Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (пети състав)

12 май 2022 година*

„Преюдициално запитване — Конкуренция — Господстващо положение — Злоупотреба — Член 102 ДФЕС — Въздействие на дадена практика върху благосъстоянието на потребителите и структурата на пазара — Съставляваща злоупотреба практика с отстраняващ ефект — Способност на практиката да породи отстраняващ ефект — Използване на средства, различни от характерните за основаната на качествата конкуренция — Невъзможност за също толкова ефективен хипотетичен конкурент да отговори на практиката — Наличие на антиконкурентно намерение — Отваряне за конкуренцията на пазара за продажба на електрическа енергия — Предаване на чувствителна търговска информация в рамките на група от дружества с цел запазване на господстващо положение на даден пазар, наследено от законен монополист — Носене на отговорност от дружеството майка за поведението на дъщерно дружество“

По дело C-377/20

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 267 ДФЕС от Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) с акт от 21 май 2020 г., постъпил в Съда на 29 юли 2020 г., в рамките на производство по дело

Servizio Elettrico Nazionale SpA,

ENEL SpA,

Enel Energia SpA

срещу

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato и др.,

при участието на:

Green Network SpA,

Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader — AIGET,

Ass.ne Codici — Centro per i Diritti del Cittadino,

Associazione Energia Libera,

* Език на производството: италиански.

Metaenergia SpA,

СЪДЪТ (пети състав),

състоящ се от: E. Regan (докладчик), председател на пети състав, K. Lenaerts, председател на Съда, изпълняващ функцията на съдия в пети състав, C. Lycourgos, председател на четвърти състав, I. Jarukaitis и M. Ilešič, съдии,

генерален адвокат: A. Rantos,

секретар: C. Di Bella, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 9 септември 2021 г.,

като има предвид становищата, представени:

– за Servizio Elettrico Nazionale SpA, от M. D'Ostuni, A. Police и M. Russo, avvocati,

– за ENEL SpA, от M. Clarich и V. Meli, avvocati,

– за Enel Energia SpA, от F. Anglani, C. Tesauro, S. Fienga и M. Contu, avvocati,

– за Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, от G. Aiello, avvocato dello Stato,

– за Green Network SpA, от V. Cerulli Irelli, C. Mirabile и A. Fratini, avvocati,

– за Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader — AIGET, от G. d'Andria, avvocato,

– за германското правителство, от J. Möller и D. Klebs, в качеството на представители,

– за италианското правителство, от G. Palmieri, в качеството на представител, подпомагана от G. Galluzzo и S. Fiorentino, avvocati dello Stato,

– за Кралство Норвегия, от L. Furuholmen, K. Hallsjø Aarvik, K. S. Borge, E. W. Sandaa и P. Wennerås, в качеството на представители,

– за Европейската комисия, от G. Conte, P. Rossi и C. Sjödin, в качеството на представители,

– за Надзорния орган на ЕАСТ, от C. Simpson и M. Sánchez Rydelski, в качеството на представители,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 9 декември 2021 г.,

постанови настоящото

Решение

1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на член 102 ДФЕС.

2 То е отправено в рамките на спорове между, от една страна, Servizio Elettrico Nazionale SpA (наричано по-нататък „SEN“), неговото дружество майка ENEL SpA и дъщерното дружество Enel Energia SpA (наричано по-нататък „EE“) и от друга страна Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Национален орган за защита на конкуренцията и пазара, Италия) (наричан по-нататък „AGCM“) и други страни във връзка с решението на този орган да наложи на посочените дружества глоба за злоупотреба с господстващо положение на основание член 102 ДФЕС (наричано по-нататък „спорното решение“).

Споровете в главното производство и преюдициалните въпроси

3 Настоящото дело се вписва в контекста на постепенната либерализация на пазара за продажба на електрическа енергия в Италия.

4 От 1 юли 2007 г. всички ползватели на италианската електроенергийна мрежа, включително домакинствата и малките и средните предприятия, могат да избират своя доставчик. За отварянето на този пазар обаче е характерно първоначалното прокарване на разграничение между, от една страна, клиентите, които могат да изберат доставчик на свободния пазар, различен от териториално компетентното разпределително дружество, и от друга страна, клиентите от защитения пазар, състоящ се от частноправни субекти и малки предприятия, които, тъй като се счита, че не са в състояние да договарят енергийните продукти, разполагайки с цялата необходима информация или от позиция на силата, продължават да се ползват от регулиран режим, а именно „servizio di maggior tutela“ (услуга за по-добра защита), който създава пазар, поставен под контрола на национален регулаторен орган в даден сектор във връзка с определянето на условията за продажба.

5 По-късно на клиентите на защитения пазар е предоставено разрешение да участват на свободния пазар. Италианският законодател осъществява прехода от защитения пазар към свободния пазар чрез определянето на дата, от която вече не се прилага специална защита в областта на цените.

6 Когато на 20 декември 2018 г. AGCM приема спорното решение, за дата на премахването на специалната защита в областта на цените вече е определен 1 юли 2020 г. След неколкократно отлагане за дата на прехода за малките и средните предприятия е определен 1 януари 2021 г., а за домакинствата — 1 януари 2022 г.

7 С оглед на либерализацията на пазара спрямо ENEL, което до този момент е вертикално интегрирано предприятие и има монопол върху производството на електроенергия в Италия, като осъществява и неговото разпространение, е приложена процедура за разделяне на дейностите по разпространение и продажба, както и по отношение на марките. Вследствие на тази процедура дейностите, свързани с различните фази на процеса на електроразпределение, са възложени на отделни дружества. Така на E-Distribuzione е възложена услугата за разпределение, на EE — доставката на електрическа енергия на свободния пазар, а на SEN — уреждането на услугата за по-добра защита.

8 В основата на споровете в настоящото производство е подадената в AGCM жалба от Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader — AIGET (Италианско сдружение на търговците на едро и търговците на електрическа енергия) и сигнали на отделни потребители за незаконосъобразно използване на чувствителна търговска информация от

страна на оператори, които разполагат с тези данни, тъй като са част от групата ENEL. Поради това на 4 май 2017 г. AGCM започва разследване срещу ENEL, SEN и EE, за да провери дали съвместните действия на съответните дружества представляват нарушение на член 102 ДФЕС.

9 Разследването приключва с приемане на спорното решение, с което AGCM установява, че в периода от януари 2012 г. до май 2017 г. координирани от дружеството майка ENEL, SEN и EE в нарушение на член 102 ДФЕС са злоупотребявали с господстващо положение на пазарите за продажба на електроенергия на битови и небитови потребители, свързани към мрежата с ниско напрежение, в зоните, в които групата ENEL управлява дейността по разпределение. В резултат на това AGCM налага на посочените дружества солидарно глоба в размер на 93 084 790,50 EUR.

10 Укоримото поведение се изразява в прилагането от януари 2012 г. до май 2017 г. на стратегия за отстраняване с цел прехвърляне на клиентелата на SEN, което исторически е управлявало защитения пазар и представлява към 2017 г. все още между 80 % и 85 % от домакинствата и между 70 % и 85 % от другите клиенти, към EE, което осъществява дейност на свободния пазар. По този начин целта на групата ENEL била да изпревари риска от масово пренасочване на клиентите на SEN към трети доставчици, предвид именно пълната отмяна на защитения пазар, за която първоначалната дата е била предвидена през 2017 г.

11 Поради това съгласно спорното решение от 2012 г. нататък SEN се сдобивало със съгласието на своите клиенти от защитения пазар да получават търговски оферти за свободния пазар при дискриминационни условия, състоящи се в изискването това съгласие да се предоставя отделно за дружествата от групата ENEL и отделно за третите лица. По този начин потърсените клиенти били склонни, от една страна, да дадат съгласие в полза на дружествата от групата ENEL, тъй като всъщност им се внушавало, че това съгласие е необходимо за запазване на тяхното електроснабдяване, и от друга страна, те били склонни да откажат да дадат съгласието си на други оператори. Така SEN ограничило броя на клиентите от защитения пазар, които са дали съгласието си за получаване на търговски предложения от конкурентните оператори. Всъщност от всички клиенти на защитения пазар, съгласили се да получат търговски оферти от групата ENEL, които между 2012 г. и 2015 г. са били средно около 500 000 годишно, тоест повече от два пъти средната клиентела на първите трима основни конкуренти, 70 % приели да получат само оферта от групата ENEL, а 30 % приели да получат и оферти от конкуренти.

12 Впоследствие информацията за клиентите от защитения пазар, приели да получат търговски оферти от групата ENEL, е била включена в списъци (наричани по-нататък „списъците SEN“), които са предадени на EE посредством възмездни договори за наем. Доколкото в тях се съдържа информация, която не може да бъде намерена другаде, а именно обвързаността на ползвателите с услугата за по-добра защита, AGCM е приел, че списъците SEN имат стратегическа и незаменима стойност, тъй като позволяват предприемането на целенасочени търговски действия.

