

Servizio Elettrico Nazionale - Entre o “consumer welfare” standard e uma teoria unitária de abuso: a oeste nada de novo?

João Paulo Coutinho

Nota prévia ao leitor:

A presente contribuição, mais do que se traduzir numa mera descrição dos factos, bem como da decisão, do acórdão identificado *infra*, reveste a natureza de um comentário crítico, no qual são tecidas algumas considerações sobre dois temas que têm assolado o direito europeu da concorrência (sem nunca perder de vista o aresto do TJ): a noção de “consumer welfare”, bem como a tentativa de consagração de uma teoria unitária de abuso.

I-Factos do caso

No passado dia 12 de maio de 2022, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJ”) proferiu um acórdão, no âmbito do processo n.º C-377/20 que teve origem num pedido de decisão prejudicial no âmbito de litígios que opõem o Servizio Elettrico Nazionale SpA (“SEN”), a ENEL SpA (sociedade mãe) e a Enel Energia SpA (sociedade-irmã) (“EE”) à Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM”) relativa à decisão da AGCM de aplicar uma coima por abuso de posição dominante às referidas sociedades, nos termos do artigo 102.º do TFUE.

Segundo a AGCM, a ENEL, uma empresa que, até à liberalização do mercado energético em Itália, era titular do monopólio na produção de energia elétrica, encetou uma estratégia de exclusão com o objetivo de transferir a clientela da SEN, que se assumia como o gestor histórico do mercado protegido, para a EE, que passou a operar no mercado livre. Nesta medida, e de acordo com a AGCM, o comportamento adotado visava antecipar um potencial risco de partida massiva dos clientes da SEN para terceiros fornecedores, pelo que, por forma a obviar a isso, a SEN obteve, a partir de 2012, o consentimento dos seus clientes do mercado protegido para receberem propostas comerciais relativas ao mercado livre, assente em práticas discriminatórias, dado que esse consentimento era pedido de forma separada para as sociedades do grupo ENEL e para terceiros, levando a que os clientes contactados optassem, na sua esmagadora maioria, a favor das sociedades do grupo ENEL.



II- Entre o “Consumer Welfare Standard” europeu e norte-americano: O que (ou a quem) deve o direito da concorrência servir?

A primeira das questões suscitadas no acórdão é a de saber se o art.102 do TFUE tem como intento proteger uma estrutura de concorrência efetiva ou, por sua vez, se terá como desiderato último maximizar o bem-estar dos consumidores¹. Esta é uma matéria na qual existem diferenças assinaláveis entre o sistema americano e o sistema continental, dado que, na esteira do pensamento de Robert Bork², o Supremo Norte-Americano propugnou, desde a década de 70, a ideia de que o fim último do antitrust americano deverá ser a proteção dos consumidores³, contrariamente ao que sucede no sistema continental, onde tem feito escola a ideia de que são múltiplos os objetivos prosseguidos pelo direito da concorrência⁴.

O TJ, conquanto seguindo de perto o que havia arrazoadado anteriormente, designadamente ao referir, no par.44, que o art.102 TFUE visa punir não apenas as práticas suscetíveis de causar um prejuízo direto aos consumidores, mas também aquelas que lhes causam indiretamente prejuízo por porem em causa uma estrutura de concorrência efetiva, não deixou, em vários momentos deste aresto, de se aproximar do chamado “Consumer Welfare Standard” no direito norte-americano, na medida em que refere, no par.46, que o bem-estar dos consumidores deve ser visto como constituindo o objetivo último que justifica a intervenção do direito da concorrência⁵. No entanto, e tal como salienta LINDEBOOM⁶, uma análise que não se atenha pelo superficial levará a concluir que o objetivo de proteção dos consumidores, tal como matizado no presente aresto, terá como intento clarificar a relação entre a classificação da conduta como um abuso e a possibilidade de objetivamente justificar essa mesma conduta.

