



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
A. RANTOS
представено на 9 декември 2021 година¹

Дело C-377/20

**Servizio Elettrico Nazionale SpA,
ENEL SpA,
Enel Energia SpA**
срещу
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,
при участието на:
**Eni Gas e Luce SpA,
Eni SpA,
Axpo Italia SpA,
Gala SpA,
E.Ja SpA,
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**

(Преюдициално запитване, отправено от Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия)

„Преюдициално запитване — Конкуренция — Господстващо положение —
Злоупотреба — Член 102 ДФЕС — Отваряне за конкуренцията на пазара за продажба на
електрическа енергия — Използване на чувствителна търговска информация в група от
предприятия с господстващо положение — Подвеждане под отговорност на дружеството
майка за поведението на дъщерното дружество“

I. Въведение

1. Настоящото преюдициално запитване повдига значителен брой въпроси относно тълкуването и прилагането на член 102 ДФЕС в областта на злоупотребата с практики на отстраняване на конкуренти, наложени от предприятия с господстващо положение.

¹ Език на оригиналния текст: френски.

2. В случая поведението в главното производство, разглеждано от *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (наричан по-нататък „AGCM“)², се проявява в контекста на отварянето на пазара на доставка на електроенергия в Италия и приема формата на стратегия, за която се твърди, че са прилагали три дружества от групата ENEL SpA (завареният оператор), по същество с цел да се затрудни навлизането на конкурентите на либерализирания пазар. По-точно тази стратегия се състояла в дискриминационното използване на свързани с клиентелата на защитения пазар данни, до които преди либерализирането е имало достъп Servizio Elettrico Nazionale SpA (наричано по-нататък „SEN“), едно от дружествата от групата ENEL, в качеството му на управител на този пазар. Целта била тези данни да се използват за отправяне на търговски оферти до клиентелата на този пазар с цел тя да премине в рамките на групата ENEL, а именно от SEN към дъщерното дружество на групата, действащо на свободния пазар, и по-точно Enel Energia SpA (наричано по-нататък „EE“). Така би се избегнало масовото преминаване на тази клиентела към трети доставчици с оглед на предстоящото премахване на защитения пазар.

3. Именно в този контекст запитващата юрисдикция приканва Съда да уточни някои аспекти на понятието „злоупотреба“ по смисъла на член 102 ДФЕС, а именно:

- елементите на фактическия състав на злоупотребата, които позволяват да се прокара разделителна линия между практиките, които спадат към така наречената „нормална“ конкуренция, и практиките, които спадат към „нарушената“ конкуренция,
- от по-философска гледна точка, интересите, защитени с член 102 ДФЕС, за да се определи кои доказателствата трябва да се вземат предвид при преценката дали е налице злоупотреба,
- допустимостта и релевантността на доказателствата, представени *ex post* от господстващите предприятия, с които се установява липсата на реални последици от поведението, което, както се твърди, представлява злоупотреба, за да се оспори годността на това поведение да породи ограничаващи конкуренцията последици, и
- значението на намерението за ограничаване на конкуренцията при преценката дали дадено поведение представлява злоупотреба.

4. Макар съществуващата съдебна практика да предлага ориентири, които могат да бъдат от полза за отговорите на тези въпроси, настоящото дело разкрива характеристики, които му придават особен интерес.

5. Най-напред, поведението, разглеждано в главното производство, с основание е описано от запитващата юрисдикция като „нетипично“, тъй като не е свързано с поведението, изброени в член 102 ДФЕС, и не е от вида поведение, системно анализирано в националната практика по вземане на решения или в практиката на Европейската комисия. В това отношение отбелязвам, че юрисдикциите на Съюза са имали повод да прилагат член 102 ДФЕС в рамките на либерализирани пазари, за да се гарантира справедлив достъп на новите предприятия до либерализирания пазар. Тези дела обаче се отнасят предимно за действия на заварения оператор в рамките на дела, свързани с мрежовата индустрия,

² Национален орган за защита на конкуренцията и пазара, Италия.

действия, които представляват ценови практики за отстраняване на конкуренти³. В този смисъл настоящото дело е повод за Съда да се произнесе по по-обширна проблематика при прилагането на член 102 ДФЕС по отношение на либерализираните пазари, а именно, когато злоупотребата намира опора в конкурентно предимство, което заварен оператор „наследява“ легитимно от своя предишен законов монопол, като имиджа на марката, известността или клиентелата⁴.

6. На следващо място, настоящото дело ще позволи на Съда да затвърди неотдавнашната си практика, намерила израз в решения *TeliaSonera*⁵, *Post Danmark I* и *II*⁶, *Intel*⁷, *Generics (UK)*⁸ и *Deutsche Telekom II*, които показват, че Съдът е склонен да приложи по-неформален подход при преценката дали дадено поведение представлява злоупотреба, въз основа на проверка на последиците, отчитайки както правните характеристики на съответното поведение, така и икономическия му контекст. По-точно това дело дава повод на Съда да уточни дали някои принципи, произтичащи от тази неотдавнашна съдебна практика относно ценовите практики за отстраняване на конкуренти, и по-специално критерият за „също толкова ефективния конкурент“, могат да намерят приложение във връзка с поведение с отстраняващ ефект, несвързано с цените, като това по спора в главното производство.

7. На последно място, настоящото дело представлява особен интерес, тъй като се вписва в контекста на вид поведение, свързано със злоупотребата с бази данни, занапред много важен показател за мощ на някои пазари, дори извън рамките на цифровата икономика. Ето защо дадените указания може да се окажат полезни в бъдеще при преценка на поведение, свързано с използването на данни, от гледна точка на член 102 ДФЕС.

II. Спорът в главното производство, преюдициалните въпроси и производството пред Съда

8. Настоящото дело е свързано с процеса на постепенно либерализиране на пазара на доставка на електрическа енергия на дребно в Италия.

9. Първоначално за отварянето на този пазар е характерно прокарването на разграничение между така наречените „отговарящи на изискванията“ клиенти, които могат да изберат доставчик на свободния пазар, различен от териториално компетентното разпределително дружество, от една страна, и от друга страна, така наречените „податливи“ клиенти, състоящи се от частноправни субекти и малки предприятия, които, тъй като се счита, че не са в състояние да договарят енергийните продукти, разполагайки с цялата необходима

³ Вж. решения на Съда от 2 април 2009 г., *France Télécom/Комисия* (C-202/07 P, наричано по-нататък „решение *France Télécom*“, EU:C:2009:214), от 14 октомври 2010 г., *Deutsche Telekom/Комисия* (C-280/08 P, наричано по-нататък „решение *Deutsche Telekom I*“, EU:C:2010:603), от 27 март 2012 г., *Post Danmark* (C-209/10, наричано по-нататък „решение *Post Danmark I*“, EU:C:2012:172), от 25 март 2021 г., *Deutsche Telekom/Комисия* (C-152/19 P, наричано по-нататък „решение *Deutsche Telekom II*“, EU:C:2021:238), и на Общия съд от 29 март 2012 г., *Telefónica и Telefónica de España/Комисия* (T-336/07, EU:T:2012:172), и от 17 декември 2015 г., *Orange Polska/Комисия* (T-486/11, EU:T:2015:1002). Тези дела често са свързани и с нарушение на член 106, параграф 1 ДФЕС във връзка с член 102 ДФЕС (вж. решения от 25 март 2015 г., *Slovenská pošta/Комисия* (T-556/08, EU:T:2015:189), и от 15 декември 2016 г., *DEI/Комисия* (T-169/08 RENV, EU:T:2016:733).

⁴ За пример от националната практика по вземане на решения, вж. решение № 13-D-20 от 17 декември 2013 г. на френския орган за защита на конкуренцията относно прилаганите от EDF практики в сектора на услугите, предназначени за производство на фотоволтаична електрическа енергия (т. 286—293 и 294—296).

⁵ Решение от 17 февруари 2011 г., *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, наричано по-нататък „решение *TeliaSonera*“, EU:C:2011:83).

⁶ Решение от 6 октомври 2015 г., *Post Danmark* (C-23/14, наричано по-нататък „решение *Post Danmark II*“, EU:C:2015:651).

⁷ Решение от 6 септември 2017 г., *Intel/Комисия* (C-413/14 P, наричано по-нататък „решение *Intel*“, EU:C:2017:632).

⁸ Решение от 30 януари 2020 г., *Generics (UK) и др.* (C-307/18, наричано по-нататък „решение *Generics (UK)*“, EU:C:2020:52).

информация или от позиция на силата, се ползват от регулиран режим, а именно „servizio di maggior tutela“ (услуга за по-добра защита), тоест защитен пазар, поставен под контрола на национален регулаторен орган в даден сектор, що се отнася за определянето на условията за продажба.

10. На следващ етап на „податливите“ клиенти постепенно е разрешено също да участват на свободния пазар. Италианският законодател обмисля окончателното преминаване от защитения към свободния пазар — където последните биха могли да изберат свободно офертата, преценена като най-подходяща с оглед на техните нужди без никаква защита — като определя датата, от която вече няма да има специална ценова защита. След неколккратно отлагане за дата на прехода за малките и средните предприятия е определен 1 януари 2021 г., а за домакинствата — 1 януари 2022 г.

11. В този контекст по отношение на ENEL, вертикално интегрираното предприятие, което притежава монопола за производството на електрическа енергия в Италия и осъществява нейното разпределение, е приложена процедура за отделяне („unbundling“), за да се гарантират прозрачни и недискриминационни условия за достъп до основната инфраструктура за производство и разпределение. Вследствие на тази процедура дейностите, свързани с различните фази на процеса на електроразпределение, са възложени на отделни предприятия, а именно E-Distribuzione, концесионер на услугата за разпределение, EE, доставчик на електрическа енергия на свободния пазар, и SEN, оператор по-специално на „услугата за по-добра защита“ в сферата, в която E-Distribuzione е концесионер на услугата за разпределение.

12. В основата на настоящия спор са жалба, подадена в AGCM от Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader (Италианско сдружение на търговците на едро и търговците на електрическа енергия, наричано по-нататък „AIGET“), и сигнали на отделни потребители за незаконосъобразно използване на чувствителна търговска информация от страна на оператори, които разполагат с тези данни, тъй като са част от групата ENEL. Поради това на 4 май 2017 г. AGCM започва разследване срещу ENEL, SEN и EE, за да провери дали съвместните действия на съответните дружества представляват нарушение на член 102 ДФЕС.

13. Това разследване приключва с приемането на решение от 20 декември 2018 г. (наричано по-нататък „спорното решение“), с което AGCM установява, че в периода от януари 2012 г. до май 2017 г. координирани от дружеството майка ENEL, SEN и EE в нарушение на член 102 ДФЕС са злоупотребявали с господстващо положение на пазарите за продажба на електроенергия на битовите потребители и на небитовите потребители, свързани към мрежата с ниско напрежение, в зоните, в които групата ENEL управлява дейността по разпределение (наричан по-нататък „съответният пазар“). В резултат на това AGCM налага на посочените по-горе дружества солидарно глоба в размер на 93 084 790,50 EUR.

14. Укоримото поведение се изразява в прилагането на стратегия за отстраняване на конкурентите от съответния пазар с цел клиентите на SEN (оператор на защитения пазар) „да бъдат подтикнати да преминат“ към EE (действащо на свободния пазар). Целта на групата ENEL по-специално е да се избегне масовото преминаване на ползвателите на SEN към трети доставчици при предстоящото (все още ненастъпило) премахване на защитения пазар, което според обсъжданите от 2015 г. в законопроекти условия би могло да включва преразпределяне на тези ползватели чрез „търгове“.

15. За тази цел според AGCM, на първо място, SEN се сдобило със съгласието на клиентите си от защитения пазар да получават търговски оферти на свободния пазар при „дискриминационни условия“, състоящи се в искане на това съгласие поотделно за дружествата от групата ENEL, от една страна, и за третите лица, от друга страна. По този начин потърсените клиенти били склонни, от една страна, да дадат съгласие в полза на дружествата от групата ENEL, тъй като всъщност им се внушавало, че даването на такова съгласие е необходимо и е от полза за управлението на договорното отношение с техния доставчик, и от друга страна, да откажат да дават съгласието си на други оператори. По този начин SEN ограничило количеството лични данни, достъпни за операторите, конкуренти на ЕЕ на свободния пазар, като броят на съгласията за получаване и на търговските оферти, отправени от операторите конкуренти, представлява едва 30 % от всички получени съгласия. Имената на клиентите от защитения пазар, съгласили се да получават търговски оферти, били включени в нарочни списъци (наричани по-нататък „списъците SEN“).

16. На второ място, стратегията за отстраняване на конкуренти се осъществила чрез използването на списъците SEN от ЕЕ, за да отправи търговски оферти до защитената клиентела (а именно офертата „Sempre con Te“), с цел тя да бъде стимулирана да премине от защитения към свободния пазар. По този начин, с посредничеството на SEN, ENEL прехвърлило списъците SEN на дъщерното си дружество ЕЕ при недостъпни за конкурентите условия. Според AGCM посочените списъци SEN имали „незаменима стратегическа стойност“ поради неоткриваемата другаде информация, а именно принадлежността на ползвателите към „Услугата за по-добра защита“, което позволило на ЕЕ да предложи оферти единствено на тази категория клиенти. Впрочем използването на посочените списъци SEN имало „само потенциал за ограничаване“, доколкото то позволило на ЕЕ да отнеме от конкурентите си значителна част (над 40 %) от „оспорваното търсене“ на клиенти, преминаващи от защитения към свободния пазар.

17. Дружествата от групата ENEL подават отделни жалби срещу спорното решение до Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Регионален административен съд Лацио, Италия), първоинстанционния съд.

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

19. Тези три дружества подават поотделно пред Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия), запитващата юрисдикция, въззивни жалби за отмяна на решенията, с които са наложени глобите, или при условията на евентуалност, за ново намаляване на глобата.

20. В подкрепа на въззивната си жалба въззивниците посочват по-специално, на първо място, липсата на доказателства, че поведението им представлява злоупотреба, и по-специално за (потенциалната) му годност да породи антиконкурентен отстраняващ ефект.

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

22. На следващо място, според въззивниците използването на списъците SEN не можело да позволи бързо и масово преминаване на клиенти от SEN към ЕЕ. Всъщност в периода от март до май 2017 г., само за двата месеца между пускането на офертата „Sempre con Te“ и преустановяването на продажбите по телефон („teleselling outbound“), ЕЕ получило от използването на списъците SEN едва 478 клиенти, тоест 0,002 % от ползвателите на „Услугата за по-добра защита“ и 0,001 % от общия брой на ползвателите на електрическа енергия. От друга страна, AGCM не разгледал представените от въззивниците доказателства от икономически характер, които показват, че установеното поведение не е можело да породи и не е породило последици, ограничаващи конкуренцията. В това отношение отчетените от ЕЕ положителни резултати при набиране на клиенти, ползващи „Услугата за по-добра защита“, се дължали на два съвсем законни фактора, които могли да дадат алтернативно и по-убедително обяснение от предлаганото от AGCM, а именно, от една страна, фактът, че дружествата от групата ENEL, сред които е и териториално компетентното разпределително дружество, са се представили по-добре на свободния пазар, и от друга страна, привлекателността на марката ENEL.

23. Най-сетне списъците SEN не били нито стратегически, нито незаменими, като се има предвид наличието на пазара на подобни списъци с клиенти, ползващи „Услугата за по-добра защита“, по-пълни и по-евтини, отколкото списъците SEN.

24. На второ място, ENEL оспорва прилагането от AGCM на обикновена презумпция, на която е основана отговорността му на дружество майка. В това отношение то посочва, че от 2014 г. е започнал процес на основна промяна в структурата на групата ENEL, в резултат на който процесът на вземане на решения бил децентрализиран. В този променен организационен контекст дружеството майка осъществявало само функция, свързана с популяризиране на взаимодействието и най-добрите практики между различните действащи дружества, отказвайки се от ролята си за вземане на решения.

25. Според запитващата юрисдикция, която съединява делата по трите жалби за общо разглеждане, е безспорно, че групата ENEL има господстващо положение на съответния пазар. Понятието „злоупотреба“ обаче, по-специално доколкото се отнася за „нетипичните“ ѝ случаи, като този в главното производство, при които целта е да предотврати растежа в предлагането от страна на конкурентите или на диверсифицирането му, повдига въпроси относно тълкуването, доколкото, от една страна, в член 102 ДФЕС параметрите на определението не са посочени изчерпателно, и от друга страна, обичайното разграничение между злоупотреба чрез експлоатация и злоупотреба чрез отстраняване не е относимо.

