



Teismo praktikos rinkinys

GENERALINIO ADVOKATO
ATHANASIOS RANTOS IŠVADA,
pateikta 2021 m. gruodžio 9 d.¹

Byla C-377/20

**Servizio Elettrico Nazionale SpA,
ENEL SpA,
Enel Energia SpA
prieš
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,
dalyvaujant:
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**

(*Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba, Italija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Prašymas priimti prejudicinį sprendimą – Konkurencija – Dominuojanti padėtis –
Piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi – SESV 102 straipsnis – Elektros energijos
pardavimo rinkos atvėrimas konkurencijai – Neskelbtinos komercinės informacijos naudojimas
dominuojančioje įmonių grupėje – Patronuojamosios bendrovės veiksmų inkriminavimas
patronuojančiai bendrovei“

I. Įvadas

1. Šiame prašyme priimti prejudicinį sprendimą keliama daug klausimų, susijusių su
SESV 102 straipsnio nuostatų dėl dominuojančių įmonių piktnaudžiavimo antikonkurenciniu
elgesiu aiškinimu ir taikymu.

¹ Originalo kalba: prancūzų.

2. Pagrindinėje byloje *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (toliau – AGCM)² nagrinėtas elgesys yra susijęs su Italijos elektros energijos tiekimo rinkos atvėrimu: trys *ENEL SpA* grupės (rinkos senbuvės) bendrovės neva įgyvendino strategiją, kuria iš esmės siekė apsunkinti konkurentų patekimą į liberalizuotą rinką. Kalbant konkrečiau, pagal šią strategiją buvo diskriminuojant naudojami saugomos rinkos klientų duomenys, kurie iki liberalizavimo buvo prieinami *Servizio Elettrico Nazionale SpA* (toliau – SEN), t. y. vienai iš ENEL grupės bendrovių, šios rinkos valdytojai. Šiuos duomenis siekta panaudoti teikiant šios rinkos klientams komercinius pasiūlymus pradėti naudotis kitos ENEL grupės narės paslaugomis, t. y. raginant klientus pereiti nuo SEN prie laisvoje rinkoje veikiančios grupės patronuojamosios bendrovės, t. y. *Enel Energia SpA* (toliau – EE). Ateityje panaikinus šią saugomą rinką, tai turėtų padėti išvengti masiško klientų perėjimo pas trečiuosius tiekėjus.

3. Štai tokiomis aplinkybėmis prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas ragina Teisingumo Teismą patikslinti tam tikrus sąvokos „piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi“ aspektus, kaip jie suprantami pagal SESV 102 straipsnį, t. y.

- piktnaudžiavimo sudedamąsias dalis, pagal kurias būtų galima atskirti „įprastą“ konkurenciją nuo „iškreiptosios“,
- filosofiniu požiūriu – pagal SESV 102 straipsnį saugomus interesus, siekiant nustatyti, į kokius įrodymus reikia atsižvelgti vertinant, ar būta piktnaudžiavimo,
- dominuojančių įmonių *ex post* pateiktų įrodymų priimtinumą ir tinkamumą siekiant įrodyti, kad įtariamas piktnaudžiavimas neturėjo realaus poveikio, ir užginčyti galimybę, kad šis elgesys gali daryti ribojamąjį poveikį, taip pat
- ketinimo apriboti konkurenciją svarbą vertinant, ar tam tikras elgesys yra piktnaudžiavimas.

4. Nors dabartinėje jurisprudencijoje yra tam tikrų gairių, kuriomis galima vadovautis siekiant atsakyti į šiuos klausimus, dėl tam tikrų ypatybių ši byla yra labai svarbi.

5. Visų pirma prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pagrindinėje byloje nagrinėjamą elgesį teisingai apibūdino kaip „netipišką“, nes jo negalima priskirti prie SESV 102 straipsnyje išvardytų elgesio tipų ir toks elgesys iki šiol nebuvo sistemingai nagrinėtas nacionalinių institucijų ar Europos Komisijos sprendimuose. Šiuo klausimu pažymiu, kad Sąjungos teismai jau turėjo progos taikyti SESV 102 straipsnį, nagrinėdami bylas dėl rinkų liberalizavimo, kad užtikrintų naujoms įmonėms sąžiningą prieigą prie liberalizuotos rinkos. Tačiau šios bylos daugiausia buvo susijusios su tinklų pramonės rinkos senbuvio antikonkurenciniu elgesiu išstumiant konkurentus kainodaros priemonėmis³. Taigi nagrinėdamas šią bylą Teisingumo Teismas turi progą išgildinti daugiau SESV 102 straipsnio

² Konkurencijos ir rinkos priežiūros tarnyba, Italija.

³ Žr. Teisingumo Teismo 2009 m. balandžio 2 d. Sprendimą *France Télécom / Komisija* (C-202/07 P, toliau – Sprendimas *France Télécom*, EU:C:2009:214); 2010 m. spalio 14 d. Sprendimą *Deutsche Telekom / Komisija* (C-280/08 P, toliau – Sprendimas *Deutsche Telekom I*, EU:C:2010:603); 2012 m. kovo 27 d. Sprendimą *Post Danmark* (C-209/10, toliau – Sprendimas *Post Danmark I*, EU:C:2012:172); 2021 m. kovo 25 d. Sprendimą *Deutsche Telekom / Komisija* (C-152/19 P, toliau – Sprendimas *Deutsche Telekom II*, EU:C:2021:238), taip pat Bendrojo Teismo 2012 m. kovo 29 d. Sprendimą *Telefónica et Telefónica de España / Komisija* (T-336/07, EU:T:2012:172) ir 2015 m. gruodžio 17 d. Sprendimą *Orange Polska / Komisija* (T-486/11, EU:T:2015:1002). Daugelyje šių bylų taip pat nustatyti SESV 106 straipsnio 1 dalies, siejamos su SESV 102 straipsniu, pažeidimai (žr. 2015 m. kovo 25 d. Sprendimą *Slovenská pošta / Komisija* (T-556/08, EU:T:2015:189) ir 2016 m. gruodžio 15 d. Sprendimą *DEI / Komisija* (T-169/08 RENV, EU:T:2016:733)).

taikymo liberalizuotoms rinkoms problemų, kylančių būtent tais atvejais, kai piktnaudžiavimas grindžiamas rinkos senbuvio konkurenciniu pranašumu, teisėtai įgytu „paveldint“ buvusią teisėtą monopoliją, kaip antai prekių ženklo įvaizdį, žinomumą ar klientus⁴.

6. Be to, nagrinėdamas šią bylą Teisingumo Teismas galės aiškiai apibendrinti savo jurisprudenciją, suformuotą priėmus sprendimus *TeliaSonera*⁵, *Post Danmark I* ir *Post Danmark II*⁶, *Intel*⁷, *Generics (UK)*⁸ ir *Deutsche Telekom II*, kuriuose jis parodė, kad jam priimtinas ne toks formalus požiūris į elgesio piktnaudžiaujamojo pobūdžio įvertinimą, grindžiamą poveikio nagrinėjimu atsižvelgiant tiek į jo teises ypatybes, tiek į ekonomines sąlygas. Kalbant konkrečiau, šioje byloje Teisingumo Teismas galės nustatyti, ar tam tikri principai, suformuluoti remiantis šiais pastarojo meto sprendimais dėl antikonkurencinio elgesio nustatant kainas, ir konkrečiai – „tokio pat produktyvaus konkurento“ kriterijus, gali būti taikomi vertinant su kainomis nesusijusį antikonkurencinį elgesį, kaip antai nagrinėjamą pagrindinėje byloje.

7. Galiausiai ši byla ypač svarbi tuo, kad nagrinėjamas elgesys yra susijęs su piktnaudžiavimu naudojantis duomenų bazėmis, o tai labai svarbus galios rodiklis tam tikrose rinkose, net ir nesusijusiose su skaitmenine ekonomika. Todėl pateiktos nuorodos ateityje galės pasitarnauti pagal SESV 102 straipsnį vertinant elgesį, susijusį su duomenų naudojimu.

II. Pagrindinė byla, prejudiciniai klausimai ir procesas Teisingumo Teisme

8. Ši byla susijusi su Italijoje vykstančiu laipsnišku elektros energijos tiekimo mažmeninės rinkos liberalizavimo procesu.

9. Iš pradžių šios rinkos atvėrimui buvo būdinga tai, kad buvo atskirti klientai, kurie „atitinka reikalavimus“, kad galėtų laisvoje rinkoje pasirinkti kitą tiekėją nei teritorinę kompetenciją turintis platintojas, ir „priklausomi“ klientai – privatūs asmenys ir mažos įmonės – kurie laikomi nepajėgiais derėtis dėl energetikos produktų, žinodami visas aplinkybes ar būdami galios pozicijoje, todėl naudojosi reguliuojama tvarka, t. y. „didesnės apsaugos paslauga“ – saugoma rinka, kurioje galiojusios pardavimo sąlygos būdavo nustatomos kontroliuojant atitinkamo sektoriaus nacionalinei reguliavimo institucijai.

10. Vėliau šiems „priklausomiems“ klientams taip pat buvo leista laipsniškai ištraukti į laisvąją rinką. Italijos teisės aktų leidėjas numatė galutinio perėjimo nuo saugomos rinkos į laisvąją rinką – kurioje šie klientai galėtų be jokios apsaugos laisvai pasirinkti geriausiai jų poreikius atitinkantį pasiūlymą – datą, nuo kurios nebebus taikoma speciali kainų apsauga. Šis perėjimas buvo kelis kartus atidėtas, kol mažoms ir vidutinėms įmonėms buvo nustatyta 2021 m. sausio 1 d., o namų ūkiams – 2022 m. sausio 1 d. perėjimo data.

11. Tokiomis aplinkybėmis ENEL, kuri buvo vertikaliai integruota įmonė, Italijoje turėjo elektros energijos gamybos monopoliją ir vykdė jos paskirstymą, buvo pradėta taikyti atsiejimo (angl. „unbundling“) procedūra, siekiant užtikrinti skaidrias ir nediskriminacines sąlygas naudotis pagrindine gamybos ir paskirstymo infrastruktūra. Užbaigus šią procedūrą, įvairūs paskirstymo

⁴ Kaip nacionalinės sprendimų praktikos pavyzdį žr. 2013 m. gruodžio 17 d. Prancūzijos konkurencijos tarybos sprendimą Nr. 13-D-20 dėl EDF veiksmų fotovoltinės elektros energijos gamybai skirtų paslaugų sektoriuje (286–293 ir 294–296 punktai).

⁵ 2011 m. vasario 17 d. Sprendimas *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, toliau – Sprendimas *TeliaSonera*, EU:C:2011:83).

⁶ 2015 m. spalio 6 d. Sprendimas *Post Danmark* (C-23/14, toliau – Sprendimas *Post Danmark II*, EU:C:2015:651).

⁷ 2017 m. rugsėjo 6 d. Sprendimas *Intel / Komisija* (C-413/14 P, toliau – Sprendimas *Intel*, EU:C:2017:632).

⁸ 2020 m. sausio 30 d. Sprendimas *Generics (UK) ir kt.* (C-307/18, toliau – Sprendimas *Generics (UK)*, EU:C:2020:52).

proceso etapai buvo priskirti atskiroms įmonėms, t. y. *E-Distribuzione* tapo paskirstymo paslaugų koncesininke; EE – elektros energijos tiekėja laisvojoje rinkoje, o SEN – būtent „didesnės apsaugos paslaugos“ valdytoja.

12. Šis ginčas kilo AGCM gavus skundą, kurį pateikė *Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader* (Italijos energetikos didmenininkų ir prekybininkų asociacija, toliau – AIGET), ir individualių vartotojų pranešimus apie tai, kad ENEL grupei priklausantys operatoriai, turintys neskelbtiną komercinę informaciją, neteisėtai ja naudojasi. Tokiomis aplinkybėmis 2017 m. gegužės 4 d. AGCM pradėjo ENEL SEN ir EE veiklos tyrimą, siekdama patikrinti, ar aptariamų bendrovių bendrais veiksmais buvo pažeistas SESV 102 straipsnis.

13. Šis tyrimas buvo baigtas priėmus 2018 m. gruodžio 20 d. sprendimą (toliau – ginčijamas sprendimas), jame AGCM konstatavo, kad SEN ir EE, koordinuojamos patronuojančiosios bendrovės ENEL, nuo 2012 m. sausio mėn. iki 2017 m. gegužės mėn. pažeidė SESV 102 straipsnį ir taip nusikalto piktnaudžiaudamos dominuojančia padėtimi elektros energijos pardavimo namų ūkio ir kitiems prie žemos įtampos tinklo prijungtiems vartotojams rinkose tose zonose, kur paskirstymo veiklą valdė ENEL grupė (toliau – atitinkama rinka). Todėl AGCM minėtoms bendrovėms solidariai skyrė 93 084 790,50 eurų baudą.

14. Inkriminuojamas elgesys pasireiškė antikonkurencinės strategijos įgyvendinimu atitinkamoje rinkoje siekiant, kad klientai „pereitų“ iš SEN (saugomos rinkos valdytojos) į EE (laisvoje rinkoje veikiančią įmonę). ENEL grupė, be kita ko, siekė išvengti masinio SEN klientų perėjimo pas trečiuosius tiekėjus po būsimo saugomos rinkos panaikinimo (kuris dar neįvyko), kuris pagal nuo 2015 m. įstatymo projektuose aptariamą tvarką galėtų nulemti šių naudotojų persikirstymą „aukciono būdu“.

15. Pasak AGCM, SEN šiuo tikslu visų pirma būtų gavusi saugomos rinkos klientų sutikimą gauti komercinius pasiūlymus laisvojoje rinkoje „diskriminacinėmis sąlygomis“, t. y. atskirai paprašiusi to sutikimo iš ENEL grupės bendrovių ir iš trečiųjų asmenų. Tokius prašymus gavę klientai būtų linkę, pirma, duoti sutikimą ENEL grupės bendrovėms, nes iš tikrųjų būtų manę, kad tokio sutikimo suteikimas buvo būtinas ir naudingas siekiant valdyti sutartinius santykius su jų tiekėju, ir, antra, atsisakyti duoti sutikimą kitiems operatoriams. SEN būtų taikiusi su EE konkuruojantiems operatoriams laisvojoje rinkoje prieinamų asmeninių duomenų kiekio apribojimą, nes sutikimų gauti konkuruojančių operatorių komercinius pasiūlymus skaičius sudarė vos 30 % visų gautų sutikimų. Saugomos rinkos klientų, kurie sutiko gauti komercinius pasiūlymus, pavardės ir pavadinimai buvo įtraukti į specialius sąrašus (toliau – SEN sąrašai).

16. Antra, antikonkurencinė strategija vėliau įgyvendinta EE pasinaudojus SEN sąrašais, siekiant pateikti komercinius pasiūlymus (t. y. pasiūlymus „Visada su tavimi“ (it. „Sempre con Te“) saugomos rinkos klientams, kad tie klientai pereitų iš saugomos rinkos į laisvąją rinką. Taigi ENEL, tarpininkaujant SEN, konkurentams neprieinamomis sąlygomis perdavė SEN sąrašus savo patronuojamajai bendrovei EE. AGCM teigimu, šie SEN sąrašai turi „nepakeičiamą strateginę vertę“, nes juose pateikiama niekur kitur neprieinama informacija, t. y. duomenys apie naudotojams teikiamą „geresnės apsaugos paslaugą“, kuriuos turėdama EE gali teikti tiktai šios kategorijos klientams skirtus pasiūlymus. Galiausiai minėtų SEN sąrašų naudojimas turėjo „paprastą potencialiai ribojamąjį poveikį“, nes jais disponuodama EE galėjo iš savo konkurentų atimti didelę (didesnę nei 40 %) „ginčytinos“ iš saugomos rinkos į laisvąją rinką pereinančių klientų paklausos dalį.

17. ENEL grupės bendrovės pareiškė atskirus ieškinius dėl ginčijamo sprendimo *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* (Lacijaus regiono administracinis teismas, Italija) – pirmosios instancijos teismui.

18. Šis teismas, 2019 m. spalio 17 d. sprendimuose konstatavęs piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, iš dalies patenkino EE ir SEN pareikštus ieškinius dėl įtariamo piktnaudžiavimo trukmės ir dėl apskaičiuojant šią baudą taikytų kriterijų. Vykdydama šiuos sprendimus AGCM sumažino baudos dydį iki 27 529 786,46 eurų. Tačiau minėtas teismas visiškai atmetė ENEL pareikštą ieškinį ir taip pat patvirtino skirtą sankciją.

19. Šios trys bendrovės atskirai apskundė šiuos teismo sprendimus *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba, Italija), kuris yra prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, siekdamas, kad sprendimai, kuriais skirtos baudos, būtų panaikinti arba, jeigu šis reikalavimas nebūtų patenkintas, dar kartą būtų sumažinta skirta bauda.

20. Grįsdamos apeliacinius skundus, apeliančės, be kita ko, nurodė, kad, pirma, nebuvo įrodyta, kad jų elgesys buvo piktnaudžiavimas ir, be kita ko, kad jis (potencialiai) galėjo turėti antikonkurencinį poveikį.

21. Visų pirma paprastas kliento vardo įtraukimas į nuotolinės rinkodaros sąrašą, siekiant reklamuoti patrunuojamųjų bendrovių paslaugas, nėra piktnaudžiavimas, nes nenulemia jokio įsipareigojimo tiekti produktą ir netrukdo klientui būti įtrauktam į kitus sąrašus, gauti komercinius pranešimus ir bet kuriuo metu, net ir kelis kartus, pasirinkti tiekėją ar jį pakeisti.

22. Be to, apeliančių teigimu, SEN sąrašų naudojimas negalėjo nulemti greito ir masiško SEN klientų perėjimo pas EE. Iš tikrųjų nuo 2017 m. kovo mėn. iki gegužės mėn., t. y. per du mėnesius nuo pasiūlymo „Sempre con Te“ platinimo pradžios iki pardavimo telefonu užbaigimo (angl. „teleselling outbound“), EE, pasinaudodama SEN sąrašais, pritraukė vos 478 klientus, t. y. 0,002 % „geresnės apsaugos paslaugos“ naudotojų ir 0,001 % visų elektros energijos vartotojų. Be to, AGCM neišnagrinėjo apeliančių pateiktų ekonominių įrodymų, patvirtinančių, kad nustatyti veiksmai negalėjo turėti ir neturėjo konkurenciją ribojančio poveikio. Šiuo atžvilgiu teigiami rezultatai, EE pasiekti pritraukiant klientus, kurie naudojosi „geresnės apsaugos paslauga“, sietini su dviem visiškai teisėtais veiksniais, kuriais remiantis galima pateikti alternatyvų ir įtikinamesnį paaiškinimą nei tas, kurį siūlo AGCM, t. y. pirma, kad ENEL grupės bendrovės, tarp jų ir šių klientų atžvilgiu kompetentingas teritorinis platintojas, laisvojoje rinkoje dirba veiksmingiau, ir, antra, kad ENEL yra patrauklus prekių ženklas.

23. Galiausiai SEN sąrašai neturi strateginės reikšmės ir nėra nepakeičiami, nes rinkoje galima pigiau gauti išsamesnius nei SEN sąrašai analogiškus „geresnės apsaugos paslaugos“ klientų sąrašus.

24. Antra ENEL ginčijo tai, kad AGCM taikė paprastą prezumpciją, pagrindžiančią jos, kaip patrunuojančiosios bendrovės, atsakomybę. Šiuo klausimu ji teigia, kad nuo 2014 m. buvo vykdoma intensyvaus ENEL grupės organizacinio pertvarkymo operacija, kurią užbaigus buvo decentralizuoti sprendimų priėmimo procesai. Tokioje pakeistoje organizacinėje struktūroje patrunuojančioji bendrovė neteko sprendimų priėmėjos vaidmens ir jos funkcija buvo tik skatinti skirtingą veiklą vykdančių bendrovių sinergiją bei geriausiąją patirtį.

25. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismo, kuris sujungė visus tris ieškinius, nuomone, nekyla abejonių, kad ENEL grupė užima dominuojančią padėtį byloje nagrinėjamoje rinkoje. Tačiau kyla problemų aiškinant sąvoką „piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi“, ypač kai turimas omenyje „netipiškas“ piktnaudžiavimas, kaip antai nagrinėjamas pagrindinėje byloje, kuriuo siekiama užkirsti kelią konkurentų pasiūlos augimui ar diversifikavimui, nes, pirma, SESV 102 straipsnyje nėra pateikta išsamių jos apibrėžties parametrų ir, antra, tradicinis išnaudojamojo piktnaudžiavimo ir antikonkurencinio piktnaudžiavimo atskyrimas yra nereikšmingas.

