

Σύνοψη της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως κατ' εφαρμογή του άρθρου 98, παράγραφος 1, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου

Ημερομηνία καταθέσεως:

29 Ιουλίου 2020

Αιτούν δικαστήριο:

Consiglio di Stato (Italia)

Ημερομηνία της αποφάσεως του αιτούντος δικαστηρίου:

21 Μαΐου 2020

Εκκαλούσες:

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

Enel Energia SpA

Εφεσίβλητη:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Αντικείμενο της κύριας δίκης

Τρεις εφέσεις ενώπιον του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας, Ιταλία) για τη μεταρρύθμιση τριών αποφάσεων του Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (διοικητικού πρωτοδικείου περιφέρειας Λατίου, Ιταλία) με τις οποίες επικυρώθηκε η εκ μέρους των εκκαλουσών κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης κατά την έννοια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, την οποία διαπίστωσε η Αρχή ανταγωνισμού και αγοράς (στο εξής: Αρχή).

Το πραγματικό και νομικό πλαίσιο της αποφάσεως περί παραπομπής

Ερμηνεία του δικαίου της Ένωσης, και ιδίως του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, δυνάμει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ

Προδικαστικά ερωτήματα

- 1) Πρέπει να θεωρηθεί ότι οι συμπεριφορές που απορρέουν από την καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης μπορούν να είναι καθ' εαυτές απολύτως νόμιμες και να χαρακτηριστούν ως «καταχρηστικές» μόνο λόγω του (δυννητικού) περιοριστικού αποτελέσματος, το οποίο προκαλείται στην αγορά αναφοράς; Ή πρέπει να θεωρηθεί ότι οι συμπεριφορές αυτές πρέπει επίσης να χαρακτηρίζονται από ειδικό στοιχείο του παρανόμου, το οποίο συνίσταται στη χρησιμοποίηση «μεθόδων (ή μέσων) ανταγωνισμού άλλων» πλην των «κανονικών»; Στην τελευταία αυτή περίπτωση, βάσει ποιων κριτηρίων μπορεί να καθοριστεί το όριο μεταξύ «κανονικού» και «νοθευμένου» ανταγωνισμού;
- 2) Πρέπει να θεωρηθεί ότι η λειτουργία του κανόνα για την επιβολή κυρώσεων για την κατάχρηση συνίσταται στη μεγιστοποίηση της ευημερίας των καταναλωτών, τη μείωση (ή τον κίνδυνο μείωσης) της οποίας πρέπει να εκτιμήσει ο δικαστής; Ή πρέπει να θεωρηθεί ότι η λειτουργία του κανόνα που επιβάλλει κυρώσεις για την παράνομη πράξη ανταγωνισμού συνίσταται στη διατήρηση αυτή καθ' εαυτή της διάρθρωσης του ανταγωνισμού στην αγορά, προκειμένου να αποφευχθεί η δημιουργία ενώσεων οικονομικής ισχύος οι οποίες, εν πάση περιπτώσει, θεωρούνται επιβλαβείς για το κοινωνικό σύνολο;
- 3) Πρέπει να θεωρηθεί ότι, σε περίπτωση κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης συνισταμένης στην απόπειρα παρεμπόδισης της συνέχισης του υφισταμένου επιπέδου ανταγωνισμού ή της αύξησής του, επιτρέπεται στη δεσπόζουσα επιχείρηση να αποδείξει ότι, παρά τη θεωρητική δυνατότητα υπάρξεως περιοριστικού αποτελέσματος, η συμπεριφορά δεν είχε συγκεκριμένες επιζήμιες συνέπειες; Σε περίπτωση καταφατικής απάντησης, για την αξιολόγηση ύπαρξης *sui generis* κατάχρησης η οποία οδηγεί στον αποκλεισμό του ανταγωνισμού στην αγορά, έχει το άρθρο 102 ΣΛΕΕ την έννοια ότι η Αρχή οφείλει να εξετάζει επακριβώς τις οικονομικές αναλύσεις που προσκομίζει ο διάδικος σχετικά με τη συγκεκριμένη δυνατότητα της εξεταζόμενης συμπεριφοράς να εκτοπίσει από την αγορά τους ανταγωνιστές του;
- 4) Πρέπει η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης να αξιολογείται μόνο βάσει των (έστω και δυννητικών) αποτελεσμάτων της στην αγορά, ανεξάρτητα από το υποκειμενικό κίνητρο της οικείας οντότητας; Ή μήπως συνιστά η απόδειξη της πρόθεσης περιορισμού παράμετρο δυνάμενη να χρησιμοποιηθεί (ακόμη και αποκλειστικά) για την αξιολόγηση του καταχρηστικού χαρακτήρα της συμπεριφοράς της δεσπόζουσας επιχείρησης; Ή μήπως, περαιτέρω, συνεπάγεται η απόδειξη αυτή του υποκειμενικού στοιχείου απλώς αντιστροφή του βάρους απόδειξης όσον αφορά τη δεσπόζουσα επιχείρηση (η οποία θα έφερε το βάρος, κατά το στάδιο αυτό, να αποδείξει ότι δεν υπήρξε αποτέλεσμα που οδηγεί στον αποκλεισμό από την αγορά);

