Zbornik sudske prakse

PRESUDA SUDA (peto vijeće)

12. svibnja 2022. *

„Zahtjev za prethodnu odluku – Tržišno natjecanje – Vladajući položaj – Zlouporaba – Članak 102. UFEU-a – Utjecaj prakse na dobrobit potrošača i na strukturu tržišta – Zloporabna praksa istiskivanja – Sposobnost prakse da proizvede učinak istiskivanja – Upotreba drugih sredstava različitih od onih koja ulaze u tržišno natjecanje na temelju zasluga – Nemogućnost hipotetskog jednako učinkovitog konkurenta da replicira praksu – Postojanje protutržišne namjere – Otvaranje tržišta prodaje električne energije tržišnom natjecanju – Prijenos poslovno osjetljivih podataka unutar grupe društava radi zadržavanja na tržištu vladajućeg položaja naslijeđenog od zakonitog monopola – Pripisivost postupanja društva kćeri društvu majci”

U predmetu C-377/20,

povodom zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a, koji je uputio Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija), odlukom od 21. svibnja 2020., koju je Sud zaprimio 29. srpnja 2020., u postupku

Servizio Elettrico Nazionale SpA,

ENEL SpA,

Enel Energia SpA

protiv

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato i dr.,

uz sudjelovanje:

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,

* Jezik postupka: talijanski

SUD (peto vijeće),

u sastavu: E. Regan (izvjestitelj), predsjednik petog vijeća, K. Lenaerts, predsjednik Suda, u svojstvu suca petog vijeća, C. Lycourgos, predsjednik četvrtog vijeća, I. Jarukaitis i M. Ilešič, suci,

nezavisni odvjetnik: A. Rantos,

tajnik: C. Di Bella, administrator,

uzimajući u obzir pisani postupak i nakon rasprave održane 9. rujna 2021.,

uzimajući u obzir očitovanja koja su podnijeli:

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

– za ENEL SpA, M. Clarich i V. Meli, *avvocati*,

– za Enel Energia SpA, F. Anglani, C. Tesauro, S. Fienga i 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 i A. Fratini, *avvocati*,

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

– za njemačku vladu, J. Möller i D. Klebs, u svojstvu agenata,

– za talijansku vladu, G. Palmieri, u svojstvu agenta, uz asistenciju G. Galluzzo i S. Fiorentina, *avvocati dello Stato*,

– za Kraljevinu Norvešku, L. Furuholmen, K. Hallsjø Aarvik, K. S. Borge, E. W. Sandaa i P. Wennerås, u svojstvu agenata,

– za Europsku komisiju, G. Conte, P. Rossi i C. Sjödin, u svojstvu agenata,

– za Nadzorno tijelo EFTA-e, C. Simpson i M. Sánchez Rydelski, u svojstvu agenata,

saslušavši mišljenje nezavisnog odvjetnika na raspravi održanoj 9. prosinca 2021.,

donosi sljedeću

Presudu

1 Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje članka 102. UFEU-a.

2 Zahtjev je upućen u okviru sporova između društva Servizio Elettrico Nazionale SpA (u daljnjem tekstu: SEN), njegova društva majke, ENEL SpA, te društva sestre, Enel Energia SpA (u daljnjem tekstu: EE), i Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Tijelo za tržišno natjecanje i

tržište, Italija) (u daljnjem tekstu: AGCM) i četiri druge stranke, u vezi s odlukom tog tijela o izricanju tim društvima, na temelju članka 102. UFEU-a, novčane kazne zbog zlouporabe vladajućeg položaja (u daljnjem tekstu: sporna odluka).

Glavni postupci i prethodna pitanja

3 Ovaj predmet ulazi u kontekst postupne liberalizacije tržišta prodaje električne energije u Italiji.

4 Od 1. srpnja 2007. svi korisnici talijanske električne mreže, uključujući kućanstva i mala i srednja poduzeća, mogu odabrati svoje opskrbljivače. Međutim, otvaranje tog tržišta obilježila je, kao prvo, razlika između, s jedne strane, povlaštenih kupaca koji na slobodnom tržištu mogu odabrati opskrbljivača različitog od svojeg teritorijalno nadležnog distributera i, s druge strane, kupaca zaštićenog tržišta koje čine pojedinci i mala poduzeća na koje se, s obzirom na to da se smatra da oni ne mogu pregovarati o svojim ugovorima o opskrbi uz potpuno poznavanje činjenica ili pregovaračku prednost, nastavljaju primjenjivati uređen sustav, odnosno *servizio di maggior tutela* (usluga s većom zaštitom cijena), to jest tržište koje podliježe nadzoru nacionalnog tijela nadležnog za uređenje sektora u pogledu utvrđivanja uvjeta prodaje.

5 Kao drugo, klijentima zaštićenog tržišta odobreno je sudjelovanje na slobodnom tržištu. Talijanski zakonodavac proveo je prelazak sa zaštićenog tržišta na slobodno tržište time što je utvrdio datum od kojeg se posebne zaštite u području cijena više ne bi primjenjivale.

6 Kada je AGCM 20. prosinca 2018. donio spornu odluku, datum ukidanja posebnih zaštita u području cijena utvrđen je za 1. srpnja 2020. Nakon nekoliko odgoda, taj je datum bio konačno određen za 1. siječnja 2021. za mala i srednja poduzeća te za 1. siječnja 2022. za kućanstva.

7 U cilju liberalizacije tržišta, ENEL, poduzetnik koji je do tada bio vertikalno integriran i nositelj monopola u proizvodnji električne energije u Italiji i aktivan u njezinoj distribuciji, bio je podvrgnut postupku razdvajanja djelatnosti distribucije i prodaje kao i žigova. Na kraju tog postupka djelatnosti koje se odnose na različite faze postupka distribucije dodijeljene su različitim društvima. Tako je društvu E-Distribuzione povjerena usluga distribucije, društvu EE opskrba električnom energijom na slobodnom tržištu i društvu SEN upravljanje uslugom s većom zaštitom cijena.

8 Ovi se sporovi temelje na pritužbi koju je Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET (Talijansko udruženje veletrgovaca i trgovaca električnom energijom) podnijelo AGCM-u te prijavama potrošača pojedinaca kojima se upozorava na to da se operatori koji zbog pripadnosti grupi ENEL raspolažu poslovno osjetljivim informacijama tim podacima nezakonito koriste. Stoga je AGCM 4. svibnja 2017. pokrenuo istragu protiv društava ENEL, SEN i EE kako bi provjerio čine li postupanja predmetnih društava povredu članka 102. UFEU-a.

9 Na kraju te istrage donesena je sporna odluka kojom je AGCM utvrdio da su društva SEN i EE, pod koordinacijom svojeg društva majke ENEL, kriva za to što su od siječnja 2012. do svibnja 2017. na tržištima prodaje električne energije kućanstvima i poslovnim korisnicima priključenima na niskonaponsku mrežu u područjima u kojima je grupa ENEL upravljala djelatnošću distribucije zlouporabila vladajući položaj, čime su povrijedila članak 102. UFEU-a. Posljedično, AGCM je prethodno navedenim društvima solidarno izrekao novčanu kaznu u iznosu od 93 084 790,50 eura.

10 Postupanje koje se stavlja na teret sastojalo se od provedbe, od siječnja 2012. do svibnja 2017., strategije istiskivanja kako bi se klijentela SEN-a, povijesnog upravitelja zaštićenog tržišta koji je još 2017. predstavljao između 80 i 85 % kućanstava te između 70 i 85 % drugih klijenata, prenijela na EE, koji posluje na slobodnom tržištu. Cilj grupe ENEL bio je tako predvidjeti rizik od masovnog odlaska klijenata SEN-a prema trećim dobavljačima, i to u očekivanju potpunog ukidanja zaštićenog tržišta, čiji je datum, međutim, prvotno utvrđen tek za 2017.

11 U tu je svrhu, prema spornoj odluci, SEN od 2012. dobio pristanak svojih klijenata zaštićenog tržišta da prime poslovne ponude koje se odnose na slobodno tržište na diskriminirajući način koji se sastoji od traženja tog pristanka „odvojeno" za društva grupe ENEL, s jedne strane, i za treća društva, s druge strane. Na taj su način traženi klijenti imali tendenciju, s jedne strane, dati pristanak u korist društava grupe ENEL, s obzirom na to da su bili navedeni vjerovati da je dodjela takvog pristanka bila nužna za održavanje njihove opskrbe električnom energijom i, s druge strane, odbiti dati svoj pristanak u korist drugih subjekata. Time je SEN ograničio broj pristanaka koje su dali klijenti zaštićenog tržišta na primanje poslovnih ponuda konkurentskih operatora. Naime, od svih klijenata zaštićenog tržišta koji su prihvatili primiti poslovne ponude grupe ENEL, koji su u razdoblju od 2012. do 2015. predstavljali u prosjeku oko 500 000 klijenata godišnje, odnosno više od dvostrukog broja prosječne klijentele prvih triju glavnih konkurenata, 70 % je prihvatilo primiti samo ponudu ENEL-a, za razliku od 30 % koji su također prihvatili primiti ponude konkurenata.

12 Informacije o klijentima zaštićenog tržišta koji su prihvatili primiti poslovne ponude grupe ENEL potom su uvrštene na popise (u daljnjem tekstu: SEN-ovi popisi), koji su preneseni na EE putem naplatnih ugovora o najmu. Budući da su sadržavali informacije koje se drugdje ne mogu pronaći, odnosno pripadnost korisnika usluzi s većom zaštitom cijena, AGCM je smatrao da su ti SEN-ovi popisi imali stratešku i nezamjenjivu vrijednost jer su omogućavali ciljane poslovne aktivnosti.

13 Te SEN-ove popise koristio je EE koji je objavio poslovne ponude isključivo namijenjene toj vrsti kupaca, kao što je to poslovna ponuda „Sempre Con Te" („I dalje s tobom"), predložena u razdoblju od 20. ožujka do 1. lipnja 2017., čime je materijalizirana strategija istiskivanja. Prema mišljenju AGCM-a, uporaba SEN-ovih popisa omogućila je EE-u da svojim konkurentima uskrati znatan dio, to jest veći od 40 %, „sporne potražnje" klijenata koji su prelazili sa zaštićenog tržišta na slobodno tržište.

