Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (piąta izba)

z dnia 12 maja 2022 r.*

Odesłanie prejudycjalne – Konkurencja – Pozycja dominująca – Nadużywanie – Artykuł 102 TFUE – Wpływ praktyki na dobrobyt konsumentów i na strukturę rynku – Stanowiąca nadużycie praktyka wykluczająca – Zdolność wywołania przez daną praktykę skutku w postaci wykluczenia – Korzystanie ze środków innych niż środki wchodzące w zakres konkurencji pozacenowej – Niemożność powielenia praktyki przez równie skutecznego hipotetycznego konkurenta – Istnienie zamiaru antykonkurencyjnego – Otwarcie na konkurencję rynku sprzedaży energii elektrycznej – Przekazywanie szczególnie chronionych informacji handlowych w obrębie grupy spółek w celu zachowania na rynku pozycji dominującej odziedziczonej po monopolu prawnym – Możliwość przypisania spółce dominującej zachowania spółki zależnej

W sprawie C-377/20

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) postanowieniem z dnia 21 maja 2020 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 29 lipca 2020 r., w postępowaniu:

Servizio Elettrico Nazionale SpA,

ENEL SpA,

Enel Energia SpA

przeciwko

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato i in.,

przy udziale:

Green Network SpA,

Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET,

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

Associazione Energia Libera,

Metaenergia SpA,

* Język postępowania: włoski.

TRYBUNAŁ (piąta izba),

w składzie: E. Regan (sprawozdawca), prezes piątej izby, K. Lenaerts, prezes Trybunału, pełniący obowiązki sędziego piątej izby, C. Lycourgos, prezes czwartej izby, I. Jarukaitis i M. Ilešič, sędziowie,

rzecznik generalny: A. Rantos,

sekretarz: C. Di Bella, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 9 września 2021 r.,

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

– w imieniu Servizio Elettrico Nazionale SpA – M. D'Ostuni, A. Police i M. Russo, avvocati,

– w imieniu ENEL SpA – M. Clarich i V. Meli, avvocati,

– w imieniu Enel Energia SpA – F. Anglani, C. Tesauro, S. Fienga i M. Contu, avvocati,

– w imieniu Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – G. Aiello, avvocato dello Stato,

– w imieniu Green Network SpA – V. Cerulli Irelli, C. Mirabile i A. Fratini, avvocati,

– w imieniu Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET – G. d'Andria, avvocato,

– w imieniu rządu niemieckiego – J. Möller i D. Klebs, w charakterze pełnomocników,

– w imieniu rządu włoskiego – G. Palmieri, w charakterze pełnomocnika, którą wspierali G. Galluzzo i S. Fiorentino, avvocati dello Stato,

– w imieniu Królestwa Norwegii – L. Furuholmen, K. Hallsjø Aarvik, K.S. Borge, E.W. Sandaa i P. Wennerås, w charakterze pełnomocników,

– w imieniu Komisji Europejskiej – G. Conte, P. Rossi i C. Sjödin, w charakterze pełnomocników,

– w imieniu Urzędu Nadzoru EFTA – C. Simpson i M. Sánchez Rydelski, w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 9 grudnia 2021 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 102 TFUE.

2 Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporów między Servizio Elettrico Nazionale SpA (zwaną dalej „spółką SEN"), jej spółką dominującą, ENEL SpA, oraz jej spółką siostrzaną, Enel Energia SpA (zwaną dalej „spółką EE"), a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (organem ochrony konkurencji i rynku, Włochy) (zwanym dalej „AGCM") oraz innymi uczestnikami w przedmiocie decyzji tego organu o nałożeniu, na podstawie art. 102 TFUE, grzywny na te spółki za nadużycie pozycji dominującej (zwanej dalej „sporną decyzją").

Postępowania główne i pytania prejudycjalne

3 Niniejsza sprawa wpisuje się w kontekst stopniowej liberalizacji rynku sprzedaży energii elektrycznej we Włoszech.

4 Od dnia 1 lipca 2007 r. wszyscy użytkownicy włoskiej sieci energii elektrycznej, w tym gospodarstwa domowe oraz małe i średnie przedsiębiorstwa, mogą wybrać swojego dostawcę. Niemniej otwarcie tego rynku cechowało się początkowo rozróżnieniem z jednej strony klientów uprawnionych do wyboru dostawcy na wolnym rynku innego niż ich dostawca właściwy terytorialnie, a z drugiej strony klientów rynku chronionego, obejmujących osoby fizyczne i małe przedsiębiorstwa, którzy – uznani za niebędących w stanie negocjować swoich umów o dostawę w sposób w pełni świadomy lub z pozycji siły – nadal byli objęci systemem regulowanym, czyli „servizio di maggior tutela" (usługą zwiększonej ochrony), stanowiącym rynek podlegający kontroli krajowego sektorowego organu regulacyjnego w zakresie określania warunków sprzedaży.

5 Następnie klienci rynku chronionego zostali uprawnieni do udziału w wolnym rynku. Ustawodawca włoski dokonał przejścia z rynku chronionego na wolny rynek, wyznaczając datę, od której szczególna ochrona w zakresie cen przestanie obowiązywać.

6 Gdy w dniu 20 grudnia 2018 r. AGCM wydał sporną decyzję, data zniesienia szczególnej ochrony w zakresie cen była ustalona na dzień 1 lipca 2020 r. Po kilku przesunięciach data ta została ostatecznie wyznaczona na dzień 1 stycznia 2021 r. dla małych i średnich przedsiębiorstw oraz na dzień 1 stycznia 2022 r. dla gospodarstw domowych.

7 W celu liberalizacji rynku spółka ENEL, będąca do tej pory przedsiębiorstwem zintegrowanym pionowo, posiadająca monopol w zakresie wytwarzania energii elektrycznej we Włoszech i prowadząca działalność w zakresie dystrybucji tej energii, została poddana procedurze rozdzielenia działalności dystrybucyjnej i sprzedaży oraz znaków towarowych. Po zakończeniu tej procedury działalność związana z różnymi etapami procesu dystrybucji została przydzielona różnym spółkom. I tak spółce E-Distribuzione powierzono usługi dystrybucyjne, spółce EE powierzono dostawę energii elektrycznej na wolnym rynku, a spółce SEN przydzielono zarządzanie usługą zwiększonej ochrony.

8 Źródłem niniejszych sporów są skarga złożona do AGCM przez Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET (włoskie stowarzyszenie sprzedawców hurtowych i przedsiębiorstw obrotu energią) oraz zawiadomienia od konsumentów indywidualnych mające na celu zgłoszenie niezgodnego z prawem wykorzystywania szczególnie chronionych informacji handlowych przez podmioty dysponujące tymi danymi ze względu na ich przynależność do grupy ENEL. W związku z tym w dniu 4 maja 2017 r. AGCM wszczął dochodzenie w stosunku do spółek ENEL, SEN i EE w celu zweryfikowania, czy zachowania tych spółek stanowiły naruszenie art. 102 TFUE.

9 Dochodzenie to zakończyło się wydaniem spornej decyzji, w której AGCM stwierdził, że spółki SEN i EE, działając pod kierownictwem spółki dominującej ENEL, są winne – w odniesieniu do okresu od stycznia 2012 r. do maja 2017 r. – nadużycia pozycji dominującej, z naruszeniem art. 102 TFUE, na rynkach sprzedaży energii elektrycznej użytkownikom domowym i profesjonalnym przyłączonym do sieci niskiego napięcia w strefach, w których grupa ENEL zarządzała działalnością dystrybucyjną. W konsekwencji AGCM nałożył solidarnie na wymienione wyżej spółki grzywnę w wysokości 93 084 790,50 EUR.

10 Zarzucane spółkom zachowanie polegało na stosowaniu, począwszy od stycznia 2012 r. aż do maja 2017 r., strategii wykluczania w celu przeniesienia klientów spółki SEN, historycznego podmiotu zarządzającego rynkiem chronionym, która to spółka zapewniała jeszcze w 2017 r. 80–85% obsługi gospodarstw domowych oraz 70–85% obsługi innych klientów, na spółkę EE, która działa na wolnym rynku. Celem grupy ENEL była zatem antycypacja ryzyka masowego odejścia klientów spółki SEN do dostawców trzecich w związku z planowanym całkowitym zniesieniem rynku chronionego, którego data została jednak pierwotnie ustalona dopiero na rok 2017.

11 W związku z tym, zgodnie ze sporną decyzją, spółka SEN zbierała od 2012 r. zgody od swoich klientów z rynku chronionego na otrzymywanie przez nich ofert handlowych dotyczących wolnego rynku na dyskryminacyjnych zasadach, prosząc o tę zgodę „w oddzielny sposób" dla spółek należących do grupy ENEL z jednej strony i dla podmiotów trzecich z drugiej strony. W ten sposób klienci, do których się zwrócono, byli skłonni z jednej strony udzielić swojej zgody spółkom należącym do grupy ENEL, jako że wzbudzono u nich przekonanie, że udzielenie takiej zgody jest konieczne dla dostarczania im energii elektrycznej, a z drugiej strony odmówić udzielenia swojej zgody w odniesieniu do innych operatorów. Tym samym spółka SEN ograniczyła liczbę zgód udzielonych przez klientów rynku chronionego na otrzymywanie ofert handlowych pochodzących od konkurencyjnych operatorów. Z ogółu klientów rynku chronionego, którzy zgodzili się otrzymywać oferty handlowe od grupy ENEL, którzy stanowili w okresie 2012–2015 średnio około 500 000 klientów rocznie, czyli ponad dwukrotność średniej liczby klientów trzech pierwszych głównych konkurentów, 70% wyraziło bowiem zgodę na otrzymanie oferty wyłącznie od grupy ENEL, zaś 30% wyraziło zgodę na otrzymywanie również ofert konkurentów.

12 Informacje dotyczące klientów rynku chronionego, którzy zgodzili się na otrzymywanie ofert handlowych od grupy ENEL, zostały następnie wpisane na listy (zwane dalej „listami spółki SEN"), które zostały przekazane spółce EE w drodze umów najmu o charakterze odpłatnym. Jako że zawierały one informacje niemożliwe do uzyskania gdzie indziej, czyli przynależność użytkowników do usługi zwiększonej ochrony, AGCM uznał, że owe listy spółki SEN miały wartość strategiczną, która była nie do zastąpienia, ponieważ pozwalały spółce EE na ukierunkowane działania handlowe.

