

Vec C-377/20

**Zhrnutie návrhu na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 98 ods. 1
Rokovacieho poriadku Súdneho dvora**

Dátum podania:

29. júl 2020

Vnútroštátny súd:

Consiglio di Stato

Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:

21. máj 2020

Odvolateľky:

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

ENEL Energia SpA

Odporca:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

PRACOVNÝ DOKUMENT

Predmet konania vo veci samej

Tri odvolania podané na Consiglio di Stato (Štátna rada, Taliansko) proti trom rozsudkom Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regionálny správny súd Lazio, Taliansko), ktoré potvrdili zneužívanie dominantného postavenia odvolateľkami podľa článku 102 ZFEÚ, zisteného Autorità garante per la concorrenza e il mercato (Úrad na ochranu hospodárskej súťaže a trhu, Taliansko, ďalej len: „úrad“).

Predmet a právny základ prejudiciálnej otázky

Výklad práva Únie a najmä článku 102 ZFEÚ v zmysle článku 267 ZFEÚ

Prejudiciálne otázky

1. Môže správanie, ktoré vedie k zneužívaniu dominantného postavenia byť samo osebe plne dovoleným a kvalifikovaným ako „zneužívajúcim“ len z dôvodu (potenciálne) obmedzujúceho účinku spôsobeného na referenčnom trhu alebo sa musí vyznačovať aj konkrétnym protiprávnym charakterom pozostávajúcim použitím iných „metód“ (resp. prostriedkov) hospodárskej súťaže“ ako „bežných“? V tomto poslednom uvedenom prípade, na základe akých kritérií možno určiť hranicu medzi „bežnou“ a „narušenou“ hospodárskou súťažou?
2. Je účelom pravidla, ktorým sa sankcionuje zneužívanie dominantného postavenia, maximalizovať spokojnosť spotrebiteľov, v súvislosti s ktorou súd musí zhodnotiť, či došlo k jej poklesu (alebo riziku poklesu) alebo je úlohou protiprávneho protisúťažného konania zachovať samo o sebe štruktúru hospodárskej súťaže na trhu, aby sa zabránilo tvorbe zoskupení hospodárskej sily, ktoré sa v každom prípade považujú za škodlivé pre spoločnosť?
3. V prípade zneužívania dominantného postavenia spočívajúceho v pokuse zabrániť tomu, aby sa zachoval stupeň hospodárskej súťaže, ktorá ešte na trhu existuje, alebo jej rozvoju, je v každom prípade umožnené dominantnému podniku, aby preukázal, že – napriek teoretickej schopnosti účinku obmedziť hospodársku súťaž – správanie v skutočnosti nie je protiprávnym? V prípade kladnej odpovede, má sa článok 102 ZFEÚ na účely posúdenia existencie atypického vylučovacieho zneužívania dominantného postavenia vykladať v tom zmysle, že úrad je povinný presne preskúmať hospodárske rozbery, ktoré predložil účastník konania, pokiaľ ide o konkrétnu schopnosť konania, ktoré je predmetom dokazovania, vytlačiť konkurentov z trhu?

4. Má sa zneužívanie dominantného postavenia posudzovať iba z hľadiska jeho účinkov (hoci len potenciálnych) na trh bez ohľadu na subjektívny motív konajúcej osoby? Alebo predstavuje preukázanie úmyslu obmedziť konkurenciu kritériom použiteľným (aj samostatne) na posúdenie zneužívajúceho správania dominantného podniku alebo vedie preukázanie tohto subjektívneho prvku len k preneseniu dôkazného bremena na dominantný podnik (ktorý teda má v tejto súvislosti povinnosť preukázať, že vylučovací účinok neexistuje)?
5. V prípade dominantného postavenia vzťahujúceho sa na viaceré podniky patriace do tej istej skupiny spoločností je príslušnosť k tejto skupine dostatočným dôvodom na to, aby sa predpokladalo, že aj podniky, ktoré sa nedopustili zneužívania dominantného postavenia, sa podieľali na protiprávnom konaní - a teda orgánu dohľadu postačí preukázať vedomé zhodné konanie podnikov, aj bez jeho dohodnutia, pôsobiacich v rámci skupiny, ktorá má spoločné dominantné postavenie? Alebo (ako v prípade zákazu kartelov) je v každom prípade potrebné poskytnúť dôkaz, hoci aj nepriamy, o konkrétnej koordinácii a účelnosti medzi rôznymi podnikmi skupiny v dominantnom postavení, najmä na účely preukázania zapojenia materskej spoločnosti?

