

Sprawa C-245/24**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

5 kwietnia 2024 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Administratiwen syd Sofija-oblast (Bułgaria)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

5 kwietnia 2024 r.

Skarżące:

„LUKOIL Bulgaria” EOOD

„LUKOIL Neftohim Burgas” AD

Strona przeciwna:

Komisija za zasztita na konkurencijata

Przedmiot postępowania głównego

Skarga wniesiona przez spółkę LUKOIL Bulgaria EOOD (zwaną dalej „LUKOIL Bulgaria”) i spółkę LUKOIL Neftohim Burgas AD (zwaną dalej „LUKOIL Neftohim Burgas”) na decyzję nr 332/04.04.2023 r. Komisija za zasztita na konkurencijata (komisji ds. ochrony konkurencji, zwanej dalej „KZK”), w której stwierdzono naruszenie art. 21 pkt 2 i 5 Zakon za zasztita na konkurencijata (ustawy o ochronie konkurencji) oraz art. 102 ust. 2 lit. b) TFUE i nałożono karę pieniężną.

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

Wykładnia prawa Unii Europejskiej na podstawie art. 267 [Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej].

Pytania prejudycjalne

1. W przypadku gdy krajowy organ ds. ochrony konkurencji stwierdził istnienie różnych form zachowania, z których niektóre zakwalifikowano jako odmowę dostępu do istotnego urządzenia, a inne jako ograniczenie handlu, lecz które zgrupowano w ramach ogólnej strategii spółki, czy dopuszczalne jest stwierdzenie istnienia jednego łącznego naruszenia art. 102 TFUE, czy też należy stwierdzić istnienie odrębnych naruszeń, zakwalifikowanych jako odmowa udzielenia dostępu do istotnego urządzenia i, odpowiednio, jako ograniczenie handlu?

2. Czy organ antymonopolowy powinien wyłączyć stosowanie testu Bronnera w odniesieniu do podnoszonego naruszenia art. 102 TFUE [lit.] a) w formie odmowy dostawy (refusal to supply) we wszystkich przypadkach, w których przedsiębiorstwo dominujące uzyskało środki publiczne (na podstawie umowy prywatyzacyjnej/koncesji) na infrastrukturę kluczową (essential facility), czy też powinien oceniać wysokość inwestycji, wykonanie umowy prywatyzacyjnej/koncesji (na podstawie której uzyskano infrastrukturę kluczową), a także czy inwestycja została dokonana w związku z wykonaniem umowy inwestycyjnej/koncesji lub z własnej inicjatywy?

2.1. Na wypadek udzielenia odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytanie, czy zapewniono przestrzeganie zasady proporcjonalności określonej w [pkt 75] wytycznych przy stosowaniu art. [102] [...] [TFUE] [rozdział [„IV.”] (D. Odmowa dostaw i zaniżanie marży)], gdy przedsiębiorstwo dominujące zainwestowało w kluczową infrastrukturę (essential facility), stosując restrykcyjne kryteria określone na podstawie zasady „tego, co jest najbardziej niezbędne” dla zachowania konkurencji, przy proporcjonalnym uwzględnieniu interesu przedsiębiorstwa dominującego?

Powołane przepisy prawa Unii i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zwany dalej „TFUE”): w szczególności art. 102 akapit drugi lit. b), art. 267;

Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (zwana dalej „Kartą”): w szczególności art. 41, 47;

Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [101] i [102] traktatu: w szczególności art. 3, 27;

Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. [102 TFUE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące: w szczególności pkt 13–15, 75, 82;

Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (97/C 372/03);

Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 15 października 2014 r., AT.39.523 Slovak Telekom;

Wyrok z dnia 26 listopada 1998 r., Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569;

Wyrok Sądu z dnia 18 listopada 2020 r., Lietuvos geležinkeliai/Komisja, T-814/17, EU:T:2020:545;

Opinia rzecznika generalnego Rantosa z dnia 7 lipca 2022 r. w sprawie Lietuvos geležinkeliai/Komisja, C-42/21 P, EU:C:2022:537;

Wyrok z dnia 12 stycznia 2023 r., Lietuvos geležinkeliai/Komisja, C-42/21 P, EU:C:2023:12;

Wyrok z dnia 18 grudnia 2008 r., Soprope, C-349/07, EU:C:2008:746;

Wyrok z dnia 1 października 2009 r., Foshan Shunde, C-141/08 P, EU:C:2009:598.