14 Prema spornoj odluci, samo je jedan EE-ov konkurent stupio u kontakt s SEN-om radi stjecanja SEN-ovih popisa koji su sadržavali podatke o klijentima koji su pristali primati ponude drugih poduzeća. To društvo, koje je navelo da je znalo za prodaju tih popisa samo na temelju uvida u internetsku stranicu SEN-a, na kraju je odustalo od njihova stjecanja. Druga društva, koja su već mnogo godina djelovala na relevantnom tržištu, navela su da nikad nisu bila obaviještena o toj poslovnoj mogućnosti.

15 Društva ENEL, SEN i EE podnijela su prvostupanjskom sudu Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij, Italija) pojedinačne tužbe protiv sporne odluke.

16 Presudama od 17. listopada 2019. taj je sud, iako je utvrdio postojanje zlouporabe vladajućeg položaja, djelomično prihvatio tužbe koje su podnijeli EE i SEN u pogledu trajanja navodne zlouporabe i kriterija upotrijebljenih za izračun novčane kazne. AGCM je u okviru izvršavanja tih presuda smanjio novčanu kaznu na 27 529 786,46 eura. Suprotno tomu, navedeni sud u cijelosti je odbio tužbu koju je podnio ENEL.

17 Ta su tri društva protiv tih presuda zasebno podnijela žalbu sudu koji je uputio zahtjev, kojom od njega traže da ukine tu novčanu kaznu ili, podredno, smanji njezin iznos.

18 U prilog svojoj žalbi ENEL, SEN i EE osobito ističu, kao prvo, nepostojanje dokaza o zloporabnosti svojeg postupanja i osobito njegovoj sposobnosti da, makar i potencijalno, proizvede protutržišni učinak istiskivanja.

19 Ona tvrde, najprije, da običan unos imena kupca na popis za telemarketing radi promicanja usluga društava kćeri ne predstavlja zlouporabu jer ne podrazumijeva nikakvo preuzimanje obveze u pogledu opskrbe i ne sprečava kupca u pojavljivanju na drugim popisima, u primanju komercijalnih poruka ni odabiru ili promjeni opskrbljivača u bilo kojem trenutku, uključujući u nekoliko navrata.

20 Nadalje, tvrde da upotreba SEN-ovih popisa nije mogla omogućiti brz skupni prijelaz SEN-ovih kupaca k EE-u. Naime, između ožujka i svibnja 2017., odnosno u samo dva mjeseca koja su prošla od početka ponude „I dalje s tobom” do zatvaranja telefonske prodaje (*teleselling outbound*), EE je stekao, na temelju upotrebe SEN-ovih popisa, samo 478 kupaca, odnosno 0,002 % korisnika „usluge s većom zaštitom cijena” i 0,001 % svih korisnika električne energije.

21 Osim toga, AGCM nije ispitao gospodarske dokaze koje su podnijeli ENEL, SEN i EE, a kojima se dokazuje da utvrđena postupanja nisu dovela niti su mogla dovesti do ograničavajućih učinaka na tržišno natjecanje. U tom su pogledu pozitivni rezultati koje je EE zabilježio u pogledu stjecanja kupaca na temelju usluge s većom zaštitom cijena postignuti zbog dvaju sasvim zakonitih čimbenika kojima se može pružiti alternativno i uvjerljivije objašnjenje od onog koje zagovara AGCM, odnosno, s jedne strane, zbog toga što su na slobodnom tržištu bila uspješnija društva grupe ENEL i, s druge strane, zbog privlačnosti marke ENEL.

22 Konačno, SEN-ovi popisi nisu bili ni strateški ni nezamjenjivi s obzirom na to da su na tržištu bili dostupni slični i potpuniji popisi kupaca usluge s većom zaštitom cijena, i to po manje opterećujućim cijenama.

23 Kao drugo, ENEL osporava AGCM-ovu primjenu obične presumpcije na kojoj se temelji njegova odgovornost društva majke. U tom pogledu ističe da je od 2014. grupa ENEL restrukturirana te su njezini postupci odlučivanja decentralizirani. U tom novom organizacijskom kontekstu ENEL, društvo majka na čelu grupe, imalo je jednostavnu funkciju promicanja sinergija i najboljih praksi između različitih operativnih društava, odustajući od svoje uloge donošenja odluka.

24 Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, koji je spojio te tri tužbe u glavnom postupku, nema dvojbe da se grupa ENEL nalazi u vladajućem položaju na dotičnom tržištu. Suprotno tomu, pojam „zlouporaba”, osobito u pogledu „atipične” zlouporabe kao što je ona u glavnom postupku kojom se nastojao spriječiti rast ili diversifikacija ponude konkurenata, dovodi do pitanja u pogledu tumačenja jer se, s jedne strane, u članku 102. UFEU-a ne navode iscrpni kriteriji za primjenu i jer, s druge strane, nije relevantna tradicionalna razlika između zlouporabe u smislu iskorištavanja i zlouporabe u smislu istiskivanja. Konkretno, postavlja se pitanje treba li uzeti u obzir strategiju poduzetnika u vladajućem položaju kada se, kao u ovom slučaju, njome želi spriječiti odlazak klijenata prema konkurentima te činjenicu da su postupanja tog poduzetnika sama zakonita, s obzirom na to da su, prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, SEN-ovi popisi zakonito pribavljeni.

25 Sud koji je uputio zahtjev također se pita je li dovoljno da predmetno postupanje može isključiti konkurente s mjerodavnog tržišta ako je navedena grupa tijekom istrage podnijela ekonomske studije kojima se nastoji dokazati da njezino postupanje konkretno nije imalo učinak istiskivanja.

26 Naposljetku, zlouporaba vladajućeg položaja od strane grupe društava otvara pitanje treba li podnijeti dokaz o aktivnoj koordinaciji između različitih društava koja djeluju unutar iste grupe ili je pripadnost toj grupi dovoljna za utvrđivanje doprinosa zlouporabnoj praksi, čak i od strane društva grupe koje nije počinilo zlouporabu.

27 U tim je okolnostima Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Mogu li postupanja koja predstavljaju zlouporabu vladajućeg položaja biti u potpunosti zakonita i može li ih se smatrati ‚zlouporabom' samo zbog (mogućeg) ograničavajućeg učinka nastalog na mjerodavnom tržištu, […] ili moraju biti obilježena određenim elementom nezakonitosti, koji se sastoji od pribjegavanja ‚metodama (ili sredstvima) koja nisu' ‚standardna'? U potonjem slučaju, na temelju kojih kriterija se može utvrditi granica između ‚standardnog' i ‚narušenog' tržišnog natjecanja?

2. Je li svrha zlouporabe ostvarenje najveće moguće dobrobiti za potrošače, pri čemu sud mora odvagnuti je li ona smanjena (ili bi mogla biti smanjena), ili je cilj kažnjavanja povrede tržišnog natjecanja zadržavanje postojeće kompetitivne strukture na tržištu, radi izbjegavanja grupacija gospodarske moći koje se svakako smatraju štetnima za zajednicu?

3. Može li u slučaju zlouporabe vladajućeg položaja, koja se sastojala od pokušaja sprečavanja zadržavanja postojeće razine tržišnog natjecanja ili njegova razvoja, poduzetniku u vladajućem položaju biti dopušteno da dokaže da, unatoč hipotetskoj mogućnosti ograničavajućeg učinka, postupanje u stvarnosti ne predstavlja povredu? Treba li, u slučaju potvrdnog odgovora, radi ocjene postojanja atipične zlouporabe radi isključivanja konkurenata s tržišta, članak 102. UFEU-a tumačiti na način da se smatra da [t]ijelo za zaštitu tržišnog natjecanja ima obvezu točno ispitati ekonomske analize, koje je predočila jedna od stranaka, konkretne mogućnosti postupanja koje je predmet istrage, usmjerenog prema isključivanju njezinih konkurenata s tržišta?

4. Treba li zloporabu vladajućeg položaja ocjenjivati samo na temelju njezinih (čak i potencijalnih) učinaka na tržište, bez ikakvog povezivanja sa subjektivnim motivima počinitelja ili pak dokazivanje namjere ograničavanja predstavlja parametar koji se (čak i isključivo) može upotrijebiti za ocjenu nepoštenog postupanja poduzetnika u vladajućem položaju ili se pak takvim dokazivanjem subjektivnog elementa samo prebacuje teret dokaza na poduzetnika u vladajućem položaju (koji bi u tom slučaju imao obvezu osigurati dokaz da nije došlo do učinka isključivanja)?

5. Je li uz pretpostavku vladajućeg položaja koji se odnosi na više poduzetnika koji pripadaju istoj grupaciji društava, pripadnost toj grupaciji dovoljna za pretpostavku da su poduzetnici kod kojih nije došlo do zlouporabe također sudjelovali u povredi, tako da bi [t]ijelu za nadzor tržišnog natjecanja bilo dovoljno dokazati postojanje paralelnog namjernog usklađenog djelovanja, čak i bez dogovora poduzetnika koji djeluju u okviru grupe u vladajućem položaju? Ili ipak treba (kao što je to slučaj kod zabrane sporazumâ) predočiti dokaz, čak i neizravan, konkretne situacije koordiniranja i podređenosti raznih poduzetnika iz grupacije u vladajućem položaju, konkretno za dokazivanje umiješanosti matičnog društva?"

O prethodnim pitanjima

Dopuštenost

28 Nekoliko stranaka u svojim pisanim očitovanjima podnesenima Sudu osporilo je dopuštenost određenih pitanja.

29 AIGET smatra da drugo pitanje treba proglasiti nedopuštenim jer je formulirano općenito i nije relevantno. Naime, nije sporno da bi, ako se utvrdi zlouporaba koja se pripisuje grupi ENEL, ona bila takve naravi da isključuje konkurente s tržišta i nanosi štetu potrošačima.