Além disso, não nos parece improbo salientar que a decisão em comentário reproduz uma noção (no par.46)- relativamente consolidada, não só nas decisões da comissão, mas também no texto dos tratados⁷- de consumidor que abrange, simultaneamente, os consumidores intermédios (que serão, normalmente, empresas) e os consumidores finais. Esta abordagem, tipicamente conhecida na literatura como

¹ Ver, por todos, e com referências às teses de MESTMACKER e JOLIET no concernente a esta matéria, PAIS, Sofia Oliveira- *Entre Inovação e Concorrência: Em defesa de um modelo Europeu*, (UCE, 2011) pp.474 e ss

²BORK, H. Robert- *Antitrust and Monopoly, The Goals of Antitrust Policy*, The American Economic Review, May, 1967, Vol.57, No.2 pp.243 e ss

³ LINDEBOOM, Justin- *Towards a Unified Judicial Philosophy of Article 102 TFEU?*, disponível em EU Law Live, p. 2

⁴ Assim, PAIS, Sofia Oliveira- *Considerações de lealdade e equidade no Direito da Concorrência da União. Breves reflexões*, Revista de Concorrência e Regulação, 35, p.124 e ss

⁵ Assim, LINDEBOOM, Justin- *op.cit*, p.2

⁶ LINDEBOOM, Justin-*op.cit*, p.2

⁷ Atente-se, por hipótese, à versão Holandesa, Italiana e Francesa dos art.101 e 102 do TFUE que utilizam o equivalente ao termo “customer”. AKMAN, Pinar- *Consumer vs Customer: The Devil in the Detail*, Journal of Law and Society, Vol. 37, No.2, p.322



“Chicago Trap”⁸, sucede⁹ quando não se diferencia, no seio da defesa do bem-estar dos consumidores como fim último do direito da concorrência, entre consumidores finais e quaisquer outros compradores, levando a que mais do que se beneficiar aqueles, se permita apoiar os interesses das empresas para que possam competir em igualdade de condições¹⁰. Parece-nos que se impõe uma inflexão- que poderia ter sido arrazoada no aresto em questão- no que à noção de “bem-estar dos consumidores” diz respeito no direito europeu da concorrência, devendo a análise passar a centrar-se na forma como as práticas comerciais afetam o bem-estar dos consumidores em termos de preço, escolha e disponibilidade e se podem ser tomadas medidas para evitar qualquer impacto negativo nos consumidores finais^{11 e 12}.

III- Teste da Replicabilidade: crónica de uma morte anunciada ou haverá espaço para mutação?

Outra problemática que suscitou a nossa atenção aquando da leitura do acórdão diz respeito à primeira questão prejudicial (que acabou por ser decidida pelo TJ em último lugar) e versa sobre os pressupostos do abuso de exclusão e da noção de “concorrência baseada no mérito”. Neste sentido, o tribunal, nos par.73-75, determinou que para uma conduta se constituir como abusiva seria necessário, por um lado, que fosse capaz de produzir um efeito de exclusão e, por outro, que se traduzisse numa concorrência não baseada no mérito, tendo em conta que “nem todo o efeito de exclusão põe necessariamente em causa o jogo da concorrência” (par.73)¹³.

Ulteriormente, o tribunal concretiza, de forma que não nos parece ser totalmente clara, os casos em que serão empregues meios diferentes dos que são próprios de uma concorrência baseada no mérito: (1) quando não existe nenhum interesse económico (na adoção daquela conduta) que não seja o de eliminar os seus concorrentes para poder, a seguir, aumentar os preços¹⁴ ou (2) quando adota um comportamento insuscetível de ser repetido por um concorrente hipotético que, embora tão eficiente, não tem uma posição dominante no mercado relevante.

