

**Sprawa C-377/20**

**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem**

**Data wpływu:**

29 lipca 2020 r.

**Oznaczenie sądu odsyłającego:**

Consiglio di Stato (Włochy)

**Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:**

21 maja 2020 r.

**Strona skarżąca:**

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

Enel Energia SpA

**Druga strona postępowania:**

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

---

**Przedmiot postępowania głównego**

Trzy odwołania złożone do Consiglio di Stato (rady stanu) w przedmiocie zmiany trzech wyroków Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum), które potwierdziły stwierdzone przez Autorità garante per la concorrenza e il mercato (organ ds. ochrony konkurencji i rynku, zwany dalej „organem”) nadużywanie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE przez stronę skarżącą.

## **Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego**

Interpretacja prawa Unii, a w szczególności art. 102 TFUE, w rozumieniu art. 267 TFUE

### **Pytania prejudycjalne**

- 1) Czy zachowania konkretyzujące nadużywanie pozycji dominującej mogą same w sobie być całkowicie zgodne z prawem i zostać zakwalifikowane jako „nadużycie” wyłącznie ze względu na (potencjalnie) ograniczający skutek generowany na rynku referencyjnym; lub czy muszą one również charakteryzować się szczególnym elementem bezprawności, polegającym na stosowaniu „metod (lub środków) konkurencji innych” niż „normalne”; w tym drugim przypadku, na podstawie jakich kryteriów można ustalić granicę między konkurencją „normalną” i „zakłóconą”?
- 2) Czy funkcją przepisu prawa sankcjonującego nadużywanie jest maksymalizacja dobrobytu konsumentów, co do którego sąd zobowiązany jest ocenić wystąpienie (lub niebezpieczeństwo wystąpienia) jego zmniejszenia; czy też przepis prawa sankcjonujący wykroczenie przeciwko konkurencji ma sam w sobie za zadanie zachowanie konkurencyjnej struktury rynku, aby zapobiec tworzeniu się skupisk siły ekonomicznej uznawanych w każdym przypadku za szkodliwe dla wspólnoty?
- 3) Czy w przypadku nadużywania pozycji dominującej, polegającego na próbach zapobieżenia utrzymaniu się istniejącego poziomu konkurencji lub jej rozwojowi, przedsiębiorstwo dominujące jest w każdym razie uprawnione do udowadniania, że – pomimo abstrakcyjnej przydatności skutku ograniczającego – zachowanie okazało się pozbawione konkretnej naganności; w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej, czy do celów dokonania oceny istnienia nietypowego nadużycia o charakterze wykluczającym, art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że na organie ciąży obowiązek szczegółowego zbadania przedstawionych przez stronę analiz ekonomicznych dotyczących konkretnej zdolności zachowania będącego przedmiotem dochodzenia do wykluczenia konkurentów z rynku?
- 4) Czy nadużywanie pozycji dominującej powinno być oceniane jedynie pod kątem jego skutków na rynku (choćby tylko potencjalnych), niezależnie od subiektywnego motywu przedstawiciela; lub czy wykazanie zamiaru ograniczającego stanowi parametr użyteczny (także wyłącznie) dla dokonania oceny bezprawnego zachowania przedsiębiorstwa dominującego; lub czy to wykazanie elementu subiektywnego służy jedynie przerzuceniu ciężaru dowodu na przedsiębiorstwo dominujące (które w tym momencie byłoby obciążone obowiązkiem przedstawienia dowodu na brak wystąpienia skutku wykluczenia)?

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

### **Istotne przepisy prawa Unii**

Artykuł 102 TFUE

### **Istotne przepisy prawa krajowego**

Artykuł 3 ustawy nr 287/1990: „Nadużywanie pozycji dominującej przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw na rynku krajowym lub na odpowiedniej jego części jest zabronione [...]”.

