

Rechtssache C-377/20

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs**

Eingangsdatum:

29. Juli 2020

Vorlegendes Gericht:

Consiglio di Stato (Italien)

Datum der Vorlageentscheidung:

21. Mai 2020

Rechtsmittelführerinnen:

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

Enel Energia SpA

Rechtsmittelgegnerin:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Drei Rechtsmittel beim Consiglio di Stato (Staatsrat) wegen Abänderung von drei Urteilen des Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regionales Verwaltungsgericht Latium), die den von der Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde, Italien, im Folgenden: Behörde) festgestellten Missbrauch einer beherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV durch die Rechtsmittelführerinnen bestätigt haben.

Gegenstand und Rechtsgrundlage des Vorabentscheidungsersuchens

Auslegung des Unionsrechts, insbesondere von Art. 102 AEUV, gemäß Art. 267 AEUV

Vorlagefragen

1. Können Verhaltensweisen, die die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung verwirklichen, an sich völlig rechtmäßig sein und allein aufgrund der (potenziell) wettbewerbsbeschränkenden Wirkung, die auf dem relevanten Markt erzeugt wird, als „missbräuchlich“ eingestuft werden oder müssen diese auch durch eine spezifische Komponente der Rechtswidrigkeit gekennzeichnet sein, die in der Verwendung „anderer Wettbewerbsmethoden (oder -mittel)“ als der „normalen“ besteht? Anhand welcher Kriterien kann im letzteren Fall die Grenze zwischen „normalem“ und „verfälschtem“ Wettbewerb festgelegt werden?
2. Liegt die Funktion der Vorschrift zur Sanktionierung des Missbrauchs in der Maximierung des Wohls der Verbraucher, dessen Beeinträchtigung (oder die Gefahr einer solchen) das Gericht zu beurteilen hat, oder hat die Vorschrift zur Sanktionierung des Wettbewerbsverstoßes an sich die Aufgabe, die Wettbewerbsstruktur des Marktes zu erhalten, um die Entstehung von Anhäufungen wirtschaftlicher Macht zu verhindern, die jedenfalls als schädlich für die Gesellschaft angesehen werden?
3. Darf im Fall des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung, der in dem Versuch besteht, zu verhindern, dass der noch bestehende Grad an Wettbewerb oder seine Entwicklung erhalten bleibt, das beherrschende Unternehmen dennoch nachweisen, dass das Verhalten – obwohl es abstrakt geeignet ist, beschränkende Wirkung zu haben – keine konkreten schädlichen Wirkungen hatte? Falls die Frage bejaht wird: Ist Art. 102 AEUV für die Zwecke der Beurteilung, ob ein atypischer Behinderungsmissbrauch vorliegt, dahin auszulegen, dass die Behörde verpflichtet ist, die von der Partei vorgelegten wirtschaftlichen Analysen über die konkrete Eignung des untersuchten Verhaltens, die eigenen Wettbewerber vom Markt auszuschließen, eingehend zu prüfen?
4. Ist der Missbrauch einer beherrschenden Stellung ohne Berücksichtigung des subjektiven Beweggrundes des Handelnden nur anhand seiner (auch lediglich potenziellen) Wirkungen auf den Markt zu beurteilen oder ist der Nachweis der wettbewerbsbeschränkenden Absicht ein Parameter, der (auch ausschließlich) zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit des Verhaltens des beherrschenden Unternehmens herangezogen werden kann, oder dient ein solcher Nachweis des subjektiven Elements nur dazu, die Beweislast auf das beherrschende Unternehmen zu verlagern (das in diesem Stadium die Beweislast dafür tragen würde, dass die Behinderungswirkung fehlt)?
5. Reicht im Fall einer beherrschenden Stellung, die sich auf eine Mehrzahl von Unternehmen bezieht, die derselben Unternehmensgruppe angehören, die Zugehörigkeit zu dieser Gruppe aus, um anzunehmen, dass auch die Unternehmen, die das missbräuchliche Verhalten nicht gesetzt haben, an der Zuwiderhandlung beteiligt waren – so dass es ausreichen würde, dass die

Aufsichtsbehörde eine bewusste, wenn auch nicht kollusive, Parallelität der Unternehmen, die innerhalb der gemeinsam beherrschenden Gruppe tätig sind, nachweist – oder ist jedenfalls (wie im Fall des Kartellverbots) der Nachweis, auch mittelbar, erforderlich, dass eine konkrete Situation der Koordinierung und Instrumentalität zwischen den verschiedenen Unternehmen der Gruppe in beherrschender Stellung besteht, insbesondere für den Nachweis der Beteiligung der obersten Muttergesellschaft?

