

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

ATHANASIOS RANTOS

presentadas el 9 de diciembre de 2021 ([1](#))

Asunto C-377/20

Servizio Elettrico Nazionale SpA,

ENEL SpA,

Enel Energia S.p.A.

contra

Autoridad Italiana de la Competencia,

con respecto a:

Eni Gas e Luce SpA,

Eni SpA,

Axpo Italia SpA,

Gala SpA,

E.Ja SpA,

Red Verde SpA,

Asociación Italiana de Mayoristas y Comerciantes de Energía – AIGET,

Códigos Ass.ne – Centro de Derechos de los Ciudadanos,

Asociación de Energía Libre,

Metaenergia S.a.

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia)]

«Procedimiento prejudicial — Competencia — Posición dominante — Abuso — Artículo 102 TFUE — Apertura del mercado de la venta de electricidad a la competencia — Utilización de información sensible desde el punto de vista comercial en un grupo de empresas dominantes — Imputabilidad del comportamiento de la filial a la sociedad matriz»

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial plantea un número significativo de cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del artículo 102 TFUE en lo que respecta a las prácticas de exclusión o a los comportamientos abusivos de las empresas en posición dominante destinados a excluir a los competidores.

2. En el caso de autos, el comportamiento en juego en el litigio principal, examinado por la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (en lo que se refiere a la AGCM),⁽²⁾ toma el contexto de la apertura del mercado de suministro de electricidad en Italia y adopta la forma de una supuesta estrategia aplicada por tres sociedades del grupo ENEL SpA (el operador interno) dirigida, en esencia, a: dificultar la entrada de los competidores en el mercado liberalizado. Más concretamente, esta estrategia consistía en el uso discriminatorio de los datos de los clientes en el mercado protegido que, antes de la liberalización, eran titularidad de Servizio Elettrico Nazionale SpA (en lo que respecta a la SEN), una de las sociedades del grupo ENEL, en su calidad de operador de dicho mercado. El objetivo perseguido era utilizar estos datos para lanzar ofertas comerciales a los clientes de dicho mercado para que pudieran pasar a través del grupo ENEL, a saber, la SEN, a la sociedad del grupo activa en el mercado libre, Enel Energia SpA (en lo que «EE»). Ello habría hecho posible evitar una salida masiva de dichos clientes a terceros proveedores, con vistas a suprimir el mercado protegido.

3. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente invita al Tribunal de Justicia a que aclare determinados aspectos del concepto de «abuso» en el sentido del artículo 102 TFUE, a saber:

- los elementos constitutivos de un comportamiento abusivo que permiten trazar una línea divisoria entre las prácticas que forman parte de la denominada competencia «normal» y las que forman parte de la competencia «falseada»;
- en un plano más filosófico, los intereses protegidos por el artículo 102 TFUE, con el fin de determinar las pruebas que deben tenerse en cuenta en la apreciación de la existencia de un comportamiento abusivo;
- la admisibilidad y pertinencia de las pruebas a posteriori producidas por las empresas dominantes que demuestran la inexistencia de cualquier efecto real de un comportamiento supuestamente abusivo, con el fin de impugnar la capacidad de dicho comportamiento para producir efectos restrictivos de la competencia; y
- la pertinencia de la intención de restringir la competencia en la apreciación del carácter abusivo de un comportamiento.

4. Aunque la jurisprudencia existente proporciona parámetros de referencia para dar respuestas útiles a estas cuestiones, el presente asunto presenta características que le confieren un interés particular.

5. En primer lugar, el comportamiento en juego en el litigio principal es correctamente calificado de «atípico» por el órgano jurisdiccional remitente, en la medida en que no se refiere al comportamiento enumerado en el artículo 102 TFUE y no constituye un tipo de comportamiento que se analice sistemáticamente en la práctica decisoria nacional o de la Comisión Europea. A este respecto, debo señalar que los órganos jurisdiccionales de la Unión han tenido la oportunidad de aplicar el artículo 102 TFUE en el contexto de los mercados liberalizados con el fin de garantizar un acceso equitativo a las nuevas empresas en el mercado liberalizado. En esos asuntos, sin embargo, se trataba principalmente de una cuestión de conducta de los operadores domésticos, llevada a cabo en el contexto de litigios relativos a las industrias de la red, que constituían prácticas de exclusión tarifaria ⁽³⁾. Por consiguiente, el presente asunto ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de abordar un problema más amplio de la aplicación del artículo 102 TFUE a los mercados liberalizados, el de un comportamiento abusivo basado en una ventaja competitiva que un operador interno ha «heredado» legítimamente de su monopolio jurídico anterior, como la imagen y la reputación de la marca o [los clientes](#).

6. Además, el presente asunto permitirá al Tribunal de Justicia cristalizar su jurisprudencia reciente resultante de las sentencias TeliaSonera ⁽⁵⁾, Post Danmark I y II ⁽⁶⁾, Intel ⁽⁷⁾, Generics (UK) ⁽⁸⁾ y Deutsche Telekom II, en las que se mostró abierta a un enfoque menos formal al apreciar el carácter abusivo de los comportamientos, sobre la base de un examen de los efectos y teniendo en cuenta tanto el características jurídicas de la conducta de que se trate, así como del contexto económico en el que se desarrolla. Más concretamente, el presente asunto ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de aclarar si determinados

principios derivados de esta reciente jurisprudencia sobre prácticas de exclusión arancelaria, y en particular el criterio de «competidor igualmente eficiente», pueden aplicarse en el contexto de un comportamiento excluyente no arancelario, como el del litigio principal.

7. Por último, el presente asunto es de especial interés en la medida en que forma parte de un tipo de comportamiento vinculado al uso indebido de las bases de datos, que ahora es un indicador extremadamente importante del poder en determinados mercados, incluso más allá del ámbito de la economía digital. Por lo tanto, la información facilitada puede resultar útil en el futuro para evaluar el comportamiento relacionado con el uso de datos en relación con el artículo 102 del TFUE.

II. Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

8. El presente asunto forma parte del proceso progresivo de liberalización del mercado minorista de suministro de electricidad en Italia.

9. Inicialmente, la apertura de dicho mercado se caracterizó por una distinción entre, por una parte, los llamados clientes «admitidos» para elegir un proveedor en el mercado libre distinto de su distribuidor territorialmente competente y, por otra, los llamados clientes «vinculados», compuestos por clientes nacionales y pequeñas empresas, que, según consideraban que no podían comercializar productos energéticos en condiciones de plena conciencia o poder de negociación. se han beneficiado de un régimen regulado, a saber, el «servicio mejor servido», es decir, un mercado protegido sujeto al control de una autoridad reguladora sectorial nacional en lo que respecta a la definición de las condiciones de venta.

10. En segundo lugar, los clientes «vinculados» también pudieron participar progresivamente en el mercado libre. El legislador italiano ha prefigurado la transición definitiva del mercado protegido al libre -donde este último podría seleccionar libremente la oferta que considere más adecuada para sus necesidades, más allá de cualquier protección- fijando la fecha a partir de la cual las protecciones especiales de precios ya no estarán disponibles. Tras varios aplazamientos, la fecha de transición se ha fijado en el 1 de enero de 2021 para las pequeñas y medianas empresas y el 1 de enero de 2022 para los clientes nacionales.

11. En este contexto, ENEL, la empresa integrada verticalmente monopolista de la producción de electricidad en Italia y activa en su distribución, fue sometida a un procedimiento de separación para garantizar condiciones de acceso transparentes y no discriminatorias a las infraestructuras esenciales de producción y distribución. Siguiendo este procedimiento, las diversas etapas del proceso de distribución se asignaron a empresas separadas, a saber: E-Distribuzione, concesionaria del servicio de distribución; EE, proveedor de electricidad para el mercado libre, y SEN, operador del "mejor servicio de protección" en las zonas donde E-Distribuzione es el concesionario del servicio de distribución.

12. El presente litigio tiene su origen en una reclamación presentada por la AGCM, presentada por la Asociación Italiana de Mayoristas y Comerciantes de Energía (en lo que se refiere a AIGET), y de los informes de consumidores individuales en los que se alega el uso ilícito de información sensible desde el punto de referencia comercial por parte de operadores en posesión de esos datos por pertenecer al grupo ENEL. Sobre esta base, el 4 de mayo de 2017, la AGCM incoó un procedimiento de investigación contra ENEL, la SEN y EE para comprobar si el comportamiento asumido conjuntamente por dichas sociedades constituía una infracción del artículo 102 TFUE.

13. Dicha investigación concluyó con la adopción de la Decisión de 20 de diciembre de 2018 (en lo que respecta a la Decisión impugnada), por la que la AGCM constató que la SEN y la EE, coordinadas por la sociedad matriz ENEL, habían abusado, desde enero de 2012 hasta mayo de 2017, de una posición dominante infringiendo el artículo 102 TFUE en los mercados de venta de electricidad a clientes domésticos y no domésticos conectados a la red de bajo coste. tensión, en las zonas en las que el grupo ENEL gestionaba la actividad de distribución (en lo que se refiere al mercado en cuestión). En consecuencia, la AGCM impuso una multa de 93.084.790,50 euros a dichas sociedades, conjuntamente y a muchas de ellas.

14. El comportamiento controvertido consistió en la aplicación de una estrategia de exclusión en el mercado de que se trata destinada a «transportar» clientes de la SEN (operador del mercado protegido) a EE (activo en el mercado libre). El objetivo del grupo ENEL era, en particular, evitar una transferencia masiva de usuarios de la SEN a terceros proveedores, con vistas a suprimir (en la actualidad aún no implementado) el mercado

protegido, que, en la forma discutida en los proyectos de ley a partir de 2015, podría implicar una reasignación de dichos usuarios mediante «subastas».

15. A tal fin, según la AGCM, la SEN solicitó en primer lugar el consentimiento de sus clientes en el mercado protegido para recibir propuestas comerciales en el mercado libre de «manera discriminatoria» consistente en solicitar dicho consentimiento por separado para las empresas del grupo ENEL, por una parte, y para terceros, por otra. Al hacerlo, los clientes entrevistados tenían una tendencia, por una parte, a dar su consentimiento en favor de las empresas del grupo ENEL, haciéndose creer de hecho que la concesión de dicho consentimiento era necesaria y funcional para la gestión de la relación contractual con su proveedor y, por otra parte, a denegar su consentimiento en favor de otros operadores. Por lo tanto, la SEN restringió cuantitativamente el número de datos personales accesibles a los competidores de EE en el mercado libre, ya que el número de consentimientos para recibir propuestas comerciales de operadores competidores sería solo del 30% del total de consentimientos obtenidos. Los nombres de los clientes del mercado protegido que han dado su consentimiento para recibir propuestas comerciales se han incluido en listas especiales (en lo que se refiere a las listas SEN).

16. En segundo lugar, la estrategia de exclusión adoptó la forma de la explotación por EE de las listas SEN con el fin de lanzar ofertas comerciales a clientes protegidos (a saber, la oferta «Siempre contigo»), con vistas a la transición del mercado protegido al mercado libre. Más precisamente, ENEL transfirió las listas SEN a su filial EE, a través de la SEN, en condiciones no accesibles a los competidores. Según la AGCM, estas listas SEN constituyen un «activo estratégico e irrepetible» debido a la información implícita inalcanzable contenida en ellas, consistente en la pertenencia de los usuarios al «servicio de mayor protección», lo que habría permitido a EE proponer ofertas dedicadas únicamente a esa categoría de clientes. Además, la utilización de las listas SEN tenía un «mero potencial de efecto restrictivo», dado que habría permitido a EE restar a sus competidores una proporción significativa (más del 40 %) de la «demanda impugnada» de los clientes en tránsito del mercado protegido al mercado libre.

17. Las sociedades del grupo ENEL interpusieron recursos separados contra la Decisión impugnada ante el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia), órgano jurisdiccional de primera instancia.

18. Mediante sentencias de 17 de octubre de 2019, dicho órgano jurisdiccional, al tiempo que estimó la ausencia de abuso de posición dominante, estimó los recursos interpuestos por EE y la SEN en la medida en que se referían a la duración del abuso alegado y a los criterios para determinar la sanción. En ejecución de dichas sentencias, la AGCM redujo el importe de la sanción a 27.529.786,46 euros. En cambio, dicho órgano jurisdiccional desestimó en su totalidad el recurso interpuesto por ENEL y también estimó la sanción impuesta.

19. Las tres sociedades interpusieron un recurso de casación por separado contra dichas decisiones ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia), órgano jurisdiccional remitente, solicitando la anulación del acto sancionador en su totalidad o, con motivo subsidiario, una nueva reducción de la sanción.

20. En apoyo de su recurso de casación, las recurrentes se basaron, en particular, en primer lugar, en la falta de pruebas del carácter abusivo de su comportamiento y, en particular, de su (potencial) capacidad para producir efectos excluyentes anticompetitivos.

21. En primer lugar, la mera inclusión del nombre de un cliente en una lista de telemarketing con el fin de promocionar servicios de empresas afiliadas no constituye una conducta abusiva, ya que no implica ningún compromiso de suministro y no impide que el cliente aparezca en otras listas, reciba comunicaciones comerciales y elija o cambie en cualquier momento, incluso varias veces, su propio proveedor.

22. Además, según las recurrentes, la utilización de las listas SEN no permitía una transferencia rápida y masiva de clientes de la SEN a la EE. Entre marzo y mayo de 2017, los dos únicos meses entre el lanzamiento de la oferta 'Sempre con Te' y el cierre de la televenta ('outbound'), EE adquirió, mediante el uso de listas SEN, solo 478 clientes, es decir, el 0,002% de los usuarios del 'servicio de mayor protección' y el 0,001% del total de usuarios de electricidad. Además, la AGCM no examinó las pruebas económicas aportadas por las recurrentes para demostrar que el comportamiento constatado no era capaz de generar, y no había generado— ningún efecto restrictivo de la competencia. A este respecto, los resultados positivos de EE en las adquisiciones de clientes cubiertos por el «mejor servicio de protección» son atribuibles a dos

elementos perfectamente legítimos que pueden proporcionar una explicación alternativa y más convincente que la prevista por la AGCM, a saber, en primer lugar, el hecho de que el rendimiento en el mercado libre sea mejor para las empresas del mismo grupo que la empresa de distribución. en los territorios de competencia de esta última y, por otro, el atractivo de la marca ENEL.

23. Por último, las listas SEN no son ni estratégicas ni irrepitibles, dada la disponibilidad en el mercado de listas similares de clientes del «mejor servicio de protección», que son más completas y menos onerosas que las listas SEN.

24. En segundo lugar, ENEL impugnó la aplicación por la AGCM de una presunción simple, que subpondría su responsabilidad como sociedad matriz. A este respecto, alega que, a partir de 2014, se llevó a cabo una profunda reestructuración del grupo ENEL, como resultado de la cual se descentralizaron los procesos de toma de decisiones. En este renovado contexto organizacional, la empresa matriz habría asumido la simple función de promover sinergias y *mejores prácticas* entre las diferentes empresas operadoras, descontinuando su papel de toma de decisiones.

25. Según el órgano jurisdiccional remitente, que se sumó a los tres recursos, es habitual que el grupo ENEL ocupa una posición dominante en el mercado de que se trata. En cambio, el concepto de «abuso», en particular por lo que se refiere a los abusos «atípicos», como el controvertido en el litigio principal, destinados a impedir el crecimiento o la diversificación de la oferta de los competidores, plantea problemas de interpretación, en la medida en que, por una parte, el artículo 102 TFUE no ofrece parámetros de definición exhaustivos y, por otra parte, la distinción tradicional entre abusos de explotación y abusos excluyentes no es pertinente.

26. En efecto, para establecer un abuso de posición dominante, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en particular, en qué medida debe tenerse en cuenta la estrategia del grupo ENEL, que, como se desprende de los documentos recogidos por la AGCM, tenía por objeto impedir la transferencia de clientes de la SEN a los competidores, o el hecho de que el comportamiento de dicho grupo es en sí mismo lícito, ya que las listas SEN se obtuvieron legalmente. El órgano jurisdiccional remitente también se pregunta si basta con que el comportamiento controvertido pueda excluir a los competidores del mercado de referencia, ya que dicho grupo presentó durante la investigación estudios económicos destinados a demostrar que su comportamiento no había tenido, en la práctica, efectos excluidos. Por último, el abuso de posición dominante por parte de un grupo de empresas plantea la cuestión de si es necesario aportar pruebas de una coordinación activa entre las distintas sociedades del grupo o si la pertenencia a dicho grupo es suficiente para demostrar que una empresa del grupo que no ha cometido un comportamiento abusivo también ha contribuido a una práctica abusiva.