Przytoczone przepisy prawa krajowego

Konstytucja na Republika Bułgaria (konstytucja Republiki Bułgarii): w szczególności art. 17, 18;

Administratiwnoprocesualen kodeks (kodeks postępowania administracyjnego): w szczególności art. 6, 168;

Zakon za zashtita na konkurencijata (ustawa o ochronie konkurencji, zwana dalej „ZZK”): w szczególności art. 8, 20, art. 21 pkt 2 i 5;

Zakon za danyk wyrchu dobawenata stojnost (ustawa o podatku od wartości dodanej): w szczególności art. 13, 16;

Zakon za akcizite i danycznite skladowe (ustawa o podatku akcyzowym i składach podatkowych);

Prawilnik za priłagane na Zakona za akcizite i danycznite skladowe (rozporządzenie wykonawcze do ustawy o podatku akcyzowym i składach podatkowych, zwane dalej „PPZADS”);

Zakon za zapasite ot neft i neftoprodukti (ustawa o rezerwach ropy naftowej i produktów ropopochodnych, zwana dalej „ZZNN”);

Metodika za izwyrshwane na prouchwane i opredeljane na pazarnoto położenie na predpriyatijata na syotwetnija pazar (metodyka badania i określania pozycji

rynkowej przedsiębiorstw na rynku właściwym), przyjęta w decyzji KZK nr 393/21.04.2009 r.

Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i postępowania

- 1 KZK wszczęła postępowanie w sprawie o sygn. KZK-255/2020 r. na podstawie decyzji KZK nr 268/16.04.2020 r. dotyczącej stwierdzenia ewentualnych naruszeń art. 15 i 21 ZZK i/lub art. 101 i 102 TFUE przy ustalaniu cen powszechnie stosowanych paliw silnikowych w łańcuchu produkcja/import–magazynowanie–handel hurtowy–handel detaliczny – zarówno na poszczególnych poziomach horyzontalnych, jak i wertykalnie – przez jedenaście spółek (w tym LUKOIL Neftohim Burgas i LUKOIL Bulgaria), w oparciu o zawiadomienie Wyrchowna administratiwna prokuratura (naczelnej prokuratury administracyjnej, zwanej dalej „WAP”) dotyczące istnienia rozbieżności pomiędzy znacznym spadkiem ceny ropy naftowej na świecie (o 47,4 %) w marcu 2020 r. a spadkiem cen detalicznych paliw silnikowych w kraju (o około 11 %) w tym samym okresie. Wyrchowna administratiwna prokuratura przedstawiła również dane dotyczące średnich cen paliw dopuszczonych do konsumpcji ze składów podatkowych, zawierających podatek akcyzowy i VAT, a także zawiadomienie od obywatela dotyczące spekulacji cenami detalicznymi paliw w kraju, biorąc pod uwagę spadek cen ropy naftowej na rynku światowym.
- 2 Zgodnie z analizą rynku przeprowadzoną przez Agencja Mitnici (agencję celną) średnie dzienne ceny benzyny i oleju napędowego spadły w okresie od dnia 30 marca 2020 r. do dnia 5 kwietnia 2020 r. średnio o 0,07 BGN lub o 4,5%. Ceny paliw w punktach dystrybucji do odbiorców końcowych (w stacjach paliw) zareagowały na zmianę ceny giełdowej ropy naftowej jeden tydzień później (około dnia 12.3.2020 r.). W analizie tej wskazano również, że w ostatnich dwóch tygodniach marca i w pierwszym tygodniu kwietnia 2020 r., podczas których obserwowany był stopniowy spadek cen produktów energetycznych w kraju, zareagowały wszystkie główne sieci prowadzące obrót paliwami.
- 3 Przedmiotem badania w postępowaniu przed KZK jest zachowanie LUKOIL Neftohim Burgas i LUKOIL Bulgaria w związku z ograniczaniem dostępu do składów podatkowych i infrastruktury transportowej, które ma w istocie na celu ograniczanie importu paliw do kraju.
- 4 Od dnia 10.12.2018 r. kapitał spółki LUKOIL Neftohim Burgas dzielił się na 99 397 192 akcji, z czego Lukoil Europe Holdings B.V. posiadała 89,97% z nich, a PAO Lukoil – 9,88%. Ostatecznym przedsiębiorstwem kontrolującym jest PAO Neftianaia kompania LUKOIL, z Federacji Rosyjskiej. Akcje są podzielone na dwie klasy: klasa A – 1 akcja należąca do Republiki Bułgarii, dająca jej szczególne prawa, i klasa B – pozostałe akcje. Walne zgromadzenie spółki nie może – bez uprzedniej pisemnej zgody państwa jako posiadacza akcji klasy A – podejmować uchwał o zaprzestaniu lub znacznym ograniczeniu rafinacji ropy naftowej lub produkcji paliw ani odmawiać dostępu do urządzeń portowych i

rurociągów produktowych w zamian za sprawiedliwe wynagrodzenie: (a) organom państwowym w zakresie wykonywanych przez nie funkcji przypisanych im w akcie normatywnym – zgodnie z ilościami, o jakie się ubiegają, według wcześniej uzgodnionego harmonogramu; (b) przedsiębiorstwu lub organizacjom wyznaczonym w decyzji rządu Republiki Bułgarii lub wyraźnie przez niego wyznaczonemu organowi państwowemu, w przypadku gdy: - ma to miejsce w ramach wolnej przepustowości rurociągu produktowego; - pozwalają na to możliwości techniczne rurociągu produktowego; - nie zostaje zakłócona normalna działalność produkcyjna przedsiębiorstwa.

