Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SODIŠČA (peti senat)

z dne 12. maja 2022*

„Predhodno odločanje – Konkurenca – Prevladujoči položaj – Zloraba – Člen 102 PDEU – Vpliv prakse na blaginjo potrošnikov in strukturo trga – Praksa izrinjenja, ki pomeni zlorabo – Zmožnost prakse, da povzroči učinek izrinjenja – Uporaba drugačnih sredstev od tistih, ki so značilna za konkurenco na podlagi zaslug – Nemožnost enako učinkovitega hipotetičnega konkurenta, da to prakso ponovi – Obstoj protikonkurenčne namere – Odprtje trga prodaje električne energije za konkurenco – Prenos poslovno občutljivih informacij znotraj skupine družb, da bi se na določenem trgu ohranil prevladujoči položaj, ki izhaja iz predhodnega zakonskega monopola – Pripisljivost ravnanja odvisne družbe matični družbi“

V zadevi C-377/20,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložil Consiglio di Stato (državni svet, Italija) z odločbo z dne 21. maja 2020, ki je na Sodišče prispela 29. julija 2020, v postopku

Servizio Elettrico Nazionale SpA,

ENEL SpA,

Enel Energia SpA

proti

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in drugim,

ob udeležbi

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,

SODIŠČE (peti senat),

* Jezik postopka: italijanščina.

v sestavi E. Regan (poročevalec), predsednik petega senata, K. Lenaerts, predsednik Sodišča v funkciji sodnika petega senata, C. Lycourgos, predsednik četrtega senata, I. Jarukaitis in M. Ilešič, sodnika,

generalni pravobranilec: A. Rantos,

sodni tajnik: C. Di Bella, administrator,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 9. septembra 2021,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

– za Servizio Elettrico Nazionale SpA M. D'Ostuni, A. Police in M. Russo, avvocati,

– za ENEL SpA M. Clarich in V. Meli, avvocati,

– za Enel Energia SpA F. Anglani, C. Tesauro, S. Fienga in M. Contu, avvocati,

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

– za Green Network SpA V. Cerulli Irelli, C. Mirabile in A. Fratini, avvocati,

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

– za nemško vlado J. Möller in D. Klebs, agenta,

– za italijansko vlado G. Palmieri, agentka, skupaj z G. Galluzzo in S. Fiorentinom, avvocati dello Stato,

– za Kraljevino Norveško L. Furuholmen, K. Hallsjø Aarvik, K. S. Borge, E. W. Sandaa in P. Wennerås, agenti,

– za Evropsko komisijo G. Conte, P. Rossi in C. Sjödin, agenti,

– za Autorité de surveillance AELE C. Simpson in M. Sánchez Rydelski, agenta,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 9. decembra 2021

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago člena 102 PDEU.

2 Ta predlog je bil vložen v okviru sporov med družbo Servizio Elettrico Nazionale SpA (v nadaljevanju: SEN), njeno matično družbo ENEL SpA in njeno sestrsko družbo Enel Energia SpA (v nadaljevanju: EE) ter Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (urad za varstvo

konkurence in trga, Italija, v nadaljevanju: AGCM) in drugimi strankami v zvezi z odločbo tega organa, s katero je navedenim družbam na podlagi člena 102 PDEU zaradi zlorabe prevladujočega položaja naložil plačilo globe (v nadaljevanju: sporna odločba).

Spori o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

3 Obravnavana zadeva spada v okvir postopne liberalizacije trga prodaje električne energije v Italiji.

4 Od 1. julija 2007 lahko vsi uporabniki italijanskega elektroenergetskega omrežja, vključno z gospodinjstvi ter malimi in srednje velikimi podjetji, izberejo svojega dobavitelja. Vendar se je ob odprtju tega trga v prvi fazi razlikovalo med na eni strani strankami, ki so upravičene do izbire dobavitelja na prostem trgu, ki ni krajevno pristojni distributer, ter na drugi strani strankami z zaščitenega trga, ki jih sestavljajo posamezniki in mala podjetja, za katere je – glede na to, da se zanje šteje, da se o pogodbah o dobavi niso sposobni pogajati ob popolnem poznavanju zadeve ali v prednostnem položaju – še naprej veljal regulirani sistem, in sicer *servizio di maggior tutela* (storitev najboljše zaščite), s katerim je bil vzpostavljen trg, na katerem nacionalni sektorski regulativni organ nadzira določitev prodajnih pogojev.

5 V drugi fazi je bilo strankam z zaščitenega trga omogočeno sodelovanje na prostem trgu. Italijanski zakonodajalec je prehod z zaščitenega trga na prosti trg izvedel tako, da je določil datum, od katerega naj se posebna zaščita cen ne bi več uporabljala.

6 Ko je AGCM 20. decembra 2018 sprejel sporno odločbo, je bil za datum odprave posebne zaščite cen določen 1. julij 2020. Po več preložitvah je bil za mala in srednja podjetja kot datum prehoda določen 1. januar 2021, za gospodinjstva pa 1. januar 2022.

7 Zaradi liberalizacije trga je bil v družbi ENEL, ki je bila do takrat vertikalno integrirano podjetje in imetnik monopola glede proizvodnje električne energije v Italiji, ukvarjala pa se je tudi z distribucijo navedene energije, izveden postopek ločevanja dejavnosti distribucije in prodaje ter znamk. Na koncu tega postopka so bile dejavnosti v zvezi z različnimi fazami distribucije razdeljene med več ločenih družb. Tako je bila družbi E-Distribuzione dodeljena storitev distribucije, družbi EE dobava električne energije na prostem trgu, družbi SEN pa upravljanje storitve najboljše zaščite.

8 Obravnavani spor temelji na pritožbi, ki jo je pri AGCM vložilo združenje Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET (italijansko združenje trgovcev na debelo in trgovcev z energijo), ter na opozorilih posameznih potrošnikov, ki so grajali nezakonito izkoriščanje poslovno občutljivih informacij s strani operaterjev, ki so imeli te podatke, ker so del skupine ENEL. Tako je AGCM 4. maja 2017 v zvezi z družbami ENEL, SEN in EE uvedel preiskavo, da bi preveril, ali ravnanja teh družb pomenijo kršitev člena 102 PDEU.

9 Ta preiskava se je zaključila s sprejetjem sporne odločbe, s katero je AGCM ugotovil, da so družbi SEN in EE ter njuna matična družba ENEL, ki ju je usklajevala, odgovorne za zlorabo prevladujočega položaja od januarja 2012 do maja 2017 na trgih prodaje električne energije gospodinjskim in negospodinjskim uporabnikom, priključenim na nizkonapetostno omrežje, na območjih, kjer je skupina ENEL vodila dejavnost distribucije, s čimer so kršile člen 102 PDEU. Zato je AGCM navedenim družbam naložil solidarno plačilo globe v znesku 93.084.790,50 EUR.

10 Družbam se je očitalo, da so od januarja 2012 do maja 2017 izvajale strategijo izrinjenja s ciljem prenosa strank družbe SEN, prvotnega upravljavca zaščitenega trga – ki je še leta 2017 oskrboval med 80 % in 85 % gospodinjstev ter med 70 % in 85 % drugih strank – na družbo EE, ki posluje na prostem trgu. Cilj skupine ENEL naj bi bil tako obvladovati tveganje množičnega odhoda strank družbe SEN k tretjim dobaviteljem ob predvideni popolni ukinitvi zaščitenega trga, katere datum pa je bil prvotno določen šele v letu 2017.

11 Zato naj bi družba SEN v skladu s sporno odločbo od leta 2012 zbirala soglasja strank z zaščitenega trga za prejemanje poslovnih ponudb v zvezi s prostim trgom na podlagi diskriminatornih pogojev, po katerih se je to soglasje zahtevalo „ločeno“ za družbe skupine ENEL na eni strani in za tretje družbe na drugi strani. Zaradi tega naj bi zaprošene stranke na eni strani običajno dale soglasje v korist družb skupine ENEL, saj so dejansko mislile, da je tako soglasje nujno za ohranitev njihove dobave električne energije, na drugi strani pa odklonile soglasje v korist drugih operaterjev. S tem naj bi družba SEN omejila število soglasij strank z zaščitenega trga za prejemanje poslovnih ponudb konkurenčnih operaterjev. Od vseh strank z zaščitenega trga, ki so se strinjale s prejemanjem poslovnih ponudb skupine ENEL, kar naj bi v obdobju med letoma 2012 in 2015 v povprečju pomenilo približno 500.000 strank letno – dvakrat več od povprečnega števila strank prvih treh glavnih konkurentov – naj bi se jih namreč kar 70 % strinjalo s prejemanjem zgolj ponudbe skupine ENEL, samo 30 % pa naj bi se jih strinjalo tudi s prejemanjem ponudb konkurentov.

12 Podatki o strankah z zaščitenega trga, ki so se strinjale s prejemanjem poslovnih ponudb skupine ENEL, so bili nato vpisani na sezname (v nadaljevanju: seznami družbe SEN), ki so bili na družbo EE odplačno preneseni na podlagi najemnih pogodb. Po mnenju AGCM so imeli ti seznami družbe SEN nenadomestljivo strateško vrednost zaradi informacij, ki jih ni mogoče najti drugje, in sicer kdo so uporabniki storitve najboljše zaščite, saj so omogočali ciljno usmerjene poslovne akcije.

13 Te sezname družbe SEN je uporabljala družba EE, ki je pošiljala poslovne ponudbe, namenjene izključno tem strankam, na primer ponudbo „*Sempre Con Te*“ („vedno s teboj“), ki je veljala od 20. marca do 1. junija 2017, s čimer je uresničevala strategijo izrinjenja. Po mnenju AGCM naj bi uporaba seznamov družbe SEN družbi EE omogočila, da je svojim konkurentom odvzela pomemben – več kot 40-odstotni – delež „spornega povpraševanja“ strank, ki prehajajo z zaščitenega trga na prosti trg.

