

**Zadeva C-377/20**

**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)  
Poslovnika Sodišča**

**Datum vložitve:**

29. julij 2020

**Predložitveno sodišče:**

Consiglio di Stato (Italija)

**Datum predložitvene odločbe:**

21. maj 2020

**Pritožnice:**

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

Enel Energia SpA

**Nasprotna stranka:**

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

---

**Predmet postopka v glavni stvari**

Tri pritožbe pri Consiglio di Stato (državni svet, Italija) zaradi spremembe treh sodb Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (upravno sodišče dežele Lacij, Italija), s katerimi je bilo potrjeno, da so pritožnice zlorabile prevladujoči položaj v smislu člena 102 PDEU, kot je ugotovila Autorità garante per la concorrenza e il mercato (agencija za varstvo konkurence in trga; v nadaljevanju: Agencija).

**Predmet in pravna podlaga predloga za sprejetje prehodne odločbe**

Razlaga prava Unije, zlasti člena 102 PDEU, v skladu s členom 267 PDEU

## Vprašanja za predhodno odločanje

1. Ali so ravnanja, s katerimi se izvaja zloraba prevladujočega položaja, lahko sama po sebi popolnoma zakonita in se lahko opredelijo kot „zloraba“ samo zaradi (potencialno) omejevalnega učinka, ki ga ustvarjajo na referenčnem trgu, ali morajo vsebovati tudi poseben element protipravnosti, in sicer uporabo „drugih konkurenčnih metod (ali sredstev)“, ki niso „običajna“, in v tem primeru, na podlagi katerih meril se lahko določi meja med „običajno“ in „izkrivljeno“ konkurenco?
2. Ali je namen pravila o sankcioniranju zlorabe zagotoviti čim večjo ugodnost potrošnikom, pri čemer mora sodišče ugotoviti, za koliko se je (ali bi se lahko) zmanjšala, ali je namen pravila o sankcioniranju nezakonitega dejanja na področju konkurence ohraniti samo konkurenčno strukturo trga, da se prepreči ustvarjanje združevanja ekonomske moči, ki se šteje za družbi škodljivo?
3. Ali sme prevladujoče podjetje v primeru zlorabe prevladujočega položaja s tem, da poskuša preprečiti obstanek obstoječe ravni konkurence ali njen razvoj, vseeno dokazati, da – kljub abstraktni možnosti ustvarjanja omejevalnega učinka – ravnanje dejansko ni nezakonito? Ali je treba v primeru pritrdilnega odgovora, za presojo obstoja atipične izključujoče zlorabe, člen 102 PDEU razlagati tako, da mora Agencija natančno preučiti ekonomske analize, ki jih je predložila stranka, o dejanski možnosti, da ravnanje, ki je predmet preiskave, izključi konkurenco iz trga?
4. Ali je treba zlorabo prevladujočega položaja presojati samo glede na njene učinke (čeprav samo potencialne) na trg, brez upoštevanja subjektivnega razloga kršitelja? Ali pa je parameter, ki se uporablja (tudi izključno) za presojo nepoštenosti ravnanja prevladujočega podjetja, dokaz namena omejevanja? Ali pa ta dokaz subjektivnega elementa velja samo, da se dokazno breme naloži prevladujočemu podjetju (ki bi torej moralo dokazati, da učinka izključevanja ni bilo)?
5. Ali v primeru, da ima prevladujoč položaj več podjetij iz iste skupine, pripadnost tej skupini zadostuje, da se domneva, da so tudi podjetja, ki niso izvajala nepoštenega ravnanja, sodelovala pri nezakonitem ravnanju, tako da zadostuje, da nadzorni organ dokaže zavestno vzporedno, čeprav ne tajno, sodelovanje podjetij, ki poslujejo v okviru skupine, ki je kolektivno prevladujoča? Ali pa je treba (enako kot v primeru preprečevanja omejevalnih sporazumov) vseeno predložiti dokaz, lahko tudi posreden, o dejanskem usklajevanju in povezovanju med več podjetji skupine v prevladujočem položaju, zlasti da se dokaže sodelovanje matične družbe?

## Navajane določbe prava Evropske unije

Člen 102 PDEU

## Navajane nacionalne določbe

Člen 3 zakona št. 287/1990: „Zloraba prevladujočega položaja enega ali več podjetij na nacionalnem trgu ali na njegovem znatnem delu je prepovedana [...]“.

## Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka v glavni stvari

- 1 Od liberalizacije trga električne energije v Italiji sta fazi proizvodnje in prodaje odprti za konkurenco, medtem ko je upravljanje prenosnih in distribucijskih omrežij še naprej monopolno urejeno na podlagi ministrske koncesije, ker so strukture omejene in jih ni mogoče podvajati. Da bi torej ponudnikom in uporabnikom zagotovili nevtralno upravljanje omrežja, je moralo vertikalno povezano podjetje, ki je nekdanji monopolist v tem sektorju, in sicer Enel, ločiti različne sestavne dele svoje proizvodne verige in zlasti ločiti nekonkurenčni segment od tistega, ki je odprt svobodni konkurenci med ponudniki. Po izvedbi tega postopka so nastale te tri družbe:

**Enel Energia (EE)**, ponudnica električne energije na prostem trgu, **Servizio Elettrico Nazionale (SEN)**, ponudnica „storitev večje zaščite“, **e-distribuzione**, koncesionarka za distribucijo električne energije.