13 Списъците SEN били използвани от EE, което обявило търговски оферти изключително за този вид клиенти, например търговската оферта „Sempre Con Te“ („Винаги с теб“), предлагана между 20 март и 1 юни 2017 г., с което стратегията за отстраняване е била

материализирана. Според AGCM използването на списъците SEN е позволило на EE да отклони значителен брой клиенти от своите конкуренти, а именно над 40 % от „спорното търсене“ на клиентите, преминаващи от защитения пазар към свободния пазар.

14 Съгласно спорното решение само един конкурент на EE е установил контакт със SEN, за да придобие списъците SEN с координати на клиентите, които са се съгласили да получават оферти от други предприятия. Това дружество, което посочва, че е узнало за продажбата на списъците от самия уебсайт на SEN, в крайна сметка се е отказало да ги придобие. Други дружества, осъществяващи от много години дейност на съответния пазар, пояснили, че никога не са били уведомявани за тази търговска възможност.

15 ENEL, SEN и EE подават отделни жалби срещу спорното решение до Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Регионален административен съд Лацио, Италия) в качеството му на първоинстанционен съд.

16 С решения от 17 октомври 2019 г., като приема, че е налице злоупотреба с господстващо положение, тази юрисдикция уважава частично жалбите на EE и SEN в частта относно продължителността на твърдяната злоупотреба и критериите, използвани за изчисляването на глобата. В изпълнение на тези съдебни решения AGCM намалява размера на глобата на 27 529 786,46 EUR. Посочената юрисдикция обаче отхвърля изцяло жалбата на ENEL.

17 Трите дружества подават отделни жалби срещу тези решения пред запитващата юрисдикция, от която те искат да отмени глобата или, при условията на евентуалност, да намали нейния размер.

18 В подкрепа на своите жалби ENEL, SEN и EE изтъкват най-напред липсата на доказателства за това, че тяхното поведение представлява злоупотреба, и по-специално че е способно да произвежда, макар и само потенциално, антиконкурентен отстраняващ ефект.

19 Първо, самото включване на името на клиент в списък за телемаркетинг с цел рекламиране на услугите на дъщерни дружества не представлявало злоупотреба, тъй като не предполагало никакво задължение за снабдяване и не пречело на клиента да бъде включен в други списъци, да получава търговски съобщения и да избира или променя по всяко време, включително неколкократно, своя доставчик.

20 На следващо място, според тях използването на списъците SEN не можело да позволи бързо и масово преминаване на клиенти от SEN към EE. Всъщност в периода от март до май 2017 г., само за двата месеца между отправянето на офертата „Sempre Con Te“ и преустановяването на продажбите по телефон (teleselling outbound), EE получило от използването на списъците SEN едва 478 клиенти, тоест 0,002 % от ползвателите на услугата за по-добра защита и 0,001 % от общия брой на ползвателите на електрическа енергия.

21 Освен това AGCM не разгледал представените от ENEL, SEN и EE доказателства от икономически характер, от които било видно, че установеното поведение не е могло да породи и не е породило последици, ограничаващи конкуренцията. В това отношение отчетените от EE положителни резултати при набирането на клиенти, ползващи услугата за по-добра защита, се дължали на два напълно законни фактора, които можели да дадат

алтернативно и по-убедително обяснение от предлаганото от AGCM, а именно, от една страна, фактът, че дружествата от групата ENEL са се представили по-добре на свободния пазар, и от друга страна, привлекателността на марката ENEL.

22 Най-сетне списъците SEN не били нито стратегически, нито незаменими, тъй като на пазара имало налични други подобни списъци с клиенти, ползващи услугата за по-добра защита, които са по-пълни и по-евтини.

23 На второ място, ENEL оспорва прилагането от AGCM на обикновена презумпция, обосноваваща неговата отговорност като дружество майка. В това отношение то посочва, че в резултат на започналата през 2014 г. промяна в структурата на групата ENEL процесът на вземане на решения бил децентрализиран. В новия организационен контекст ENEL, дружеството майка начело на групата, осъществявало само функция, свързана с популяризиране на взаимодействието и най-добрите практики между различните действащи дружества, отказвайки се да взема решения.

24 Според запитващата юрисдикция, която съединява делата по трите жалби за общо разглеждане, е безспорно, че групата ENEL има господстващо положение на съответния пазар. Понятието „злоупотреба“ обаче, по-специално доколкото се отнася за „нетипичните“ ѝ случаи, като този, при който целта е да се предотврати растежът в предлагането от страна на конкурентите или неговото диверсифициране, повдигало въпроси относно тълкуването, доколкото, от една страна, в член 102 ДФЕС параметрите на определението не са посочени изчерпателно и от друга страна, обичайното разграничение между злоупотреба чрез експлоатация и злоупотреба чрез отстраняване не е относимо. По-специално се поставял въпросът дали следва да се вземе предвид стратегията на предприятието с господстващо положение, когато, както в настоящия случай, тя е имала за цел да попречи на преминаването на клиентите към конкурентите, както и това, че самите действия на това предприятие са били законосъобразни, доколкото в случая съгласно запитващата юрисдикция списъците SEN са били получени законно.

25 Запитващата юрисдикция иска да установи също дали е достатъчно спорното поведение да може да изключи конкуренти от съответния пазар, при положение че в хода на разследването посочената група е представила икономически проучвания, за да се докаже, че нейното поведение не е предизвикало конкретен отстраняващ ефект.

26 Накрая злоупотребата с господстващо положение от група предприятия поставя въпроса дали следва да се докаже наличието на активно съгласуване на действащите в рамките на групата различни дружества, или принадлежността към тази група е достатъчна, за да се установи принос в злоупотребата дори от предприятие от групата, което не е осъществявало злоупотребите.

27 При тези обстоятелства Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Възможно ли е поведението, представляващо злоупотреба с господстващо положение, да е съвсем законосъобразно и да е квалифицирано като „злоупотреба“ само поради (потенциалния) ограничителен ефект върху релевантния пазар, или трябва да е налице и определен компонент на противоправност, изразяващ се в използване на „различни

конкурентни методи или средства“ в сравнение с „нормалните“? В последния случай, кои са критериите за установяване на границите между „нормалната“ и „нарушената“ конкуренция?

2) Има ли за цел нормата, която санкционира злоупотребата, да се увеличи максимално благосъстоянието на потребителите, като съдът трябва да определи дали е настъпило (или има опасност от) влошаване, или санкционирането на антиконкурентната практика има за задача да запази самата конкурентна структура на пазара, за да се предотврати натрупване на икономическа мощ, което при всички случаи се приема за вредно за общността?

3) Може ли в случай на злоупотреба с господстващо положение, изразяваща се в опит да се засегне съществуващото равнище на конкуренцията или нейното развитие, предприятието в господстващо положение все пак да докаже, че въпреки теоретичната възможност поведението му да произведе ограничителен ефект, то няма конкретни вредни последици? При утвърдителен отговор, при преценката за наличие на нетипична злоупотреба, насочена към изключване на конкуренцията, следва ли член 102 ДФЕС да се тълкува в смисъл, че [о]рганът трябва да разгледа подробно икономическите анализи, посочени от страната във връзка с конкретната възможност разглежданото поведение да доведе до изключване от пазара на нейните конкуренти?

4) Трябва ли злоупотребата с господстващо положение да се преценява само с оглед на нейните последици (дори само потенциални) върху пазара, без да се отчитат субективните мотиви на търговеца, или доказването на намерението да се ограничи конкуренцията може да се използва (дори изключително), за да се прецени дали поведението на предприятието в господстващо положение представлява злоупотреба; или пък доказването на субективния елемент е от значение само за да се прехвърли тежестта на доказване на това предприятие (което в такъв случай ще трябва да докаже, че не е налице изключващ ефект)?

5) Дали в случай на господстващо положение, изтъкнато по отношение на няколко [дружества] от една и съща група дружества, принадлежността към посочената група е достатъчна, за да се приеме, че дори предприятията, които не са участвали в действията, представляващи злоупотреба, са допринесли за нарушението, така че е достатъчно контролният орган да установи съзнателна съгласуваност, макар и без споразумение, на действията на [дружествата] в рамките на групата с колективно господстващо положение? Или (както при забраната на картелите) трябва все пак да се представи доказателство, макар и косвено, за конкретна координация и функционална връзка между различните [дружества] от групата, по-специално за да се докаже участието на дружеството майка?“.

По преюдициалните въпроси

По допустимостта

28 В представените пред Съда свои писмени становища редица от страните оспорват допустимостта на някои въпроси.

29 Според AIGET вторият въпрос трябвало да се обяви за недопустим, тъй като бил формулиран общо и не бил релевантен. Всъщност нямало спор за това, че ако твърдяната злоупотреба на групата ENEL бъде доказана, тя би била от естество както да изключи от пазара конкурентите, така и да причини вреда на потребителите.

