



## **L'avocat général Rantos précise les critères pour qualifier d'abusives une exploitation de position dominante en matière de pratiques d'éviction**

*Un opérateur historique peut mettre en place des pratiques visant à maintenir sa clientèle, même dans le cadre d'un processus de libéralisation, mais ne doit pas avoir recours à des pratiques qui, par l'exploitation des avantages émanant du monopole légal, sont susceptibles de produire des effets d'éviction pour les nouveaux concurrents considérés comme étant aussi efficaces*

L'affaire s'inscrit dans le cadre du processus de libéralisation du marché de la fourniture au détail de l'énergie électrique en Italie. Enel S.p.A., l'entreprise verticalement intégrée titulaire du monopole dans la production d'énergie électrique en Italie et active dans la distribution de celle-ci, a été soumise à une procédure de dissociation (*unbundling*), afin de garantir des conditions d'accès transparentes et non discriminatoires aux infrastructures essentielles de production et de distribution. À la suite de cette procédure, les différentes phases du processus de distribution ont été attribuées à des entreprises distinctes.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) a mené une enquête sur la prétendue stratégie mise en œuvre par les trois sociétés du groupe Enel visant, en substance, à rendre plus difficile l'entrée des concurrents sur le marché libéralisé. À l'issue de cette enquête, l'AGCM a adopté une décision constatant que ces sociétés s'étaient rendues coupables d'un abus de position dominante en violation de l'article 102 TFUE. Plus précisément, sous la coordination de la société mère Enel, Servizio Elettrico Nazionale S.p.A. (SEN), gestionnaire notamment du « service de meilleure protection », à savoir du marché protégé de fourniture des clients dits « captifs », composés des particuliers et des petites entreprises, et Enel Energia S.p.A. (EE), fournisseur d'électricité sur le marché libre, auraient mis en œuvre une stratégie d'éviction du marché libre consistant dans l'utilisation discriminatoire de données relatives à la clientèle du marché protégé, qui, avant la libéralisation, étaient disponibles à SEN, permettant ainsi de lancer des offres commerciales auprès de cette clientèle aux fins de « faire transiter » ladite clientèle au sein du groupe, à savoir de SEN vers EE.

En conséquence, l'AGCM a infligé solidairement aux sociétés précitées une amende, dont le montant a été ensuite réduit à la somme de 27 529 786,46 euros par le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional du Latium, Italie).

Saisi par les sociétés du groupe Enel, le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie) a posé à la Cour des questions relatives à l'interprétation et à l'application de **l'article 102 du TFUE** en matière de pratiques d'éviction.

Dans ses conclusions présentées ce jour, l'avocat général Athanasios Rantos relève, tout d'abord, que cette affaire donne à la Cour l'occasion de se pencher sur une problématique plus large de l'application de l'article 102 TFUE aux marchés libéralisés, à savoir lorsque le comportement abusif trouve appui sur un avantage concurrentiel qu'un opérateur historique a légitimement « hérité » de son monopole légal, tel que la clientèle. Ensuite, il observe que la Cour pourra cristalliser sa jurisprudence issue des arrêts *TeliaSonera*<sup>1</sup>, *Post Danmark I*<sup>2</sup> et *II*<sup>3</sup>, *Intel*<sup>4</sup>, et

<sup>1</sup> Arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, [C-52/09](#).

<sup>2</sup> Arrêt du 27 mars 2012, *Post Danmark*, [C-209/10](#).

Generics (UK) <sup>5</sup> dans lesquels celle-ci s'est montrée ouverte à une approche moins formelle pour apprécier le caractère abusif d'un comportement. Enfin, il estime que les indications apportées pourront s'avérer utiles dans l'appréciation des comportements liés à l'utilisation de données au regard de l'article 102 TFUE.

S'agissant de la notion d'« **exploitation abusive** », l'avocat général souligne, tout d'abord, qu'elle est fondée sur l'appréciation objective de la capacité d'un comportement à restreindre la concurrence, sans que la qualification juridique de ce comportement dans d'autres branches du droit soit décisive. Partant, la légalité du comportement en cause au principal au regard du droit civil et des règles régissant le traitement des données à caractère personnel ne saurait exclure la qualification du comportement d'abusif, au sens de l'article 102 TFUE.

