



Repertoriul jurisprudenței

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
DOMNUL ATHANASIOS RANTOS
prezentate la 9 decembrie 2021¹

Cauza C-377/20

**Servizio Elettrico Nazionale SpA,
ENEL SpA,
Enel Energia SpA
împotriva
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,
cu participarea
Eni Gas e Luce SpA,
Eni SpA,
Axpo Italia SpA,
Gala SpA,
E.Ja SpA,
Green Network SpA,
Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET,
Ass.ne Codici – Centro per i Diritti del Cittadino,
Associazione Energia Libera,
Metaenergia SpA**

[cerere de decizie preliminară formulată de Consiglio di Stato (Consiliul de Stat, Italia)]

„Trimitere preliminară – Concurență – Poziție dominantă – Folosire abuzivă – Articolul 102 TFUE – Deschidere către concurență a pieței vânzării de energie electrică – Utilizare de informații sensibile din punct de vedere comercial în cadrul unui grup de întreprinderi dominant – Imputabilitate a comportamentului filialei în sarcina societății-mamă”

I. Introducere

1. Prezenta cerere de decizie preliminară ridică un număr considerabil de întrebări referitoare la interpretarea și la aplicarea articolului 102 TFUE în ceea ce privește practicile de excludere abuzive ale întreprinderilor dominante.

¹ Limba originală: franceza.

2. În speță, comportamentul în discuție în litigiul principal, examinat de Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (denumită în continuare „AGCM”)², se înscrie în contextul deschiderii pieței furnizării de energie electrică în Italia și ia forma unei preținse strategii puse în aplicare de trei societăți din grupul ENEL SpA (operatorul tradițional) care urmărește în esență să facă mai dificilă intrarea concurenților pe piața liberalizată. Mai precis, această strategie ar fi constat în utilizarea discriminatorie a unor date referitoare la clientela de pe piața protejată, care, înainte de liberalizare, erau disponibile pentru Servizio Elettrico Nazionale SpA (denumită în continuare „SEN”), una dintre societățile grupului ENEL, în calitatea sa de operator al acestei piețe. Obiectivul urmărit ar fi fost acela de a utiliza datele în cauză pentru a lansa oferte comerciale către clientela pieței menționate în scopul tranzitării acestei clientele în cadrul grupului ENEL, și anume de la SEN către filiala grupului activă pe piața liberă, și anume Enel Energia SpA (denumită în continuare „EE”). Acest fapt ar fi permis evitarea plecării masive a clientelei respective către furnizori terți, în perspectiva eliminării pieței protejate.

3. În acest context, instanța de trimitere solicită Curții să precizeze anumite aspecte ale noțiunii de „folosire abuzivă”, în sensul articolului 102 TFUE, și anume:

- elementele constitutive ale unui comportament abuziv care permit trasarea unei linii de demarcație între practicile care țin de concurența numită „normală” și a celor care țin de concurența „denaturată”;
- pe un plan mai filozofic, interesele protejate la articolul 102 TFUE pentru a determina elementele de probă care trebuie luate în considerare la aprecierea existenței unui comportament abuziv;
- admisibilitatea și relevanța probelor prezentate *ex post* de întreprinderile dominante care demonstrează lipsa efectelor reale ale unui comportament pretins abuziv în scopul contestării capacității acestui comportament de a produce efecte de restrângere a concurenței și
- relevanța intenției de restrângere a concurenței în aprecierea caracterului abuziv al unui comportament.

4. Deși jurisprudența existentă oferă elemente de referință pentru a da răspunsuri utile la aceste întrebări, cauza de față prezintă caracteristici care îi conferă un interes deosebit.

5. Mai întâi, comportamentul în discuție în litigiul principal este descris în mod corect de instanța de trimitere ca fiind „atipic”, întrucât nu se raportează la comportamentele enumerate la articolul 102 TFUE și nu constituie un tip de comportament care face sistematic obiectul unei analize în practica decizională națională sau a Comisiei Europene. În această privință, observăm că instanțele Uniunii au avut ocazia să aplice articolul 102 TFUE în cadrul piețelor liberalizate pentru a garanta un acces echitabil noilor întreprinderi pe piața liberalizată. Majoritatea acestor cauze se refereau însă la comportamente puse în aplicare în cadrul unor litigii aferente industriilor de rețea de către operatorul tradițional, care constituiau practici de excludere de ordin

² Autoritatea de Supraveghere a Concurenței și a Pieței națională, Italia.

tarifar³. Astfel, prezenta cauză oferă Curții ocazia de a analiza o problemă mai largă a aplicării articolului 102 TFUE în cazul piețelor liberalizate, și anume atunci când comportamentul abuziv se sprijină pe un avantaj concurențial pe care un operator istoric l-a „moștenit” în mod legitim din monopolul său legal anterior, precum imaginea de marcă, notorietatea sau clientela⁴.

6. În continuare, prezenta cauză va permite Curții să își cristalizeze jurisprudența recentă rezultată din Hotărârile TeliaSonera⁵, Post Danmark I și II⁶, Intel⁷, Generics (UK)⁸ și Deutsche Telekom II, în care aceasta s-a arătat deschisă unei abordări mai puțin formale pentru a aprecia caracterul abuziv al unui comportament, pe baza unei examinări a efectelor, și luând în considerare atât caracteristicile juridice ale comportamentului în discuție, cât și contextul economic în care se înscrie. Mai precis, această cauză oferă Curții ocazia de a preciza dacă anumite principii care provin din această jurisprudență recentă referitoare la practicile de excludere tarifară, și în special criteriul „concurentului la fel de eficient”, se pot aplica în cadrul unor comportamente de excludere netarifare, precum cel din litigiul principal.

7. În sfârșit, prezenta cauză prezintă un interes deosebit, întrucât se înscrie în cadrul unui tip de comportament legat de utilizarea abuzivă a bazelor de date, în prezent un indicator foarte important al puterii pe anumite piețe, chiar dincolo de cadrul economiei digitale. Prin urmare, indicațiile oferite se vor putea dovedi utile în viitor pentru a aprecia comportamentele legate de utilizarea datelor în raport cu articolul 102 TFUE.

II. Litigiul principal, întrebările preliminare și procedura în fața Curții

8. Prezenta cauză se înscrie în cadrul procesului progresiv de liberalizare a pieței furnizării cu amănuntul de energie electrică în Italia.

9. Într-o primă etapă, deschiderea acestei piețe a fost caracterizată printr-o distincție între, pe de o parte, clienții numiți „eligibili” să aleagă un alt furnizor pe o altă piață liberă decât distribuitorul lor competent din punct de vedere teritorial și, pe de altă parte, clienții numiți „captivi”, din care fac parte particularii și întreprinderile mici care, fiind considerați ca nefiind în măsură să negocieze produsele energetice în deplină cunoștință de cauză sau în poziție de forță, au beneficiat de un regim reglementat, și anume „servizio di maggior tutela” (serviciul de protecție sporită), cu alte cuvinte o piață protejată supusă controlului unei autorități naționale de reglementare sectorială în ceea ce privește definirea condițiilor de vânzare.

³ A se vedea Hotărârea din 2 aprilie 2009, France Télécom/Comisia (C-202/07 P, denumită în continuare „Hotărârea France Télécom”, EU:C:2009:214), Hotărârea din 14 octombrie 2010, Deutsche Telekom/Comisia (C-280/08 P, denumită în continuare „Hotărârea Deutsche Telekom I”, EU:C:2010:603), Hotărârea din 27 martie 2012, Post Danmark (C-209/10, denumită în continuare „Hotărârea Post Danmark I”, EU:C:2012:172), Hotărârea din 25 martie 2021, Deutsche Telekom/Comisia (C-152/19 P, denumită în continuare „Hotărârea Deutsche Telekom II”, EU:C:2021:238), precum și Hotărârea din 29 martie 2012, Telefónica și Telefónica de España/Comisia (T-336/07, EU:T:2012:172), și Hotărârea din 17 decembrie 2015, Orange Polska/Comisia (T-486/11, EU:T:2015:1002). Aceste cauze privesc adesea și încălcarea articolului 106 alineatul (1) TFUE coroborat cu articolul 102 TFUE [a se vedea Hotărârea din 25 martie 2015, Slovenská pošta/Comisia (T-556/08, EU:T:2015:189), și Hotărârea din 15 decembrie 2016, DEI/Comisia (T-169/08 RENV, EU:T:2016:733)].

⁴ Pentru un exemplu din practica decizională națională, a se vedea Decizia nr. 13-D-20 din 17 decembrie 2013 a autorității de concurență franceze referitoare la practici puse în aplicare de EDF în sectorul serviciilor destinate producției de energie electrică fotovoltaică (punctele 286-293 și 294-296).

⁵ Hotărârea din 17 februarie 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, denumită în continuare „Hotărârea TeliaSonera”, EU:C:2011:83).

⁶ Hotărârea din 6 octombrie 2015, Post Danmark (C-23/14, denumită în continuare „Hotărârea Post Danmark II”, EU:C:2015:651).

⁷ Hotărârea din 6 septembrie 2017, Intel/Comisia (C-413/14 P, denumită în continuare „Hotărârea Intel”, EU:C:2017:632).

⁸ Hotărârea din 30 ianuarie 2020, Generics (UK) și alții [C-307/18, denumită în continuare „Hotărârea Generics (UK)”, EU:C:2020:52].

10. Într-o a doua etapă, clienții „captivi” au fost de asemenea autorizați în mod progresiv să participe la piața liberă. Legiuitorul italian a avut în vedere tranziția definitivă a pieței protejate către piața liberă – unde aceștia din urmă ar putea selecta în mod liber oferta considerată cea mai adaptată la nevoile lor în afara oricărei protecții – stabilind data de la care protecțiile speciale în materie de prețuri nu vor mai fi disponibile. După mai multe amânări, data de tranziție a fost stabilită la 1 ianuarie 2021 pentru întreprinderile mici și mijlocii și la 1 ianuarie 2022 pentru gospodăriile.

11. În acest context, ENEL, întreprinderea integrată vertical, titulară a monopolului în producția de energie electrică în Italia și activă în distribuția acesteia, a fost supusă unei proceduri de separare („unbundling”), pentru a garanta condiții de acces transparente și nediscriminatorii la infrastructurile esențiale de producție și de distribuție. În urma acestei proceduri, diferitele faze ale procesului de distribuție au fost atribuite unor întreprinderi distincte, și anume: E-Distribuzione, concesionar al serviciului de distribuție, EE, furnizor de energie electrică pe piața liberă, și SEN, gestionar în special al „serviciului de protecție sporită”, în care E-Distribuzione este concesionarul serviciului de distribuție.

12. Prezentul litigiu are la origine o plângere primită de AGCM, depusă de Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader [Asociația italiană a Angrosiștilor și a Comercianților cu Energie (denumită în continuare „AIGET”), și avertismentele emise de consumatori individuali privind denunțarea exploatării ilicite a unor informații sensibile din punct de vedere comercial de către operatori care dispun de aceste date ca urmare a apartenenței lor la grupul ENEL. Astfel, AGCM a deschis la 4 mai 2017 o anchetă împotriva ENEL, SEN și EE pentru a verifica dacă comportamentele comune ale societăților în cauză constituiau o încălcare a articolului 102 TFUE.

13. Această anchetă s-a încheiat prin adoptarea deciziei din 20 decembrie 2018 (denumită în continuare „decizia în litigiu”), prin care AGCM a constatat că SEN și EE, sub coordonarea societății-mamă ENEL, se făceau vinovate, începând din luna ianuarie 2012 și până în luna mai 2017, de un abuz de poziție dominantă, cu încălcarea articolului 102 TFUE pe piețele de vânzare a energiei electrice către utilizatorii casnici și necasnici racordați la rețeaua de joasă tensiune, în zonele în care grupul ENEL gestiona activitatea de distribuție (denumită în continuare „piața relevantă”). În consecință, AGCM a aplicat în solidar societăților menționate anterior o amendă în cuantum de 93 084 790,50 euro.

14. Comportamentul reproșat a constat în punerea în aplicare a unei strategii de excludere pe piața relevantă în scopul de a „asigura tranziția” clientelei SEN (gestionar al pieței protejate) către EE (activă pe piața liberă). Obiectivul grupului ENEL ar fi fost în special acela de a evita o plecare masivă a utilizatorilor SEN către furnizori terți, în perspectiva eliminării (care încă nu a intervenit ca atare) de pe piața protejată care, potrivit modalităților discutate în proiectele de lege începând cu anul 2015, ar putea implica o schimbare a repartizării acestor utilizatori prin intermediul unor „licitații”.

15. În acest scop, potrivit AGCM, în primul rând, SEN ar fi obținut consimțământul clienților săi de pe piața protejată să primească oferte comerciale pe piața liberă potrivit unor „modalități discriminatorii” care constau în solicitarea acestui consimțământ în mod separat pentru societățile din grupul ENEL, pe de o parte, și pentru terți, pe de altă parte. În acest mod, clienții solicitați ar fi avut tendința, pe de o parte, să își dea acordul în favoarea societăților din grupul ENEL, fiind efectiv determinați să creadă că acordarea unui astfel de consimțământ era necesară și utilă pentru gestionarea raportului contractual cu furnizorul lor, și, pe de altă parte, să refuze să își dea consimțământ în favoarea altor operatori. SEN ar fi aplicat astfel o limită cantitativă

numărului de date personale accesibile operatorilor concurenți ai EE pe piața liberă, numărul de consimțăminte pentru primirea de oferte comerciale propuse și din partea unor operatori concurenți reprezentând numai 30 % din totalul consimțămintelor obținute. Numele clienților de pe piața protejată care au acceptat să primească oferte comerciale au fost înscrise în liste specifice (denumite în continuare „listele SEN”).

16. În al doilea rând, strategia de excludere s-ar fi materializat prin utilizarea de către EE a listelor SEN pentru lansarea unor oferte comerciale către clientela protejată (și anume oferta „Sempre con Te”), în vederea asigurării tranziției acestei clientele de pe piața protejată către piața liberă. Astfel, ENEL ar fi transferat către filiala sa EE, prin intermediul SEN, listele SEN în condiții inaccesibile concurenților. Potrivit AGCM, aceste liste SEN ar avea o „valoare strategică de neînlocuit”, din cauza informațiilor, care nu pot fi găsite în altă parte, și anume apartenența utilizatorilor la „Serviciul de protecție sporită”, care permite EE să formuleze oferte care vizează numai această categorie de clienți. În plus, utilizarea listelor SEN menționate ar fi avut un „simplu potențial restrictiv” în măsura în care ar fi permis EE să sustragă de la concurenții săi o parte semnificativă (mai mare de 40 %) din „cererea disputabilă” a clienților care tranzitau piața protejată către piața liberă.

17. Societățile din grupul ENEL au formulat acțiuni separate împotriva deciziei în litigiu la Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunalul Administrativ Regional din Lazio, Italia), instanța de prim grad de jurisdicție.

18. Prin hotărârile din 17 octombrie 2019, această instanță, constatând totodată existența unui abuz de poziție dominantă, a admis în parte acțiunile introduse de EE și de SEN în ceea ce privește durata pretinsului abuz și criteriile utilizate pentru calculul amenzii. În executarea acestor hotărâri, AGCM a redus cuantumul amenzii la 27 529 786,46 euro. În schimb, instanța menționată a respins în totalitate acțiunea formulată de ENEL și a confirmat de asemenea sancțiunea aplicată.

19. Aceste trei societăți au declarat apel separat împotriva respectivelor hotărâri la Consiglio di Stato (Consiliul de Stat, Italia), instanța de trimitere, având ca obiect anularea deciziilor de aplicare a amenzilor sau, cu titlu subsidiar, o nouă reducere a amenzii.

20. În susținerea apelului, apelantele au invocat, printre altele, în primul rând, lipsa dovezii privind caracterul abuziv al comportamentului lor și în special privind aptitudinea (potențială) de a produce efecte de excludere anticoncurențiale.

21. Mai întâi, simpla înscriere a numelui unui client într-o listă de telemarketing în scopul promovării serviciilor unor filiale nu ar constitui un comportament abuziv, întrucât aceasta nu ar implica niciun angajament cu privire la aprovizionare și nu ar împiedica un client să figureze pe alte liste, să primească mesaje comerciale și să aleagă sau să schimbe în orice moment, inclusiv de mai multe ori, furnizorul.

22. În continuare, potrivit apelantelor, utilizarea listelor SEN nu putea permite o trecere rapidă și în masă a clienților SEN la EE. Astfel, între luna martie și luna mai 2017, singurele două luni care au trecut între lansarea ofertei „Sempre con Te” și închiderea vânzărilor prin telefon („teleselling outbound”), EE ar fi obținut, prin utilizarea listelor SEN, doar 478 de clienți, și anume 0,002 % dintre utilizatorii „Serviciului de protecție sporită” și 0,001 % din totalul utilizatorilor de energie electrică. Pe de altă parte, AGCM nu ar fi examinat elementele de probă economice furnizate de apelante, care demonstau că comportamentele constatate nu erau susceptibile să producă – și nu au produs – efecte de restrângere a concurenței. În această privință, rezultatele pozitive

înregistrate de EE în obținerea unor clienți din cadrul „Serviciului de protecție sporită” s-ar datora unui număr de doi factori perfect liciți, care pot furniza o explicație alternativă și mai convingătoare decât cea preconizată de AGCM, și anume, pe de o parte, faptul că performanțele pe piața liberă erau mai bune pentru societățile din grupul ENEL din care face parte distribuitorul lor competent din punct de vedere teritorial și, pe de altă parte, capacitatea de atracție a mărcii ENEL.

23. În sfârșit, listele SEN nu ar fi nici strategice, nici de neînlocuit, având în vedere disponibilitatea pe piață a listelor similare de clienți ai „Serviciului de protecție sporită”, mai complete și mai puțin oneroase decât listele SEN.

24. În al doilea rând, ENEL a contestat aplicarea de către AGCM a unei prezumții simple pe care s-ar întemeia răspunderea sa de societate-mamă. În această privință, ea arată că, începând cu anul 2014, s-ar fi desfășurat o operațiune de profundă restructurare organică a grupului ENEL, la finalul căreia procesele decizionale ar fi fost descentralizate. În acest context organizațional modificat, societatea-mamă ar fi avut doar funcția de a promova sinergiile și cele mai bune practici între diversele societăți operaționale, abandonându-și rolul decizional.

25. Potrivit instanței de trimitere, care a conexas cele trei acțiuni, nu există nicio îndoială că grupul ENEL deține o poziție dominantă pe piața relevantă. În schimb, noțiunea de „folosire abuzivă”, în special în ceea ce privește abuzurile „atipice”, precum cel din litigiul principal, care urmărește să împiedice creșterea sau diversificarea ofertei concurenților, ar ridica probleme de interpretare în măsura în care, pe de o parte, articolul 102 TFUE nu oferă parametri de definire exhaustivi și, pe de altă parte, distincția tradițională efectuată între abuzurile de folosire și abuzurile de excludere nu este pertinentă.