### **Zwięzłe przedstawienie okoliczności faktycznych i postępowania**

- 1 Od czasu liberalizacji rynku energii elektrycznej we Włoszech fazy produkcji i sprzedaży zostały otwarte na konkurencję, podczas gdy zarządzanie sieciami przesyłowymi i dystrybucyjnymi pozostało uregulowane w ramach systemu monopolistycznego i na podstawie koncesji ministerialnej, ponieważ struktury są ograniczone i niemożliwe do odtworzenia. Dlatego, celem zapewnienia neutralnego zarządzania siecią na korzyść operatorów i użytkowników przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo, były monopolista sektora – Enel – musiał rozdzielić różne elementy swojego łańcucha produkcyjnego oraz oddzielić, w szczególności, segment niekonkurencyjny od segmentu otwartego na wolną konkurencję operatorów. Proces ten zakończył się powstaniem następujących trzech spółek:

**Enel Energia (EE)**, dostawca energii elektrycznej na wolny rynek, **Servizio Elettrico Nazionale (SEN)**, dostawca „usług zwiększonej ochrony”, **e-distribuzione**, koncesjonariusz prowadzący działalność w zakresie dystrybucji energii elektrycznej.

Jeżeli chodzi o „usługi zwiększonej ochrony (cen)” (UZO) to rozumie się przez nie dostawę energii elektrycznej do małych odbiorców końcowych, którzy nie

dokonali jeszcze wyboru sprzedawcy na wolnym rynku i którzy zgodnie z prawem są obsługiwani przez spółkę powiązaną z dystrybutorem, na warunkach umownych i ekonomicznych określonych przez organ branżowy.

SEN jest obecnie niekwestionowanym operatorem UZO, ponieważ występuje na obszarach, na których dystrybucja energii elektrycznej należy do właściwości e-dystrybucji, czyli na około 85% terytorium kraju. Drugi najlepszy operator nie obejmuje nawet 5% tego rynku. Zgodnie z przepisami ustawy, w styczniu 2022 roku zwiększona ochrona zniknie, pozostawiając miejsce wyłącznie dla wolnego rynku.

- 2 Niniejsze postępowanie ma swoje źródło w skargach do organu dotyczących nielegalnego wykorzystywania wrażliwych informacji handlowych przez operatorów grupy Enel celem przeniesienia klientów z SEN do EE w związku z zapowiadaną zmianą rynku, unikając ich masowego przechodzenia do bezpłatnych ofert konkurencji.

Zgodnie z ustaleniami organu, SEN uzyskiwało zgodę użytkowników w ramach zwiększonej ochrony na otrzymywanie ofert handlowych „w sposób dyskryminujący”, polegający na żądaniu wstępnej zgody na przetwarzanie danych osobowych na rzecz spółek z grupy Enel i drugiej zgody na korzyść operatorów będących podmiotami trzecimi. Klienci najczęściej wyrażali pierwszą zgodę, uważając, że było to konieczne do zarządzania bieżącą relacją z ich dostawcą, podczas gdy najczęściej odmawiali wyrażenia drugiej zgody, skierowanej do innych operatorów. W rzeczywistości zgody wyrażone na rzecz stron trzecich wynosiły jedynie 30%.

Nazwiska klientów, którzy wyrazili zgodę na otrzymywanie informacji od Enel zostały umieszczone na specjalnych listach. Na podstawie tych list EE uruchomiło oferty skierowane wyłącznie do klientów UZO, ostatnio ofertę zwaną „Zawsze z Tobą”.

Przynależność klientów do UZO była informacją raczej niemożliwą do uzyskania, co czyniło z list SEN strategiczny i niepodlegający odtworzeniu zasób. Nie dysponując takimi listami pozostali operatorzy mieli stracić 40% popytu będącego przedmiotem konkurencji w okresie odniesienia (2014–2017) (potencjalny skutek ograniczający).

Pomimo organicznej restrukturyzacji przynajmniej najwyższe kierownictwo grupy Enel miało kontynuować wymianę informacji i podejmowanie decyzji na zintegrowanym poziomie.