Ensuite, il observe que, dans le cadre de pratiques d'éviction, le comportement sanctionné par l'article 102 TFUE est celui qui fait obstacle au maintien du degré de concurrence sur le marché ou au développement de celle-ci. Il s'ensuit que la capacité de produire un effet restrictif sur le marché, tel qu'un effet d'éviction anticoncurrentiel, constitue l'élément essentiel pour la qualification d'un comportement d'abusif. Toutefois, un effet d'éviction ne porte pas nécessairement atteinte au jeu de la concurrence, dans la mesure où, par définition, la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces. Partant, pour qu'un comportement soit qualifié d'abusif, il faut qu'il soit susceptible de produire un effet restrictif sur le marché de référence. À cet égard, l'avocat général Rantos constate que la démonstration qu'une entreprise dominante a recouru à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence « normale » ne se réfère pas à un « élément d'illégalité complémentaire » par rapport à l'exigence de la démonstration d'un effet d'éviction anticoncurrentiel. En effet, selon lui, ces deux exigences s'inscrivent dans le cadre d'une seule et même analyse.

Répondant à la demande de la juridiction de renvoi de tracer une ligne de démarcation entre les pratiques qui relèvent d'une concurrence « normale » (à laquelle il y a lieu d'attribuer la même signification que « la concurrence par les mérites ») et celles qui n'en relèvent pas, l'avocat général fait remarquer que la notion de « concurrence par les mérites » ne se rattache pas à une forme précise de pratique et ne saurait être définie de sorte à permettre de déterminer, en amont, si un comportement relève ou pas d'une telle concurrence. Partant, une pratique décrite comme « atypique », telle que celle en cause au principal, qui ne se rattache pas à une pratique énumérée à l'article 102 TFUE est susceptible, elle aussi, de constituer une pratique abusive. En effet, la question de savoir si une pratique d'éviction relève des moyens conformes à une concurrence par les mérites est strictement liée au contexte factuel, juridique et économique de cette pratique. Toutefois, des éléments communs peuvent être dégagés de la jurisprudence de la Cour. Premièrement, la « concurrence par les mérites » doit être interprétée en étroite corrélation avec le principe selon lequel l'entreprise en position dominante est investie d'une « responsabilité particulière » de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective. À cet égard, l'avocat général souligne que cette « responsabilité particulière » s'applique à toutes les entreprises dominantes, y compris les opérateurs historiques précédemment détenteurs qu'un monopole, tels qu'Enel. Deuxièmement, un comportement qui s'écarte manifestement des pratiques habituelles du marché pourrait être considéré comme un élément factuel pertinent aux fins de l'appréciation du caractère abusif. Troisièmement, sans prétention d'exhaustivité, il remarque que les comportements qui ne relèvent pas de la notion de « concurrence par les mérites » se caractérisent généralement par le fait qu'il ne se fondent pas sur des raisons économiques évidentes ou objectives. Quatrièmement, cette notion vise, de manière générale, une situation de concurrence dont les consommateurs tirent profit par des prix moins élevés, une qualité meilleure et un choix plus vaste de biens et services nouveaux ou plus performants.

Enfin, l'avocat général estime que, en l'occurrence, les opérateurs historiques, dès lors qu'ils sont soumis à la libre concurrence, doivent eux aussi pouvoir optimiser leurs profits. Ainsi, Enel est tout

---

<sup>3</sup> Arrêt du 6 octobre 2015, Post Danmark , [C-23/14](#).

<sup>4</sup> Arrêt du 6 septembre 2017, Intel/Commission, [C-413/14 P](#) (voir le [CP n° 90/17](#)).

<sup>5</sup> Arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK) e.a., [C-307/18](#) (voir le [CP n° 8/20](#)).

à fait autorisée, voire attendue, de mettre en place des pratiques visant à maintenir sa clientèle, mais, du fait de sa « responsabilité particulière », ne doit pas avoir recours à des pratiques qui, par l'exploitation des avantages émanant du monopole légal, sont susceptibles de produire des effets d'éviction pour les nouveaux concurrents considérés comme étant aussi efficaces. Il est donc pertinent d'apprécier, selon l'avocat général, la capacité des concurrents d'imiter les comportements de l'entreprise dominante et, notamment, de vérifier si, sur la base des informations présumées connues par Enel, les concurrents auraient pu avoir accès, de manière économiquement viable, à des données comparables, quant à leur utilité, à celles des données relatives à la clientèle du marché protégé d'Enel. Cet examen peut être révélateur de l'aptitude potentielle du comportement d'Enel à produire ou non des effets de cloisonnement et, dès lors, de sa conformité avec une concurrence par les mérites.

En ce qui concerne l'**intérêt protégé** par l'article 102 TFUE, l'avocat général indique que l'article 102 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il vise à interdire non seulement les pratiques d'éviction qui peuvent causer un préjudice immédiat aux consommateurs, ce qui constitue l'objectif ultime de cette disposition, mais également les comportements qui peuvent leur porter atteinte indirectement, du fait de leur incidence sur la structure du marché. Il incombe aux autorités de la concurrence de démontrer qu'une telle pratique d'éviction porte atteinte à la structure de concurrence effective, tout en vérifiant qu'elle est également susceptible de causer un préjudice actuel ou potentiel à ces consommateurs.

