

Kohtuasi C-377/20

Eelotsusetaotluse kokkuvõte vastavalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 98 lõikele 1

Saabumise kuupäev:

29. juuli 2020

Eelotsusetaotluse esitanud kohus:

Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu)

Eelotsusetaotluse kuupäev:

21. mai 2020

Kassaatorid:

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

Enel Energia SpA

Vastustaja:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Põhikohtuasja ese

Kolm Consiglio di Statole (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) esitatud kaebust, milles palutakse muuta Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Lazio maakonna halduskohus, Itaalia) otsust, milles kinnitati, et kassaatorid kuritarvitasid ELTL artikli 102 tähenduses turgu valitsevat seisundit, nagu tuvastas Autorità garante per la concorrenza e il mercato (Itaalia Konkurentsiamet, edaspidi „konkurentsiamet“).

Eelotsusetaotluse ese ja õiguslik alus

Liidu õiguse, eelkõige ELTL artikli 102 tõlgendamine kooskõlas ELTL artikliga 267.

Eelotsuse küsimused

1. „Kas tegevused, mille kaudu turgu valitsevat seisundit kuritarvitatakse, võivad iseenesest olla täielikult õiguspärased ja neid võib pidada „kuritarvituseks“ üksnes (võimaliku) piirava mõju tõttu, mida need võrdlusturule avaldavad, või peab neid tegevusi iseloomustama ka kindel õigusvastasuse tegur, mis seisneb selles, et kasutatakse „tavapärastest erinevaid konkurentsimeetodeid (või vahendeid)“; milliste kriteeriumide alusel saab viimasel juhul määratleda „tavapärase“ konkurentsi ja „kahjustatud“ konkurentsi vahelise piiri?
2. Kas kuritarvitusreeglite ülesanne on tarbijate heaolu maksimaalne suurendamine, mille vähenemist (või vähenemise riski) kohus peab mõõtma; või on konkurentsiõiguse rikkumise ülesandeks iseenesest säilitada konkurentsitingimusi turul, eesmärgiga hoida ära majandusliku võimu koondumist, mida peetakse ühiselt tegutsevatele ettevõtjatele igal juhul kahjulikuks?
3. Kas sellise turgu valitseva seisundi kuritarvitamise korral, mis seisneb selles, et üritatakse takistada veel olemasoleva konkurentsitaseme püsimist või selle arengut, on turgu valitseval ettevõtjal siiski lubatud tõendada, et – vaatamata abstraktsele piiravale mõjule – ei olnud tegevus tegelikult kahjulikku laadi; kui see on nii, siis kas turult väljatõrjumise ebatüüpilise kuritarvituse olemasolu hindamisel tuleb ELTL artiklit 102 tõlgendada nii, et konkurentsiametil on kohustus üksikasjalikult kontrollida majandusanalüüsi, mille pool esitab selle kohta, kas uuritav tegevus suudab tegelikult tema konkurendid turult välja tõrjuda?
4. Kas turgu valitseva seisundi kuritarvitamise hindamisel tuleb aluseks võtta üksnes (ka ainult potentsiaalne) mõju, mida see kuritarvitamine turule avaldab, jättes täielikult kõrvale ettevõtja subjektiivse tahte; või kujutab konkurentsi piiramise tahte tõendamine endast parameetrit, mida saab (ka ainult sellele tuginedes) kasutada selleks, et hinnata turgu valitsevas seisundis ettevõtja tegevuse kuritarvitavat laadi; või lisaks, kas subjektiivse asjaolu selline tõendamine tähendab üksnes tõendamiskohustuse ümberpööramist turgu valitsevas seisundis ettevõtjale (kellel oleks selles etapis kohustus tõendada, et turult väljatõrjuvat toimet ei olnud)?
5. Kas juhul, kui turgu valitsev seisund puudutab mitut samasse kontserni kuuluvat ettevõtjat, piisab sellesse kontserni kuulumisest, et eeldada, et ettevõtjad, kes kuritarvitavat laadi tegevust ei algatanud, osalesid samuti rikkumises – mistõttu tuleb konkurentsiametil tõendada vaid ühiselt turgu valitsevas kontsernis tegutsevate ettevõtjate vahelist teadlikku paralleelset tegutsemist, mis ei pruugi põhineda salajasel kokkuleppel –, või tuleb (nagu kartellikokkulepete keelu puhul) igal juhul esitada tõend – mis võib olla ka kaudne – konkreetse olukorra kohta, kus turgu valitsevas seisundis kontserni

kuuluvate mitmete ettevõtjate vahelist tegevust koordineeriti ja varjati, tõendades eelkõige ettevõtja osalust?“