Cuidaremos, agora, de analisar a segunda alternativa, apelidada de “teste da replicabilidade”. O tribunal, no par.79, procura “inovar”, criando um teste que teria como pretensão ser universalmente aplicável, quer às práticas tarifárias, quer às não

⁸ CSERES, K.J- *Competition Law and Consumer Protection*, (Wolters Kluwer, 2005), p.331

⁹ AKMAN, Pinar- *op.cit*, p.323 e CSERES, K.J- *op.cit*, p.332

¹⁰ AKMAN, Pinar-*op.cit*, p.323

¹¹ Também assim, CSERES, K.J- *op.cit*, p.333

¹² Revela particular interesse a proposta, proveniente do movimento Neo-Brandeis, de abandono do “Consumer Welfare Standard” e consequente adoção do critério do “dano para o processo concorrencial”. Assim, KHAN, Lina- *The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly debate*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, Issue 3, March 2018 p.131

¹³ Também assim, Acórdão 6/9/2017, Intel/Comissão, C-413/14P, EU:C:2017:632, Par. 133-134

¹⁴ In casu, e tal como dispõe o tribunal no Par.94, tal pressuposto não estaria verificado



tarifárias. Tal como salienta certa literatura¹⁵, não é inovatória a tentativa, por parte do TJ, de consagrar uma teoria unitária de abuso¹⁶, que mais uma vez parece não ter sido bem conseguida. Afinal, e tal como refere IBANEZ COLOMO¹⁷, não obstante o tribunal saliente, no concernente às práticas não tarifárias, especialmente relevantes para o caso em análise, no par.83, que o Ac. *Bronner*¹⁸ diz respeito à “possibilidade de um concorrente criar uma rede análoga para a distribuição dos seus próprios produtos”, isto é, à possibilidade de se replicar a referida infraestrutura essencial¹⁹ e ²⁰, a verdade é que o Ac. *Bronner* (bem como o *Magil* e o *IMS Health*) é referente à indispensabilidade, no sentido de o acesso à referida estrutura ser indispensável para o regular funcionamento da concorrência²¹ e não à replicabilidade, tal como parece insistir o aresto em comentário²². Além daquilo que nos parece ser um equívoco conceptual (que se traduz, em nosso entender, num erro de interpretação da anterior jurisprudência do TJUE), a extensão da jurisprudência *Bronner* a todos os casos de abuso- como pedra de toque de uma teoria unitária de abuso- teria como inelutável consequência uma redução do âmbito de aplicação do art.102 do TFUE²³.

No entanto, e não obstante as críticas já assinaladas, é relevante referir que esta decisão poderá servir de grande préstimo, especialmente se o teste da replicabilidade for aplicado contextualmente, isto é, de forma circunscrita às hipóteses que tenham a ver com uma recusa em fornecer dados- aí sim, e só no concernente a esses casos- poderá ser aplicado de forma universal, tal como parece sugerir LINDEBOOM²⁴ ²⁵. Neste

¹⁵ IBANEZ COLOMO, Pablo- *On case C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale (II): does the replicability test really work?*, disponível em <https://chillingcompetition.com/2022/05/18/on-case-c-377-20-servizio-elettrico-nazionale-ii-does-the-replicability-test-really-work/>

¹⁶ O teste da replicabilidade, tal como matizado pelo AG. Rantos nas suas conclusões (diretamente importado, conquanto com certas especificidades, do pilar do controlo das concentrações) parecia mais adequado, tendo em conta que se assumia como o equivalente ao teste do concorrente igualmente eficiente fora das práticas tarifárias. Também assim, HERRERA, Ignacio/ HANCER, Leigh- *Competition on the merits in liberalized electricity markets: A regulatory reading of AG Rantos’ Opinion in Servizio Elettrico Nazionale*, *Utilities Law Review*, Vol 23, Issue 5 (2022) p.8

¹⁷ IBANEZ COLOMO, Pablo- *op.cit*

¹⁸ Acórdão 26/11/1998, Oscar Bronner GmbH, C-7/97, EU:C:1998:569

¹⁹ Sobre o Ac. *Bronner* ver, por todos, TEMPLE LANG, John- *The principle of essential facilities in European Community Competition Law- The position since Bronner*, *Journal of Network Industries* 1, 2000, pp.379 e ss.