26. Всъщност, за да приеме, че е налице злоупотреба с господстващо положение, запитващата юрисдикция иска да установи, наред с останалото, до каква степен следва да се вземе предвид стратегията на групата ENEL — чиято цел, както е видно от събраните от AGCM документи, е била да попречи на преминаването на клиентите на SEN към конкуренти — или фактът, че самото поведение на тази група е законосъобразно, доколкото списъците SEN са получени правомерно. Запитващата юрисдикция се пита

също дали е достатъчно, че спорното поведение може да изключи конкуренти от релевантния пазар, при положение че в хода на разследването посочената група представя икономическо проучване, за да се докаже, че поведението ѝ не е предизвикало конкретен отстраняващ ефект. Накрая злоупотребата с господстващо положение от група предприятия поставя въпроса дали следва да се докаже наличието на активно съгласуване на действащите в рамките на групата различни дружества, или дали принадлежността към тази група е достатъчна, за да се установи принос в злоупотребата дори от предприятие от групата, което не е осъществявало злоупотребите.

27. В този контекст, тъй като има съмнения относно тълкуването на член 102 ДФЕС, Consiglio di Stato (Държавен съвет) решава да спре производството и да постави на Съда следните пет преюдициални въпроса:

- „1) Възможно ли е поведението, представляващо злоупотреба с господстващо положение, да е съвсем законосъобразно и да е квалифицирано като „злоупотреба“ само поради (потенциалния) ограничителен ефект върху релевантния пазар, или трябва да е налице и определен компонент на противоправност, изразяващ се в използване на „различни конкурентни методи (или средства)“ в сравнение с „нормалните“? В последния случай, кои са критериите за установяване на границите между „нормалната“ и „нарушената“ конкуренция?
- 2) Има ли за цел нормата, която санкционира злоупотребата, да се увеличи максимално благосъстоянието на потребителите, като съдът трябва да определи дали е настъпило (или има опасност от) влошаване, или санкционирането на антиконкурентната практика има за задача да запази самата конкурентна структура на пазара, за да се предотврати натрупване на икономическа мощ, което при всички случаи се приема за вредно за общността?
- 3) Може ли в случай на злоупотреба с господстващо положение, изразяваща се в опит да се засегне съществуващото равнище на конкуренцията или нейното развитие, предприятието в господстващо положение все пак да докаже, че въпреки теоретичната възможност поведението му да произведе ограничителен ефект, то няма конкретни вредни последици? При утвърдителен отговор, при преценката за наличие на нетипична злоупотреба, насочена към изключване на конкуренцията, следва ли член 102 ДФЕС да се тълкува в смисъл, че [о]рганът трябва да разгледа подробно икономическите анализи, посочени от страната във връзка с конкретната възможност разглежданото поведение да доведе до изключване от пазара на нейните конкуренти?
- 4) Трябва ли злоупотребата с господстващо положение да се преценява само с оглед на нейните последици (дори само потенциални) върху пазара, без да се отчитат субективните мотиви на търговеца, или доказването на намерението да се ограничи конкуренцията може да се използва (дори изключително), за да се прецени дали поведението на предприятието в господстващо положение представлява злоупотреба; или пък доказването на субективния елемент е от значение само за да се прехвърли тежестта на доказване на това предприятие (което в такъв случай ще трябва да докаже, че не е налице изключващ ефект)?

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

28. Писмени становища пред Съда представят SEN, EE, ENEL, от една страна, и AGCM, от друга страна, съответно жалбоподатели и ответник в главното производство, AIGET, Green Network SpA, встъпили страни в главното производство, италианското и норвежкото правителство, както и Европейската комисия. В становищата си SEN, EE и норвежкото правителство наблягат на първите четири въпроса, а ENEL разглежда само петия въпрос.

29. Освен това с изключение на ENEL, всички тези страни са изслушани в проведеното на 9 септември 2021 г. съдебно заседание. Германското правителство и Надзорният орган на Европейската асоциация за свободна търговия (ЕАСТ), които не са представили писмени становища, също излагат доводите си в това заседание.

III. Анализ

A. По първия преюдициален въпрос

30. С първия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция иска да установи дали практика, считана за „съвсем законосъобразна“ извън правото на конкуренцията и прилагана от предприятие с господстващо положение, може да се квалифицира като „злоупотреба“ по смисъла на член 102 ДФЕС само поради (потенциалния) си ограничителен ефект, или трябва да е налице и определена „обективна противоправност“, изразяваща се в използването на средства, различни от средствата, управляващи „нормалната конкуренция“. В последния случай от Съда се иска да укаже критериите за конкретно установяване на границата между „нормалната“ и „нарушената“ конкуренция⁹.

31. В действителност този преюдициален въпрос включва четири части, които са неразривно свързани, но с цел опростяване ще ги разгледам поотделно в реда, в който са поставени:

- първата има за цел да се определи какво значение има от гледна точка на клонове на правото, различни от правото на конкуренцията, законосъобразността на дадено поведение за квалификацията му като „злоупотреба“ по смисъла на член 102 ДФЕС,
- целта на втората е да се провери дали дадено поведение може да се квалифицира като злоупотреба само поради потенциалния му ограничителен ефект,

⁹ За терминологично изясняване на понятието „нормална“ конкуренция вж. точка 53 от настоящото заключение.

- третата има за цел да се определи дали за такава квалификация е необходимо това поведение да се характеризира и с допълнителен аспект на противоправност, а именно използването на конкурентни методи или средства, различни от тези, които спадат към „нормалната конкуренция“, и
- целта на четвъртата е да се прокара разграничение между практиките, които представляват злоупотреба по смисъла на член 102 ДФЕС и се проявяват в използването на конкурентни средства, различни от тези, които спадат към „нормалната конкуренция“, и тези, които не водят до такава злоупотреба.

1. По първата част

32. С първата част запитващата юрисдикция иска да установи дали за целите на член 102 ДФЕС може да се приеме, че е налице злоупотреба с господстващо положение при поведение, което е законосъобразно от гледна точка на клонове на правото, различни от правото на конкуренцията.

33. Този въпрос се основава на констатацията на запитващата юрисдикция, че съгласието за списъците SEN е получено при условия, които безспорно са законосъобразни от гледна точка на гражданското право, доколкото не е подадена никаква жалба за твърдяно нарушаване на конкретните правила за обработване на личните данни и ЕЕ се е сдобило с тези списъци на пазарна цена.

34. В началото ще припомня, че съгласно постоянната съдебна практика понятието „злоупотреба“ по смисъла на член 102 ДФЕС е „обективно понятие, визиращо действията на предприятие с господстващо положение на пазар, където равнището на конкуренция вече е отслабено именно поради присъствието на въпросното предприятие, които действия — посредством методи, различни от тези, които управляват нормалната конкуренция на стоките или услугите на основата на престациите на икономическите оператори — имат за последица създаването на пречка за запазването на все още съществуващото равнище на конкуренция на пазара или за развитието на тази конкуренция“¹⁰.

35. От това следва, че понятието „злоупотреба“ е основано на обективната преценка на годността на поведението да ограничи конкуренцията, без правната квалификация на това поведение в други клонове на правото да е решаваща.

36. В този смисъл Съдът постановява, че „неправомерността на представляващото злоупотреба поведение с оглед на член [102 ДФЕС] не зависи от това дали то съответства или не на други правни норми, тъй като в повечето случаи злоупотребите с господстващо положение се изразяват в поведение, което е правомерно от гледна точка на другите клонове на правото, различни от правото в областта на конкуренцията“¹¹.

¹⁰ Решения Generics (UK) (т. 148) и Deutsche Telekom II (т. 41). Вж. също решения от 13 февруари 1979 г., Hoffmann-La Roche/Комисия (85/76, наричано по-нататък „решение Hoffmann-La Roche“ EU:C:1979:36, т. 91), от 3 юли 1991 г., AKZO/Комисия (С-62/86, наричано по-нататък „решение AKZO“, EU:C:1991:286, т. 69), от 6 декември 2012 г., AstraZeneca/Комисия (С-457/10 Р, наричано по-нататък „решение AstraZeneca“, EU:C:2012:770, т. 74), и Post Danmark II (т. 26).

¹¹ Решение AstraZeneca (т. 132). Вж. също и заключението на генералния адвокат Mazák по дело AstraZeneca/Комисия (С-457/10 Р, EU:C:2012:293, т. 78).

37. Всъщност, ако за злоупотреба по смисъла на тази разпоредба се считаха само практиките, които са едновременно обективно ограничаващи конкуренцията и неправомерни, това би означавало, че само поради законосъобразността си, макар и потенциално увреждащо конкуренцията, дадено поведение не би могло да бъде санкционирано съгласно член 102 ДФЕС. Това би означавало обаче, че има опасност злоупотребата с господстващо положение на практика никога да не бъде установена, което би застрашило постигането на целта на тази разпоредба — въвеждането на режим, който да гарантира, че конкуренцията няма да бъде нарушавана във вътрешния пазар. Обратно, поведение, което не съответства на правните норми в даден клон, не представлява непременно злоупотреба от страна на предприятието с господстващо положение, когато то не може да причини дори и потенциална вреда на конкуренцията¹².

38. От това следва, че в случая законосъобразното получаване на съгласието за списъците SEN с оглед на нормите на гражданското право не може да изключи квалифицирането на съответното поведение като злоупотреба по смисъла на член 102 ДФЕС. Запитващата юрисдикция обаче следва да провери дали именно с оглед на правната уредба за обработването на личните данни условията за получаване на съгласието са могли да бъдат „дискриминационни“, както твърди AGCM¹³. В този смисъл приложимата специална правна уредба (и съответствието с нея) може да бъде релевантно фактическо обстоятелство при общата преценка дали поведението представлява злоупотреба¹⁴.

2. По втората част

39. С втората част запитващата юрисдикция иска да установи дали дадено поведение може да се квалифицира като злоупотреба само поради предизвикания (потенциален) ограничителен ефект на съответния пазар.

40. В това отношение припомням, че описаното по-горе понятие за злоупотреба предполага поведението, подлежащо на санкция съгласно член 102 ДФЕС, да създава пречки за запазването на все още съществуващото на пазара равнище на конкуренция или за нейното развитие¹⁵. Всъщност съгласно постоянната съдебна практика по силата на член 102 ДФЕС предприятието с господстващо положение носи особена отговорност да не засяга със своето поведение ефективната и ненарушена конкуренция на вътрешния пазар¹⁶.

41. По-точно в рамките на практики на отстраняване на конкуренти като разглежданата в главното производство¹⁷ Съдът многократно е постановявал, от една страна, че за да се характеризира като злоупотреба, поведението трябва да е било годно да ограничи

¹² Вж. в това отношение решение на Bundeskartellamt (федерален орган по конкуренцията, Германия) В6-22/15 от 6 февруари 2019 г., в което се приема, че поведение, което не съответства на правните норми за защита на личните данни, представлява също нарушение и на правото на конкуренцията (дело, по което на 22 април 2021 г. е отправено преюдициално запитване от Oberlandesgericht Düsseldorf (Висш областен съд Дюселдорф, Германия), по което е образувано дело C-252/21, Facebook Inc. и др./Bundeskartellamt).

¹³ Вж. точка 15 от настоящото заключение.

¹⁴ Вж. в това отношение точка 115 от настоящото заключение.

¹⁵ Вж. точка 34 от настоящото заключение.

¹⁶ Вж. по-специално решения от 9 ноември 1983 г., *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия*, 322/81, наричано по-нататък „решение Michelin I“ (EU:C:1983:313, т. 57), *Post Danmark I* (т. 23) и *Intel* (т. 135).

¹⁷ Обикновено се прави разграничение между „практиките за отстраняване на конкуренти“ (тоест неправомерните опити за изключване на конкурентните предприятия от пазара) и „практиките за експлоатация“ (тоест пряко експлоатиране на потребителите например чрез прекомерно високи цени). Относно това разграничение вж. заключението на генералния адвокат Ruiz-Jarabo Colomer по съединени дела *Sot. Lélos kai Sia* и др. (C-468/06—C-478/06, EU:C:2008:180, т. 74).

конкуренцията, и по-конкретно да породи укоримия отстраняващ ефект¹⁸, и тази преценка следва да се извърши с оглед на всички релевантни фактически обстоятелства във връзка с това поведение¹⁹. От друга страна, за да се установи, че такава практика представлява злоупотреба, антиконкурентните ѝ последици на пазара не трябва да са от чисто хипотетично естество²⁰ и следователно трябва да са налице, но не е необходимо те да бъдат конкретни, а е достатъчно доказването на потенциални антиконкурентни последици от естество да отстранят конкурентите, които са поне толкова ефективни колкото предприятието с господстващо положение²¹.

42. От изложеното по-горе следва, че годността да се произведе (потенциално) ограничаващ ефект на релевантния пазар, като антиконкурентен отстраняващ ефект, е основният елемент за квалифициране на поведението като злоупотреба.

43. В това отношение обаче е важно да се подчертае, че отстраняващият ефект не засяга непременно конкуренцията и следователно невинаги е ограничителен за релевантния пазар (използвам думите, с които е формулиран въпросът). Възможно е самият факт, че определено поведение е годно да отстрани конкурент, не прави пазара по-малко конкурентоспособен и а fortiori това поведение злоупотреба по смисъла на член 102 ДФЕС. Ето защо опасността от отстраняване следва да се разграничи от опасността от „антиконкурентно препятстване“, като само второто може да бъде санкционирано на основание член 102 ДФЕС²².

44. Възможно е, както Съдът изяснява това в решение Intel, „член 102 ДФЕС съвсем няма за цел да попречи на предприятието да завоюва въз основа на собствените си качества господстващото положение на даден пазар. Тази разпоредба не цели и да осигури оставането на пазара на конкурентите, които са по-малко ефективни от предприятието с господстващо положение [...]“. *В този смисъл не всеки отстраняващ ефект непременно нарушава конкуренцията. По дефиниция основаната на заслуги конкуренция може да доведе до изчезването от пазара или изтласкването на конкурентите, които са по-малко ефективни и следователно по-малко привлекателни за потребителите с оглед по-специално на цените, избора, качеството или нововъведенията*²³. Поради това е допустимо предприятието да докаже, че практиката му, макар и с отстраняващ ефект, остава обективно (икономически) обоснована от съвкупността от обстоятелствата по конкретния случай²⁴ или че ефектът е неутрализиран и дори преодолян чрез предимства от гледна точка на ефективността, които са от полза и за потребителите²⁵. Благоприятните и неблагоприятните за конкуренцията последици от спорната практика може да се претеглят по този начин само след анализ на присъщата годност на разглежданата практика да отстрани конкуренти, които са поне също толкова ефективни²⁶.

¹⁸ Вж. решения TeliaSonera (т. 64), Intel (т. 138) и Generics (UK) (т. 154).

¹⁹ Вж. решения TeliaSonera (т. 68) и Generics (UK) (т. 154).

²⁰ Решение Post Danmark II (т. 65).

²¹ Решение TeliaSonera (т. 64 и 66).

²² Вж. в този смисъл точка 19 от Съобщение на Комисията — Насоки за приоритетите на Комисията по прилагането на член 82 [Договор за ЕО] в областта на злоупотребата с практики на отстраняване на конкуренти, наложени от предприятия с господстващо положение (ОВ С 45, 2009 г., стр. 7, наричани по-нататък „Насоките“).

²³ Решение Intel (т. 133 и 134, курсивът е мой). Вж. също и решение Post Danmark I (т. 21—23 и цитираната съдебна практика).

²⁴ Вж. решения TeliaSonera (т. 75 и 76) и Intel (т. 140).

²⁵ Вж. решения от 15 март 2007 г., British Airways/Комисия (C-95/04 P, наричано по-нататък „решение British Airways“, EU:C:2007:166, т. 86), Post Danmark I (т. 40 и 41) и Intel (т. 140).

²⁶ Решение Intel (т. 140).

45. Следователно съображенията на Съда почиват на предпоставката, че ако всяко поведение с (актуален или потенциален) отстраняващ ефект автоматично се квалифицираше като антиконкурентно и следователно като представляващо злоупотреба по смисъла на член 102 ДФЕС, тази разпоредба щеше да бъде средство за защита на по-малко способните и по-неефективните предприятия и по никакъв начин нямаше да защитава тези с повече качества, които са в състояние да послужат като стимул за конкурентоспособността на пазара.

46. С оглед на изложения по-горе анализ, за да се квалифицира поведение — каквото е например практика с отстраняващ ефект — като злоупотреба по смисъла на член 102 ДФЕС, то трябва да е антиконкурентно, така че да може (реално или потенциално) да породи ограничаващ ефект върху релевантния пазар. За да се прецени обаче дали това поведение е антиконкурентно, следва да се установи дали предприятието с господстващо положение е използвало средства, различни от характерните за „нормалната“ конкуренция. Точно тази преценка е предмет на третата и четвъртата част.

3. По третата част

47. С третата част запитващата юрисдикция поставя въпрос от методологическо естество, а именно дали необходимостта да се докаже, че предприятие с господстващо положение е използвало средства, различни от характерните за „нормалната“ конкуренция, е свързана с „допълнителен аспект на противоправност“ спрямо доказването на антиконкурентен отстраняващ ефект, така че „годността за ограничаване на конкуренцията“ и „използването на средства, различни от тези, характерни за нормалната конкуренция“, биха били отделни изисквания, които трябва да са изпълнени, за да се докаже наличието на злоупотреба.

