

Cauza C-377/20**Rezumatul cererii de decizie preliminară întocmit în temeiul articolului 98 alineatul (1) din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție****Data depunerii:**

29 iulie 2020

Instanța de trimitere:

Consiglio di Stato (Italia)

Data deciziei de trimitere:

21 mai 2020

Reclamante:

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

Enel Energia SpA

Pârâtă:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Obiectul procedurii principale

Trei acțiuni formulate la Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) pentru modificarea a trei hotărâri ale Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunalul Administrativ Regional din Lazio) care au confirmat în privința reclamantelor abuzul de poziție dominantă în sensul articolului 102 TFUE identificat de Autorità garante per la concorrenza e il mercato (Autoritatea pentru Concurență și Piețe) (denumită în continuare „Autoritatea”).

Obiectul și temeiul juridic al trimiterii preliminare

Interpretarea dreptului Uniunii și în special a articolului 102 TFUE, în temeiul articolului 267 TFUE

Întrebările preliminare

- 1) Comportamentele prin care se concretizează exploatarea abuzivă a unei poziții domina[n]te pot fi, în sine, pe deplin legale și pot fi calificate drept „abuzive” numai ca urmare a efectului (potențial) restrictiv pe piața de referință sau aceste elemente trebuie să fie caracterizate și printr-o componentă specifică de antilegalitate, constituită de recurgerea la „metode (sau la alte mijloace) concurențiale diferite” de „mijloacele normale”? În acest din urmă caz, pe baza căror criterii se poate stabili linia de demarcație dintre concurența „normală” și cea „denaturată”?
- 2) Funcția normei care sancționează abuzul este de a maximiza bunăstarea consumatorilor, pe care instanța trebuie să o evalueze (ori riscul de diminuare a acesteia sau norma care sancționează abaterile concurențiale are rolul de a menține, în sine, structura concurențială a pieței pentru a evita crearea unor concentrări de putere economică considerate, în orice caz, ca fiind dăunătoare pentru colectivitate?
- 3) În ipoteza unui abuz de poziție dominantă care constă în încercarea de a împiedica menținerea nivelului concurenței care exista deja sau dezvoltarea sa, întreprinderea dominantă este totuși îndreptățită să dovedească faptul că – în pofida capacității abstracte de a crea un efect restrictiv – comportamentul nu a constituit în concret o abatere? În cazul unui răspuns afirmativ, în vederea aprecierii existenței unui abuz menit să excludă concurenți atipic, articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că Autoritatea are obligația să examineze punctual analizele economice prezentate de către parte cu privire la capacitatea concretă a comportamentului incriminat de a exclude concurenții de pe piață?
- 4) Abuzul de poziție dominantă trebuie apreciat numai prin efectele sale (chiar și numai potențiale) asupra pieței, fără nicio legătură cu motivul subiectiv al agentului sau demonstrarea unei intenții restrictive constituie un parametru utilizabil (chiar și exclusiv) pentru a aprecia caracterul abuziv al comportamentului întreprinderii dominante sau această demonstrație a elementului subiectiv nu echivalează decât cu răsturnarea sarcinii probei în sarcina întreprinderii dominante (care ar face, în acest stadiu, dovada inexistenței efectului de excludere)?
- 5) În ipoteza unei poziții dominante a mai multor întreprinderi care aparțin aceluiași grup de societăți, apartenența la acest grup este suficientă pentru a prezuma că întreprinderile care nu au avut comportamentul abuziv au participat la încălcare – astfel încât ar fi suficient ca Autoritatea de supraveghere să stabilească un paralelism conștient, chiar dacă necoluziv, al întreprinderilor care își desfășoară activitatea în cadrul grupului dominant la nivel colectiv – sau este în orice caz necesar (precum în cazul interzicerii înțelegerilor) să se facă dovada, chiar indirectă, a unei situații concrete de coordonare și de pregătire între diversele întreprinderi din grupul care deține

poziția dominantă, în special pentru [a] demonstra implicarea societății-mamă?

Dispozițiile de drept al Uniunii invocate

Articolul 102 TFUE

Dispozițiile naționale invocate

Articolul 3 din Legea nr. 287/1990: „Se interzice abuzul uneia sau mai multor întreprinderi de poziție dominante pe piața națională sau pe o parte relevantă a acesteia [...]”.

Prezentare succintă a situației de fapt și a procedurii principale

- 1 De când, în Italia, piața energiei electrice este liberalizată, etapele de producție și de vânzare au fost deschise concurenței, în timp ce exploatarea rețelelor de transport și de distribuție a rămas reglementată în regim de monopol și pe baza unei concesiuni ministeriale, în măsura în care structurile sunt limitate și nu pot fi multiplicat. Pentru a garanta, așadar, în favoarea operatorilor și a utilizatorilor, gestionarea neutră a rețelei, întreprinderea integrată vertical care deținea anterior monopolul în acest sector – Enel – a trebuit să separe diferitele componente ale filierei sale de producție și să delimiteze în special segmentul neconcurențial de cel deschis liberei concurențe între operatori. Acest proces s-a finalizat prin apariția următoarelor trei societăți:

Enel Energia (EE), furnizor de energie electrică pentru piața liberă, **Servizio Elettrico Nazionale (SEN)**, furnizor de „servicii de protecție sporită”, **e-distribuzione**, concesiionara activității de distribuție a energiei electrice.

