

**Asia C-377/20**

**Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 98 artiklan 1 kohdan mukainen  
ennakkoratkaisupyynnön tiivistelmä**

**Jättämispäivä:**

29.7.2020

**Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin:**

Consiglio di Stato (Italia)

**Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:**

21.5.2020

**Valittajat:**

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

Enel Energia SpA

**Vastapuoli:**

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

---

**Pääasian kohde**

Kolme Consiglio di Staton käsiteltävänä olevaa valitusta, joilla haetaan muutosta kolmeen Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Lazio alueellinen hallinto-oikeus) tuomioon, joilla vahvistettiin valittajien syyllistyneen Autorità garante per la concorrenza e il mercato (Italian kilpailuviranomainen, jäljempänä kilpailuviranomainen) toteamaan SEUT 102 artiklassa tarkoitettuun määräävän aseman väärinkäyttöön.

**Ennakkoratkaisupyynnön kohde ja oikeudellinen perusta**

Unionin oikeuden, erityisesti SEUT 102 artiklan, tulkinta SEUT 267 artiklan nojalla.

## Ennakkoratkaisukysymykset

- 1) Voivatko määrävän markkina-aseman väärinkäyttönä pidettävät menettelytavat olla itsessään täysin laillisia ja määriteltävissä ”väärinkäytöksiksi” yksinomaan sen vuoksi, että niillä on (mahdollisesti) rajoittava vaikutus markkina-alallaan, vai onko niiden yhteydessä todettava myös ”normaalista” ”poikkeaviin kilpailumenetelmiin (tai -keinoihin)” liittyvää erityistä lainvastaisuutta, ja millaisten arviointiperusteiden nojalla voidaan viimeksi mainitussa tapauksessa määrittää ”normaalin” ja ”vääristyneen” kilpailun rajat?
- 2) Onko väärinkäytön kiellon tarkoitus edistää kuluttajien asemaa, jonka tapahtuneen (tai mahdollisen) heikkenemisen arvioiminen on tuomioistuimen tehtävä, vai onko kilpailusääntöjen rikkomisen kieltävän säännöksen tehtävä säilyttää markkinoiden kilpailurakenne itsessään ja ehkäistä siten yhteiskunnallisesti haitallisina pidettävien taloudellisen vallan keskittymien synty?
- 3) Jos määrävän markkina-aseman väärinkäyttö ilmenee pyrkimyksenä estää jo olemassa olevan kilpailun jatkuminen tai sen kehitys, sallitaanko määrävässä asemassa olevan yrityksen kuitenkin todistaa, ettei menettelytavalla ollut käytännössä moitittavia seurauksia – huolimatta siitä, että se abstraktisti ajatellen oli omiaan rajoittamaan kilpailua – ja jos tähän vastataan myöntävästi, onko SEUT 102 artiklaa tulkittava siten, että kilpailuviranomaisella on epätyypillistä syrjäyttävää väärinkäyttöä tutkiessaan velvollisuus perehtyä yksityiskohtaisesti asianosaisen esittämään taloudelliseen tutkimukseen, jossa tarkastellaan tutkimuksen kohteena olevan menettelytavan käytännön mahdollisuuksia syrjäyttää kilpailijat markkinoilta?
- 4) Onko määrävän aseman väärinkäyttöä arvioitava yksinomaan sen perusteella, mitä (vaikka vain mahdollisia) vaikutuksia sillä on markkinoihin, kiinnittämättä huomiota toimijan subjektiiviseen vaikuttimeen, vai onko kilpailun rajoittamisen tarkoituksen osoittaminen seikka, jota voidaan käyttää (myös yksistään) arvioitaessa, käyttäkö määrävässä asemassa oleva yritys markkina-asemaansa väärin, vai seuraako tällaisen subjektiivisen seikan osoittamisesta vain se, että todistustaakka siirtyy määrävässä asemassa olevalle yritykselle (jonka on tällöin näytettävä toteen, ettei syrjäyttävää vaikutusta ole ollut)?
- 5) Jos määrävässä markkina-asemassa on useita samaan konserniin kuuluvia yrityksiä, onko konserniin kuulumisen riittävä peruste olettamalle, jonka mukaan myös ne yritykset, jotka eivät ole käyttäneet väärin asemaansa, ovat rikkoneet kilpailusääntöjä, jolloin kilpailuviranomaisen olisi vain osoitettava kollektiivisesti määrävässä markkina-asemassa olevaan konserniin kuuluvien yritysten tietoinen samansuuntainen käyttäytyminen, vaikka se ei olisikaan varsinaista yhteistoimintaa, vai onko (kuten kartellikiellon

tapauksessa) joka tapauksessa esitettävä ainakin epäsuoraa näyttöä siitä, että määräävässä markkina-asemassa olevan konsernin eri yritysten toimintaa on konkreettisesti koordinoitu ja niillä on välineellinen yhteys, erityisesti emoyhtiön osallisuuden osoittamiseksi?