26. Astfel, pentru a constata un abuz de poziție dominantă, instanța de trimitere dorește să afle, printre altele, în ce măsură trebuie să se țină seama de strategia grupului ENEL, care, după cum ar reieși din documentele strânse de AGCM, urmărea să împiedice plecarea clienților SEN către concurenți, sau de faptul că comportamentele acestui grup sunt ele însele licite în măsura în care listele SEN au fost obținute în mod licit. Instanța de trimitere ridică de asemenea problema dacă este suficient ca comportamentul în cauză să poată exclude concurenții de pe piața relevantă având în vedere că grupul menționat a prezentat în cursul anchetei studii economice pentru a demonstra că comportamentul său nu avusese, în mod concret, efecte de excludere. În sfârșit, abuzul de poziție dominantă săvârșit de un grup de întreprinderi ar ridica problema dacă trebuie adusă dovada unei coordonări active între diferitele societăți care își desfășoară activitatea în cadrul grupului sau dacă apartenența la acest grup este suficientă pentru a constata o contribuție la practica abuzivă, inclusiv din partea unei întreprinderi din grup care nu a pus în aplicare comportamentele abuzive.

27. În acest context, având îndoieli cu privire la interpretarea care trebuie dată articolului 102 TFUE, Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarele cinci întrebări preliminare:

„1) Comportamentele prin care se concretizează folosirea abuzivă a unei poziții dominante pot fi, în sine, pe deplin licite și pot fi calificate drept «abuzive» numai ca urmare a efectului (potențial) restrictiv pe piața de referință sau [...] trebuie să fie caracterizate și printr-o componentă specifică de nelegalitate, constituită de recurgerea la «metode (sau la alte mijloace) concurențiale diferite» de cele «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, a cărei diminuare (sau al cărei risc de diminuare) trebuie să fie evaluat de instanță, sau sancționarea încălcării normelor de concurență are rolul de a menține, în sine, structura concurențială a pieței pentru a evita crearea unor agregări 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 gradului de concurență existent încă sau dezvoltarea acesteia, este admisibil ca întreprinderea dominantă să demonstreze că – în pofida capacității abstracte de a produce un efect restrictiv – comportamentul nu s-a dovedit a nu fi prejudiciabil în mod concret? În cazul unui răspuns afirmativ, în vederea aprecierii existenței unui abuz prin excludere atipic, articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că [a]utoritatea are obligația să examineze punctual analizele economice prezentate de o parte cu privire la capacitatea concretă a comportamentului incriminat care face obiectul investigației de a exclude concurenții de pe piață?
- 4) Abuzul de poziție dominantă trebuie apreciat numai din perspectiva efectelor sale (chiar și numai potențiale) asupra pieței, fără a ține seama de mobilul subiectiv al agentului, sau demonstrarea unei intenții restrictive constituie un parametru utilizabil (chiar și cu titlu exclusiv) pentru a aprecia caracterul abuziv al comportamentului întreprinderii dominante sau această demonstrare a elementului subiectiv nu echivalează decât cu răsturnarea sarcinii probei în sarcina întreprinderii dominante (care ar fi obligată, în acest stadiu, să facă dovada inexistenței efectului de excludere)?
- 5) În ipoteza unei poziții dominante care implică o pluralitate de întreprinderi ce aparțin aceluiași grup de societăți, apartenența la acest grup este suficientă pentru a prezuma că întreprinderile care nu au pus în aplicare comportamentul abuziv au participat la încălcare – astfel încât ar fi suficient ca [a]utoritatea 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 instrumentalizare între diversele întreprinderi din grupul care deține poziția dominantă, în special pentru a demonstra implicarea societății-mamă?”

28. SEN, EE, ENEL, pe de o parte, și AGCM, pe de altă parte, reclamantele și, respectiv, pârâta din litigiul principal, AIGET, Green Network SpA, interveniente în litigiul principal, guvernele italian și norvegian, precum și Comisia Europeană au depus observații scrise în fața Curții. În observațiile lor, SEN, EE și guvernul norvegian s-au concentrat asupra primelor patru întrebări, iar ENEL a examinat numai a cincea întrebare.

29. Cu excepția ENEL, toate aceste părți s-au exprimat, în plus, în ședința care a avut loc la 9 septembrie 2021. Guvernul german și Autoritatea de Supraveghere a Asociației Europene a Liberului Schimb (AELS), care nu depuseseră observații scrise, și-au prezentat de asemenea argumentele în cadrul acestei ședințe.

III. Analiză

A. *Cu privire la prima întrebare preliminară*

30. Prin intermediul primei întrebări preliminare, instanța de trimitere solicită să se stabilească dacă o practică considerată „pe deplin licită” în afara dreptului concurenței și pusă în aplicare de o întreprindere aflată în poziție dominantă poate fi calificată drept „abuzivă”, în sensul articolului 102 TFUE, numai în considerarea efectului său (potențial) restrictiv sau dacă acest comportament trebuie să fie caracterizat și de o componentă specifică de „nelegalitate obiectivă”, constituită din recurgerea la alte mijloace decât mijloacele care guvernează o „concurență normală”. În acest din urmă caz, se solicită Curții să indice criteriile care stabilesc în mod concret linia de demarcație dintre concurența „normală” și concurența „denaturată”⁹.

31. Această întrebare preliminară cuprinde, în realitate, patru părți care sunt intrinsec legate, dar pe care, din motive de simplitate, le vom examina individual în ordinea în care sunt adresate:

- prima parte urmărește să se stabilească relevanța legalității unui comportament în raport cu alte ramuri de drept decât dreptul concurenței în ceea ce privește calificarea sa drept abusivă, în sensul articolului 102 TFUE;
- a doua parte urmărește să se verifice dacă un comportament poate fi calificat drept abusiv numai pentru că produce efecte potențial restrictive;
- a treia parte urmărește să se stabilească dacă, pentru o astfel de calificare, acest comportament trebuie, în plus, să fie caracterizat printr-un element de nelegalitate suplimentar, și anume recurgerea la alte metode sau mijloace concurențiale decât cele care țin de o „concurență normală”, și
- a patra parte urmărește să se distingă practicile care constituie o folosire abusivă în sensul articolului 102 TFUE, întrucât constau în recurgerea la mijloace concurențiale diferite de cele care țin de o „concurență normală”, de practicile care nu conduc la o astfel de folosire abusivă.

1. *Cu privire la prima parte*

32. Prin intermediul primei părți, instanța de trimitere solicită să se stabilească dacă, în sensul articolului 102 TFUE, un abuz de poziție dominantă poate fi reținut în prezența unor comportamente licite în raport cu alte ramuri de drept decât dreptul concurenței.

33. Această întrebare decurge din constatarea instanței de trimitere potrivit căreia modalitățile de obținere a conșimțământului listelor SEN erau incontestabil licite pe planul dreptului civil, întrucât nu ar fi fost depusă nicio plângere cu privire la o pretinsă încălcare a normelor specifice care reglementează prelucrarea datelor cu caracter personal și aceste liste ar fi fost obținute de EE la prețul pieței.

34. Cu titlu introductiv, amintim că rezultă dintr-o jurisprudență constantă că noțiunea de „folosire abusivă”, în sensul articolului 102 TFUE, este o „noțiune obiectivă care vizează comportamentele unei întreprinderi în poziție dominantă care, pe o piață unde gradul de

⁹ Pentru o clarificare terminologică referitoare la noțiunea de concurență „normală”, a se vedea punctul 53 din prezentele concluzii.

concurență este deja redus tocmai din cauza prezenței întreprinderii respective, au ca efect, prin recurgerea la mijloace diferite de cele care guvernează o concurență normală între produse și servicii pe baza prestațiilor operatorilor economici, să împiedice menținerea gradului de concurență existent încă pe piață sau dezvoltarea acestei concurențe”¹⁰.

35. Rezultă că noțiunea de „folosire abuzivă” este întemeiată pe aprecierea obiectivă a capacității unui comportament de a restrânge concurența fără ca încadrarea juridică a acestui comportament în alte ramuri de drept să fie decisivă.

36. Astfel, Curtea a statuat că „nelegalitatea unui comportament abuziv potrivit articolului [102 TFUE] nu are legătură cu conformitatea sau cu neconformitatea acestuia cu alte norme juridice, iar abuzurile de poziție dominantă constau, în majoritatea cazurilor, în comportamente de altfel legale potrivit altor ramuri de drept decât dreptul concurenței”¹¹.

37. Astfel, dacă numai practicile care restrâng în mod obiectiv concurența și sunt în același timp nelegale din punct de vedere juridic ar fi considerate abuzive în sensul dispoziției menționate, aceasta ar implica faptul că un comportament, pentru simplul motiv al legalității sale, deși potențial dăunător pentru concurență, nu ar putea fi sancționat în temeiul articolului 102 TFUE. Or, un astfel de rezultat ar însemna că un abuz de poziție dominantă ar risca să nu poată fi practic constatat niciodată, ceea ce ar compromite obiectivul acestei dispoziții, care constă în stabilirea unui regim care să garanteze că nu este denaturată concurența pe piața internă. Invers, un comportament neconform cu normele juridice dintr-un anumit sector nu constituie în mod necesar un abuz din partea întreprinderii dominante atunci când nu este susceptibil să cauzeze un prejudiciu, chiar și potențial, concurenței¹².

38. Rezultă că, în speță, legalitatea obținerii consimțământului listelor SEN din perspectiva normelor de drept civil nu poate exclude calificarea drept comportament abuziv în sensul articolului 102 TFUE. Revine însă instanței de trimitere sarcina de a examina dacă, având în vedere în special cadrul normativ care reglementează prelucrarea datelor cu caracter personal, modalitățile de obținere a consimțământului puteau fi „discriminatorii”, astfel cum susține AGCM¹³. În acest sens, cadrul juridic specific aplicabil (și conformitatea cu acesta) poate constitui o împrejurare de fapt pertinentă în aprecierea globală a caracterului abuziv al comportamentului¹⁴.

¹⁰ Hotărârile Generics (UK) (punctul 148) și Deutsche Telekom II (punctul 41). A se vedea în acest sens Hotărârea din 13 februarie 1979, Hoffmann-La Roche/Comisia (85/76, denumită în continuare „Hotărârea Hoffmann-La Roche”, EU:C:1979:36, punctul 91), Hotărârea din 3 iulie 1991, AKZO/Comisia (C-62/86, denumită în continuare „Hotărârea AKZO”, EU:C:1991:286, punctul 69), Hotărârea din 6 decembrie 2012, AstraZeneca/Comisia (C-457/10 P, denumită în continuare „Hotărârea AstraZeneca”, EU:C:2012:770, punctul 74), precum și Hotărârea Post Danmark II (punctul 26).

¹¹ Hotărârea AstraZeneca (punctul 132). A se vedea de asemenea Concluziile avocatului general Mazák prezentate în cauza AstraZeneca/Comisia (C-457/10 P, EU:C:2012:293, punctul 78).

¹² A se vedea în această privință decizia Bundeskartellamt (Autoritatea Federală de Concurență, Germania) B6-22/15 din 6 februarie 2019, prin care s-a considerat că un comportament neconform cu normele juridice privind protecția datelor cu caracter personal constituie de asemenea o încălcare a dreptului concurenței [cauza în care s-a adresat cererea de decizie preliminară formulată de Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunalul Regional Superior din Düsseldorf, Germania) la 22 aprilie 2021, în cauza C-252/21, Facebook Inc. și alții/Bundeskartellamt].

¹³ A se vedea punctul 15 din prezentele concluzii.

¹⁴ A se vedea în această privință punctul 115 din prezentele concluzii.

2. Cu privire la a doua parte

39. Prin intermediul celei de a doua părți, instanța de trimitere ridică problema dacă un comportament poate fi calificat drept abuziv numai ca urmare a efectului (potențial) restrictiv produs pe piața de referință.

40. În această privință, amintim că noțiunea de „folosire abuzivă” descrisă mai sus presupune că comportamentul sancționat la articolul 102 TFUE este cel care împiedică menținerea gradului de concurență pe piață sau dezvoltarea acesteia¹⁵. Astfel, potrivit unei jurisprudențe constante, în temeiul articolului 102 TFUE, revine întreprinderii care deține o poziție dominantă o răspundere specială de a nu aduce atingere prin comportamentul său unei concurențe efective și nedenate pe piața internă¹⁶.

41. Mai precis, în cadrul unor practici de excludere precum cea în discuție în litigiul principal¹⁷, Curtea a statuat în mod repetat, pe de o parte, că natura abuzivă a unui comportament presupune ca acesta să fi avut capacitatea de a restrânge concurența și, în special, de a produce efectele de excludere reproșate¹⁸, fiind necesar ca această apreciere să se realizeze în raport cu toate împrejurările de fapt relevante care însoțesc comportamentul menționat¹⁹. Pe de altă parte, pentru a stabili natura abuzivă a unei astfel de practici, efectul anticoncurențial al acesteia pe piață nu trebuie să fie pur ipotetic²⁰ și, prin urmare, trebuie să existe, dar nu trebuie să fie în mod necesar concret, fiind suficientă demonstrarea unui efect anticoncurențial potențial de natură să excludă concurenții cel puțin la fel de eficienți precum întreprinderea aflată în poziție dominantă²¹.

42. Rezultă că capacitatea de a produce un efect (potențial) restrictiv pe piața relevantă, precum un efect de excludere anticoncurențial, constituie elementul esențial pentru calificarea unui comportament drept abuziv.

43. Trebuie subliniat însă în această privință că un efect de excludere nu aduce în mod necesar atingere concurenței și, prin urmare, nu este întotdeauna „restrictiv pe piața de referință”, pentru a folosi termenii utilizați în textul întrebării. Astfel, simplul fapt că anumite comportamente au capacitatea de a exclude un concurent nu face piața mai puțin concurențială și *a fortiori* aceste comportamente abuzive în sensul articolului 102 TFUE. Trebuie, așadar, să se facă distincție între riscul de excludere și riscul de excludere anticoncurențială, numai aceasta din urmă putând fi sancționată în temeiul articolului 102 TFUE²².

44. Astfel, după cum a explicat Curtea în Hotărârea Intel, „articolul 102 TFUE nu are nicidecum ca scop să împiedice o întreprindere să cucerească, prin propriile merite, poziția dominantă pe o piață. Această dispoziție nu urmărește nici să garanteze că rămân pe piață concurenți mai puțin

¹⁵ A se vedea punctul 34 din prezentele concluzii.

¹⁶ A se vedea în special Hotărârea din 9 noiembrie 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia* (322/81, denumită în continuare „Hotărârea Michelin I”, EU:C:1983:313, punctul 57), și Hotărârile *Post Danmark I* (punctul 23) și *Intel* (punctul 135).

¹⁷ În mod tradițional, se face distincție între „practicile de excludere” (și anume încercările nelegale de a exclude de pe piață întreprinderile concurente) și „practicile de exploatare” (și anume exploatarea directă a consumatorilor, de exemplu, prin prețuri excesive). Cu privire la această distincție, a se vedea Concluziile avocatului general Ruiz-Jarabo Colomer prezentate în cauzele conexe *Sot. Lélou kai Sia și alții* (C-468/06-C-478/06, EU:C:2008:180, punctul 74).

¹⁸ A se vedea Hotărârile *TeliaSonera* (punctul 64), *Intel* (punctul 138) și *Generics (UK)* (punctul 154).

¹⁹ A se vedea Hotărârile *TeliaSonera* (punctul 68) și *Generics (UK)* (punctul 154).

²⁰ Hotărârea *Post Danmark II* (punctul 65).

²¹ Hotărârea *TeliaSonera* (punctele 64 și 66).

²² A se vedea în acest sens punctul 19 din Comunicarea Comisiei – Orientări privind prioritățile Comisiei în aplicarea articolului 82 [CE] la practicile de excludere abuzivă ale întreprinderilor dominante (JO 2009, C 45, p. 7, denumite în continuare „Orientările”).

eficienți decât întreprinderea care ocupă o poziție dominantă. [...] Astfel, *nu orice efect de excludere aduce în mod necesar atingere concurenței*. Prin definiție, *concurența bazată pe merite* poate conduce la dispariția de pe piață sau la *marginalizarea concurenților mai puțin eficienți și, așadar, mai puțin interesați pentru consumatori în special din punctul de vedere al prețurilor, al ofertei, al calității sau al inovării*²³. Astfel, o întreprindere are în continuare posibilitatea să demonstreze că practica sa, cu toate că produce un efect de excludere, continuă să fie justificată (din punct de vedere economic) pe baza tuturor împrejurărilor cauzei²⁴ sau că efectele sunt contrabalansate sau chiar depășite de avantaje în termeni de eficacitate care profită deopotrivă consumatorului²⁵. O asemenea punere în balanță a efectelor, favorabile și defavorabile pentru concurență, ale practicii contestate nu poate fi operată decât în urma unei analize a capacității de excludere a concurenților cel puțin la fel de eficienți, inerentă practicii în cauză²⁶.

45. Premisa pe care se întemeiază raționamentul Curții este, așadar, că, dacă orice comportament care are un efect de excludere (efectiv sau potențial) ar fi în mod automat calificat drept anticoncurențial și, prin urmare, abuziv în sensul articolului 102 TFUE, această dispoziție ar constitui un mijloc de protecție a întreprinderilor mai puțin capabile și mai puțin eficiente și nu le-ar proteja în niciun mod pe cele mai meritorii, care sunt în măsură să servească drept stimulent pentru competitivitatea pieței.

46. Având în vedere analiza de mai sus, pentru ca un comportament precum o practică de excludere să fie calificat drept abuziv, în sensul articolului 102 TFUE, este necesar ca acesta să fie anticoncurențial, astfel încât să poată produce un efect (efectiv sau potențial) restrictiv pe piața de referință. Totuși, pentru a aprecia caracterul anticoncurențial al acestui comportament, trebuie să se stabilească dacă întreprinderea dominantă a recurs la alte mijloace decât cele care țin de o concurență „normală”. Tocmai această apreciere face obiectul celei de a treia și al celei de a patra părți.

3. Cu privire la a treia parte

47. Prin intermediul celei de a treia părți, instanța de trimitere adresează o întrebare de ordin metodologic, și anume dacă necesitatea de a demonstra că o întreprindere dominantă a recurs la alte mijloace decât cele care țin de o concurență „normală” se referă la un „element de nelegalitate suplimentar” în raport cu demonstrarea efectului de excludere anticoncurențial, astfel încât „capacitatea de a restrânge concurența” și „recurgerea la alte mijloace decât cele care țin de o concurență normală” ar fi cerințe distincte care trebuie să fie îndeplinite pentru stabilirea existenței unui abuz.

