta. Esta disposição reflete um princípio geral do direito da União, cujo respeito o Tribunal de Justiça sempre exigiu na sua jurisprudência, uma vez que faz parte dos direitos de defesa (Acórdãos de 18 de dezembro de 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, n.º 37, e de 1 de outubro de 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conselho, C-141/08R, EU:C:2009:598, n.º 83). O Tribunal de Justiça reconheceu o direito das pessoas coletivas a serem ouvidas antes da adoção de um ato que as afete negativamente como uma regra geral do direito da União, independentemente de esse direito estar expressamente previsto no ato da União aplicável à relação jurídica em causa. O Tribunal de Justiça declarou que «[e]sta obrigação incumbe às Administrações dos Estados-Membros, sempre que estas tomem decisões que entram no campo de aplicação do direito comunitário, mesmo que a legislação comunitária aplicável não preveja expressamente essa formalidade» (Acórdãos de 18 de dezembro de 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, n.º 38, e de 1 de outubro de 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conselho, C-141/08R, EU:C:2009:598, n.º 83).
- 21 O artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta prevê que qualquer pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo. Neste contexto, coloca-se a questão de saber se o direito de defesa garantido às

pessoas envolvidas enquanto infratores não é violado pelo facto de serem invocadas duas infrações ao abrigo do artigo 21.º, n.ºs 2 e 5, da ZZK, sem que os mercados relevantes e todas as circunstâncias pertinentes em relação a cada uma das infrações individuais formuladas tenham sido examinados. Esta questão é igualmente importante na medida em que a constatação de uma infração sob a forma de recusa de fornecimento compromete de forma bastante extensa o direito de propriedade e o direito à liberdade de empresa do interessado, garantidos pela Constituição da República da Bulgária e pela Carta.

- 22 A secção, na qual o recurso foi interposto, deve examinar oficiosamente se a autoridade administrativa respeitou todas as regras processuais de direito administrativo ao adotar o ato administrativo controvertido que determina uma correção financeira. A fim de decidir corretamente o presente litígio, é necessário examinar se a autoridade da concorrência deveria ter definido de forma expressa, clara e inequívoca, relativamente a cada infração individual, o mercado relevante, o mercado em causa, os atos ilícitos específicos que afetam a concorrência, os efeitos anticoncorrenciais e todos os outros fatores relevantes para os elementos constitutivos de cada infração ao artigo 21.º, n.º 1, pontos 2 e 5, da ZZK/artigo 102.º TFUE – nomeadamente: a) a recusa de fornecimento e b) a restrição da produção, das vendas e do desenvolvimento técnico em detrimento dos consumidores. Por estas razões, a secção coloca a primeira questão prejudicial.
- 23 Em apoio da segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que um elemento fundamental da infração ao artigo 21.º, n.º 5, da ZZK é o facto de as duas empresas terem recusado o acesso à sua infraestrutura essencial. Durante o primeiro período das alegadas infrações compreendido entre 1 de janeiro de 2016 e 22 de dezembro de 2020, é pacífico que os proprietários de entrepostos autorizados não tinham qualquer obrigação legal de colocarem à disposição dos seus concorrentes uma parte da sua capacidade. Por este motivo, a KZK considerou que houve por parte das empresas recorrentes uma chamada «recusa construtiva» em permitir o acesso de terceiros.
- 24 Na sua decisão, a KZK considera que os critérios Bronner não são aplicáveis se a infraestrutura em causa não for financiada por investimentos próprios da empresa em posição dominante, mas (como é o caso do presente processo) por fundos públicos, e se a empresa em causa não for proprietária desta infraestrutura, mas a utilizar ao abrigo de um contrato de concessão ou de arrendamento. Estes critérios destinam-se a ser aplicados à recusa de acesso a uma infraestrutura que é propriedade da empresa em posição dominante e que esta desenvolveu para as suas próprias atividades através dos seus próprios investimentos.
- 25 A prática da Comissão Europeia e a jurisprudência remetem para o teste Bronner quando se avalia a existência de uma infração às regras da concorrência no caso de uma recusa de fornecimento por uma empresa em posição dominante. Este critério inclui os seguintes elementos cumulativos específicos: a recusa é suscetível de conduzir à eliminação de toda a concorrência no mercado em causa por parte do requerente do fornecimento; a recusa não pode ser objetivamente