- 3 W tych okolicznościach organ nałożył na EE i SEN, a także na spółkę dominującą Enel, karę za nadużywanie pozycji dominującej (art. 102 TFUE). Zarzuty zostały potwierdzone przez sąd pierwszej instancji wobec każdej z trzech spółek, jednak z obniżeniem kary nałożonej na pierwsze dwie przez wzgląd na krótszy czas trwania naruszenia i błąd w podstawie obliczenia grzywny. Każdy z trzech podmiotów składających się na stronę skarżącą oddzielnie złożył odwołanie do

Consiglio di Stato (rady stanu), wnosząc o całkowite uchylenie lub dalsze zmniejszenie kary.

### **Zasadnicze argumenty stron w postępowaniu głównym**

- 4 Brak jest zarówno dowodu na przyjęcie strategii nadużycia, jak i dowodu na to, że takie zachowanie ma potencjalną zdolność wykluczającą, ponieważ:
- umieszczenie nazwiska na liście telemarketingowej nie mogło spowodować wyeliminowania konsumenta z konkurencji, nie prowadziło do żadnego powiązania ani zobowiązania do dostawy, ani nie uniemożliwiało konsumentowi, który wyraził zgodę, umieszczenia na innych listach, otrzymywania innych informacji handlowych, dokonywania wyboru lub zmiany w dowolnym momencie, także wielokrotnie, swojego dostawcy;
  - listy SEN, w porównaniu z wielkością rynku i klienteli SEN, pod względem ilościowym, były nieistotne; ponadto na rynku były dostępne – oraz zostały wykorzystane – inne wykazy, bardziej kompletne i mniej kosztowne;
  - w praktyce, wykorzystanie list SEN w ciągu dwóch miesięcy pomiędzy uruchomieniem oferty „Zawsze z Tobą” a decyzją o zamknięciu jej kanału sprzedaży doprowadziło do pozyskania zaledwie 478 klientów, czyli 0,002% użytkowników SEN i 0,001% zużycia energii elektrycznej;
  - organ nie wziął pod uwagę dowodów przedłożonych celem wykazania, że zakwestionowane zachowanie nie było w stanie wywołać skutków ograniczających konkurencję i że w ogóle ich nie wywołało.
- 5 Ponadto, od 2014 r. holding Enel przeszedł od modelu scentralizowanego do modelu, w którym spółka dominująca po prostu wspiera synergie i „najlepsze praktyki” między różnymi spółkami operacyjnymi, nie pełniąc już roli decyzyjnej. W związku z tym spółka dominująca nie powinna podlegać karze, szczególnie bardziej rygorystycznej niż same spółki operacyjne.

### **Zwięzłe uzasadnienie odesłania prejudycjalnego**

- 6 Rynek właściwy to rynek, na którym dokonuje się sprzedaż detaliczna energii elektrycznej mniejszym krajowym i zagranicznym odbiorcom końcowym na obszarze, na którym grupa Enel jest monopolistą w zakresie dystrybucji energii elektrycznej. Pozycję dominującą Enel można wywnioskować ze stale utrzymywanych na rynku referencyjnym udziałów oraz z kontroli niepowtarzalnej infrastruktury, z połączenia pomiędzy różnymi zaangażowanymi segmentami oraz z siły finansowej pionowo zintegrowanej struktury. Kwestionowane jest nietypowe nadużycie polegające na wykluczeniu w świetle przykładów zawartych w art. 102 TFUE, gdyż ma ono na celu uniemożliwienie wzrostu lub dywersyfikacji oferty konkurujących przedsiębiorstw.