- 5 Spółka LUKOIL Neftohim Burgas nabyła prawie wszystkie swoje bazy naftowe i zbudowaną wraz z nimi infrastrukturę rurociągową w wyniku prywatyzacji państwowej spółki Neftohim EAD na przełomie XX i XXI wieku. Infrastruktura transportowo-logistyczna grupy została zbudowana przez państwo, ze środków publicznych, w latach 70-tych ubiegłego wieku i jest unikalna w skali kraju i regionu. Umożliwia ona transport paliw samochodowych z wybrzeża Morza Czarnego do stolicy, a także magazynowanie i wysyłkę paliw z baz naftowych w największych miastach kraju (Burgas, Stara Zagora, Płowdiw, Sofia). Po prywatyzacji państwowej spółki Neftohim infrastruktura ta stała się własnością grupy Lukoil.
- 6 Spółka LUKOIL Neftohim Burgas jest głównym producentem produktów naftowych w kraju, poprzez własną rafinerię do pierwotnego przetwarzania ropy naftowej. Importuje ona ropę naftową i olej opałowy, rafinuje i produkuje produkty naftowe, sprzedaje na rynku krajowym i eksportuje (w ramach handlu hurtowego, w tym w ramach dostaw wewnątrzspółnotowych) produkty naftowe. Posiada terminale transportu morskiego, kolejowego i drogowego. Ropa naftowa i produkty ropopochodne wyładowywane z tankowców są ładowane do własnych cystern i transportowane w określonych kierunkach. Prowadzi ona swoją działalność w dwóch zakładach połączonych z rurociągami: w zakładzie produkcyjnym LUKOIL Neftohim Burgas, będącym własnością spółki, a także w terminalu portowym Rosenec – będącym publiczną własnością państwa, udostępnioną na mocy decyzji rządu Republiki Bułgarii w 2011 r., na podstawie umowy koncesji na usługi. W okresie od dnia 1.1.2016 r. do dnia 30.6.2020 r. LUKOIL Neftohim Burgas AD realizowała dostawy benzyny A-95H, oleju napędowego do samochodów i odpowiadających im biopaliw na eksport, za pośrednictwem różnych kontrahentów.
- 7 W okresie od dnia 1.1.2016 r. do dnia 15.12.2020 r. jednoosobowym właścicielem kapitału spółki LUKOIL Bulgaria była Lukoil Europe Holdings B. V., Niderlandy, a po tej dacie – inna spółka z grupy gospodarczej Lukoil – spółka LITASCO SA, Szwajcaria.
- 8 Głównym przedmiotem działalności LUKOIL Bulgaria jest sprzedaż hurtowa i detaliczna paliw i produktów ropopochodnych, mieszanie paliw mineralnych z biododatkami w bazach zaopatrzenia w ropę naftową, a także działalność transportowa i spedycyjna. W okresie od dnia 1.1.2016 r. do dnia 30.11.2020 r.

LUKOIL Bulgaria posiadała trzy składy podatkowe na terytorium kraju. Rurociąg Burgas–Sofia i połączone z nim magazyny ropy naftowej są licencjonowane jako jeden skład podatkowy.

- 9 Na podstawie przeprowadzonej analizy ekonomicznej i prawnej KZK przyjęła w decyzji nr 332/04.04.2023 r., że grupa Lukoil dopuściła się naruszenia art. 21 pkt 2 i 5 ZZK oraz art. 102 akapit drugi lit. b) TFUE, polegającego na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku magazynowania paliw silnikowych poprzez udzielanie importerom i producentom paliw silnikowych dostępu do własnych składów podatkowych, ograniczanie importu drogą morską poprzez blokowanie składów podatkowych powiązanych z terminalami Rosnec i Petrol Warna, a także nieudzielanie dostępu do należących do grupy rurociągów produktów naftowych dla celów ich transportu na rzecz innych producentów i importerów – co może zapobiegać, ograniczać lub zniekształcać konkurencję oraz naruszać interesy konsumentów, ograniczając import paliw silnikowych do kraju.

Główne argumenty stron w postępowaniu głównym w odniesieniu do pierwszego pytania prejudycjalnego