13 Te listy spółki SEN zostały wykorzystane przez spółkę EE, która uruchomiła oferty handlowe przeznaczone wyłącznie dla tego rodzaju klientów, takie jak oferta handlowa „Sempre Con Te" („Zawsze z Tobą"), proponowana w okresie od dnia 20 marca do dnia 1 czerwca 2017 r., konkretyzując tym samym strategię mającą na celu wykluczenie. Zdaniem AGCM wykorzystanie list spółki SEN pozwoliło spółce EE na odebranie jej konkurentom znacznej części, to jest ponad 40%, „spornego popytu" klientów przechodzących z rynku chronionego na wolny rynek.

14 Zgodnie ze sporną decyzją tylko jeden konkurent spółki EE nawiązał kontakt ze spółką SEN w celu nabycia list spółki SEN zawierających dane klientów, którzy zgodzili się na otrzymywanie ofert innych przedsiębiorstw. Spółka ta, która wskazała, że dowiedziała o wystawieniu na sprzedaż

tych list jedynie dzięki przeglądaniu strony internetowej spółki SEN, ostatecznie zrezygnowała z ich nabycia. Inne spółki, prowadzące od wielu lat działalność na rynku właściwym, wskazały, że nigdy nie zostały poinformowane o tej możliwości biznesowej.

15 Spółki ENEL, SEN i EE wniosły indywidualnie skargi na sporną decyzję do Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, Włochy), będącego sądem pierwszej instancji.

16 Wyrokami z dnia 17 października 2019 r. sąd ów, stwierdzając istnienie nadużycia pozycji dominującej, uwzględnił częściowo skargi wniesione przez spółki EE i SEN w odniesieniu do czasu trwania zarzucanego im nadużycia i kryteriów zastosowanych do obliczenia wysokości grzywny. W wykonaniu tych wyroków AGCM obniżył kwotę grzywny do 27 529 786,46 EUR. Wskazany sąd oddalił natomiast w całości skargę wniesioną przez spółkę ENEL.

17 Spółki ENEL, SEN i EE wniosły odrębnie odwołania od owych wyroków do sądu odsyłającego, wnosząc o uchylenie tej grzywny lub, tytułem żądania ewentualnego, o obniżenie jej kwoty.

18 Na poparcie swoich odwołań spółki ENEL, SEN i EE powołują się w pierwszej kolejności na brak dowodu, że ich zachowanie miało charakter nadużycia, a zwłaszcza (choćby potencjalną) zdolność wywołania przez to zachowanie antykonkurencyjnego skutku w postaci wykluczenia.

19 Na wstępie utrzymują one, że samo wpisanie nazwisk klientów na listę telemarketingową na potrzeby promocji usług spółek zależnych nie jest zachowaniem stanowiącym nadużycie, ponieważ nie wiąże się ono z żadnym zobowiązaniem do dostaw oraz nie uniemożliwia klientom znajdowania się na innych listach, otrzymywania wiadomości handlowych i wyboru lub zmiany w dowolnym czasie, w tym wielokrotnie, dostawcy.

20 Następnie twierdzą one, że wykorzystanie list spółki SEN nie pozwalało na szybkie i masowe przejście klientów ze spółki SEN do spółki EE. W okresie od marca do maja 2017 r., dwóch jedynie miesięcy, które upłynęły pomiędzy uruchomieniem oferty „Sempre con Te” i zakończeniem sprzedaży telefonicznej (teleselling outbound), spółka EE zyskała bowiem, w wyniku wykorzystania list spółki SEN, jedynie 478 klientów, czyli 0,002% użytkowników usługi zwiększonej ochrony i 0,001% całkowitej liczby użytkowników energii elektrycznej.

21 Ponadto AGCM nie zbadał przedstawionych przez spółki ENEL, SEN i EE dowodów o charakterze gospodarczym wykazujących, że stwierdzone zachowania nie mogły wywierać – i nie wywarły – skutków ograniczających konkurencję. W tym względzie osiągnięte przez spółkę EE pozytywne rezultaty w zakresie pozyskiwania klientów objętych usługą zwiększonej ochrony są związane z dwoma całkowicie zgodnymi z prawem czynnikami, które mogą dostarczyć alternatywnego i bardziej przekonującego wyjaśnienia niż to proponowane przez AGCM, czyli, po pierwsze, z faktem, że spółki z grupy ENEL osiągały lepsze wyniki na wolnym rynku, oraz po drugie, z siłą przyciągania marki ENEL.

22 Wreszcie listy spółki SEN nie są ani strategiczne, ani niemożliwe do zastąpienia, biorąc pod uwagę dostępność na rynku analogicznych list klientów usługi zwiększonej ochrony, które to listy są bardziej kompleksowe i tańsze.

23 W drugiej kolejności spółka ENEL kwestionuje zastosowanie przez AGCM domniemania zwykłego, na którym opierała się jej odpowiedzialność jako spółki dominującej. W tym względzie spółka ta podnosi, że od 2014 r. przeprowadzono restrukturyzację grupy ENEL

i zdecentralizowano jej procesy decyzyjne. W tym nowym kontekście organizacyjnym spółka ENEL, będąca spółką dominującą stojącą na czele grupy, pełniła jedynie funkcję wspierania synergii i najlepszych praktyk pomiędzy poszczególnymi spółkami operacyjnymi, porzuciwszy swoją rolę decyzyjną.

24 Według sądu odsyłającego, który połączył te trzy środki zaskarżenia w postępowaniu głównym, nie ma żadnych wątpliwości, że grupa ENEL zajmuje pozycję dominującą na rynku właściwym. Natomiast pojęcie „nadużywania", w szczególności w odniesieniu do „nietypowych" nadużyć, takich jak te, które mają na celu uniemożliwienie zwiększenia lub dywersyfikacji oferty konkurentów, rodzi problemy interpretacyjne, ponieważ, po pierwsze, art. 102 TFUE nie zawiera wyczerpujących kryteriów stosowania, oraz po drugie, tradycyjne rozróżnienie między nadużywaniem pozycji dominującej a nadużyciem polegającym na wykluczeniu nie ma znaczenia. W szczególności pojawia się pytanie, czy należy uwzględnić strategię przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, gdy – tak jak w niniejszym przypadku – ma ona na celu uniemożliwienie odejścia klientów do konkurentów, jak również fakt, że same zachowania tego przedsiębiorstwa były zgodne z prawem, gdyż w tym przypadku zdaniem sądu odsyłającego listy spółki SEN zostały uzyskane w sposób zgodny z prawem.

25 Sąd odsyłający zastanawia się również, czy wystarczające jest to, że sporne zachowanie może wykluczyć konkurentów z rynku właściwego, gdy w trakcie dochodzenia wskazana grupa przedstawiła analizy gospodarcze mające na celu wykazanie, że jej zachowanie nie miało w rzeczywistości skutków w postaci wykluczenia.

26 Wreszcie nadużycie pozycji dominującej przez grupę przedsiębiorstw rodzi pytanie, czy należy przedstawić dowód na wystąpienie czynnej koordynacji między poszczególnymi spółkami działającymi w ramach grupy, czy też przynależność do tej grupy wystarcza do stwierdzenia udziału w praktyce stanowiącej nadużycie nawet przez należącą do grupy spółkę, która nie dopuściła się zachowania stanowiącego nadużycie.

27 W tych okolicznościach Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy zachowania konkretyzujące nadużywanie pozycji dominującej mogą być całkowicie zgodne z prawem i zostać zakwalifikowane jako »nadużycie« wyłącznie ze względu na (potencjalnie) ograniczający skutek generowany na rynku referencyjnym, czy też muszą one również charakteryzować się szczególnym elementem bezprawności, polegającym na stosowaniu »metod (lub środków) konkurencji innych« niż »normalne«; w tym drugim przypadku – na podstawie jakich kryteriów można ustalić granicę między konkurencją »normalną« i »zakłóconą«?

2) Czy funkcją przepisu prawa sankcjonującego nadużywanie jest maksymalizacja dobrobytu konsumentów, co do którego sąd zobowiązany jest ocenić wystąpienie (lub niebezpieczeństwo wystąpienia) jego zmniejszenia, czy też przepis prawa sankcjonujący wykroczenie przeciwko konkurencji ma sam w sobie za zadanie zachowanie konkurencyjnej struktury rynku, aby zapobiec tworzeniu się skupisk siły ekonomicznej uznawanych w każdym przypadku za szkodliwe dla wspólnoty?

3) Czy w przypadku nadużywania pozycji dominującej, polegającego na próbach zapobieżenia utrzymaniu się istniejącego poziomu konkurencji lub jej rozwojowi, przedsiębiorstwo dominujące jest w każdym wypadku uprawnione do udowodnienia, że – pomimo abstrakcyjnej zdolności do wywołania skutku ograniczającego – zachowanie okazało się pozbawione konkretnej szkodliwości; w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej, czy do celów dokonania oceny istnienia nietypowego nadużycia o charakterze wykluczającym art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że na organie ochrony konkurencji ciąży obowiązek szczegółowego zbadania przedstawionych przez stronę analiz ekonomicznych dotyczących konkretnej zdolności zachowania będącego przedmiotem dochodzenia do wykluczenia konkurentów z rynku?

4) Czy nadużywanie pozycji dominującej powinno być oceniane jedynie pod kątem jego skutków na rynku (choćby tylko potencjalnych), niezależnie od subiektywnego motywu działającego podmiotu; czy też wykazanie zamiaru ograniczającego stanowi parametr użyteczny (także wyłącznie) dla dokonania oceny, czy zachowanie przedsiębiorstwa dominującego ma charakter nadużycia; czy też to wykazanie elementu subiektywnego służy jedynie przerzuceniu ciężaru dowodu na przedsiębiorstwo dominujące (które w tym momencie byłoby obciążone obowiązkiem przedstawienia dowodu na brak wystąpienia skutku wykluczenia)?

5) Czy w sytuacji pozycji dominującej odnoszącej się [do] wielu [spółek] należących do tej samej grupy kapitałowej, członkostwo w wyżej wymienionej grupie jest wystarczające dla przyjęcia, że nawet [spółki], które nie dopuszczały się nadużyć, przyczyniły się do popełnienia wykroczenia – tak że dla organu wystarczające byłoby wykazanie świadomego paralelizmu, aczkolwiek nie zmowy, [spółek] działających w ramach zbiorowo dominującej grupy – czy też (podobnie jak ma to miejsce w przypadku zakazu porozumień) konieczne jest w każdym wypadku przedstawienie dowodu, nawet pośredniego, na wystąpienie konkretnej sytuacji w zakresie koordynacji i instrumentarium pomiędzy różnymi [spółkami] grupy zajmującej pozycję dominującą, w szczególności w celu wykazania zaangażowania spółki dominującej?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie dopuszczalności

28 W uwagach na piśmie, którymi dysponuje Trybunał, wiele stron zakwestionowało dopuszczalność niektórych pytań.

29 AIGET uważa, że pytanie drugie należy uznać za niedopuszczalne z tego powodu, iż jest ono sformułowane ogólnie i nie ma znaczenia dla sprawy. Nie jest bowiem kwestionowane, że gdyby nadużycie zarzucane grupie ENEL zostało udowodnione, mogłoby ono zarówno wykluczyć z rynku konkurentów, jak i wyrządzić szkodę konsumentom.

