

**Sag C-377/20**

**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement**

**Dato for indlevering:**

29. juli 2020

**Forelæggende ret:**

Consiglio di Stato (Italien)

**Afgørelse af:**

21. maj 2020

**Appellanter:**

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

Enel Energia SpA

**Indstævnt:**

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

---

**Hovedsagens genstand**

Tre appeller iværksat ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) med påstand om ændring af tre domme, hvorved Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) har stadfæstet afgørelsen truffet af Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (de italienske konkurrencemyndigheder, herefter »myndighederne«) om fastlæggelse af, at appellanterne har misbrugt deres dominerende stilling som omhandlet i artikel 102 TEUF.

**Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse**

Fortolkningen af EU-retten, navnlig artikel 102 TEUF, i henhold til artikel 267 TEUF

## Præjudicielle spørgsmål

- 1) Kan adfærd, som er udtryk for misbrug af en dominerende stilling, i sig selv være fuldt lovlig og kun kvalificeres som »misbrug« på grund af den (potentielle) konkurrencebegrænsende virkning på referencemarkedet, eller skal den også kendetegnes ved et specifikt element af ulovlighed bestående i brug af »andre konkurrencemetoder (eller -midler)« end de »normale«, og på grundlag af hvilke kriterier kan grænsen mellem »normal« og »fordrejet« konkurrence fastlægges i det sidstnævnte tilfælde?
- 2) Sigter lovgivningen om sanktionering af misbrug mod at maksimere forbrugernes velfærd, hvorfor retsinstansen skal fastlægge, om den er (eller er i risiko for at blive) reduceret, eller har lovgivningen om sanktionering af overtrædelser af konkurrencelovgivningen til opgave i sig selv at opretholde markedets konkurrencestruktur med henblik på at undgå, at der skabes økonomiske magtkoncentrationer, som under alle omstændigheder skal anses for at være skadelige for samfundet?
- 3) I tilfælde af misbrug af en dominerende stilling, som består i, at den dominerende virksomhed forsøger at hindre konkurrenterne i at bevare eller forøge deres markedsandele, skal den pågældende virksomhed da alligevel gives mulighed for at godtgøre, at dens adfærd – selv om den på et abstrakt plan kan have en konkurrencebegrænsende virkning – konkret ikke har været konkurrenceskadelig, og skal artikel 102 TEUF, såfremt spørgsmålet besvares bekræftende, inden for rammerne af undersøgelsen af, hvorvidt der foreligger atypisk misbrug gennem ekskluderende adfærd, fortolkes således, at myndighederne har pligt at foretage en grundig vurdering af de af virksomheden indgivne økonomiske analyser vedrørende den undersøgte adfærds reelle evne til at udelukke konkurrenterne fra markedet?
- 4) Skal misbrug af en dominerende stilling alene vurderes på grundlag af dets (selv blot potentielle) virkninger på markedet, uden at der tages højde for den handlende enheds subjektive motiv, eller kan fastlæggelsen af et konkurrencebegrænsende formål udgøre et kriterium, der (selv som det eneste) kan anvendes til at vurdere, om den dominerende virksomheds adfærd udgør misbrug, eller kan fastlæggelsen af det subjektive element alene anvendes til at flytte bevisbyrden til den dominerende virksomhed (således at virksomheden skal løfte beviset for, at den ekskluderende virkning er udeblevet)?
- 5) Såfremt flere virksomheder i samme koncern har misbrugt en dominerende stilling, kan det da antages, at også de øvrige koncernmedlemmer har medvirket til overtrædelser, selv om de ikke har udøvet misbrug, således at tilsynsmyndighederne blot skal godtgøre, at virksomhederne i den koncern, som samlet set har en dominerende stilling, har udvist en bevidst parallel adfærd, om end den ikke udgør ulovlig samordning, eller skal myndighederne (lige som ved forbud mod karteller) under alle

omstændigheder føre bevis, selv indirekte bevis, for en konkret situation med samordning og funktionel forbindelse mellem de forskellige virksomheder i koncernen med en dominerende stilling, især med henblik på at godtgøre moderselskabets involvering?