30 Green Network SpA pita se o dopuštenosti prvih četiriju pitanja jer mu se ne čine potrebnima za rješavanje sporova u glavnim postupcima i, u svakom slučaju, jer je Sud na njih već odgovorio.

31 Naposljetku, AGCM i AIGET tvrde da je peto pitanje nedopušteno jer je hipotetsko, s obzirom na to da je istraga koju je proveo AGCM zaključila da postoji strategija grupe kojoj je cilj prenijeti klijente SEN-a EE-u i tako izbjeći njihov odlazak konkurentskim grupama.

32 U tim različitim aspektima valja podsjetiti na to da je, u skladu s ustaljenom sudskom praksom Suda, samo na nacionalnom sudu pred kojim je pokrenut postupak i koji mora preuzeti odgovornost za sudsku odluku koja će biti donesena da ocijeni koliko je, uvažavajući posebnosti predmeta, prethodna odluka potrebna kako bi bio u stanju donijeti svoju odluku te u kojoj su mjeri pitanja koja postavlja Sudu relevantna. Posljedično, ako se postavljena pitanja odnose na tumačenje prava Unije, Sud načelno mora donijeti odluku (presuda od 15. srpnja 2021., The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, t. 54. i navedena sudska praksa).

33 Iz navedenog proizlazi da pitanja koja se odnose na pravo Unije uživaju pretpostavku relevantnosti. Sud može odbiti odgovoriti na prethodno pitanje nacionalnog suda samo ako je očito da zatraženo tumačenje prava Unije nema nikakve veze s činjeničnim stanjem ili predmetom glavnog postupka, ako je problem hipotetski ili ako Sud ne raspolaže činjeničnim i pravnim elementima potrebnima da bi mogao dati koristan odgovor na postavljena pitanja (presuda od 15. srpnja 2021., The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, t. 55. i navedena sudska praksa).

34 U ovom slučaju, što se najprije tiče drugog pitanja, valja utvrditi da okolnost da je ono formulirano općenito ne isključuje mogućnost da je ono relevantno za rješavanje sporova u glavnim postupcima.

35 Uostalom, na nacionalnom sudu je, a ne na Sudu, da utvrdi činjenice koje su dovele do spora i iz toga zaključi o posljedicama koje one imaju za odluku koju je pozvan donijeti (presuda od 10. ožujka 2016., Safe Interenvíos, C-235/14, EU:C:2016:154, t. 119.). Posljedično, ako nacionalni sud u svojem zahtjevu navede činjenične i pravne elemente koji su Sudu potrebni kako bi na koristan način odgovorio na pitanja koja su mu postavljena, ta se pitanja ne mogu proglasiti nedopuštenima samo zato što su formulirana općenito.

36 Što se tiče navodnog nepostojanja osporavanja mogućnosti navodne zlouporabe da konkurente grupe ENEL isključi s tržišta i uzrokuje štetu potrošačima, čak i da je ona dokazana, tumačenje ciljeva članka 102. UFEU-a ipak bi moglo biti korisno sudu koji je uputio zahtjev kako bi se utvrdilo koji se uvjeti moraju ispuniti kako bi se mogla utvrditi zlouporaba vladajućeg položaja.

37 Nadalje, što se tiče relevantnosti prvog, trećeg i četvrtog pitanja, dovoljno je istaknuti da nije očito da zatraženo tumačenje prava Unije nema nikakve veze s činjeničnim stanjem ili predmetom sporova u glavnom postupku. Naprotiv, s obzirom na njihove okolnosti, svako od tih pitanja može pomoći sudu koji je uputio zahtjev kako bi mogao odlučiti u sporovima. Što se tiče okolnosti da se Sud već izjasnio o tim pitanjima, valja podsjetiti na to da nacionalnom sudu ni na koji način nije zabranjeno postaviti Sudu prethodna pitanja čiji odgovor, prema mišljenju određenih stranaka u glavnom postupku, ne ostavlja prostora za opravdanu sumnju (presuda od 14. listopada 2021., Viesgo Infraestructuras Energéticas, C-683/19, EU:C:2021:847, t. 26.).

38 Naposljetku, što se tiče petog pitanja, ne može se isključiti da sud koji je uputio zahtjev odluči drukčije od sporne odluke. Stoga se ne može smatrati, kao što to tvrde AGCM i AIGET, da je to pitanje očito nepovezano sa stvarnošću ili predmetom sporova u glavnom postupku ili da je hipotetsko.

39 Stoga pitanja koja je postavio Consiglio di Stato (Državno vijeće) treba smatrati dopuštenima.

Meritum

Drugo pitanje

40 Svojim drugim pitanjem, koje valja ispitati na prvome mjestu, sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 102. UFEU-a tumačiti na način da je za utvrđivanje čini li određena praksa zlouporabu vladajućeg položaja dovoljno da tijelo nadležno za tržišno natjecanje dokaže da ta praksa može ugroziti strukturu učinkovitog tržišnog natjecanja na relevantnom tržištu ili mora dodatno ili alternativno dokazati da navedena praksa može utjecati na dobrobit potrošača.

41 U tom pogledu valja podsjetiti na to da je članak 102. UFEU-a dio skupa pravila koja, s ciljem izbjegavanja narušavanja tržišnog natjecanja na štetu općeg interesa, pojedinačnih poduzetnika i potrošača, doprinose dobrobiti u Europskoj uniji (vidjeti u tom smislu presudu od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, t. 21. i 22.).

42 Na temelju toga, članak 102. UFEU-a izraz je općeg cilja djelovanja Unije iz članka 3. stavka 1. točke (b) UFEU-a, odnosno uspostavljanja pravila o tržišnom natjecanju potrebnih za funkcioniranje unutarnjeg tržišta (vidjeti u tom smislu presude od 2. travnja 2009., France Télécom/Komisija, C-202/07 P, EU:C:2009:214, t. 103. i od 14. listopada 2010., Deutsche Telekom/Komisija, C-280/08 P, EU:C:2010:603, t. 170.).

43 Temeljni karakter odredbi UFEU-a u području tržišnog natjecanja također proizlazi iz Protokola (br. 27) o unutarnjem tržištu i tržišnom natjecanju, koji je, u skladu s člankom 51. UEU-a, sastavni dio Ugovorâ i u skladu s kojim unutarnje tržište obuhvaća sustav kojim se osigurava nenarušavanje tržišnog natjecanja (presuda od 17. studenoga 2011., Komisija/Italija, C-496/09, EU:C:2011:740, t. 60.).

44 Među tim pravilima, konkretnije, cilj je članka 102. UFEU-a, prema ustaljenoj sudskoj praksi, izbjeći da postupanja poduzetnika u vladajućem položaju, na štetu potrošača, stvaraju prepreke, sredstvima ili resursima koji se razlikuju od onih koji uređuju uobičajeno tržišno natjecanje, održavanju postojećeg stupnja tržišnog natjecanja na tržištu ili razvoju tog tržišnog natjecanja (vidjeti u tom smislu presude od 13. veljače 1979., Hoffmann-La Roche/Komisija, 85/76, EU:C:1979:36, t. 91.; od 27. ožujka 2012., Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, t. 24. i od

30. siječnja 2020., Generics (UK) i dr., C-307/18, EU:C:2020:52, t. 148. i navedenu sudsku praksu). U tom smislu, kao što je to utvrdio Sud, cilj je te odredbe sankcionirati ne samo prakse koje mogu uzrokovati izravnu štetu potrošačima nego i one koje im neizravno uzrokuju štetu ugrožavanjem strukture učinkovitog tržišnog natjecanja (vidjeti u tom smislu osobito presude od 15. ožujka 2007., British Airways/Komisija, C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 106. i 107. i od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, t. 24.).

45 Nasuprot tomu, kao što je to Sud već naglasio, navedenoj odredbi ne protivi se to da zbog tržišnog natjecanja na temelju zasluga na predmetnom tržištu nestaju ili se marginaliziraju konkurenti koji su manje učinkoviti i stoga manje zanimljivi potrošačima, osobito s obzirom na cijene, izbor, kvalitetu ili inovaciju (presuda od 6. rujna 2017., Intel/Komisija, C-413/14 P, EU:C:2017:632, t. 134. i navedena sudska praksa).

46 Iz toga proizlazi, kao što je to u biti naveo nezavisni odvjetnik u točki 100. svojeg mišljenja, da se dobrobit potrošača, kako posrednih tako i krajnjih, treba smatrati krajnjim ciljem koji opravdava intervenciju prava tržišnog natjecanja kako bi se suzbila zlouporaba vladajućeg položaja na unutarnjem tržištu ili njegovu znatnom dijelu. Zbog toga, kao što je Sud već presudio, poduzetnik koji je u takvom položaju može dokazati da praksa istiskivanja nije obuhvaćena zabranom iz članka 102. UFEU-a, osobito dokazivanjem da su učinci koje ta praksa može proizvesti kompenzirani, ili čak nadmašeni, pogodnostima u pogledu učinkovitosti koje imaju potrošači, osobito u pogledu cijena, izbora, kvalitete ili inovacije (vidjeti u tom smislu presude od 6. rujna 2017., Intel/Komisija, C-413/14 P, EU:C:2017:632, t. 134. i 140. i od 30. siječnja 2020., Generics (UK) i dr., C-307/18, EU:C:2020:52, t. 165. i navedenu sudsku praksu).

47 Stoga tijelo nadležno za tržišno natjecanje ispunjava teret dokazivanja ako dokaže da djelovanje poduzetnika u vladajućem položaju može negativno utjecati, koristeći se sredstvima ili resursima različitima od onih koja uređuju uobičajeno tržišno natjecanje, na strukturu učinkovitog tržišnog natjecanja, a da pritom ne mora dokazati da navedeno postupanje može uzrokovati izravnu štetu potrošačima. Međutim, predmetni poduzetnik u vladajućem položaju može izbjeći zabranu iz članka 102. UFEU-a tako da dokaže da učinak istiskivanja koji može nastati iz predmetne prakse ima protutežu u pozitivnim učincima na potrošače ili ga oni čak nadmašuju.