30 Green Network SpA се съмнява в допустимостта на първите четири въпроса, тъй като те не били необходими за разрешаването на споровете в главното производство, още повече че по отношение на тях Съдът вече се бил произнесъл.

31 Накрая според твърдението на AGCM и AIGET петият въпрос е недопустим, тъй като е хипотетичен, доколкото проведеното от AGCM разследване установило наличието на групова стратегия, имаща за цел да се пренасочат клиентите на SEN към EE и с това да се предотврати преминаването им към конкурентни групи.

32 В това отношение следва да се припомни, че съгласно постоянната практика на Съда само националният съд, който е сезиран със спора и трябва да поеме отговорността за последващото му съдебно решаване, може да прецени — предвид особеностите на делото — както необходимостта от преюдициално решение, за да може да се произнесе, така и релевантността на въпросите, които поставя на Съда. Следователно, щом като поставените въпроси се отнасят до тълкуването на правото на Съюза, Съдът по принцип е длъжен да се произнесе (решение от 15 юли 2021 г., The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, т. 54 и цитираната съдебна практика).

33 Оттук следва, че въпросите относно правото на Съюза се ползват с презумпция за релевантност. Съдът може да откаже да се произнесе по отправеното от национална юрисдикция преюдициално запитване само когато е съвсем очевидно, че исканото тълкуване на правото на Съюза няма никаква връзка с действителността или с предмета на спора в главното производство, когато проблемът е от хипотетично естество или когато Съдът не разполага с необходимите данни от фактическа и правна страна, за да бъде полезен с отговора на поставените му въпроси (решение от 15 юли 2021 г., The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, т. 55 и цитираната съдебна практика).

34 В случая, що се отнася най-напред до втория въпрос, трябва да се констатира, че неговото формулиране по общ начин не изключва възможността той да е релевантен за решаването на споровете в главното производство.

35 Впрочем задължение на националната юрисдикция, а не на Съда, е да установява фактите, които са в основата на спора, и да определя последиците им за решението, което трябва да постанови (решение от 10 март 2016 г., Safe Interenvíos, C-235/14, EU:C:2016:154, т. 119). Поради това, след като националната юрисдикция излага в своето запитване необходимите за Съда данни от фактическа и правна страна, за да бъде той полезен с отговора на поставените му въпроси, тези въпроси не могат да бъдат обявени за недопустими само защото са формулирани общо.

36 Що се отнася до твърдението, че не била оспорена възможността чрез твърдяната злоупотреба да се изключат от пазара конкурентите на групата ENEL и да се причини вреда на потребителите, дори тя да се приеме за доказана, това не би променило факта, че

тълкуването на преследваните с член 102 ДФЕС цели би могло да се окаже полезно на запитващата юрисдикция, за да определи какви условия трябва да бъдат изпълнени за установяването на злоупотреба с господстващо положение.

37 По-нататък, що се отнася до относимостта на първия, третия и четвъртия въпрос, достатъчно е да се отбележи, че не е съвсем очевидна липсата на връзка на искането тълкуване на правото на Съюза с действителността или с предмета на споровете в главното производство. Напротив, с оглед на обстоятелствата по тези спорове всеки от посочените въпроси, изглежда, може да даде пояснения на запитващата юрисдикция, които да ѝ позволят да разреши споровете. Що се отнася до обстоятелството, че Съдът вече се бил произнесъл по тези въпроси, следва да се припомни, че по никакъв начин не е забранено националната юрисдикция да постави на Съда преюдициални въпроси, отговорът на които по мнението на някоя от страните в главното производство не оставя място за никакво разумно съмнение (решение от 14 октомври 2021 г., Viesgo Infraestructuras Energéticas, C-683/19, EU:C:2021:847, т. 26).

38 Накрая, що се отнася до петия въпрос, не може да се изключи възможността запитващата юрисдикция да се произнесе в различен смисъл от спорното решение. Поради това не може да се приеме, както поддържат AGCM и AIGET, че този въпрос очевидно няма връзка с действителността или с предмета на споровете в главното производство, или е от хипотетично естество.

39 Следователно поставените от Consiglio di Stato (Държавен съвет) въпроси трябва да се приемат за допустими.

По същество

По втория въпрос

40 С втория въпрос, който следва да се разгледа на първо място, запитващата юрисдикция иска да установи по същество дали член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че за да се установи дали дадена практика представлява злоупотреба с господстващо положение, е достатъчно органът за защита на конкуренцията да докаже, че тази практика може да засегне структурата на ефективна конкуренция на съответния пазар, или алтернативно да докаже, че посочената практика може да окаже въздействие върху благосъстоянието на потребителите.

41 Във връзка с това следва да се припомни, че член 102 ДФЕС е част от съвкупност от правила, които имат за цел да се предотврати нарушаването на конкуренцията за сметка на общия интерес, на интересите на отделните предприятия и на потребителите, като по този начин допринасят за благосъстоянието в Европейския съюз (вж. в този смисъл решение от 17 февруари 2011 г., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, т. 21 и 22).

42 С оглед на това член 102 ДФЕС е израз на поставената с член 3, параграф 1, буква б) ДФЕС обща цел на действията на Съюза, а именно установяването на правила на конкуренцията, които са необходими за функционирането на вътрешния пазар (вж. в този смисъл решения от 2 април 2009 г., France Télécom/Комисия, C-202/07 P, EU:C:2009:214, т. 103 и от 14 октомври 2010 г., Deutsche Telekom/Комисия, C-280/08 P, EU:C:2010:603, т. 170).

43 Основополагащият характер на разпоредбите на Договора за функционирането на ЕС в областта на конкуренцията следва и от Протокол № 27 относно вътрешния пазар и конкуренцията, който по силата на член 51 ДЕС представлява неразделна част от Договорите и съгласно който вътрешният пазар включва система, гарантираща, че конкуренцията не се нарушава (решение от 17 ноември 2011 г., Комисия/Италия, C-496/09, EU:C:2011:740, т. 60).

44 Сред тези правила е целта, по-специално предвидена в член 102 ДФЕС, която съгласно постоянната съдебна практика е насочена към избягване на поведението на предприятие с господстващо положение, водещо във вреда на потребителите до създаването — чрез използването на средства или ресурси, различни от тези, които управляват нормалната конкуренция — на пречки за поддържането на съществуващото на пазара равнище на конкуренция или за развитието на тази конкуренция (вж. в този смисъл решения от 13 февруари 1979 г., Hoffmann-La Roche/Комисия, 85/76, EU:C:1979:36, т. 91, от 27 март 2012 г., Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, т. 24 и от 30 януари 2020 г., Generics (UK) и др., C-307/18, EU:C:2020:52, т. 148 и цитираната съдебна практика). В този смисъл, както констатира Съдът, тази разпоредба цели да санкционира не само практиките, които могат да причинят пряка вреда на потребителите, но и тези, които им причиняват непряко вреда, като засягат структурата на ефективна конкуренция (вж. в този смисъл по-специално решения от 15 март 2007 г., British Airways/Комисия, C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 106 и 107 и от 17 февруари 2011 г., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, т. 24).

45 За сметка на това, както Съдът вече е подчертал, посочената разпоредба допуска изчезването или изтласкването от разглеждания пазар поради основана на качествата конкуренция на тези конкуренти, които са по-малко ефективни и следователно по-малко привлекателни за потребителите с оглед по-специално на цените, избора, качеството или нововъведенията (решение от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия, C-413/14 P, EU:C:2017:632, т. 134 и цитираната съдебна практика).

46 Поради това, както отбелязва по същество генералният адвокат в точка 100 от своето заключение, благосъстоянието както на междинните, така и на крайните потребители следва да се разглежда като окончателна цел, която оправдава намесата на правото на конкуренцията за отстраняване на злоупотребата с господстващо положение на вътрешния пазар или на съществена част от него. Поради това, както Съдът вече е приел, предприятие с господстващо положение има възможност да оправдае действия, които могат да попаднат в обхвата на предвидената в член 102 ДФЕС забрана, по-специално като докаже, че ефектът на отстраняване, до който води неговото поведение, може да бъде неутрализиран, дори преодолян, чрез предимства, свързани с ефективността, които са от полза и за потребителите, най-вече с оглед на цените, избора, качеството или нововъведенията (вж. в този смисъл решения от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия, C-413/14 P, EU:C:2017:632, т. 134 и 140 и от 30 януари 2020 г., Generics (UK) и др., C-307/18, EU:C:2020:52, т. 165 и цитираната съдебна практика).

47 Следователно орган за защита на конкуренцията изпълнява възложената му тежест на доказване когато докаже, че дадена практика на предприятие с господстващо положение може да засегне структурата на ефективна конкуренция при използването на ресурси или средства, различни от тези, които управляват нормалната конкуренция, без да е необходимо да доказва, че тази практика може да причини и пряка вреда на потребителите. Съответното предприятие с господстващо положение може все пак да

избегне забраната по член 102 ДФЕС, като докаже, че отстраняващият ефект, който може да следва от разглежданата практика, се неутрализира и дори преодолява чрез положителни за потребителите последици.

