



Imprensa e Informação

Tribunal de Justiça
COMUNICADO DE IMPRENSA n.º 84/22

Luxemburgo, 12 de maio de 2022

Acórdão no processo C-377/20
Servizio Elettrico Nazionale e o.

O Tribunal de Justiça precisa os critérios para qualificar de abusiva uma posição dominante em matéria de práticas de exclusão, com fundamento nos efeitos anticoncorrenciais do comportamento de um operador histórico no contexto da liberalização do mercado da eletricidade

O processo inscreve-se no contexto da liberalização progressiva do mercado da venda de energia elétrica em Itália.

Embora, desde 1 de julho de 2007, todos os utilizadores da rede elétrica italiana, incluindo as famílias e as pequenas e médias empresas, possam escolher o seu fornecedor, num primeiro momento foi feita uma distinção entre clientes elegíveis para escolherem um fornecedor no mercado livre e clientes do mercado protegido, compostos por particulares e por pequenas empresas que continuavam a estar abrangidos por um regime regulamentado, a saber, o «servizio di maggior tutela» (serviço de melhor proteção), que comportava, designadamente, proteções especiais em matéria de preços. Foi apenas num segundo momento que estes últimos foram autorizados a participar no mercado livre.

Com vista a essa liberalização do mercado, a ENEL, uma empresa até então verticalmente integrada e titular do monopólio na produção de energia elétrica em Itália e que opera na distribuição desta, foi sujeita a um processo de dissociação das atividades de distribuição e de venda, bem como das marcas (*unbundling*). No termo desse processo, as diferentes etapas do processo de distribuição foram atribuídas a filiais distintas. Assim, foi confiado à E-Distribuzione o serviço de distribuição, a Enel Energia foi encarregada do fornecimento de eletricidade no mercado livre e foi atribuída à Servizio Elettrico Nazionale (SEN) a gestão do serviço de melhor proteção.

No termo de um inquérito conduzido pela Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), na sua qualidade de autoridade nacional da concorrência, esta adotou, em 20 de dezembro de 2018, uma decisão na qual declarou que era imputável à SEN e à Enel Energia, a partir do mês de janeiro de 2012 e até ao mês de maio de 2017, um abuso de posição dominante, em violação do artigo 102.º TFUE e, em consequência, aplicou-lhes solidariamente uma coima num montante de mais de 93 milhões de euros. O comportamento censurado consistiu em pôr em prática uma estratégia de exclusão que visava transferir a clientela da SEN, enquanto gestor histórico do mercado protegido, para a Enel Energia, que opera no mercado livre, com vista a suprir uma partida massiva dos clientes da SEN para novos fornecedores quando da abertura posterior à concorrência do mercado em questão. Para esse fim, segundo a decisão da AGCM, os clientes do mercado protegido foram, designadamente, convidados pela SEN a dar o seu consentimento em receber propostas comerciais relativas ao mercado livre segundo modalidades discriminatórias para as propostas dos concorrentes do grupo ENEL.

O montante da coima foi reduzido para cerca de 27,5 milhões de euros em execução das decisões judiciais proferidas em primeira instância no âmbito de recursos interpostos pela ENEL e pelas suas duas filiais da decisão da AGCM. Chamado a conhecer de um recurso interposto por estas mesmas sociedades, o **Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação**

jurisdicional, Itália) submeteu ao Tribunal de Justiça questões relativas à interpretação e à aplicação do artigo 102.º TFUE em matéria de práticas de exclusão.

Com o seu acórdão, o Tribunal de Justiça fornece clarificações sobre as condições nas quais o comportamento de uma empresa pode ser considerado, com fundamento nos seus efeitos anticoncorrenciais, constitutivo de um abuso de posição dominante, quando esse comportamento assenta na exploração de recursos ou de meios próprios à detenção de tal posição no contexto da liberalização de um mercado. Nesta ocasião, o Tribunal delimita os critérios de apreciação pertinentes bem como o alcance do ónus da prova que incumbe à autoridade nacional da concorrência em questão que tenha adotado uma decisão com fundamento no artigo 102.º TFUE.

Apreciação do Tribunal de Justiça

Em resposta às questões relativas ao interesse protegido pelo artigo 102.º TFUE, **o Tribunal de Justiça precisa, em primeiro lugar, os elementos próprios para caracterizar a exploração abusiva de uma posição dominante.** Para este efeito, observa, por um lado, que o bem-estar dos consumidores, tanto intermediários como finais, deve ser visto como o objetivo último que justifica a intervenção do direito da concorrência para reprimir a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. No entanto, uma autoridade da concorrência respeita o ónus da prova que lhe incumbe se demonstrar que uma prática de uma empresa em posição dominante é suscetível de pôr em causa, utilizando recursos ou meios diferentes dos que regem uma competição normal, uma estrutura de concorrência efetiva, sem ter de demonstrar que a referida prática tem, além disso, capacidade para causar um prejuízo direto aos consumidores. A empresa dominante em causa pode, no entanto, escapar à proibição enunciada no artigo 102.º TFUE demonstrando que o efeito de exclusão que pode resultar da prática em causa é contrabalançado, ou mesmo superado, por efeitos positivos para os consumidores.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça recorda que só se pode considerar que um comportamento de uma empresa em posição dominante tem caráter abusivo na condição de se ter demonstrado a sua capacidade para restringir a concorrência, concretamente, para produzir os efeitos de exclusão censurados. Em contrapartida, essa qualificação não exige que se demonstre que o resultado esperado de tal comportamento, que visava excluir os seus concorrentes do mercado em questão, foi alcançado. Nestas condições, a prova produzida por uma empresa em posição dominante da inexistência de efeitos de exclusão concretos não pode ser considerada suficiente, por si só, para afastar a aplicação do artigo 102.º TFUE. Em contrapartida, este elemento pode constituir um indício da incapacidade do comportamento em causa para produzir os efeitos de exclusão alegados, desde que seja corroborado por outros elementos de prova destinados a demonstrar essa incapacidade.