48 S obzirom na prethodna razmatranja, na drugo pitanje valja odgovoriti tako da članak 102. UFEU-a treba tumačiti na način da je, kako bi se utvrdilo da određena praksa čini zlouporabu vladajućeg položaja, dovoljno da tijelo nadležno za tržišno natjecanje dokaže da ta praksa može ugroziti strukturu tržišnog natjecanja na relevantnom tržištu, osim ako predmetni poduzetnik u vladajućem položaju dokaže da protutržišni učinci koji mogu proizići iz navedene prakse imaju protutežu u pozitivnim učincima za potrošače, osobito u pogledu cijene, izbora, kvalitete i inovacije, ili ih oni čak nadmašuju.

Treće pitanje

49 Svojim trećim pitanjem, koje valja ispitati na drugome mjestu, sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 102. UFEU-a tumačiti na način da radi utvrđivanja zloporabnosti postupanja poduzetnika u vladajućem položaju treba smatrati relevantnima elemente koje je taj poduzetnik podnio kako bi dokazao da, unatoč apstraktnoj sposobnosti tog postupanja da proizvede ograničavajuće učinke, ono konkretno nije proizvelo takve učinke i, u slučaju potvrdnog odgovora, je li tijelo nadležno za tržišno natjecanje dužno temeljito ispitati te elemente.

50 Najprije valja istaknuti da, što se tiče praksi istiskivanja, koja obuhvaća postupanja koja se navode u glavnim postupcima, iz sudske prakse Suda proizlazi da zloporabnost takvih praksi osobito pretpostavlja da su one mogle ograničiti tržišno natjecanje i, konkretno, proizvesti učinke istiskivanja koji se stavljaju na teret (presuda od 30. siječnja 2020., Generics (UK) i dr., C-307/18, EU:C:2020:52, t. 154. i navedena sudska praksa).

51 Posljedično, u slučaju da poduzetnik u vladajućem položaju tijekom upravnog postupka tvrdi, uz priložene odgovarajuće dokaze, da njegovo ponašanje nije moglo ograničiti tržišno natjecanje, predmetno tijelo nadležno za tržišno natjecanje mora ispitati je li, u okolnostima predmetnog slučaja, predmetno postupanje doista imalo takvu sposobnost (vidjeti u tom smislu presudu od 6. rujna 2017., Intel/Komisija, C-413/14 P, EU:C:2017:632, t. 138. i 140.).

52 U tom kontekstu, u skladu s pravom na saslušanje, koje je prema ustaljenoj sudskoj praksi opće načelo prava Unije koje se primjenjuje kada uprava namjerava protiv neke osobe donijeti akt kojim joj se nanosi šteta, tijela nadležna za tržišno natjecanje osobito imaju obvezu saslušati dotičnog poduzetnika, što znači da pružaju svu dužnu pažnju očitovanjima koja je on iznio te pažljivo i nepristrano ispituju sve relevantne okolnosti konkretnog slučaja i dokaze koje je podnio taj poduzetnik (vidjeti analogno presudu od 16. listopada 2019., Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, EU:C:2019:861, t. 39. do 42.).

53 Međutim, valja podsjetiti na to da kvalifikacija prakse poduzetnika u vladajućem položaju kao zloporabne ne zahtijeva dokazivanje, u slučaju prakse tog poduzetnika usmjerene na istiskivanje njegovih konkurenata s predmetnog tržišta, da je njezin rezultat postignut i, slijedom toga, dokazivanje konkretnog učinka istiskivanja na tržište. Naime, člankom 102. UFEU-a nastoji se sankcionirati činjenica da jedan poduzetnik ili više njih zlorabe vladajući položaj na unutarnjem tržištu ili njegovu znatnom dijelu, neovisno o tome je li se takvo iskorištavanje pokazalo uspješnim ili ne (vidjeti u tom smislu presudu od 30. siječnja 2020., České dráhy/Komisija, C-538/18 P i C-539/18 P, neobjavljenu, EU:C:2020:53, t. 70. i navedenu sudsku praksu).

54 Međutim, ako, kao što je to istaknuto u točki 20. Komunikacije Europske komisije naslovljene „Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni članka [102. UFEU-a] na postupanja poduzetnika u vladajućem položaju koja za posljedicu mogu imati zlouporabu u smislu istiskivanja konkurenata s tržišta” (SL 2009., C 45, str. 7.), kada takvo ponašanje dovoljno dugo traje, učinak na tržištu poduzetnika u vladajućem položaju i njegovih konkurenata može činiti dokaz o učinku istiskivanja zbog predmetne prakse, obrnuta okolnost da određeno postupanje nije proizvelo konkretne protutržišne učinke ne može isključiti, čak i ako je proteklo dugo vremena od kad se to postupanje dogodilo, da je ono doista imalo takvu sposobnost kad je bilo provedeno. Naime, takvo nepostojanje učinaka moglo bi biti rezultat drugih uzroka i osobito promjena do kojih je došlo na relevantnom tržištu nakon što je navedeno ponašanje započelo ili zbog nemogućnosti poduzetnika u vladajućem položaju da uspješno provede strategiju koja je dovela do takvog postupanja.

55 Stoga se dokaz koji je podnio poduzetnik u vladajućem položaju o nepostojanju konkretnih učinaka istiskivanja ne može sam po sebi smatrati dovoljnim za izuzimanje iz primjene članka 102. UFEU-a.

56 Nasuprot tomu, ta okolnost može biti pokazatelj da predmetno postupanje nije moglo proizvesti navodne učinke istiskivanja. Međutim, taj početni dokaz dotično društvo mora dopuniti elementima kojima se nastoji dokazati da je taj izostanak konkretnih učinaka doista bio posljedica nemogućnosti navedenog ponašanja da proizvede takve učinke.

57 Iz toga slijedi da se u ovom predmetu okolnost, na koju se predmetna društva pozivaju kako bi osporila postojanje zlouporabe vladajućeg položaja, da je EE uporabom SEN-ovih popisa stekao samo 478 klijenata, odnosno 0,002 % klijenata zaštićenog tržišta, ne može sama po sebi smatrati dovoljnom za dokazivanje da predmetna praksa nije mogla proizvesti učinak istiskivanja.

58 S obzirom na sva prethodna razmatranja, na treće pitanje valja odgovoriti tako da članak 102. UFEU-a treba tumačiti na način da, kako bi se isključila zloporabnost postupanja poduzetnika u vladajućem položaju, treba smatrati da sam po sebi nije dovoljan dokaz predmetnog poduzetnika da to postupanje nije proizvelo konkretne ograničavajuće učinke. Taj element može biti pokazatelj nesposobnosti predmetnog postupanja da proizvede protutržišne učinke, koji, međutim, mora biti dopunjen drugim dokazima kojima se utvrđuje ta nesposobnost.

Četvrto pitanje

59 Svojim četvrtim pitanjem, koje valja ispitati na trećem mjestu, sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 102. UFEU-a tumačiti na način da postojanje zloporabne prakse istiskivanja poduzetnika u vladajućem položaju treba ocijeniti samo na temelju mogućnosti te prakse da proizvede protutržišne učinke ili valja uzeti u obzir namjeru predmetnog poduzetnika da ograniči tržišno natjecanje.

60 U tom smislu valja podsjetiti na to da je zloporabno iskorištavanje vladajućeg položaja, koje je zabranjeno člankom 102. UFEU-a, objektivan pojam (vidjeti osobito presude od 30. siječnja 2020., Generics (UK) i dr., C-307/18, EU:C:2020:52, t. 148. i od 25. ožujka 2021., Deutsche Telekom/Komisija, C-152/19 P, EU:C:2021:238, t. 41.).

61 Kao što je to navedeno u točki 50. ove presude, ocjena prakse istiskivanja kao zloporabne ovisi o učincima istiskivanja koje ona može ili je mogla proizvesti. Stoga, kako bi se utvrdila zloporabnost prakse istiskivanja, tijelo nadležno za tržišno natjecanje mora dokazati da je, s jedne strane, ta praksa, kada je bila provedena, mogla proizvesti takav učinak istiskivanja, u smislu da je mogla otežati ulazak ili zadržavanje konkurenata na predmetnom tržištu, i time je mogla imati utjecaj na strukturu tržišta i, s druge strane, da se ta praksa temeljila na iskorištavanju sredstava različitih od onih u tržišnom natjecanju na temelju zasluga. Međutim, nijedan od tih uvjeta u načelu ne zahtijeva dokaz elementa namjere.

62 Posljedično, kako bi se utvrdilo da postoji zlouporaba vladajućeg položaja u svrhu primjene članka 102. UFEU-a, tijelo nadležno za tržišno natjecanje ni na koji način nije dužno utvrditi postojanje protutržišne namjere poduzetnika u vladajućem položaju (presuda od 19. travnja 2012., Tomra Systems i dr./Komisija, C-549/10 P, EU:C:2012:221, t. 21.).

63 S obzirom na navedeno, iako za primjenu članka 102. UFEU-a ni na koji način nije potrebno utvrditi postojanje protutržišne namjere poduzetnika u vladajućem položaju, dokaz takve namjere, iako sam po sebi ne može biti dovoljan, činjenična je okolnost koja se može uzeti u obzir pri utvrđivanju zlouporabe vladajućeg položaja (presuda od 30. siječnja 2020., Generics (UK) i dr., C-307/18, EU:C:2020:52, t. 162. i navedena sudska praksa).

64 S obzirom na prethodna razmatranja, na četvrto pitanje valja odgovoriti tako da članak 102. UFEU-a treba tumačiti na način da postojanje zloporabne prakse istiskivanja poduzetnika u vladajućem položaju treba ocijeniti na temelju mogućnosti te prakse da proizvede protutržišne učinke. Tijelo nadležno za tržišno natjecanje nije dužno dokazati namjeru predmetnog

poduzetnika da svoje konkurente istisne sredstvima ili resursima različitima od onih koji uređuju tržišno natjecanje na temelju zasluga. Dokaz o takvoj namjeri ipak je činjenična okolnost koja se može uzeti u obzir radi utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja.