## **Unionin oikeussäännöt, joihin asiassa viitataan**

SEUT 102 artikla

## **Kansalliset oikeussäännöt, joihin asiassa viitataan**

Lain nro 287/1990 3 §: ”Yhden tai useamman määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen on kiellettyä väärinkäyttää tätä asemaansa kansallisilla markkinoilla tai merkittävässä osassa näitä markkinoita.” [––].

## **Yhteenveto tosiseikoista ja menettelystä**

- 1 Kun sähkömarkkinat Italiassa vapautettiin, tuotanto ja myynti avattiin kilpailulle, mutta siirto- ja jakeluverkkojen hallinta on edelleen monopolijärjestelmän piirissä ja edellyttää ministeriön myöntämän konsession, koska sen rakenteet ovat rajallisia ja ei-toisinnettavia. Näin ollen, jotta toimijoille ja käyttäjille voitaisiin taata verkon puolueeton hallinta, aiemmin alalla monopoliasemassa olleen vertikaalisesti integroituneen yrityksen – Enelin (Ente nazionale di energia elettrica) – oli erotettava toisistaan tuotantoketjunsä eri osat ja erityisesti kilpailun ulkopuolella oleva segmentti toimijoiden väliselle vapaalle kilpailulle avoimesta osasta. Tämä kehitys johti seuraavien kolmen yrityksen syntyyn:

**Enel Energia (EE)**, vapailla markkinoilla toimiva sähköntoimittaja, **Servizio Elettrico Nazionale (SEN)**, ”Servizio di maggior tutela” (tehostettu suojapalvelu) -palvelun toimittaja, **e-distribuzione**, sähkönjakelun konsessionsaaja.

(Hintojen) tehostetulla suojapalvelulla (servizio di maggior tutela, jäljempänä SMT) tarkoitetaan sähkön toimittamista pienehköille loppuasiakkaille, jotka eivät ole vielä tehneet ostosopimusta vapailla markkinoilla ja joille sähkön toimittaa lain nojalla jakelijaan yhteydessä oleva yritys alaa valvovan viranomaisen määrittämällä sopimus- ja hintaehdoilla.

SEN on tällä hetkellä SMT:n ylivoimaisesti suurin tarjoaja, koska se toimii alueilla, joilla sähkönjakelusta vastaa e-distribuzione, toisin sanoen noin 85 prosenttia Italian pinta-alasta kattavalla alueella. Seuraavaksi suurin toimija ei kata edes 5:tä prosenttia näistä markkinoista. Lain säädösten nojalla SMT lakkaa tammikuussa 2022 ja sen korvaavat yksinomaan vapaat markkinat.

- 2 Nyt esillä oleva asia sai alkunsa kilpailuviranomaiselle tehdyistä kanteluista, joiden mukaan Enel-konsernin toimijat käyttivät arkaluontoisia kaupallisia tietoja lainvastaisesti siirtääkseen asiakkauksia SEN:ltä EE:lle valmistautuessaan

markkinoiden ilmoitettuun muutokseen ja välttääkseen siten asiakkaiden siirtymisen kokonaisuudessaan vapaiden markkinoiden kilpailun piiriin.

Kilpailuviranomaisen käsityksen mukaan SEN toimi ”syrjivästi” kootessaan SMT:n käyttäjiltä suostumuksia kaupallisten tiedotteiden vastaanottamiseen siten, että se pyysi ensin asiakkaiden suostumusta henkilötietojen käsittelyyn Enel-konserniin kuuluvassa yrityksessä, ja seuraavaksi vastaavaa suostumusta kolmansille toimijoille. Asiakkaat antoivat tavallisesti suostumuksensa ensimmäiseen pyyntöön, koska ne pitivät sitä tarpeellisena yhteydenpidossa sähköntoimittajansa kanssa, mutta hylkäsivät yleensä toisen, muita toimijoita koskevan pyynnön. Henkilötietojen luovutukseen kolmansille toimijoille antoi suostumuksensa vain 30 prosenttia asiakkaista.