- 7 Główny temat kontrowersji dotyczy tego, czy zachowanie spółki dominującej jest w stanie realizować zamiar wykluczenia innych operatorów działających na wolnym rynku poprzez opróżnienie bazy klientów UZO. W toku postępowania antymonopolowego strony przedstawiły analizy ekonomiczne mające na celu wykazanie, że ich zachowanie w rzeczywistości nie wywołało skutków wykluczających. Organ zebrał materiał dowodowy celem wykazania istnienia strategicznej woli grupy zmierzającej do ograniczenia niedogodności wynikającej z przekroczenia UZO.
- 8 Odnośnie do tak ustalonych faktów pojawiają się różne pytania sądu odsyłającego. Wobec braku wyjaśnienia tej kwestii przez art. 102 TFUE i prawo krajowe, które dokonuje jego transpozycji, sąd zadaje najpierw pytanie (*pierwsze pytanie prejudycjalne*), czy zakazany przypadek „nadużywania” musi koniecznie polegać na obiektywnie bezprawnym zachowaniu na rynku lub czy stanowi takie nadużywanie ograniczający lub potencjalnie ograniczający skutek jakiegokolwiek zachowania, nawet całkowicie zgodnego z prawem, które stosuje przedsiębiorstwo dominujące w celu wzmocnienia swojej pozycji. W rzeczywistości zachowanie wdrożone przez grupę Enel samo w sobie jest zgodne z prawem (z punktu widzenia prawa cywilnego), ponieważ nie zostało podniesione naruszenie jakiegokolwiek konkretnej zasady przetwarzania danych osobowych oraz wydaje się, że listy SEN zostały zakupione po cenie rynkowej.
- 9 W *drugim pytaniu prejudycjalnym* sąd ten pyta, jaki jest rzeczywisty, kwestionowany przez zakaz nadużywania skutek ekonomiczny, czy mniejszy dobrobyt konsumenta (na przykład z powodu wzrostu cen: Komunikat Komisji 2009/C 45/02), czy też zmiana struktury, różnorodność, jakość i innowacyjność rynku, jak wynika z mającego znaczenie orzecznictwa Trybunału.
- 10 Jeśli zatem prawdą jest, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, że wykroczenie przeciwko konkurencji może polegać chociażby tylko na próbie powstrzymania utrzymywania się konkurencji na rynku lub jej rozwojowi, sąd odsyłający wątpi, czy – w przypadku zachowania, które jedynie abstrakcyjnie może wywołać skutki ograniczające – nie jest jednakże dopuszczalny dowód, że w rzeczywistości nie miał miejsca żaden skutek ograniczający. W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej powstaje pytanie, czy organ ma obowiązek niezwłocznego zweryfikowania dowodów, ewentualnie przedstawionych przez przedsiębiorstwo celem wykazania faktycznej niezdolności kwestionowanego zachowania do wykluczenia konkurentów z rynku (*pytanie trzecie*).
- 11 Z innego punktu widzenia chodzi o zrozumienie znaczenia motywu w ocenie nadużywania: czy bezprawny zamiar w ogóle nie ma znaczenia, a wystarczające jest udowodnienie skutków (choćby tylko potencjalnych), czy – odwrotnie – ma znaczenie, jeżeli chodzi o możliwość przypisania także tylko zachowaniu przedstawiciela kwestionowanych skutków antykonkurencyjnych, lub czy też uzasadnione jest jedynie nałożenie ciężaru dowodu na przedsiębiorstwo dominujące, które musi wykazać brak skutku wykluczającego (*pytanie czwarte*).

- 12 Temat dowodu powtarza się także w *piątym* i ostatnim *pytaniu*, gdzie pojawia się problem, jak dokonać oceny odpowiedzialności prawnie niezależnych przedsiębiorstw, które jednakże występują na rynku jako podmiot zbiorowy lub wspólny: czy dla przypisania wykroczenia pojedynczemu przedsiębiorstwu wystarczy, że stanowi ono część grupy – i w związku z tym organ musi jedynie wykazać, że przedsiębiorstwo to działa równolegle z innymi – czy też potrzebny jest dowód, nawet pośredni, konkretnej sytuacji w zakresie koordynacji i instrumentalności, w szczególności w odniesieniu do spółki dominującej.

DOKUMENT ROBOCZY