

**Věc C-377/20****Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1  
jednacího řádu Soudního dvora****Datum doručení:**

29. července 2020

**Předkládající soud:**

Consiglio di Stato (Itálie)

**Datum předkládacího rozhodnutí:**

21. května 2020

**Navrhovatelky:**

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

Enel Energia SpA

**Odpůrce:**

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

**Předmět původního řízení**

Tři kasační opravné prostředky podané k Consiglio di Stato (Státní rada) znějící na změnu tří rozsudků Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regionální správní soud pro Lazio), které potvrdily, že se navrhovatelky dopustily zneužití dominantního postavení podle článku 102 SFEU, které bylo zjištěno ze strany Autorità garante per la concorrenza e il mercato (Úřad pro ochranu hospodářské soutěže a trhu) (dále jen „AGCM“).

**Předmět a právní základ žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce**

Výklad unijního práva, a zejména článku 102 SFEU, podle článku 267 SFEU

**Předběžné otázky**

- 1) Může být jednání, které zakládá zneužití dominantního postavení, samo o sobě zcela legální a kvalifikováno jako „zneužívající“ pouze z důvodu (potenciálně) omezujícího účinku vyvolaného na referenčním trhu; nebo musí toto jednání obsahovat také konkrétní protiprávní složku spočívající v použití „konkurenčních metod (nebo prostředků) odlišných“ od těch „normálních“; v posledně uvedeném případě, na základě jakých kritérií lze stanovit hranici mezi „normální“ a „narušenou“ hospodářskou soutěží?
- 2) Je účelem zákazu zneužití maximalizovat blahobyt spotřebitelů, ve vztahu k němuž soud musí posoudit nastalé snížení (nebo nebezpečí snížení); nebo má zákaz protisoutěžního jednání za cíl zachovat samotnou konkurenční strukturu trhu, aby se zabránilo vytváření nahromadění hospodářské síly, jež jsou považována v každém případě za škodlivá pro společenství?
- 3) Může podnik v dominantním postavení v případě zneužití dominantního postavení spočívajícího ve snaze zabránit trvání úrovně stále existující hospodářské soutěže nebo jejímu rozvoji přesto prokázat, že - navzdory abstraktní způsobilosti omezujícího účinku - jednání postrádá konkrétní závažnost; v případě kladné odpovědi, musí být článek 102 SFEU pro účely posouzení existence netypického zneužití spočívajícího ve vyloučení vykládan v tom smyslu, že orgán pro ochranu hospodářské soutěže má povinnost přesně zkoumat ekonomické analýzy předložené účastníkem řízení ohledně konkrétní schopnosti prošetřovaného jednání vyloučit jeho konkurenty z trhu?
- 4) Musí být zneužití dominantního postavení posuzováno pouze z hlediska svých účinků (i když pouze potenciálních) na trh, bez ohledu na subjektivní motiv subjektu; nebo prokázání restriktivního záměru představuje parametr, který lze použít (i výlučně) k posouzení zneužívajícího jednání podniku v dominantním postavení; nebo má toto prokázání subjektivního prvku význam pouze k přesunutí důkazního břemene na podnik v dominantním postavení (který by měl v tomto ohledu povinnost prokázat, že vylučující účinek chybí)?
- 5) Je v případě dominantního postavení, které má více podniků patřících do téže skupiny společností, příslušnost k této skupině dostačující k předpokladu, že také podniky, které nejednaly zneužívajícím způsobem, se zúčastnily protiprávního jednání - takže orgánu pro ochranu hospodářské soutěže by stačilo prokázat vědomý paralelismus, i když bez koluze, podniků působících v rámci kolektivně dominantní skupiny - nebo je třeba (jako je tomu v případě zákazu kartelových dohod) prokázat, a to i nepřímo, konkrétní situaci koordinace a funkčních vazeb mezi různými podniky skupiny v dominantním postavení, zejména za účelem prokázání zapojení mateřské společnosti?

## Uplatňovaná ustanovení unijního práva

Článek 102 SFEU

## Uplatňovaná ustanovení vnitrostátního práva

Článek 3 zákona č. 287/1990: „Zneužití dominantního postavení jedním nebo více podniky na vnitrostátním trhu nebo jeho významné části je zakázáno [...]“.

## Stručný popis skutkového stavu a původního řízení

- 1 Od doby, kdy byl v Itálii trh s elektřinou liberalizován, byly fáze výroby a prodeje otevřeny hospodářské soutěži, zatímco provozování přenosových a distribučních soustav zůstalo právně upraveno v monopolním režimu a na základě ministerské koncese, neboť struktury jsou omezené a nelze je reprodukovat. S cílem zajistit, ve prospěch provozovatelů a uživatelů, neutrální provozování sítě tedy musel vertikálně integrovaný bývalý monopolní podnik v tomto odvětví - Enel - oddělit různé složky svého výrobního řetězce a zejména rozdělit nekonkurenční segment od segmentu, který je otevřen volné soutěži hospodářských subjektů. Tento proces skončil vznikem tří následujících společností:

**Enel Energia (EE)**, dodavatelka elektřiny pro volný trh, **Servizio Elettrico Nazionale (SEN)**, poskytovatelka „služby zvýšené ochrany“, **e-distribuce**, držitelka koncese na distribuci elektřiny.