Uvedené predpisy práva Únie

Článok 102 ZFEÚ

Uvedené vnútroštátne ustanovenia

Článok 3 zákona č. 287/1990 „Zneužitie dominantného postavenia na vnútornom trhu alebo na jeho relevantnej časti jedným alebo viacerými podnikateľmi sa zakazuje.“

Zhrnutie skutkového stavu a konania

- 1 Odvtedy, ako v Taliansku bol liberalizovaný trh s elektrickou energiou, fázy výroby a predaja boli otvorené hospodárskej súťaži, zatiaľ čo prevádzka prenosových a distribučných sústav sa aj naďalej riadila monopolným systémom a na základe ministerskej licencie, keďže štruktúry sú limitované a nie sú reprodukovateľné. S cieľom zabezpečiť neutrálnu prevádzku sústavy v prospech hospodárskych subjektov a používateľov Enel, vertikálne integrovaný podnik, ktorý je bývalým monopolným podnikom pôsobiacim v sektore, musel oddeliť jednotlivé zložky svojho výrobného odvetvia, a to najmä nesúťažný segment od segmentu otvoreného slobodnej hospodárskej súťaži prevádzkovateľov. Tento proces bol ukončený vznikom týchto troch spoločností:

Enel Energia (EE), dodávateľ elektrickej energie pre voľný trh, **Servizio Elettrico Nazionale (SEN)**, dodávateľ „služby s rozšírenou ochranou“, **e-distribuzione** - koncesionár distribúcie elektrickej energie.

„Službou s rozšírenou ochranou (ceny)“ (SMT) sa rozumie dodávka elektrickej energie malým koncovým odberateľom, ktorí si ešte nezvolili predávajúceho na slobodnom trhu, a ktorú im dodáva podľa zákona spoločnosť prepojená s distribútorom za zmluvných a hospodárskych podmienok definovaných úradom pôsobiacim v tomto sektore.

SEN je v súčasnosti nespochybniteľným prevádzkovateľom SMT služby, pretože je prítomný v oblastiach, kde distribúcia elektrickej energie patrí do pôsobnosti spoločnosti e-distribuzione, teda približne na 85 % štátneho územia. Druhý najlepší operátor nepokrýva ani 5 % tohto trhu. Podľa zákona v januári 2022 zanikne rozšírená ochrana, aby sa ponechal priestor výlučne voľnému trhu.

- 2 Prejednávaná vec vychádza zo sťažností adresovaných úradu týkajúcich sa neoprávneného používania citlivých obchodných informácií prevádzkovateľmi skupiny Enel na účely prechodu zákazníkov zo spoločnosti SEN do spoločnosti EE vzhľadom na oznámenú zmenu trhu, aby sa zabránilo ich hromadnému prechodu v súvislosti s nezáväznými ponukami konkurencie.

Podľa opisu skutkového stavu, ktorý uviedol úrad, spoločnosť SEN získala súhlas užívateľov s rozšírenou ochranou na prijímanie obchodných návrhov „diskriminačným spôsobom“ spočívajúci vo vyžiadaní prvého súhlasu so spracovaním osobných údajov v prospech spoločností skupiny Enel a druhého súhlasu v prospech tretích subjektov. Zákazníci vo všeobecnosti udelili prvý súhlas, keďže sa domnievali, že je nevyhnutný na riadenie existujúceho vzťahu so svojim dodávateľom, kým druhý súhlas adresovaný ostatným hospodárskym subjektom obvykle odmietli. Súhlas v prospech tretích osôb predstavoval totiž len 30 %.

Mená zákazníkov, ktorí udelili súhlas so spracovaním osobných údajov pre spoločnosť Enel, boli zaznamenané na príslušných zoznamoch. Na základe týchto zoznamov spoločnosť EE predložila ponuky určené výlučne SMT zákazníkom, naposledy ponuku s názvom „Sempre con te“ [Vždy s tebou].