27. En estas circunstancias, el Consiglio di Stato, al plantear dudas sobre la interpretación que debe darse al artículo 102 TFUE, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cinco cuestiones prejudiciales siguientes:

- «(1) ¿Pueden los comportamientos que impliquen el abuso de posición dominante ser en sí mismos totalmente mentirosos y calificarse de "abusivos" únicamente por el efecto (potencialmente) restrictivo generado en el mercado de referencia, o [...] también deben estar marcados por un componente específico de antijudicialidad, consistente en el uso de "métodos (o medios) competitivos diferentes" de los "normales"; en este último caso, sobre la base de qué criterios puede establecerse el límite entre la competencia "normal" y la "falseada".
- 2) ¿Es la función del abuso maximizar el bienestar de los consumidores, cuyo comportamiento (o peligro de) reducción debe medir el órgano jurisdiccional? o si el delito de competencia tiene la misión de preservar en sí mismo la estructura competitiva del mercado, a fin de evitar la creación de agregaciones de poder económico consideradas en cualquier caso perjudiciales para la comunidad.
- 3) En caso de abuso de posición dominante consistente en un intento de impedir que se mantiene el nivel de competencia aún existente o que se esté desarrollo, ¿puede la empresa dominante demostrar, no obstante, que, a pesar de la idoneidad abstracta del efecto restrictivo, se consideró que el comportamiento carecía de toda ofensa concreta? En caso afirmativo, a efectos de apreciar la existencia de un abuso excluyente atípico, ¿debe interpretarse el artículo 102 TFUE en el

sentido de que la autoridad está obligada a examinar en detalle los análisis económicos realizados por la parte sobre la capacidad específica de la conducta investigada para excluir del mercado a sus competidores?

- 4) ¿Debe apreciarse el abuso de posición dominante únicamente por sus efectos (aunque sólo sean potenciales) en el mercado, sin tener en cuenta el motivo subjetivo del agente? o si la demostración de la intención restrictiva constituye un parámetro que puede utilizarse (incluso exclusivamente) para evaluar el carácter abusivo del comportamiento de la empresa dominante; o esta demostración del elemento subjetivo sólo invierte la carga de la prueba sobre la empresa dominante (que a su vez estaría obligada a aportar la prueba de la falta de efecto excluyente).
- 5) En el caso de una posición dominante en la que participen varias empresas pertenecientes al mismo grupo de sociedades, ¿basta con la pertenencia a dicho grupo para presumir que las empresas que no han llevado a cabo el comportamiento abusivo también han contribuido al acto ilícito, de modo que bastaría con que la autoridad de control demostrara un paralelismo consciente, aunque no sea colusociente? de las empresas que operan en el grupo colectivamente dominante, o si (como es el caso de la prohibición de las prácticas restrictivas) es necesario, no obstante, aportar pruebas, incluso indirectas, de una situación concreta de coordinación e instrumentalidad entre las distintas empresas del grupo dominante, en particular para demostrar la participación de la sociedad matriz?»

28. Han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia la SEN, EE, ENEL, por una parte, y agcm, por otra, respectivamente, recurrentes y recurrentes en el litigio principal, AIGET y Green Network SpA, coadyuvantes en el litigio principal, los Gobiernos italiano y noruego y la Comisión Europea. En sus observaciones, la SEN, la EE y el Gobierno noruego se centraron en las cuestiones primera a cuarta, mientras que ENEL examinó únicamente la quinta cuestión.

29. A excepción de ENEL, todas estas partes también fueron oídas en la vista celebrada el 9 de septiembre de 2021. El Gobierno alemán y la Autoridad de Control de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), que no habían presentado observaciones escritas, también expusieron sus alegaciones en dicha vista.

III. Análisis

A. Sobre la primera cuestión prejudicial

30. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si una práctica considerada «perfectamente lícita» al margen del Derecho de la competencia y llevada a cabo por una empresa en posición dominante puede calificarse de «abusiva» en el sentido del artículo 102 TFUE por el único hecho de su efecto (potencialmente) restrictivo, o si dicho comportamiento debe estar marcado también por un componente específico de «antijuridicidad objetiva», constituida por la utilización de medios distintos de los medios que rigen la competencia «normal». En este último asunto, se solicita al Tribunal de Justicia que indique los criterios que establecen en la práctica la frontera entre la competencia «normal» y la competencia «falseada» (9).

31. Esta cuestión prejudicial tiene, en realidad, cuatro partes, intrínsecamente vinculadas pero que, por la sencilla razón, examinaré individualmente en el orden en que se mencionan:

- la primera tiene por objeto determinar la pertinencia de la legalidad de un comportamiento a la luz de ramas del Derecho distintas del Derecho de la competencia en relación con su calificación de abusivo, en el sentido del artículo 102 TFUE;
- el segundo tiene por objeto determinar si un comportamiento puede calificarse de abusivo por el único hecho de tener efectos potencialmente restrictivos;
- la tercera tiene por objeto determinar si, para tal clasificación, dicho comportamiento debe estar también marcado por un componente antijurídico complementario, a saber, la utilización de métodos o medios competitivos distintos de los cubiertos por la «competencia normal», y

- el cuarto tiene por objeto distinguir las prácticas que constituyen una explotación abusiva en el sentido del artículo 102 TFUE, en la medida en que consisten en la utilización de medios competitivos distintos de los que forman parte de la competencia «normal», de las prácticas que no dan lugar a tal explotación abusiva.

1. La primera parte

32. Mediante su primera parte, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, en el sentido del artículo 102 TFUE, puede considerarse existente un abuso de posición dominante en caso de comportamiento legal a la luz de ramas del Derecho distintas del Derecho de la competencia.
33. Esta cuestión se basa en la constatación por el órgano jurisdiccional remitente de que la forma en que se obtuvieron las listas SEN se basaba pacíficamente desde el punto de vista del Derecho civil, ya que no se formuló ninguna denuncia por infracción de las normas específicas que regulan el tratamiento de datos personales y dichas listas fueron obtenidas por EE al precio de mercado.
34. Con carácter preliminar, procede señalar que de reiterada jurisprudencia se desprende que el concepto de «abuso» en el sentido del artículo 102 TFUE es un «concepto objetivo que se refiere al comportamiento de una empresa en posición dominante que, en un mercado en el que, precisamente por el hecho de que dicha empresa opere en él, el grado de competencia ya está disminuido. tengan por efecto obstaculizar, por medios distintos de aquellos en los que se basa la competencia normal entre productos o servicios basados en el rendimiento de los operadores económicos, el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el desarrollo de dicha competencia» (10).
35. De ello se deduce que el concepto de «abuso» se basa en una apreciación objetiva de la capacidad de un comportamiento para restringir la competencia, sin que la calificación jurídica de dicho comportamiento en otras ramas del Derecho sea determinante.
36. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que «la ilegalidad de un comportamiento abusivo a la luz del artículo [102 TFUE] no guarda relación alguna con el cumplimiento o no de otras normas jurídicas, y los abusos de posición dominante consisten, en la mayoría de los casos, en un comportamiento que de otro modo sería legítimo a la luz de ramas del Derecho distintas del Derecho de la competencia» (11).
37. Si sólo se consideraran abusivas en el sentido de dicha disposición las prácticas objetivamente restrictivas de la competencia y jurídicamente ilegales, un comportamiento potencialmente perjudicial para la competencia pero legítimo no podría ser sancionado automáticamente con arreglo al artículo 102 TFUE. Tal resultado entrañaría el riesgo de que prácticamente nunca pudiera demostrarse un abuso de posición dominante, lo que menoscabaría el objetivo de dicha disposición, que es establecer un sistema que garantice que no se falsee la competencia en el mercado interior. Por el contrario, un comportamiento que no se ajuste a las normas jurídicas de una industria determinada no constituye necesariamente un abuso por parte de la empresa dominante si no puede causar incluso un perjuicio potencial a la competencia (12).
38. De ello se deduce que, en el caso de autos, la legalidad de la obtención del consentimiento de las listas SEN desde el punto de vista de las normas de Derecho civil no puede excluir la calificación del comportamiento como abusivo en el sentido del artículo 102 TFUE. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, a la luz, en particular, de las normas que regulan el tratamiento de datos personales, las modalidades de obtención del consentimiento pueden ser «discriminatorias», como sostiene la AGCM. Así pues, el marco jurídico específico aplicable (y su cumplimiento) puede constituir una circunstancia fáctica pertinente para la apreciación global del carácter abusivo de la conducta (14).

2. La segunda parte

39. Mediante su segunda parte, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si un comportamiento puede calificarse de abusivo únicamente por el efecto (potencialmente) restrictivo generado en el mercado de referencia.
40. A este respecto, procede señalar que el concepto de «abuso», antes descrito, implica que el comportamiento sancionado por el artículo 102 TFUE es el que se opone al mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado o al desarrollo de dicho comportamiento (15). Según reiterada

jurisprudencia, en el sentido del artículo 102 TFUE, la empresa que ocupa una posición dominante tiene una responsabilidad particular de no perjudicar, mediante su comportamiento, una competencia efectiva y leal en el mercado interior (16).

41. Más concretamente, en el marco de prácticas de exclusión, como la que está en juego en el litigio principal, (17) el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones, en primer lugar, que el carácter abusivo de un comportamiento presupone que haya tenido capacidad para restringir la competencia y, en particular, para producir los efectos de la exclusión del mercado alegada.) cuando dicha evaluación deba efectuarse a la luz de todas las circunstancias fácticas pertinentes que acompañen a dicho comportamiento(19). En segundo lugar, para demostrar el carácter abusivo de tal práctica, su efecto contrario a la competencia en el mercado no debe ser meramente hipotético,(20)y, por lo tanto, debe existir, sino que no tiene por qué ser necesariamente concreto, ya que basta con demostrar un posible efecto contrario a la competencia que pueda impedir el acceso al mercado de competidores de al menos la misma eficacia que la empresa en posición dominante (21).

42. De ello se deduce que la capacidad de producir un efecto (potencialmente) restrictivo en el mercado de referencia, como un efecto exclusivo contrario a la competencia, es el elemento esencial para la calificación de un comportamiento abusivo.

43. Sin embargo, a este respecto, procede señalar que un efecto foreclusivo no afecta necesariamente a la competencia y, por lo tanto, no siempre es «restrictivo en el mercado de referencia» para utilizar los términos utilizados en el tenor de la cuestión. El mero hecho de que determinados comportamientos puedan excluir a un competidor no hace que el mercado sea menos competitivo y, a fortiori, tal comportamiento abusivo en el sentido del artículo 102 TFUE. Por lo tanto, debe distinguirse entre el riesgo de ejecuciones hipotecarias y el riesgo de ejecuciones hipotecarias anticompetitivas, ya que sólo estas últimas pueden ser sancionadas en virtud del artículo 102 TFUE (22).

44. Como explicó el Tribunal de Justicia en la cuestión Intel, en primer lugar, «el artículo 102 TFUE no tiene en modo alguno por objeto impedir que una empresa obtenga, en función de sus méritos, una posición dominante en un mercado determinado. Esta disposición tampoco tiene por objeto garantizar que los competidores menos eficientes permanezcan en el mercado que la empresa que ocupa una posición dominante [...] En este sentido, *no todos los efectos de exclusión del mercado afectan necesariamente a la competencia*. Por definición, *la competencia en función de los méritos* puede dar lugar a la desaparición del mercado o a la *marginación de competidores menos eficientes y, por lo tanto, menos atractivos para los consumidores, en particular desde el punto de vista de los precios, la elección, la calidad o la innovación*»(23). De este modo, sigue siendo posible que una empresa demuestre que su práctica, aunque tenga un efecto de exclusión, está objetivamente justificada (económicamente) sobre la base de todas las circunstancias del caso (24) o que los efectos se contrarrestan, o incluso se compensan, con ventajas de eficiencia que también benefician al consumidor (25). Tal ponderación de los efectos, favorables y desfavorables para la competencia, de la práctica controvertida sólo puede llevarse a cabo tras un análisis de la capacidad de excluir del mercado a competidores al menos tan eficaces como, inherentes a la práctica de que se trate (26).

45. Por lo tanto, la premisa en la que se basa el razonamiento del Tribunal de Justicia es que si cualquier comportamiento de efecto exclusivo (actual o potencial) se calificara automáticamente de contrario a la competencia y, por tanto, abusivo en el sentido del artículo 102 TFUE, dicha disposición constituiría un instrumento de protección de las empresas menos capaces y menos eficientes y no protegería en modo alguno a las más merecedoras. por el contrario, pueden servir de estímulo para la competitividad del mercado.

46. A la luz del análisis anterior, para que un comportamiento, como una práctica excluyente, pueda calificarse de abusivo, en el sentido del artículo 102 TFUE, debe ser contrario a la competencia o capaz de producir un efecto restrictivo (actual o potencial) en el mercado de referencia. No obstante, para apreciar el carácter contrario a la competencia de este comportamiento, es necesario determinar si la empresa dominante ha utilizado medios distintos de los cubiertos por la competencia «normal». Es precisamente esta apreciación la que es objeto de las partes tercera y cuarta.

3. Sobre la tercera parte

47. Mediante su tercera parte, el órgano jurisdiccional remitente plantea una cuestión metodológica, a saber, si la carga de probar que una empresa en posición dominante ha utilizado medios distintos de los comprendidos en el ámbito de aplicación de la competencia «normal» se refiere a un «*quid pluris* de antijulidad» en relación con la demostración del efecto de reducción anticompetitiva, de modo que «la capacidad restrictiva de la competencia» y «la utilización de medios distintos de los comprendidos en un La «competencia normal» serían requisitos separados que deben cumplirse para demostrar la existencia de un abuso.

48. A este respecto, procede señalar que las posiciones de las partes en el litigio principal, de los Gobiernos y de la Comisión difieren (27). En mi opinión, la demostración de que una empresa en posición dominante ha utilizado medios distintos de los cubiertos por la competencia «normal» no es un requisito que deba ser objeto de una apreciación distinta de la del efecto restrictivo de la conducta.

49. Como se desprende del punto 44 de las presentes conclusiones, el análisis del comportamiento de la empresa desempeña un papel decisivo en la calificación de los efectos como anticompetitivos. En ese sentido, esos dos elementos forman parte de un mismo análisis. Más concretamente, para evaluar si el efecto de la exclusión es (actual o potencialmente) restrictivo de la competencia, también es necesario examinar si los medios están comprendidos en la competencia «normal». Del mismo modo, para determinar si los medios están comprendidos en tal competencia, es necesario saber si las prácticas tienen una capacidad de exclusión, es decir, la capacidad de causar efectos de exclusión (actuales o potenciales) en ese mercado. La calificación de un comportamiento como «anticompetitivo» no puede formar parte de un examen distinto de los efectos de dicho comportamiento. Por lo tanto, los dos requisitos están intrínsecamente vinculados y deben apreciarse a la luz de todas las circunstancias fácticas pertinentes que acompañan a dicho comportamiento (28).

50. Puede concluirse que la capacidad de una práctica para producir un efecto contrario a la competencia y la utilización de medios que no forman parte de la competencia normal son requisitos que son objeto del mismo examen, consistente en determinar si dicha práctica es abusiva.

51. En el caso de autos, de los hechos contenidos en la orden de remisión se desprende que la AGCM considera que el comportamiento controvertido por el grupo ENEL tuvo un efecto restrictivo de la competencia, en la medida en que la estrategia aplicada por las recurrentes tenía por objeto, en esencia, impedir o dificultar la entrada de los competidores de EE en el mercado libre. A la luz del análisis anterior, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el comportamiento que supuestamente dio forma concreta a dicha estrategia podía, al menos potencialmente, producir efectos de exclusión frente a los competidores de EE y apreciar si dicho efecto de exclusión podía afectar negativamente a la competencia, determinando si dicho comportamiento está o no comprendido en el marco de la competencia «normal».

4. Sobre la cuarta parte

52. Mediante su cuarta parte, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia, en esencia, que elabore una línea divisoria entre las prácticas que forman parte de la denominada competencia «normal» y las que no lo hacen. Por lo tanto, esta cuestión se refiere al meollo de lo que constituye abuso, en el sentido del artículo 102 TFUE, y tiene por objeto determinar si el comportamiento controvertido en el litigio principal constituye tal explotación.

53. Con carácter preliminar, procede señalar que, al referirse a la «competencia normal», el órgano jurisdiccional remitente utiliza el término utilizado reiteradamente por el Tribunal de Justicia (29). Me gustaría señalar que el adjetivo «normal» debe tener el mismo significado que el de las demás fórmulas utilizadas para describir esa competencia, como «competencia leal» (30), «competencia basada en la eficacia» (31) y «competencia sobre el fondo» (32) que propongo utilizar a partir de ahora (33). Esta pluralidad de fórmulas indica una dificultad objetiva para determinar qué constituye una conducta abusiva. La formulación de normas que permitan distinguir claramente entre conductas nocivas para la competencia y, por tanto, abusivas no es ni evidente ni intuitiva. Esta complejidad está inevitablemente vinculada a la dificultad objetiva de distinguir los comportamientos ascendentes comprendidos en la competencia feroz pero legítima de los comportamientos anticompetitivos (34).

54. Sin duda consciente de esta dificultad, el legislador de la Unión incluyó, en el artículo 102 TFUE, una lista indicativa de prácticas abusivas que no agota el modo en que se abusa de la posición dominante

prohibido por el Derecho de la Unión,(35)permitiendo así adaptar la aplicación de dicha disposición a las distintas prácticas comerciales a lo largo del tiempo. Por consiguiente, una práctica calificada por el órgano jurisdiccional remitente de «atípica», como la que se trata en el litigio principal, que no está vinculada a una práctica enumerada en el artículo 102 TFUE, también puede constituir una práctica abusiva. En la medida en que el análisis se basa en los efectos contrarios a la competencia y no en la forma del comportamiento, la autoridad de competencia está obligada a llevar a cabo una verificación rigurosa de todos los hechos pertinentes, sin recurrir a la más mínima presunción, (36) de modo que el carácter «típico» o «atípico» no sea determinante.