30 Green Network SpA zastanawia się nad dopuszczalnością czterech pierwszych pytań, gdyż pytania te nie wydają się tej spółce konieczne do rozstrzygnięcia sporów w postępowaniu głównym, a w każdym razie Trybunał udzielił już na nie odpowiedzi.

31 Wreszcie AGCM i AIGET utrzymują, że pytanie piąte jest niedopuszczalne, gdyż jest hipotetyczne, ponieważ dochodzenie prowadzone przez AGCM doprowadziło do stwierdzenia istnienia strategii grupy mającej na celu przekazanie klientów spółki SEN spółce EE i tym samym uniknięcie ich odejścia do grup konkurencyjnych.

32 W tych różnych kwestiach należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału jedynie do sądu krajowego, przed którym zawisł spór i na którym spoczywa odpowiedzialność za przyszły wyrok, należy, przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy, zarówno ocena, czy dla wydania wyroku jest niezbędne uzyskanie orzeczenia prejudycjalnego, jak również ocena znaczenia pytań, z którymi zwraca się on do Trybunału. W związku z tym jeśli postawione pytania dotyczą wykładni prawa Unii, Trybunał jest co do zasady zobowiązany do wydania orzeczenia (wyrok z dnia 15 lipca 2021 r., The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, pkt 54 i przytoczone tam orzecznictwo).

33 Wynika stąd, że pytania dotyczące prawa Unii korzystają z domniemania posiadania znaczenia dla sprawy. Odmowa wydania przez Trybunał orzeczenia w przedmiocie złożonego przez sąd krajowy pytania prejudycjalnego jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wniesiono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem postępowania głównego, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje informacjami w zakresie stanu faktycznego lub prawnego niezbędnymi do udzielenia użytecznej odpowiedzi na postawione mu pytania (wyrok z dnia 15 lipca 2021 r., The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo).

34 W odniesieniu najpierw do pytania drugiego w niniejszym przypadku należy stwierdzić, że okoliczność, iż jest ono sformułowane ogólnie, nie wyklucza tego, że może mieć ono znaczenie dla rozstrzygnięcia sporów w postępowaniu głównym.

35 Zresztą to nie do Trybunału, lecz do sądu krajowego należy ustalenie okoliczności faktycznych leżących u podstaw sporu w postępowaniu głównym i wyciągnięcie z nich konsekwencji dla orzeczenia, które sąd ten ma wydać (wyrok z dnia 10 marca 2016 r., Safe Interenvios SA, C-235/14, EU:C:2016:154, pkt 119). W konsekwencji jeżeli sąd krajowy przedstawia w swoim wniosku okoliczności faktyczne i prawne niezbędne do udzielenia przez Trybunał użytecznej odpowiedzi na zadane mu pytania, pytań tych nie można uznać za niedopuszczalne jedynie z tego powodu, że są one sformułowane ogólnie.

36 Jeśli chodzi o domniemany brak zakwestionowania zdolności wykluczenia z rynku przez to nadużycie konkurentów grupy ENEL i do wyrządzenia szkody konsumentom, nawet przy założeniu, że zostanie on wykazany, nie zmienia to faktu, że wykładnia celów przyświecających art. 102 TFUE może okazać się użyteczna dla sądu odsyłającego w celu ustalenia, jakie warunki muszą być spełnione, aby można było stwierdzić nadużycie pozycji dominującej.

37 Następnie w odniesieniu do znaczenia dla sprawy pytań pierwszego, trzeciego i czwartego wystarczy zauważyć, że nie jest oczywiste, iż wykładnia prawa Unii, o którą wniesiono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem sporów w postępowaniu głównym. Natomiast w świetle okoliczności tych sporów wydaje się, że każde z tych pytań może dostarczyć wyjaśnień sądowi odsyłającemu pozwalających mu na rozstrzygnięcie sporów. Co do okoliczności, że Trybunał orzekł już w przedmiocie tych pytań, należy przypomnieć, że nic nie broni sądowi krajowemu, by wystąpił on do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi, na które odpowiedź,

zdaniem niektórych stron w postępowaniu głównym, nie pozostawia żadnych racjonalnych wątpliwości (wyrok z dnia 14 października 2021 r., Viesgo Infraestructuras Energéticas, C-683/19, EU:C:2021:847, pkt 26).

38 Wreszcie, jeśli chodzi o pytanie piąte, nie można wykluczyć, że sąd odsyłający orzeknie odmiennie od spornej decyzji. Wobec powyższego nie można uznać, że – jak utrzymują AGCM i AIGET – to pytanie w sposób oczywisty nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem sporów w postępowaniu głównym bądź jest hipotetycznej natury.

39 W konsekwencji pytania zadane przez Consiglio di Stato (radę stanu) należy uznać za dopuszczalne.

Co do istoty

W przedmiocie pytania drugiego

40 Za pomocą pytania drugiego, które należy zbadać w pierwszej kolejności, sąd odsyłający chciałby się zasadniczo dowiedzieć, czy art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że aby ustalić, czy praktyka stanowi nadużywanie pozycji dominującej, wystarczy, by organ ochrony konkurencji udowodnił, iż praktyka ta może naruszyć strukturę skutecznej konkurencji na rynku właściwym, czy też należy jeszcze lub alternatywnie udowodnić, że owa praktyka może mieć wpływ na dobrobyt konsumentów.

41 W tym względzie należy przypomnieć, że art. 102 TFUE należy do ogółu reguł, które, mając na celu zapobieżenie zakłóceniom konkurencji ze szkodą dla interesu ogólnego, przedsiębiorstw indywidualnych i konsumentów, przyczyniają się do dobrobytu w Unii Europejskiej (zob. podobnie wyrok z dnia 17 lutego 2011 r., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 21, 22).

42 W związku z tym art. 102 TFUE wyraża sformułowany w art. 3 ust. 1 lit. b) TFUE ogólny cel działań Unii, a mianowicie ustanowienie reguł konkurencji niezbędnych dla funkcjonowania rynku wewnętrznego (zob. podobnie wyroki: z dnia 2 kwietnia 2009 r., France Télécom/Komisja, C-202/07 P, EU:C:2009:214, pkt 103; z dnia 14 października 2010 r., Slovak Telekom/Komisja, C-280/08 P, EU:C:2010:603, pkt 170).

43 Podstawowy charakter postanowień traktatu FUE w dziedzinie konkurencji wynika również z protokołu (nr 27) w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji, który zgodnie z art. 51 TUE stanowi integralną część traktatów i według którego rynek wewnętrzny obejmuje system zapewniający niezakłóconą konkurencję (wyrok z dnia 17 listopada 2011 r., Komisja/Włochy, C-496/09, EU:C:2011:740, pkt 60).

44 Wśród tych reguł celem w szczególności przypisanym art. 102 TFUE jest zgodnie z utrwalonym orzecznictwem unikanie sytuacji, w których zachowania przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą skutkują, poprzez korzystanie ze środków lub zasobów odmiennych od tych, które stosuje się w warunkach normalnej konkurencji, ze szkodą dla konsumentów, stworzeniem przeszkody w utrzymaniu istniejącego na rynku poziomu konkurencji lub w rozwoju tej konkurencji [zob. podobnie wyroki: z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja, 85/76, EU:C:1979:36, pkt 91; z dnia 27 marca 2012 r., Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 24; a także z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 148 i przytoczone tam orzecznictwo]. W tym znaczeniu, jak stwierdził już Trybunał, postanowienie

to ma na celu karanie nie tylko praktyk mogących wyrządzić bezpośrednią szkodę konsumentom, ale także praktyk, które wyrządzają im szkodę pośrednią poprzez naruszenie struktury skutecznej konkurencji (zob. podobnie w szczególności wyroki: z dnia 15 marca 2007 r., British Airways/Komisja, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 106, 107; a także z dnia 17 lutego 2011 r., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 24).

45 Natomiast, jak podkreślił już Trybunał, wspomniane postanowienie nie stoi na przeszkodzie temu, by wskutek konkurencji pozacenowej zniknęli z rynku lub zostali odsunięci na dalszy plan konkurenci mniej skuteczni, a zatem – mniej interesujący dla konsumentów w szczególności pod względem cen, możliwości wyboru, jakości lub innowacyjności (wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 134 i przytoczone tam orzecznictwo).

46 Wynika stąd, jak zauważył zasadniczo rzecznik generalny w pkt 100 opinii, że dobrobyt konsumentów, zarówno pośrednich, jak i końcowych, należy postrzegać jako stanowiący ostateczny cel uzasadniający interwencję prawa konkurencji, aby ukarać nadużywanie pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej części tego rynku. Z tego powodu, jak orzekł już Trybunał, przedsiębiorstwo zajmujące taką pozycję może wykazać, że praktyka wykluczająca nie wchodzi w zakres zakazu ustanowionego w art. 102 TFUE, w szczególności poprzez udowodnienie, iż skutki, jakie może wywołać ta praktyka, są równoważone przez korzyści – a nawet korzyści te mogą nad nimi przeważyć – pod względem efektywności, z których to korzyści mają pożytek również konsumenci, zwłaszcza pod względem cen, możliwości wyboru, jakości lub innowacyjności [zob. podobnie wyroki: z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 134, 140; a także z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 165 i przytoczone tam orzecznictwo].

47 W związku z tym organ ochrony konkurencji czyni zadość ciążącemu na nim ciężarowi dowodu, jeżeli wykaże, że praktyka przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą może naruszyć – poprzez korzystanie z zasobów lub ze środków odmiennych od tych, które stosuje się w warunkach normalnej konkurencji – strukturę skutecznej konkurencji, przy czym nie ma potrzeby, by organ ten wykazał, iż owa praktyka może ponadto wyrządzić bezpośrednią szkodę konsumentom. Zainteresowane przedsiębiorstwo dominujące może jednak uniknąć objęcia zakazem ustanowionym w art. 102 TFUE, jeśli wykaże, że skutek w postaci wykluczenia mogący wynikać ze spornej praktyki, jest równoważony przez skutki pozytywne dla konsumentów, a nawet owe pozytywne skutki mogą nad nim przeważyć.