48 С оглед на изложените съображения на втория поставен въпрос следва да се отговори, че член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че за да се установи дали дадена практика представлява злоупотреба с господстващо положение, е достатъчно органът за защита на конкуренцията да докаже, че тази практика може да засегне структурата на ефективна конкуренция на съответния пазар, освен ако предприятието с господстващо положение не установи, че антиконкурентните последици, които могат да следват от посочената практика, се неутрализират и дори преодоляват чрез положителни за потребителите последици, най-вече с оглед на цените, избора, качеството или нововъведенията.

По третия въпрос

49 С третия въпрос, който следва да се разгледа на второ място, запитващата юрисдикция иска да установи по същество дали член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че за да се установи дали поведение на предприятие с господстващо положение представлява злоупотреба, следва да се приемат за относими представените от това предприятие доказателства, че независимо от абстрактната способност на това поведение да породи ограничителни последици, то конкретно не е породило такива последици, а в случай че това е така — дали органът за защита на конкуренцията е длъжен да разгледа задълбочено тези доказателства.

50 В самото начало следва да се отбележи, че що се отнася до практиките на отстраняване — категория, към която спадат твърдените в споровете в главното производство действия — от практиката на Съда следва, че за да се характеризира като злоупотреба, поведението трябва да е било годно да ограничи конкуренцията, и по-конкретно да породи сочения отстраняващ ефект (решение от 30 януари 2020 г., Generics (UK) и др., C-307/18, EU:C:2020:52, т. 154 и цитираната съдебна практика).

51 Следователно, когато предприятие с господстващо положение твърди в хода на административното производство, че поведението му не е било в състояние да ограничи конкуренцията и подкрепя това с доказателства, съответният орган за защита на конкуренцията трябва да провери дали при обстоятелствата в дадения случай разглежданото поведение действително е имало такава способност (вж. в този смисъл решение от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия, C-413/14 P, EU:C:2017:632, т. 138 и 140).

52 Във връзка с това, в съответствие с правото на изслушване, което съгласно постоянната съдебна практика представлява общ принцип на правото на Съюза, приложим когато административен орган възнамерява да приеме срещу дадено лице увреждащ го акт, органите за защита на конкуренцията имат по-специално задължението да изслушат засегнатото предприятие, което означава те да отделят цялото необходимо внимание на представеното от него становище и внимателно и безпристрастно да разгледат всички относими към случая обстоятелства, и по-специално представените от това предприятие доказателства (вж. по аналогия решение от 16 октомври 2019 г., Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, EU:C:2019:861, т. 39—42).

53 При това положение следва да се припомни, че квалифицирането на дадена практика на предприятие с господстващо положение като злоупотреба не изисква да се докаже, че е бил постигнат очакваният резултат от осъществявана от такова предприятие практика за отстраняване на конкурентите от съответния пазар, а с това и да се докаже наличието на конкретен отстраняващ ефект върху пазара. Всъщност член 102 ДФЕС има за цел да санкционира злоупотребата от едно или повече предприятия с господстващо положение на вътрешния пазар или на съществена част от него, независимо дали подобна злоупотреба се е оказала ползотворна или не (вж. в този смисъл решение от 30 януари 2020 г., České dráhy/Комисия, C-538/18 P и C-539/18 P, непубликувано, EU:C:2020:53, т. 70 и цитираната съдебна практика).

54 Когато обаче, както се подчертава в точка 20 от съобщението на Комисията, озаглавено „Насоки за приоритетите на Комисията по прилагането на член [102 ДФЕС] в областта на злоупотребата с практики на отстраняване на конкуренти, наложени от предприятия с господстващо положение“ (ОВ C 45, 2009 г., стр. 7), практиката е била прилагана през достатъчно дълъг период от време, от пазарните резултати на господстващото предприятие и на неговите конкуренти могат да се намерят преки доказателства за антиконкурентно препятстване, но обратното обстоятелство, при което дадена практика не е породила антиконкурентни последици, не може да изключи възможността — дори дълго време след като практиката е била прекратена — тя да е имала способност за това когато е била въведена. Всъщност подобна липса на последици би могла да е следствие от други причини и да се дължи по-специално на промени, настъпили на съответния пазар след началото на посочената практика или на неспособността на предприятието с господстващо положение да осъществи успешно стратегията, стояща в нейната основа.

55 При това положение представеното от предприятие с господстващо положение доказателство за липсата на конкретен отстраняващ ефект не може да се счита за достатъчно само по себе си, за да се изключи прилагането на член 102 ДФЕС.

56 Това обстоятелство обаче може да подсказва, че разглежданото поведение не е можело да породи твърдения отстраняващ ефект. Засегнатото предприятие обаче трябва да допълни така започнатото доказване с доказателства, че липсата на конкретни последици наистина е следствие от неспособността на даденото поведение да породи такъв ефект.

57 В настоящото дело от това следва, че изтъкнатото от съответните дружества обстоятелство, за да оспорят наличието на злоупотреба с господстващо положение, че ЕЕ е получило посредством използването на списъците SEN едва 478 клиенти, тоест 0,002 % от клиентите на защитения пазар, само по себе си не може да се счита за достатъчно, за да се докаже, че разглежданата практика не е имала способността да породи отстраняващ ефект.

58 С оглед на всички изложени по-горе съображения на третия поставен въпрос следва да се отговори, че член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че за да се изключи възможността поведението на предприятие с господстващо положение да представлява злоупотреба, трябва да се приеме за недостатъчно представянето от негова страна само на доказателство, че това поведение не е породило конкретни ограничителни последици. Това доказателство би могло да е признак за неспособността на даденото поведение да породи антиконкурентни последици, но то трябва да бъде допълнено с други доказателства, установяващи тази неспособност.

По четвъртия въпрос

59 С четвъртия въпрос, който следва да се разгледа на трето място, запитващата юрисдикция иска да установи по същество дали член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че наличието на злоупотреба, която представлява упражнявана от предприятие с господстващо положение практика с отстраняващ ефект, трябва да се преценява единствено въз основа на способността на тази практика да породи антиконкурентни последици или следва да се вземе предвид намерението на съответното предприятие да ограничи конкуренцията.

60 В това отношение следва да се припомни, че забранената от член 102 ДФЕС злоупотреба с господстващо положение е обективно понятие (вж. по-специално решения от 30 януари 2020 г., Generics (UK) и др., C-307/18, EU:C:2020:52, т. 148 и от 25 март 2021 г., Deutsche Telekom/Комисия, C-152/19 P, EU:C:2021:238, т. 41).

61 Както бе припомнено в точка 50 от настоящото решение, квалифицирането на дадена практика на отстраняване като злоупотреба зависи от отстраняващия ефект, който тя е годна да породи или е породила. Така, за да установи дали дадена практика има отстраняващ ефект, органът за защита на конкуренцията трябва да докаже, от една страна, че тази практика е била в състояние, когато е била приложена, да породи такъв отстраняващ ефект, и по-конкретно че е можела да затрудни навлизането или запазването на конкуренти на съответния пазар, с което практиката е могла да повлияе върху структурата на пазара, и от друга страна, че тази практика се е основавала на използването на средства, различни от характерните за основаната на качествата конкуренция. По принцип обаче нито едно от тези условия не изисква доказване на умисъл.

62 Следователно, за да констатира злоупотребата с господстващо положение с оглед на прилагането на член 102 ДФЕС, органът за защита на конкуренцията изобщо не е длъжен да доказва наличието на антиконкурентно намерение от страна на предприятието с господстващо положение (решение от 19 април 2012 г., Tomra Systems и др./Комисия, C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 21).

63 Поради това, макар прилагането на член 102 ДФЕС изобщо да не изисква да се установи, че предприятието с господстващо положение е имало антиконкурентно намерение, доказателството за такова намерение, дори само по себе си да не е достатъчно, представлява фактическо обстоятелство, което може да бъде взето предвид при определянето на злоупотреба с господстващо положение (решение от 30 януари 2020 г., Generics (UK) и др., C-307/18, EU:C:2020:52, т. 162 и цитираната съдебна практика).

64 С оглед на гореизложените съображения на четвъртия поставен въпрос следва да се отговори, че член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че наличието на злоупотреба, която представлява упражнявана от предприятие с господстващо положение практика с отстраняващ ефект, трябва да се преценява въз основа на способността на тази практика да породи антиконкурентни последици. Органът за защита на конкуренцията не е длъжен да доказва намерението на съответното предприятие да отстрани конкурентите си по начини или чрез средства, различни от характерните за основаната на качествата конкуренция. Доказването на такова намерение обаче представлява фактическо обстоятелство, което може да се вземе предвид при определянето на дадена злоупотреба с господстващо положение.