55. Por lo tanto, el concepto de «competencia en cuanto al fondo», que no está vinculado a una forma específica de práctica, sigue siendo abstracto y no puede definirse de manera que permita determinar, previamente, si un comportamiento lo constituye o no. El Tribunal de Justicia ha excluido el concepto de «abuso en sí mismo»(*per se*), es decir, la existencia de prácticas intrínsecamente abusivas, con independencia de su efecto anticompetitivo(37). Así, el concepto de «competencia en función de los méritos» expresa un ideal económico, en el contexto de la tendencia actual del Derecho de la competencia de la Unión a preferir un análisis del enfoque basado en los efectos y no un enfoque basado en la forma (38).

56. De ello se deduce que la cuestión de si una práctica de exclusión está comprendida en los medios compatibles con la competencia en cuanto al fondo está estrechamente vinculada al contexto fáctico, jurídico y económico de dicha práctica. El alcance material de la responsabilidad particular que incumbe a una empresa dominante deberá apreciarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso (39).

57. A pesar del carácter abstracto del concepto de «competencia en cuanto al fondo», de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pueden extraerse elementos comunes. Sin perjuicio de la apreciación del comportamiento al salir del litigio principal, que incoa al órgano jurisdiccional remitente, considero que pueden ser útiles los siguientes factores.

58. En primer lugar, procede señalar que la «competencia en cuanto al fondo» debe interpretarse en estrecha relación con el principio, también establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según el cual la empresa en posición dominante está «especialmente obligada» a no poner en peligro con su comportamiento el comportamiento de la competencia efectiva y no sellen en el mercado interior. Sin embargo, esta «responsabilidad especial» no puede privar a una empresa en posición dominante del derecho a proteger sus intereses comerciales (41). Así pues, la referencia a «medios distintos de los que forman parte de la competencia en cuanto al fondo» sirve para aclarar el contenido de esa «responsabilidad particular» que incumbe a la empresa en posición dominante y para determinar el margen de acción autorizado.

59. La consecuencia lógica de esta «responsabilidad particular» es que un comportamiento aceptable para una empresa que no se encuentra en una posición dominante podría calificarse de abusivo si lo lleva a cabo una empresa en posición dominante, debido al efecto de su comportamiento en el mercado de referencia. Una práctica general o una actividad comercial que contribuya normalmente a mejorar la producción o la distribución de productos y que tengan un efecto saludable sobre la competencia podrá restringir dicha caza cuando la lleve a cabo una empresa que ocupe una posición dominante (42).

60. A este respecto, en el caso de autos, debo señalar que la «responsabilidad especial» se aplica a todas las empresas dominantes, incluidos los operadores internos que anteriormente poseían un monopolio, como ENEL, o que tenían una obligación de servicio público, como la SEN. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, «la constatación de la existencia de una posición dominante no implica en sí misma ninguna imputación contra la empresa de que se trate, sino que se limita a suponer que, *con independencia de las causas de dicha posición*, está obligada, en particular, a no poner en peligro con su comportamiento el comportamiento de una competencia efectiva y sin distorsiones en el mercado común».). Así, en el contexto de la liberalización del mercado, el grupo ENEL está sujeto al artículo 102 TFUE y, en particular, a la exigencia de «responsabilidad especial», del mismo modo que otras empresas.

61. En segundo lugar, como se desprende del punto 55 de las presentes conclusiones, la forma o el tipo de comportamiento de la empresa en posición dominante no es determinante en sí mismo. Lo que importa es si el comportamiento tiende a restringir la competencia o es tal que tiene o puede tener tal efecto (44). Sin embargo, un comportamiento que se desvía manifiestamente de las prácticas habituales del mercado podría

considerarse un factor fáctico pertinente para la evaluación del abuso (por ejemplo, sobre la misma base que la existencia de una prueba de intención (45)).

62. En tercer lugar, sin pretender ser exhaustivo, debo señalar que un comportamiento que no está comprendido en el concepto de «competencia en cuanto al fondo» se caracteriza generalmente por el hecho de que no se basa en razones económicas racionales (46) u objetivas (47). Por lo tanto, se considera un ejemplo de competencia por méritos un comportamiento que reduce los costes de la empresa dominante aumentando la eficacia de otra manera, que tiene el efecto de ampliar la elección de los consumidores mediante la comercialización de nuevos productos o mediante el aumento de la cantidad o la calidad de los ya ofrecidos. En cambio, un comportamiento que no responda a ninguna justificación distinta de la de perjudicar a los competidores no está necesariamente comprendido en el ámbito de la competencia en cuanto al fondo (48).

63. En cuarto lugar, debo señalar que la «competencia en cuanto al fondo», en el contexto de la aplicación del artículo 102 TFUE a las prácticas de exclusión, se refiere, en general, a una situación de competencia en la que los consumidores se benefician de precios más bajos, de una mejor calidad y de una mayor variedad de bienes y servicios nuevos o mejorados (49).

64. En el caso de autos, el objeto mismo de la liberalización del mercado de la energía tiene por objeto abrir dicho mercado a la competencia con el fin de lograr precisamente los efectos beneficiosos del proceso competitivo para los consumidores, ya sea en términos de precio, calidad o elección de los servicios ofrecidos. Por lo tanto, en el contexto de tal proceso, las acciones del operador presencial no deben ser tales que impidan o dificulten la entrada de competidores en el mercado, que deben poder operar en igualdad de condiciones en el mercado libre. El Tribunal de Justicia ha declarado que un sistema de competencia sin distorsiones sólo puede garantizarse si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los distintos operadores económicos (50).

65. En este contexto, se plantea la cuestión de si el grupo ENEL, que tenía el monopolio de los clientes del mercado protegido, puede legítimamente desear mantener a esos clientes dentro del grupo, a pesar del proceso de liberalización de dicho mercado. Me parece que esta cuestión debe responderse afirmativamente.

66. Como se ha señalado en el punto 44 de las presentes conclusiones, el artículo 102 TFUE no tiene por objeto en modo alguno impedir que una empresa obtenga o mantenga, por méritos propios, una posición dominante en el mercado. De ello se deduce que los operadores presenciales, cuando están sujetos a la libre competencia, también deben aspirar a maximizar sus beneficios manteniendo al mismo tiempo a sus clientes. Ganar clientes es, de hecho, un elemento esencial del juego normal de la competencia. En este sentido, el grupo ENEL está ciertamente autorizado a implementar (e incluso supuestamente poner en marcha) prácticas destinadas a mejorar sus productos y servicios, con el fin de seguir siendo competitivos y mantener a sus clientes. Por lo tanto, me parece totalmente coherente con la competencia normal que una empresa dominante, como ENEL, desee retener a sus clientes, incluso en el contexto de la liberalización. Así pues, la elaboración de una «estrategia» para la retención de clientes no puede constituir, en sí misma, un abuso en el sentido del artículo 102 TFUE.

67. En este contexto, me parece que la recogida de datos, en el marco de las relaciones con los clientes, sigue siendo, en principio, una explotación completamente «normal» en un proceso competitivo habitual. Sin embargo, en el contexto de tal explotación, precisamente porque se encuentra en una posición dominante, ENEL está «especialmente obligada» a recurrir a prácticas de competencia basadas en el mérito que no conduzcan a una compartimentación del mercado. En este sentido, ENEL no debe comportarse de manera que, al explotar las ventajas del monopolio legal, pueda tener el efecto de excluir a nuevos competidores considerados tan eficientes como la propia ENEL (51).

68. Desde este punto de vista, es necesario, en mi opinión, apreciar, en quinto lugar, la capacidad de los competidores para imitar el comportamiento de la empresa dominante. Esta apreciación es pertinente para determinar si la práctica de que se trata está comprendida en el ámbito de la competencia en cuanto al fondo y, por tanto, si es restrictiva de la competencia.

69. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia confirma, en mi opinión, que las prácticas de exclusión de una empresa dominante que pueden ser reproducidos por competidores igualmente eficientes no constituyen, en

principio, un comportamiento que pueda dar lugar a una exclusión anticompetitiva y, por lo tanto, forman parte de la competencia en cuanto al fondo (52).

70. Por una parte, en el contexto de las prácticas de exclusión arancelaria —como los descuentos por fidelidad, las prácticas de precios bajos en forma de precios selectivos o precios predatorios, y la comprensión de márgenes (53)— dicha replicabilidad se evalúa normalmente, pero no necesariamente, sobre la base del denominado criterio del «competidor igualmente eficiente» (en lo que respecta al criterio EWC»). Las modalidades particulares de este ensayo varían en función del tipo de práctica de que se trate, pero el elemento común consiste en examinar si una práctica de fijación de precios es económicamente viable para el competidor de una empresa en posición dominante, utilizando como punto de referencia, en principio y con carácter prioritario, la relación precio/coste de [esta última](#). En otras palabras, este criterio consiste en determinar si dicho comportamiento puede ser reproducido por un competidor igualmente eficiente colocando a la empresa en una posición dominante en lugar del competidor igualmente eficiente para determinar si este último sufriría los efectos excluyentes de la práctica de que se trata. Este requisito es conforme con el principio general de seguridad jurídica en la medida en que permite a una empresa en posición dominante apreciar previamente la legalidad de un comportamiento sobre la base de sus propias costas (56).

71. En cambio, por lo que se refiere a las prácticas de exclusión no arancelaria —como, por ejemplo, los casos de denegación de suministro—, la jurisprudencia parece confirmar la pertinencia del criterio de replicabilidad, en la medida en que la elección de una empresa dominante de reservarse su red de distribución para sí misma no constituye una negativa al suministro contraria al artículo 102 TFUE cuando un competidor puede establecer una segunda red para la distribución de dimensiones similares. En otras palabras, no existe abuso si los insumos denegados por la empresa en posición dominante pueden ser duplicados por competidores igualmente eficientes comprándolos a otros proveedores o desarrollándolos ellos mismos (57). Del mismo modo, en el contexto de la agrupación y la agrupación mixta, el factor de duplicación de un producto es de particular importancia para identificar casos de exclusión anticompetitiva probable o real (58).

72. En el caso de autos, el comportamiento inicial en el litigio principal, según la AGCM, no se refiere a una práctica de fijación de precios, sino a una compleja estrategia ilegal caracterizada por la explotación de datos a la que el grupo ENEL tuvo acceso gracias a su monopolio legal anterior. Por lo tanto, parece que esta práctica no está vinculada a una teoría de exclusión arancelaria y que, debido al monopolio legal, los competidores eran objetivamente incapaces, antes de la liberalización del mercado, de reproducir la estrategia atribuida a las recurrentes. De ello se deduce que el criterio del EEE no es, desde luego, el criterio más adecuado para apreciar la capacidad de los competidores igualmente eficientes para imitar el comportamiento de la empresa dominante.

73. Sin embargo, la lógica en la que se basa el test EEE, que pretende, en esencia, determinar si una empresa en posición dominante podría prever, sobre la base de los datos que conoce, si un competidor podría, a pesar del comportamiento de que se trata, operar de manera económicamente viable sin dejar de ser competitivo en el mercado, conserva, en mi opinión, su pertinencia. De este modo, un criterio basado en la lógica de dicho criterio consistiría en comprobar si, sobre la base de la supuesta información de que conoce la empresa en posición dominante, los competidores podrían haber tenido acceso, de manera económicamente viable, a listas comparables en utilidad a las listas SEN. Ese enfoque también coincide con la importancia que se concede al criterio de replicabilidad en el contexto de las prácticas de exclusión no arancelaria.

74. Por lo tanto, considero que la imposibilidad objetiva de los competidores de reproducir exactamente la misma estrategia que ENEL no impide examinar la capacidad real de competidores igualmente eficientes para reproducir, en condiciones económicamente razonables y aceptables, las prácticas de la empresa en posición dominante, por ejemplo recurriendo a listas que indudablemente estaban disponibles en el mercado y contenían datos similares a los de las listas SEN. Este examen puede revelar, en mi opinión, la capacidad potencial de la CONDUCTA del grupo ENEL para producir o no efectos contrarios a la exclusión de la competencia y, por tanto, de su conformidad con la competencia en cuanto al fondo.

75. En el marco de tal examen, que incipone al órgano jurisdiccional remitente, los siguientes factores son de especial importancia.

76. En primer lugar, será necesario evaluar, con cierto desapego, la importancia competitiva de las listas SEN. A este respecto, procede señalar que el acceso a los datos de los clientes es de cierto interés en el contexto de un proceso de liberalización, tanto en abstracto, que permite conocer mejor el mercado, como en la práctica, lo que permite «captar» a esa clientela mediante la presentación de ofertas ante otros proveedores. Sin embargo, también debe reducirse la importancia de estos datos, ya que no debe olvidarse que la posibilidad de ponerse en contacto con un cliente para, en su caso, presentarle una oferta no implica necesariamente una «captura» de dicho cliente, ya que, en primer lugar, dicho cliente no se suscribirá necesariamente a una de esas [ofertas](#).) y, en segundo lugar, nada impide que dichos clientes se suscriban a ofertas de otros proveedores en una fase posterior, especialmente cuando el primer contrato no vincula a los clientes durante un período determinado. Debo señalar que los efectos contrarios a la competencia deben tener una relación de causalidad con la práctica de que se trate, en la medida en que deben ser imputables a la empresa dominante y no deben ser puramente [hipotéticos](#).

77. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente se verá inevitablemente inducido a aclarar si las listas SEN se han puesto efectivamente a disposición de los competidores de manera discriminatoria, tanto en la práctica como en términos arancelarios, lo que constituye, en esencia, una práctica de favoritismo frente a EE. En el mismo contexto, me parece pertinente comprobar si la solicitud de consentimiento fue presentada por la SEN de manera no discriminatoria y transparente en lo que respecta a las consecuencias concretas, en particular en lo que respecta al mantenimiento de la relación de suministro existente y a la posibilidad de recibir ofertas de suministro de los competidores de EE. La constatación de tal discriminación podría respaldar la posición de la AGCM de que el comportamiento de ENEL no era coherente con la competencia en cuanto al fondo, ya que no se garantizaba la igualdad de oportunidades entre los distintos operadores económicos ([61](#)).

78. En tercer lugar, considero que, con independencia del análisis del carácter discriminatorio del comportamiento, el órgano jurisdiccional remitente también se verá llevado a apreciar la replicabilidad de las listas SEN. Si bien es cierto que el contenido preciso de dichas listas no puede ser reproducido por los competidores de EE, dado que dichas listas se elaboraron en el marco de la misión de servicio público de la SEN, de los autos se desprende que las listas de contenido similar también estaban disponibles en el mercado italiano, donde un gran número de empresas se dedican profesionalmente a la elaboración de listas de telemarketing. De existir realmente, estas listas alternativas habrían permitido, de hecho, a los competidores de EE formular propuestas para el suministro de energía dirigida a los clientes del mercado protegido. En ese asunto, considero que el órgano jurisdiccional remitente tendrá que comparar esas listas alternativas con las listas SEN, en términos de disponibilidad, precio, contenido y ámbito geográfico, para apreciar si un competidor, aunque fuera económicamente más pequeño que los del grupo ENEL, que las había utilizado, habría podido realmente, de manera económicamente viable, oponerse a la competencia efectiva a la EE en relación con la misma parte de la clientela impugnable del mercado protegido.

79. Si el órgano jurisdiccional remitente considera que dichas listas alternativas pueden ofrecer las mismas posibilidades que las listas SEN, en el supuesto de que ENEL tuviera que ser consciente tanto de la existencia como del contenido de dichas listas alternativas, me parece que puede concluirse que cualquier riesgo de exclusión del mercado de referencia no se habría debido a las acciones de ENEL. sino la negligencia de sus competidores, que no actuaron de acuerdo con la competencia para captar a los clientes del mercado protegido. En otras palabras, las listas SEN no eran capaces de conferir al grupo ENEL la ventaja competitiva significativa que la AGCM había adquirido debido a su replicabilidad. En tal caso, no puede demostrarse la capacidad del comportamiento de que se trata para restringir la competencia, de modo que el comportamiento controvertido en el litigio principal está comprendido en la categoría de competencia en cuanto al fondo.

80. En cambio, si del análisis del órgano jurisdiccional remitente se desprende que el potencial de explotación comercial de esas listas alternativas era mínimo y que sólo las listas SEN permitieran, por ejemplo, identificar inmediatamente si un cliente pertenecía al mercado protegido, el efecto (potencial) de inclusión tendría un efecto principal sobre ENEL, que, si se considera que actuó de manera discriminatoria y poco transparente, de hecho, no se comportaba en relación con la competencia en cuanto al fondo. Además, debe señalarse que el mero hecho de que los competidores puedan mitigar o eludir los efectos del comportamiento de ENEL recurriendo a listas alternativas no se opone a que, habida cuenta de la fortaleza del mercado de ENEL, el comportamiento de que se trata pueda, en cualquier caso, tener efectos contrarios a

la competencia. En otras palabras, el hecho de que haya alternativas es ciertamente relevante, pero no es, en sí mismo, decisivo.

81. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo que se responda a la primera cuestión prejudicial que una práctica llevada a cabo por una empresa en posición dominante, con independencia de su legalidad a la luz de ramas del Derecho distintas del Derecho de la competencia, no puede calificarse de abusiva, en el sentido del artículo 102 TFUE, por el único hecho de su capacidad para producir un efecto exclusivo en el mercado de referencia. ya que tal comportamiento no debe asimilarse a un efecto restrictivo de la competencia, a menos que se demuestre que dicha empresa ha utilizado medios distintos de los cubiertos por la competencia en función de los méritos. En principio, una práctica de exclusión que pueda ser replicada por los competidores de una manera económicamente viable no constituye un comportamiento que pueda dar lugar a una exclusión anticompetitiva y, por lo tanto, forma parte de la competencia en función de los méritos.

B. Sobre la segunda cuestión prejudicial

82. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia, en esencia, que especifique si el artículo 102 TFUE tiene por objeto proteger a los consumidores o la estructura competitiva del mercado y, en función de la respuesta dada, determinar el objeto de las pruebas necesarias para calificar de abusiva una práctica de exclusión.

1. Admisibilidad

83. AIGET impugna la admisibilidad de esta cuestión por dos motivos. En primer lugar, la respuesta se desprende claramente de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En segundo lugar, la misma cuestión no es pertinente para la resolución del litigio, ya que el comportamiento controvertido habría perjudicado tanto a la estructura del mercado, es decir, a los proveedores competidores, como a los consumidores, es decir, a los clientes del mercado protegido, a los que se les impidió elegir entre los servicios prestados por el mercado libre.

84. En mi opinión, procede desestimar estas objeciones, siempre que el Tribunal de Justicia decida examinarlas explícitamente a falta de una solicitud formal de declaración de inadmisibilidad de la segunda cuestión prejudicial.

85. En primer lugar, debe recordarse que, aun cuando exista jurisprudencia que resuelva la cuestión de Derecho de que se trate, los órganos jurisdiccionales nacionales conservan plena libertad para someter el asunto al Tribunal de Justicia si lo consideran oportuno. Por lo tanto, el hecho de que el Tribunal de Justicia haya interpretado previamente el artículo 102 TFUE no puede, por sí solo, hacer inadmisibles las cuestiones prejudiciales planteadas en el presente asunto. Además, el órgano jurisdiccional remitente alega que la respuesta no es evidente en la medida en que la Comisión ha expresado interpretaciones divergentes, según las cuales el artículo 102 TFUE tiene por objeto maximizar el bienestar de los consumidores, (63) y el Tribunal de Justicia, según las cuales dicho artículo está orientado a preservar la estructura competitiva, con independencia del perjuicio causado a los consumidores (64).

86. En segundo lugar, por lo que respecta a la pertinencia de la cuestión prejudicial, procede recordar que incuesta exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente apreciar tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones prejudiciales planteadas. En el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente justifica la necesidad de la segunda cuestión prejudicial explicando, en esencia, que la respuesta a dicha cuestión determina el objeto de las pruebas solicitadas (66). Por lo tanto, en mi opinión, esta cuestión, que tiene una relación directa con el objeto del litigio principal, no es hipotética.

2. Sobre el fondo

87. La segunda cuestión prejudicial consta de dos partes:

- la primera tiene por objeto determinar el interés protegido por el artículo 102 TFUE proponiendo dos posibles soluciones presentadas como objetivos alternativos, a saber, la «maximización de la protección de los consumidores» y la «preservación de la estructura competitiva del mercado»;

- la segunda tiene por objeto extraer las consecuencias, en términos de prueba, de la relación entre estos dos objetivos del artículo 102 TFUE.

a) Sobre la primera parte

88. Antes de examinar la primera parte sobre el fondo, son necesarias algunas observaciones preliminares.

89. En primer lugar, debe señalarse que, en el caso de autos, la cuestión se plantea en el contexto de prácticas de exclusión, que tienen precisamente por objeto excluir a los competidores del mercado de referencia, y no en el contexto de prácticas de explotación, como la imposición de precios de compra o venta u otras condiciones de transacción desleales, en el sentido del artículo 102. TFUE, letra a) (67). Si bien estas últimas prácticas implican un perjuicio directo al bienestar de los consumidores (por ejemplo, mediante la aplicación de precios excesivamente elevados), normalmente no alteran la estructura del mercado (68).

90. Además, debe recordarse que el artículo 102 TFUE es una expresión de la finalidad general asignada por el artículo 3 TFUE, apartado 1, letra b), a la acción de la Unión, a saber, la definición de las normas de competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior(69). Este objetivo se menciona en el Protocolo (nº 27) sobre el mercado interior y la competencia, anejo al Tratado UE y al Tratado FUE y que, en virtud del artículo 51 TUE, forma parte integrante del mismo.

91. En este contexto se sitúan los dos objetivos mencionados por el órgano jurisdiccional remitente, a saber, la protección de los consumidores y la de la estructura competitiva del mercado.

92. Por lo que se refiere al primer objetivo, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 102 TFUE es una de las normas de competencia destinadas precisamente a evitar que se falsee la competencia en detrimento del interés público, de las empresas individuales y de los consumidores, contribuyendo así a garantizar el bienestar económico en la Unión (70). Por lo tanto, el bienestar de los consumidores forma parte pacíficamente de los objetivos establecidos en dicha disposición. El Tribunal de Justicia ha reconocido expresamente el objetivo del Tratado de proteger al consumidor mediante una competencia no falseada (71). En concreto, los intereses de los consumidores también se tienen expresamente en cuenta en el artículo 102 TFUE, letra b), en relación con las prácticas vinculadas a prácticas abusivas excluyentes, a saber, «restringir la producción, los puntos de venta o el desarrollo técnico *en detrimento de los consumidores*»(el subrayado es mío).

93. Por lo que respecta al segundo objetivo, procede recordar que las primeras sentencias del Tribunal de Justicia sobre el abuso de posición dominante indicaban claramente que los efectos sobre la «estructura del mercado» estaban en el centro del artículo 102 TFUE. Por ejemplo, en la sentencia Hoffmann-La Roche, antes mencionada, el Tribunal de Justicia declaró que el abuso «se refiere al comportamiento de la empresa en posición dominante que puede *influir en la estructura de un mercado* en el que [...] el grado de competencia ya ha disminuido» (72). La referencia a la «estructura del mercado», indudablemente influenciada por el pensamiento ordoliberal de la época, se concibió inicialmente como destinada a garantizar la «libertad económica». Así pues, este objetivo de protección de la estructura del mercado podría incluir la «protección de los competidores» que forman parte de dicho mercado. Sin embargo, de reiterada jurisprudencia se desprende que el artículo 102 TFUE no se refiere, o más bien ya no se refiere, de manera absoluta, a la protección de los competidores frente a una empresa en posición dominante. Tras el control de la comisión de la política de competencia en materia de abusos durante el año 2005, (73) el Tribunal de Justicia ha reconocido ahora que el artículo 102 TFUE no prohíbe a una empresa obtener, en cuanto al fondo, una posición dominante en un mercado determinado y, por lo tanto, no pretende garantizar que los competidores menos eficientes permanezcan en el mercado que la empresa que ocupa una posición dominante. Este enfoque fue confirmado en la materia Intel, en la que el Tribunal de Justicia declaró que«*la competencia en cuanto al fondo puede dar lugar a la desaparición del mercado o a la marginación de los competidores menos eficientes*»(75). La percepción de que el artículo 102 TFUE no está destinado principalmente a proteger a los competidores (no tan eficientes), que también comparte la Comisión, (76) parece ahora formar parte del acervo de la Unión en Derecho de la competencia.

94. A la luz de estas apreciaciones, procede apreciar la relación entre los dos objetivos impugnantes y, en particular, si la salvaguardia de una estructura competitiva puede constituir un objetivo autónomo y, por este motivo, una alternativa a la protección del bienestar de los consumidores, como sugiere el órgano jurisdiccional remitente.

95. En mi opinión, procede responder negativamente a esta cuestión.

96. En primer lugar, procede señalar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 102 TFUE, al igual que el artículo 101 [TFUE](#), (77) abarca no sólo las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también las prácticas que *les* causan un perjuicio indirecto al debilitar la estructura de la [competencia efectiva](#)). Al hacerlo, el Tribunal de Justicia ha creado, en mi opinión, un vínculo inseparable entre los dos objetivos. La salvaguardia de una estructura de competencia efectiva está intrínsecamente vinculada a un objetivo último, a saber, la protección de los consumidores (79). En este sentido, el objetivo último de estas normas destinadas a garantizar que no se falsee la competencia en el mercado interior es aumentar el bienestar del consumidor. Lógicamente, por lo tanto, no hay razón para proteger el mercado competitivo in abstracto si no existe un riesgo (real o potencial) de daño al consumidor.

97. En segundo lugar, procede señalar que, de conformidad con la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia, el perjuicio a los consumidores es un elemento indispensable para la aplicación del artículo 102 TFUE. En el asunto Post Danmark I, la Gran Sala del Tribunal de Justicia recordó que dicho artículo se refiere al comportamiento de una empresa en posición dominante que «tiene por efecto, en *perjuicio de los consumidores*, impedir, recurriendo a medios distintos de los que regulan la competencia normal [...], el mantenimiento del nivel de competencia vigente en el mercado» (80). Del mismo modo, en la materia Intel, la Gran Sala del Tribunal de Justicia también confirmó este enfoque, destacando la indispensabilidad de la protección de los consumidores en la aplicación de las normas sobre abuso de posición dominante. Recordó que «la competencia en cuanto al fondo puede dar lugar a la desaparición del mercado o a la marginación de competidores menos eficientes y, *por lo tanto, menos atractivos para los consumidores, en particular desde el punto de vista de los precios, la elección, la calidad o la innovación*»(81). De ello deduzco que el bienestar de los consumidores es el objetivo último que justifica la intervención del Derecho de la competencia en el ámbito de las prácticas de exclusión.

98. En tercer lugar, el papel esencial de la protección de los consumidores también se desprende del hecho de que, dado que el artículo 102 TFUE no prevé una excepción equivalente a la prevista en el artículo 101 TFUE, apartado 3, el Tribunal de Justicia ha declarado que las ventajas de eficiencia también pueden neutralizar la nocividad de las conductas abusivas, en la medida en que las ventajas se transfieren a los consumidores. Una empresa en posición dominante puede justificar actividades que pueden incurrir en la prohibición establecida en el artículo 102 TFUE demostrando, en particular, que «el efecto exclusivo resultante puede ser contrarrestado, o incluso compensado, por ventajas de eficiencia *que también benefician al consumidor*»(82).

99. En cuarto lugar, esta primacía de la protección del «bienestar de los consumidores» parece ser conforme con la práctica decisoria de la Comisión, según la cual la protección de los consumidores es el leitmotiv de cualquier aplicación del artículo 102 TFUE (83) y del Derecho de la competencia en general (84).

100. Sobre la base de este análisis de la relación entre los dos objetivos, considero que debe concluirse que, en el contexto de las prácticas abusivas excluyentes, el artículo 102 TFUE pretende, en última instancia, maximizar el bienestar de los consumidores, en particular protegiendo la estructura competitiva del mercado. Así pues, esta protección puede constituir efectivamente un objetivo establecido en el artículo 102 TFUE, no de forma autónoma, sino únicamente si, en un caso concreto, forma parte del objetivo último de la protección (directa o indirecta) de los consumidores. Así pues, los dos objetivos que el órgano jurisdiccional remitente parece considerar antinómicos no son, en realidad, antinómicos.

b) Sobre la segunda parte

101. Mediante la segunda parte de su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia, en esencia, cómo se traduce en términos probatorios la relación entre los dos objetivos antes mencionados.

102. Según el razonamiento del órgano jurisdiccional remitente, si el interés protegido por el artículo 102 TFUE es maximizar el bienestar de los consumidores, el órgano jurisdiccional (y a fortiori las autoridades de competencia) se vería inducido, de alguna manera, a medir la disminución (o el riesgo de disminución) del bienestar como consecuencia del comportamiento de que se trate (comparando, por ejemplo, el bienestar de los consumidores antes y después de la aplicación de dicho comportamiento). En cambio, si el interés protegido es preservar la estructura competitiva del mercado, el órgano jurisdiccional debe abstenerse de

comprobar si el comportamiento de la empresa en posición dominante ha causado un perjuicio a los consumidores, limitándose más simplemente a verificar si el comportamiento puede tener consecuencias para la estructura, la variedad, la calidad o la innovación.

103. No puedo estar de acuerdo con este razonamiento del órgano jurisdiccional remitente, ya que, como he alegado anteriormente, los dos objetivos no son antinómicos.

104. A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, dado que el artículo 102 TFUE no sólo se refiere a las prácticas de naturaleza que puede causar un perjuicio directo a los consumidores, sino también a las prácticas que perjudican a los consumidores al menoscabar un sistema eficaz de competencia, una autoridad de competencia o, en su caso, un órgano jurisdiccional puede abstenerse de comprobar si el comportamiento de que se trata ha causado efectivamente un «perjuicio a los consumidores» en el sentido de Artículo 102 TFUE, letra b), pero deberá comprobar si el mismo comportamiento en cuestión ha tenido un efecto restrictivo de la competencia (85). El carácter potencialmente perjudicial de una conducta se tiene normalmente en cuenta para demostrar un abuso de posición dominante, sin que sea necesario demostrar un efecto específico, en particular a nivel de los consumidores (86).

105. Aunque incite a la autoridad de competencia y, en el caso de autos, al órgano jurisdiccional remitente, apreciar el efecto perjudicial de una práctica de exclusión y, más concretamente, si dicha práctica puede perjudicar la estructura del mercado y, por tanto, también a los consumidores, considero útil hacer las siguientes precisiones.

106. En primer lugar, dado que lo que es objeto de la protección definitiva del bienestar de los consumidores y no la protección de una determinada estructura de mercado como tal, la prueba de un efecto restrictivo de la estructura del mercado sólo bastará a efectos de la calificación de abuso en la medida en que dicha restricción pueda perjudicar, directa o indirectamente, consumidores. Si bien es cierto que el impacto en la estructura competitiva del mercado es un indicador importante (proxy) de las consecuencias que una práctica de exclusión puede tener sobre los consumidores, (87) no siempre es así. El comportamiento de una empresa en posición dominante no debe considerarse abusivo en el sentido del artículo 102 TFUE cuando, con independencia del perjuicio causado a la estructura del mercado, no sea probable que cause, en la actualidad o potencialmente, un perjuicio a los consumidores afectados. Por lo tanto, me parece incompleto interpretar la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia en el sentido de que se limita a indicar que, para establecer una práctica de exclusión abusiva, basta con señalar que la práctica de que se trata puede socavar la estructura del mercado. En realidad, un efecto perjudicial sobre la estructura competitiva del mercado no da lugar necesaria o automáticamente a una posible disminución del bienestar de los consumidores. Si tal presunción de perjuicio existe en relación con los acuerdos, no ocurre lo mismo en el contexto de abusos de posición dominante (88). A modo de ejemplo, como se ha señalado en el punto 44 de las presentes conclusiones, cuando la estructura del mercado se ve alterada por la exclusión de un competidor, este comportamiento no es necesariamente contrario a la competencia, de modo que puede perjudicar a los consumidores.

107. En segundo lugar, debe considerarse que existe una dificultad objetiva para cuantificar los cambios que afectan al bienestar de los consumidores. A este respecto, procede recordar, en primer lugar, que la definición de «consumidor» en el Derecho de la competencia abarca tanto a los consumidores intermedios como a los consumidores finales. Cuando los consumidores intermedios son competidores reales o potenciales de la empresa dominante, la evaluación se centra esencialmente en los efectos de ese comportamiento en los usuarios intermedios (89). A continuación, observo que el propio concepto de «bienestar de los consumidores» contiene un elemento de subjetividad intrínseca, en la medida en que dicho bienestar puede apreciarse no sólo en términos de precio, sino, en función del producto o servicio de que se trate, también en términos de elección, calidad e innovación (90). Por último, el artículo 102 TFUE se refiere a prácticas cuyos efectos en el mercado no se manifiestan necesariamente. El análisis de los efectos anticompetitivos, como se explicará en el contexto de la tercera cuestión, también puede ser prospectivo. Por lo tanto, exigir, como sugiere el órgano jurisdiccional remitente, pruebas concretas de la reducción del bienestar de los consumidores a lo largo del tiempo sería contrario a la lógica y a la eficacia de dicha disposición. De hecho, el nivel de pruebas exigido en relación con el impacto en los consumidores varía en función del tipo de abuso y del lugar del comportamiento a lo largo del tiempo (91).

108. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la segunda cuestión prejudicial sosteniendo que el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que pretende prohibir no sólo las prácticas de exclusión que puedan causar un perjuicio inmediato a los consumidores, que es el objetivo último de dicha disposición, sino también los comportamientos que puedan causarles un perjuicio indirecto, por el hecho de afectar a la estructura del mercado. Incide en el caso de las autoridades de competencia demostrar que tal práctica de exclusión perjudica a la estructura de la competencia efectiva, comprobando al mismo tiempo que también puede causar un perjuicio real o potencial a dichos consumidores.