Angeführte unionsrechtliche Vorschriften

Art. 102 AEUV

Angeführte nationale Vorschriften

Art. 3 des Gesetzes Nr. 287/1990: „Der Missbrauch einer beherrschenden Stellung auf dem nationalen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten ...“.

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Seit in Italien der Elektrizitätsmarkt liberalisiert wurde, sind die Produktions- und Verkaufsstufe für den Wettbewerb geöffnet, während der Betrieb der Übertragungs- und Verteilernetze weiterhin in einer Monopolregelung und auf der Grundlage einer ministeriellen Konzession geregelt ist, da die Strukturen begrenzt und nicht reproduzierbar sind. Um daher eine neutrale Netzverwaltung für Wirtschaftsteilnehmer und Nutzer zu gewährleisten, musste das vertikal integrierte ehemalige Monopolunternehmen in diesem Sektor – Enel – die verschiedenen Bestandteile seiner Produktionskette trennen und insbesondere das nichtwettbewerbliche Segment von demjenigen abspalten, das dem freien Wettbewerb der Wirtschaftsteilnehmer geöffnet ist. Dieser Prozess wurde mit der Gründung der folgenden drei Unternehmen abgeschlossen:

Enel Energia (EE), Anbieter von Elektrizitätsdienstleistungen für den freien Markt, **Servizio Elettrico Nazionale (SEN)**, Anbieter des „Dienstes mit erweitertem Schutz“, **e-distribuzione**, Konzessionsnehmerin der Tätigkeit der Verteilung von Elektrizität.

Unter „Dienst mit erweitertem Schutz (der Preise)“ versteht man die Lieferung von Elektrizität an kleine Endkunden, die noch keinen Verkäufer auf dem freien Markt gewählt haben und die laut Gesetz von einem mit dem Verteiler verbundenen Unternehmen unter den von der Behörde dieses Sektors festgelegten vertraglichen und wirtschaftlichen Bedingungen beliefert werden.

SEN ist derzeit der unbestrittene Betreiber des Dienstes mit erweitertem Schutz, da sie in Gebieten präsent ist, in denen die Stromverteilung in die Zuständigkeit

von e-distribuzione fällt, d. h. etwa 85 % des Staatsgebietes. Der zweitbeste Anbieter deckt nicht einmal 5 % dieses Marktes ab. Das Gesetz sieht vor, dass im Januar 2022 der Dienst mit erweitertem Schutz eingestellt wird, um ausschließlich dem freien Markt Platz zu lassen.

- 2 Das vorliegende Verfahren ist das Ergebnis von Beschwerden bei der Behörde über die unrechtmäßige Nutzung wirtschaftlich sensibler Informationen durch die Betreiber der Enel-Gruppe, um die Kunden von SEN im Hinblick auf die angekündigte Änderung des Marktes zu EE zu übertragen, so dass vermieden wird, dass sie „en bloc“ zu den freien Angeboten der Konkurrenten wechseln.

Nach der Darstellung der Behörde hat SEN die Zustimmung der Nutzer des Dienstes mit erweitertem Schutz, kommerzielle Angebote zu erhalten, „unter diskriminierenden Modalitäten“ eingesammelt, die darin bestanden hätten, eine erste Genehmigung zur Verarbeitung personenbezogener Daten zugunsten der Gesellschaften der Enel-Gruppe und eine zweite zugunsten von Drittbetreibern zu verlangen. Die Kunden hätten in der Regel die erste Zustimmung erteilt, da sie geglaubt hätten, dass sie für die Verwaltung der laufenden Beziehung zu ihrem Anbieter erforderlich sei, während sie die zweite Zustimmung, die auf die anderen Anbieter bezogen gewesen sei, in der Regel verweigert hätten. Tatsächlich hätten die Zustimmungen zugunsten der Dritten nur 30 % betragen.

Die Namen der Kunden, die dem Informationsschreiben von Enel zugestimmt hätten, seien in besondere Listen aufgenommen worden. Auf der Grundlage dieser Listen hätte EE Angebote gemacht, die ausschließlich für Kunden des Dienstes mit erweitertem Schutz bestimmt gewesen seien, zuletzt das Angebot namens „Sempre con te“ („Immer bei dir“).