justificada (*objectively justified*); o serviço/mercadoria a que é recusado o acesso é indispensável (*indispensable*) para o exercício da atividade do requerente do fornecimento, uma vez que não existe qualquer substituto real ou potencial. Assim, a primeira e mais importante condição é que a infraestrutura essencial (*essential facility*) deve existir e ser controlada pelo monopolista e que o acesso a esta infraestrutura deve ser indispensável para que os concorrentes possam competir com o monopolista.

- 26 No caso em apreço, dadas as circunstâncias excepcionais (privatização e concessão) associadas ao processo de aquisição e de utilização da totalidade da infraestrutura pelo Grupo Lukoil, são igualmente tidas em consideração as especificidades do contrato de privatização celebrado no contexto de um procedimento administrativo específico que tem em conta o interesse público. Por esta razão, os acordos de privatização contêm frequentemente obrigações diferentes das obrigações típicas de um acordo de compra civil e comercial. Entre estas incluem-se obrigações que vinculam o comprador para além da obrigação de pagar o preço de compra, tais como a obrigação de realizar investimentos, de manter os postos de trabalho existentes e de criar novos, de implementar medidas de proteção ambiental, de manter o objeto da atividade durante um período de tempo especificado no contrato, bem como uma proibição temporária de venda da empresa ou de partes da mesma, etc. Se um acordo de privatização obrigar a investimentos, estes são definidos com exatidão em termos de tipo, montante e duração e não resultam de um incentivo da empresa que adquire a propriedade do Estado. Uma vez que, no caso em apreço, a infraestrutura da empresa foi adquirida no âmbito da privatização da empresa estatal Neftohim, há que ter em conta que a infraestrutura de transporte e de logística do grupo de empresas foi construída pelo Estado com fundos públicos. Após a privatização da empresa estatal Neftohim, a infraestrutura tornou-se propriedade do Grupo Lukoil. No entanto, na opinião da KZK, esta circunstância não exige a aplicação do teste Bronner, uma vez que, no caso em apreço, não existem incentivos económicos ao investimento cuja proteção se sobreponha ao interesse público numa concorrência não falseada.
- 27 A KZK declarou que a aplicação do teste Bronner está excluída por duas razões: a) por incumprimento de uma obrigação legal por parte da empresa em posição dominante de conceder acesso à sua infraestrutura/serviço ([uma obrigação que] é típica de um monopólio legal ou resulta de um monopólio estatal anterior); e/ou b) a empresa em posição dominante não investiu na construção da infraestrutura, uma vez que esta foi construída e desenvolvida exclusivamente com fundos públicos. O primeiro fundamento não é objeto do pedido de decisão prejudicial, uma vez que, como já foi referido, não existia qualquer obrigação legal por parte da empresa em posição dominante no período compreendido entre 1 de janeiro de 2016 e 22 de dezembro de 2020.
- 28 A KZK considera que o teste Bronner não é aplicável se a empresa em posição dominante tiver recebido do Estado uma infraestrutura essencial e os investimentos efetuados não prevalecerem sobre o interesse público.