Enelin tiedotteiden vastaanottamiseen suostumuksensa antaneiden asiakkaiden nimet koottiin luetteloihin. Näiden luetteloiden perusteella EE käynnisti yksinomaan SMT:n asiakaskunnalle suunnattuja tarjouskampanjoita, viimeksi ”Sempre con te” (Aina kanssasi) -nimisen kampanjan.

Tietoa SMT:n asiakkuudesta oli mahdotonta saada muualta, minkä vuoksi SEN:n luettelot olivat strateginen voimavara, joka ei ollut toistettavissa. Koska muilla toimijoilla ei ollut tällaisia luetteloita, ne menettivät tarkasteltavan ajanjakson (2014–2017) aikana 40 prosenttia kilpailun alaisesta kysynnästä (mahdollinen rajoittava vaikutus).

Organisaatorakenneuudistuksesta huolimatta ainakin Enel-konsernin johto jatkoi tietojen vaihtoa ja teki integroidun tason päätöksiä.

- 3 Näin ollen kilpailuviranomainen määräsi EE:lle ja SEN:lle sekä emoyhtiö Enelille hallinnollisen seuraamuksen määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä (SEUT 102 artikla). Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuim vahvisti kaikkien kolmen yrityksen syyllisyyden, mutta kahdelle ensiksi mainitulle määrättyä seuraamusta lievennettiin rikkomuksen lyhyemmän keston ja sakon laskentapohjaan liittyneen virheen vuoksi. Mainitut yritykset tekivät erilliset valitukset Consiglio di Statoon ja vaativat kumoamaan seuraamuksen kokonaan tai lieventämään sitä edelleen.

### **Pääasian oikeudenkäynnin valittajien keskeiset väitteet**

- 4 Valittajat katsoivat, ettei väärinkäyttöä merkitsevistä strategiasta tai menettelytapojen mahdollisesta syrjäyttävyydestä ollut näyttöä, koska:
- henkilötietojen lisääminen etämarkkinoinnissa käytettävään luetteloon ei niiden mukaan estänyt tarjoamasta kuluttajille kilpailevia vaihtoehtoja, edellyttänyt sitoutumista tiettyyn toimittajaan eikä estänyt suostumuksensa antanutta asiakasta luovuttamasta tietojaan myös muihin luetteloihin, vastaanottamasta muita kaupallisia yhteydenottoja, tai valitsemasta tai vaihtamasta toimittajaa, milloin tahansa ja myös useammin kuin kerran

- SEN:n luettelot olivat määrällisesti merkityksettömiä sen markkinoiden ja asiakaskunnan kokoon nähden, ja markkinoilla oli lisäksi tarjolla – ja käytössä – myös muita, täydellisempiä ja huokeampia luetteloita
  - käytännössä SEN:n luetteloiden avulla saatiin ”Sempre con te” -kampanjan käynnistämisen ja myyntikanavan sulkemisesta tehdyn päätöksen välillä kuluneiden kahden kuukauden aikana vain 478 asiakasta, mikä vastasi 0,002:ta prosenttia SEN:n käyttäjistä ja 0,001:tä prosenttia sähkön käyttäjästä;
  - kilpailuviranomainen ei ottanut huomioon esitettyä näyttöä siitä, ettei moitittu menettely ollut omiaan tuottamaan kilpailua rajoittavia vaikutuksia, sen lisäksi, ettei sillä todella ollut tällaisia vaikutuksia.
- 5 Lisäksi holdingyhtiö Enel on siirtynyt vuonna 2014 keskitetystä yritysraakenteesta rakenteeseen, jossa emoyhtiö vain edistää synergiaa ja parhaita käytäntöjä eri operatiivisten yritysten välillä, eikä sillä enää ollut päätöksentekotehtävää. Emoyhtiölle ei näin ollen pitäisi määrätä seuraamuksia, ei ainakaan ankarampia kuin operatiivisille yrityksille.