Die Zugehörigkeit der Kunden zum Dienst mit erweitertem Schutz sei eine sonst nicht verfügbare Information gewesen, was die Listen von SEN zu einem strategischen und nicht reproduzierbaren Vermögenswert gemacht habe. Ohne sie hätten die anderen Betreiber 40 % der dem Wettbewerb unterliegenden Nachfrage für den betreffenden Zeitraum (2014-2017) verloren (potenziell wettbewerbsbeschränkende Wirkung).

Trotz der Umstrukturierung habe zumindest die Führungsspitze der Enel-Gruppe weiterhin Informationen ausgetauscht und auf integrierter Ebene entschieden.

- 3 Unter diesen Umständen verhängte die Behörde eine Sanktion gegen EE und SEN sowie die oberste Muttergesellschaft Enel wegen Missbrauchs einer beherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV). Die Beschwerdepunkte wurden vom erstinstanzlichen Gericht gegen jede der drei Gesellschaften bestätigt, aber die gegen die ersten beiden Gesellschaften verhängte Sanktion wurde aufgrund der kürzeren Dauer der Zuwiderhandlung und eines Fehlers in der Berechnungsgrundlage der Geldbuße herabgesetzt. Alle drei Rechtsmittelführerinnen legten getrennt beim Consiglio di Stato Rechtsmittel auf

vollständige Nichtigerklärung oder auf eine weitere Herabsetzung der Sanktion ein.

Wesentliche Argumente der Rechtsmittelführerinnen des Ausgangsverfahrens

- 4 Es fehlten aus folgenden Gründen sowohl der Nachweis der missbräuchlichen Strategie als auch der Nachweis der potenziellen Behinderungseignung der Verhaltensweisen:
 - Die Aufnahme eines Namens in eine Telemarketing-Liste entziehe den Verbraucher nicht dem Wettbewerb, führe zu keiner Lieferverpflichtung oder -zusage und hindere den Verbraucher, der seine Zustimmung gegeben habe, auch nicht daran, in andere Listen aufgenommen zu werden, andere kommerzielle Mitteilungen zu erhalten oder jederzeit, auch mehrmals, seinen Lieferanten zu wählen oder zu wechseln.
 - Die Listen von SEN seien im Verhältnis zur Größe des Marktes und der Kunden von SEN mengenmäßig unbedeutend gewesen. Darüber hinaus seien auf dem Markt auch andere, umfassendere und preisgünstigere Listen verfügbar gewesen und verwendet worden.
 - Konkret habe die Verwendung der Listen von SEN in den zwei Monaten zwischen der Lancierung des Angebots „Sempre con te“ und der Entscheidung, dessen Vertriebskanal zu schließen, nur 478 Kunden oder 0,002 % der SEN-Nutzer und 0,001 % der Elektrizitätsnutzung eingebracht;
 - Die Behörde habe die Beweismittel nicht berücksichtigt, die zum Nachweis, dass das beanstandete Verhalten nicht einmal geeignet gewesen sei, wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zu erzeugen, und solche Wirkungen tatsächlich auch nicht gehabt habe, vorgelegt worden seien.
- 5 Darüber hinaus sei die Enel-Holding ab 2014 von einem zentralisierten Modell zu einem Modell übergegangen, in dem die Muttergesellschaft lediglich Synergien und „best practices“ zwischen den verschiedenen operativen Gesellschaften fördere, ohne weiterhin eine Rolle bei der Entscheidungsfindung zu spielen. Die oberste Muttergesellschaft sei daher nicht zu sanktionieren, erst recht nicht härter als die operativen Gesellschaften selbst.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

- 6 Der relevante Markt ist der Markt für die Stromversorgung kleinerer inländischer und ausländischer Endkunden in dem Gebiet, in dem die Enel-Gruppe ein Monopol für die Stromverteilung hat. Die beherrschende Stellung von Enel lässt sich aus den stabilen Marktanteilen auf dem relevanten Markt und der Kontrolle über die nicht reproduzierbaren Infrastrukturen, aus der Verbindung zwischen den

verschiedenen beteiligten Segmenten und der Finanzkraft der vertikal integrierten Struktur ableiten. Der beanstandete Missbrauch ist im Hinblick auf die in Art. 102 AEUV enthaltenen Beispiele ein atypischer Behinderungsmissbrauch, da er darauf abzielt, das Wachstum oder die Diversifizierung des Angebots der konkurrierenden Unternehmen zu verhindern.