Em segundo lugar, no que respeita às dúvidas manifestadas pelo órgão jurisdicional quanto à tomada em consideração de uma eventual intenção da empresa em causa, o Tribunal de Justiça recorda que a existência de uma prática de exclusão abusiva por uma empresa em posição dominante deve ser apreciada com fundamento na capacidade dessa prática para produzir efeitos anticoncorrenciais. Daqui decorre que uma autoridade da concorrência não é obrigada a provar a intenção da empresa em causa de excluir os seus concorrentes através de meios ou de recursos diferentes dos que regulam uma concorrência pelo mérito. O Tribunal de Justiça precisa, porém, que a prova de tal intenção constitui, no entanto, uma circunstância factual suscetível de ser tida em conta para efeitos da determinação de um abuso de posição dominante.

Em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça fornece os elementos de interpretação solicitados pelo órgão jurisdicional nacional com vista à aplicação do artigo 102.º TFUE a fim de distinguir, entre as práticas levadas a cabo por uma empresa em posição dominante que assentam na exploração lícita à margem do direito da concorrência, de recursos ou de meios próprios à detenção de tal posição, as que poderiam escapar à proibição enunciada neste artigo, na medida em que estariam abrangidas por uma concorrência normal, e as que, pelo contrário, seriam de considerar «abusivas» na aceção desta disposição.

A este respeito, o Tribunal de Justiça começa por recordar que o carácter abusivo dessas práticas pressupõe que estas tenham tido a capacidade para produzir os efeitos de exclusão descritos na decisão impugnada. É certo que empresas em posição dominante, independentemente das causas de tal posição, podem defender-se dos seus concorrentes, mas devem fazê-lo recorrendo unicamente aos meios próprios de uma concorrência «normal», isto é, baseada no mérito. Ora, uma prática que não pode ser adotada por um hipotético concorrente igualmente eficaz no mercado em causa, na medida em que assenta na exploração de recursos ou de meios próprios à detenção de uma posição dominante, não se pode considerar abrangida por uma concorrência baseada no mérito. Nestas condições, quando uma empresa perde o monopólio legal que detinha anteriormente num mercado, deve abster-se, durante toda a fase de liberalização desse mercado, de recorrer a meios de que dispunha ao abrigo do seu antigo monopólio e que, a esse título, não estão à disposição dos seus concorrentes, para conservar, de um modo diferente do seu próprio mérito, uma posição dominante no mercado em causa recentemente liberalizado.

Dito isto, tal prática pode escapar à proibição enunciada no artigo 102.º TFUE se a empresa em posição dominante em questão demonstrar que essa prática era objetivamente justificada por circunstâncias externas à empresa e proporcionada a essa justificação ou contrabalançada ou mesmo superada por ganhos em termos de eficácia que aproveitam igualmente aos consumidores.

Em quarto lugar, convidado pelo órgão jurisdicional nacional a precisar as condições que permitem imputar a responsabilidade do comportamento de uma filial à sua sociedade-mãe, o Tribunal de Justiça declara que, quando uma posição dominante é explorada de maneira abusiva por uma ou várias filiais pertencentes a uma unidade económica, a existência dessa unidade é suficiente para considerar que a sociedade-mãe também é responsável por esse abuso. A existência de tal unidade deve ser presumida se, no momento dos factos, pelo menos a quase totalidade do capital dessas filiais fosse detida, direta ou indiretamente, pela sociedade-mãe. Em tais condições, a autoridade da concorrência não tem de apresentar provas suplementares, a menos que a sociedade-mãe demonstre que não tinha o poder de definir os comportamentos das suas filiais, agindo estas de maneira autónoma.

NOTA: O reenvio prejudicial permite aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, no âmbito de um litígio que lhes seja submetido, interrogar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade de um ato da União. O Tribunal não resolve o litígio nacional. Cabe ao órgão jurisdicional nacional decidir o processo em conformidade com a decisão do Tribunal. Esta decisão vincula do mesmo modo os outros órgãos jurisdicionais nacionais aos quais seja submetido um problema semelhante.

Documento não oficial, para uso exclusivo dos órgãos de informação, que não vincula o Tribunal de Justiça.

O [texto integral](#) do acórdão é publicado no sítio CURIA no dia da prolação.

Contacto Imprensa: Cristina López Roca ☎ (+352) 4303 3667.