



Datum van
inontvangstneming

:

14/09/2020

Zaak C-377/20

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

29 juli 2020

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

21 mei 2020

Verzoekende partijen:

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

Enel Energia SpA

Verwerende partij:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Drie bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) ingestelde hogere beroepen voor de herziening van drie vonnissen van de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië), waarbij het door de Autorità garante per la concorrenza e per il mercato (Italiaanse mededingingsautoriteit: hierna: „mededingingsautoriteit”) vastgestelde misbruik van een machtspositie door verzoeksters in de zin van artikel 102 VWEU, werd bevestigd.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vraag

Uitlegging van het Unierecht, en met name van artikel 102 VWEU, krachtens artikel 267 VWEU.

Prejudiciële vragen

- 1) Kunnen gedragingen die misbruik van een machtspositie vormen als zodanig volstrekt rechtmatig zijn, en als „misbruik” worden gekwalificeerd uitsluitend wegens het (potentieel) mededingingsbeperkende effect op de referentiemarkt, of moeten zij tevens worden gekenmerkt door een specifiek aspect van onrechtmatigheid bestaande in het gebruik van „andere dan de ‚normale’ wijzen (of middelen) van mededinging”? En zo ja, op basis van welke criteria kan de grens tussen „normale” en „vervalste” mededinging worden vastgesteld?
- 2) Dient de regeling die het misbruik bestraft een zo groot mogelijk consumentenwelzijn te bewerkstelligen – waarbij de rechter dient te beoordelen of dat welzijn is verminderd (of dreigt te verminderen) – of heeft de regeling inzake oneerlijke mededinging tot doel de mededingingsstructuur van de markt als zodanig te handhaven, teneinde te voorkomen dat er economische machtsblokken worden gecreëerd die hoe dan ook schadelijk voor de gemeenschap zijn?
- 3) Indien het misbruik van een machtspositie bestaat in het pogen te verhinderen dat het bestaande niveau van mededinging wordt gehandhaafd of verhoogd, is het de onderneming met een machtspositie dan niettemin toegestaan te bewijzen dat haar gedraging in abstracte zin weliswaar een mededingingsbeperkend effect kan hebben, doch in concrete zin geen schadelijke gevolgen heeft teweeggebracht? En zo ja, moet artikel 102 VWEU voor de beoordeling of er sprake is van een atypisch uitsluitingsmisbruik, aldus worden uitgelegd dat de mededingingsautoriteit verplicht is de door de partij verstrekte economische analyses betreffende de mate waarin de onderzochte gedraging concurrenten daadwerkelijk van de markt kan uitsluiten, grondig te beoordelen?
- 4) Moet het misbruik van een machtspositie uitsluitend worden beoordeeld op de (ook slechts potentiële) gevolgen daarvan voor de markt, geheel los van de subjectieve beweegreden van de handelende entiteit, of vormt het bewijs van de mededingingsbeperkende bedoeling een parameter die (ook als enige) kan worden gebruikt voor de beoordeling of de gedraging van de onderneming met een machtspositie misbruik oplevert, of dient dit bewijs van het subjectieve element uitsluitend om de bewijslast te leggen bij de onderneming met een machtspositie (die dus moet bewijzen dat er geen sprake is van een uitsluitend effect)?
- 5) Indien de machtspositie betrekking heeft op meerdere ondernemingen die deel uitmaken van dezelfde ondernemingsgroep, volstaat de deelname aan deze groep om aan te nemen dat ook de ondernemingen die de misbruik opleverende gedraging niet hebben verricht, aan de oneerlijke mededinging hebben deelgenomen – zodat de mededingingsautoriteit louter hoeft aan te tonen dat er sprake is van weliswaar niet afgestemd, doch bewust

gelijklopend gedrag van de ondernemingen die binnen de groep met een collectieve machtspositie actief zijn –, of moet hoe dan ook, net als in geval van een kartelverbod, (ook indirect) bewijs worden geleverd van een concrete situatie van coördinatie en functionele verbondenheid tussen de ondernemingen van de groep met een machtspositie, met name om betrokkenheid van de moederonderneming aan te tonen?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikel 102 VWEU

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikel 3 van wet nr. 287/1990: „Het is verboden dat een of meer ondernemers misbruik maken van een machtspositie op de nationale markt of op een wezenlijk deel daarvan [...].”