- 7 Das zentrale Streitthema ist, ob das Verhalten des beherrschenden Unternehmens geeignet ist, die Absicht zu verfolgen, die anderen Anbieter auf dem freien Markt auszuschließen, indem der Kundenbestand des Dienstes mit erweitertem Schutz ausgehöhlt wird. Die Parteien legten im Lauf des Kartellverfahrens wirtschaftliche Studien vor, die nachweisen sollten, dass ihr Verhalten konkret keine Behinderungswirkung erzeugte. Die Behörde sammelte Ermittlungsmaterial, um das Vorliegen des strategischen Willens der Gruppe nachzuweisen, den Nachteil aus der Überwindung des Dienstes mit erweitertem Schutz zu verringern.
- 8 In die so festgestellten Punkte fügen sich die verschiedenen Fragen des vorlegenden Gerichts ein. Da Art. 102 AEUV und die nationale Vorschrift zu seiner Durchführung keine Regelung enthalten, fragt das Gericht zunächst (*erste Vorlagefrage*), ob der Verbotstatbestand der „missbräuchlichen Ausnutzung“ zwangsläufig in einem Verhalten auf dem Markt bestehen muss, das objektiv rechtswidrig ist, oder ob die wettbewerbsbeschränkende oder potenziell beschränkende Wirkung eines – auch völlig rechtmäßigen – Verhaltens, das das beherrschende Unternehmen zur Stärkung seiner Stellung an den Tag legt, eine solche Ausnutzung darstellt. Tatsächlich ist das Verhalten der Enel-Gruppe an sich rechtmäßig (in zivilrechtlicher Hinsicht), da ein Verstoß gegen eine spezifische Vorschrift über die Verarbeitung personenbezogener Daten nicht geltend gemacht wurde und die Listen von SEN offenbar zum Marktpreis gekauft wurden.
- 9 Mit seiner *zweiten Frage* möchte das vorlegende Gericht wissen, was tatsächlich die beanstandete wirtschaftliche Wirkung des Verbots der missbräuchlichen Ausnutzung ist, das geringere Wohl des Verbrauchers (z. B. durch Erhöhung der Preise: Mitteilung der Kommission 2009/C 45/02) oder die Änderung der Struktur, Vielfalt, Qualität und Innovation des Marktes, wie aus bedeutender Rechtsprechung des Gerichtshofs hervorgeht.
- 10 Zwar kann nach ständiger Rechtsprechung der Wettbewerbsverstoß auch nur in dem Versuch bestehen, die Fortdauer des Wettbewerbs auf dem Markt oder seine Entwicklung zu behindern, doch bezweifelt das vorlegende Gericht, dass – bei einem Verhalten, das nur abstrakt geeignet ist, wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zu erzeugen – der Nachweis, dass tatsächlich keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung eingetreten ist, nicht jedenfalls zulässig ist. Falls ja, stellt sich die Frage, ob die Behörde verpflichtet ist, die Beweismittel eingehend zu prüfen, die das Unternehmen vorgelegt hat, um nachzuweisen, dass das beanstandete Verhalten konkret nicht geeignet ist, die Wettbewerber vom Markt auszuschließen (*dritte Frage*).

- 11 Unter einem anderen Blickwinkel geht es um die Erfassung der Bedeutung des Beweggrundes bei der Beurteilung des Missbrauchs: ist die rechtswidrige Absicht überhaupt nicht relevant, da der Nachweis der Wirkungen (und seien sie auch nur potenziell) ausreicht, ob ist sie – umgekehrt – so relevant, dass auch wegen ihr allein dem Verhalten des Handelnden die beanstandeten wettbewerbswidrigen Wirkungen beigemessen werden können, oder dient sie nur dazu, die Beweislast auf das beherrschende Unternehmen zu verlagern, das nachweisen wird müssen, dass es hingegen keine Behinderungswirkung gegeben hat (*vierte Frage*)?
- 12 Die Beweisfrage stellt sich auch in der *fünften* und letzten *Frage*, in der das Problem aufgeworfen wird, wie die Verantwortlichkeit rechtlich unabhängiger Unternehmen zu beurteilen ist, die jedoch als kollektive oder gemeinsame Einheit auf dem Markt auftreten: Reicht es für die Zurechnung der Zuwiderhandlung an das einzelne Unternehmen aus, dass es Teil der Gruppe ist – und die Behörde muss daher nur nachweisen, dass es parallel zu den anderen vorgeht, – oder ist der Nachweis, auch mittelbar, erforderlich, dass eine konkrete Situation der Koordinierung und Instrumentalität besteht, insbesondere in Bezug auf die oberste Muttergesellschaft?

ARBEITSDOKUMENT