48. В това отношение отбелязвам, че становищата на страните в главното производство, на правителствата и на Комисията се различават²⁷. Що се отнася до мен доказването, че предприятие с господстващо положение е използвало средства, различни от характерните за „нормалната“ конкуренция, не е изискване, което трябва да се преценява отделно от ограничителния ефект на поведението.

49. Всъщност, както следва от точка 44 от настоящото заключение, анализът на поведението на предприятието е решаващ за квалифицирането на последиците като антиконкурентни. Така тези два елемента са част от един и същ анализ. По-точно, за да се прецени дали отстраняващият ефект (реално или потенциално) ограничава конкуренцията, трябва да се провери също дали средствата са характерни за „нормалната“ конкуренция. По същия начин, за да се определи дали средствата са характерни за такава конкуренция, трябва да се установи дали практиките са годни да отстраняват конкуренти, а именно да предизвикват (реален или потенциален) отстраняващ ефект на този пазар. Всъщност квалифицирането на дадено поведение като „антиконкурентно“ не може да бъде част от

²⁷ В становищата си SEN, EE и Комисията предлагат на този въпрос да се отговори, че сам по себе си (потенциално) ограничаващият конкуренцията ефект не е достатъчен, за да се квалифицира практиката като злоупотреба по смисъла на член 102 ДФЕС, и че е необходим допълнителен елемент на противоправност, който се изразява в използването на средства, различни от управляващите основана на качествата конкуренция. AGCM, AIGET, Green Network, както и италианското и норвежкото правителство обаче са съгласни, че понятието за злоупотреба с господстващо положение не налага доказателство за специфичен компонент на незаконосъобразност, който се прибавя към реалния или потенциалния ограничителен ефект от поведението на това предприятие.

отделна проверка на последиците от това поведение. Следователно двете изисквания са неразривно свързани и трябва да се преценяват с оглед на всички релевантни фактически обстоятелства във връзка с това поведение²⁸.

50. Въз основа на това може да се заключи, че годността на дадена практика да породи антиконкурентни последици и използването на средства, които не спадат към нормалната конкуренция, са изисквания, които подлежат на една и съща проверка, при която основно се определя дали посочената практика представлява злоупотреба.

51. В случая от описаните в акта за преюдициално запитване фактически обстоятелства се установява, че според AGCM спорното поведение на групата ENEL е породило ограничен за конкуренцията ефект, доколкото целта на приложената от въззивниците стратегия по същество е била да попречи на навлизането на конкурентите на ЕЕ на свободния пазар или да го затрудни. С оглед на изложения по-горе анализ запитващата юрисдикция следва да провери дали поведението, за което се твърди, че изпълнява тази стратегия, е можело най-малкото потенциално да породи отстраняващ ефект по отношение на конкурентите на ЕЕ и да прецени дали този отстраняващ ефект е бил в състояние да засегне конкуренцията, като установи дали това поведение е характерно за „нормалната“ конкуренция.

4. По четвъртата част

52. С четвъртата част запитващата юрисдикция иска от Съда по същество да прокара разделителна линия между практиките, които са характерни за така наречената „нормална“ конкуренция, и тези, които не са. Следователно този въпрос е централен за определянето на понятието „злоупотреба“ по смисъла на член 102 ДФЕС и целта му е да се прецени дали разглежданото в главното производство поведение представлява такава злоупотреба.

53. В самото начало следва да се уточни, че когато запитващата юрисдикция посочва „нормалната конкуренция“, тя използва многократно употребявания от Съда термин²⁹. Държа да отбележа, че на прилагателното „нормален“ следва да се придава същото значение като това на другите формулировки, използвани за да се опише тази конкуренция, по-специално „лоялната конкуренция“³⁰, „конкуренцията, основана на ефикасността“³¹ и „основаната на качествата конкуренция“³², които предлагам да се използват отсега нататък³³. Множеството формулировки е показателно за обективната трудност при определянето на това какво е злоупотреба. Всъщност формулирането на норми, които позволяват ясно да се различи увреждащото конкуренцията поведение, и следователно представлява злоупотреба, не е нито очевидно, нито е въпрос на интуиция.

²⁸ Вж. в този смисъл решения Post Danmark II (т. 29) и Generics (UK) (т. 151 и 154).

²⁹ Решения Hoffmann-La Roche (т. 91) и Deutsche Telekom II (т. 41).

³⁰ Вж. решения от 14 февруари 1978 г., United Brands и United Brands Continental/Комисия (27/76, наричано по-нататък „решение United Brands“, EU:C:1978:22, т. 189), и от 1 април 1993 г., BPB Industries и British Gypsum/Комисия (T-65/89, EU:T:1993:31, т. 94).

³¹ Решения от 1 април 1993 г., BPB Industries и British Gypsum/Комисия (T-65/89, EU:T:1993:31, т. 113), и от 7 октомври 1999 г., Irish Sugar/Комисия (T-228/97, EU:T:1999:246, т. 111).

³² Формулировка, първоначално използвана от Съда в решение AKZO (т. 70). Вж. по-наскоро решения Deutsche Telekom I (т. 83, 176 и 177) и Intel (т. 135 и 136).

³³ „Нормална“ конкуренция е термин, който би могъл да доведе до объркване, доколкото практики, които обикновено са законосъобразни, обичайни и съответстват на добрите нрави на пазара, които следователно могат да бъдат описани като „нормални“, все пак могат да нарушават член 102 ДФЕС, ако се прилагат от предприятие с господстващо положение, поради неговата „особена отговорност“ (вж. т. 58 и 59 от настоящото заключение).

Тази сложност неизбежно е свързана с обективното затруднение предварително да се отграничи поведението, характерно за жестоката, но законосъобразна конкуренция, от антиконкурентното поведение³⁴.

54. Тъй като безспорно си дава сметка за тази трудност, в член 102 ДФЕС законодателят на Съюза е включил изброяване на представляващите злоупотреба практики, служещо за насока, което не изчерпва начините за злоупотреба с господстващо положение, забранени от правото на Съюза³⁵; по този начин той е дал възможност прилагането на тази разпоредба да се приспособява към изменящите се във времето търговски практики. Следователно практика, описана от запитващата юрисдикция като „нетипична“, като разглежданата в главното производство, която не е свързана с една от практиките, изброени в член 102 ДФЕС, също може да представлява злоупотреба. Всъщност, доколкото анализът се основава на конкурентните последици, а не на формата на поведението, органът за защита на конкуренцията трябва да извърши стриктна проверка на всички релевантни факти, без да си служи и с най-малката презумпция³⁶, като при това положение „типичният“ или „нетипичният“ характер изобщо не е от решаващо значение.

55. Тъй като понятието „основана на качествата конкуренция“ не е свързано с точно определена по форма практика, то остава абстрактно и не може да се дефинира по такъв начин, че да позволи предварително да се определи дали поведението спада към такава конкуренция. Всъщност Съдът изключва понятието „злоупотреба сама по себе си“ (*per se*), тоест съществуването на практики, за които е присъщо да представляват злоупотреба, независимо от антиконкурентните им последици³⁷. Следователно понятието „основана на качествата конкуренция“ отразява по-скоро икономически идеал в контекста на актуалната тенденция в правото на конкуренцията на Съюза да се насърчава анализът на антиконкурентните последици на поведението („effects-based approach“), отколкото анализ, основан на неговата форма („form-based approach“)³⁸.

56. От това следва, че въпросът дали практика за отстраняване на конкуренти е сред средствата, които съответстват на основаната на качествата конкуренция, е тясно свързан с фактическия, правния и икономическия контекст на тази практика. Всъщност материалното приложно поле на особената отговорност на предприятието с господстващо положение трябва да се преценява с оглед на конкретните обстоятелства във всеки случай³⁹.

57. Въпреки абстрактния характер на понятието „основана на качествата конкуренция“, от практиката на Съда могат да се изведат общи елементи. Без да се засяга преценката на поведението, разглеждано в главното производство, която следва да извърши запитващата юрисдикция, считам, че от полза биха могли да бъдат следните елементи.

³⁴ Например прилагането на ниска цена, ако е достатъчно ниска, може да елиминира конкурент, но би била в съответствие с конкуренцията, тъй като е в полза на потребителите. Цената обаче може да бъде толкова ниска (хищническа), че след отстраняването на конкурента може да увреди потребителите в дългосрочен план.

³⁵ Решения *Continental Can* (т. 26), *Deutsche Telekom I* (т. 173) и *TeliaSonera* (т. 26).

³⁶ Доколкото ми е известно, единственият вид поведение, за което има обикновена презумпция за ограничаване на конкуренцията, което води до обръщане на тежестта на доказване, е това при отстъпките за лоялност и изключителност, тоест за отстъпки, свързани с условието клиентът да се снабдява изцяло или за значителна част от нуждите си изключително от предприятието с господстващо положение (вж. решение *Intel*, т. 137).

³⁷ Вж. в този смисъл решение *AstraZeneca* (т. 106)

³⁸ За общ преглед на прилагането на „effects-based approach“ в правото на конкуренцията вж. *Bourgeois, J., Waelbroeck, D. Ten years of effects-based approach in EU competition law: state of play and perspectives.* Bruylant, 2013, както и *Ibáñez Colomo, P. Anticompetitive Effects in EU Competition Law — Journal of Competition Law & Economics*, vol. 17, № 2, 2021, p. 309—363.

³⁹ Решения от 14 ноември 1996 г., *Tetra Pak/Комисия* (C-333/94 P, EU:C:1996:436, т. 24), и от 16 март 2000 г., *Compagnie maritime belge transports и др./Комисия* (C-395/96 P и C-396/96 P, EU:C:2000:132, т. 114).

58. На първо място, отбелязвам, че „основаната на качествата конкуренция“ трябва да се тълкува в тясна взаимовръзка със закрепения също в практиката на Съда принцип, че предприятието с господстващо положение носи „особена отговорност“ да не засяга със своето поведение ефективната и ненарушена конкуренция във вътрешния пазар⁴⁰. Тази „особена отговорност“ обаче не трябва да лишава намиращото се в господстващо положение предприятие от правото да отчита собствените си търговски интереси⁴¹. В този смисъл посочването на „средствата, различни от тези, които са характерни за основаната на качествата конкуренция“, служи за уточняване на съдържанието на тази „особена отговорност“, която носи предприятието с господстващо положение, и за определяне на разрешената свобода на действие.

59. Логичната последица от тази „особена отговорност“ е, че поведение, приемливо за предприятие, което няма господстващо положение, би могло да се квалифицира като злоупотреба, когато е осъществено от предприятие с господстващо положение, поради ефекта от поведението върху релевантния пазар. Всъщност обичайно прилагана практика или търговска дейност, която обикновено способства за подобряване на производството или разпространението на стоките, и има благотворен ефект за конкуренцията, може да ограничи тази конкуренция, когато се осъществява от предприятие с господстващо положение⁴².

60. В това отношение подчертавам, че в случая „особената отговорност“ се прилага по отношение на всички предприятия с господстващо положение, включително към заварените оператори, предишни притежатели на монопол, като ENEL, или тези, които имат задължение за извършване на обществена услуга като SEN. Всъщност, както посочва Съдът, „установяването на наличие на господстващо положение не предполага само по себе си критика към съответното предприятие, а означава само че води за последното — *независимо от причините за подобно положение* — до особено задължение да не засяга с поведението си ефективната и ненарушена конкуренция на общия пазар“⁴³. Следователно в рамките на либерализирането на пазара групата ENEL попада под действието на член 102 ДФЕС, и по-специално на изискването за „особена отговорност“ по същия начин както другите предприятия.

61. На второ място, както следва от точка 55 от настоящото заключение, сами по себе си формата или видът поведение на предприятието с господстващо положение не са решаващи. Важното е да се установи дали поведението би могло да ограничи конкуренцията или поради своето естество или въздействие да доведе до такъв резултат⁴⁴. Поведение, което обаче явно се отклонява от обичайните пазарни практики, би могло да се счита за релевантно фактическо обстоятелство при преценката за наличие на злоупотреба (например по същия начин като съществуването на доказателство за намерение⁴⁵).

⁴⁰ Решения Michelin I (т. 57), Post Danmark I (т. 21—23) и Intel (т. 135).

⁴¹ Решение United Brands (т. 189).

⁴² Вж. решения от 30 септември 2003 г., Atlantic Container Line и др./Комисия (Т 191/98 и Т 212/98—Т 214/98, EU:T:2003:245, т. 1124 и 1460) и от 23 октомври 2003 г., Van den Bergh Foods/Комисия (Т-65/98, EU:T:2003:281, т. 159).

⁴³ Решение Michelin I (т. 57, курсивът е мой).

⁴⁴ Решение от 19 април 2012 г., Tomra Systems и др./Комисия (С-549/10 Р, наричано по-нататък „решение Tomra“, EU:C:2012:221, т. 68).

⁴⁵ Вж. точка 128 от настоящото заключение.

62. На трето място, без да претендирам за изчерпателност, отбелязвам, че поведение, което не е обхванато от понятието „основана на качествата конкуренция“, обикновено се характеризира с факта, че не се основава на очевидни икономически⁴⁶ или обективни⁴⁷ съображения. Следователно като пример за основана на качествата конкуренция се считат действията, с които се намаляват разходите на предприятието с господстващо положение, като ефективността се повишава по друг начин, в резултат на което се разширява възможността за избор на потребителите чрез пускане на пазара на нови стоки или чрез увеличаване на количеството или качеството на вече предлаганите. Ако за поведението обаче няма никаква друга обосновка, освен нанасянето на вреди на конкурентите, то не спада непременно към основаната на качествата конкуренция⁴⁸.

63. На четвърто място, отбелязвам, че по принцип при прилагането на член 102 ДФЕС по отношение на практиките с отстраняващ ефект „основаната на качествата конкуренция“ се отнася за положение на конкуренция, което е от полза за потребителите поради по-ниски цени, по-добро качество и по-богат избор на нови или усъвършенствани стоки и услуги⁴⁹.

64. В случая обаче самата цел на либерализирането на енергийния пазар е неговото отваряне за конкуренцията, именно за да се постигнат благотворните последици от конкурентния процес за потребителите, без значение дали от гледна точка на равнището на цените, на качеството или на избора на предлаганите услуги. Следователно в рамките на такъв процес завареният оператор не бива да действа по начин, който може да попречи или да затрудни навлизането на конкурентите на пазара, които трябва да могат да действат при равни условия на свободния пазар. Всъщност Съдът е посочил, че система на ненарушена конкуренция може да бъде гарантирана само ако се осигурят равни възможности за различните икономически оператори⁵⁰.

65. В този контекст се поставя въпросът дали групата ENEL, която е имала монопол върху клиентелата на защитения пазар, може основателно да иска да я запази в рамките на тази група въпреки процеса на либерализиране на посочения пазар. Струва ми се, че на този въпрос трябва да се отговори утвърдително.

66. Всъщност, както беше посочено в точка 44 от настоящото заключение, член 102 ДФЕС съвсем няма за цел да попречи на едно предприятие да завоюва или да запази въз основа на собствените си качества господстващото положение на пазара. Следователно дори заварените оператори, при положение че са подчинени на свободната конкуренция, трябва да се стремят към оптимизиране на печалбата си по-специално чрез запазване на клиентелата си. Всъщност спечелването на клиентелата е основен момент на конкуренцията. Поради това безспорно групата ENEL е напълно в правото си и дори може да се очаква тя да прилага практики, насочени към подобряването на нейните стоки и услуги, именно за да продължи да бъде конкурентоспособна и да запази клиентелата си. Поради това ми се струва, че желанието на предприятие в господстващо положение като ENEL да запази клиентелата си, дори при либерализиране на пазара, е напълно в

⁴⁶ Решения TeliaSonera (т. 88) и AKZO (т. 71).

⁴⁷ Вж. в този смисъл решение AstraZeneca (т. 130).

⁴⁸ Решение от 18 ноември 2020 г., Lietuvos geležinkeliai/Комисия (Т-814/17, EU:T:2020:545, т. 292—299.)

⁴⁹ Вж. в този смисъл Насоките, точка 5.

⁵⁰ Решение Deutsche Telekom I (т. 230 и цитираната съдебна практика). Причината, поради която в контекста на отделянето на заварения оператор, е важно да се извърши стриктно отделяне на свързаните с монопола дейности от дейностите, свързани със свободния пазар, като отделянето трябва да бъде едновременно в юридически, материално, счетоводно, финансово и търговско отношение.

съответствие с нормалната конкуренция. Ето защо само по себе си въвеждането на „стратегия“ за запазване на клиентелата не може да бъде злоупотреба по смисъла на член 102 ДФЕС.

67. В този контекст ми се струва, че събирането на данните в рамките на отношенията с клиентите по принцип е съвсем „нормално“ използване в обичайния конкурентен процес. При това използване обаче, точно поради господстващото си положение, ENEL носи „особена отговорност“ да прилага практики, характерни за основана на качествата конкуренция, които не водят до разделяне на пазара. В този смисъл ENEL не трябва да си служи с практики, които чрез използването на предимствата, произтичащи от законовия монопол, могат да имат отстраняващ ефект за новите конкуренти, считани за също толкова ефективни като него⁵¹.