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 Sinds in Italië de elektriciteitsmarkt is geliberaliseerd, staan de fasen van productie en verkoop open voor mededinging, terwijl het transmissie- en distributienetbeheer nog steeds aan een monopoliestelsel onderworpen is en op basis van een ministeriële vergunning plaatsvindt, aangezien de structuren beperkt en niet-reproduceerbaar zijn. Om exploitanten en gebruikers een neutraal netbeheer te garanderen, heeft de verticaal geïntegreerde onderneming die voorheen monopolist binnen deze sector was – te weten, Enel – de verschillende onderdelen van haar productieketen moeten afsplitsen, en in het bijzonder het niet voor mededinging openstaande segment moeten loskoppelen van het voor vrije mededinging openstaande segment. Aan het einde van dit proces zijn de volgende drie ondernemingen opgericht:

Enel Energia (hierna: „EE”), elektriciteitsleverancier voor de vrije markt, **Servizio Elettrico Nazionale** (hierna: „SEN”), verlener van „diensten op de beschermde markt”, en **e-distribuzione**, vergunninghouder voor de distributie van elektriciteit.

Onder „diensten op de beschermde markt (betreffende de prijzen)” wordt verstaan de levering van elektriciteit aan kleine afnemers die nog geen leverancier op de vrije markt hebben gekozen en op basis van de wet worden bediend door een onderneming die aan de distributeur is verbonden volgens de door de toezichthoudende autoriteit in deze sector vastgestelde contractuele en economische voorwaarden.

SEN is momenteel de grootste leverancier van diensten op de beschermde markt, aangezien zij aanwezig is in de gebieden waarvoor e-distribuzione een vergunning

voor elektriciteitsdistributie heeft, dat wil zeggen, ongeveer 85% van het nationale grondgebied. De op een na grootste leverancier dekt nog geen 5% van deze markt. Volgens de wet zal de beschermde markt in januari 2022 verdwijnen, om plaats te maken voor een volledig vrije markt.

- 2 Het onderhavige geding vloeit voort uit bij de mededingingsautoriteit ingediende klachten dat commercieel gevoelige informatie door ondernemingen van de Enel-groep onrechtmatig is gebruikt om, met het oog op de aangekondigde wijziging van de markt, klanten van SEN naar EE over te brengen, door te voorkomen dat zij en bloc overstapten naar aanbieders op de vrije markt.

Volgens de reconstructie van de mededingingsautoriteit heeft SEN „met discriminerende methoden” van gebruikers van diensten op de beschermde markt toestemming voor het ontvangen van commerciële voorstellen verzameld, namelijk door eerst toestemming te vragen voor de verwerking van persoonsgegevens voor de ondernemingen van de Enel-groep, en vervolgens toestemming te vragen voor derde exploitanten. Klanten gaven doorgaans de eerste toestemming, aangezien zij dachten dat dat nodig was voor het beheer van de lopende betrekking met hun leverancier, maar de tweede toestemming, voor andere exploitanten, gaven zij meestal niet. Slechts 30% heeft namelijk toestemming aan de derden gegeven.

De namen van de klanten die in de privacyverklaring van Enel toestemming gaven werden op speciale lijsten gezet. Op basis van deze lijsten creëerde EE exclusieve aanbiedingen voor klanten op de beschermde markt, waarvan de laatste „Sempre con te” heette.

Het feit dat klanten gebruikers van diensten op de beschermde markt zijn, is informatie die elders onvindbaar is, hetgeen de lijsten van SEN tot een strategische en niet-repliceerbare asset maakt. Aangezien de andere exploitanten niet over deze lijst beschikten, hebben zij in de referentieperiode (2014-2017) 40% verloren van de vraag die open stond voor mededinging (potentieel mededingingsbeperkend effect).