- 5) Πρέπει να θεωρηθεί ότι, στην περίπτωση δεσπόζουσας θέσης η οποία αφορά πολλές επιχειρήσεις ανήκουσες στον ίδιο όμιλο εταιριών, η συμμετοχή στον όμιλο αυτό αρκεί για να τεκμαρθεί ότι οι επιχειρήσεις που δεν έθεσαν σε εφαρμογή καταχρηστική συμπεριφορά συνέβαλαν επίσης στην παράνομη πράξη –οπότε η Εποπτική Αρχή αρκεί να αποδείξει έναν συνειδητό παραλληλισμό συμπεριφοράς, έστω και χωρίς συμπαιγνία, των επιχειρήσεων που δρουν εντός του κατέχοντος συλλογικά δεσπόζουσα θέση ομίλου– ή (όπως για την απαγόρευση συμπράξεων) πρέπει, εν πάση περιπτώσει, να αποδείξει, έστω και έμμεσα, συγκεκριμένη κατάσταση συντονισμού και βοήθειας μεταξύ των διαφόρων επιχειρήσεων του κατέχοντος δεσπόζουσα θέση ομίλου, ιδίως για την απόδειξη της συμμετοχής της μητρικής εταιρίας;

Σχετικές διατάξεις του δικαίου της Ένωσης

Άρθρο 102 ΣΛΕΕ

Σχετικές εθνικές διατάξεις

Άρθρο 3 του νόμου 287/1990: «Απαγορεύεται η εκ μέρους μίας ή περισσότερων επιχειρήσεων κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης στην εγχώρια αγορά ή σε σημαντικό τμήμα της [...]».

Σύντομη έκθεση των πραγματικών περιστατικών και της διαδικασίας

- 1 Μετά την απελευθέρωση, στην Ιταλία, της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας, τα στάδια παραγωγής και πώλησης άνοιξαν στον ανταγωνισμό, ενώ η διαχείριση των δικτύων μεταφοράς και διανομής εξακολουθεί να διέπεται από μονοπώλιο και να βασίζεται σε σύμβαση παραχώρησης από τον υπουργό, δεδομένου ότι οι δομές είναι περιορισμένες και μη αναπαράξιμες. Επομένως, προκειμένου να διασφαλιστεί, υπέρ των παρόχων και χρηστών, η ουδέτερη διαχείριση του δικτύου, η πρώην μονοπωλιακή στον τομέα κάθετα ενοποιημένη επιχείρηση, ήτοι η Enel, αναγκάστηκε να χωρίσει τους διάφορους φορείς της αλυσίδας παραγωγής της και να διαχωρίσει, ειδικότερα, το μη ανταγωνιστικό τμήμα από εκείνο που είναι ανοικτό στον ελεύθερο ανταγωνισμό των φορέων εκμετάλλευσης. Η διαδικασία αυτή ολοκληρώθηκε με τη δημιουργία των τριών ακόλουθων εταιριών:

