HOTĂRÂREA CURȚII (Camera a cincea)

12 mai 2022 *

„Trimitere preliminară – Concurență – Poziție dominantă – Folosire abuzivă – Articolul 102 TFUE – Incidența unei practici asupra bunăstării consumatorilor și asupra structurii pieței – Practică de excludere abuzivă – Capacitatea practicii de a produce un efect de excludere – Recurgere la alte mijloace decât cele care țin de o concurență bazată pe merite – Imposibilitatea unui concurent ipotetic la fel de eficient de a reproduce practica – Existența unei intenții anticoncurențiale – Deschidere către concurență a pieței vânzării de energie electrică – Transfer de informații sensibile din punct de vedere comercial în cadrul unui grup de întreprinderi pentru a conserva pe o piață o poziție dominantă moștenită a unui monopol legal – Imputabilitate a comportamentului filialei în sarcina societății-mamă”

În cauza C-377/20,

având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Consiglio di Stato (Consiliul de Stat, Italia), prin decizia din 21 mai 2020, primită de Curte la 29 iulie 2020, în procedura

Servizio Elettrico Nazionale SpA,

ENEL SpA,

Enel Energia SpA

împotriva

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato și alții,

cu participarea:

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,

* Limba de procedură: italiana.

CURTEA (Camera a cincea),

compusă din domnul E. Regan (raportor), președintele Camerei a cincea, domnul K. Lenaerts, președintele Curții, îndeplinind funcția de judecător al Camerei a cincea, domnul C. Lycourgos, președintele Camerei a patra, domnii I. Jarukaitis și M. Ilešič, judecători,

avocat general: domnul A. Rantos,

grefier: C. Di Bella, administrator,

având în vedere procedura scrisă și în urma ședinței din 9 septembrie 2021,

luând în considerare observațiile prezentate:

– pentru Servizio Elettrico Nazionale SpA, de M. D'Ostuni, A. Police și M. Russo, avvocati;

– pentru ENEL SpA, de M. Clarich și V. Meli, avvocati;

– pentru Enel Energia SpA, de F. Anglani, C. Tesauro, S. Fienga și M. Contu, avvocati;

– pentru Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, de G. Aiello, avvocato dello Stato;

– pentru Green Network SpA, de V. Cerulli Irelli, C. Mirabile și A. Fratini, avvocati;

– pentru Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET, de G. d'Andria, avvocato;

– pentru guvernul german, de J. Möller și D. Klebs, în calitate de agenți;

– pentru guvernul italian, de G. Palmieri, în calitate de agent, asistată de G. Galluzzo și S. Fiorentino, avvocato dello Stato;

– pentru Regatul Norvegiei, de L. Furuholmen, K. Hallsjø Aarvik, K. S. Borge, E. W. Sandaa și P. Wennerås, în calitate de agenți;

– pentru Comisia Europeană, de G. Conte, P. Rossi și C. Sjödin, în calitate de agenți;

– pentru Autoritatea de Supraveghere AELS, de C. Simpson și M. Sánchez Rydelski, în calitate de agenți,

după ascultarea concluziilor avocatului general în ședința din 9 decembrie 2021,

pronunță prezenta

Hotărâre

1 Cererea de decizie preliminară privește interpretarea articolului 102 TFUE.

2 Această cerere a fost formulată în cadrul unor litigii între Servizio Elettrico Nazionale SpA (denumită în continuare „SEN”), societatea-mamă a acesteia, ENEL SpA, precum și o societate-soră, Enel Energia SpA (denumită în continuare „EE”), pe de o parte, și Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoritatea de Supraveghere a Concurenței și a Pieței, Italia) (denumită în continuare „AGCM”), precum și alte părți, pe de altă parte, în legătură cu decizia acestei autorități de a aplica societăților menționate, în temeiul articolului 102 TFUE, o amendă pentru abuz de poziție dominantă (denumită în continuare „decizia în litigiu”).

Litigiile principale și întrebările preliminare

3 Prezenta cauză se înscrie în cadrul liberalizării progresive a pieței vânzării de energie electrică în Italia.

4 De la 1 iulie 2007, toți utilizatorii rețelei italiene de energie electrică, inclusiv gospodăriile și întreprinderile mici și mijlocii, pot să își aleagă furnizorul. Totuși, deschiderea acestei piețe a fost caracterizată, într-o primă etapă, printr-o distincție între, pe de o parte, clienții 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 de pe piața protejată, din care fac parte particularii și întreprinderile mici care, considerați ca nefiind în măsură să negocieze contractele lor de aprovizionare în deplină cunoștință de cauză sau în poziție de forță, au continuat să facă obiectul unui regim reglementat, și anume *servizio di maggior tutela* (serviciul de protecție sporită), care instituie o piață supusă controlului unei autorități naționale de reglementare sectorială în ceea ce privește determinarea condițiilor de vânzare.

5 Într-o a doua etapă, clienții de pe piața protejată au fost autorizați să participe la piața liberă. Legiuitorul italian a efectuat tranziția de la piața protejată către piața liberă stabilind o dată de la care protecțiile speciale în materie de prețuri nu vor mai fi aplicabile.

6 Atunci când AGCM a adoptat la 20 decembrie 2018 decizia în litigiu, data de eliminare a protecțiilor speciale în materie de prețuri era stabilită la 1 iulie 2020. După mai multe amânări, această dată a fost stabilită în final la 1 ianuarie 2021 pentru întreprinderile mici și mijlocii și la 1 ianuarie 2022 pentru gospodării.

7 În vederea liberalizării pieței, ENEL, o întreprindere până atunci integrată vertical, titulară a monopolului în producția de energie electrică în Italia și activă în distribuția acesteia, a fost supusă unei proceduri de separare a activităților de producție și de distribuție, precum și a mărcilor. La finalul acestei proceduri, activitățile referitoare la diferitele etape ale procesului de distribuție au fost atribuite unor societăți distincte. Astfel, E-Distribuzione a primit serviciul de distribuție, EE a fost însărcinată cu furnizarea de energie electrică pe piața liberă, iar SEN i s-a atribuit gestionarea serviciului de protecție sporită.

8 Prezentele litigii au la origine o plângere adresată AGCM de Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET (Asociația Italiană a Angrosiștilor și a Comercianților cu Energie), precum și avertismentele emise de consumatori individuali privind denunțarea folosirii 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 acestor societăți constituiau o încălcare a articolului 102 TFUE.

9 Această anchetă s-a încheiat prin adoptarea deciziei în litigiu, prin care AGCM a constatat că SEN și EE, sub coordonarea societății-mamă a acestora, 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. În consecință, AGCM a aplicat în solidar societăților menționate anterior o amendă în cuantum de 93 084 790,50 euro.

10 Comportamentul reproșat a constat în punerea în aplicare, din ianuarie 2012 până în mai 2017, a unei strategii de excludere, în scopul de a transfera clientela SEN, gestionarul istoric al pieței protejate, care încă reprezenta în 2017 între 80 % și 85 % dintre gospodării și între 70 % și 85 % din ceilalți clienți, către EE, care funcționează pe piața liberă. Obiectivul grupului ENEL ar fi fost astfel să anticipeze un risc de plecare masivă a clienților SEN către furnizori terți, iar aceasta în anticiparea eliminării totale a pieței protejate, a cărei dată nu a fost totuși fixată în mod inițial decât în anul 2017.

11 În acest scop, potrivit deciziei în litigiu, SEN ar fi obținut, începând din 2012, consimțământul clienților săi de pe piața protejată să primească oferte comerciale referitoare la piața liberă prin 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 determinați să creadă că acordarea unui astfel de consimțământ era necesară pentru menținerea aprovizionării lor cu energie electrică, și, pe de altă parte, să refuze să își dea consimțământul în favoarea altor operatori. Procedând astfel, SEN ar fi limitat numărul consimțămintelor date de clienții de pe piața protejată în sensul de a primi oferte comerciale propuse de operatorii concurenți. Astfel, în ansamblul clienților de pe piața protejată care au acceptat să primească oferte comerciale ale grupului ENEL, care ar reprezenta, în perioada cuprinsă între anul 2012 și anul 2015, în medie circa 500 000 de clienți pe an, respectiv mai mult decât dublul clientelei medii a primilor trei principali concurenți, 70 % ar fi acceptat să primească numai o ofertă a grupului ENEL, în comparație cu 30 % care ar fi acceptat de asemenea să primească oferte ale concurenților.

12 Informațiile referitoare la clienții de pe piața protejată care ar fi acceptat să primească oferte comerciale ale grupului ENEL au fost ulterior înscrise în liste (denumite în continuare „listele SEN”) care au fost transferate către EE prin intermediul unor contracte de locațiune cu titlu oneros. Întrucât conțineau informații care nu erau disponibile în altă parte, și anume apartenența utilizatorilor la serviciul de protecție sporită, AGCM a apreciat că aceste liste SEN aveau o valoare strategică și de neînlocuit, întrucât permiteau acțiuni comerciale țintite.