48 W świetle powyższych rozważań na pytanie drugie należy odpowiedzieć, że art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że dla uznania, że praktyka stanowi nadużywanie pozycji dominującej, wystarczy, by organ ochrony konkurencji udowodnił, iż praktyka ta może naruszyć strukturę skutecznej konkurencji na rynku właściwym, chyba że zainteresowane przedsiębiorstwo dominujące wykaże, iż skutki antykonkurencyjne mogące wynikać z owej praktyki są równoważone przez skutki pozytywne dla konsumentów, w szczególności pod względem cen, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności, a nawet owe pozytywne skutki mogą nad nimi przeważyć.

W przedmiocie pytania trzeciego

49 Za pomocą pytania trzeciego, które należy zbadać w drugiej kolejności, sąd odsyłający dąży zasadniczo do ustalenia, czy art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że do celów ustalenia, iż zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą ma charakter nadużycia, za istotne należy uznać dowody przedstawione przez to przedsiębiorstwo mające na

celu wykazanie, że mimo abstrakcyjnej zdolności wywołania przez to zachowanie skutków ograniczających nie wywołało ono konkretnie takich skutków, a w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej – czy organ ochrony konkurencji jest zobowiązany zbadać szczegółowo te dowody.

50 Na wstępie należy zauważyć, że jeśli chodzi o praktyki wykluczające, to jest kategorię, do której należą zachowania badane w sporach w postępowaniu głównym, z orzecznictwa Trybunału wynika, iż ocena, czy takie praktyki stanowią nadużycie, zakłada w szczególności, że są mają one zdolność ograniczenia konkurencji, a zwłaszcza wywołania wskazywanych skutków w postaci wykluczenia [wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 154 i przytoczone tam orzecznictwo].

51 W konsekwencji w przypadku gdy przedsiębiorstwo dominujące utrzymuje w toku postępowania administracyjnego, że jego zachowanie nie miało zdolności ograniczenia konkurencji, przedstawiając na to dowody, właściwy organ ochrony konkurencji musi zbadać, czy w okolicznościach danego przypadku sporne zachowanie faktycznie miało taką zdolność (zob. podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 138, 140).

52 W tym kontekście zgodnie z prawem do bycia wysłuchanym, które zgodnie z utrwalonym orzecznictwem stanowi ogólną zasadę prawa Unii, która powinna być stosowana wówczas, gdy organ administracyjny ma podjąć w stosunku do danej osoby decyzję wiążącą się z niekorzystnymi dla niej skutkami, organy ochrony konkurencji mają między innymi obowiązek wysłuchania zainteresowanego przedsiębiorstwa, co oznacza, że zwracają one należytą uwagę na przedstawione przez to przedsiębiorstwo uwagi oraz badają starannie i w sposób bezstronny wszystkie istotne dowody danej sprawy, a w szczególności dowody przedłożone przez to przedsiębiorstwo (zob. analogicznie wyrok z dnia 16 października 2019 r., Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, EU:C:2019:861, pkt 39–42).

53 Należy jednak przypomnieć, że zakwalifikowanie danej praktyki przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą jako stanowiącej nadużycie nie wymaga wykazania w przypadku praktyki takiego przedsiębiorstwa mającej na celu wykluczenie jego konkurentów z wchodzącego w grę rynku, że jej wynik został osiągnięty, i następnie wykazania konkretnego skutku w postaci wykluczenia na rynku. Artykuł 102 TFUE ma na celu ukaranie faktu, że przedsiębiorstwo lub wiele przedsiębiorstw wykorzystywało w sposób stanowiący nadużycie pozycję dominującą na rynku wewnętrznym lub na znacznej części tego rynku, niezależnie od tego, czy to nadużywanie okazało się skuteczne (zob. podobnie wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., České dráhy/Komisja, C-538/18 P i C-539/18 P, niepublikowany, EU:C:2020:53, pkt 70 i przytoczone tam orzecznictwo).

54 Otóż choć – jak podkreślono w pkt 20 komunikatu Komisji Europejskiej, zatytułowanego „Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. [102 TFUE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące” (Dz.U. 2009, C 45, s. 7) – w przypadku gdy zachowanie jest kontynuowane przez wystarczająco długi okres, wyniki osiągane na rynku przez przedsiębiorstwo dominujące i jego konkurentów mogą być dowodem na to, że dana praktyka wywołała skutek w postaci wykluczenia, to odwrotna okoliczność, iż pewne zachowanie nie wywołało konkretnych antykonkurencyjnych skutków, nie może wykluczać – nawet wtedy, gdy upłynął długi okres od momentu, gdy to zachowanie miało miejsce – tego, że to zachowanie miało faktycznie taką zdolność w chwili jego wprowadzenia w życie. Taki brak skutków może bowiem wynikać z innych przyczyn lub być spowodowany między innymi zmianami, które

nastąpiły na rynku właściwym od momentu, gdy owo zachowanie zostało zapoczątkowane, lub niezdolnością przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą do zrealizowania strategii leżącej u podstaw takiego zachowania.

55 Wobec tego przedstawionego przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą dowodu na brak konkretnych skutków w postaci wykluczenia nie można uznać za wystarczający sam w sobie, aby wykluczyć zastosowanie art. 102 TFUE.

56 Natomiast okoliczność ta może stanowić wskazówkę co do tego, że sporne zachowanie nie mogło wywołać zarzucanych skutków w postaci wykluczenia. To uprawdopodobnienie musi być jednak uzupełnione przez zainteresowane przedsiębiorstwo dowodami służącymi wykazaniu, że ten brak konkretnych skutków był faktycznie konsekwencją braku zdolności wywołania takich skutków przez wspomniane zachowanie.

57 Z powyższego wynika, że w niniejszej sprawie okoliczności, na której opierają się zainteresowane spółki, aby zakwestionować istnienie nadużycia pozycji dominującej – iż spółka EE zyskała w wyniku wykorzystania list spółki SEN zaledwie 478 klientów, czyli 0,002% klientów rynku chronionego – nie można postrzegać jako wystarczającej samej w sobie do wykazania, że sporna praktyka nie była w stanie wywołać skutku w postaci wykluczenia.

58 W świetle całości powyższych rozważań na pytanie trzecie należy odpowiedzieć, że art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, iż do celów wykluczenia tego, że zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą ma charakter nadużycia, należy uznać za niewystarczający sam w sobie przedstawiony przez dane przedsiębiorstwo dowód na to, iż zachowanie to nie wywołało konkretnych skutków ograniczających. Element ten może stanowić wskazówkę co do braku zdolności wywołania przez sporne zachowanie antykonkurencyjnych skutków, który to element należy jednak uzupełnić innymi dowodami mającymi na celu wykazanie tego braku zdolności.

W przedmiocie pytania czwartego

59 W pytaniu czwartym, które należy zbadać w trzeciej kolejności, sąd odsyłający zastanawia się zasadniczo, czy art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że istnienie stanowiącej nadużycie praktyki wykluczającej po stronie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą należy oceniać jedynie na podstawie zdolności wywołania przez tę praktykę skutków antykonkurencyjnych, czy też należy uwzględnić zamiar ograniczenia konkurencji przyświecający danemu przedsiębiorstwu.

60 W tym względzie należy przypomnieć, że zakazane przez art. 102 TFUE nadużywanie pozycji dominującej jest pojęciem obiektywnym [zob. w szczególności wyroki: z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 148; a także z dnia 25 marca 2021 r., Deutsche Telekom/Komisja, C-152/19 P, EU:C:2021:238, pkt 41].

61 Jak przypomniano w pkt 50 niniejszego wyroku, zakwalifikowanie praktyki wykluczającej jako stanowiącej nadużycie zależy od skutków wykluczenia, które jest lub była ona zdolna wywołać. A zatem aby udowodnić, że praktyka wykluczająca ma charakter nadużycia, organ ochrony konkurencji musi wykazać, po pierwsze, iż praktyka ta była w stanie, w momencie jej wprowadzenia w życie, wywołać taki skutek w postaci wykluczenia, w tym znaczeniu, że mogła ona utrudniać wejście konkurentów na rynek właściwy lub utrzymanie się konkurentów na tym rynku, a tym samym że owa praktyka mogła mieć wpływ na strukturę rynku, a po drugie, iż

praktyka ta opierała się na wykorzystywaniu innych środków niż te wchodzące w zakres konkurencji pozacenowej. Niemniej żadna z tych przesłanek nie wymaga co do zasady dowodu na istnienie zamiaru.

62 W konsekwencji aby stwierdzić nadużywanie pozycji dominującej w celu zastosowania art. 102 TFUE, organ ochrony konkurencji nie jest w żaden sposób zobowiązany do wykazania istnienia antykonkurencyjnego zamiaru po stronie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą (wyrok z dnia 19 kwietnia 2012 r., Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 21).

63 Jednak chociaż do celów stosowania art. 102 TFUE nie jest w żadnym razie wymagane wykazanie istnienia antykonkurencyjnego zamiaru po stronie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, dowód takiego zamiaru stanowi, mimo że nie może być on wystarczający sam w sobie, okoliczność faktyczną, którą można uwzględnić przy ustalaniu, czy doszło do nadużycia pozycji dominującej [wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 162 i przytoczone tam orzecznictwo].

64 W świetle powyższych rozważań na pytanie czwarte należy odpowiedzieć, że art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, iż istnienie stanowiącej nadużycie praktyki wykluczającej po stronie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą powinno być oceniane na podstawie zdolności wywołania przez tę praktykę skutków antykonkurencyjnych. Organ ochrony konkurencji nie jest zobowiązany wykazać zamiaru danego przedsiębiorstwa w postaci wykluczenia jego konkurentów przy użyciu środków lub zasobów innych niż te, które stosuje się w ramach konkurencji pozacenowej. Dowód na istnienie takiego zamiaru stanowi jednak okoliczność faktyczną, którą można uwzględnić przy ustalaniu, czy doszło do nadużycia pozycji dominującej.

W przedmiocie pytania pierwszego

65 Za pomocą pytania pierwszego sąd odsyłający chciałby się zasadniczo dowiedzieć, czy art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że praktyka – która jest zresztą zgodna z prawem poza ramami prawa konkurencji – może, gdy jest stosowana przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, zostać zakwalifikowana jako „stanowiąca nadużycie" w rozumieniu tego postanowienia jedynie na podstawie jej potencjalnie antykonkurencyjnych skutków, czy też takie zakwalifikowanie wymaga ponadto, by praktyka ta była stosowana przy użyciu środków lub zasobów innych niż te, które się stosuje w warunkach normalnej konkurencji. W przypadku tej drugiej hipotezy sąd odsyłający zastanawia się nad kryteriami umożliwiającymi odróżnienie środków lub zasobów, które wchodzą w zakres normalnej konkurencji, od środków lub zasobów, które wiążą się z zakłóconą konkurencją.