14 V skladu s sporno odločbo naj bi samo en konkurent družbe EE stopil v stik z družbo SEN zaradi pridobitve seznamov družbe SEN, ki so vsebovali podatke strank, ki so privolile v prejemanje ponudb drugih podjetij. Ta družba, ki navaja, da je za možnost nakupa teh seznamov izvedela izključno s spletnega mesta družbe SEN, se je nazadnje pridobitvi teh seznamov odpovedala. Druge družbe, ki so že več let delovale na upoštevnem trgu, naj bi navedle, da s to tržno priložnostjo niso bile nikoli seznanjene.

15 Družbe ENEL, SEN in EE so zoper sporno odločbo vložile posamične tožbe pri Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (deželno upravno sodišče za Lacij, Italija), sodišču prve stopnje.

16 To sodišče je s sodbama z dne 17. oktobra 2019 sicer potrdilo, da je prišlo do zlorabe prevladujočega položaja, vendar je tožbama, ki sta ju vložili družbi EE in SEN, ugodilo v delu, v katerem sta se nanašali na trajanje domnevne zlorabe in merila, uporabljena za izračun globe. AGCM je za izvršitev teh sodb znižal znesek globe na 27.529.786,46 EUR. Nasprotno pa je navedeno sodišče v celoti zavrnilo tožbo, ki jo je vložila družba ENEL.

17 Te tri družbe so ločeno od teh sodb pri predložitvenem sodišču vložile pritožbo, s katero predlagajo razglasitev ničnosti navedene globe, podredno pa njeno znižanje.

18 Družbe ENEL, SEN in EE v podporo pritožbi na prvem mestu zatrjujejo, da ni dokazano, da je njihovo ravnanje pomenilo zlorabo, zlasti pa, da niti potencialno ne bi moglo povzročiti protikonkurenčnega učinka izrinjenja.

19 Najprej navajajo, da zgolj vpis imena stranke na seznam za trženje po telefonu s ciljem promoviranja storitev hčerinskih družb ni zloraba, saj naj ne bi zajemal nobene obveze glede oskrbe in naj stranki ne bi preprečeval tega, da se vpiše na druge sezname, da prejema poslovna sporočila in da kadar koli, tudi večkrat, izbere ali zamenja dobavitelja.

20 Te družbe trdijo tudi, da uporaba seznamov družbe SEN ni mogla omogočiti hitrega in množičnega prehoda strank družbe SEN k družbi EE. Med marcem in majem 2017, v edinih dveh mesecih med začetkom ponudbe „*Sempre Con T*e“ in koncem prodaje po telefonu (*teleselling outbound*), naj bi namreč družba EE z uporabo seznamov družbe SEN pridobila le 478 strank oziroma 0,002 % uporabnikov storitve najboljše zaščite in 0,001 % vseh uporabnikov električne energije.

21 Poleg tega naj AGCM ne bi preučil ekonomskih dokazov, ki so jih predložile družbe ENEL, SEN in EE ter ki dokazujejo, da ugotovljena ravnanja niso mogla povzročiti niti niso imela omejevalnih učinkov na konkurenco. V zvezi s tem naj bi bili pozitivni rezultati, ki jih je zabeležila družba EE pri pridobivanju strank storitve najboljše zaščite, posledica dveh popolnoma zakonitih dejavnikov, ki omogočata alternativno in prepričljivejšo razlago od te, ki jo zagovarja AGCM, in sicer na eni strani to, da so družbe skupine ENEL na prostem trgu dosegle boljše rezultate, in na drugi strani privlačnost znamke ENEL.

22 Nazadnje, seznami družbe SEN naj ne bi bili niti strateški niti nenadomestljivi, saj na trgu obstajajo podobni seznami strank storitve najboljše zaščite, ki so popolnejši in cenejši.

23 Na drugem mestu družba ENEL izpodbija to, da je AGCM njeno odgovornost kot matične družbe utemeljil zgolj na preprosti domnevi. V zvezi s tem trdi, da se je skupina ENEL od leta 2014 prestrukturirala in da je njeno odločanje postalo decentralizirano. V tem novem organizacijskem okviru naj bi bila vloga družbe ENEL kot matične družbe na vrhu skupine zgolj spodbujanje sinergij in najboljših praks med različnimi operativnimi družbami, nima pa več odločevalske vloge.

24 Po mnenju predložitvenega sodišča, ki je združilo vse tri pritožbe iz postopka v glavni stvari, ni nobenega dvoma o tem, da ima skupina ENEL prevladujoči položaj na upoštevnem trgu. Pojem „zloraba“ – zlasti kar zadeva „atipične“ zlorabe, kakršna je tista, s katero se namerava preprečiti rast ali diverzifikacija ponudbe konkurentov – pa naj bi povzročal težave pri razlagi, saj na eni strani člen 102 PDEU ne vsebuje izčrpnih meril za uporabo, na drugi strani pa tradicionalno razlikovanje med zlorabami z izkoriščanjem in zlorabami z izrinjenjem ni upoštevno. Zlasti naj bi se postavljalo vprašanje, ali je treba upoštevati strategijo podjetja s prevladujočim položajem,

kadar je njen namen – kot v obravnavanem primeru – preprečiti odhod strank h konkurentom, pa tudi to, da so bila ravnanja tega podjetja sama po sebi zakonita, ker naj bi bili v obravnavanem primeru seznami družbe SEN po mnenju predložitvenega sodišča pridobljeni zakonito.

25 Predložitveno sodišče se sprašuje tudi, ali zadostuje, da bi se z zadevnim ravnanjem lahko izključili konkurenti na upoštevnem trgu, ker je navedena skupina med preiskavo predložila ekonomske študije, s katerimi je želela dokazati, da njeno ravnanje konkretno ni imelo učinkov izrinjenja.

26 Nazadnje, pri zlorabi prevladujočega položaja skupine družb naj bi se postavljalo vprašanje, ali je treba predložiti dokaz o dejavnem usklajevanju med različnimi družbami iz iste skupine, ali pa pripadnost tej skupini zadostuje za ugotovitev sodelovanja pri zlorabi, tudi za družbo v skupini, ki zlorabe ni izvajala.

27 V teh okoliščinah je Consiglio di Stato (državni svet, Italija) prekinil odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložil ta vprašanja:

„1. Ali so ravnanja, s katerimi se izvaja zloraba prevladujočega položaja, lahko popolnoma zakonita in se lahko opredelijo kot ‚zloraba' samo zaradi (potencialno) omejevalnega učinka, ki ga ustvarjajo na referenčnem trgu, ali morajo vsebovati tudi poseben element protipravnosti, in sicer uporabo ‚drugih konkurenčnih metod (ali sredstev)', ki niso ‚običajna'; in v zadnjenavedenem primeru, na podlagi katerih meril se lahko vzpostavi meja med ‚običajno' in ‚izkrivljeno' konkurenco?

2. Ali je namen pravila o sankcioniranju zlorabe zagotoviti čim večjo blaginjo potrošnikov, pri čemer mora sodišče ugotoviti, za koliko se je (ali bi se lahko) zmanjšala, ali je namen pravila o sankcioniranju nezakonitega dejanja na področju konkurence ohraniti samo konkurenčno strukturo trga, da se prepreči ustvarjanje združevanja ekonomskih moči, ki se šteje za družbi škodljivo?

3. Ali sme prevladujoče podjetje v primeru zlorabe prevladujočega položaja s tem, da poskuša preprečiti obstanek obstoječe ravni konkurence ali njen razvoj, vseeno dokazati, da – kljub abstraktni možnosti ustvarjanja omejevalnega učinka – ravnanje dejansko ni nezakonito? Ali je treba v primeru pritrdilnega odgovora za presojo obstoja atipične izključujoče zlorabe člen 102 PDEU razlagati tako, da mora organ za varstvo konkurence natančno preučiti ekonomske analize, ki jih je predložila stranka, glede dejanske možnosti, da ravnanje, ki je predmet preiskave, izključi konkurenco s trga?

4. Ali je treba zlorabo prevladujočega položaja presojati samo glede na njene učinke (čeprav samo potencialne) na trg, brez upoštevanja subjektivnega razloga kršitelja? Ali dokaz namena omejevanja pomeni parameter, ki se lahko uporablja (tudi izključno) za presojo ravnanja prevladujočega podjetja kot zlorabe? Ali pa ta dokaz subjektivnega elementa povzroči samo, da se dokazno breme naloži prevladujočemu podjetju (ki bi torej moralo dokazati, da učinka izključevanja ni bilo)?

5. Ali v primeru, da ima prevladujoč položaj več podjetij iz iste skupine, pripadnost tej skupini zadostuje, da se domneva, da so tudi podjetja, ki niso izvajala ravnanj, ki pomenijo zlorabo, sodelovala pri nezakonitem ravnanju, tako da zadostuje, da nadzorni organ dokaže zavestno vzporedno, čeprav ne tajno, sodelovanje podjetij, ki poslujejo v okviru skupine, ki je kolektivno

prevladujoča? Ali pa je treba (enako kot pri preprečevanju omejevalnih sporazumov) vseeno predložiti dokaz, lahko tudi posreden, o dejanskem usklajevanju in povezovanju med več podjetji skupine v prevladujočem položaju, zlasti da se dokaže sodelovanje matične družbe?“

Vprašanja za predhodno odločanje

Dopustnost

28 Več strank je v pisnih stališčih, ki so bila predložena Sodišču, podvomilo o dopustnosti nekaterih vprašanj.

29 Združenje AIGET meni, da bi bilo treba drugo vprašanje razglasiti za nedopustno, ker naj bi bilo splošno in naj ne bi bilo upoštevno. Namreč, naj ne bi bilo sporno, da če bi bila skupini ENEL očitana zloraba dokazana, bi bila ta zloraba taka, da bi hkrati izključevala konkurente s trga in povzročala škodo potrošnikom.