13 Aceste liste au fost utilizate de EE, care a lansat oferte comerciale destinate exclusiv acestui tip de clienți, precum oferta comercială „Sempre Con Te” („Mereu cu tine”), propusă în perioada cuprinsă între 20 martie și 1 iunie 2017, concretizând astfel strategia de excludere. Potrivit AGCM, utilizarea listelor SEN ar fi permis EE să sustragă de la concurenții săi o parte semnificativă, și anume mai mare de 40 %, din „cererea disputabilă” a clienților care treceau de la piața protejată către piața liberă.

14 Potrivit deciziei în litigiu, un singur concurent al EE ar fi luat legătura cu SEN pentru achiziția listelor SEN care conțineau coordonatele clienților care consimțiseră să primească oferte de la alte întreprinderi. Această societate, care a arătat că a luat cunoștință de vânzarea acestei liste doar

prin consultarea site-ului internet al SEN, în final a renunțat să le achiziționeze. Alte societăți, active de mai mulți ani pe piața relevantă, ar fi arătat că nu au fost informate deloc cu privire la această oportunitate comercială.

15 ENEL, SEN și EE au formulat acțiuni individuale împotriva deciziei în litigiu la Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunalul Administrativ Regional din Lazio, Italia), instanța de prim grad de jurisdicție.

16 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.

17 Aceste trei societăți au declarat apel separat împotriva respectivelor hotărâri la instanța de trimitere, căreia îi solicită anularea acestei amenzi sau, cu titlu subsidiar, reducerea cuantumului acesteia.

18 În susținerea apelului, ENEL, SEN și EE susțin, în primul rând, lipsa dovezii privind caracterul abuziv al comportamentului lor și în special privind aptitudinea acestuia de a produce, chiar potențial, un efect de excludere anticoncurențial.

19 Ele susțin, mai întâi, că simpla înscriere a numelui unui client într-o listă de telemarketing în scopul promovării serviciilor filialelor 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.

20 În continuare, ele susțin că 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 încheierea 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.

21 Pe de altă parte, AGCM nu ar fi examinat elementele de probă economice furnizate de ENEL, SEN și EE care demonstrau că comportamentele constatate nu puteau 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 și, pe de altă parte, capacitatea de atracție a mărcii ENEL.

22 În sfârșit, listele SEN nu ar fi nici strategice, nici de neînlocuit, având în vedere că existau pe piață liste similare de clienți ai serviciului de protecție sporită mai complete și mai puțin oneroase.

23 În al doilea rând, ENEL contestă 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, grupul ENEL a fost restructurat, iar procesele sale decizionale au fost descentralizate. În

acest nou context organizațional, ENEL, societatea-mamă aflată la conducerea grupului, ar fi avut doar funcția de a promova sinergiile și cele mai bune practici între diversele societăți operaționale, abandonându-și rolul decizional.

24 Potrivit instanței de trimitere, care a conexat cele trei acțiuni din litigiile principale, 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 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 un criteriu de aplicare exhaustiv și, pe de altă parte, distincția tradițională efectuată între abuzurile de folosire și abuzurile de excludere nu este pertinentă. În special, s-ar pune problema dacă trebuie să se țină seama de strategia întreprinderii în poziție dominantă atunci când, precum în speță, aceasta urmărea să împiedice plecarea clienților spre concurenți, precum și de faptul că comportamentele acestei întreprinderi erau ele însele licite, în măsura în care, în speță, listele SEN ar fi fost obținute în mod licit, potrivit instanței de trimitere.

25 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 a avut, în mod concret, un efect de excludere.

26 În sfârșit, abuzul de poziție dominantă săvârșit de un grup de societăți ar ridica problema dacă trebuie adusă dovada unei coordonări active între diferitele societăți care își desfășoară activitatea în cadrul aceluiași grup sau dacă apartenența la acest grup este suficientă pentru a constata o contribuție la practica abuzivă, inclusiv din partea unei societăți din grup care nu a pus în aplicare comportamentele abuzive.

27 În aceste condiții, Consiglio di Stato (Consiliul de Stat, Italia) a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarele 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 evaluată 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 [societăți] 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 [societăților] 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 [societăți] din grupul care deține poziția dominantă, în special pentru a demonstra implicarea societății-mamă?”

Cu privire la întrebările preliminare

Cu privire la admisibilitate

28 Mai multe părți au repus în discuție, în observațiile scrise de care dispune Curtea, admisibilitatea anumitor întrebări.

29 AIGET apreciază că a doua întrebare ar trebui declarată inadmisibilă pentru motivul că ar fi formulată în termeni generali și că nu ar fi relevantă. Astfel, nu s-ar contesta că, dacă s-ar stabili abuzul reproșat grupului ENEL, acesta ar fi de natură atât să excludă concurenți de pe piață, cât și să cauzeze un prejudiciu consumatorilor.

30 Green Network SpA ridică problema admisibilității primelor patru întrebări, care nu i se par necesare pentru soluționarea litigiilor principale și, în orice caz, întrucât Curtea ar fi răspuns deja la acestea.

31 În sfârșit, AGCM și AIGET susțin că a cincea întrebare este inadmisibilă, întrucât este ipotetică, deoarece ancheta desfășurată de AGCM ar fi concluzionat în sensul existenței unei strategii de grup în care urmărea transferul clienților SEN către EE și astfel evitarea plecării lor către grupuri concurente.

32 În aceste privințe diferite, trebuie amintit că, potrivit unei jurisprudențe constante a Curții, numai instanța națională care este sesizată cu soluționarea litigiului și care trebuie să își asume răspunderea pentru decizia ce urmează a fi pronunțată 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 pertinența întrebărilor pe care le adresează Curții. În

consecință, în cazul în care întrebările adresate privesc interpretarea dreptului Uniunii, Curtea este în principiu obligată să se pronunțe (Hotărârea din 15 iulie 2021, The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, punctul 54 și jurisprudența citată).

33 Rezultă că întrebările privind dreptul Uniunii beneficiază de o prezumție de pertinență. Curtea poate refuza să se pronunțe asupra unei întrebări preliminare adresate de o instanță națională numai dacă este evident că interpretarea solicitată a dreptului Uniunii nu are nicio legătură cu realitatea sau cu obiectul litigiului principal, atunci când problema este de natură ipotetică sau atunci când Curtea nu dispune de elementele de fapt și de drept necesare pentru a răspunde în mod util la întrebările care i-au fost adresate (Hotărârea din 15 iulie 2021, The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, punctul 55 și jurisprudența citată).

34 În speță, trebuie să se constate, în ceea ce privește, mai întâi, a doua întrebare, că împrejurarea că aceasta este formulată în termeni generali nu exclude ca aceasta să fie relevantă pentru soluționarea litigiilor principale.

35 De altfel, nu este de competența Curții, ci a instanței naționale să stabilească faptele care au stat la baza litigiului principal și să desprindă din acestea consecințele pentru decizia pe care trebuie să o dea (Hotărârea din 10 martie 2016, Safe Interenvíos, C-235/14, EU:C:2016:154, punctul 119). În consecință, în măsura în care o instanță națională prezintă în cererea sa elementele de fapt și de drept necesare Curții pentru a răspunde în mod util la întrebările care i-au fost adresate, acestea din urmă nu pot fi declarate inadmisibile pentru simplul motiv că ar fi formulate în termeni generali.

36 În ceea ce privește pretinsa necontestare a capacității abuzului invocat de a exclude de pe piață concurenții grupului ENEL și de a cauza un prejudiciu consumatorilor, chiar dacă s-ar considera dovedită, nu ar fi mai puțin adevărat că interpretarea obiectivelor urmărite de articolul 102 TFUE s-ar putea dovedi utilă instanței de trimitere pentru a determina ce condiții trebuie îndeplinite pentru a se putea constata un astfel de abuz de poziție dominantă.

37 În continuare, în ceea ce privește relevanța primei, a celei de a treia și a celei de a patra întrebări este suficient să se arate că nu este evident că interpretarea solicitată a dreptului Uniunii nu are nicio legătură cu realitatea sau cu obiectul litigiilor principale. Dimpotrivă, având în vedere împrejurările acestora din urmă, fiecare dintre aceste întrebări este susceptibilă să lămurească instanța de trimitere pentru a-i permite să soluționeze litigiile. În ceea ce privește împrejurarea că Curtea s-ar fi pronunțat deja cu privire la aceste întrebări, trebuie amintit că unei instanțe naționale nu i se interzice nicidecum să adreseze Curții întrebări preliminare al căror răspuns, în opinia unora dintre părțile din litigiul principal, nu lasă loc niciunei îndoieli rezonabile (Hotărârea din 14 octombrie 2021, Viesgo Infraestructuras Energéticas, C-683/19, EU:C:2021:847, punctul 26).