Prvo pitanje

65 Svojim prvim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 102. UFEU-a tumačiti na način da se praksa koja je inače zakonita izvan prava tržišnog natjecanja može, kada je provodi poduzetnik u vladajućem položaju, kvalificirati „zloporabnom" u smislu te odredbe samo na temelju njezinih potencijalno protutržišnih učinaka ili takva kvalifikacija usto zahtijeva da se to postupanje provodi sredstvima ili resursima različitima od onih koji uređuju uobičajeno tržišno natjecanje. U tom drugom slučaju, taj se sud pita o kriterijima koji omogućuju razlikovanje sredstava ili resursa koji su dio uobičajenog tržišnog natjecanja od onih koji su obuhvaćeni narušenim tržišnim natjecanjem.

66 U tom pogledu valja podsjetiti na to da članak 102. UFEU-a proglašava da je svaka zlouporaba vladajućeg položaja od strane jednog poduzetnika ili više njih na unutarnjem tržištu ili njegovu znatnom dijelu zabranjena kao nespojiva s unutarnjim tržištem u mjeri u kojoj bi mogla utjecati na trgovinu među državama članicama.

67 Prema ustaljenoj sudskoj praksi, pojam „zlouporaba" u smislu članka 102. UFEU-a temelji se na objektivnoj ocjeni predmetnog postupanja. Međutim, nezakonitost zlouporabe s obzirom na tu odredbu ne ovisi o kvalifikaciji tog postupanja u drugim granama prava (vidjeti u tom smislu presudu od 6. prosinca 2012., AstraZeneca/Komisija, C-457/10 P, EU:C:2012:770, t. 74. i 132.).

68 Konkretno, kao što to proizlazi iz točke 44. ove presude, taj pojam označava svaku praksu koja, putem sredstava različitih od onih koja uređuju uobičajeno tržišno natjecanje, može ugroziti strukturu učinkovitog tržišnog natjecanja. Njegov je cilj kažnjavanje postupanja poduzetnika u vladajućem položaju koje na tržištu na kojem je, upravo zbog prisutnosti predmetnog poduzetnika, stupanj tržišnog natjecanja već oslabljen, stvara prepreku, upotrebom sredstava različitih od onih koji uređuju uobičajeno natjecanje proizvoda ili usluga na temelju djelatnosti gospodarskih subjekata, održavanju postojećeg stupnja tržišnog natjecanja na tržištu ili razvoj tog tržišnog natjecanja (presuda od 13. veljače 1979., Hoffmann-La Roche/Komisija, 85/76, EU:C:1979:36, t. 91. i od 25. ožujka 2021., Deutsche Telekom/Komisija, C-152/19 P, EU:C:2021:238, t. 41.).

69 Što se tiče praksi koje su predmet glavnih postupaka, kao što je navedeno u točki 50. ove presude, njihova zloporabnost pretpostavlja da su one mogle proizvesti učinke istiskivanja na kojima se temelji sporna odluka.

70 Doduše, takvi učinci ne smiju biti isključivo hipotetski (presuda od 6. listopada 2015., Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, t. 65.). Posljedično, s jedne strane, praksa se ne može smatrati zlouporabom ako je ostala u stanju projekta a da nije provedena. S druge strane, tijelo nadležno za tržišno natjecanje ne može se osloniti na učinke koje ta praksa može ili je mogla proizvesti ako su se ostvarile ili se ostvaruju određene posebne okolnosti, koje nisu bile one koje su prevladavale na tržištu u trenutku njezine provedbe i čija je realizacija stoga bila malo vjerojatna.

71 Suprotno tomu, kako bi se utvrdila takva kvalifikacija, dovoljno je da je ta praksa, tijekom razdoblja u kojem je provedena, mogla proizvesti učinak istiskivanja u pogledu konkurenata koji su barem jednako učinkoviti kao poduzetnik u vladajućem položaju (vidjeti u tom smislu presudu od 6. listopada 2015., Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, t. 66. i navedenu sudsku praksu).

72 Budući da zloporabnost neke prakse ne ovisi o obliku koji ona ima ili je imala, nego pretpostavlja da navedena praksa ima ili je imala mogućnost ograničiti tržišno natjecanje i, osobito, tijekom svoje provedbe proizvesti učinke istiskivanja koji se stavljaju na teret, taj uvjet treba ocijeniti s obzirom na sve relevantne činjenične okolnosti (vidjeti u tom smislu presude od 30. siječnja 2020., Generics (UK) i dr., C-307/18, EU:C:2020:52, t. 154. i od 25. ožujka 2021., Slovak Telekom/Komisija, C-165/19 P, EU:C:2021:239, t. 42.).

73 S obzirom na navedeno, kao što je to navedeno u točki 45. ove presude, cilj članka 102. UFEU-a nije ni na koji način spriječiti poduzetnika da vlastitim zaslugama, osobito vlastitim sposobnostima, osvoji vladajući položaj na tržištu niti osigurati da konkurenti koji su manje učinkoviti od poduzetnika u takvom položaju ostanu na tržištu. Naime, svaki učinak istiskivanja ne narušava nužno tržišno natjecanje jer tržišno natjecanje na temelju zasluga po definiciji može dovesti do nestanka s tržišta ili marginalizacije konkurenata koji su manje učinkoviti i stoga manje zanimljivi potrošačima osobito u pogledu cijena, izbora, kvalitete ili inovacije (presuda od 6. rujna 2017., Intel/Komisija, C-413/14 P, EU:C:2017:632, t. 133. i 134.).

74 Međutim, poduzetnici u vladajućem položaju, neovisno o uzrocima takvog položaja, imaju posebnu odgovornost da svojim ponašanjem ne ugroze učinkovito i nenarušeno tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu (vidjeti osobito presude od 9. studenoga 1983., Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija, 322/81, EU:C:1983:313, t. 57. i od 6. rujna 2017., Intel/Komisija, C-413/14 P, EU:C:2017:632, t. 135.).

75 Posljedično, ako se poduzetnici u vladajućem položaju mogu braniti od svojih konkurenata, moraju to činiti koristeći se sredstvima koja ulaze u „uobičajeno” tržišno natjecanje, odnosno na temelju zasluga.

76 S druge strane, ti poduzetnici ne mogu otežati ulazak ili održavanje na predmetnom tržištu jednako učinkovitih konkurenata koristeći se sredstvima različitima od onih koja ulaze u tržišno natjecanje na temelju zasluga. Osobito, moraju se suzdržati od korištenja vladajućeg položaja kako bi se proširili na drugom tržištu na drugi način osim sredstvima tržišnog natjecanja na temelju zasluga (vidjeti u tom smislu presude od 3. listopada 1985., CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, t. 25.; od 14. studenoga 1996., Tetra Pak/Komisija, C-333/94 P, EU:C:1996:436, t. 25. i od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, t. 87.).

77 Treba smatrati da je sredstvo različito od onih koja se odnose na tržišno natjecanje na temelju zasluga svaka praksa za čije provođenje poduzetnik u vladajućem položaju nema drugi ekonomski interes nego uklanjanje svojih konkurenata kako bi potom mogao podići svoje cijene iskorištavanjem svoje monopolističke situacije (vidjeti u tom smislu presudu od 3. srpnja 1991., AKZO/Komisija, C-62/86, EU:C:1991:286, t. 71.).

78 Kao što je to istaknuo nezavisni odvjetnik u točkama 69. do 71. svojeg mišljenja, isto vrijedi za praksu koju ne može usvojiti hipotetski konkurent koji, iako vrlo učinkovit, ne zauzima vladajući položaj na predmetnom tržištu jer se ta praksa temelji na iskorištavanju sredstava ili resursa povezanih s držanjem takvog položaja.

79 Relevantnost stvarne ili razumne nemogućnosti jednako učinkovitog hipotetskog konkurenta koji nije u vladajućem položaju da imitira dotičnu praksu kako bi se utvrdilo počiva li ona na sredstvima tržišnog natjecanja na temelju zasluga proizlazi iz sudske prakse koja se odnosi kako na cjenovne tako i na necjenovne prakse.

80 Što se tiče prve od tih dviju kategorija praksi, koja obuhvaća popuste za vjernost, prakse niskih cijena u obliku selektivnih cijena ili predatorskih cijena, kao i prakse sniženja marži, iz sudske prakse proizlazi da se one općenito ocjenjuju primjenom testa „jednako učinkovitog konkurenta”, čiji je cilj upravo ocijeniti mogućnost koju bi imao takav konkurent, apstraktno gledano, da reproducira ponašanje poduzetnika u vladajućem položaju (vidjeti osobito presudu od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, t. 41. do 43.).

81 Točno je da je taj test samo jedan od načina dokazivanja da se poduzetnik u vladajućem položaju koristio sredstvima različitima od onih koja su obuhvaćena „uobičajenim” tržišnim natjecanjem, tako da tijela nadležna za tržišno natjecanje nisu obvezna sustavno se osloniti na takav test kako bi utvrdila zloporabnost cjenovne prakse (vidjeti u tom smislu presudu od 6. listopada 2015., Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, t. 57.).

82 Međutim, važnost koja se općenito pripisuje navedenom testu, kada je on provediv, jednako pokazuje da nesposobnost koju bi imao hipotetski konkurent koji je jednako učinkovit da replicira postupanje poduzetnika u vladajućem položaju, što se tiče praksi istiskivanja, čini jedan od kriterija na temelju kojih se može utvrditi treba li se to ponašanje smatrati utemeljenim na upotrebi sredstava koja proizlaze iz uobičajenog tržišnog natjecanja.

83 Što se tiče druge kategorije praksi iz točke 79. ove presude, odnosno necjenovnih praksi, poput odbijanja isporuke robe ili usluga, Sud je naglasio da izbor poduzetnika u vladajućem položaju da si pridrži vlastitu distribucijsku mrežu ne čini odbijanje isporuke protivno članku 102. UFEU-a upravo zato što konkurent može stvoriti sličnu mrežu za distribuciju vlastitih proizvoda (vidjeti u tom smislu presudu od 26. studenoga 1998., Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, t. 44. i 45.).