²³ Hotărârea Intel (punctele 133 și 134, sublinierea noastră). A se vedea de asemenea Hotărârea Post Danmark I (punctele 21-23 și jurisprudența citată).

²⁴ A se vedea Hotărârile TeliaSonera (punctele 75 și 76 și jurisprudența citată) și Intel (punctul 140).

²⁵ A se vedea Hotărârea din 15 martie 2007, British Airways/Comisia (C-95/04 P, denumită în continuare „Hotărârea British Airways”, EU:C:2007:166, punctul 86), și Hotărârile Post Danmark I (punctele 40 și 41) și Intel (punctul 140).

²⁶ Hotărârea Intel (punctul 140).

48. În această privință, constatăm că pozițiile părților din litigiul principal, ale guvernelor și ale Comisiei sunt divergente²⁷. În ceea ce ne privește, demonstrarea faptului că o întreprindere dominantă a recurs la alte mijloace decât cele care țin de o concurență „normală” nu constituie o cerință care trebuie să facă obiectul unei evaluări distincte de cea a efectului restrictiv al comportamentului.

49. După cum reiese de la punctul 44 din prezentele concluzii, analiza comportamentului întreprinderii are un rol determinant în calificarea efectelor drept anticoncurențiale. Astfel, aceste două elemente se înscriu în cadrul aceleiași analize. Mai precis, pentru a aprecia dacă efectul de excludere este (în mod efectiv sau potențial) unul de restrângere a concurenței, trebuie să se examineze și dacă motivele țin de o concurență „normală”. De asemenea, pentru a arăta dacă motivele țin de o asemenea concurență, este necesar să se stabilească dacă practicile prezintă o capacitate de excludere, și anume produc efecte (efective sau potențiale) de excludere pe această piață. Astfel, calificarea unui comportament drept „anticoncurențial” nu poate face parte dintr-o examinare distinctă a efectelor acestui comportament. Cele două cerințe sunt, așadar, intrinsec legate și trebuie apreciate în raport cu toate împrejurările de fapt relevante care însoțesc comportamentul menționat²⁸.

50. Se poate concluziona că capacitatea unei practici de a produce un efect anticoncurențial și recurgerea la mijloace care nu țin de o concurență normală sunt cerințe care fac obiectul aceleiași examinări, care constă în a stabili dacă practica respectivă este abuzivă.

51. În speță, din elementele factuale cuprinse în decizia de trimitere reiese că AGCM consideră că comportamentul în cauză al grupului ENEL a produs un efect de restrângere a concurenței, în măsura în care strategia instituită de apelante urmărea în esență să împiedice sau să facă mai dificilă intrarea concurenților EE pe piața liberă. Având în vedere analiza care precedă, revine instanței de trimitere sarcina de a verifica dacă comportamentul care se pretinde că materializează această strategie era susceptibil, cel puțin potențial, să producă efecte de excludere a concurenților EE și de a aprecia dacă acest efect de excludere era susceptibil să aducă atingere concurenței, stabilind dacă acest comportament ține sau nu de o concurență „normală”.

4. *Cu privire la a patra parte*

52. Prin intermediul celei de a patra părți, instanța de trimitere solicită Curții în esență să traseze o linie de demarcație între practicile care țin de o concurență așa-numită „normală” și cele care nu țin de aceasta. Problema respectivă vizează, așadar, centrul a ceea ce constituie o folosire abuzivă, în sensul articolului 102 TFUE, și urmărește să stabilească dacă comportamentul în discuție în litigiul principal intră în sfera unei astfel de folosiri.

53. Cu titlu introductiv, trebuie să se precizeze că, atunci când instanța de trimitere se referă la „concurența normală”, ea folosește termenul utilizat în mod repetat de Curte²⁹. Or, ținem să atragem atenția că adjectivului „normal” trebuie să i se atribuie aceeași semnificație ca și cea a

²⁷ În observațiile lor, SEN, EE și Comisia propun să se răspundă la această întrebare în sensul că efectul (potențial) de restrângere a concurenței nu este suficient în sine pentru a califica o practică drept abuzivă în sensul articolului 102 TFUE și ar fi necesar un element de nelegalitate suplimentar, reprezentat de recurgerea la alte mijloace decât cele care guvernează o competiție normală bazată pe merite. În schimb, AGCM, AIGET, Green Network, precum și guvernele italian și norvegian sunt de părere că noțiunea de folosire abuzivă a unei poziții dominante nu necesită dovada unei componente specifice de nelegalitate care să se adauge efectului restrictiv real sau potențial al comportamentului acestei întreprinderi.

²⁸ A se vedea în acest sens Hotărârile Post Danmark II (punctul 29) și Generics (UK) (punctele 151 și 154).

²⁹ Hotărârile Hoffmann-La Roche (punctul 91) și Deutsche Telekom II (punctul 41).

celorlalte formulări utilizate pentru a descrie această concurență, în special „concurența loială”³⁰, „concurența bazată pe eficacitate”³¹ și „concurența bazată pe merite”³², pe care propunem să le utilizăm în continuare³³. Această multitudinea de formulări revelează dificultăți obiective în stabilirea a ceea ce constituie un comportament abuziv. Astfel, formularea unor norme care permit să se distingă în mod clar comportamentele nocive pentru concurență și, prin urmare, abuzive nu este nici evidentă, nici intuitivă. Această complexitate este legată, în mod inevitabil, de dificultatea obiectivă de a distinge în amonte comportamentul care ține de o concurență feroce, dar legitimă de un comportament anticoncurențial³⁴.

54. Fără îndoială conștient de această dificultate, legiuitorul Uniunii a inclus, la articolul 102 TFUE, o listă de practici abuzive indicativă care nu epuizează modurile de folosire abuzivă a poziției dominante interzise de dreptul Uniunii³⁵, permițând în acest mod adaptarea aplicării acestei dispoziții la diferitele practici comerciale în timp. În consecință, o practică descrisă de instanța de trimitere ca fiind „atipică”, precum cea în discuție în litigiul principal, care nu corespunde unei practici enumerate la articolul 102 TFUE, poate de asemenea să constituie o practică abuzivă. Astfel, în măsura în care analiza se întemeiază pe efectele concurențiale, iar nu pe baza formei comportamentului, o autoritate de concurență este pusă în situația de a efectua o verificare riguroasă a tuturor faptelor relevante, fără a recurge la cea mai mică prezumție³⁶, caracterul „tipic” sau „atipic” nefiind, așadar, determinant.

55. Întrucât noțiunea de „concurență bazată pe merite” nu corespunde unei forme precise de practici, rămâne, așadar, abstractă și nu poate fi definită astfel încât să permită să se stabilească, în amonte, dacă un comportament ține sau nu de o asemenea concurență. Astfel, Curtea a exclus noțiunea de „abuz în sine” (*per se*), cu alte cuvinte existența unor practici în mod intrinsec abuzive, independent de efectul lor anticoncurențial³⁷. În consecință, noțiunea de „concurență bazată pe merite” exprimă un ideal economic, având ca fundal tendința actuală a dreptului Uniunii din domeniul concurenței de a favoriza o analiză a efectelor anticoncurențiale ale comportamentului („effects-based approach”), mai curând decât o analiză bazată pe forma sa („form-based approach”)³⁸.

³⁰ A se vedea Hotărârea din 14 februarie 1978, *United Brands și United Brands Continentaal/Comisia* (27/76, denumită în continuare „Hotărârea *United Brands*”, EU:C:1978:22, punctul 189), și Hotărârea din 1 aprilie 1993, *BPB Industries și British Gypsum/Comisia* (T-65/89, EU:T:1993:31, punctul 94).

³¹ Hotărârea din 1 aprilie 1993, *BPB Industries și British Gypsum/Comisia* (T-65/89, EU:T:1993:31, punctul 113), și Hotărârea din 7 octombrie 1999, *Irish Sugar/Comisia* (T-228/97, EU:T:1999:246, punctul 111).

³² Termeni utilizați inițial de Curte în Hotărârea *AKZO* (punctul 70). A se vedea mai recent Hotărârile *Deutsche Telekom I* (punctele 83, 176 și 177) și *Intel* (punctele 135 și 136).

³³ „Concurența *normală*” este un termen care ar putea crea confuzie, întrucât practici în mod normal licite, obișnuite și conforme cu bunele moravuri ale unei piețe, care ar putea fi, așadar, descrise drept „normale”, pot încălca totuși articolul 102 TFUE, în cazul în care sunt puse în aplicare de o întreprindere aflată în poziție dominantă, ca urmare a „răspunderii speciale” a acesteia din urmă (a se vedea punctele 58 și 59 din prezentele concluzii).

³⁴ De exemplu, aplicarea unui preț scăzut, dacă acesta este suficient de scăzut, este susceptibilă să elimine un concurent, însă ar fi concordantă cu aplicarea concurenței, fiind în favoarea consumatorului. Cu toate acestea, prețul poate fi atât de scăzut (de ruinare), încât este prejudiciabil pentru consumatori pe termen lung, după excluderea concurentului.

³⁵ Hotărârile *Continental Can* (punctul 26), *Deutsche Telekom I* (punctul 173) și *TeliaSonera* (punctul 26).

³⁶ După cunoștințele noastre, singurul tip de comportament pentru care există o prezumție simplă de restrângere a concurenței care determină o răsturnare a sarcinii probei este cel al reducerilor exclusive de fidelitate, cu alte cuvinte al reducerilor legate de condiția ca clientul, indiferent de valoarea achizițiilor, să se aprovizioneze exclusiv pentru totalitatea sau pentru o parte importantă a nevoilor sale de la întreprinderea dominantă (a se vedea Hotărârea *Intel*, punctul 137).

³⁷ A se vedea în acest sens Hotărârea *AstraZeneca* (punctul 106).

³⁸ Pentru o prezentare generală a aplicării „effects-based approach” în dreptul concurenței, a se vedea *Bourgeois, J., și Waelbroeck, D., Ten years of effects-based approach in EU competition law: state of play and perspectives*, Bruylant, 2013, precum și *Ibáñez Colomo, P., „Anticompetitive Effects in EU Competition Law”, in Journal of Competition Law & Economics*, vol. 17, nr. 2, 2021, p. 309-363.

56. Rezultă că problema dacă o practică de excludere ține de motive conforme cu o concurență bazată pe merite este strict legată de contextul factual, juridic și economic al acestei practici. Astfel, domeniul de aplicare material al răspunderii speciale care revine unei întreprinderi dominante va trebui să fie apreciat în raport cu împrejurările specifice ale fiecărei cauze³⁹.

57. În pofida naturii abstracte a noțiunii de „concurență bazată pe merite”, în jurisprudența Curții pot fi evidențiate elemente comune. Fără a aduce atingere evaluării comportamentului în discuție în litigiul principal, care revine instanței de trimitere, considerăm că elementele următoare ar putea fi utile.

58. În primul rând, arătăm că „concurența bazată pe merite” trebuie interpretată în strânsă corelație cu principiul, de asemenea consolidat în jurisprudența Curții, potrivit căruia întreprinderea aflată în poziție dominantă este investită cu o „răspundere specială” de a nu aduce atingere prin comportamentul său unei concurențe efective și nedenaturate pe piața internă⁴⁰. Totuși, această răspundere specială nu poate priva o întreprindere care se află într-o poziție dominantă de dreptul de a ține seama de propriile interese comerciale⁴¹. În acest sens, referirea la „alte mijloace decât cele care țin de o concurență bazată pe merite” servește la precizarea conținutului acestei „răspunderi speciale” care revine întreprinderii dominante și la stabilirea marjei de acțiune autorizate.

59. Consecința logică a acestei „răspunderi speciale” este aceea că un comportament acceptabil pentru o întreprindere care nu se află în poziție dominantă ar putea fi calificat drept abuziv atunci când este pus în aplicare de o întreprindere aflată în poziție dominantă, ca urmare a efectului comportamentului acesteia pe piața relevantă. Astfel, o practică generală sau activități comerciale care contribuie în mod normal la îmbunătățirea producției sau a distribuției produselor și care au un efect salutar asupra concurenței pot restrânge această concurență atunci când sunt exercitate de o întreprindere dominantă⁴².

60. În această privință, în speță, subliniem că „răspunderea specială” se aplică tuturor întreprinderilor dominante, inclusiv operatorilor tradiționali care dețineau anterior un monopol, precum ENEL, sau care au o obligație de serviciu public, precum SEN. Astfel, după cum a arătat Curtea, „constatarea existenței unei poziții dominante nu implică în sine nicio critică față de întreprinderea în cauză, ci înseamnă numai că revine acesteia, *independent de cauzele unei astfel de poziții*, o răspundere specială de a nu aduce atingere prin comportamentul său unei concurențe efective și nedenaturate pe piața comună”⁴³. Prin urmare, în cadrul liberalizării pieței, grupul ENEL este supus articolului 102 TFUE și în special cerinței „răspunderii speciale”, în același mod ca și celelalte întreprinderi.

61. În al doilea rând, astfel cum reiese din cuprinsul punctului 55 din prezentele concluzii, forma sau tipul de comportament pus în aplicare de întreprinderea dominantă nu este decisiv în sine. Ceea ce contează este dacă comportamentul urmărește să restrângă concurența sau este de

³⁹ Hotărârea din 14 noiembrie 1996, Tetra Pak/Comisia (C-333/94 P, EU:C:1996:436, punctul 24), și Hotărârea din 16 martie 2000, Compagnie maritime belge transports și alții/Comisia (C-395/96 P și C-396/96 P, EU:C:2000:132, punctul 114).

⁴⁰ Hotărârile Michelin I (punctul 57), Post Danmark I (punctele 21-23) și Intel (punctul 135).

⁴¹ Hotărârea United Brands (punctul 189).

⁴² A se vedea Hotărârea din 30 septembrie 2003, Atlantic Container Line și alții/Comisia (T-191/98 și T-212/98-T-214/98, EU:T:2003:245, punctele 1124 și 1460), și Hotărârea din 23 octombrie 2003, Van den Bergh Foods/Comisia (T-65/98, EU:T:2003:281, punctul 159).

⁴³ Hotărârea Michelin I (punctul 57, sublinierea noastră).

natură sau poate să aibă un asemenea efect⁴⁴. Cu toate acestea, un comportament care se îndepărtează în mod vădit de practicile obișnuite ale pieței ar putea fi considerat un element de fapt relevant în vederea aprecierii caracterului abuziv (de exemplu, în același mod ca existența unei dovezi privind intenția⁴⁵).

62. În al treilea rând, fără pretenții de exhaustivitate, remarcăm că comportamentele care nu intră în sfera noțiunii de „conurență bazată pe merite” se caracterizează în general prin faptul că nu se întemeiază pe rațiuni economice evidente⁴⁶ sau obiective⁴⁷. Prin urmare, sunt considerate un exemplu de concurență bazată pe merite comportamentele prin care se reduc costurile întreprinderii dominante, crescând eficacitatea în alt mod, care au ca efect extinderea alegerii consumatorilor prin introducerea pe piață a unor produse noi sau prin creșterea cantității ori a calității celor oferite deja. În schimb, deși comportamentul nu răspunde niciunei alte justificări decât aceea de a cauza prejudicii concurenților, acesta nu ține în mod obligatoriu de concurența bazată pe merite⁴⁸.

63. În al patrulea rând, subliniem că „conurență bazată pe merite”, în cadrul aplicării articolului 102 TFUE practicilor de excludere, vizează, în general, o situație de concurență de pe urma căreia consumatorii beneficiază, prin prețuri mai scăzute, de o calitate mai bună și o alegere mai largă în materie de prețuri și de servicii noi sau îmbunătățite⁴⁹.

64. Or, în speță, însuși obiectul liberalizării pieței energiei vizează deschiderea acestei piețe spre concurență pentru a realiza tocmai efectele benefice ale procesului concurențial pentru consumatori, fie la nivelul prețului, fie la nivelul calității, fie la nivelul alegerii serviciilor oferite. Prin urmare, în cadrul unui astfel de proces, acțiunile operatorului tradițional nu trebuie să fie de natură să împiedice sau să facă mai dificilă intrarea pe piață a concurenților care trebuie să poată opera pe poziție de egalitate pe piața liberă. Astfel, Curtea a arătat că un sistem de concurență nedenaturată nu poate fi garantat decât dacă este asigurată egalitatea de șanse între diferiții operatori economici⁵⁰.

65. În acest context, se pune întrebarea dacă grupul ENEL, care deținea monopolul clientelei pieței protejate, poate dori în mod legitim să mențină această clientelă în cadrul grupului, în pofida procesului de liberalizare a pieței respective. Considerăm că la această întrebare trebuie să se răspundă afirmativ.

66. Astfel, după cum s-a arătat la punctul 44 din prezentele concluzii, articolul 102 TFUE nu are nicidecum drept scop să împiedice o întreprindere să cucerească sau să mențină, prin propriile merite, poziția dominantă pe piață. Rezultă că inclusiv operatorii tradiționali, în cazul în care sunt supuși liberei concurențe, trebuie să urmărească optimizarea profiturilor lor în special prin menținerea clientelei. În fapt, cucerirea clientelei este un element esențial al concurenței normale. În acest sens, grupul ENEL este cu siguranță pe deplin autorizat, chiar se așteaptă de la acesta, să pună în aplicare practici care să urmărească îmbunătățirea produselor și serviciilor sale,

⁴⁴ Hotărârea din 19 aprilie 2012, Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punctul 68, denumită în continuare „Hotărârea Tomra”).

⁴⁵ A se vedea punctul 128 din prezentele concluzii.

⁴⁶ Hotărârile TeliaSonera (punctul 88) și AKZO (punctul 71).

⁴⁷ A se vedea în acest sens Hotărârea AstraZeneca (punctul 130).

⁴⁸ Hotărârea din 18 noiembrie 2020, Lietuvos geležinkeliai/Comisia (T-814/17, EU:T:2020:545, punctele 292-299).

⁴⁹ A se vedea în acest sens punctul 5 din Orientări.

⁵⁰ Hotărârea Deutsche Telekom I (punctul 230 și jurisprudența citată). Motiv pentru care, în cadrul procedurii de separare a operatorului tradițional, este esențial să se realizeze o separare etanșă între activitățile legate de monopol și cele legate de piața liberă, o asemenea separare trebuind să fie atât juridică, cât și materială, contabilă, financiară și comercială.

în special în scopul de a rămâne competitiv și de a-și menține clientela. Prin urmare, ni se pare pe deplin conform cu o concurență normală ca o întreprindere dominantă precum ENEL să dorească să își mențină clientela, chiar și în cadrul unei liberalizări. În consecință, instituirea unei „strategii” pentru menținerea clientelei nu poate, în sine, să constituie un abuz în sensul articolului 102 TFUE.