- 10 Dla celów przeprowadzenia badania KZK zdefiniowała jeden rynek produktowy – jednolity rynek magazynowania paliw. Regulator dokonał następnie segmentacji tego rynku na dwa podryniki: magazynowania paliw na podstawie ZADS, a także magazynowania paliw na podstawie ZZNN. Te ze swej strony są podzielone na dwa kolejne podryniki: magazynowania oleju napędowego, a także magazynowania benzyny. KZK stwierdziła istnienie ogólnej strategii grupy Lukoil polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku magazynowania paliw, która miała w istocie na celu ograniczenie importu paliw, a tym samym zmniejszenie presji konkurencyjnej na rynku hurtowym – w celu utrzymania wiodącej pozycji grupy na pionowo powiązanych poziomach rynku.
- 11 Analizując zachowanie grupy Lukoil, należy wyróżnić dwa okresy. W pierwszym okresie nie istniał ustawowy obowiązek licencjonowanych podmiotów prowadzących składy podatkowe udostępniania części swojej pojemności do wykorzystania przez niepowiązane podmioty trzecie. Obejmuje on początek badanego okresu, od dnia 1.1.2016 r. do dnia 22.12.2020 r., w którym to dniu upłynął trzymiesięczny termin na dostosowanie działalności podmiotów prowadzących składy podatkowe do nowych wymogów, wprowadzonych odpowiednio nowelizacjami ZADS i PPZADS z lipca i września 2020 r., których celem jest zwiększenie kontroli nad składami podatkowymi. Licencjonowane podmioty prowadzące składy podatkowe są zobowiązane do udostępniania nie mniej niż 15 % całkowitej maksymalnej pojemności magazynowej na potrzeby magazynowania produktów energetycznych – do wykorzystania przez niepowiązane podmioty trzecie. Drugi okres rozpoczął się w dniu 23.12.2020 r., od którego to dnia podmioty prowadzące składy podatkowe są zobowiązane do udostępnienia wspomnianej wolnej pojemności magazynowej do wykorzystania przez podmioty trzecie.

- 12 KZK zarzuca popełnienie naruszenia w ramach kilku form nadużywania pozycji dominującej, które są podporządkowane wspólnemu celowi antykonkurencyjnemu. Biorąc pod uwagę różny charakter rozpatrywanych obiektów infrastrukturalnych, okoliczność, że prawo ich własności przysługuje różnym właścicielom, co skutkuje w sumie różnymi formami zachowań, w ramach których spółki będące stroną przeciwną ograniczają konkurencję, KZK zakwalifikowała niektóre z rozpatrywanych zachowań jako odmowę udzielenia dostępu do istotnego urządzenia, a inne – jako ograniczenie handlu. Ich połączenie we wspólną strategię uzasadnia ich zakwalifikowanie jako jedno naruszenie – zarówno art. 21 pkt 2, jak i art. 21 pkt 5 ZZK. KZK przyjęła, że art. 21 pkt 5 ZZK jest szczególnym przypadkiem objętym art. 21 pkt 2 ZZK, w związku z czym nie określono tego przypadku w ramach samodzielnych znamion na podstawie art. 102 TFUE. W orzecznictwie unijnym odmowy dostępu, a także inne formy zachowań utrudniających konkurentom działalność – czy to poprzez „konstruktywną” odmowę (decyzja Komisji AT.39523 Slovak Telekom), czy to poprzez zniszczenie kluczowej infrastruktury (wyrok Sądu z dnia 18 listopada 2020 r., T-814/17, Lietuvos gelezinkeliai AB/Komisja) – kwalifikuje się jako ograniczenie handlu na podstawie art. 102 lit. b) TFUE.
- 13 Jak wskazują spółki, zgodnie z orzecznictwem skutkiem stwierdzenia odmowy udzielenia dostępu byłoby nałożenie na właściciela obowiązku umożliwienia osobie trzeciej korzystania z jego własności wbrew jego woli (z urządzeń, sieci infrastruktury technicznej, patentów, praw własności intelektualnej). Jest to jedno z najpoważniejszych możliwych naruszeń prawa własności i prawa do swobodnej przedsiębiorczości. Z tego względu standard dowodowy jest najsurowszy z możliwych i, odpowiednio, ocena jest najbardziej konserwatywna – w porównaniu ze wszystkimi pozostałymi rodzajami naruszeń art. 102 TFUE. W niniejszej sprawie rynki produkcji i przywozu paliw silnikowych (według KZK – benzyny i oleju napędowego), na które naruszenia wywarły wpływ, charakteryzują się poziomem przywozu znacznie przekraczającym średnią europejską, przy czym w wypadku benzyny należy on do najwyższych. Przy takich danych dotyczących rynku, na który naruszenie wywarło wpływ, ewentualne naruszenie praw podmiotów, wobec których podniesiono zarzuty, jest wyjątkowo, bezprecedensowo dotkliwe.
- 14 Prawo własności i prawo do swobodnej przedsiębiorczości są wyraźnie chronione przez Konstytucja (Konstytucję) Republiki Bułgarii. Prawo własności jest również chronione na mocy Karty praw podstawowych Unii Europejskiej. Wskazuje się, że warunki określone w art. 52 ust. 1 Karty nie powinny być traktowane jako założenia teoretyczne bez żadnego praktycznego znaczenia, lecz powinny być stosowane praktycznie przy rozwiązywaniu konkretnej sprawy.