По първия въпрос

65 С първия въпрос запитващата юрисдикция иска да установи по същество дали член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че практика, която впрочем е законна извън конкурентното право, може, когато е приложена от предприятие с господстващо положение, да се квалифицира като „злоупотреба“ по смисъла на тази разпоредба единствено въз основа на нейните потенциално антиконкурентни последици или тази квалификация изисква освен това практиката да се прилага по начини или чрез средства, различни от тези, които уреждат нормалната конкуренция. С втората хипотеза запитващата юрисдикция иска да установи които са критериите, които позволяват да се направи разграничение между начините или средствата, които се отнасят до обичайната конкуренция от тези, които са свързани с нарушената конкуренция.

66 Във връзка с това следва да се припомни, че член 102 ДФЕС забранява като несъвместима с вътрешния пазар всяка злоупотреба от страна на едно или повече предприятия с господстващо положение в рамките на вътрешния пазар или на съществена част от него, доколкото тя може да повлияе върху търговията между държавите членки.

67 Съгласно постоянната съдебна практика понятието „злоупотреба“ по смисъла на член 102 ДФЕС се основана на обективна преценка на даденото поведение. Неправомерността на представляващото злоупотреба поведение от гледна точка на тази разпоредба обаче не зависи от квалификацията на това поведение в други клонове на правото (вж. в този смисъл решение от 6 декември 2012 г., AstraZeneca/Комисия, C-457/10 P, EU:C:2012:770, т. 74 и 132).

68 По-точно, както следва от точка 44 от настоящото решение, това понятие обозначава всяка практика, която може да засегне структурата на ефективна конкуренция посредством средства, различни от тези, които управляват нормалната конкуренция. Така то има за цел да санкционира поведението на предприятие с господстващо положение на пазар, на който равнището на конкуренция вече е отслабено именно поради присъствието на това предприятие, което поведение — посредством методи, различни от управляващите нормалната конкуренция между стоките или услугите на основата на престациите на икономическите оператори — имат за последица създаването на пречка за запазването на все още съществуващото равнище на конкуренция на пазара или за развитието на тази конкуренция (решение от 13 февруари 1979 г., Hoffmann-La Roche/Комисия, 85/76, EU:C:1979:36, т. 91 и от 25 март 2021 г., Deutsche Telekom/Комисия, C-152/19 P, EU:C:2021:238, т. 41).

69 Що се отнася до практиките, които са предмет на споровете в главното производство, както бе посочено в точка 50 от настоящото решение, злоупотребата предполага те да са имали способността да породят отстраняващия ефект, на които се основава спорното решение.

70 Безспорно тези последици не трябва да са чисто хипотетични (решение от 6 октомври 2015 г., Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, т. 65). Следователно, от една страна, дадена практика не може да се квалифицира като злоупотреба, ако само е била предвидена, но не е била приведена в действие. От друга страна, орган за защита на конкуренцията не може да се основе на последиците, които тази практика би могла или е трябвало да породи в случай, че някои особени обстоятелства, липсващи към момента на привеждането ѝ в действие и чието осъществяване тогава е било малко вероятно, са се осъществили или се осъществяват.

71 За сметка на това, за да се възприеме такава квалификация, е достатъчно тази практика да е имала способността през периода, в който е била приложена, да породи отстраняващ ефект по отношение на конкуренти, които са поне толкова ефективни, колкото предприятието с господстващо положение (вж. в този смисъл решение от 6 октомври 2015 г., Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, т. 66 и цитираната съдебна практика).

72 Доколкото характеризирането на дадена практика като злоупотреба не зависи от формата, която тя има или е имала, а предполага тя да е била годна да ограничи конкуренцията, и по-конкретно при прилагането си да е породила или да е могла да породи сочения отстраняващ ефект, то това условие трябва да се преценява с оглед на всички релевантни фактически обстоятелства (вж. в този смисъл решения от 30 януари 2020 г., Generics (UK) и др., C-307/18, EU:C:2020:52, т. 154 и от 25 март 2021 г., Slovak Telekom/Комисия, C-165/19 P, EU:C:2021:239, т. 42).

73 При това положение, както бе припомнено в точка 45 от настоящото решение, член 102 ДФЕС по никакъв начин няма за цел да попречи на дадено предприятие да завоюва господстващо положение на пазара въз основа на своите качества, и по-специално с оглед на своята компетентност и способности, нито цели да гарантира, че конкурентите, които са по-малко ефективни от заемащо такова положение предприятие, ще останат на пазара. Всъщност не всеки отстраняващ ефект непременно нарушава конкуренцията, тъй като по дефиниция основаната на качествата конкуренция може да доведе до изчезването от пазара или изтласкването на конкурентите, които са по-малко ефективни и следователно по-малко привлекателни за потребителите с оглед по-специално на цените, избора, качеството или нововъведенията (решение от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия, C-413/14 P, EU:C:2017:632, т. 133 и 134).

74 Предприятията с господстващо положение обаче, независимо от причините за достигането до него, носят особена отговорност да не засягат с поведението си ефективната и ненарушена конкуренция на вътрешния пазар (вж. по-специално решения от 9 ноември 1983 г., Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия, 322/81, EU:C:1983:313, т. 57 и от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия, C-413/14 P, EU:C:2017:632, т. 135).

75 Следователно, макар предприятията с господстващо положение да могат да се защитават от своите конкуренти, те трябва да го правят при използване на средствата на „нормалната“ конкуренция, тоест която е основана на качества.

76 За сметка на това тези предприятия не могат да затрудняват навлизането или запазването на съответния пазар на също толкова ефективни конкуренти чрез прибягване до конкурентни средства, които не се основават на качества. По-специално те трябва да се въздържат от използване на господстващото си положение, за да разширят своето присъствие на друг пазар посредством конкурентни средства, които не се основават на качества (вж. в този смисъл решения от 3 октомври 1985 г., CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, т. 25, от 14 ноември 1996 г., Tetra Pak/Комисия, C-333/94 P, EU:C:1996:436, т. 25 и от 17 февруари 2011 г., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, т. 87).

77 За конкурентно средство, което не се основава на качества, трябва да се счита всяка практика, за прилагането на която предприятие с господстващо положение има като единствен икономически интерес отстраняването на своите конкуренти, за да може

впоследствие да увеличи цените си, като се облагодетелства от своето монополно положение (вж. в този смисъл решение от 3 юли 1991 г., AKZO/Комисия, C-62/86, EU:C:1991:286, т. 71).

78 Както отбелязва генералният адвокат в точки 69—71 от заключението си, това важи и за практика, каквато не може да се възприеме от хипотетичен конкурент, който, макар и също толкова ефективен, няма господстващо положение на съответния пазар, доколкото тази практика се основава на използването на начини или средства, присъщи за намиращите се в такова положение.

79 Значението на действителната или рационалната невъзможност даден хипотетичен също толкова ефективен конкурент без господстващо положение да имитира разглежданата практика, за да се определи дали тя се крепи на конкурентни средства, основани на качествата, произтича от съдебната практика по отношение както на ценовите, така и на неценовите практики.

80 Що се отнася до първата от тези две категории практики, която включва отстъпките за лоялност, практиките на ниски цени под формата на избирателни или хищнически цени, както и практиките на свиване на маржовете, от съдебната практика следва, че те по принцип се преценяват с използването на така наречения тест за „също толкова ефективния конкурент“, имащ за цел да се прецени именно способността на такъв конкурент, разглеждан абстрактно, да възпроизведе поведението на предприятието с господстващо положение (вж. по-специално решение от 17 февруари 2011 г., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, т. 41—43).

81 Наистина тази проверка е само един от начините да се установи дали предприятие с господстващо положение е прибягнало до средства, различни от свързаните с „обичайната“ конкуренция, така че органите в областта на конкуренцията нямат задължението систематически да се позовават на такъв тест, за да установят, че дадена ценова практика представлява злоупотреба (вж. в този смисъл решение от 6 октомври 2015 г., Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, т. 57).

82 Все пак значението, което по принцип се придава на този тест, когато той може да бъде осъществен, доказва също така, че невъзможността на даден хипотетичен също толкова ефективен конкурент да възпроизведе поведението на предприятието с господстващо положение представлява, що се отнася до практиките на отстраняване, един от критериите, който позволява да се определи дали това поведение трябва да се счита за основано на използването на средства, свързани с обичайната конкуренция.

83 Що се отнася до втората категория от посочените в точка 79 от настоящото решение практики, а именно неценовите практики, каквито са отказа за доставка на стоки или услуги, Съдът подчертава, че изборът на предприятието с господстващо положение да запази за себе си мрежата за дистрибуция не представлява противоречащ на член 102 ДФЕС отказ за доставяне, тъй като именно е възможно даден конкурент да създаде аналогична мрежа за дистрибуция на собствените си стоки (вж. в този смисъл решение от 26 ноември 1998 г., Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, т. 44 и 45).