26. Iš tikrųjų, kad galėtų konstatuoti piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, be kita ko, nori sužinoti, kiek reikia atsižvelgti į ENEL grupės strategiją, kuria, kaip matyti iš AGCM surinktų dokumentų, buvo siekiama sutrukdyti SEN klientams pereiti pas konkurentus, ar į tai, kad patys šios grupės veiksmai yra teisėti, nes SEN sąrašai buvo gauti teisėtai. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiame teismui taip pat kyla klausimas, ar pakanka, kad dėl nagrinėjamo elgesio konkurentai galėtų būti pašalinti iš atitinkamos rinkos, nes ši grupė per tyrimą pateikė ekonominių tyrimų duomenis, kuriais siekiama įrodyti, kad jos elgesys neturėjo konkretaus antikonkurencinio poveikio. Galiausiai nustatant įmonių grupės piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi kyla klausimas, ar turi būti pateikti aktyvaus įvairių grupės viduje veikiančių bendrovių veiklos koordinavimo įrodymai, ar pakanka vien priklausyti šiai grupei, kad būtų konstatuotas dalyvavimas piktnaudžiaujant, net jei ta grupės įmonė nepiktnaudžiaavo.

27. Šiomis aplinkybėmis abejodama dėl SESV 102 straipsnio išaiškinimo *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba, Italija) nusprendė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir pateikti Teisingumo Teismui šiuos penkis prejudicinius klausimus:

- „1. Ar veiksmai, susiję su piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi, gali būti savaime teisėti ir laikomi „piktnaudžiavimu“ tik dėl jų (galimo) ribojamojo poveikio atitinkamai rinkai? Ar šiems veiksams taip pat turi būti būdingas konkretus neteisėtumo požymis, kurį sudaro „kitų negu įprasti konkurencinių metodų (arba priemonių)“ taikymas? Kokiais kriterijais remiantis pastaruoju atveju galima atskirti „įprastą“ konkurenciją nuo „iškreiptosios“?
2. Ar nuostata, pagal kurią draudžiamas piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi, siekiama padidinti vartotojų gerovę ir teismas turi nustatyti, ar ši gerovė sumažėjo arba galėtų sumažėti? Ar nuostata, pagal kurią draudžiami konkurencijos pažeidimai, savaime siekiama išsaugoti konkurencinę rinkos struktūrą, kad būtų užkirstas kelias ekonominės galios struktūrų, kurios laikytinos žalingomis visuomenei, kūrimui?
3. Ar tuo atveju, kai piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi pasireiškė mėginimu užkirsti kelią esamo konkurencijos lygio išlaikymui arba jos plėtrai, dominuojančią padėtį užimančiai įmonei vis dėlto gali būti leidžiama įrodyti, kad, nepaisant teoriškai galimo ribojamojo poveikio, jos veiksmai neturėjo konkretaus pažeidimo požymių? Jeigu į šį klausimą būtų atsakyta teigiamai, siekiant įvertinti netipiško piktnaudžiavimo padėtimi norint iš rinkos pašalinti konkurentus buvimą, ar SESV 102 straipsnį reikia aiškinti taip, kad Taryba yra įpareigota konkrečiu atveju įvertinti šalies pateiktą ekonominę analizę dėl to, ar konkrečiais tiriamais veiksmais ji galėjo pašalinti savo konkurentus iš rinkos?

4. Ar piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi reikia vertinti tik pagal jo poveikį (net jeigu jis yra tik galimas) rinkai, neatsižvelgiant į subjektyvius atskiros įmonės motyvus? Ar ketinimo apriboti konkurenciją įrodymas yra kriterijus, kuris gali būti (net išimtinai) taikomas vertinant dominuojančią padėtį užimančios įmonės piktnaudžiavimą; arba ar šio subjektyviojo požymio įrodymas yra svarbus tik siekiant perkelti įrodinėjimo pareigą dominuojančią padėtį užimančiai įmonei (kuri šiuo atveju turi pateikti įrodymą, kad konkurencija rinkoje nėra pašalinama)?
5. Ar tuo atveju, kai dominuojanti padėtis yra susijusi su keliomis tai pačiai įmonių grupei priklausančiomis įmonėmis, priklausymo šiai grupei pakanka tam, kad būtų galima daryti prielaidą, jog įmonės, kurios neatliko piktnaudžiavimo veiksmų, taip pat dalyvavo darant pažeidimą – šiuo atveju Tarnybai pakaktų įrodyti, kad bendroje dominuojančioje grupėje veikiančios įmonės sąmoningai veikė lygiagrečiai, net ir nesant neteisėto susitarimo; ar vis dėlto reikia (kaip antai kartelių draudimo atveju) pateikti, net ir netiesioginį, situacijos, kad įvairios dominuojančią padėtį užimančiai grupei priklausančios įmonės koordinavo ir derino veiksmus, įrodymą, visų pirma kad būtų įrodytas patronuojančiosios bendrovės dalyvavimas?“

28. Rašytines pastabas Teisingumo Teismui pateikė SEN, EE, ENEL, viena šalis, ir AGCM, kita šalis – kaip atitinkamai ieškovės ir atsakovė pagrindinėje byloje, AIGET ir *Green Network SpA* – kaip į pagrindinę bylą įstojusios šalys, Italijos ir Norvegijos vyriausybės bei Europos Komisija. Savo pastabose SEN, EE ir Norvegijos vyriausybė sutelkė dėmesį į pirmąjį–ketvirtąjį klausimus, o ENEL išnagrinėjo tikrai penktąjį klausimą.

29. Be to, visos šios šalys, išskyrus ENEL, išdėstė savo nuomonę per 2021 m. rugsėjo 9 d. įvykusį posėdį. Vokietijos vyriausybė ir Europos laisvosios prekybos asociacijos (ELPA) priežiūros institucija, kurios nepateikė rašytinių pastabų, per šį posėdį irgi išdėstė savo argumentus.

III. Analizė

A. Dėl pirmojo prejudicinio klausimo

30. Pirmuoju prejudiciniu klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas siekia išsiaiškinti, ar ne pagal konkurencijos teisę „visiškai teisėtais“ laikomi dominuojančią padėtį užimančios įmonės veiksmai gali būti kvalifikuojami kaip „piktnaudžiavimas“, kaip tai suprantama pagal SESV 102 straipsnį, vien dėl (potencialaus) ribojamojo poveikio, ar šiam elgesiui taip pat turi būti būdingas konkretus „objektyvaus neteisėtumo“ elementas, kurį sudaro kitos nei „įprastoje konkurencijoje“ naudojamos priemonės. Pastaruoju atveju Teisingumo Teismo prašoma nurodyti kriterijus, pagal kuriuos nustatoma konkreti riba, skirianti „įprastą“ ir „iškreiptąją“ konkurenciją⁹.

31. Iš tikrųjų šį prejudicinį klausimą sudaro keturios tarpusavyje susijusios dalys, kurias dėl paprastumo aptarsiu tokia tvarka, kokia jos išdėstytos:

- pirmoji susijusi su veiksmų teisėtumo svarba atsižvelgiant į kitas teisės šakas nei konkurencijos teisė, kiek tai susiję su jo pripažinimu piktnaudžiavimu, kaip tai suprantama pagal SESV 102 straipsnį,

⁹ Dėl su „įprastos“ konkurencijos sąvoka susijusių terminų išaiškinimo žr. šios išvados 53 punktą.

- antrąją siekiama patikrinti, ar elgesys gali būti kvalifikuojamas kaip piktnaudžiavimas vien dėl to, kad jis daro potencialų ribojamąjį poveikį,
- trečiąją siekiama nustatyti, ar tokiame elgesyje taip pat turi būti būdingas papildomas neteisėtumo elementas, t. y. kitų konkurencijos metodų ar priemonių nei susiję su „įprasta konkurencija“ naudojimas, ir
- ketvirtąją siekiama atskirti piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, kaip jis suprantamas pagal SESV 102 straipsnį, vykdomą naudojant kitas nei susijusias su „įprasta konkurencija“ konkurencijos priemones, nuo veiksmų, kurie nėra laikomi piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi.

1. Dėl pirmos dalies

32. Pirmoje dalyje prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas siekia išsiaiškinti, ar pagal SESV 102 straipsnį piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi gali būti pripažinti veiksmai, kurie pagal kitas nei konkurencijos teisės teisės šakas yra teisėti.

33. Šis klausimas grindžiamas prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo išvada, kad pagal civilinę teisę sutikimo dėl SEN sąrašų įgijimo tvarka neginčijamai buvo teisėta, nes nebuvo pateikta jokie skundo dėl tariamo konkrečių taisyklių, reglamentuojančių asmens duomenų tvarkymą, pažeidimo, o šiuos sąrašus EE gavo sumokėjusi rinkos kainą.

34. Pirmiausia primenu, jog iš suformuotos jurisprudencijos matyti, kad sąvoka „piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi“, kaip ji suprantama pagal SESV 102 straipsnį, yra „objektyvi ir susijusi su dominuojančią padėtį užimančios įmonės elgesiu rinkoje, kurioje būtent dėl šios įmonės buvimo konkurencija jau yra sumažėjusi; tokiu elgesiu, naudojant kitokias priemones nei lemiančias įprastą ūkio subjektų prekių ar paslaugų konkurenciją, sudaromos kliūtys išlaikyti rinkoje dar esančią konkurenciją ar šios konkurencijos plėtrai“¹⁰.

35. Iš to matyti, kad sąvoka „piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi“ yra grindžiama objektyviu vertinimu, ar tam tikru elgesiu gali būti ribojama konkurencija, o šio elgesio teisinis kvalifikavimas pagal kitas teisės šakas neturi lemiamos reikšmės.

36. Taigi Teisingumo Teismas nusprendė, kad „piktnaudžiaujamojo elgesio neteisėtumas pagal [SESV 102] straipsnį nesiejamas su tuo, ar jis atitinka kitas teisės normas, ir daugeliu atvejų piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi yra elgesys, kuris pagal kitas teisės šakas, išskyrus konkurencijos teisę, laikomas teisėtu“¹¹.

37. Iš tikrųjų, jei piktnaudžiavimu, kaip tai suprantama pagal šią nuostatą, būtų laikomi tik objektyviai konkurenciją ribojantys ir teisiškai neteisėti veiksmai, tai reikštų, kad nors tam tikras elgesys potencialiai gali būti žalingas konkurencijai, vien dėl teisėtumo už jį negalėtų būti baudžiama pagal SESV 102 straipsnį. Taigi toks rezultatas reikštų, kad praktiškai

¹⁰ Sprendimai *Generics (UK)* (148 punktas) ir *Deutsche Telekom II* (41 punktas). Taip pat žr. 1979 m. vasario 13 d. Sprendimą *Hoffmann-La Roche / Komisija* (85/76, toliau – Sprendimas *Hoffmann-La Roche*, EU:C:1979:36, 91 punktas); 1991 m. liepos 3 d. Sprendimą *AKZO / Komisija* (C-62/86, toliau – Sprendimas *AKZO*, EU:C:1991:286, 69 punktas); 2012 m. gruodžio 6 d. Sprendimą *AstraZeneca / Komisija* (C-457/10 P, toliau – Sprendimas *AstraZeneca*, EU:C:2012:770, 74 punktas), taip pat Sprendimą *Post Danmark II* (26 punktas).

¹¹ Sprendimas *AstraZeneca* (132 punktas). Be kita ko, žr. generalinio advokato J. Mazák išvadą byloje *AstraZeneca / Komisija* (457/10 P, EU:C:2012:293, 78 punktas).

piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi negalėtų būti nustatytas jokių atveju, o tai pakenktų šios nuostatos tikslui – nustatyti tvarką, kuria būtų galima užtikrinti, kad konkurencija vidaus rinkoje nebus iškreipta. Ir atvirkščiai, tam tikro sektoriaus teisės normų neatitinkantis elgesys nebūtinai yra dominuojančios įmonės piktnaudžiavimas, jeigu jis negali, net potencialiai, padaryti žalos konkurencijai¹².

38. Iš to aiškėja, kad nagrinėjamu atveju dėl sutikimo dėl SEN sąrašų gavimo teisėtumo pagal civilinės teisės taisyklės negalima atmesti galimybės kvalifikuoti elgesį kaip piktnaudžiavimą, kaip tai suprantama pagal SESV 102 straipsnį. Tačiau prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi išnagrinėti, ar remiantis teisės aktais, kuriais reglamentuojamas asmens duomenų tvarkymas, sutikimo gavimo sąlygos gali būti pripažintos „diskriminuojančiomis“, kaip teigia AGCM¹³. Šiuo klausimu pasakytina, kad taikytinos specialiosios teisės nuostatos (ir jų atitikties) gali būti laikomos faktine aplinkybe, svarbia visapusiškai vertinant, ar tam tikras elgesys yra piktnaudžiavimas¹⁴.

2. Dėl antros dalies

39. Antroje dalyje prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas klausia, ar tam tikras elgesys gali būti kvalifikuojamas kaip piktnaudžiavimas vien dėl (potencialaus) ribojamojo poveikio atitinkamoje rinkoje.

40. Šiuo klausimu primenu, kad pirma aprašyta sąvoka „piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi“ reiškia, kad SESV 102 straipsnyje numatytas elgesys yra toks, kuris trukdo išlaikyti konkurencijos lygį rinkoje arba stabdo jos vystymąsi¹⁵. Be to, pagal suformuotą jurisprudenciją, remiantis SESV 102 straipsniu, dominuojančią padėtį rinkoje užimančiai įmonei tenka ypatinga pareiga savo veiksmais nepažeisti veiksmingos ir neiškreiptos konkurencijos vidaus rinkoje¹⁶.

41. Kalbant konkrečiau, dėl tokio antikonkurencinio elgesio, koks nagrinėjamas pagrindinėje byloje¹⁷, Teisingumo Teismas ne kartą nusprendė, kad, pirma, reikia daryti prielaidą, jog dėl piktnaudžiavimo gali būti ribojama konkurencija ir, be kita ko, daromas inkriminuojamas antikonkurencinis poveikis¹⁸, todėl vertinimas turi būti atliekamas atsižvelgiant į visas svarbias minėto elgesio faktines aplinkybes¹⁹. Antra, norint pripažinti, jog tokia praktika yra nesąžininga, jos antikonkurencinis poveikis rinkoje negali būti tik hipotetinis²⁰, taigi jis turi egzistuoti, bet

¹² Šiuo klausimu žr. *Bundeskartellamt* (Federalinė konkurencijos institucija, Vokietija 2019 m. vasario 6 d. Sprendimą B6-22/15, kuriuo tam tikras teisės taisyklių neatitinkantis elgesys asmens duomenų apsaugos srityje taip pat buvo konkurencijos teisės pažeidimas (byla, kurioje *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Vokietija) 2021 m. balandžio 22 d. pateikė prašymą priimti prejudicinį sprendimą byloje *Facebook Inc. ir kt. / Bundeskartellamt*, C-252/21).

¹³ Žr. šios išvados 15 punktą.

¹⁴ Šiuo klausimu žr. šios išvados 115 punktą.

¹⁵ Žr. šios išvados 34 punktą.

¹⁶ Žr., be kita ko, 1983 m. lapkričio 9 d. Sprendimą *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin / Komisija*, 322/81, toliau – Sprendimas *Michelin I*, EU:C:1983:313, 57 punktas; Sprendimą *Post Danmark I* (23 punktas) ir Sprendimą *Intel* (135 punktas).

¹⁷ Tradiciškai išskiriami „antikonkurenciniai veiksmai“ (t. y. neteisėti bandymai pašalinti konkuruojančias įmones iš rinkos) ir „išnaudojimo praktika“ (t. y. tiesioginis vartotojų išnaudojimas, pvz., taikant per dideles kainas). Dėl šio atskyrimo žr. generalinio advokato D. Ruiz-Jarabo Colomer išvadą sujungtose bylose *Sot. Léllos kai Sia ir kt.* (C-468/06–C-478/06, EU:C:2008:180, 74 punktas).

¹⁸ Žr. sprendimus *TeliaSonera* (64 punktas), *Intel* (138 punktas) ir *Generics (UK)* (154 punktas).

¹⁹ Žr. Sprendimą *TeliaSonera* (68 punktas) ir Sprendimą *Generics (UK)* (154 punktas).

²⁰ Sprendimas *Post Danmark II* (65 punktas).

nebūtinai turi būti konkretus, nes pakanka įrodyti, kad dominuojančią padėtį rinkoje užimanti įmonė daro tokį antikonkurencinį poveikį, dėl kurio jai produktyvumu bent jau prilygstantys konkurentai gali būti išstumti iš rinkos²¹.

42. Darytina išvada, kad galimybė daryti (potencialų) ribojamąjį poveikį atitinkamoje rinkoje, kaip antai antikonkurencinį išstūmimo iš rinkos poveikį, yra esminis veiksnys kvalifikuojant elgesį kaip piktnaudžiavimą.

43. Vis dėlto šiuo atžvilgiu svarbu pabrėžti, kad išstūmimas iš rinkos nebūtinai kenkia konkurencijai ir dėl to ne visada turi „ribojamąjį poveikį atitinkamai rinkai“, kaip nurodoma šio klausimo tekste. Iš tikrųjų vien dėl to, kad tam tikru elgesiu galima išstumti konkurentą, rinka netampa mažiau konkurencinga ir juo labiau šis elgesys nelaikytinas piktnaudžiavimu, kaip tai suprantama pagal SESV 102 straipsnį. Taigi reikia atskirti išstūmimo iš rinkos riziką ir antikonkurencinio elgesio riziką, nes sankcijos pagal SESV 102 straipsnį gali būti skiriamos tikrai pastaruoju atveju²².

44. Iš tikrųjų, kaip Teisingumo Teismas paaikškino Sprendime *Intel*, „SESV 102 straipsniu visiškai nesiekama sukliudyti įmonei užimti dominuojančią padėtį rinkoje dėl savo nuopelnų. Šia nuostata taip pat nesiekama užtikrinti, kad mažiau produktyvūs nei dominuojančią padėtį užimanti įmonė konkurentai liktų rinkoje <...>. Taigi *bet koks konkurento išstūmimas iš rinkos nebūtinai kenkia konkurencijai*. Iš esmės konkurencija pagal nuopelnus gali lemti rinkos išnykimą ar susilpninti konkurentus, kurie mažiau produktyvūs, todėl mažiau patrauklūs vartotojams, be kita ko, kainų, pasirinkimo, kokybės ar naujovių atžvilgiu“²³. Taigi reikia priminti, jog įmonė turi teisę įrodyti, kad jos kainų politika, nors ir turi išstūmimo iš rinkos poveikį, yra ekonomiškai pagrįsta atsižvelgiant į visas konkreta atvejo aplinkybes²⁴ arba kad išstūmimo poveikį gali kompensuoti ar net viršyti efektyvumo nauda vartotojui²⁵. Toks konkurencijai palankaus ir nepalankaus ginčijamų veiksmų poveikio suderinimas gali būti atliktas tik išanalizavus bent jau tokių pačių produktyvių konkurentų išstūmimo galimybę, kuri būdinga aptariamiems veiksams²⁶.

45. Taigi prielaida, kuria grindžiami Teisingumo Teismo argumentai, yra ta, kad jei bet koks elgesys, turintis (tikrą ar potencialų) išstūmimo iš rinkos poveikį, būtų automatiškai pripažintas antikonkurenciniu, taigi, piktnaudžiavimu, kaip tai suprantama pagal SESV 102 straipsnį, ši nuostata taptų mažiau pajėgių ir mažiau produktyvių įmonių apsaugos priemone ir jokių būdu neapsaugotų labiausiai nusipelnusių įmonių, kurios gali skatinti rinkos konkurencingumą.

46. Atsižvelgiant į tai, kas išdėstyta, tam, kad tam tikras elgesys, kaip antai konkurentų išstūmimas, būtų pripažintas piktnaudžiavimu, kaip tai suprantama pagal SESV 102 straipsnį, jis turi būti antikonkurencinis, t. y. galintis daryti (tikrą ar potencialų) ribojamąjį poveikį atitinkamai rinkai. Tačiau norint įvertinti, ar toks elgesys yra antikonkurencinis, reikia nustatyti, ar dominuojančią padėtį užimanti įmonė ėmėsi kitų priemonių nei tos, kurios susijusios su „įprasta“ konkurencija. Būtent šis vertinimas yra klausimo trečiosios ir ketvirtosios dalių dalykas.

²¹ Sprendimas *TeliaSonera* (64 ir 66 punktai).

²² Žr. Komisijos komunikato „Igyvendinimo prioritetų taikant EB sutarties 82 straipsnį dominuojančių įmonių piktnaudžiaujamam antikonkurenciniam elgesiui gairės“ (OL C 45, 2009, p. 7, toliau – Gairės) 19 punktą.

²³ Sprendimas *Intel* (133 ir 134 punktai, pasviruoju šriftu išskirta mano). Taip pat žr. Sprendimą *Post Danmark I* (21–23 punktai ir juose nurodyta jurisprudencija).

²⁴ Žr. Sprendimą *TeliaSonera* (75 ir 76 punktai) ir Sprendimą *Intel* (140 punktą).

²⁵ Žr. 2007 m. kovo 15 d. sprendimus *British Airways* / *Komisija* (C-95/04 P, toliau – Sprendimas *British Airways*, EU:C:2007:166, 86 punktas), *Post Danmark I* (40 ir 41 punktai) ir *Intel* (140 punktą).

