

Processo C-377/20**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

29 de julho de 2020

Órgão jurisdicional de reenvio:

Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)

Data da decisão de reenvio:

21 de maio de 2020

Recorrentes:

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

Enel Energia SpA

Recorrida:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Objeto do processo principal

Três recursos apresentados ao Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) com vista à alteração de três acórdãos do Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio) que confirmaram o abuso de posição dominante por parte das recorrentes na aceção do artigo 102.º TFUE identificado pela Autorità garante per la concorrenza e il mercato (Autoridade de Defesa da Concorrência e do Mercado, a seguir «Autoridade»).

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do direito da União, nomeadamente do artigo 102.º TFUE, na aceção do artigo 267.º TFUE.

Questões prejudiciais

- 1) Podem os comportamentos constitutivos de exploração abusiva de posição dominante ser em si mesmos lícitos e ser qualificados de “abusivos” apenas devido ao efeito (potencialmente) restritivo gerado no mercado de referência? Ou deve considerar-se que tais comportamentos também têm uma componente específica de ilicitude, constituída pelo recurso a «métodos (ou meios) concorrenciais diferentes» dos «normais»? Neste último caso, com base em que critérios pode ser estabelecida a fronteira entre a concorrência «normal» e a concorrência «falseada»?
- 2) Deve a regra que proíbe o abuso ter por objetivo maximizar o bem-estar dos consumidores, cuja diminuição (ou o perigo de diminuição) incumbe ao órgão jurisdicional avaliar? Ou a norma que prevê o ilícito concorrencial tem em si a função de preservar a estrutura concorrencial do mercado, a fim de impedir as concentrações de poder económico que são, de qualquer forma, consideradas prejudiciais para a sociedade?
- 3) Em caso de abuso de posição dominante que consista na tentativa de impedir a manutenção do nível de concorrência existente ou a sua evolução, pode a empresa dominante provar que – apesar da sua aptidão abstrata para provocar um efeito restritivo – o comportamento não foi lesivo? Em caso de resposta afirmativa, para efeitos da avaliação da existência de um abuso atípico que visa a eliminação da concorrência no mercado, deve o artigo 102.º TFUE ser interpretado no sentido de que cabe à Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridade de Defesa da Concorrência e do Mercado) examinar com precisão as análises económicas apresentadas por uma parte a respeito da suscetibilidade concreta de o comportamento investigado eliminar os concorrentes do mercado?
- 4) Deve o abuso de posição dominante ser analisado unicamente pelos seus efeitos no mercado (ainda que apenas potenciais), independentemente da motivação subjetiva do agente? Ou a demonstração da intenção de restringir constitui um critério que pode ser utilizado (mesmo de forma exclusiva) para avaliar a natureza abusiva do comportamento da empresa dominante? Ou, ainda, essa demonstração do elemento subjetivo serve apenas para inverter o ónus da prova para a empresa dominante (a qual, nesse caso, teria o ónus de provar a inexistência do efeito de eliminação)?
- 5) Em caso de posição dominante que implique uma pluralidade de empresas pertencentes ao mesmo grupo societário, a pertença ao referido grupo é suficiente para se presumir que mesmo as empresas que não tiveram um comportamento abusivo participaram no comportamento ilícito – pelo que bastaria à autoridade de supervisão demonstrar a existência de um funcionamento paralelo consciente, embora sem carácter colusório, das empresas que operam dentro do grupo que ocupa, como coletivo, uma posição dominante – ou (à semelhança do previsto para a proibição dos

cartéis) deve fazer-se a prova, ainda que indireta, de uma situação concreta de coordenação e instrumentalização entre as várias empresas do grupo em posição dominante, nomeadamente para provar o envolvimento da empresa-mãe?

Disposições de direito da União invocadas

Artigo 102.º TFUE

Disposições de direito nacional invocadas

Artigo 3.º da Lei n.º 287/1990: «É proibido o abuso de posição dominante por uma ou mais empresas no mercado nacional ou numa parte relevante do mesmo [...]».

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 Em Itália, desde a liberalização do mercado da energia elétrica, as fases de produção e de venda foram abertas à concorrência, enquanto a gestão das redes de transmissão e distribuição continuou em regime de monopólio, com base numa concessão ministerial, uma vez que as estruturas são limitadas e não replicáveis. Assim, por forma a garantir a gestão neutra da rede a favor dos operadores e dos utilizadores a empresa verticalmente integrada anteriormente monopolista do setor – a Enel – teve de separar as várias componentes da própria cadeia de produção e, nomeadamente, separar a parte não concorrencial da parte aberta à livre concorrência dos operadores. Esse processo foi concluído com a criação das seguintes três empresas:

Enel Energia (EE), fornecedora de energia elétrica para o mercado livre, **Servizio Elettrico Nazionale (SEN)**, fornecedora de «serviços de tutela reforçada», **e-distribuzione**, concessionária da atividade de distribuição de energia elétrica.