„Storitev večje zaščite (cen)“ (*Servizio di Maggior Tutela*; v nadaljevanju: SMT) pomeni dobavo električne energije majhnim končnim odjemalcem, ki še niso izbrali dobavitelja na svobodnem trgu in jih po zakonu oskrbuje družba, povezana z distributerjem, po pogodbenih in ekonomskih pogojih, ki jih določi sektorska Agencija.

SEN je v tem trenutku nesporna izvajalka SMT, ker je na območjih, na katerih je za distribucijo električne energije pristojna družba e-distribuzione, oziroma na okoli 85 % nacionalnega ozemlja. Drugi najboljši operater ne pokriva niti 5 % tega trga. Po zakonu je določeno, da bo januarja 2022 storitev večje zaščite prenehala obstajati in bo obstajal izključno prosti trg.

- 2 Obravnavana zadeva izvira iz prijave Agenciji, da so operaterji skupine Enel nezakonito uporabljali poslovno občutljive informacije za preselitev odjemalcev iz SEN v EE pred napovedano spremembo trga, da bi preprečili, da bi vsi hkrati menjali storitve za prosto konkurenčno ponudbo.

V skladu z navedbami Agencije, naj bi SEN zbrala soglasja uporabnikov storitev večje zaščite, da prejemajo komercialne ponudbe, „na diskriminatoren način“, in sicer tako, da je prosila za prvo dovoljenje za obdelavo osebnih podatkov v korist družb skupine Enel, in drugo soglasje v korist tretjih operaterjev. Odjemalci so po navadi dali prvo soglasje, ker so menili, da je potrebno za upravljanje tekočega razmerja s svojim ponudnikom, vendar so po navadi zavrnilo drugo soglasje za druge operaterje. Zbranih soglasij za tretje osebe naj bi bilo namreč samo 30 %.

Imena odjemalcev, ki so dali soglasje, da se informacije posredujejo družbi Enel, so bila uvrščena v ustrezne sezname. Na podlagi teh seznamov naj bi EE pripravila ponudbe, namenjene izključno odjemalcem SMT, in sicer nazadnje ponudbo, poimenovano „Sempre con te“ („Vedno s teboj“).

Informacij o odjemalcih SMT naj sicer ne bi bilo mogoče dobiti, zato so bili sezname SEN strateška dobrina, ki je ni mogoče podvajati. Ker jih drugi operaterji niso imeli, bi izgubili 40 % povpraševanja, ki je bilo predmet konkurence v referenčnem obdobju (2014–2017) (potencialni omejevalni učinek).

Kljub postopku prestrukturiranja, naj bi si vsaj vrh skupine Enel še naprej izmenjeval informacije in odločal na ravni celotne skupine.

- 3 V teh okoliščinah je Agencija EE in SEN ter matični družbi Enel izrekla sankcijo zaradi zlorabe prevladujočega položaja (člen 102 PDEU). Očitane kršitve vsem trem družbam je potrdilo sodišče prve stopnje, vendar je znižalo sankcijo za prvi dve iz naslova krajšega trajanja kršitve in napake pri izračunu globe. Vse tri pritožnice so ločeno vložile pritožbe pri Consiglio di Stato (državni svet), s katerimi so predlagale razveljavitev sankcije v celoti ali njeno nadaljnje znižanje.

#### **Bistvene trditve tožečih strank v postopku v glavni stvari**

- 4 Manjkal naj bi tako dokaz, da je šlo za nezakonito strategijo, kot tudi dokaz, da bi ravnanje potencialno lahko omogočalo izključevanje, ker:
- naj vključitev imen na seznam za telefonsko oglaševanje potrošnika ne bi izoliralo od konkurence, naj ne bi bilo zavezujoče in naj potrošniku, ki je podal soglasje za vključitev na druge sezname, ne bi preprečevalo prejemanja drugih komercialnih oglasov, niti izbire ali menjave dobavitelja v vsakem trenutku (lahko tudi večkrat);
  - naj sezname SEN ne bi bili pomembni z vidika količine glede na obseg trga in število odjemalcev SEN; na trgu naj bi bili poleg tega na voljo (in se tudi uporabljali) tudi drugi sezname, bolj podrobni in po nižjih cenah;
  - naj bi uporaba seznamov SEN v dveh mesecih od objave ponudbe „Sempre con te“ do odločitve, da se njena prodajna pot sklene, priskrbela le 478 odjemalcev, oziroma 0,002 % odjemalcev SEN in 0,001 % odjemalcev električne energije;
  - naj Agencija ne bi upoštevala dokazov, s katerimi se je dokazovalo, da naj očitano ravnanje ne bi bilo tako, da bi lahko povzročalo učinke omejevanja konkurence, in da jih tudi sploh ni povzročilo.
- 5 Poleg tega je od leta 2014 krovna družba Enel prešla s centraliziranega modela na model, v katerem je matična družba preprosto spodbujala sinergije in najboljše prakse med svojimi družbami in ni imela več vloge odločanja. Matična družba zato ne bi smela biti sankcionirana, sploh pa ne strožje od svojih podrejenih družb.