66 W tym względzie należy przypomnieć, że art. 102 TFUE uznaje za niezgodne z rynkiem wewnętrznym nadużywanie przez przedsiębiorstwo lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może ono wpływać na handel między państwami członkowskimi, oraz zakazuje takiego nadużywania.

67 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pojęcie „nadużywania" w rozumieniu art. 102 TFUE jest oparte na obiektywnej ocenie danego zachowania. Otóż bezprawność zachowania noszącego znamiona nadużycia w świetle tego postanowienia jest niezależna od kwalifikacji tego zachowania w innych gałęziach prawa (zob. podobnie wyrok z dnia 6 grudnia 2012 r., AstraZeneca/Komisja, C-457/10 P, EU:C:2012:770, pkt 74, 132).

68 Mówiąc konkretnie, jak wynika z pkt 44 niniejszego wyroku, pojęcie to oznacza każdą praktykę mogącą naruszyć, za pomocą zasobów innych niż te stosowane w warunkach normalnej konkurencji, strukturę skutecznej konkurencji. Ma ono zatem na celu ukaranie zachowań przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, które to zachowania – na rynku, na którym właśnie ze względu na obecność tego przedsiębiorstwa konkurencja jest już osłabiona – stwarzają przeszkodę w utrzymaniu istniejącego jeszcze na tym rynku poziomu konkurencji lub w rozwoju tej konkurencji poprzez stosowanie środków odmiennych od tych stosowanych w warunkach normalnej konkurencji między towarami lub usługami na podstawie świadczeń podmiotów gospodarczych [wyrok z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja, 85/76, EU:C:1979:36, pkt 91; z dnia 25 marca 2021 r., Deutsche Telekom/Komisja, C-152/19 P, EU:C:2021:238, pkt 41].

69 Jeśli chodzi o praktyki, które stanowią przedmiot sporów w postępowaniu głównym, to jak wskazano w pkt 50 niniejszego wyroku, fakt, że mają one charakter nadużycia, oznacza, że miały one zdolność wywołania skutków w postaci wykluczenia, na których opiera się sporna decyzja.

70 Takie skutki nie mogą być jednak czysto hipotetyczne (wyrok z dnia 6 października 2015 r., Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, pkt 65). W konsekwencji, po pierwsze, danej praktyki nie można zakwalifikować jako stanowiącej nadużycie, jeżeli pozostała ona na etapie projektu i nie została wprowadzona w życie. Po drugie, organ ochrony konkurencji nie może opierać się na skutkach, które ta praktyka mogłaby lub mogła byłaby wywołać, jeżeli pewne szczególne okoliczności, które nie były okolicznościami panującymi na rynku w momencie ich wprowadzenia w życie i których realizacja wydawała się zatem mało prawdopodobna, urzeczywistniłyby się lub urzeczywistniają się.

71 Natomiast aby móc przyjąć taką kwalifikację, wystarczy, by w okresie, w którym ta praktyka została wprowadzona w życie, miała ona zdolność wywołania skutku w postaci wykluczenia wobec konkurentów co najmniej równie skutecznych jak przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą (zob. podobnie wyrok z dnia 6 października 2015 r., Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, pkt 66 i przytoczone tam orzecznictwo).

72 Zważywszy, że okoliczność, czy dana praktyka stanowi nadużycie, nie zależy od postaci, jaką ona przybiera lub przybierała, lecz zakłada ona, iż owa praktyka ma lub miała zdolność ograniczenia konkurencji, a w szczególności wywołania w momencie jej wprowadzenia w życie skutków w postaci wykluczenia, oceny tej przesłanki należy dokonywać z uwzględnieniem wszystkich istotnych okoliczności faktycznych [zob. podobnie wyroki: z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 154; a także z dnia 25 marca 2021 r., Slovak Telekom/Komisja, C-165/19 P, EU:C:2021:239, pkt 42].

73 Niemniej, jak przypomniano w pkt 45 niniejszego wyroku, art. 102 TFUE w żaden sposób nie ma na celu uniemożliwienia przedsiębiorstwu zdobycia, dzięki jego własnym zasługom, a w szczególności z powodu jego kompetencji i zdolności, pozycji dominującej na rynku ani zapewnienia, aby konkurenci mniej skuteczni niż przedsiębiorstwo zajmujące taką pozycję pozostali na rynku. Nie każdy skutek w postaci wykluczenia musi bowiem koniecznie prowadzić do naruszenia konkurencji, ponieważ z definicji konkurencja pozacenowa może doprowadzić do zniknięcia z rynku lub do odsunięcia na dalszy plan konkurentów mniej skutecznych, a zatem mniej interesujących dla konsumentów, w szczególności pod względem cen, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności (wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 133, 134).

74 Na przedsiębiorstwach zajmujących pozycję dominującą ciąży jednak – niezależnie od przyczyn ich pozycji – szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszały one skutecznej i niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym (zob. w szczególności wyroki: z dnia 9 listopada 1983 r., Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja, 322/81, EU:C:1983:313, pkt 57; z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 135).

75 W konsekwencji chociaż przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą mogą bronić się przed swoimi konkurentami, muszą to czynić przy użyciu środków wchodzących w zakres konkurencji „normalnej", czyli opartej na zasługach.

76 Natomiast przedsiębiorstwa te nie mogą utrudniać wejścia na rynek właściwy równie skutecznych konkurentów lub utrzymania się na tym rynku takich konkurentów poprzez stosowanie środków innych niż te wchodzące w zakres konkurencji pozacenowej. Muszą one między innymi powstrzymywać się od używania swojej pozycji dominującej w celu ekspansji na inny rynek w inny sposób niż przy użyciu środków wchodzących w zakres konkurencji pozacenowej (zob. podobnie wyroki: z dnia 3 października 1985 r., CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, pkt 25; z dnia 14 listopada 1996 r., Tetra Pak/Komisja, C-333/94 P, EU:C:1996:436, pkt 25; z dnia 17 lutego 2011 r., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 87).

77 Każdą praktykę, której wprowadzenie w życie nie ma dla przedsiębiorstwa dominującego interesu gospodarczego z wyjątkiem celu polegającego na wyeliminowaniu jego konkurentów, aby móc następnie podnieść swoje ceny poprzez czerpanie korzyści z sytuacji monopolu, należy uznać za stanowiącą środek inny niż te wchodzące w zakres konkurencji pozacenowej (zob. podobnie wyrok z dnia 3 lipca 1991 r., AKZO/Komisja, C-62/86, EU:C:1991:286, pkt 71).

78 To samo odnosi się – jak zauważył rzecznik generalny w pkt 69–71 opinii – do praktyki, której nie może zastosować hipotetyczny konkurent, który, mimo że jest równie skuteczny, nie zajmuje pozycji dominującej na rynku właściwym, ponieważ praktyka ta opiera się na wykorzystywaniu zasobów lub środków właściwych dla posiadania takiej pozycji.

79 Znaczenie materialnej lub racjonalnej niemożliwości imitowania spornej praktyki przez hipotetycznego konkurenta równie skutecznego, lecz niezajmującego pozycji dominującej, w celu ustalenia, czy praktyka ta opiera się na środkach wchodzących w zakres konkurencji pozacenowej, wynika z orzecznictwa dotyczącego praktyk zarówno cenowych, jak i niecenowych.

80 Jeśli chodzi o pierwszą z tych dwóch kategorii praktyk, która obejmuje rabaty lojalnościowe, praktyki zaniżania cen w postaci stosowania cen wybiórczo niskich lub drapieżnych, a także praktyki zaniżania marży, z orzecznictwa wynika, że praktyki te ocenia się zazwyczaj na podstawie tzw. testu „równie skutecznego konkurenta", który ma właśnie na celu dokonanie oceny zdolności, jaką miałby taki rozważany abstrakcyjnie konkurent do powielenia zachowania przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą (zob. w szczególności wyrok z dnia 17 lutego 2011 r., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 41–43).

81 Co prawda ten test jest jedynie jednym ze sposób ustalenia, że przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą stosowało środki inne niż te wchodzące w zakres „normalnej" konkurencji, tak że organy ochrony konkurencji nie mają obowiązku opierać się systematycznie na takim teście, aby stwierdzić, iż praktyka cenowa ma charakter nadużycia (zob. podobnie wyrok z dnia 6 października 2015 r., Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, pkt 57).

82 Niemniej znaczenie przypisywane zazwyczaj wspomnianemu testowi, gdy można go przeprowadzić, nie wskazuje niczego innego niż to, że niezdolność do powtórzenia zachowania przedsiębiorstwa dominującego przez hipotetycznego równie skutecznego konkurenta stanowi, w przypadku praktyk wykluczających, jedno z kryteriów umożliwiających ustalenie, czy to zachowanie powinno zostać uznane za oparte, czy też nieoparte na stosowaniu środków wchodzących w zakres normalnej konkurencji.

83 W odniesieniu do drugiej kategorii praktyk, o których mowa w pkt 79 niniejszego wyroku, czyli praktyk niecenowych – takich jak na przykład odmowa dostawy towarów lub usług – Trybunał podkreślił, że dokonany przez przedsiębiorstwo dominujące wybór zastrzeżenia dla siebie własnej sieci dystrybucyjnej nie stanowi odmowy dostawy sprzecznej z art. 102 TFUE właśnie wtedy, gdy konkurent jest w stanie stworzyć analogiczną sieć dystrybucyjną swoich produktów (zob. podobnie wyrok z dnia 26 listopada 1998 r., Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, pkt 44, 45).

84 W przypadku ustalenia przez organ ochrony konkurencji, że praktyka stosowana przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą może naruszyć skuteczną i niezakłóconą konkurencję na rynku wewnętrznym, przedsiębiorstwo to, aby uniknąć uznania spornej praktyki za nadużywanie pozycji dominującej, ma możliwość wykazania, że praktyka ta jest lub była obiektywnie uzasadniona bądź pewnymi okolicznościami danego przypadku, które muszą być między innymi niezwiązane z zainteresowanym przedsiębiorstwem (zob. podobnie wyrok z dnia 17 lutego 2011 r., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 31, 75), bądź – mając na uwadze cel przyświecający ostatecznie art. 102 TFUE – interesem konsumentów [zob. w szczególności podobnie wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 165].