30 Družba Green Network SpA se sprašuje o dopustnosti prvih štirih vprašanj, saj meni, da ta niso potrebna za rešitev sporov o glavni stvari in da je Sodišče nanje v vsakem primeru že odgovorilo.

31 Nazadnje, AGCM in združenje AIGET trdita, da peto vprašanje ni dopustno, ker naj bi bil v preiskavi AGCM ugotovljen obstoj skupinske strategije, katere namen je bil prenos strank družbe SEN na družbo EE in preprečiti, da bi te stranke odšle h konkurenčnim skupinam.

32 V zvezi s temi različnimi vidiki je treba spomniti, da je v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča le nacionalno sodišče, ki odloča o sporu in ki mora prevzeti odgovornost za sodno odločbo, ki jo bo sprejelo, pristojno, da glede na posebnosti zadeve presodi potrebo po izdaji predhodne odločbe, da bi lahko izdalo sodbo, in tudi upoštevnost vprašanj, ki jih predloži Sodišču. Zato je Sodišče, kadar se predložena vprašanja nanašajo na razlago prava Unije, načeloma dolžno odločiti (sodba z dne 15. julija 2021, The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, točka 54 in navedena sodna praksa).

33 Zato za vprašanja, ki se nanašajo na pravo Unije, velja domneva upoštevnosti. Sodišče lahko zavrne odločanje o vprašanju nacionalnega sodišča za predhodno odločanje samo, če je očitno, da zahtevana razlaga prava Unije nima nobene zveze z dejanskim stanjem ali predmetom spora o glavni stvari, če je problem hipotetičen ali če Sodišče nima na voljo dejanskih in pravnih elementov, ki so potrebni, da bi lahko na postavljena vprašanja dalo koristne odgovore (sodba z dne 15. julija 2021, The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, točka 55 in navedena sodna praksa).

34 V obravnavanem primeru je treba najprej glede drugega vprašanja ugotoviti, da njegova splošnost ne izključuje njegove morebitne upoštevnosti za rešitev sporov o glavni stvari.

35 Poleg tega je dolžnost nacionalnega sodišča – in ne Sodišča – da ugotovi dejstva, ki so pripeljala do spora, in da iz tega izpelje posledice za odločitev, ki jo je dolžno izreči (sodba z dne 10. marca 2016, Safe Interenvíos, C-235/14, EU:C:2016:154, točka 119). Če torej nacionalno sodišče v predlogu navede dejanske in pravne elemente, ki jih Sodišče potrebuje, da bi lahko koristno odgovorilo na postavljena vprašanja, teh vprašanj ni mogoče razglasiti za nedopustna zgolj zato, ker so splošna.

36 Kar zadeva domnevno nesporno zmožnost zatrjevane zlorabe za izključitev konkurentov skupine ENEL s trga in povzročanje škode potrošnikom, bi bila – tudi če bi bila ta zmožnost dokazana – lahko razlaga ciljev člena 102 PDEU za predložitveno sodišče koristna pri ugotavljanju, kateri pogoji morajo biti izpolnjeni, da se lahko ugotovi zloraba prevladujočega položaja.

37 Glede upoštevnosti prvega, tretjega in četrtega vprašanja pa zadostuje ugotovitev, da ni očitno, da zahtevana razlaga prava Unije nima nobene zveze z dejanskim stanjem ali predmetom sporov o glavni stvari. Nasprotno, glede na njihove okoliščine se lahko pri vsakem od navedenih vprašanj predložitvenemu sodišču zagotovijo pojasnila, na podlagi katerih bo lahko rešilo spore. Glede tega, da naj bi Sodišče o teh vprašanjih že odločilo, je treba spomniti, da nacionalnemu sodišču nikakor ni prepovedano, da Sodišču postavi vprašanja za predhodno odločanje, odgovor na katera – po mnenju nekaterih strank iz postopka v glavni stvari – ne pušča nobenega razumnega dvoma (sodba z dne 14. oktobra 2021, Viesgo Infraestructuras Energéticas, C-683/19, EU:C:2021:847, točka 26).

38 Nazadnje, kar zadeva peto vprašanje, ni mogoče izključiti, da bi predložitveno sodišče odločilo drugače, kot je bilo odločeno v sporni odločbi. Zato ni mogoče šteti – kot trdita AGCM in združenje AIGET – da to vprašanje očitno ni povezano z dejanskim stanjem ali predmetom sporov o glavni stvari oziroma da je hipotetično.

39 Zato je treba vprašanja, ki jih je postavil Consiglio di Stato (državni svet), šteti za dopustna.

Utemeljenost

Drugo vprašanje

40 Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem, ki ga je treba preučiti najprej, v bistvu sprašuje, ali je treba člen 102 PDEU razlagati tako, da za ugotovitev, ali ravnanje pomeni zlorabo prevladujočega položaja, zadošča, da organ, pristojen za konkurenco, dokaže, da lahko ta praksa ogroža učinkovito konkurenčno strukturo upoštevnega trga, ali pa je treba dodatno oziroma alternativno dokazati, da lahko navedeno ravnanje vpliva na blaginjo potrošnikov.

41 V zvezi s tem je treba spomniti, da je člen 102 PDEU del sklopa pravil, ki s ciljem preprečiti izkrivljanje konkurence v škodo splošnega interesa, posameznih podjetij in potrošnikov prispevajo k zagotavljanju blaginje v Evropski uniji (glej v tem smislu sodbo z dne 17. februarja 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, točki 21 in 22).

42 V tem smislu je člen 102 PDEU odraz splošnega cilja iz člena 3(1)(b) PDEU za ukrepe Unije, torej da se vzpostavijo pravila o konkurenci, nujna za delovanje notranjega trga (glej v tem smislu sodbi z dne 2. aprila 2009, France Télécom/Komisija, C-202/07 P, EU:C:2009:214, točka 103, in z dne 14. oktobra 2010, Deutsche Telekom/Komisija, C-280/08 P, EU:C:2010:603, točka 170).

43 Temeljna narava določb Pogodbe DEU na področju konkurence izhaja tudi iz Protokola (št. 27) o notranjem trgu in konkurenci, ki je v skladu s členom 51 PEU sestavni del Pogodb in ki določa, da notranji trg vključuje sistem, s katerim se preprečuje izkrivljanje konkurence (sodba z dne 17. novembra 2011, Komisija/Italija, C-496/09, EU:C:2011:740, točka 60).

44 Med temi pravili je v skladu z ustaljeno sodno prakso natančnejši cilj člena 102 PDEU preprečiti, da bi ravnanje podjetja s prevladujočim položajem v škodo potrošnikov oviralo ohranjanje obstoječe konkurence na trgu ali razvoj te konkurence z uporabo drugačnih sredstev od tistih, ki so značilna za običajno konkurenco (glej v tem smislu sodbe z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija, 85/76, EU:C:1979:36, točka 91; z dne 27. marca 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, točka 24, in z dne 30. januarja 2020, Generics (UK) in drugi, C-307/18, EU:C:2020:52, točka 148 in navedena sodna praksa). V tem smislu ta določba – kot je ugotovilo Sodišče – ni namenjena zgolj sankcioniranju ravnanja, ki lahko potrošnikom povzroči neposredno škodo, ampak tudi tistega, ki jih oškoduje posredno s poseganjem v učinkovito konkurenčno strukturo (glej v tem smislu zlasti sodbi z dne 15. marca 2007, British Airways/Komisija, C-95/04 P, EU:C:2007:166, točki 106 in 107, in z dne 17. februarja 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, točka 24).

45 Kot pa je Sodišče že poudarilo, navedena določba ne nasprotuje temu, da zaradi konkurence na podlagi zaslug izginejo s trga ali postanejo marginalizirani tisti konkurenti, ki so manj učinkoviti in zato za potrošnike manj zanimivi, zlasti z vidika cen, izbire, kakovosti in inovacij (sodba z dne 6. septembra 2017, Intel/Komisija, C-413/14 P, EU:C:2017:632, točka 134 in navedena sodna praksa).

46 Iz tega izhaja – kot je generalni pravobranilec v bistvu navedel v točki 100 sklepnih predlogov – da je treba blaginjo tako vmesnih kot končnih potrošnikov obravnavati kot končni cilj, ki upravičuje poseg konkurenčnega prava s sankcioniranjem zlorabe prevladujočega položaja na notranjem trgu ali njegovem znatnem delu. Zato podjetje v takem položaju – kot je Sodišče že presodilo – lahko dokaže, da taka praksa izrinjenja ne spada v okvir prepovedi iz člena 102 PDEU, zlasti z dokazom, da so morebitni učinki te prakse izničeni ali celo preseženi z ugodnostmi v smislu učinkovitosti, ki koristijo tudi potrošnikom, zlasti z vidika cen, izbire, kakovosti in inovacij (glej v tem smislu sodbi z dne 6. septembra 2017, Intel/Komisija, C-413/14 P, EU:C:2017:632, točki 134 in 140, ter z dne 30. januarja 2020, Generics (UK) in drugi, C-307/18, EU:C:2020:52, točka 165 in navedena sodna praksa).

47 Zato organ, pristojen za konkurenco, izpolni svoje dokazno breme, če dokaže, da lahko praksa podjetja s prevladujočim položajem, pri kateri uporablja drugačna sredstva od tistih, ki so značilna za običajno konkurenco, posega v učinkovito konkurenčno strukturo, ne da bi mu bilo treba dokazati, da lahko navedeno ravnanje povzroča tudi neposredno škodo potrošnikom. Zadevno podjetje s prevladujočim položajem se vseeno lahko izogne uporabi prepovedi iz člena 102 PDEU, če dokaže, da je učinek izrinjenja, ki bi lahko bil posledica zadevne prakse, izničen ali celo presežen s pozitivnimi učinki za potrošnike.

