

Affaire C-377/20

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

29 juillet 2020

Jurisdiction de renvoi :

Consiglio di Stato (Italie)

Date de la décision de renvoi :

21 mai 2020

Parties requérantes :

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

Enel Energia SpA

Partie défenderesse :

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

[OMISSIS]



RÉPUBLIQUE ITALIENNE

Le Consiglio di Stato (Conseil d'État)

siégeant au contentieux (sixième section)

a rendu la présente

ORDONNANCE

Dans le cadre du recours [OMISSIS] formé par :

SERVIZIO ELETTRICO NAZIONALE S.P.A [OMISSIS]

contre

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO –
AGCM

En présence de

ENEL S.P.A., ENEL ENERGIA S.P.A., ENI S.P.A., AXPO ITALIA S.P.A.,
GALA S.P.A., E.JA S.P.A [OMISSIS]

[Or. 2]

GREEN NETWORK S.P.A., [OMISSIS]

AIGET - ASSOCIAZIONE ITALIANA DI GROSSISTI DI ENERGIA E
TRADER [OMISSIS]

ASS.NE CODICI – CENTRO PER I DIRITTI DEL CITTADINO [OMISSIS]

ASSOCIAZIONE ENERGIA LIBERA [OMISSIS]

METAENERGIA S.P.A [OMISSIS]

[Or. 3] [OMISSIS] [Or. 4] [*et sur deux autres recours analogues, formés
respectivement par ENEL S.P. A. et ENEL Energia S.P.A.*] [OMISSIS]

tendant à la réformation :

[OMISSIS] [*de trois jugements du Tribunale Amministrativo regionale per il
Lazio (Tribunal administratif du Latium, Italie)*]

[Or. 5]

LES FAITS

- 1 Chacun sait que le service électrique est qualifié de service « en réseau » dans la mesure où la fourniture du bien qu'est l'électricité transite à travers un système de transmission et de distribution structurellement limité et irremplaçable. Ce monopole naturel a pour conséquence que, tandis que les phases de production et de vente sont ouvertes à la concurrence, la gestion des réseaux de transmission et de distribution demeure soumise à un régime de monopole (réglementé) et repose sur une concession accordée par le Ministero dello Sviluppo economico (ministère du développement économique, Italie).

L'ouverture du marché de la vente a été progressive. En particulier, l'étape ultime de la filière s'est d'abord caractérisée par un régime dichotomique, fondé sur une distinction entre les clients jugés « aptes » à être parties à des rapports contractuels

avec une entité autre que leur distributeur local, d'une part, et les clients jugés « inaptes » (les particuliers et les petites entreprises), d'autre part, dont l'incapacité juridique spéciale à cet égard trouve sa justification dans l'idée retenue par le législateur qu'ils ne sont pas en mesure de négocier les produits énergétiques en pleine connaissance de cause et en position de force dans les négociations.

Dans un second temps, les clients « inaptes » ont été eux aussi progressivement autorisés à prendre part au marché libre. Cependant, même après la libéralisation complète, le pouvoir de l'Autorità garante della concorrenza e del mercato [autorité de concurrence italienne, ci-après l'« Autorité de concurrence »] d'intervenir par ses actes normatifs dans la définition des conditions de vente de l'énergie aux clients finaux est demeuré intact.

On entend par l'expression « services protégés » (servizi di tutela) les services de fourniture d'énergie électrique prévus en faveur des clients finaux de petite taille (tels que les ménages et les petites entreprises) qui n'ont pas encore choisi un vendeur sur le marché libre et sont desservis, en vertu de la loi, par une société liée au distributeur à des conditions contractuelles et économiques définies par l'autorité de secteur.

Le législateur italien a organisé la transition du marché protégé vers le marché libre – où le client décide [et] sélectionne librement l'offre jugée la plus adaptée à ses besoins – en arrêtant les dates à partir desquelles les services protégés [Or. 6] (protégeant le facteur prix) ne seront plus disponibles. Après plusieurs reports, la date de transition a été finalement fixée au 1^{er} janvier 2021 pour les petites et moyennes entreprises et au 1^{er} janvier 2022 pour les foyers des particuliers (les « ménages ») (voir le décret-loi du 30 décembre 2019, n° 162, converti en loi par la loi du 28 février 2020, n° 8).

Pour bien comprendre la pratique abusive constatée, il faut rappeler que, dans le secteur de l'énergie, le dispositif technique utilisé pour permettre l'utilisation des infrastructures par des sujets [à statuts] différents est la « scission/déconstruction » (*unbuilding*) – c'est-à-dire la séparation entre les diverses composantes de la filière de production de l'entreprise verticalement intégrée détenant le monopole, et en particulier la séparation entre le segment non-concurrentiel et le segment ouvert à la libre concurrence des opérateurs –. En effet, la libéralisation de certains secteurs d'activité économique exige que les conditions d'accès, d'interconnexion et de répartition de la capacité du réseau à travers lequel l'activité doit s'exprimer soient réglementées en faveur des opérateurs et des usagers. L'objectif recherché est de garantir la neutralité de la gestion des infrastructures, d'empêcher les discriminations dans l'accès aux informations commercialement sensibles et d'éviter les transferts croisés de ressources entre les segments de la filière.

