

# Annotatie

## De *Bronner*-trilogie voltooid? Lukoil en de grenzen van de *essential facilities*-doctrine

HvJ EU 18 december 2025, C-245/24, ECLI:EU:C:2025:987 (*Lukoil Bulgaria EOOD, Lukoil Neftohim Burgas AD/Komisija za zashtita na konkurentsia*) (Lukoil)

Jotte Mulder en Wolf Sauter\*

### Inleiding

Op 18 december 2025 wees het Hof van Justitie arrest in *Lukoil*.<sup>1</sup> Dit arrest vormt het derde deel van een recente trilogie<sup>2</sup> waarin het Hof van Justitie de toepassing van

de *Bronner*-voorwaarden – bekend uit de *Oscar Bronner*-uitspraak uit 1998<sup>3</sup>) over toegang tot zogenoemde essentiële faciliteiten (*essential facilities*) – nader inkadert. In de kern gaat dit om het evenwicht tussen de vereisten van onvervalste mededinging enerzijds, en anderzijds de contractsvrijheid en het eigendomsrecht van de onderneming met een machtspositie.

*Lukoil* is een prejudiciële uitspraak op vragen van de Bulgaarse bestuursrechter in eerste aanleg van de bestuurlijke regio (*oblast*) Sofia in een geschil over de geldigheid van een besluit van de Bulgaarse mededingingsautoriteit aangaande misbruik van machtspositie op de markt voor brandstoffen voor motorvoertuigen.

Hieronder analyseren we het *Lukoil*-arrest: de feiten, de juridische vragen en het antwoord van het Hof van Justitie – met name de systematisering van de *Bronner*-voorwaarden in het licht van eigendom en autonomieoverwegingen. Tot slot reflecteren we op de implicaties van *Lukoil* voor toekomstige mededingingszaken, vooral in sectoren met geprivatiseerde of digitale infrastructuur, en de nieuwe eindstand van de *Bronner*-rechtspraak.

\* Mr. dr. J. Mulder is advocaat en verbonden aan de Universiteit Utrecht. Prof. mr. dr. W. Sauter is werkzaam bij de Vrije Universiteit (VU) en de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Beide auteurs zijn redacteur van dit blad. Wij danken Rasmus Geertsema voor zijn commentaar. De opvattingen in deze bijdrage komen uitsluitend voor rekening van de auteurs persoonlijk.

1 HvJ EU 18 december 2025, C-245/24, ECLI:EU:C:2025:987 (*Lukoil Bulgaria EOOD, Lukoil Neftohim Burgas AD/Komisija za zashtita na konkurentsia*) (hierna: *Lukoil*). Op dezelfde dag wees het Hof van Justitie zijn arrest op een prejudiciële vraag in een parallelle zaak waarbij Lukoil betrokken was aangaande marge-utholling: HvJ EU 18 december 2025, C-260/24, ECLI:EU:C:2025:988 (*Lukoil Bulgaria EOOD/Komisija za zashtita na konkurentsia*).

2 Zie voor de eerste twee delen HvJ EU 12 januari 2023, C-42/21 P, ECLI:EU:C:2023:12 (*Lietuvos geležinkiai/Commissie*); en HvJ EU 25 februari 2025, C-233/25, ECLI:EU:C:2025:110 (*Alphabet Inc. e.a./Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*); J. Mulder & W. Sauter, 'Android Auto: template voor een toegangsnorm op platforms? HvJ EU 25 februari 2025, C-233/23, ECLI:EU:C:2025:110 (*Alphabet/AGCM*)', *M&M* 2025, afl. 3, p. 153-159. Eerdere zaken waarin de *Bronner*-toets niet van toepassing werd geacht zijn bijvoorbeeld de volgende drie zaken over toegang tot het aansluitnetwerk: HvJ EU 10 juli 2014, C-295/12 P, ECLI:EU:C:2014:2062 (*Telefónica SA en Telefónica de España SAU/Commissie*) (bij marge-utholling); HvJ EU 25 maart 2021, C-152/19 P, ECLI:EU:C:2021:238 (*Deutsche Telekom/Commissie*) (bij het bestaan van een reguleringsverplichting); en HvJ EU 25 maart 2021, C-165/19 P, ECLI:EU:C:2021:239 (*Slovak Telekom/Commissie*) (reguleringsverplichting en impliciete leveringsweigering).

3 HvJ EG 26 november 1998, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569 (*Oscar Bronner GmbH & Co. KG/Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG en Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*), r.o. 41. Zie L. Hancher & H.H.P. Lugard, 'De essential facilities doctrine: het Bronner-arrest en vragen van mededingingsbeleid', *Sociaal-economische wetgeving SEW: Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 1999, afl. 9, p. 323-333.

## Feiten

In deze zaak draait het om toegang tot een geprivatiseerde energie-infrastructuur in Bulgarije. De Lukoil-groep exploiteert in Bulgarije een netwerk van olie-depots en pijpleidingen voor de aanvoer en opslag van autobrandstoffen, overgenomen uit een voormalig staatsmonopolie. Lukoil Burgas beheert raffinaderijen en een haven, en Lukoil Bulgaria verzorgt groothandel en distributie via tankstations.