48 Na podlagi navedenih preudarkov je treba na drugo vprašanje odgovoriti, da je treba člen 102 PDEU razlagati tako, da za ugotovitev, da ravnanje pomeni zlorabo prevladujočega položaja, zadošča, da organ, pristojen za konkurenco, dokaže, da lahko to ravnanje posega v učinkovito konkurenčno strukturo na upoštevnem trgu, razen če zadevno podjetje s prevladujočim položajem dokaže, da so protikonkurenčni učinki, ki bi lahko bili posledica navedene prakse, izničeni ali celo preseženi s pozitivnimi učinki za potrošnike, zlasti z vidika cen, izbire, kakovosti in inovacij.

Tretje vprašanje

49 Predložitveno sodišče s tretjim vprašanjem, ki ga je treba preučiti na drugem mestu, v bistvu sprašuje, ali je treba člen 102 PDEU razlagati tako, da je treba pri ugotavljanju, ali ravnanje podjetja s prevladujočim položajem pomeni zlorabo, šteti za upoštevne elemente, s katerimi želi to podjetje

dokazati, da tako ravnanje – ne glede na abstraktno možnost, da povzroči omejevalne učinke – dejansko takih učinkov ni imelo, in če je odgovor pritrdilen, ali mora organ, pristojen za konkurenco, te elemente temeljito preučiti.

50 Najprej je treba ugotoviti, da je glede praks izrinjenja, med katere spadajo zatrjevana ravnanja iz sporov o glavni stvari, iz sodne prakse Sodišča razvidno, da morajo biti take prakse, da se lahko opredelijo kot zloraba, zmožne omejiti konkurenco in zlasti povzročiti očitane učinke izrinjenja (sodba z dne 30. januarja 2020, Generics (UK) in drugi, C-307/18, EU:C:2020:52, točka 154 in navedena sodna praksa).

51 Zato mora zadevni organ, pristojen za konkurenco – če podjetje s prevladujočim položajem v upravnem postopku ob podpori dokazov trdi, da njegovo ravnanje ni moglo omejiti konkurence – preveriti, ali je v okoliščinah konkretne zadeve obravnavano ravnanje to lahko dejansko povzročilo (glej v tem smislu sodbo z dne 6. septembra 2017, Intel/Komisija, C-413/14, EU:C:2017:632, točki 138 in 140).

52 V tem okviru morajo organi, pristojni za konkurenco, v skladu s pravico do izjave, ki je po ustaljeni sodni praksi splošno načelo prava Unije in se uporablja, kadar organ v zvezi z osebo namerava izdati akt, ki posega v njen položaj, med drugim zadevnemu podjetju omogočiti, da se izjavi, kar pomeni, da morajo ustrezno upoštevati njegove pripombe, pri tem pa skrbno in nepristransko preučiti vse upoštevne elemente obravnavane zadeve in zlasti dokaze, ki jih je to podjetje predložilo (glej po analogiji sodbo z dne 16. oktobra 2019, Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, EU:C:2019:861, točke od 39 do 42).

53 Ob tem je treba opozoriti, da pri opredelitvi določene prakse podjetja s prevladujočim položajem kot zlorabe ni treba dokazati, da je bil dosežen rezultat ravnanja takega podjetja, katerega namen je bilo izrinjenje konkurentov z zadevnega trga, in torej ni treba dokazati učinka konkretnega izrinjenja s trga. Namen člena 102 PDEU je namreč sankcionirati to, da eno ali več podjetij zlorablja prevladujoči položaj na notranjem trgu ali njegovem znatnem delu, ne glede na uspešnost te zlorabe (glej v tem smislu sodbo z dne 30. januarja 2020, České dráhy/Komisija, C-538/18 P in C-539/18 P, neobjavljena, EU:C:2020:53, točka 70 in navedena sodna praksa).

54 Čeprav velja – kot je poudarjeno v točki 20 sporočila Evropske komisije, naslovljenega „Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena [102 PDEU] za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorabljajo svoj položaj“ (UL 2009, C 45, str. 7) – da če takšno ravnanje traja dovolj dolgo, se lahko kot dokaz glede učinka izrinjenja zadevnega ravnanja obravnava uspešnost prevladujočega podjetja in njegovih konkurentov na trgu, pa nasprotna okoliščina, da določeno ravnanje ni doseglo takega protikonkurenčnega učinka – tudi če je od takega ravnanja preteklo precej časa – ne pomeni, da dejansko ni imelo takega učinka, ko se je izvajalo. Če takih učinkov ni, je to namreč lahko posledica drugih dejavnikov, na primer sprememb, ki so se na upoštevnem trgu zgodile od začetka navedenega ravnanja, ali nezmožnosti podjetja s prevladujočim položajem, da uspešno vodi strategijo, ki je podlaga za tako ravnanje.

55 Zato dokaza o neobstoju konkretnih učinkov izrinjenja, ki ga predloži podjetje s prevladujočim položajem, samega po sebi ni mogoče šteti za zadostnega za zavrnitev uporabe člena 102 PDEU.

56 Ta okoliščina pa je lahko indic za to, da zadevno ravnanje ni moglo imeti zatrjevanih učinkov izrinjenja. Vendar mora zadevno podjetje ta indic dopolniti z dokazi za to, da takih konkretnih učinkov res ni bilo, ker navedeno ravnanje takih učinkov ni moglo povzročiti.

57 V obravnavani zadevi iz navedenega sledi, da okoliščine, na katero se zadevne družbe opirajo pri prerekanju obstoja zlorabe prevladujočega položaja, in sicer, da je družba EE z uporabo seznamov družbe SEN pridobila zgolj 478 strank – to je 0,002 % strank z zaščitenega trga – same po sebi ni mogoče šteti za zadosten dokaz za to, da zadevno ravnanje ni moglo imeti učinka izrinjenja.

58 Na podlagi navedenega je treba na tretje vprašanje odgovoriti, da je treba člen 102 PDEU razlagati tako, da samo na podlagi dokaza, ki ga predloži podjetje s prevladujočim položajem, da njegovo ravnanje ni imelo konkretnih omejevalnih učinkov, ni mogoče izključiti, da to ravnanje ne pomeni zlorabe. Ta element je lahko indic za to, da zadevno ravnanje ne more imeti protikonkurenčnih učinkov, vendar ga je treba dopolniti z drugimi dokazi, da takih učinkov ne more imeti.

Četrto vprašanje

59 Predložitveno sodišče s četrtim vprašanjem, ki ga je treba obravnavati na tretjem mestu, v bistvu sprašuje, ali je treba člen 102 PDEU razlagati tako, da je treba obstoj prakse izrinjenja, ki pomeni zlorabo in ki jo je izvajalo podjetje s prevladujočim položajem, presojati zgolj na podlagi tega, ali ima ta praksa lahko protikonkurenčne učinke, ali pa je treba upoštevati namen zadevnega podjetja, da omeji konkurenco.

60 V zvezi s tem je treba spomniti, da je zloraba prevladujočega položaja, ki je prepovedana s členom 102 PDEU, objektiven pojem (glej zlasti sodbi z dne 30. januarja 2020, Generics (UK) in drugi, C-307/18, EU:C:2020:52, točka 148, in z dne 25. marca 2021, Deutsche Telekom/Komisija, C-152/19 P, EU:C:2021:238, točka 41).

61 Kot je bilo opozorjeno v točki 50 te sodbe, je opredelitev prakse izrinjenja kot zlorabe odvisna od učinkov izrinjenja, ki jih ta praksa ima ali bi jih lahko imela. Zato mora organ, pristojen za konkurenco, pri ugotavljanju, ali praksa izrinjenja pomeni zlorabo, dokazati, prvič, da je to ravnanje, ko se je izvajalo, bilo zmožno povzročiti tak učinek izrinjenja – torej da je lahko otežilo vstop konkurentov na zadevni trg ali ohranitev na njem – in da je navedeno ravnanje zato lahko vplivalo na strukturo trga ter, drugič, da so se pri tem ravnanju uporabljala drugačna sredstva od tistih, ki so značilna za konkurenco na podlagi zaslug. Nobeden od teh pogojev pa načeloma ne zahteva dokaza o obstoju namena.

62 Zato organu, pristojnemu za konkurenco, pri ugotavljanju zlorabe prevladujočega položaja na podlagi člena 102 PDEU nikakor ni treba dokazati obstoja protikonkurenčnega namena podjetja s prevladujočim položajem (sodba z dne 19. aprila 2012, Tomra Systems in drugi/Komisija, C-549/10 P, EU:C:2012:221, točka 21).

63 Vendar kljub temu, da za uporabo člena 102 PDEU nikakor ni treba dokazati obstoja protikonkurenčnega namena podjetja s prevladujočim položajem, dokaz o takem namenu, čeprav sam zase ne zadostuje, pomeni dejansko okoliščino, ki jo je mogoče upoštevati pri ugotavljanju zlorabe prevladujočega položaja (sodba z dne 30. januarja 2020, Generics (UK) in drugi, C-307/18, EU:C:2020:52, točka 162 in navedena sodna praksa).

64 Na podlagi navedenega je treba na četrto vprašanje odgovoriti, da je treba člen 102 PDEU razlagati tako, da je treba obstoj prakse izrinjenja, ki pomeni zlorabo in ki jo je izvajalo podjetje s prevladujočim položajem, presojati glede na to, ali ima ta praksa lahko protikonkurenčne učinke. Organ, pristojen za konkurenco, ni dolžan dokazati namena zadevnega podjetja, da svoje

konkurente izrine z drugimi sredstvi ali z uporabo drugih virov, kot so ti, ki so značilni za konkurenco na podlagi zaslug. Dokaz takega namena pa pomeni dejansko okoliščino, ki jo je mogoče upoštevati pri ugotavljanju zlorabe prevladujočega položaja.