²⁰ A literatura não responde em unísono à contenda de saber se o acesso a determinados dados deverá ser considerado “indispensável” para efeito de aplicação da jurisprudência relativa à recusa de fornecimento. Para uma visão particularmente cética e, portanto, contrária à nossa, vide TUCKER, C., *Digital Data, Platforms and the Usual Suspects: Network Effects, Switching Costs, Essential Facility*, *Review of Industrial Organization*, Springer, Vol.54, p.12

²¹ JONES, Alison/SUFRIN, Brenda- *EU Competition Law: texts, cases and materials*, (OUP, 2019) p.496

²² IBANEZ COLOMO, Pablo- *op.cit*

²³ LINDEBOOM, Justin- *op.cit*, p.5

²⁴ LINDEBOOM, Justin- *op.cit*, p.5

²⁵ Afinal, e tal como salienta MARCO GAMBARO, o acesso a determinados dados, tal como sucede no nosso caso, poderá traduzir-se numa vantagem competitiva em faces dos restantes concorrentes, funcionando esses mesmos dados como verdadeiras barreiras à entrada. A existência de barreiras à entrada, conjuntamente com a existência de uma posição dominante, leva a que estes tipos de condutas sejam particularmente preocupantes e, portanto, suscitem a atenção das autoridades da concorrência.



sentido, e partindo da conformação do teste da replicabilidade à luz do formulado pelo AG. Rantos²⁶, e verificado o pressuposto de que os dados possam conferir uma vantagem concorrencial efetiva à empresa que se encontra em posição dominante (elemento que terá de ser avaliado casuisticamente)²⁷ será necessário indagar, num plano de análise ulterior, se esses dados poderão ser replicáveis, não no sentido de existirem fontes alternativas de dados, mas sim de os concorrentes poderem explorar comercialmente tais fontes alternativas, por forma a conseguirem competir com a empresa em posição dominante. Consideramos, portanto, que tal conformação do teste da replicabilidade (que deveria ter sido igualmente seguido pelo tribunal) poderá revestir grande interesse como critério de aferição de um eventual abuso de posição dominante por recusa em fornecer dados²⁸.

IV- Conclusão

Em suma, parece-nos que o aresto em questão, não obstante cumprindo uma função clarificadora no que toca à interseção entre a regulação setorial da energia e o direito da concorrência²⁹, assumiu-se como uma oportunidade perdida para reformular a noção de “consumer welfare” no seio do direito europeu da concorrência, bem como para estabelecer um potencial teste para aferir da natureza abusiva de uma recusa em fornecer dados, à luz do art.102 do TFUE.

Assim, GAMBARO, Marco- *Big Data Competition and Market Power*, Market and Competition Law Review, 2(2) p.109

²⁶ Par.80 das conclusões do AG

²⁷ Assim, PUSCAS, Carmen- AG Rantos: *What is the legal Framework for Analysing Data Leveraging Abuses Under Article 102 TFEU?*, disponível em <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/01/03/ag-rantos-what-is-the-legal-framework-for-analysing-data-leveraging-abuses-under-article-102-tfeu/>

²⁸ Sobre a importância dos dados na estruturação das economias modernas (o que poderá fazer surgir, com mais frequência do que se imagina, casos análogos a este), WARK, McKenzie, *Capital is dead: Is this something worse?* (Verso Books, 2019)

²⁹ SETARI, Alice/ SIRAGUSA, Mario- *Recent EU and Italian trends in the energy sector: Failure to provide information as abusive conduct*, in “The Interaction of Competition Law and Sector Regulation”, (Edward Elgar, 2022) pp.152 e ss.