²⁶ Sprendimas *Intel* (140 punktą).

3. Dėl trečios dalies

47. Trečioje dalyje prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pateikia metodinį klausimą, ar poreikis įrodyti, kad dominuojanti įmonė ėmėsi kitų nei „įprastos“ konkurencijos priemonių, reiškia „papildomą neteisėtumo elementą“, palyginti su antikonkurencinio poveikio demonstravimu išstūmimu, todėl „galimas ribojamasis poveikis“ ir „kitų negu įprastos konkurencinių priemonių taikymas“ yra skirtingi kriterijai, kurie turi būti tenkinami, kad būtų įrodytas piktnaudžiavimas.

48. Konstatuoju, kad pagrindinės bylos šalių, vyriausybių ir Komisijos pozicijos šiuo klausimu skiriasi²⁷. Mano nuomone, įrodymas, jog dominuojančią padėtį užimanti įmonė naudojosi kitomis negu įprastos konkurencinėmis priemonėmis, nėra kriterijus, kurį reikėtų vertinti atskirai nuo elgesio ribojamojo poveikio.

49. Iš tikrųjų, kaip matyti iš šios išvados 44 punkto, įmonės elgesio analizė turi lemiama reikšmę kvalifikuojant poveikį kaip antikonkurencinį. Taigi šie du elementai yra vienos ir tos pačios analizės dalis. Konkrečiau kalbant, siekiant nustatyti, ar išstūmimo iš rinkos poveikis (faktiškai ar potencialiai) riboja konkurenciją, taip pat reikia išnagrinėti, ar priemonės priskirtinos „įprastai“ konkurencijai. Be to, norint nustatyti, ar priemonės priskirtinos tokiai konkurencijai, reikia žinoti, ar nagrinėjama praktika galima eliminuoti konkurentus, t. y. išstumti (realiai ar potencialiai) iš rinkos. Iš tikrųjų tam tikro elgesio pripažinimas „antikonkurenciniu“ negali būti atskiros to elgesio poveikio analizės dalis. Iš to darau išvadą, kad abu reikalavimai yra glaudžiai susiję ir turi būti vertinami atsižvelgiant į visas reikšmingas faktines aplinkybes, susijusias su minėtu elgesiu²⁸.

50. Iš to galima daryti išvadą, kad tam tikros praktikos, turinčios antikonkurencinį poveikį, taikymas ir naudojimas įprastai konkurencijai nebūdingomis priemonėmis yra tos pačios analizės kriterijai, naudojami siekiant nustatyti, ar minėta praktika yra piktnaudžiavimas.

51. Nagrinėjamu atveju iš sprendime dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą nurodytų faktinių elementų matyti, kad AGCM mano, jog nagrinėjamas ENEL grupės elgesys turėjo konkurenciją ribojantį poveikį, nes apeliančių įgyvendinta strategija iš esmės siekta sukliudyti EE konkurentams patekti į rinką arba apsunkinti šį patekimą. Atsižvelgiant į tai, kas išdėstyta, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi patikrinti, ar elgesiu, kuriuo tariamai įgyvendinama ši strategija, buvo galima, bent jau potencialiai, išstumti EE konkurentus, ir įvertinti, ar šis išstūmimo poveikis gali neigiamai paveikti konkurenciją, taip pat nustatyti, ar šis elgesys priskirtinas prie „įprastos“ konkurencijos, ar ne.

4. Dėl ketvirtos dalies

52. Ketvirtoje dalyje prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas Teisingumo Teismo iš esmės prašo atskirti prie „įprastos“ konkurencijos priskiriamą praktiką nuo prie jos nepriskiriamos praktikos. Taigi šiuo klausimu iš esmės norima išsiaiškinti, kas yra

²⁷ SEN, EE ir Komisija savo pastabose siūlo į šį klausimą atsakyti taip, kad vien (potencialaus) konkurencijos ribojamojo poveikio nepakanka, kad tam tikra praktika būtų pripažinta piktnaudžiavimu pagal SESV 102 straipsnį, tam reikia papildomo neteisėtumo požymio, kurį sudaro kitos priemonės nei tos, kuriomis valdoma įprasta nuopelnais / pranašumais grindžiama konkurencija. Tačiau AGCM, AIGET, *Green Network*, taip pat Italijos ir Norvegijos vyriausybės sutaria, kad piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi įrodyti nereikalingas konkretus neteisėtumo požymis, kuris papildytų tikrą ar potencialų šios įmonės elgesio ribojamąjį poveikį.

²⁸ Šiuo klausimu žr. sprendimus *Post Danmark II* (29 punktas) ir *Generics (UK)* (151 ir 154 punktai).

piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi, kaip tai suprantama pagal SESV 102 straipsnį, ir siekiama nustatyti, ar pagrindinėje byloje nagrinėjamas elgesys priskirtinas prie tokio piktnaudžiavimo.

53. Pirmiausia reikia pažymėti, kad kai prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas mini „įprastą konkurenciją“, jis vartoja terminą, tradiciškai vartojamą Teisingumo Teismo²⁹. Noriu atkreipti dėmesį į tai, kad būdvardžiui „įprasta“ dera priskirti tokią pačią reikšmę kaip ir kitoms formuluotėms, kurias Teisingumo Teismas vartojo šiai konkurencijai apibūdinti, iš kurių paminėtina „sąžininga konkurencija“³⁰, „veiksmingumu grindžiama konkurencija“³¹ ir „konkuravimas nuopelnais / pranašumais“³², kurią siūlau vartoti šiame tekste³³. Iš tokios formuluočių gausos matyti, kad sąvoką „piktnaudžiavimas“ apibrėžti sunku dėl objektyvių priežasčių. Iš tikrųjų normos, kuriomis remiantis būtų galima aiškiai atskirti konkurencijai kenkiantį elgesį, dėl to laikytiną piktnaudžiavimu, nėra nei akivaizdžios, nei numanomos. Šis sudėtingumas neišvengiamai susijęs su tuo, kad, objektyviai vertinant, sunku iš anksto atskirti aršiai, bet teisėtai konkurencijai būdingą elgesį nuo antikonkurencinio elgesio³⁴.

54. Sąjungos teisės aktų leidėjas, neabejotinai suprasdamas šį sudėtingumą, į SESV 102 straipsnį įtraukė preliminarų piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi būdų sąrašą, kuriame nėra išvardytų visų pagal Sąjungos teisę draudžiamų piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi būdų³⁵, todėl ši nuostata gali būti pritaikoma įvairiai komercinei veiklai. Taigi pagrindinėje byloje nagrinėjama praktika, kurią prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas apibūdino kaip „netipišką“ ir kuri nėra susijusi su SESV 102 straipsnyje išvardyta praktika, irgi gali tapti piktnaudžiavimu. Iš tikrųjų, kadangi analizė grindžiama poveikiu konkurencijai, o ne elgesio forma, konkurencijos institucijai tenka nuodugniai patikrinti visas svarbias faktines aplinkybes, nedarant jokių prielaidų³⁶, o pobūdžio „tipiškumas“ ar „netipiškumas“ nuo tol nebeturi lemiamos reikšmės.

55. Kadangi sąvoka „konkuravimas nuopelnais / pranašumais“ nėra susieta su konkrečios formos praktika, ji yra abstrakti ir negali būti apibrėžiama taip, kad iš anksto būtų galima nustatyti, ar tam tikras elgesys yra tokia konkurencija, ar ne. Iš tikrųjų Teisingumo Teismas atmetė sąvoką „savaiminis piktnaudžiavimas“ (*per se*), t. y. teiginį, kad tam tikra praktika savaime yra piktnaudžiavimas, nepaisant jos antikonkurencinio poveikio³⁷. Todėl sąvoka „konkuravimas nuopelnais / pranašumais“ išreiškiamas tam tikras ekonomikos idealas, grindžiamas dabartine

²⁹ Sprendimai *Hoffmann-La Roche* (91 punktas) ir *Deutsche Telekom II* (41 punktas).

³⁰ Žr. 1978 m. vasario 14 d. Sprendimą *United Brands ir United Brands Continentaal / Komisija* (27/76, toliau – Sprendimas *United Brands*), EU:C:1978:22, 189 punktas) ir 1993 m. balandžio 1 d. Sprendimą *BPB Industries et British Gypsum / Komisija* (T-65/89, EU:T:1993:31, 94 punktas).

³¹ 1993 m. balandžio 1 d. Sprendimas *BPB Industries et British Gypsum / Komisija* (T-65/89, EU:T:1993:31, 113 punktas) ir 1999 m. spalio 7 d. Sprendimas *Irish Sugar / Komisija* (T-228/97, EU:T:1999:246, 111 punktas).

³² Terminai, kuriuos Teisingumo Teismas pradžioje vartojo Sprendime *AKZO* (70 punktas). Žr. neseniai priimtus sprendimus *Deutsche Telekom I* (83, 176 ir 177 punktai) bei *Intel* (135 ir 136 punktai).

³³ „Įprasta“ konkurencija yra terminas, dėl kurio gali kilti painiava, nes paprastai teisėtais, įprastais ir rinkos etikos principus atitinkančiais veiksmais, kurie galėtų būti apibūdinti kaip „normalūs“, vis dėlto gali būti pažeistas SESV 102 straipsnis, jeigu juos įgyvendina dominuojančią padėtį užimanti įmonė, nes jai tenka „ypatinga atsakomybė“ (žr. šios išvados 58 ir 59 punktus).

³⁴ Pavyzdžiui, taikant mažą kainą, jeigu ji yra pakankamai maža, galima eliminuoti konkurentą, tačiau tokia praktika yra suderinama su konkurencija, nes naudinga vartotojui. Vis dėlto tam tikrais atvejais kaina gali būti tokia maža (grobuoniška), kad ilguoju laikotarpiu, po konkurento išstūmimo iš rinkos, ji gali tapti žalinga vartotojams.

³⁵ Sprendimai *Continental Can* (26 punktas), *Deutsche Telekom I* (173 punktas) ir *TeliaSonera* (26 punktas).

³⁶ Kiek man žinoma, vienintelis elgesio tipas, kuriam taikoma paprasta konkurencijos ribojimo prezumpcija, dėl kurios perkeliama įrodinėjimo pareiga, yra išimtinų nuolaidų už lojalumą sistema, t. y. nuolaidos, susietos su sąlyga, kad klientas, neatsižvelgiant į jo pirkimų dydį, visą arba didžiąją dalį reikiamos produkcijos išigyty išimtinai iš dominuojančią padėtį rinkoje užimančios įmonės (žr. Sprendimo *Intel* 137 punktą).

³⁷ Šiuo klausimu žr. Sprendimą *AstraZeneca* (106 punktas).

Sąjungos konkurencijos teisės tendencija pirmenybę teikti elgesio antikonkurencinio poveikio analizei (angl. „effects-based analysis“), o ne forma grindžiamai analizei (angl. „form-based analysis“)³⁸.

56. Darytina išvada, kad klausimas, ar išstūmimo praktika priskiriama prie konkuravimo nuopelnais / pranašumais priemonių, yra glaudžiai susijęs su šios praktikos faktinėmis ir ekonominėmis aplinkybėmis. Dominuojančią padėtį užimančiai įmonei tenkančios ypatingos atsakomybės taikymo sritis bus vertinama atsižvelgiant į konkrečias kiekvieno nagrinėjamo atvejo aplinkybes³⁹.

57. Nepaisant sąvokos „konkuravimas nuopelnais / pranašumais“ abstraktaus pobūdžio, Teisingumo Teismo jurisprudencijoje galima įžvelgti tam tikrus bendrus elementus. Manau, kad, nedarant poveikio šio elgesio vertinimui pagrindinėje byloje, kurį turi atlikti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, gali būti naudinga atsižvelgti į tam tikrus toliau išdėstytus aspektus.

58. Pirma, pažymėtina, kad „konkuravimas nuopelnais / pranašumais“ turi būti aiškinamas glaudžiai jį siejant su Sąjungos jurisprudencijoje taip pat įtvirtintu principu, pagal kurį dominuojančią padėtį užimančiai įmonei tenka „ypatinga atsakomybė“ savo veiksmais nepažeisti veiksmingos ir neiškreiptos konkurencijos vidaus rinkoje⁴⁰. Tačiau šios „ypatingos atsakomybės“ buvimas negali atimti iš dominuojančioje padėtyje esančios įmonės teisės atsižvelgti į jos komercinius interesus⁴¹. Šiuo požiūriu nuoroda į „kitas priemones nei tos, kuriomis grindžiamas „konkuravimas nuopelnais / pranašumais“, yra skirta šiai dominuojančiai įmonei tenkančios „ypatingos atsakomybės“ turiniui patikslinti ir leistinai veiksmų laisvei nustatyti.

59. Šios „ypatingos atsakomybės“ logiška pasekmė yra ta, kad dominuojančios padėties neužimančiai įmonei priimtini veiksmai galėtų būti kvalifikuojami kaip piktnaudžiavimas, jeigu juos taiko dominuojančią padėtį užimanti įmonė, nes jos elgesys daro poveikį atitinkamai rinkai. Iš tikrųjų įsigalėjusi praktika arba komercinė veikla, kuri paprastai padeda pagerinti prekių gamybą ar platinimą ir daro teigiamą poveikį konkurencijai, gali riboti tokį poveikį, kai ją vykdo dominuojanti įmonė⁴².

60. Nagrinėjamu atveju šiuo klausimu pažymėtina, kad „ypatinga atsakomybė“ taikoma visoms dominuojančioms įmonėms, įskaitant rinkos senbuves, kurios anksčiau turėjo monopoliją, pavyzdžiui, ENEL, ar viešųjų paslaugų įsipareigojimą vykdančias įmones, pavyzdžiui, SEN. Iš tikrųjų, kaip nurodė Teisingumo Teismas, „išvada, kad įmonė užima dominuojančią padėtį, savaime nėra kaltinimas, o tiesiog reiškia, kad, *nepaisant priežasčių, dėl kurių atitinkama įmonė užima šią padėtį*, jai tenka speciali atsakomybė neleisti, kad jos elgesys kliudytų tikrai, neiškreiptai konkurencijai bendrojoje rinkoje“⁴³. Dėl to rinkos liberalizavimo sąlygomis ENEL grupei taikomas SESV 102 straipsnis ir konkrečiai reikalavimas prisiimti „ypatingą atsakomybę“ tuo pačiu pagrindu kaip ir kitoms įmonėms.

³⁸ Antikonkurencinio poveikio analizės (angl. „effects-based approach“) taikymo konkurencijos teisėje bendrą apžvalgą žr. Bourgeois, J. ir Waelbroeck, D. *Ten years of effects-based approach in ES competition law: state of play and perspectives*, Bruylant, 2013; taip pat Ibáñez Colomo, P. *Anticompetitive Effects in ES Competition Law*, Journal of Competition Law & Economics, 17 t., Nr. 2, 2021, p. 309–363.

³⁹ 1996 m. lapkričio 14 d. Sprendimas *Tetra Pak* / Komisija (C-333/94 P, EU:C:1996:436, 24 punktas) ir 2000 m. kovo 16 d. Sprendimas *Compagnie maritime belge transports ir kt. / Komisija* (C-395/96 P ir C-396/96 P, EU:C:2000:132, 114 punktas).

⁴⁰ Sprendimai *Michelin I* (57 punktas); *Post Danmark I* (21–23 punktai) ir *Intel* (135 punktas).

⁴¹ Sprendimas *United Brands* (189 punktas).

⁴² Žr. 2003 m. rugsėjo 30 d. Sprendimą *Atlantic Container Line ir kt. / Komisija* (T-191/98 ir T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245, 1124 ir 1460 punktai) ir 2003 m. spalio 23 d. Sprendimą *Van den Bergh Foods / Komisija* (T-65/98, EU:T:2003:281, 159 punktas).

⁴³ Sprendimas *Michelin I* (57 punktas, pasviruoju šriftu išskirta mano).

61. Antra, kaip matyti iš šios išvados 55 punkto, dominuojančios įmonės elgesio forma ar tipas savaime neturi lemiamos reikšmės. Svarbu žinoti, ar veiksmais siekiama riboti konkurenciją ir ar jie gali turėti tokį poveikį⁴⁴. Tačiau elgesys, kuris akivaizdžiai skiriasi nuo įprastos rinkos praktikos, gali būti laikomas faktiniu įrodymu, svarbiu vertinant piktnaudžiavimą (taip pat, kaip ir, pvz., ketinimo įrodymo buvimas⁴⁵).

62. Trečia, nepretenduojuojant į išsamumą, pažymėtina, kad veiksmams, kurie nepatenka į „konkuravimo nuopelnais / pranašumais“ sąvoką, paprastai būdinga tai, kad jie nėra grindžiami akivaizdžiais⁴⁶ ar objektyviais⁴⁷ ekonominiais motyvais. Taigi konkuravimo nuopelnais / pranašumais pavyzdžiu laikomi dominuojančios įmonės veiksmai, kuriais ji siekia sumažinti sąnaudas, efektyvumą didindama kitais būdais, dėl kurių padidėja vartotojų pasirinkimo galimybės, pateikdama į rinką naujus produktus ir (arba) paslaugas arba padidindama jau siūlomų prekių ar paslaugų kiekį arba kokybę. Tačiau jeigu dominuojančią padėtį užimančios įmonės elgesys neatitinka jokio kito ekonominio pagrindo, išskyrus siekį pakenkti konkurentams, tai nebūtinai yra konkuravimas nuopelnais / pranašumais⁴⁸.

63. Ketvirta, pažymiu, kad, taikant SESV 102 straipsnį antikonkurenciniam elgesiui, iš esmės siekiama, kad konkurencija vartotojams būtų naudinga, nes ji lemia mažesnes kainas, geresnę kokybę ir platesnį naujų ar patobulintų prekių ir paslaugų pasirinkimą⁴⁹.

64. Nagrinėjamu atveju energetikos rinkos liberalizavimo tikslas yra tą rinką atverti konkurencijai būtent siekiant teigiamo konkurencijos poveikio vartotojams, susijusio su siūlomų paslaugų kainų lygiu, kokybe ar pasirinkimu. Todėl vykstant tokiame procesui rinkos senbuvio veiksmai negali trukdyti ar apsunkinti konkurentų patekimo į rinką, nes jie turi turėti galimybę vienodomis sąlygomis vykdyti veiklą laisvoje rinkoje. Iš tikrųjų Teisingumo Teismas yra nurodęs, kad neiškreiptos konkurencijos sistema gali būti sukurta tik tuo atveju, kai skirtingiems ekonominės veiklos vykdytojams užtikrinamos lygios galimybės⁵⁰.

65. Tokiomis aplinkybėmis man kyla klausimas, ar ENEL grupė, turėjusi apsaugotos rinkos klientų monopoliją, nepaisant šios rinkos liberalizavimo proceso gali teisėtai pageidauti išlaikyti klientus šioje grupėje. Man atrodo, kad atsakymas į šį klausimą turi būti teigiamas.

66. Iš tikrųjų, kaip pažymėta šios išvados 44 punkte, SESV 102 straipsniu visiškai nesiekama sukliudyti įmonei užimti dominuojančią padėtį rinkoje dėl savo nuopelnų. Iš to darytina išvada, kad net ir rinkos senbuviai, patekę į laisvos konkurencijos aplinką, turi siekti optimizuoti savo pelną, be kita ko, išlaikydami savo klientus. Iš tiesų klientų pritraukimas yra esminė įprasto konkurencijos veikimo sudedamoji dalis. Taigi ENEL grupė tikrai turi teisę atlikti tam tikrus veiksmus, siekdama pagerinti savo produktus ir paslaugas, be kita ko, tam, kad liktų konkurencinga ir išlaikytų savo klientus, kitaip tariant, to iš jos net tikimasi. Man atrodo, kad dominuojančios įmonės, kaip antai ENEL, pageidavimas išlaikyti savo klientus net vykstant

⁴⁴ 2012 m. balandžio 19 d. Sprendimas *Tomra Systems ir kt. / Komisija* (C-549/10 P, toliau – Sprendimas *Tomra* EU:C:2012:221, 68 punktas).

⁴⁵ Žr. šios išvados 128 punktą.

⁴⁶ Sprendimai *TeliaSonera* (88 punktas) ir *AKZO* (71 punktas).

⁴⁷ Šiuo klausimu žr. Sprendimą *AstraZeneca* (130 punktas).

⁴⁸ 2020 m. lapkričio 18 d. Sprendimas *Lietuvos geležinkeliai / Komisija* (T-814/17, EU:T:2020:545, 292–299 punktai).

⁴⁹ Šiuo klausimu žr. *Gaires* (5 punktas).

⁵⁰ Sprendimas *Deutsche Telekom I* (230 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija). Dėl tos priežasties per rinkos senbuvio atsiejimo procedūrą labai svarbu konkrečiai atskirti su monopoliju susijusią veiklą nuo veiklos, susijusios su laisva rinka, o toks atskyrimas turi būti vienu metu ir teisinis, materialinis, buhalterinis, finansinis ir komercinis.

liberalizavimo procesui yra visiškai suderinamas su įprasta konkurencija. Todėl klientų išlaikymo „strategijos“ įgyvendinimas savaime negali būti laikomas piktnaudžiavimu, kaip tai suprantama pagal SESV 102 straipsnį.