38 În sfârșit, în ceea ce privește a cincea întrebare, nu se poate exclude ca instanța de trimitere să se pronunțe în sens contrar deciziei în litigiu. Prin urmare, nu se poate considera, după cum susțin AGCM și AIGET, că această întrebare este în mod vădit lipsă de legătură cu realitatea sau cu obiectul litigiilor principale sau că este de natură ipotetică.

39 În consecință, întrebările adresate de Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) trebuie considerate admisibile.

Cu privire la fond

Cu privire la a doua întrebare

40 Prin intermediul celei de a doua întrebări, care trebuie examinată în primul rând, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că, pentru a stabili dacă o practică constituie folosire abuzivă a unei poziții dominante, este suficient, pentru o autoritate de concurență, să demonstreze că această practică este de natură să aducă atingere unei structuri de concurență efectivă pe piața relevantă sau dacă trebuie în plus sau alternativ să se demonstreze că practica menționată este de natură să aibă incidență asupra bunăstării consumatorilor.

41 În această privință, trebuie amintit că articolul 102 TFUE face parte dintr-un ansamblu de norme care, având obiectivul de a evita denaturarea concurenței în detrimentul interesului general, al întreprinderilor individuale și al consumatorilor, contribuie astfel la bunăstarea în cadrul Uniunii Europene (a se vedea în acest sens Hotărârea din 17 februarie 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punctele 21 și 22).

42 În acest sens, articolul 102 TFUE este expresia obiectivului general atribuit la articolul 3 alineatul (1) litera (b) TFUE acțiunii Uniunii, și anume stabilirea normelor de concurență necesare pentru funcționarea pieței interne (a se vedea în acest sens Hotărârea din 2 aprilie 2009, France Télécom/Comisia, C-202/07 P, EU:C:2009:214, punctul 103, și Hotărârea din 14 octombrie 2010, Deutsche Telekom/Comisia, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punctul 170).

43 Caracterul fundamental al dispozițiilor Tratatului FUE în materie de concurență rezultă și din Protocolul (nr. 27) privind piața internă și concurența, care, în temeiul articolului 51 TUE, face parte integrantă din tratate și potrivit căruia piața internă include un sistem care să garanteze faptul că nu există denaturări ale concurenței (Hotărârea din 17 noiembrie 2011, Comisia/Italia, C-496/09, EU:C:2011:740, punctul 60).

44 Printre aceste norme, scopul alocat în mod mai precis articolului 102 TFUE este, potrivit unei jurisprudențe constante, de a evita ca comportamentele unei întreprinderi care ocupă o poziție dominantă să aibă ca efect, în detrimentul consumatorilor, să împiedice menținerea gradului de concurență existent pe piață sau dezvoltarea acestei concurențe prin recurgerea la mijloace sau la resurse diferite de cele care guvernează o concurență normală [a se vedea în acest sens Hotărârea din 13 februarie 1979, Hoffmann-La Roche/Comisia, 85/76, EU:C:1979:36, punctul 91, Hotărârea din 27 martie 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punctul 24, precum și Hotărârea din 30 ianuarie 2020, Generics (UK) și alții, C-307/18, EU:C:2020:52, punctul 148 și jurisprudența citată]. În acest sens, astfel cum a constatat Curtea, această dispoziție urmărește să sancționeze nu numai practicile care pot cauza un prejudiciu imediat consumatorilor, ci și pe cele care le cauzează indirect un prejudiciu prin faptul că aduc atingere unei structuri de concurență efectivă (a se vedea în acest sens printre altele Hotărârea din 15 martie 2007, British Airways/Comisia, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctele 106 și 107, precum și Hotărârea din 17 februarie 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punctul 24).

45 În schimb, astfel cum a subliniat deja Curtea, dispoziția menționată nu se opune ca, în urma unei concurențe bazate pe merite, să dispară sau să fie marginalizați pe piața relevantă concurenți mai puțin eficienți și, așadar, mai puțin interesanți pentru consumatori în special din punctul de vedere al prețurilor, al ofertei, al calității sau al inovării (Hotărârea din 6 septembrie 2017, Intel/Comisia, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punctul 134 și jurisprudența citată).

46 Rezultă, astfel cum a arătat în esență domnul avocat general la punctul 100 din concluzii, că se poate considera că bunăstarea consumatorilor atât intermediari cât și finali, constituie obiectivul ultim care justifică intervenția dreptului concurenței pentru a sancționa folosirea abuzivă a unei poziții dominante pe piața internă sau pe o parte semnificativă a acesteia. Din acest motiv, astfel cum a statuat deja Curtea, o întreprindere care ocupă o astfel de poziție poate stabili că o practică de excludere nu intră sub incidența interdicției prevăzute la articolul 102 TFUE, în special prin demonstrarea faptului că efectele pe care această practică este susceptibilă să le genereze sunt contrabalansate sau chiar depășite de avantaje în termeni de eficacitate care profită deopotrivă consumatorilor, în special în ceea ce privește prețul, oferta, calitatea sau inovarea [a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 septembrie 2017, Intel/Comisia, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punctele 134 și 140, precum și Hotărârea din 30 ianuarie 2020, Generics (UK) și alții, C-307/18, EU:C:2020:52, punctul 165 și jurisprudența citată].

47 Prin urmare, o autoritate de concurență îndeplinește sarcina probei care îi revine dacă demonstrează că o practică a unei întreprinderi în poziție dominantă este de natură să aducă atingere, recurgând la alte resurse sau mijloace decât cele care guvernează o competiție normală, unei structuri de concurență efectivă fără să fie necesar ca aceasta să demonstreze că practica menționată, în plus, are capacitatea de a cauza un prejudiciu direct consumatorilor. Întreprinderea dominantă în cauză poate totuși ieși de sub incidența interdicției prevăzute la articolul 102 TFUE demonstrând că efectul de excludere care poate rezulta din practica în cauză este contrabalansat sau chiar depășit de efecte pozitive pentru consumatori.

48 Având în vedere considerațiile care precedă, este necesar să se răspundă la a doua întrebare că articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că, în scopul de a stabili că o practică constituie folosirea abuzivă a unei poziții dominante, este suficient ca o autoritate de concurență să demonstreze că această practică este de natură să aducă atingere structurii de concurență efectivă pe piața relevantă, cu excepția cazului în care întreprinderea dominantă în cauză demonstrează că efectele anticoncurențiale care pot rezulta din practica menționată sunt contrabalansate sau chiar depășite de efecte pozitive pentru consumatori, în special în ceea ce privește prețul, oferta, calitatea și inovarea.

Cu privire la a treia întrebare

49 Prin intermediul celei de a treia întrebări, care trebuie examinată în al doilea rând, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că, în scopul de a stabili caracterul abuziv al unui comportament al unei întreprinderi în poziție dominantă, trebuie considerate ca fiind relevante elementele prezentate de această întreprindere care urmăresc să demonstreze că, în pofida capacității abstracte a acestui comportament de a produce efecte restrictive, acesta nu a produs în mod concret astfel de efecte și, în caz afirmativ, dacă autoritatea de concurență este obligată să examineze aceste elemente în mod aprofundat.

50 De la bun început trebuie arătat că, în ceea ce privește practicile de excludere, categorie în care intră comportamentele invocate în litigiile principale, reiese din jurisprudența Curții că caracterul abuziv al unor astfel de practici presupune printre altele ca acestea să fi avut capacitatea de a restrânge concurența și în special de a produce efectele de excludere reproșate [Hotărârea din 30 ianuarie 2020, Generics (UK) și alții, C-307/18, EU:C:2020:52, punctul 154 și jurisprudența citată].

51 În consecință, în cazul în care o întreprindere dominantă susține, în cursul procedurii administrative, că comportamentul său nu a avut capacitatea de a restrânge concurența, întemeindu-se pe elemente de probă, autoritatea de concurență în cauză trebuie să examineze dacă, în împrejurările speței, comportamentul în discuție avea într-adevăr o astfel de capacitate (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 septembrie 2017, Intel/Comisia, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punctele 138 și 140).

52 În acest context, în conformitate cu dreptul de a fi ascultat, care, potrivit unei jurisprudențe constante, constituie un principiu general al dreptului Uniunii care se aplică atunci când o administrație își propune să adopte față de o persoană un act care îi cauzează un prejudiciu, autoritățile de concurență au printre altele obligația de a asculta întreprinderea în cauză, ceea ce presupune ca acestea să acorde toată atenția necesară observațiilor prezentate de aceasta și să examineze, cu atenție și cu imparțialitate, toate elementele relevante ale cauzei și printre altele probele prezentate de această întreprindere (a se vedea prin analogie Hotărârea din 16 octombrie 2019, Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, EU:C:2019:861, punctele 39-42).

