

Mål C-377/20

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

29 juli 2020

Domstol som begär förhandsavgörande:

Consiglio di Stato (Italien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

21 maj 2020

Klagande:

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

Enel Energia SpA

Motpart:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Saken i det nationella målet

Tre överklaganden som har ingetts till Consiglio di Stato med yrkande om ändring av tre domar varigenom Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio har fastställt ett beslut i vilket Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (den italienska konkurrensmyndigheten, nedan kallad myndigheten) har slagit fast att klagandena har missbrukat sin dominerande ställning i den mening som avses i artikel 102 FEUF.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Tolkningen av unionsrätten, i synnerhet artikel 102 FEUF, med stöd av artikel 267 FEUF

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

- 1) Kan beteenden som ger uttryck för missbruk av dominerande ställning i sig vara fullt lagliga och då kvalificeras som ”missbruk” med hänsyn tagen till enbart deras (potentiella) konkurrensbegränsande effekter på referensmarknaden, eller måste de aktuella beteendena för att utgöra missbruk av dominerande ställning även tillskrivas ett specifikt inslag av olaglighet som består i att ”andra konkurrensmetoder (eller -medel)” tillämpas i stället för de ”normala”, och på grundval av vilka kriterier kan gränsen mellan ”normal” och ”snedvriden” konkurrens fastställas i det sistnämnda fallet?
- 2) Har lagstiftningen om påföljder för missbruk till syfte att maximera konsumenternas välfärd, med den följd att domstolarna ska fastställa den sänkning av välfärden som har skett eller riskerar att ske, eller har lagstiftningen om påföljder för överträdelse av konkurrensreglerna i sig som målsättning att bevara marknads konkurrensstruktur för att undvika att det uppstår koncentrationer av ekonomisk makt som under alla omständigheter ska anses vara skadliga för samhället?
- 3) I fall av missbruk av dominerande ställning som består i att det dominerande företaget har försökt att förhindra att konkurrenterna behåller eller utökar sina marknadsandelar, ska då det dominerande företaget ändå beredas tillfälle att styrka att dess beteende – även om det på ett teoretiskt plan kan ha en konkurrensbegränsande effekt – i praktiken inte har varit konkurrensskadligt, och ska artikel 102 FEUF, om frågan besvaras jakande, inom ramen för prövning av huruvida det är fråga om atypiskt missbruk genom utestängande åtgärder, tolkas på så sätt att myndigheten är skyldig att noga bedöma de ekonomiska analyser som har ingetts av företaget angående det undersökta beteendets faktiska förmåga att utestänga konkurrenterna från marknaden?
- 4) Ska missbruk av dominerande ställning enbart prövas med utgångspunkt i dess effekter (inbegripet potentiella effekter) på marknaden utan att alls beakta det dominerande företags subjektiva motiv eller kan fastställandet av att det finns ett konkurrensbegränsande syfte utgöra en parameter som (även ensam) kan användas för att pröva om det dominerande företags beteende utgör missbruk, eller kan fastställandet av det subjektiva rekvisitet enbart användas för att ålägga det dominerande företaget bevisbördan (företaget måste således styrka att dess beteende inte har haft någon utestängande verkan)?
- 5) Om flera företag i samma koncern har missbrukat sin dominerande ställning kan det då antas att även övriga koncernföretag har medverkat till överträdelser, även om de inte har gjort sig skyldiga till något missbruk – med den följd att tillsynsmyndigheten endast behöver styrka ett medvetet parallellt beteende, om än utan inslag av samordnat förfarande, som har

uppvisats av företagen i den koncern som sammantaget har en dominerande ställning – eller måste myndigheten (på samma sätt som när det gäller förbud mot konkurrensbegränsande samverkan) under alla omständigheter styrka, även genom indirekt bevisning, att det föreligger en konkret situation med samordning och medverkan mellan de olika företagen i koncernen med dominerande ställning, i synnerhet för att styrka att moderbolaget är involverat?

Anförda unionsbestämmelser

Artikel 102 FEUF

Anförda nationella bestämmelser

Artikel 3 i lag nr 287/1990: ”Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den inhemska marknaden eller inom en väsentlig del av denna är förbjudet. ...”

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Sedan avregleringen av elmarknaden i Italien har segmenten för produktion och försäljning av el öppnats upp för konkurrens, medan överförings- och distributionssystemen fortfarande drivs som reglerade monopol genom en ministeriell koncession eftersom strukturerna är begränsade och inte kan ersättas med andra. Enel – det vertikalt integrerade företaget med tidigare monopol i branschen – tvingades därför att dela upp delarna i sin produktionskedja för att säkerställa en oberoende drift av nämnda system vilken gagnar leverantörer och användare. I synnerhet fick den icke-konkurrensutsatta delen separeras från den del där fri konkurrens skulle råda. Denna process utmynnade i att följande tre bolag bildades:

Enel Energia (EE), leverantör av el på den fria marknaden, **Servizio Elettrico Nazionale (SEN)**, leverantör av ”tjänsten med ökat skydd”, och **e-distribuzione**, koncessionshavare för distribution av el.

