

**Predmet C-377/20****Sažetak zahtjeva za prethodnu odluku sastavljen na temelju članka 98.  
stavka 1. Poslovnika Suda****Datum podnošenja:**

29. srpnja 2020.

**Sud koji je uputio zahtjev:**

Consiglio di Stato (Italija)

**Datum odluke kojom se upućuje zahtjev:**

21. svibnja 2020.

**Žalitelji:**

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

Enel Energia SpA

**Druga stranka u žalbenom postupku:**

Autorità Garante della Concorrenza e del mercato

**Predmet glavnog postupka**

Tri žalbe pred Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija) radi preinake triju presuda Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij, Italija) kojima je potvrđeno da su žalitelji zlouporabili vladajući položaj u smislu članka 102. UFEU-a, kako je to utvrdio Autorità garante per la concorrenza e il mercato (Tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja i tržišta) (u daljnjem tekstu: Tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja).

**Predmet i pravna osnova zahtjeva za prethodnu odluku**

Tumačenje prava Unije, konkretno članka 102. UFEU-a u skladu s člankom 267. UFEU-a

## Prethodna pitanja

1. Mogu li postupanja koja predstavljaju zlouporabu vladajućeg položaja sama po sebi biti u potpunosti zakonita i može li ih se smatrati „zlouporabom” samo zbog (mogućeg) ograničavajućeg učinka nastalog na mjerodavnom tržištu; ili moraju biti obilježena određenim elementom nezakonitosti, koji se sastoji od pribjegavanja „metodama (ili sredstvima) koje nisu” „standardne”; u potonjem slučaju, na temelju kojih kriterija se može utvrditi granica između „standardnog” i „narušenog” tržišnog natjecanja?
2. Je li svrha zlouporabe ostvarenje najveće moguće dobrobiti za potrošače, pri čemu sud mora odvagnuti je li ona smanjena (ili bi mogla biti smanjena); ili je cilj povrede tržišnog natjecanja zadržavanje postojeće kompetitivne strukture na tržištu, radi izbjegavanja grupacija gospodarske moći koje se svakako smatraju štetnima za zajednicu?
3. Može li u slučaju zlouporabe vladajućeg položaja, koja se sastojala od pokušaja sprečavanja zadržavanja postojeće razine tržišnog natjecanja ili njegova razvoja, poduzetniku u vladajućem položaju biti dopušteno da dokaže da, unatoč hipotetskoj mogućnosti ograničavajućeg učinka, postupanje u stvarnosti ne predstavlja povredu; treba li, u slučaju potvrdnog odgovora, radi ocjene postojanja atipične zlouporabe radi isključivanja konkurenata s tržišta, članak 102. UFEU-a tumačiti na način da se smatra da Tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja ima obvezu točno ispitati ekonomske analize, koje je predočila jedna od stranaka, konkretne mogućnosti postupanja koje je predmet istrage, usmjerenog prema isključivanju njezinih konkurenata s tržišta?
4. Treba li zluporabu vladajućeg položaja ocjenjivati samo na temelju njezinih (čak i potencijalnih) učinaka na tržište, bez ikakvog povezivanja sa subjektivnim motivima počinitelja ili pak dokazivanje namjere ograničavanja predstavlja parametar koji se (čak i isključivo) može upotrijebiti za ocjenu nepoštenog postupanja poduzetnika u vladajućem položaju ili se pak takvim dokazivanjem subjektivnog elementa samo prebacuje teret dokaza na poduzetnika u vladajućem položaju (koji bi u tom slučaju imao obvezu osigurati dokaz da nije došlo do učinka isključivanja)?
5. Je li uz pretpostavku vladajućeg položaja koji se odnosi [na] više poduzetnika koji pripadaju istoj grupaciji društava, pripadnost toj grupaciji dovoljna za pretpostavku da su poduzetnici kod kojih nije došlo do zlouporabe također sudjelovali u povredi, tako da bi Tijelu za nadzor tržišnog natjecanja bilo dovoljno dokazati postojanje namjernog usklađenog djelovanja, čak i bez dogovora ili ipak treba (kao što je to slučaj kod zabrane sporazumâ) predočiti dokaz, čak i neizravan, konkretne situacije koordiniranja i podređenosti raznih poduzetnika iz grupacije u vladajućem položaju, konkretno za dokazivanje umiješanosti matičnog društva?