Dans le cas de l'ex entreprise monopolistique Enel, l'entreprise verticalement intégrée a été démantelée en plusieurs organismes distincts prenant la forme de

sociétés jouant chacune un rôle spécifique au sein de la filière, à savoir : i) Enel Energia, le fournisseur du marché libre ; ii) Servizio Elettrico Nazionale, la société du groupe qui gère le « Servizio di Maggior Tutela » (ci-après le « Service de meilleure protection ») de l'énergie électrique dans les zones dans lesquelles E-distribuzione est le concessionnaire du service de distribution ; iii) E-Distribuzione, le concessionnaire du service de distribution.

- 2 Le présent contentieux a pour origine une plainte parvenue à l'Autorité de concurrence, déposée par l'Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader [OMISSIS] et les signalisations de consommateurs individuels (remontant toutes à la seconde moitié de l'année 2016) visant à dénoncer l'exploitation illicite d'informations commercialement sensibles relatives à [Or. 7] l'usager de la part d'opérateurs qui disposeraient de ces données en raison de leur appartenance au groupe Enel.

C'est ainsi que l'Autorité de concurrence a ouvert le 4 mai 2017 une procédure d'enquête à l'encontre des sociétés Enel s.p.a. (ci-après « Enel »), Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. (ci-après « SEN ») et Enel Energia S.p.a. (ci-après « EE ») afin de vérifier si les agissements conjoints des entités en cause sont constitutifs d'une violation de l'article 102 TFUE.

L'enquête s'est conclue par l'adoption [OMISSIS] de la décision ici attaquée, dans laquelle l'Autorité de concurrence a constaté que SEN et EE, sous la coordination de la société-mère Enel, s'étaient rendues coupables, à partir de janvier 2012 et jusqu'en mai 2017, d'un abus de position dominante en violation de l'article 102 TFUE, et a infligé aux sociétés du groupe Enel, solidairement entre elles, la sanction pécuniaire de € 93.084.790,50.

Dans la motivation de la décision prononçant la sanction, on lit que les sociétés susmentionnées auraient mis en œuvre une stratégie d'exclusion sur les marchés de la vente d'énergie électrique aux clients particuliers et aux clients non particuliers connectés en basse tension, destinée à faire passer les clients de SEN à EE. L'objectif du groupe ENEL aurait été, en particulier, d'éviter un départ en masse des clients de SEN vers des fournisseurs tiers, à la suite de la suppression à venir (en l'état non encore intervenue) du Service de meilleure protection qui, selon les modalités discutées dans les projets de loi depuis 2015, pourrait impliquer une réaffectation des usagers de SEN au moyen de « mises aux enchères de paquets de clients ».

La contestation se fonde sur les hypothèses suivantes :

- i) SEN aurait recueilli le consentement des usagers pour recevoir des offres commerciales (les « listes SEN ») selon des « modalités discriminatoires » consistant à demander les consentements de façon séparée pour les sociétés du groupe Enel, d'une part, et pour les tiers, d'autre part ;

ii) EE aurait lancé, en s'appuyant sur les listes SEN, « des offres spécifiques exclusivement adressées » à la clientèle protégée, en vue de la convaincre de passer au marché libre ; **[Or. 8]**

iii) les listes SEN auraient une « valeur stratégique irremplaçable » en raison des informations, introuvables ailleurs, qu'elles contiennent implicitement (l'appartenance des usagers au Service de meilleure protection) et auraient permis à EE de faire des offres ciblant uniquement cette catégorie de clients ;

iv) le comportement examiné aurait eu un « simple potentiel restrictif », puisque l'inclusion des noms des clients dans les listes SEN (qui, si l'on cumule toutes les listes entre 2012 et 2015, représenteraient plus du double de la clientèle moyenne des trois premiers principaux concurrents de EE sur une année) aurait « soustrait aux concurrents une partie significative, supérieure à 40 %, des demandes [de passage] au régime de concurrence », se matérialisant par les « flux de clients sortant du régime de protection dans la période pendant laquelle les données étaient détenues (2014-2017) » ;

v) selon l'Autorité de concurrence, la stratégie d'exclusion aurait débuté en janvier 2012 pour faire face au risque de perte massive des clients SEN – en prévision de la proposition gouvernementale annoncée (évoquée pour la première fois dans le projet de loi [sur la] concurrence de mai 2017) – [et] se serait concrétisée par l'exploitation des listes SEN de la part de EE pour proposer des offres commerciales ciblant la clientèle du Service de meilleure protection, circonstance qui s'est traduite en mars 2017 par l'offre « Toujours avec vous » (sempre con Te).