Prin „Serviciu de protecție sporită (a prețurilor)” (SMT) se înțelege furnizarea de energie electrică unor consumatori finali de mici dimensiuni care nu au ales încă un vânzător pe piața liberă și care sunt deserviți, în temeiul legii, de o societate afiliată distribuitorului în condițiile contractuale și economice definite de Autoritate în acest sector.

SEN este în prezent operatorul necontestat al SMT, întrucât este prezent în zonele în care distribuția de energie electrică este de competența e-distribuție, adică pe aproximativ 85 % din teritoriul național. Al doilea mare operator nu acoperă nici 5 % din această piață. Potrivit dispozițiilor legii, SMT va dispărea în luna ianuarie a anului 2022, pentru a face loc exclusiv pieței libere.

- 2 Prezenta procedură are la origine plângeri adresate Autorității privind utilizarea nelegală de informații sensibile din punct de vedere comercial de către operatorii din grupul Enel pentru a transfera clienții de la SEN către EE, în vederea

schimbării de piață anunțate, evitând trecerea lor în bloc la ofertele libere ale altor concurenți de pe piață.

Potrivit reorganizării Autorității, SEN ar fi obținut acordul utilizatorilor cu un nivel de protecție mai ridicat pentru a primi propuneri comerciale „în condiții discriminatorii”, care constau în solicitarea unei prime autorizații de prelucrare a datelor cu caracter personal în favoarea societăților din grupul Enel și o a doua în favoarea operatorilor terți. Clienții își dădeau în general acordul inițial, apreciind că era necesar pentru gestionarea relației în curs cu furnizorul lor, dar care refuzau în mod obișnuit al doilea consimțământ, adresat celorlalți operatori. Astfel, consimțământul în favoarea terților ar fi fost de doar 30 %.

Numele clienților care consimțeau la informarea Enel ar fi fost înscrise în liste anume destinate. Pe baza acestor liste, EE ar fi lansat oferte consacrate exclusiv clienței SMT, cea mai recentă ofertă fiind denumită „sempre con te”.

Apartenența clienților la SMT ar fi fost o informație altfel de negăsit, ceea ce ar fi făcut din listele SEN un avantaj strategic și de neînlocuit. Nedispunând ei înșiși de această informație, ceilalți operatori ar fi pierdut 40 % din cererea concurențială pentru perioada de referință (2014-2017) (efect restrictiv potențial).

În pofida procesului de restructurare, cel puțin cele mai înalte organe ale grupului Enel ar fi continuat să schimbe informații și să decidă la nivel integrat.

- 3 În aceste împrejurări, Autoritatea a aplicat EE și SEN, precum și societății-mamă Enel o sancțiune pentru abuz de poziție dominantă (articolul 102 TFUE). Criticile au fost confirmate de instanța de prim grad de jurisdicție în privința fiecăreia dintre cele trei societăți, însă cu reducerea amenzii pentru primele două, în temeiul duratei mai mici a încălcării și al unei erori în baza de calcul al amenzii. Cele trei reclamante au formulat apel separat la Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) pentru anularea în tot sau pentru reducerea ulterioară a sancțiunii.

Principalele argumente ale reclamantelor din procedura principală

- 4 Ar lipsi atât dovada strategiei abuzive, cât și dovada capacității potențiale a comportamentelor de a exclude concurenți, în măsura în care:
 - includerea unui nume pe o listă de telemarketing nu ar exclude consumatorul de la concurență, nu ar determina nicio legătură sau angajament de furnizare și nici nu ar împiedica consumatorul care a consimțit să figureze pe alte liste să primească alte comunicări comerciale, să aleagă sau să își schimbe în orice moment, chiar în mai multe rânduri, furnizorul;
 - listele SEN ar fi fost nesemnificative în termeni cantitativi în raport cu dimensiunea pieței și cu clientela SEN; pe de altă parte, pe piață ar fi fost disponibile – și ar fi fost de asemenea utilizate – alte liste, mai cuprinzătoare și cu prețuri mai mici;

- în concret, utilizarea listelor SEN în cele două luni care s-au scurs între lansarea ofertei „Sempre con te” și decizia de închidere a canalului de vânzare nu ar fi procurat decât 478 de clienți, respectiv 0,002 % dintre utilizatorii SEN și 0,001 % dintre consumatorii de energie electrică;
 - Autoritatea nu ar fi luat în considerare probele oferite pentru a demonstra că comportamentul imputat nu era nici măcar susceptibil să producă efecte de restrângere a concurenței, pe lângă faptul că nu le produsese deloc.
- 5 În plus, din anul 2014, holdingul Enel ar fi trecut de la un model centralizat la unul în care societatea-mamă pur și simplu promovează sinergii și „best practices” între diferitele societăți operaționale, fără a mai avea un rol decizional. Prin urmare, societatea-mamă nu ar trebui să fie sancționată și cu atât mai puțin mai sever decât societățile operative însele.