Enel Energia (EE): προμηθευτής ηλεκτρικής ενέργειας για την ελεύθερη αγορά· Servizio Elettrico Nazionale (SEN): πάροχος «υπηρεσίας ενισχυμένης προστασίας»· e-distribuzione: παραχωρησιούχος της δραστηριότητας διανομής ηλεκτρικής ενέργειας.

Ως «Υπηρεσία Ενισχυμένης Προστασίας (των τιμών)» (SMT) νοείται η παροχή ηλεκτρικής ενέργειας σε μικρούς τελικούς πελάτες οι οποίοι δεν έχουν ακόμη

επιλέξει πωλητή στην ελεύθερη αγορά και οι οποίοι εξυπηρετούνται, βάσει νόμου, από εταιρία συνδεδεμένη με τον διανομέα βάσει συμβατικών και οικονομικών όρων που καθορίζονται από την Αρχή που είναι υπεύθυνη για τον σχετικό τομέα.

Επί του παρόντος, η SEN είναι αναμφίβολα ο φορέας εκμετάλλευσης της SMT δεδομένου ότι δραστηριοποιείται στις περιοχές όπου η διανομή ηλεκτρικής ενέργειας υπάγεται στην αρμοδιότητα της e-distribuzione, ήτοι στο 85% περίπου της εθνικής επικράτειας. Ο δεύτερος καλύτερος διανομέας δεν καλύπτει ούτε το 5% της αγοράς αυτής. Σύμφωνα με όσα προβλέπει ο νόμος, τον Ιανουάριο του 2022 η Ενισχυμένη Προστασία θα εκλείψει, προκειμένου να αφήσει χώρο αποκλειστικά στην ελεύθερη αγορά.

- 2 Η υπό κρίση υπόθεση ανέκλυσε κατόπιν καταγγελιών ενώπιον της Αρχής ως προς την παράνομη χρήση εμπορικά ευαίσθητων πληροφοριών από διανομείς του ομίλου Enel για τη μεταφορά πελατών από τη SEN στην ΕΕ, ενόψει της ανακοινωθείσας μεταβολής της αγοράς, προκειμένου να αποφευχθεί η ομαδική μεταφορά τους στις ελεύθερες προσφορές του ανταγωνισμού.

Σύμφωνα με την περιγραφή των πραγματικών περιστατικών από την Αρχή, η SEN έλαβε τη συγκατάθεση των χρηστών υπό Ενισχυμένη Προστασία να λαμβάνουν εμπορικές προτάσεις «κατά τρόπο που εισάγει διακρίσεις», σύμφωνα με τον οποίο ζητείται μια πρώτη άδεια για την επεξεργασία προσωπικών δεδομένων υπέρ των εταιριών του ομίλου Enel και μια δεύτερη υπέρ των τρίτων φορέων εκμετάλλευσης. Κατά κανόνα, οι πελάτες έδιναν την πρώτη συγκατάθεση, θεωρώντας ότι ήταν αναγκαία για τη διαχείριση της τρέχουσας σχέσης με τον πάροχό τους, ενώ δεν έδιναν συνήθως τη δεύτερη συγκατάθεση, η οποία απευθυνόταν στους άλλους φορείς εκμετάλλευσης. Πράγματι, οι συγκαταθέσεις υπέρ των τρίτων ήταν μόλις 30 %.

Τα ονόματα των πελατών που έδωσαν τη συγκατάθεσή τους στην επεξεργασία δεδομένων εκ μέρους της Enel συμπεριελήφθησαν σε ειδικούς καταλόγους. Βάσει των καταλόγων αυτών, η ΕΕ δρομολόγησε προσφορές αποκλειστικά για τους πελάτες της SMT, η τελευταία από τις οποίες αποκαλείται «Sempres con te».