## Odredbe prava Unije na koje se upućuje u zahtjevu za prethodnu odluku

Članak 102. UFEU-a

### Navedene nacionalne odredbe

Članak 3. legge n. 287/1990 (Zakon br. 287/1990): „Zabranjena je zlouporaba vladajućeg položaja od strane jednog ili više poduzetnika na nacionalnom tržištu ili u njegovom značajnom dijelu [...].”

### Kratki pregled činjeničnog stanja i postupka

- 1 Otkad je tržište električne energije u Italiji liberalizirano, faze proizvodnje i prodaje otvorene su za tržišno natjecanje dok je upravljanje prijenosnim i distribucijskim mrežama ostalo uređeno sustavom monopola, na temelju ministarske koncesije, zbog toga što su strukture ograničene i ne mogu se iznova uspostaviti. Stoga je, kako bi se zajamčilo nepristrano upravljanje mrežom u korist pružateljâ usluga i korisnikâ, vertikalno integrirano bivše monopolističko poduzeće iz tog sektora, Enel, moralo razdvojiti različite sastavnice svoje proizvodne gospodarske cjeline, odnosno konkretno odijeliti nekonkurentni segment od onoga koji je otvoren slobodnom tržišnom natjecanju pružatelja usluga. Taj je postupak završio osnivanjem sljedećih triju trgovačkih društava:

**ENEL Energia (EE)**, opskrbljivač električnom energijom za slobodno tržište, **Servizio Elettrico Nazionale (SEN)**, pružatelj „usluge s većom zaštitom cijena”, **e-distribuzione**, koncesionar djelatnosti distribucije električne energije.

„Uslugom s većom zaštitom (cijena)” (SMT) podrazumijeva se opskrba električnom energijom krajnjih malih kupaca koji još nisu odabrali prodavatelja na slobodnom tržištu i koju, na temelju zakona, pruža društvo povezano s distributerom pod ugovornim i financijskim uvjetima koje definira tijelo nadležno za navedeni sektor.

SEN je trenutačno neupitan pružatelj SMT-a, zato što je prisutan u područjima u kojima je distribucija električne energije u nadležnosti društva e-distribuzione, odnosno na otprilike 85 % državnog područja. Sljedeći najuspješniji pružatelj usluga ne pokriva ni 5 % tog tržišta. Prema zakonskim predviđanjima, u siječnju 2022. usluga s većom zaštitom cijena će nestati radi ustupanja prostora isključivo slobodnom tržištu.

- 2 Ovaj postupak proizlazi iz inicijativa podnesenih Tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja vezanih za nezakonitu uporabu poslovno osjetljivih informacija od strane pružatelja usluga grupe Enel radi prijelaza klijenata SEN-a EE-u, imajući u vidu najavljenju promjenu na tržištu, na način da se izbjegne njihov skupni prijelaz na slobodne ponude konkurenata.

Prema preliminarno utvrđenim činjenicama Tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, SEN je prikupio privole korisnikâ usluga s većom zaštitom cijena na primanje poslovnih ponuda „na diskriminirajući način” koji se sastoji od toga da se prvo odobrenje obrade osobnih podataka traži za grupu Enel, a drugo za treće pružatelje usluga. Kupci su obično davali prvu privolu smatrajući da je potrebna za upravljanje postojećim odnosom s njihovim pružateljem usluga, dok su drugu, koja se odnosila na druge pružatelje usluga, obično uskraćivali. Naime, privola u korist trećih pružatelja usluga bilo je samo 30 %.

Imena kupaca koji su pristali na Enelovo informiranje unesena su na odgovarajuće popise. Na temelju tih popisa EE je dao ponude koje su namijenjene isključivo kupcima usluga s većom zaštitom cijena, kako proizlazi iz posljednje ponude pod nazivom „I dalje s tobom”.