67. În acest context, considerăm că colectarea datelor, în cadrul relației cu clientela, rămâne în principiu o folosire cu totul „normală” într-un proces concurențial obișnuit. Cu toate acestea, în cadrul unei astfel de folosiri, tocmai pentru că este dominantă, ENEL are o „răspundere specială” potrivit căreia trebuie să recurgă la practici ale unei concurențe bazate pe merite care să nu determine o împărțire a pieței. Astfel, ENEL nu trebuie să recurgă la practici care, prin folosirea avantajelor care rezultă din monopolul legal, pot produce efecte de excludere pentru noii concurenți considerați la fel de eficienți precum ea însăși⁵¹.

68. În această privință trebuie, în opinia noastră, să se aprecieze, în al cincilea rând, capacitatea concurenților de a imita comportamentele întreprinderii dominante. Această apreciere este relevantă pentru a determina dacă practica în cauză ține de concurența bazată pe merite și, prin urmare, caracterul său de restrângere a concurenței.

69. Astfel, jurisprudența Curții confirmă, în opinia noastră, că practicile de excludere ale unei întreprinderi dominante care pot fi replicate de concurenți la fel de eficienți nu reprezintă, în principiu, comportamente care pot conduce la o excludere anticoncurențială și țin, așadar, de concurența bazată pe merite⁵².

70. Pe de o parte, în cadrul practicilor de excludere tarifară – precum reducerile de fidelitate, practicile de prețuri scăzute sub formă de prețuri selective sau de prețuri de ruinare, precum și de micșorare a marjelor⁵³ – o asemenea posibilitate de reproductibilitate este apreciată, ca regulă generală, dar nu în mod necesar, în temeiul testului denumit al „concurrentului la fel de eficient” (denumit în continuare „testul CAE”)⁵⁴. Modalitățile specifice ale acestui test variază în funcție de tipul de practică în cauză, însă punctul comun constă în examinarea aspectului dacă o practică tarifară este viabilă din punct de vedere economic pentru concurrentul unei întreprinderi dominante, utilizând ca element de referință, în principiu și cu prioritate, raportul preț/costuri al acesteia din urmă⁵⁵. Cu alte cuvinte, testul menționat constă în a identifica dacă acest comportament poate fi reprodus de un concurrent la fel de eficient prin punerea întreprinderii dominante în locul concurrentului la fel de eficient pentru a verifica dacă acesta ar suferi efectele

⁵¹ Hotărârea Intel (punctul 136).

⁵² Această regulă nu este însă absolută, dat fiind că există situații în care, pe de o parte, un comportament care nu poate fi reprodus de un concurrent la fel de eficient intră totuși în sfera noțiunii de concurență bazată pe merite (a se vedea de exemplu refuzul de a furniza o materie primă esențială unui client care nu ar fi în măsură să plătească în mod adecvat sau activitățile de cercetare și dezvoltare care permit unei întreprinderi să breveteze și să exploateze o invenție unică și nereproductibilă). Pe de altă parte, în cazuri particulare, un comportament care poate fi reprodus de un concurrent la fel de eficient nu ține în mod necesar de concurența bazată pe merite (a se vedea de exemplu prezentarea unor declarații înșelătoare autorităților publice [Hotărârea AstraZeneca (punctul 18)]).

⁵³ Hotărârea Post Danmark II (punctul 55 și jurisprudența citată).

⁵⁴ A se vedea în acest sens punctele 23-27 din Orientări. Curtea a stabilit că nu există o obligație juridică de a se întemeia în mod sistematic pe testul CAE pentru a constata caracterul abuziv al unei practici, acest test fiind considerat un instrument printre altele. Astfel, testul menționat ar fi lipsit de relevanță atunci când structura pieței face practic imposibilă apariția unui concurrent la fel de eficient, precum în cadrul unei piețe care se caracterizează, pe de o parte, prin deținerea de către titularul unui monopol legal a unei cote de piață foarte ridicate și, pe de altă parte, printr-un acces protejat prin bariere importante [Hotărârea Post Danmark II (punctele 57-61)].

⁵⁵ Hotărârea Post Danmark II (punctul 53). Totuși, costurile și prețurile concurenților pe aceeași piață pot fi relevante atunci când, având în vedere împrejurările, nu este posibil să se facă referire la prețuri ale întreprinderii dominante, în special atunci când structura costurilor întreprinderii dominante nu poate fi identificată din motive obiective [Hotărârea TeliaSonera (punctul 45)].

de excludere ale practicii în cauză. Acest test este conform cu principiul general al securității juridice, întrucât permite unei întreprinderi dominante să aprecieze în prealabil legalitatea unui comportament pe baza propriilor costuri⁵⁶.

71. Pe de altă parte, în ceea ce privește practicile de excludere netarifare – precum, de exemplu, cazurile de refuz de furnizare – jurisprudența pare să confirme relevanța criteriului reproductibilității, întrucât alegerea unei întreprinderi dominante de a-și rezerva propria rețea de distribuție nu constituie un refuz de furnizare contrar articolului 102 TFUE atunci când este posibil ca un concurent să creeze o a doua rețea de distribuție de dimensiuni comparabile. Cu alte cuvinte, nu există un abuz în cazul în care materiile prime refuzate de întreprinderea dominantă pot fi duplicate de concurenții la fel de eficienți prin cumpărarea acestora de la alți furnizori sau prin dezvoltarea de către ei înșiși⁵⁷. De asemenea, în cadrul vânzărilor legate și grupate („tying and mixed bundling”), elementul reproducerii unui produs are o importanță deosebită pentru a stabili cazul de excludere anticoncurențială potențială sau reală⁵⁸.

72. În speță, comportamentul în discuție în litigiul principal, potrivit AGCM, nu privește o practică tarifară, ci o strategie ilicită complexă care se caracterizează prin exploatarea unor date la care grupul ENEL a avut acces datorită monopolului său legal anterior. S-ar părea, așadar, că această practică nu corespunde unei teorii de excludere tarifară și că, din cauza monopolului legal, concurenții se aflau în imposibilitate obiectivă, înainte de liberalizarea pieței, de a reproduce strategia imputată apelantelor. Rezultă că testul CAE nu este, cu siguranță, criteriul cel mai adecvat pentru a aprecia capacitatea concurenților la fel de eficienți de a imita comportamentul întreprinderii dominante.

73. Cu toate acestea, logica subiacentă a testului CAE, care urmărește în esență să aprecieze dacă o întreprindere dominantă era în măsură să prevadă, pe baza unor date care îi sunt cunoscute, dacă un concurent ar fi putut, în pofida comportamentului în cauză, să opereze într-un mod viabil din punct de vedere economic, rămânând competitiv pe piață, rămâne, în opinia noastră, în continuare relevant. Astfel, un test modelat pe logica acestui test ar consta în verificarea aspectului dacă, pe baza informațiilor prezumate cunoscute de întreprinderea dominantă, concurenții ar fi putut avea acces, în mod viabil din punct de vedere economic, la liste comparabile în ceea ce privește utilitatea lor cu listele SEN. Această abordare coincide de asemenea cu importanța care este atribuită criteriului reproductibilității în cadrul practicilor de excludere netarifare.

74. Astfel, apreciem că imposibilitatea obiectivă a concurenților de a reproduce exact aceeași strategie ca ENEL nu împiedică examinarea capacității reale a concurenților la fel de eficienți de a reproduce, în condiții economice rezonabile și în termene acceptabile, practicile întreprinderii dominante, de exemplu prin recurgerea la listele care erau în mod incontestabil disponibile pe piață și care conțineau date similare celor din listele SEN. Această analiză poate, în opinia noastră, să reveleze capacitatea potențială a comportamentului grupului ENEL de a produce sau nu efecte de excludere anticoncurențială și, prin urmare, conformitatea sa cu o concurență bazată pe merite.

75. În cadrul unei astfel de analize, pe care trebuie să o efectueze instanța de trimitere, următoarele elemente au o relevanță deosebită.

⁵⁶ Hotărârea TeliaSonera (punctele 42-44).

⁵⁷ Hotărârea din 26 noiembrie 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, punctele 44 și 45).

⁵⁸ A se vedea punctele 54 și 61 din Orientări.

76. În primul rând, va trebui să se aprecieze, cu o anumită distanță, importanța pe care o prezintă listele SEN din punctul de vedere al concurenței. În această privință, subliniem că accesul la date privind clientela prezintă un interes cert în cadrul unui proces de liberalizare, atât pe plan abstract, permițând o mai bună cunoaștere a pieței, cât și pe plan concret, permițând „captarea” acestei clientele prin prezentarea unor oferte înaintea celorlalți furnizori. Totuși, importanța acestor date trebuie de asemenea nuanțată, întrucât nu trebuie să se piardă din vedere că posibilitatea de a contacta un client pentru a-i prezenta eventual o ofertă nu implică în mod necesar o „captură” a acestei clientele, în măsura în care, pe de o parte, clientela menționată nu va subscrie în mod necesar la astfel de oferte⁵⁹ și, pe de altă parte, nimic nu împiedică acești clienți să subscrie la oferte ale altor furnizori într-o fază ulterioară, în special în cazul în care primul contract nu leagă clienții pentru o durată determinată. Or, amintim că efectele anticoncurențiale trebuie să prezinte o legătură de cauzalitate cu practica în cauză, în sensul că trebuie să fie imputabile întreprinderii dominante și nu trebuie să aibă un caracter pur ipotetic⁶⁰.

77. În al doilea rând, instanța de trimitere va trebui în mod inevitabil să clarifice dacă listele SEN au fost puse efectiv la dispoziția concurenților în mod discriminatoriu, atât la nivel practic, cât și la nivel tarifar, ceea ce ar constitui în esență o practică de favoritism față de EE. În același context, considerăm că este relevant să se examineze dacă cererea de consimțământ a fost prezentată de SEN în mod nediscriminatoriu și transparent în ceea ce privește consecințele concrete, în special din punctul de vedere al menținerii relației existente de furnizare și a posibilității de a primi oferte de furnizare a concurenților EE. O astfel de discriminare dovedită ar putea confirma poziția AGCM potrivit căreia comportamentul ENEL nu era conform cu o concurență bazată pe merite, în măsura în care nu ar fi asigurată egalitatea de șanse între diferiții operatori economici⁶¹.

78. În al treilea rând, apreciem că, independent de analiza caracterului discriminatoriu al comportamentului, instanța de trimitere va trebui de asemenea să aprecieze reproductibilitatea listelor SEN. Deși, desigur, conținutul precis al acestor liste nu poate fi reprodus de concurenții EE, întrucât aceste liste au fost compilate în cadrul misiunii de serviciu public a SEN, reiese din dosarul cauzei că liste cu un conținut similar erau de asemenea disponibile pe piața italiană, un număr mare de întreprinderi consacându-se profesional compilării unor liste de telemarketing. Or, dacă existența unor astfel de liste alternative este dovedită, acestea ar fi permis efectiv concurenților EE să facă propuneri de furnizare a energiei care să vizeze în mod specific clientela de pe piața protejată. Într-un asemenea caz, considerăm că instanța de trimitere va trebui să compare aceste liste alternative cu listele SEN, în ceea ce privește disponibilitatea, prețul, conținutul și sfera lor geografică, pentru a aprecia dacă un concurent, chiar de o dimensiune economică mult inferioară celei a grupului ENEL, care a recurs la astfel de liste, ar fi fost efectiv capabil, într-un mod viabil din punct de vedere economic, să concureze în mod eficace cu EE în raport cu aceeași parte a clientelei disputabile de pe piața protejată.

79. În cazul în care instanța de trimitere consideră că aceste liste alternative erau susceptibile să ofere aceleași posibilități ca listele SEN, pornind de la presupunerea că ENEL trebuia să aibă cunoștință atât de existența, cât și de conținutul acestor liste alternative, considerăm că s-ar putea concluziona că un eventual risc de eliminare de pe piața relevantă nu ar fi fost cauzat de acțiunile ENEL, ci de neglijența concurenților săi care nu ar fi acționat în conformitate cu concurența în vederea captării clientelei de pe piața protejată. Cu alte cuvinte, listele SEN nu ar fi fost susceptibile să confere grupului ENEL avantajul concurențial semnificativ indicat de AGCM

⁵⁹ Astfel, în speță, EE ar fi obținut, prin utilizarea listelor SEN, doar 0,002 % dintre utilizatorii pieței protejate (a se vedea punctul 22 din prezentele concluzii).

⁶⁰ Hotărârea Post Danmark II (punctele 47 și 65) și punctul 41 din prezentele concluzii.

⁶¹ A se vedea punctul 64 din prezentele concluzii.

în considerarea reproductibilității lor. Într-o asemenea ipoteză, capacitatea comportamentului în cauză de a restrânge concurența nu poate fi dovedită, astfel încât comportamentul în discuție în litigiul principal ar ține de concurența bazată pe merite.

80. În schimb, dacă reiese, din analiza instanței naționale, că potențialul de exploatare comercială a acestor liste alternative era mai scăzut și că numai listele SEN permiteau, de exemplu, identificarea imediată a apartenenței unui client la piața protejată, efectul de excludere (potențială) ar reveni în principal ENEL, care, dacă se consideră că a acționat în mod discriminatoriu și netransparent, ar fi acționat efectiv într-un mod care nu ține de concurența bazată pe merite. Pe de altă parte, trebuie amintit că simplul fapt că concurenții pot limita sau eluda efectele comportamentului ENEL recurgând la liste alternative nu exclude posibilitatea ca, având în vedere puterea de piață a ENEL, comportamentul în cauză să poată avea totuși efecte anticoncurențiale. Cu alte cuvinte, faptul că există alternative este cu siguranță pertinent, dar nu, în sine, decisiv.

81. Având în vedere considerațiile care precedă, propunem să se răspundă la prima întrebare că o practică pusă în aplicare de o întreprindere aflată în poziție dominantă, independent de legalitatea sa în raport cu alte ramuri de drept decât dreptul concurenței, nu poate fi calificată drept abuzivă, în sensul articolului 102 TFUE, numai în considerarea capacității sale de a produce un efect de excludere pe piața relevantă, întrucât acest comportament nu trebuie să fie asimilat unui efect de restrângere a concurenței, cu excepția cazului în care se demonstrează că această întreprindere a recurs la alte mijloace decât cele care țin de o concurență bazată pe merite. În principiu, o practică de excludere care poate fi reprodusă de concurenți în mod viabil din punct de vedere economic nu reprezintă un comportament care poate conduce la o excludere anticoncurențială și ține, așadar, de concurența bazată pe merite.

B. Cu privire la a doua întrebare preliminară

82. Prin intermediul celei de a doua întrebări, instanța de trimitere solicită Curții în esență să precizeze dacă articolul 102 TFUE urmărește să protejeze consumatorii sau structura concurențială a pieței și, în funcție de răspunsul dat, să stabilească obiectul probei necesare pentru a califica o practică de excludere drept abuzivă.

1. Cu privire la admisibilitate

83. AIGET contestă admisibilitatea acestei întrebări pe două temeuri. Pe de o parte, răspunsul ar reieși în mod evident dintr-o jurisprudență constantă a Curții. Pe de altă parte, aceeași întrebare nu ar fi relevantă pentru soluționarea litigiului, în măsura în care comportamentul în cauză ar fi afectat atât structura pieței, și anume furnizorii concurenți, cât și consumatorii, și anume clienții de pe piața protejată, care ar fi fost împiedicați să facă o alegere între serviciile furnizate de piața liberă.

84. Aceste obiecții – în măsura în care Curtea ar decide să le examineze explicit în lipsa unei cereri formale de constatare a inadmisibilității celei de a doua întrebări preliminare – trebuie, în opinia noastră, să fie respinse.

85. Astfel, pe de o parte, trebuie amintit că, chiar în prezența unei jurisprudențe care soluționează problema de drept în cauză, instanțele naționale își păstrează în întregime libertatea de a sesiza Curtea în cazul în care consideră oportun⁶². Împrejurarea că Curtea a interpretat deja anterior articolul 102 TFUE nu poate conduce, prin urmare, în sine la inadmisibilitatea întrebărilor adresate în cadrul prezentei cauze. Pe de altă parte, instanța de trimitere arată că răspunsul nu este evident, întrucât ar fi fost exprimate interpretări divergente de către Comisie, potrivit căreia articolul 102 TFUE ar urmări maximizarea bunăstării consumatorilor⁶³, și de către Curte, potrivit căreia acest articol ar urmări să mențină structura concurenței independent de prejudiciul cauzat consumatorilor⁶⁴.

86. Pe de altă parte, în ceea ce privește relevanța întrebării, trebuie amintit că numai instanța națională are competența să aprecieze atât necesitatea unei decizii preliminare pentru a fi în măsură să pronunțe propria hotărâre, cât și relevanța întrebărilor adresate⁶⁵. Or, în speță, instanța de trimitere justifică necesitatea celei de a doua întrebări explicând în esență că răspunsul care trebuie dat la această întrebare determină obiectul probei necesare⁶⁶. În consecință, în opinia noastră, întrebarea respectivă prezintă un raport direct cu obiectul litigiului principal și nu este ipotetică.

2. *Cu privire la fond*

87. Cea de a doua întrebare preliminară cuprinde două părți:

- prima vizează stabilirea interesului protejat la articolul 102 TFUE, având în vedere două soluții posibile prezentate ca fiind obiective alternative, și anume „de a maximiza bunăstarea consumatorilor” sau „de a menține structura concurențială a pieței”, și
- a doua urmărește să deducă consecințele în termeni probatorii ale corelării dintre aceste două obiective ale articolului 102 TFUE.

a) *Cu privire la prima parte*

88. Înainte de a aborda prima parte pe fond, se impun câteva observații preliminare.

89. Mai întâi, trebuie să se constate că, în speță, problema se ridică în contextul unor practici de excludere, care urmăresc în special excluderea concurenților de pe piața relevantă, iar nu în contextul unor practici de exploatare, precum, între altele, impunerea prețurilor de vânzare sau de cumpărare ori a altor condiții de tranzacționare inechitabile, în sensul articolului 102 litera (a)

⁶² Hotărârea din 3 martie 2020, Vodafone Magyarország (C-75/18, EU:C:2020:139, punctul 34).

⁶³ Instanța de trimitere citează în această privință punctul 19 din Orientări.

⁶⁴ Instanța de trimitere citează în această privință Hotărârea British Airways (punctele 66 și 106), Hotărârea France Télécom (punctele 104-107), precum și Hotărârea din 6 octombrie 2009, GlaxoSmithKline Services și alții/Comisia și alții (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P și C-519/06 P, denumită în continuare „Hotărârea GSK”, EU:C:2009:610, punctul 63).