Το πελατολόγιο της SMT αποτελούσε πληροφορία που δεν μπορούσε να αποκτηθεί με άλλο τρόπο, γεγονός που κατέστησε τους καταλόγους της SEN περιουσιακό στοιχείο στρατηγικής σημασίας και μη αναπαράξιμο. Επειδή οι άλλοι φορείς εκμετάλλευσης δεν διέθεταν την πληροφορία αυτή, απώλεσαν το 40 % της ζήτησης αντικειμένου του ανταγωνισμού για την περίοδο αναφοράς (2014-2017) (δυσνητικό περιοριστικό αποτέλεσμα).

Παρά την οργανωτική αναδιάρθρωση, τα ανώτερα στελέχη τουλάχιστον του ομίλου Enel εξακολούθησαν να ανταλλάσσουν πληροφορίες και να αποφασίζουν σε ενοποιημένο επίπεδο.

- 3 Υπό τις συνθήκες αυτές, η Αρχή επέβαλε στην ΕΕ και τη SEN καθώς και στην επικεφαλής του ομίλου Enel πρόστιμο για κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης (άρθρο

102 ΣΛΕΕ). Η επιβολή του προστίμου κατά καθεμίας από τις τρεις εταιρίες επικυρώθηκε από το πρωτοβάθμιο δικαστήριο, με μείωση ωστόσο του προστίμου για τις δύο πρώτες, λόγω της μικρότερης διάρκειας της παράβασης και λόγω σφάλματος στη βάση υπολογισμού του προστίμου. Και οι τρεις προσφεύγουσες άσκησαν χωριστή έφεση ενώπιον του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας) με αίτημα την ολική ακύρωση ή την περαιτέρω μείωση του προστίμου.

Ουσιώδη επιχειρήματα των εκκαλουσών της κύριας δίκης

- 4 Δεν αποδείχθηκε η καταχρηστική στρατηγική ούτε ότι η συμπεριφορά μπορούσε να οδηγήσει σε αποκλεισμό, καθόσον:
- η αναγραφή ονόματος σε κατάλογο πωλήσεων διά τηλεφώνου δεν αποκλείει τον καταναλωτή από τον ανταγωνισμό, δεν συνεπάγεται κανέναν περιορισμό ή δέσμευση παροχής ούτε εμποδίζει τον καταναλωτή που έδωσε τη συγκατάθεσή του να εγγραφεί σε άλλους καταλόγους, να λάβει άλλες εμπορικές επικοινωνίες, να επιλέξει ή να αλλάξει οποτεδήποτε, ακόμη και κατ' επανάληψη, τον προμηθευτή του,
 - οι κατάλογοι της SEN ήταν ασήμαντοι ποσοτικά σε σχέση με το μέγεθος της αγοράς και της πελατείας της SEN· εξάλλου, στην αγορά ήταν διαθέσιμοι –και χρησιμοποιήθηκαν– και άλλοι κατάλογοι, πληρέστεροι και σε χαμηλότερες τιμές,
 - συγκεκριμένα, η χρήση των καταλόγων της SEN στο διάστημα των δύο μηνών μεταξύ της υποβολής της προσφοράς «Sempre con te» και της απόφασης περί κλεισίματος του δικτύου πωλήσεων της απέφερε μόνον 478 πελάτες ή 0,002% των χρηστών της SEN και 0,001% των ηλεκτρικών οικισμών,
 - η Αρχή δεν έλαβε υπόψη τα προσκομισθέντα αποδεικτικά στοιχεία ώστε να αποδειχθεί ότι η υπό κρίση συμπεριφορά δεν ήταν ούτε ικανή να παραγάγει αποτελέσματα περιορισμού για τον ανταγωνισμό, πέραν του ότι ουδόλως είχε παραγάγει τέτοια αποτελέσματα.
- 5 Επιπλέον, από το 2014 η εταιρία χαρτοφυλακίου Enel μετέβη από ένα συγκεντρωτικό πρότυπο σε ένα σύστημα όπου η μητρική εταιρία απλώς προωθεί συνέργειες και βέλτιστες πρακτικές μεταξύ των διαφόρων λειτουργικών εταιριών, χωρίς να έχει πλέον ρόλο στη διαδικασία λήψης αποφάσεων. Επομένως, δεν έπρεπε να επιβληθούν κυρώσεις στην επικεφαλής του ομίλου, και μάλιστα αυστηρότερες από εκείνες που επιβλήθηκαν στις ίδιες τις λειτουργικές εταιρίες.