De Bulgaarse mededingingsautoriteit heeft vastgesteld dat deze twee vennootschappen met betrekking tot hun infrastructuur op ongerechtvaardigde wijze aan derden de toegang hebben geweigerd tot bepaalde landdepots, maritieme depots en oliepijpleidingen. De betreffende gedragingen zouden hebben bestaan uit een leveringsweigering en een beperking van de productie, handel en technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers. De Bulgaarse mededingingsautoriteit heeft haar onderzoek ingesteld nadat het openbaar ministerie in Bulgarije signaleerde dat de detailhandelsprijs van brandstoffen in Bulgarije in een periode waarop deze op de wereldmarkt was gedaald met 47%, slechts daalde met 11%.

Daarbij ging de Bulgaarse mededingingsautoriteit ervan uit dat er sprake was van een strategie van leveringsweigering waarbij verschillende gedragingen van de genoemde vennootschappen van Lukoil konden worden gekwalificeerd als één enkele overtreding van het Bulgaarse en Europese verbod op misbruik van een economische machtspositie. Voorts meende zij dat de voorwaarden van het *Bronner*-arrest niet van toepassing waren omdat de onderneming met een machtspositie essentiële infrastructuur van de staat heeft ontvangen. Zij legde vervolgens Lukoil Burgas een geldboete op equivalent aan € 72 miljoen en Lukoil Bulgaria een boete equivalent aan € 28 miljoen.

Sinds de privatisering van Lukoil Burgas beschikt de Bulgaarse staat over een gouden aandeel hierin dat haar bijzondere rechten toekent. Die houden onder meer in dat Lukoil Burgas aan bepaalde voorwaarden moet voldoen en schriftelijke toestemming nodig heeft voordat zij (1) de brandstofproductie aanzienlijk vermindert of (2) de toegang tot haar havenfaciliteiten en oliepijpleidingen tegen billijke vergoeding weigert. Op de Lukoil-groep rust een wettelijke verplichting om toegang te geven tot een deel van haar opslagcapaciteit. Daarnaast heeft de Bulgaarse staat bij besluit verklaard dat de haven van Burgas inbegrepen de daarmee verbonden haventerminal en oliepijpleidingen strategische faciliteiten vormen van belang voor de nationale veiligheid.

Lukoil Burgas en Lukoil Bulgaria hadden zowel op grond van de privatiseringsovereenkomst als tijdens hun bedrijfsactiviteiten aanzienlijke investeringen gedaan in de infrastructuur waartoe zij derden de toegang hadden geweigerd.

## Prejudiciële vragen

De verwijzende rechter vroeg zich in de eerste plaats af of de Bulgaarse mededingingsautoriteit verplicht was om voor alle inbreuken de relevante feiten en relevante markt, de mededingingsverstoringen en de gevolgen daarvan te bepalen alvorens de inbreuken konden worden vastgesteld. Op grond hiervan stelde hij de prejudiciële vraag of indien zowel sprake was van een leveringsweigering als van een handelsbeperking één enkele inbreuk op artikel 102 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) kan worden geconstateerd.

De tweede prejudiciële vraag was of de *Bronner*-voorwaarden niet van toepassing waren in een geval waarin de onderneming met een machtspositie essentiële infrastructuur van de staat heeft ontvangen, of dat daarbij rekening gehouden moest worden met de verplichtingen uit hoofde van de privatiseringsovereenkomst en de vraag of de investeringen die de onderneming sindsdien heeft gedaan op eigen initiatief of op verzoek van de staat waren. Deze vraag volgde vanwege de afwijkende mening van twee van de leden van de Bulgaarse mededingingsautoriteit op grond van *Lietuvos geležinkeliai*.<sup>4</sup>

De derde prejudiciële vraag was of het evenredigheidsbeginsel voldoende kon worden gewaarborgd als het antwoord op de tweede vraag bevestigend was beantwoord, indien beperkende criteria op grond van het beginsel van absolute noodzakelijkheid voor handhaving van de mededinging worden toegepast. Deze vraag was gebaseerd op punt 75 van de Richtsnoeren over handhavingsprioriteiten, waaruit blijkt dat het opleggen van een leveringsverplichting ertoe kan leiden dat ondernemingen met een machtspositie hun investeringen verminderen of daarvan afzien. Ook zouden concurrenten hiervan kosteloos kunnen profiteren ten nadele van de consument.<sup>5</sup>

4 HvJ EU 12 januari 2023, C-42/21 P, ECLI:EU:C:2023:12 (*Lietuvos geležinkeliai/Commissie*).

5 Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (PbEU 2009, C 45/7), punt 75: 'Bij het bepalen van haar handhavingsprioriteiten neemt de Commissie als uitgangspunt dat, algemeen genomen, iedere onderneming, ongeacht of zij een machtspositie heeft, het recht moet hebben haar handelspartners te kiezen en vrij over haar eigendom moet kunnen beschikken. Daarom is de Commissie van oordeel dat de mogelijkheid op te treden op grond van het mededingingsrecht, zorgvuldig moet worden onderzocht ingeval de toepassing van artikel 82 erin kan resulteren dat de onderneming met een machtspositie een leveringsverplichting krijgt opgelegd (47). Het bestaan van een dergelijke verplichting, zelfs tegen een billijke vergoeding, kan immers de prikkels voor de onderneming om te investeren en te innoveren aantasten en daardoor mogelijk de gebruikers schaden. 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.'