C. Sobre la tercera cuestión prejudicial

109. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si, para demostrar la existencia de una infracción del artículo 102 TFUE, deben considerarse pertinentes las pruebas presentadas por una empresa en posición dominante que demuestren que, a pesar de su capacidad abstracta para producir efectos restrictivos, el comportamiento de que se trata no produjo efectivamente efectos restrictivos y, en caso afirmativo, ¿está obligada la autoridad de competencia a examinar las pruebas aportadas por dicha empresa en cuanto a la capacidad real de dicho comportamiento para producir los efectos de que se trata?

110. En primer lugar, procede señalar que no es necesario, para demostrar la existencia de una infracción del artículo 102 TFUE, demostrar que el comportamiento de que se trata produjo efectivamente efectos contrarios a la competencia en el caso concreto, ya que basta con demostrar su capacidad para producirlos (92). La autoridad de competencia sólo está obligada a demostrar el posible perjuicio de la conducta denunciada, con independencia de la realización efectiva de los efectos anticompetitivos. Sería contrario a la lógica inherente a esta disposición, que tiene un carácter igualmente preventivo y prospectivo, tener que esperar a que se produzcan los efectos contrarios a la competencia en el mercado para poder establecer legalmente el abuso.

111. Algunos ejemplos de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia pueden ser indicativos a este respecto.

112. En la cuestión *TeliaSonera*, el Tribunal de Justicia declaró expresamente que «el hecho de que el resultado perseguido, a saber, la exclusión de los competidores, no se logre en última instancia no puede excluir la calificación de abuso en el sentido del art. 102 TFUE (93)». Del mismo modo, en la materia *Tomra*, el Tribunal de Justicia declaró que, «para demostrar un abuso de posición dominante [...], basta con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa en posición dominante *tiene por objeto restringir* la competencia o que es probable que tenga o *pueda tener tal efecto*» (94). Siguiendo la misma lógica, por lo que respecta a los comportamientos relativos a un sistema de descuentos, el Tribunal de Justicia declaró en la causa *Post Danmark II* que la apreciación de la capacidad de un sistema de descuentos para restringir la competencia tiene por objeto «determinar si el comportamiento de la empresa que ocupa una posición dominante *conduce a la exclusión real o probable de los competidores* en detrimento de la competencia y, por lo tanto, los intereses de los consumidores» (95). A este respecto, «la fijación de un umbral de perceptibilidad (*de minimis*) para demostrar el abuso de posición dominante no está justificada. Esta práctica anticompetitiva *puede, por su propia naturaleza, provocar restricciones no insignificantes de la competencia*» y, en consecuencia, «para estar comprendida en el ámbito de aplicación [del artículo 102 TFUE], el efecto contrario a la competencia de un sistema de descuentos gestionado por una empresa en posición dominante [...] *debe ser probable, sin que sea necesario demostrar que es grave o significativa*» (96). Además, en la resolución *Intel*, el Tribunal de Justicia se refirió específicamente a la necesidad de apreciar la «*capacidad* [del descuento] para restringir la competencia», enumerando una serie de factores pertinentes para dicha apreciación (97). Por último, en su reciente sentencia *Generics (UK)*, el Tribunal de Justicia recordó que «el carácter abusivo de un comportamiento presupone que ha tenido la *capacidad* de restringir la competencia y, en particular, de producir los efectos de la exclusión del mercado alegada».

113. Aunque a veces se formula en términos diferentes —entendiéndose que los términos «capacidad» y «probabilidad» tienen esencialmente el mismo significado (99) — esta jurisprudencia permite confirmar que una autoridad de competencia no está obligada a demostrar que los efectos contrarios a la competencia se han producido efectivamente para calificar de abusivo un comportamiento.

114. Así pues, las pruebas producidas ex post por una empresa para indicar la ausencia de efectos contrarios a la competencia, como los análisis económicos o de otro tipo, no pueden tener una función exonerante ni transferir la carga de la prueba a la autoridad de competencia, de modo que esté obligada a demostrar la materialización efectiva del perjuicio resultante del comportamiento denunciado.) aunque haya transcurrido un largo período de tiempo desde que se produjo la conducta abusiva (101). Además, como regla de principio, el carácter anticompetitivo de un comportamiento debe apreciarse en el momento en que se haya incurrido en dicho comportamiento(102), lo que, además, es conforme con el principio general de seguridad jurídica, ya que la empresa en posición dominante debe poder apreciar la legalidad de su comportamiento sobre la base de factores existentes (103).

115. En segundo lugar, esta misma jurisprudencia confirma, no obstante, la obligación de apreciar todas las circunstancias pertinentes del asunto para determinar si un comportamiento puede *realmente* producir los supuestos efectos contrarios a la competencia, independientemente de que dichos efectos se hayan producido efectivamente o no.

116. A este respecto, en primer lugar, me parece que es común que, desde un punto de vista procesal, la prueba de la ausencia de efectos anticompetitivos aducidos ex post debe ser tenida en cuenta por una autoridad de competencia, en particular cuando dichas pruebas ex post se refieren a un comportamiento que cesó mucho antes de la adopción de la decisión por la que se declarara el abuso. En la cuestión Intel, el Tribunal de Justicia explicó que, cuando una empresa en posición dominante sostiene, durante el procedimiento administrativo, sobre la base de pruebas, que su comportamiento no tenía *capacidad* para restringir la competencia, la Comisión está obligada a analizar una serie de factores para apreciar la *capacidad* del comportamiento en cuestión para «excluir del mercado a los competidores que sean al menos igual de eficaces».). Además, la capacidad de exclusión del mercado también es pertinente para evaluar si un comportamiento puede justificarse objetivamente o si sus efectos restrictivos pueden compensarse con ventajas de eficiencia (105). En este contexto, los indicios económicos que demuestren, una vez finalizado el comportamiento denunciado, la ausencia de efectos de exclusión deben considerarse admisibles si la empresa dominante intenta demostrar que no existe capacidad para restringir la competencia. Además, el efecto contrario a la competencia de una práctica determinada no debe ser puramente hipotético, (106) y las pruebas que cuestionan la capacidad restrictiva de la competencia pueden respaldar tal naturaleza hipotética. Por lo tanto, desde un punto de vista procesal, en la medida en que la carga de la prueba de los efectos excluyentes anticompetitivos recae en las autoridades de competencia, considero que dichas autoridades tienen la obligación de tener muy en cuenta las pruebas presentadas por la empresa dominante, incluido ex post, en su análisis de la existencia del abuso.

117. Por lo que respecta, a continuación, al valor probatorio de este tipo de pruebas a efectos de la existencia del abuso, es importante señalar que la ausencia de producción de efectos restrictivos de la conducta puede tener varias causas. No puede descartarse a priori que la ausencia de tales efectos se deba al hecho de que el comportamiento de que se trata carecía, por su propia naturaleza, de la capacidad de restringir la competencia. Por lo tanto, una autoridad de competencia, dependiendo del contexto particular, debe tener en cuenta ese tipo de pruebas como un factor que podría apoyar la ausencia de tal capacidad.

118. A este respecto, procede señalar que el Tribunal de Justicia no ha establecido en su jurisprudencia el grado de intensidad exigido de la probabilidad de un efecto excluyente de la competencia, es decir, el contenido de la capacidad de exclusión (107). Este hecho depende claramente del contexto jurídico, económico y fáctico de cada asunto, pero considero que esa capacidad debe referirse a factores específicos, como la duración y la cobertura suficiente del mercado de referencia.

119. En este contexto, la importancia que debe atribuirse a las pruebas ex post de la ausencia de efectos restrictivos varía en función de si la capacidad abstracta de producir efectos restrictivos se basa en un riesgo de exclusión que tiene efectos reales o efectos potenciales, ya que la ausencia de efectos reales sobre la competencia es menos pertinente en este último caso. En cambio, la ausencia de efectos reales en el mercado puede ser pertinente, incluso si la teoría de la exclusión se basara en un riesgo potencial, cuando la conducta se remonta atrás y, como en el caso de autos, termina mucho antes de la investigación de una autoridad de competencia. De conformidad con las Directrices, «el comportamiento ha durado un período de tiempo suficiente, los resultados en el mercado de la empresa dominante y de sus competidores pueden aportar pruebas directas de una exclusión anticompetitiva» (108). Por el contrario, en mi opinión, la inexistencia de efectos reales puede permitir pensar que la práctica no era capaz, ni siquiera teóricamente, de perjudicar a los

competidores, de modo que la teoría del perjuicio resulta ser meramente hipotética. Así sucede, en particular, cuando se demuestra que la ausencia de tales efectos efectivos no puede verse afectada por otros elementos posteriores que no estén vinculados al comportamiento de que se trate.

120. Por último, en aras de la exhaustividad, debo señalar que la ausencia de efectos también es pertinente para evaluar la gravedad de la infracción y que, por lo tanto, podría atenuar sustancialmente el importe de las sanciones que deben imponerse a la empresa responsable del abuso.

121. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, propongo que se responda a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, para demostrar la existencia de un abuso de posición dominante, una autoridad de competencia está obligada a demostrar, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes y teniendo en cuenta, en particular, los elementos invocados por la empresa en posición dominante, que el comportamiento de dicha empresa tenía capacidad para restringir la competencia, analizando, en su caso y a este respecto, también los datos de que el comportamiento de que se trata no había producido efectos contrarios a la competencia en el mercado de referencia.

D. Sobre la cuarta cuestión prejudicial

122. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, la pertinencia de la intención de la empresa dominante de restringir la competencia para apreciar el carácter abusivo de un comportamiento.

1. Admisibilidad

123. Green Network expresa sus dudas sobre la admisibilidad de esta cuestión prejudicial. Sin embargo, sin solicitar la inadmisibilidad de esta cuestión, considera que, dado que la AGCM analizó efectivamente el carácter intencionado del comportamiento abusivo, no es necesaria una respuesta a esta cuestión. Además, la respuesta es indiscutible de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

124. En mi opinión, procede desestimarse estas objeciones por las mismas razones que las expuestas en los puntos 85 y 86 de las presentes conclusiones. El órgano jurisdiccional remitente justifica su necesidad explicando, en esencia, que la jurisprudencia no es clara y que se presta a la confusión (109). Además, de la resolución de remisión se desprende que la cuestión prejudicial tiene una relación directa con el objeto del litigio principal y no es hipotética, ya que, en el caso de autos, la AGCM recogió elementos de la investigación para demostrar la existencia de la intención estratégica del grupo ENEL de neutralizar las salidas de los clientes animándoles a transitar al mercado libre con EE.

2. Sobre el fondo

125. La cuarta cuestión prejudicial consta de dos partes:

- la primera tiene por objeto determinar si el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que un comportamiento debe calificarse de abusivo únicamente por sus (potenciales) efectos restrictivos, o si la intención de restringir la competencia es un criterio útil (incluso exclusivamente) para dicha apreciación;
- la segunda tiene por objeto aclarar si la prueba de esta intención debe considerarse suficiente para atribuir al comportamiento de que se trate los efectos contrarios a la competencia denunciados o si se limita a invertir la carga de la prueba sobre la empresa dominante, que en este momento está obligada a demostrar que no ha existido el efecto excluyente.

a) Sobre la primera parte

126. Mediante esta primera parte, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la prueba de la intención de vanguardia de la empresa dominante constituye un elemento de prueba necesario o suficiente para analizar la existencia de un abuso.

127. A este respecto, procede señalar que el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que el abuso de posición dominante prohibido por el artículo 102 TFUE es un concepto objetivo (110) incluso en

ausencia de culpa (111) y que, a efectos de la aplicación de dicha disposición, no es en absoluto necesario demostrar la existencia de una intención anticompetitiva por parte de la empresa en posición dominante (112). De ello se deduce que, salvo en casos excepcionales, (113) el motivo subjetivo de la empresa dominante no es uno de los elementos constitutivos del abuso, de modo que una autoridad de competencia no está obligada a probarlo para demostrar la existencia de tal abuso.

128. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado que la prueba de tal intención, aunque no es suficiente por sí sola, constituye una circunstancia de hecho que puede tenerse en cuenta para determinar un abuso de posición dominante. El Tribunal de Justicia ha declarado que la Comisión, en su examen del comportamiento de una empresa en posición dominante y para identificar el posible abuso de tal posición, está obligada a tener en cuenta todas las circunstancias fácticas pertinentes que acompañan a dicho comportamiento y que dicho ejercicio incluye también una evaluación de la estrategia comercial perseguida. En este contexto, parece normal evocar factores de carácter subjetivo, a saber, las razones que subyacen a la estrategia comercial de que se trata. Así pues, según el Tribunal de Justicia, la existencia de cualquier intención anticompetitiva no es más que una de las muchas circunstancias fácticas que pueden tenerse en cuenta para demostrar tal abuso (114).

129. Tal intención anticompetitiva, si es clara y fundamentada, puede ser efectivamente pertinente a efectos de demostrar un abuso de posición dominante. La Comisión ha indicado que la «prueba directa de una estrategia de exclusión» es uno de los factores generalmente adoptados para evaluar no sólo si una supuesta conducta abusiva puede dar lugar a una exclusión anticompetitiva, sino también «para interpretar el comportamiento de la empresa dominante». Dichas pruebas pueden consistir en «documentos internos que contengan pruebas directas de una estrategia de exclusión de competidores, como un plan detallado para adoptar una conducta determinada para excluir a un competidor, impedir la entrada o impedir la aparición de un mercado, o pruebas de amenazas concretas de una acción destinada a la exclusión» (115).

130. En realidad, en la mayoría de los casos, las prácticas abusivas de exclusión no se basan en la demostración de una intención subjetiva específica de la empresa dominante de restringir la competencia, sino en la lógica económica del comportamiento de que se trata, como se desprende objetivamente de las características de dicho comportamiento y de su contexto. Esta lógica de conducta anticompetitiva puede deducirse, por ejemplo, de la «ausencia de cualquier otra justificación económica objetiva» (116). En ausencia de tal lógica, el recurso a la evidencia subjetiva puede ser particularmente útil. Este tipo de pruebas se han utilizado tanto en el caso de las prácticas arancelarias (117) como en las prácticas no arancelarias (118).

131. Dado que esta es, por tanto, una de las muchas circunstancias fácticas que pueden tenerse en cuenta para determinar un abuso, incuestionado únicamente a la autoridad de competencia determinar el valor probatorio de la prueba directa de una estrategia de exclusión. A este respecto, los siguientes elementos me parecen pertinentes.

132. En primer lugar, para que estos elementos de prueba sean pertinentes, aunque sólo sea como indicios, en relación con la existencia de una práctica de exclusión abusiva, la intención de excluir también debe traducirse en una capacidad de exclusión (119). Por lo tanto, el análisis de la intención no puede compensar el análisis de los efectos. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado expresamente que, cuando la empresa dominante niega el hecho de que su comportamiento haya podido restringir la competencia, la Comisión debe, en particular, «apreciar también *la posible existencia de una estrategia* destinada a excluir del mercado a los competidores que sean al menos igual de eficaces» (120).

133. En segundo lugar, tales pruebas pueden aportar información importante sobre la naturaleza del comportamiento de que se trate y, en consecuencia, sobre su propensión a restringir la competencia. Por ejemplo, estas indicaciones podrían consistir en pruebas que demuestren que la empresa dominante esperaba claramente que su comportamiento tuviera un efecto anticompetitivo, sobre la base de su análisis o conocimiento del mercado, dado que este tipo de indicación es pertinente, a la luz de la experiencia de la empresa dominante en la estructura del mercado en el que opera. De este modo, si, en apoyo de ello, tal empresa adopta una estrategia para excluir a sus competidores del mercado o marginarlos, puede deducirse lógicamente que dicho comportamiento puede producir tales efectos.

134. En tercer lugar, el valor probatorio de la prueba de la intención depende del contexto fáctico. Las declaraciones excluyentes emanadas de los ejecutivos, encargados de ejercer una influencia decisiva en las prácticas de la empresa, o hechas en el contexto de presentaciones oficiales son más relevantes que las declaraciones espontáneas (121). A este respecto, quisiera señalar que el objetivo mismo de la competencia es animar a las empresas a superarse entre sí. Por lo tanto, las declaraciones relativas o denigrantes de los competidores son normales en un entorno de competencia basada en el mérito y solo deben considerarse pertinentes si forman parte de una estrategia de exclusión. Por último, me parece claro que tales pruebas deben estar relacionadas con el período de la conducta de que se trate.

135. En cuarto lugar, la existencia de pruebas que puedan demostrar que una empresa en posición dominante no tenía la intención de excluir a sus competidores del mercado también puede ser pertinente a efectos del cálculo de la multa y constituir una circunstancia atenuante, en particular cuando se demuestre si la infracción se cometió de forma intencionada o negligente (122).

b) Sobre la segunda parte

136. Por lo que respecta a la segunda parte, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en esencia, si la prueba de la intención excluyente tiene la función de invertir la carga de la prueba del efecto anticompetitivo del comportamiento transfiriéndolo a la empresa dominante.