67. Man atrodo, kad tokiomis aplinkybėmis duomenų rinkimas palaikant ryšius su klientais iš principo yra visiškai „normalus“ veiklos vykdymas įprastos konkurencijos sąlygomis. Tačiau vykdydama tokią veiklą ENEL vien dėl to, kad yra dominuojanti įmonė, prisiima „ypatingą atsakomybę“ už tai, kad taikytų nuopelnais / pranašumais grindžiamos konkurencijos metodus, kurie nulenktų rinkos padalijimo. Taigi ENEL neturi imtis veiksmų, kuriais, pasinaudodama teisėtos monopolijos teikiamais pranašumais, galėtų išstumti iš rinkos naujus konkurentus, laikomus tokiais pat produktyviais kaip ir ji⁵¹.

68. Penkta, mano nuomone, konkurentų gebėjimas imituoti dominuojančios įmonės veiksmus turi būti vertinamas būtent šiuo atžvilgiu. Šis įvertinimas svarbus siekiant nustatyti, ar nagrinėjama praktika laikytina konkuravimu nuopelnais / pranašumais, o kartu ir tai, ar ji riboja konkurenciją.

69. Mano nuomone, iš tikrųjų Teisingumo Teismo jurisprudencija patvirtina, kad dominuojančios įmonės taikomi išstūmimo veiksmai, kuriuos gali atkartoti tokie pat produktyvūs konkurentai, iš principo nėra veiksmai, galintys pavirsti antikonkurenciniu išstūmimu iš rinkos, todėl priskirtini prie konkuravimo nuopelnais / pranašumais⁵².

70. Tais atvejais, kai taikomas konkurentų išstūmimas kainomis – taikant nuolaidas lojaliems klientams, mažas kainas atrinktiems klientams arba grobuoniškas kainas, taip pat sumažinant pelno maržą⁵³ – toks atkuriamumas dažniausiai, bet nebūtinai, vertinamas taikant vadinamąjį „tokio pat produktyvaus (taip pat efektyviai dirbančio) konkurento“ kriterijų (angl. „as an efficient competitor“, toliau – AEC testas)⁵⁴. Konkrečios šio kriterijaus taikymo sąlygos priklauso nuo nagrinėjamų veiksmų, bet visiems atvejams bendra tai, kad reikia išnagrinėti, ar dėl tokios dominuojančios įmonės kainodaros jos konkurentui lieka ekonominių galimybių išlikti, iš principo ir pirmiausia remiantis kainos ir sąnaudų santykio analize⁵⁵. Kitaip sakant, taikant minėtą kriterijų siekiama nustatyti, ar toks pat produktyvus konkurentas gali atkartoti šį elgesį, dominuojančią įmonę pastatant į tokio pat produktyvaus konkurento vietą ir patikrinant, ar dėl nagrinėjamų veiksmų jis patirtų išstūmimo poveikį. Šis kriterijus atitinka bendrąjį teisinio saugumo principą, nes pagal jį dominuojanti įmonė gali įvertinti tam tikrų veiksmų teisėtumą, remdamasi savo sąnaudomis⁵⁶.

⁵¹ Sprendimas *Intel* (136 punktai).

⁵² Vis dėlto tai nėra absoliuti taisyklė, nes būna situacijų, kai, pirma, tam tikri veiksmai, kurių toks pat produktyvus konkurentas negali pakartoti, vis tiek laikytini konkuravimu nuopelnais / pranašumais (pvz., atsisakymas tiekti esminį išteklių klientui, kuris negalėtų tinkamai už jį atlyginti, arba mokslo tyrimų ir plėtros veikla, leidžianti įmonei patentuoti ir panaudoti unikalų ir nepakartojamą išradimą). Tačiau ypatingais atvejais elgesys, kurį toks pat produktyvus konkurentas gali pakartoti, nebūtinai yra konkuravimas nuopelnais / pranašumais (pvz., klaidinančių deklaracijų pateikimas valdžios institucijoms) (Sprendimo *AstraZeneca* 18 punktas).

⁵³ Sprendimas *Deutsche Telekom II* (55 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

⁵⁴ Šiuo klausimu žr. Gairių 23–27 punktus. Teisingumo Teismas nustatė, kad nėra teisinės pareigos sistemškai remtis AEC kriterijumi, siekiant nustatyti, kad tam tikra praktika piktnaudžiaujama, nes šis kriterijus yra tik viena iš galimų priemonių. Iš tikrųjų šis kriterijus būtų netinkamas tuo atveju, kai dėl rinkos struktūros tokio pat produktyvaus konkurento atsiradimas praktiškai neįmanomas, kaip antai rinkoje, kurioje, pirma, teisėtos monopolijos turėtojai priklauso labai didelė jos dalis ir, antra, į šią rinką pakliūti sunku dėl sudarytų didelių kliūčių (Sprendimo *Post Danmark II* 57–61 punktai).

⁵⁵ Sprendimas *Post Danmark II* (53 punktas). Vis dėlto tos pačios rinkos konkurentų sąnaudos ir kainos gali būti svarbios tais atvejais, kai, atsižvelgiant į aplinkybes, negalima remtis dominuojančios įmonės kainomis, be kita ko, kai dominuojančios įmonės sąnaudų struktūros negalima tiksliai identifikuoti dėl objektyvių priežasčių (Sprendimo *TeliaSonera* 45 punktas).

⁵⁶ Sprendimas *TeliaSonera* (42–44 punktai).

71. Vis dėlto tuo atveju, kai išstūmimas būna nesusijęs su kainomis – pvz., tais atvejais, kai atsisakoma tiekti produktą – jurisprudencijoje, atrodo, patvirtinama atkuriamumo kriterijaus svarba, nes dominuojančios įmonės pasirinkimas platinimo tinklą pasilikti tik sau nėra SESV 102 straipsniui prieštaraujantis atsisakymas tiekti prekes, kai konkurentas gali susikurti panašaus dydžio antrąjį platinimo tinklą. Kitaip sakant, piktnaudžiavimo nebūna, kai dominuojančiai įmonei atsisakius tiekti tam tikrus išteklius produktyvūs konkurentai, išgiję tuos išteklius iš kitų tiekėjų arba juos sukūrę patys, gali jų patiekti dvigubai daugiau⁵⁷. Be to, pardavimų susiejimo ir sujungimo (angl. *tying and mixed bundling*) atveju produkto atkūrimo aspektas įgyja ypač didelę reikšmę siekiant nustatyti potencialų ar realų antikonkurencinį galimybių apribojimą⁵⁸.

72. Nagrinėjamu atveju pagrindinėje byloje nagrinėjamas elgesys, AGCM požiūriu, yra susijęs ne su kainodara, o su neteisėta kompleksine strategija, kuriai būdingas duomenų, kuriuos ENEL grupė įgijo dėl anksčiau turėtos teisėtos monopolijos, naudojimas. Taigi atrodo, kad ši praktika nėra susijusi su išstūmimu panaudojant kainodarą ir kad teisėtos monopolijos sąlygomis iki rinkos liberalizavimo konkurentai dėl objektyvių priežasčių negalėjo atkurti apeliančioms inkriminuojamos strategijos. Iš to matyti, kad AEC kriterijus tikrai nėra tinkamiausias kriterijus įvertinti tokių pat produktyvių konkurentų gebėjimą imituoti dominuojančiosios įmonės elgesį.

73. Vis dėlto, mano nuomone, visada tinkama vadovautis AEC kriterijaus logika, nes juo remiantis iš esmės siekiama įvertinti, ar dominuojanti įmonė galėjo, remdamasi jai žinomais duomenimis, numatyti, ar tam tikras konkurentas būtų galėjęs, nepaisant nagrinėjamo elgesio, vykdyti ekonomiškai perspektyvią veiklą, likdamas konkurencingas rinkoje. Taigi taikant šia logika grindžiamą kriterijų reikėtų patikrinti, ar, remdamiesi dominuojančiai įmonei žinoma informacija, konkurentai būtų galėję ekonomiškai perspektyviu būdu gauti sąrašus, kurie savo naudingumu prilygtų SEN sąrašams. Šis požiūris taip pat sutampa su atkuriamumo kriterijaus svarba vertinant su kainodara nesusijusį išstūmimą.

74. Manau, kad tai, jog konkurentams objektyviai neįmanoma tiksliai atkurti ENEL strategijos, netrukdo išnagrinėti realaus tokių pat produktyvių konkurentų gebėjimo protingomis ekonominėmis sąlygomis ir per priimtina terminą atkartoti dominuojančios įmonės praktiką, pvz., pasinaudojant rinkoje neabejotinai buvusiais sąrašais, kuriuose buvo pateikiami panašūs duomenys kaip SEN sąrašuose. Mano nuomone, atliekant tokią analizę būtų galima atskleisti, ar ENEL grupės potencialaus poveikio pakaktų antikonkurenciniam išstūmimui, ar ne, taigi, ir jo suderinamumą su konkuravimu nuopelnais / pranašumais.

75. Atlikdamas šią analizę prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi atsižvelgti į toliau išvardytus ypač svarbius aspektus.

76. Visų pirma reikės retrospektyviai įvertinti, kiek SEN sąrašai svarbūs konkurencijai. Šiuo klausimu pažymėsiu, kad galimybė naudotis klientų duomenimis vykstant liberalizavimo procesui yra svarbi tiek abstrakčiai, nes padeda geriau pažinti rinką, tiek konkrečiai, nes padeda „pritraukti“ šiuos klientus, pateikiant jiems pasiūlymus anksčiau už kitus tiekėjus. Tačiau šių duomenų svarba taip pat turi būti vertinama atsargiai, nes negalima pamiršti, jog galimybė susisiekti su klientu, siekiant prireikus pateikti jam pasiūlymą, nebūtinai nulemia kliento „pritraukimą“, nes, pirma, toks klientas nebūtinai priims tokį pasiūlymą⁵⁹, ir, antra, niekas

⁵⁷ 1998 m. lapkričio 26 d. Sprendimas *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569, 44 ir 45 punktai).

⁵⁸ Žr. Gairių 54 ir 61 punktus.

⁵⁹ Iš tikrųjų nagrinėjamu atveju EE, pasinaudodama SEN sąrašais, pritraukė vos 0,002 % apsaugotos rinkos vartotojų (žr. šios išvados 22 punktą).

netrukdo šiems klientams vėlesniu etapu pasirinkti kitų tiekėjų pasiūlymus, ypač kai pagal pirmąją sutartį klientai neišsipareigoja naudotis paslaugomis tam tikrą nustatytą laikotarpį. Taigi primenu, kad turi būti priežastinis ryšys tarp antikoncepcinio poveikio ir byloje nagrinėjamų veiksmų, nes jie turi būti priskirtini dominuojančiai įmonei ir neturi būti tik hipotetinio pobūdžio⁶⁰.

77. Antra, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas neišvengiamai privalės išsiaiškinti, ar iš tikrųjų galimybė susipažinti su SEN sąrašais konkurentams buvo suteikta juos diskriminuojant tiek praktiniu, tiek kainodaros atžvilgiu, o tai iš esmės būtų favoritizmas EE atžvilgiu. Tomis pačiomis aplinkybėmis man atrodo svarbu išnagrinėti, ar SEN prašymas duoti sutikimą buvo pateiktas nediskriminuojant ir skaidriai informuojant apie konkrečias pasekmes, visų pirma kiek tai susiję su esamo tiekimo ryšio išlaikymu ir galimybe gauti EE konkurentų tiekimo pasiūlymus. Jeigu toks diskriminavimas būtų patvirtintas, juo būtų galima pagrįsti AGCM poziciją, kad ENEL elgesys neatitiko konkuravimo nuopelnais / pranašumais kriterijaus, nes nebūtų užtikrinamos lygios skirtingų ekonominės veiklos vykdytojų galimybės⁶¹.

78. Trečia, manau, kad, neatsižvelgiant į elgesio diskriminuojamojo pobūdžio analizę, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas taip pat turės įvertinti SEN sąrašų atkartojamumą. Nors EE konkurentai negali tiksliai atkurti šių sąrašų turinio, nes jie buvo sudaryti SEN vykdančių su viešąja paslauga susijusių užduotį, iš bylos medžiagos matyti, kad panašaus turinio sąrašai irgi buvo skelbiami Italijos rinkoje, nes sąrašų sudarymas nuotolinės rinkodaros būdu yra daugelio įmonių profesinė veikla. Taigi, jeigu tokių alternatyvių sąrašų buvimas pasitvirtintų, jais naudodamiesi EE konkurentai tikrai būtų galėję parengti tikslinius energijos tiekimo pasiūlymus apsaugotos rinkos klientams. Manau, kad tokiu atveju prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turės palyginti šiuos SEN sąrašams alternatyvius sąrašus prieinamumo, kainų, turinio ir geografinės aprėpties požiūriu, kad įvertintų, ar konkurentas, net jeigu ekonomiškai gerokai mažesnis už ENEL grupę, pasinaudodamas tokiais sąrašais iš tikrųjų gebėjo ekonominiu atžvilgiu perspektyviai ir veiksmingai konkuruoti su EE dėl tos pačios apsaugotos rinkos klientų dalies.

79. Jeigu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nuspręstų, kad šie alternatyvūs sąrašai suteiktų tokias pat galimybes, kokias suteikia SEN sąrašai, ir jei darytume prielaidą, kad ENEL turėjo žinoti tiek apie šių alternatyvių sąrašų buvimą, tiek apie jų turinį, man atrodo, kad būtų galima daryti išvadą, jog galimas išstūmimas iš atitinkamos rinkos galėjo įvykti ne dėl ENEL veiksmų, o dėl jos konkurentų aplaidumo, nes jie netinkamai konkuravo, siekdami pritraukti apsaugotos rinkos klientus. Kitaip sakant, SEN sąrašai negalėjo suteikti ENEL grupei AGCM nustatyto reikšmingo konkurencinio pranašumo, nes jie gali būti atkartoti. Darant tokią prielaidą, pagrindinėje byloje nagrinėjamo elgesio ribojamojo poveikio konkurencijai įrodyti negalima, nes pagrindinėje byloje nagrinėjamas elgesys priskirtinas prie konkuravimo nuopelnais / pranašumais.

80. Vis dėlto iš nacionalinio teismo atliktos analizės matyti, kad šių alternatyvių sąrašų komercinio panaudojimo potencialas buvo mažesnis ir kad tik remiantis SEN sąrašais buvo galima, pavyzdžiui, nedelsiant nustatyti, kad klientas priskirtas apsaugotai rinkai, todėl didžiausias galimybes (potencialiai) išstumti iš rinkos turėjo ENEL, kuri, jeigu bus nuspręsta, kad veikė diskriminuojančiai ir neskaidriai, iš tikrųjų veikė ne pagal konkuravimo nuopelnais / pranašumais taisykles. Be to, dera priminti, kad vien dėl aplinkybės, jog konkurentai gali sušvelninti ar apeiti ENEL elgesio pasekmes, pasinaudodami alternatyviais sąrašais, negalima atmesti galimybės, kad, turint omenyje ENEL galią rinkoje, toks elgesys vis dėlto gali sukelti antikoncepcinį poveikį. Kitaip sakant, aplinkybė, jog esama alternatyvų, neabejotinai yra reikšminga, bet savaime nėra lemiamą.

⁶⁰ Sprendimas *Post Danmark II* (47 ir 65 punktai) ir šios išvados 41 punktas.

⁶¹ Žr. šios išvados 64 punktą.

81. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau į pirmąjį klausimą atsakyti taip, kad dominuojančią padėtį užimančios įmonės veiksmai, nepaisant jų teisėtumo kitų nei konkurencijos teisės teisės šakų atžvilgiu, negali būti laikomi piktnaudžiavimu, kaip tai suprantama pagal SESV 102 straipsnį, vien dėl to, kad jais galima išstumti konkurentus iš atitinkamos rinkos, nes toks elgesys negali būti prilyginamas konkurenciją ribojančiam poveikiui, nebent būtų įrodyta, kad ši įmonė ėmėsi kitų priemonių, nei gali būti taikomos vykstant konkuravimui nuopelnais / pranašumais. Iš principo tokia išstūmimo praktika, kuri gali būti ekonomiškai perspektyviai pakartota konkurentų, nėra elgesys, galintis baigtis antikonkurenciniu išstūmimu, taigi priskirtinas prie konkuravimo nuopelnais / pranašumais.

B. Dėl antrojo prejudicinio klausimo

82. Antruoju klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas Teisingumo Teismo iš esmės prašo nurodyti, ar SESV 102 straipsniu siekiama apsaugoti vartotojus, ar veikia konkurencinę rinkos struktūrą, ir, atsižvelgiant į pateiktą atsakymą, nustatyti, kokio įrodymo reikia siekiant tam tikrą išstūmimo praktiką kvalifikuoti kaip piktnaudžiavimą.

1. Dėl priimtino

83. AIGET ginčija šio klausimo priimtinumą, remdamasi dviem pagrindais. Pirma, atsakymas akivaizdžiai matyti iš Teisingumo Teismo suformuotos jurisprudencijos. Antra, tas pats klausimas nėra svarbus sprendžiant ginčą, nes nagrinėjamas elgesys paveikė tiek rinkos struktūrą, t. y. konkuruojančius tiekėjus, tiek vartotojus, t. y. apsaugotos rinkos klientus, kuriems buvo sutrukdyta pasirinkti laisvojoje rinkoje teikiamas paslaugas.

84. Šie prieštaravimai – jeigu Teisingumo Teismas nuspręstų juos išaiškinti nesant formalaus prašymo pripažinti antrąjį prejudicinį klausimą nepriimtinu – mano nuomone, turi būti atmesti.

85. Iš tikrųjų, pirma, reikia priminti, kad net jeigu tam tikroje jurisprudencijoje nagrinėjamas teisės klausimas yra išspręstas, nacionaliniai teismai gali visiškai laisvai kreiptis į Teisingumo Teismą, jeigu mano tai esant reikalinga⁶². Taigi aplinkybė, kad Teisingumo Teismas jau yra išaiškinęs SESV 102 straipsnį, savaime negali nulemti šioje byloje pateiktų klausimų nepriimtino. Be to, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nurodo, kad atsakymas nėra aiškus, nes skirtingus išaiškinimus pateikė Komisija, kurios nuomone, SESV 102 straipsniu siekiama kuo labiau padidinti vartotojų gerovę⁶³, ir Teisingumo Teismas, kurio teigimu, šiuo straipsniu siekiama išsaugoti konkurencijos struktūrą, neatsižvelgiant į vartotojams daromą žalą⁶⁴.

86. Antra, dėl klausimo svarbos reikia priminti, kad tik nacionalinis teismas turi įvertinti prejudicinio sprendimo reikalingumą savo sprendimui priimti ir Teisingumo Teismui pateikiamų klausimų svarbą⁶⁵. Šioje byloje prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas antrojo

⁶² 2020 m. kovo 3 d. Sprendimas *Vodafone Magyarország* (C-75/18, EU:C:2020:139, 34 punktas).

⁶³ Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas šiuo klausimu cituoja Gairių 19 punktą.

⁶⁴ Šiuo klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas cituoja sprendimus *British Airways* (66 ir 106 punktai); *France Télécom* (104–107 punktai), taip pat 2009 m. spalio 6 d. Sprendimą *GlaxoSmithKline Services ir kt. / Komisija ir kt.* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ir C-519/06 P, toliau – Sprendimas *GSK*, EU:C:2009:610, 63 punktas).

⁶⁵ Šiuo klausimu žr. 2018 m. sausio 23 d. Sprendimą *F. Hoffmann-La Roche ir kt.* (C-179/16, EU:C:2018:25, 44 ir 45 punktai bei juose nurodyta jurisprudencija).

klausimo reikalingumą grindžia iš esmės aiškindamas, kad nuo atsakymo į šį klausimą priklauso reikalaujamo įrodymo dalykas⁶⁶. Todėl, mano požiūriu, minėtas klausimas yra tiesiogiai susijęs su ginčo pagrindinėje byloje dalyku ir nėra hipotetinis.

2. Dėl esmės

87. Antrąjį prejudicinį klausimą sudaro dvi dalys:

- pirmoje siekiama apibrėžti SESV 102 straipsniu saugomą interesą numatant du galimus alternatyvius sprendimus, kurie pristatomi kaip alternatyvūs tikslai, t. y. „užtikrinti kuo geresnę vartotojų apsaugą“ arba „išsaugoti rinkos konkurencinę struktūrą“, o
- antroje siekiama nustatyti šių dviejų SESV 102 straipsnio tikslų susiejimo padarinius įrodymams.

a) Dėl pirmos dalies

88. Prieš pradėdant nagrinėti klausimą iš esmės reikia pateikti kelias pirmines pastabas.

89. Visų pirma reikia konstatuoti, kad nagrinėjamu atveju keliamas klausimas siejamas su išstūmimo iš rinkos aplinkybėmis, kuriomis, be kita ko, siekiama išstumti konkurentus iš atitinkamos rinkos, o ne su išnaudojimo praktika, kaip antai pirkimo arba pardavimo kainų arba kitų nesąžiningų sandorio sąlygų nustatymu, kaip tai suprantama pagal SESV 102 straipsnio a punktą⁶⁷. Iš tikrųjų, nors pastarąją praktiką (pavyzdžiui, pernelyg didelėmis kainomis) tiesiogiai pažeidžiama vartotojų gerovė, paprastai rinkos struktūros ji nepakeičia⁶⁸.