## Conclusie advocaat-generaal Medina

De conclusie<sup>6</sup> van de advocaat-generaal was beperkt tot de tweede en derde vraag (in haar conclusie genummerd als 2 en 2.1). De advocaat-generaal zette het tweeledige karakter van de *Bronner*-toets met zijn voorwaarden en criteria uiteen.<sup>7</sup> Daarbij legde zij de nadruk op de voorwaarden met (1) het vereiste van eigendom en (2) het vereiste van volledige beslissingsbevoegdheid ten aanzien van toegang. Zij stelde dat het Hof van Justitie voor ogen had om de *Bronner*-toets strikt te hanteren om te voorkomen dat de prikkel voor ondernemingen met een machtspositie om in hun infrastructuur te investeren zou worden aangetast. Tegelijkertijd vereiste toepassing van de *Bronner*-toets volledige zeggenschap over de betreffende infrastructuur. In alle andere situaties kon niet worden geveerd dat in alle gevallen werd voldaan aan de *Bronner*-criteria.<sup>8</sup>

Volgens de advocaat-generaal was er geen noodzakelijk en direct verband tussen een historisch staatsmonopolie en toepasselijkheid van de *Bronner*-toets. Dit blijkt ook uit het feit dat artikel 102 VWEU daar niet op ingaat.<sup>9</sup> Het arrest *Lietuvos geležinkiai/Commissie* heeft betrekking op een machtspositie die voortvloeit uit een wettelijk monopolie, waarbij de infrastructuur kosteloos is overgedragen door de staat en met staatsmiddelen is ontwikkeld. Een privatisering waarbij de infrastructuur tegen betaling is overgedragen kan hiermee niet worden gelijkgesteld.<sup>10</sup> Uit het feit dat de verplichting om toegang tot een essentiële faciliteit te geven onder *Bronner* was beperkt tot uitzonderlijke omstandigheden, leidde zij af dat het vereiste van eigendom ruim moet worden opgevat en ook zeggenschap omvat.<sup>11</sup> Dit volstaat als rechtvaardiging voor toepassing van de *Bronner*-toets mits die rechten niet worden beperkt op grond van de concessieovereenkomst.<sup>12</sup>

De advocaat-generaal meent dat waar een onderneming met een machtspositie aan wettelijke verplichtingen is onderworpen de toepasselijkheid van de *Bronner*-toets afhangt van de vraag of zij nog vrij kan beslissen om toegang te weigeren. Zij ziet hier een parallel met de concessie- of privatiseringsovereenkomst waarbij vergelijkbare verplichtingen worden opgelegd.<sup>13</sup> De advocaat-generaal laat in dit verband zien dat de Bulgaarse staat openbaar gezag uitoefent over de betrokken infrastructuur door: (1) de wijze van vaststelling van de privatiserings- en concessieovereenkomsten; (2) de toekenning van een gouden aandeel aan de staat; (3) de classificatie bij wet van de olie-infrastructuur als strate-

gische infrastructuur; en (4) de verplichting om derden toegang te geven tot een deel van de opslaginfrastructuur. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of dit de beslissingsautonomie van de Lukoil-groep zodanig beperkt dat zij die alleen behoudt voor wat betreft de voorwaarden van de toegang.<sup>14</sup>

Op grond hiervan achtte de advocaat-generaal de *Bronner*-criteria dan van toepassing waar een onderneming met een machtspositie: (1) de faciliteit via commerciële transacties met particuliere derden heeft verworven en volledige beslissingsautonomie heeft met betrekking tot de faciliteit, geen wettelijk monopolie geniet; of (2) als gevolg van privatisering een essentiële faciliteit heeft verworven waarop de staat een wettelijk monopolie had, maar zelf geen wettelijk monopolie geniet, de faciliteit in eigendom heeft en daarover zeggenschap geniet; of (3) indien zij niet de eigenaar is maar op grond van een concessieovereenkomst daarover (exclusieve) rechten geniet en tegen een billijke prijs beslissingsautonomie heeft verworven.

Toepassing van de *Bronner*-toets is volgens de advocaat-generaal evenwel uitgesloten als een bevoegde autoriteit de relevante beslissingsautonomie heeft beperkt in een privatiserings- of concessieovereenkomst of daarmee verband houdende maatregelen.<sup>15</sup>

## Het arrest

### De eerste vraag over kwalificatie als één enkele inbreuk

Ten aanzien van de eerste vraag stelt het Hof van Justitie vast dat Lukoil Bulgaria en Lukoil Burgas in het licht van artikel 102 VWEU wordt verweten dat zij eenzelfde soort misbruik zouden hebben gepleegd en niet verschillende soorten. Onder aanhalen van het *Sumal*-arrest (2021) herinnert het Hof van Justitie eraan dat volgens vaste rechtspraak het feit dat er in formele zin sprake is van verschillende vennootschappen gezien hun afzonderlijke rechtspersoonlijkheid, eenzijdig marktgedrag voor de toepassing van het mededingingsrecht niet uitsluit.<sup>16</sup> De autoriteit hoeft derhalve niet vast te stellen dat zowel voor wat betreft de ongerechtvaardigde weigering van toegang als voor de handelsbeperkingen aan de voorwaarden van artikel 102 VWEU is voldaan. Dit voor zover zij kan aantonen dat aan de betreffende voorwaarden is voldaan voor het aan deze onderneming verweten geheel van gedragingen dat misbruik oplevert.

