

Análise jurisprudencial do Acórdão *Servizio Elettrico Nazionale c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (Proc. C-377/20): um contributo para os abusos de exclusão

Maria Luísa Bruges

I. Enquadramento

No Acórdão *Servizio Elettrico Nazionale c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (Processo C-377/20) o Tribunal da Justiça da União Europeia (adiante, TJUE) regressa à análise da noção de abuso de posição dominante, clarificando os critérios em que uma conduta de uma empresa pode ser considerada como abusiva em matérias de práticas de exclusão.

O caso tem como pano de fundo o processo de liberalização do mercado de venda de eletricidade em Itália. Até então a ENEL juntamente com as suas filiais – SEN e EE – detinha o monopólio na produção de energia elétrica em Itália. Com a liberalização deste mercado, a ENEL sofreu um processo de dissociação em que as diferentes atividades relacionadas com as várias fases do processo de distribuição foram atribuídas às diferentes empresas: a SEN começou a operar no mercado protegido enquanto a EE começou a operar no mercado livre. Como tal, verificou-se a progressiva supressão do mercado protegido o que permitiu que os clientes passassem a poder escolher um novo fornecedor. Contudo, de acordo com a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) a SEN, antecipando o risco de perder clientes para terceiros, transferiu os seus clientes para a sua empresa-irmã, EE, sob a coordenação da sua empresa-mãe (ENEL). Com base nestas condutas, a AGCM verificou que as empresas abusaram da sua posição dominante através de uma estratégia de exclusão, tendo aplicado uma coima de 93.084790,50€ conjunta e solidariamente a essas empresas.

II. O abuso de exclusão

As práticas de exclusão adotadas por empresas em posição dominante caracterizam-se por condutas em que a posição dominante é utilizada para dificultar ou impedir a entrada de novas empresas no mercado ou para limitar a concorrência das empresas já estabelecidas. De acordo com as Orientações da Comissão Europeia sobre as suas prioridades na aplicação do artigo 102.º do TFUE à conduta de exclusão por parte de uma empresa dominante¹, a Comissão identifica alguns dos fatores que tem em conta na análise destas práticas: (i) a posição da empresa dominante, (ii) condições concorrenciais no mercado relevante, (iii) a posição dos concorrentes da empresa dominante, (iv) a posição dos clientes e dos fornecedores, (v) o alcance da conduta em apreço (nomeadamente os danos causados aos consumidores), (vi) provas de encerramento efetivo e (vii) e provas diretas de uma estratégia de exclusão.

Ora, o caso em análise prefigura uma situação distinta muito particular e com contornos distintos daqueles que têm sido analisadas pelo TFUE. Vejamos.

a) O concorrente eficiente

Em concreto, a conduta em questão diz respeito à utilização indevida de listas de clientes que foram adquiridas pela SEN durante o período que em deteve o monopólio neste mercado. Assim, os clientes da SEN foram questionados se desejavam receber ofertas comerciais do grupo ENEL, o que permitiu que a EE utilizasse essas listas como publicidade direcionada. Desta forma, houve uma exploração de recursos à disposição da ENEL devido à situação de monopólio que se encontrava e que não estava disponível aos seus concorrentes. Face a esta conduta, o TFUE entendeu que “embora as empresas em posição dominante possam defender-se contra os seus concorrentes, devem fazê-lo recorrendo a meios próprios de uma concorrência «normal», isto é, baseada no mérito².” Assim, à luz do que realça

¹ Cf. Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=PT).

² Cf. Acórdão *Servizio Elettrico Nazionale c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (Processo C-377/20), n.º 75

MIGUEL MOURA E SILVA, uma empresa em posição dominante não deve excluir os seus recorrentes com base em recursos que não os ditos procedimentos normais de concorrência, mesmo que essa conduta vise promover os seus interesses comerciais³.

b) O ónus de prova por parte da Autoridades da Concorrência

O Acórdão levantou a antiga questão sobre a função do artigo 102.º do TFUE nomeadamente a questão de saber se o objetivo do artigo é a maximização do bem-estar dos consumidores ou se a infração tem em vista preservar a estrutura competitiva do mercado relevante. O TFUE, à luz daquilo que já era a sua jurisprudência constante, reafirmou que o bem-estar dos consumidores “*deve ser visto como constituindo o objetivo último que justifica a intervenção do direito da concorrência para reprimir a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste* (§ 46).

O Tribunal, de uma forma interessante, relacionou este tema com o ónus da prova a que está encarregue uma Autoridade da Concorrência, concluindo que apenas cumpre demonstrar que a conduta de uma empresa em posição dominante é capaz de afetar uma estrutura de efetiva concorrência, a menos que a empresa em posição dominante demonstre que os efeitos anticoncorrenciais que possam resultar da referida prática são contrabalançados, ou mesmo superados, por efeitos positivos para os consumidores designadamente em termos de preços, de escolha, de qualidade e de inovação.

³ MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência*, AAFDL, p. 922. Na linha deste entendimento veja-se o caso *Compagnie Maritime Belge*, em que o Tribunal realçou que “ (...) se a existência de uma posição dominante não priva uma empresa colocada nessa posição do direito de salvaguardar os seus próprios interesses comerciais, quando estes estiverem ameaçados, e se essa empresa tem a faculdade, dentro dos limites do razoável de praticar os atos que considerar apropriados para proteger os seus interesses, **não podem no entanto admitir-se tais comportamentos quando tenham objetivo reforçar essa posição dominante e abusar dela** (...)”. (sublinhado nosso). Assim, o TJUE conclui que o órgão jurisdicional deve ter em conta que a conduta das visadas constitui uma exploração de meios diferentes daqueles que são próprios da concorrência pelo mérito porque trata-se de uma exploração de recursos que estão inacessíveis a um hipotético concorrente igualmente eficaz, mas que não se encontra em posição dominante. Tal demonstra que a conduta abusiva é traçada de acordo com uma realidade factual e, no caso em análise, baseia-se na utilização de informação adquirida sem base no mérito.

Além disso, o TJUE analisou a (des)necessidade por parte de uma empresa em posição dominante provar que, a conduta foi considerada inadequada e se a Autoridade é obrigada a examinar minuciosamente as provas produzidas pela empresa. Assim, o TJUE, cristalizando a jurisprudência existente sobre este ponto, reiterou que a natureza abusiva de uma conduta pressupõe que tinha capacidade de restringir a concorrência e, em particular, para produzir efeitos de exclusão no mercado⁴. Tal como observado pelo Advogado-Geral no ponto 107 do seu parecer, o artigo 102.º do TFUE, no contexto do abuso de práticas de exclusão, é de natureza prospetiva e preventiva e não tem em conta apenas os efeitos anticoncorrenciais materializados, pelo que a qualificação de uma empresa em posição dominante como abusiva não exige que seja demonstrado que o resultado da exclusão tenha sido alcançado, tendo em vista sim sancionar a exploração abusiva independentemente de a conduta ter sido bem-sucedida⁵. Paralelamente, o Tribunal reforça, à luz do que já tinha sido estabelecido para os preços predatórios⁶, a inexigibilidade do elemento intencional para a qualificação de uma conduta como abusiva.

III – Contributo do Acórdão

Através deste Acórdão, o TJUE vem clarificar os critérios de qualificação de uma conduta de uma empresa em posição dominante como abusiva em matérias de prática de exclusão. Assim, retiramos as seguintes linhas que devem orientar os tribunais nacionais:

- i.** a utilização de recursos/meios próprios inerente à condição de posição dominante não pode ser considerada numa concorrência baseada no mérito, visto que não pode ser adotado por um hipotético concorrente igualmente

⁴ A esse respeito, cf. Acórdão de 17 de Fevereiro de 2011, Processo C-52/09, TeliaSonera Sverige; Acórdão de 30 de Janeiro de 2020, Processo C-307/18, Genéricos, parágrafo 154. Esta _decisão esclarece o padrão de prova exigido para demonstrar um abuso de posição dominante no contexto da exclusão de um concorrente no mercado. Em particular, o TJUE realçou que, para estabelecer um abuso de posição dominante, é necessário provar não apenas a existência de uma infraestrutura comum, mas também a existência de uma restrição efetiva à concorrência – o que pode revelar-se excessivamente oneroso para as autoridades regulatórias demonstrar que uma conduta específica constitui um abuso de posição dominante.

⁵ De igual forma, no Acórdão TeliaSonera o TJUE entendeu que embora a exclusão dos concorrentes não tivesse sido efetiva, tal não impediria a qualificação de uma conduta como abusiva.

⁶ A esse respeito, *vide* as conclusões do Advogado-Geral Mazak de 25 de Setembro de 2008, Processo C-202/07, France Télécom SA contra Comissão.



eficaz. Desta forma, a menos que a empresa consiga demonstrar que essa prática era objetivamente justificada por motivos externos e contrabalançada por ganhos que também beneficiam os consumidores, uma empresa não deve utilizar os meios que não estão à disposição dos seus concorrentes de forma a manter a sua posição dominante, mesmo que esses meios sejam obtidos licitamente;

- ii.** a sociedade-mãe é responsável pelo comportamento das suas filiais pelo que se presume a existência de utilidade económica. Assim, as Autoridades da Concorrência não têm um ónus de prova adicional para evidenciar o envolvimento da sociedade-mãe nas condutas abusivas.

Concluimos que esta decisão se reveste de uma incontornável importância para o Direito da Concorrência visto que o Tribunal analisou as circunstâncias em que a conduta de uma empresa que até então detinha o monopólio pode consubstanciar um abuso de posição dominante, num mercado em que a concorrência é frágil dada a sua recente liberalização.