Príslušnosť zákazníkov k SMT službe by inak bola nedostupnou informáciou, v dôsledku čoho sa SEN zoznamy stali strategickým a nereprodukovateľným aktívum. Tým, že ostatné hospodárske subjekty nimi nedisponovali, stratili za referenčné obdobie (2014 – 2017) 40 % dopytu, predmetu hospodárskej súťaže (potenciálny obmedzujúci účinok).

Napriek organickej reštrukturalizácii, prinajmenšom najvyšší predstavitelia skupiny Enel pokračovali vo výmene informácií a v rozhodovaní na integrovanej úrovni.

- 3 Za týchto okolností úrad uložil spoločnostiam EE a SEN ako aj materskej spoločnosti Enel sankciu z dôvodu zneužívania dominantného postavenia (článok 102 ZFEÚ). Prvostupňový súd potvrdil výhrady voči každej z troch spoločností, avšak znížil pokutu pre prvé dve spoločnosti vzhľadom na krátkosť trvania porušenia a pochybenie pri výpočte základu pokuty. Všetky tri odvolateľky podali samostatné odvolanie na Consiglio di Stato (Štátna rada, Taliansko) na zrušenie sankcie v celom rozsahu alebo jej ďalšieho zníženia.

Základné tvrdenia odvolateliek vo veci samej

- 4 Neexistuje dôkaz o stratégií zneužívania dominantného postavenia ako ani dôkaz o potenciálnej vylučovacej schopnosti správania, keďže:
- zaznačenie mena do telemarketingového zoznamu nevedie k prebratiu spotrebiteľa konkurencii, nespôsobuje žiadny záväzok alebo povinnosť dodávky, ani nebráni spotrebiteľovi, ktorý súhlasil s tým, aby bol uvedený na iných zoznamoch, aby prijímal iné obchodné komunikácie, si vybral alebo kedykoľvek zmenil aj viac ráz svojho dodávateľa,
 - SEN zoznamy boli vzhľadom na veľkosť trhu a množstvo zákazníkov spoločnosti SEN z množstevného hľadiska nepodstatné a okrem toho boli na trhu dostupné - a boli tiež použité - aj iné, kompletnejšie zoznamy a za nižšie ceny.
 - konkrétne používanie SEN zoznamov počas dvoch mesiacov, ktoré uplynuli medzi predložením ponuky „Sempre con te“ a rozhodnutím uzavrieť predajný kanál priniesol len 478 zákazníkov alebo 0,002 % SEN používateľov a 0,001 % používateľov elektrickej energie.
 - úrad nezohľadnil dôkazy ponúknuté na preukázanie, že vytýkané správanie nebolo spôsobilé vyvolať obmedzujúce účinky na hospodársku súťaž a okrem toho ich vôbec nevyvolalo.
- 5 Navyše od roku 2014 holdingová spoločnosť Enel prešla z centralizovaného modelu na taký model, v ktorom materská spoločnosť jednoducho podporuje vzťahy a „osvedčené postupy“ medzi rôznymi prevádzkovými spoločnosťami bez toho, aby mala naďalej rozhodovaciu úlohu. Materská spoločnosť by teda nemala byť sankcionovaná a už vôbec nie prísnejšie ako samotné prevádzkové spoločnosti.

Zhrnutie odôvodnenia návrhu na začatie prejudiciálneho konania

- 6 Relevantným trhom je trh maloobchodného predaja elektrickej energie koncovým odberateľom v domácnosti a malým koncovým odberateľom mimo domácností na území, v ktorom skupina Enel má monopolné postavenie pre distribúciu elektrickej energie. Dominantné postavenie spoločnosti Enel vyplýva z podielov

trvalo vlastnených na referenčnom trhu, kontroly nereprodukovateľných infraštruktúr, prepojenia medzi rôznymi dotknutými segmentmi a finančnej sily vertikálne integrovanej štruktúry. Vytýka sa atypické vylučovacie zneužívanie dominantného postavenia v porovnaní s príkladmi uvedenými v článku 102 ZFEÚ, ktorého cieľom je zabrániť rastu alebo diverzifikácie ponuky konkurenčných podnikov.