Prvo vprašanje

65 Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je treba člen 102 PDEU razlagati tako, da je mogoče prakso, ki je zunaj konkurenčnega prava sicer zakonita, kadar jo izvaja podjetje s prevladujočim položajem, opredeliti kot „zlorabo“ v smislu te določbe zgolj na podlagi potencialno protikonkurenčnih učinkov te prakse, ali pa taka opredelitev zahteva tudi, da se ta praksa izvaja z drugimi sredstvi ali viri, kot so ti, ki so značilni za običajno konkurenco. V tem drugem primeru se navedeno sodišče sprašuje o merilih za razlikovanje med sredstvi ali viri, ki so značilna za običajno konkurenco, v primerjavi s tistimi, ki so značilna za izkrivljeno konkurenco.

66 V zvezi s tem je treba spomniti, da člen 102 PDEU določa, da je kot nezdružljiva z notranjim trgom prepovedana vsaka zloraba prevladujočega položaja enega ali več podjetij na notranjem trgu ali njegovem znatnem delu, kolikor bi lahko prizadela trgovino med državami članicami.

67 V skladu z ustaljeno sodno prakso pojem „zloraba“ v smislu člena 102 PDEU temelji na objektivni presoji zadevnega ravnanja. Nezakonitost zlorabe na podlagi te določbe pa ni odvisna od opredelitve tega ravnanja na drugih področjih prava (glej v tem smislu sodbo z dne 6. decembra 2012, AstraZeneca/Komisija, C-457/10 P, EU:C:2012:770, točki 74 in 132).

68 Natančneje, kot je razvidno iz točke 44 te sodbe, ta pojem označuje vsako prakso, ki z uporabo sredstev, ki niso tista, ki so značilna za običajno konkurenco, vpliva na učinkovito konkurenčno strukturo. Namen uporabe tega pojma je tako sankcioniranje ravnanj podjetja s prevladujočim položajem, zaradi katerih se na trgu, na katerem je konkurenca že oslabljena prav zaradi prisotnosti zadevnega podjetja, z drugačnimi sredstvi od tistih, ki so značilna za običajno konkurenco med proizvodi ali storitvami na podlagi dejavnosti gospodarskih subjektov, ovira ohranjanje še obstoječe konkurence na trgu ali razvoj te konkurence (sodbi z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija, 85/76, EU:C:1979:36, točka 91, in z dne 25. marca 2021, Deutsche Telekom/Komisija, C-152/19 P, EU:C:2021:238, točka 41).

69 Ravnanja, ki so predmet sporov o glavni stvari – kot je bilo navedeno v točki 50 te sodbe – pomenijo zlorabo, če so lahko imela učinke izrinjenja, na katerih temelji sporna odločba.

70 Res pa je, da taki učinki ne smejo biti zgolj hipotetični (sodba z dne 6. oktobra 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, točka 65). Zato ravnanja na eni strani ni mogoče opredeliti kot zlorabo, če je zgolj načrtovano in se ne izvede. Na drugi strani se organ, pristojen za konkurenco, ne more opreti na učinke, ki bi jih to ravnanje imelo ali bi jih lahko imelo, če bi se lahko uresničile ali bi se uresničile nekatere posebne okoliščine, ki na trgu v času, ko se je navedeno ravnanje izvajalo, niso obstajale in katerih uresničitev je bila torej malo verjetna.

71 Za tako opredelitev pa zadostuje, da bi lahko to ravnanje v času, ko se je izvajalo, imelo učinek izrinjenja v razmerju do vsaj tako učinkovitih konkurentov, kot je podjetje s prevladujočim položajem (glej v tem smislu sodbo z dne 5. oktobra 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, točka 66 in navedena sodna praksa).

72 Ker to, ali neko ravnanje pomeni zlorabo, ni odvisno od oblike, v kateri se pojavi ali se je pojavilo, ampak predpostavlja, da mora ali je moralo biti navedeno ravnanje zmožno omejiti konkurenco in zlasti povzročiti očitane učinke izrinjenja, je treba presojo tega pogoja opraviti ob upoštevanju vseh upoštevnih dejanskih okoliščin (glej v tem smislu sodbi z dne 30. januarja 2020, Generics (UK) in drugi, C-307/18, EU:C:2020:52, točka 154, in z dne 25. marca 2021, Slovak Telekom/Komisija, C-165/19 P, EU:C:2021:239, točka 42).

73 Kot pa je bilo opozorjeno v točki 45 te sodbe, cilj člena 102 PDEU nikakor ni preprečiti podjetju, da po lastni zaslugi in zlasti zaradi svoje usposobljenosti in zmogljivosti osvoji prevladujoči položaj na nekem trgu, niti zagotoviti, da konkurenti, ki so manj učinkoviti kot podjetje s takim položajem, ostanejo na trgu. Vsak učinek izrinjenja namreč ne pomeni nujno škodovanja konkurenci, saj konkurenca na podlagi zaslug lahko po definiciji vodi do izginotja s trga ali do marginalizacije konkurentov, ki so manj učinkoviti in zato za potrošnike manj zanimivi, zlasti z vidika cen, izbire, kakovosti in inovacij (sodba z dne 6. septembra 2017, Intel/Komisija, C-413/14 P, EU:C:2017:632, točki 133 in 134).

74 Podjetja s prevladujočim položajem pa imajo posebno odgovornost, da s svojim ravnanjem ne ogrožajo učinkovite in neizkrivljene konkurence na notranjem trgu (glej zlasti sodbi z dne 9. novembra 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija, 322/81, EU:C:1983:313, točka 57, in z dne 6. septembra 2017, Intel/Komisija, C-413/14 P, EU:C:2017:632, točka 135).

75 Zato morajo podjetja s prevladujočim položajem, čeprav se lahko branijo pred konkurenti, pri tem uporabljati sredstva, ki so del „običajne“ konkurence, torej tiste, ki temelji na zaslugah.

76 Nasprotno pa ta podjetja vstopanja enako učinkovitih konkurentov na zadevni trg ali njihove ohranitve na njem ne smejo oteževati z uporabo drugih sredstev, kot so tista, ki temeljijo na zaslugah. Svojega prevladujočega položaja še posebej ne smejo izkoriščati za širitev na drug trg z drugimi sredstvi od tistih, ki so značilna za konkurenco na podlagi zaslug (glej v tem smislu sodbe z dne 3. oktobra 1985, CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, točka 25; z dne 14. novembra 1996, Tetra Pak/Komisija, C-333/94 P, EU:C:1996:436, točka 25, in z dne 17. februarja 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, točka 87).

77 Za sredstvo, ki ni značilno za konkurenco na podlagi zaslug, je treba šteti vsako ravnanje, pri katerem prevladujoče podjetje nima drugega ekonomskega interesa kot je izrinjenje konkurentov, da bi nato lahko dvignilo cene in izkoristilo monopolni položaj (glej v tem smislu sodbo z dne 3. julija 1991, AKZO/Komisija, C-62/86, EU:C:1991:286, točka 71).

78 Enako velja – kot je v točkah od 69 do 71 sklepnih predlogov poudaril generalni pravobranilec – za ravnanje na način, na katerega hipotetični konkurent brez prevladujočega položaja na zadevnem trgu kljub svoji enaki učinkovitosti ne more ravnati, ker so za to ravnanje potrebna sredstva ali viri, lastna subjektu, ki ima tak prevladujoči položaj.

79 Upoštevnost dejanske ali razumne nemožnosti hipotetičnega konkurenta, ki je enako učinkovit, vendar ni v prevladujočem položaju, da posnema zadevno ravnanje, pri ugotavljanju, ali to ravnanje temelji na sredstvih, ki so značilna za konkurenco na podlagi zaslug, izhaja iz sodne prakse tako v zvezi s cenovnimi praksami kot tistimi, ki se ne nanašajo na cene.

80 Glede prve od teh dveh kategorij praks, ki vključuje rabate za zvestobo, prakse nizkih cen v obliki selektivnih ali plenilskih cen in zbijanje marž, je iz sodne prakse razvidno, da se pri presoji teh praks uporablja tako imenovani preizkus „enako učinkovitega konkurenta“, pri katerem se

ocenjuje prav zmožnost takega – abstraktnega – konkurenta, da ponovi ravnanje podjetja s prevladujočim položajem (glej v tem smislu sodbo z dne 17. februarja 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, točke od 41 do 43).

81 Resda je ta preizkus le eden od načinov za ugotavljanje, ali je podjetje s prevladujočim položajem uporabilo drugačna sredstva od tistih, ki so značilna za „običajno“ konkurenco, zato se organi, pristojni za konkurenco, pri ugotavljanju, ali praksa oblikovanja cen pomeni zlorabo, niso dolžni sistematično opirati na tak preizkus (glej v tem smislu sodbo z dne 6. oktobra 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, točka 57).

82 Vendar pomen, ki se na splošno pripisuje navedenemu preizkusu – če je izvedljiv – vseeno dokazuje, da je nezmožnost enako učinkovitega hipotetičnega konkurenta, da ponovi ravnanje podjetja s prevladujočim položajem, pri praksah izrinjenja eno od meril, na podlagi katerih je mogoče ugotavljati, ali je treba to ravnanje šteti za ravnanje, pri katerem se uporabljajo sredstva, ki so značilna za običajno konkurenco.

83 Glede druge kategorije praks iz točke 79 te sodbe, torej tistih, ki niso povezane s cenami, na primer zavrnitev dobave blaga ali storitev, je Sodišče poudarilo, da odločitev prevladujočega podjetja, da si pridrži svoje distribucijsko omrežje, ne pomeni zavrnitve dobave v nasprotju s členom 102 PDEU ravno zato, ker lahko konkurent ustvari podobno omrežje za distribucijo svojih proizvodov (glej v tem smislu sodbo z dne 26. novembra 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, točki 44 in 45).