84 Ako tijelo nadležno za tržišno natjecanje utvrdi da praksa koju provodi poduzetnik u vladajućem položaju može ugroziti učinkovito i nenarušeno tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu, taj poduzetnik i dalje može, kako se predmetna praksa ne bi smatrala zlouporabom vladajućeg položaja, dokazati da ona jest ili je bila objektivno opravdana ili određenim okolnostima konkretnog slučaja, koje moraju biti vanjske u odnosu na tog poduzetnika (vidjeti u tom smislu presudu od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, t. 31. i 75.), ili, s obzirom na konačan cilj članka 102. UFEU-a, interesom potrošača (vidjeti osobito u tom smislu presudu od 30. siječnja 2020., Generics (UK) i dr., C-307/18, EU:C:2020:52, t. 165.).

85 Što se tiče tog drugog slučaja, valja naglasiti da se pojam tržišnog natjecanja na temelju zasluga u načelu odnosi na situaciju tržišnog natjecanja od koje potrošači imaju koristi nižim cijenama, boljom kvalitetom i širim izborom nove ili bolje robe i usluga. Stoga, kao što je to nezavisni odvjetnik istaknuo u točki 62. svojeg mišljenja, treba smatrati da u tržišno natjecanje na temelju zasluga spadaju osobito postupanja koja imaju za učinak proširenje izbora potrošača stavljanjem na tržište novih proizvoda ili povećanjem količine ili kvalitete proizvoda koji se već nude.

86 U takvom slučaju poduzetnik u vladajućem položaju može opravdati postupanja koja mogu potpasti pod zabranu navedenu u članku 102. UFEU-a dokazujući da učinak istiskivanja koji njegovo postupanje može proizvesti ima protutežu u prednostima u pogledu učinkovitosti od kojih imaju koristi i potrošači ili ga one čak i nadmašuju (vidjeti u tom smislu presude od

15. ožujka 2007., British Airways/Komisija, C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 86.; od 6. rujna 2017., Intel/Komisija, C-413/14 P, EU:C:2017:632, t. 140. i od 30. siječnja 2020., Generics (UK) i dr., C-307/18, EU:C:2020:52, t. 165.).

87 Što se tiče glavnih postupaka, na sudu koji je uputio zahtjev jest da ocijeni je li AGCM u dovoljnoj mjeri dokazao da strategija koju je ENEL proveo između 2012. i 2017. može ugroziti učinkovito i nenarušeno tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu. Međutim, kako bi ga usmjerio u toj ocjeni, Sud mu može dati sve elemente tumačenja prava Unije koji mu mogu biti korisni (vidjeti osobito presude od 16. srpnja 2015., CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, t. 62. i od 6. listopada 2021., A (Prelazak državne granice izletničkim plovilom), C-35/20, EU:C:2021:813, t. 85.).

88 U ovom slučaju iz spisa kojim raspolaže Sud proizlazi, kao prvo, da je SEN-u, nakon razdvajanja različitih djelatnosti ENEL-a, koji je do tada bio vertikalno integriran i imao monopolistički položaj na tržištima proizvodnje, prijenosa i distribucije električne energije u Italiji, povjereno upravljanje klijentima obuhvaćenima samo zaštićenim tržištem u toj državi članici. Međutim, utvrđeno je da se zaštićeno tržište neće nastaviti i da će od njegova ukidanja u budućem trenutku dotični klijenti morati izabrati novog dobavljača. Osim toga, kako bi se izbjegao prijenos konkurentske prednosti, sektorski propisi dopuštali su prijenos poslovno osjetljivih informacija između društava koja prodaju električnu energiju na zaštićenom tržištu i društava koja djeluju na slobodnom tržištu samo pod uvjetom da pružanje tih informacija nije diskriminatorno.

89 Nadalje, iz navoda suda koji je uputio zahtjev proizlazi da se postupanje iz sporne odluke u biti ne odnosi na odbijanje SEN-a da omogući konkurentima EE-a da pristupe bitnoj pogodnosti koju čine kontaktni podaci klijenata zaštićenih tržišta, nego na odluku SEN-a da u zamjenu za plaćanje prenese EE-u određene svoje poslovne informacije o klijentima, među kojima su njihovi kontaktni podaci, na način koji je nepovoljan i stoga diskriminirajući u odnosu na konkurente potonjeg društva na slobodnom tržištu, iako je SEN bio u vladajućem položaju na zaštićenom tržištu.

90 Naposljetku, čini se da sud koji je uputio zahtjev polazi od pretpostavke da su barem SEN i EE činili jedno te isto poduzeće u smislu članka 102. UFEU-a.

91 S obzirom na te elemente, koje treba provjeriti sud koji je uputio zahtjev, čini se prikladnim podsjetiti na to da treba smatrati iskorištavanjem drugih sredstava od onih koja spadaju u tržišno natjecanje na temelju zasluga, jer se temelji na iskorištavanju sredstava u načelu nedostupnih jednako učinkovitom konkurentu, ali koji nema vladajući položaj, činjenicu da se poduzetnik koji ima isključiva prava, kao što je zakoniti monopol, koristi njima kako bi proširio vladajući položaj koji ima na jednom tržištu zbog tih prava na drugom tržištu (vidjeti u tom smislu presudu od 17. srpnja 2014., Komisija/DEI, C-553/12 P, EU:C:2014:2083, t. 45. do 47. i 66. do 68.).

92 Iz toga *a fortiori* proizlazi da se poduzetnik, kada gubi zakoniti monopol koji je ranije imao na tržištu, mora suzdržati, tijekom čitave faze liberalizacije tog tržišta, od toga da se koristi sredstvima kojima je raspolagao na temelju svojeg bivšeg monopola i koji zbog toga nisu dostupni njegovim konkurentima kako bi zadržao, osim svojim vlastitim zaslugama, vladajući položaj na predmetnom tržištu koje je liberalizirano.

93 U glavnim postupcima ta razmatranja podrazumijevaju da je poduzetnik koji su zajedno činili SEN i EE imao posebnu odgovornost suzdržavanja od svakog ponašanja na zaštićenom tržištu koje može narušiti strukturu učinkovitog tržišnog natjecanja na slobodnom tržištu i, osobito, proširiti

na to tržište vladajući položaj koji je uživao na zaštićenom tržištu, osim sredstvima koja spadaju u tržišno natjecanje na temelju zasluga (vidjeti analogno presudu od 3. listopada 1985., CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, t. 27.).

94 Međutim, nesporno je da mogućnost kontaktiranja klijentele zaštićenog tržišta ima određeni ekonomski interes za svako poduzeće koje se želi razviti na slobodnom tržištu. Također, budući da je poduzetnik koji su zajedno činili SEN i EE namjeravao prenijeti EE-u uz plaćanje određene poslovne informacije koje je SEN imao u pogledu svojih klijenata, taj je poduzetnik također morao, kako se ne bi ugrozila učinkovita struktura tržišnog natjecanja, omogućiti konkurentima EE-a da pristupe tim informacijama pod jednakim uvjetima za istovrsne usluge.

95 Točno je da se, s obzirom na pravo na zaštitu osobnih podataka, koje je temeljno pravo zajamčeno člankom 8. stavkom 1. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja), društvu u SEN-ovoj situaciji ne može prigovoriti što je prethodno pribavio pristanak svojih klijenata na to da se njihovi osobni podaci na taj način prenesu. Isto tako, takvo društvo ne može se smatrati odgovornim ni za odluku jednog dijela svojih klijenata da dopusti prijenos svojih osobnih podataka samo u korist određenih društava.

96 Međutim, kako bi ispunio posebnu odgovornost koju ima zbog svojeg vladajućeg položaja na zaštićenom tržištu, SEN je morao, kako bi predvidio želju trećeg društva koje se želi razviti na slobodnom tržištu da također pristupi navedenim informacijama, svojim klijentima ponuditi primanje ponuda društava koja ne pripadaju grupi ENEL na način koji nije diskriminirajući, osobito tako da se izbjegne stvaranje pristranosti prilikom prikupljanja pristanaka koja može dovesti do toga da su popisi koji se trebaju prenijeti EE-u puno opsežniji nego oni koji su namijenjeni prodaji konkurentima tog društva.

97 U ovom slučaju, na temelju informacija dostavljenih Sudu nije moguće razumjeti točnu narav diskriminatornog postupanja koje je utvrdio AGCM. Naime, iako iz odluke kojom se upućuje zahtjev proizlazi da je SEN zatražio pristanak svojih klijenata zaštićenog tržišta kako bi dobio poslovne ponude društava iz grupe ENEL i trećih strana „odvojeno”, taj isti opis ne omogućuje da se dovoljno jasno utvrdi upućuje li se tim pojmom na okolnost da su zahtjevi upućeni u različitim trenucima ili na činjenicu da su se nalazili u različitim dijelovima istog dokumenta, kao ni jesu li sva treća društva bila jednako obuhvaćena istim zahtjevom za pristanak, je li bilo moguće pristati na primanje ponuda trećih društava bez obveze da se također pristane na primanje ponuda grupe ENEL ili su klijenti SEN-a mogli pojedinačno odabrati koji su treći poduzetnici također ovlašteni poslati im poslovne ponude, kao što je to bilo predviđeno, kako se čini, za grupu ENEL.

98 S obzirom na navedeno, valja podsjetiti na to da je na AGCM-u teret dokazivanja sposobnosti SEN-ova postupanja da proizvede stvarne ili moguće učinke istiskivanja. Budući da ta sposobnost ne smije biti samo hipotetska, AGCM je stoga morao, kako bi udovoljio tom teretu, u spornoj odluci, na temelju dokaza kao što su studije ponašanja, utvrditi da je postupak koji je SEN primjenjivao za prikupljanje pristanka svojih klijenata za prijenos njihovih podataka bio takve naravi da daje prednost popisima namijenjenima prenošenju EE-u.