Główne argumenty stron w postępowaniu głównym dotyczące drugiego i trzeciego pytania prejudycjalnego

- 15 Według KZK okoliczność, że grupa Lukoil nabyła prawie wszystkie magazyny i rurociągi w wyniku prywatyzacji państwowej spółki Neftohim, oznacza, iż ochrona interesu publicznego związana z rozwojem konkurencji na rynkach paliw silnikowych ma pierwszeństwo przed ochroną interesów właściciela infrastruktury, ponieważ ten ostatni nie zainwestował w jej budowę.
- 16 Skarżące zarzucają, że infrastruktura została pozyskana od państwa w bardzo złym stanie i nie spełnia współczesnych wymogów w zakresie bezpieczeństwa i zachowania jakości przewożonego produktu. Obie spółki poczyniły ogromne inwestycje w infrastrukturę. Poza tym część tej infrastruktury nie została w ogóle przejęta w wyniku prywatyzacji, lecz została nabyta.
- 17 Według KZK infrastruktura została w przeważającej mierze nabyta w wyniku prywatyzacji i nie została zbudowana przez spółki, wobec których podniesiono zarzuty. Sama infrastruktura, jako zbiór magazynów i rurociągów, jest unikalna w skali kraju, a jej powielenie po zniesieniu reżimu własności państwowej jest niemożliwe. Bieżące naprawy i konserwacja istniejących aktywów grupy nie są niczym niezwykłym w działalności handlowej każdego podmiotu, który zarządza danymi aktywami, czy to budynkami, czy innymi rodzajami obiektów. Wydaje się, że koszty te są nierozłącznie związane z utrzymaniem infrastruktury logistycznej i urządzeń, a w przeważającej części dotyczą – poza zobowiązaniami inwestycyjnymi wynikającymi z umów prywatyzacyjnych – również zobowiązań w zakresie zarządzania i utrzymania obiektu objętego koncesją dotyczącą terminalu portowego „Roseneč”. Podsumowując, KZK uważa, że dwie okoliczności wykluczające zastosowanie testu Bronnera nie mają zastosowania kumulatywnie, a każda z nich stanowi wystarczającą podstawę do wykluczenia tego testu. KZK przyjęła, że zastosowanie testu Bronnera jest wykluczone w niniejszej sprawie z następujących powodów:

- nabycie infrastruktury wybudowanej ze środków publicznych: na cały okres od dnia 1.1.2016 r. do dnia 31.3.2021 r. w wypadku niektórych magazynów i technologicznych stacji pompowania, a także wszystkich rurociągów i rurociągów produktowych grupy;

- istnienie prawnego obowiązku zapewnienia dostępu: w okresie od dnia 23.12.2020 r. do dnia 31.1.2021 r. w odniesieniu do wyżej wspomnianej infrastruktury, z wyjątkiem rurociągu produktowego Burgas–Sofia.

Zwięzłe przedstawienie uzasadnienia odesłania prejudycjalnego

- 18 Zgodnie z analizą rynku zawartą w decyzji KZK grupa Lukoil jest największym licencjonowanym podmiotem prowadzącym skład podatkowy paliw silnikowych w kraju i posiada unikalną infrastrukturę transportową i magazynową, która umożliwia jej pełnienie roli lidera na rynku hurtowej i detalicznej sprzedaży paliw

silnikowych. Przyjęto, że od początku badanego okresu (1.1.2016 r.) do co najmniej dnia 31.3.2021 r. grupa nie przyjmowała paliw od importerów w prowadzonych przez siebie składach podatkowych. Oznacza to, że nie przyznano dostępu importerom do odbioru paliw importowanych/nabytych w ramach dostaw wewnątrzspółnotowych dla celów ZADS, a w przypadkach, gdy świadczone usługi magazynowania zapasów dla celów sytuacji wyjątkowych, ilości paliwa były nabywane od spółki LUKOIL Bulgaria. Ponadto w rozpatrywanym okresie w terminalu portowym Rosenec nie rozładowywano (nie dostarczano do niego) towarów dla odbiorców będących podmiotami niepowiązanymi z grupą Lukoil. Przyjęto, że ustalono istnienie w składzie podatkowym wystarczającej wolnej pojemności, co stanowi przesłankę dokonania importu/dostawy wewnątrzspółnotowej paliw.