Činjenica da kupci koriste usluge s većom zaštitom cijena predstavlja informaciju do koje se nije moglo doći na drugi način zbog čega bi SEN-ovi popisi predstavljali strateški važan podatak koji se ne može replicirati. S obzirom na to da im on nije bio dostupan, proizlazilo bi da su ostali pružatelji usluga izgubili 40 % potražnje koja je predmet tržišnoga natjecanja u referentnom razdoblju (2014. – 2017.) (potencijalni ograničavajući učinak).

Bez obzira na organizacijsko restrukturiranje, u najmanju ruku je vodstvo grupe Enel nastavilo razmjenjivati informacije i odlučivati na zajedničkoj razini.

- 3 U tim je okolnostima Tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja društvima EE i SEN, kao i matičnom društvu Enel, izreklo sankciju zbog zlouporabe vladajućeg položaja (članak 102. UFEU-a). Krivnju svakog od tih triju društava potvrdio je prvostupanjski sud uz smanjenje sankcije prvim dvama društvima zbog kraćeg trajanja povrede i pogreške u izračunu novčane kazne. Sva tri žalitelja izjavila su pojedinačne žalbe pred Consiglio di Stato (Državno vijeće) radi potpunog ukidanja ili daljnjeg smanjenja sankcije.

### **Glavni argumenti žaliteljâ iz glavnog postupka**

- 4 Smatraju da nedostaje dokaz o strategiji zlouporabe ili dokaz o potencijalnoj sposobnosti za postupanje radi isključenja konkurenata s tržišta, s obzirom na to da:
  - unos nekog imena na popis za telemarketing ne lišava potrošača mogućnosti korištenja konkurentskih usluga, ne dovodi ni do kakve veze ili obveze pružanja usluge niti sprečava potrošača koji je dao privolu u pojavljivanju na drugim popisima, u primanju drugih komercijalnih poruka, odabiru ili promjeni pružatelja usluge u bilo kojem trenutku, čak i u više navrata,
  - SEN-ovi popisi stoga su, prema njihovu mišljenju, zanemarivi u kvantitativnom smislu u odnosu na veličinu tržišta i brojnost SEN-ovih klijenata; uostalom, na

tržištu su također bili dostupni, i koristili se, drugi, potpuniji popisi i po nižim cijenama,

- konkretno, upotrebom SEN-ovih popisa tijekom dva mjeseca između početka ponude „I dalje s tobom” i odluke o zatvaranju njegova prodajnog kanala stečeno je samo 478 ili 0,002 % SEN-ovih korisnika i 0,001 % korisnika usluga opskrbe električnom energijom,
  - Tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja nije uzelo u obzir dokaze koji su bili predočeni kako bi se dokazalo da sporno ponašanje, osim što ih nije uopće proizvelo, nije ni moglo proizvesti ograničavajuće učinke za tržišno natjecanje.
- 5 Pored navedenoga, od 2014. holding društvo Enel prešlo je s centraliziranog modela na model prema kojem matično društvo samo promiče sinergiju i najbolje prakse među raznim operativnim društvima, bez dotadašnje nadležnosti za odlučivanje. Stoga se matično društvo ne bi smjelo kazniti, a još manje strožom sankcijom u odnosu na sama operativna društva.