### De tweede vraag over toepasselijkheid van de Bronner-voorwaarden

Ten aanzien van de tweede vraag benadrukt het Hof van Justitie in de eerste plaats dat de *Bronner*-voorwaarden bedoeld zijn om een correct evenwicht tot stand te bren-

6 Concl. A-G Medina 10 juli 2025, C-245/24, ECLI:EU:C:2025:570 (Lukoil).

7 Concl. A-G, Lukoil, punt 28.

8 Concl. A-G, Lukoil, punt 35.

9 Concl. A-G, Lukoil, punt 51-52.

10 Concl. A-G, Lukoil, punt 57-58, met verwijzing naar HvJ EU 12 januari 2023, C-42/21 P, ECLI:EU:C:2023:12 (*Lietuvos geležinkiai/Commissie*), r.o. 75.

11 Concl. A-G, Lukoil, punt 64.

12 Concl. A-G, Lukoil, punt 68.

13 Concl. A-G, Lukoil, punt 78.

14 Concl. A-G, Lukoil, punt 79.

15 Concl. A-G, Lukoil, punt 81.

16 Lukoil, r.o. 39, onder verwijzing naar HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 41.

gen tussen enerzijds de vereisten van onvervalste mededinging en anderzijds de contractsvrijheid en het eigendomsrecht van de onderneming met een machtspositie.<sup>17</sup> Een toegangsverplichting wordt gezien als een ernstige inbreuk op deze vrijheid. Ook het langetermijnbelang van consumenten is gediend bij investeringen in infrastructuur zowel van ondernemingen met een machtspositie als van concurrenten, die beide zouden worden gefrustreerd indien al te gemakkelijk derden-toegang wordt afgedwongen.<sup>18</sup>

Indien de autonome beslissingsbevoegdheid van de onderneming met een machtspositie echter is beperkt door wettelijke, bestuursrechtelijke of contractuele voorrechten of verplichtingen die haar verbieden derden toegang te weigeren tot infrastructuur kan zij niet worden geacht daarvan eigenaar te zijn.<sup>19</sup> In dat geval zijn de *Bronner*-voorwaarden niet van toepassing. Letterlijk geciteerd:

‘Derhalve moet worden geoordeeld dat het feit dat een onderneming met een machtspositie niet volledig autonoom kan beslissen over de toegang tot de infrastructuur die zij exploiteert, volstaat om uit te sluiten dat zij kan worden beschouwd als de eigenaar ervan en bijgevolg om de toepassing van de in punt 41 van het arrest *Bronner* vermelde voorwaarden uit te sluiten. In een dergelijke situatie ontnemt het cumulatieve karakter van de twee toepassingscriteria elke relevantie aan de vraag of de betrokken infrastructuur is ontwikkeld voor de behoeften van de eigen activiteiten van de onderneming met een machtspositie.’<sup>20</sup>

Het Hof van Justitie verwierpt ook het argument dat dit anders zou zijn als de infrastructuur door de onderneming tegen een concurrerende prijs is verworven en de onderneming daarin vervolgens aanzienlijk heeft geïnvesteerd:

‘Ongeacht de hoogte van de betaalde prijs en de door de onderneming met een machtspositie gedane investeringen in de betrokken infrastructuur, kan haar situatie echter niet worden geacht vergelijkbaar te zijn met de situatie die ten grondslag lag aan de zaak die tot het arrest *Bronner* heeft geleid, zolang die onderneming niet volledig autonoom over de toegang tot die infrastructuur kan beslissen.’<sup>21</sup>

Waar echter sprake is van volledige beslissingsautonomie kan de situatie worden vergeleken met door de onderneming zelf aangelegde infrastructuur, als sprake is van verwerving tegen een prijs en onder voorwaarden

die voortvloeien uit een op mededinging gebaseerde procedure. Alleen als vaststaat dat de privatiseringsprocedure gebrekkig was, kan een dergelijke gelijkstelling worden uitgesloten.<sup>22</sup> Doorslaggevend voor de vraag of de *Bronner*-voorwaarden van toepassing zijn op infrastructuur die door de overheid is ontwikkeld in het geval van privatisering of het overdragen van exclusieve rechten is derhalve of er volledige beslissingsautonomie is overgedragen, onder voorbehoud van een billijke procedure:

‘op voorwaarde dat, ten eerste, deze privatisering of overdracht van uitsluitende rechten heeft plaatsgevonden in omstandigheden die kunnen waarborgen dat de prijs en de andere voorwaarden van deze privatisering concurrerend zijn, en ten tweede, deze onderneming over de toegang tot die infrastructuur volledig autonoom kan beslissen’.<sup>23</sup>

Het Hof van Justitie komt hiermee niet toe aan de derde vraag die door de verwijzende rechter is gesteld.