90. Šiuo klausimu reikia priminti, kad SESV 102 straipsnis yra pagal SESV 3 straipsnio 1 dalies b punktą Sąjungos veiksams priskirto bendro tikslo – sukurti vidaus rinkos veikimui reikalingas konkurencijos taisykles, išraiška⁶⁹. Šis tikslas primintas prie ES sutarties ir SESV pridėtame Protokole (Nr. 27) dėl vidaus rinkos ir konkurencijos, kuris pagal ESS 51 straipsnį yra jų sudedamoji dalis.

91. Būtent tokiomis aplinkybėmis nustatyti abu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo nurodyti tikslai, t. y. vartotojų apsauga ir konkurencinės rinkos struktūros apsauga.

92. Dėl pirmojo tikslo Teisingumo Teismas nurodė, kad SESV 102 straipsnis priskiriamas prie konkurencijos taisyklių, kuriomis siekiama būtent išvengti konkurencijos iškraipymo, dėl kurio galėtų nukentėti bendrieji interesai, atskiros įmonės ir vartotojai, taip padedant užtikrinti Sąjungos gerovę⁷⁰. Taigi vartotojų gerovė neginčijamai yra vienas iš šioje nuostatoje numatytų tikslų. Iš tikrųjų Teisingumo Teismas aiškiai pripažino Sutarties tikslą apsaugoti vartotoją nuo

⁶⁶ Daugiau šiuo klausimu žr. šios išvados 102 punkte.

⁶⁷ Žr. Gairių 7 punktą ir šios išvados 17 išnašą.

⁶⁸ Šiuo klausimu žr. 1973 m. vasario 21 d. Sprendimą *Europemballage ir Continental Can / Komisija* (6/72, toliau – Sprendimas *Continental Can*, EU:C:1973:22, 26 punktas). Tačiau išstūmimo ir išnaudojimo veiksmai gali sutapti, nes bet kokia išstūmimo strategija galiausiai gali virsti išnaudojimu (šiuo klausimu žr. Petit, N. *Droit européen de la concurrence*, 3^e édition, LGD), 2020, 1000–1002 punktai).

⁶⁹ Šiuo klausimu žr. sprendimus *Continental Can* (26 punktas); *Hoffmann-La Roche* (38 punktas); *France Télécom* (103 punktas) ir *Deutsche Telekom I* (170 punktas).

⁷⁰ Šiuo klausimu žr. Sprendimą *TeliaSonera* (22 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

iškreiptos konkurencijos⁷¹. Be to, konkrečiai vartotojų interesai, aiškiai nurodyti SESV 102 straipsnio b punkte, siejami su praktika, su kuria susijęs antikonkurencinis piktnaudžiavimas išstumiant iš rinkos, t. y. „gamybos, rinkų arba technikos raidos ribojimas *pažeidžiant vartotojų interesus*“ (pasviruoju šriftu išskirta mano).

93. Dėl antrojo tikslo reikia priminti, kad pirmuosiuose Teisingumo Teismo sprendimuose dėl piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi aiškiai nurodyta, kad poveikis „rinkos struktūrai“ yra viena pagrindinių SESV 102 straipsnio nuostatų. Pavyzdžiui, Sprendime *Hoffmann-La Roche* Teisingumo Teismas nurodė, kad piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi „apima dominuojančią padėtį užimančios įmonės veiksmus, *galinčius turėti įtakos rinkos*, kurioje <...> konkurencija jau yra susilpnėjusi, struktūrai“⁷². Nuoroda į „rinkos struktūrą“, kuriai, be abejo, darė įtaką tuometinė ordoliberalizmo filosofija, iš pradžių buvo įrašyta siekiant užtikrinti „ekonominę laisvę“. Šiuo požiūriu minėta sąvoka taip pat galėtų apimti šioje rinkoje esančių „konkurentų apsaugos“ tikslą. Vis dėlto iš suformuotos jurisprudencijos matyti, kad SESV 102 straipsniu nesiekama ar veikiau nebesiekama bet kuria kaina apsaugoti konkurentų nuo dominuojančią padėtį užimančios įmonės. Iš tikrųjų po to, kai 2005 m. Komisija peržiūrėjo konkurencijos politiką piktnaudžiavimo srityje⁷³, Teisingumo Teismas pripažino, kad pagal SESV 102 straipsnį įmonei nedraudžiama dėl savo nuopelnų užimti dominuojančios padėties rinkoje, taigi juo taip pat nesiekama užtikrinti, kad mažiau nei dominuojančią padėtį užimanti įmonė produktyvūs konkurentai liktų rinkoje⁷⁴. Šiam požiūriui pritarta Sprendime *Intel*, kuriame Teisingumo Teismas patikslino, kad „*konkurencija pagal nuopelnus gali lemti rinkos išnykimą ar susilpninti konkurentus, kurie mažiau produktyvūs*“⁷⁵. Požiūris, kad SESV 102 straipsniu nesiekama pirmiausia apsaugoti (ne tokius pat produktyvius) konkurentus, kuriam, be kita ko, pritaria ir Komisija⁷⁶, atrodo, yra Sąjungos konkurencijos teisės *acquis* dalis.

94. Būtent atsižvelgiant į šias preliminarias išvadas reikia įvertinti, ar konkurencinės struktūros išsaugojimas gali būti savarankiškas ir dėl to alternatyvus vartotojų gerovės apsaugai tikslas, kaip siūlo prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas.

95. Mano nuomone, atsakymas į šį klausimą turi būti neigiamas.

96. Pirma, konstatuoju, kad pagal suformuotą Teisingumo Teismo jurisprudenciją SESV 102 straipsnis, kaip ir SESV 101 straipsnis⁷⁷, susijęs ne tik su tiesiogiai vartotojų interesus galinčiomis pažeisti veikomis, bet ir su tokiomis veikomis, kurios jiems sukelia netiesioginės žalos, pažeisdamos veiksmingos konkurencijos struktūrą⁷⁸. Taip Teisingumo Teismas, mano nuomone, sukūrė priežastinį ryšį tarp šių dviejų tikslų. Iš tikrųjų veiksmingos konkurencijos

⁷¹ 2008 m. rugsėjo 16 d. Sprendimai *Sot. Léllos kai Sia ir kt.* (C-468/06 à C-478/06, EU:C:2008:504, 68 punktas) ir *Deutsche Telekom I* (180 punktas).

⁷² Sprendimas *Hoffmann-La Roche* (91 punktas, pasviruoju šriftu išskirta mano), ne kartą paminėtas jurisprudencijoje (žr., be kita ko, 10 išnašą).

⁷³ Žr. 2005 m. gruodžio mėn. Konkurencijos GD „Pasitarimo dėl EB 82 straipsnio taikymo piktnaudžiavimui antikonkurenciniu elgesiu dokumentą“.

⁷⁴ Šiuo klausimu žr. sprendimus *Deutsche Telekom I* (177 punktas), *TeliaSonera* (31–33, 39, 40, 43, 63, 64, 70 ir 73 punktai), taip pat *Post Danmark I* (21 punktas).

⁷⁵ Sprendimas *Intel* (134 punktas, pasviruoju šriftu išskirta mano).

⁷⁶ Žr. Gairių 6 ir 23 punktus.

⁷⁷ Šiuo klausimu žr. sprendimus *Continental Can* (25 punktas) ir *GSK* (63 punktas).

⁷⁸ Šiuo klausimu žr. sprendimus *Continental Can* (26 punktas); *Hoffmann-La Roche* (125 punktas); *British Airways* (106 ir 107 punktai); *France Télécom* (105 punktas); *Deutsche Telekom I* (176 punktas), *TeliaSonera* (24 punktas) ir *Post Danmark I* (20 punktas).

struktūros išsaugojimas yra neatsiejamas nuo galutinio tikslo, t. y. vartotojų apsaugos⁷⁹. Šiuo požiūriu šių taisyklių, kuriomis siekiama užtikrinti, kad nebūtų iškraipoma konkurencija vidaus rinkoje, galutinis tikslas – padidinti vartotojo gerovę. Logiška, kad nėra priežasčių saugoti konkurencingą rinką *in abstracto*, jeigu nėra (realaus ar potencialaus) pavojaus pakenkti vartotojams.

97. Antra, primenu, kad pagal naujausią Teisingumo Teismo jurisprudenciją žala vartotojams yra būtinas elementas siekiant taikyti SESV 102 straipsnį. Iš tikrųjų Sprendime *Post Danmark I* Teisingumo Teismo didžioji kolegija priminė, kad šis straipsnis apima veiksmus, kurie „*vartotojų nenaudai*, taikant kitas priemones nei tos, kurios reguliuoja normalios konkurencijos sąlygas, trukdo išlaikyti rinkoje esamos konkurencijos laipsnį <...>“⁸⁰. Be to, Sprendime *Intel* Teisingumo Teismo didžioji kolegija patvirtino šį požiūrį ir pabrėžė vartotojų apsaugos būtinumą taikant taisykles, susijusias su piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi. Jis iš tikrųjų priminė, kad „konkurencija pagal nuopelnus gali lemti rinkos išnykimą ar susilpninti konkurentus, kurie mažiau produktyvūs, todėl mažiau patrauklūs vartotojams, be kita ko, kainų, pasirinkimo, kokybės ar naujovių atžvilgiu“⁸¹. Iš to darau išvadą, kad vartotojų gerovė yra galutinis tikslas, pateisinantis konkurencijos teisės taikymą išstūmimo iš rinkos veiksmų srityje.

98. Trečia, tai, kad vartotojų apsaugos vaidmuo yra svarbiausias, taip pat matyti iš to, kad atsižvelgdamas į tai, jog SESV 102 straipsnyje nenumatyta nukrypti leidžianti nuostata, lygiavertė SESV 101 straipsnio 3 daliai, Teisingumo Teismas nustatė, kad našumo pasiekimais taip pat galima neutralizuoti piktnaudžiavimo veiksmų žalą, nes nauda perkeliama vartotojams. Dominuojančią padėtį užimanti įmonė gali pateisinti veiksmus, kuriems gali būti taikomas SESV 102 straipsnyje nustatytas draudimas, be kita ko, įrodydama, kad „išstūmimo iš rinkos poveikį, kurį lemia jos elgesys, gali kompensuoti ar netgi viršyti produktyvumo nauda, kuri suteikiama ir vartotojams“⁸².

99. Ketvirta, ši „vartotojų gerovės“ apsaugos viršenybė atrodo suderinama su Komisijos sprendimų praktika, kurioje vartotojų apsauga yra bet kokio SESV 102 straipsnio⁸³ ir apskritai konkurencijos teisės nuostatų taikymo leitmotyvas⁸⁴.

100. Remdamasis šia abiejų tikslų sąsajos analize, darau išvadą, kad, kiek tai susiję su antikonkurenciniais išstūmimo veiksmais, SESV 102 straipsniu galiausiai siekiama kuo labiau padidinti vartotojų gerovę, visų pirma apsaugant rinkos konkurencinę struktūrą. Taigi ši apsauga iš tikrųjų gali tapti SESV 102 straipsnyje numatytu tikslu, kuris nėra savarankiškas, o taikomas tik tuomet, kai konkrečiu atveju ji atitinka galutinį tikslą (tiesiogiai ar netiesiogiai) apsaugoti vartotojus. Taigi abu tikslai, kuriuos prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, atrodo, laiko priešingais, iš tikrųjų tokie nėra.

⁷⁹ Šiuo klausimu žr. generalinės advokatės J. Kokott išvadą byloje *T-Mobile Netherlands ir kt.* (C-8/08, EU:C:2009:110, 71 punktas) ir 2006 m. birželio 7 d. Sprendimą *Österreichische Postsparkasse und Bank für Arbeit und Wirtschaft / Komisija* (T-213/01 ir T-214/01, EU:T:2006:151, 115 punktas). Šiuo klausimu taip pat žr. 2006 m. gruodžio 14 d. Sprendimą *Raiffeisen Zentralbank Österreich ir kt. / Komisija* (T-259/02–T-264/02 ir T-271/02, EU:T:2006:396, 99 punktas), kuriame pažymėta, kad pagal SESV 101 straipsnį šis galutinis tikslas kyla, be kita ko, iš SESV 101 straipsnio 3 dalies teksto.

⁸⁰ Sprendimas *Post Danmark I* (24 punktas, pasviruoju šriftu išskirta mano).

⁸¹ Sprendimas *Intel* (134 punktas, pasviruoju šriftu išskirta mano).

⁸² Sprendimai *Post Danmark I* (40 ir 41 punktai, pasviruoju šriftu išskirta mano) ir *Intel* (140 punktas).

⁸³ Žr. Gairių 5 ir 6 punktus.

⁸⁴ Žr. Komisijos pranešimo dėl [SESV 101 straipsnio 3 dalies] taikymo gairių (OL C 101, 2004, p. 97) 13 punktą ir Komisijos pranešimo dėl nehorizontaliųjų susijungimų vertinimo pagal Tarybos reglamentą dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės gairių (OL C 265, 2008, p. 6) 16 punktą. Taip pat žr. Komisijos narės N. Kroes 2005 m. rugsėjo 15 d. kalbą „European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices“, pasakytą Europos vartotojų ir konkurencijos dienos proga.

b) *Dėl antros dalies*

101. Antrojo klausimo antroje dalyje prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas Teisingumo Teismo iš esmės klausia, kaip galima įrodyti dviejų pirma minėtų tikslų sąsają.

102. Vadovaujantis prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo logika, jeigu SESV 102 straipsniu saugomas interesas yra kuo didesnė vartotojų gerovė, teismas (ir juo labiau konkurencijos institucijos) tam tikra prasme turėtų įvertinti nagrinėjamo elgesio nulemtą gerovės sumažėjimą (arba sumažėjimo riziką) (pavyzdžiui, palygindamas vartotojų gerovę iki tokio elgesio ir po jo). Tačiau jeigu saugomas interesas yra apsaugoti rinkos konkurencinę struktūrą, teismas turėtų ne siekti išsiaiškinti, ar dominuojančią padėtį užimančios įmonės veiksmai padarė žalos vartotojams, o tik paprasčiausiai išnagrinėti, ar jos elgesys gali daryti įtaką struktūrai, įvairovei, kokybei ar naujovių diegimui.

103. Negaliu pritarti šiai logikai, nes, kaip minėta, abu tikslai egzistuoja kartu ir nėra antinominiai.

104. Šiuo klausimu Teisingumo Teismo jurisprudencijoje nurodyta: kadangi SESV 102 straipsnis susijęs ne tik su veiksmis, kurie gali tiesiogiai padaryti žalą vartotojams, bet ir su veiksmis, kurie jiems daro žalą pažeisdami veiksmingos konkurencijos struktūrą, konkurencijos priežiūros institucija arba prireikus teismas turi nagrinėti ne tai, ar nagrinėjamas elgesys iš tikrųjų padarė „žalą vartotojams“, kaip tai suprantama pagal SESV 102 straipsnio b punktą, o tai, ar elgesys turėjo konkurenciją ribojantį poveikį⁸⁵. Iš tikrųjų nustatant piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi paprastai atsižvelgiama į galimą elgesio žalingą pobūdį, nesant reikalo įrodyti konkretaus poveikio, ypač vartotojams⁸⁶.

105. Nors konkurencijos institucija ir, nagrinėjamu atveju, nacionalinis teismas turi įvertinti žalingą išstūmimo poveikį ir, be kita ko, nustatyti, ar ši praktika gali pakenkti rinkos struktūrai, taigi, ir vartotojams, manau esant naudinga pateikti toliau išdėstytus paaiškinimus.

106. Pirma, kadangi galutinis apsaugos tikslas yra vartotojų gerovė, o ne tam tikros rinkos struktūros apsauga savaime, konkurenciją ribojančio poveikio rinkos struktūrai įrodymo pakanka tik tiek, kiek šis apribojimas gali daryti tiesioginį ar netiesioginį poveikį vartotojams. Tačiau nors įtaka rinkos konkurencinei struktūrai gerai („proxy“) parodo, kokias pasekmes vartotojams gali sukelti konkurentų išstūmimo iš rinkos veiksmai⁸⁷, taip būna ne visada. Iš tikrųjų dominuojančią padėtį užimančios įmonės elgesys neturi būti laikomas piktnaudžiavimu, kaip tai suprantama pagal SESV 102 straipsnį, jeigu, neatsižvelgiant į rinkos struktūrai padarytą žalą, jis negali taip pat iš tikrųjų ar potencialiai padaryti žalos susijusiems vartotojams. Todėl man atrodo, kad nebūtų nuoseklu esamą Teisingumo Teismo jurisprudenciją aiškinti taip, kad joje paprasčiausiai nurodoma, jog siekiant įrodyti piktnaudžiaujamą antikonkurencinį elgesį pakanka konstatuoti, kad nagrinėjami veiksmai gali turėti poveikį rinkos struktūrai. Iš tikrųjų žalingas poveikis rinkos konkurencinei struktūrai nei būtinai, nei automatiškai nereiškia galimo vartotojų gerovės

⁸⁵ Sprendimas *British Airways* (106 ir 107 punktai). Tačiau tam tikro piktnaudžiavimo atvejais su tiesiogine žala vartotojams susijęs įrodymas yra piktnaudžiavimo vertinimo dalis. Taigi Teisingumo Teismas nusprendė, jog „tam, kad intelektinės nuosavybės teisės turėtojo atsisakymas suteikti licenciją naudoti šią nuosavybę, kuri būtina atitinkamai veiklai vykdyti, būtų laikomas piktnaudžiavimu, pakanka, kad kartu būtų tenkinamos trys kumuliacinės sąlygos, t. y. kad atsisakymas trukdytų naujam produktui, kuris turi potencialią vartotojų paklausą, atsirasti, kad toks atsisakymas būtų nepateisinamas ir kad jis būtų toks, kad pašalintų bet kokią konkurenciją antrinėje rinkoje“ (žr. 1995 m. balandžio 6 d. Sprendimą *RTE ir ITP / Komisija*, vadinamąjį Sprendimą *Magill* (C-241/91 P ir C-242/91 P, EU:C:1995:98), kurio santrauka pateikta 2004 m. balandžio 29 d. Sprendimo *IMS Health* 32–38 punktuose (C-418/01, EU:C:2004:257, pasviruoju šriftu išskirta mano).

⁸⁶ Žr. 2014 m. liepos 10 d. Sprendimą *Telefónica ir Telefónica de España / Komisija* (C-295/12 P, toliau – Sprendimas *Telefónica*, EU:C:2014:2062, 124 punktas).

⁸⁷ Žr. generalinės advokatės J. Kokott išvadą byloje *British Airways / Komisija* / Taryba (C-95/04 P, EU:C:2006:133, 68 punktas).

sumažėjimo. Nors tokia žalos prezumpcija egzistuoja kartelių atveju, piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi atveju jos nėra⁸⁸. Antra, kaip nurodyta šios išvados 44 punkte, kai rinkos struktūra pakeičiama išstumiant konkurentą iš rinkos, tai nebūtinai reiškia, kad toks elgesys yra antikonkurencinis ir dėl to gali pakenkti vartotojams.

107. Antra, tenka konstatuoti, kad kyla objektyvių sunkumų nustatant vartotojų gerovei įtakos turinčių pakeitimų skaičių. Šiuo klausimu pirmiausia reikia priminti, kad konkurencijos teisėje galiojanti sąvoka „vartotojas“ apibrėžtis apima tiek tarpinius, tiek galutinius vartotojus. Taigi, kai tarpiniai naudotojai yra esami ar potencialūs dominuojančią padėtį užimančios įmonės konkurentai, vertinimas iš esmės būna susijęs su tolesniu tokio elgesio poveikiu klientams⁸⁹. Be to, pažymėtina, kad pačioje sąvokoje „vartotojų gerovė“ yra subjektyvumo elementas, todėl ši gerovė gali būti vertinama ne tik pagal kainą, bet ir, atsižvelgiant į nagrinėjamą produktą ar paslaugą, pagal pasirinkimą, kokybę bei inovacijas⁹⁰. Galiausiai SESV 102 straipsnis taikomas praktikai, kurios poveikis rinkai nebūtinai akivaizdžiai matyti. Iš tikrųjų, kaip bus paaiškinta nagrinėjant trečiąjį klausimą, antikonkurencinio poveikio analizė taip pat gali būti perspektyvinė. Todėl reikalavimas, kaip siūlo prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, konkrečiai įrodyti vartotojų gerovės sumažėjimą per tam tikrą laiką prieštarautų šios nuostatos logikai ir veiksmingumui. Iš tikrųjų reikalaujamų poveikio vartotojams įrodymų lygis priklauso nuo piktnaudžiavimo pobūdžio ir veikimo datos⁹¹.