### **Anførte EU-retlige forskrifter**

Artikel 102 TEUF

### **Anførte nationale forskrifter**

Artikel 3 i lov nr. 287/1990: »En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det nationale marked eller en væsentlig del heraf er forbudt [...].«

### **Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen**

- 1 Siden elektricitetsmarkedet i Italien er blevet liberaliseret, er produktion og salg åbnet for konkurrence, hvorimod drift af transmissions- og distributionssystemerne fortsat er omfattet af et monopol på grundlag af en ministeriel koncession, fordi strukturerne er begrænsede og unikke. For at sikre uafhængig drift af systemerne til gavn for operatører og brugere måtte Enel – den vertikalt integrerede virksomhed med tidligere monopol i branchen – adskille komponenterne i sin produktionskæde og bl.a. skære det ikke konkurrenceprægede segment fra det segment, som skulle være åbent for fri konkurrence. Denne proces udmøntede sig i stiftelsen af følgende tre selskaber:

**Enel Energia (EE)**, leverandør af elektricitet på det frie marked, **Servizio Elettrico Nazionale (SEN)**, leverandør af »tjenesten med øget beskyttelse«, og **e-distribuzione**, koncessionshaver for distribution af elektricitet.

Ved den »forstærkede (pris)beskyttelsestjeneste« (»Servizio di Maggior Tutela (dei prezzi)«) forstås levering af elektricitet til små endelige kunder, som endnu ikke har valgt leverandør på det frie marked og i henhold til loven betjenes af et selskab, som er knyttet til distributionsvirksomheden, på de af sektormyndigheden fastsatte aftalemæssige og økonomiske vilkår.

SEN er for øjeblikket den ubestridt største operatør inden for den forstærkede beskyttelsestjeneste, fordi selskabet opererer på de områder, hvor distribution af elektricitet henhører under e-distribuzione's kompetence, dvs. ca. 85% af landet. Den næststørste operatør dækker end ikke 5% af dette marked. I henhold til loven skal den forstærkede beskyttelsestjeneste ophøre med at eksistere pr. januar 2022, hvorefter alene det frie marked vil foreligge.

- 2 Den foreliggende sag tager udgangspunkt i anmeldelser til myndighederne om Enel-koncernens funktionærers ulovlige brug af forretningsmæssigt følsomme oplysninger for at overføre kunder fra SEN til EE inden den planlagte ændring af markedet og herved forhindre, at denne kundekreds samlet skulle overgå til konkurrenterne på det frie marked.

Ifølge myndighedernes redegørelse for omstændighederne indhentede SEN samtykke fra brugerne under den forstærkede beskyttelsestjeneste til at modtage kommercielle forslag »på en diskriminerende måde«, som bestod i, at SEN anmodede om et første samtykke til behandling af personoplysninger til gavn for selskaberne i Enel-koncernen og et andet samtykke til gavn for tredjemandsoperatører. Kunderne gav som regel det første samtykke, idet de opfattede det som nødvendigt for forvaltningen af det eksisterende forhold med deres leverandør, hvorimod de oftest nægtede det andet samtykke relateret til de øvrige operatører. Blot 30% af kunderne gav nemlig samtykke til gavn for tredjemænd.

Navnene på kunder, som gav samtykke til Enel's informationsbrev, blev opført på særlige lister. Ved brug af disse lister afgav EE tilbud, som udelukkende var rettet til kundekredsen under den forstærkede beskyttelsestjeneste, senest tilbuddet betegnet »Sempre con te« (Altid med dig).

Det forhold, at kunderne var tilknyttet den forstærkede beskyttelsestjeneste, var en oplysning, som ellers ville have været utilgængelig, således at SEN's lister udgjorde et strategisk og unikt aktiv. Da de øvrige operatører ikke rådede over disse oplysninger, tabte de 40% af den konkurrenceprægede efterspørgsel for referenceperioden (2014-2017) (potentielt konkurrencebegrænsende virkning).