68. Според мен именно във връзка с това следва да се прецени, на пето място, способността на конкурентите да имитират поведението на предприятието с господстващо положение. Тази преценка е от значение, за да се определи дали съответната практика спада към основаната на качествата конкуренция, а оттам и дали може да ограничи конкуренцията.

69. Всъщност според мен практиката на Съда потвърждава, че практиките на предприятие с господстващо положение за отстраняване на конкуренти, които също толкова ефективни конкуренти могат да възпроизведат, поначало не представляват поведение, което може да доведе до антиконкурентно отстраняване и поради това спадат към конкуренцията, основана на качествата⁵².

70. От една страна, при ценовите практики за отстраняване на конкуренти — като отстъпка за лоялност, ниски ценови практики под формата на избирателни или хищнически цени, както и свиване на маржовете⁵³ — по принцип такава способност за възпроизвеждане се преценява, но не задължително, въз основа на така наречения тест за също толкова ефективния конкурент (наричан по-нататък „тестът СТЕК“)⁵⁴. Особените условия за извършване на този тест се различават в зависимост от вида на съответната практика, но общото между тях е проверката дали дадена ценова практика е икономически жизнеспособна за конкурента на предприятие с господстващо положение, като по принцип и с предимство като база за сравнение се използва съотношението цени/разходи на това предприятие⁵⁵. С други думи, при посочения тест се определя дали това поведение може да се възпроизведе от също толкова ефективен конкурент, като предприятието с

⁵¹ Решение Intel (т. 136).

⁵² Това правило обаче не е абсолютно, като се има предвид, че съществуват положения, при които, от една страна, поведение, което не може да се възпроизведе от също толкова ефективен конкурент все пак е обхванато от понятието за основана на качествата конкуренция (вж. например отказът за предоставяне на основна суровина на клиент, който не е в състояние да плаща подходящо възнаграждение, или дейността по научни изследвания и развитие, позволяващи на предприятие да патентова и използва уникално изобретение, което не може да бъде възпроизведено). От друга страна, в особени случаи, поведение, на което също толкова ефективен конкурент може да отвърне, не спада непременно към конкуренцията, основана на качествата (вж. например заблуждаващи изявления пред публични органи (решение AstraZeneca (т. 18)).

⁵³ Решение Post Danmark II (т. 55 и цитираната съдебна практика).

⁵⁴ Вж. в този смисъл Насоките, точки 23—27. Съдът е приел, че няма правно задължение констатацията за практика, представляваща злоупотреба, последователно да се основава на теста за „също толкова ефективния конкурент“, тъй като той се счита за едно от всички средства. Всъщност този тест не е релевантен, когато поради структурата на пазара появата на също толкова ефективен конкурент е практически невъзможна, както при пазар, който се отличава, от една страна, с притежавания много голям пазарен дял от законоустановения монополист, и от друга страна, със защитен от сериозни бариери достъп (решение Post Danmark II (т. 57—61)).

⁵⁵ Решение Post Danmark II (т. 53). Разходите и цените на конкурентите на същия този пазар обаче могат да са от значение, ако с оглед на обстоятелствата не е възможно да се посочат цени на предприятието с господстващо положение, по-специално когато структурата на разходите на предприятието с господстващо положение не подлежи на установяване поради обективни причини (решение TeliaSonera (т. 45)).

господстващо положение се поставя на мястото на също толкова ефективния конкурент, за да се провери дали той би могъл да понесе последиците от отстраняване, в резултат на съответната практика. Този тест е в съответствие с общия принцип на правна сигурност, тъй като позволява на предприятие с господстващо положение да прецени предварително законосъобразността на дадено поведение въз основа на собствените си разходи⁵⁶.

71. От друга страна, що се отнася за неценовите практики за отстраняване на конкуренти — като например в случаите на отказ за доставка — съдебната практика, изглежда, потвърждава релевантността на критерия относно способността за възпроизвеждане, доколкото изборът на предприятие с господстващо положение да запази за себе си собствената си мрежа за дистрибуция не е отказ за доставка, който противоречи на член 102 ДФЕС, когато конкурент има възможност да създаде втора мрежа за дистрибуция с подобен размер. С други думи, няма злоупотреба, ако също толкова ефективните конкуренти могат да заместят отказаните от предприятието с господстващо положение материали, като ги закупят от други доставчици или сами ги разработят⁵⁷. По същия начин при обвързващите и пакетни продажби („tying and mixed bundling“) елементът на възпроизвеждане на дадена стока е от особено значение, за да се определи дали е налице случай на потенциално или реално антиконкурентно препятстване⁵⁸.

72. В случая според AGCM разглежданото в главното производство поведение се отнася не до ценова практика, а до незаконна сложна стратегия, за която е характерно използването на данни, до които групата ENEL е получила достъп благодарение на предишния си законов монопол. Следователно изглежда, че тази практика не е свързана с теория за отстраняване чрез цените, и поради законовия монопол за конкурентите е било обективно невъзможно преди либерализирането на пазара да възпроизведат приписваната на въззивниците стратегия. От това следва, че тестът СТЕК със сигурност не е най-подходящият критерий, по който да се прецени способността на също толкова ефективните конкуренти да имитират поведението на предприятието с господстващо положение.

73. Логиката в основата на теста СТЕК обаче, чиято цел по същество е да се прецени дали предприятие с господстващо положение е било в състояние да може да предвиди въз основа на известната му информация дали въпреки спорното поведение конкурентът би могъл да действа по икономически жизнеспособен начин, за да остане конкурентоспособен на пазара, според мен продължава да е от значение. В този смисъл тест, създаден въз основа на логиката на теста СТЕК, би се състоял в проверка дали въз основа на информацията, за която се презумира, че е известна на предприятието с господстващо положение, конкурентите биха могли по икономически жизнеспособен начин да получат достъп до подобни с оглед на ползата от тях списъци, като списъците SEN. Този подход съвпада и със значението, което се отдава на критерия относно възможността за възпроизвеждане при неценовите практики за отстраняване на конкуренти.

74. Поради това считам, че обективната невъзможност на конкурентите да възпроизведат точно същата стратегия като ENEL не е пречка да се провери реалната способност на също толкова ефективните конкуренти да възпроизведат при икономически разумни условия и в приемливи срокове практиките на предприятието с господстващо положение, например като използват списъците, които безспорно са били достъпни на пазара и са съдържащи

⁵⁶ Решение TeliaSonera (т. 42—44).

⁵⁷ Решение от 26 ноември 1998 г., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, т. 44 и 45).

⁵⁸ Вж. Насоките, точки 54 и 61.

данни, подобни на тези от списъците SEN. Според мен тази проверка може да покаже дали поведението на групата ENEL потенциално е в състояние да породи антиконкурентни отстраняващи последици и следователно дали съответства на основаната на качествата конкуренция.

75. При такава проверка, която запитващата юрисдикция следва да извърши, от особено значение са следните аспекти.

76. На първо място, следва да се прецени, като се погледне до известна степен назад, значението на списъците SEN от гледна точка на конкуренцията. В това отношение отбелязвам, че достъпът до данните за клиентелата представлява сигурен интерес в рамките на процес на либерализиране, както от абстрактна гледна точка, тъй като позволява по-доброто опознаване на пазара, така и конкретно, тъй като позволява „улавяне“ на тази клиентела, като ѝ се отправят оферти преди другите доставчици. Значението на тези данни обаче трябва и да се нюансира, тъй като не бива да се забравя, че възможността за осъществяване на контакт с клиент, евентуално за да му бъде отправена оферта, не означава непременно „улавяне“ на тази клиентела, доколкото, от една страна, не е задължително тя да приеме тези предложения⁵⁹, и от друга страна, няма никаква пречка на по-късен етап тези клиенти да приемат оферти от други доставчици, по-специално когато първият договор не обвързва клиентите за определен срок. Припомням обаче необходимостта от причинно-следствена връзка на антиконкурентните последици със съответната практика, в смисъл предприятието с господстващо положение да е отговорно за тях и тези последици да не са от чисто хипотетично естество⁶⁰.

77. На второ място, запитващата юрисдикция безспорно ще трябва да изясни дали списъците SEN действително са били предоставени на разположение за конкурентите по дискриминационен начин, както практически, така и от гледна точка на цените, което по същество би било практика, която облагодетелства ЕЕ. В същия контекст ми се струва от значение да се провери дали SEN е поискало даването на съгласие по недискриминационен и прозрачен начин с оглед на конкретните последици, по-специално от гледна точка на запазването на съществуващото отношение за доставка и на възможността за получаване на оферти за доставка от конкурентите на ЕЕ. Такава доказана дискриминация би могла да потвърди становището на AGCM, че поведението на ENEL не е съответствало на основана на качествата конкуренция, доколкото не са били осигурени равни възможности на различните икономически оператори⁶¹.

78. На трето място, считам, че независимо от анализа на дискриминационния характер на поведението запитващата юрисдикция ще трябва да прецени също и възможността за възпроизвеждане на списъците SEN. Макар да е безспорно, че конкурентите на ЕЕ не могат да възпроизведат точното съдържание на тези списъци, тъй като са съставени в рамките на задачата за обществена услуга, осъществявана от SEN, от преписката по делото се установява, че и списъци с подобно съдържание са били достъпни на италианския пазар, тъй като много предприятия са се специализирали в съставянето на списъци за телемаркетинг. Ако се докаже, че е имало такива алтернативни списъци, те действително са щели да позволят на конкурентите на ЕЕ да отправят предложения за доставка на енергия, ориентирани към клиентелата на защитения пазар. В такъв случай считам, че

⁵⁹ Всъщност в случая чрез използването на списъците SEN, ЕЕ е получило едва 0,002 % от ползвателите на защитения пазар (вж. т. 22 от настоящото заключение).

⁶⁰ Решение Post Danmark II (т. 47 и 65) и точка 41 от настоящото заключение.

⁶¹ Вж. точка 64 от настоящото заключение.

запитващата юрисдикция ще трябва да сравни тези алтернативни списъци със списъците SEN от гледна точка на тяхната достъпност, цени, съдържание и на географския им обхват, за да прецени дали конкурент, макар и доста по-малък икономически от групата ENEL, като използва такива списъци, действително щеше да бъде в състояние по икономически жизнеспособен начин да бъде ефективен конкурент на ЕЕ по отношение на същата част от спорната клиентела от защитения пазар.

79. Ако запитващата юрисдикция приеме, че тези алтернативни списъци са били годни да предложат същите възможности, както списъците SEN, изхождайки от предположението, че ENEL би трябвало да е било наясно както със съществуването на тези алтернативни списъци, така и със съдържанието им, струва ми се, че може да се заключи, че евентуалната опасност от отстраняване от релевантния пазар би могла да се дължи не на действията на ENEL, а на небрежността на конкурентите му, които не са действали съгласно правилата на конкуренцията, за да уловят клиентелата от защитения пазар. С други думи, списъците SEN не са били в състояние да дадат на групата ENEL посоченото от AGCM значително конкурентно предимство, поради възможността да бъдат възпроизведени. В такъв случай годността на съответното поведение да ограничи конкуренцията няма да може да се докаже, поради което разглежданото в главното производство поведение ще спада към конкуренцията, основаната на качествата.

80. Ако от анализа на националния съд обаче се установи, че потенциалът за използване на тези алтернативни списъци с търговска цел е бил по-малък и че само списъците на SEN са позволявали например да се определи веднага принадлежността на клиент към защитения пазар (потенциалният) отстраняващ ефект ще се дължи главно на ENEL, и ако бъде постановено, че то е действало дискриминационно и непрозрачно, поведението му наистина няма да съответства на основаната на качествата конкуренция. Впрочем, следва да се припомни, че фактът, че конкурентите могат да „ограничат или да заобиколят“ последиците от поведението на ENEL, като използват алтернативни списъци, не изключва възможността, като се има предвид пазарната мощ на ENEL, разглежданото поведение все пак да може да има антиконкурентни последици. С други думи, фактът, че са налице алтернативи, безспорно е релевантен, но сам по себе си не е от решаващо значение.

81. Предвид изложените по-горе съображения предлагам на първия въпрос да се отговори, че практика, прилагана от предприятие с господстващо положение, независимо от нейната законосъобразност с оглед на клоновете на правото, различни от правото на конкуренцията, не може да се квалифицира като злоупотреба по смисъла на член 102 ДФЕС, само защото е годно да има отстраняващ ефект на релевантния пазар; това поведение не трябва да се приравнява на ограничителен за конкуренцията ефект, освен ако не бъде доказано, че посоченото предприятие е използвало средства, различни от характерните за основаната на качествата конкуренция. По принцип практика за отстраняване на конкуренти, която те могат да възпроизведат по икономически жизнеспособен начин, не представлява поведение, което е в състояние да доведе до антиконкурентно препятстване и следователно спада към основаната на качествата конкуренция.

Б. По втория преюдициален въпрос

82. С втория си въпрос запитващата юрисдикция иска от Съда по същество да уточни дали член 102 ДФЕС има за цел да защитава потребителите или конкурентната структура на пазара и в зависимост от отговора да определи предмета на доказателството, което се изисква, за да може дадена практика за отстраняване на конкуренти да бъде квалифицирана като злоупотреба.

1. По допустимостта

83. AIGET оспорва допустимостта на този въпрос, като сочи две основания. От една страна, отговорът следвал по очевиден начин от постоянната практика на Съда. От друга страна, същият въпрос не бил от значение за разрешаването на спора, доколкото спорното поведение засягало както структурата на пазара, а именно доставчиците конкуренти, така и потребителите, а именно клиентите на защитения пазар, които били възпрепятствани да изберат между предлаганите на свободния пазар услуги.

84. Тези възражения — ако Съдът реши да ги разгледа изрично при липсата на формално искане да се установи недопустимостта на втория преюдициален въпрос — според мен трябва да се отхвърлят.

85. Всъщност, от една страна, следва да се припомни, че дори при наличието на съдебна практика, с която се разрешава спорният правен въпрос, националните юрисдикции запазват пълна свобода да сезират Съда, ако считат това за уместно⁶². Следователно обстоятелството, че Съдът по-рано вече е тълкувал член 102 ДФЕС само по себе си не може да доведе до недопустимост на въпросите, поставени в рамките на настоящото дело. От друга страна, запитващата юрисдикция посочва, че отговорът не е очевиден, доколкото има разлика между тълкуването на Комисията, според която целта на член 102 ДФЕС е да се повиши в най-голяма степен благосъстоянието на потребителите⁶³, и на Съда, според който тази разпоредба е насочена към запазване на структурата на конкуренцията, независимо от вредите, причинени на потребителите⁶⁴.

86. От друга страна, що се отнася до релевантността на въпроса, следва да се припомни, че само националният съд може да прецени както необходимостта от преюдициално решение, за да може да се произнесе, така и релевантността на въпросите⁶⁵. В случая запитващата юрисдикция обосновава необходимостта от втория въпрос, като по същество обяснява, че отговорът, който ще му се даде, определя изисквания предмет на доказване⁶⁶. Поради това според мен посоченият въпрос е пряко свързан с предмета на спора в главното производство и не е хипотетичен.

⁶² Решение от 3 март 2020 г., Vodafone Magyarország (C-75/18, EU:C:2020:139, т. 34).

⁶³ Запитващата юрисдикция цитира в това отношение Насоките, точка 19.

⁶⁴ Запитващата юрисдикция цитира в това отношение решения British Airways (т. 66 и 106), France Télécom (т. 104—107), и от 6 октомври 2009 г., GlaxoSmithKline Services и др./Комисия и др. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P и C-519/06 P, наричано по-нататък „решение GSK“, EU:C:2009:610, т. 63).

⁶⁵ Вж. в този смисъл решение от 23 януари 2018 г., F. Hoffmann-La Roche и др. (C-179/16, EU:C:2018:25, т. 44 и 45 и цитираната съдебна практика).

⁶⁶ Вж. по-точно точка 102 от настоящото заключение.

2. По същество

87. Вторият преюдициален въпрос съдържа две части:

- целта на първата е да се определи интересът, защитен с член 102 ДФЕС, като се разгледат две възможни разрешения, представени като алтернативни цели, а именно „максималното повишаване на защитата на потребителите“ или „запазването на конкурентната структура на пазара“, и
- целта на втората е да се изведат последиците от връзката между тези две цели на член 102 ДФЕС с оглед на доказването.

а) По първата част

88. Преди да разгледам първата част по същество, се налагат няколко предварителни бележки.

89. Най-напред, следва да се посочи, че в случая въпросът се поставя в контекста на практиките за отстраняване, чиято цел по-специално е да изключат конкурентите от релевантния пазар, а не в контекста на практиките за експлоатация, като по-специално налагането на покупни или продажни цени или на други несправедливи условия за търговия по смисъла на член 102, буква а) ДФЕС⁶⁷. Всъщност, макар последният вид практики да предполагат пряко засягане на благосъстоянието на потребителите (например чрез прекомерно високи цени), поначало те не променят структурата на пазара⁶⁸.