- 3 Les sociétés du groupe Enel ont introduit des recours indépendants contre la décision de sanction susmentionnée.

La juridiction de première instance [OMISSIS], statuant sur les recours respectifs de EE et de SEN, a fait droit aux demandes uniquement pour ce qui est de la durée de l'abus allégué et des critères utilisés par l'Autorité de concurrence pour chiffrer la sanction [OMISSIS] :

- 4 **[Or. 9]** [OMISSIS] [*sur la base de calcul*]

En exécution de ce jugement, l'Autorité de concurrence a recalculé [OMISSIS] le montant de la sanction, fixée à 27 529 786,46 euros.

4.1.– [OMISSIS] le Tribunale Amministrativo regionale (tribunal administratif régional, Italie) a, en revanche, rejeté intégralement le recours introduit par Enel [OMISSIS].

- 5 Les sociétés sanctionnées ont interjeté appel séparément des jugements précités, demandant l'annulation de la décision de sanction, ou, à titre subsidiaire, une nouvelle réduction de la sanction.

[OMISSIS] *[appels incidents]*

5.1.– Les moyens d'appel reprennent pour l'essentiel les moyens avancés en première instance [OMISSIS] :

a) La preuve de la stratégie abusive et du pouvoir potentiel d'exclusion des agissements n'aurait pas été rapportée, dans la mesure où :

i) insérer un nom dans une liste de télémarketing ne soustrairait pas le consommateur à la concurrence, n'impliquerait aucune obligation ou engagement quant à l'approvisionnement et n'empêcherait pas non plus ce dernier de figurer sur d'autres listes, de recevoir des messages commerciaux, de choisir ou de changer à tout moment, y compris plusieurs fois, de fournisseur ;

ii) l'exploitation concrète des listes, internes au groupe, de « consentants » [personnes ayant donné leur consentement] aux fins de proposer des offres ciblant les clients relevant du Service de meilleure protection et d'encourager leur passage au marché libre serait clairement insusceptible de produire les effets décrits dans la décision, à savoir permettre un passage rapide et massif de dizaines de millions de clients de SEN à **[Or. 10]** EE ; en effet, entre mars et mai 2017, les deux seuls mois écoulés entre le lancement de l'offre « Sempre con Te » adressée aux usagers du Service de meilleure protection et la fermeture du canal de vente par téléphone (teleselling outbound), EE a obtenu, par l'utilisation des listes SEN, à peine 478 clients (soit 0,002 % des usagers du Service de meilleure protection et 0,001 % des usagers de l'électricité) ;

iii) l'Autorité de concurrence n'aurait pas non plus pris en considération les preuves économiques produites par les entreprises sanctionnées afin de démontrer que les agissements contestés ne sont pas susceptibles de produire des effets restrictifs de la concurrence et qu'ils n'en ont eu aucun sur le plan concret ;

iv) les résultats positifs enregistrés par EE dans l'obtention de clients relevant du Service de meilleure protection seraient dus à deux facteurs, licites tous les deux, pouvant fournir une explication alternative et bien plus convaincante que celle prise pour hypothèse par l'Autorité de concurrence : les performances sur le marché libre sont meilleures pour les sociétés du groupe dont fait partie l'entreprise de distribution dans les secteurs territoriaux relevant de la compétence de celle-ci, même si cela ne se traduit pas automatiquement par une position dominante ; la capacité d'attraction de la marque Enel sur les clients du Service Plus Protégé est indépendante des listes SEN ;

v) les listes SEN ne seraient ni stratégiques ni irremplaçables, étant donné la disponibilité sur le marché, largement prouvée, de listes analogues de clients du Service de meilleure protection, plus complètes et à des prix plus bas que les listes SEN, et en raison également de leur importance insignifiante en termes quantitatifs par rapport à la taille du marché et à la clientèle de SEN ; EE ne les aurait jamais utilisées pour adresser des offres ciblant le Service de meilleure protection (deux mois seulement après le lancement de l'offre « Sempre con Te »

en mars 2017, l'activité de vente par téléphone (teleselling outbound) a fermé, ce qui excluait spontanément tout usage des listes SEN) ; les concurrents de EE n'en auraient jamais voulu, préférant obtenir d'autres listes de contacts, largement disponibles sur le marché ;