85 W odniesieniu do tej drugiej kategorii należy podkreślić, że pojęcie konkurencji pozacenowej odnosi się co do zasady do sytuacji konkurencyjnej, w której konsumenci czerpią korzyść z niższych cen, wyższej jakości i szerszego asortymentu nowych lub udoskonalonych towarów i usług. I tak, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 62 opinii, za wchodzące w zakres konkurencji pozacenowej należy uznawać między innymi postępowania, które skutkują powiększeniem wyboru dla konsumentów poprzez wprowadzenie na rynek nowych produktów lub poprzez zwiększenie ilości lub podwyższenie jakości produktów już oferowanych.

86 W takim przypadku przedsiębiorstwo dominujące może uzasadniać działania, które mogą być objęte zakazem ustanowionym w art. 102 TFUE, wykazując, że skutek w postaci wykluczenia, jaki jego zachowanie mogło wywołać, może zostać zrównoważony przez korzyści – a nawet korzyści te mogą nad nim przeważyć – pod względem efektywności, z których to korzyści mają pożytek również konsumenci [zob. podobnie wyroki: z dnia 15 marca 2007 r., British Airways/Komisja, C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 86; z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 140; a także z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 165].

87 Jeśli chodzi o spory w postępowaniu głównym, do sądu odsyłającego należy dokonanie oceny, czy AGCM wykazał w sposób wymagany prawem, że strategia stosowana przez przedsiębiorstwo ENEL w latach 2012–2017 mogła naruszyć skuteczną i niezakłóconą konkurencję na rynku wewnętrznym. Jednak w celu udzielenia temu sądowi pomocy przy dokonywaniu tej oceny Trybunał może dostarczyć mu wszelkich wskazówek interpretacyjnych opartych na prawie Unii, które mogą być dla niego użyteczne [zob. w szczególności wyroki: z dnia 16 lipca 2015 r., CHEZ

Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, pkt 62; z dnia 6 października 2021 r., A (Przekroczenie granic na pokładzie pływającej jednostki rekreacyjnej), C-35/20, EU:C:2021:813, pkt 85].

88 W niniejszym przypadku z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał, wynika przede wszystkim, że wskutek oddzielenia różnych rodzajów działalności przedsiębiorstwa ENEL, dotychczas zintegrowanego pionowo i zajmującego pozycję monopolistyczną na rynkach wytwarzania, przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej we Włoszech, spółce SEN powierzono zarządzanie klientami należącymi tylko do rynku chronionego w tym państwie członkowskim. Niemniej wiadomo było, że rynek chroniony nie zostanie utrzymany na stałe oraz że w momencie jego likwidacji w późniejszej dacie zainteresowani klienci będą musieli wybrać nowego dostawcę. Ponadto, aby uniknąć przeniesienia przewagi konkurencyjnej, uregulowanie sektorowe zezwalało na przekazywanie szczególnie chronionych informacji handlowych między spółkami, które sprzedają energię elektryczną na rynku chronionym, i spółkami, które prowadzą działalność na wolnym rynku, jedynie pod warunkiem, że dostarczanie tych informacji nie było dyskryminacyjne.

89 Następnie ze wskazówek dostarczonych przez sąd odsyłający wynika, że zachowanie, do którego odnosi się sporna decyzja, wiąże się zasadniczo nie z odmową umożliwienia przez spółkę SEN konkurentom spółki EE uzyskania dostępu do istotnego instrumentu, jaki stanowiły dane kontaktowe klientów rynku chronionego, lecz z decyzją spółki SEN o odpłatnym przekazaniu będących w jej posiadaniu pewnych informacji handlowych dotyczących jej klientów, w tym w szczególności ich danych kontaktowych, spółce EE w sposób, który byłby niekorzystny, a zatem dyskryminacyjny wobec konkurentów tej drugiej spółki na wolnym rynku, mimo że spółka SEN zajmowała pozycję dominującą na rynku chronionym.

90 Wreszcie sąd odsyłający zdaje się wychodzić z założenia, że przynajmniej spółki SEN i EE tworzyły jedno i to samo przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 102 TFUE.

91 W świetle tych okoliczności, których sprawdzenie należy do sądu odsyłającego, wydaje się wskazane przypomnieć, że należy uznać, iż korzystanie przez przedsiębiorstwo dysponujące prawami wyłącznymi, takimi jak na przykład monopol prawny, z tych właśnie praw w celu rozszerzenia pozycji dominującej, jaką zajmuje ono na rynku z powodu tych praw na innym rynku, stanowi wykorzystywanie środków innych niż te wchodzące w zakres konkurencji pozacenowej, ponieważ takie korzystanie opiera się na wykorzystywaniu zasobów niedostępnych co do zasady dla hipotetycznego konkurenta równie skutecznego, lecz niekorzystającego z pozycji dominującej (zob. podobnie wyrok z dnia 17 lipca 2014 r., Komisja/DEI, C-553/12 P, EU:C:2014:2083, pkt 45–47, 66–68).

92 A fortiori wynika stąd, że w sytuacji gdy przedsiębiorstwo traci monopol prawny, który posiadało wcześniej na rynku, w całej fazie liberalizacji tego rynku musi się ono powstrzymywać od stosowania środków, którymi dysponowało z racji swojego dawnego monopolu i które z tego względu nie są dostępne dla jego konkurentów, w celu zachowania pozycji dominującej na nowo zliberalizowanym rynku właściwym w inny sposób niż dzięki własnym zasługom.

93 W sporach w postępowaniu głównym rozważania te oznaczają, że na przedsiębiorstwie, jakie tworzyły razem przynajmniej spółki SEN i EE, ciążyła szczególna odpowiedzialność, by powstrzymywać się na rynku chronionym od wszelkich zachowań, które mogą naruszyć strukturę skutecznej konkurencji na wolnym rynku, a w szczególności od rozszerzenia na ten

rynek pozycji dominującej, z jakiej przedsiębiorstwo to korzystało na rynku chronionym, w inny sposób niż przy użyciu środków wchodzących w zakres konkurencji pozacenowej (zob. analogicznie wyrok z dnia 3 października 1985 r., CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, pkt 27).

94 Bezsporne jest, że możliwość skontaktowania się z klientami rynku chronionego stanowiła pewien interes gospodarczy dla każdego przedsiębiorstwa, które chciało rozwijać się na wolnym rynku. Co więcej, jako że przedsiębiorstwo, jakie tworzyły razem spółki SEN i EE, zamierzało przekazać odpłatnie spółce EE pewne będące w posiadaniu SEN informacje handlowe dotyczące jej klientów, przedsiębiorstwo to powinno było również, aby nie naruszyć struktury skutecznej konkurencji, zaoferować konkurentom spółki EE możliwość uzyskania dostępu do tych informacji, i to na równych warunkach za równoważne świadczenia.

95 Co prawda z uwagi na prawo do ochrony danych osobowych, które stanowi prawo podstawowe zagwarantowane w art. 8 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą"), nie można czynić zarzutu spółce znajdującej się w sytuacji spółki SEN z tego, że zebrała uprzednio zgody od swoich klientów na przekazane w ten sposób niektóre z ich informacji osobowych. Podobnie takiej spółki nie można również uznać za odpowiedzialną za decyzję części jej klientów, by zezwolić na przekazanie ich informacji osobowych tylko niektórym spółkom.

96 Niemniej aby wywiązać się ze szczególnej odpowiedzialności, jaka ciąży na niej z powodu jej pozycji dominującej na rynku chronionym, spółka SEN powinna była – w antycypacji życzenia pragnącej rozwijać się na wolnym rynku spółki trzeciej, by także uzyskać dostęp do wspomnianych informacji – zaproponować swoim klientom otrzymywanie ofert od spółek nienależących do grupy ENEL w niedyskryminacyjny sposób, w szczególności zwracając uwagę na to, by podczas zbierania zgód nie doszło do zakłóceń prowadzących do tego, że listy, które miały zostać przekazane spółce EE, byłyby dużo bardziej obszerne niż listy przeznaczone do sprzedaży konkurentom tej spółki.

97 W niniejszej sprawie informacje przekazane Trybunałowi nie pozwalają zrozumieć dokładnej natury dyskryminacyjnego traktowania stwierdzonego przez AGCM. O ile bowiem z postanowienia odsyłającego wynika, że spółka SEN zwróciła się o zgodę do swoich klientów rynku chronionego, aby otrzymywać oferty handlowe od spółek należących do grupy ENEL i osób trzecich „oddzielnie", o tyle opis ten nie pozwala ustalić w wystarczający sposób, czy pojęcie to odnosi się do okoliczności, że zapytania zostały wystosowane w różnych momentach, czy do faktu, iż znajdowały się one w różnych częściach tego samego dokumentu, ani też zresztą czy ta sama prośba o udzielenie zgody odnosiła się do wszystkich spółek trzecich w niezróżnicowany sposób, czy też można było wyrazić zgodę na otrzymywanie ofert od spółek trzecich bez obowiązku udzielenia zgody na otrzymywanie takich ofert od grupy ENEL lub czy klienci spółki SEN mogli indywidualnie wybrać, które przedsiębiorstwa trzecie będą uprawnione do przedkładania im ofert handlowych, tak jak – zdaje się – było to przewidziane dla grupy ENEL.

98 Należy jednak przypomnieć, że ciężar dowodu w odniesieniu do tego, iż zachowanie spółki SEN ma zdolność wywołania rzeczywistych lub potencjalnych skutków w postaci wykluczenia, spoczywa na AGCM. Zważywszy, że ta zdolność nie może być czysto hipotetyczna, AGCM powinien był zatem, aby uczynić zadość ciężarowi dowodu, ustalić w spornej decyzji na podstawie dowodów, takich jak na przykład studia behawioralne, że sposób postępowania przyjęty przez spółkę SEN w celu zebrania zgód od swoich klientów na przekazanie ich danych mógł faktycznie faworyzować listy, które miały zostać przekazane spółce EE.