## Analyse

### De *Bronner*-context

De *Bronner*-zaak zelf legde de lat zeer hoog voor het aanmerken van een weigering van toegang tot een faciliteit als misbruik van machtspositie.<sup>24</sup> In *Bronner* ging het om toegang tot de huis-aan-huisdistributiedienst van een dominante uitgeverij (Mediaprint), op verzoek van een kleinere concurrent (*Bronner* met zijn blad *Der Standard*). Het Hof van Justitie formuleerde drie cumulatieve eisen die sindsdien bekend staan als de *Bronner*-criteria:

- eliminatie van mededinging: de toegangsweigering moet iedere daadwerkelijke mededinging uitschakelen op de markt van de partij die om toegang verzoekt. Met andere woorden: zonder toegang kan de concurrent niet op de markt overleven (alle concurrentie wordt uitgesloten);
- geen objectieve rechtvaardiging: de weigering mag niet objectief gerechtvaardigd zijn. Dit betekent dat er geen legitieme redenen (zoals veiligheid of technische beperkingen) mogen zijn die de toegangsweigering noodzakelijk maken;
- onmisbaarheid (*indispensability*): de gevraagde faciliteit moet onontbeerlijk zijn voor het aanbod van de concurrent – er is geen reëel of potentieel alternatief beschikbaar. Alleen indien de faciliteit essentieel is (geen andere bron of mogelijkheid om de dienst te verrichten), kan een leveringsweigering misbruik vormen.

Daarnaast benadrukte het Hof van Justitie in *Bronner* bepaalde voorwaarden die aan de faciliteit zelf worden

17 *Lukoil*, r.o. 46 onder verwijzing naar HvJ EU 12 januari 2023, C-42/21 P, ECLI:EU:C:2023:12 (*Lietuvos geležinkiai/Commissie*), r.o. 86.

18 *Lukoil*, r.o. 48, onder verwijzing naar HvJ EU 25 maart 2021, C-152/19 P, ECLI:EU:C:2021:238 (*Deutsche Telekom/Commissie*) en naar HvJ EU 25 maart 2021, C-165/19 P, ECLI:EU:C:2021:239 (*Slovak Telekom/Commissie*).

19 *Lukoil*, r.o. 50.

20 *Lukoil*, r.o. 52.

21 *Lukoil*, r.o. 54.

22 *Lukoil*, r.o. 55.

23 *Lukoil*, r.o. 57.

24 HvJ EG 26 november 1998, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569 (*Bronner*).

gesteld: (1) de infrastructuur in kwestie was door de dominante onderneming voor eigen behoeften ontwikkeld en (2) eigendom van die onderneming.<sup>25</sup> Deze context rechtvaardigde de hoge drempel: de gedachte was dat een bedrijf dat op eigen kosten en risico een infrastructuur heeft opgezet voor zichzelf, in principe niet gedwongen moet worden die aan derden ter beschikking te stellen tenzij aan uitzonderlijk strenge criteria is voldaan. Dit om eigendomsrechten en investeringsprikkel te beschermen en *free-riding* door concurrenten te voorkomen. Zelfs het feit dat de dominante onderneming voor een andere partij, *Wirtschaftsblatt*, het drukken en de totale distributie (inclusief de verkoop in kiosken) voor haar rekening nam, bracht hier geen verandering in.

Omdat *Bronner* hiermee een hoge drempel opwierp voor toegang op basis van het mededingingsrecht in een periode waarin in de Europese Unie alom infrastructuur geprivatiseerd werd, droeg deze uitspraak in belangrijke mate bij tot de noodzaak van uitgewerkte wettelijke toegangsregimes op gebieden als elektronische communicatie, energie, spoorwegen en post. Monopolisten stelden in mededingingszaken vervolgens graag dat *Bronner* het toepasselijke kader was, zij het met wisselend succes.<sup>26</sup> De laatste jaren zien wij in de genoemde trilogie waar *Lukoil* het sluitstuk van vormt, een stapsgewijze inkadering van de reikwijdte van dit arrest.

In *Bronner* suggereerde advocaat-generaal Jacobs al dat de mogelijkheden voor toegang ruimer waren ingeval de betreffende infrastructuur met staatsmiddelen gefinancierd was.<sup>27</sup> In het eerste deel van de genoemde post-*Bronner*-trilogie, *Lietuvos geležinkeliai/Commissie* (2023)<sup>28</sup> was de onderneming met een machtspositie een publieke onderneming die als voormalig staatsmonopolie de betreffende met staatsmiddelen gefinancierde essentiële infrastructuur in beheer had gekregen. Bovendien was deze onderneming wettelijk verplicht om toegang te geven. In dit geval konden de *Bronner*-voorwaarden terzijde worden geschoven.

In deel twee van de trilogie, *Android-Auto* (2025),<sup>29</sup> bereikte de duiding van de *Bronner*-jurisprudentie de digitale wereld. Inzake toegang tot een privaat platform bepaalde het Hof van Justitie hier dat *Bronner* niet van toepassing was omdat het platform in beginsel open stond voor derden, en dat zelfs daartoe een nieuw template gemaakt zou moeten worden, tegenover een redelijke vergoeding. Hiermee volgde het Hof van Justitie zijn advocaat-generaal Medina, die ook in *Lukoil* conclusie nam. Tussen deze twee extremen neemt *Lukoil* een middenpositie in: hier ging het om een private onderne-

ming die geprivatiseerde infrastructuur had overgenomen en daar zelf vervolgens aanzienlijke investeringen in had gedaan.