90. На следващо място, трябва да се припомни, че член 102 ДФЕС е израз на поставената с член 3, параграф 1, буква б) ДФЕС обща цел на действията на Съюза, а именно установяването на правила за конкуренцията, необходими за функционирането на вътрешния пазар⁶⁹. Тази цел е припомнена в Протокол (№ 27) относно вътрешния пазар и конкуренцията, който е приложен към Договора за ЕС и към Договора за функционирането на ЕС и съгласно член 51 ДЕС представлява неразделна част от тях.

91. В този контекст се намират двете цели, цитирани от запитващата юрисдикция, а именно защитата на потребителите и тази на конкурентната структура на пазара.

92. Що се отнася до първата цел, Съдът е посочил, че член 102 ДФЕС е сред тези правила за конкуренцията, които имат за цел именно да се предотврати нарушаването на конкуренцията за сметка на общия интерес, на интересите на отделните предприятия и на потребителите, като по този начин допринасят за благосъстоянието в Съюза⁷⁰. Следователно благосъстоянието на потребителите безспорно е сред целите, посочени в тази разпоредба. Всъщност Съдът изрично признава, че Договорът цели защита на

⁶⁷ Вж. Насоките, точка 7 и бележка под линия 16 от настоящото заключение.

⁶⁸ Вж. в този смисъл решение от 21 февруари 1973 г., *Europemballage и Continental Can/Комисия* (6/72, наричано по-нататък „решение *Continental Can*“, EU:C:1973:22, т. 26). Може обаче да има припокриване на практиките за отстраняване на конкуренти и тези за експлоатация, понеже, след като приключи всяка стратегия за отстраняване, може да доведе до експлоатиране (вж. в това отношение *Petit, N., Droit européen de la concurrence*, 3e éd., LGDJ, 2020 г., т. 1000—1002).

⁶⁹ Вж. в този смисъл решения *Continental Can* (т. 26), *Hoffmann-La Roche* (т. 38), *France Télécom* (т. 103) и *Deutsche Telekom I* (т. 170).

⁷⁰ Вж. в този смисъл решение *TeliaSonera* (т. 22 и цитираната съдебна практика).

потребителите чрез ненарушена конкуренция⁷¹. От друга страна, конкретно интересите на потребителите са посочени изрично в член 102, буква б) ДФЕС във връзка с търговските практики, за които се отнасят злоупотребите с отстраняващ ефект, а именно „ограничаване на производството, пазарите или технологичното развитие *във вреда на потребителите*“ (курсивът е мой).

93. Що се отнася до втората цел, следва да се припомни, че в първите решения на Съда в областта на злоупотребата с господстващо положение ясно се посочва, че последиците за „структурата на пазара“ са в сърцевината на член 102 ДФЕС. Например в решение Hoffmann-La Roche Съдът посочва, че злоупотребата „се отнася до поведението на предприятие с господстващо положение, което може да повлияе върху структурата на пазара, на който [...] степента на конкуренция вече е отслабена [...]“⁷². „Структурата на пазара“, несъмнено повлияна от тогавашните ордолиберални възгледи, първоначално е замислена с цел да се гарантира „икономическата свобода“. В този смисъл посочената цел за защита на структурата на пазара би могла да обхваща „защитата на конкурентите“, които са част от този пазар. От вече постоянната съдебна практика обаче следва, че с член 102 ДФЕС не се цели или по-скоро вече не се цели абсолютна защита на конкурентите, изправени срещу предприятие с господстващо положение. Всъщност вследствие на преразглеждането на политиката на конкуренция в областта на злоупотребите⁷³, извършено от Комисията през 2005 г., Съдът вече признава, че член 102 ДФЕС не забранява на едно предприятие да завоюва въз основа на собствените си качества господстващото положение на даден пазар и че следователно този член не цели и да осигури, че конкурентите, които са по-малко ефективни от предприятието с господстващо положение, ще останат на пазара⁷⁴. Този подход е утвърден в решение Intel, в което Съдът уточнява, че „*основаната на качествата конкуренция може да доведе до изчезването от пазара или изтласкването на конкурентите, които са по-малко ефективни*“⁷⁵. Разбирането, че целта на член 102 ДФЕС не е да защитава с предимство конкурентите (които не са толкова ефективни), което впрочем се споделя от Комисията⁷⁶, изглежда, вече е част от достиженията на правото на конкуренцията на Съюза.

94. Именно в светлината на тези констатации следва да се преценява връзката между тези две цели, и по-специално дали запазването на конкурентна структура може да представлява самостоятелна цел и поради това, алтернатива на защитата на благосъстоянието на потребителите, както предлага запитващата юрисдикция.

95. Според мен на този въпрос трябва да се отговори отрицателно.

96. На първо място, отбелязвам, че съгласно постоянната практика на Съда, подобно на член 101 ДФЕС⁷⁷, член 102 ДФЕС се отнася не само за практиките, които могат да причинят пряка вреда на потребителите, но също и за тези, които им причиняват непряка

⁷¹ Решения от 16 септември 2008 г., Sot. Lélouk kai Sia и др. (C-468/06—C-478/06, EU:C:2008:504, т. 68), и Deutsche Telekom I (т. 180).

⁷² Решение Hoffmann-La Roche (т. 91, курсивът е мой), повтаряно многократно в съдебната практика (вж. по-специално бележка под линия 10).

⁷³ Вж. „Работен документ на ГД „Конкуренция“ относно прилагането на член 82 ДЕО във връзка със злоупотребите с отстраняващ ефект“ от декември 2005 г.

⁷⁴ Вж. в този смисъл решения Deutsche Telekom I (т. 177), TeliaSonera (т. 31—33, 39, 40, 43, 63, 64, 70 и 73) и Post Danmark I (т. 21)“.

⁷⁵ Решение Intel (т. 134, курсивът е мой).

⁷⁶ Вж. Насоките, точки 6 и 23.

⁷⁷ Вж. в този смисъл решения Continental Can (т. 25) и GSK (т. 63).

вреда, като засягат структурата на ефективна конкуренция⁷⁸. Според мен по този начин Съдът създава неразривна връзка между двете цели. Всъщност запазването на структура на ефективна конкуренция е неразривно свързано с крайната цел, а именно защитата на потребителите⁷⁹. В този смисъл крайната цел на тези правила, насочени към гарантиране, че конкуренцията във вътрешния пазар няма да бъде нарушавана, е да се повиши благосъстоянието на потребителите. Следователно логично е, че ако няма никаква (реална или потенциална) опасност от причиняване на вреди на потребителите, няма причина конкурентният пазар да се защитава *in abstracto*.

97. На второ място, припомням, че съгласно по-скорошната практика на Съда, увреждането на потребителите е абсолютно задължително условие за прилагането на член 102 ДФЕС. Всъщност в решение *Post Danmark I* Съдът, заседаващ в голям състав, припомня, че тази разпоредба се отнася до действията на предприятието с господстващо положение, които *„във вреда на потребителите, посредством използването на средства, различни от тези, които управляват нормалната конкуренция, водят до създаването на пречка [...] за поддържане на съществуващата степен на конкуренция на пазара[...]“*⁸⁰. По същия начин в решение *Intel* отново в голям състав Съдът потвърждава този подход, като откроява абсолютната необходимост за защита на потребителите при прилагането на правилата относно злоупотребата с господстващо положение. Всъщност той припомня, че *„основаната на качествата конкуренция може да доведе до изчезването от пазара или изтласкването на конкурентите, които са по-малко ефективни и следователно по-малко привлекателни за потребителите с оглед по-специално на цените, избора, качеството или нововъведенията“*⁸¹. От това правя извод, че благосъстоянието на конкурентите е крайната цел, която оправдава намесата на правото на конкуренцията в областта на практики за отстраняване на конкуренти.

98. На трето място, основната роля на защитата на потребителите произтича също и от факта, че доколкото с член 102 ДФЕС не се предписва дерогация, равностойна на установената в член 101, параграф 3 ДФЕС, Съдът установява, че повишаването на ефикасността може също да неутрализира вредния ефект на злоупотребата, доколкото предимствата се отразяват на потребителите. Всъщност заемащо господстващо положение предприятие е в състояние да оправдае действия, които могат да попаднат в обхвата на предвидената в член 102 ДФЕС забрана, като докаже по-специално че *„породеният от [тях] отстраняващ ефект може да бъде неутрализиран и дори преодолян чрез предимства, от гледна точка на ефективността, които са от полза и за потребителите“*⁸².

⁷⁸ Вж. в този смисъл решения *Continental Can* (т. 26), *Hoffmann-La Roche* (т. 125), *British Airways* (т. 106 и 107), *France Télécom* (т. 105), *Deutsche Telekom I* (т. 176), *TeliaSonera* (т. 24) и *Post Danmark I* (т. 20).

⁷⁹ Вж. в този смисъл заключението на генералния адвокат *Kokott* по дело *T-Mobile Netherlands* и др. (C-8/08, EU:C:2009:110, т. 71), и решение от 7 юни 2006 г., *Österreichische Postsparkasse und Bank für Arbeit und Wirtschaft/Комисия* (T-213/01 и T-214/01, EU:T:2006:151, т. 115). Вж. в този смисъл и решение от 14 декември 2006 г., *Raiffeisen Zentralbank Österreich* и др./Комисия (T-259/02—T-264/02 и T-271/02, EU:T:2006:396, т. 99), в което се посочва, че в рамките на член 101 ДФЕС тази крайна цел произтича по-специално от текста на член 101, параграф 3 ДФЕС.

⁸⁰ Решение *Post Danmark I* (т. 24, курсивът е мой).

⁸¹ Решение *Intel* (т. 134, курсивът е мой).

⁸² Решения *Post Danmark I* (т. 40 и 41, курсивът е мой) и *Intel* (т. 140).

99. На четвърто място, този превес на защитата на „благосъстоянието на потребителите“ изглежда в съответствие с практиката за вземане на решения на Комисията, съгласно която защитата на потребителите е лайтмотивът за всяка намеса⁸³ на основание на член 102 ДФЕС, и изобщо на правото на конкуренцията⁸⁴.

100. Въз основа на този анализ на връзката между двете цели считам, че в контекста на злоупотребите с отстраняващ ефект следва да се заключи, че в крайна сметка целта на член 102 ДФЕС е да се повиши в най-голяма степен благосъстоянието на потребителите, по-специално чрез защитата на конкурентната структура на пазара. Следователно тази защита действително може да представлява цел от обхвата на член 102 ДФЕС, не самостоятелно, а само когато в конкретен случай тя е част от крайната цел на (пряката или непряката) защита на потребителите. В този смисъл двете цели, които запитващата юрисдикция, изглежда, счита за несъвместими, в действителност не са такива.

б) По втората част

101. С втората част от втория въпрос запитващата юрисдикция пита Съда по същество каква е връзката между двете посочени по-горе цели от гледна точка на доказването.

102. Според съображенията на запитващата юрисдикция, ако защитеният с член 102 ДФЕС интерес е да се повиши в най-голяма степен благосъстоянието на потребителите, съдът (и а fortiori органите за защита на конкуренцията) ще трябва по някакъв начин да измерят произтичащото от съответното поведение намаляване на благосъстоянието (или риска от намаляване) (например като сравни благосъстоянието на потребителите преди и след проявата на това поведение). Ако обаче защитеният интерес е да се запази конкурентната структура на пазара, съдът би трябвало не да изследва дали поведението на предприятието с господстващо положение е причинило вреда на потребителите, а просто да провери дали това поведение може да се отрази на структурата, разнообразието, качеството или нововъведенията.

103. Не мога да се съглася с тези съображения на запитващия съд, доколкото, както беше посочено по-горе, двете цели не се изключват взаимно.

104. В това отношение от практиката на Съда произтича, че след като член 102 ДФЕС се отнася не само за практиките, които могат да причинят пряка вреда на потребителите, но и за тези, които им нанасят вреда, като засягат структурата на ефективна конкуренция, органът за защита на конкуренцията или евентуално съдът не следва да проверява дали спорното поведение действително е причинило „вред на потребителите“ по смисъла на член 102, буква б) ДФЕС, а трябва да проучи дали действително е имало ограничен

⁸³ Вж. Насоките, точки 5 и 6.

⁸⁴ Вж. съобщения на Комисията относно Насоки за прилагане на член [101, параграф 3 ДФЕС] (ОВ С 101, 2004 г., стр. 97; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 4, стр. 165), т. 13 и относно Насоки за оценяването на нехоризонтални сливания, извършвано съгласно Регламента на Съвета относно контрола върху концентрациите между предприятия (ОВ С 265, 2008 г., стр. 6), т. 16. Вж. също и реч на комисаря N. Kroes от 15 септември 2005 г., озаглавена „European Competition Policy — Delivering Better Markets and Better Choices“, в рамките на „European Consumer and Competition Day“.

ефект върху конкуренцията⁸⁵. Всъщност, за да се установи злоупотреба с господстващо положение, обикновено се взема предвид потенциално вредоносният характер на поведението, без да е необходимо да се доказват конкретни последици, по-специално от гледна точка на потребителите⁸⁶.

105. Ако органът за защита на конкуренцията, и в случая националният съд, следва да преценява вредоносните последици от практика за отстраняване на конкуренти, и по-специално дали тази практика може да увреди структурата на пазара, а поради това и потребителите, считам, че е уместно да внесе следните уточнения.

106. На първо място, при положение че предмет на крайната защита е благосъстоянието на потребителите, а не защитата на определена структура на пазара като такава, доказателството на ограничителен ефект върху структурата на пазара ще бъде достатъчно, за да се квалифицира поведението като злоупотреба само доколкото това ограничение може да засегне пряко или непряко потребителите. Макар засягането на конкурентната структура на пазара да е добър показател (проху) за последиците, до които може да доведе за потребителите една практика за отстраняване на конкуренти⁸⁷, това невинаги е така. Всъщност поведението на предприятие с господстващо положение не трябва да се счита за злоупотреба по смисъла на член 102 ДФЕС, когато независимо от причинената на структурата на пазара вреда то не може да причини реално или потенциално вреда и на засегнатите потребители. Поради това ми се струва, че е непълно тълкуване на съществуващата практика на Съда в смисъл, че тя просто указва, че за да се докаже злоупотреба с отстраняващ ефект, е достатъчно да се установи, че тя може да засегне структурата на пазара. Действително вредоносните последици върху конкурентната структура на пазара не се изразяват нито задължително, нито автоматично в потенциално намаляване на благосъстоянието на потребителите. Макар такава презумпция за вреди да съществува относно картелите, това не е така в контекста на злоупотребите с господстващо положение⁸⁸. Например, както беше посочено в точка 44 от настоящото заключение, когато структурата на пазара е променена чрез отстраняването на конкурент, това не означава непременно, че това поведение е антиконкурентно, така че да може да навреди на потребителите.

107. На второ място, следва да се приеме, че съществува обективно затруднение при количественото определяне на промените, засягащи благосъстоянието на потребителите. В това отношение следва да се припомни, първо, че определението на „потребител“ в правото на конкуренцията обхваща както междинните, така и крайните потребители. Когато обаче междинните потребители са настоящи или потенциални конкуренти на предприятието с господстващо положение, оценката се отнася главно за последиците от

⁸⁵ Решение *British Airways* (т. 106 и 107). За някои видове злоупотреба обаче доказателството, свързано с пряка вреда на потребителите, е част от преценката за злоупотреба. Така Съдът счита, че „за да може отказът на предприятие, притежател на авторско право, да предостави достъп до продукт или услуга, необходими за упражняването на определена дейност, да се квалифицира като злоупотреба, е необходимо да бъдат изпълнени кумулативно три условия, а именно: този отказ да възпрепятства появата на нов продукт, за който съществува потенциално търсене от страна на потребителите, той да е необоснован и да може да изключи конкуренцията на вторичен пазар“ (вж. решение от 6 април 1995 г., *RTE и ITP/Комисия*, наречено „решението *Magill*“ (C-241/91 P и C-242/91 P, EU:C:1995:98), обобщено в т. 32—38 от решение от 29 април 2004 г., *IMS Health* (C-418/01, EU:C:2004:257, курсивът е мой).

⁸⁶ Вж. решение от 10 юли 2014 г., *Telefónica и Telefónica de España/Комисия* (C-295/12 P, наричано по-нататък „решение *Telefónica*“, EU:C:2014:2062, т. 124).

⁸⁷ Вж. заключението на генералния адвокат *Kokott* по дело *British Airways/Комисия* (C-95/04 P, EU:C:2006:133, т. 68).

⁸⁸ В това отношение отбелязвам, че член 17, параграф 2 от Директива 2014/104/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 ноември 2014 година относно някои правила за уреждане на искове за обезщетение за вреди по националното право за нарушения на разпоредбите на правото на държавите членки и на Европейския съюз в областта на конкуренцията (ОВ L 349, 2014 г., стр. 1) гласи, че само за нарушенията, свързани с картел, се приема, че причиняват вреда.