[OMISSIS] **[Or. 11]** [OMISSIS] [*arguments dépourvus de pertinence pour le renvoi*]

d) Enel conteste ensuite le recours par l'Autorité de concurrence à la présomption simple, d'origine jurisprudentielle, qui fonderait la responsabilité de la société-mère : à partir de 2014, une opération de profonde restructuration organique du groupe aurait été entreprise, à l'issue de laquelle ce dernier aurait changé de caractéristiques : au lieu d'un modèle fortement centralisé dans lequel la holding avait eu un rôle de direction marqué, un modèle matriciel aurait été conçu qui, en décentralisant les processus décisionnels, permettrait d'exploiter les spécificités des activités dans chaque pays dans lequel le groupe Enel est actif ; dans ce contexte organisationnel modifié, la société-mère aurait eu la simple fonction de promouvoir les synergies et les meilleures pratiques entre les diverses sociétés opérationnelles, en abandonnant son rôle décisionnel ;

[OMISSIS] [*sans pertinence pour le renvoi*] [OMISSIS]

EN DROIT

1.- L'article 102 TFUE (ex article 82 du traité CE) interdit « dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci » (l'article 3 de la loi italienne n° 287 de **[Or. 12]** 1990 en reprend le contenu, disposant que « [est] interdit l'abus de la part d'une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur le marché national ou une partie substantielle de celui-ci [...] »).

La jurisprudence européenne et les communications de la Commission ont souligné à plusieurs reprises qu'il n'est pas illégal en soi qu'une entreprise occupe une position dominante et que cette entreprise dominante a le droit (et le devoir) de participer à des appels d'offres sur la base de ses mérites. L'interdiction concurrentielle trouve son fondement dans la « responsabilité spéciale » des entreprises privées dotées d'un fort pouvoir économique de marché, qui leur impose de ne pas permettre que leur comportement fasse obstacle à une concurrence réelle et non faussée sur le marché commun.

En termes structurels, le délit d'abus de position dominante semble comporter les trois éléments matériels suivants : la position dominante (individuelle ou collective), l'exploitation abusive de celle-ci, et l'absence de justifications objectives (ayant la primauté sur les effets restrictifs de la concurrence).
[OMISSIS]

2.– La notion concrète de position dominante, telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la Cour de justice (depuis l'arrêt bien connu « Hoffmann-La Roche »), coïncide avec la définition – devenue célèbre – de la « position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs » [voir, ex multis, arrêt du 14 février 1978, C-27/76, United Brands (EU:C:1978:22)].

Pour prouver l'existence d'une position dominante, on tient compte en principe des indices indirects suivants : i) la part de marché de l'entreprise (en partant du principe que c'est seulement si cette part est élevée et détenue de façon durable que la possibilité pour les consommateurs de s'adresser ailleurs pour leurs achats se voit [Or. 13] limitée) ; ii) les possibilités d'expansion des concurrents déjà présents sur le marché ou d'entrée sur le marché d'entreprises extérieures à celui-ci ; iii) l'éventuel contre-pouvoir des acheteurs.

En l'espèce, le marché pertinent – qui doit être défini au cas par cas en fonction du type spécifique d'abus reproché – a été correctement défini :

i) quant à la taille du marché, comme étant le marché de la vente au détail d'énergie aux clients finaux particuliers (les « ménages ») et aux clients de petite taille autres que les ménages, secteur dans lequel sont proposés des « biens » substituables entre eux du point de vue tant de la demande que de l'offre ;

ii) quant à l'aspect géographique, comme étant le territoire sur lequel le groupe Enel est en position de monopole légal dans le segment de la distribution électrique.

Pour les produits et le territoire géographique ainsi délimités, la position dominante du groupe Enel – ou sa capacité théorique de faire obstacle à une concurrence effective à travers des comportements indépendants vis-à-vis des concurrents et des consommateurs (en ce sens que les initiatives sur le marché peuvent être adoptées sans crainte de réaction efficace) – se déduit :

- de la part détenue de façon stable sur le marché de référence : le groupe Enel (à travers les sociétés chargées respectivement du système de meilleure protection et du marché libre) est en effet le principal opérateur dans tous les territoires des communes de référence de sa propre société de distribution électrique ; sur tout le réseau de distribution géré par e-distribuzione, on constate que le groupe Enel a desservi en 2017, selon les deux modalités du Service de meilleure protection et du marché libre, 80/85 % des ménages et 70/85 % des clients autres que les ménages, alors que le second opérateur détient dans les deux cas des parts inférieures à 5 % ; selon la jurisprudence européenne, sauf circonstances exceptionnelles, une part supérieure à 50 % du marché constitue déjà en soi une

preuve de l'existence de cette position, depuis l'arrêt de la Cour de justice du 13 février 1979, 85/76 (EU:C:1979:36) ;

- du contrôle d'infrastructures irremplaçables : la société e-distribuzione a [Or. 15] distribué en 2016, [OMISSIS], environ 85 % de l'énergie électrique consommée en Italie ;
- du lien existant entre les divers segments impliqués – celui de la distribution et celui dans lequel les effets restrictifs allégués se manifestent – de nature à mettre l'entreprise verticalement intégrée en position diversifiée et en position privilégiée par rapport à ses concurrents sur le marché (précisément) lié ;
- de l'écart entre la part de marché de l'entreprise leader et celle des concurrents ;
- de la force financière de la structure verticalement intégrée : en termes généraux, le groupe Enel représente le principal opérateur au niveau national, avec des parts pour le volume d'énergie correspondant à environ 74 % de la clientèle des ménages et 41 % des clients professionnels de petite taille.