Prezentare succintă a motivelor trimiterii preliminare

- 6 Piața relevantă este cea a vânzării cu amănuntul de energie electrică către consumatorii finali casnici și necasnici care au o dimensiune mai mică pe teritoriul pe care grupul Enel deține monopolul pentru distribuția energiei electrice. Poziția dominantă a Enel rezultă din cotele deținute permanent pe piața de referință și din controlul infrastructurilor care nu pot fi multiplicat, din legătura dintre diferitele segmente în cauză și din puterea financiară a structurii integrate vertical. Ceea ce se contestă este un abuz de excludere atipic în raport cu exemplele prevăzute la articolul 102 TFUE, în măsura în care urmărește să împiedice creșterea sau diversificarea ofertei întreprinderilor concurente.
- 7 Tema centrală a litigiului constă în a afla dacă comportamentul întreprinderii dominante este apt să conducă la rezultatul dorit de a-i elimina pe ceilalți operatori prezenți pe piața liberă prin pierderea bazei de clienți a SMT. Părțile au prezentat, în cursul procedurii antitrust, studii economice care urmăreau să demonstreze că comportamentul lor nu a produs în mod efectiv efecte de excludere. Autoritatea a colectat material de investigație pentru a demonstra existența intenției strategice a grupului de a reduce dezavantajul rezultat din depășirea SMT.
- 8 Pe aspectele astfel constatate se grefează întrebările instanței de trimitere. În lipsa unei mențiuni la articolul 102 TFUE și în norma națională care îl transpune, instanța solicită mai întâi (*prima întrebare preliminară*) să se stabilească dacă situația interzisă a „exploatării abuzive” trebuie să conștă în mod necesar în comportamente pe piață în mod obiectiv anticoncurențiale sau dacă constituie o astfel de exploatare efectul restrictiv sau potențial restrictiv al oricărui comportament, chiar perfect legal, pe care întreprinderea dominantă îl pune în aplicare în scopul de a-și consolida poziția. Astfel, comportamentul grupului Enel este în sine legal (pe plan civil), în măsura în care nu a fost contestată încălcarea niciunei norme specifice privind prelucrarea datelor cu caracter personal și întrucât listele SEN par să fi fost dobândite la prețul pieței.

- 9 Prin intermediul celei de *a doua întrebări*, aceeași instanță solicită să se stabilească care este efectiv efectul economic care se dorește a fi împiedicat prin interzicerea abuzului de poziție dominantă: reducerea bunăstării consumatorului (de exemplu în cazul creșterii prețurilor: Comunicarea 2009/C 45/02 a Comisiei) sau modificarea structurii, a varietății, a calității și a inovării pieței, astfel cum reiese dintr-o jurisprudență importantă a Curții.
- 10 În continuare, deși este adevărat, potrivit unei orientări jurisprudențiale consacrate, că încălcarea concurențială poate consta chiar și numai în încercarea de a împiedica concurența pe piață sau dezvoltarea acesteia, instanța de trimitere ridică problema dacă, în prezența unui comportament doar susceptibil de a produce efecte restrictive, proba că niciun efect restrictiv nu a avut loc în mod real poate, în orice caz, să fie admisă. În ipoteza unui răspuns afirmativ, se pune întrebarea dacă Autoritatea are obligația de a verifica punctual probele eventual prezentate de întreprindere pentru a demonstra incapacitatea concretă a comportamentului imputat de a exclude concurenții de pe piață (*a treia întrebare*).
- 11 Din altă perspectivă, trebuie să se înțeleagă relevanța motivului în evaluarea abuzului: intenția ilicită este de fapt nerelevantă, fiind astfel suficientă proba efectelor (chiar și potențiale), sau – viceversa – aceasta este relevantă până la punctul de a putea atribui chiar și în sine acțiunilor agentului efectele anticoncurențiale presupuse sau se aplică numai în cazul în care sarcina probei revine întreprinderii dominante, care va trebui să demonstreze că, dimpotrivă, efectul de excludere lipsește (*a patra întrebare*)?
- 12 Problema probei apare și în *a cincea și ultima întrebare*, în care se pune problema modului în care trebuie apreciată răspunderea întreprinderilor independente din punct de vedere juridic care se prezintă totuși pe piață ca o entitate colectivă sau comună: pentru a imputa caracterul nelegal unei singure întreprinderi este suficient ca aceasta să facă parte din grup și Autoritatea trebuie să demonstreze, așadar, numai că aceasta acționează în paralel cu celelalte sau este necesară proba, chiar și indirectă, a unei situații concrete de coordonare și de pregătire care privește în special societatea-mamă?