⁶⁵ A se vedea în acest sens Hotărârea din 23 ianuarie 2018, F. Hoffmann-La Roche și alții (C-179/16, EU:C:2018:25, punctele 44 și 45, precum și jurisprudența citată).

⁶⁶ A se vedea mai exact punctul 102 din prezentele concluzii.

TFUE⁶⁷. Astfel, deși aceste din urmă practici implică o atingere directă adusă bunăstării consumatorilor (de exemplu prin prețuri excesive), ca regulă generală, ele nu modifică structura pieței⁶⁸.

90. În continuare, trebuie amintit că articolul 102 TFUE este o expresie a obiectivului general atribuit la articolul 3 alineatul (1) litera (b) TFUE acțiunii Uniunii, și anume stabilirea normelor de concurență necesare pentru funcționarea pieței interne⁶⁹. Acest obiectiv este amintit în Protocolul (nr. 27) privind piața internă și concurența, care este anexat la Tratatul UE și la Tratatul FUE și care, în temeiul articolului 51 TUE, face parte integrantă din acestea.

91. În acest context își găsesc locul cele două obiective citate de instanța de trimitere, și anume protecția consumatorilor și cea a structurii concurențiale a pieței.

92. În ceea ce privește primul obiectiv, Curtea a arătat că articolul 102 TFUE este una dintre normele de concurență care urmăresc tocmai obiectivul de a evita denaturarea concurenței în detrimentul interesului general, al întreprinderilor individuale și al consumatorilor, contribuind astfel la bunăstare în cadrul Uniunii⁷⁰. Prin urmare, bunăstarea consumatorilor face parte în mod incontestabil din obiectivele vizate de această dispoziție. Astfel, Curtea a recunoscut în mod expres obiectivul tratatului referitor la protecția consumatorului printr-o concurență nedenaturată⁷¹. În mod concret, interesele consumatorilor sunt, pe de altă parte, vizate în mod expres la articolul 102 litera (b) TFUE, în legătură cu practicile asociate cu practicile abuzive de excludere, și anume cele care „limitează producția, comercializarea sau dezvoltarea tehnică *în dezavantajul consumatorilor*” (sublinierea noastră).

93. În ceea ce privește al doilea obiectiv, trebuie amintit că primele hotărâri ale Curții în materie de abuz de poziție dominantă au indicat în mod clar că efectele asupra „structurii pieței” se aflau în centrul articolului 102 TFUE. De exemplu, în Hotărârea Hoffmann-La Roche, Curtea a arătat că folosirea abuzivă „vizează comportamentele unei întreprinderi în poziție dominantă *care sunt de natură să influențeze structura unei piețe* unde [...] gradul de concurență este deja redus”⁷². Referirea la „structura pieței”, influențată fără îndoială de gândirea ordoliberală de la acea dată, a fost concepută inițial ca urmărind să garanteze „libertatea economică”. În acest sens, acest obiectiv al protecției structurii pieței ar putea include „protecția concurenților” care fac parte din această piață. Totuși, reiese dintr-o jurisprudență în prezent constantă că articolul 102 TFUE nu urmărește sau, mai degrabă, nu mai urmărește în mod absolut protecția concurenților în fața unei întreprinderi aflate în poziție dominantă. Astfel, în urma revizuirii politicii de concurență în materie de abuz efectuate de Comisie în anul 2005⁷³, Curtea a recunoscut că articolul 102 TFUE nu interzice unei întreprinderi să cucerească, prin propriile merite, poziția dominantă pe o piață și, prin urmare, nu urmărește nici să garanteze că rămân pe piață concurenți mai puțin eficienți

⁶⁷ A se vedea punctul 7 din Orientări și nota de subsol 17 din prezentele concluzii.

⁶⁸ A se vedea în acest sens Hotărârea din 21 februarie 1973, Europemballage și Continental Can/Comisia (6/72, denumită în continuare „Hotărârea Continental Can”, EU:C:1973:22, punctul 26). Cu toate acestea, poate exista o suprapunere între practicile de excludere și cele de exploatare, întrucât orice strategie de excludere este în cele din urmă susceptibilă să conducă la o exploatare (a se vedea în această privință Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, ediția a 3-a, LGDJ, 2020, punctele 1000-1002).

⁶⁹ A se vedea în acest sens Hotărârile Continental Can (punctul 26), Hoffmann-La Roche (punctul 38), France Télécom (punctul 103) și Deutsche Telekom I (punctul 170).

⁷⁰ A se vedea în acest sens Hotărârea TeliaSonera (punctul 22 și jurisprudența citată).

⁷¹ Hotărârea din 16 septembrie 2008, Sot. Lélos kai Sia și alții (C-468/06-C-478/06, EU:C:2008:504, punctul 68), precum și Hotărârea Deutsche Telekom I (punctul 180).

⁷² Hotărârea Hoffmann-La Roche (punctul 91, sublinierea noastră), reiterată în numeroase rânduri în jurisprudență (a se vedea în special nota de subsol 10).

⁷³ A se vedea „Documentul de discuție al DG Concurență privind aplicarea articolului 82 CE în cazul practicilor abuzive de excludere”, din decembrie 2005.

decât întreprinderea care ocupă o poziție dominantă⁷⁴. Această abordare a fost consacrată în Hotărârea Intel, în care Curtea a precizat că „*concurența bazată pe merite poate conduce la dispariția de pe piață sau la marginalizarea concurenților mai puțin eficienți*”⁷⁵. Percepția potrivit căreia articolul 102 TFUE nu urmărește cu prioritate să protejeze concurenții (nu la fel de eficienți), care este, pe de altă parte, împărtășită și de Comisie⁷⁶, pare să facă în prezent parte din acquis-ul dreptului Uniunii în domeniul concurenței.

94. În lumina acestor constatări trebuie să se aprecieze corelarea dintre aceste două obiective, și anume dacă protejarea unei structuri concurențiale poate constitui un obiectiv autonom și, prin urmare, alternativ față de protecția bunăstării consumatorilor, după cum sugerează instanța de trimitere.

95. Considerăm că această întrebare necesită un răspuns negativ.

96. În primul rând, constatăm că, potrivit unei jurisprudențe constante a Curții, articolul 102 TFUE, asemenea articolului 101 TFUE⁷⁷, vizează nu numai practicile susceptibile să cauzeze un prejudiciu direct consumatorilor, ci și pe cele care le cauzează un prejudiciu indirect prin faptul că aduc atingere unei structuri de concurență efectivă⁷⁸. Procedând astfel, Curtea a creat, în opinia noastră, o legătură indisociabilă între cele două obiective. Astfel, protejarea unei structuri de concurență efectivă este în mod intrinsec legată de o finalitate ultimă, și anume protecția consumatorilor⁷⁹. În acest sens, normele respective care urmăresc să asigure nedenaturarea concurenței în cadrul pieței interne au ca finalitate ultimă creșterea bunăstării consumatorului. În mod logic, nu există, așadar, motive pentru a proteja piața concurențială *in abstracto* dacă nu există niciun risc (real sau potențial) de a cauza un prejudiciu consumatorilor.

97. În al doilea rând, amintim că, în conformitate cu jurisprudența mai recentă a Curții, prejudiciul cauzat consumatorilor constituie un element indispensabil pentru punerea în aplicare a articolului 102 TFUE. Astfel, în Hotărârea Post Danmark I, Curtea, reunită în Marea Cameră, a amintit că acest articol privește comportamentele unei întreprinderi dominante „care au ca efect, *în detrimentul consumatorilor*, să împiedice menținerea gradului de concurență existent pe piață [...] prin recurgerea la mijloace diferite de cele care guvernează o concurență normală”⁸⁰. De asemenea, în Hotărârea Intel, Curtea, tot în complet de Mare Cameră, a consacrat această abordare, subliniind caracterul indispensabil al protecției consumatorilor în aplicarea normelor referitoare la abuzul de poziție dominantă. Astfel, ea a amintit că „*concurența bazată pe merite poate conduce la dispariția de pe piață sau la marginalizarea concurenților mai puțin eficienți și, așadar, mai puțin interesanți pentru consumatori în special din punctul de vedere al prețurilor, al*

⁷⁴ A se vedea în acest sens Hotărârile Deutsche Telekom I (punctul 177), TeliaSonera (punctele 31-33, 39, 40, 43, 63, 64, 70 și 73), precum și Post Danmark I (punctul 21).

⁷⁵ Hotărârea Intel (punctul 134, sublinierea noastră).

⁷⁶ A se vedea punctele 6 și 23 din Orientări.

⁷⁷ A se vedea în acest sens Hotărârile Continental Can (punctul 25) și GSK (punctul 63).

⁷⁸ A se vedea în acest sens Hotărârile Continental Can (punctul 26), Hoffmann-La Roche (punctul 125), British Airways (punctele 106 și 107), France Télécom (punctul 105), Deutsche Telekom I (punctul 176), TeliaSonera (punctul 24) și Post Danmark I (punctul 20).

⁷⁹ A se vedea în acest sens Concluziile avocatei generale Kokott prezentate în cauza T-Mobile Netherlands și alții (C-8/08, EU:C:2009:110, punctul 71) și Hotărârea din 7 iunie 2006, Österreichische Postsparkasse und Bank für Arbeit und Wirtschaft/Comisia (T-213/01 și T-214/01, EU:T:2006:151, punctul 115). A se vedea de asemenea în acest sens Hotărârea din 14 decembrie 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich și alții/Comisia (T-259/02-T-264/02 și T-271/02, EU:T:2006:396, punctul 99), care a arătat că, în cadrul articolului 101 TFUE, această finalitate ultimă reiese în special din termenii articolului 101 alineatul (3) TFUE.

⁸⁰ Hotărârea Post Danmark I (punctul 24, sublinierea noastră).

ofertei, al calității sau al inovării”⁸¹. Deducem de aici că bunăstarea consumatorilor constituie obiectivul ultim care justifică intervenția dreptului concurenței în materie de practici de excludere.

98. În al treilea rând, rolul esențial al protecției consumatorilor reiese de asemenea din faptul că, în măsura în care articolul 102 TFUE nu prevede o derogare echivalentă celei stabilite la articolul 101 alineatul (3) TFUE, Curtea a statuat că creșterea eficienței poate de asemenea să neutralizeze nocivitatea unui comportament abuziv, în măsura în care avantajele se repercutează asupra consumatorilor. Astfel, o întreprindere care ocupă o poziție dominantă poate justifica comportamente susceptibile să intre sub incidența interdicției prevăzute la articolul 102 TFUE, demonstrând în special că „efectul de excludere pe care îl generează poate fi contrabalansat sau chiar depășit de avantaje în termeni de eficacitate *care profită deopotrivă consumatorilor*”⁸².

99. În al patrulea rând, această prevalență a protecției „bunăstării consumatorilor” pare să fie concordantă cu practica decizională a Comisiei, potrivit căreia protecția consumatorilor constituie laitmotivul oricărei intervenții în temeiul articolului 102 TFUE⁸³ și al dreptului concurenței în general⁸⁴.

100. Pe baza acestei analize a corelării dintre cele două obiective, apreciem că trebuie să se concluzioneze că, în contextul unor practici abuzive de excludere, articolul 102 TFUE urmărește să maximizeze bunăstarea consumatorilor în special prin protecția structurii concurențiale a pieței. În consecință, această protecție poate constitui efectiv un obiectiv vizat la articolul 102 TFUE nu în mod autonom, ci numai atunci când, într-un caz concret, se înscrie în finalitatea ultimă a protecției (directe sau indirecte) a consumatorilor. Astfel, cele două obiective pe care instanța de trimitere pare să le considere ca fiind antinomice nu ar fi în realitate așa.

b) Cu privire la a doua parte

101. Prin intermediul celei de a doua părți a celei de a doua întrebări, instanța de trimitere solicită Curții în esență să stabilească modul în care corelarea dintre cele două obiective menționate anterior se traduce în termeni probatorii.

102. Potrivit raționamentului instanței de trimitere, în cazul în care interesul protejat la articolul 102 TFUE este acela de a maximiza bunăstarea consumatorilor, instanța (și *a fortiori* autoritățile de concurență) ar trebui, într-un fel, să evalueze diminuarea (sau riscul de diminuare) a bunăstării care rezultă din comportamentul în cauză (comparând, de exemplu, bunăstarea consumatorilor înainte și după punerea în aplicare a comportamentului). În schimb, dacă interesul protejat este acela de a păstra structura concurențială a pieței, instanța ar trebui să se abțină de la a cerceta dacă comportamentul întreprinderii dominante a cauzat un prejudiciu consumatorilor și ar trebui să se limiteze pur și simplu la a examina dacă acest comportament poate avea un impact asupra structurii, a diversității, a calității sau a inovării.

⁸¹ Hotărârea Intel (punctul 134, sublinierea noastră).

⁸² Hotărârile Post Danmark I (punctele 40 și 41, sublinierea noastră) și Intel (punctul 140).

⁸³ A se vedea punctele 5 și 6 din Orientări.

⁸⁴ A se vedea Comunicarea Comisiei referitoare la Orientări privind aplicarea articolului [101 alineatul (3) TFUE] (JO 2004, C 101, p. 97, Ediție specială, 08/vol. 4, p. 165), punctul 13, și Comunicarea referitoare la Orientări privind evaluarea concentrărilor neorizontale în conformitate cu regulamentul Consiliului privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi (JO 2008, C 265, p. 6), punctul 16. A se vedea de asemenea discursul comisarului N. Kroes din 15 septembrie 2005, intitulat „European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices”, în cadrul „European Consumer and Competition Day”.

103. Nu putem subscrie la acest raționament al instanței de trimitere întrucât, după cum s-a susținut mai sus, cele două obiective nu sunt antinomice.

104. În această privință, reiese din jurisprudența Curții că, având în vedere că articolul 102 TFUE nu vizează numai practicile susceptibile să cauzeze un prejudiciu imediat consumatorilor, ci și pe cele care le cauzează prejudicii prin faptul că aduc atingere unei structuri de concurență efectivă, o autoritate de concurență sau, după caz, o instanță nu trebuie să examineze dacă, prin comportamentul în discuție, s-a cauzat efectiv „un dezavantaj consumatorilor”, în sensul articolului 102 litera (b) TFUE, ci trebuie să examineze dacă comportamentul în discuție a avut un efect de restrângere a concurenței⁸⁵. Astfel, caracterul potențial prejudiciabil al unui comportament este luat în mod normal în considerare pentru a stabili un abuz de poziție dominantă, fără a fi necesar să se demonstreze un efect concret, în special la nivelul consumatorilor⁸⁶.

105. Deși revine autorității de concurență și, în speță, instanței naționale sarcina de a aprecia efectul prejudiciabil al unei practici de excludere și în special dacă această practică este de natură să afecteze structura pieței și, prin urmare, și consumatorii, considerăm utilă formularea următoarelor precizări.

106. În primul rând, având în vedere că bunăstarea consumatorilor, iar nu protecția unei anumite structuri de piață ca atare face obiectul protecției finale, dovada unui efect restrictiv asupra structurii pieței va fi suficientă pentru calificarea unui abuz numai în măsura în care această restricție poate afecta, fie în mod direct, fie indirect, consumatorii. Or, deși afectarea structurii concurențiale a pieței constituie un bun indicator (proxy) al consecințelor pe care o practică de excludere le poate avea asupra consumatorilor⁸⁷, situația nu este întotdeauna aceasta. Astfel, comportamentul unei întreprinderi aflate în poziție dominantă nu trebuie considerat abuziv în sensul articolului 102 TFUE atunci când, independent de prejudiciul cauzat structurii pieței, nu poate cauza, în mod efectiv sau potențial, un prejudiciu și consumatorilor afectați. În consecință, considerăm lacunar să se interpreteze jurisprudența existentă a Curții în sensul că indică doar că, pentru a dovedi o practică abuzivă de excludere, este suficient să se constate că practica în cauză poate afecta structura pieței. Într-adevăr, un efect prejudiciabil asupra structurii concurențiale a pieței nu se traduce nici în mod necesar, nici automat printr-o diminuare potențială a bunăstării consumatorilor. Deși o astfel de prezumție de prejudiciu există în privința înțelegerilor, nu aceasta este situația în cadrul abuzurilor de poziție dominantă⁸⁸. Cu titlu de exemplu, după cum s-a arătat la punctul 44 din prezentele concluzii, atunci când structura pieței este alterată prin excluderea unui concurent, aceasta nu înseamnă în mod necesar că acel comportament este anticoncurențial astfel încât să poată dăuna consumatorilor.

⁸⁵ Hotărârea British Airways (punctele 106 și 107). Cu toate acestea, pentru anumite tipuri de abuz, proba privind un prejudiciu imediat cauzat consumatorilor face parte din aprecierea caracterului abuziv. Astfel, Curtea a apreciat că, „pentru ca refuzul unei întreprinderi titulare a unui drept de autor de a acorda accesul la un produs sau la un serviciu indispensabil pentru exercitarea unei activități determinate să poată fi calificat drept abuziv, este suficient să fie îndeplinite trei condiții cumulative, și anume ca acest refuz să împiedice apariția unui produs nou *pentru care există o cerere potențială din partea consumatorilor*, să fie lipsit de justificare și să fie de natură să excludă orice concurență pe o piață derivată” [a se vedea Hotărârea din 6 aprilie 1995, RTE și ITP/Comisia, cunoscută sub numele de „Hotărârea Magill” (C-241/91 P și C-242/91 P, EU:C:1995:98), astfel cum a fost rezumată la punctele 32-38 din Hotărârea din 29 aprilie 2004, IMS Health (C-418/01, EU:C:2004:257, sublinierea noastră)].

⁸⁶ A se vedea Hotărârea din 10 iulie 2014, Telefónica și Telefónica de España/Comisia (C-295/12 P, denumită în continuare „Hotărârea Telefónica”, EU:C:2014:2062, punctul 124).

⁸⁷ A se vedea Concluziile avocatei generale Kokott prezentate în cauza British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2006:133, punctul 68).

⁸⁸ În această privință, constatăm că articolul 17 alineatul (2) din Directiva 2014/104/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 noiembrie 2014 privind anumite norme care guvernează acțiunile în despăgubire în temeiul dreptului intern în cazul încălcărilor dispozițiilor legislației în materie de concurență a statelor membre și a Uniunii Europene (JO 2014, L 349, p. 1) prevede că se presupune că doar încălcările sub forma unor carteluri provoacă prejudicii.