### De centrale rol van eigendom

De kern van de *Lukoil*-zaak ligt bij de toepasselijkheid van de *Bronner*-voorwaarden. Zoals de advocaat-generaal benadrukt, is de rechtspraak hierover schaars, mede omdat in veel geliberaliseerde of geprivatiseerde netwerksectoren inmiddels wettelijke toegangsregimes gelden.<sup>30</sup> Dit maakt het noodzakelijk te bepalen in hoeverre dergelijke wettelijke kaders ruimte laten voor toepassing van de uitzonderlijke *Bronner*-toets.

De advocaat-generaal reduceert deze problematiek tot één fundamentele vraag: sluiten wettelijke toegangsverplichtingen de toepassing van *Bronner* uit of niet? Volgens haar hangt dit af van de mate waarin die verplichtingen de vrijheid overlaten om toegang te weigeren. Zij systematiseert dit vervolgens in drie categorieën waarin *Bronner* volgens haar nog relevant kan zijn:

1. private eigendom verworven van een particuliere eigenaar;
2. private eigendom verworven van de overheid; en
3. situaties zonder eigendom maar mét autonome beslissingsmacht.

Buiten deze contexten zou *Bronner* geen rol meer spelen.

Het Hof van Justitie kiest echter een andere invalshoek en plaatst in de eerste plaats het begrip 'eigendom' centraal, opgevat als *onbeperkte zeggenschap* over het al dan niet verlenen van toegang. Daarmee schuift het Hof van Justitie in feite de driedeling van de advocaat-generaal terzijde: beslissend is niet de herkomst of juridische vorm van de eigendom, maar de vraag of de betrokken onderneming autonome, volledige beslissingsmacht heeft.

Deze benadering leidt tot een opvallend formalistisch resultaat. Waar de advocaat-generaal ook feitelijke zeggenschap als relevant eigendoms criterium beschouwt, stelt het Hof van Justitie juist dat van eigendom geen sprake is zodra die zeggenschap niet volledig is. Het begrip 'eigendom' wordt hier gelijkgesteld aan *ongehinderde beslissingsmacht*. Volstrekt 'onbegrensde' eigendom bestaat praktisch immers niet – elk eigendomsrecht kent wel enige wettelijke restricties (al waren het maar die van de *Bronner*-rechtspraak zelf). Toch stelt het Hof van Justitie de eigendom centraal met de implicatie 'géén volledige zeggenschap = géén eigendom'. Dit wijkt af van bijvoorbeeld de samenloop van het intellectuele-eigendomsrecht met het mededingingsrecht. Intellectuele-eigendomsrechten bestaan, maar kunnen worden beperkt door de vereisten van een rechtvaardige mededinging: er mag geen misbruik van worden gemaakt. Dat wil niet zeggen dat ze dan niet meer als eigendomsrecht bestaan.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> *Bronner*, r.o. 37.

<sup>26</sup> Zie bijv. HvJ EU 10 september 2024, C-48/22 P, ECLI:EU:C:2024:726 (*Google en Alphabet/Commissie* (*Google Shopping*)); Gerecht 25 oktober 2023, T-136/19, ECLI:EU:T:2023:669 (*Bulgarian Energy Holding e.a./Commissie*).

<sup>27</sup> Concl. A-G Jacobs 28 mei 1998, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:264 (*Bronner*), punt 66.

<sup>28</sup> HvJ EU 12 januari 2023, C-42/21 P, ECLI:EU:C:2023:12 (*Lietuvos geležinkeliai/Commissie*), r.o. 75.

<sup>29</sup> HvJ EU 25 februari 2025, C-233/23, ECLI:EU:C:2025:110 (*Alphabet/AGCM* (*Android-Auto*)).

<sup>30</sup> Concl. A-G, *Lukoil*, punt 47.

<sup>31</sup> Zie bijv. Ch. Fonteyn, I. Akker & W. Sauter, 'Reconciling competition and IP law: the case of patented pharmaceuticals and dominance abuse', in: G. Muscolo & M. Tavassi (red.), *The interplay between competition law and*

### Het negeren van het vereiste van aanleg voor eigen gebruik

Merkwaardig genoeg komt het Hof van Justitie met het benadrukken van de eigendom niet toe aan de vraag of de infrastructuur uitsluitend voor eigen gebruik bedoeld is – terwijl het eerder verstrekken van toegang, of in ieder geval het inrichten van een infrastructuur daarop zoals in geval van een platform, in andere gevallen juist als doorslaggevend wordt beschouwd. Wellicht is de analogie hiervan in deze zaak de publiek opgelegde toegangsverplichting. Deze vraag lijkt zich echter alleen voor te doen als de toegangsverplichting incompleet is of geconstrueerd moet worden, want als hij expliciet is, lijkt de oplossing duidelijk.

Van het grootste belang is steeds de bedoeling van de overheid en de mate waarin deze wettelijk is vastgelegd. Alleen dan wordt het absolute karakter van de eigendom ondermijnd, en wel in de mate waarin de overheid dat van tevoren heeft voorzien. Het belang van de mededinging komt hierbij in feite niet aan de orde: dit is op zijn minst merkwaardig in een arrest dat uiteindelijk over de toepassing van artikel 102 VWEU gaat, en waar het Hof van Justitie de balans tussen eigendoms- en contractvrijheid enerzijds en de mededinging anderzijds als uitgangspunt neemt.