Til trods for den organisatoriske omstrukturering fortsatte i det mindste ledelsen i Enel-koncernvirksomhederne med at udveksle oplysninger og træffe afgørelser på integreret plan.

- 3 På baggrund af disse omstændigheder besluttede myndighederne at pålægge EE, SEN og moderselskabet Enel en sanktion for misbrug af en dominerende stilling (artikel 102 TEUF). Retten i første instans stadfæstede sanktionen over for hvert enkelt af de tre selskaber, men den nedsatte bødebøbet med hensyn til de to førstnævnte henset til den kortere varighed af overtrædelsen og til fejl i beregningsgrundlaget for bøden. Alle tre selskaber har iværksat hver deres appel ved Consiglio di Stato med påstand om fuldstændig annullation af sanktionen eller yderligere nedsættelse af bødebøbet.

### **De væsentligste argumenter, der anføres af appellanterne**

- 4 Af følgende grunde er det ikke godtgjort, at virksomhederne anvendte en strategi for misbrug af deres dominerende stilling eller udviste nogen potentiel ekskluderende adfærd:

- At opføre et navn på en telemarketingliste ekskluderer ikke forbrugeren fra konkurrencen, medfører ingen forpligtelse eller tilsagn om levering og hindrer ikke, at den forbruger, som har givet samtykke, kan figurere på andre lister, modtage andre kommercielle meddelelser, vælge eller ændre leverandør på ethvert tidspunkt, selv gentagne gange.
  - SEN's lister var kvantitativt irrelevante i forhold til markedets størrelse og SEN's kundekreds, og i øvrigt fandtes der andre, mere fuldstændige og billigere lister på markedet, som også blev benyttet.
  - Konkret førte brug af SEN's lister i de to måneder fra lanceringen af tilbuddet »Sempre con te« til beslutningen om at lukke den pågældende salgskanal kun til erhvervelsen af 478 kunder, dvs. 0,002% af SEN's brugere og 0,001% af elektricitetsbrugerne.
  - Myndighederne tog ikke hensyn til den dokumentation, som godtgjorde, at den anfægtede adfærd reelt slet ikke fremkaldte og heller ikke var i stand til at fremkalde konkurrencebegrænsende virkninger.
- 5 Endvidere overgik holdingselskabet Enel i 2014 fra en centraliseret forretningsmodel til en model, hvor moderselskabet blot fremmer former for synergi og »bedste praksis« blandt de forskellige driftsselskaber, uden længere at have nogen besluttende rolle. Moderselskabet skal derfor ikke sanktioneres og slet ikke i større omfang end driftsselskaberne.

### **Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen**

- 6 Det relevante marked udgøres af detailsalg af elektricitet til små endelige kunder, både husholdninger og erhvervsforbrugere, i det område, hvor Enel-koncernen har monopol på distribution af elektricitet. Enel's dominerende stilling stammer fra selskabets stabilt fastholdte andele på referencemarkedet, kontrollen over unikke infrastrukturer, forbindelsen mellem de forskellige berørte segmenter og den vertikalt integrerede strukturs finansielle styrke. Det omhandlede tilfælde udgør et misbrug gennem ekskluderende adfærd, som er atypisk i forhold til eksemplerne i artikel 102 TEUF, fordi det sigtede mod at hindre udvidelsen eller diversificeringen af konkurrenternes udbud.
- 7 Hovedspørgsmålet er, hvorvidt den dominerende virksomheds adfærd kunne være i stand til at forfølge formålet om at udelukke de øvrige operatører fra det frie marked gennem udhuling af kundeunderlaget for den forstærkede beskyttelsestjeneste. I løbet af kartelproceduren indgav virksomhederne økonomiske studier for at godtgøre, at deres adfærd ikke konkret havde ekskluderende virkninger. Myndighederne indhentede bevismateriale som et led i undersøgelsen for at godtgøre, at det var koncernens strategiske hensigt at reducere ulemperne stammende fra ophævelsen af den forstærkede beskyttelsestjeneste.