107. În al doilea rând, trebuie să se constate că există o dificultate obiectivă în ceea ce privește cuantificarea schimbărilor care afectează bunăstarea consumatorilor. În această privință, trebuie amintit mai întâi că definiția „consumatorului” din dreptul concurenței include atât consumatorii intermediari, cât și consumatorii finali. Or, atunci când consumatorii intermediari sunt concurenți efectivi sau potențiali ai întreprinderii dominante, aprecierea privește în principal efectele acestui comportament asupra clienților din aval⁸⁹. În continuare, subliniem că însăși noțiunea de „bunăstare a consumatorilor” conține un element de subiectivitate inerent, întrucât această bunăstare poate fi apreciată nu numai în termeni de preț, ci, în funcție de produsul sau serviciul în cauză, și în termeni de alegere, calitate și inovare⁹⁰. În sfârșit, articolul 102 TFUE vizează practici ale căror efecte asupra pieței nu se manifestă în mod necesar. Astfel, analiza efectelor anticoncurențiale, așa cum va fi explicată în cadrul celei de a treia întrebări, poate fi și de natură prospectivă. Prin urmare, a impune, așa cum sugerează instanța de trimitere, demonstrarea concretă a diminuării bunăstării consumatorilor în timp ar contraveni logicii și eficienței acestei dispoziții. Astfel, nivelul probelor necesare privind afectarea consumatorilor variază în funcție de tipul de abuz și de data comportamentului în timp⁹¹.

108. Având în vedere considerațiile care precedă, propunem Curții să răspundă la a doua întrebare că articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că urmărește să interzică nu numai practicile de excludere care pot cauza un prejudiciu imediat consumatorilor, ceea ce constituie obiectivul final al acestei dispoziții, ci și comportamentele care le pot aduce atingere în mod indirect, ca urmare a incidenței lor asupra structurii pieței. Revine autorităților de concurență sarcina de a demonstra că o asemenea practică de excludere aduce atingere structurii de concurență efectivă, verificând totodată dacă aceasta este de asemenea susceptibilă să cauzeze un prejudiciu efectiv sau potențial acestor consumatori.

C. Cu privire la a treia întrebare preliminară

109. Prin intermediul celei de a treia întrebări, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă, pentru a stabili existența unei încălcări a articolului 102 TFUE, trebuie considerată relevantă dovada prezentată de o întreprindere aflată în poziție dominantă prin care se demonstrează că, în pofida capacității sale abstracte de a produce efecte restrictive, comportamentul în cauză nu a produs efectiv astfel de efecte și, în cazul unui răspuns afirmativ, dacă autoritatea de concurență este obligată să examineze probele prezentate de întreprinderea respectivă cu privire la capacitatea concretă a acestui comportament de a produce efectele în discuție.

110. În primul rând, amintim că nu este necesar, pentru a stabili existența unei încălcări a articolului 102 TFUE, să se demonstreze că comportamentul în discuție a produs efecte anticoncurențiale în mod efectiv în cazul concret, fiind suficientă proba că era de natură să le producă⁹². O autoritate de concurență este obligată să demonstreze doar potențialul prejudiciabil al comportamentului reproșat, independent de realizarea concretă a efectelor anticoncurențiale.

⁸⁹ A se vedea punctul 19 din Orientări și nota de subsol 15.

⁹⁰ A se vedea în special Hotărârea Intel (punctul 134 și jurisprudența citată) și punctul 6 din Orientări.

⁹¹ De exemplu, în practica prețurilor de ruinare, stabilirea unor prețuri inferioare costurilor ar favoriza în mod clar consumatorii (în mod cert pe termen scurt), cu excepția situației în care și până când pierderile ar fi recuperate prin prețuri mai ridicate într-un stadiu ulterior. Însă o practică de prețuri de ruinare poate fi sancționată în temeiul articolului 102 TFUE fără dovada recuperării pierderilor, întrucât poate provoca o ieșire sau o marginalizare rivală care să modifice structura concurenței astfel încât să se poată produce un prejudiciu pentru consumatori (a se vedea Hotărârea France Télécom, punctele 110-112).

⁹² A se vedea în acest sens Hotărârea British Airways (punctele 106 și 107), precum și Hotărârea Telefónica (punctul 124). A se vedea de asemenea punctele 41 și 104 din prezentele concluzii.

Astfel, ar fi contrar logicii inerente a acestei dispoziții, care este de natură, în egală măsură, preventivă și prospectivă, să trebuiască să se aștepte ca efectele anticoncurențiale să se producă pe piață pentru a putea constata în mod legal abuzul.

111. Anumite exemple din jurisprudența recentă a Curții pot fi indicative în această privință.

112. În Hotărârea TeliaSonera, Curtea a precizat în mod expres că „împrejurarea că rezultatul așteptat, și anume excluderea concurenților, nu este atins în cele din urmă nu poate elimina calificarea drept abuz în sensul articolului 102 TFUE⁹³”. De asemenea, în Hotărârea Tomra, Curtea a statuat că, „în vederea dovedirii unui abuz de poziție dominantă în sensul articolului 102 TFUE, este suficient să se demonstreze că comportamentul abuziv al întreprinderii aflate în poziție dominantă urmărește să restrângă concurența sau că acest comportament este de natură sau poate să aibă un asemenea efect”⁹⁴. Urmând aceeași logică, în ceea ce privește comportamentele referitoare la un sistem de rabaturi, în Hotărârea Post Danmark II, Curtea a arătat că aprecierea capacității unui sistem de rabaturi de a restrânge concurența urmărește „să stabilească dacă respectivul comportament al întreprinderii aflate în poziție dominantă are ca rezultat excluderea efectivă sau probabilă a concurenților, în detrimentul concurenței, și, ca urmare a acestui fapt, al intereselor consumatorilor”⁹⁵. În această privință, „stabilirea unui prag de sensibilitate (*de minimis*) în vederea determinării unei folosiri abuzive a unei poziții dominante nu se justifică. Astfel, această practică anticoncurențială este, prin însăși natura sa, susceptibilă să genereze restricții privind concurența non-neglijabile” și, în consecință, „pentru a intra în domeniul de aplicare al [articolului 102 TFUE], efectul anticoncurențial al unui sistem de rabaturi aplicat de o întreprindere aflată în poziție dominantă [...] trebuie să fie probabil, fără a fi necesar să se demonstreze că prezintă un caracter grav sau semnificativ”⁹⁶. De altfel, în Hotărârea Intel, Curtea a făcut referire în mod specific la necesitatea de a aprecia „capacitatea [reducerii] de a restrânge concurența”, enumerând o serie de elemente pertinente pentru această apreciere⁹⁷. În sfârșit, în Hotărârea recentă Generics (UK), Curtea a amintit că „caracterul abuziv al unui comportament presupune ca acesta să fi avut capacitatea de a restrânge concurența și, în special, de a produce efectele de excludere reproșate”⁹⁸.

113. Deși este formulată în termeni uneori diferiți – termenii „capacitate” și „probabilitate” având în esență aceeași semnificație⁹⁹ –, această jurisprudență permite să se concluzioneze că o autoritate de concurență nu este ținută să demonstreze că efectele anticoncurențiale s-au produs efectiv pentru a califica un comportament drept abuziv.

114. În acest sens, probele prezentate *ex post* de o întreprindere pentru a indica lipsa unor efecte anticoncurențiale precum analize economice sau de altă natură nu pot avea o funcție de exonerare și nici nu pot transfera autorității de concurență sarcina probei, astfel încât să îi impună sarcina de a demonstra materializarea concretă a prejudiciului care rezultă din comportamentul reproșat¹⁰⁰, chiar și atunci când s-a scurs un interval de timp îndelungat de când a avut loc comportamentul

⁹³ Hotărârea TeliaSonera (punctul 65). A se vedea în acest sens Hotărârea Deutsche Telekom I (punctul 254) și Hotărârea din 30 ianuarie 2020, České dráhy/Comisia (C-538/18 P și C-539/18 P, nepublicată, EU:C:2020:53, punctul 70).

⁹⁴ Hotărârea Tomra (punctul 68, sublinierea noastră).

⁹⁵ Hotărârea Post Danmark II (punctul 69, sublinierea noastră).

⁹⁶ Hotărârea Post Danmark II (punctele 73 și 74, sublinierea noastră).

⁹⁷ Hotărârea Intel (punctele 138 și 139, sublinierea noastră).

⁹⁸ Hotărârea Generics (UK) (punctul 154, sublinierea noastră).

⁹⁹ Concluziile avocatului general Wahl prezentate în cauza Intel Corporation/Comisia (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punctul 115).

¹⁰⁰ A se vedea de asemenea Concluziile avocatului general Mazák prezentate în cauza AstraZeneca/Comisia (C-457/10 P, EU:C:2012:293, punctul 64).

abuziv¹⁰¹. Pe de altă parte, ca regulă de principiu, natura anticoncurențială a unui comportament trebuie să fie evaluată la momentul la care acest comportament a fost săvârșit¹⁰², ceea ce este, de altfel, în conformitate cu principiul general al securității juridice, având în vedere că întreprinderea dominantă trebuie să poată aprecia legalitatea comportamentului său pe baza unor elemente existente¹⁰³.

115. În al doilea rând, aceeași jurisprudență confirmă totuși obligația de a aprecia toate împrejurările relevante ale speței pentru a stabili dacă un comportament este efectiv *susceptibil* să producă pretinsele efecte anticoncurențiale, indiferent dacă aceste efecte s-au produs sau nu ulterior în mod efectiv.

116. În această privință, mai întâi, considerăm incontestabil că, din punct de vedere procedural, probele privind lipsa efectelor anticoncurențiale prezentate *ex post* trebuie să fie luate în considerare de o autoritate de concurență, în special atunci când aceste probe privesc un comportament care a încetat cu mult înainte de adoptarea deciziei de constatare a abuzului. Astfel, în Hotărârea Intel, Curtea a explicat că, în cazul în care o întreprindere dominantă susține, în cursul procedurii administrative, întemeindu-se pe elemente de probă, că comportamentul său nu a avut *capacitatea* de a restrânge concurența, Comisia este obligată să examineze o serie de elemente pentru a aprecia *capacitatea* comportamentului în discuție de a exclude de pe piață concurenții cel puțin la fel de eficienți¹⁰⁴. De altfel, capacitatea de excludere este de asemenea pertinentă pentru a aprecia dacă un comportament poate fi justificat în mod obiectiv sau dacă efectele sale restrictive pot fi contrabalansate de avantaje în termeni de eficacitate¹⁰⁵. În acest context, o dovadă economică ce demonstrează, după încetarea comportamentului contestat, lipsa unor efecte de excludere va trebui să fie considerată admisibilă atunci când întreprinderea dominantă urmărește să dovedească lipsa capacității de restrângere a concurenței. Pe de altă parte, efectul anticoncurențial al unei practici determinate nu trebuie să aibă un caracter pur ipotetic¹⁰⁶, iar elementele de probă care contestă capacitatea de restrângere a concurenței pot confirma un astfel de caracter ipotetic. În consecință, din punct de vedere procedural, în măsura în care sarcina probei privind efectele de excludere anticoncurențiale revine autorităților de concurență, apreciem că există o obligație din partea acestor autorități de a lua în considerare cu atenție elementele de probă prezentate de întreprinderea dominantă, chiar și *ex post*, în cadrul analizei lor cu privire la existența abuzului.

117. În continuare, în ceea ce privește valoarea probantă a acestui tip de probe în ceea ce privește existența abuzului, este important să se arate că lipsa realizării unor efecte restrictive ale unui comportament poate avea efectiv mai multe cauze. Or, nu se poate exclude de la bun început că lipsa unor astfel de efecte se datorează faptului că, prin însăși natura sa, comportamentul în cauză era lipsit de capacitatea de a restrânge concurența. În acest sens, o autoritate de concurență, potrivit contextului special, ar trebui să țină seama de acest tip de probe ca un element potențial de confirmare a lipsei unei asemenea capacități.

¹⁰¹ A se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, Telefónica și Telefónica de España/Comisia (T-336/07, EU:T:2012:172, punctul 272).

¹⁰² A se vedea în acest sens Hotărârea AstraZeneca (punctul 110).

¹⁰³ A se vedea în acest sens Hotărârea TeliaSonera (punctul 44).

¹⁰⁴ Hotărârea Intel (punctele 138 și 139).

¹⁰⁵ Hotărârea Intel (punctul 140).

¹⁰⁶ Hotărârea Post Danmark II (punctul 65) și punctul 41 din prezentele concluzii.

118. În această privință, observăm că, în jurisprudența sa, Curtea nu a stabilit gradul necesar de intensitate a probabilității unui efect de excludere a concurenței sau, cu alte cuvinte, conținutul capacității de excludere¹⁰⁷. Aceasta depinde în mod evident de contextul juridic, economic și factual al fiecărei cauze, însă apreciem că această capacitate trebuie să se raporteze la elemente concrete, precum o durată și o acoperire suficiente a pieței relevante.

119. În acest context, importanța care trebuie atribuită unor dovezi privind lipsa unor efecte restrictive *ex post* variază în funcție de aspectul dacă capacitatea abstractă de a produce efecte restrictive se întemeiază pe un risc de excludere care are efecte vădite sau potențiale, lipsa unor efecte reale asupra concurenței fiind mai puțin relevantă în cea de a doua situație. În schimb, lipsa unor efecte reale pe piață poate fi relevantă, indiferent dacă teoria excluderii este întemeiată sau nu pe un risc potențial, atunci când comportamentul este vechi și, precum în speță, încetează cu mult înaintea anchetei unei autorități de concurență. Astfel, în conformitate cu Orientările, „dacă aceste practici există de suficient timp, performanța pe piață a întreprinderii dominante și a concurenților săi poate furniza probe directe privind blocarea cu caracter anticoncurențial”¹⁰⁸. Invers, în opinia noastră, inexistența unor efecte reale poate permite să se înțeleagă că practica nu era de natură, chiar și teoretică, să afecteze concurenții, astfel încât teoria prejudiciului se dovedește pur ipotetică. Aceasta ar fi situația în special atunci când se demonstrează că lipsa unor asemenea efecte reale nu poate fi afectată de alți factori ulteriori, care nu au legătură cu comportamentul în cauză.

120. În sfârșit, din motive de exhaustivitate, amintim că lipsa efectelor este relevantă și în evaluarea gravității încălcării, ceea ce ar putea diminua substanțial cuantumul sancțiunilor care trebuie aplicate întreprinderii autoare a abuzului.

121. Având în vedere ansamblul considerațiilor care precedă, propunem să se răspundă la a treia întrebare că articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că, pentru a stabili existența unui abuz de poziție dominantă, o autoritate de concurență este obligată să demonstreze, având în vedere ansamblul împrejurărilor pertinente și ținând seama în special de elementele de probă invocate de întreprinderea dominantă, că comportamentul acestei întreprinderi avea capacitatea de a restrânge concurența, analizând, dacă este cazul și în această privință, și elementele de probă potrivit cărora comportamentul în cauză nu ar fi produs efecte anticoncurențiale pe piața relevantă.

D. Cu privire la a patra întrebare preliminară

122. Prin intermediul celei de a patra întrebări preliminare, instanța de trimitere ridică în esență problema pertinentei intenției de restrângere a concurenței a întreprinderii dominante în vederea aprecierii aspectului dacă un comportament este abuziv.

¹⁰⁷ Această problemă a fost tratată de avocatul general Wahl în Concluziile prezentate în cauza Intel/Corporation/Comisia (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punctele 117 și 118). În opinia sa, aprecierea capacității anticoncurențiale urmărește să stabilească dacă, *după toate probabilitățile*, comportamentul incriminat produce un efect de excludere a concurenței. Aceasta înseamnă că probabilitatea trebuie să aibă un nivel *considerabil superior celui al simplei posibilități* ca un anumit comportament să restrângă concurența. Invers, faptul că apariția unui efect de excludere pare mai probabil decât lipsa sa este pur și simplu insuficient. A se vedea însă, în această privință, Concluziile avocatei generale Kokott prezentate în cauza Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:343, punctul 82).

¹⁰⁸ A se vedea punctul 20 din Orientări. Observăm însă că acest text se limitează la delimitarea abordării Comisiei în ceea ce privește alegerea cauzelor pe care intenționează să le urmărească cu prioritate, astfel încât practica administrativă urmată de aceasta nu se impune autorităților de concurență și instanțelor naționale.

1. *Cu privire la admisibilitate*

123. Green Network exprimă îndoieli cu privire la admisibilitatea acestei întrebări preliminare. Fără a solicita totuși să fie declarată inadmisibilă, aceasta constată că, având în vedere că AGCM ar fi analizat efectiv caracterul intenționat al comportamentului abuziv, un răspuns la această întrebare nu ar fi necesar. Pe de altă parte, răspunsul ar reieși în mod incontestabil din jurisprudența Curții.

124. Aceste obiective trebuie, în opinia noastră, să fie respinse, pentru aceleași motive precum cele dezvoltate la punctele 85 și 86 din prezentele concluzii. Astfel, instanța de trimitere își justifică necesitatea explicând în esență că jurisprudența nu ar fi clară și generează confuzie¹⁰⁹. În plus, din decizia de trimitere reiese că întrebarea prezintă o legătură directă cu obiectul litigiului principal și nu este ipotetică, în măsura în care, în speță, AGCM a strâns documente de anchetă destinate să demonstreze existența voinței strategice a grupului ENEL de a neutraliza plecările unor clienți, încurajându-i să tranziteze către piața liberă cu EE.

2. *Cu privire la fond*

125. A patra întrebare preliminară cuprinde două părți:

- prima urmărește să se stabilească dacă articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că un comportament trebuie calificat drept abuziv numai în considerarea efectelor sale restrictive (potențiale) sau dacă intenția de restrângere a concurenței constituie un criteriu util (inclusiv cu titlu exclusiv) pentru această apreciere și
- a doua urmărește să se stabilească dacă dovada acestei intenții trebuie considerată suficientă pentru a atribui comportamentului în cauză efectele anticoncurențiale contestate sau nu face decât să transfere sarcina probei către întreprinderea dominantă, care ar fi obligată, în acest stadiu, să demonstreze că efectul de excludere nu a avut loc.

a) *Cu privire la prima parte*

126. Prin intermediul primei părți, instanța de trimitere ridică în esență problema dacă dovada intenției de excludere care animă întreprinderea dominantă constituie un element de probă necesar sau suficient pentru analiza existenței unui abuz.

127. În această privință, amintim că Curtea a indicat în numeroase rânduri că folosirea abuzivă a unei poziții dominante interzise de articolul 102 TFUE este o noțiune obiectivă¹¹⁰, în lipsa oricărei conduite ilicite¹¹¹, și că, în vederea aplicării acestei dispoziții, nu este nicidecum necesar să se stabilească existența unei intenții anticoncurențiale în privința întreprinderii în poziție

¹⁰⁹ Instanța de trimitere se referă în această privință la Hotărârea din 30 septembrie 2003, Michelin/Comisia (T-203/01, EU:T:2003:250, punctul 241), și la Hotărârea din 30 ianuarie 2007, France Télécom/Comisia (T-340/03, EU:T:2007:22, punctul 195).