84 Če organ, pristojen za konkurenco, ugotovi, da ravnanje podjetja s prevladujočim položajem lahko ogrozi učinkovito in neizkrivljeno konkurenco na notranjem trgu, lahko to podjetje še vedno dokaže, da se zadevno ravnanje ne more šteti za zlorabo prevladujočega položaja, ker je ali je bilo objektivno upravičeno, bodisi zaradi nekaterih okoliščin konkretnega primera, ki morajo med drugim biti zunaj zadevnega podjetja (glej v tem smislu sodbo z dne 17. februarja 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, točki 31 in 75), bodisi – glede na končni cilj člena 102 PDEU – ker je v interesu potrošnikov (glej v tem smislu zlasti sodbo z dne 30. januarja 2020, Generics (UK) in drugi, C-307/18, EU:C:2020:52, točka 165).

85 V zvezi z zadnjenavedenim primerom je treba poudariti, da se pojem konkurence na podlagi zaslug načeloma nanaša na konkurenčni položaj, ki potrošnikom koristi z nizkimi cenami, boljšo kakovostjo in širšo izbiro novega ali izboljšanega blaga ter storitev. Kot je v točki 62 sklepnih predlogov navedel generalni pravobranilec, je treba šteti, da so med drugim za konkurenco na podlagi zaslug značilna ravnanja, katerih učinek je povečanje izbire potrošnikov s tem, da se na trg dajo novi proizvodi ali da se poveča količina oziroma kakovost tistih, ki so že na voljo.

86 V takem primeru lahko prevladujoče podjetje ravnanje, ki bi lahko bilo zajeto s prepovedjo iz člena 102 PDEU, upraviči tako, da dokaže, da je mogoče učinek izrinjenja, ki ga njegovo ravnanje lahko povzroči, izničiti ali celo preseči z ugodnostmi glede učinkovitosti, ki koristijo tudi potrošnikom (glej v tem smislu sodbe z dne 15. marca 2007, British Airways/Komisija, C-95/04 P, EU:C:2007:166, točka 86; z dne 6. septembra 2017, Intel/Komisija, C-413/14 P, EU:C:2017:632, točka 140, in z dne 30. januarja 2020, Generics (UK) in drugi, C-307/18, EU:C:2020:52, točka 165).

87 V zvezi s spori o glavni stvari mora predložitveno sodišče presoditi, ali je AGCM pravno zadostno dokazal, da bi strategija družbe ENEL med letoma 2012 in 2017 lahko ogrozila učinkovito in neizkrivljeno konkurenco na notranjem trgu. Sodišče pa mu lahko za usmeritev pri tej presoji zagotovi vse elemente za razlago, ki izhajajo iz prava Unije in ki bi mu lahko koristili (glej zlasti

sodbi z dne 16. julija 2015, ČEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, točka 62, in z dne 6. oktobra 2021, A (Prečkanje meje z rekreacijskim plovilom), C-35/20, EU:C:2021:813, točka 85).

88 V obravnavanem primeru je iz spisa pri Sodišču najprej razvidno, da je bilo po ločitvi različnih dejavnosti družbe ENEL, ki je bila dotlej vertikalno integrirana in je imela monopolni položaj na trgih proizvodnje, prenosa in distribucije električne energije v Italiji, družbi SEN dodeljeno upravljanje strank z edinega zaščitenega trga v tej državi članici. Nesporno pa je bilo, da zaščiteni trg ni trajna rešitev in da bodo morale zadevne stranke ob njegovi prihodnji odpravi izbrati novega dobavitelja. Poleg tega je panožna zakonodaja prenos poslovno občutljivih informacij med družbami, ki prodajajo električno energijo na zaščitenem trgu, in družbami, ki delujejo na prostem trgu, zaradi preprečevanja prenosa konkurenčne prednosti dopuščala samo, če je bilo posredovanje teh informacij nediskriminatorno.

89 Iz navedb predložitvenega sodišča je tudi razvidno, da ravnanje, na katero se nanaša sporna odločba, v bistvu ni to, da družba SEN konkurentom družbe EE ni omogočila dostopa do bistvenega sredstva, ki so ga pomenili kontaktni podatki strank z zaščitenega trga, ampak odločitev družbe SEN, da nekatere poslovne informacije v zvezi s svojimi strankami, ki jih je imela – med drugim zlasti njihove kontaktne podatke – odplačno prenese na družbo EE na način, ki konkurente zadnjenavedene družbe na prostem trgu postavlja v slabši položaj in je zato diskriminatoren, pri čemer je imela družba SEN prevladujoči položaj na zaščitenem trgu.

90 Nazadnje se zdi, da predložitveno sodišče izhaja iz premise, da sta bili vsaj družbi SEN in EE eno in isto podjetje v smislu člena 102 PDEU.

91 Glede na navedene elemente, ki jih mora preveriti predložitveno sodišče, je primerno spomniti, da je treba šteti, da gre za uporabo drugih sredstev od tistih, ki so značilna za konkurenco na podlagi zaslug, ker se pri tem uporabljajo viri, ki hipotetičnemu konkurentu, ki je enako učinkovit, vendar nima prevladujočega položaja, načeloma niso dostopni, če podjetje z izključnimi pravicami, kakršen je zakoniti monopol, zadnjenavedene vire uporabi za razširitev svojega prevladujočega položaja na določenem trgu zaradi teh pravic, ki jih ima drugem trgu (glej v tem smislu sodbo z dne 17. julija 2014, Komisija/DEI, C-52/12, EU:C:2014:2083, točke od 45 do 47 ter od 66 do 68).

92 Iz tega *a fortiori* izhaja, da če podjetje izgubi zakonski monopol, ki ga je nekdaj imelo na trgu, potem med celotno liberalizacijo tega trga ne sme uporabljati sredstev, ki jih je imelo zaradi nekdanjega monopola in ki zato njegovim konkurentom niso na voljo, za to, da bi na zadevnem na novo liberaliziranem trgu ohranilo prevladujoči položaj kako drugače kot na podlagi svojih zaslug.

93 V sporih o glavni stvari te ugotovitve pomenijo, da je imelo podjetje, ki sta ga skupaj tvorili vsaj družbi SEN in EE, posebno odgovornost, da se vzdrži vsakršnega ravnanja na zaščitenem trgu, s katerim bi lahko ogrozilo učinkovito konkurenčno strukturo na prostem trgu in, zlasti, da bi na ta trg razširilo svoj prevladujoči položaj z zaščitenega trga kako drugače kot s sredstvi, ki so značilna za konkurenco na podlagi zaslug (glej po analogiji sodbo z dne 3. oktobra 1985, CBEM, C-311/84, EU:C:1985:394, točka 27).

94 Ni pa sporno, da so bila vsa podjetja, ki so se želela razvijati na prostem trgu, ekonomsko zainteresirana za možnost navezave stikov s strankami z zaščitenega trga. Ko je podjetje, ki sta ga skupaj tvorili družbi SEN in EE, nameravalo na družbo EE odplačno prenesti nekatere poslovne

informacije, ki jih je imela družba SEN v zvezi s svojimi strankami, bi torej moralo – da bi se izognilo poseganju v učinkovito konkurenčno strukturo – konkurentom družbe EE omogočiti dostop do teh informacij pod enakimi pogoji za enakovredne storitve.

95 Res je sicer, da družbi, ki je v takem položaju kot družba SEN, glede na pravico do varstva osebnih podatkov, ki je temeljna pravica, zagotovljena s členom 8(1) Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina), ni mogoče očitati predhodne pridobitve privolitve svojih strank za tak prenos nekaterih njihovih osebnih podatkov. Taka družba prav tako ne more odgovarjati za odločitve dela svojih strank, da dovolijo prenos svojih osebnih podatkov samo na nekatere družbe.

96 Bi pa morala družba SEN, da bi ravnala v skladu s posebno odgovornostjo, ki jo je imela zaradi prevladujočega položaja na zaščitenem trgu, zaradi predvidenega interesa tretje družbe, ki se želi razvijati na prostem trgu, da prav tako pridobi navedene podatke, svojim strankam omogočiti prejemanje ponudb družb zunaj skupine ENEL na nediskriminatoren način, pri čemer bi morala zlasti poskrbeti za to, da ne bi prišlo do pristranske obravnave pri zbiranju privolitev, zaradi katere bi bili seznami za prenos na družbo EE bistveno daljši od tistih, namenjenih za prodajo konkurentom te družbe.

97 V obravnavani zadevi iz informacij, predloženih Sodišču, ni mogoče razbrati, kaj naj bi pomenilo diskriminatorno obravnavo, ki jo je ugotovil AGCM. Čeprav je iz predložitvene odločbe razvidno, da je družba SEN privolitve svojih strank z zaščitenega trga za prejemanje poslovnih ponudb družb skupine ENEL in tretjih družb zbirala „ločeno“, na podlagi tega opisa ni mogoče jasno ugotoviti, ali se navedeni pojem nanaša na to, da je zbiranje potekalo časovno ločeno, ali na to, da so bile ponudbe zbrane v različnih delih istega dokumenta, pa tudi ne, ali se je isto zaprosilo za privolitev nanašalo na vse tretje družbe brez razlikovanja, ali je bilo mogoče privoliti v prejemanje ponudb tretjih družb, ne da bi bilo treba privoliti tudi v prejemanje ponudb skupine ENEL, niti ali so lahko stranke družbe SEN posamično izbirale, katere tretje družbe jim lahko pošiljajo poslovne ponudbe, tako kot je bilo – kot se zdi – predvideno za skupino ENEL.