Med ”Servizio di Maggior Tutela (dei prezzi)” (tjänst med ökat (pris)skydd, nedan kallad SMT) avses leverans av el till små slutkunder vilka ännu inte har valt leverantör på den fria marknaden och vilka i enlighet med lagen betjänas av ett till distributionsföretaget knutet bolag enligt de avtalsmässiga och ekonomiska villkor som har fastställts av branschmyndigheten.

För närvarande är SEN den klart största tjänsteleverantören av SMT, eftersom bolaget är verksamt på de områden där distribution av el ombesörjs av koncessionshavaren e-distribuzione, det vill säga cirka 85 procent av landet. Den

näst största leverantören innehar inte ens 5 procent av nämnda marknad. Enligt lag ska SMT upphöra per januari 2022. Efter nämnda datum ska enbart den fria marknaden råda.

- 2 Förevarande mål har sin upprinnelse i en rad anmälningar till myndigheten om att Enel-koncernens tjänstemän olagligen använde kommersiellt känslig information för att inför den planerade ändringen av marknaden flytta över kunder från SEN till EE och därmed undvika att denna kundkrets i sin helhet skulle gå över till konkurrenterna på den fria marknaden.

Enligt myndighetens redogörelse för omständigheterna inhämtade SEN SMT-användarnas samtycke till att ta emot kommersiella erbjudanden ”på ett diskriminerande sätt”. Närmare bestämt bad SEN om ett första samtycke till att bolagen i Enel-koncernen skulle få behandla personuppgifter och ett andra samtycke till tredjepartsleverantörer. Kunderna lämnade i regel det första samtycket, eftersom de uppfattade det vara nödvändigt för att kunna sköta det befintliga förhållandet med sin leverantör. Vanligtvis lämnade kunderna däremot inte det andra samtycket till övriga leverantörer. I praktiken lämnade enbart 30 procent av kunderna samtycke till tredje parter.

Namnen på de kunder som lämnade samtycke till att ta emot Enel:s informationsbrev uppfördes på särskilda listor. Med hjälp av dessa listor lämnade EE erbjudanden som enbart riktade sig till SMT-kunderna. Det senaste erbjudandet gick under namnet ”Sempre con te” (Alltid med dig).

Det faktum att en person var SMT-kund hade annars varit en otillgänglig uppgift. SEN:s listor utgjorde därmed en strategisk tillgång som inte kunde ersättas med något annat. Eftersom de övriga leverantörerna inte hade tillgång till denna information, gick de miste om 40 procent av efterfrågan på den fria marknaden under referensperioden (2014–2017) (potentiell konkurrensbegränsande effekt).

Trots den organisatoriska omstruktureringen fortsatte åtminstone beslutsfattarna i de olika Enel-koncernföretagen att utbyta information och fatta beslut på koncernnivå.

- 3 Mot bakgrund av dessa omständigheter beslutade myndigheten att bötfälla EE, SEN och moderbolaget Enel för missbruk av dominerande ställning (artikel 102 FEUF). Domstolen i första instans fastställde påföljden för vart och ett av de tre bolagen, men satte ned bötesbeloppet för de två förstnämnda med hänsyn tagen till att överträdelsen varade under kortare tid och det förekom fel i underlaget för beräkning av böterna. Samtliga tre bolag har överklagat till Consiglio di Stato och yrkat att påföljden ska undanröjas i sin helhet eller att bötesbeloppet ska sättas ned ytterligare.

Klagandenas huvudargument

- 4 Av följande skäl finns det inga bevis för att företagen tillämpade en strategi för missbruk av dominerande ställning eller vidtog några potentiella utestängande åtgärder:
- Att uppföra ett namn på en telefonförsäljningslista exkluderar inte konsumenten från konkurrensen, medför ingen skyldighet eller åtagande vad gäller leverans och utgör inget hinder för att den konsument som har lämnat samtycke ändå kan förekomma i andra listor, ta emot annan marknadsföring, välja eller byta leverantör när som helst, även flera gånger.
 - SEN:s listor var kvantitativt sett irrelevanta i förhållande till marknadens storlek och SEN:s kundkrets. För övrigt fanns det på marknaden – och användes – även andra listor som var mer omfattande och billigare att införskaffa.
 - I praktiken ledde användningen av SEN:s listor under de två månaderna mellan lanseringen av erbjudandet ”Sempre con te” och beslutet att upphöra med den berörda försäljningskanalen till att så få som 478 kunder värvades, det vill säga 0,002 procent av SEN:s användare och 0,001 procent av elkunderna.
 - Myndigheten tog inte hänsyn till den dokumentation som styrkte att det omtvistade beteendet över huvud taget inte hade och på intet sätt kunde ha konkurrensbegränsande effekter.
- 5 Vidare övergick holdingbolaget Enel år 2014 från en centraliserad affärsmodell till en modell där moderbolaget enbart främjar former av synergi och ”bästa praxis” bland de olika driftsbolagen, utan att ha någon som helst beslutsfattande roll i dessa. Moderbolaget ska därför inte bötfällas, och än mindre med större bötesbelopp än driftsbolagen.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 6 Den relevanta marknaden utgörs av detaljhandel med el till små slutkunder, både hushåll och företag, på det område där Enel-koncernen har monopol för distribution av el. Enel:s dominerande ställning framgår av dess stabila innehav av andelar av referensmarknaden, kontrollen över infrastrukturer som inte kan ersättas med andra, kopplingen mellan de olika berörda delarna och den vertikalt integrerade strukturens finansiella styrka. Det aktuella fallet utgör ett missbruk genom utestängande åtgärder som är atypiskt i förhållande till exemplen i artikel 102 FEUF, eftersom det syftade till att förhindra utökningen eller diversifieringen av konkurrenternas utbud.
- 7 Kärnfrågan i tvisten är huruvida det dominerande företags beteende kunde bidra till att uppnå syftet att utestänga de övriga leverantörerna från den fria marknaden genom att urholka kundunderlaget för SMT. Under kartellförfarandets förlopp

