

Дело C-377/20

**Резюме на преюдициалното запитване съгласно член 98, параграф 1 от
Процедурния правилник на Съда**

Дата на постъпване в Съда:

29 юли 2020 г.

Запитваща юрисдикция:

Consiglio di Stato (Италия)

Дата на акта за преюдициално запитване:

21 май 2020 г.

Жалбоподатели:

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

Enel Energia SpA

Отвeтник:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Предмет на главното производство

Три жалби пред Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) за изменение на три решения на Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Областен административен съд Лацио, Италия), които потвърждават установената от Autorità garante per la concorrenza e il mercato (Орган за защита на конкуренцията и пазара, наричан по-нататък „Органът“) злоупотреба с господстващо положение по смисъла на член 102 ДФЕС от страна на жалбоподателите.

Предмет и правно основание на преюдициалното запитване

Тълкуване на правото на Съюза, по-специално на член 102 ДФЕС, съгласно член 267 ДФЕС

Преюдициални въпроси

- 1) Възможно ли е само по себе си поведението, представляващо злоупотреба с господстващо положение, да е съвсем законосъобразно и да е квалифицирано като „злоупотреба“ само поради (потенциалния) ограничителен ефект върху релевантния пазар, или трябва да е налице и определена противоположност, изразяваща се в използване на „различни конкурентни методи (или средства)“ в сравнение с „нормалните“; в последния случай, кои са критериите за установяване на границите между „нормалната“ и „нарушената“ конкуренция?
- 2) Дали функцията на забраната за злоупотреба е да се постигне възможно най-благоприятно положение на потребителите, като съдът следи дали това положение не е влошено (или дали е налице опасност от това), или забраната за нарушение на конкуренцията цели да запази самата конкурентна структура на пазара, за да се предотврати струпването на икономическа власт, което се приема за вредно за обществото?
- 3) Дали в случай на злоупотреба с господстващо положение, изразяваща се в опит да се засегне съществуващото равнище на конкуренцията или нейното развитие, предприятието в господстващо положение все пак може да докаже, че въпреки теоретичната възможност поведението му да произведе ограничителен ефект, то не представлява конкретно нарушение, и при утвърдителен отговор, дали при преценката за наличие на необичайна злоупотреба, насочена към изключване на конкуренцията, член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че Органът трябва да разгледа подробно икономическите анализи, посочени от страната във връзка с конкретната възможност разглежданото поведение да доведе до изключване от пазара на нейните конкуренти?
- 4) Трябва ли злоупотребата с господстващо положение да се преценява само с оглед на последиците (дори само потенциални) от нея върху пазара, без да се отчитат субективните мотиви на търговеца, или намерението за ограничаване на конкуренцията може да се използва (дори изключително), за да се прецени дали поведението на предприятието в господстващо положение представлява злоупотреба, или пък доказването на субективния елемент е от значение само за прехвърляне на тежестта на доказване върху последното предприятие (което в такъв случай ще трябва да докаже, че не е налице изключващ ефект)?

- 5) Дали в случай на господстващо положение, изтъкнато по отношение на няколко предприятия от една и съща група, принадлежността към посочената група е достатъчна, за да се приеме, че дори предприятията, които не са участвали в действията, представляващи злоупотреба, са допринесли за нарушението и така е достатъчно контролният орган да установи съгласуваност, макар и без споразумение, на действията на предприятията в рамките на групата с колективно господстващо положение или (както при забраната на картелите) трябва все пак да се представи доказателство, макар и косвено, за конкретна координация и функционална зависимост между различните предприятия от групата, по-специално за да се докаже участието на дружеството майка?

Посочени разпоредби на правото на Съюза

Член 102 ДФЕС

Посочени разпоредби на националното право

Член 3 от legge n. 287/1990 (Закон № 287/1990): „Забранена е всяка злоупотреба от страна на едно или повече предприятия с господстващо положение в рамките на националния пазар или в съответна част от него [...]“.

Кратко представяне на фактите и производството

- 1 След либерализирането на пазара на електроенергия фазите на производство и продажба са отворени за конкуренция, докато експлоатацията на преносни и разпределителни мрежи продължава да се урежда в режим на монопол и въз основа на държавна концесия, тъй като структурите са ограничени и не могат да бъдат възпроизведени. Поради това, за да се осигури неутралното управление на мрежата в полза на операторите и потребителите, вертикално интегрираното предприятие Enel, по-рано монополист в сектора, е трябвало да раздели отделните части на своята производствена верига и по-специално да раздели неконкурентния сегмент от този, който е отворен за свободна конкуренция между операторите. Този процес приключва с възникването на следните три дружества:

Enel Energia (EE), доставчик на електроенергия за свободния пазар, **Servizio Elettrico Nazionale (SEN)**, доставчик на „услуга за защитена тарифа“, **e-distribuzione**, концесионер за дейност по разпределение на електрическа енергия.