### Verwerving onder concurrerende voorwaarden

In de tweede plaats is naast de vraag of de volledige eigendom is overgedragen volgens het Hof van Justitie weliswaar niet de (absolute) hoogte van de koopsom of van de gedane investeringen van belang, maar wel of de transactie onder concurrerende voorwaarden heeft plaatsgevonden. Dit betreft zowel het proces als de prijs, die onder mededinging bepaald moeten zijn. Dit zijn belangrijke aanknopingspunten voor procedurele waarborgen, die niet alleen mededingingsrechtelijk relevant zijn in het kader van de *Bronner*-toets, maar ook een extra prikkel vormen voor het hanteren van passende procedures bij privatiseringen.

### Investeringsprikkel en de waarde van essentiële infrastructuur

De vraag of de onderneming onder concurrerende voorwaarden de marktwaarde voor de infrastructuur heeft betaald die het Hof van Justitie stelt, is terecht, maar betekent dat echt dat je daarmee voor eeuwig een monopolie kunt kopen? Kennelijk is dat in ieder geval zo als de volledige beslissingsautonomie wordt overgedragen. De balans tussen eigendomsrechten en mededinging in de sleutel van investeringen die hier wordt gesuggereerd is sowieso merkwaardig. Juist de extreme prijsverschillen voor brandstoffen op de wereldmarkt en op de Bulgaarse markt die aanleiding waren tot deze zaak, laten zien dat de nadelen voor consumenten van private monopolie-infrastructuur reëel kunnen zijn. Het is een dooddooener van het Hof van Justitie om alleen te verwijzen naar investeringsprikkel alsof deze absoluut zou-

den zijn en simplistisch om te veronderstellen dat toetreding dan wel zal worden uitgelokt om het probleem op te lossen. De moderne mededingingseconomie toont ook aan dat er allerlei barrières zijn die deze veronderstelling ondermijnen.<sup>32</sup>

### Het evenredigheidsbeginsel

Ten slotte heeft het Hof van Justitie de derde prejudiciële vraag (over evenredigheid) niet afzonderlijk beantwoord. Impliciet volgt uit het arrest dat het evenredigheidsbeginsel verankerd is in de strikte voorwaarden van *Bronner* zelf en dat, als *Bronner* niet van toepassing is wegens gebrek aan autonomie, de gewone misbruiktoets geldt. De verwijzende rechter moet in zulke gevallen wellicht een eigen evenredigheidsafweging maken, maar van het Hof van Justitie kwam daarover geen nadere uitleg omdat de derde vraag verviel in het licht van het antwoord op de tweede vraag.

## Commentaar

Het *Lukoil*-arrest past in een duidelijke jurisprudentiële lijn waarin het Hof van Justitie de reikwijdte van *Bronner* stapsgewijs begrenst. In de recente trilogie tekent zich een duidelijke rode draad af: het Hof van Justitie koppelt de toepasselijkheid van de *Bronner*-doctrine rechtstreeks aan de mate van exclusieve beschikkingsmacht waarover de dominante onderneming ten aanzien van de betrokken faciliteit beschikt. Waar zowel het investerings- en eigendomsbelang als de autonome beslissingsmacht volledig ontbreekt – zoals in *Lietuvos geležinkeliai*, waar de infrastructuur (1) deel uitmaakt van het publieke domein en (2) onderworpen is aan een wettelijke toegangsplicht<sup>33</sup> – acht het Hof van Justitie *Bronner* zonder meer uitgesloten. Aan het andere uiterste bevindt zich het oorspronkelijke *Bronner*-paradigma, waarin een onderneming een faciliteit uitsluitend voor eigen gebruik heeft ontwikkeld en daarover volledige eigendom en beslissingsvrijheid uitoefent; in dat scenario geldt de strikte *Bronner*-toets onverkort.

De tussenliggende gevallen – zoals *Lukoil*, waarin de autonomie door regulering wordt beperkt, maar er geen sprake is van een uitgewerkte toegangsverplichting, en *Android Auto*, waarin de onderneming vrijwillig de infrastructuur op toegang aan derden heeft ingericht – worden eveneens buiten het toepassingsbereik van *Bronner* geplaatst. Het Hof van Justitie beschouwt dergelijke situaties niet als vergelijkbaar met het *Bronner*-model van een door en voor de onderneming zelf gecreëerde infrastructuur die bedoeld is voor eigen gebruik. Zodra de exclusiviteit is doorbroken, hetzij door publiekrechtelij-

32 Zie bijv. C. Shapiro, 'Antitrust: what went wrong and how to fix it', *Antitrust* 2021, nr. 3, p. 33-45.

33 Zoals ook eerder HvJ EU 25 maart 2021, C-152/19 P, ECLI:EU:C:2021:238 (*Deutsche Telekom/Commissie*) en HvJ EU 25 maart 2021, C-165/19 P, ECLI:EU:C:2021:239 (*Slovak Telekom/Commissie*). In *Slovak Telekom* werd echter gewezen op het bestaan van een ander misbruik waarop *Bronner* niet van toepassing was en betrekking had op de ruimte die werd gelaten door de regulering: de impliciete leveringsweigering.

ke verplichtingen, hetzij door vrijwillige openstelling, verliest *Bronner* zijn rechtvaardigingsgrond en verschuift het toetsingskader naar een minder strenge misbruikbeoordeling onder artikel 102 VWEU.