99 Gdyby sąd odsyłający stwierdził, że AGCM udowodnił w sposób wymagany prawem w spornej decyzji, iż sposób, w jaki spółka SEN zwracała się o zgodę do swoich klientów na otrzymywanie ofert, był zakłócony, aby uprzywilejować spółki z grupy ENEL ze szkodą dla jej konkurentów, istnienie takiego zakłócenia wykluczałoby możliwość uznania, że różnica w ilości informacji zawartych w listach przeznaczonych dla spółki EE i w listach przeznaczonych dla konkurentów wynika z okoliczności, że wyniki na wolnym rynku były lepsze w przypadku spółek z grupy ENEL, lub jest skutkiem zdolności przyciągania marki ENEL. Samo istnienie tego zakłócenia uczyniłoby bowiem z definicji niemożliwym ustalenie istnienia obiektywnych przyczyn różnicy w udzielonych zgodach. W związku z tym jako że w takim przypadku owo zakłócenie byłoby konsekwencją zachowania spółki SEN, różnicę w ilości klientów zainteresowanych listami przeznaczonymi dla spółki EE i listami przeznaczonymi dla konkurentów tej ostatniej należałoby przypisać spółce SEN.

100 Wynika stąd, że postępując w ten sposób, spółka SEN przeniosła na spółkę EE zasoby mogące przyznać przewagę komparatywną przedsiębiorstwu, które – zgodnie z tezą wspomnianą w pkt 90 niniejszego wyroku – przynajmniej te dwie spółki tworzyły razem na wolnym rynku, podczas gdy z informacji zawartych w aktach sprawy wynika, że proces rozdzielenia poszczególnych rodzajów działalności spółki ENEL miał właśnie na celu uniknięcie takiego przeniesienia. W związku z tym późniejsze wykorzystanie tych zasobów należy postrzegać jako konkretyzację wprowadzenia w życie praktyki, która miała – przynajmniej pierwotnie – zdolność wywołania skutków w postaci wykluczenia na wolnym rynku.

101 Otóż taki sposób zachowania siłą rzeczy nie mógł zostać przyjęty przez hipotetycznego równie skutecznego konkurenta, ponieważ z powodu pozycji zajmowanej przez spółkę SEN na rynku chronionym wskutek zniesienia monopolu prawnego posiadanego dawniej przez przedsiębiorstwo ENEL żadne przedsiębiorstwo konkurencyjne nie mogło dysponować strukturą mogącą dostarczyć w tak dużej liczbie dane kontaktowe klientów rynku chronionego.

102 Wynika stąd, że z tego względu, iż nadużywanie pozycji dominującej ocenia się w świetle zdolności danego zachowania do wywołania skutków w postaci wykluczenia, a nie w świetle jego konkretnych skutków, gdyby zostało ustalone, że spółka SEN zwracała się do swoich klientów o ich zgodę na otrzymywanie ofert, odpowiednio, od spółek z grupy ENEL i od jej konkurentów w sposób dyskryminacyjny, sama ta okoliczność wystarczyłaby do wykazania, że zachowanie przedsiębiorstwa składającego się przynajmniej ze spółek SEN i EE mogło naruszyć skuteczną i niezakłóconą konkurencję. Takiego stwierdzenia nie można podważyć w świetle powodów, dla których żaden ze wspomnianych konkurentów nie zdecydował się kupić proponowanych im informacji, zdolności spółki EE do przekształcenia tej przewagi komparatywnej w sukces komercyjny lub środków ostrożnościowych, jakie przedsiębiorstwa konkurencyjne mogły lub mogły byłyby podjąć, takie jak na przykład nabycie od osób trzecich plików zawierających dane dotyczące klientów rynku chronionego, aby ograniczyć szkodliwe skutki tej praktyki.

103 W świetle powyższego na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, że art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że praktykę zgodną z prawem poza ramami prawa konkurencji można, gdy jest ona stosowana przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, uznać za „stanowiącą nadużycie” w rozumieniu tego postanowienia, jeżeli może ona wywołać skutek w postaci wykluczenia i jeżeli opiera się ona na użyciu środków innych niż środki wchodzące w zakres konkurencji pozacenowej. Jeżeli te dwie przesłanki są spełnione, zainteresowane przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą może jednak uniknąć objęcia zakazem wyrażonym w art. 102 TFUE, jeśli udowodni, że sporna praktyka była bądź to obiektywnie

uzasadniona i proporcjonalna do tego uzasadnienia, bądź zrównoważona przez korzyści – a nawet korzyści te mogły nad nią przeważyć – pod względem efektywności, z pożytkiem również dla konsumentów.

W przedmiocie pytania piątego

104 Za pomocą pytania piątego sąd odsyłający chciałby się zasadniczo dowiedzieć, czy art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że gdy pozycja dominująca jest wykorzystywana w sposób stanowiący nadużycie przez spółkę lub większą liczbę spółek zależnych należących do jednostki gospodarczej, istnienie tej jednostki jest wystarczające, aby uznać, iż spółka dominująca jest także odpowiedzialna za to nadużycie, nawet jeśli spółka ta nie uczestniczyła w praktykach stanowiących nadużycie, czy też konieczne jest przedstawienie choćby pośredniego dowodu na istnienie koordynacji między tymi różnymi spółkami, a w szczególności wykazanie udziału spółki dominującej.

105 Tytułem wstępu należy przypomnieć, że w celu określenia sprawcy naruszenia prawa konkurencji autorzy traktatu FUE wybrali pojęcie „przedsiębiorstwa", które oznacza w tym kontekście jednostkę gospodarczą, nawet jeśli z prawnego punktu widzenia ta jednostka gospodarcza składa się z kilku osób fizycznych lub prawnych (wyrok z dnia 27 kwietnia 2017 r., Akzo Nobel i in./Komisja, C-516/15 P, EU:C:2017:314, pkt 48).

106 Wybór ten oznacza, że jeżeli taka jednostka narusza reguły konkurencji Unii, to zgodnie z zasadą odpowiedzialności osobistej musi ona odpowiedzieć za to naruszenie (wyrok z dnia 25 marca 2021 r., Deutsche Telekom/Komisja, C-152/19 P, EU:C:2021:238, pkt 73).

107 Niemniej z tego względu, że takie naruszenie należy przypisać osobie prawnej, na którą można nakładać grzywny, stosowanie pojęcia „przedsiębiorstwa", a poprzez nie pojęcia „jednostki gospodarczej" powoduje z mocy prawa powstanie odpowiedzialności solidarnej między podmiotami tworzącymi daną jednostkę gospodarczą w chwili popełnienia naruszenia (zob. podobnie wyrok z dnia 6 października 2021 r., Sumal, C-882/19, EU:C:2021:800, pkt 44).

108 Gdy osoby odrębne pod względem prawnym są zorganizowane w formie grupy, w myśl utrwalonego orzecznictwa tworzą one jedno i to samo przedsiębiorstwo, gdy nie określają one samodzielnie swojego zachowania na rynku właściwym, lecz z uwagi w szczególności na powiązania gospodarcze, organizacyjne i prawne, które wiążą je ze spółką dominującą, podlegają one skutkom rzeczywistego wywierania przez tę spółkę kierowniczą decydującego wpływu (zob. podobnie wyrok z dnia 25 marca 2021 r., Deutsche Telekom/Komisja, C-152/19 P, EU:C:2021:238, pkt 74, 75).

109 Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że w szczególnym wypadku, gdy spółka dominująca posiada bezpośrednio lub pośrednio cały lub prawie cały kapitał spółki zależnej, która popełniła naruszenie reguł konkurencji Unii, można domniemywać rzeczywiste wywieranie decydującego wpływu przez spółkę dominującą (zob. podobnie wyrok z dnia 15 kwietnia 2021 r., Italmobiliare i in./Komisja, C-694/19 P, niepublikowany, EU:C:2021:286, pkt 55).

110 Takie domniemanie jest jednak wzruszalne (zob. podobnie wyrok z dnia 8 maja 2013 r., Eni/Komisja, C-508/11 P, EU:C:2013:289, pkt 47). Jak podkreślił bowiem Trybunał, to nie posiadanie takiej części kapitału zakładowego spółki zależnej uzasadnia owo domniemanie, lecz związany z nim stopień kontroli (wyrok z dnia 27 stycznia 2021 r., The Goldman Sachs Group/Komisja, C-595/18 P, EU:C:2021:73, pkt 35). Otóż posiadanie przez spółkę prawie całego

kapitału zakładowego innej spółki, mimo że stanowi ono bardzo silną wskazówkę co do posiadania takiej kontroli, nie pozwala z całą pewnością wykluczyć, że jedna lub większa liczba innych osób może posiadać – samodzielnie lub wspólnie – uprawnienia decyzyjne, ponieważ w szczególności własność kapitału zakładowego mogła zostać oddzielona od praw głosu

111 Z przypomnianego wcześniej orzecznictwa wynika zresztą, że aby tworzyć ze swoją spółką zależną jedno i to samo przedsiębiorstwo, spółka dominująca musi sprawować kontrolę nad zachowaniem swojej spółki zależnej, co można wykazać poprzez ustalenie bądź tego, że spółka dominująca ma zdolność wywierania decydującego wpływu na zachowanie spółki zależnej, a ponadto że rzeczywiście wywierała ten wpływ, bądź tego, że ta spółka zależna nie określa samodzielnie swojego zachowania na rynku, lecz że co do zasady stosuje się do wskazówek udzielanych jej przez spółkę dominującą w szczególności z uwagi na powiązania gospodarcze, organizacyjne i prawne łączące te dwa podmioty prawne (zob. w szczególności wyrok z dnia 25 marca 2021 r., Deutsche Telekom/Komisja, C-152/19 P, EU:C:2021:238, pkt 94, 95).

112 W związku z tym spółka dominująca musi również móc obalić wzruszalne domniemanie, o którym mowa w pkt 109 niniejszego wyroku, poprzez wykazanie, że choć posiadała cały lub prawie cały kapitał innej spółki w czasie stosowania danej praktyki, nie udzielała jej wskazówek ani nie uczestniczyła bezpośrednio ani pośrednio, w szczególności za pośrednictwem powołanych dyrektorów, w podejmowaniu decyzji tej innej spółki dotyczących zainteresowanej jednostki gospodarczej.

113 W niniejszej sprawie spółka ENEL utrzymuje, że trudności, jakie pojawiły się w ramach sporów w postępowaniu głównym, są związane nie ze stosowaniem tego domniemania, lecz z rozłożeniem ciężaru dowodu na to, iż różne spółki z grupy ENEL tworzyły jedno i to samo przedsiębiorstwo, oraz z obowiązkiem uzasadnienia ciążącym na organie ochrony konkurencji, gdy organ ten zamierza odrzucić elementy przedstawione przez spółkę dominującą w celu obalenia wspomnianego domniemania.