137. A este respecto, me parece lógico considerar que no debe haber tales consecuencias vinculadas a la constatación de una intención subjetiva de restringir la competencia, ya que esta prueba, que constituye únicamente una mera circunstancia fáctica, no basta para demostrar, por sí sola, que tal comportamiento es contrario al artículo 102 TFUE. Por lo tanto, esta constatación no permite refutar tal comportamiento, ya que este enfoque no es compatible con el carácter objetivo del concepto de abuso en el sentido del artículo 102 TFUE. Tal presunción jurídica podría llevar a la conclusión de que existe un abuso simplemente a la luz de la intención de la empresa en posición dominante, lo que sería contrario a la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes citada.

138. Sin embargo, me parece lógico que, si las autoridades de competencia pueden utilizar este tipo de pruebas para corroborar la existencia de un abuso, las empresas afectadas también deberían poder utilizar la documentación interna en apoyo de la ausencia de una intención de exclusión (124). Tales pruebas, de carácter negativo, son claramente difíciles de aducir y, suponiendo que se aduzca, no pueden, por sí solas, demostrar la ausencia de un abuso (125).

139. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, propongo que se responda a la cuarta cuestión prejudicial que, para calificar de abusiva una práctica de exclusión de una empresa en posición dominante, no es necesario demostrar su intención subjetiva de excluir a sus competidores. No obstante, esta intención puede tenerse en cuenta, como circunstancia de hecho, en particular para demostrar que tal comportamiento puede restringir la competencia. La prueba de una supuesta intención excluyente no implica ninguna inversión de la carga de la prueba del carácter abusivo de esa conducta.

E. Sobre la quinta cuestión prejudicial

140. Mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la pertenencia al mismo grupo de sociedades que participó directamente en el comportamiento abusivo es suficiente para atribuir la responsabilidad a la sociedad matriz que posee la totalidad del capital de dichas sociedades, sin que sea necesario aportar pruebas de la participación de esta última en la práctica abusiva o, al menos, una coordinación activa de las empresas que operan dentro del grupo (126).

1. Admisibilidad

141. La AGCM y la AIGET expresan dudas sobre la admisibilidad de esta cuestión, que se refiere a los condiciones de aplicación de la presunción de responsabilidad de la sociedad matriz, (127) debido a que carece de pertinencia para la resolución del litigio, ya que la AGCM no basó la responsabilidad de ENEL en la presunción de control totalitario de la SEN y de la EE. sino sobre su implicación directa en las prácticas consideradas abusivas. La investigación de la AGCM reveló, de hecho, la existencia de una verdadera estrategia de grupo -por lo tanto también atribuible a ENEL- dirigida a trasladar el mayor número posible de clientes de la empresa que opera en el mercado protegido (SEN) a la empresa de libre mercado (EE).

142. En cambio, ENEL señala que, en la Decisión impugnada, la AGCM consideró que era solidariamente responsable del acto ilícito tanto por su participación activa en la estrategia abusiva como por su presunción de influencia decisiva. Ha demostrado a los reas bien que ya no tiene control decisor sobre sus filiales como resultado de una reestructuración orgánica dentro del grupo y, por lo tanto, ha refutado la presunción de influencia decisiva.

143. Dado que los requisitos para la aplicación de esta presunción forman parte, según las apreciaciones del órgano jurisdiccional remitente, en el debate del que conoce y que, en cualquier caso, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder pronunciarse como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia, Considero que el Tribunal de Justicia debería pronunciarse sobre esta cuestión (128).

144. Además, me parece que los requisitos para la aplicación de la presunción de influencia decisiva podrían ser pertinentes para la resolución del litigio principal. ENEL alega ante el órgano jurisdiccional remitente que la AGCM había constatado que había participado activamente en el comportamiento de que se trata sin haber tenido en cuenta los documentos que había presentado para demostrar que había abandonado sus facultades decisorio a raíz de la reestructuración del grupo. Si el órgano jurisdiccional remitente considera que estos datos son convincentes, deberá seguir leyendo sobre la aplicación de dicha presunción. Procede, por tanto, determinar si esta presunción puede seguir aplicándose únicamente sobre la base de la pertenencia al grupo. Por lo tanto, la cuestión no es hipotética (129).

2. Sobre el fondo

145. Para responder a la quinta cuestión prejudicial sobre el fondo, procede remitirse a conceptos bien establecidos del Derecho de la competencia, como los conceptos de «empresa» y «presunción de influencia decisiva», en los que se basa la lógica de imputabilidad de la responsabilidad por una infracción de las normas de competencia (130).

146. En primer lugar, procede señalar que los autores de los Tratados optaron por utilizar el concepto de «empresa» para designar al autor de una infracción del Derecho de la competencia (131). Este concepto autónomo del Derecho de la Unión designa a toda entidad constituida por elementos personales, materiales e inmateriales que ejercen una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de la forma en que se financie. Por consiguiente, debe entenderse que este concepto designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto de la práctica anticompetitiva de que se trate, aun cuando, desde un punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (132).

147. De esta elección se desprende, por una parte, que dicha entidad económica, cuando infringe las normas de competencia, está obligada, de conformidad con el principio de responsabilidad personal, a ser considerada responsable de la infracción y, por otra parte, que una persona jurídica puede, en determinadas condiciones, ser considerada personal y solidaria y solidariamente responsable del comportamiento contrario a la competencia de otra persona jurídica perteneciente a esa misma entidad económica.

148. De ello se deduce que la responsabilidad del comportamiento de una filial puede atribuirse a la sociedad matriz si dicha filial no determina de forma independiente su comportamiento en el mercado, sino que sigue esencialmente las instrucciones que le ha dado la sociedad matriz, teniendo en cuenta, en particular, los vínculos económicos, organizativos y jurídicos entre las dos entidades jurídicas. En tal situación, dado que la sociedad matriz y su filial forman parte de la misma unidad económica y, por lo tanto, forman una sola empresa, puede adoptarse una decisión sobre multas impuestas contra la sociedad matriz sin que sea necesario probar la participación personal de esta última en la infracción (135).

149. A este respecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el caso concreto, como el controvertido en el litigio principal, en el que una sociedad matriz posee (directa o indirectamente) el 100 % del capital de su filial, que es responsable de una infracción de las normas de competencia de la Unión, en primer lugar, dicha sociedad matriz puede ejercer una influencia decisiva en el comportamiento de dicha filial y, en segundo lugar, existe una refutación (también conocida como «simple») de que esa matriz ejerce efectivamente tal influencia, a menos que la propia sociedad matriz demuestre lo contrario (136).

150. Tal presunción implica, a reserva de su revocación, que se considere que está establecido el ejercicio efectivo de la influencia decisiva de la sociedad matriz sobre su filial, de modo que la primera puede ser considerada responsable del comportamiento de la segunda, sin necesidad de aportar [pruebas adicionales](#)). La sociedad matriz acusada del comportamiento ilícito de su filial es condenada personalmente por una infracción de las normas de competencia de la Unión que se presume que ha cometido ella misma, debido a la influencia dominante que ejerció sobre la filial y que le permitió determinar su comportamiento ([138](#)).

151. De ello se deduce que, en tales condiciones, basta con que una autoridad de competencia demuestre que la totalidad del capital de una filial está en manos de su sociedad matriz para poder presumir que ésta ejerce efectivamente una influencia decisiva en la política comercial de dicha filial. Dicha autoridad podrá entonces responsabilizar solidariamente a la sociedad matriz del pago de la multa impuesta a su filial, a menos que dicha sociedad matriz, que tiene la carga de refutar dicha presunción, presente pruebas suficientes para demostrar que su filial se comporta de forma autónoma en el mercado ([139](#)). Por lo tanto, la aplicación de la presunción de influencia decisiva no está supeditado a la presentación de indicios adicionales relativos al ejercicio efectivo de una influencia de la sociedad matriz ([140](#)).

152. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, la pertenencia al mismo grupo de sociedades que participó directamente en el comportamiento abusivo basta para atribuir la responsabilidad a la sociedad matriz que posee la totalidad del capital de dichas sociedades, sin que sea necesario aportar ninguna prueba adicional, a menos que dicha sociedad matriz aporte pruebas suficientes que demuestren que dichas sociedades se comportaron de forma independiente en el mercado.

153. En el caso de autos, procede que ENEL posee el 100 % del capital de sus filiales SEN y EE. Por consiguiente, ENEL no discute la aplicabilidad de la presunción de influencia dominante, sino únicamente determinados aspectos de dicha solicitud.

154. En primer lugar, alega que la mera presencia de una relación de control no basta por sí sola para penalizar a la sociedad matriz por el comportamiento de una filial, incluso en el caso de un control totalitario. En su opinión, incluso en tal configuración, es necesario cerciorarse de que la sociedad matriz es capaz de ejercer efectivamente una influencia decisiva sobre la filial.

155. En mi opinión, tal alegación no puede acogerse. De la jurisprudencia antes citada se desprende que la presunción de influencia decisiva implica precisamente que el ejercicio efectivo de una influencia dominante se considera establecido, sin necesidad de ad ad o can ad ad o can ad ad o. Una interpretación contraria sería contraria a la eficacia de esta presunción, que se basa en la premisa de que el control totalitario de una filial presupone necesariamente la capacidad (económica) de ejercer tal influencia ([141](#)). El Tribunal de Justicia ha declarado que no es la mera posesión del capital de la filial lo que en sí mismo sustenta esta presunción, sino el grado de control que implica dicha participación ([142](#)).

156. En segundo lugar, ENEL alega que, en el caso de una presunción de desbanco, si la sociedad matriz aporta pruebas que puedan demostrar que la filial operaba de forma autónoma en el mercado, la autoridad de competencia tiene la carga de justificar adecuadamente su posición diferente. En el caso de autos, ENEL niega el hecho de que ejerció una influencia decisiva en la medida en que, tras la reestructuración orgánica del grupo en 2014, ya no desempeñó un papel decisorio u operativo, sino que se limitó a promover sinergias y mejores prácticas entre las distintas *filiales operativas*. A este respecto, presentó determinados documentos que, sin embargo, no fueron tenidos en cuenta o que fueron rechazados sin motivos adecuados por la AGCM.

157. Estas alegaciones exigen tres conjuntos de observaciones.

158. En primer lugar, por lo que respecta a la carga de la prueba, en la medida en que la presunción de influencia decisiva es relativa, está claro que incoar a la sociedad matriz aportar pruebas que demuestren su ausencia ([143](#)). Sin embargo, la mera aportación de tales pruebas no basta para invertir *ipso facto* la carga de la prueba. Sólo la autoridad de competencia puede determinar si una sociedad matriz logra superar la presunción de influencia decisiva demostrando la autonomía de su filial. De ser así, la responsabilidad de la sociedad matriz no puede imputarse únicamente por el hecho de que posee la totalidad del capital de la filial ([144](#)) y la autoridad garante, si decide perseguir a la sociedad matriz, tendrá que basar su responsabilidad en otros elementos concretos de influencia decisiva. Al igual que en el caso de autos, las autoridades de competencia suelen optar por apoyar esta presunción sobre la base de otros elementos fácticos ([145](#)).

159. En segundo lugar, por lo que respecta a la obligación de motivación de la autoridad de competencia, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que una decisión de aplicación del Derecho de la competencia debe contener una motivación suficiente con respecto a cada uno de sus destinatarios, en particular a aquellos que deben soportar las consecuencias de la infracción. Por consiguiente, por lo que respecta a una sociedad matriz considerada responsable del comportamiento ilícito de su filial, tal decisión debe contener una exposición exhaustiva de las razones que justifican la imputabilidad de la infracción a dicha sociedad (146). Cuando tal decisión se basa exclusivamente en la presunción de influencia decisiva, una autoridad de competencia está obligada, para que dicha presunción no se haga absoluta de facto, a exponer adecuadamente las razones por las que los elementos de hecho y de Derecho invocados no bastaban para desbanuar dicha presunción (147).

160. Esta obligación de una autoridad de competencia de motivación de sus decisiones sobre este punto se deriva, en particular, del carácter relativo de la presunción de influencia decisiva. Procede señalar que el Tribunal de Justicia ha declarado que esta presunción tiene por objeto encontrar un equilibrio entre la importancia, por una parte, del objetivo de sancionar los comportamientos contrarios a las normas de competencia y de impedir su repetición y, por otra parte, de las exigencias establecidas por determinados principios generales del Derecho de la Unión, como, en particular, los principios de presunción de inocencia, la personalidad de las penas y la seguridad jurídica, así como los derechos de defensa, incluido el principio de igualdad de armas. Es precisamente por esta razón que es relativo(148). Además, el Tribunal de Justicia declaró que el hecho de que sea difícil adorar las pruebas en contrario necesarias para desbanuar la presunción de influencia decisiva no implica en sí mismo que dicha presunción sea, de facto, absoluta y, por consiguiente, contraria al principio de presunción de inocencia (149).

161. En estas circunstancias, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado que, sin embargo, la Comisión no está obligada, en tal contexto, a adoptar una posición sobre factores manifiestamente fuera de lugar, sin sentido o claramente secundarios (150). Además, esta obligación de motivación no impone necesariamente la obligación de dar una explicación que retrae de forma exhaustiva e individual todos los razonamientos espuestos por las partes en el litigio. Por lo tanto, la motivación puede ser implícita, siempre que permita a los interesados conocer los motivos en los que se basa la decisión y que una autoridad judicial disponga de información suficiente para ejercer su control en el marco de un recurso (151). Estos principios también podrían aplicarse por analogía a las autoridades nacionales de competencia.

162. En tercer lugar, sin ánimo de incidir en la apreciación que finalmente adoptará el órgano jurisdiccional remitente en el litigio principal, procede señalar que el Tribunal de Justicia ya ha tenido la oportunidad de señalar, en primer lugar, que el hecho de que las filiales gozaran (totalmente) de una cierta autonomía en lo que respecta a sus actividades industriales, que la sociedad matriz había desempeñado un papel de mero coordinador técnico y financiero o que había proporcionado a dichas sociedades La ayuda financiera y financiera no basta por sí sola para anular la presunción de influencia decisiva (152). A continuación, el Tribunal de Justicia también ha declarado que el hecho de que una entidad sea una «sociedad financiera de cartera», que no tiene la condición de empresa, no puede afectar a la aplicación de esta presunción contra ella (153). Por último, el Tribunal de Justicia desestimó la alegación de que la aplicación de esta presunción a una sociedad holding infringiría el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, los artículos 17 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 345 TFUE. en la medida en que daría lugar a una diferencia de trato arbitraria e injustificada entre diferentes regímenes de propiedad (154).

163. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo que se responda a la quinta cuestión prejudicial que la pertenencia de una sociedad matriz a un grupo de sociedades compuesto por filiales 100 % de propiedad que han participado directamente en un comportamiento abusivo en el sentido del artículo 102 TFUE basta para presumir que dicha sociedad matriz ejerció una influencia decisiva sobre la política de dichas filiales. de modo que una autoridad de competencia pueda imputar a ella la responsabilidad de esa conducta sin tener que aportar pruebas de su participación en la práctica abusiva. La carga de refutar esa presunción de refutación mediante la presentación de pruebas que demuestren que las filiales se comportaron de forma independiente en el mercado recae en la sociedad matriz. En tal caso, la autoridad garante está obligada a exponer de manera adecuada las razones por las que considera que las pruebas aportadas no son suficientes para desbancar dicha presunción, siempre que no las considere manifiestamente fuera de lugar, carentes de sentido o claramente secundarias.

IV. Conclusión

164. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia):

- 1) El artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que una práctica llevada a cabo por una empresa en posición dominante, con independencia de su legalidad a la luz de ramas del Derecho distintas del Derecho de la competencia, no puede calificarse de abusiva, en el sentido de dicha disposición, por el único hecho de su capacidad para producir un efecto de efecto de efecto de previsión en el mercado de referencia. ya que tal comportamiento no debe asimilarse a un efecto restrictivo de la competencia, a menos que se demuestre que dicha empresa ha utilizado medios distintos de los cubiertos por la competencia en función de los méritos. En principio, una práctica de exclusión que pueda ser replicada por los competidores de una manera económicamente viable no constituye un comportamiento que pueda dar lugar a una exclusión anticompetitiva y, por lo tanto, forma parte de la competencia en función de los méritos.
- 2) El artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que pretende prohibir no sólo las prácticas de exclusión que puedan causar un perjuicio inmediato a los consumidores, que es el objetivo último de dicha disposición, sino también los comportamientos que puedan perjudicarles indirectamente, por afectar a la estructura del mercado y, por lo tanto, en el mantenimiento de una competencia efectiva. Incide en el caso de las autoridades de competencia demostrar que tal práctica de exclusión perjudica a la estructura de la competencia efectiva, comprobando al mismo tiempo que también puede causar un perjuicio real o potencial a dichos consumidores.
- 3) El artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, para demostrar la existencia de un abuso de posición dominante, una autoridad de competencia está obligada a demostrar, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes y teniendo en cuenta, en particular, las pruebas invocadas por la empresa, que el comportamiento de dicha empresa tenía capacidad para restringir la competencia. analizando, en su caso y a este respecto, también las pruebas invocadas por la empresa dominante de que el comportamiento en cuestión no produjo efectos contrarios a la competencia en el mercado de referencia.
- 4) El artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, para calificar de abusiva una práctica de exclusión de una empresa en posición dominante, no es necesario demostrar su intención subjetiva de excluir a sus competidores. No obstante, esta intención puede tenerse en cuenta, como circunstancia de hecho, en particular para demostrar que tal comportamiento puede restringir la competencia. La prueba de una supuesta intención excluyente no implica ninguna inversión de la carga de la prueba del carácter abusivo de esa conducta.
- (5) La pertenencia de una sociedad matriz a un grupo de sociedades compuesto, en particular, por filiales de propiedad al 100 % que han participado directamente en un comportamiento abusivo en el sentido del artículo 102 TFUE basta para presumir que ejerció una influencia decisiva sobre la política de dichas filiales, de modo que una autoridad de competencia podría imputarse la responsabilidad de dicho comportamiento sin tener que aportar pruebas de su participación en la práctica. Abusivo. La carga de refutar esa presunción de refutación mediante la presentación de pruebas que demuestren que las filiales se comportaron de forma independiente en el mercado recae en la sociedad matriz. En tal caso, dicha autoridad está obligada a exponer de manera adecuada las razones por las que considera que las pruebas aportadas no son suficientes para desbanuar dicha presunción, siempre que no la considere manifiestamente fuera de lugar, carezca de sentido o claramente secundaria.