Viidatud liidu õigusnormid

ELTL artikkel 102

Viidatud Itaalia õigusnormid

Seaduse nr 287/1990 (legge n. 287/1990) artikkel 3: „Riigisisel turul või selle olulises osas turgu valitseva seisundi kuritarvitamine ühe või mitme ettevõtja poolt on keelatud [...]“.

Asjaolude ja menetluse lühikokkuvõte

- 1 Pärast seda, kui Itaalias elektrienergia turg liberaliseeriti, on tootmis- ja müügietaapid olnud konkurentsile avatud, samas kui põhi- ja jaotusvõrkude käitamist reguleeritakse jätkuvalt monopoolselt ja ministriumidega sõlmitavate kontsessioonide alusel, kuna võrke on piiratud arv ja need on dubleerimatud. Selleks, et tagada võrgukäitajate ja kasutajate huvides võrgu neutraalne haldamine, pidi vertikaalselt integreeritud ettevõtja, kes omas varem monopoolset seisundit – Enel – eraldama oma tootmisahela eri osad, eraldades eelkõige konkurentsivälise segmendi käitajate vabale konkurentsile avatud segmendist. See protsess lõppes järgmise kolme äriühingu asutamisega:

Enel Energia (edaspidi „EE“), elektritarnija vabal turul; **Servizio Elettrico Nazionale (edaspidi „SEN“)**, „Parema kaitsega teenuse“ tarnija; **e-distribuzione**, elektrienergia jaotamisega seotud tegevuste kontsessiooni valdaja.

„Parema (hindade) kaitsega teenus“ (edaspidi „PKT“ või „Parem kaitse“) tähendab elektrienergia tarnimist väikestele lõpptarbijatele, kes ei ole veel avatud turul müüjat valinud ja keda seaduse kohaselt teenindab tarnijaga seotud äriühing vastavalt selle valdkonna ameti määratletud lepingulistele ja majanduslikele tingimustele.

SEN on hetkel PKT vaieldamatu käitaja, kuna ta tegutseb piirkondades, kus elektrienergia jaotamise pädevust omab e-distribuzione, mis moodustab ligikaudu 85 % riigi territooriumist. Suuruselt järgmine käitaja ei kata sellest turust isegi 5 %. Seaduse kohaselt kaob Parem kaitse 2022. aasta jaanuaris, seda hakkab asendama üksnes avatud turg.

- 2 Käesolev kohtuasi sai alguse konkurentsiametile esitatud kaebustest selle kohta, et Eneli kontserni võrgukäitajad kasutasid õigusvastaselt tundlikku äriteavet, et viia SEN-i kliendid üle EE-sse, enne kui turutingimusi teatavaks tehtud viisil muudetakse, vältides nii nende klientide massilist üleminekut avatud konkurentsipakkumistele.

Konkurentsiameti esitatud sündmuste rekonstruktsiooni kohaselt sai SEN Parema kaitse kasutajatelt nõusoleku selle kohta, et neile võib saata kaubanduslikke ettepanekuid „diskrimineerival viisil“, mis seisnes selles, et kasutajatelt taotleti esimest nõusolekut isikuandmete töötlemiseks Eneli kontserni äriühingute poolt ja teist nõusolekut isikuandmete töötlemiseks kolmandate käitajate poolt. Kliendid andsid tavapäraselt esimese nõusoleku, arvates, et see on vajalik käitajaga olemasoleva suhte haldamiseks, keeldudes aga tavaliselt andmast teist nõusolekut, mida küsiti teistele käitajatele. Kolmandast isikust käitajatele antud nõusolekud moodustasid üksnes 30 %.