Σύντομη έκθεση της αιτιολογίας της προδικαστικής παραπομπής

- 6 Η σχετική αγορά είναι αυτή της λιανικής πώλησης ηλεκτρικής ενέργειας στους τελικούς μικρούς οικιακούς και μη οικιακούς καταναλωτές στο έδαφος όπου ο όμιλος Enel έχει μονοπώλιο για τη διανομή ηλεκτρικής ενέργειας. Η δεσπόζουσα θέση της Enel προκύπτει από τα μερίδια που κατέχει μόνιμα στη σχετική αγορά και από τον έλεγχο των μη αναπαράξιμων υποδομών, από τη σύνδεση μεταξύ των διαφόρων επίμαχων τμημάτων και από την οικονομική ισχύ της κάθετα ενοποιημένης δομής. Η προσαπτόμενη συμπεριφορά συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης με σκοπό τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών και πρόκειται για *suī generis* κατάχρηση υπό το πρίσμα των παραδειγμάτων του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, καθόσον αποσκοπεί στην παρεμπόδιση της αύξησης ή της διαφοροποίησης της προσφοράς των ανταγωνιστριών επιχειρήσεων.
- 7 Το κύριο ζήτημα είναι εάν η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης μπορούσε να επιτύχει τον επιδιωκόμενο σκοπό του αποκλεισμού των λοιπών συντελεστών που δραστηριοποιούνται στην ελεύθερη αγορά μέσω της αφαίρεσης της βάσης πελατών της SMT. Οι διάδικοι προσκόμισαν, στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας, οικονομικές μελέτες προκειμένου να αποδείξουν ότι η συμπεριφορά τους δεν είχε πράγματι παραγάγει αποτελέσματα αποκλεισμού των ανταγωνιστών. Η Αρχή συνέλεξε αποδεικτικά μέσα προκειμένου να αποδείξει την ύπαρξη στρατηγικής βούλησης του ομίλου να μειώσει το μειονέκτημα από την απώλεια της SMT.
- 8 Τα διάφορα ερωτήματα του αιτούντος δικαστηρίου προκύπτουν σε σχέση με τα ανωτέρω διαπιστωθέντα ζητήματα. Ελλείψει ρητής πρόβλεψης του άρθρου 102 ΣΛΕΕ και του εθνικού κανόνα περί μεταφοράς του στο εσωτερικό δίκαιο, το δικαστήριο ερωτά κατ' αρχάς (*πρώτο προδικαστικό ερώτημα*) αν η απαγορευμένη περίπτωση της «καταχρηστικής εκμετάλλευσης» πρέπει κατ' ανάγκη να συνίσταται σε συμπεριφορές στην αγορά αντικειμενικώς αθέμιτες ή αν συνιστά τέτοια εκμετάλλευση το αποτέλεσμα περιορισμού ή δυνητικού περιορισμού κάθε συμπεριφοράς, έστω και απολύτως θεμιτής, την οποία η δεσπόζουσα επιχείρηση εφαρμόζει με σκοπό την ενίσχυση της θέσης της. Συγκεκριμένα, η συμπεριφορά του ομίλου Enel είναι αφ' εαυτής νόμιμη (από άποψη αστικού δικαίου), στο μέτρο που δεν καταγγέλθηκε παράβαση κανενός ειδικού κανόνα σχετικά με την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και καθόσον οι κατάλογοι της SEN φαίνεται ότι αποκτήθηκαν στην αγοραία τιμή.
- 9 Με το *δεύτερο ερώτημα*, το ίδιο δικαστήριο ερωτά ποιο είναι πράγματι το οικονομικό αποτέλεσμα που θα μπορούσε να αποτραπεί με την απαγόρευση της καταχρηστικής εκμετάλλευσης: το χαμηλότερο επίπεδο ευημερίας των καταναλωτών (για παράδειγμα, λόγω αύξησης των τιμών· βλ. ανακοίνωση της Επιτροπής 2009/C 45/02) ή η μεταβολή της διάρθρωσης, ποικιλίας, ποιότητας και καινοτομίας της αγοράς, όπως προκύπτει από σημαντική νομολογία του Δικαστηρίου.