## Kratka obrazložitev predloga za sprejetje predhodne odločbe

- 6 Upošteveni trg je trg prodaje električne energije na drobno manjšim gospodinjskim in negospodinjskim uporabnikom na ozemlju, na katerem ima skupina Enel monopol nad distribucijo električne energije. Prevladujoči položaj družbe Enel izhaja iz njenega stalnega deleža na referenčnem trgu in iz nadzora struktur, ki jih ni mogoče podvajati, iz povezav med različnimi vključenimi segmenti in iz finančne moči vertikalno povezanih proizvajalcev. Očita se atipična izključujoča zloraba glede na primere iz člena 102 PDEU, ker je njen namen preprečiti rast ali diverzifikacijo ponudbe konkurenčnih podjetij.
- 7 Osrednja tema spora je, ali je lahko namen ravnanja prevladujočega podjetja izključevanje drugih operaterjev na prostem trgu z zmanjšanjem kroga odjemalcev SMT. Stranke so v postopku za preprečevanje monopolov predložile ekonomske študije, da bi dokazale, da njihovo ravnanje dejansko ni povzročilo učinkov izključevanja. Agencija je v preiskavi zbrala gradiva, s katerimi bi lahko dokazala obstoj strateškega namena skupine, da zmanjša neugoden učinek prenehanja SMT.
- 8 Vprašanja, ki jih zastavlja predložitveno sodišče, temeljijo na tako opredeljenih točkah. Ker člen 102 PDEU in nacionalna zakonodaja o prenosu tega člena ne govori o tem, predložitveno sodišče sprašuje zlasti (*prvo vprašanje za predhodno odločanje*), ali mora biti prepovedana „zloraba“ nujno objektivno protipravno ravnanje na trgu, ali pa je to lahko tudi omejevalni ali potencialno omejevalni učinek vsakega ravnanja (tudi če je popolnoma zakonito) prevladujočega podjetja, katerega namen je okrepiti svoj položaj. Dejansko je ravnanje skupine Enel samo po sebi zakonito (na civilnopravni ravni), ker ni bila očitana kršitev nobenega določenega predpisa o obdelavi osebnih podatkov, in ker je bilo ugotovljeno, da so bili sezname SEN pridobljeni po tržni ceni.
- 9 Predložitveno sodišče z *drugim vprašanjem* sprašuje, kakšen je dejansko očitani ekonomski učinek prepovedane zlorabe, in sicer ali gre za manjšo ugodnost za potrošnika (na primer zaradi podražitve: Sporočilo Komisije 2009/C 45/02) ali za spremembo strukture, raznovrstnosti, kakovosti in inovacij na trgu, kot izhaja iz obsežne sodne prakse Sodišča.
- 10 Če je torej v skladu z ustaljeno sodno prakso res, da je lahko nezakonito dejanje na področju konkurence tudi samo poskus preprečevanja obstoja konkurence na trgu ali njenega razvoja, predložitveno sodišče sprašuje, ali se (ob ravnanju, ki bi samo teoretično lahko imelo omejevalne učinke) vseeno ne dopusti dokaz, da dejansko ni bilo nobenega omejevalnega učinka. V primeru pritrdilnega odgovora se zastavlja vprašanje, ali je Agencija dolžna podrobno preveriti dokaze, ki bi jih predložilo podjetje, da bi dokazalo, da očitano ravnanje dejansko ne more izključiti konkurentov s trga (*tretje vprašanje*).
- 11 Z drugega vidika gre za to, da je treba razumeti pomen motiva pri presoji zlorabe: ali nezakonitost namena sploh ni pomembna, ampak zadostuje dokaz o učinkih (čeprav samo potencialnih), ali je, nasprotno, tako pomembna, da se lahko tudi

samo zato storilcu očitajo protikonkurenčni učinki, ali pa je pomembna samo zato, da se dokazno breme naloži prevladujočemu podjetju, ki bo moralo dokazati, da izključevalnega namena ni bilo (*četrto vprašanje*).

- 12 Na področje dokazov spada tudi *peto* in *zadnje vprašanje*, v katerem je navedena problematika presoje odgovornosti pravno neodvisnih podjetij, ki pa nastopajo na trgu kot kolektivno ali združeno podjetje: ali zato, da se nezakonito dejanje očita samo enemu podjetju, zadostuje, da je to podjetje del skupine, in mora torej Agencija samo dokazati, da to podjetje postopa vzporedno z drugimi, ali pa je potreben dokaz (lahko tudi posreden) o dejanskem usklajevanju in povezanosti glede matičnega podjetja.

DELOVNI DOKUMENT