En définitive, les éléments ainsi rappelés sont tous, de l'avis de cette Chambre, des circonstances susceptibles de permettre au groupe ENEL de se déterminer de façon autonome sur le marché et d'influer unilatéralement, par ses agissements, sur la structure dudit marché.

3.– En ce qui concerne le deuxième élément matériel, des problèmes interprétatifs importants se posent cependant.

La disposition du traité (comme la disposition nationale qui en assure la transposition) laisse dans le flou l'expression « le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché ». Cette difficulté d'interprétation n'est qu'en partie résolue par les exemples contenus dans le texte même de l'article 102 TFUE de certaines des principales pratiques abusives (essentiellement le résultat de la construction jurisprudentielle au fil du temps), et en particulier : les prix ou conditions onéreuses abusifs ; l'éviction abusive ; la discrimination abusive ; les pratiques de ventes liées.

Cette énumération de cas n'épuise pas en effet les possibilités d'exploitation abusive d'une position dominante prohibée par le droit de l'Union européenne, de sorte que l'incertitude inhérente à la définition ressort dans toute sa complexité en présence d'abus « atypiques » à l'égard desquels la disposition n'offre pas de paramètres de définition [Or. 15] exhaustive. Pour les mêmes raisons, la distinction opérée entre la catégorie des abus par exploitation (les agissements visant à tirer profit du monopole) et celle des abus par entrave (les agissements visant à empêcher ou à gêner les actions d'autrui) n'est d'aucune aide ici.

3.1.– Le premier doute concerne la notion même d'« exploitation abusive » : les agissements qui la matérialisent peuvent-ils être en eux-mêmes parfaitement licites et n'être qualifiés d'« abusifs » qu'en raison de l'effet (potentiellement)

restrictif produit sur le marché de référence ; ou bien ces mêmes agissements doivent-ils nécessairement se caractériser aussi par une composante spécifique d'illicéité objective ?

Selon la première option interprétative, – axée sur l'utilisation « dysfonctionnelle » des droits et des facultés, et donc similaire à la catégorie de l'abus de droit –, ce qui importerait pour que l'abus de position dominante soit constitué, c'est le simple écart par rapport au comportement normalement adopté par les personnes soumises à la pression de la concurrence : concrètement, une série de comportements, parfaitement licites s'ils sont adoptés par une entreprise en situation de concurrence, deviendraient abusifs s'ils sont adoptés par une entreprise dominante en vue de renforcer sa position.

Dans la deuxième orientation – qui rapprocherait l'abus de position dominante de la notion de concurrence déloyale – il semble que l'on puisse ranger les arrêts de la Cour de justice qui sanctionnent le recours à des « méthodes (ou moyens) de concurrence différents » de ceux « normaux », et où la concurrence « faussée » est opposée à la concurrence « fondée sur les performances » où les clients seraient amenés à choisir librement l'entreprise dominante en raison de la supériorité de ses performances [ex plurimis : arrêts du 6 décembre 2012, C-457/10 (EU:C:2012:770), et du 27 mars 2012, C-209/10 (EU:C:2012:172)].

3.2 - Une deuxième observation concerne ensuite le bien ou intérêt juridiquement protégé

Il semble possible d'affirmer que si l'entente restrictive « par objet » se traduisant par un partage illicite du marché est illicite en soi sans qu'il soit nécessaire d'en examiner les effets [ex plurimis, arrêt du **[Or. 16]** du 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, C-209/07 (EU:C:2008:643)], pour l'abus de position dominante, en revanche, il n'existe pas de présomption similaire du caractère abusif concernant les initiatives de marché prises par l'entreprise dominante (et de fait, si l'entente par objet est en soi illégale même dans le cas où les prix sont équitables, en cas d'abus, les prix doivent en revanche être inéquitables).

La question se pose toutefois de savoir quel est l'effet économique qui est sanctionné par l'interdiction des abus. Du fondement de l'infraction dépendent en effet d'importantes conséquences dans l'application des règles, et en particulier :

1) si l'on attribue à la règle qui sanctionne l'abus le rôle de maximiser le bien-être global et, en particulier, le bien-être des consommateurs, le juge devrait en quelque sorte mesurer la diminution de celui-ci résultant du comportement illicite (soit directement, en comparant le bien-être avant et après, soit en recourant à des critères alternatifs tels que l'entreprise tout aussi efficace et le sacrifice de profit) ;

2) si l'on assigne, en revanche, à la sanction des comportements anti-concurrentiels uniquement la fonction de préserver la structure concurrentielle du marché, le juge devrait s'abstenir de rechercher si le comportement de l'entreprise

dominante a causé un préjudice aux consommateurs, et devrait se limiter plus simplement à examiner si le comportement est susceptible d'avoir un impact sur la structure, la diversité, la qualité ou l'innovation.