„Услуга за защитена тарифа“ (УЗТ) означава доставката на електрическа енергия на малки крайни потребители, които все още не са избрали продавач от свободния пазар и които по силата на закона се обслужват от свързано с

дистрибутора дружество при определените от секторния орган договорни и икономически условия.

Понастоящем SEN е безспорният оператор на УЗТ, доколкото развива дейност в районите, в които разпределението на електрическа енергия се извършва от e-distribuzione, или приблизително 85% от територията на Италия. Вторият най-добър оператор не покрива и 5 % от този пазар. Законът предвижда отпадането на защитената тарифа през януари 2022 г., за да се остави място само за свободния пазар.

- 2 В основата на настоящото производство са подадени до Органа жалби срещу незаконосъобразно използване на чувствителна търговска информация от страна на операторите от групата Enel с цел прехвърлянето на клиенти от SEN към ЕЕ с оглед на обявената промяна на пазара, за да се предотврати груповото им преминаване към свободните оферти на конкуренцията.

Според обясненията на Органа, SEN получило съгласието на получателите на УЗТ да получават търговски оферти по „дискриминационен начин“, доколкото им е било представено на първо място искане за предоставяне на съгласие за обработка на лични данни от дружествата от групата Enel и на второ място искане за предоставяне на такова съгласие в полза на трети оператори. Клиентите предоставяли само първото съгласие, приемайки го за необходимо в рамките на отношенията им с техния доставчик, като обикновено не отбелязвали съгласието си на второто място, отнасящо се до другите оператори. Всъщност съгласие в полза на трети оператори предоставили само 30 % от клиентите.

Имената на клиентите, дали съгласие за предоставяне на информация на Enel, били включени в нарочни списъци. Въз основа на последните ЕЕ изпращало оферти, предназначени изключително за клиентите на УЗТ, като последната оферта била с наименование „Sempre con te“.

Информацията, че съответните клиенти са ползватели на УЗТ, не била достъпна по друг начин, поради което списъците на SEN представлявали стратегически и изключителен актив. Тъй като не разполагали с тази информация, другите оператори изгубили 40% от конкурентното търсене през релевантния период (2014—2017 г.) (възможен ограничителен ефект).

Въпреки реструктурирането, поне ръководните кадри на групата Enel продължили да обменят информация и да приемат решения на интегрирано равнище.

- 3 При тези обстоятелства Органът налага на ЕЕ и SEN, както и на дружеството майка Enel санкции поради злоупотреба с господстващо положение (член 102 ДФЕС). Първоинстанционният съд потвърдил санкциите срещу трите дружества, но все пак намалил глобите по отношение на първите две дружества, с оглед на малката продължителност на нарушението и поради наличието на грешка при определяне на основния

размер на глобата. Тримата жалбоподатели подават отделни жалби до Consiglio di Stato, като искат пълна отмяна или допълнително намаляване на глобите.

Основни доводи на страните в главното производство

- 4 Страните твърдят, че не са били налице доказателства за стратегия на злоупотреба с господстващо положение, нито доказателства за потенциалния изключващ характер на поведението, доколкото:
 - включването на име в списък за телемаркетинг не прегражда достъпа на конкуренцията до потребителя, нито включва задължение или ангажимент за доставка, нито е пречка потребителят, предоставил съгласието си да бъде включен в посочения списък, да получава други търговски оферти, да избира или сменя във всеки момент своя доставчик, дори многократно,
 - списъците на SEN били незначителни в количествено отношение спрямо размера на пазара и броя на клиентите на SEN, освен това на пазара били достъпни и използвани и други по-пълни списъци с по-ниски цени,
 - по-конкретно, използването на списъците на SEN през двата месеца между пускането на пазара на офертата „Sempre con te“ и решението да се преустанови предлагането ѝ допринесло за привличането на едва 478 клиенти, което представлява 0,002% от потребителите на SEN и 0,001% от потребителите на електрическа енергия,
 - Органът не взел предвид представените доказателства в подкрепа на твърдението, че спорното поведение не само не е довело до ограничаване на конкуренцията, но и не е можело да породи такъв ограничителен ефект.
- 5 Освен това, считано от 2014 г., холдинговото дружество Enel преминало от централизирано управление към модел, при който дружеството майка само следи за съгласуваност на действията и „best practices“ между отделните оперативни дружества, без да участва при вземането на решения. Поради това нямало основания за санкциониране и още по-малко за налагане на по-строги санкции на дружеството майка.