De uitspraken in *Lukoil*, in samenhang gelezen met *Lietuvos geležinkeliai* en *Android Auto*, hebben mogelijk belangrijke implicaties voor de handhaving van het mededingingsrecht in markten die worden gekenmerkt door (voormalige) monopolioïde infrastructures, zowel fysiek als digitaal. Een eerste consequentie is dat het Hof van Justitie duidelijk bevestigt dat de *Bronner*-voorwaarden uitsluitend strikt gelden wanneer er sprake is van volledig private, exclusieve infrastructuur. Zodra een dominante onderneming onderworpen is aan publieke verplichtingen of anderszins niet over volledige autonomie beschikt, of wanneer de infrastructuur is ontwikkeld om het gebruik ervan door derde ondernemingen mogelijk te maken (hetgeen daaruit blijkt dat zij vrijwillig toegang aan derden heeft geopend), valt de situatie buiten het *Bronner*-regime.

Deze benadering heeft bijzondere relevantie voor geprivatiseerde infrastructuur waarin de overheid via concessievoorwaarden, toezichtstructuren of zogenoemde gouden aandelen een vorm van zeggenschap behoudt. In dergelijke situaties is de onderneming geen ‘volledige eigenaar’ in de *Bronner*-zin, zodat uitsluitingsgedrag sneller onder artikel 102 VWEU lijkt te kunnen worden getoetst. Daarmee erkent het Hof van Justitie impliciet dat investeringsargumenten minder zwaar wegen wanneer de exploitatievoorwaarden door de overheid mede worden bepaald.

Hoewel investeringsprikkels volgens het Hof van Justitie een legitiem belang blijven, volgt uit *Lukoil* dat zelfs substantiële investeringen na privatisering niet doorslaggevend zijn wanneer de onderneming niet over volledige autonomie beschikt. In toekomstige geschillen zal het argument dat men ‘zelf heeft betaald’ voor de infrastructuur mogelijk niet volstaan om *Bronner* af te dwingen wanneer de exploitatie aan publieke voorwaarden is gebonden. Wanneer precies de mate van overheidsinvloed doorslaggevend is voor het moeten geven van toegang is in *Lukoil* echter nog niet eenduidig aan gegeven.

Een parallelle ontwikkeling is zichtbaar in de context van digitale platforms. *Android Auto* heeft bepaald dat digitale ecosystemen die van meet af aan zijn ontworpen voor gebruik door derden niet onder het strikte *Bronner*-regime vallen. Platformbedrijven die als poortwachter fungeren, kunnen daarom slechts in uitzonderlijke gevallen een beroep doen op *Bronner*; wanneer een systeem niet uitsluitend ten behoeve van de eigen activiteit van een platformbedrijf werd ontwikkeld, wordt een weigering eerder beoordeeld op haar mededingingsbeperkende effecten en op de geldigheid van objectieve rechtvaardigingen. Dit sluit nauw aan bij recente regulering, waaronder de Digitale marktenverordening, en markeert een bepaalde mate van convergentie tussen mededingingsrecht en sectorale regulering.

Hieruit ontstaat geleidelijk een systematisch onderscheid naar type infrastructuur. Volledig private infra-

structuren die niet zijn ontwikkeld om derden toegang te bieden blijven onder de strenge *Bronner*-drempel vallen; geprivatiseerde infrastructures verschuiven naar een autonomietoets; publiek eigendom valt geheel buiten *Bronner*; en digitale platforms waar toegang voor derden een onderdeel van het verdienmodel is, worden beoordeeld op hun effecten en de robuustheid van rechtvaardigingen. Ook in scenario’s waarin intellectuele eigendom wordt ingeroepen blijft *Bronner* slechts in uitzonderlijke gevallen strikt van toepassing.

Hiermee zijn na meer dan vijftientig jaar de meeste vragen die *Bronner* oproep op hoofdlijnen beantwoord. De belangrijkste resterende vraagstukken betreffen de precieze afbakening van de verschillende categorieën. Denk aan het afhandelen van delen van de productie en de volledige distributie van een concurrent zoals *Wirtschaftsblatt* in *Bronner* tegenover het weigeren van toegang aan een potentiële concurrent op een platform dat dertentoegang als verdienmodel heeft in *Android Auto*. Hier wijst de recente rechtspraak op een hernieuwde aandacht voor consumentenbelangen en innovatie binnen het mededingingsrecht. Het Hof van Justitie benadrukt expliciet dat een weigering die innovatie substantieel belemmert of de kwaliteit van diensten aantast, reeds misbruik kan opleveren, zelfs wanneer de concurrentie niet volledig wordt uitgeschakeld.<sup>34</sup>

Wat *Lukoil* betreft valt te verwachten dat de criteria voor een doorslaggevende mate van overheidsinterventie ten aanzien van het autonomievereiste zich verder uitkristalliseren. Te hopen valt dat hierbij uiteindelijk ook een materiële toets de doorslag geeft en geen formele notie van eigendom of zeggenschap.

34 Concl. A-G, *Lukoil*, punt 3 en 46; HvJ EU 25 februari 2025, C-233/23, ECLI: EU:C:2025:110 (*Alphabet/AGCM (Android-Auto)*), r.o. 52.