Sur ce point, on constate qu'il existe des prises de positions divergentes : la Commission, en ce qui concerne justement les abus consistant en « évictions anti-concurrentielles » a affirmé que : « [...] l'objectif des mesures d'application prises par la Commission à l'égard des pratiques d'éviction est de faire en sorte que les entreprises dominantes n'entravent pas le libre jeu de la concurrence en évinçant leurs concurrents par des pratiques anticoncurrentielles, en ayant de ce fait un effet défavorable sur le bien-être des consommateurs, que ce soit sous l'effet de prix plus élevés que ceux qui auraient autrement été appliqués ou d'une autre manière, telle que la limitation de la qualité ou la réduction du choix pour les consommateurs » (voir communication 2009/C 45/02). Semblent plaider en revanche en sens opposé, à savoir pour l'idée que la sanction du comportement illicite vise à préserver la structure de la concurrence indépendamment du préjudice causé aux consommateurs, certaines [Or. 17] décisions de la Cour de justice [en particulier les arrêts du 15 mars 2007, « British Airways », C-95/04 (EU:C:2007:166) ; du 6 octobre 2009, GlaxoSmithKline, affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 (EU:C:2009:610), et du 2 avril 2009, France Télécom, C-202/07 (EU:C:2009:214)].

3.3.– Selon un courant jurisprudentiel qui paraît établi, les faits d'abus de position dominante peuvent être constatés également dans la phase préparatoire, avant que les effets restrictifs ne soient produits [OMISSIS]. Ainsi, la preuve actuelle des effets de l'abus n'est pas nécessaire, il suffit de démontrer la simple nature potentielle de l'effet restrictif [ex plurimis : arrêt du 17 février 2011, C-52/09 (précité)].

Si l'abus de position dominante est constitué par tout comportement consistant non seulement à empêcher effectivement mais aussi à tenter simplement d'empêcher le maintien du niveau de concurrence encore existant, ou son développement, cela implique que l'acte de nature à porter préjudice aux concurrents de la part d'un opérateur détenant une position dominante est en soi suffisant pour permettre de conclure à la violation et à l'application du système de sanctions.

On ne sait cependant pas clairement – même en présence d'un comportement susceptible en théorie de produire des effets restrictifs – si l'entreprise sanctionnée est effectivement recevable à prouver qu'aucun effet restrictif ne s'est matérialisé « dans le temps » et que les agissements contestés se sont avérés dépourvus de nocivité concrètement. Et, en cas de réponse affirmative, l'Autorité de concurrence a-t-elle l'obligation d'examiner en détail les analyses économiques produites par la partie sanctionnée en vue de démontrer que le comportement faisant l'objet de l'enquête est insusceptible concrètement d'exclure ses concurrents du marché ?

3.4 Par ailleurs, la question se pose de savoir si l'abus de position dominante est pertinent uniquement sur le plan « objectif », c'est-à-dire à apprécier uniquement en fonction de ses effets (même seulement potentiels) sur le marché sans tenir compte de l'intention subjective de l'opérateur ; ou si la preuve de l'intention restrictive **[Or. 18]** constitue un paramètre utilisable pour apprécier le caractère abusif du comportement de l'entreprise dominante [voir arrêt du Tribunal de première instance du 30 septembre 2003, Manufacture française des pneumatiques Michelin/Commission, T-203/01 (EU:T:2003:250), en vertu duquel, aux fins de l'application de l'article 102 TFUE, « la démonstration de l'objet et de l'effet anticoncurrentiel se confond [...] s'il est démontré que l'objet poursuivi par le comportement d'une entreprise en position dominante est de restreindre la concurrence, ce comportement sera également susceptible d'avoir un tel effet » ; dans le même sens, arrêt du 30 janvier 2007, France Télécom SA/Commission, dans l'affaire T-340/03 (EU:T:2007:22)].

Si l'on retient cette seconde option interprétative, il faut encore déterminer si la preuve de l'intention abusive doit être considérée comme suffisante pour attribuer au comportement les effets anticoncurrentiels contestés, ou si cela ne fait que déplacer la charge de la preuve vers l'entreprise dominante (qui serait tenue à ce stade de rapporter la preuve que l'effet d'exclusion n'a pourtant pas eu lieu).

3.5.– Comme on l'a vu plus haut, la position dominante retenue dans le présent litige concerne une pluralité d'entreprises appartenant au même groupe de sociétés qui, si elles sont juridiquement indépendantes les unes des autres, se présentent du point de vue économique comme une entité collective sur le marché de référence. D'ailleurs, l'article 102 TFUE prévoit expressément qu'une position dominante peut être détenue collectivement (ou conjointement) par plusieurs entreprises.