84 Когато е установено от орган за защита на конкуренцията, че дадена практика на предприятие с господстващо положение може да засегне ефективната и ненарушена конкуренция на вътрешния пазар, за да не се счита тази практика за злоупотреба с

господстващо положение, предприятието може да докаже, че тя е била или е обективно обоснована от някои обстоятелства по конкретния случай, които по-специално трябва да бъдат външни за предприятието (вж. в този смисъл решение от 17 февруари 2011 г., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, т. 31 и 75), или от интереса на потребителите, предвид преследваната от член 102 ДФЕС крайна цел (вж. в този смисъл по-специално решение от 30 януари 2020 г., Generics (UK) и др., C-307/18, EU:C:2020:52, т. 165).

85 Що се отнася до втората хипотеза, следва да се подчертае, че понятието за конкуренция, основана на качества, по принцип се отнася до състояние на конкуренцията, от което потребителите извличат полза чрез по-ниски цени, по-високо качество и по-голям избор на нови или по-ефективни стоки и услуги. В този смисъл, както отбелязва генералният адвокат в точка 62 от заключението си, като пример за основана на качествата конкуренция трябва да се считат действията, които водят до разширяване на избора на потребителите чрез пускане на пазара на нови стоки или чрез увеличаване на количеството или качеството на вече предлаганите.

86 В такъв случай предприятието с господстващо положение може да оправдае действия, които могат да попаднат в обхвата на предвидената в член 102 ДФЕС забрана, като докаже, че ефектът на отстраняване, до който води неговото поведение, може да бъде неутрализиран, дори преодолян, чрез предимства, свързани с ефективността, които са от полза и за потребителите (вж. в този смисъл решения от 15 март 2007 г., British Airways/Комисия, C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 86, от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия, C-413/14 P, EU:C:2017:632, т. 140 и от 30 януари 2020 г., Generics (UK) и др., C-307/18, EU:C:2020:52, т. 165).

87 Що се отнася до споровете в главното производство, запитващата юрисдикция следва да прецени дали AGCM е доказал по надлежен начин, че възприетата от предприятието ENEL стратегия между 2012 г. и 2017 г. е могла да засегне ефективната и ненарушена конкуренция на вътрешния пазар. За да я насочи при тази преценка, Съдът все пак може да ѝ предостави всички насоки за тълкуване на правото на Съюза, които да ѝ бъдат полезни (вж. по-специално решения от 16 юли 2015 г., ЧЕЗ Разпределение България, C-83/14, EU:C:2015:480, т. 62 и от 6 октомври 2021 г., A (Преминаване на граница със спортна лодка), C-35/20, EU:C:2021:813, т. 85).

88 В случая от представената на Съда преписка се установява най-напред, че като следствие от отделянето на различните дейности от предприятието ENEL, което дотогава е било вертикално интегрирано и заемащо монополно положение на пазарите на производство, пренос и разпределение на електроенергия в Италия, на SEN е било възложено управлението на клиентите само от защитения в тази държава членка пазар. Ясно е било обаче, че защитеният пазар ще престане да съществува, като към момента на предстоящото му премахване съответните клиенти е трябвало да изберат нов доставчик. Освен това, за да се избегне прехвърлянето на конкурентно преимущество, секторната правна уредба е допуснала предаването на чувствителна търговска информация между дружествата, които продават електроенергия на защитения пазар и дружествата, които осъществяват дейност на свободния пазар, само доколкото предоставянето на тази информация е недискриминационно.

89 По-нататък, от предоставените от запитващата юрисдикция данни следва, че визираното в спорното решение поведение по същество е свързано не с отказа на SEN да позволи на конкуренти на ЕЕ да получат съществено улеснение, каквото биха представлявали данните

за връзка с клиентите на защитения пазар, а с решението на SEN да предаде на EE срещу заплащане притежавана от него търговска информация за неговите клиенти, най-вече данните за връзка с тях, по начин, който е неблагоприятен и следователно дискриминационен спрямо конкурентите на EE на свободния пазар, при положение че SEN е имало доминиращо положение на защитения пазар.

90 Накрая, запитващата юрисдикция изглежда изхожда от предпоставката, че най-малкото SEN и EE образуват едно и също предприятие по смисъла на член 102 ДФЕС.

91 С оглед на тези обстоятелства, които запитващата юрисдикция трябва да провери, изглежда уместно да се припомни, че следва да се приеме като използване на средства, различни от свързаните с основана на качествата конкуренция, използването на ресурси, недостъпни по принцип за даден хипотетичен конкурент със същата ефективност, който обаче няма господстващо положение, когато е налице предприятие, разполагащо с изключителни права, например законен монопол, което ги използва, за да разшири от един пазар своето господстващо поради тези права положение към друг пазар (вж. в този смисъл решение от 17 юли 2014 г., Комисия/DEI, C-553/12 P, EU:C:2014:2083, т. 45—47 и 66—68).

92 На по-силно основание от това следва, че когато едно предприятие загуби законния монопол, с който е разполагало на даден пазар, то трябва да се въздържа през цялата фаза на либерализиране на този пазар да използва средства, които е имало въз основа на бившия си монопол, и които на това основание не са на разположение на неговите конкуренти, за да запази на новосъздадения пазар господстващо положение по друг начин, а не чрез собствените си качества.

93 Тези съображения предполагат, че в споровете в главното производство предприятието, което се твърди, че е образувано съвместно от SEN и EE, е имало най-малкото особената отговорност да се въздържа от всяко поведение на защитения пазар, което би могло да накърни структурата на ефективна конкуренция на свободния пазар, в частност да разширява върху този пазар господстващото положение, с което е разполагало на защитения пазар, чрез средства, несвързани с основана на качествата конкуренция (вж. по аналогия решение от 3 октомври 1985 г., CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, т. 27).

94 Безспорно е обаче, че възможността за свързване с клиентите от защитения пазар е била несъмнено от икономически интерес за всяко предприятие, желаещо да развива дейност на свободния пазар. Също така, след като предприятието, което се твърди, че е образувано съвместно от SEN и EE, е имало намерение да прехвърли на EE срещу заплащане притежавана от SEN търговска информация за неговите клиенти, то за да не се наруши ефективната структура на конкуренцията, това предприятие е трябвало да предостави и на конкурентите на EE достъп до тази информация на равни условия и срещу равностойна престация.

95 Разбира се, предвид правото на защита на личните данни, което е основно право, гарантирано с член 8, параграф 1 от Хартата на основните права на Европейския съюз (наричана по-нататък „Хартата“), не би могло да се упрекне дружество, каквото е SEN, че е получило предварително съгласието на своите клиенти с оглед на подобно предоставяне на техните лични данни. Освен това такова дружество не може да носи отговорност и за решението на част от неговите клиенти да разрешат предоставянето на техните лични данни само на определени дружества.

96 За да изпълни обаче особената отговорност, която носи поради своето господстващо положение на защитения пазар, SEN е трябвало — предвиждайки желанието на трети дружества да се развиват на свободния пазар и да получат тези данни — да предложи на клиентите си да получават оферти от непринадлежащи към групата ENEL дружества по начин, който не е дискриминационен, а именно като следи изразеното съгласие да се получава по безпристрастен начин, доколкото в противен случай би могло да се стигне до положение, при което предназначените за предоставяне на ЕЕ списъци са значително по-изчерпателни от тези, които са предназначени да бъдат продадени на конкурентите на това дружество.

97 В случая предоставената на Съда информация не позволява да се разбере точното естество на установеното от AGCM дискриминационно третиране. Всъщност, макар от акта за преюдициално запитване да е видно, че SEN е поискало съгласието на своите клиенти от защитения пазар да получават „поотделно“ търговски оферти от дружествата от групата ENEL и от трети лица, изложението в него не позволява да се определи с достатъчна яснота дали това понятие се отнася до обстоятелството, че тези искания са били направени по различно време или до това, че те са отразени на различни места в един и същи документ, нито пък дали всички трети дружества без разлика са били визирани от едно и също искане за съгласие, дали е било възможно да се даде съгласие за получаването на оферти от трети дружества без обвързващо съгласие за получаване на офертите от групата ENEL, или още, дали клиентите на SEN са могли да избират индивидуално на кои трети дружества да се разреши да им отправят търговски оферти, както изглежда това е било предвидено за групата ENEL.

98 При това положение следва да се припомни, че AGCM носи тежестта да докаже способността на поведението на SEN да породи реален или потенциален отстраняващ ефект. Като се има предвид, че тази способност не трябва да бъде чисто хипотетична, за да изпълни това задължение, AGCM е трябвало да установи в спорното решение въз основа на доказателства, като например проучвания на поведението, че използваният от SEN способ за получаване на съгласието на неговите клиенти данните им да бъдат предавани е бил действително от естество да благоприятства списъците, които е трябвало да се предоставят на ЕЕ.