53 În aceste condiții, trebuie amintit că calificarea unei practici a unei întreprinderi în poziție dominantă drept abuzivă nu impune demonstrarea, în cazul unei practici a unei astfel de întreprinderi care urmărește excluderea concurenților săi de pe piața în cauză, a faptului că rezultatul său a fost atins și, prin urmare, demonstrarea unui efect de excludere concret pe piață. Astfel, articolul 102 TFUE urmărește să sancționeze folosirea în mod abuziv de către una sau mai multe întreprinderi a unei poziții dominante deținute pe piața internă sau pe o parte semnificativă a acesteia, indiferent dacă o astfel de folosire se dovedește sau nu fructuoasă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 30 ianuarie 2020, České dráhy/Comisia, C-538/18 P și C-539/18 P, nepublicată, EU:C:2020:53, punctul 70 și jurisprudența citată).

54 Or, deși, astfel cum se subliniază la punctul 20 din Comunicarea Comisiei Europene intitulată „Orientări privind prioritățile Comisiei în aplicarea articolului [102 TFUE] la practicile de excludere abuzivă ale întreprinderilor dominante” (JO 2009, C 45, p. 7), atunci când comportamentul există de suficient timp, performanța pe piață a întreprinderii dominante și a concurenților săi poate constitui o probă a unui efect de excludere al practicii în discuție, împrejurarea inversă că un anumit comportament nu a produs efecte anticoncurențiale concrete nu poate exclude, chiar dacă s-a scurs o perioadă lungă de timp de când a avut loc acest comportament, că acesta avea totuși o astfel de capacitate atunci când a fost pus în aplicare. Astfel, o asemenea inexistență a unor efecte ar putea rezulta din alte cauze și s-ar putea datora printre altele unor modificări survenite pe piața relevantă după inițierea comportamentului menționat sau incapacității întreprinderii în poziție dominantă de a duce la bun sfârșit strategia care a stat la originea unui astfel de comportament.

55 Prin urmare, proba prezentată de o întreprindere în poziție dominantă privind inexistența unor efecte de excludere concrete nu poate fi considerată suficientă, în sine, pentru a înlătura aplicarea articolului 102 TFUE.

56 În schimb, această împrejurare poate constitui un indiciu asupra faptului că comportamentul în discuție nu era de natură să producă efectele de excludere invocate. Acest început de probă trebuie totuși completat de către întreprinderea în cauză prin elemente care urmăresc să demonstreze că această inexistență a unor efecte concrete era într-adevăr consecința incapacității comportamentului menționat de a produce astfel de efecte.

57 Rezultă că, în prezenta cauză, împrejurarea pe care societățile vizate o invocă pentru a contesta existența unui abuz de poziție dominantă, și anume că EE a obținut, prin utilizarea listelor SEN, numai 478 de clienți, respectiv, 0,002 % din clienții de pe piața protejată, nu poate fi considerată ca fiind în sine suficientă pentru a demonstra că practica în discuție nu avea capacitatea de a produce în sine un efect de excludere.

58 Având în vedere ansamblul considerațiilor care precedă, trebuie să se răspundă la a treia întrebare că articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că, pentru a exclude caracterul abuziv al comportamentului unei întreprinderi în poziție dominantă, trebuie să se considere că nu este suficientă în sine proba adusă de întreprinderea în cauză potrivit căreia acest comportament nu a produs efecte restrictive concrete. Acest element poate constitui un indiciu al incapacității comportamentului în discuție de a produce efecte anticoncurențiale, care totuși va trebui completat cu alte elemente de probă care urmăresc să stabilească această incapacitate.

Cu privire la a patra întrebare

59 Prin intermediul celei de a patra întrebări, care trebuie examinată în al treilea rând, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că existența unei practici de excludere abuzivă de către o întreprindere care ocupă o poziție dominantă trebuie apreciată numai în temeiul capacității acestei practici de a produce efecte anticoncurențiale sau dacă trebuie să se țină seama de intenția întreprinderii în cauză de a restrânge concurența.

60 În această privință, trebuie amintit că folosirea abuzivă a unei poziții dominante, interzisă de articolul 102 TFUE, este o noțiune obiectivă [a se vedea printre altele Hotărârea din 30 ianuarie 2020, Generics (UK) și alții, C-307/18, EU:C:2020:52, punctul 148, precum și Hotărârea din 25 martie 2021, Deutsche Telekom/Comisia, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punctul 41].

61 Astfel cum s-a amintit la punctul 50 din prezenta hotărâre, calificarea drept abuzivă a unei practici de excludere depinde de efectele de excludere pe care aceasta este sau era capabilă să le producă. Astfel, pentru a stabili caracterul abuziv al unei practici de excludere, o autoritate de concurență trebuie să demonstreze că, pe de o parte, această practică avea capacitatea, atunci când a fost pusă în aplicare, să producă un astfel de efect de excludere, în sensul că era de natură să facă mai dificilă intrarea sau menținerea concurenților pe piața relevantă, și, procedând astfel, că practica menționată era de natură să aibă o incidență asupra structurii pieței și, pe de altă parte, că această practică se baza pe folosirea altor mijloace decât cele care țin de o concurență bazată pe merite. Or, niciuna dintre aceste condiții nu impune în principiu, dovada unui element intențional.

62 În consecință, pentru a constata folosirea abuzivă a unei poziții dominante în scopul aplicării articolului 102 TFUE, o autoritate de concurență nu este nicidecum obligată să stabilească existența unei intenții anticoncurențiale în privința întreprinderii în poziție dominantă (Hotărârea din 19 aprilie 2012, Tomra Systems și alții/Comisia, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punctul 21).

63 În aceste condiții, trebuie amintit de asemenea că, deși, în scopul aplicării articolului 102 TFUE, nu este nicidecum necesar să se stabilească existența unei intenții anticoncurențiale în privința întreprinderii în poziție dominantă, dovada unei astfel de 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 [Hotărârea din 30 ianuarie 2020, Generics (UK) și alții, C-307/18, EU:C:2020:52, punctul 162 și jurisprudența citată].

64 Având în vedere considerațiile care precedă, este necesar să se răspundă la a patra întrebare că articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că existența unei practici de excludere abuzivă de către o întreprindere în poziție dominantă trebuie apreciată în temeiul capacității acestei practici de a produce efecte anticoncurențiale. O autoritate de concurență nu este obligată să stabilească intenția întreprinderii în cauză de a-și exclude concurenții prin alte mijloace sau recurgând la alte resurse decât cele care guvernează o concurență bazată pe merite. Dovada unei asemenea intenții constituie totuși o împrejurare de fapt care poate fi luată în considerare pentru determinarea unui abuz de poziție dominantă.

Cu privire la prima întrebare

65 Prin intermediul primei întrebări preliminare, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că o practică, pe de altă parte licită în afara dreptului concurenței, poate, atunci când este pusă în aplicare de o întreprindere în poziție dominantă, să fie calificată drept „abuzivă”, în sensul acestei dispoziții, numai în temeiul efectelor sale potențial anticoncurențiale sau dacă o astfel de calificare impune în plus ca această practică să fie pusă în aplicare prin alte mijloace sau resurse decât cele care guvernează o concurență normală. În această a doua ipoteză, aceeași instanță ridică problema criteriilor care permit diferențierea mijloacelor și a resurselor care țin de o concurență normală în raport cu cele care țin de o concurență denaturată.

66 În această privință, trebuie amintit că articolul 102 TFUE declară incompatibilă cu piața internă și interzisă, în măsura în care poate afecta comerțul dintre statele membre, folosirea în mod abuziv de către una sau mai multe întreprinderi a unei poziții dominante deținute pe piața internă sau pe o parte semnificativă a acesteia.

67 Potrivit unei jurisprudențe constante, noțiunea de „folosire abuzivă” în sensul articolului 102 TFUE se întemeiază pe o apreciere obiectivă a comportamentului în discuție. Or, nelegalitatea unui comportament abuziv potrivit acestei dispoziții este independentă de calificarea acestui comportament în alte ramuri de drept (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 decembrie 2012, AstraZeneca/Comisia, C-457/10 P, EU:C:2012:770, punctele 74 și 132).

68 În mod concret, astfel cum reiese din cuprinsul punctului 44 din prezenta hotărâre, această noțiune desemnează orice practică de natură să aducă atingere, prin intermediul altor resurse decât cele care guvernează o concurență normală, unei structuri de concurență efectivă. Aceasta vizează astfel să sancționeze comportamentele unei întreprinderi în poziție dominantă care, pe o piață unde gradul de 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 sau servicii pe baza prestațiilor operatorilor economici, să împiedice menținerea gradului de concurență existent încă pe piață sau dezvoltarea acestei concurențe (Hotărârea din 13 februarie 1979, Hoffmann-La Roche/Comisia, 85/76, EU:C:1979:36, punctul 91, și Hotărârea din 25 martie 2021, Deutsche Telekom/Comisia, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punctul 41).

69 În ceea ce privește practicile care constituie obiectul litigiilor principale, după cum reiese din cuprinsul punctului 50 din prezenta hotărâre, caracterul lor abuziv presupune că acestea au avut capacitatea de a produce efectele de excludere pe baza cărora se bazează decizia în litigiu.