99 Ako bi sud koji je uputio zahtjev utvrdio da je AGCM u spornoj odluci dovoljno dokazao da je način na koji je SEN zatražio pristanak svojih klijenata za primanje ponuda bio pristran kako bi se društva iz grupe ENEL stavila u povoljniji položaj na štetu njezinih konkurenata, postojanje takve pristranosti isključivalo bi da se može smatrati da je razlika u količini informacija sadržanih u popisima namijenjenih EE-u i u popisima namijenjenima konkurentima bila uzrokovana time da je uspjeh na slobodnom tržištu bio bolji za društva iz grupe ENEL ili sposobnošću privlačnosti

ENEL-ova žiga. Naime, puko postojanje te pristranosti po definiciji bi onemogućilo utvrđivanje postojanja objektivnih razloga za razliku u danim pristancima. Slijedom toga, s obzirom na to da bi u tom slučaju navedena pristranost bila posljedica ponašanja SEN-a, razlika u pogledu broja klijenata na koje se odnose popisi namijenjeni EE-u i popisi namijenjeni njegovim konkurentima trebala bi se pripisati SEN-u.

100 Iz toga proizlazi da je time SEN EE-u prenio sredstva koja bi mogla dati komparativnu prednost poduzeću koje su, prema pretpostavci navedenoj u točki 90. ove presude, barem ta dva društva zajedno činila na slobodnom tržištu, iako iz elemenata spisa proizlazi da je cilj postupka razdvajanja djelatnosti ENEL-a bio upravo izbjegavanje takvog prijenosa. Stoga bi se naknadna upotreba tog sredstva trebala smatrati konkretiziranjem provedbe prakse koja je barem prvotno mogla proizvesti učinke isključivanja na slobodnom tržištu.

101 Međutim, takvo ponašanje nužno ne bi mogao usvojiti hipotetski jednako učinkovit konkurent jer zbog položaja koji je SEN zauzimao na zaštićenom tržištu, nakon ukidanja zakonitog monopola koji je ranije držao poduzetnik ENEL, nijedan konkurent nije mogao imati strukturu koja bi mogla, u tako velikom broju, pružiti kontaktne podatke klijenata zaštićenih tržišta.

102 Iz toga slijedi da bi, s obzirom na to da se zlouporaba vladajućeg položaja ocjenjuje s obzirom na mogućnost dotičnog postupanja da proizvede učinke istiskivanja, a ne s obzirom na njegove konkretne učinke, ako se utvrdi da je SEN od svojih klijenata zatražio pristanak za primanje ponuda društava iz grupe ENEL i njezinih konkurenata na diskriminirajući način, ta okolnost sama za sebe bila dovoljna da se utvrdi da je postupanje poduzetnika koji su činili barem SEN i EE moglo ugroziti učinkovito i nenarušeno tržišno natjecanje. Takav zaključak ne može se dovesti u pitanje razlozima zbog kojih nijedan od navedenih konkurenata nije odlučio kupiti informacije koje su im ponuđene, sposobnošću EE-a da tu komparativnu prednost pretvori u poslovni uspjeh ili pažnjom koju su konkurentski poduzetnici mogli provesti, poput kupnje datoteka koje sadržavaju podatke o klijentima zaštićenog tržišta od trećih strana, kako bi ograničili štetne posljedice te prakse.

103 S obzirom na prethodno navedeno, na prvo pitanje valja odgovoriti tako da članak 102. UFEU-a treba tumačiti na način da se praksa koja je zakonita izvan prava tržišnog natjecanja može, kada je provodi poduzetnik u vladajućem položaju, kvalificirati „zloporabnom” u smislu te odredbe ako može proizvesti učinak istiskivanja i ako se temelji na korištenju drugim sredstvima različitima od onih koja ulaze u tržišno natjecanje na temelju zasluga. Kada su ta dva uvjeta ispunjena, dotični poduzetnik u vladajućem položaju ipak može izbjeći zabranu iz članka 102. UFEU-a dokazivanjem da je predmetna praksa bila objektivno opravdana i proporcionalna tom opravdanju ili da ima protutežu u prednostima u pogledu učinkovitosti od kojih koristi imaju i potrošači ili je one čak nadmašuju.

Peto pitanje

104 Svojim petim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 102. UFEU-a tumačiti na način da je, kad jedno društvo kći ili više njih koja pripadaju gospodarskoj jedinici zloporabno iskorištavaju vladajući položaj, postojanje te jedinice dovoljno kako bi se smatralo da je društvo majka također odgovorno za tu zlouporabu, čak i ako potonje nije sudjelovalo u zlouporabi, ili je potrebno dokazati, makar i neizravno, koordinaciju između tih različitih društava i osobito dokazati uključenost društva majke.

105 Uvodno valja podsjetiti na to da su autori UFEU-a odlučili za označavanje počinitelja povrede prava tržišnog natjecanja upotrijebiti pojam „poduzetnik” koji u tom kontekstu označava gospodarsku jedinicu, čak i ako se, s pravnog stajališta, ta gospodarska jedinica sastoji od nekoliko fizičkih ili pravnih osoba (presuda od 27. travnja 2017., Akzo Nobel i dr./Komisija, C-516/15 P, EU:C:2017:314, t. 48.).

106 Iz takvog izbora proizlazi da kada takva jedinica povređuje pravila Unije o tržišnom natjecanju, na njoj je, prema načelu osobne odgovornosti, da odgovara za navedenu povredu (presuda od 25. ožujka 2021., Deutsche Telekom/Komisija, C-152/19 P, EU:C:2021:238, t. 73.).

107 Međutim, s obzirom na to da se takva povreda mora pripisati pravnoj osobi kojoj se mogu izreći novčane kazne, primjena pojma „poduzetnik” i, preko njega, „gospodarske jedinice” automatski dovodi do solidarne odgovornosti između subjekata koji čine predmetnu gospodarsku jedinicu u trenutku počinjenja povrede (vidjeti u tom smislu presudu od 6. listopada 2021., Sumal, C-882/19, EU:C:2021:800, t. 44.).

108 Kada su pravno odvojene osobe organizirane u obliku grupe, ustaljena je sudska praksa da one tvore jednog te istog poduzetnika ako ne određuju samostalno svoje ponašanje na predmetnom tržištu, nego su, osobito s obzirom na ekonomske, organizacijske i pravne veze između njih i društva majke, u tu svrhu podvrgnute učincima stvarnog izvršavanja odlučujućeg utjecaja koji provodi ta upravljačka jedinica (vidjeti u tom smislu presudu od 25. ožujka 2021., Deutsche Telekom/Komisija, C-152/19 P, EU:C:2021:238, t. 74. i 75.).

109 Iz također ustaljene sudske prakse proizlazi da se, u posebnom slučaju kada društvo majka izravno ili neizravno drži cijeli ili gotovo cijeli kapital društva kćeri koje je počinilo povredu pravila tržišnog natjecanja Unije, može pretpostaviti da društvo majka stvarno izvršava odlučujući utjecaj (vidjeti u tom smislu presudu od 15. travnja 2021., Italmobiliare i dr./Komisija, C-694/19 P, neobjavljenu, EU:C:2021:286, t. 55.).

110 Međutim, ta je pretpostavka oboriva (vidjeti u tom smislu presudu od 8. svibnja 2013., Eni/Komisija, C-508/11 P, EU:C:2013:289, t. 47.). Naime, kao što je to Sud istaknuo, ona se ne temelji na držanju tog postotka kapitala društva kćeri, nego na stupnju kontrole koji ono podrazumijeva (presuda od 27. siječnja 2021., The Goldman Sachs Group/Komisija, C-595/18 P, EU:C:2021:73, t. 35.). Međutim, činjenica da jedno društvo drži gotovo cijeli temeljni kapital drugog društva, iako predstavlja čvrstu naznaku da postoji takva kontrola, ne omogućuje da se sa sigurnošću isključi mogućnost da jedna ili više drugih osoba mogu raspolagati, samostalno ili zajedno, ovlašću odlučivanja jer se, među ostalim, vlasništvo nad kapitalom društva može odvojiti od prava glasa.

111 Uostalom, iz prethodno navedene sudske prakse proizlazi da društvo majka, kako bi s društvom kćeri tvorilo jednog te istog poduzetnika, mora izvršavati kontrolu nad ponašanjem svojeg društva kćeri, što se može pokazati ili dokazivanjem toga da društvo majka može izvršavati odlučujući utjecaj na ponašanje društva kćeri i da je osim toga stvarno izvršavalo taj utjecaj ili dokazivanjem toga da to društvo kći ne odlučuje samostalno o svojem ponašanju na tržištu, nego da ono u bitnome provodi upute društva majke, osobito s obzirom na ekonomske, organizacijske i pravne veze koje povezuju ta dva pravna subjekta (vidjeti osobito presudu od 25. ožujka 2021., Deutsche Telekom/Komisija, C-152/19 P, EU:C:2021:238, t. 94. i 95.).

112 Posljedično, društvo majka mora također moći oboriti pretpostavku navedenu u točki 109. ove presude tako da dokaže da, iako je steklo cijeli ili gotovo cijeli kapital drugog društva, kada se praksa odvijala, ono njemu nije davalo upute niti je izravno ni neizravno sudjelovalo, osobito preko imenovanih upravitelja, u donošenju odluka tog drugog društva koje se odnose na predmetnu gospodarsku djelatnost.

113 U ovom slučaju ENEL tvrdi da poteškoće koje su nastale u okviru glavnih postupaka nisu povezane s primjenom te pretpostavke, nego s raspodjelom tereta dokazivanja da su različita dotična društva iz grupe ENEL činila jednog te istog poduzetnika kao i s obvezom obrazlaganja koju ima tijelo nadležno za tržišno natjecanje kada namjerava odbiti elemente koje je istaknulo društvo majka kako bi oborilo tu pretpostavku.

114 U tom pogledu, kada je riječ o teretu dokazivanja, kao što je to nezavisni odvjetnik istaknuo u točki 155. svojeg mišljenja, iz sudske prakse Suda proizlazi da pretpostavka koja proizlazi iz činjenice da društvo majka drži cijeli ili gotovo cijeli temeljni kapital svojeg društva kćeri podrazumijeva da se činjenica da društvo majka stvarno izvršava odlučujući utjecaj na svoje društvo kćer, a time i činjenica da između tih društava postoji samo jedan poduzetnik smatraju dokazanima a da tijelo nadležno za tržišno natjecanje ne mora podnijeti nikakav dodatni dokaz (vidjeti osobito presudu od 16. lipnja 2016., Evonik Degussa i AlzChem/Komisija, C-155/14 P, EU:C:2016:446, t. 29. i 30.).