98 Ob tem je treba opozoriti, da je AGCM tisti, ki mora dokazati, ali lahko ravnanje družbe SEN povzroči dejanske ali potencialne učinke izrinjenja. Ker ta zmožnost ne sme biti zgolj hipotetična, bi moral AGCM zaradi zadostitve temu dokaznemu bremenu v sporni odločbi na podlagi dokazov, na primer vedenjskih študij, izkazati, da je družba SEN pri zbiranju privolitev svojih strank v prenos njihovih podatkov s svojim ravnanjem dajala prednost seznamom, namenjenim za prenos na družbo EE.

99 Če bi predložitveno sodišče ugotovilo, da je AGCM v sporni odločbi pravno zadostno dokazal, da je bila družba SEN pri zbiranju privolitev svojih strank v prejemanje ponudb pristranska in je v škodo konkurentov dajala prednost družbam skupine ENEL, potem zaradi obstoja pristranskosti ne bi bilo mogoče šteti, da je razlika v količini informacij na seznamih, namenjenih družbi EE, in tistih, namenjenih konkurentom, posledica večje uspešnosti družb skupine ENEL na prostem trgu ali privlačnosti znamke ENEL. Že samo zaradi obstoja te pristranskosti namreč po definiciji ne bi bilo mogoče ugotoviti, da obstajajo objektivni razlogi za razlikovanje med danimi privolitvami. Ker bi bila v tem primeru navedena pristranskost posledica ravnanja družbe SEN, bi bilo treba razliko v številu strank na seznamih, namenjenih družbi EE, in seznamih, namenjenih njenim konkurentom, pripisati družbi SEN.

100 Iz tega bi izhajalo, da je družba SEN s tem na družbo EE prenesla vir, ki je lahko podjetju, ki sta ga na podlagi navedb iz točke 90 te sodbe skupaj tvorili vsaj ti dve družbi, zagotovil primerjalno prednost na prostem trgu, čeprav je iz elementov spisa razvidno, da je bil namen postopka

ločevanja dejavnosti družbe ENEL ravno preprečiti tak prenos. Zato bi bilo treba poznejšo uporabo tega vira šteti za konkretno izvedbo prakse, ki bi na prostem trgu vsaj na začetku lahko povzročila učinke izrinjenja.

101 Enako učinkovit hipotetični konkurent pa nikakor ne bi mogel ravnati na tak način, saj zaradi položaja družbe SEN na zaščitenem trgu po ukinitvi zakonskega monopola družbe ENEL nobeno konkurenčno podjetje ne bi moglo imeti strukture, ki bi kontaktne podatke strank z zaščitenega trga lahko zagotovila v tako velikem številu.

102 Zato bi – ker se zloraba prevladujočega položaja presoja glede na zmožnost zadevnega ravnanja, da povzroči učinke izrinjenja, in ne glede na njegove konkretne učinke – če bi bilo dokazano, da je družba SEN privolitve svojih strank za to, da bi od družb skupine ENEL in njenih konkurentov prejemale ponudbe, zbirala diskriminatorno, to zadostovalo za ugotovitev, da je ravnanje podjetja, ki ga tvorita vsaj družbi SEN in EE, lahko ogrožalo učinkovito in neizkrivljeno konkurenco. Take ugotovitve ni mogoče ovreči z razlogi, iz katerih se nobeden od navedenih konkurentov ni odločil za nakup ponujenih podatkov, zmožnostjo družbe EE, da to primerjalno prednost pretvori v poslovni uspeh, ali ukrepi, ki bi jih konkurenčna podjetja lahko ali morala izvesti – na primer nakup datotek s podatki o strankah z zaščitenega trga pri tretjih osebah – in s katerimi bi zmanjšala škodljive posledice te prakse.

103 Na podlagi navedenega je treba na prvo vprašanje odgovoriti, da je treba člen 102 PDEU razlagati tako, da je prakso, ki je zunaj konkurenčnega prava zakonita, mogoče, kadar jo izvaja podjetje s prevladujočim položajem, opredeliti kot „zlorabo“ v smislu te določbe, če ima lahko učinek izrinjenja in če se v njenem okviru uporabljajo drugačna sredstva od tistih, ki so značilna za konkurenco na podlagi zaslug. Kadar sta navedena pogoja izpolnjena, se lahko za zadevno podjetje s prevladujočim položajem prepoved iz člena 102 PDEU vseeno ne uporabi, če dokaže, da je bila zadevna praksa bodisi objektivno upravičena in sorazmerna s to upravičitvijo bodisi izničena ali celo presežena z ugodnostmi glede učinkovitosti, ki koristijo tudi potrošnikom.

Peto vprašanje

104 Predložitveno sodišče s petim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je treba člen 102 PDEU razlagati tako, da kadar prevladujoči položaj zlorablja ena ali več odvisnih družb, ki so del gospodarske enote, obstoj te enote zadostuje za ugotovitev, da je tudi matična družba odgovorna za to zlorabo, tudi če ta ni sodelovala pri zlorabah, ali pa je treba predložiti dokaz – lahko tudi posreden – o usklajevanju med temi različnimi družbami in zlasti o sodelovanju matične družbe.

105 Najprej je treba opozoriti, da so se avtorji Pogodbe DEU pri opredelitvi storilca kršitve konkurenčnega prava odločili uporabiti pojem „podjetje“, ki v tem okviru označuje gospodarsko enoto, tudi če s pravnega vidika to gospodarsko enoto sestavlja več fizičnih ali pravnih oseb (sodba z dne 27. aprila 2017, Akzo Nobel in drugi/Komisija, C-516/15 P, EU:C:2017:314, točka 48).

106 Iz te izbire izhaja, da mora taka enota za kršitve konkurenčnih pravil Unije v skladu z načelom osebne odgovornosti odgovarjati (sodba z dne 25. marca 2021, Deutsche Telekom/Komisija, C-152/19 P, EU:C:2021:238, točka 73).

107 Ker pa je za tako kršitev odgovorna pravna oseba, ki se ji lahko naložijo globe, pojem „podjetje“ in prek njega pojem „gospodarska enota“ po samem pravu povzročita solidarno odgovornost subjektov, ki ob storitvi kršitve tvorijo gospodarsko enoto (glej v tem smislu sodbo z dne 6. oktobra 2021, Sumal, C-882/19, EU:C:2021:800, točka 44).

108 Kadar so pravno ločene osebe organizirane v obliki skupine, iz ustaljene sodne prakse izhaja, da tvorijo eno in isto podjetje, če o svojem ravnanju na zadevnem trgu ne odločajo samostojno, ampak nanje zlasti ob upoštevanju gospodarskih, organizacijskih in pravnih vezi, ki jih povezujejo z matično družbo, pri tem vplivajo posledice dejanskega odločilnega vpliva te vodilne enote (glej v tem smislu sodbo z dne 25. marca 2021, Deutsche Telekom/Komisija, C-152/19, EU:C:2021:238, točki 74 in 75).

109 Iz prav tako ustaljene sodne prakse Sodišča izhaja, da se v posebnem primeru, kadar ima matična družba neposredno ali posredno v lasti celoten kapital odvisne družbe, ki je kršila konkurenčna pravila Unije, odločilen vpliv matične družbe domneva (glej v tem smislu sodbo z dne 15. aprila 2021, Italmobiliare in drugi/Komisija, C-694/19 P, neobjavljena, EU:C:2021:286, točka 55).

110 Vendar je ta domneva izpodbojna (glej v tem smislu sodbo z dne 8. maja 2013, Eni/Komisija, C-508/11 P, EU:C:2013:289, točka 47). Kot je namreč poudarilo Sodišče, ta domneva ne temelji na deležu kapitala odvisne družbe, ampak na stopnji nadzora, ki jo to lastništvo vključuje (sodba z dne 27. januarja 2021, The Goldman Sachs Group/Komisija, C-595/18 P, EU:C:2021:73, točka 35). Vendar na podlagi tega, da ima neka družba v lasti skoraj ves kapital druge družbe – čeprav je to zelo močan indic za to, da tak nadzor ima – ni mogoče z gotovostjo izključiti možnosti, da lahko samostojno ali skupaj odloča ena ali več drugih oseb, zlasti ker je lahko lastništvo kapitala družbe ločeno od glasovalnih pravic.

111 Poleg tega iz zgoraj navedene sodne prakse izhaja, da mora matična družba za to, da z odvisno družbo tvori eno in isto podjetje, izvajati nadzor nad ravnanjem odvisne družbe, kar je mogoče dokazati bodisi s tem, da ima matična družba možnost odločilnega vplivanja na ravnanje odvisne družbe in je poleg tega na to družbo dejansko tako vplivala, bodisi s tem, da ta odvisna družba o svojem ravnanju na trgu ne odloča samostojno, temveč da v bistvenem ravna po navodilih matične družbe, zlasti glede na gospodarske, organizacijske in pravne povezave med tema pravnima subjektoma (glej v tem smislu sodbo z dne 25. marca 2021, Deutsche Telekom/Komisija, C-152/19, EU:C:2021:238, točki 94 in 95).

112 Zato mora biti matični družbi omogočeno tudi, da domnevo iz točke 109 te sodbe izpodbije tako, da dokaže, da čeprav je imela v času izvajanja prakse v lasti ves ali skoraj ves kapital druge družbe, ji ni dajala navodil niti ni neposredno ali posredno, med drugim prek imenovanih upraviteljev, sodelovala pri sprejemanju odločitev te druge družbe v zvezi z zadevno gospodarsko dejavnostjo.

113 V obravnavanem primeru družba ENEL trdi, da težave, ki naj bi se pojavile v okviru sporov o glavni stvari, niso povezane z uporabo te domneve, temveč s porazdelitvijo dokaznega bremena glede tega, ali različne zadevne družbe skupine ENEL tvorijo eno in isto podjetje, in obveznostjo obrazložitve, ki jo ima organ, pristojen za konkurenco, kadar namerava zavrniti dokaze matične družbe za ovrženje navedene domneve.