Кратко представяне на мотивите за преюдициалното запитване

- 6 Съответният пазар е този на продажбата на дребно на електрическа енергия на малки крайни потребители — домакинства или малки предприятия — на територията, на която групата Enel е монополист при разпределението на електрическа енергия. Господстващото положение на Enel личи от трайно притежаваните от същата дялове от референтния пазар и от контрола, който

упражнява върху единствената инфраструктура, както и от връзката между различните участващи сегменти и финансовата мощ на вертикално интегрираната структура. Упреците са насочени към нетипична с оглед на посочените в член 102 ДФЕС примери злоупотреба, насочена към възпрепятстване на растежа или на разнообразяването на предлагането на конкурентни предприятия.

- 7 Централният въпрос на спора е дали поведението на предприятието с господстващо положение може да разкрие намерение да отстрани другите оператори, присъстващи на свободния пазар, чрез използване на клиентелата на УЗТ. В хода на антитръстовото производство страните са представили икономически проучвания с цел да докажат, че поведението им не е породило изключващ ефект. Органът събира доказателства, за да докаже наличието на стратегическата воля на групата да намали неблагоприятните последици, произтичащи от премахването на УЗТ.
- 8 Така установените обстоятелства поражда няколко въпроса за запитващата юрисдикция. При липсата на изрична уредба в член 102 ДФЕС и в транспониращата го национална норма, запитващата юрисдикция иска най-напред да установи (*първи преюдициален въпрос*) дали забраната за злоупотреба с господстващо положение предполага да е налице обективно противоправно поведение на пазара или може да се изразява и в ограничителен или потенциално ограничителен ефект на всяко дори съвсем законосъобразно поведение на господстващото предприятие, насочено към засилване на собственото му положение. Всъщност, само по себе си поведението на групата Enel е законосъобразно (от гражданскоправна гледна точка), доколкото не се твърди нарушение на специфична норма относно обработката на лични данни и доколкото списъците на SEN изглеждат са били придобити по пазарни цени.
- 9 С *втория въпрос* посочената юрисдикция иска да установи какъв е реалният икономически ефект, който се преследва със забраната за злоупотреба с господстващо положение — дали предотвратяване на по-неблагоприятно положение на потребителите (например поради увеличаване на цените: Съобщение 2009/С 45/02 на Комисията) или да не се допусне засягане на структурата, разнообразието, качеството и иновациите на пазара, както следва от постоянната практика на Съда на Европейския съюз.
- 10 На следващо място, макар че съгласно установената съдебна практика нарушението на конкуренцията може да се изразява само в опит да се засегне постоянния характер на конкуренцията или нейното развитие, запитващата юрисдикция изпитва съмнения дали в случай на поведение, което само теоретично би могло да произведе ограничаващ ефект, не следва все пак да се приеме за доказана липсата на действителен ограничителен ефект. При утвърдителен отговор се поставя въпросът дали Органът не е длъжен да прецени изчерпателно доказателствата, които предприятието

евентуално е представило, за да докаже, че в конкретния случай спорното поведение не може да изключи конкурентите от пазара (*трети въпрос*).

- 11 От друга гледна точка е необходимо да се установи значението на мотивите при преценката на злоупотреба: дали противоправното намерение е ирелевантно, тъй като е достатъчно да се установят последиците (макар и само потенциални) или, обратно, то е до такава степен относимо, че само от него може да се установи твърдения антиконкурентен ефект на поведението на търговеца, или пък е от значение само за прехвърлянето на тежестта на доказване върху предприятието с господстващо положение, което ще трябва да доказва, че всъщност не е налице ефект на изключване (*четвърти въпрос*).
- 12 Доказването се разглежда и в рамките на *петия* и последен *въпрос*, с който запитващата юрисдикция иска да установи как следва да се прецени отговорността на правно независими предприятия, които все пак се представят на пазара като колективно или свързано предприятие: дали за да се вмени отговорност на отделното дружество за противоправното поведение е достатъчно, че същото е част от групата — и така Органът трябва да докаже само, че то извършва успоредни действия с другите предприятия — или пък е необходимо доказателство, макар и косвено, за конкретна координация и функционална зависимост, по-специално по отношение на дружеството майка.