#### **Kratki pregled obrazloženja zahtjeva za prethodnu odluku**

- 6 Mjerodavno tržište je maloprodajno tržište električne energije krajnjim kupcima koji su kućanstva i manji poslovni korisnici na području na kojem grupacija Enel drži monopol u distribuciji električne energije. Vladajući položaj Enela proizlazi iz njegovih stabilnih udjela na mjerodavnom tržištu i kontrole nad infrastrukturom koje se ne mogu ponovno uspostaviti, iz povezanosti različitih uključenih segmenta i financijske snage vertikalno integrirane strukture. Sporna je atipična zlouporaba postupanjem radi isključivanja konkurenata s tržišta u odnosu na primjere iz članka 102. UFEU-a jer se njome nastojao spriječiti rast ili diversifikacija ponude poduzetnika konkurenata.
- 7 Glavni je predmet spora mogućnost da se postupanjem poduzetnika u vladajućem položaju ostvari namjera isključivanja ostalih pružatelja usluga prisutnih na slobodnom tržištu na način da se isprazni baza korisnika SMT-a. Tijekom postupka u vezi s narušavanjem tržišnog natjecanja stranke su predočile ekonomske analize kako bi dokazale da njihovo postupanje u stvarnosti nije proizvelo isključujuće učinke. Tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja prikupilo je informacije potrebne kako bi dokazalo postojanje strateške namjere grupacije da smanji nedostatke koji su proizašli iz nadilaženja SMT-a.
- 8 O tako utvrđenim točkama sud koji je uputio zahtjev postavlja različita pitanja. Budući da članak 102. UFEU-a i nacionalni propis kojim se on prenosi ne uređuju to pitanje, sud najprije pita (prvo prethodno pitanje) treba li se zabranjeno činjenično stanje „zlouporabe” nužno sastojati od tržišnih postupanja koja su objektivno nezakonita ili takvo postupanje predstavlja ograničavajući ili potencijalno ograničavajući učinak svakog, čak i potpuno zakonitog, postupanja poduzetnika u vladajućem položaju radi jačanja njegova položaja. Naime, postupanje grupacije Enel sâmo je po sebi zakonito (na razini građanskog prava) s

obzirom na to da se ne poziva na povredu određenog pravila obrade osobnih podataka i da se čini da su SEN-ovi popisi nabavljeni po tržišnoj cijeni.

- 9 Svojim drugim pitanjem taj sud pita koji je stvarni gospodarski učinak koji se onemogućava zabranom zloporabe, smanjena dobrobit potrošača (na primjer, zbog povećanja cijena: Komunikacija Komisije 2009/C 45/02) ili promjena strukture, raznolikosti, kvalitete i inovacija na tržištu, kao što proizlazi iz relevantne sudske prakse Suda.
- 10 Nadalje, iako je prema dobro utvrđenoj sudskoj praksi točno da se povreda tržišnog natjecanja može sastojati samo od nastojanja da se spriječi ostanak ili razvoj konkurencije na tržištu, sud koji je uputio zahtjev dvoji o tome nije li, u slučaju postupanja koje samo hipotetski može proizvesti ograničavajuće učinke, ipak dopustiv dokaz da u stvarnosti nije došlo ni do kakvog ograničavajućeg učinka. U slučaju potvrdnog odgovora postavlja se pitanje je li Tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja obvezno precizno provjeriti dokaze koje poduzetnik eventualno podnese kako bi dokazao konkretnu nemogućnost spornog postupanja radi isključivanja konkurenata s tržišta (treće pitanje).
- 11 S druge strane, pri ocjeni zloporabe riječ je o razumijevanju relevantnosti razloga: ako nezakonita namjera uopće nije relevantna, s obzirom na to da je dovoljan dokaz (čak i potencijalnih) učinaka, je li, obrnuto, relevantna u onoj mjeri u kojoj bi se samo počiniteljevom postupanju mogli pripisati sporni učinci povrede tržišnoga natjecanja ili pak vrijedi samo kako bi se teret dokaza mogao prebaciti na poduzetnika u vladajućem položaju koji treba dokazati da je ipak izostao učinak isključivanja (četvrto pitanje)?
- 12 Tema dokaza javlja se i u petom i posljednjem pitanju, u kojem se postavlja problem načina ocjenjivanja odgovornosti poduzetnikâ koji su pravno neovisni, a koji ipak nastupaju na tržištu kao zajednički ili udruženi subjekt: je li za pripisivanje povrede pojedinom subjektu dovoljno da on bude dio grupacije i da stoga Tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja treba samo dokazati da postupa istodobno s drugima ili je potreban dokaz, čak i neizravan, konkretne situacije koordiniranja i funkcionalne povezanosti konkretno s matičnim društvom.