108. Atsižvelgdamas į tai siūlau Teisingumo Teismui į antrąjį klausimą atsakyti, kad SESV 102 straipsnis aiškintinas taip, kad juo siekiama uždrausti ne tik išstūmimo iš rinkos veiksmus, kurie gali tiesiogiai padaryti žalą vartotojams, o tai yra galutinis šios nuostatos tikslas, bet ir veiksmus, kurie gali jiems netiesiogiai pakenkti dėl savo poveikio rinkos struktūrai. Konkurencijos institucijos turi įrodyti, kad tokia išstūmimo iš rinkos praktika kenkia veiksmingos konkurencijos struktūrai, ir patikrinti, ar ji taip pat gali padaryti faktinę ar potencialią žalą šiems vartotojams.

C. Dėl trečiojo prejudicinio klausimo

109. Trečiuoju klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia sužinoti, ar, siekiant nustatyti SESV 102 straipsnio pažeidimą, tinkamu įrodymu turi būti laikomas dominuojančią padėtį užimančios įmonės pateiktas įrodymas, kad, nepaisant to, jog ji abstrakčiai gali daryti ribojamąjį poveikį, aptariamas elgesys iš tikrųjų neturėjo poveikio, o jeigu turėjo, tai ar konkurencijos institucija privalo išnagrinėti šios įmonės pateiktus įrodymus, kad šis elgesys konkrečiai gali daryti nagrinėjamą poveikį.

⁸⁸ Šiuo klausimu reikia konstatuoti, kad 2014 m. lapkričio 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2014/104/ES dėl tam tikrų taisyklių, kuriomis reglamentuojami pagal nacionalinę teisę nagrinėjami ieškiniai dėl žalos, patirtos dėl valstybių narių ir Europos Sąjungos konkurencijos teisės nuostatų pažeidimo, atlyginimo (OL L 349, 2014, p. 1), 17 straipsnio 2 dalyje nustatyta, kad žalos prezumpcija daroma tik dėl kartelio padarytų pažeidimų atvejais.

⁸⁹ Žr. Gairių 19 punktą ir 15 išnašą.

⁹⁰ Žr., be kita ko, Sprendimą *Intel* (134 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija) ir Gairių 6 punktą.

⁹¹ Pavyzdžiui, taikant grobuoniškas kainas, mažesnių nei sąnaudos kainų taikymas būna akivaizdžiai palankus vartotojams (be abejo, trumpą laiką), bent jau tol, kol vėlesniame etape nuostoliai padengiami taikant didesnes kainas. Tačiau pagal SESV 102 straipsnį už grobuoniškų kainų politiką gali būti baudžiama net ir nesant nuostolių kompensavimo įrodymų, nes ji gali nulemti varžovų pasitraukimą ar susilpnėjimą, iš dalies pakeisdama konkurencijos struktūrą taip, kad dėl to gali būti padaryta žala vartotojams (žr. Sprendimo *France Télécom*, 110–112 punktus).

110. Pirma, reikia priminti, kad pagal suformuotą jurisprudenciją siekiant nustatyti SESV 102 straipsnio pažeidimą nebūtina įrodyti, kad nagrinėjamas elgesys konkrečiu atveju iš tikrųjų turėjo antikonkurencinį poveikį; pakanka įrodyti, kad jis galėjo jį turėti⁹². Konkurencijos institucija turi įrodyti tik galimą inkriminuojamų veiksmų žalą, neatsižvelgdama į konkretų antikonkurencinio poveikio įgyvendinimą. Iš tikrųjų reikalavimas laukti, kol rinkoje bus daromas antikonkurencinis poveikis, kad būtų galima teisiškai konstatuoti piktnaudžiavimą, būtų nesuderinamas su šios nuostatos, kuri taip pat yra prevencinio ir perspektyvinio pobūdžio, logika.

111. Šios srities gairėmis gali tapti tam tikri naujausios Teisingumo Teismo jurisprudencijos pavyzdžiai.

112. Sprendime *TeliaSonera* Teisingumo Teismas aiškiai nurodė, jog „tai, kad planuotas tikslas, t. y. <...> konkurentų pašalinimas, galiausiai nebuvo pasiektas, neturi reikšmės šią politiką pripažįstant piktnaudžiavimu pagal SESV 102 straipsnį“⁹³. Be to, Sprendime *Tomra* Teisingumo Teismas nusprendė, kad „norint įrodyti piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi pakanka įrodyti, kad piktnaudžiaudama dominuojanti įmonė siekia apriboti konkurenciją arba kad toks elgesys daro arba gali daryti tokį poveikį“⁹⁴. Vadovaudamasis ta pačia logika, vertindamas su nuolaidų sistema susijusį elgesį, Sprendime *Post Danmark II* Teisingumo Teismas nurodė, kad vertinant tai, ar nuolaidų sistema gali apriboti konkurenciją, siekiama „nustatyti, ar dominuojančią padėtį užimančios įmonės elgesys *lemia realų ar tikėtiną konkurentų išstūmimą*, dėl kurio iškraipoma konkurencija ir dėl to kenkiama vartotojų interesams“⁹⁵. Šiuo atžvilgiu „negalima pateisinti juntamumo veiksnio (*de minimis* ribos) įtvirtinimo siekiant nustatyti, ar piktnaudžiaujama dominuojančia padėtimi“. Iš tiesų dėl šių antikonkurencinių veiksmų *savaime gali būti stipriai ribojama <...> konkurencija*“, todėl „tam, kad patektų į [SESV 102 straipsnio] taikymo sritį, dominuojančią padėtį užimančios įmonės taikomos nuolaidų sistemos antikonkurencinis poveikis turi būti tikėtinas, nesant būtinybės įrodyti, kad jis yra rimtas ar juntamas“⁹⁶. Be to, Sprendime *Intel* Teisingumo Teismas konkrečiai nurodė būtinybę įvertinti, ar „[nuolaida] galėjo riboti konkurenciją“, išvardydamas tam tikrus aspektus, reikšmingus atliekant šį vertinimą⁹⁷. Galiausiai neseniai priimtame Sprendime *Generics (UK)* Teisingumo Teismas priminė, kad „piktnaudžiavimas elgesiu reiškia, kad jis galėjo apriboti konkurenciją ir visų pirma turėti išstūmimo iš rinkos poveikį, kuriuo kaltinama“⁹⁸.

113. Nors mintys kartais suformuluotos skirtingais žodžiais – žodžiai „galėjimas“ ir „tikimybė“, iš esmės turi tokią pačią reikšmę⁹⁹ – remiantis šia jurisprudencija galima daryti išvadą, jog tam, kad konkurencijos priežiūros institucija kvalifikuotų tam tikrą elgesį kaip piktnaudžiavimą, ji neprivalo įrodyti, kad antikonkurenciniai padariniai iš tikrųjų kilo.

114. Šiuo klausimu pažymėtina, kad remiantis įrodymais, kuriuos įmonė pateikė siekdama įrodyti, kad antikonkurencinio poveikio nėra, kaip antai ekonomine ar kitokia analize, negalima nei atleisti nuo įrodinėjimo, nei perkelti įrodinėjimo pareigos konkurencijos priežiūros institucijai, taip

⁹² Šiuo klausimu žr. sprendimus *British Airways* (106 ir 107 punktai) ir *Telefónica* (124 punktas). Taip pat žr. šios išvados 41 ir 104 punktus.

⁹³ Sprendimas *TeliaSonera* (65 punktas). Šiuo klausimu žr. Sprendimą *Deutsche Telekom I* (254 punktas) ir 2020 m. sausio 30 d. Sprendimą *České dráhy / Komisija* (C-538/18 P ir C-539/18 P, nepaskelbtas Rink., EU:C:2020:53, 70 punktas).

⁹⁴ Sprendimas *Tomra* (68 punktas, pasviruoju šriftu išskirta mano).

⁹⁵ Sprendimas *Post Danmark II* (69 punktas, pasviruoju šriftu išskirta mano).

⁹⁶ Sprendimas *Post Danmark II* (73 ir 74 punktai, pasviruoju šriftu išskirta mano).

⁹⁷ Sprendimas *Intel* (138 ir 139 punktai, pasviruoju šriftu išskirta mano).

⁹⁸ Sprendimas *Generics (UK)* (154 punktas, pasviruoju šriftu išskirta mano).

⁹⁹ Žr. generalinio advokato N. Wahl išvadą byloje *Intel Corporation / Komisija* (C-413/14 P, EU:C:2016:788, 115 punktas).

nustatant jai pareigą įrodyti dėl inkriminuojamo elgesio atsiradusią konkrečią žalą¹⁰⁰, net jeigu nuo piktnaudžiavimo momento praėjo jau daug laiko¹⁰¹. Be to, iš principo tam tikro elgesio antikonkurenciškumas turi būti vertinamas to elgesio metu¹⁰², o tai, atitinka ir bendrąjį teisinio saugumo principą, nes dominuojanti įmonė turi galėti įvertinti savo elgesio teisėtumą, remdamasi esamais duomenimis¹⁰³.

115. Antra, toje pačioje jurisprudencijoje vis dėlto patvirtinama pareiga įvertinti visas reikšmingas nagrinėjamos bylos aplinkybes, siekiant nustatyti, ar tam tikras elgesys iš tikrųjų *gali* sukelti galimą antikonkurencinį poveikį, nesvarbu, ar šis poveikis iš tikrųjų buvo, ar ne.

116. Šiuo atžvilgiu, pirma, man atrodo neginčijama, kad, procedūriniu požiūriu, konkurencijos priežiūros institucija turi atsižvelgti į *ex post* pateiktus antikonkurencinio poveikio nebuvimo įrodymus, ypač kai šie įrodymai susiję su elgesiu, kuris baigėsi gerokai prieš priimant sprendimą, kuriuo nustatomas piktnaudžiavimas. Iš tikrųjų Sprendime *Intel* Teisingumo Teismas paaikšino, kad tuo atveju, kai dominuojanti įmonė per administracinę procedūrą pateikdama įrodymus tvirtina, kad jos elgesys *negalėjo* suvaržyti konkurencijos, Komisija privalo išnagrinėti tam tikrą skaičių duomenų, kad įvertintų bent jau tokių pačių produktyvių konkurentų išstūmimo *galimybę*, kuri būdinga aptariamiems veiksams¹⁰⁴. Beje, išstūmimo iš rinkos galimybė taip pat yra svarbi vertinant, ar elgesys gali būti objektyviai pateisinamas arba ar jo ribojamasis poveikis gali būti kompensuotas efektyvumo nauda¹⁰⁵. Šiomis aplinkybėmis pasibaigus ginčijamam elgesiui pateikti išstūmimo iš rinkos poveikio nebuvimo ekonominiai įrodymai turi būti laikomi priimtinais, kai dominuojanti įmonė siekia įrodyti, kad konkurencija *negalėjo* būti ribojama. Be to, konkrečių veiksmų antikonkurencinis poveikis negali būti tikrai hipotetinis¹⁰⁶, o įrodymais, kuriais ginčijama konkurencijos ribojimo galimybė, galima pagrįsti tokį hipotetiškumą. Todėl, procedūriniu požiūriu, kadangi konkurencijos institucijos turi įrodyti antikonkurencinio išstūmimo poveikį, manau, kad šios institucijos turi pareigą, net *ex post*, analizuodamos piktnaudžiavimo buvimą dėmesingai atsižvelgti į dominuojančios įmonės pateiktus įrodymus.

117. Be to, kalbant apie tokios rūšies įrodymų įrodomąją galią, susijusią su piktnaudžiavimo buvimu, svarbu pažymėti, kad veiksmų ribojamojo poveikio nebuvimas iš tikrųjų gali turėti kelias priežastis. Negalima iš karto atmesti galimybes, kad tokio poveikio nebuvimą nulėmė tai, kad nagrinėjamas elgesys dėl savo pobūdžio *negalėjo* riboti konkurencijos. Šiuo požiūriu konkurencijos institucija, atsižvelgdama į konkrečias aplinkybes, turi atsižvelgti į tokio pobūdžio įrodymus kaip į aplinkybę, kuria potencialiai patvirtinamas tokios galimybės nebuvimas.

¹⁰⁰ Be kita ko, žr. generalinio advokato J. Mazák išvadą byloje *AstraZeneca / Komisija* (C-457/10 P, EU:C:2012:293, 64 punktas).

¹⁰¹ Žr. 2012 m. kovo 29 d. Sprendimą *Telefónica ir Telefónica de España / Komisija* (T-336/07 EU:T:2012:172, 272 punktas).

¹⁰² Šiuo klausimu žr. Sprendimą *AstraZeneca* (110 punktas).

¹⁰³ Šiuo klausimu žr. Sprendimą *TeliaSonera* (44 punktas).

¹⁰⁴ Sprendimas *Intel* (138 ir 139 punktai).

¹⁰⁵ Sprendimas *Intel* (140 punktas).

¹⁰⁶ Sprendimas *Post Danmark II* (65 punktas) ir šios išvados 41 punktas.

118. Šia tema pažymiu, kad Teisingumo Teismas savo jurisprudencijoje nenustatė reikalaujamo išstūmimo iš rinkos poveikio tikimybės laipsnio arba, kitaip tariant, galėjimo išstumti konkurentus¹⁰⁷. Akivaizdu, kad toks reikalavimas priklauso nuo kiekvienos bylos teisinių, ekonominių ir faktinių aplinkybių, tačiau manau, kad šis galėjimas turi būti susijęs su konkrečiomis aplinkybėmis, kaip antai elgesio trukme ir atitinkamos rinkos aprėpimu.

119. Šiomis aplinkybėmis *ex post* ribojamojo poveikio nebuvimo įrodymų svarba priklauso nuo to, ar abstrakti galimybė daryti ribojamąjį poveikį yra grindžiama realų arba potencialų poveikį turinčio išstūmimo rizika, o realaus poveikio konkurencijai nebuvimas antruoju atveju yra mažiau svarbus. Priešingai, realaus poveikio rinkai nebuvimas gali turėti reikšmės, net jeigu išstūmimo iš rinkos teorija yra grindžiama ar negrindžiama potencialia rizika, kai veiksmai trunka ilgai ir, kaip nagrinėjamu atveju, pasibaigė dar prieš konkurencijos institucijai atliekant tyrimą. Iš tikrųjų, remiantis Gairėmis, „jei veiksmai trunka pakankamai ilgą laiką, remiantis dominuojančios įmonės bei jos konkurentų veiklos rinkoje rezultatais galima pateikti tiesioginių įrodymų apie antikonkurencinį galimybių ribojimą“¹⁰⁸. Atvirkščiai, mano nuomone, realaus poveikio nebuvimas gali leisti suprasti, kad veiksmai, net ir teoriniai, negalėjo pakenkti konkurentams, todėl žalos teorija yra visiškai hipotetinė. Taip, be kita ko, būna, kai įrodoma, kad realaus poveikio nebuvimas negalėtų būti paveiktas kitų paskesnių veiksmų, kurie nėra susiję su nagrinėjamu elgesiu.

120. Galiausiai išsamumo sumetimais primenu, kad poveikio nebuvimas taip pat gali būti reikšmingas vertinant pažeidimo sunkumą, taip pat gali gerokai sumažinti pažeidimą padariusiai įmonei skirtinų sankcijų dydį.

121. Atsižvelgdamas į visa tai, kas išdėstyta, siūlau į trečiąją klausimą atsakyti, kad SESV 102 straipsnis turi būti aiškinamas taip, jog tam, kad įrodytų piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, konkurencijos institucija, atsižvelgdama į visas reikšmingas aplinkybes ir, be kita ko, į dominuojančios įmonės pateiktus įrodymus, privalo įrodyti, kad šios įmonės elgesys galėjo riboti konkurenciją, prireikus taip pat analizuodama ir įrodymus, liudijančius apie tai, kad nagrinėjamas elgesys neturėjo antikonkurencinio poveikio atitinkamoje rinkoje.

D. Dėl ketvirtąjo prejudicinio klausimo

122. Ketvirtuoju prejudiciniu klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia sužinoti, ar dominuojančią padėtį užimančios įmonės ketinimas apriboti konkurenciją yra reikšmingas vertinant, ar tam tikras elgesys yra piktnaudžiavimas.

¹⁰⁷ Šį klausimą generalinis advokatas N. Wahl nagrinėjo savo išvadoje byloje *Intel Corporation / Komisija* (C-413/14 P, EU:C:2016:788, 117 ir 118 punktai). Jo teigimu, vertinant antikonkurencines galimybes siekiama įsitikinti, kad skundžiamas elgesys greičiausiai turi konkurentų išstūmimo poveikį. Tai reiškia, kad tikimybė lemia *gerokai aukštesnį intensyvumo lygį nei paprasčiausia galimybė*, kad tam tikru elgesiu gali būti ribojama konkurencija. Mat fakto, kad ribojamasis poveikis atrodo labiau tikėtinas nei jo nebuvimas, tiesiog nepakanka. Šiuo klausimu žr. generalinės advokatės J. Kokott išvadą byloje *Post Danmark* (C-23/14, P, EU:C:2015:343, 82 punktas).

¹⁰⁸ Žr. Gairių 20 punktą. Pirmiausia pažymėtina, kad minėtame dokumente tik apibrėžta Komisijos pozicija dėl to, kokias bylas ji ketina nagrinėti pirmenybės tvarka, tad tokia jos administracinė praktika nėra privaloma nacionalinėms konkurencijos institucijoms ir nacionaliniams teismams.

1. Dėl priimtinumų

123. *Green Network* abejoja dėl šio prejudicinio klausimo priimtumo. Tačiau, neprašydama pripažinti jį nepriimtinu, ji konstatuoja, kad atsižvelgiant į tai, jog AGCM iš tikrųjų išnagrinėjo tyčinį piktnaudžiavimo pobūdį, atsakyti į šį klausimą nebūtina. Be to, neginčytina, kad atsakymą galima rasti Teisingumo Teismo jurisprudencijoje.

124. Mano nuomone, šiuos prieštaravimus reikia atmesti dėl tų pačių priežasčių, kurios nurodytos šios išvados 85 ir 86 punktuose. Iš tikrųjų prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas jo būtinumą pagrindžia iš esmės paaiškindamas, kad ta jurisprudencija nėra aiški ir klaidinanti¹⁰⁹. Be to, iš sprendimo dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą matyti, kad klausimas tiesiogiai susijęs su pagrindinės bylos dalyku ir nėra hipotetinis, nes nagrinėjamu atveju AGCM gavo tyrimo dokumentus, kuriais siekiama įrodyti ENEL grupės strateginį siekį užkirsti kelią klientų išėjimui, skatinant juos pereiti į laisvą rinką kartu su EE.

2. Dėl esmės

125. Ketvirtąjį prejudicinį klausimą sudaro dvi dalys:

- pirmoje klausama, pirma, ar SESV 102 straipsnį reikia aiškinti taip, kad tam tikrą elgesį reikia kvalifikuoti kaip piktnaudžiavimą tik dėl jo (potencialaus) ribojamojo poveikio, ar taip, kad ketinimas riboti konkurenciją yra naudingas (taip pat ir išimtinis) šio vertinimo kriterijus,
- antroje klausama, ar šio ketinimo įrodymas turi būti laikomas pakankamu, kad nagrinėjamam elgesiui būtų priskirtas ginčijamas antikonkurencinis poveikis, ar juo įrodinėjimo pareiga tikrai perkeliama dominuojančiai įmonei, kuri šioje stadijoje privalo įrodyti, kad išstūmimo poveikio nebuvo.

a) Dėl pirmos dalies

126. Pirmoje dalyje prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės klausia, ar dominuojančios įmonės ketinimo išstumti konkurentą įrodymas yra būtinas ar pakankamas nagrinėjant piktnaudžiavimo buvimą.

127. Šiuo klausimu primenu, jog Teisingumo Teismas ne kartą yra nurodęs, kad pagal SESV 102 straipsnį draudžiamas piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi yra objektyvi sąvoka¹¹⁰, nesant jokios kaltės¹¹¹, ir kad taikant tą nuostatą visiškai nereikalaujama įrodyti dominuojančią padėtį užimančios įmonės antikonkurencinio ketinimo¹¹². Iš to matyti, kad,

¹⁰⁹ Šiuo klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas remiasi 2003 m. rugsėjo 30 d. Sprendimu *Michelin / Komisija* (T-203/01, EU:T:2003:250, 241 punktas) ir 2007 m. sausio 30 d. Sprendimu *France Télécom / Komisija* (T-340/03, EU:T:2007:22, 195 punktas).

¹¹⁰ Žr. šios išvados 34 punktą.

¹¹¹ Žr. Sprendimą *Continental Can* (29 punktas) ir 2009 m. rugsėjo 9 d. Sprendimą *Clearstream / Komisija* (T-301/04, EU:T:2009:317, 141 punktas).