99 Ако запитващата юрисдикция установи, че в спорното решение AGCM е доказал наличието на пристрастност в начина, по който SEN е търсило съгласието на своите клиенти за получаването на оферти, така че да бъдат облагодетелствани дружествата от групата ENEL в ущърб на неговите конкуренти, съществуването на подобна пристрастност би изключило възможността разликата в количеството информация в списъците, предназначени за ЕЕ и списъците, предназначени за конкурентите, да се дължи на факта, че дружествата от групата ENEL са имали по-добри постижения на свободния пазар или марката ENEL е била по-привлекателна. Всъщност самото съществуване на тази пристрастност по определение би направило невъзможно да се установи наличието на обективни причини, обясняващи различията в полученото съгласие. Следователно, като се има предвид, че в тази хипотеза пристрастността би била последица от поведението на SEN, отговорността за разликата между броя на клиентите, отразени в списъците, предназначени за ЕЕ и в списъците, предназначени за неговите конкуренти, би трябвало да се вмени на SEN.

100 Това би означавало, че така SEN е предало на ЕЕ средство, което може да предостави сравнително предимство на предприятието на свободния пазар съгласно посочения в точка 90 от настоящото решение постулат, че тези две дружества образува най-малкото

едно цяло, макар от материалите по делото да е видно, че процесът на разделяне на дейностите на ENEL е имал за цел именно да се избегне подобно предаване. При това положение би трябвало да се приеме, че последващото използване на това средство представлява конкретно прилагане на практика, която поне първоначално е имала способността да породи отстраняващ ефект на свободния пазар.

101 Подобно поведение обаче по необходимост не би могло да се прояви от страна на хипотетичен също толкова ефективен конкурент, тъй като поради заеманата от SEN позиция на защитения пазар вследствие от премахването на по-рано притежавания от предприятието ENEL законен монопол, никое конкурентно предприятие не е могло да разполага със структура, която да предостави в такова количество данни за връзка с клиентите на защитения пазар.

102 От това следва, че доколкото злоупотребата с господстващо положение се преценява с оглед на възможността разглежданото поведение да има отстраняващ ефект, а не с оглед на конкретните последици от него, ако бъде установено, че SEN е поискало по дискриминационен начин от своите клиенти съгласието им да получават оферти съответно от дружества от групата ENEL и от неговите конкуренти, самото това обстоятелство би било достатъчно, за да се установи, че поведението на предприятието, което се състои най-малкото от SEN и ЕЕ, е могло да засегне ефективната и ненарушена конкуренция. Подобна констатация не може да бъде разколебана от причините, поради които никой от посочените конкуренти не е решил да закупи предложената им информация, от способността на ЕЕ да превърне това сравнително преимущество в търговски успех или от необходимата грижа, която конкурентните предприятия са могли или е трябвало да положат, като например закупуването от трети лица на файлове, съдържащи данни за клиентите на защитения пазар, за да ограничат вредоносните последици от тази практика.

103 С оглед на гореизложеното на първия въпрос следва да се отговори, че член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че законосъобразна извън конкурентното право практика може да се квалифицира като „злоупотреба“ по смисъла на тази разпоредба, когато е въведена от предприятие с господстващо положение, ако може да породи отстраняващ ефект и се основава на използването на средства, различни от свързаните с основана на качествата конкуренция. Когато тези две условия са изпълнени, съответното предприятие с господстващо положение може все пак да избегне прилагането на предвидената в член 102 ДФЕС забрана, като докаже, че разглежданата практика е обективно обоснована и пропорционална с оглед на тази обосновка или е неутрализирана и дори преодоляна чрез предимства, свързани с ефективността, които са от полза и за потребителите.

По петия въпрос

104 С петия въпрос запитващата юрисдикция иска да установи по същество дали член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че когато едно или няколко дъщерни дружества, принадлежащи към дадена стопанска единица, злоупотребяват с господстващо положение, наличието на тази единица е достатъчно, за да се приеме, че дружеството майка също носи отговорност за тази злоупотреба, дори когато последното не е участвало в злоупотребите, или е необходимо да се докаже, макар и непряко, наличието на координиране между тези различни дружества, и по-специално да се докаже участие на дружеството майка.

105 В самото начало е важно да се припомни, че за да обозначат извършителя на нарушение на конкурентното право, авторите на Договора за функционирането на ЕС са избрали да използват понятието „предприятие“, което в този контекст обозначава една стопанска единица, макар от правна гледна точка тази стопанска единица да е съставена от няколко физически или юридически лица (решение от 27 април 2017 г., Akzo Nobel и др./Комисия, C-516/15 P, EU:C:2017:314, т. 48).

106 От така направения избор следва, че когато подобна единица нарушава правилата на Съюза в областта на конкуренцията, съгласно принципа на личната отговорност тя следва да отговаря за това нарушение (решение от 25 март 2021 г., Deutsche Telekom/Комисия, C-152/19 P, EU:C:2021:238, т. 73).

107 Като се има предвид обаче, че отговорността за такова нарушение трябва да бъде вменена на юридическо лице, на което може да бъдат наложени глоби, прилагането на понятието „предприятие“, а чрез него и на понятието „стопанска единица“ води ipso iure до солидарна отговорност на субектите, образуващи съответната стопанска единица към момента на извършване на нарушението (вж. в този смисъл решение от 6 октомври 2021 г., Sumal, C-882/19, EU:C:2021:800, т. 44).

108 Когато отделните юридически лица са организирани под формата на група, съгласно постоянната съдебна практика те образуват едно и също предприятие, ако не определят самостоятелно своето поведение на съответния пазар, а с оглед по-специално на икономическите, организационните и юридическите връзки между тях и дружество майка за тази цел търпят последиците от действителното упражняване на решаващо влияние от тази ръководна единица (вж. в този смисъл решение от 25 март 2021 г., Deutsche Telekom/Комисия, C-152/19 P, EU:C:2021:238, т. 74 и 75).

109 От постоянната съдебна практика следва, че в особената хипотеза, при която дружеството майка притежава пряко или косвено целия или почти целия капитал на дъщерното дружество, извършило нарушение на правилата на Съюза в областта на конкуренцията, действителното упражняване на решаващо влияние от дружеството майка може да се презумира (вж. в този смисъл решение от 15 април 2021 г., Italmobiliare и др./Комисия, C-694/19 P, непубликувано, EU:C:2021:286, т. 55).

110 Тази презумпция е обаче оборима (вж. в този смисъл решение от 8 май 2013 г., Eni/Комисия, C-508/11 P, EU:C:2013:289, т. 47). Всъщност, както подчертава Съдът, не притежаването на такъв процент от дружествения капитал на дъщерното дружество обосновава тази презумпция, а степента на контрол, който то предполага (решение от 27 януари 2021 г., The Goldman Sachs Group/Комисия, C-595/18 P, EU:C:2021:73, т. 35). Притежаването от дадено дружество на почти целия дружествен капитал на друго дружество, макар да е много силен показател за притежаването на такъв контрол, не позволява да се изключи със сигурност, че едно или няколко други лица могат да притежават, самостоятелно или съвместно, правомощието за вземане на решения, тъй като по-специално собствеността на дружествения капитал може да е била отделена от правата на глас.

111 Впрочем от припомнената по-горе съдебна практика следва, че за да образува заедно с дъщерното си дружество едно и също предприятие, дружеството майка трябва да упражнява контрол върху поведението на своето дъщерно дружество, което може да бъде доказано като се установи или че дружеството майка може да упражнява решаващо влияние върху поведението на дъщерното дружество, като при това то действително е било

упражнено, или че дъщерното дружество не определя самостоятелно поведението си на пазара, а прилага по същество дадените му от дружеството майка указания, по-конкретно с оглед на икономическите, организационните и юридическите връзки между тези два правни субекта (вж. по-специално решение от 25 март 2021 г., Deutsche Telekom/Комисия, C-152/19 P, EU:C:2021:238, т. 94 и 95).

112 Следователно дружеството майка трябва да може да обори посочената в точка 109 от настоящото решение презумпция, като докаже, че макар да притежава целия или почти целия капитал на друго дружество към момента на осъществяване на разглежданата практика, то не му е давало указания, нито е участвало пряко или косвено, по-специално чрез назначени управители, в приемането на решенията на това друго дружество по отношение на съответната икономическа дейност.

113 В дадения случай ENEL твърди, че трудностите, възникнали в рамките на споровете в главното производство, били свързани не с прилагането на тази презумпция, а с разпределянето на доказателствената тежест за това, че различните дружества от групата ENEL образуват едно и също предприятие, както и относно задължението за мотивиране на органа за защита на конкуренцията, който поискал да не се вземат предвид доказателствата, изтъкнати от дружеството майка за оборване на посочената презумпция.