Por «Serviço de Tutela Reforçada (dos preços)» (STR) entende-se o fornecimento de energia elétrica a consumidores finais de pequena dimensão que ainda não tenham escolhido um vendedor no mercado livre e aos quais o serviço é prestado, nos termos da lei, por uma empresa associada ao distribuidor ao abrigo das condições contratuais e económicas definidas pela Autoridade do setor.

Atualmente, a SEN é a operadora por excelência do STR, na medida em que está presente nas áreas onde a distribuição de energia elétrica é da competência da e-distribuzione, isto é, em cerca de 85 % do território nacional. O segundo melhor operador não alcança sequer 5 % daquele mercado. Nos termos da lei, em janeiro de 2022 a STR deverá desaparecer, para dar lugar exclusivamente ao mercado livre.

- 2 O presente processo resulta de denúncias apresentadas perante a Autoridade a respeito da utilização ilícita de informações comercialmente sensíveis, pelos operadores do grupo Enel, para transferir os clientes da SEN para a EE, na sequência da anunciada alteração do mercado, evitando a sua saída em massa para as ofertas livres da concorrência.

Segundo a exposição da Autoridade, a SEN terá obtido o consentimento dos utilizadores da STR para receberem propostas comerciais «de forma discriminatória», que consistia na solicitação de uma primeira autorização para tratamento dos dados pessoais a favor das empresas do grupo Enel e de uma segunda autorização a favor de operadores terceiros. Os clientes geralmente davam o primeiro consentimento, por considerarem que era necessário para a gestão da relação existente com o seu fornecedor, enquanto normalmente negavam o segundo consentimento, dirigido aos outros operadores. De facto, os consentimentos concedidos a terceiros terão sido apenas de 30 %.

Os nomes dos clientes que deram consentimento à informação da Enel terão sido inseridos em listas especiais. Com base nessas listas, a EE terá lançado ofertas exclusivamente destinadas aos clientes que estavam no STR, sendo a última oferta denominada «Sempre con te».

A pertença dos clientes ao STR era uma informação que de outra forma não seria possível encontrar, o que fez com que as listas da SEN fossem um ativo estratégico e impossível de reproduzir. Por sua vez, não dispo de dessas mesmas listas, os outros operadores terão perdido 40 % da procura que foi objeto de concorrência durante o período de referência (2014-2017) (efeito restritivo potencial).

Apesar da reestruturação orgânica, pelo menos os dirigentes do grupo Enel terão continuado a trocar informação entre si e a tomar decisões de forma conjunta.

- 3 Perante tais circunstâncias, a Autoridade aplicou à EE e à SEN, bem como à empresa-mãe Enel, uma sanção por abuso de posição dominante (artigo 102.º do TFUE). As acusações viriam a ser confirmadas pelo órgão jurisdicional de primeira instância contra cada uma das três empresas, tendo este porém reduzido a sanção para as duas primeiras, devido à duração inferior da infração e por erro na base de cálculo da coima. As três recorrentes interpuseram recurso separadamente perante o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), para anulação integral ou redução adicional da sanção.

Argumentos essenciais das recorrentes no processo principal

- 4 Segundo as recorrentes, não foi feita a prova da estratégia abusiva nem da potencial suscetibilidade de eliminação da concorrência dos comportamentos em causa, porquanto:

- Inserir um nome numa lista de *telemarketing* não afasta o consumidor da concorrência, não implica nenhum vínculo ou compromisso de fornecimento nem impede o consumidor que deu o seu consentimento de integrar outras listas, receber outras comunicações comerciais, escolher ou mudar em qualquer momento, ou várias vezes, de fornecedor;
 - As listas da SEN eram insignificantes em termos quantitativos relativamente às dimensões do mercado e da clientela da SEN; além disso, no mercado estariam disponíveis – e terão sido utilizadas – também outras listas, mais completas e a preços mais baixos;
 - Em concreto, a utilização das listas da SEN nos dois meses que decorreram entre o lançamento da oferta «Sempre con te» e a decisão de fechar o canal de vendas terá trazido apenas 478 clientes, isto é, 0,002 % dos utilizadores da SEN e 0,001 % dos consumidores de energia elétrica;
 - a Autoridade não teve em consideração as provas apresentadas para demonstrar que o comportamento contestado não era sequer apto a gerar efeitos restritivos da concorrência, além de, na prática, não ter produzido nenhum desses efeitos.
- 5 Por outro lado, desde 2014, a *holding* Enel passou de um modelo centralizado para um modelo em que a empresa-mãe apenas promove sinergias e «boas práticas» entre as diferentes empresas operacionais, sem participar no processo de decisão. Portanto, a empresa-mãe não deveria ter sido sancionada, muito menos de forma mais severa que as próprias empresas operacionais.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 6 O mercado relevante é o da venda a retalho de energia elétrica aos clientes finais domésticos e não domésticos de menor dimensão no território em que o grupo Enel tem o monopólio da distribuição elétrica. A posição dominante da Enel deriva das quotas detidas de forma permanente no mercado de referência e do controlo das infraestruturas não replicáveis, pela ligação entre os vários segmentos envolvidos e pela capacidade financeira da estrutura verticalmente integrada. Está em causa um abuso, que visa a eliminação da concorrência no mercado, e que é atípico, relativamente aos exemplos constantes no artigo 102.º TFUE, porquanto visa impedir o crescimento ou a diversificação da oferta das empresas concorrentes.
- 7 O tema central do litígio é se o comportamento da empresa dominante é suscetível de alcançar o objetivo de eliminar os outros operadores presentes no mercado livre através do esvaziamento da base de clientes do STR. Durante o processo por práticas anticoncorrenciais, as partes apresentaram estudos económicos que visavam demonstrar que, em concreto, do seu comportamento não resultaram quaisquer efeitos de eliminação. A Autoridade reuniu elementos de prova para demonstrar a existência de uma vontade estratégica do grupo de reduzir a desvantagem resultante do desaparecimento do STR.

- 8 As questões do órgão jurisdicional de reenvio versam sobre esses aspetos, tal como foram acima delimitados. Perante o silêncio do artigo 102.º TFUE e da legislação nacional que o transpôs, o órgão jurisdicional pergunta antes de mais (*primeira questão prejudicial*) se a proibição da «exploração de forma abusiva» deve necessariamente consistir em comportamentos no mercado objetivamente ilegais ou se constitui tal exploração abusiva o efeito restritivo ou potencialmente restritivo em resultado de qualquer comportamento da empresa dominante com o objetivo de fortalecer a sua posição, ainda que perfeitamente lícito. Com efeito, o comportamento do grupo Enel é em si mesmo lícito (no plano do direito civil), porquanto não foi invocada a violação de qualquer norma específica sobre o tratamento de dados pessoais e as listas da SEN terão sido adquiridas a preço de mercado.
- 9 Com a *segunda questão*, o referido órgão jurisdicional questiona qual é realmente o efeito económico censurado pela proibição de exploração de forma abusiva, se a diminuição do bem-estar do consumidor (por exemplo, através do aumento dos preços: Comunicação da Comissão 2009/C 45/02) ou a alteração da estrutura, variedade, qualidade e inovação do mercado, como resulta da jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça.
- 10 Se, segundo jurisprudência assente, é verdade que o ilícito concorrencial também pode consistir apenas na tentativa de impedir a manutenção da concorrência no mercado ou a sua evolução, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas se – na presença de um comportamento apenas abstratamente apto a produzir efeitos restritivos – não será permitida a prova de que nenhum efeito restritivo efetivamente se verificou. Em caso de resposta afirmativa, coloca-se a questão de saber se a Autoridade tem a obrigação de analisar especificamente as provas eventualmente apresentadas pela empresa para demonstrar a concreta inaptidão do comportamento contestado para eliminar os concorrentes do mercado (*terceira questão*).
- 11 Sob outro ponto de vista, é importante compreender a relevância da motivação na avaliação do abuso: a intenção ilícita não é relevante, sendo suficiente a prova dos efeitos (mesmo que apenas potenciais), ou – pelo contrário – a mesma é relevante ao ponto de ser suscetível de atribuir por si só ao comportamento do agente os efeitos anticoncorrenciais contestados ou a mesma serve, ainda, unicamente para fazer recair o ónus da prova sobre a empresa dominante, a qual deverá provar que o efeito de eliminação não existiu (*quarta questão*).
- 12 A questão da prova aparece também na *quinta* e última *questão*, onde se levanta o problema da avaliação da responsabilidade de empresas juridicamente independentes que porém se apresentam no mercado como uma entidade coletiva ou conjunta: para imputar a conduta ilícita a uma determinada empresa, é suficiente que a mesma faça parte do grupo – e a Autoridade deve, assim, apenas demonstrar que aquela empresa atua em paralelo com as outras – ou é necessário fazer prova, ainda que indireta, de uma situação concreta de coordenação e instrumentalização relativamente à empresa-mãe em particular?