- 29 As empresas acusadas de terem cometido as infrações contestaram estes factos, alegando que realizaram investimentos significativos nas empresas desde a celebração dos acordos de privatização, tendo sido recolhidas provas dos investimentos realizados nas infraestruturas essenciais das recorrentes.
- 30 A questão essencial para poder concluir pela não aplicação do teste Bronner, quando a empresa em posição dominante adquiriu uma infraestrutura essencial ao Estado (privatização e concessão), consiste em saber se também devem ser tidas em consideração outras circunstâncias, como o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de privatização, o montante do investimento e se o investimento foi efetuado por iniciativa própria ou no âmbito da execução do contrato de investimento.
- 31 As conclusões do advogado-geral A. Rantos, apresentadas de 7 de julho de 2022, no processo *Lietuvos geležinkeliai/Comissão*, C-42/21 P, EU:C:2022:537, não respondem a estas questões. Nestas suas conclusões, o advogado-geral A. Rantos apresenta uma visão global da jurisprudência relativa à recusa de acesso e à aplicação do teste Bronner. O n.º 64 dessas conclusões aborda os objetivos do teste Bronner, que é considerado o critério fundamental para avaliar a obrigação de uma empresa de facultar acesso a uma «infraestrutura que desenvolveu para as suas próprias necessidades», a fim de proteger «o incentivo inicial da empresa à construção dessa infraestrutura». Ao analisar os objetivos do teste Bronner, o advogado-geral A. Rantos afirma que «os critérios erigidos [no Acórdão Bronner] se aplicam a infraestruturas cuja proprietária é a empresa em posição dominante e que, em princípio, são reflexo do seu próprio investimento». No presente caso, a KZK considera que, *a contrario*, resulta das conclusões do advogado-geral A. Rantos que os critérios Bronner não são aplicáveis, uma vez que os investimentos da empresa em posição dominante não foram realizados com fundos próprios. Ao mesmo tempo, a decisão da KZK foi assinada com os votos especiais de dois dos seus membros, que também remeteram na sua fundamentação para o Acórdão de 12 de janeiro de 2023, *Lietuvos geležinkeliai/Comissão*, C-42/21 P, EU:C:2023:12, no qual se concluiu que a infração não consistia numa recusa de acesso, tratando-se antes de uma infração completamente diferente.
- 32 A KZK utilizou os mesmos fundamentos para rejeitar a aplicação do teste Bronner no que diz respeito à infraestrutura essencial adquirida por concessão durante o período controvertido.
- 33 Em conformidade com o artigo 6.º do APK (*Administratīvo procesu kodekss*, Código de Processo Administrativo), o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado sempre que os interesses públicos e privados sejam comparáveis.
- 34 Na sua prática e jurisprudência, a Comissão Europeia e o Tribunal de Justiça estabeleceram que a recusa de fornecimento é uma medida excecional que afeta mais gravemente os direitos das pessoas interessadas. O fator mais importante na avaliação é o interesse dos consumidores. Por outro lado, os interesses dos proprietários de infraestruturas essenciais devem igualmente ser avaliados à luz da

salvaguarda do direito de propriedade e da promoção da liberdade empresarial, tendo em conta o princípio da proporcionalidade. O processo Bronner constitui um marco na evolução do entendimento europeu sobre a recusa de fornecimento. Este acórdão estabelece as condições em que a obrigação de contratar pode ser imposta a uma empresa em posição dominante contra a sua vontade. No entanto, o Tribunal de Justiça não detetou, em última análise, qualquer recusa de fornecimento.

- 35 Uma vez que a KZK não aplicou o teste Bronner à alegada infração ao artigo 102.º TFUE, sob a forma de recusa de fornecimento (*refusal to supply*), por considerar que a sua aplicação estava excluída pelo facto de a infraestrutura essencial da empresa em posição dominante ter sido adquirida com fundos públicos/com base numa concessão, há que analisar no caso em apreço se a aplicação do teste Bronner está excluída em todos os casos em que a empresa em posição dominante recebeu fundos públicos relativamente à infraestrutura essencial ou a adquiriu com base numa concessão, ou se é necessário avaliar o montante dos investimentos, a execução do contrato de privatização ou da concessão (com base na qual a infraestrutura essencial foi adquirida), bem como se os investimentos foram realizados no contexto da execução do contrato de investimento/da concessão ou por sua própria iniciativa.
- 36 A terceira questão é colocada à luz da redação do considerando 75 da Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo [102.º TFUE] a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (secção [IV.] D. «Recusa de fornecimento e compressão de margens»): «[...] O conhecimento de que poderá existir uma obrigação de fornecimento contra a sua vontade pode conduzir as empresas dominantes – ou empresas que preveem tornar-se dominantes – a não investirem ou investirem menos na atividade em questão. Os concorrentes poderão sentir-se igualmente tentados a aproveitar os investimentos feitos pela empresa dominante em vez de serem eles os investidores. A longo prazo, nenhuma destas consequências seria benéfica para os consumidores».