Ondanks de wijziging van de organisatiestructuur bleven in elk geval de directies van de Enel-groep informatie uitwisselen en op integraal niveau beslissingen nemen.

- 3 In deze situatie heeft de mededingingsautoriteit aan EE en SEN, alsook aan de moederonderneming Enel een geldboete opgelegd wegens misbruik van machtspositie (artikel 102 VWEU). De rechter in eerste aanleg heeft de beschuldigingen ten aanzien van alle drie de ondernemingen bevestigd, doch de geldboete voor EE en SEN verlaagd omdat zij minder lang aan de inbreuk hebben deelgenomen en de berekeningsgrondslag van de boete onjuist was. Verzoeksters hebben alle drie afzonderlijk hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato en volledige nietigverklaring dan wel verdere verlaging van de geldboete gevorderd.

Voornaamste argumenten van de partijen in het hoofdgeding

- 4 Volgens verzoeksters is niet bewezen dat de strategie onrechtmatig is, en evenmin dat marktdeelnemers door de gedragingen kunnen worden uitgesloten, aangezien:
- het plaatsen van een naam op een telemarketinglijst de consument niet aan mededinging onttrekt, geen beperkingen of verplichtingen voor de levering met zich brengt, en evenmin verhindert dat de consument die toestemming heeft verleend op andere lijsten wordt geplaatst, andere commerciële voorstellen ontvangt, of op enig moment een andere leverancier te kiezen;
 - het aantal gebruikers op de lijsten van SEN verwaarloosbaar is ten opzichte van de omvang van de markt en de clientèle van SEN; overigens zijn op de markt nog andere, vollediger en goedkopere lijsten te vinden – en ook gebruikt;
 - het gebruik van de lijsten van SEN in de twee maanden van de lancering van de aanbieding „Sempre con te” tot de beslissing het verkoopkanaal te sluiten, slechts 478 klanten heeft opgeleverd, ofwel 0,002% van de gebruikers van SEN en 0,001% van de elektriciteitsafnemers;
 - de mededingingsautoriteit geen rekening heeft gehouden met de geleverde bewijzen dat de betwiste gedraging de mededinging niet eens kan beperken, en ook volstrekt geen beperking daarvan heeft opgeleverd.
- 5 Daarnaast is de Enel-holding in 2014 van een gecentraliseerd model omgezet in een model waarin de moederonderneming louter synergieën en goede praktijken tussen de verschillende operationele ondernemingen bevordert en geen beslissende rol meer heeft. De moederonderneming moet dus niet worden bestraft, en zeker niet zwaarder dan de operationele ondernemingen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 6 De relevante markt is de detailhandel in elektriciteit aan huishoudelijke en kleine niet-huishoudelijke gebruikers op het grondgebied waar de Enel-groep het monopolie heeft voor de distributie van elektriciteit. De machtspositie van Enel volgt uit haar vaste aandeel in de referentiemarkt en haar zeggenschap over de niet-reproduceerbare infrastructuur, de connecties tussen de verschillende betrokken segmenten, en de financiële draagkracht van de geïntegreerde verticale structuur. Verzoeksters worden beschuldigd van uitsluitingsmisbruik dat atypisch is ten opzichte van de voorbeelden in artikel 102 VWEU, aangezien het tot doel heeft de toename of de diversificatie van het aanbod van de concurrerende ondernemingen te verhinderen.
- 7 De vraag die in dit geding centraal staat is of met de gedraging van de onderneming met een machtspositie de intentie kan worden nagestreefd andere exploitanten op de vrije markt uit te sluiten door de klantenbasis van gebruikers op de beschermde markt leeg te halen. Verzoeksters hebben in de loop van de

mededingingsprocedure economische studies overgelegd om aan te tonen dat hun gedraging in werkelijkheid geen mededingingsbeperkende effecten heeft gesorteerd. De mededingingsautoriteit heeft voor het onderzoek gegevens verzameld om aan te tonen dat de groep bewust een strategie heeft gevolgd om het nadeel door het wegvallen van de beschermde markt, te beperken.