115 Što se tiče obveze obrazlaganja, valja podsjetiti na to da je ona opće načelo prava Unije, odraženo u članku 41. Povelje, koje se primjenjuje na države članice kada primjenjuju to pravo (vidjeti u tom smislu presudu od 24. studenoga 2020., Minister van Buitenlandse Zaken, C-225/19 i C-226/19, EU:C:2020:951, t. 34. i navedenu sudsku praksu).

116 U skladu s pravom na djelotvoran pravni lijek, zajamčenim člankom 47. Povelje, dano obrazloženje mora biti takvo da omogući, s jedne strane, zainteresiranim osobama da ocijene je li donesena odluka eventualno zahvaćena pogreškom zbog koje se može osporavati njezina valjanost i, s druge strane, nadležnom sudu da provede nadzor zakonitosti (vidjeti u tom smislu presudu od 16. svibnja 2017., Berlioz Investment Fund, C-682/15, EU:C:2017:373, t. 84.).

117 Stoga, ako se odlukom utvrdi da je društvo u trenutku nastanka činjenica s jednim ili više svojih društava kćeri činilo jednog te istog poduzetnika radi obavljanja gospodarske djelatnosti, ta odluka mora sadržavati, kako bi se smatrala obrazloženom, prikaz razloga koji opravdavaju takvo utvrđenje (vidjeti u tom smislu presudu od 2. listopada 2003., Aristrain/Komisija, C-196/99 P, EU:C:2003:529, t. 100. i od 29. rujna 2011., Elf Aquitaine/Komisija, C-521/09 P, EU:C:2011:620, t. 152.).

118 Iz toga proizlazi da, kao što je to istaknuo nezavisni odvjetnik u točki 160. svojeg mišljenja, kada se, kako bi društvu majci izreklo novčanu kaznu na temelju ponašanja poduzetnika kojeg je ono u trenutku nastanka činjenica činilo s drugim društvom koje je tada bilo njegovo društvo kći, tijelo nadležno za tržišno natjecanje oslanja na pretpostavku o odlučujućem utjecaju koji proizlazi iz činjenice da je to društvo majka u trenutku nastanka činjenica u cijelosti ili gotovo u cijelosti držalo kapital tog drugog društva, iako je to društvo majka tijekom upravnog postupka iznijelo konkretne elemente radi obaranja te pretpostavke, tijelo nadležno za tržišno natjecanje dužno je, kako bi ispunilo svoju obvezu obrazlaganja, odgovarajuće prikazati razloge zbog kojih ti elementi ne omogućuju obaranje te pretpostavke (presuda od 29. rujna 2011., Elf Aquitaine/Komisija, C-521/09 P, EU:C:2011:620, t. 153.).

119 Međutim, takva obveza obrazlaganja ne znači da je tijelo nadležno za tržišno natjecanje dužno zauzeti stajalište o svakom elementu koji je društvo majka iznijelo kako bi oborilo navedenu pretpostavku (presuda od 5. prosinca 2013., Komisija/Edison, C-446/11 P, neobjavljena, EU:C:2013:798, t. 23.).

120 Naime, s jedne strane, pitanje je li akt dovoljno obrazložen treba ocjenjivati s obzirom na njegov kontekst i pravila koja se primjenjuju (vidjeti analogno presudu od 19. studenoga 2013., Komisija/Vijeće, C-63/12, EU:C:2013:752, t. 99.). S druge strane, budući da je obrazloženje formalni zahtjev, kako bi taj zahtjev bio ispunjen, dovoljno je da se u pobijanoj odluci navede razlog na temelju kojeg se može utvrditi da se, unatoč različitim iznesenim elementima, pretpostavka ne može oboriti. Na adresatima te odluke jest da potom osporavaju osnovanost takvog razloga.

121 Iz toga slijedi da je AGCM u glavnim postupcima, s obzirom na to da nije sporno da je ENEL posjedovao cijeli ili gotovo cijeli kapital SEN-a, mogao pretpostaviti da je to društvo majka zajedno sa svojim društvom kćeri činilo jednog te istog poduzetnika u svrhu djelatnosti distribucije električne energije na predmetnom tržištu. Međutim, ENEL je mogao pokušati oboriti tu pretpostavku podnošenjem dokaza o tome da mu vlasništvo nad kapitalom ipak nije omogućavalo kontrolu nad SEN-om ili da nije upotrebljavao, izravno ili neizravno, svoju mogućnost, zbog držanja cijelog ili gotovo cijelog kapitala SEN-a, izvršavanja odlučujućeg utjecaja na SEN. Da je to bio slučaj, AGCM bi bio dužan zauzeti stajalište o podnesenim dokazima navodeći barem jedan razlog na temelju kojeg se može utvrditi da se, unatoč tim različitim elementima, pretpostavka ne može oboriti.

122 S obzirom na navedeno, u pogledu glavnih postupaka može se istaknuti da tvrdnja prema kojoj su decentralizirani postupci odlučivanja unutar grupe ENEL-u ostavljali samo običnu funkciju promicanja sinergija i bolje prakse između različitih društava grupe u svakom slučaju nije dovoljna za obaranje navedene pretpostavke jer, među ostalim, ne isključuje mogućnost da su predstavnici ENEL-a sudjelovali u SEN-ovim tijelima odlučivanja niti jamči da su članovi tih tijela bili funkcionalno neovisni o društvu majci.

123 S obzirom na prethodno navedeno, na peto pitanje valja odgovoriti tako da članak 102. UFEU-a treba tumačiti na način da je, kad jedno društvo kći ili više njih koja pripadaju gospodarskoj jedinici zloporabno iskorištavaju vladajući položaj, postojanje te jedinice dovoljno kako bi se smatralo da je društvo majka također odgovorno za tu zlouporabu. Postojanje takve jedinice mora se pretpostaviti ako je u trenutku nastanka činjenica barem gotovo cijeli kapital tih društava kćeri bio izravno ili neizravno u vlasništvu društva majke. Tijelo nadležno za tržišno natjecanje nije dužno podnijeti nikakav dodatan dokaz, osim ako društvo majka dokaže da nije imalo ovlast određivanja ponašanja svojih društava kćeri i da su djelovala samostalno.

Troškovi

124 Budući da ovaj postupak ima značaj prethodnog pitanja za stranke glavnog postupka pred sudom koji je uputio zahtjev, na tom je sudu da odluči o troškovima postupka. Troškovi podnošenja očitovanja Sudu, koji nisu troškovi spomenutih stranaka, ne nadoknađuju se.

Slijedom navedenog, Sud (peto vijeće) odlučuje:

1. **Članak 102. UFEU-a treba tumačiti na način da je, kako bi se utvrdilo da određena praksa čini zlouporabu vladajućeg položaja, dovoljno da tijelo nadležno za tržišno natjecanje dokaže da ta praksa može ugroziti strukturu tržišnog natjecanja na relevantnom tržištu, osim ako predmetni poduzetnik u vladajućem položaju dokaže da protutržišni učinci koji mogu proizići iz navedene prakse imaju protutežu u pozitivnim učincima za potrošače, osobito u pogledu cijene, izbora, kvalitete i inovacije, ili ih oni čak nadmašuju.**

2. **Članak 102. UFEU-a treba tumačiti na način da, kako bi se isključila zloporabnost postupanja poduzetnika u vladajućem položaju, treba smatrati da sam po sebi nije dovoljan dokaz predmetnog poduzetnika da to postupanje nije proizvelo konkretne ograničavajuće učinke. Taj element može biti pokazatelj nesposobnosti predmetnog postupanja da proizvede protutržišne učinke, koji, međutim, mora biti dopunjen drugim dokazima kojima se utvrđuje ta nesposobnost.**

3. **Članak 102. UFEU-a treba tumačiti na način da postojanje zloporabne prakse istiskivanja poduzetnika u vladajućem položaju treba ocijeniti na temelju mogućnosti te prakse da proizvede protutržišne učinke. Tijelo nadležno za tržišno natjecanje nije dužno dokazati namjeru predmetnog poduzetnika da svoje konkurente istisne sredstvima ili resursima različitima od onih koji uređuju tržišno natjecanje na temelju zasluga. Dokaz o takvoj namjeri ipak je činjenična okolnost koja se može uzeti u obzir radi utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja.**

4. **Članak 102. UFEU-a treba tumačiti na način da se praksa koja je zakonita izvan prava tržišnog natjecanja može, kada je provodi poduzetnik u vladajućem položaju, kvalificirati „zloporabnom” u smislu te odredbe ako može proizvesti učinak istiskivanja i ako se temelji na korištenju drugim sredstvima različitima od onih koja ulaze u tržišno natjecanje na temelju zasluga. Kada su ta dva uvjeta ispunjena, dotični poduzetnik u vladajućem položaju ipak može izbjeći zabranu iz članka 102. UFEU-a dokazivanjem da je predmetna praksa bila objektivno opravdana i proporcionalna tom opravdanju ili da ima protutežu u prednostima u pogledu učinkovitosti od kojih koristi imaju i potrošači ili je one čak nadmašuju.**

5. **Članak 102. UFEU-a treba tumačiti na način da je, kad jedno društvo kći ili više njih koja pripadaju gospodarskoj jedinici zloporabno iskorištavaju vladajući položaj, postojanje te jedinice dovoljno kako bi se smatralo da je društvo majka također odgovorno za tu zlouporabu. Postojanje takve jedinice mora se pretpostaviti ako je u trenutku nastanka činjenica barem gotovo cijeli kapital tih društava kćeri bio izravno ili neizravno u vlasništvu društva majke. Tijelo nadležno za tržišno natjecanje nije dužno podnijeti nikakav dodatan dokaz, osim ako društvo majka dokaže da nije imalo ovlast određivanja ponašanja svojih društava kćeri i da su djelovala samostalno.**

Potpisi