70 Desigur, astfel de efecte nu trebuie să aibă un caracter pur ipotetic (Hotărârea din 6 octombrie 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punctul 65). În consecință, pe de o parte, o practică nu poate fi calificată drept abuzivă dacă a rămas în stadiul de proiect fără să fi fost pusă în aplicare. Pe de altă parte, o autoritate de concurență nu se poate baza pe efectele pe care această practică le-ar putea produce sau le-ar fi putut produce dacă anumite împrejurări speciale, care nu erau cele care prevalau pe piață la momentul punerii sale în aplicare și a căror realizare era atunci puțin probabilă, s-au realizat sau se realizează.

71 În schimb, pentru a reține o astfel de calificare, este suficient ca practica să fi avut, în perioada în care a fost pusă în aplicare, capacitatea de a produce un efect de excludere față de concurenții cel puțin la fel de eficienți precum întreprinderea în poziție dominantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 octombrie 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punctul 66 și jurisprudența citată).

72 Întrucât caracterul abuziv al unei practici nu depinde de forma pe care aceasta o ia sau o lua, ci presupune că practica menționată are sau a avut capacitatea de a restrânge concurența și în special de a produce, la punerea sa în aplicare, efectele de excludere reproșate, această condiție trebuie apreciată luând în considerare toate împrejurările de fapt relevante [a se vedea în acest sens Hotărârea din 30 ianuarie 2020, Generics (UK) și alții, C-307/18, EU:C:2020:52, punctul 154, precum și Hotărârea din 25 martie 2021, Slovak Telekom/Comisia, C-165/19 P, EU:C:2021:239, punctul 42].

73 În aceste condiții, astfel cum s-a amintit la punctul 45 din prezenta hotărâre, articolul 102 TFUE nu are nicidecum scopul de a împiedica o întreprindere să cucerească, prin propriile merite, în special datorită competențelor și capacităților sale, o poziție dominantă pe o piață, nici de a se asigura că concurenți mai puțin eficienți decât o întreprindere care ocupă o astfel de poziție rămân pe piață. Astfel, orice efect de excludere nu aduce în mod necesar atingere concurenței, deoarece, prin definiție, 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 ofertei, al calității sau al inovării (Hotărârea din 6 septembrie 2017, Intel/Comisia, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punctele 133 și 134).

74 Cu toate acestea, revine întreprinderilor în poziție dominantă, independent de cauzele unei astfel de poziții, răspunderea specială de a nu aduce atingere prin comportamentul lor unei concurențe efective și nedenaturate pe piața internă (a se vedea printre altele Hotărârea din 9 noiembrie 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisia, 322/81, EU:C:1983:313, punctul 57, și Hotărârea din 6 septembrie 2017, Intel/Comisia, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punctul 135).

75 În consecință, deși întreprinderile în poziție dominantă se pot apăra împotriva concurenților lor, ele trebuie să facă acest lucru recurgând la mijloace care țin de o concurență „normală”, și anumite bazată pe merite.

76 În schimb, aceste întreprinderi nu pot face mai dificilă intrarea sau menținerea pe piața relevantă a unor concurenți la fel de eficienți recurgând la alte mijloace decât cele care țin de o concurență bazată pe merite. Printre altele, ele trebuie să se abțină de la utilizarea poziției lor dominante

pentru a se extinde pe altă piață în alt mod decât prin mijloace care țin de o concurență bazată pe merite (a se vedea în acest sens Hotărârea din 3 octombrie 1985, CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, punctul 25, Hotărârea din 14 noiembrie 1996, Tetra Pak/Comisia, C-333/94 P, EU:C:1996:436, punctul 25, și Hotărârea din 17 februarie 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punctul 87).

77 Trebuie considerat că constituie un alt mijloc decât cele care țin de o concurență bazată pe merite orice practică pentru a cărei punere în aplicare o întreprindere dominantă nu are interes economic dacă acesta nu este de a-și elimina concurenții pentru a putea, ulterior, ridica prețurile obținând profit din situația sa de monopol (a se vedea în acest sens Hotărârea din 3 iulie 1991, AKZO/Comisia, C-62/86, EU:C:1991:286, punctul 71).

78 Acest lucru este valabil, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctele 69-71 din concluzii, pentru o practică care nu este de natură să fie adoptată de un concurent ipotetic care, deși la fel de eficient, nu ocupă o poziție dominantă pe piața relevantă, întrucât această practică se bazează pe folosirea unor resurse sau a unor mijloace proprii deținerii unei astfel de poziții.

79 Relevanța imposibilității, materiale sau raționale, ca un concurent ipotetic la fel de eficient, dar care nu este în poziție dominantă, să imite practica în discuție, pentru a determina dacă aceasta din urmă se bazează pe mijloace care țin de o concurență bazată pe merite, reiese din jurisprudența referitoare la practicile atât tarifare, cât și netarifare.

80 În ceea ce privește prima dintre aceste două categorii de practici, care includ reducerile de fidelitate, practicile de prețuri scăzute sub formă de prețuri selective sau de prețuri de ruinare, precum și practicile de micșorare a marjelor, reiese din jurisprudență că acestea se apreciază în general recurgând la testul numit al „concurentului la fel de eficient”, care vizează tocmai aprecierea capacității pe care ar avea-o un astfel de concurent, considerat în mod abstract, de a reproduce comportamentul întreprinderii în poziție dominantă (a se vedea printre altele Hotărârea din 17 februarie 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punctele 41-43).

81 Desigur, acest test nu este decât una dintre modalitățile de a stabili că o întreprindere în poziție dominantă a recurs la alte mijloace decât cele care țin de o concurență „normală”, astfel încât autoritățile de concurență nu au obligația de a se baza în mod sistematic pe un astfel de test pentru a constata caracterul abuziv al unei practici tarifare (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 octombrie 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punctul 57).

82 Totuși, importanța acordată în general testului menționat, atunci când el este realizabil, nu demonstrează totuși că incapacitatea pe care o ar avea un concurent ipotetic la fel de eficient de a replica comportamentul întreprinderii dominante constituie, în ceea ce privește practicile de excludere, unul dintre criterii care permite să se determine dacă acest comportament trebuie considerat ca fiind bazat sau nu pe utilizarea unor mijloace care țin de o concurență normală.

83 În ceea ce privește a doua categorie de practici vizate la punctul 79 din prezenta hotărâre, și anume practicile netarifare, precum refuzul de a furniza bunuri sau servicii, Curtea a subliniat că alegerea unei întreprinderi dominante de a-și rezerva ei înseși propria rețea de distribuție nu constituie un refuz de furnizare contrar articolului 102 TFUE tocmai pentru că este posibil ca un concurent să creeze o rețea analogă pentru distribuția propriilor produse (a se vedea în acest sens Hotărârea din 26 noiembrie 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, punctele 44 și 45).

84 Atunci când o autoritate de concurență stabilește că o practică inițiată de o întreprindere în poziție dominantă este de natură să aducă atingere unei concurențe efective și nedenaturate pe piața internă, rămâne posibil pentru această întreprindere, pentru ca practica în cauză să nu fie considerată folosirea abuzivă a unui poziții dominante, să demonstreze că aceasta este sau era justificată în mod obiectiv fie prin anumite împrejurări ale speței, care trebuie printre altele să fie externe întreprinderii în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 17 februarie 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punctele 31 și 75), fie, având în vedere obiectivul ultim urmărit de articolul 102 TFUE, prin interesul consumatorilor [a se vedea printre altele în acest sens Hotărârea din 30 ianuarie 2020, Generics (UK) și alții, C-307/18, EU:C:2020:52, punctul 165].

85 În ceea ce privește această a doua ipoteză, trebuie subliniat că noțiunea de concurență bazată pe merite se referă în principiu la 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 bunuri și de servicii noi sau îmbunătățite. Astfel, după cum a arătat domnul avocat general la punctul 62 din concluzii, trebuie printre altele să se considere că țin de concurența bazată pe merite comportamentele 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.

86 Într-un astfel de caz, întreprinderea dominantă poate justifica acțiuni susceptibile să intre sub incidența interdicției prevăzute la articolul 102 TFUE prin demonstrarea faptului că efectul de excludere pe care avea capacitatea să îl producă comportamentul său era contrabalansat sau chiar depășit de avantaje în termeni de eficacitate care profită deopotrivă consumatorilor [a se vedea în acest sens Hotărârea din 15 martie 2007, British Airways/Comisia, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctul 86, Hotărârea din 6 septembrie 2017, Intel/Comisia, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punctul 140, precum și Hotărârea din 30 ianuarie 2020, Generics (UK) și alții, C-307/18, EU:C:2020:52, punctul 165].