- 8 Den forelæggende ret nærer en række tvivl om ovenstående emner. I mangel af bestemmelser herom i artikel 102 TEUF og i den nationale gennemførelseslovgivning ønsker den forelæggende ret først og fremmest oplyst (*det første præjudicielle spørgsmål*), hvorvidt den forbudte adfærd i form af »misbrug« nødvendigvis skal bestå i handlinger på markedet, som objektivt set er ulovlige, eller hvorvidt misbrug kan udgøres af den konkurrencebegrænsende eller den potentielle konkurrencebegrænsende virkning af enhver handling, selv fuldt lovlig, som den dominerende virksomhed gennemfører for at forstærke sin stilling. Faktisk var Enel-koncernens adfærd i den foreliggende situation i sig selv lovlig (på det civilretlige plan), fordi der ikke blev fastlagt nogen overtrædelse af specifikke bestemmelser om behandling af personoplysninger, og SEN's lister tilsyneladende blev erhvervet til markedspris.
- 9 Med *det andet spørgsmål* ønsker retten oplyst, om den reelle økonomiske virkning, der omfattes af forbuddet mod misbrug, er reduktionen af forbrugernes velfærd (eksempelvis som følge af prisstigning ifølge meddelelse fra Kommissionen 2009/C 45/02) eller forandringen af struktur, udvalg, kvalitet og innovation på markedet, sådan som det fremgår af vigtig praksis ved Domstolen.
- 10 Hvis det er sandt, at overtrædelser af konkurrencelovgivningen ifølge fast retspraksis også kun kan bestå i forsøget på at hindre konkurrenterne i at bevare eller forøge deres markedsandele, nærer den forelæggende ret tvivl om, hvorvidt den pågældende virksomhed – i tilfælde af en form for adfærd, som kun på et abstrakt plan kan have konkurrencebegrænsende virkninger – alligevel skal gives mulighed for at godtgøre, at der reelt ikke har været nogen konkurrencebegrænsende virkning. Såfremt spørgsmålet besvares bekræftende, ønskes oplyst, om myndighederne har pligt til nøjagtigt at vurdere den af virksomhedens eventuelt indgivne dokumentation for, at den anfægtede adfærd ikke konkret var i stand til at udelukke konkurrenterne fra markedet (*det tredje spørgsmål*).
- 11 Ud fra en anden synsvinkel er det hensigtsmæssigt at afklare betydningen af motivet som et led i vurderingen af misbruget, dvs. hvorvidt det ulovlige formål savner enhver betydning, fordi beviser for virkninger (selv om disse kun er potentielle) er tilstrækkelige, eller – omvendt – om det ulovlige formål er relevant i en sådan grad, at det i sig selv indebærer, at de anfægtede konkurrenceskadelige virkninger kan tilskrives den handlende enheds adfærd, eller om det ulovlige formål kun kan anvendes til at pålægge den dominerende virksomhed bevisbyrden, idet virksomheden således skal godtgøre, at der derimod ikke har været nogen ekskluderende virkning (*det fjerde spørgsmål*).
- 12 Bevisbyrden er også genstand for *det femte og sidste spørgsmål*, der vedrører vurderingen af det ansvar, der bæres af virksomheder, som udgør særskilte juridiske personer, men som opererer på markedet som en kollektiv eller fælles enhed, idet retten ønsker oplyst, om den enkelte virksomhed kan tilskrives overtrædelsen, alene fordi den tilhører koncernen – således at myndighederne kun skal godtgøre, at virksomheden har handlet parallelt med de andre – eller hvorvidt

det er nødvendigt at føre bevis, selv indirekte bevis, for at der foreligger en konkret situation med samordning og funktionel forbindelse, især med hensyn til moderselskabet.

ARBEJDSDOKUMENT