### **Tiivistelmä ennakkoratkaisupyynnön perusteista**

- 6 Nyt esillä olevassa asiassa merkityksellinen markkina-ala on sähkön vähittäismyynti kotitalouksille ja pienyrityksille alueella, jolla Enel-konsernilla on sähkönjakelun monopoli. Enelin määräävän markkina-aseman osoittavat sen vakiintunut osuus markkinoilla, ei-toisinnettavien infrastruktuurien hallinta, sen eri segmenttien välinen yhteys ja vertikaalisesti integroituneen rakenteen taloudellinen vahvuus. Moitittu menettely on SEUT 102 artiklassa mainittuihin esimerkkeihin verrattuna epätyypillistä syrjäyttävää väärinkäyttöä, koska sen tarkoituksena on estää kilpailevien yritysten kasvu tai tarjonnan monipuolistuminen.
- 7 Keskeinen kysymys tässä riita-asiassa on se, onko määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelyn tarkoitus syrjäyttää muut vapailla markkinoilla toimivat toimijat viemällä SMT:n asiakaspohja. Osapuolet esittivät kilpailuoikeudellisessa menettelyssä taloudellisia tutkimuksia näyttääkseen toteen, ettei niiden menettelyllä ollut käytännössä syrjäyttäviä vaikutuksia. Kilpailuviranomainen on koonnut tutkinta-aineistoa osoittaakseen, että konsernilla oli strateginen tahto vähentää SMT:n lakkaamisesta aiheutuvia haittoja.
- 8 Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen lukuisat kysymykset liittyvät edellä todettuihin seikkoihin. Koska SEUT 102 artiklassa ja sen täytäntöön panemiseksi annetussa kansallisessa lainsäädännössä ei ole tätä koskevia määräyksiä, tuomioistuin pohtii ensinnäkin (*ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys*), onko kielletyn ”määräävän aseman väärinkäytön” yhteydessä välttämättä todettava objektiivisesti lainvastaisia menettelytapoja, vai voidaanko tällaisena rajoittavana tai mahdollisesti rajoittavana menettelytapana pitää myös mitä hyvänsä sellaista täysin laillista menettelyä, jota määräävässä asemassa oleva yritys soveltaa

vahvistaakseen omaa asemaansa. Enel-konsernin menettely on näet itsessään (siviilioikeudellisesti) laillinen, koska sen ei väitetty rikkoneen mitään nimenomaista henkilötietojen käsittelyä koskevaa säännöstä ja SEN:n luettelot on hankittu markkinahintaan.

- 9 *Toisessa kysymyksessä* sama tuomioistuin kysyy, onko se tosiasiallinen moitittava taloudellinen vaikutus, johon väärinkäytön kiellolla pyritään vaikuttamaan, haitallinen vaikutus kuluttajien hyvinvointiin (esimerkiksi hintojen kohoaminen: komission tiedonanto 2009/C 45/02) vai markkinoiden rakenteen, monipuolisuuden, laadun ja innovatiivisuuden muutos, kuten unionin tuomioistuimen tärkeästä oikeuskäytännöstä käy ilmi.
- 10 Mikäli kilpailusääntöjen rikkomisena voidaan vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan pitää myös pelkkää yritystä estää kilpailun jatkuminen tai sen kehitys, ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin pohtii, onko joka tapauksessa – mikäli menettelytavan vaikutus on vain abstraktisti ajatellen rajoittava – hyväksyttävä näyttö siitä, ettei rajoittavaa vaikutusta ole tosiasiaissa ollut. Mikäli tähän vastataan myöntävästi, on kysyttävä, onko kilpailuviranomaisella velvollisuus tarkastella yksityiskohtaisesti todisteita, jotka yritys saattaa esittää osoittaakseen, ettei moitittu menettelytapa käytännössä voinut syrjäyttää kilpailijoita markkinoilta (*kolmas kysymys*).
- 11 Lisäksi on pohdittava myös vaikuttimen merkitystä väärinkäytöstä arvioitaessa: onko lainvastainen aikomus täysin merkityksellinen sen vuoksi, että vaikutusten (myös yksinomaan mahdollisten vaikutusten) osoittaminen riittää, vai onko se päinvastoin niin merkityksellinen, että sen voidaan katsoa yksinäänkin osoittavan toimijan menettelyn moitittavat kilpailunvastaiset vaikutukset, vai seuraako siitä vain se, että todistustaakka siirtyy määräävässä asemassa olevalle yritykselle, jonka on osoitettava, ettei syrjäyttävää vaikutusta ole ollut (*neljäs kysymys*).
- 12 Toteen näyttämisen aihepiiriin palataan myös *viidennessä* ja viimeisessä *kysymyksessä*, jossa kysytään, kuinka olisi arvioitava sellaisten oikeudellisesti itsenäisten yritysten vastuuta, jotka kuitenkin esiintyvät markkinoilla kollektiivisena tai yhdistyneenä yksikkönä: voidaanko yksittäistä yritystä syyttää väärinkäytöksestä vain sen vuoksi, että se on osa konsernia, jolloin kilpailuviranomaisen olisi vain osoitettava, että se toimii samansuuntaisesti konsernin muiden yritysten kanssa, vai tarvitaanko muuta, ainakin epäsuoraa, näyttöä konkreettisesta koordinoinnista ja välineellisestä yhteydestä, erityisesti emoyhtiön osalta.