Pour ce qui est de l'**établissement de l'existence d'une violation** de l'article 102 TFUE, l'avocat général estime qu'une autorité de la concurrence est tenue de démontrer, au regard de l'ensemble des circonstances pertinentes, et compte tenu notamment des éléments de preuve invoqués par l'entreprise dominante, que le comportement de cette entreprise avait la capacité de restreindre la concurrence. À cet égard, il serait contraire à la logique inhérente de cette disposition, qui est de nature également préventive, de devoir attendre que les effets anticoncurrentiels se produisent sur le marché pour pouvoir légalement constater l'abus. Partant, des preuves avancées ex post par une entreprise aux fins d'indiquer l'absence d'effets anticoncurrentiels ne peuvent pas avoir une fonction exonératoire ni transférer la charge de la preuve à l'autorité de la concurrence, de sorte à lui imposer la charge de démontrer la matérialisation concrète d'un dommage découlant du comportement reproché. Toutefois, d'un point de vue procédural, ce type de preuves doit être pris en compte par une autorité de la concurrence. Quant à la valeur probante de ce type de preuve, celle-ci varie en fonction de la condition que la théorie de préjudice est fondée sur un risque d'éviction ayant des effets actuels ou potentiels, le manque d'effets réels sur la concurrence étant moins pertinent dans le second cas de figure. Au demeurant, l'absence d'effets réels est susceptible de corroborer un argument selon lequel la pratique en cause n'était pas de nature, même théorique, à nuire aux concurrents, de sorte que la théorie du préjudice s'avère purement hypothétique, notamment lorsque le comportement en cause est ancien et prend fin avant l'enquête.

Ensuite, l'avocat général rappelle que l'exploitation abusive d'une position dominante est une notion objective, en dehors de toute faute, et que, aux fins de son application, il n'est nullement requis d'établir l'existence d'une **intention anticoncurrentielle** à l'égard de l'entreprise dominante. Selon lui, pour qualifier une pratique d'éviction d'une entreprise dominante d'abus, il n'est pas nécessaire d'établir son intention subjective d'exclure ses concurrents. Cette intention peut néanmoins être prise en compte, en tant que circonstance factuelle, notamment, pour établir que ce comportement est capable de restreindre la concurrence. Si les autorités de la concurrence peuvent utiliser ce type de preuve afin de corroborer l'existence d'un abus, les entreprises concernées doivent, elles aussi, pouvoir utiliser des documents internes au soutien de l'absence d'une intention d'éviction. Or, une telle preuve, de nature négative, est difficile à apporter, et, à la supposer établie, ne saurait, en soi, démontrer l'absence d'un abus.

Enfin, s'agissant de l'imputabilité de la **responsabilité du comportement d'une filiale à la société mère**, l'avocat général rappelle que l'appartenance d'une société mère à un groupe de sociétés composé notamment par des filiales détenues à 100 % qui ont directement participé à un comportement abusif, au sens de l'article 102 TFUE, est suffisante pour présumer qu'elle a exercé une influence déterminante sur la politique de ces filiales, de sorte qu'une autorité de la

concurrence pourrait lui imputer la responsabilité de ce comportement sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve d'un concours de cette dernière à la pratique abusive. La charge de renverser cette présomption réfragable, en produisant des éléments de preuve permettant de démontrer que les filiales se sont comportées de manière autonome sur le marché, incombe à ladite société mère. Dans un tel cas, une autorité de la concurrence a l'obligation d'exposer de manière adéquate les raisons pour lesquelles elle considère que ces éléments ne sont pas suffisants pour renverser ladite présomption, à moins qu'elle estime que ces éléments de preuve sont manifestement hors de propos, dépourvus de signification ou clairement secondaires.

---

**RAPPEL** : Les conclusions de l'avocat général ne lient pas la Cour de justice. La mission des avocats généraux consiste à proposer à la Cour, en toute indépendance, une solution juridique dans l'affaire dont ils sont chargés. Les juges de la Cour commencent, à présent, à délibérer dans cette affaire. L'arrêt sera rendu à une date ultérieure.

**RAPPEL** : Le renvoi préjudiciel permet aux juridictions des États membres, dans le cadre d'un litige dont elles sont saisies, d'interroger la Cour sur l'interprétation du droit de l'Union ou sur la validité d'un acte de l'Union. La Cour ne tranche pas le litige national. Il appartient à la juridiction nationale de résoudre l'affaire conformément à la décision de la Cour. Cette décision lie, de la même manière, les autres juridictions nationales qui seraient saisies d'un problème similaire.

---

*Document non officiel à l'usage des médias, qui n'engage pas la Cour de justice.*

Le [texte intégral](#) des conclusions est publié sur le site CURIA le jour de la lecture.

Contact presse : Amanda Nouvel 📞 (+352) 4303 2524.