това поведение за потребителите по-надолу по веригата⁸⁹. На следващо място, отбелязвам, че за самото понятие „благосъстояние на потребителите“ е присъщ елемент на субективност, доколкото това благосъстояние може да се преценява не само с оглед на цените, но в зависимост от разглежданата стока или услуга, и с оглед на избора, качеството или нововъведенията⁹⁰. Най-сетне член 102 ДФЕС се отнася за практики, чиито последици за пазара не се проявяват задължително. Всъщност анализът на антиконкурентните последици, както ще бъде обяснено при разглеждането на третия въпрос, може да бъде има и прогнозен характер. Следователно да се изискват, както подсказва запитващата юрисдикция, конкретни доказателства, че благосъстоянието на потребителите намалява с течение на времето, би противоречало на логиката и на ефективността на тази разпоредба. Всъщност изискваната степен на доказване, че потребителите са засегнати, е различна в зависимост от вида злоупотреба и от ситуирането на поведението във времето⁹¹.

108. Предвид изложените по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на втория въпрос, че член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че с него се цели забраната не само на практиките за отстраняване на конкуренти, които могат да причинят пряка вреда на потребителите — което е крайната цел на тази разпоредба — но и на поведението, което може да ги засегне опосредствано, поради отражението му върху структурата на пазара. Органите за защита на конкуренцията трябва да докажат, че такава практика за отстраняване на конкуренти засяга структурата на ефективна конкуренция, като същевременно проверят дали не може да причини и реална или потенциална вреда на потребителите.

В. По третия преюдициален въпрос

109. С третия си въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да установи дали, за да се установи, че има нарушение на член 102 ДФЕС, за релевантно трябва да се счита доказателството, представено от предприятие с господстващо положение, че независимо от абстрактната му годност да породи ограничаващ ефект, в действителност въпросното поведение не е довело до такъв ефект и при утвърдителен отговор дали органът за защита на конкуренцията е длъжен да разгледа представените от това предприятие доказателства относно конкретната годност на това поведение да породи въпросния ефект.

110. На първо място, припомням, че за да се установи наличието на нарушение на член 102 ДФЕС, не е необходимо да се докаже, че спорното поведение действително е довело до антиконкурентни последици в конкретния случай; достатъчно е да се установи, че то е било годно да доведе до такива⁹². Органът за защита на конкуренцията трябва да докаже единствено вредоносния потенциал на укоримото поведение, независимо дали антиконкурентните последици са се осъществили конкретно. Всъщност би било в

⁸⁹ Вж. Насоките, точка 19 и бележка под линия 15.

⁹⁰ Вж. по-специално решение Intel (т. 134 и цитираната съдебна практика) и Насоките, точка 6.

⁹¹ Например в практиката на хищнически цени определянето на цени под себестойността явно би облагодетелствало потребителите (безспорно в краткосрочен план), освен ако и докато загубите не бъдат възстановени чрез по-високи цени на по-късен етап. Но практика на хищнически цени може да бъде осъдена съгласно член 102 ДФЕС без доказателство за възстановяване на загубите, тъй като тя е в състояние да предизвика излизане или изгасване на съперниците, което променя структурата на конкуренцията така че е възможно потребителите да бъдат увредени (вж. решение France Télécom т. 110—112).

⁹² Вж. в този смисъл решения British Airways (т. 106 и 107) и Telefónica (т. 124). Вж. също и т. 41 и 104 от настоящото заключение.

противоречие с логиката, присъща на тази разпоредба, която има също и превантивно и прогностично естество, да трябва да се изчака на пазара да настъпят антиконкурентни последици, за да може злоупотребата да бъде установена правомерно.

111. Показателни в това отношение могат да бъдат някои примери от неотдавнашната практика на Съда.

112. В решение *TeliaSonera* Съдът изрично уточнява, че „обстоятелството, че очакваният резултат, а именно изключването на тези конкуренти, в крайна сметка не е постигнат, не може да промени квалифицирането като злоупотреба по смисъла на член 102 ДФЕС⁹³“. Също и в решение *Tomra* Съдът постановява, че „за да се докаже злоупотреба с господстващо положение е достатъчно да се установи, че злоупотребата на предприятието в господстващо положение *би могла да ограничи конкуренцията* или че съответното поведение *поради своето естество или въздействие може да доведе до такъв резултат*“⁹⁴. По същата логика, когато става въпрос за схема за отстъпки, в решение *Post Danmark II* Съдът посочва, че при преценката дали дадена схема за отстъпки е годна да ограничи конкуренцията следва да „се определи дали поведението на предприятието с господстващо положение *води до действителното или вероятно отстраняване на конкурентите*, увреждайки конкуренцията и поради това интересите на потребителите“⁹⁵. В това отношение „не е обосновано установяването на праг за значимост (*de minimis*), за да се определи дали на пазара има злоупотреба с господстващо положение. Всъщност тази антиконкурентна практика *поради самото си естество е в състояние да предизвика ограничения на конкуренцията, които не са незначителни*“, и поради това, „за да попаднат в приложното поле на [член 102 ДФЕС] антиконкурентните последици от схема за отстъпки, използвана от предприятие с господстващо положение [...], *трябва да са вероятни, без да е необходимо да се доказва, че са сериозни или значителни*“⁹⁶. Впрочем в решение *Intel* Съдът конкретно посочва необходимостта да се прецени „*годността* [на отстъпката] да ограничи конкуренцията“, като изброява някои релевантни за тази преценка обстоятелства⁹⁷. Накрая в неотдавнашното решение *Generics (UK)* Съдът припомня, че „за да се характеризира като злоупотреба, поведението трябва да е било *годно* да ограничи конкуренцията, и по-конкретно да породи укоримия отстраняващ ефект“⁹⁸.

113. Независимо че понякога е формулирана по различен начин, тъй като понятията „годност“ и „вероятност“ по същество имат едно и също значение⁹⁹ — тази съдебна практика позволява да се потвърди, че за да квалифицира дадено поведение като злоупотреба, органът за защита на конкуренцията не е длъжен да доказва, че антиконкурентните последици действително са настъпили.

114. В този смисъл доказателства, сочени *ex post* от предприятие, за да установи отсъствието на антиконкурентни последици, като икономически анализи или други подобни, не могат да го освободят от отговорност, нито да прехвърлят върху органа за защита на конкуренцията тежестта да докаже конкретното настъпване на вредата,

⁹³ Решение *TeliaSonera* (т. 65). Вж. в този смисъл решения *Deutsche Telekom I* (т. 254), и от 30 януари 2020 г., *České dráhy/Комисия* (C-538/18 P и C-539/18 P, непубликувано, EU:C:2020:53, т. 70).

⁹⁴ Решение *Tomra* (т. 68, курсивът е мой).

⁹⁵ Решение *Post Danmark II* (т. 69, курсивът е мой).

⁹⁶ Решение *Post Danmark II* (т. 73 и 74, курсивът е мой).

⁹⁷ Решение *Intel* (т. 138 и 139, курсивът е мой).

⁹⁸ Решение *Generics (UK)* (т. 154, курсивът е мой).

⁹⁹ Заключение на генералния адвокат *Wahl* по дело *Intel Corporation/Комисия* (C-413/14 P, EU:C:2016:788, т. 115).

произтичаща от укоримото поведение¹⁰⁰, дори когато от злоупотребата е изминало много време¹⁰¹. Освен това като принципно правило антиконкурентното естество на дадено поведение трябва да се преценява към момента, в който то е извършено¹⁰², което впрочем е в съответствие с общия принцип на правна сигурност, тъй като предприятието с господстващо положение трябва да може да прецени законосъобразността на поведението си въз основа на съществуващите доказателства¹⁰³.

115. На второ място, в същата съдебна практика обаче се утвърждава задължението за преценка на всички релевантни обстоятелства в конкретния случай, за да се определи дали поведението действително е *годно* да породи твърдените антиконкурентни последици, независимо дали впоследствие тези последици действително са настъпили.

116. В това отношение най-напред, ми се струва безспорно, че от процесуална гледна точка доказателствата за липса на антиконкурентни последици, изтъкнати *ex post*, трябва да се вземат предвид от органа за защита на конкуренцията, особено когато тези доказателства се отнасят до поведение, преустановено много преди да е било прието решението, с което се установява злоупотребата. Всъщност в решение Intel Съдът обяснява, че в случаите, при които в хода на административното производство предприятие с господстващо положение поддържа, със съответни доказателства, че поведението му не е било *годно* да ограничи конкуренцията, Комисията е длъжна да провери редица аспекти, за да прецени *годността* на съответното поведение да отстрани от пазара конкуренти, които са поне също толкова ефективни¹⁰⁴. Впрочем *годността* за отстраняване е релевантна и за преценката на въпроса дали дадено поведение може обективно да бъде обосновано или ограничителните му последици могат да бъдат неутрализирани чрез предимства от гледна точка на ефективността¹⁰⁵. В този контекст доказателство от икономически характер, което установява, че след приключване на спорното поведение липсва отстраняващ ефект, трябва да се счита за допустимо, когато предприятието с господстващо положение се стреми да докаже, че поведението му не е *годно* да ограничи конкуренцията. От друга страна, антиконкурентните последици на определена практика не трябва да имат чисто хипотетичен характер¹⁰⁶ и доказателства, оспорващи *годността* за ограничаване на конкуренцията, могат да подкрепят такъв хипотетичен характер. Следователно от процесуална гледна точка, доколкото тежестта да докажат отстраняващите антиконкурентни последици носят органите за защита на конкуренцията, считам, че при своя анализ за наличието на злоупотреба те са длъжни внимателно да вземат предвид дори представените *ex post* доказателства от предприятието с господстващо положение.

117. На следващо място, що се отнася за доказателствената стойност на този вид доказателства за наличието на злоупотреба, важно е да се отбележи, че за липсата на ограничителни последици, породени от дадено поведение, действително може да има много причини. Не може обаче още в началото да се изключи, че липсата на такива последици се дължи на факта, че по естеството си съответното поведение е негодно да

¹⁰⁰ Вж. също и заключението на генералния адвокат Mazák по дело AstraZeneca/Комисия (C-457/10 P, EU:C:2012:293, т. 64).

¹⁰¹ Вж. в този смисъл решение от 29 март 2012 г., Telefónica и Telefónica de España/Комисия (T-336/07, EU:T:2012:172, т. 272).

¹⁰² Вж. в този смисъл решение AstraZeneca (т. 110).

¹⁰³ Вж. в този смисъл решение TeliaSonera (т. 44).

¹⁰⁴ Решение Intel (т. 138 и 139).

¹⁰⁵ Решение Intel, т. 140.

¹⁰⁶ Решение Post Danmark II (т. 65) и точка 41 от настоящото заключение.

ограничи конкуренцията. В този смисъл в зависимост от особения контекст органът за защита на конкуренцията би трябвало да вземе предвид този вид доказателства като потенциално подкрепящи липсата на такава годност.

118. Отбелязвам във връзка с това, че в практиката си Съдът не е установил колко интензивна трябва да е вероятността за отстраняващ конкуренцията ефект или, с други думи, съдържанието на годността за отстраняване¹⁰⁷. Тя зависи очевидно от правния, икономическия и фактическия контекст по всяко дело, но считам, че тази годност трябва да се свърже с конкретни аспекти като продължителността и достатъчното покритие на релевантния пазар.

119. В този контекст значението, което трябва да се придаде на доказателствата за липсата на ограничителни последици *ex post* е различно в зависимост от това дали абстрактната годност да се предизвикат ограничителни последици се основава на опасност от отстраняване с настоящи или потенциални последици, като липсата на реално отражение върху конкуренцията е по-малко релевантна във втория случай. Липсата на реални последици на пазара обаче може да бъде релевантна, дори ако теорията за отстраняването се основава или не се основава на потенциална опасност, когато поведението е прилагано дълго и както в случая е приключило много преди разследването на органа за защита на конкуренцията. Всъщност в съответствие с Насоките, „ако практиката е била прилагана през достатъчно дълъг период от време, от пазарните резултати на предприятието с господстващо положение и на неговите конкуренти могат да се намерят преки доказателства за антиконкурентно препятстване“¹⁰⁸. Обратно според мен от факта, че не съществуват реални последици, може да се приеме, че практиката не е била от естество, дори на теория, да навреди на конкурентите, така че теорията за вредата се оказва чисто хипотетична. Това би било така например, когато е доказано, че на липсата на такива реални последици не могат да се отразят други по-късни фактори, които не са свързани с разглежданото поведение.

120. Накрая, от съображения за изчерпателност ще припомня, че липсата на последици има значение и при преценката на тежестта на нарушението, което би могло да намали съществено размера на санкциите, наложени на предприятието, извършило злоупотребата.

121. С оглед на всички изложени по-горе съображения предлагам на третия въпрос да се отговори, че член 102 ДФЕС следва да се тълкува в смисъл, че за да установи наличието на злоупотреба с господстващо положение, органът за защита на конкуренцията трябва да докаже, с оглед на всички релевантни обстоятелства и предвид по-специално на доказателствата, представени от предприятието с господстващо положение, че поведението на това предприятие е било годно да ограничи конкуренцията, като в това отношение анализира евентуално също и доказателствата, че спорното поведение не е произвело антиконкурентни последици на релевантния пазар.

¹⁰⁷ Този въпрос е разгледан от генералния адвокат Wahl в заключението му по дело Intel Corporation/Комисия (C-413/14 P, EU:C:2016:788, т. 117 и 118). Според него преценката на годността на спорното поведение да произведе антиконкурентни последици цели да установи дали *по всяка вероятност* то има антиконкурентен отстраняващ ефект. Това означава, че вероятността трябва да е *значително повече от обикновена възможност* дадено поведение да ограничава конкуренцията. Обратно, фактът, че настъпването на изключващия ефект се явява по-вероятно отколкото липсата му, просто не е достатъчен. Вж. в това отношение обаче заключението на генералния адвокат Kokott по дело Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:343, т. 82).

¹⁰⁸ Вж. Насоките, точка 20. Отбелязвам обаче, че този текст само очертава подхода на Комисията във връзка с избора на преписките, които тя възнамерява да води с предимство, така че нейната административна практика не обвързва органите по конкуренцията и националните юрисдикции.

Г. По четвъртия преюдициален въпрос

122. С четвъртия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да установи дали намерението на предприятието с господстващо положение за ограничаване на конкуренцията е релевантно за преценката дали дадено поведение представлява злоупотреба.

1. По допустимостта

123. Green Network изразява съмнения относно допустимостта на този преюдициален въпрос. То не иска да бъде обявен за недопустим, но все пак отбелязва, че след като AGCM действително е анализирал умишления характер на злоупотребата, отговор на този въпрос не е необходим. Освен това отговорът безспорно следвал от практиката на Съда.

124. Тези възражения според мен трябва да се отхвърлят по същите причини като изложените в точки 85 и 86 от настоящото заключение. Всъщност запитващата юрисдикция обосновава необходимостта от него, като обяснява по същество, че съдебната практика не била ясна и объркваща¹⁰⁹. Освен това от акта за преюдициално запитване е видно, че въпросът има пряка връзка с предмета на спора по главното производство и не е хипотетичен, тъй като в случая AGCM е събрал документи от разследване, чиято цел е да се докаже наличието на стратегическата воля на групата ENEL да неутрализира напускането на клиенти, като ги мотивира да преминат към свободния пазар с ЕЕ.

2. По същество

125. Четвъртият преюдициален въпрос се състои от две части:

- с първата се цели да се установи дали член 102 ДФЕС следва да се тълкува в смисъл, че дадено поведение трябва да се квалифицира като злоупотреба единствено поради (потенциалните) му ограничителни последици, или дали това намерение за ограничаване на конкуренцията представлява полезен критерий (в това число изключителен) за тази преценка, и
- втората цели отговор на въпроса дали трябва да се счита, че доказателството за такова намерение е достатъчно, за да се припишат на разглежданото поведение оспорваните антиконкурентни последици, или то само измества тежестта на доказване към предприятието с господстващо положение, което на този етап ще трябва да докаже, че ефектът на изключване не е настъпил.

а) По първата част

126. С тази първа част запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали доказването на намерението за отстраняване, което мотивира предприятието с господстващо положение, представлява необходимо или достатъчно доказателство за целите на анализа за наличие на злоупотреба.

¹⁰⁹ В това отношение запитващата юрисдикция се позовава на решения от 30 септември 2003 г., Michelin/Комисия (Т-203/01, ЕУ:Т:2003:250, т. 241), и от 30 януари 2007 г., France Télécom/Комисия (Т-340/03, ЕУ:Т:2007:22, т. 195).

127. В това отношение ще припомня, че Съдът многократно е посочвал, че злоупотребата с господстващо положение, забранена с член 102 ДФЕС, е обективно понятие¹¹⁰, независимо от каквато и да е вина¹¹¹, и че за целите на прилагането на тази разпоредба изобщо не се изисква да се установи наличието на антиконкурентно намерение у предприятието с господстващо положение¹¹². От това следва, че освен в изключителни случаи¹¹³ субективният мотив на предприятието с господстващо положение не е сред елементите на фактическия състав на злоупотребата, така че органът за защита на конкуренцията не е длъжен да го установи, за да констатира съществуването на такава злоупотреба.