114 W tym względzie w odniesieniu do ciężaru dowodu – jak zauważył rzecznik generalny w pkt 155 opinii – z orzecznictwa Trybunału wynika, że domniemanie wynikające z posiadania przez spółkę dominującą całego lub prawie całego kapitału zakładowego jej spółki zależnej oznacza, iż rzeczywiste wywieranie decydującego wpływu przez spółkę dominującą na jej spółkę zależną, a zatem istnienie między tymi spółkami jednego i tego samego przedsiębiorstwa, należy uznać za wykazane bez konieczności przedstawiania jakiegokolwiek dodatkowego dowodu przez organ ochrony konkurencji (zob. w szczególności wyrok z dnia 16 czerwca 2016 r., Evonik Degussa i AlzChem/Komisja, C-155/14 P, EU:C:2016:446, pkt 29, 30).

115 W odniesieniu do obowiązku uzasadnienia należy przypomnieć, że obowiązek ten stanowi ogólną zasadę prawa Unii wyrażoną w art. 41 karty, która ma zastosowanie do państw członkowskich wtedy, gdy stosują one to prawo (zob. podobnie wyrok z dnia 24 listopada 2020 r., Minister van Buitenlandse Zaken, C-225/19 i C-226/19, EU:C:2020:951, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo).

116 Zgodnie z prawem do skutecznego środka prawnego zagwarantowanym w art. 47 karty podane uzasadnienie musi umożliwiać, po pierwsze, zainteresowanym dokonanie oceny, czy wydana decyzja jest ewentualnie obarczona wadą pozwalającą na zakwestionowanie jej ważności, a po drugie, właściwemu sądowi dokonanie kontroli zgodności z prawem (zob. podobnie wyrok z dnia 16 maja 2017 r., Berlioz Investment Fund, C-682/15, EU:C:2017:373, pkt 84).

117 A zatem w przypadku gdy w decyzji stwierdza się, że w momencie zaistnienia okoliczności faktycznych sprawy spółka tworzyła z jedną lub z większą liczbą swoich spółek zależnych jedno i to samo przedsiębiorstwo do celów prowadzenia działalności gospodarczej, decyzja ta musi zawierać przedstawienie powodów uzasadniających takie stwierdzenie, aby można ją uznać za należycie uzasadnioną (zob. podobnie wyrok z dnia 2 października 2003 r., Aristrain/Komisja, C-196/99 P, EU:C:2003:529, pkt 100; z dnia 29 września 2011 r., Elf Aquitaine/Komisja, C-521/09 P, EU:C:2011:620, pkt 152).

118 Wynika stąd, że – jak zauważył rzecznik generalny w pkt 160 opinii – w sytuacji gdy aby nałożyć grzywnę na spółkę dominującą z powodu zachowania przyjętego przez przedsiębiorstwo, jakie tworzyła ona w momencie zaistnienia okoliczności faktycznych sprawy z inną spółką, która była wówczas jej spółką zależną, organ ochrony konkurencji oparł się na domniemaniu decydującego wpływu wynikającym z posiadania przez tę spółkę dominującą, w momencie zaistnienia okoliczności faktycznych sprawy, całego lub prawie całego kapitału tej innej spółki, mimo że owa spółka dominująca przedstawiła w toku postępowania administracyjnego konkretne elementy w celu obalenia tego domniemania, organ ochrony konkurencji jest zobowiązany, aby uczynić zadość ciążącemu na nim obowiązkowi uzasadnienia, przedstawić w odpowiedni sposób powody, dla których elementy te nie pozwalają obalić wspomnianego domniemania (wyrok z dnia 29 września 2011 r., Elf Aquitaine/Komisja, C-521/09 P, EU:C:2011:620, pkt 153).

119 Taki obowiązek uzasadnienia nie oznacza jednak, że organ ochrony konkurencji jest zobowiązany zająć stanowisko w przedmiocie każdego z elementów przedstawionych przez spółkę dominującą w celu obalenia wspomnianego domniemania (wyrok z dnia 5 grudnia 2013 r., Komisja/Edison, C-446/11 P, niepublikowany, EU:C:2013:798, pkt 23).

120 Po pierwsze, kwestię, czy akt jest uzasadniony w sposób wymagany prawem, należy oceniać w świetle jego kontekstu i mających zastosowanie przepisów (zob. analogicznie wyrok z dnia 19 listopada 2013 r., Komisja/Rada, C-63/12, EU:C:2013:752, pkt 99). Po drugie, jako że uzasadnienie stanowi wymóg formalny, w celu spełnienia tego wymogu wystarczy, aby w zaskarżonej decyzji został wskazany powód mogący uzasadnić to, iż mimo różnych przedstawionych elementów domniemanie nie zostało obalone. Następnie do adresatów tej decyzji należy zakwestionowanie zasadności takiego powodu.

121 Z powyższego wynika, że w sporach w postępowaniu głównym z uwagi na okoliczność, iż nie jest kwestionowane, że spółka ENEL posiadała cały lub prawie cały kapitał spółki SEN, AGCM mógł domniemywać, iż ta spółka dominująca tworzyła ze swoją spółką zależną jedno przedsiębiorstwo do celów prowadzenia działalności dystrybucji energii elektrycznej na rynku właściwym. Spółka ENEL mogła jednak spróbować obalić to domniemanie, przedstawiając dowody służące wykazaniu, że bądź posiadanie takiego udziału w kapitale nie pozwalało jej mimo to kontrolować spółki SEN, bądź że nie czyniła ona użytku – bezpośrednio lub pośrednio – z przysługującej jej z racji posiadania całego lub prawie całego kapitału spółki SEN możliwości wywierania decydującego wpływu na spółkę SEN. Jeżeli taka sytuacja miała miejsce, AGCM był zobowiązany zająć stanowisko w przedmiocie przedstawionych dowodów, podając co najmniej powód mogący uzasadnić to, że mimo tych różnych elementów domniemanie nie zostało obalone.

122 Niemniej w sporach w postępowaniu głównym można zauważyć, że twierdzenie, zgodnie z którym zdecentralizowane procesy decyzyjne w ramach grupy pozostawiały spółce ENEL jedynie funkcję wspierania synergii i najlepszych praktyk między poszczególnymi spółkami należącymi do grupy, nie wydaje się w każdym razie wystarczające, aby móc obalić wspomniane

domniemanie, gdyż w szczególności nie wyklucza ono, iż przedstawiciele spółki ENEL zasiadali w organach decyzyjnych spółki SEN, ani nawet nie gwarantuje, że członkowie tych organów byli funkcjonalnie niezależni od spółki dominującej.

123 W świetle powyższego na pytanie piąte należy odpowiedzieć, że art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, iż w sytuacji gdy pozycja dominująca jest wykorzystywana w sposób stanowiący nadużycie przez spółkę lub większą liczbę spółek zależnych należących do jednostki gospodarczej, istnienie tej jednostki wystarcza do uznania, że spółka dominująca jest także odpowiedzialna za to nadużycie. Istnienie takiej jednostki należy domniemywać, jeżeli w momencie zaistnienia okoliczności faktycznych sprawy spółka dominująca posiadała – bezpośrednio lub pośrednio – co najmniej prawie cały kapitał tych spółek zależnych. Organ ochrony konkurencji nie jest zobowiązany do przedstawienia jakiegokolwiek dodatkowego dowodu, chyba że spółka dominująca wykaże, że nie była uprawniona do określania zachowań swoich spółek zależnych, gdyż działały one samodzielnie.

W przedmiocie kosztów

124 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (piąta izba) orzeka, co następuje:

1) **Artykuł 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że dla uznania, że praktyka stanowi nadużywanie pozycji dominującej, wystarczy, by organ ochrony konkurencji udowodnił, iż praktyka ta może naruszyć strukturę skutecznej konkurencji na rynku właściwym, chyba że zainteresowane przedsiębiorstwo dominujące wykaże, iż skutki antykonkurencyjne mogące wynikać z owej praktyki są równoważone przez skutki pozytywne dla konsumentów, w szczególności pod względem cen, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności, a nawet owe pozytywne skutki mogą nad nimi przeważyć.**

2) **Artykuł 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że do celów wykluczenia tego, że zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą ma charakter nadużycia, należy uznać za niewystarczający sam w sobie przedstawiony przez dane przedsiębiorstwo dowód na to, iż zachowanie to nie wywołało konkretnych skutków ograniczających. Element ten może stanowić wskazówkę co do braku zdolności wywołania przez sporne zachowanie skutków antykonkurencyjnych, który to element należy jednak uzupełnić innymi dowodami mającymi na celu wykazanie tego braku zdolności.**

3) **Artykuł 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że istnienie stanowiącej nadużycie praktyki wykluczającej po stronie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą powinno być oceniane na podstawie zdolności wywołania przez tę praktykę skutków antykonkurencyjnych. Organ ochrony konkurencji nie jest zobowiązany wykazać zamiaru danego przedsiębiorstwa w postaci wykluczenia jego konkurentów przy użyciu środków lub zasobów innych niż te, które stosuje się w ramach konkurencji pozacenowej. Dowód na istnienie takiego zamiaru stanowi jednak okoliczność faktyczną, którą można uwzględnić przy ustalaniu, czy doszło do nadużycia pozycji dominującej.**

4) **Artykuł 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że praktykę zgodną z prawem poza ramami prawa konkurencji można, gdy jest ona stosowana przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, uznać za „stanowiącą nadużycie" w rozumieniu tego postanowienia, jeżeli może ona wywołać skutek w postaci wykluczenia i jeżeli opiera się ona na użyciu środków innych niż te wchodzące w zakres konkurencji pozacenowej. Jeżeli te dwie przesłanki są spełnione, zainteresowane przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą może jednak uniknąć objęcia zakazem wyrażonym w art. 102 TFUE, jeśli udowodni, że sporna praktyka była bądź to obiektywnie uzasadniona i proporcjonalna do tego uzasadnienia, bądź zrównoważona przez korzyści – a nawet korzyści te mogły nad nią przeważyć – pod względem efektywności, z pożytkiem również dla konsumentów.**

5) **Artykuł 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji gdy pozycja dominująca jest wykorzystywana w sposób stanowiący nadużycie przez spółkę lub większą liczbę spółek zależnych należących do jednostki gospodarczej, istnienie tej jednostki wystarcza do uznania, iż spółka dominująca jest także odpowiedzialna za to nadużycie. Istnienie takiej jednostki należy domniemywać, jeżeli w momencie zaistnienia okoliczności faktycznych sprawy spółka dominująca posiadała – bezpośrednio lub pośrednio – co najmniej prawie cały kapitał tych spółek zależnych. Organ ochrony konkurencji nie jest zobowiązany do przedstawienia jakiegokolwiek dodatkowego dowodu, chyba że spółka dominująca wykaże, że nie była uprawniona do określania zachowań swoich spółek zależnych, gdyż działały one samodzielnie.**

Podpisy