¹¹² Sprendimas *Tomra* (21 punktas).

išskyrus išimtiniais atvejais¹¹³, dominuojančios įmonės subjektyvus motyvas nėra vienas iš piktnaudžiavimą sudarančių elementų, todėl konkurencijos institucija neprivalo jo įrodyti, kad konstatuotų tokį piktnaudžiavimą.

128. Vis dėlto Teisingumo Teismas nusprendė, kad nors vien tokio ketinimo įrodymo nepakanka, tai yra faktinė aplinkybė, į kurią galima atsižvelgti nustatant piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi. Iš tikrųjų Teisingumo Teismas nusprendė, kad nagrinėdama dominuojančią padėtį užimančios įmonės elgesį ir siekdama nustatyti galimą piktnaudžiavimą tokia padėtimi Komisija turi įvertinti visas su šiuo elgesiu susijusias reikšmingas faktines aplinkybes ir kad tai taip pat apima įgyvendinamos komercinės strategijos įvertinimą. Šiomis aplinkybėmis normalu paminėti subjektyvius veiksnus, t. y. motyvus, kuriais grindžiama nagrinėjama komercinė strategija. Taigi, Teisingumo Teismo teigimu, galimas antikonkurencinis ketinimas yra tik viena iš daugelio faktinių aplinkybių, į kurias galima atsižvelgti nustatant tokį piktnaudžiavimą¹¹⁴.

129. Toks antikonkurencinis tikslas, jeigu jis aiškus ir įrodytas, iš tikrųjų gali būti reikšmingas nustatant piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi. Iš tikrųjų Komisija savo gairėse nurodė, kad „tiesioginiai išstūmimo strategijos įrodymai“ yra vienas iš veiksnių, kuriais paprastai remiamasi vertinant ne tik tai, ar tam tikras prežiuojamas piktnaudžiavimas gali sukelti antikonkurencinį išstūmimą iš rinkos, bet ir „aiškinant dominuojančios įmonės elgesį“. Tokius įrodymus gali sudaryti, be kita ko, „vidaus dokumentai, kuriuose yra tiesioginių konkurentų pašalinimo strategijos įrodymų, kaip antai išsamus tam tikrų veiksmų planas siekiant pašalinti konkurentą, neleisti jam patekti į rinką arba užkirsti kelią rinkai atsirasti, arba konkrečių grasinimų imtis antikonkurencinių veiksmų įrodymų“¹¹⁵.

130. Iš tikrųjų daugeliu atvejų piktnaudžiavimas išstūmimu iš rinkos būna grindžiamas ne konkrečiu dominuojančios įmonės subjektyviu ketinimu apriboti konkurenciją, o nagrinėjamo elgesio ekonomine logika, kuri objektyviai grindžiama šio elgesio požymiais ir kontekstu. Tokį antikonkurencinį elgesį galima paaiškinti, pvz., „jokio kito objektyvaus ekonominio pagrindo“ nebuvimu¹¹⁶. Nesant tokio elgesio loginio pagrindo gali būti ypač naudinga remtis subjektyviais įrodymais. Iš tikrųjų tokios rūšies įrodymai buvo panaudoti ir piktnaudžiavimo kainodara atvejais¹¹⁷, ir tais atvejais, kai piktnaudžiavimas nebuvo susijęs su kainomis¹¹⁸.

131. Taigi, turint omenyje gausybę faktinių aplinkybių, į kurias galima atsižvelgti nustatant piktnaudžiavimą, teisę įvertinti išstūmimo strategijos tiesioginių įrodymų įrodomąją galią turi tik konkurencijos institucija. Šiuo klausimu man atrodo reikšmingi toliau nurodyti aspektai.

¹¹³ Išimtiniais atvejais dominuojančią padėtį užimančios įmonės ketinimas pašalinti konkurentą gali būti būtinas pažeidimo padarymo įrodymas. Taip būna, pirma, tam tikrais „grobuoniškų“ kainų taikymo atvejais (kai pardavimo kainos yra mažesnės už bendrųjų sąnaudų vidurkį, apimantį fiksuotąsias ir kintamąsias sąnaudas, bet viršija kintamųjų sąnaudų vidurkį), kuriais Teisingumo Teismas yra pripažinęs, jog šios kainos turi būti laikomos nesąžiningomis, „jeigu nustatytos laikantis plano eliminuoti konkurentą“ (žr. sprendimus *AKZO* (72 punktas), *Tetra Pak / Komisija* (41 punktas) ir *France Télécom* (109 punktas) ir, antra, vadinamosiose „nepagrįstose“ bylose, kuriose Komisija nustatė du kumuliacinius kriterijus, kad galėtų nustatyti, kuriais atvejais tam tikras ieškiny yra piktnaudžiavimas, o antrasis kriterijus – ar ieškiny „skirtas konkurencijai pašalinti“ (žr. 1998 m. liepos 17 d. Sprendimą *ITT Promedia / Komisija* (T-111/96, EU:T:1998:183, 55 punktas). Tačiau net šiais išimtiniais atvejais vien subjektyvaus elemento nepakanka, kad būtų įrodytas elgesio neteisėtumas.

¹¹⁴ Sprendimas *Tomra* (18–21 punktai), taip pat Sprendimas *Generics (UK)* (162 ir 164 punktai).

¹¹⁵ Žr. Gairių 20 punktą.

¹¹⁶ Sprendimas *TeliaSonera* (88 punktas). Šiuo klausimu žr. šios išvados 62 punktą.

¹¹⁷ Kaip antai nustatant „grobuoniškas“ kainas (Sprendimas *AKZO* (72 punktas), taikant nuolaidas už lojalumą (žr. 2000 m. kovo 16 d. Sprendimą *Compagnie maritime belge transports ir kt. / Komisija* (C-395/96 P ir C-396/96 P, EU:C:2000:132), taip pat sudarant išimtinę sutartį (žr. Sprendimo *Tomra* 19 ir 21 punktus).

¹¹⁸ Be kita ko, kai dominuojančią padėtį užimanti įmonė nacionaliniuose teismuose pareiškia ieškinius dėl nesąžiningų veiksmų (žr. 1998 m. liepos 17 d. Sprendimą *ITT Promedia / Komisija* (T-111/96, EU:T:1998:183, 55 punktas) arba suklaidina valdžios institucijas, siekdama išstumti iš rinkos generinių vaistų gamintojus (žr. 2010 m. liepos 1 d. Bendrojo Teismo sprendimą *AstraZeneca / Komisija* (T-321/05, EU:T:2010:266, 359 punktas), taip pat vadinamosiose „pay for delay“ bylose (žr. Sprendimą *Generics (UK)* (161 punktas)).

132. Pirma, tam, kad šie įrodymai būtų reikšmingi bent jau kaip požymis, atsižvelgiant į piktnaudžiavimo išstumiant konkurentus buvimą, ketinimas pašalinti konkurentus taip pat turi reikšti konkurentų išstūmimo galimybę¹¹⁹. Taigi ketinimo analizė negali pakeisti poveikio analizės. Šiuo klausimu Teisingumo Teismas aiškiai nurodė, kad, kai dominuojanti įmonė ginčija, kad jos elgesys galėjo apriboti konkurenciją, Komisija, be kita ko, „taip pat turi įvertinti, *ar egzistuoja strategija*, kuria siekiama išstumti iš rinkos bent tokius pat produktyvius konkurentus“¹²⁰.

133. Antra, tokie įrodymai gali tapti svarbia informacija apie nagrinėjamo elgesio pobūdį, taigi, ir apie jo ketinimą apriboti konkurenciją. Pavyzdžiui, tokiomis nuorodomis gali tapti įrodymai, kad dominuojančią padėtį užimanti įmonė, remdamasi savo atlikta rinkos analize ar šios rinkos išmanymu, aiškiai tikėjosi, kad jos elgesys turės antikonkurencinį poveikį, ir tokio tipo nuorodos yra svarbios turint omenyje dominuojančios įmonės patirtį, susijusią su rinkos, kurioje ji veikia, struktūra. Taigi, jeigu, remiantis įrodymais, tokia įmonė priima tam tikrą strategiją, kuria siekiama pašalinti konkurentus iš rinkos arba juos susilpninti, logiškai galima daryti išvadą, kad šis elgesys gali sukelti tokį poveikį.

134. Trečia, ketinimo įrodymo įrodomoji galia priklauso nuo faktinių aplinkybių. Įmonės vadovaujančių darbuotojų, kuriems pavesta daryti lemiamą įtaką įmonės veiklai, pareiškimai apie konkurentų išstūmimą arba oficialių pristatymų metu padaryti pareiškimai yra svarbesni nei spontaniški pareiškimai¹²¹. Be to, nereikia pamiršti, kad įmonių skatinimas pralengkti vienai kitą yra konkurencijos esmė. Todėl pareiškimai, kuriais siekiama apibūdinti ar sumenkinti konkurentus, yra įprasti aplinkoje, kuriai būdingas konkuravimas nuopelnais / pranašumais, ir jie turi būti laikomi reikšmingais tik tada, kai juose kalbama apie išstūmimo iš rinkos strategiją. Galiausiai man atrodo akivaizdu, kad tokie įrodymai turi būti susiję su nagrinėjamo elgesio laikotarpiu.

135. Ketvirta, įrodymų, galinčių patvirtinti, kad dominuojanti įmonė ketino konkuruoti pranašumais, buvimas taip pat gali būti svarbus apskaičiuojant baudą ir tapti lengvinančia aplinkybe, ypač kiek tai susiję su klausimu, ar pažeidimas buvo padarytas tyčia, ar dėl neatsargumo¹²².

b) Dėl antros dalies

136. Antroje klausimo dalyje prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės klausia, ar ketinimo išstumti konkurentus įrodymu siekiama perkelti elgesio antikonkurencinio išstūmimo poveikio įrodinėjimo pareigą dominuojančiai įmonei.

137. Šiuo atžvilgiu man atrodo logiška manyti, kad neturėtų būti atitinkamų pasekmių, susijusių su subjektyviu ketinimu apriboti konkurenciją, nes tas įrodymas nėra paprasta faktinė aplinkybė ir vien jo nepakanka nustatyti, kad toks elgesys prieštarauja SESV 102 straipsniui¹²³. Taigi šia išvada negalima pagrįsti nugalinčiosios tokio elgesio prezumpcijos, nes toks požiūris atrodo nesuderinamas su piktnaudžiavimo sąvokos objektyvumu, kaip tai suprantama pagal

¹¹⁹ Šiuo klausimu žr. generalinio advokato N. Wahl išvadą byloje *Intel Corporation / Komisija* (C-413/14 P, EU:C:2016:788, 128 punktą).

¹²⁰ Sprendimas *Intel* (139 punktą ir jame nurodyta jurisprudenciją. Pasviruoju šriftu išskirta mano).

¹²¹ Šiuo klausimu žr. 2007 m. sausio 30 d. Bendrojo Teismo sprendimą *France Télécom / Komisija* (T-340/03, EU:T:2007:22, 202 punktą).

¹²² Sprendimas *Tomra* (12 punktą). Taip pat žr. „Pagal Reglamento Nr. 1/2003 23 straipsnio 2 dalies a punktą skirtų baudų apskaičiavimo gaires“ (OL C 210, 2006, p. 2, 27 ir 29 punktai).

¹²³ Šiuo klausimu žr. generalinio advokato N. Wahl išvadą byloje *Intel Corporation / Komisija* (C-413/14 P, EU:C:2016:788, 128 punktą).

SESV 102 straipsnį. Iš tikrųjų tokia teisinė prezumpcija gali paskatinti daryti išvadą, jog buvo piktnaudžiauta, atsižvelgiant tikrai į dominuojančią padėtį užimančios įmonės ketinimą, o tai prieštarautų pirma nurodytai Teisingumo Teismo suformuotai jurisprudencijai.

138. Vis dėlto man atrodo logiška, kad jeigu konkurencijos institucijos gali naudoti tokius piktnaudžiavimo įrodymus, atitinkamos įmonės taip pat turi galėti naudoti vidaus dokumentus, patvirtinančius ketinimo išstumti konkurentus nebuvimą¹²⁴. Akivaizdu, kad tokį įrodymą, kuris yra neigiamas, akivaizdžiai sunku pateikti ir, net jei būtų įrodytas, vien juo remiantis negalima įrodyti, kad nebuvo piktnaudžiauta¹²⁵.

139. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, į ketvirtąjį klausimą siūlau atsakyti, kad norint dominuojančią padėtį užimančios įmonės atliktus išstūmimo iš rinkos veiksmus pripažinti piktnaudžiavimu, nebūtina įrodyti subjektyvaus jos ketinimo pašalinti konkurentus. Vis dėlto į šį ketinimą galima atsižvelgti kaip į faktinę aplinkybę, be kita ko, siekiant įrodyti, kad tokiu elgesiu gali būti ribojama konkurencija. Įrodžius įtariamą ketinimą pašalinti iš rinkos, įrodinėjimo, kad šiuo elgesiu piktnaudžiauta, našta jokių būdu neperkeliamą.

E. Dėl penktojo prejudicinio klausimo

140. Penktuoju klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia sužinoti, ar bendrovių, tiesiogiai dalyvavusių piktnaudžiaujant, priklausymo tai pačiai grupei pakanka, kad atsakomybė būtų priskirta patronuojančiajai bendrovei, kuriai priklauso visas šių bendrovių kapitalas, nesant būtinybės įrodyti, jog ši bendrovė dalyvavo piktnaudžiaujant arba bent jau aktyviai koordinavo įvairias grupės įmones¹²⁶.

1. Dėl priimtinumų

141. AGCM ir AIGET abejoja dėl šio klausimo, susijusio su patronuojančiosios bendrovės atsakomybės prezumpcijos taikymo sąlygomis¹²⁷, priimtinumų dėl to, kad jis nereikšmingas ginčui išspręsti, nes AGCM ENEL atsakomybę grindė ne prielaida, kylančia iš visiškos SEN ir EE kontrolės, o jos tiesioginiu dalyvavimu atliekant veiksmus, kurie laikomi piktnaudžiavimu. Iš tikrųjų AGCM tyrimas atskleidė tikrą grupės strategiją – taigi taip pat priskirtiną ENEL, – kuria siekiama perduoti kuo daugiau saugomoje rinkoje veikiančios bendrovės (SEN) klientų už laisvąją rinką atsakingai bendrovei (EE).

142. Vis dėlto ENEL pažymi, kad AGCM ginčijamame sprendime nusprendė, jog ji yra solidariai atsakinga už pažeidimą tiek dėl aktyvaus dalyvavimo įgyvendinant nesąžiningą strategiją, tiek dėl lemiamos įtakos prezumpcijos. Kadangi buvo pertvarkyta grupės organizacinė schema, šiuo atžvilgiu ji pakankamai įrodė nebeturėjusi sprendžiamosios galios savo patronuojamųjų bendrovių atžvilgiu ir taip paneigė lemiamos įtakos prezumpciją.

¹²⁴ Šiuo klausimu žr. generalinio advokato J. Mazák išvadą byloje *Tomra Systems ir kt. / Komisija* (C-549/10 P, EU:C:2012:55, 10 punktas).

¹²⁵ Šiuo klausimu žr. Sprendimą *Tomra* (22 punktas).

¹²⁶ Pažymiu, kad pateiktas klausimas yra susijęs su visomis tai pačiai grupei priklausančiomis bendrovėmis, neatsižvelgiant į kontrolę grindžiamą ryšį su bendrovėmis, dalyvavusiomis piktnaudžiaujant. Kadangi pagrindinė byloje šis klausimas kyla tik dėl grupės patronuojančiosios bendrovės atsakomybės, siūlau jį reformuluoti taip, kad jis apimtų taisyklės, susijusias su atsakomybės priskyrimu patronuojančiajai bendrovei, kuriai, kaip nagrinėjamu atveju, priklauso visas pažeidimą padariusių patronuojamųjų bendrovių kapitalas.

¹²⁷ Pagal šią prielaidą patronuojanti bendrovė, kuriai priklauso 100 % konkurencijos taisyklių pažeidimą padariusių dukterinių bendrovių kapitalo, daro lemiamą įtaką pastarųjų elgesiui ir gali būti pripažinta atsakinga už šį pažeidimą taip pat, kaip ir jos patronuojamosios bendrovės (toliau – „lemiamos įtakos prezumpcija“, žr. šios išvados 149 punktą).

143. Kadangi, kaip nustatė prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, šios prezumpcijos taikymo sąlygos yra jo nagrinėjamo ginčo dalis ir bet kuriuo atveju tik nacionalinis teismas, atsižvelgdamas į konkrečias bylos aplinkybes, turi įvertinti tiek tai, ar jo sprendimui priimti būtinas prejudicinis sprendimas, tiek Teisingumo Teismui pateikiamų klausimų svarbą, manau, kad Teisingumo Teismas turėtų priimti sprendimą šiuo klausimu¹²⁸.

144. Be to, man atrodo, kad prezumpcijos dėl daromos lemiamos įtakos taikymo sąlygos gali būti reikšmingos sprendžiant ginčą pagrindinėje byloje. Iš tikrųjų ENEL prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiame teisme teigė, kad AGCM nustatė, jog ji aktyviai dalyvavo inkriminuojamuose veiksmuose, neatsižvelgdama į jos pateiktus dokumentus, patvirtinančius, kad po grupės restruktūrizavimo ji atsisakė savo sprendimų priėmimo kompetencijos. Tad jeigu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas konstatuos, kad šie įrodymai yra įtikinami, jis taip pat turės priimti sprendimą dėl šios prezumpcijos taikymo. Taigi svarbu žinoti, ar minėta prezumpcija dar gali būti taikoma remiantis vien priklausymu grupei. Vadinasi, klausimas nėra hipotetinis¹²⁹.

2. Dėl esmės

145. Siekiant atsakyti į penktąjį klausimą iš esmės, reikia remtis aiškiai įtvirtintomis konkurencijos teisės sąvokomis, kaip antai sąvokomis „įmonė“ ir „lemiamos įtakos prezumpcija“, kuriomis grindžiama atsakomybės už konkurencijos taisyklių pažeidimą priskyrimo logika¹³⁰.

146. Pirmiausia primenu, kad Sutarčių autoriai konkurencijos teisės pažeidimą padariusiam asmeniui apibrėžti pasirinko sąvoką „įmonė“¹³¹. Ši savarankiška Sąjungos teisės sąvoka reiškia bet kurį ekonominę veiklą vykdančią subjektą, kurį sudaro žmogiškieji ištekliai, materialūs ir nematerialūs elementai, neatsižvelgiant į jo teisinį statusą ar finansavimo būdus. Taigi ši sąvoka turi būti suprantama kaip reiškianti ekonominį vienetą nagrinėjamo antikonkurencinio elgesio dalyko požiūriu, net jei teisiniu požiūriu šį ekonominį vienetą sudaro keli fiziniai ar juridiniai asmenys¹³².

147. Šis pasirinkimas lemia, kad, pirma, kai toks ekonominis vienetas pažeidžia konkurencijos taisykles, pagal asmeninės atsakomybės principą jam tenka atsakyti už šį pažeidimą ir, antra, tam tikromis aplinkybėmis juridinis asmuo gali būti pripažintas asmeniškai ir solidariai atsakingu už kito juridinio asmens, priklausančio tam pačiam ekonominiam vienetui, antikonkurencinį elgesį¹³³.

148. Darytina išvada, kad patronuojamosios bendrovės elgesys patronuojančiajai bendrovei gali būti inkriminuotas, be kita ko, kai ši patronuojamoji bendrovė pati nesprensdžia dėl savo elgesio rinkoje ir iš esmės vykdo patronuojančiosios bendrovės nurodymus, ypač atkreipiant dėmesį į šių dviejų juridinių asmenų ekonominius, organizacinius ir teisinius ryšius¹³⁴. Kadangi, esant tokiai

¹²⁸ Žr. 2020 m. kovo 4 d. Sprendimą *Schenker* (C-655/18, EU:C:2020:157, 22 punktą).

¹²⁹ Šiuo klausimu žr. ginčijamo sprendimo 260 ir 261 punktus, jo oficiali versija (italų kalba) skelbiama AGCM interneto svetainėje.

¹³⁰ Priskyrimo taisyklės buvo primintos, be kita ko, 2009 m. rugsėjo 10 d. Sprendime *Akzo Nobel ir kt. / Komisija* (C-97/08 P, EU:C:2009:536) ir 2017 m. balandžio 27 d. Sprendime *Akzo Nobel ir kt. / Komisija* (C-516/15 P, EU:C:2017:314).

¹³¹ 2017 m. balandžio 27 d. Sprendimas *Akzo Nobel ir kt. / Komisija* (C-516/15 P, EU:C:2017:314, 46 punktą ir jame nurodyta jurisprudencija).

¹³² Sprendimas *Deutsche Telekom II* (72 punktą ir jame nurodyta jurisprudencija).

¹³³ Sprendimas *Deutsche Telekom II* (73 punktą ir jame nurodyta jurisprudencija).