87 În ceea ce privește litigiile principale, revine instanței de trimitere sarcina de a aprecia dacă AGCM a demonstrat corespunzător cerințelor legale că strategia pusă în aplicare de întreprinderea ENEL între anul 2012 și anul 2017 era de natură să aducă atingere unei concurențe efective și nedenaturate pe piața internă. Totuși, pentru a o ghida în această apreciere, Curtea îi poate oferi toate elementele de interpretare proprii dreptului Uniunii care i-ar putea fi utile [a se vedea printre altele Hotărârea din 16 iulie 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, punctul 62, și Hotărârea din 6 octombrie 2021, A (Trecerea frontierelor cu o navă de agrement), C-35/20, EU:C:2021:813, punctul 85].

88 În speță, din dosarul de care dispune Curtea reiese, mai întâi, că, în urma separării diferitelor activități ale întreprinderii ENEL, care până atunci era integrată vertical și ocupa o poziție de monopol pe piețele de producție, de transport și de distribuție de energie electrică în Italia, SEN a primit gestionarea clienților care țin doar de piața protejată din acest stat membru. Totuși, era cert că piața protejată nu era de natură să dureze și că, la eliminarea sa, la un moment dat în viitor, clienții în cauză ar trebui să aleagă un nou furnizor. În plus, pentru a evita transferul unui avantaj concurențial, reglementarea sectorială nu autoriza transferul de informații sensibile din punct de vedere comercial între societățile care vând energie electrică pe piața protejată și societățile care sunt active pe piața liberă decât în măsura în care furnizarea acestor informații era nediscriminatorie.

89 În continuare, reiese din indicațiile furnizate de instanța de trimitere că comportamentul vizat în decizia în litigiu ține în esență nu de refuzul SEN de a permite concurenților EE să aibă acces la o facilitate esențială care ar fi reprezentată de datele de contact ale clienților de pe piața protejată, ci de decizia SEN de a transfera, contra plată, anumite informații comerciale deținute de aceasta în legătură cu clienții săi, dintre care printre altele datele lor de contact, către EE, într-o modalitate care ar fi defavorabilă și, așadar, discriminatorie în raport cu concurenții acestei a doua societăți pe piața liberă, în timp ce SEN era de asemenea în poziție dominantă pe piața protejată.

90 În sfârșit, instanța de trimitere pare să plece de la premisa că, cel puțin, SEN și EE formau o singură întreprindere în sensul articolului 102 TFUE.

91 Având în vedere aceste elemente, a căror verificare revine instanței de trimitere, este oportun de amintit că trebuie considerat drept folosire a altor mijloace decât cele care țin de o concurență bazată pe merite, întrucât se bazează pe folosirea unor resurse inaccesibile, în principiu, unui concurent ipotetic la fel de eficient, dar care nu beneficiază de o poziție dominantă, faptul prin care o întreprindere care dispune de drepturi exclusive, precum un monopol legal, le utilizează pe acestea din urmă pentru a-și extinde poziția dominantă pe care o deține pe o piață datorită acestor drepturi pe o altă piață (a se vedea în acest sens Hotărârea din 17 iulie 2014, Comisia/DEI, C-553/12 P, EU:C:2014:2083, punctele 45-47 și 66-68).

92 Rezultă *a fortiori* că, atunci când o întreprindere pierde monopolul legal pe care îl deținea anterior pe o piață, aceasta trebuie să se abțină pe întreaga durată a fazei de liberalizare a acestei piețe să recurgă la mijloace de care dispunea în temeiul fostului său monopol și care, în acest temei, nu sunt disponibile concurenților săi, pentru a conserva, altfel decât prin propriile sale merite, o poziție dominantă pe piața relevantă nou liberalizată.

93 În litigiile principale, aceste considerații presupun că întreprinderea pe care ar fi format-o împreună cel puțin SEN și EE avea responsabilitatea specială de a se abține de la orice comportament pe piața protejată care ar fi fost de natură să aducă atingere unei structuri de concurență efectivă pe piața liber, în special să extindă pe această piață poziția dominantă de care beneficia pe piața protejată altfel decât prin mijloace care țin de o concurență bazată pe merite (a se vedea prin analogie Hotărârea din 3 octombrie 1985, CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, punctul 27).

94 Or, desigur, posibilitatea de a contacta clientela de pe piața protejată prezenta un interes economic cert pentru orice întreprindere care intenționa să se dezvolte pe piața liberă. Astfel, întrucât întreprinderea pe care ar fi format-o împreună SEN și EE intenționa să transfere anumite informații comerciale deținute de SEN în legătură cu clientela sa, contra plată, către SEE, această întreprindere trebuia de asemenea, pentru a nu aduce atingere unei structuri de concurență efectivă, să ofere posibilitatea concurenților EE să aibă acces la aceste informații, iar aceasta în condiții egale pentru prestații echivalente.

95 Desigur, având în vedere dreptul la protecția datelor personale, care constituie un drept fundamental garantat de articolul 8 alineatul (1) din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (denumită în continuare „carta”), nu se poate reproșa unei societății în situația SEN că a primit în mod prealabil consimțământul clienților săi pentru informațiile lor personale astfel transferate. De asemenea, o astfel de societate nici nu poate fi considerată responsabilă pentru decizia unei părți a clienților săi de a nu autoriza transferul informațiilor lor personale decât în beneficiul anumitor societăți.

96 Totuși, pentru a se conforma responsabilității speciale care îi revenea din cauza poziției sale dominante pe piața protejată, SEN trebuia, pentru a anticipa intenția unei societăți terțe care dorea să se dezvolte pe piața liberă de a avea acces și la informațiile menționate, să propună clienților săi să primească ofertele societăților care nu aparțineau grupului ENEL într-o modalitate care să nu fie discriminatorie, în special prin asigurarea evitării creării unei părtiniri la colectarea consimțămintelor de natură să determine ca listele destinate să fie cedate EE să fie semnificativ mai dezvoltate decât cele destinate vânzării concurenților acestei societăți.

97 În speță, informațiile transmise Curții nu permit să se înțeleagă natura exactă a tratamentului discriminatoriu identificat de AGCM. Astfel, deși din decizia de trimitere reiese că SEN a solicitat consimțământul clienților săi de pe piața protejată pentru a primi oferte comerciale ale societăților din grupul ENEL și de la terți „în mod separat”, aceeași descriere nu permite să se stabilească, cu suficientă claritate, dacă această noțiune face trimitere la împrejurarea că solicitările au fost adresate la momente diferite sau la faptul că ele figurau în părți diferite ale aceluiași document, nici de altfel dacă ansamblul societăților terțe era vizat în mod nediferențiat de aceeași cerere de consimțământ, dacă era posibil să se consimtă să se primească ofertele unor societăți terțe fără a consimți de asemenea să se primească cele ale grupului ENEL sau dacă clienții SEN puteau alege, în mod individualizat, care întreprinderi terțe erau autorizate să le adreseze oferte comerciale, similar celor aparent prevăzute pentru grupul ENEL.

98 În aceste condiții, trebuie amintit că sarcina probei capacității comportamentului SEN de a produce efecte actuale sau potențiale de excludere revine AGCM. Dat fiind că această capacitate nu trebuie să fie pur ipotetică, AGCM trebuia, așadar, pentru a îndeplini această sarcină, să stabilească, în decizia în litigiu, în temeiul unor elemente de probă, precum studii comportamentale, că procedeul utilizat de SEN pentru a colecta consimțământul clienților săi la transferul datelor lor era într-adevăr de natură să favorizeze listele destinate să fie cedate EE.

99 Dacă instanța de trimitere ar trebui să constate că AGCM a stabilit în mod corespunzător cerințelor legale că modalitatea în care SEN a solicitat consimțământul clienților săi pentru a primi oferte era părtinitoare, pentru a favoriza societățile din grupul ENEL în detrimentul concurenților săi, existența unei astfel de părtiniri ar exclude posibilitatea de a se considera că diferența în ceea ce privește cantitatea de informații cuprinsă în listele destinate EE și, respectiv, în listele destinate concurenților se datora faptului că performanțele pe piața liberă erau mai bune pentru societățile din grupul ENEL sau capacității de atracție a mărcii ENEL. Astfel, chiar existența acestei părtiniri ar face prin definiție imposibilă determinarea existenței unor cauze obiective pentru diferența dintre consimțămintele acordate. În consecință, dat fiind că, în această ipoteză, părtinirea menționată ar fi consecința comportamentului SEN, diferența în ceea ce privește numărul de clienți vizați de listele destinate EE și de listele destinate concurenților acesteia din urmă ar trebui imputată SEN.

100 De aici ar rezulta că, procedând astfel, SEN ar fi transferat EE o resursă de natură să confere un avantaj comparativ întreprinderii pe care, potrivit postulatului menționat la punctul 90 din prezenta hotărâre, cel puțin aceste două societăți ar fi format-o împreună, pe piața liberă, în timp ce reiese chiar din elementele dosarului că procesul de disociere a activităților ENEL avea tocmai scopul de a evita un astfel de transfer. Prin urmare, utilizarea ulterioară a acestei resurse ar trebui privită ca concretizând punerea în aplicare a unei practici care a avut, cel puțin inițial, capacitatea de a produce efecte de excludere pe piața liberă.