128. Съдът при все това счита, че макар само по себе си да не е достатъчно, доказването на такова намерение представлява фактическо обстоятелство, което може да бъде взето предвид, за да се установи злоупотреба с господстващо положение. Всъщност Съдът е постановил, че когато проверява поведението на предприятие с господстващо положение и за да установи евентуална злоупотреба с такова положение, Комисията трябва да разгледа всички релевантни фактически обстоятелства около това поведение, а това включва и преценка на следваната търговска стратегия. В тези рамки се оказва нормално да се посочват фактори от субективно естество, а именно мотивите в основата на посочената търговска стратегия. Така според Съда наличието на евентуално антиконкурентно намерение е само едно от многобройните фактически обстоятелства, които могат да се вземат предвид за целите на установяването на такава злоупотреба¹¹⁴.

129. Ако е ясно и доказано, такова антиконкурентно намерение действително може да се окаже релевантно за установяването на злоупотреба с господстващо положение. Всъщност Комисията посочва, че „преките доказателства за стратегия за отстраняване“ са един от факторите, общоприети за целите на преценката не само дали има опасност презумираната злоупотреба да предизвика антиконкурентно препятстване, но също и „за тълкуване на поведението на предприятието с господстващо положение“. Такива доказателства могат да бъдат „вътрешни документи, които съдържат преки доказателства за стратегия за отстраняване на конкуренти, като подробни планове за впускането в определена практика с цел отстраняването на конкурент, за възпрепятстване на навлизането или за осуетяване на възникването на пазар или доказателства за конкретна заплаха от действия за отстраняване на конкуренти“¹¹⁵.

130. В действителност в повечето от случаите практиките за отстраняване на конкуренти чрез злоупотреби не се основават на установяването на субективно конкретно намерение на предприятието с господстващо положение да ограничи конкуренцията, а на икономическата логика на тези прояви, така както следва обективно от техните

¹¹⁰ Вж. точка 34 от настоящото заключение.

¹¹¹ Вж. решения *Continental Can* (т. 29), и от 9 септември 2009 г., *Clearstream/Комисия* (Т-301/04, ЕУ:Т:2009:317, т. 141).

¹¹² Решение *Tomra* (т. 21).

¹¹³ Намерението на предприятието с господстващо положение да изключи конкурент по изключение може да бъде доказателство, необходимо за да се установи, че е налице нарушение. Такъв е случаят, от една страна, в някои хипотези на практики на хищнически цени, когато продажните цени са по-ниски от средната стойност на общите разходи, които обхващат фиксираните и променливите разходи, но по-високи от средната стойност на променливите разходи, при които Съдът приема, че тези цени трябва да се считат за злоупотреба, „когато са определени в рамките на план, чиято цел е отстраняване на конкурент“ (вж. решения *AKZO* (т. 72), *Tetra Pak/Комисия* (т. 41) и *France Télécom* (т. 109), и от друга страна, в рамките на спорове наричани „спорове, при които се злоупотребява с правото на иск“, Комисията установява два кумулативно дадени критерии, за да може да се определят случаите, при които съдебен иск е злоупотреба, като вторият критерий е дали искът е „замислен в рамките на план, чиято цел е премахване на конкуренцията“ (вж. решение от 17 юли 1998 г., *ITT Promedia/Комисия* (Т-111/96, ЕУ:Т:1998:183, т. 55). Дори в тези изключителни случаи обаче сам по себе си субективният елемент не е достатъчен за доказването на неправомерността на поведението.

¹¹⁴ Решения *Tomra* (т. 18—21) и *Generics (UK)* (т. 162 и 164).

¹¹⁵ Вж. Насоките, точка 20.

характерни особености и техния контекст. Извод за такава антиконкурентна логика на дадено поведение може например да се направи от „липсата на каквато и да е обективна икономическа обосновка“¹¹⁶. При липсата на такава логика използването на субективни доказателства може да се окаже особено полезно. Всъщност този вид доказателства са използвани както при ценови практики¹¹⁷, така и при практики, които не са свързани с цените¹¹⁸.

131. Що се отнася до едно от многобройните фактически обстоятелства, които могат да бъдат взети предвид, за да се определи дали има злоупотреба, само органът за защита на конкуренцията трябва да прецени доказателствената стойност на преките доказателства за стратегия за отстраняване. В това отношение релевантни ми се струват следните елементи.

132. Първо, за да бъдат тези доказателства релевантни, дори само като индикация предвид наличието на практика за отстраняване на конкуренти, представляваща злоупотреба, намерението за изключване трябва също да се изразява в годност за изключване¹¹⁹. Следователно анализът на намерението не може да замести анализа на последиците. В това отношение Съдът изрично посочва, че когато предприятието с господстващо положение оспорва, че поведението му е било годно да ограничи конкуренцията, Комисията, наред с останалото „е длъжна и да прецени *евентуалното наличие на стратегия* за отстраняване на конкурентите, които са поне също толкова ефективни“¹²⁰.

133. Второ, такива доказателства могат да бъдат важни индикации за естеството на разглежданото поведение и следователно относно тенденцията му за ограничаване на конкуренцията. Например тези индикации могат да се състоят от доказателства, че предприятието с господстващо положение ясно е очаквало поведението му да има антиконкурентни последици въз основа на анализа му или на познаването му на пазара, като този вид индикации са релевантни с оглед на експертизата на предприятието с господстващо положение относно структурата на пазара, на който осъществява дейност. Така, подкрепена с доказателства, тезата, че такова предприятие възприема стратегия, за да изключи конкурентите си от пазара или за да ги изолира, въз основа на нея логично може да се направи изводът, че това поведение е годно да произведе такива последици.

134. Трето, доказателствената стойност на дадено доказателство за намерение зависи от фактическия контекст. Коментари относно отстраняване, които произлизат от членове на ръководния персонал на предприятието — на които е възложено да оказват решаващо влияние върху практиките на предприятието — или произнесени в рамките на официални представяния имат по-голямо значение от спонтанно изречени коментари¹²¹. Във връзка с това ще припомня, че самата цел на конкуренцията се състои в това предприятията да бъдат насърчавани да се изпреварват помежду си. Поради това изявления, сочещи или очернящи конкурентите, са често явление в среда, за която е характерна основаната на

¹¹⁶ Решение TeliaSonera (т. 88). Вж. в това отношение точка 62 от настоящото заключение.

¹¹⁷ Като практики на хищнически цени (решение AKZO (т. 72), отстъпки за търговска лоялност (вж. решение от 16 март 2000 г., Compagnie maritime belge transports и др./Комисия (C-395/96 Р и C-396/96 Р, EU:C:2000:132), както и в рамките на споразуменията за предоставяне на изключителни права (вж. решение Tomra, т. 19 и 21).

¹¹⁸ По-специално когато предприятието с господстващо положение предявява искиове като злоупотреба с това си право (вж. решение от 17 юли 1998 г., ITT Promedia/Комисия (T-111/96, EU:T:1998:183, т. 55) или заблуждава публичните органи, за да изключи производители на генерични продукти (вж. решение от 1 юли 2010 г., AstraZeneca/Комисия (T-321/05, EU:T:2010:266, т. 359), както и по делата, наречени „pay for delay“ (вж. решение Generics (UK) (т. 161).

¹¹⁹ Вж. в този смисъл заключението на генералния адвокат Wahl по дело Intel Corporation/Комисия (C 413/14 Р, EU:C:2016:788, т. 128).

¹²⁰ Решение Intel (т. 139 и цитираната съдебна практика). Курсивът е мой.

¹²¹ Вж. в този смисъл решение от 30 януари 2007 г., France Télécom/Комисия (T-340/03, EU:T:2007:22, т. 202).

качествата конкуренция, и би трябвало да се считат за релевантни само когато са част от стратегия за изключване. На последно място, струва ми се очевидно, че такива доказателства трябва да се отнасят до периода на разглежданото поведение.

135. Четвърто, наличието на доказателства, с които може да се установи, че предприятието с господстващо положение не е имало намерение да отстрани конкурентите си, може също да е релевантно за целите на изчисляването на глобата и да представлява смекчаващо вината обстоятелство, особено за да се установи дали нарушението е било извършено умишлено или по небрежност¹²².

б) По втората част

136. Що се отнася до втората част, запитващият съд по същество иска да установи дали доказателството, че е имало намерение за отстраняване, служи да обърне тежестта да се докаже антиконкурентният отстраняващ ефект на поведението, като я прехвърли на предприятието с господстващо положение.

137. В това отношение ми се струва логично да се счита, че не би трябвало да има последици в тази насока, свързани с установяването на субективно намерение за ограничаване на конкуренцията, след като това доказателство, което е само обикновено фактическо обстоятелство, не е достатъчно, за да се установи, че такова поведение противоречи на член 102 ДФЕС¹²³. Така тази констатация не би била в основата на оборима презумпция за такова поведение, тъй като не се оказва този подход да е съвместим с обективния характер на понятието за злоупотреба по смисъла на член 102 ДФЕС. Всъщност подобна законова презумпция би могла да доведе до извод за наличието на злоупотреба само от гледна точка на намерението на предприятието с господстващо положение, а това би било в противоречие с цитираната по-горе постоянна практика на Съда.

138. Струва ми се все пак логично, че ако органите за защита на конкуренцията могат да използват този вид доказателства, за да потвърдят наличието на злоупотреба, засегнатите предприятия трябва също да могат да използват вътрешни документи, за потвърдят липсата на намерение за отстраняване¹²⁴. Очевидно обаче е трудно да се приведе такова доказателство за отрицателен факт, и ако се предположи, че е установен, сам по себе си той няма да може да докаже липсата на злоупотреба¹²⁵.

139. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на четвъртия въпрос да се отговори в смисъл, че за да се квалифицира като проява на злоупотреба практика на предприятие с господстващо положение за отстраняване на конкуренти, не е необходимо да се установи субективното му намерение за такова отстраняване. Това намерение обаче може да се вземе предвид като фактическо обстоятелство, по-специално за да се установи,

¹²² Решение Tomra (т. 12). Вж. също и Насоки относно метода за определяне на глобите, налагани по силата на член 23, параграф 2, буква а) от Регламент (ЕО) № 1/2003 (ОВ С 210, 2006 г. стр. 2; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 4, стр. 264, т. 27 и 29).

¹²³ Вж. в този смисъл заключението на генералния адвокат Wahl по дело Intel Corporation/Комисия (C-413/14 P, EU:C:2016:788, т. 128).

¹²⁴ Вж. в този смисъл заключението на генералния адвокат Mazák по дело Tomra Systems и др./Комисия (C-549/10 P, EU:C:2012:55, т. 10).

¹²⁵ Вж. в този смисъл решение Tomra (т. 22).

че поведението е годно да ограничи конкуренцията. Доказването на презумирано намерение за отстраняване на конкуренти не води до обръщане на тежестта да се докаже, че посоченото поведение има характер на злоупотреба.

Д. По петия преюдициален въпрос

140. С петия си въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да установи дали принадлежността към една и съща група от дружества, които са участвали пряко в злоупотребата, е достатъчна, за да се вмени отговорност на дружеството майка, което притежава изцяло капитала на тези дружества, без да е необходимо да се доказва неговото участие в злоупотребата или, най-малко, активно координиране на дружествата, действащи в рамките на групата¹²⁶.

1. По допустимостта

141. AGCM и AIGET изразяват съмнения относно допустимостта на този въпрос, който се отнася за условията за прилагане на презумпцията за отговорност на дружеството майка¹²⁷, поради неотносимостта му за разрешаването на спора, тъй като AGCM не е основал отговорността на ENEL на презумпцията, произтичаща от пълния контрол на SEN и EE, а на прякото му участие в практиките, считани за злоупотреба. Всъщност в хода на разследването на AGCM било разкрито съществуването на истинска групова стратегия — за която следователно отговорност може да носи и ENEL — насочена към прехвърляне на възможно най-голям брой клиенти на действащото на защитения пазар дружество (SEN) към дружеството, на което е възложен свободният пазар (EE).

142. ENEL обаче посочва, че в спорното си решение AGCM е приел, че то носи съвместна отговорност за нарушението, както поради активното си участие в стратегията, представляваща злоупотреба, така и на основание на презумпцията за решаващо влияние. В това отношение поради реструктуриране на организацията в рамките на групата то доказало в достатъчна степен, че вече не упражнява контрол върху дъщерните си дружества при вземането на решения и по този начин оборило презумпцията за решаващо влияние.

143. При положение че условията за прилагане на тази презумпция според констатациите на запитващата юрисдикция са част от поставения за разглеждане пред нея спор и че при всяко положение само националният съд може да прецени, предвид особеностите на делото, както необходимостта от преюдициално заключение, за да може да постанови решението си, така и релевантността на въпросите, които поставя на Съда, считам, че Съдът би трябвало да се произнесе по този въпрос¹²⁸.

¹²⁶ Отбелязвам, че така, както е поставен, въпросът се отнася за всяко дружество от една и съща група, независимо от връзката на контрол с участвалите в злоупотребата дружества. Доколкото в рамките на спора в главното производство този въпрос се поставя само във връзка с отговорността на дружеството майка на групата, предлагам той да се преформулира по такъв начин, че да се отнася за правилата относно възможността дружество майка, което, както в случая, притежава изцяло капитала на извършилите нарушението дъщерни дружества, да носи отговорност.

¹²⁷ Според тази презумпция дружество майка, което притежава 100 % от капитала на дъщерните си дружества, извършили нарушение на правилата на конкуренцията, упражнява решаващо влияние върху поведението им и може да носи отговорност за това нарушение на същото основание като дъщерните си дружества (наричана по-нататък „презумпцията за решаващо влияние“, вж. т. 149 от настоящото заключение).

¹²⁸ Вж. решение от 4 март 2020 г., Schenker (C-655/18, EU:C:2020:157, т. 22).

144. От друга страна ми се струва, че условията за прилагане на презумпцията за решаващо влияние биха могли да са от значение за решаването на спора в главното производство. Всъщност ENEL изтъква пред запитващата юрисдикция, че според установеното от AGCM то е участвало активно в укоримото поведение, без да са взети предвид представените от него документи в подкрепа на факта, че след реструктурирането на групата то вече не упражнява правомощията си за вземане на решения. Ако запитващата юрисдикция обаче установи, че тези доказателства са убедителни, тя ще трябва да се произнесе също и относно прилагането на тази презумпция. Поради това е уместно да се установи дали посочената презумпция може да се приложи и само на основание на принадлежността към групата. Следователно въпросът не е хипотетичен¹²⁹.

2. По същество

145. За да се отговори на петия въпрос по същество, следва да се вземат под внимание трайно установени понятия в правото на конкуренцията като понятието за предприятие и презумпцията за решаващо влияние, на които се основава логиката за възможността за подвеждане под отговорност за нарушение на правилата на конкуренцията¹³⁰.

146. Най-напред, припомням, че авторите на Договорите са решили да използват понятието „предприятие“, за да обозначат извършителя на нарушение на правото на конкуренцията¹³¹. Това автономно понятие на правото на Съюза обозначава всяко образувание, състоящо се от персонални, материални и нематериални елементи, което извършва икономическа дейност, независимо от своя правен статут и начин на финансиране. Така посоченото понятие трябва да бъде схващано като обозначаващо една стопанска единица от гледна точка на предмета на разглежданата антиконкурентна практика, макар от правна гледна точка тази стопанска единица да е съставена от няколко физически или юридически лица¹³².

147. От този избор следва, от една страна, че когато подобен стопански субект нарушава правилата на конкуренцията, съгласно принципа на личната отговорност същият следва да отговаря за това нарушение, и от друга страна, че едно юридическо лице може, при определени условия, да носи лично и солидарно отговорност за антиконкурентното поведение на друго юридическо лице, което принадлежи към същия стопански субект¹³³.

148. От това следва, че дружеството майка може да носи отговорност за неправомерното поведение на дъщерно дружество по-специално когато това дъщерно дружество не определя самостоятелно пазарното си поведение, а по същество изпълнява указанията, които му дава дружеството майка, по-конкретно с оглед на икономическите, организационните и юридическите връзки между тези два правни субекта¹³⁴. Всъщност в подобна ситуация, като се има предвид, че дружеството майка и неговото дъщерно

¹²⁹ Вж. в това отношение точки 260 и 261 от спорното решение, чиято публична версия е достъпна (на италиански език) на интернет страницата на AGCM.

¹³⁰ Правилата за подвеждане под отговорност са припомнени по-специално в решения от 10 септември 2009 г., Akzo Nobel и др./Комисия (C-97/08 P, EU:C:2009:536), и от 27 април 2017 г., Akzo Nobel и др./Комисия (C-516/15 P, EU:C:2017:314).

¹³¹ Решение от 27 април 2017 г., Akzo Nobel и др./Комисия (C-516/15 P, EU:C:2017:314, т. 46 и цитираната съдебна практика).