„Službou zvýšené ochrany (cen)“ (SMT) se rozumí dodávka elektřiny koncovým zákazníkům menší velikosti, kteří si dosud na volném trhu nevybrali dodavatele a kteří jsou na základě zákona obsluhováni prostřednictvím společnosti připojené k distributorovi, a to podle smluvních a hospodářských podmínek definovaných odvětvovým orgánem.

SEN je v současné době nespornou provozovatelkou SMT, jelikož působí v oblastech, ve kterých je distribuce elektřiny v kompetenci e-distribuzione, tedy přibližně na 85 % území státu. Druhý nejlepší provozovatel nepokrývá ani 5 % tohoto trhu. Podle zákonných ustanovení bude v lednu 2022 zvýšená ochrana ukončena, a to za účelem přenechání prostoru výhradně volnému trhu.

- 2 Toto řízení vychází ze stížností k AGCM na protiprávní používání obchodně citlivých informací, ze strany provozovatelů skupiny Enel, za účelem převedení zákazníků od SEN k EE, a to s ohledem na ohlášenou změnu na trhu, čímž bylo zamezeno hromadnému přesunu zákazníků k volným nabídkám hospodářské soutěže.

Podle výkladu AGCM shromáždila SEN souhlas uživatelů zvýšené ochrany k přijímání komerčních návrhů „diskriminačním způsobem“, který spočívá v žádosti o souhlas se zpracováním osobních údajů nejprve ve prospěch společností skupiny

Enel a druhé žádosti ve prospěch třetích subjektů. Zákazníci obvykle udělili první souhlas, protože se domnívali, že byl nezbytný pro správu probíhajícího vztahu s jejich dodavatelem, zatímco obvykle odmítali druhý souhlas, který byl adresován jiným provozovatelům. Souhlasy ve prospěch třetích subjektů byly učiněny pouze ve 30 % případů.

Jména zákazníků souhlasících s prohlášením Enel byla zahrnuta do příslušných seznamů. Na základě těchto seznamů společnost EE učinila nabídky určené výhradně zákazníkům SMT, naposledy nabídku nazvanou „Sempre con te“ [Vždy s tebou].

Příslušnost zákazníků k SMT byla nedohledatelná informace, což učinilo seznamy SEN strategickým a nereprodukovatelným aktivem. Vzhledem k tomu, že ostatní provozovatelé tyto seznamy neměli, ztratili 40 % poptávky, která byla v referenčním období (2014–2017) předmětem hospodářské soutěže (potenciální omezující účinek).

Navzdory organické restrukturalizaci tak přinejmenším vrcholné vedení skupiny Enel pokračovalo ve výměně informací a v rozhodování na integrované úrovni.

- 3 Za těchto okolností AGCM uložil společností EE a SEN, jakož i mateřské společnosti Enel sankci za zneužití dominantního postavení (článek 102 SFEU). Protiprávní jednání bylo potvrzeno soudem prvního stupně ve vztahu ke každé ze tří společností, avšak se snížením sankce pro první dvě z důvodu kratší doby trvání protiprávního jednání a chyby v základu pro výpočet pokuty. Všechny tři navrhovatelky samostatně podaly opravné prostředky k Consiglio di Stato (Státní rada) znějící na zrušení v celém rozsahu nebo další snížení sankce.

### **Základní argumenty navrhovatelek v původním řízení**

- 4 Neexistuje ani důkaz o zneužívající strategii, ani důkaz o potenciální vylučovací schopnosti jednání, neboť:
- vložení jména do telemarketingového seznamu spotřebitele nevyloučilo z hospodářské soutěže, nevedlo k žádnému závazku nebo povinnosti dodávky, ani nebránilo spotřebiteli, který poskytl souhlas, aby se objevil na jiných seznamech, obdržel jiná obchodní sdělení, kdykoli si vybral nebo změnil, i několikrát, svého dodavatele;
  - seznamy SEN byly kvantitativně nevýznamné ve srovnání s velikostí trhu a klientely SEN; kromě toho na trhu byly k dispozici - a byly použity - také další seznamy, úplnější a za nižší ceny;
  - ve skutečnosti použití seznamů SEN ve dvou měsících mezi zahájením nabídky „Sempre con te“ a rozhodnutím o uzavření prodejního kanálu přivedlo pouze 478 zákazníků, tedy 0,002 % uživatelů SEN a 0,001 % uživatelů elektřiny;

- AGCM nezohlednil důkazy předložené za účelem prokázání toho, že napadené jednání nebylo ani způsobilé vyvolat omezující účinky na hospodářskou soutěž, přičemž ve skutečnosti nevyvolalo vůbec žádné účinky.
- 5 Navíc od roku 2014 se holding Enel přesunul z centralizovaného modelu na model, ve kterém mateřská společnost jednoduše podporuje součinnost a „best practices“ mezi různými operativními společnostmi, aniž by již měla rozhodující roli. Mateřská společnost by tedy neměla být sankcionována, natož pak přísněji než samotné operativní společnosti.