Enelilt teabe saamiseks nõusoleku andnud klientide nimed kanti asjaomastesse nimekirjadesse. Nende nimekirjade alusel esitas EE pakkumisi, mis olid suunatud üksnes PKT klientidele, millest viimase pakkumise nimi oli „Alati sinuga“ („Sempre con te“).

Klientide PKT-sse kuulumisest ei oleks olnud võimalik muul viisil teada saada, mistõttu olid SEN-i nimekirjad strateegiline ja dubleerimatu vara. Kuna teistel ettevõtjatel neid nimekirju ei olnud, kaotasid nad võrdlusperioodil (2014–2017) konkurentsisis nõudlusest 40 % (võimalik piirav mõju).

Struktuuri ümberkorraldamisele vaatamata jätkasid vähemalt Eneli kontserni kõrgeimad tasandid teabe vahetamist ja integreeritult otsuste tegemist.

- 3 Neil asjaoludel määras konkurentsiamet EE-le ja SEN-ile ning emaettevõtjale Enel turgu valitseva seisundi kuritarvitamise (ELTL artikkel 102) eest trahvi. Esimese astme kohus jättis kõigile kolmele äriühingule määratud trahvi muutmata, kuid vähendas rikkumise lühema kestuse ja trahvi arvutamisel tehtud vea tõttu kahe esimese äriühingu trahvi. Kõik kolm kassaatorit esitasid Consiglio di Statole (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) eraldi kassatsioonkaebused, nõudes trahvi täielikku tühistamist või selle täiendavat vähendamist.

Põhikohtuasja poolte peamised argumendid

- 4 Puuduvad tõendid nii kuritarvitavat laadi strateegia kui ka tegevuse väidetavalt turult väljatõrjuva võime kohta, sest:
 - teleturunduse nimekirja nime kandmine ei kõrvalda tarbijat konkurentsist, ei too kaasa ühtki piirangut või tarnimiskohustust ega takista tarbijal, kes on andnud nõusoleku muudes nimekirjades esinemiseks, saada muid kaubanduslikke teadaandeid, oma tarnijat mis tahes ajal valida või vahetada, seda ka korduvalt;
 - SEN-i nimekirjad olid SEN-i klientide arvu ja turuosa suurusega võrreldes koguse poolest tähtsusetud, lisaks olid turul kättesaadavad – ja kasutati – ka muid nimekirju, mis olid täielikumad ja madalamate hindadega;

- täpsemalt saadi SEN-i nimekirjade kasutamisest nende kahe kuu jooksul, mis jäid „Alati sinuga“ pakkumise ja selle müügikanali sulgemise otsuse vahele, ainult 478 klienti ehk 0,002 % SEN-i kasutajatest ja 0,001 % elektritarbimisest;
 - konkurentsiamet ei võtnud arvesse tõendeid, mis esitati, et tõendada, et vaidlustatud tegevusel ei saanud olla konkurentsi piiravat mõju, lisaks ei olnud sel mingil juhul sellist mõju.
- 5 Lisaks läks valdusettevõtja Enel alates 2014. aastast tsentraliseeritud mudelilt üle mudelile, kus emaettevõtja edendab ainult erinevate tegutsevate äriühingute vahelist sünergiat ja parimaid tavasid, omamata enam otsustusõigust. Seetõttu ei tohiks emaettevõtjat karistada, veelgi vähem karmimalt kui tootmisettevõtjaid.