¹³² Решение Deutsche Telekom II (т. 72 и цитираната съдебна практика).

¹³³ Решение Deutsche Telekom II (т. 73 и цитираната съдебна практика).

¹³⁴ Решение Deutsche Telekom II (т. 74 и цитираната съдебна практика).

дружество са част от една и съща стопанска единица и по този начин съставляват едно предприятие, до дружеството майка може да се адресира решение за налагане на глоби, без да е необходимо да се доказва личното му участие в нарушението¹³⁵.

149. В това отношение съгласно постоянната практика на Съда в особения случай, като този в главното производство, в който дружеството майка притежава (пряко или опосредствано) 100 % от капитала на дъщерното си дружество, нарушило правилата на Съюза в областта на конкуренцията, от една страна, това дружество майка може да упражнява решаващо влияние върху поведението на дъщерното дружество, а от друга страна, съществува оборима презумпция (наричана също „обикновена“), че дружеството майка действително упражнява подобно влияние, освен ако не докаже противното¹³⁶.

150. Такава презумпция означава, освен ако не бъде оборена, че действителното упражняване на решаващо влияние от дружеството майка върху дъщерното му дружество се счита за доказано, така че може да се търси отговорност от първото дружество за поведението на второто, без да е необходимо да се представя никакво допълнително доказателство¹³⁷. Отговорното за неправомерното поведение на дъщерното си дружество дружество майка е осъдено лично за нарушение на правилата на конкуренцията на Съюза, което се разглежда като извършено от него самото, поради решаващото му влияние върху неговото дъщерно дружество, което му е позволило да определя поведението му¹³⁸.

151. Следователно при тези обстоятелства е достатъчно органът за защита на конкуренцията да докаже, че целият капитал на дъщерно дружество е притежаван от неговото дружество майка, за да може да се презумира, че последното действително упражнява решаващо влияние върху търговската политика на това дъщерно дружество. Вследствие на това този орган ще може да приеме дружеството майка за солидарно отговорно за плащането на наложената на неговото дъщерно дружество глоба, освен ако дружеството майка, в чиято тежест е да обори тази презумпция, не представи достатъчно доказателства, че неговото дъщерно дружество има самостоятелно поведение на пазара¹³⁹. Следователно прилагането на презумпцията за решаващо влияние не е поставена в зависимост от представянето на допълнителни индикации, свързани с действителното упражняване на влияние от дружеството майка¹⁴⁰.

152. С оглед на изложеното по-горе принадлежността към една и съща група от дружества, които са участвали пряко в злоупотребата, е достатъчна, за да се вмени отговорност на дружеството майка, което притежава изцяло капитала на тези дружества, без да е необходимо да се представя каквото и да допълнително доказателство, освен ако посоченото дружество майка не представи достатъчно доказателства, за да установи, че тези дружества са действали самостоятелно на пазара.

¹³⁵ Решение от 15 април 2021 г., Italmobiliare и др./Комисия (C-694/19 P, непубликувано, наричано по-нататък „решение Italmobiliare“, EU:C:2021:286, т. 54 и цитираната съдебна практика). Вж. и решения от 14 юли 1972 г., Imperial Chemical Industries/Комисия (48/69, EU:C:1972:70, т. 140), и Deutsche Telekom II (т. 94).

¹³⁶ Вж. решение Italmobiliare (т. 47 и 55 и цитираната съдебна практика).

¹³⁷ Решение Italmobiliare (т. 55). Вж. в този смисъл решение от 16 юни 2016 г., Evonik Degussa и AlzChem/Комисия (C-155/14 P, EU:C:2016:446, т. 30).

¹³⁸ Решение Italmobiliare (т. 56 и цитираната съдебна практика).

¹³⁹ Решение Italmobiliare (т. 48 и цитираната съдебна практика).

¹⁴⁰ Решение от 27 януари 2021 г., The Goldman Sachs Group/Комисия (C-595/18 P, наричано по-нататък „решение Goldman Sachs“, EU:C:2021:73, т. 33 и цитираната съдебна практика).

153. В случая обаче е ясно, че ENEL притежава 100 % от капитала на дъщерните си дружества SEN и EE. Следователно ENEL оспорва не приложимостта на презумпцията за решаващо влияние, а само някои аспекти на това прилагане.

154. На първо място, то изтъква, че само по себе си наличието на отношение на контрол не е достатъчно, за да се санкционира дружество майка за поведението на негово дъщерно дружество, дори при пълен контрол. Според него дори при такава конфигурация е необходимо да се постигне увереност, че дружеството майка има правомощието действително да упражнява решаващо влияние върху дъщерното си дружество.

155. Според мен тези доводи не могат да се приемат. Всъщност от посочената по-горе съдебна практика ясно се установява, че презумпцията за решаващо влияние предполага именно, че действителното упражняване на решаващо влияние се счита за доказано, без да е необходимо да се представят каквото и да е доказателство. Тълкуване в обратен смисъл би противоречало на полезното действие на тази презумпция, при която се изхожда от предпоставката, че пълният контрол върху дъщерно дружество непременно предполага (икономическа) годност за упражняване на такова влияние¹⁴¹. Всъщност Съдът е приел, че тази презумпция се основава не на обикновеното притежаване на капитала на дъщерното дружество само по себе си, а на степента на контрол, до която то води¹⁴².

156. На второ място, ENEL изтъква, че доколкото става въпрос за оборима презумпция, ако дружеството майка представи доказателства, че дъщерното дружество е действало самостоятелно на пазара, органът за защита на конкуренцията трябва да мотивира адекватно различното си становище. В случая ENEL оспорва факта, че е упражнявало решаващо влияние, тъй като вследствие на извършената през 2014 г. основна промяна в структурата на групата то вече нямало роля при вземането на решения или оперативна роля, а само развивало взаимодействието и най-добрите практики между различните действащи дъщерни дружества. В това отношение то представило документи, които обаче не били взети под внимание или били отхвърлени без адекватни мотиви от AGCM.

157. Във връзка с тези доводи се налагат три групи бележки.

158. Първо, що се отнася за тежестта на доказване, доколкото презумпцията за решаващо влияние е оборима, не се спори, че дружеството майка следва да представи доказателствата за липсата на такова влияние¹⁴³. Само представянето на такива доказателства обаче не е достатъчно, за да се размести тежестта на доказване. Всъщност само органът за защита на конкуренцията може да установи дали дружество майка успява да обори презумпцията за решаващо влияние, като докаже, че дъщерното й дружество е самостоятелно. Ако това е така, на дружеството майка няма да може да се вмени отговорност само поради факта че притежава изцяло капитала на дъщерното си дружество¹⁴⁴ и ако реши да преследва дружеството майка, този орган ще трябва да основе отговорността на други конкретни доказателства за решаващо влияние. Всъщност, както в случая, органите за защита на конкуренцията често подкрепят тази презумпция с други фактически обстоятелства¹⁴⁵.

¹⁴¹ Вж. в този смисъл решение от 13 септември 2013 г., Total Raffinage Marketing/Комисия (Т-566/08, ЕУ:Т:2013:423, т. 501 и 502).

¹⁴² Решение Goldman Sachs (т. 35).

¹⁴³ Вж., решение от 16 юни 2016 г., Evonik Degussa и AlzChem/Комисия (С-155/14 Р, ЕУ:С:2016:446, т. 32—34).

¹⁴⁴ Решение от 28 октомври 2020 г., Pirelli & С./Комисия (С-611/18 Р, непубликувано, ЕУ:С:2020:868, т. 74).

¹⁴⁵ Вж. в този смисъл решение Goldman Sachs (т. 40 и цитираната съдебна практика).

159. Второ, относно задължението на органа за защита на конкуренцията да представи мотиви от практиката на Съда следва, че решението за прилагане на правото на конкуренцията трябва да е достатъчно мотивирано по отношение на всеки от адресатите си, особено на тези измежду тях, които трябва да понесат последиците от това нарушение. Така по отношение на дружество майка, считано за отговорно за неправомерното поведение на дъщерното си дружество, такова решение трябва да съдържа подробно изложение на мотивите, което може да обоснове подвеждането на това дружество под отговорност за нарушението¹⁴⁶. Ако такова решение се основава изключително на презумпцията за решаващо влияние, органът за защита на конкуренцията — с риск *de facto* да направи тази презумпция необорима — е длъжен да изложи адекватно причините, поради които посочените правни и фактически доказателства не са били достатъчни, за да обортят посочената презумпция¹⁴⁷.

160. Задължението на органа за защита на конкуренцията да мотивира своите решения по този въпрос произтича по-конкретно от оборимия характер на презумпцията за решаващо влияние. Всъщност припомням, че Съдът е постановил, че тази презумпция цели да въведе равновесие между, от една страна, целта да се накажат поведението в нарушение на правилата на конкуренцията и да се предотврати тяхното повторно извършване, и от друга страна, изискванията на някои общи принципи на правото на Съюза, като по-конкретно принципите на презумпция за невинност, на индивидуализиране на наказанията и на правната сигурност, както и правото на защита, включително принципа на равни процесуални възможности. Именно поради тази причина презумпцията е оборима¹⁴⁸. Впрочем Съдът приема, че обстоятелството, че е трудно да се приведат доказателствата, необходими да се обори презумпцията за решаващо влияние, не означава само по себе си че тя *de facto* би била необорима и следователно ще противоречи на принципа на презумпция за невинност¹⁴⁹.

161. Следва да се припомни обаче, че Съдът е постановил, че Комисията при все това не е длъжна в подобен контекст да взема отношение по обстоятелства, които явно нямат връзка със случая, нямат значение или са очевидно второстепенни¹⁵⁰. Освен това задължението за мотивиране не означава, че в изложението си тя е длъжна непременно да следва изчерпателно и едно по едно всички представени от страните по спора съображения. В този смисъл мотивите могат да бъдат и имплицитни, при условие че дават възможност на заинтересованите лица да се запознаят с причините, на които се основава решението, а на съдебния орган — да упражни контрол в производството по обжалване въз основа на достатъчно данни¹⁵¹. Тези принципи биха могли да се приложат по аналогия и по отношение на националните органи за защита на конкуренцията.

162. Трето, като не искам да навлизам в окончателната преценка, която ще бъде приета от запитващата юрисдикция по главното производство, припомням, че Съдът вече е имал повод да уточни, първо, че сам по себе си фактът, че (изцяло) контролираните дружества се ползват с известна самостоятелност при извършваните от тях промишлени дейности, че

¹⁴⁶ Вж. по аналогия решение от 2 октомври 2003 г., *Aristrain/Комисия* (C-196/99 P, EU:C:2003:529, т. 93—101).

¹⁴⁷ Вж. в този смисъл решения от 29 септември 2011 г., *Elf Aquitaine/Комисия* (C-521/09 P, EU:C:2011:620, т. 153), от 14 септември 2017 г., *LG Electronics и Koninklijke Philips Electronics/Комисия* (C-588/15 P и C-622/15 P, EU:C:2017:679, т. 87), и от 28 октомври 2020 г., *Pirelli & C./Комисия* (C-611/18 P, непубликувано, EU:C:2020:868, т. 45).

¹⁴⁸ Вж. решения от 8 май 2013 г., *Eni/Комисия* (C-508/11 P, EU:C:2013:289, т. 57—59), и *Italmobiliare* (т. 57).

¹⁴⁹ Решение *Italmobiliare* (т. 58 и цитираната съдебна практика).

¹⁵⁰ Вж. решения от 29 септември 2011 г., *Elf Aquitaine/Комисия* (C-521/09 P, EU:C:2011:620, т. 154 и цитираната съдебна практика), и от 28 октомври 2020 г., *Pirelli & C./Комисия* (C-611/18 P, непубликувано, EU:C:2020:868, т. 46).

¹⁵¹ Вж. по аналогия решение от 26 ноември 2013 г., *Groupe Gascogne/Комисия* (C-58/12 P, EU:C:2013:770, т. 37—39).

дружеството майка е играло само ролята на технически и финансов координатор или че е предоставяло на тези дружества финансова и имуществена помощ, не е достатъчен, за да обори презумпцията за решаващо влияние¹⁵². На следващо място, Съдът е постановил също, че обстоятелството, че дадено образувание е „финансов холдинг“, който няма качеството „предприятие“, не може да засегне прилагането спрямо него на тази презумпция¹⁵³. На последно място, Съдът е отхвърлил доводите, че прилагането на посочената презумпция към „финансов холдинг“ би нарушило член 14 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, подписана в Рим на 4 ноември 1950 г., членове 17 и 21 от Хартата на основните права на Европейския съюз, както и член 345 ДФЕС, доколкото ще доведе до произволно и необосновано различно третиране на различните режими на собственост¹⁵⁴.

163. Предвид изложените по-горе съображения предлагам на петия въпрос да се отговори в смисъл, че принадлежността на дружество майка към група от дружества, състояща се по-специално от изцяло притежавани от него дъщерни дружества, участвали пряко в злоупотреба по смисъла на член 102 ДФЕС, е достатъчна, за да се презумира, че това дружество майка е упражнявало решаващо влияние върху политиката на тези дъщерни дружества, така че органът за защита на конкуренцията би могъл да го подведе под отговорност за това поведение, без да е необходимо да доказва участието му в злоупотребата. Тежестта да обори тази оборима презумпция, като представи доказателства, че дъщерните дружества са действали самостоятелно на пазара, носи посоченото дружество майка. В такъв случай този орган е длъжен да изложи адекватно съображенията, поради които счита, че тези доказателства не са достатъчни, за да оборят посочената презумпция, освен ако той не приеме, че тези доказателства явно нямат връзка със случая, нямат значение или са очевидно второстепенни.

IV. Заключение

164. С оглед на изложеното по-горе предлагам на Съда да отговори на поставените от Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) преюдициални въпроси по следния начин:

„1) Член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че практика, прилагана от предприятие с господстващо положение, независимо от нейната законосъобразност с оглед на клоновете на правото, различни от правото на конкуренцията, не може да се квалифицира като злоупотреба по смисъла на тази разпоредба, само защото е годно да има отстраняващ ефект на релевантния пазар; това поведение не трябва да се приравнява на ограничителен за конкуренцията ефект, освен ако не бъде доказано, че посоченото предприятие е използвало средства, различни от характерните за основаната на качествата конкуренция. По принцип практика за отстраняване на конкуренти, която те могат да възпроизведат по икономически жизнеспособен начин, не представлява поведение, което е в състояние да доведе до антиконкурентно препятстване и следователно спада към основаната на качествата конкуренция.

¹⁵² Решение от 8 май 2013 г., Eni/Комисия (C-508/11 P, EU:C:2013:289, т. 64).

¹⁵³ Решение Italmobiliare (т. 41).

¹⁵⁴ Решение Italmobiliare (т. 62 и 63).

- 2) Член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че с него се цели забраната не само на практиките за отстраняване на конкуренти, които могат да причинят пряка вреда на потребителите — което е крайната цел на тази разпоредба — но и на поведението, което може да ги засегне опосредствано, поради отражението му върху структурата на пазара и оттам върху запазването на ефективна конкуренция. Органите за защита на конкуренцията трябва да докажат, че такава практика за отстраняване на конкуренти засяга структурата на ефективна конкуренция, като същевременно проверят дали тя не може да причини и реална или потенциална вреда на тези потребители.
- 3) Член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че за да установи наличието на злоупотреба с господстващо положение, органът за защита на конкуренцията трябва да докаже, с оглед на всички релевантни обстоятелства и предвид по-специално доказателствата, представени от предприятието с господстващо положение, че поведението на това предприятие е било годно да ограничи конкуренцията, като в това отношение анализира и доказателствата, на които се позовава предприятието с господстващо положение, че съответното поведение не е произвело антиконкурентни последици на релевантния пазар.
- 4) Член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че за да се квалифицира като проява на злоупотреба практика на предприятие с господстващо положение за отстраняване на конкуренти, не е необходимо да се установи субективното му намерение за такова отстраняване. Това намерение обаче може да се вземе предвид като фактическо обстоятелство, по-специално за да се установи, че това поведение е годно да ограничи конкуренцията. Доказването на презумирано намерение за отстраняване на конкуренти не води до обръщане на тежестта да се докаже, че посоченото поведение има характер на злоупотреба.
- 5) Принадлежността на дружество майка към група от дружества, състояща се по-специално от изцяло притежавани от него дъщерни дружества, участвали пряко в злоупотреба по смисъла на член 102 ДФЕС, е достатъчна, за да се презумира, че това дружество майка е упражнявало решаващо влияние върху политиката на тези дъщерни дружества, така че органът за защита на конкуренцията би могъл да го подведе под отговорност за това поведение, без да е необходимо да доказва участието му в злоупотребата. Тежестта да обори тази оборима презумпция, като представи доказателства, че дъщерните дружества са действали самостоятелно на пазара, носи посоченото дружество майка. В такъв случай този орган е длъжен да изложи адекватно съображенията, поради които счита, че тези доказателства не са достатъчни, за да оборят посочената презумпция, освен ако той не приеме, че тези доказателства явно нямат връзка със случая, нямат значение или са очевидно второстепенни“.