- 19 W swojej decyzji KZK rozpatrywała łącznie oba naruszenia – bez zidentyfikowania konkretnie w odniesieniu do każdego z nich rynku właściwego i rynku, na który każde z nich wywiera wpływ.
- 20 Zgodnie z art. 41 Karty podstawowym prawem podmiotów prawa jest prawo do dobrej administracji. Przyznanie dotacji jest bezpośrednim zastosowaniem prawa Unii, co pociąga za sobą również obowiązek przestrzegania, przez organy krajowe odpowiedzialne za stosowanie tego prawa, przepisu art. 41 Karty. Wspomniany przepis wyraża ogólną zasadę prawa Unii Europejskiej, której przestrzegania Trybunał Sprawiedliwości konsekwentnie wymaga w swoim orzecznictwie, ponieważ stanowi ona element prawa do obrony (wyrok z dnia 18 grudnia 2008 r., Soprope, C-349/07, EU:C:2008:746, pkt 37; wyrok z dnia 1 października 2009 r., Foshan Shunde, C-141/08 P, EU:C:2009:598, pkt 83). Trybunał Sprawiedliwości uznał prawo podmiotów prawa do bycia wysłuchanym przed wydaniem przeciwko nim aktu nakładającego na nie niekorzystny środek – jako ogólną zasadę prawa Unii, niezależnie od tego, czy prawo to jest wyraźnie uregulowane w odpowiednim akcie prawa Unii dotyczącym rozpatrywanych stosunków prawnych. Trybunał orzekł, że „[o]bowiązek ten ciąży na organach administracyjnych państw członkowskich wówczas, gdy podejmują one decyzję należącą do zakresu zastosowania prawa wspólnotowego, nawet wówczas gdy właściwe prawo wspólnotowe nie przewiduje wyraźnie takiej formalności” (wyrok z dnia 18 grudnia 2008 r., Soprope, C-349/07, EU:C:2008:746, pkt 38; wyrok z dnia 1 października 2009 r., Foshan Shunde, C-141/08 P, EU:C:2009:598, pkt 83).
- 21 Zgodnie z art. 47 akapit pierwszy Karty każdy, kogo prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, zgodnie z warunkami przewidzianymi w tym artykule. W związku z tym powstaje pytanie, czy nie naruszono gwarantowanego prawa do obrony podmiotów, którym postawiono zarzuty popełnienia naruszenia, poprzez zgłoszenie dwóch naruszeń określonych w art. 21 pkt 2 i 5 ZZK – bez zbadania, w odniesieniu do każdego ze sformułowanych indywidualnych naruszeń, rynków właściwych oraz wszystkich faktów i okoliczności mających znaczenie dla poszczególnych naruszeń? Kwestia ta jest również istotna, biorąc

pod uwagę, że poprzez stwierdzenie naruszenia polegającego na odmowie dostawy narusza się w wystarczającym wysokim stopniu zagwarantowane w Konstytucji Republiki Bułgarii i w Karcie prawo własności i prawo do prowadzenia działalności gospodarczej przez konkretny podmiot.

- 22 Tutejszy skład orzekający jest zobowiązany do zbadania z urzędu, czy organ administracji przestrzegał wszystkich zasad postępowania administracyjnego przy przyjmowaniu rozpatrywanego aktu administracyjnego, w którym określono korektę finansową. Aby prawidłowo rozstrzygnąć niniejszy spór, należy koniecznie ustalić, czy organ antymonopolowy powinien wyodrębnić w sposób wyraźny, jasny i jednoznaczny w odniesieniu do każdego z naruszeń rynek właściwy, rynek, na który naruszenie wywarło wpływ, konkretne bezprawne zachowania mające na celu naruszenie konkurencji, antykonkurencyjne skutki i wszystkie inne fakty istotne dla znamion faktycznych każdego z naruszeń, o których mowa w art. 21 akapit pierwszy pkt 2 i 5 ZZK/w art. 102 TFUE: a) odmowa dostawy, oraz b) ograniczenie produkcji, handlu i rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów. Przedstawiając takie uzasadnienie, tutejszy skład orzekający zadaje pierwsze pytanie prejudycjalne.
- 23 W uzasadnieniu pytania drugiego sąd odsyłający wskazuje, że kluczowym elementem znamion faktycznych naruszenia, o którym mowa w art. 21 pkt 5 ZZK, jest istnienie odmów obydwu przedsiębiorstw udzielenia dostępu do ich istotnej infrastruktury. W pierwszym inkryminowanym okresie od dnia 1.1.2016 r. do dnia 22.12.2020 r. nie istniał prawny obowiązek właścicieli licencjonowanych składów akcyzowych udostępniania części swojej pojemności ich konkurentom, co do czego nie istnieje spór. Na tej podstawie KZK przyjęła, że doszło do tak zwanej „konstruktywnej odmowy” ze strony spółek, którym postawiono zarzuty, w zakresie udzielenia dostępu podmiotom trzecim.
- 24 W swojej decyzji KZK przyjęła, że kryteria testu Bronnera nie powinny mieć zastosowania, gdy dana infrastruktura nie jest finansowana za pomocą własnych inwestycji przedsiębiorstwa mającego pozycję dominującą, lecz ze środków publicznych (jak ma to miejsce w niniejszej sprawie), a także gdy przedsiębiorstwo to nie jest właścicielem tej infrastruktury, lecz korzysta z niej na podstawie umowy koncesji lub dzierżawy. Kryteria te mają mieć zastosowanie w przypadku odmowy udzielenia dostępu do infrastruktury, która jest własnością przedsiębiorstwa mającego pozycję dominującą i którą rozwinęło ono na potrzeby własnej działalności za pomocą własnych inwestycji.
- 25 Praktyka Komisji Europejskiej i orzecznictwo odwołują się do testu Bronnera przy rozstrzyganiu, czy dochodzi do naruszenia reguł konkurencji w przypadku odmowy dostawy przez przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą. Ma on następujące kumulatywne elementy szczególnie: odmowa prawdopodobnie doprowadzi do wyeliminowania wszelkiej konkurencji na rynku, na który naruszenie wywarło wpływ, ze strony podmiotu ubiegającego się o dostawę; odmowa nie może być obiektywnie uzasadniona (objectively justified); usługa/towar, do których odmawia się dostępu, są niezastąpione (indispensable)