114 В това отношение, що се отнася до тежестта на доказване, както отбелязва генералният адвокат в точка 155 от заключението си, от практиката на Съда следва, че презумпцията, произтичаща от притежаването от дружеството майка на целия или почти целия дружествен капитал на дъщерното му дружество, означава, че действителното упражняване на решаващо влияние от страна на дружеството майка по отношение на дъщерното му дружество и следователно наличието на образувано от тези дружества едно и също предприятие, се счита за доказано, без да е необходимо органът за защита на конкуренцията да представя каквото и да било допълнително доказателство (вж. по-специално решение от 16 юни 2016 г., Evonik Degussa и AlzChem/Комисия, C-155/14 P, EU:C:2016:446, т. 29 и 30).

115 По отношение на задължението за мотивиране, следва да се припомни, че то представлява общ принцип на правото на Съюза, отразен в член 41 от Хартата, който е приложим към държавите членки, когато прилагат това право (вж. в този смисъл решение от 24 ноември 2020 г., Minister van Buitenlandse Zaken, C-225/19 и C-226/19, EU:C:2020:951, т. 34 и цитираната съдебна практика).

116 В съответствие с гарантираното от член 47 от Хартата право на ефективни правни средства за защита изложените мотиви трябва да позволяват, от една страна, на заинтересованите лица да преценят дали приетото решение евентуално страда от порок, който позволява да се оспори валидността му, и от друга страна, на компетентния съд — да упражни контрол за законосъобразност (вж. в този смисъл решение от 16 май 2017 г., Berlioz Investment Fund, C-682/15, EU:C:2017:373, т. 84).

117 Така, когато с решение се установи, че към момента на настъпването на фактите дадено дружество е формирало едно и също предприятие с едно или няколко свои дъщерни дружества, за да осъществява икономическа дейност, това решение се счита за надлежно мотивирано, ако съдържа изложение на причините, обосноваващи подобен извод (вж. в този смисъл решения от 2 октомври 2003 г., Aristrain/Комисия, C-196/99 P, EU:C:2003:529, т. 100 и от 29 септември 2011 г., Elf Aquitaine/Комисия, C-521/09 P, EU:C:2011:620, т. 152).

118 От това следва, както отбелязва генералният адвокат в точка 160 от заключението си, че когато, за да се наложи глоба на дружество майка за поведението на предприятието, което към момента на настъпване на фактите е образувало заедно с друго, тогава негово дъщерно дружество, органът за защита на конкуренцията се е основал на презумпцията за решаващо влияние поради притежаването от дружеството майка към момента на настъпване на фактите на целия или почти целия капитал на това друго дружество, въпреки че в хода на административното производство дружеството майка е представило доказателства, целящи да оборят тази презумпция, то органът за защита на конкуренцията, за да спази задължението си за мотивиране, трябва да изложи в достатъчна степен причините, поради които тези доказателства не са позволили презумпцията да бъде оборена (решение от 29 септември 2011 г., Elf Aquitaine/Комисия, C-521/09 P, EU:C:2011:620, т. 153).

119 Подобно задължение за мотивиране обаче не означава, че органът за защита на конкуренцията е длъжен да изрази становище по всички доказателства, изтъкнати от дружеството майка, за да обори посочената презумпция (решение от 5 декември 2013 г., Комисия/Edison, C-446/11 P, непубликувано, EU:C:2013:798, т. 23).

120 Всъщност, от една страна, въпросът дали даден акт е надлежно мотивиран, трябва да се преценява с оглед на неговия контекст и приложимите норми (вж. по аналогия решение от 19 ноември 2013 г., Комисия/Съвет, C-63/12, EU:C:2013:752, т. 99). От друга страна, тъй като мотивите са формално изискване, за да бъде изпълнено това изискване, е достатъчно в обжалваното решение да е посочен довод, с който може да се докаже, че въпреки изтъкнатите различни обстоятелства презумпцията не следва да бъде оборвана. Впоследствие адресатите на решението могат да оспорят основателността на подобен довод.

121 Следователно, доколкото е несъмнено в споровете в главното производство, че ENEL е притежавало целия или почти целия капитал на SEN, AGCM е могъл да презумира, че това дружество майка образува заедно с дъщерното си дружество едно предприятие за целите на дейността по разпределение на електроенергията на съответния пазар. ENEL обаче е могло да се опита да обори тази презумпция чрез представянето на доказателства, или че притежаването на такава част от капитала все пак не му е позволило да контролира SEN, или че то не е използвало пряко или непряко възможността, която притежаването на целия или почти целия капитал на SEN му е предоставяло за решаващо влияние върху него. В такъв случай AGCM е трябвало да вземе отношение по представените доказателства, излагайки поне едно съображение, с което да докаже, че въпреки различните доказателства презумпцията не следва да се оборва.

122 При това положение по отношение на споровете в главното производство може да се отбележи, че твърдението, съгласно което децентрализираните процеси на вземане на решения в рамките на групата са предоставяли на ENEL само функцията да насърчава взаимодействието и най-добрите практики между различните дружества от групата, при всички случаи не изглежда достатъчно, за да бъде оборена посочената презумпция, тъй като именно тя не изключва възможността представители на ENEL да заседават в органите за вземане на решения на SEN, нито пък гарантира, че членовете на тези органи са били функционално независими от дружеството майка.

123 С оглед на гореизложеното на петия въпрос следва да се отговори, че член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че когато едно или няколко дъщерни дружества, принадлежащи към една стопанска единица, злоупотребяват с господстващо положение, наличието на тази

единица е достатъчно, за да се приеме, че дружеството майка също носи отговорност за тази злоупотреба. Съществуването на такава единица трябва да се презумира, ако към момента на настъпване на фактите почти целият капитал на дъщерните дружества се притежава пряко или косвено от дружеството майка. Органът за защита на конкуренцията не е длъжен да представя каквито и да било допълнителни доказателства, освен ако дружеството майка не установи, че не е имало правомощия да определя поведението на дъщерните си дружества, които са действали самостоятелно.

По съдебните разноски

124 С оглед на обстоятелството, че за страните в главното производство настоящото дело представлява отклонение от обичайния ход на производството пред запитващата юрисдикция, последната следва да се произнесе по съдебните разноски. Разходите, направени за представяне на становища пред Съда, различни от тези на посочените страни, не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения Съдът (пети състав) реши:

1) **Член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че за да се установи дали дадена практика представлява злоупотреба с господстващо положение, е достатъчно органът за защита на конкуренцията да докаже, че тази практика може да засегне структурата на ефективна конкуренция на съответния пазар, освен ако предприятието с господстващо положение не установи, че антиконкурентните последици, които могат да следват от посочената практика, се неутрализират и дори преодоляват чрез положителни за потребителите последици, най-вече с оглед на цените, избора, качеството или нововъведенията.**

2) **Член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че за да се изключи възможността поведението на предприятие с господстващо положение да представлява злоупотреба, трябва да се приеме за недостатъчно представянето от негова страна само на доказателство, че това поведение не е породило конкретни ограничителни последици. Това доказателство би могло да е признак за неспособността на даденото поведение да породи антиконкурентни последици, но то трябва да бъде допълнено с други доказателства, установяващи тази неспособност.**

3) **Член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че наличието на злоупотреба, която представлява упражнявана от предприятие с господстващо положение практика с отстраняващ ефект, трябва да се преценява въз основа на способността на тази практика да породи антиконкурентни последици. Органът за защита на конкуренцията не е длъжен да доказва намерението на съответното предприятие да отстрани конкурентите си по начини или чрез средства, различни от характерните за основаната на качествата конкуренция. Доказването на такова намерение обаче представлява фактическо обстоятелство, което може да се вземе предвид при определянето на дадена злоупотреба с господстващо положение.**

4) **Член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че законосъобразна извън конкурентното право практика може да се квалифицира като „злоупотреба“ по смисъла на тази разпоредба, когато е въведена от предприятие с господстващо положение, ако може да породи отстраняващ ефект и се основава на използването**

на средства, различни от свързаните с основана на качествата конкуренция. Когато тези две условия са изпълнени, съответното предприятие с господстващо положение може все пак да избегне прилагането на предвидената в член 102 ДФЕС забрана, като докаже, че разглежданата практика е обективно обоснована и пропорционална с оглед на тази обосновка или е неутрализирана и дори преодоляна чрез предимства, свързани с ефективността, които са от полза и за потребителите.

5) **Член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че когато едно или няколко дъщерни дружества, принадлежащи към една стопанска единица, злоупотребяват с господстващо положение, наличието на тази единица е достатъчно, за да се приеме, че дружеството майка също носи отговорност за тази злоупотреба. Съществуването на такава единица трябва да се презумира, ако към момента на настъпване на фактите почти целият капитал на дъщерните дружества се притежава пряко или косвено от дружеството майка. Органът за защита на конкуренцията не е длъжен да представя каквито и да било допълнителни доказателства, освен ако дружеството майка не установи, че не е имало правомощия да определя поведението на дъщерните си дружества, които са действали самостоятелно.**

Подписи