101 Or, în mod necesar, un astfel de comportament nu ar fi de natură să fie adoptat de un concurent ipotetic la fel de eficient, întrucât, din cauza poziției ocupate de SEN pe piața protejată, în urma suspendării monopolului legal deținut anterior de întreprinderea ENEL, nicio întreprindere concurentă nu putea dispune de o structură de natură să furnizeze, în cantități atât de mari, datele de contact ale clienților de pe piața protejată.

102 Rezultă că, în măsura în care folosirea abuzivă a unei poziții dominante se apreciază în raport cu capacitatea comportamentului în discuție de a produce efecte de excludere, iar nu în raport cu efectele sale concrete, dacă ar trebui să se stabilească că SEN a solicitat clienților săi consimțământul pentru a primi oferte de la societățile din grupul ENEL și, respectiv, de la concurenții săi, în mod discriminatoriu, doar această împrejurare ar fi suficientă pentru a stabili că comportamentul întreprinderii formate cel puțin de SEN și EE era de natură să aducă atingere unei concurențe efective și nedenaturate. O asemenea constatare nu poate fi repusă în discuție în lumina motivelor pentru care niciunul dintre concurenții menționați nu a decis să cumpere informațiile care le erau propuse, a capacității EE de a transforma acest avantaj comparativ într-un succes comercial sau a eforturilor pe care întreprinderile concurente au putut sau ar fi putut să le depună, precum cumpărarea de la terți a unor fișiere care conțineau date referitoare la clienții de pe piața protejată, pentru a limita consecințele prejudiciabile ale acestei practici.

103 Având în vedere ceea ce precedă, trebuie să se răspundă la prima întrebare că articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că o practică licită în afara dreptului concurenței poate fi calificată, atunci când este pusă în aplicare de o întreprindere în poziție dominantă, drept „abuzivă”, în sensul acestei dispoziții, dacă poate produce un efect de excludere și dacă se bazează pe utilizarea altor mijloace decât cele care țin de o concurență bazată pe merite. Atunci când sunt îndeplinite aceste condiții, întreprinderea în poziție dominantă vizată poate totuși ieși de sub incidența interdicției prevăzute la articolul 102 TFUE prin demonstrarea faptului că practica în cauză era fie justificată în mod obiectiv și proporțională cu această justificare, fie contrabalansată sau chiar depășită de avantaje în termeni de eficacitate care profită deopotrivă consumatorilor.

Cu privire la a cincea întrebare

104 Prin intermediul celei de a cincea întrebări, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că, atunci când o poziție dominantă este folosită în mod abuziv de una sau mai multe filiale care aparțin unei unități economice, existența acestei unități este suficientă pentru a considera că societatea-mamă este de asemenea responsabilă pentru acest abuz, chiar dacă aceasta din urmă nu a participat la practicile abuzive, sau dacă este necesar să se facă dovada, chiar indirect, a unei coordonări între aceste diferite societăți și în special să se demonstreze o implicare a societății-mamă.

105 Cu titlu introductiv, trebuie amintit că autorii Tratatului FUE au ales, pentru a desemna autorul unei încălcări a dreptului concurenței, să recurgă la noțiunea de „întreprindere”, care desemnează, în acest context, o unitate economică, chiar dacă, din punct de vedere juridic, această unitate economică este constituită din mai multe persoane fizice sau juridice (Hotărârea din 27 aprilie 2017, Akzo Nobel și alții/Comisia, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punctul 48).

106 Dintr-o astfel de alegere rezultă că, în cazul în care o asemenea entitate economică încalcă normele referitoare la concurență, răspunderea pentru încălcarea menționată îi revine, potrivit principiului răspunderii personale (Hotărârea din 25 martie 2021, Deutsche Telekom/Comisia, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punctul 73).

107 Dat fiind totuși că o astfel de încălcare trebuie imputată unei persoane juridice căreia i se vor putea aplica amenzi, aplicarea noțiunii de „întreprindere” și, prin intermediul acesteia, a celei de „unitate economică” determină de plin drept o răspundere solidară între entitățile care compun unitatea economică în cauză la momentul săvârșirii încălcării (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 octombrie 2021, Sumal, C-882/19, EU:C:2021:800, punctul 44).

108 Atunci când persoane distincte din punct de vedere juridic sunt organizate sub forma unui grup, potrivit unei jurisprudențe constante, acestea formează o singură întreprindere atunci când nu își determină, în mod autonom, comportamentul pe piața relevantă, ci, având în vedere în special legăturile economice, organizatorice și juridice care le unesc cu o societate-mamă, suportă în acest scop efectele exercitării efective, de către această unitate de conducere, a unei influențe decisive (a se vedea în acest sens Hotărârea din 25 martie 2021, Deutsche Telekom/Comisia, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punctele 74 și 75).

109 Rezultă dintr-o jurisprudență la fel de constantă că, în ipoteza particulară în care societatea-mamă deține direct sau indirect totalitatea sau cvasitotalitatea capitalului filialei care a săvârșit o încălcare a normelor de concurență ale Uniunii, poate fi prezumată exercitarea efectivă a unei influențe decisive de către societatea-mamă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 15 aprilie 2021, Italmobiliare și alții/Comisia, C-694/19 P, nepublicată, EU:C:2021:286, punctul 55).

110 Această prezumție este totuși refragabilă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 8 mai 2013, Eni/Comisia, C-508/11 P, EU:C:2013:289, punctul 47). Astfel, după cum a subliniat deja Curtea, nu deținerea unui astfel de procentaj din capitalul social al filialei întemeiază această prezumție, ci gradul de control pe care aceasta îl implică (Hotărârea din 27 ianuarie 2021, The Goldman Sachs Group/Comisia, C-595/18 P, EU:C:2021:73, punctul 35). Or, deținerea de către o societate a cvasitotalității capitalului social al altei societăți, chiar dacă constituie un indiciu foarte puternic în favoarea deținerii unui astfel de control, nu permite să se excludă cu certitudine că una sau mai multe persoane pot deține, singure sau împreună, puterea de decizie, întrucât, printre altele, proprietatea asupra capitalului social poate să fi fost disociată de dreptul de vot.

111 De altfel, reiese din jurisprudența amintită anterior că, pentru a forma cu filiala sa o singură întreprindere, o societate-mamă trebuie să exercite un control asupra comportamentului filialei sale, ceea ce poate fi demonstrat fie prin stabilirea faptului că societatea-mamă are capacitatea de a exercita o influență decisivă asupra comportamentului filialei și că, în plus, ea a exercitat efectiv această influență, fie dovedind că 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 aceste două entități juridice (a se vedea printre altele Hotărârea din 25 martie 2021, Deutsche Telekom/Comisia, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punctele 94 și 95).

112 În consecință, o societate-mamă trebuie de asemenea să poată răsturna prezumția enunțată la punctul 109 din prezenta hotărâre demonstrând că, deși deținea totalitatea sau cvasitotalitatea capitalului unei alte societăți, atunci când practica era curentă, ea nici nu îi dădea instrucțiuni, nici nu participa direct sau indirect, printre altele prin intermediul unor administratori desemnați, la adoptarea deciziilor acestei alte societăți referitoare la activitatea economică în cauză.

113 În speță, ENEL susține că dificultățile care ar fi apărut în cadrul litigiului principal ar fi legate nu de aplicarea acestei prezumții, ci de împărțirea sarcinii probei, întrucât diferitele societăți ale grupului ENEL formau o singură întreprindere, precum și de obligația de motivare care revenea autorității de concurență, atunci când aceasta din urmă înlătură elementele prezentate de o societate-mamă pentru a răsturna prezumția menționată.

114 În această privință, în ceea ce privește sarcina probei, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 155 din concluzii, reiese din jurisprudența Curții că prezumția care decurge din deținerea de către o societate-mamă a totalității sau a cvasitotalității capitalului social al filialei sale presupune că exercitarea efectivă a unei influențe decisive de către societatea-mamă asupra filialei sale și, așadar, existența între aceste societăți a unei singure întreprinderi sunt considerate stabilite, fără ca autoritatea de concurență să trebuiască să prezinte vreo probă suplimentară (a se vedea printre altele Hotărârea din 16 iunie 2016, Evonik Degussa și AlzChem/Comisia, C-155/14 P, EU:C:2016:446, punctele 29 și 30).

115 În ceea ce privește obligația de motivare, trebuie amintit că aceasta din urmă constituie un principiu general al dreptului Uniunii, reflectat la articolul 41 din cartă, care are vocația de a se aplica statelor membre atunci când pun în aplicare acest drept (a se vedea în acest sens Hotărârea din 24 noiembrie 2020, Minister van Buitenlandse Zaken, C-225/19 și C-226/19, EU:C:2020:951, punctul 34, precum și jurisprudența citată).