114 V zvezi s tem je glede dokaznega bremena – kot je v točki 155 sklepnih predlogov navedel generalni pravobranilec – iz sodne prakse Sodišča razvidno, da domneva, ki izhaja iz tega, da ima matična družba v lasti ves ali skoraj ves kapital odvisne družbe, pomeni, da se to, da matična družba dejansko izvaja odločilen vpliv na svojo odvisno družbo in da torej tvorita eno in isto podjetje, šteje za dokazano, ne da bi bilo organu, pristojnemu za konkurenco, treba predložiti kakršen koli dodaten dokaz (glej zlasti sodbo z dne 16. junija 2016, Evonik Degussa in AlzChem/Komisija, C-155/14 P, EU:C:2016:446, točki 29 in 30).

115 V zvezi z obveznostjo obrazložitve je treba opozoriti, da je ta obveznost splošno načelo prava Unije, izraženo v členu 41 Listine, ki velja za države članice, kadar izvajajo to pravo (glej v tem smislu sodbo z dne 24. novembra 2020, Minister van Buitenlandse Zaken, C-225/19 in C-226/19, EU:C:2020:951, točka 34 in navedena sodna praksa).

116 V skladu s pravico do učinkovitega pravnega sredstva, zagotovljeno v členu 47 Listine, mora biti obrazložitev taka, da na eni strani zadevnim osebam omogoča presojo, ali sprejeta odločba morda vsebuje napako, zaradi katere jo je mogoče izpodbijati, na drugi strani pa pristojnemu sodišču omogoča, da opravi nadzor nad zakonitostjo (glej v tem smislu sodbo z dne 16. maja 2017, Berlioz Investment Fund, C-682/15, EU:C:2017:373, točka 84).

117 Če se torej v odločbi ugotovi, da je družba v času dejanskega stanja z eno ali več svojimi odvisnimi družbami pri opravljanju gospodarske dejavnosti tvorila eno in isto podjetje, mora ta odločba, da se lahko šteje za ustrezno obrazloženo, vsebovati razloge, ki utemeljujejo tako ugotovitev (glej v tem smislu sodbi z dne 2. oktobra 2003, Aristrain/Komisija, C-196/99 P, EU:C:2003:529, točka 100, in z dne 29. septembra 2011, Elf Aquitaine/Komisija, C-521/09 P, EU:C:2011:620, točka 152).

118 Iz tega izhaja – kot je v točki 160 sklepnih predlogov navedel generalni pravobranilec – da kadar se organ, pristojen za konkurenco, ko matični družbi naloži plačilo globe zaradi ravnanja podjetja, ki ga je ta družba v času dejanskega stanja tvorila z drugo družbo, ki je bila takrat njena odvisna družba, opre na domnevo o odločilnem vplivu, ki izhaja iz tega, da je imela ta matična družba v času dejanskega stanja v lasti ves ali skoraj ves kapital te druge družbe, navedena matična družba pa med upravnim postopkom predloži konkretne dokaze za izpodbijanje te domneve, mora organ, pristojen za konkurenco, da izpolni svojo obveznost obrazložitve, ustrezno predstaviti, zakaj navedene domneve s temi dokazi ni mogoče izpodbiti (sodba z dne 29. septembra 2011, Elf Aquitaine/Komisija, C-521/09 P, EU:C:2011:620, točka 153).

119 Taka obveznost obrazložitve pa ne pomeni, da se mora organ, pristojen za konkurenco, opredeliti do vseh dokazov, ki jih je matična družba predložila zaradi izpodbijanja navedene domneve (sodba z dne 5. decembra 2013, Komisija/Edison, C-446/11 P, neobjavljena, EU:C:2013:798, točka 23).

120 Na eni strani je namreč treba pravno zadostnost obrazložitve akta presojati glede na kontekst akta in veljavna pravila (glej v tem smislu sodbo z dne 19. novembra 2013, Komisija/Svet, C-63/12, EU:C:2013:752, točka 99). Ker pa je na drugi strani obrazložitev zahteva obličnosti, za njeno izpolnitev zadostuje, da se v izpodbijani odločbi navede razlog, na podlagi katerega je mogoče ugotoviti, da domneve kljub različnim predloženim dokazom ni mogoče ovreči. Naslovniki te odločbe pa lahko nato utemeljenost takega razloga izpodbijajo.

121 Iz tega sledi, da je AGCM v sporih o glavni stvari – ker ni sporno, da ima družba ENEL v lasti ves ali skoraj ves kapital družbe SEN – lahko domneval, da je ta matična družba pri opravljanju dejavnosti distribucije električne energije na zadevnem trgu skupaj z odvisno družbo tvorila eno in isto podjetje. Vendar je družba ENEL lahko poskušala to domnevo ovreči s predložitvijo dokazov, da ji bodisi lastništvo takega deleža v kapitalu družbe SEN kljub temu ni omogočalo nadzora nad družbo SEN bodisi da niti neposredno niti posredno ni uporabila možnosti odločilnega vplivanja na družbo SEN, ki jo je imela zaradi svojega lastništva vsega ali skoraj vsega kapitala družbe SEN. Če je bilo tako, bi se moral AGCM do predloženih dokazov opredeliti in navesti vsaj to, zakaj kljub tem različnim dokazom domneve ni bilo mogoče ovreči.

122 Glede sporov o glavni stvari pa je mogoče ugotoviti, da trditev, da je bila družba ENEL zaradi decentraliziranega odločanja znotraj skupine pooblaščena zgolj za spodbujanje sinergij in najboljših praks med različnimi družbami skupine, nikakor ne zadostuje za ovrženje navedene domneve, zlasti ker na njeni podlagi ni mogoče izključiti, da so bili predstavniki družbe ENEL člani organov odločanja družbe SEN, niti ta trditev ne zagotavlja, da so bili člani teh organov funkcionalno neodvisni od matične družbe.

123 Na podlagi navedenega je treba na peto vprašanje odgovoriti, da je treba člen 102 PDEU razlagati tako, da kadar prevladujoči položaj zlorablja ena ali več odvisnih družb, ki tvorijo gospodarsko enoto, obstoj te enote zadostuje za ugotovitev, da za to zlorabo odgovarja tudi matična družba. Obstoj take enote se domneva, če ima matična družba v času dejanskega stanja v neposredni ali posredni lasti vsaj skoraj ves kapital teh odvisnih družb. Organu, pristojnemu za konkurenco, ni treba predložiti nobenega dodatnega dokaza, razen če matična družba dokaže, da ne more določati ravnanja svojih odvisnih družb, ker te ravnajo samostojno.

Stroški

124 Ker je ta postopek za stranke v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (peti senat) razsodilo:

1. **Člen 102 PDEU je treba razlagati tako, da za ugotovitev, da ravnanje pomeni zlorabo prevladujočega položaja, zadošča, da organ, pristojen za konkurenco, dokaže, da lahko to ravnanje posega v učinkovito konkurenčno strukturo na upoštevnem trgu, razen če zadevno podjetje s prevladujočim položajem dokaže, da so protikonkurenčni učinki, ki bi lahko bili posledica navedene prakse, izničeni ali celo preseženi s pozitivnimi učinki za potrošnike, zlasti z vidika cen, izbire, kakovosti in inovacij.**

2. **Člen 102 PDEU je treba razlagati tako, da samo na podlagi dokaza, ki ga predloži podjetje s prevladujočim položajem, da njegovo ravnanje ni imelo konkretnih omejevalnih učinkov, ni mogoče izključiti, da to ravnanje ne pomeni zlorabe. Ta element je lahko indic za to, da zadevno ravnanje ne more imeti protikonkurenčnih učinkov, vendar ga je treba dopolniti z drugimi dokazi, da takih učinkov ne more imeti.**

3. **Člen 102 PDEU je treba razlagati tako, da je treba obstoj prakse izrinjenja, ki pomeni zlorabo in ki jo izvaja podjetje s prevladujočim položajem, presojati glede na to, ali ima ta praksa lahko protikonkurenčne učinke. Organ, pristojen za konkurenco, ni dolžan dokazati namena zadevnega podjetja, da svoje konkurente izrine z drugimi sredstvi ali z uporabo drugih virov, kot so ti, ki so značilni za konkurenco na podlagi zaslug. Dokaz takega namena pa pomeni dejansko okoliščino, ki jo je mogoče upoštevati pri ugotavljanju zlorabe prevladujočega položaja.**

4. **Člen 102 PDEU je treba razlagati tako, da je prakso, ki je zunaj konkurenčnega prava zakonita, mogoče, kadar jo izvaja podjetje s prevladujočim položajem, opredeliti kot „zlorabo“ v smislu te določbe, če ima lahko učinek izrinjenja in če se v njenem okviru uporabljajo drugačna sredstva od tistih, ki so značilna za konkurenco na podlagi zaslug. Kadar sta navedena pogoja izpolnjena, se lahko za zadevno podjetje s prevladujočim**

položajem prepoved iz člena 102 PDEU vseeno ne uporabi, če dokaže, da je bila zadevna praksa bodisi objektivno upravičena in sorazmerna s to upravičitvijo bodisi izničena ali celo presežena z ugodnostmi glede učinkovitosti, ki koristijo tudi potrošnikom.

5. **Člen 102 PDEU je treba razlagati tako, da kadar prevladujoči položaj zlorablja ena ali več odvisnih družb, ki tvorijo gospodarsko enoto, obstoj te enote zadostuje za ugotovitev, da za to zlorabo odgovarja tudi matična družba. Obstoj take enote se domneva, če ima matična družba v času dejanskega stanja v neposredni ali posredni lasti vsaj skoraj ves kapital teh odvisnih družb. Organu, pristojnemu za konkurenco, ni treba predložiti nobenega dodatnega dokaza, razen če matična družba dokaže, da ne more določati ravnanja svojih odvisnih družb, ker te ravnajo samostojno.**

Podpisi