1 Lengua original: francés.

2 [Nota irrelevante para el lector italiano].

[3](#) Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2009, *France Télécom/Comisión* (C-202/07 P; en lo que admisión; en lo que ad. «France Télécom», EU:C:2009:214); de 14 de octubre de 2010, *Deutsche Telekom/Comisión* (C-280/08 P; en lo que ad://s) sentencia *Deutsche Telekom I*, EU:C:2010:603; de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark* (C-209/10; en lo que a sentencia *Post Danmark I*), EU:C:2012:172; de 25 de marzo de 2021, *Deutsche Telekom/Comisión* (C-152/19 P; en lo que ad://s) sentencia *Deutsche Telekom II*, EU:C:2021:238; y del Tribunal General de 29 de marzo de 2012, *Telefónica y Telefónica de España/Comisión* (T-336/07, EU:T:2012:172), y de 17 de diciembre de 2015, *Orange Polska/Comisión* (T-486/11, EU:T:2015:1002). A menudo, estos asuntos también se corresponden en términos de infracción del artículo 106 TFUE, apartado 1, en relación con el artículo 102 TFUE [véanse las sentencias de 25 de marzo de 2015, *Slovenská pošta/Comisión* (T-556/08, EU:T:2015:189), y de 15 de diciembre de 2016, *DEI/Comisión* (T-169/08 RENV, EU:T:2016:733)].

[4](#) Para un ejemplo de la práctica nacional de toma de decisiones, véase la Decisión n.º 13-D-20, de 17 de diciembre de 2013, de la autoridad de competencia francesa sobre el comportamiento de EDF en el ámbito de los servicios destinados a la producción de electricidad fotovoltaica (apartados 286 a 293 y 294 a 296).

[5](#) Sentencia de 17 de febrero de 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09; en lo que ad. «Sentencia *TeliaSonera*», EU:C:2011:83).

[6](#) Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Post Danmark* (C-23/14; en lo que a «sentencia *Post Danmark II*», EU:C:2015:651).

[7](#) Sentencia de 6 de septiembre de 2017, *Intel/Comisión* (C-413/14 P; en lo que ad://s) se dicta en el apartado E-S. *Intel*, EU:C:2017:632).

[8](#) Sentencia de 30 de enero de 2020, *Generics (UK) y otros* (C-307/18; en lo que se refiere a *Generics (UK)*», EU:C:2020:52).

[9](#) Para aclarar la terminología relativa al concepto de competencia «normal», véase el punto 53 de las presentes conclusiones.

[10](#) *Generics (UK)*, apartado 148, y *Deutsche Telekom II* (apartado 72). Véanse también las sentencias de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión* (85/76; en lo que admisión, «sentencia *Hoffmann-La Roche*», EU:C:1979:36), apartado 91; de 3 de julio de 1991, *AKZO/Comisión* (C-62/86; en lo que a sentencia *AKZO*; EU:C:1991:286), apartado 69; de 6 de diciembre de 2012, *AstraZeneca/Comisión* (C-457/10 P; en lo que a://s) sentencia *AstraZeneca*(S:C:2012:770), apartado 74, y *Post Danmark II* (apartado 26).

[11](#) – *AstraZeneca*, antes citada, apartado 132. Véanse también las conclusiones del Abogado General Mazák presentadas en el asunto *AstraZeneca/Comisión* (C-457/10 P, EU:C:2012:293), punto 78.

[12](#) Véase, a este respecto, la Decisión del Bundeskartellamt (Autoridad Federal de la Competencia, Alemania) B6-22/15, de 6 de febrero de 2019, por la que también se consideró que una infracción del Derecho de la competencia se declaraba también una infracción del Derecho de la competencia un comportamiento que no se ajustara a las normas jurídicas en materia de protección de datos personales (asunto que dio lugar a la petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior Regional), Düsseldorf, Alemania), el 22 de abril de 2021, en el asunto C-252/21, *Facebook Inc. y a.v Bundeskartellamt*].

[13](#) Véase el punto 15 de las presentes conclusiones.

[14](#) Véase, a este respecto, el punto 115 de las presentes conclusiones.

[15](#) Véase el punto 34 de las presentes conclusiones.

[16](#) Véanse, en particular, las sentencias de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión* (322/81; en lo que se refiere a la sentencia *Michelin I*; EU:C:1983:313), apartado 57; *Post Danmark I* (apartado 23) e *Intel* (apartado 135).

[17](#) Tradicionalmente, se distingue entre las prácticas de exclusión (es decir, los intentos ilícitos de excluir del mercado a las empresas competidoras) y las prácticas de explotación (es decir, la explotación directa de los consumidores, por ejemplo, a través de precios excesivos). Sobre esta distinción, véanse las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en el asuntos acumulados *Sot. Lélos kai Sia* y otros (C-468/06 a C-478/06, EU:C:2008:180), punto 74.

[18](#) Véanse las normas *TeliaSonera*, apartado 64, *Intel*, apartado 138, y *Generics (UK)*, apartado 154.

[19](#) Véanse las sentencias *TeliaSonera*, antes citada, apartado 68, y *Generics (UK)*, apartado 154.

[20](#) *Post Danmark II*, apartado 65.

[21](#) – Sentencia *TeliaSonera*, apartados 64 y 66.

[22](#) Véase, en este sentido, el apartado 19 de la Comunicación de la Comisión — Directrices sobre las prioridades de la Comisión en la aplicación del artículo 82 [CE] a los comportamientos abusivos de las empresas dominantes destinados a excluir a los competidores (DO 2009, C 45, p. 7; en lo que a saber, «Directrices»).

[23](#) *Intel* (apartados 133 y 134, el subrayado es mío). Véase también la sentencia *Post Danmark I*, antes citada, apartados 21 a 23 y jurisprudencia citada.

[24](#) V. sentenze *TeliaSonera* (punti 75 e 76) e *Intel* (punto 140).

[25](#) V. sentenze del 15 marzo 2007, *British Airways/Commissione* (C-95/04 P; in prosieguro: la «sentenza *British Airways*», EU:C:2007:166, punto 86); *Post Danmark I* (punti 40 e 41) e *Intel* (punto 140).

[26](#) Sentenza *Intel* (punto 140).

[27](#) Nelle loro osservazioni, il SEN, la EE e la Commissione propongono di rispondere a tale questione dichiarando che l'effetto (potenzialmente) restrittivo della concorrenza non è da solo sufficiente a qualificare una pratica come abusiva ai sensi dell'articolo 102 TFUE e che sarebbe necessario un *quid pluris* di anti-giuridicità, consistente nel ricorso a mezzi diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza fondata sui meriti. Per contro, l'AGCM, AIGET, la Green Network nonché i governi italiano e norvegese concordano nell'affermare che la nozione di sfruttamento abusivo di una posizione dominante non esige la prova di una

specifica componente di anti-giuridicità che si aggiunga all'effetto restrittivo reale o potenziale del comportamento dell'impresa.

[28](#) V., in tal senso, sentenze *Post Danmark II* (punto 29) e *Generics (UK)* (punti 151 e 154).

[29](#) Sentenze *Hoffmann-La Roche* (punto 91) e *Deutsche Telekom II* (punto 41).

[30](#) V. sentenze del 14 febbraio 1978, *United Brands e United Brands Continentaal/Commissione* (27/76; in prosieguo: la «sentenza *United Brands*», EU:C:1978:22, punto 189), e del 1° aprile 1993, *BPB Industries e British Gypsum/Commissione* (T-65/89, EU:T:1993:31, punto 94).

[31](#) Sentenze del 1° aprile 1993, *BPB Industries e British Gypsum/Commissione* (T-65/89, EU:T:1993:31, punto 113), e del 7 ottobre 1999, *Irish Sugar/Commissione* (T-228/97, EU:T:1999:246, punto 111).

[32](#) Termini utilizzati inizialmente dalla Corte nella sentenza *AKZO* (punto 70). V., più recenti, sentenze *Deutsche Telekom I* (punti 83, 176 e 177) e *Intel* (punti 135 e 136).

[33](#) Riferito alla concorrenza, «normale» è un termine che potrebbe creare confusione, nella misura in cui pratiche abitualmente lecite, ordinarie e conformi alla moralità di un mercato, che potrebbero dunque essere descritte come «normali», possono cionondimeno violare l'articolo 102 TFUE se vengono attuate da un'impresa in posizione dominante, a causa della «responsabilità particolare» di quest'ultima (v. paragrafi 58 e 59 delle presenti conclusioni).

[34](#) Ad esempio, l'applicazione di un prezzo basso, sufficientemente basso, può eliminare un concorrente, ma sarebbe coerente con il gioco della concorrenza, in quanto a vantaggio del consumatore. Tuttavia, il prezzo può essere a tal punto basso (predatore) da essere lesivo per i consumatori a lungo termine, dopo l'esclusione del concorrente dal mercato.

[35](#) Sentenze *Continental Can* (punto 26), *Deutsche Telekom I* (punto 173) e *TeliaSonera* (punto 26).

[36](#) A quanto mi consta, l'unico tipo di comportamento per il quale esiste una presunzione semplice di restrizione della concorrenza che dà luogo ad un'inversione dell'onere della prova è quello degli sconti fedeltà esclusivi, vale a dire riduzioni subordinate alla condizione che il cliente – indipendentemente dal volume di tali acquisti – si rifornisca per la totalità o per una parte considerevole del suo fabbisogno esclusivamente presso l'impresa in posizione dominante (v. sentenza *Intel*, punto 137).

[37](#) V., in tal senso, sentenza *AstraZeneca* (punto 106).

[38](#) Per una panoramica generale dell'applicazione dell'«effects-based approach» nel diritto della concorrenza, v., Bourgeois, J. e Waelbroeck, D., *Ten years of effects-based approach in EU competition law: state of play and perspectives*, Bruylant, 2013, nonché Ibáñez Colomo, P., *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 17, n. 2, 2021, pagg. da 309 a 363.

[39](#) Sentenze del 14 novembre 1996, *Tetra Pak/Commissione* (C-333/94 P, EU:C:1996:436, punto 24), e del 16 marzo 2000, *Compagnie maritimes belges transports e a./Commissione* (C-395/96 P e C-396/96 P, EU:C:2000:132, punto 114).

[40](#) Sentenze Michelin I (punto 57), Post Danmark I (punti da 21 a 23) e Intel (punto 135).

[41](#) Sentenza United Brands (punto 189).

[42](#) V. sentenze del 30 settembre 2003, Atlantic Container Line e a./Commissione (T-191/98 e da T-212/98 a T-214/98, EU:T:2003:245, punti 1124 e 1460), e del 23 ottobre 2003, Van den Bergh Foods/Commissione (T-65/98, EU:T:2003:281, punto 159).

[43](#) Sentenza Michelin I (punto 57, il corsivo è mio).

[44](#) Sentenza del 19 aprile 2012, Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P; in prosieguo: la «sentenza Tomra», EU:C:2012:221, punto 68).

[45](#) V. paragrafo 128 delle presenti conclusioni.

[46](#) Sentenze TeliaSonera (punto 88) e AKZO (punto 71).

[47](#) V., in tal senso, sentenza AstraZeneca (punto 130).

[48](#) Sentenza del 18 novembre 2020, Lietuvos geležinkeliai/Commissione (T-814/17, EU:T:2020:545, punti da 292 a 299).

[49](#) V., in tal senso, Orientamenti, punto 5.

[50](#) Sentenza Deutsche Telekom I (punto 230 e la giurisprudenza ivi citata). Per questa ragione, nell'ambito del procedimento di separazione dell'operatore storico, è essenziale distinguere nettamente tra le attività legate al monopolio e quelle legate al mercato libero, a livello al tempo stesso giuridico, materiale, contabile, finanziario e commerciale.

[51](#) Sentenza Intel (punto 136).

[52](#) Tale regola non è tuttavia assoluta, dal momento che esistono situazioni in cui, da un lato, un comportamento non replicabile da un concorrente altrettanto efficiente rientra comunque nella nozione di concorrenza basata sui meriti (v., ad esempio, il rifiuto di fornire un input essenziale ad un cliente che non sarebbe in grado di remunerare adeguatamente, oppure le attività di ricerca e sviluppo che consentono ad un'impresa di brevettare e sfruttare un'invenzione unica e non riproducibile). Dall'altro, in taluni casi particolari, un comportamento che può essere riprodotto da un concorrente altrettanto efficiente non rientra necessariamente nella concorrenza basata sui meriti (v., ad esempio, la presentazione di dichiarazioni ingannevoli ad autorità pubbliche [sentenza AstraZeneca (punto 18)]).

[53](#) Sentenza Post Danmark II (punto 55 e la giurisprudenza ivi citata).

[54](#) V., in tal senso, Orientamenti, punti da 23 a 27. La Corte ha stabilito che non sussiste alcun obbligo giuridico di fondarsi sistematicamente sul test CAE per accertare il carattere abusivo di una pratica; tale test è solo uno strumento utile. Esso sarebbe irrilevante nell'ipotesi in cui la struttura del mercato rendesse

praticamente impossibile la comparsa di un concorrente altrettanto efficiente, come nell'ambito di un mercato caratterizzato, da un lato, dalla detenzione, da parte del monopolista legale, di una quota di mercato estremamente elevata e, dall'altro, da un accesso tutelato da elevate barriere [sentenza Post Danmark II (punti da 57 a 61)].

[55](#) Sentenza Post Danmark II (punto 53). Tuttavia, anche i costi e i prezzi dei concorrenti su questo stesso mercato possono assumere rilievo, laddove non sia possibile, tenuto conto delle circostanze, fare riferimento a prezzi dell'impresa dominante; per esempio, qualora la struttura dei costi dell'impresa dominante non sia identificabile per ragioni obiettive [sentenza TeliaSonera (punto 45)].

[56](#) Sentenza TeliaSonera (punti da 42 a 44).

[57](#) Sentenza del 26 novembre 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, punti 44 e 45).

[58](#) V. Orientamenti, punti 54 e 61.

[59](#) Infatti, nella specie, la EE avrebbe ottenuto, tramite l'impiego delle liste SEN, appena lo 0,002% degli utenti del mercato tutelato (v. paragrafo 22 delle presenti conclusioni).

[60](#) V. sentenza Post Danmark II (punti 47 e 65) e paragrafo 41 delle presenti conclusioni.

[61](#) V. paragrafo 64 delle presenti conclusioni.

[62](#) Sentenza del 3 marzo 2020, Vodafone Magyarország (C-75/18, EU:C:2020:139, punto 34).

[63](#) Il giudice del rinvio cita, a tal riguardo, gli Orientamenti, punto 19.

[64](#) Il giudice del rinvio cita, a tal riguardo, le sentenze British Airways (punti 66 e 106) e France Télécom (punti da 104 a 107), nonché la sentenza del 6 ottobre 2009, GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P; in prosieguo: la «sentenza GSK», EU:C:2009:610, punto 63).

[65](#) V., in tal senso, sentenza del 23 gennaio 2018, F. Hoffmann-La Roche e a. (C-179/16, EU:C:2018:25, punti 44 e 45 e la giurisprudenza ivi citata).

[66](#) V., più precisamente, paragrafo 102 delle presenti conclusioni.

[67](#) V. Orientamenti, punto 7, e nota 16 delle presenti conclusioni.

[68](#) V., in tal senso, sentenza del 21 febbraio 1973, Europemballage e Continental Can/Commissione (6/72; in prosieguo: la «sentenza Continental Can», EU:C:1973:22, punto 26). Tuttavia, può verificarsi una sovrapposizione fra le pratiche di esclusione e quelle di sfruttamento, fermo restando che, con il tempo, ogni strategia escludente può sfociare in uno sfruttamento (v., al riguardo, Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, 3^a ed., LGDJ, 2020, punti da 1000 a 1002).

[69](#) V., in tal senso, sentenze Continental Can (punto 26), Hoffmann-La Roche (punto 38), France Télécom (punto 103) e Deutsche Telekom I (punto 170).

[70](#) V., in tal senso, sentenza TeliaSonera (punto 22 e la giurisprudenza ivi citata).