przy prowadzeniu działalności gospodarczej przez podmiot ubiegający się o dostawę, ponieważ nie istnieje żaden istniejący lub potencjalny substytut. Odpowiednio, pierwszym i najważniejszym wymogiem jest, aby istniała kluczowa infrastruktura (essential facility), która jest kontrolowana przez monopolistę, oraz aby dostęp do tej infrastruktury był niezastąpiony (indispensable), biorąc pod uwagę możliwość konkurowania przez konkurentów z monopolistą.

- 26 W niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę wyjątkowe okoliczności (prywatyzacja i koncesja) związane z procesem przejęcia i użytkowania całej infrastruktury przez grupę Lukoil, uwzględniono również specyfikę umowy prywatyzacyjnej, która jest zawierana w ramach określonej procedury administracyjnej z uwzględnieniem interesu publicznego. Z tego powodu umowa prywatyzacyjna często zawiera zobowiązania odmienne od zobowiązań typowych dla cywilnoprawnej i handlowej umowy sprzedaży. Takimi zobowiązaniami są zobowiązania wiążące nabywcę poza jego obowiązkiem zapłaty ceny, takie jak zobowiązania do dokonania inwestycji, utrzymania i tworzenia nowych miejsc pracy, prowadzenia działań na rzecz ochrony środowiska, zachowania przedmiotu działalności przez okres wskazany w umowie, a także ograniczony w czasie zakaz sprzedaży przedsiębiorstwa lub jego wyodrębnionej części itp. W przypadku gdy w umowie prywatyzacyjnej zobowiązano się do dokonania inwestycji, inwestycje te określa się pod względem rodzaju, kwoty i czasu trwania oraz są one uprzednio określone, a nie wynikają z zachęty przedsiębiorstwa nabywającego mienie państwowe. W zakresie, w jakim w niniejszej sprawie infrastruktura spółki została nabyta w wyniku prywatyzacji państwowej spółki Neftohim, należy uwzględnić, że infrastruktura transportowo-logistyczna grupy została zbudowana przez państwo ze środków publicznych. Po prywatyzacji państwowej spółki Neftohim infrastruktura ta stała się własnością grupy Lukoil. Okoliczność ta, zgodnie z KZK, nie wymaga jednak zastosowania testu Bronnera, ponieważ w tym przypadku nie istnieją zachęty gospodarcze do inwestycji, których ochrona przeważałaby nad interesem publicznym związanym z niezakłóconą konkurencją.
- 27 KZK przyjęła, że dwie przesłanki wykluczają zastosowanie testu Bronnera: a) niewykonanie przez przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą prawnego obowiązku zapewnienia dostępu do swojej infrastruktury/usługi (typowo chodzi o monopol ustawowy lub wynika to z wcześniejszego monopolu państwowego); lub b) przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą nie zainwestowało w budowę infrastruktury, ponieważ infrastruktura ta została wybudowana i rozwinięta wyłącznie ze środków publicznych. Pierwsza przesłanka nie jest przedmiotem wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, ponieważ, jak wskazano, w okresie od dnia 1.[1.]2016 r. do dnia 22.12.2020 r. na przedsiębiorstwie mającym pozycję dominującą nie ciążył żaden obowiązek prawny.
- 28 KZK przyjęła, że test Bronnera nie ma zastosowania, gdy przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą uzyskało kluczową infrastrukturę od państwa, a poczynione inwestycje nie przeważają nad interesem publicznym.