### **Stručné odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce**

- 6 Relevantní trh je trh maloobchodního prodeje elektřiny koncovým zákazníkům-domácnostem a podnikům menší velikosti na území, na kterém má skupina Enel monopolní postavení na distribuci elektřiny. Dominantní postavení Enel je vyvozováno z podílů stabilně držených na referenčním trhu a z kontroly nereprodukovatelných infrastruktur, ze spojení mezi různými zapojenými segmenty a z finanční síly vertikálně integrované struktury. Sporným je zneužití spočívající ve vyloučení, které je netypické ve srovnání s příklady obsaženými v článku 102 SFEU, neboť jeho cílem je zabránit růstu nebo diverzifikaci nabídky konkurenčních podniků.
- 7 Ústřední otázkou sporu je, zda je jednání podniku v dominantním postavení způsobilé sledovat záměr vyloučit ostatní hospodářské subjekty působící na volném trhu prostřednictvím vyprázdnění zákaznické základny SMT. Během antimonopolního řízení účastnice řízení předložily ekonomické studie, jejichž cílem bylo prokázat, že jejich jednání ve skutečnosti nemělo vylučující účinky. AGCM shromáždil vyšetřovací materiál, aby prokázal existenci strategické vůle skupiny snížit nevýhodu plynoucí z ukončení SMT.
- 8 K takto zjištěným bodům se pojí různé otázky předkládajícího soudu. S ohledem na absenci zmínky v článku 102 SFEU a vnitrostátním ustanovení, které jej provádí, se předkládající soud nejprve táže (*první předběžná otázka*), zda musí zakázaná situace „zneužití“ nutně spočívat v objektivně protiprávním jednání na trhu nebo zda takové zneužití představuje omezující nebo potenciálně omezující účinek jakéhokoli jednání, dokonce i zcela legálního, které podnik v dominantním postavení uskutečňuje za účelem posílení svého postavení. Jednání skupiny Enel je totiž samo o sobě legální (z hlediska občanského práva), neboť nebylo namítáno porušení žádného konkrétního pravidla týkajícího se zpracování osobních údajů a seznamy SEN byly zakoupeny za tržní cenu.
- 9 *Druhou předběžnou otázkou* se tento soud táže, jaký je skutečně hospodářský účinek, k němuž se váže zákaz zneužití, tedy zda je jím nižší blahobyt spotřebitele (například kvůli zvýšení cen: sdělení Komise 2009/C 45/02) nebo změna struktury, rozmanitosti, kvality a inovace trhu, jak vyplývá z významné judikatury Soudního dvora.

- 10 Ačkoli je tedy pravdou, že na základě ustálené judikatury může protisoutěžní jednání spočívat také v pouhé snaze zabránit trvání hospodářské soutěže na trhu nebo jejímu rozvoji, předkládající soud má pochybnosti, zda - v případě jednání, které je pouze abstraktně způsobilé vyvolávat omezující účinky - není přesto připuštěn žádný důkaz o tom, že k žádnému omezujícímu účinku ve skutečnosti nedošlo. V případě kladné odpovědi vyvstává otázka, zda má AGCM povinnost přesně ověřit důkazy případně předložené podnikem za účelem prokázání konkrétní nezpůsobilosti napadeného jednání vyloučit konkurenty z trhu (*třetí předběžná otázka*).
- 11 Z dalšího hlediska jde o pochopení významu motivu při posouzení zneužití: zda protiprávní úmysl není vůbec relevantní, přičemž je dostačující důkaz o účincích (také pouze potenciálních), zda - naopak - je relevantní natolik, že může jednání subjektu i sám o sobě připsat vytýkané protisoutěžní účinky, nebo zda má význam pouze k přenesení důkazního břemene na podnik v dominantním postavení, který bude muset prokázat, že vylučující účinek naopak chybí (*čtvrtá předběžná otázka*).
- 12 Otázka důkazu se objevuje také v *páté* a poslední *předběžné otázce*, kde vyvstává otázka, jak posoudit odpovědnost právně nezávislých podniků, které však na trhu působí jako kolektivní nebo spojený subjekt: zda je pro účely připsání protiprávního jednání jednotlivému podniku dostačující, že je tento podnik součástí skupiny - a AGCM tedy musí prokázat pouze to, že tento podnik postupuje souběžně s ostatními - nebo zda je třeba dokázat, a to i nepřímou, konkrétní situaci koordinace a funkčních vazeb, zejména s ohledem na mateřskou společnost.