- 10 Εν συνεχεία, μολονότι είναι αληθές, βάσει πάγιας νομολογίας, ότι η σχετική με τον ανταγωνισμό παράβαση μπορεί να συνίσταται έστω και μόνο στην προσπάθεια να εμποδιστεί η διατήρηση του ανταγωνισμού στην αγορά ή η αύξησή του, το αιτούν δικαστήριο αμφιβάλλει αν, σε περίπτωση συμπεριφοράς δυνάμενης απλώς θεωρητικώς να παραγάγει αποτελέσματα περιορισμού, μπορούν να γίνουν δεκτά αποδεικτικά στοιχεία περί του ότι πράγματι δεν υπήρξε κανένα αποτέλεσμα περιορισμού. Σε περίπτωση καταφατικής απάντησης, ανακύπτει το ερώτημα αν η Αρχή υποχρεούται να ελέγχει επακριβώς τα στοιχεία που ενδεχομένως προσκομίζει η επιχείρηση προς απόδειξη του ότι η επίμαχη συμπεριφορά δεν είναι ικανή να αποκλείσει τους ανταγωνιστές από την αγορά (τρίτο ερώτημα).
- 11 Αφετέρου, πρέπει να αξιολογηθεί η σημασία του κινήτρου κατά την εξέταση της κατάχρησης: πρέπει να θεωρηθεί ότι ουδεμία σημασία έχει η παράνομη πρόθεση, καθώς είναι αρκετή η απόδειξη των αποτελεσμάτων (έστω και δυνητικών), ή αντιστρόφως έχει τέτοια σημασία ώστε λόγω της πρόθεσης και μόνον να μπορούν να αποδοθούν στη συμπεριφορά της οικείας οντότητας τα αντίθετα προς τον ανταγωνισμό αποτελέσματα, ή μήπως έχει σημασία μόνο για τη μετάθεση του βάρους απόδειξης στη δεσπύουσα επιχείρηση, η οποία θα πρέπει να αποδείξει ότι, αντιθέτως, το αποτέλεσμα του αποκλεισμού από την αγορά δεν υφίσταται (τέταρτο ερώτημα);
- 12 Το ζήτημα της απόδειξης επανέρχεται και στο πέμπτο και τελευταίο ερώτημα, με το οποίο τίθεται το ζήτημα πώς μπορεί να αξιολογηθεί η ευθύνη ανεξάρτητων από νομική άποψη επιχειρήσεων, οι οποίες ωστόσο παρουσιάζονται στην αγορά ως συλλογική ή συνδυασμένη οντότητα: αν για τον καταλογισμό της παράβασης σε μία και μόνο επιχείρηση αρκεί αυτή να αποτελεί μέρος του ομίλου –και η Αρχή οφείλει συνεπώς να αποδείξει απλώς ότι ενεργεί παράλληλα με τις υπόλοιπες– ή αν είναι απαραίτητη η απόδειξη, ακόμη και έμμεση, συγκεκριμένης κατάστασης συντονισμού και βοήθειας όσον αφορά ειδικότερα την επικεφαλής του ομίλου.