ingav klagandena ekonomiska undersökningar för att styrka att deras beteende i praktiken inte hade någon utestängande verkan. Myndigheten inhämtade bevismaterial inom ramen för utredningen för att styrka att koncernen hade den strategiska avsikten att minska nackdelarna till följd av att SMT upphörde.

- 8 Ovanstående punkter väcker flera frågor hos den hänskjutande domstolen. Då det inte stadgas något härom i artikel 102 FEUF eller i den nationella genomförandelagstiftningen önskar den hänskjutande domstolen först och främst (*den första tolkningsfrågan*) få klarhet i huruvida det förbjudna beteendet i form av ”missbruk” måste bestå i beteenden på marknaden som objektivt sett är olagliga, eller huruvida missbruk kan utgöras av den konkurrensbegränsande eller potentiella konkurrensbegränsande effekten av varje enskilt beteende, även om det är fullt lagligt, som det dominerande företaget använder sig av för att förstärka sin marknadsställning. I det aktuella fallet var Enel-koncernens beteende i sig lagligt (på det civilrättsliga planet), eftersom det inte fastställdes någon överträdelse av specifika bestämmelser om behandling av personuppgifter och SEN:s listor uppenbarligen införskaffades till marknadspris.
- 9 Genom *den andra frågan* önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i vilken faktisk ekonomisk verkan som omfattas av förbudet mot missbruk, det vill säga om det är sänkningen av konsumenternas välfärd (till exempel till följd av en prishöjning, enligt meddelande från kommissionen 2009/C 45/02) eller förändringen av struktur, utbud, kvalitet och innovation på marknaden, såsom framgår av viktig unionsrättslig praxis.
- 10 Om det nu stämmer att överträdelser av konkurrensreglerna enligt fast rättspraxis även enbart kan bestå i försök att förhindra att konkurrenterna behåller eller utökar sina marknadsandelar, hyser den hänskjutande domstolen tvivel om huruvida det berörda företaget – i fall av ett beteende som enbart på ett teoretiskt plan kan ha konkurrensbegränsande effekter – likväl ska beredas tillfälle att styrka att det aktuella beteendet i praktiken inte har haft någon konkurrensbegränsande effekt. Om frågan besvaras jakande, aktualiseras frågan huruvida myndigheten är skyldig att noga bedöma den dokumentation som eventuellt har ingetts av företaget och som visar på att det omtvistade beteendet faktiskt inte kunde utestänga konkurrenterna från marknaden (*den tredje frågan*).
- 11 Ur en annan synvinkel är det angeläget att fastställa vilken betydelse motivet har i samband med bedömningen av missbruket. Den hänskjutande domstolen önskar få klarhet i huruvida det rättsstridiga syftet saknar all betydelse, eftersom bevis för effekter (om än endast potentiella) är tillräckligt, eller om syftet – tvärtemot – är relevant så till den grad att det i sig innebär att det dominerande företags beteende har de omtvistade konkurrensskadliga effekterna, eller om det enbart kan användas för att ålägga det dominerande företaget bevisbördan, då detta företag i så fall måste styrka att det aktuella beteendet däremot inte har haft någon utestängande verkan (*den fjärde frågan*).

- 12 Vem som har bevisbördan utgör även föremålet för *den femte* och sista *frågan*, som närmare bestämt rör bedömningen av ansvaret för företag som är juridiskt skilda personer, men är verksamma på marknaden som en kollektiv eller gemensam enhet. Den hänskjutande domstolen önskar få klarhet i huruvida ett enskilt företag kan bötfällas för överträdelsen enbart av det enkla skälet att det ingår i koncernen – med den följderna att myndigheten endast behöver styrka att företaget uppvisar ett parallellt beteende tillsammans med de övriga företagen i koncernen – eller huruvida det måste styrkas, även genom indirekt bevisning, att det föreligger en konkret situation av med samordning och medverkan, i synnerhet vad gäller moderbolaget.

ARBETSDOKUMENT