¹³⁴ Sprendimas *Deutsche Telekom II* (74 punktą ir jame nurodyta jurisprudencija).

situacijai, patronuojančioji bendrovė ir jos patronuojamoji bendrovė yra to paties ekonominio vieneto dalys ir dėl to sudaro vieną įmonę, sprendimas, kuriuo skiriamos baudos, gali būti skiriamas patronuojančiajai bendrovei, nesant reikalo įrodyti, kad ji dalyvavo darant pažeidimą¹³⁵.

149. Šiuo klausimu pažymėtina, kad pagal suformuotą Teisingumo Teismo jurisprudenciją konkrečiu atveju, kaip antai nagrinėjamu pagrindinėje byloje, kai patronuojančiajai bendrovei (tiesiogiai ar netiesiogiai) priklauso 100 % Sąjungos konkurencijos taisyklių pažeidimą padariusios patronuojamosios bendrovės kapitalo, pirma, ši patronuojančioji bendrovė gali daryti lemiamą įtaką patronuojamosios bendrovės elgesiui ir, antra, egzistuoja nuginčijama prezumpcija (taip pat vadinama „paprastąja“), kad ši patronuojančioji bendrovė iš tikrųjų daro tokią įtaką, nebent įrodo, jog yra priešingai¹³⁶.

150. Tokia prezumpcija, jeigu ji nepaneigiama, reiškia kad faktinis patronuojančiosios bendrovės lemiamos įtakos darymas patronuojamajai bendrovei laikomas nustatytu ir kad pirmoji gali būti pripažinta atsakinga už antrosios elgesį, nesant reikalo pateikti kokių nors papildomų įrodymų¹³⁷. Patronuojančioji bendrovė, kuriai inkriminuotas patronuojamosios bendrovės elgesys, individualiai baudžiama už Sąjungos konkurencijos taisyklių pažeidimą, kuri ji pati, kaip pripažinta, yra padariusi dėl patronuojamajai bendrovei daromos lemiamos įtakos, kuria ji galėjo nulemti pastarosios elgesį rinkoje¹³⁸.

151. Iš to matyti, kad tokiomis aplinkybėmis konkurencijos institucijai pakanka įrodyti, jog patronuojančiajai bendrovei priklauso visas jos patronuojamosios bendrovės kapitalas, kad būtų galima preziumuoti, jog patronuojančioji bendrovė iš tikrųjų daro lemiamą įtaką šios patronuojamosios bendrovės komercinei politikai. Paskui ši institucija gali pripažinti, jog patronuojančioji bendrovė yra solidariai atsakinga už patronuojamajai bendrovei skirtos baudos sumokėjimą, nebent patronuojančioji bendrovė, kuriai tenka pareiga nuginčyti šią prezumpciją, pateiktų pakankamai įrodymų, kad jos patronuojamoji bendrovė rinkoje veikia savarankiškai¹³⁹. Todėl lemiamos įtakos prezumpcijos taikymas nepriklauso nuo papildomų įrodymų, kad patronuojančioji bendrovė darė lemiamą įtaką, pateikimo¹⁴⁰.

152. Atsižvelgiant į tai, kas išdėstyta, bendrovių, tiesiogiai dalyvavusių piktnaudžiaujant, priklausymo tai pačiai grupei pakanka, kad atsakomybė būtų priskirta patronuojančiajai bendrovei, kuriai priklauso visas šių bendrovių kapitalas, nesant reikalo pateikti kokių nors papildomų įrodymų, nebent ši patronuojančioji bendrovė pateiktų pakankamai įrodymų, galinčių patvirtinti, kad šios bendrovės rinkoje elgėsi savarankiškai.

153. Nagrinėjamu atveju neginčijama, kad ENEL priklauso 100 % jos patronuojamųjų įmonių SEN ir EE kapitalo. Taigi ENEL ginčija ne lemiamos įtakos prezumpcijos taikymą, o tik tam tikrus šio taikymo aspektus.

¹³⁵ 2021 m. balandžio 15 d. Sprendimas *Italmobiliare ir kt.* / Komisija (C-694/19 P, nepaskelbtas Rink., toliau – *Italmobiliare*, EU:C:2021:286, 54 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija). Šiuo klausimu žr. 1972 m. liepos 14 d. sprendimus *Imperial Chemical Industries* / Komisija (48/69, EU:C:1972:70, 140 punktas) ir *Deutsche Telekom II* (94 punktas).

¹³⁶ Žr. Sprendimą *Italmobiliare* (47 ir 55 punktai bei juose nurodyta jurisprudencija).

¹³⁷ Sprendimas *Italmobiliare* (55 punktas). Šiuo klausimu žr. 2016 m. birželio 16 d. Sprendimą *Evonik Degussa ir AlzChem* / Komisija (C-155/14 P, EU:C:2016:446, 30 punktas).

¹³⁸ Sprendimas *Italmobiliare* (56 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

¹³⁹ Sprendimas *Italmobiliare* (48 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

¹⁴⁰ 2021 m. sausio 27 d. Sprendimas *The Goldman Sachs Group* / Komisija (C-595/18 P, toliau – Sprendimas *Goldman Sachs*, EU:C:2021:73, 33 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

154. Pirma, ji tvirtina, kad vien to, jog egzistuoja kontrolės santykiai, savaime nepakanka, kad patronuojančioji bendrovė būtų nubausta už patronuojamosios bendrovės veiksmus, net jeigu visapusiškai ją kontroliuoja. Pasak jos, net ir tokiu atveju būtina įsitikinti, kad patronuojančioji bendrovė turi realią galimybę daryti lemiamą įtaką patronuojamosioms bendrovėms.

155. Mano nuomone, tokiems argumentams negalima pritarti. Iš tikrųjų iš pirma nurodytos jurisprudencijos aiškiai matyti, jog lemiamos įtakos prezumpcija reiškia būtent tai, kad faktinis lemiamos įtakos darymas turi būti laikomas įrodymu, nesant būtinybės pateikti kokių nors įrodymų. Priešingas aiškinimas prieštarautų šios prezumpcijos, grindžiamos teiginiu, kad visapusiškos patronuojamosios bendrovės kontrolės vykdymas būtinai reiškia galimybę daryti tokią įtaką, veiksmingumui¹⁴¹. Iš tiesų Teisingumo Teismas nustatė, kad faktinio lemiamos įtakos darymo prezumpciją pagrindžia ne pats viso arba beveik viso patronuojamosios bendrovės kapitalo turėjimas, o tai, kokį patronuojančiosios bendrovės jos patronuojamajai bendrovei daromos kontrolės laipsnį šis turėjimas reiškia¹⁴².

156. Antra, ENEL tvirtina, kad, kalbant apie nugincijamą prezumpciją, pažymėtina, kad jeigu patronuojančioji bendrovė pateikia įrodymų, galinčių patvirtinti, kad patronuojamoji bendrovė rinkoje veikė savarankiškai, konkurencijos institucija privalo tinkamai motyvuoti kitokią savo poziciją. Nagrinėjamu atveju ENEL neigia, kad darė lemiamą įtaką, nes po 2014 m. įvykusio grupės restruktūrizavimo ji nebepriėmė sprendimų ir nebevykdė aktyvios veiklos, o tik skatino įvairių patronuojamųjų bendrovių sinergiją ir geriausiąją praktiką. Ji pateikė su tuo susijusius dokumentus, į kuriuos AGCM vis dėlto neatsižvelgė arba atmetė, tinkamai nemotyvavusi.

157. Dėl šių argumentų reikia pateikti tris pastabas.

158. Pirma, dėl įrodinėjimo pareigos pažymėtina: kadangi lemiamos įtakos prezumpcija yra nugincijama, aišku, kad patronuojančioji bendrovė turi pateikti įrodymų, patvirtinančių jos nebuvimą¹⁴³. Vis dėlto vien tokių įrodymų pateikimo nepakanka, kad įrodinėjimo pareiga *ipso facto* būtų perkelta. Iš tikrųjų tik konkurencijos institucija gali konstatuoti, ar patronuojančiajai bendrovei pavyko paneigti lemiamos įtakos prezumpciją ir įrodyti patronuojamosios bendrovės savarankiškumą. Jeigu taip yra, patronuojamosios bendrovės atsakomybė negali būti jai priskirta vien dėl to, kad jai priklauso visas patronuojamosios bendrovės kapitalas¹⁴⁴, ir jeigu ši institucija nusprendžia vykdyti patronuojančiosios bendrovės baudžiamąjį persekiojimą, ji turi pagrįsti šią atsakomybę kitais konkrečiais lemiamos įtakos įrodymais. Iš tikrųjų, kaip nagrinėjamoje byloje, konkurencijos institucijos dažnai nusprendžia pagrįsti šią prezumpciją kitomis faktinėmis aplinkybėmis¹⁴⁵.

159. Antra, kiek tai susiję su konkurencijos institucijos pareiga motyvuoti, iš Teisingumo Teismo jurisprudencijos matyti, kad sprendimas taikyti Sąjungos konkurencijos teisės taisyklės turi būti pakankamai motyvuotas visų jo adresatų, visų pirma tų, kurie turi prisiimti to pažeidimo pasekmes, atžvilgiu. Todėl už patronuojamosios bendrovės neteisėtą elgesį atsakinga pripažinti patronuojančiajai bendrovei tokiaame sprendime turi būti pateikti išsamūs motyvai, pagrindžiantys pažeidimo priskyrimą jai¹⁴⁶. Jeigu toks sprendimas grindžiamas išimtinai faktinio

¹⁴¹ Šiuo klausimu žr. 2013 m. rugsėjo 13 d. Bendrojo Teismo sprendimą *Total Raffinage Marketing / Komisija* (T-566/08, EU:T:2013:423, 501 ir 502 punktai).

¹⁴² Sprendimas *Goldman Sachs* (35 punktas).

¹⁴³ Žr. 2016 m. birželio 16 d. Sprendimą *Evonik Degussa ir AlzChem / Komisija* (C-155/14 P EU:C:2016:446, 32–34 punktai).

¹⁴⁴ 2020 m. spalio 28 d. Sprendimas *Pirelli & C. / Komisija* (C-611/18 P, nepaskelbtas Rink., EU:C:2020:868, 74 punktas).

¹⁴⁵ Šiuo klausimu žr. Sprendimą *TeliaSonera* (40 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

¹⁴⁶ Pagal analogiją žr. 2003 m. spalio 2 d. Sprendimą *Aristrain / Komisija* (C-196/99 P, EU:C:2003:529, 93–101 punktai).

lemiamos įtakos darymo prezumpcija, konkurencijos institucija privalo tinkamai paaiškinti priežastis, dėl kurių nurodytų faktinių ir teisinių aplinkybių nepakako šiai prezumpcijai nugincyti, antraip ši prezumpcija taps faktiškai nenuginčijama¹⁴⁷.

160. Ši konkurencijos institucijos pareiga motyvuoti savo sprendimus šiuo klausimu išplaukia, be kita ko, iš lemiamos įtakos prezumpcijos nugincijamumo. Iš tikrųjų reikia priminti, kad Teisingumo Teismas yra nustatęs, jog šia prezumpcija siekiama užtikrinti pusiausvyrą tarp, pirma, tikslo nutraukti konkurencijos taisyklėms prieštaraujančius veiksmus ir užkirsti kelią jų pakartojimui ir, antra, tam tikrų bendrųjų Sąjungos teisės principų, kaip antai nekaltumo prezumpcijos, bausmių individualizavimo ir teisinio saugumo principų, taip pat teisės į gynybą, įskaitant procesinio lygiateisiškumo principą, reikalavimų. Būtent dėl šios priežasties ši prezumpcija yra nugincijama¹⁴⁸. Be to, Teisingumo Teismas nusprendė, jog tai, kad sudėtinga pateikti priešingų įrodymų, kurių reikia lemiamos įtakos prezumpcijai paneigti, savaime nereiškia, kad ji *de facto* yra nenuginčijama, todėl prieštarauja nekaltumo prezumpcijos principui¹⁴⁹.

161. Vis dėlto reikia priminti, kad Teisingumo Teismas nusprendė, jog tokiais sąlygomis Komisija neprivalo pareikšti nuomonės dėl aplinkybių, kurios akivaizdžiai nesusijusios su ginču, yra nereikšmingos arba aiškiai antraeilės¹⁵⁰. Be to, nustatant šią pareigą motyvuoti nereikalaujama išsamiai ir vieną po kito išnagrinėti visus ginčo šalių argumentus. Taigi motyvavimas gali būti numanomas, jei padeda suinteresuotiesiems asmenims suprasti, kuo grindžiamas sprendimas, o teisminei institucijai – gauti pakankamai informacijos, kad galėtų vykdyti kontrolę pagal pareikštą ieškinį¹⁵¹. Šie principai pagal analogiją galėtų būti taikomi nacionalinėms konkurencijos institucijoms.

162. Trečia, nenorėdamas daryti įtakos vertinimui, kurį pagrindinėje byloje galiausiai pateiks prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, primenu, kad Teisingumo Teismas jau turėjo progą pažymėti, jog to, kad (visiškai) kontroliuojamos bendrovės turėjo tam tikrą autonomiją, kai vykdė savo pramoninę veiklą, ir kad patronuojančiosios bendrovės vaidmuo buvo paprastas techninis ir finansinis koordinavimas arba kad ji šioms bendrovėms teikė finansinę ir turtinę paramą, savaime nepakanka lemiamos įtakos prezumpcijai paneigti¹⁵². Paskui Teisingumo Teismas taip pat nusprendė, kad aplinkybė, jog subjektas yra įmonės statuso neturinti „finansų kontroliuojančioji bendrovė“, negali turėti įtakos šios prezumpcijos taikymui jo atžvilgiu¹⁵³. Galiausiai Teisingumo Teismas atmetė argumentus, kad minėtą prezumpciją taikant kapitalą valdančiai kontroliuojančiajai bendrovei būtų pažeistas 1950 m. lapkričio 4 d. Romoje pasirašytos Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos 14 straipsnis, Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos 17 ir 21 straipsniai ir SESV 345 straipsnis, nes dėl jos atsirastų savavališkas ir nepateisinamas skirtingas skirtingų nuosavybės sistemų vertinimas¹⁵⁴.

¹⁴⁷ Šiuo klausimu žr. 2011 m. rugsėjo 29 d. Sprendimą *Elf Aquitaine / Komisija* (C-521/09 P, EU:C:2011:620, 153 punktas), 2017 m. rugsėjo 14 d. Sprendimą *LG Electronics ir Koninklijke Philips Electronics / Komisija* (C-588/15 P ir C-622/15 P, EU:C:2017:679, 87 punktas) ir 2020 m. spalio 28 d. Sprendimą *Pirelli & C. / Komisija* (C-611/18 P; Rink., EU:C:2020:868, 45 punktas).

¹⁴⁸ Žr. 2013 m. gegužės 8 d. sprendimus *Eni / Komisija* (C-508/11 P, EU:C:2013:289, 57–59 punktai) ir *Italmobiliare* (57 punktas).

¹⁴⁹ Sprendimas *Italmobiliare* (58 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

¹⁵⁰ Žr. 2011 m. rugsėjo 29 d. Sprendimą *Elf Aquitaine / Komisija* (C-521/09 P, EU:C:2011:620, 154 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija) ir 2020 m. spalio 28 d. Sprendimą *Pirelli & C. / Komisija* (C-611/18 P, nepaskelbtas Rink., EU:C:2020:868, 46 punktas).

¹⁵¹ Pagal analogiją žr. 2013 m. lapkričio 26 d. Sprendimą *Groupe Gascogne / Komisija* (C-58/12 P, EU:C:2013:770, 37–39 punktai).

¹⁵² 2013 m. gegužės 8 d. Sprendimas *Eni / Komisija* (C-508/11 P, EU:C:2013:289, 64 punktas).

¹⁵³ Sprendimas *Italmobiliare* (41 punktas).

¹⁵⁴ Sprendimas *Italmobiliare* (62 ir 63 punktai).

163. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau į penktąjį klausimą atsakyti taip, kad patronuojančiosios bendrovės priklausymo bendrovių grupei, kurią, be kita ko, sudaro visiškai kontroliuojamos patronuojamosios bendrovės, tiesiogiai dalyvavusios piktnaudžiaujant, kaip tai suprantama pagal SESV 102 straipsnį, pakanka, kad būtų preziumuojama, jog ši patronuojančioji bendrovė darė lemiamą įtaką šių patronuojamųjų bendrovių politikai, todėl konkurencijos institucija galėtų priskirti jai atsakomybę už šiuos veiksmus, neprivalėdama pateikti piktnaudžiavimo įrodymų. Pareiga paneigti šią nugincijamą prezumpciją pateikiant įrodymų, patvirtinančių, kad patronuojamosios bendrovės rinkoje veikė savarankiškai, tenka minėtai patronuojančiajai bendrovei. Tokiu atveju ši institucija privalo tinkamai nurodyti priežastis, dėl kurių mano, kad šių įrodymų nepakanka šiai prezumpcijai paneigti, nebent ji mano, kad tie įrodymai akivaizdžiai nesusiję, nereikšmingi ar aiškiai antraeiliai.

IV. Išvada

164. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau Teisingumo Teismui taip atsakyti į *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba, Italija) pateiktus prejudicinius klausimus:

1. SESV 102 straipsnis turi būti aiškinamas taip, kad dominuojančią padėtį užimančios įmonės veiksmai, nepaisant jų teisėtumo kitų nei konkurencijos teisė šakų atžvilgiu, negali būti kvalifikuojami kaip piktnaudžiavimas, kaip tai suprantama pagal SESV 102 straipsnį, tik dėl to, kad gali turėti išstūmimo iš atitinkamos rinkos poveikį, nes toks elgesys neturi būti prilyginamas konkurenciją ribojančiam poveikiui, nebent būtų įrodyta, kad ši įmonė pasinaudojo kitomis priemonėmis nei tos, kurios susijusios su konkuravimu nuopelnais / pranašumais. Iš principo tokia išstūmimo praktika, kuri gali būti ekonomiškai perspektyviai pakartota konkurentų, nėra elgesys, galintis baigtis antikonkurenciniu išstūmimu, taigi priskirtinas prie konkuravimo nuopelnais / pranašumais.
2. SESV 102 straipsnis turi būti aiškinamas taip, kad juo siekiama uždrausti ne tik konkurentų išstūmimo iš rinkos veiksmus, kuriais gali būti daroma tiesioginė žala vartotojams – o tai yra svarbiausias šios nuostatos tikslas, – bet ir veiksmus, kurie gali jiems netiesiogiai pakenkti dėl poveikio rinkos struktūrai, taigi, ir veiksmingos konkurencijos išlaikymui. Konkurencijos institucijos turi įrodyti, kad tokia išstūmimo iš rinkos praktika kenkia veiksmingos konkurencijos struktūrai, ir patikrinti, ar ji taip pat gali padaryti faktinę ar potencialią žalą šiems vartotojams.
3. SESV 102 straipsnis turi būti aiškinamas taip, kad siekdama įrodyti piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi konkurencijos institucija, atsižvelgdama į visas reikšmingas aplinkybes ir, be kita ko, į dominuojančios įmonės nurodytas aplinkybes, turi įrodyti, kad dėl šios įmonės elgesio galėjo būti ribojama konkurencija, prireikus šiuo atžvilgiu nagrinėdama ir dominuojančiosios įmonės pateiktus įrodymus, kad nagrinėjami veiksmai neturėjo antikonkurencinio poveikio atitinkamai rinkai.
4. SESV 102 straipsnis turi būti aiškinamas taip, kad siekiant dominuojančią padėtį užimančios įmonės vykdomus išstūmimo iš rinkos veiksmus kvalifikuoti kaip piktnaudžiavimą nebūtina įrodyti jos subjektyvaus ketinimo pašalinti konkurentus. Vis dėlto į šį ketinimą galima atsižvelgti kaip į faktinę aplinkybę, be kita ko, siekiant įrodyti, kad tokiu elgesiu gali būti ribojama konkurencija. Įrodžius galimą ketinimą pašalinti iš rinkos, įrodinėjimo, kad šiuo elgesiu piktnaudžiauta, našta jokių būdu neperkeliamą.

5. Patronuojančiosios bendrovės priklausymo bendrovių grupei, kurią sudaro, be kita ko, jai visiškai priklausančios patronuojamosios bendrovės, tiesiogiai dalyvavusios piktnaudžiaujant, kaip tai suprantama pagal SESV 102 straipsnį, pakanka, kad būtų preziumuojama, kad ji darė lemiamą įtaką šių patronuojamųjų bendrovių politikai, todėl konkurencijos institucija gali priskirti jai atsakomybę už šiuos veiksmus, nesant būtinybės įrodyti, kad ši bendrovė dalyvavo piktnaudžiaujant. Pareiga paneigti šią nuginčijamą prezumpciją pateikiant įrodymų, patvirtinančių, jog patronuojamosios bendrovės rinkoje veikė savarankiškai, tenka minėtai patronuojančiajai bendrovei. Tokiu atveju ši institucija privalo tinkamai nurodyti priežastis, dėl kurių mano, kad šių įrodymų nepakanka šiai prezumpcijai paneigti, nebent mano, kad tie įrodymai akivaizdžiai nesusiję, nereikšmingi ar aiškiai antraeiliai.