¹¹⁰ A se vedea punctul 34 din prezentele concluzii.

¹¹¹ A se vedea Hotărârea Continental Can (punctul 29) și Hotărârea din 9 septembrie 2009, Clearstream/Comisia (T-301/04, EU:T:2009:317, punctul 141).

dominantă¹¹². Rezultă că, cu excepția unor cazuri excepționale¹¹³, mobilul subiectiv al întreprinderii dominante nu figurează printre elementele constitutive ale abuzului, astfel încât o autoritate de concurență nu este obligată să îl demonstreze pentru a constata existența unui asemenea abuz.

128. Cu toate acestea, Curtea a considerat că dovada unei asemenea intenții, deși nu poate fi suficientă în sine, constituie o împrejurare de fapt care poate fi luată în considerare pentru determinarea unui abuz de poziție dominantă. Astfel, Curtea a statuat că, în cadrul examinării comportamentului unei întreprinderi în poziție dominantă și pentru identificarea unui eventual abuz de o asemenea poziție, Comisia este obligată să ia în considerare toate împrejurările de fapt pertinente care însoțesc respectivul comportament și acest exercițiu include și o apreciere a strategiei comerciale urmărite. În acest cadru, pare a fi normal să se evoce factori de natură subiectivă, și anume mobilurile care stau la baza strategiei comerciale în discuție. Astfel, potrivit Curții, existența unei eventuale intenții anticoncurențiale nu constituie decât una dintre numeroasele împrejurări de fapt care pot fi luate în considerare pentru determinarea unui asemenea abuz¹¹⁴.

129. O astfel de intenție anticoncurențială, dacă este clară și stabilă, se poate dovedi efectiv pertinentă pentru stabilirea unui abuz de poziție dominantă. Astfel, Comisia a indicat că „probe[le] directe ale unei strategii de excludere” constituie unul dintre factorii reținuți în general pentru a aprecia nu numai dacă este probabil ca pretinsele practici abuzive să ducă la o blocare cu caracter anticoncurențial, dar și „pentru a interpreta practicile întreprinderii dominante”. Asemenea probe pot include „documente interne care conțin probe directe ale unei strategii de excludere a concurenților, precum un plan amănunțit de a exercita anumite practici pentru a exclude un concurent, pentru a împiedica intrarea sau pentru a preveni apariția unei piețe sau probe ale unor amenințări concrete privind acțiuni de excludere”¹¹⁵.

130. În realitate, în majoritatea cazurilor, practicile de excludere abuzive nu sunt întemeiate pe demonstrarea unei intenții subiective specifice a întreprinderii dominante de a restrânge concurența, ci pe logica economică a comportamentelor în cauză, astfel cum rezultă aceasta în mod obiectiv din caracteristicile respectivelor comportamente și din contextul lor. O asemenea logică anticoncurențială a unui comportament poate, de exemplu, să fie dedusă din „lipsa oricărei

¹¹² Hotărârea Tomra (punctul 21).

¹¹³ Intenția întreprinderii dominante de a exclude un concurent poate constitui în mod excepțional un element de probă necesar pentru existența încălcării. Aceasta este situația, pe de o parte, în anumite ipoteze de practici de prețuri de ruinare atunci când prețurile de vânzare sunt inferioare mediei costurilor totale, care cuprind costurile fixe și costurile variabile, dar superioare mediei costurilor variabile, în care Curtea a admis că aceste prețuri trebuie considerate abuzive „atunci când sunt stabilite în cadrul unui plan care are drept scop eliminarea unui concurent” [a se vedea Hotărârile AKZO (punctul 72), Tetra Pak/Comisia (punctul 41) și France Télécom (punctul 109)], și, pe de altă parte, în cadrul unor litigii numite „vexatorii”, Comisia stabilind două criterii cumulative pentru a putea determina cazurile în care o acțiune în justiție este abuzivă, al doilea criteriu fiind acela dacă acțiunea este „concepută în cadrul unui plan care are drept scop eliminarea concurenței” [a se vedea Hotărârea din 17 iulie 1998, ITT Promedia/Comisia (T-111/96, EU:T:1998:183, punctul 55)]. Totuși, chiar și în aceste cazuri excepționale, elementul subiectiv nu este suficient în sine pentru a stabili nelegalitatea comportamentului.

¹¹⁴ Hotărârile Tomra (punctele 18 și 19), precum și Generics (UK) (punctele 162 și 164).

¹¹⁵ Punctul 20 din Orientări.

alte justificări economice obiective”¹¹⁶. Or, în lipsa unei asemenea logici, recurgerea la probe subiective se poate dovedi deosebit de utilă. Astfel, acest tip de probe a fost utilizat atât în cazul unor practici tarifare¹¹⁷, cât și netarifare¹¹⁸.

131. În ceea ce privește, așadar, una dintre numeroasele împrejurări de fapt care pot fi luate în considerare în vederea stabilirii unui abuz, revine exclusiv autorității de concurență sarcina de a aprecia valoarea probatorie a probelor directe ale unei strategii de excludere. În această privință, considerăm că elementele următoare sunt pertinente.

132. În primul rând, pentru ca aceste dovezi să fie pertinente, chiar și cu titlu de indiciu, în raport cu existența unei practici abuzive de excludere, intenția de excludere trebuie să se reflecte și într-o capacitate de excludere¹¹⁹. Prin urmare, analiza intenției nu poate înlocui analiza efectelor. În această privință, Curtea a arătat în mod expres că, atunci când întreprinderea dominantă contestă că comportamentul său a avut capacitatea de a restrânge concurența, Comisia este, între altele, „de asemenea obligată să aprecieze *existența eventuală a unei strategii* privind excluderea concurenților cel puțin la fel de eficienți”¹²⁰.

133. În al doilea rând, asemenea dovezi pot oferi indicații importante cu privire la natura comportamentului în cauză și, în consecință, cu privire la tendința sa de a restrânge concurența. De exemplu, aceste indicații ar putea consta în elemente de probă care arată că întreprinderea dominantă se aștepta în mod clar ca comportamentul său să aibă un efect anticoncurențial, pe baza analizei sale de piață sau a propriei cunoașteri a pieței respective, acest tip de indicații fiind pertinent, ținând seama de expertiza întreprinderii dominante privind structura pieței pe care își desfășoară activitatea. Astfel, dacă, fapt susținut de probe, o asemenea întreprindere adoptă o anumită strategie pentru a-și exclude concurenții de pe piață sau pentru a-i marginaliza, se poate deduce în mod logic din aceasta că respectivul comportament este de natură să producă asemenea efecte.

134. În al treilea rând, valoarea probantă a unei probe privind intenția depinde de contextul factual. Mai întâi, afirmații privind excluderea care aparțin unor persoane cu funcții de conducere – însărcinate să exercite o influență decisivă asupra practicilor întreprinderii – sau pronunțate în cadrul unor prezentări formale sunt mai relevante decât afirmații spontane¹²¹. În această privință, amintim că obiectul însuși al concurenței constă în încurajarea întreprinderilor să se depășească unele pe altele. În consecință, declarații care vizează sau denigrează concurenții sunt curente într-un mediu caracterizat de concurența bazată pe merite și nu vor trebui considerate relevante decât în cazul în care fac parte dintr-o strategie de excludere. În sfârșit, ni se pare evident că astfel de probe trebuie să se raporteze la perioada comportamentului în cauză.

¹¹⁶ Hotărârea TeliaSonera (punctul 88). A se vedea în această privință punctul 62 din prezentele concluzii.

¹¹⁷ Precum practici de prețuri de ruinare [Hotărârea AKZO (punctul 72)], reduceri de fidelitate [a se vedea Hotărârea din 16 martie 2000, Compagnie maritime belge transports și alții/Comisia (C-395/96 P și C-396/96 P, EU:C:2000:132)], precum și în cadrul unor acorduri de exclusivitate [a se vedea Hotărârea Tomra (punctele 19 și 21)].

¹¹⁸ În special, atunci când întreprinderea dominantă introduce acțiuni la instanțele naționale în scopuri vexatorii [a se vedea Hotărârea din 17 iulie 1998, ITT Promedia/Comisia (T-111/96, EU:T:1998:183, punctul 55)] sau înșală autoritățile publice pentru a exclude producătorii de medicamente generice [a se vedea Hotărârea din 1 iulie 2010, AstraZeneca/Comisia (T-321/05, EU:T:2010:266, punctul 359)], precum și cauzele numite „pay for delay” [a se vedea Hotărârea Generics (UK) (punctul 161)].

¹¹⁹ A se vedea în acest sens Concluziile avocatului general Wahl prezentate în cauza Intel Corporation/Comisia (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punctul 128).

¹²⁰ Hotărârea Intel (punctul 139 și jurisprudența citată, sublinierea noastră).

¹²¹ A se vedea în acest sens Hotărârea din 30 ianuarie 2007, France Télécom/Comisia (T-340/03, EU:T:2007:22, punctul 202).

135. În al patrulea rând, existența unor elemente de probă susceptibile să demonstreze că o întreprindere dominantă nu avea intenția de a-și elimina concurenții poate să fie de asemenea relevantă pentru calcularea amenzii, în special în ceea ce privește problema dacă încălcarea a fost săvârșită prin afirmații intenționate sau din neglijență¹²².

b) Cu privire la a doua parte

136. În ceea ce privește a doua parte, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă dovada intenției de excludere are drept funcție răsturnarea sarcinii probei privind efectul de excludere anticoncurențial al comportamentului, transferând-o întreprinderii dominante.

137. În această privință, considerăm că este logic să se considere că nu ar trebui să existe consecințe în acest sens legate de constatarea unei intenții subiective de restrângere a concurenței având în vedere că această probă, care nu constituie decât o simplă împrejurare de fapt, nu este suficientă pentru a stabili în sine că un asemenea comportament este contrar articolului 102 TFUE¹²³. Astfel, această constatare nu ar constitui temeiul unei prezumții relative privind un astfel de comportament, întrucât această abordare nu pare compatibilă cu caracterul obiectiv al noțiunii de abuz, în sensul articolului 102 TFUE. O prezumție legală de acest tip ar putea conduce la stabilirea existenței unui abuz doar în lumina intenției întreprinderii aflate în poziție dominantă, ceea ce ar fi contrar jurisprudenței constante a Curții citate mai sus.

138. Cu toate acestea, considerăm că este logic că, dacă autoritățile de concurență pot utiliza acest tip de probe pentru a confirma existența unui abuz, întreprinderile în cauză trebuie, la rândul lor, să poată utiliza documente interne în susținerea lipsei unei intenții de excludere¹²⁴. Or, o astfel de probă, de natură negativă, este în mod evident dificil de adus și, presupunând că ar fi stabilită, nu poate demonstra, în sine, inexistența unui abuz¹²⁵.

139. Având în vedere considerațiile care precedă, propunem să se răspundă la a patra întrebare în sensul că, pentru a califica o practică de excludere a unei întreprinderi aflate în poziție dominantă drept abuzivă, nu este necesar să se stabilească intenția sa subiectivă de a-și exclude concurenții. Această intenție poate fi însă luată în considerare, ca împrejurare de fapt, în special pentru a stabili că acest comportament este susceptibil să restrângă concurența. Dovada unei presupuse intenții de excludere nu implică nicio răsturnare a sarcinii probei cu privire la natura abuzivă a comportamentului respectiv.

E. Cu privire la a cincea întrebare preliminară

140. Prin intermediul celei de a cincea întrebări, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă apartenența la același grup a unor societăți care au participat în mod direct la comportamentul abuziv este suficientă pentru a stabili răspunderea în sarcina societății-mamă

¹²² Hotărârea Tomra (punctul 12). A se vedea de asemenea Orientări privind calcularea amenzilor aplicate în temeiul articolului 23 alineatul (2) litera (a) din Regulamentul (CE) nr. 1/2003 (JO 2006, C 210, p. 2, Ediție specială, 08/vol. 4, p. 264, punctele 27 și 29).

¹²³ A se vedea în acest sens Concluziile avocatului general Wahl prezentate în cauza Intel Corporation/Comisia (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punctul 128).

¹²⁴ A se vedea în acest sens Concluziile avocatului general Mazák prezentate în cauza Tomra Systems și alții/Comisia (C-549/10 P, EU:C:2012:55, punctul 10).

¹²⁵ A se vedea în acest sens Hotărârea Tomra (punctul 22).

care deține totalitatea capitalului acestor societăți, fără a fi necesar să se facă dovada unei contribuții a acesteia din urmă la practica abuzivă sau, cel puțin, a unei coordonări active a societăților care își desfășoară activitatea în cadrul grupului¹²⁶.

1. *Cu privire la admisibilitate*

141. AGCM și AIGET au îndoeli cu privire la admisibilitatea acestei întrebări, care privește condițiile de aplicare a prezumției de răspundere a societății-mamă¹²⁷, pentru lipsă de relevanță în raport cu soluționarea litigiului, din moment ce AGCM nu ar fi întemeiat răspunderea ENEL pe prezumția care decurge din controlul integral al SEN și EE, ci pe implicarea sa directă în practicile considerate abuzive. Investigația AGCM ar fi revelat astfel existența unei veritabile strategii de grup – așadar, imputabilă și ENEL – privind transferul celui mai mare număr posibil de clienți ai societății care operează pe piața protejată (SEN) către societatea însărcinată cu piața liberă (EE).

142. ENEL, în schimb, arată că, în decizia în litigiu, AGCM a considerat că răspundea în solidar pentru încălcare, atât în considerarea implicării sale active în strategia abuzivă, cât și în temeiul prezumției privind influența decisivă. În această privință, ca urmare a unei restructurări a organizării în cadrul grupului, ea ar fi demonstrat suficient că nu mai avea controlul decizional asupra filialelor sale și, astfel, ar fi răsturnat prezumția privind influența decisivă.

143. Întrucât condițiile de aplicare a acestei prezumții fac parte, potrivit constatărilor instanței de trimitere, din dezbaterile în fața sa și, în orice caz, numai instanța națională are competența să aprecieze, luând în considerare particularitățile cauzei, atât necesitatea unei decizii preliminare pentru a fi în măsură să pronunțe propria hotărâre, cât și relevanța întrebărilor pe care le adresează Curții, apreciem că Curtea ar trebui să se pronunțe cu privire la această întrebare¹²⁸.

144. Pe de altă parte, considerăm că condițiile de aplicare a prezumției privind influența decisivă ar putea fi relevante pentru soluționarea litigiului principal. Astfel, ENEL arată în fața instanței de trimitere că AGCM a constatat că era implicată activ în comportamentul reproșat fără să fi luat în considerare înscrisurile pe care le prezentase pentru a susține faptul că renunțase la competențele sale decizionale după restructurarea grupului. Or, în cazul în care instanța de trimitere constată că aceste probe sunt convingătoare, ea va trebui să se pronunțe și cu privire la aplicarea prezumției respective. Prin urmare, este oportun să se stabilească dacă prezumția menționată mai poate fi aplicată numai pe baza apartenenței la grup. Întrebarea nu este, așadar, ipotetică¹²⁹.

¹²⁶ Observăm că întrebarea, astfel cum a fost adresată, privește orice societate care aparține aceluiași grup, independent de legătura de control cu societățile care au participat la comportamentul abuziv. În măsura în care, în cadrul litigiului principal, această problemă se ridică numai în raport cu răspunderea societății-mamă a grupului, propunem reformularea sa astfel încât să vizeze regulile referitoare la imputabilitatea răspunderii în sarcina unei societăți-mamă care, precum în speță, deține totalitatea capitalului filialelor care au săvârșit încălcarea.

¹²⁷ Potrivit acestei prezumții, o societate-mamă care deține 100 % din capitalul filialelor sale care au săvârșit o încălcare a normelor de concurență exercită o influență decisivă asupra comportamentului acestora din urmă și răspunderea sa poate fi reținută în același mod ca răspunderea filialelor sale (denumită în continuare „prezumția privind influența decisivă”; a se vedea punctul 149 din prezentele concluzii).

¹²⁸ A se vedea Hotărârea din 4 martie 2020, Schenker (C-655/18, EU:C:2020:157, punctul 22).

¹²⁹ A se vedea în această privință punctele 260 și 261 din decizia în litigiu, a cărei versiune publică este disponibilă (în limba italiană) pe site-ul web al AGCM.

2. *Cu privire la fond*

145. Pentru a răspunde la a cincea întrebare pe fond, trebuie să ne referim la noțiuni consacrate ale dreptului concurenței, precum noțiunile de „întreprindere” și de „prezumție privind influența decisivă”, pe care se întemeiază logica imputabilității răspunderii pentru o încălcare a normelor de concurență¹³⁰.

146. Mai întâi, amintim că autorii tratatelor au ales să utilizeze noțiunea de „întreprindere” pentru a-l desemna pe autorul unei încălcări a dreptului concurenței¹³¹. Această noțiune autonomă a dreptului Uniunii desemnează orice entitate constituită din elemente personale, materiale și imateriale care exercită o activitate economică, independent de statutul juridic și de modul său de finanțare. Astfel, noțiunea menționată trebuie să fie înțeleasă în sensul că desemnează o unitate economică din punctul de vedere al obiectului practicii anticoncurențiale în cauză, chiar dacă din punct de vedere juridic această unitate economică este constituită din mai multe persoane fizice sau juridice¹³².

147. Din această alegere rezultă, pe de o parte, că, în cazul în care o asemenea entitate economică încalcă normele de concurență, răspunderea pentru această încălcare îi revine, potrivit principiului răspunderii personale și, pe de altă parte, că se poate reține, în anumite condiții, răspunderea personală și în solidar a unei persoane juridice pentru comportamentul anticoncurențial al unei alte persoane juridice care aparține aceleiași entități economice¹³³.

148. Rezultă că răspunderea pentru comportamentul unei filiale poate fi stabilită în sarcina societății-mamă în special atunci când această filială nu își stabilește în mod autonom comportamentul pe piață, ci aplică în esență instrucțiunile care îi sunt date de societatea-mamă, având în vedere mai ales legăturile economice, organizatorice și juridice care unesc cele două entități juridice¹³⁴. Astfel, într-o asemenea situație, întrucât societatea-mamă și filiala sa fac parte din aceeași unitate economică și, prin urmare, formează o singură întreprindere, o decizie prin care se aplică amenzi poate fi adresată societății-mamă fără a fi necesară stabilirea implicării personale a acesteia în cadrul încălcării¹³⁵.

149. În această privință, potrivit jurisprudenței constante a Curții, în cazul particular, precum cel din litigiul principal, în care o societate-mamă deține (direct sau indirect) 100 % din capitalul filialei sale care a săvârșit o încălcare a normelor de concurență ale Uniunii, pe de o parte, această societate-mamă poate exercita o influență decisivă asupra comportamentului filialei respective și, pe de altă parte, există o prezumție relativă (numită și „simplă”) potrivit căreia societatea-mamă respectivă exercită efectiv o astfel de influență, cu excepția cazului în care societatea-mamă dovedește contrariul¹³⁶.