116 În conformitate cu dreptul la o cale de atac efectivă, garantat de articolul 47 din cartă, motivarea furnizată trebuie să fie de natură să permită, pe de o parte, persoanelor interesate să aprecieze dacă decizia adoptată este eventual afectată de un viciu care permite contestarea validității sale și, pe de altă parte, instanței competente să efectueze un control de legalitate (a se vedea în acest sens Hotărârea din 16 mai 2017, Berlioz Investment Fund, C-682/15, EU:C:2017:373, punctul 84).

117 Astfel, atunci când o decizie constată că o societate forma, la momentul faptelor, cu una sau mai multe dintre filialele sale, o singură întreprindere în scopul realizării unei activități economice, această decizie trebuie să conțină, pentru a fi considerată ca fiind motivată în mod corespunzător, o prezentare a motivelor care justificau o astfel de constatare (a se vedea în acest sens Hotărârea din 2 octombrie 2003, Aristrain/Comisia, C-196/99 P, EU:C:2003:529, punctul 100, și Hotărârea din 29 septembrie 2011, Elf Aquitaine/Comisia, C-521/09 P, EU:C:2011:620, punctul 152).

118 Rezultă că, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 160 din concluzii, atunci când, pentru a aplica unei societăți-mamă o amendă în temeiul comportamentului adoptat de întreprinderea pe care aceasta îl forma, la momentul faptelor, cu o altă societate care era atunci filiala sa, o autoritate de concurență s-a bazat pe prezumția de influență decisivă care rezulta din deținerea de către această societate-mamă, la momentul faptelor, a totalității sau a cvasitotalității capitalului acestei alte societăți, în timp ce societatea-mamă menționată invocase în cursul procedurii administrative elemente concrete în scopul răsturnării prezumției menționate, autoritatea de concurență este obligată, pentru îndeplinirea obligației sale de motivare, să prezinte în mod adecvat motivele pentru care aceste elemente nu ar permite răsturnarea prezumției menționate (Hotărârea din 29 septembrie 2011, Elf Aquitaine/Comisia, C-521/09 P, EU:C:2011:620, punctul 153).

119 O astfel de obligație de motivare nu presupune totuși că autoritatea de concurență este obligată să se pronunțe cu privire la fiecare dintre elementele invocate de societatea-mamă pentru a răsturna prezumția menționată (Hotărârea din 5 decembrie 2013, Comisia/Edison, C-446/11 P, nepublicată, EU:C:2013:798, punctul 23).

120 Astfel, pe de o parte, aspectul dacă un act este motivat corespunzător cerințelor legale trebuie apreciat în raport cu contextul său și cu normele aplicabile (a se vedea prin analogie Hotărârea din 19 noiembrie 2013, Comisia/Consiliul, C-63/12, EU:C:2013:752, punctul 99). Pe de altă parte, motivarea fiind o cerință de formă, este suficient pentru îndeplinirea acestei cerințe ca decizia atacată să menționeze un motiv de natură să demonstreze, în pofida diferitelor elemente invocate, că nu se impunea răsturnarea prezumției. Revine în continuare destinatarilor acestei decizii să conteste temeinicia unui astfel de motiv.

121 Rezultă că, în litigiile principale, întrucât nu se contestă că ENEL deținea totalitatea sau cvasitotalitatea capitalului SEN, AGCM putea prezuma că această societate-mamă forma cu filiala sa o singură întreprindere în scopul activității de distribuție de electricitate pe piața relevantă. ENEL putea totuși încerca să răstoarne această prezumție prezentând elemente de probă care urmăreau să demonstreze fie că deținerea unei asemenea părți din capital nu îi permitea totuși să controleze SEN, fie că nu utiliza direct sau indirect capacitatea pe care o avea, în urma deținerii totalității sau cvasitotalității capitalului SEN, de a exercita o influență decisivă asupra SEN. Dacă aceasta era situația, AGCM era obligată să se pronunțe cu privire la probele prezentate, menționând un motiv de natură să demonstreze, în pofida acestor diferite elemente, că nu se impunea răsturnarea prezumției.

122 În aceste condiții, în litigiile principale, se poate arăta că susținerea potrivit căreia procesele decizionale descentralizate în cadrul grupului nu lăsau ENEL decât simpla funcție de a promova sinergii și bune practici între diversele societăți ale grupului nu este în orice caz suficientă pentru a răsturna prezumția menționată, în măsura în care printre altele ea nu exclude ca reprezentanți ai ENEL să facă parte din organele de decizie ale SEN și nici nu garantează că membrii acestor organe erau independenți din punct de vedere funcțional de societatea-mamă.

123 Având în vedere ceea ce precedă, trebuie să se răspundă la a cincea întrebare că articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că, atunci când o poziție dominantă este folosită în mod abuziv de una sau mai multe filiale care aparțin unei unități economice, existența acestei unități este suficientă pentru a considera că societatea-mamă este de asemenea responsabilă pentru acest abuz. Existența unei astfel de unități trebuie prezumată dacă, la momentul faptelor, cel puțin cvasitotalitatea capitalului acestor filiale era deținută direct sau indirect de societatea-mamă. Autoritatea de concurență nu este obligată să raporteze vreo probă suplimentară, cu excepția cazului în care societatea-mamă demonstrează că nu avea puterea de a defini comportamentele filialelor sale, acestea acționând în mod autonom.

Cu privire la cheltuielile de judecată

124 Întrucât, în privința părților din litigiile principal, procedura are caracterul unui incident survenit la instanța de trimitere, este de competența acesteia să se pronunțe cu privire la cheltuielile de judecată. Cheltuielile efectuate pentru a prezenta observații Curții, altele decât cele ale părților menționate, nu pot face obiectul unei rambursări.

Pentru aceste motive, Curtea (Camera a cincea) declară:

1) **Articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că, în scopul de a stabili că o practică constituie folosirea abuzivă a unei poziții dominante, este suficient ca o autoritate de concurență să demonstreze că această practică este de natură să aducă atingere structurii de concurență efectivă pe piața relevantă, cu excepția cazului în care întreprinderea dominantă în cauză demonstrează că efectele anticoncurențiale care pot rezulta din practica menționată sunt contrabalansate sau chiar depășite de efecte pozitive pentru consumatori, în special în ceea ce privește prețul, oferta, calitatea și inovarea.**

2) **Articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că, pentru a exclude caracterul abuziv al comportamentului unei întreprinderi în poziție dominantă, trebuie să se considere că nu este suficientă în sine proba adusă de întreprinderea în cauză potrivit căreia acest comportament nu a produs efecte restrictive concrete. Acest element poate constitui un indiciu al incapacității comportamentului în discuție de a produce efecte anticoncurențiale, care totuși va trebui completat cu alte elemente de probă care urmăresc să stabilească această incapacitate.**

3) **Articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că existența unei practici de excludere abuzivă de către o întreprindere în poziție dominantă trebuie apreciată în temeiul capacității acestei practici de a produce efecte anticoncurențiale. O autoritate de concurență nu este obligată să stabilească intenția întreprinderii în cauză de a-și exclude concurenții prin alte mijloace sau recurgând la alte resurse decât cele care guvernează o concurență bazată pe merite. Dovada unei asemenea intenții constituie totuși o împrejurare de fapt care poate fi luată în considerare pentru determinarea unui abuz de poziție dominantă.**

4) **Articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că o practică licită în afara dreptului concurenței poate fi calificată, atunci când este pusă în aplicare de o întreprindere în poziție dominantă, drept „abuzivă”, în sensul acestei dispoziții, dacă poate produce un efect de excludere și dacă se bazează pe utilizarea altor mijloace decât cele care țin de o concurență bazată pe merite. Atunci când sunt îndeplinite aceste condiții, întreprinderea în poziție dominantă vizată poate totuși ieși de sub incidența interdicției prevăzute la articolul 102 TFUE prin demonstrarea faptului că practica în cauză era fie justificată în mod obiectiv și proporțională cu această justificare, fie contrabalansată sau chiar depășită de avantaje în termeni de eficacitate care profită deopotrivă consumatorilor.**

5) **Articolul 102 TFUE trebuie interpretat în sensul că, atunci când o poziție dominantă este folosită în mod abuziv de una sau mai multe filiale care aparțin unei unități economice, existența acestei unități este suficientă pentru a considera că societatea-mamă este de asemenea responsabilă pentru acest abuz. Existența unei astfel de unități trebuie prezumată dacă, la momentul faptelor, cel puțin cvasitotalitatea capitalului acestor filiale era deținută direct sau indirect de societatea-mamă. Autoritatea de concurență nu este obligată să raporteze vreo probă suplimentară, cu excepția cazului în care societatea-mamă demonstrează că nu avea puterea de a defini comportamentele filialelor sale, acestea acționând în mod autonom.**

Semnături