- 8 De vragen van de verwijzende rechter betreffen de aldus vastgestelde feiten. Aangezien artikel 102 VWEU en de nationale regeling waarbij deze bepaling in nationaal recht is omgezet dienaangaande niets bepalen, vraagt de verwijzende rechter om te beginnen (*eerste prejudiciële vraag*) of het verboden „misbruik maken van een machtspositie” noodzakelijkerwijs moet bestaan in objectief onrechtmatige gedragingen op de markt, dan wel of een (potentieel) mededingingsbeperkend effect van een willekeurige gedraging van de onderneming met een machtspositie om haar positie te versterken, ook indien deze gedraging volstrekt rechtmatig is, een dergelijk misbruik kan opleveren. De gedraging van de Enel-groep is op zich immers rechtmatig (in civielrechtelijke zin), aangezien geen inbreuk is gemaakt op enige specifieke bepaling inzake de verwerking van persoonsgegevens, en de lijsten van SEN blijken te zijn verkregen tegen de marktprijs.
- 9 Met de *tweede prejudiciële vraag* wenst de verwijzende rechter te vernemen wat in werkelijkheid het beklagde economische effect is van het verbod van misbruik van een machtspositie: lagere welvaart van de gebruikers (bijvoorbeeld wegens hogere prijzen: mededeling van de Commissie 2009/C-45/02), of wijziging van de structuur, de verscheidenheid, de kwaliteit en de innovatie van de markt, zoals blijkt uit belangrijke rechtspraak van het Hof.
- 10 Volgens vaste rechtspraak kan er weliswaar ook sprake zijn van oneerlijke mededinging indien louter wordt getracht de aanwezigheid van concurrenten op te markt of de ontwikkeling van de markt te verhinderen, maar toch vraagt de verwijzende rechter zich af of indien een gedraging uitsluitend in abstracte zin mededingingsbeperkende effecten kan sorteren, niet hoe dan ook bewijs moet worden toegelaten dat deze effecten zich in werkelijkheid niet hebben voorgedaan. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, rijst de vraag of de mededingingsautoriteit verplicht is om de eventueel door de onderneming aangevoerde bewijzen dat de beklagde gedraging in werkelijkheid geen concurrenten van de markt kan uitsluiten, nauwkeurig te onderzoeken (*derde vraag*).
- 11 Vanuit een ander oogpunt moet worden nagegaan hoe relevant de beweegreden is bij de beoordeling van het misbruik: of de onrechtmatige intentie volstrekt niet relevant is, aangezien het bewijs van de (ook slechts potentiële) effecten volstaat; of de intentie juist dermate relevant is dat de gedraging van de handelende onderneming ook alleen op grond van daarvan kan worden geacht de beklagde mededingingsbeperkende effecten te hebben; of de intentie uitsluitend dient om de bewijslast bij de onderneming met een machtspositie te leggen, die moet aantonen dat de uitsluitende werking niet heeft plaatsgevonden (*vierde vraag*).

- 12 Het onderwerp „bewijs” komt ook aan de orde in de vijfde en laatste vraag, waarin wordt gevraagd hoe de verantwoordelijkheid moet worden beoordeeld van juridisch onafhankelijke ondernemingen die zich op de markt evenwel presenteren als een collectieve of gezamenlijke eenheid: volstaat het om een afzonderlijke onderneming van oneerlijke mededinging te beschuldigen dat zij deel uitmaakt van de groep, en hoeft de mededingingsautoriteit dus uitsluitend aan te tonen dat zij samen met de andere ondernemingen gelijklopend gedrag heeft vertoond, of moet (ook indirect) bewijs worden geleverd van een concrete situatie van coördinatie en functionele verbondenheid, met name wat betreft de moederonderneming?