L'abus de position dominante collective de la part d'un groupe de sociétés pose la question supplémentaire suivante du point de vue probatoire.

Il convient de déterminer plus précisément si l'appartenance à un même groupe suffit pour présumer que les entreprises n'ayant pas mis en œuvre les agissements abusifs ont, elles aussi, contribué à la pratique illicite – de telle sorte que l'Autorité de concurrence **[Or. 19]** pourrait se contenter de démontrer un fonctionnement parallèle conscient, quoique non collusoire, des entreprises opérant au sein du groupe collectivement dominant – ou si (comme c'est le cas en matière d'interdiction des ententes), il faut en tout état de cause apporter la preuve, même indirecte, d'une situation concrète de coordination et d'instrumentalisation entre les différentes entreprises du groupe occupant une position dominante, en particulier pour démontrer l'implication de la société-mère.

4.– Les questions ci-dessus ont une répercussion directe sur les faits objet du présent litige.

4.1.– Selon l'approche de l'accusation, l'abus de position dominante opéré par le groupe Enel s'appuie sur un double avantage : d'une part, l'accès privilégié à l'information et, d'autre part, la perception par le consommateur d'une continuité substantielle entre les prestations du Service de meilleure protection et celles proposées par les sociétés de vente liées.

L'abus commis par le groupe Enel, visant à inciter les usagers du Service de meilleure protection à passer au marché libre, aurait consisté à transférer les contacts de ses clients protégés via SEN (la disponibilité exclusive des données personnelles des clients du Service de meilleure protection) à la filiale Enel Energia [EE], à des conditions non accessibles pour les concurrents. Le mobile et les circonstances seraient très précis : l'abus a été perpétré dans la période particulière de transition du régime de protection vers le marché libre.

Le stratagème adopté par le groupe Enel pour réaliser ce transfert aurait été de demander une double acceptation pour la divulgation de données à caractère personnel : l'une liée au partage des données à caractère personnel au sein du groupe, l'autre à l'égard des tiers. L'obtention du consentement des clients du Service de meilleure protection à une exploitation commerciale de leurs données personnelles se serait faite de manière différenciée et discriminatoire. Il faudrait, en effet, considérer que le client est en fait amené à croire qu'il est nécessaire de donner le premier consentement aux fins de la gestion de la relation existant avec son fournisseur, et il tend donc à le fournir, en refusant au contraire de donner son consentement pour les autres opérateurs. Cette différenciation, en particulier, aurait abouti à la [Or. 20] conséquence logique que le consentement à une exploitation à des fins commerciales également par des sociétés étrangères au groupe [OMISSIS] n'a représenté que 30 % des consentements donnés à une exploitation à des fins commerciales. De cette façon, SEN a limité quantitativement [les données] des clients accessibles aux opérateurs concurrents, par rapport à celles accessibles à ENEL Energia [EE], laissant potentiellement aux opérateurs concurrents seulement une partie très limitée des données.

La stratégie d'exclusion se serait ensuite matérialisée par l'utilisation de la part d'Enel Energia [EE] de ces données personnelles pour la commercialisation, au moyen d'offres spécifiques ciblant la clientèle relevant encore du Service de meilleure protection, dont en dernier lieu l'offre « Sempre con te ». Ces données personnelles, essentielles pour EE, ont permis de mettre au point des actions commerciales ciblées, destinées à faire transiter le client, en interne, du marché protégé vers le marché libre.

4.2.– Dans l'affaire litigieuse, il s'avère donc que :

- ce qui est contesté est un abus par exclusion « atypique », dans la mesure où il vise à empêcher la croissance ou la diversification de l'offre d'entreprises concurrentes ;

- les agissements du groupe Enel sont en eux-mêmes licites (sur le plan du droit civil) dans la mesure ils ne sont pas constitutifs de violation de règles spécifiques régissant le traitement des données à caractère personnel, et les listes SEN ont été obtenues au prix du marché ;

- toute l'enquête tourne autour de la vérification du point de savoir si les agissements de l'entreprise dominante présentent, ou non, un degré de nuisance significatif tel qu'elle a le pouvoir de mettre en œuvre l'intention d'exclure d'autres opérateurs présents sur le marché libre à travers la captation de la clientèle relevant du Service de meilleure protection (caractère nocif concret contesté par les sociétés du groupe Enel [OMISSIS] [Or. 21] [OMISSIS] [arguments déjà exposés sous 5.1]) ;

- les parties ont produit au cours de la procédure d'enquête des études économiques destinées à démontrer que leurs agissements n'avaient pas produit concrètement d'effet d'exclusion ;

- l'Autorité de concurrence a recueilli des documents d'enquête (surtout des échanges de courriels) visant à démontrer l'existence de la volonté stratégique du groupe de neutraliser le plus possible les départs [de clients] résultant du dépassement du système de meilleure protection ;

- la thèse de l'Autorité de concurrence – selon laquelle le groupe ENEL aurait continué de bénéficier d'une osmose dans l'information intra-groupe et d'une structure unitaire, au moins au sommet, de manière à rendre crédible l'échange d'informations et la prise d'options à un niveau intégré – est contestée par Enel qui fait valoir que, à partir de 2014, une profonde restructuration organique du groupe a été entreprise, dans le cadre de laquelle la société-mère aurait assumé la fonction beaucoup plus simple de promotion des synergies et des bonnes pratiques entre les différentes sociétés opérationnelles, en abandonnant son rôle décisionnel.