- 7 Ústrednou otázkou sporu je, či správanie dominantného podniku je spôsobilé sledovať úmysel vytlačiť ostatné hospodárske subjekty pôsobiace na voľnom trhu prostredníctvom vyprázdnenia SMT zákaznickej základne. Účastníci konania predložili v priebehu antitrustového konania ekonomické štúdie s cieľom preukázať, že ich konanie v skutočnosti nemalo vylučujúce účinky. Úrad zhromaždil dôkazný materiál na preukázanie existencie strategickej vôle skupiny znížiť nevýhodu vyplývajúcu z ukončenia SMT služby.
- 8 Z takto zistených skutočností vyplynuli rôzne otázky vnútroštátneho súdu. Vzhľadom na to, že článok 102 ZFEÚ a ani vnútroštátny právny predpis, ktorý ho preberá, takúto situáciu neupravuje, vnútroštátny súd sa predovšetkým pýta (*prvou prejudiciálnou otázkou*), či prípad zakázaného „zneužívania dominantného postavenia“ musí nevyhnutne spočívať v objektívne protiprávnom konaní trhu alebo či obmedzujúci alebo potenciálne obmedzujúci účinok akéhokoľvek konania hoci aj úplne dovoleného, uskutočneného dominantným podnikom s cieľom posilniť svoje postavenie predstavuje takéto zneužívanie dominantného postavenia. Konanie skupiny Enel je samo osebe totiž v súlade so zákonom (z občianskoprávneho hľadiska), keďže nebolo namietnuté porušenie žiadneho konkrétneho pravidla o spracovaní osobných údajov a zdá sa, že zoznamy SEN boli nadobudnuté za trhovú cenu.
- 9 *Druhou otázkou* sa ten istý súd pýta, aký je skutočne hospodársky účinok vytýkaný zákazom zneužívania dominantného postavenia, t. j. či je ním menšia spokojnosť spotrebiteľa (napríklad z dôvodu navýšenia cien: Oznámenie Komisie 2009/C 45/02) alebo zmena štruktúry, rôznorodosť, kvalita a inovácia trhu, ako to vyplýva z významnej judikatúry Súdneho dvora.
- 10 Ďalej napriek tomu, že je pravda, že podľa ustálenej judikatúry môže protiprávne protisúťažné konanie spočívať aj v pokuse zabrániť prítomnosti konkurencii na trhu alebo jej rozvoju, vnútroštátny súd pochybuje o tom, že - v prípade správania, ktoré môže mať iba teoreticky obmedzujúce účinky - nie je každopádne prípustný dôkaz o tom, že skutočne nedošlo k žiadnemu obmedzujúcemu účinku. V prípade kladnej odpovede vzniká otázka, či má úrad povinnosť presne overiť dôkazy, ktoré podnik prípadne predložil na preukázanie konkrétnej nespôsobilosti vytýkaného konania vylúčiť konkurentov z trhu (*tretia otázka*).
- 11 Z iného pohľadu sa vynára otázka významu pohnútky pri posudzovaní zneužívania dominantného postavenia: či úmysel spôsobiť porušenie nemá žiadny vplyv, keďže postačuje dôkaz o účinkoch (hoci len potencionálnych), či - naopak - je významná do tej miery, že sama môže pripísať správaniu

konajúcej osoby namietané protisúťažné účinky alebo či platí len v súvislosti s presunutím dôkazného bremena na dominantnú spoločnosť, ktorá musí naopak preukázať, že vylučujúci účinok neexistuje (*štvrtá otázka*).

- 12 Otázka dôkazu sa týka aj *piatej* a *poslednej* prejudiciálnej otázky, v ktorých je nastolená otázka, ako posúdiť zodpovednosť právne nezávislých podnikov, ktoré sa však na trhu prezentujú ako kolektívny alebo spoločný subjekt: či na pripísanie porušenia jedinému podniku stačí, že je súčasťou skupiny a úrad je teda povinný iba preukázať, že koná zhodne s ostatnými spoločnosťami alebo či je potrebný dôkaz, aj nepriamy, o konkrétnej koordinácii a účelnosti, najmä v súvislosti s materskou spoločnosťou.

PRACOVNÝ DOKUMENT