- 29 Spółki, którym zarzucono popełnienie naruszeń, odparły, że dokonały znaczących inwestycji w przedsiębiorstwach od czasu zawarcia umów prywatyzacyjnych, zaś w tym względzie zebrano również dowody dokonania inwestycji w kluczową infrastrukturę skarżących.
- 30 Zasadniczą kwestią dla stwierdzenia braku możliwości zastosowania testu Bronnera w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą uzyskało od państwa kluczową infrastrukturę (prywatyzacja i koncesja), jest to, czy należy brać pod uwagę również inne okoliczności, takie jak wykonanie zobowiązań wynikających z umowy prywatyzacyjnej, wysokość inwestycji, a także czy inwestycje zostały dokonane z własnej inicjatywy, czy też w związku z wykonaniem umowy inwestycyjnej.
- 31 Odpowiedzi na te pytania nie można znaleźć w opinii rzecznika generalnego Rantosa z dnia 7 lipca 2022 r. w sprawie Lietuvos geležinkeliai/Komisja, C-42/21 P, EU:C:2022:537. W opinii tej rzecznik generalny Rantos dokonał przeglądu orzecznictwa dotyczącego odmów dostępu i zastosowania testu Bronnera. W pkt 64 rozpatrzono cele testu Bronnera, który uznano za podstawowy standard przy ocenie obowiązku przedsiębiorstwa udzielenia dostępu do infrastruktury, „którą wytworzyło na własne potrzeby”, w ramach ochrony, „w odniesieniu do tego przedsiębiorstwa, początkowej zachęty do budowy takiej infrastruktury”. Analizując cele testu Bronnera, rzecznik generalny Rantos wskazał, że „określone w tym wyroku [Bronner] kryteria mają zastosowanie do infrastruktury, której właścicielem jest przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą i która zasadniczo odzwierciedla jego własne inwestycje”. W niniejszej sprawie KZK przyjęła, że a contrario w odniesieniu do stanowiska wyrażonego przez rzecznika generalnego Rantosa należy przyjąć, że kryteria [testu] Bronnera nie mają zastosowania, ponieważ inwestycja przedsiębiorstwa mającego pozycję dominującą nie została dokonana za pomocą własnych środków. Jednocześnie decyzja KZK została podpisana przy dwóch zdaniach odrębnych dwóch członków KZK, którzy w swoim uzasadnieniu odnoszą się również do wyroku z dnia 12 stycznia 2023 r., Lietuvos geležinkeliai/Komisja, C-42/21 P, EU:C:2023:12, w którym przyjęto, że naruszenie nie jest odmową dostawy, lecz stanowi zupełnie inne naruszenie.
- 32 Z tym samym uzasadnieniem KZK odmówiła również zastosowania testu Bronnera w odniesieniu do kluczowej infrastruktury, nabytej w drodze koncesji w spornym okresie.
- 33 Zgodnie z art. 6 Administratīvnoprosesualen kodeks (kodeksu postępowania administracyjnego, zwanego dalej „APK”) zasada proporcjonalności powinna być stosowana w przypadku równoważenia interesów publicznych i indywidualnych.
- 34 W swoim orzecznictwie Komisja Europejska i Trybunał Sprawiedliwości stwierdziły, że odmowa dostawy jest środkiem wyjątkowym, który w najwyższym stopniu wpływa na prawa adresatów. Głównym czynnikiem przy ocenie jest interes konsumentów. Z drugiej strony należy również rozważyć interesy

właścicieli kluczowej infrastruktury w świetle nienaruszalności prawa własności i promowania inicjatywy gospodarczej, z poszanowaniem zasady proporcjonalności. Sprawa Bronner jest kluczowym momentem w ramach unijnego rozumienia odmowy dostawy. Określono w niej przesłanki, po których spełnieniu można nałożyć obowiązek zawarcia umowy przez przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą wbrew woli tego przedsiębiorstwa. Sprawa ta zakończyła się odmową Trybunału stwierdzenia odmowy dostawy.

- 35 Mając na względzie okoliczność, że KZK nie zastosowała testu Bronnera do podnoszonego zarzutu naruszenia art. 102 TFUE – odmowa dostawy (refusal to supply), uznając, że jego zastosowanie jest wykluczone z uwagi na fakt, że kluczowa infrastruktura przedsiębiorstwa mającego pozycję dominującą została pozyskana w oparciu o środki publiczne/koncesję, konieczne jest ustalenie, czy we wszystkich przypadkach, w których przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą otrzymało na kluczową infrastrukturę środki publiczne lub uzyskało ją w drodze koncesji, wyklucza się stosowanie testu Bronnera, czy też należy ocenić wysokość inwestycji, wykonanie umowy prywatyzacyjnej lub koncesji (na mocy których uzyskano kluczową infrastrukturę), a także czy inwestycje zostały dokonane w związku z wykonaniem umowy inwestycyjnej/koncesji lub z własnej inicjatywy.
- 36 Pytanie trzecie wynika z treści pkt 75 wytycznych Komisji w sprawie priorytetów przy stosowaniu art. [102 TFUE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące [rozdział [„IV.] (D. Odmowa dostaw i zaniżanie marży”): „[...] Przedsiębiorstwa dominujące lub takie, które przewidują, że mogą osiągnąć pozycję dominującą, wiedząc, że mają obowiązek realizować dostawy wbrew własnej woli, mogą nie podejmować inwestycji lub inwestować mniej w daną działalność. Konkurenci natomiast mogą wykazywać skłonność do bazowania na inwestycjach przedsiębiorstwa dominującego, zamiast samodzielnie podejmować inicjatywy o charakterze innowacyjnym. Ani jedna, ani druga z tych konsekwencji na dłuższą metę nie leży w interesie konsumentów”.