[71](#) Sentenze del 16 settembre 2008, Sot. Léloukas e a. (da C-468/06 a C-478/06, EU:C:2008:504, punto 68), nonché Deutsche Telekom I (punto 180).

[72](#) Sentenza Hoffmann-La Roche (punto 91, il corsivo è mio), citata reiteratamente nella giurisprudenza (v., in particolare, nota 9).

[73](#) V. il documento di riflessione della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 82 CE alle pratiche di esclusione, del dicembre 2005, intitolato «DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses».

[74](#) V., in tal senso, sentenze Deutsche Telekom I (punto 177), TeliaSonera (punti da 31 a 33, 39, 40, 43, 63, 64, 70 e 73) nonché Post Danmark I (punto 21).

[75](#) Sentenza Intel (punto 134, il corsivo è mio).

[76](#) V. Orientamenti, punti 6 e 23.

[77](#) V., in tal senso, sentenze Continental Can (punto 25) e GSK (punto 63).

[78](#) V., in tal senso, sentenze Continental Can (punto 26), Hoffmann-La Roche (punto 125), British Airways (punti 106 e 107), France Télécom (punto 105), Deutsche Telekom I (punto 176), TeliaSonera (punto 24) e Post Danmark I (punto 20).

[79](#) V., in tal senso, conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa T-Mobile Netherlands e a. (C-8/08, EU:C:2009:110, paragrafo 71) e sentenza del 7 giugno 2006, Österreichische Postsparkasse und Bank für Arbeit und Wirtschaft/Commissione (T-213/01 e T-214/01, EU:T:2006:151, punto 115). V., sempre in tal senso, sentenza del 14 dicembre 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e a./Commissione (da T-259/02 a T-264/02 e T-271/02, EU:T:2006:396, punto 99), che ha rilevato come, nell'ambito dell'articolo 101 TFUE, tale scopo ultimo emerge, in particolare, dalla lettera dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE.

[80](#) Sentenza Post Danmark I (punto 24, il corsivo è mio).

[81](#) Sentenza Intel (punto 134, il corsivo è mio).

[82](#) Sentenze Post Danmark I (punti 40 e 41, il corsivo è mio) e Intel (punto 140).

[83](#) V. Orientamenti punti 5 e 6.

[84](#) V. comunicazioni della Commissione sulle Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo [101, paragrafo 1, TFUE] (GU 2004, C 101, pag. 97), punto 13, e sugli Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU 2008, C 265, pag. 6), punto 16. V., parimenti, discorso della commissaria N. Kroes del 15 settembre 2005, intitolato «European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices», nell'ambito dell'«European Consumer and Competition Day».

[85](#) Sentenza *British Airways* (punti 106 e 107). Tuttavia, per taluni tipi di abuso, la prova connessa ad un pregiudizio immediato fa parte della valutazione del carattere abusivo. In tal senso, la Corte ha ritenuto che, «affinché il rifiuto di un'impresa titolare di un diritto di autore di dare accesso ad un prodotto o ad un servizio indispensabile per esercitare una data attività possa essere qualificato abusivo, è sufficiente che siano integrate tre condizioni cumulative, e cioè che tale rifiuto costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto *per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori*, che sia ingiustificato e idoneo a escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato» [v. sentenza del 6 aprile 1995, RTE e ITP/Commissione, detta «sentenza Magill» (C-241/91 P e C-242/91 P, EU:C:1995:98), come riassunta ai punti da 32 a 38 della sentenza del 29 aprile 2004, IMS Health (C-418/01, EU:C:2004:257, il corsivo è mio)].

[86](#) V. sentenza del 10 luglio 2014, *Telefónica e Telefónica de España/Commissione* (C-295/12 P; in prosieguo: la «sentenza Telefónica», EU:C:2014:2062, punto 124).

[87](#) V. conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa *British Airways/Commissione* (C-95/04 P, EU:C:2006:133, paragrafo 68).

[88](#) A tal riguardo rilevo che, in conformità dell'articolo 17, paragrafo 2, della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea (GU 2014, L 349, pag. 1), si presume che solo le violazioni consistenti in cartelli causino un danno.

[89](#) V. Orientamenti, punto 19 e nota 15.

[90](#) V., in particolare, sentenza *Intel* (punto 134 e la giurisprudenza ivi citata) nonché Orientamenti, punto 6.

[91](#) Ad esempio, nella pratica dei prezzi predatori, la fissazione di prezzi inferiori ai costi favorirebbe chiaramente i consumatori (certamente a breve termine), a meno che e fino a che le perdite non siano recuperate applicando prezzi più elevati in una fase successiva. Tuttavia, una pratica di prezzi predatori può essere condannata ai sensi dell'articolo 102 TFUE senza prova del recupero delle perdite, poiché può provocare un'uscita o un'emarginazione del rivale che modifica la struttura della concorrenza in maniera tale da rendere possibile un pregiudizio per i consumatori (v. sentenza *France Télécom*, punti da 110 a 112).

[92](#) V., in tal senso, sentenze *British Airways* (punti 106 e 107) nonché *Telefónica* (punto 124). V. anche paragrafi 41 e 104 delle presenti conclusioni.

[93](#) Sentenza *TeliaSonera* (punto 65). V., in tal senso, sentenze *Deutsche Telekom I* (punto 254) e del 30 gennaio 2020, *České dráhy/Commissione* (C-538/18 P e C-539/18 P, non pubblicata, EU:C:2020:53, punto 70).

[94](#) Sentenza Tomra (punto 68, il corsivo è mio).

[95](#) Sentenza Post Danmark II (punto 69, il corsivo è mio).

[96](#) Sentenza Post Danmark II (punti 73 e 74, il corsivo è mio).

[97](#) Sentenza Intel (punti 138 e 139, il corsivo è mio).

[98](#) Sentenza Generics (UK) (punto 154, il corsivo è mio).

[99](#) Conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa Intel Corporation/Commissione (C-413/14 P, EU:C:2016:788, paragrafo 115).

[100](#) V. parimenti conclusioni dell'avvocato generale Mazák nella causa AstraZeneca/Commissione (C-457/10 P, EU:C:2012:293, paragrafo 64).

[101](#) V., in tal senso, sentenza del 29 marzo 2012, Telefónica e Telefónica de España/Commissione (T-336/07, EU:T:2012:172, punto 272).

[102](#) V., in tal senso, sentenza AstraZeneca (punto 110).

[103](#) V., in tal senso, sentenza TeliaSonera (punto 44).

[104](#) Sentenza Intel (punti 138 e 139).

[105](#) Sentenza Intel (punto 140).

[106](#) Sentenza Post Danmark II (punto 65) e paragrafo 41 delle presenti conclusioni.

[107](#) Tale questione è stata esaminata dall'avvocato generale Wahl nelle sue conclusioni nella causa Intel Corporation/Commissione (C-413/14 P, EU:C:2016:788, paragrafi 117 e 118). A suo avviso, lo scopo della valutazione della capacità è di verificare se, *con tutta probabilità*, il comportamento addebitato abbia un effetto di preclusione anticoncorrenziale. Ciò significa che la probabilità deve essere *ben più di una semplice possibilità* che un determinato comportamento possa restringere la concorrenza. Per contro, semplicemente non è sufficiente che sia più probabile la sussistenza di un effetto preclusivo rispetto alla sua insussistenza. V., tuttavia, a tal riguardo, conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:343, paragrafo 82).

[108](#) V. Orientamenti, punto 20. Osservo, tuttavia, che tale testo si limita a circoscrivere l'approccio della Commissione quanto alla scelta dei casi che essa intende perseguire in modo prioritario, cosicché la prassi amministrativa seguita da quest'ultima non ha effetto vincolante per le autorità della concorrenza e per i giudici nazionali.

[109](#) Il giudice del rinvio fa riferimento al riguardo alle sentenze del 30 settembre 2003, Michelin/Commissione (T-203/01, EU:T:2003:250, punto 241), e del 30 gennaio 2007, France Télécom/Commissione (T-340/03, EU:T:2007:22, punto 195).

[110](#) V. paragrafo 34 delle presenti conclusioni.

[111](#) V. sentenze Continental Can (punto 29) e del 9 settembre 2009, Clearstream/Commissione (T-301/04, EU:T:2009:317, punto 141).

[112](#) Sentenza Tomra (punto 21).

[113](#) L'intento dell'impresa dominante di escludere un concorrente può eccezionalmente costituire un elemento di prova necessario dell'esistenza dell'infrazione. Ciò avviene, da un lato, in talune ipotesi di pratiche di prezzi predatori quando i prezzi di vendita sono inferiori alla media dei costi totali, i quali comprendono i costi fissi e quelli variabili, ma superiori alla media dei costi variabili, situazione nella quale la Corte ha ammesso che tali prezzi sono da considerare illeciti «allorché sono fissati nell'ambito di un disegno inteso a eliminare un concorrente» [v. sentenze AKZO, punto 72), Tetra Pak/Commissione (punto 41) e France Télécom (punto 109)]; e, dall'altro, nell'ambito di controversie cosiddette «vessatorie»: la Commissione ha infatti stabilito due criteri cumulativi per poter determinare i casi nei quali un'azione giudiziaria è abusiva e il secondo criterio consiste nello stabilire se l'azione sia «concepita nell'ambito di un piano avente lo scopo di eliminare la concorrenza» [v. sentenza del 17 luglio 1998, ITT Promedia/Commissione (T-111/96, EU:T:1998:183, punto 55)]. Tuttavia, anche in siffatti casi eccezionali, l'elemento soggettivo non è sufficiente di per sé a dimostrare l'illegittimità del comportamento.

[114](#) Sentenze Tomra (punti da 18 a 21) nonché Generics (UK) (punti 162 e 164).

[115](#) V. Orientamenti, punto 20.

[116](#) Sentenza TeliaSonera (punto 88). V., a tal riguardo, paragrafo 62 delle presenti conclusioni.

[117](#) Come le pratiche di prezzi predatori [sentenza AKZO (punto 72)] e gli sconti fedeltà [v. sentenza del 16 marzo 2000, Compagnie maritimes belges transports e a./Commissione (C-395/96 P e C-396/96 P, EU:C:2000:132)]; anche nell'ambito di accordi di esclusiva [v. sentenza Tomra (punti 19 e 21)].

[118](#) Per esempio, qualora l'impresa dominante esperisca azioni vessatorie dinanzi ai giudici nazionali [v. sentenza del 17 luglio 1998, ITT Promedia/Commissione (T-111/96, EU:T:1998:183, punto 55)] oppure inganni le pubbliche autorità al fine di escludere produttori di medicinali generici [v. sentenza del 1° luglio 2010, AstraZeneca/Commissione (T-321/05, EU:T:2010:266, punto 359)]; v. anche le cause cosiddette «pay for delay» [v. sentenza Generics (UK) (punto 161)].

[119](#) V., in tal senso, conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa Intel Corporation/Commissione (C-413/14 P, EU:C:2016:788, paragrafo 128).

[120](#) Sentenza Intel (punto 139 e la giurisprudenza ivi citata, il corsivo è mio).

[121](#) V., in tal senso, sentenza del 30 gennaio 2007, France Télécom/Commissione (T-340/03, EU:T:2007:22, punto 202).

[122](#) Sentenza Tomra (punto 12). V. anche Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 (GU 2006, C 210, pag. 2), punti 27 e 29.

[123](#) V., in tal senso, conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa Intel Corporation/Commissione (C-413/14 P, EU:C:2016:788, paragrafo 128).

[124](#) V., in tal senso, conclusioni dell'avvocato generale Mazák nella causa Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:55, paragrafo 10).

[125](#) V., in tal senso, sentenza Tomra (punto 22).

[126](#) Osservo che la questione, nei termini in cui è sollevata, riguarda tutte le società appartenenti allo stesso gruppo, indipendentemente dal legame di controllo con le società che hanno partecipato al comportamento abusivo. Nella misura in cui, nell'ambito della controversia di cui al procedimento principale, tale questione si pone unicamente rispetto alla responsabilità della società madre del gruppo, propongo di riformularla in modo da contemplare le norme relative all'imputabilità della responsabilità a una controllante che, come nella specie, detiene la totalità del capitale delle controllate che hanno commesso l'infrazione.

[127](#) Secondo tale presunzione, una controllante che detiene il 100% delle sue controllate che hanno violato le regole di concorrenza esercita un'influenza determinante sul comportamento di queste ultime e può essere ritenuta responsabile per tale violazione allo stesso titolo delle sue controllate (in prosieguo: la «presunzione di influenza determinante», v. paragrafo 149 delle presenti conclusioni).

[128](#) V. sentenza del 4 marzo 2020, Schenker (C-655/18, EU:C:2020:157, punto 22).

[129](#) V., a tal riguardo, punti 260 e 261 della decisione controversa, la cui versione pubblica è disponibile (in lingua italiana) sul sito Internet dell'AGCM.

[130](#) Le regole in materia di imputazione sono state richiamate segnatamente nelle sentenze del 10 settembre 2009, Akzo Nobel e a./Commissione (C-97/08 P, EU:C:2009:536), e del 27 aprile 2017, Akzo Nobel e a./Commissione (C-516/15 P, EU:C:2017:314).

[131](#) Sentenza del 27 aprile 2017, Akzo Nobel e a./Commissione (C-516/15 P, EU:C:2017:314, punto 46 e la giurisprudenza ivi citata).

[132](#) Sentenza Deutsche Telekom II (punto 72 e la giurisprudenza ivi citata).

[133](#) Sentenza Deutsche Telekom II (punto 73 e la giurisprudenza ivi citata).

[134](#) Sentenza Deutsche Telekom II (punto 74 e la giurisprudenza ivi citata).

[135](#) Sentenza del 15 aprile 2021, Italmobiliare e a./Commissione (C-694/19 P, non pubblicata; in prosieguo: la «sentenza Italmobiliare», EU:C:2021:286, punto 54 e la giurisprudenza ivi citata). V. anche

sentenze del 14 luglio 1972, Imperial Chemical Industries/Commissione (48/69, EU:C:1972:70, punto 140), e Deutsche Telekom II (punto 94).

[136](#) V. sentenza Italmobiliare (punti 47 e 55 e la giurisprudenza ivi citata).

[137](#) Sentenza Italmobiliare (punto 55). V., in tal senso, sentenza del 16 giugno 2016, Evonik Degussa e AlzChem/Commissione (C-155/14 P, EU:C:2016:446, punto 30).

[138](#) Sentenza Italmobiliare (punto 56 e la giurisprudenza ivi citata).

[139](#) Sentenza Italmobiliare (punto 48 e la giurisprudenza ivi citata).

[140](#) Sentenza del 27 gennaio 2021, The Goldman Sachs Group/Commissione (C-595/18 P; in prosieguo: la «sentenza Goldman Sachs», EU:C:2021:73, punto 33 e la giurisprudenza ivi citata).

[141](#) V., in tal senso, sentenza del 13 settembre 2013, Total Raffinage Marketing/Commissione (T-566/08, EU:T:2013:423, punti 501 e 502).

[142](#) Sentenza Goldman Sachs (punto 35).

[143](#) V. sentenza del 16 giugno 2016, Evonik Degussa e AlzChem/Commissione (C-155/14 P, EU:C:2016:446, punti da 32 a 34).

[144](#) Sentenza del 28 ottobre 2020, Pirelli & C./Commissione (C-611/18 P, non pubblicata, EU:C:2020:868, punto 74).

[145](#) V., in tal senso, sentenza Goldman Sachs (punto 40 e la giurisprudenza ivi citata).

[146](#) V., per analogia, sentenza del 2 ottobre 2003, Aristrain/Commissione (C-196/99 P, EU:C:2003:529, punti da 93 a 101).

[147](#) V., in tal senso, sentenze del 29 settembre 2011, Elf Aquitaine/Commissione (C-521/09 P, EU:C:2011:620, punto 153); del 14 settembre 2017, LG Electronics e Koninklijke Philips Electronics/Commissione (C-588/15 P e C-622/15 P, EU:C:2017:679, punto 87), e del 28 ottobre 2020, Pirelli & C./Commissione (C-611/18 P, non pubblicata, EU:C:2020:868, punto 45).

[148](#) V. sentenze dell'8 maggio 2013, Eni/Commissione (C-508/11 P, EU:C:2013:289, punti da 57 a 59), e Italmobiliare (punto 57).

[149](#) Sentenza Italmobiliare (punto 58 e la giurisprudenza ivi citata).

[150](#) V. sentenze del 29 settembre 2011, Elf Aquitaine/Commissione (C-521/09 P, EU:C:2011:620, punto 154 e la giurisprudenza ivi citata), e del 28 ottobre 2020, Pirelli & C./Commissione (C-611/18 P, non pubblicata, EU:C:2020:868, punto 46).

[151](#) V., per analogia, sentenza del 26 novembre 2013, Groupe Gascogne/Commissione (C-58/12 P, EU:C:2013:770, punti da 37 a 39).

[152](#) Sentenza dell'8 maggio 2013, Eni/Commissione (C-508/11 P, EU:C:2013:289, punto 64).

[153](#) Sentenza Italmobiliare (punto 41).

[154](#) Sentenza Italmobiliare (punti 62 e 63).