¹³⁰ Normele privind imputarea au fost amintite în special în Hotărârea din 10 septembrie 2009, Akzo Nobel și alții/Comisia (C-97/08 P, EU:C:2009:536), și în Hotărârea din 27 aprilie 2017, Akzo Nobel și alții/Comisia (C-516/15 P, EU:C:2017:314).

¹³¹ Hotărârea din 27 aprilie 2017, Akzo Nobel și alții/Comisia (C-516/15 P, EU:C:2017:314, punctul 46 și jurisprudența citată).

¹³² Hotărârea Deutsche Telekom II (punctul 72 și jurisprudența citată).

¹³³ Hotărârea Deutsche Telekom II (punctul 73 și jurisprudența citată).

¹³⁴ Hotărârea Deutsche Telekom II (punctul 74 și jurisprudența citată).

¹³⁵ Hotărârea din 15 aprilie 2021, Italmobiliare și alții/Comisia (C-694/19 P, nepublicată, denumită în continuare „Hotărârea Italmobiliare”, EU:C:2021:286, punctul 54 și jurisprudența citată). A se vedea de asemenea Hotărârea din 14 iulie 1972, Imperial Chemical Industries/Comisia (48/69, EU:C:1972:70, punctul 140), și Hotărârea Deutsche Telekom II (punctul 94).

¹³⁶ A se vedea Hotărârea Italmobiliare (punctele 47 și 55, precum și jurisprudența citată).

150. O astfel de prezumție implică, exceptând situația răsturnării sale, faptul că exercitarea efectivă a unei influențe decisive de către societatea-mamă asupra filialei sale este considerată stabilită, așa încât permite să se rețină responsabilitatea societății-mamă pentru comportamentul filialei, fără a trebui să se prezinte vreo probă suplimentară¹³⁷. Societatea-mamă căreia i s-a imputat comportamentul ilicit al filialei sale este sancționată personal pentru o încălcare a normelor de concurență ale Uniunii pe care se consideră că a săvârșit-o ea însăși, în considerarea influenței decisive pe care o exercita asupra filialei sale și care îi permitea să determine comportamentul acesteia din urmă¹³⁸.

151. Rezultă că, în aceste condiții, este suficient ca o autoritate de concurență să dovedească faptul că totalitatea capitalului unei filiale este deținută de societatea sa mamă pentru a se putea prezuma că aceasta din urmă exercită efectiv o influență decisivă asupra politicii comerciale a filialei respective. Această autoritate va fi în măsură ulterior să rețină răspunderea în solidar a societății-mamă pentru plata amenzii aplicate filialei sale, cu excepția cazului în care societatea-mamă, căreia îi revine sarcina de a răsturna această prezumție, prezintă elemente de probă suficiente de natură să demonstreze că filiala sa se comportă în mod autonom pe piață¹³⁹. În consecință, punerea în aplicare a prezumției privind influența decisivă nu este astfel condiționată de prezentarea unor indicii suplimentare referitoare la exercitarea efectivă a unei influențe de către societatea-mamă¹⁴⁰.

152. Având în vedere cele de mai sus, apartenența la același grup de societăți care au participat în mod direct la comportamentul abuziv este suficientă pentru a stabili răspunderea în sarcina societății-mamă care deține totalitatea capitalului acestor societăți, fără a fi necesară prezentarea vreunei probe suplimentare, cu excepția cazului în care societatea-mamă menționată prezintă elemente de probă suficiente de natură să demonstreze că societățile respective s-au comportat în mod autonom pe piață.

153. Or, în speță, este cert că ENEL deține 100 % din capitalul filialelor sale SEN și EE. În consecință, ENEL nu contestă aplicabilitatea prezumției privind influența decisivă, ci numai anumite aspecte ale acestei aplicări.

154. În primul rând, aceasta arată că simpla prezență a unei relații de control nu este suficientă în sine pentru a sancționa o societate-mamă ca urmare a comportamentului unei filiale, chiar și în cazul unui control total. În opinia sa, chiar și într-o astfel de situație, este necesar să se verifice că societatea-mamă are puterea de a exercita efectiv o influență decisivă asupra filialei.

155. În opinia noastră, o asemenea argumentație nu poate fi reținută. Astfel, reiese în mod clar din jurisprudența citată anterior că prezumția privind influența decisivă implică tocmai faptul că exercitarea efectivă a unei influențe decisive este considerată dovedită, fără a trebui să se prezinte vreo probă. O interpretare contrară ar contraveni efectului util al acestei prezumții, care se întemeiază pe premisa că deținerea unui control total asupra unei filiale presupune în mod

¹³⁷ Hotărârea Italmobiliare (punctul 55). A se vedea în acest sens Hotărârea din 16 iunie 2016, Evonik Degussa și AlzChem/Comisia (C-155/14 P, EU:C:2016:446, punctul 30).

¹³⁸ Hotărârea Italmobiliare (punctul 56 și jurisprudența citată).

¹³⁹ Hotărârea Italmobiliare (punctul 48 și jurisprudența citată).

¹⁴⁰ Hotărârea din 27 ianuarie 2021, The Goldman Sachs Group/Comisia (C-595/18 P, denumită în continuare „Hotărârea Goldman Sachs”, EU:C:2021:73, punctul 33 și jurisprudența citată).

necesar capacitatea (economică) de a exercita o asemenea influență¹⁴¹. Astfel, Curtea a stabilit că nu pe simpla deținere a capitalului filialei în sine se întemeiază prezumția menționată, ci pe gradul de control pe care îl implică această deținere¹⁴².

156. În al doilea rând, ENEL arată că, întrucât este vorba despre o prezumție relativă, dacă societatea-mamă prezintă elemente de probă de natură să demonstreze că filiala a acționat în mod autonom pe piață, revine autorității de concurență sarcina de a-și motiva în mod adecvat poziția diferită. În speță, ENEL contestă că ar fi exercitat o influență decisivă având în vedere că, în urma restructurării organice a grupului, care a avut loc în anul 2014, ea nu ar mai fi exercitat un rol decizional sau operațional, ci s-ar fi limitat să promoveze sinergii și cele mai bune practici între diferitele filiale operaționale. În această privință, ENEL ar fi prezentat documente care nu ar fi fost însă luate în considerare sau care ar fi fost respinse de AGCM fără o motivare adecvată.

157. Aceste argumente necesită trei serii de observații.

158. *Primo*, în ceea ce privește sarcina probei, în măsura în care prezumția privind influența decisivă este relativă, este cert că revine societății-mamă sarcina de a prezenta elementele de probă care să demonstreze lipsa acesteia¹⁴³. Totuși, simplul fapt de a prezenta asemenea elemente nu este suficient pentru a răsturna *ipso facto* sarcina probei. Astfel, numai autoritatea de concurență poate constata dacă o societate-mamă reușește să răstoarne prezumția privind influența decisivă demonstrând autonomia filialei sale. Dacă aceasta este situația, răspunderea societății-mamă nu îi va putea fi stabilită pentru simplul fapt că deține totalitatea capitalului filialei¹⁴⁴, iar această autoritate, dacă decide să urmărească societatea-mamă, va trebui să întemeieze răspunderea pe alte elemente concrete ale influenței decisive. Astfel, la fel ca în speță, autoritățile de concurență aleg adeseori să susțină această prezumție pe baza altor elemente factuale¹⁴⁵.

159. *Secundo*, în ceea ce privește obligația de motivare a autorității de concurență, din jurisprudența Curții reiese că o decizie de aplicare a dreptului concurenței trebuie să cuprindă o motivare suficientă în raport cu fiecare dintre destinatarii săi, în special în raport cu aceia dintre ei care trebuie să suporte consecințele acestei încălcări. Astfel, în privința unei societăți-mamă a cărei răspundere este reținută pentru comportamentul ilicit al filialei sale, o asemenea decizie trebuie să cuprindă o prezentare detaliată a motivelor de natură să justifice imputabilitatea încălcării în sarcina societății respective¹⁴⁶. Dacă o asemenea decizie se bazează în mod exclusiv pe prezumția de influență decisivă, pentru ca această prezumție să nu devină *de facto* irefragabilă, autoritatea de concurență trebuie să prezinte în mod adecvat motivele pentru care elementele de fapt și de drept invocate nu au fost suficiente pentru a răsturna respectiva prezumție¹⁴⁷.

160. Această obligație a unei autorități de concurență de a-și motiva deciziile cu privire la acest aspect rezultă în special din caracterul relativ al prezumției privind influența decisivă. Astfel, amintim că Curtea a stabilit că această prezumție vizează să asigure un echilibru între, pe de o

¹⁴¹ A se vedea în acest sens Hotărârea din 13 septembrie 2013, Total Raffinage Marketing/Comisia (T-566/08, EU:T:2013:423, punctele 501 și 502).

¹⁴² Hotărârea Goldman Sachs (punctul 35).

¹⁴³ A se vedea Hotărârea din 16 iunie 2016, Evonik Degussa și AlzChem/Comisia (C-155/14 P, EU:C:2016:446, punctele 32-34).

¹⁴⁴ Hotărârea din 28 octombrie 2020, Pirelli & C./Comisia (C-611/18 P, nepublicată, EU:C:2020:868, punctul 74).

¹⁴⁵ A se vedea în acest sens Hotărârea Goldman Sachs (punctul 40 și jurisprudența citată).

¹⁴⁶ A se vedea prin analogie Hotărârea din 2 octombrie 2003, Aristrain/Comisia (C-196/99 P, EU:C:2003:529, punctele 93-101).

¹⁴⁷ A se vedea în acest sens Hotărârea din 29 septembrie 2011, Elf Aquitaine/Comisia (C-521/09 P, EU:C:2011:620, punctul 153), Hotărârea din 14 septembrie 2017, LG Electronics și Koninklijke Philips Electronics/Comisia (C-588/15 P și C-622/15 P, EU:C:2017:679, punctul 87), și Hotărârea din 28 octombrie 2020, Pirelli & C./Comisia (C-611/18 P, nepublicată, EU:C:2020:868, punctul 45).

parte, importanța obiectivului de a sancționa comportamentele contrare normelor de concurență și de a preveni repetarea acestora și, pe de altă parte, importanța cerințelor anumitor principii generale ale dreptului Uniunii precum, printre altele, principiul prezumției de nevinovăție, principiul personalității pedepselor și principiul securității juridice, precum și dreptul la apărare, inclusiv principiul egalității armelor. Acesta este motivul principal pentru care prezumția menționată este relativă¹⁴⁸. Pe de altă parte, Curtea a considerat că faptul că este dificil să se facă proba contrară necesară pentru răsturnarea prezumției privind influența decisivă nu înseamnă, în sine, că aceasta ar fi, *de facto*, irefragabilă și, prin urmare, contrară principiului prezumției de nevinovăție¹⁴⁹.

161. Cu toate acestea, trebuie amintit că Curtea a statuat că Comisia nu este totuși obligată, într-un astfel de context, să adopte o poziție cu privire la elemente care sunt vădit nerelevante, lipsite de semnificație sau în mod clar secundare¹⁵⁰. În plus, această obligație de motivare nu impune în mod necesar obligația de a prezenta o expunere care să urmeze în mod exhaustiv și unul câte unul toate raționamentele formulate de părțile în litigiu. Prin urmare, motivarea poate fi implicită, cu condiția să permită persoanelor interesate să cunoască motivele pe care se întemeiază decizia, iar autorității judiciare să dispună de elemente suficiente pentru a-și exercita controlul în cadrul unei acțiuni¹⁵¹. Aceste principii s-ar putea aplica prin analogie și autorităților naționale de concurență.

162. *Tertio*, fără a dori să impietăm asupra aprecierii care va fi în final reținută în cauza principală de instanța de trimitere, amintim că Curtea a avut deja ocazia de a preciza, mai întâi, că faptul că societățile controlate (în totalitate) beneficiau de o anumită autonomie în ceea ce privește activitățile lor industriale, societatea-mamă avea un rol de simplu coordonator tehnic și financiar sau furniza acestor societăți o asistență financiară și patrimonială nu este suficient în sine pentru a răsturna prezumția privind influența decisivă¹⁵². În continuare, Curtea a statuat de asemenea că împrejurarea că o entitate ar fi un „holding financiar”, care nu are calitatea de întreprindere, nu poate afecta aplicarea în privința sa a acestei prezumții¹⁵³. În sfârșit, Curtea a respins argumentația potrivit căreia aplicarea prezumției respective unui „holding de participații” ar încălca articolul 14 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, semnată la Roma la 4 noiembrie 1950, articolele 17 și 21 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, precum și articolul 345 TFUE, întrucât ar conduce la o diferență de tratament arbitrară și nejustificată între diferite regimuri de proprietate¹⁵⁴.

163. Având în vedere considerațiile care precedă, propunem să se răspundă la a cincea întrebare în sensul că apartenența unei societăți-mamă la un grup de societăți compus în special din filiale deținute în proporție de 100 % care au participat în mod direct la un comportament abuziv în sensul articolului 102 TFUE este suficientă pentru a prezuma că această societate-mamă a exercitat o influență decisivă asupra politicii filialelor respective, astfel încât o autoritate de concurență ar putea stabili în sarcina sa răspunderea pentru acest comportament fără a fi necesar să se facă dovada unei contribuții a acesteia din urmă la practica abuzivă. Sarcina de a răsturna prezumția relativă respectivă, prin prezentarea unor probe care să permită să se demonstreze că

¹⁴⁸ A se vedea Hotărârea din 8 mai 2013, Eni/Comisia (C-508/11 P, EU:C:2013:289, punctele 57-59), și Hotărârea Italmobiliare (punctul 57).

¹⁴⁹ Hotărârea Italmobiliare (punctul 58 și jurisprudența citată).

¹⁵⁰ A se vedea Hotărârea din 29 septembrie 2011, Elf Aquitaine/Comisia (C-521/09 P, EU:C:2011:620, punctul 154 și jurisprudența citată), și Hotărârea din 28 octombrie 2020, Pirelli & C./Comisia (C-611/18 P, nepublicată, EU:C:2020:868, punctul 46).

¹⁵¹ A se vedea prin analogie Hotărârea din 26 noiembrie 2013, Groupe Gascogne/Comisia (C-58/12 P, EU:C:2013:770, punctele 37-39).

¹⁵² Hotărârea din 8 mai 2013, Eni/Comisia (C-508/11 P, EU:C:2013:289, punctul 64).

¹⁵³ Hotărârea Italmobiliare (punctul 41).

¹⁵⁴ Hotărârea Italmobiliare (punctele 62 și 63).

filialele s-au comportat în mod autonom pe piață, revine societății-mamă menționate. Într-o asemenea situație, această autoritate are obligația de a prezenta în mod adecvat motivele pentru care consideră că aceste elemente nu sunt suficiente pentru a răsturna prezumția respectivă, cu excepția cazului în care apreciază că acele elemente sunt vădit nerelevante, lipsite de semnificație sau în mod clar secundare.

IV. Concluzie

164. Având în vedere cele de mai sus, propunem Curții să răspundă la întrebările preliminare adresate de Consiglio di Stato (Consiliul de Stat, Italia) după cum urmează:

- 1) Articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că o practică pusă în aplicare de o întreprindere aflată în poziție dominantă, independent de legalitatea sa în raport cu alte ramuri de drept decât dreptul concurenței, nu poate fi calificată drept abuzivă, în sensul acestei dispoziții, numai în considerarea capacității sale de a produce un efect de excludere pe piața relevantă, întrucât acest comportament nu trebuie să fie asimilat unui efect de restrângere a concurenței, cu excepția cazului în care se demonstrează că această întreprindere a recurs la alte mijloace decât cele care țin de o concurență bazată pe merite. În principiu, o practică de excludere care poate fi reprodusă de concurenți în mod viabil din punct de vedere economic nu reprezintă un comportament care poate conduce la o excludere anticoncurențială și ține, așadar, de concurența bazată pe merite.
- 2) Articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că urmărește să interzică nu numai practicile de excludere care pot cauza un prejudiciu imediat consumatorilor, ceea ce constituie obiectivul final al acestei dispoziții, ci și comportamentele care le pot aduce atingere în mod indirect, ca urmare a incidenței lor asupra structurii pieței și, prin urmare, asupra menținerii unei concurențe efective. Revine autorităților de concurență sarcina de a demonstra că o asemenea practică de excludere aduce atingere structurii de concurență efectivă, verificând totodată dacă aceasta este de asemenea susceptibilă să cauzeze un prejudiciu real sau potențial acestor consumatori.
- 3) Articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că, pentru a stabili existența unui abuz de poziție dominantă, o autoritate de concurență este obligată să demonstreze, având în vedere ansamblul împrejurărilor pertinente și ținând seama în special de elementele invocate de întreprinderea dominantă, că comportamentul acestei întreprinderi avea capacitatea de a restrânge concurența, analizând, dacă este cazul și în această privință, și elementele de probă invocate de întreprinderea dominantă potrivit cărora comportamentul în cauză nu ar fi produs efecte anticoncurențiale pe piața relevantă.
- 4) Articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că, pentru a califica o practică de excludere a unei întreprinderi aflate în poziție dominantă drept abuzivă, nu este necesar să se stabilească intenția sa subiectivă de a-și exclude concurenții. Această intenție poate fi însă luată în considerare, ca împrejurare de fapt, în special pentru a stabili că acest comportament este susceptibil să restrângă concurența. Dovada unei presupuse intenții de excludere nu implică nicio răsturnare a sarcinii probei cu privire la natura abuzivă a comportamentului respectiv.

- 5) Apartenența unei societăți-mamă la un grup de societăți compus în special din filiale deținute în proporție de 100 % care au participat direct la un comportament abuziv, în sensul articolului 102 TFUE, este suficientă pentru a prezuma că aceasta a exercitat o influență decisivă asupra politicii filialelor respective, astfel încât o autoritate de concurență ar putea stabili în sarcina sa răspunderea pentru acest comportament fără a fi necesar să se facă dovada unei contribuții a acesteia din urmă la practica abuzivă. Sarcina de a răsturna prezumția relativă respectivă, prin prezentarea unor elemente de probă care să permită să se demonstreze că filialele s-au comportat în mod autonom pe piață, revine societății-mamă menționate. Într-o asemenea situație, această autoritate are obligația de a prezenta în mod adecvat motivele pentru care consideră că aceste elemente nu sunt suficiente pentru a răsturna prezumția respectivă, cu excepția cazului în care apreciază că acele elemente de probă sunt vădit nerelevante, lipsite de semnificație sau în mod clar secundare.