Eelotsusetaotluse põhjenduste lühikokkuvõte

- 6 Asjaomane turg on elektrienergia jaemüük väiksematele kodumajapidamise- ja ärilõpptarbijatele territooriumil, kus Eneli kontsernil on elektrienergia jaotamise monopol. Eneli turgu valitsev seisund tuleneb talle võrdlusturul stabiilselt kuuluvast turuosast ja dubleerimatute taristute üle kontrolli olemisest, erinevate asjasse puutuvate segmentide vahelisest seosest ja vertikaalselt integreeritud struktuuride rahalisest võimsusest. Vaidlustatud rikkumine on ELTL artiklis 102 sisalduvate näidetega võrreldes ebatüüpiline kuritarvitus konkurenti turult väljatõrjumiseks, kuna selle eesmärk on takistada konkureerivate ettevõtjate pakkumiste arvu kasvu või nende mitmekesistamist.
- 7 Vaidluse keskmes on küsimus, kas turgu valitsevas seisundis ettevõtja tegevuse eesmärk võib olla jätkata teiste avatud turul tegutsevate käitajate väljatõrjumist PKT kliendibaasi endale haaramise kaudu. Pooled esitasid monopolivastase menetluse käigus majandusuuringuid, millega soovisid tõendada, et nende tegevusel ei olnud käesoleval juhul turult väljatõrjuvat toimet. Konkurentsiamet kogus uurimismaterjali, et tõendada kontserni strateegilist tahet vähendada PKT lõppemisega kaasnevat ebasoodsat tagajärki.
- 8 Selliselt kindlaksmääratud teemad on eelotsusetaotluse esitanud kohtu mitmete küsimuste aluseks. Kuna ELTL artikkel 102 ja seda üle võttev riigisisene õigusnorm ei sisalda selle kohta teavet, küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus esiteks (*esimene eelotsuse küsimus*), kas keelatud „kuritarvitamise“ olukord peab tingimata seisnema objektiivselt konkurentsivastases käitumises turul või kas selline kuritarvitus on ka mistahes tegevuse, isegi täiesti õiguspärase tegevuse – mida turgu valitsev ettevõtja rakendab oma seisundi tugevdamiseks – piirav või võimalik piirav mõju. Eneli kontserni tegevus on iseenesest (tsiviilõiguslikus tähenduses) õiguspärane, kuna talle ei heideta ette ühegi konkreetse isikuandmete töötlemist käsitleva õigusnormi rikkumist ja SEN-i nimekirjad näivad olevat ostetud turuhinnaga.
- 9 *Teise küsimusega* soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, millist majanduslikku tagajärge tahetakse tegelikult valitseva seisundi kuritarvitamise

keelamisega ära hoida – kas tarbijate heaolu vähenemist (näiteks hinnatõus: komisjoni teatis 2009/C 45/02) või turu struktuuri, mitmekesisuse, kvaliteedi ja turu-uuenduste muutumist, nagu tuleneb Euroopa Kohtu olulisest praktikast.

- 10 Kuigi väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on tõsi, et konkurentsioiguse rikkumine võib seisneda ka üksnes katses tõkestada turul konkurentsi või selle arengut, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas – tegevuse puhul, mis võib ainult abstraktselt piiravat mõju avaldada – ei või siiski arvestada tõenditega selle kohta, et mingit piiravat mõju tegelikult ei avaldatud. Kui see on lubatud, siis tekib küsimus, kas konkurentsiametil on kohustus kontrollida üksikasjalikult ettevõtja esitatud võimalikke tõendeid selle kohta, et vaidlustatud käitumine ei saanud konkreetsel juhul konkurente turult välja tõrjuda (*kolmas küsimus*).
- 11 Lisaks on vaja rikkumisele hinnangu andmisel mõista tahte olulisust: kas õigusvastase käitumise tahe ei oma tähtsust, kuna piisab tõendist (isegi võimaliku) mõju kohta, või – vastupidi – kas tahe on asjasse puutuv kuni selleni, et see võimaldab iseenesest omistada ettevõtja tegevusele vaidlustatud konkurentsivastase mõju, või tähendab see ainult seda, et tõendamiskohustus läheb üle turgu valitsevas seisundis ettevõtjale, kes peab tõendama, et väljatõrjuvat toimet ei olnud (*neljas küsimus*).
- 12 Tõendamise temaatika tõstatatakse ka *viiendas* ehk viimases *küsimuses*, milles esitatakse küsimus, kuidas hinnata õiguslikult iseseisvate, kuid turul siiski kollektiivse või ühise üksusena tegutsevate ettevõtjate vastutust: kas rikkumise omistamiseks üksikule ettevõtjale piisab sellest, et ta kuulub kontserni – ja konkurentsiamet peab seega tõendama, et ta tegutseb teiste ettevõtjatega paralleelselt – või tuleb kasvõi kaudselt tõendada, et esines konkreetne koordineerimise ja abistamise olukord, seda eelkõige ematöötaja osas?