5.– Les questions d'interprétation exposées ci-dessus ont donc une portée déterminante pour la solution du présent litige et il n'y a, en l'état, pas de prise de position univoque de la Cour de justice. C'est pourquoi il y a lieu de déférer l'affaire à la Cour de justice de l'Union européenne, conformément à l'article 267 TFUE. [OMISSIS] [Or. 22] [OMISSIS] [rappel de la finalité du renvoi préjudiciel en général]

Par conséquent, la Cour de justice est saisie des questions suivantes :

1) Les agissements qui matérialisent l'exploitation abusive d'une position dominante peuvent-ils être en eux-mêmes parfaitement licites et n'être qualifiés d'« abusifs » qu'en raison de l'effet (potentiellement) restrictif produit sur le marché de référence ; ou ceux-ci doivent-ils se caractériser aussi par une composante spécifique d'illicéité, constituée par le recours à des « méthodes (ou moyens) concurrentiels autres » que les méthodes ou moyens « normaux » ; et, dans ce dernier cas, sur la base de quels critères peut-on tracer la frontière entre la concurrence « normale » et la concurrence « faussée » ?

2) La règle qui sanctionne l'abus a-t-elle pour but de maximiser le bien-être des consommateurs, dont le juge doit mesurer la réduction intervenue (ou le risque de réduction) ; ou la sanction de la pratique anticoncurrentielle a-t-elle pour tâche de préserver en soi la structure concurrentielle du marché, afin d'empêcher la création d'agrégations de pouvoir économique, considérées en tout état de cause comme dommageables pour la collectivité ?

3) En cas d'abus de position dominante consistant à tenter d'empêcher le maintien du niveau de concurrence existant ou son développement, l'entreprise dominante est-elle néanmoins recevable à prouver que – nonobstant la capacité abstraite de produire l'effet restrictif – les agissements se sont avérés dépourvus de nocivité concrète ; et, en cas de réponse affirmative, aux fins de l'appréciation de l'existence d'un abus par exclusion atypique, l'article 102 TFUE doit-il être interprété en ce sens qu'il faut considérer que l'Autorité de concurrence a l'obligation d'examiner de manière détaillée les analyses économiques produites par la partie quant à la capacité concrète des agissements objet d'enquête d'exclure du marché les concurrents ?

4) L'abus de position dominante doit-il être apprécié seulement du point de vue de ses effets sur le marché (même seulement potentiels) sans tenir compte du mobile subjectif de l'opérateur ; ou la démonstration de l'intention restrictive constitue-t-elle un paramètre utilisable (y compris à titre exclusif) pour apprécier le caractère abusif des agissements de l'entreprise dominante ; ou encore une telle démonstration [Or. 23] de l'élément subjectif ne sert-elle qu'à déplacer la charge de la preuve vers l'entreprise dominante (qui serait tenue, à ce stade, de fournir la preuve que l'effet d'exclusion n'a pas eu lieu) ?

5) En cas de position dominante impliquant une pluralité d'entreprises appartenant au même groupe de sociétés, l'appartenance audit groupe est-elle suffisante pour que l'on presume que même les sociétés qui n'ont pas mis en œuvre les agissements abusifs ont concouru à la pratique anticoncurrentielle – de sorte que l'Autorité de concurrence pourrait se contenter de démontrer un fonctionnement parallèle conscient, quoique non collusif, des entreprises opérant au sein du groupe collectivement dominant – ou (comme c'est le cas pour la prohibition des ententes) faut-il en tout état de cause apporter la preuve, même indirecte, d'une situation concrète de coordination et d'instrumentalisation entre les différentes entreprises du groupe occupant une position dominante, en particulier pour démontrer l'implication de la société-mère ?

Le Consiglio di Stato siégeant au contentieux (Sixième Section),

VU l'article 267 TFUE [OMISSIS]

SAISIT la Cour de justice de l'Union européenne des questions préjudicielles indiquées dans la motivation ;

[OMISSIS]

[Or. 24]

Ainsi décidé à Rome, en Chambre du Conseil, le 21 mai 2020 [OMISSIS]

[OMISSIS]

DOCUMENT DE TRAVAIL