ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

12 mei 2022 *

„Prejudiciële verwijzing – Mededinging – Machtspositie – Misbruik – Artikel 102 VWEU – Gevolgen van een praktijk op het welzijn van de consumenten en op de structuur van de markt – Uitsluitingsmisbruik – Vermogen van een praktijk om uitsluitingseffecten teweeg te brengen – Gebruik van andere middelen dan die welke berusten op mededinging op basis van verdienste – Onmogelijkheid voor een hypothetische concurrent die even efficiënt is om de praktijk te reproduceren – Bestaan van een bedoeling om de mededinging te beperken – Openstelling van de elektriciteitsmarkt voor mededinging – Overdracht van commercieel gevoelige informatie binnen een groep ondernemingen met het oog op het behoud op een markt van een machtspositie die is overgeërfd uit een wettelijk monopolie – Toerekenbaarheid van het gedrag van de dochteronderneming aan de moedermaatschappij”

In zaak C-377/20,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) bij beslissing van 21 mei 2020, ingekomen bij het Hof op 29 juli 2020, in de procedure

Servizio Elettrico Nazionale SpA,

ENEL SpA,

Enel Energia SpA

tegen

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e.a.,

in tegenwoordigheid van:

Green Network SpA,

Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET,

Ass.ne Codici – Centro per i Diritti del Cittadino,

Associazione Energia Libera,

Metaenergia SpA,

* Procestaal: Italiaans.

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: E. Regan (rapporteur), president van de Vijfde kamer, K. Lenaerts, president van het Hof, waarnemend rechter van de Vijfde kamer, C. Lycourgos, president van de Vierde kamer, I. Jarukaitis en M. Ilešič, rechters,

advocaat-generaal: A. Rantos,

griffier: C. Di Bella, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 9 september 2021,

gelet op de opmerkingen van:

– Servizio Elettrico Nazionale SpA, vertegenwoordigd door M. D'Ostuni, A. Police en M. Russo, avvocati,

– ENEL SpA, vertegenwoordigd door M. Clarich en V. Meli, avvocati,

– Enel Energia SpA, vertegenwoordigd door F. Anglani, C. Tesauro, S. Fienga en M. Contu, avvocati,

– Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, vertegenwoordigd door G. Aiello, avvocato dello Stato,

– Green Network SpA, vertegenwoordigd door V. Cerulli Irelli, C. Mirabile en A. Fratini, avvocati,

– Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET, vertegenwoordigd door G. d'Andria, avvocato,

– de Duitse regering, vertegenwoordigd door J. Möller en D. Klebs als gemachtigden,

– de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door G. Galluzzo en S. Fiorentino, avvocati dello Stato,

– het Koninkrijk Noorwegen, vertegenwoordigd door L. Furuholmen, K. Hallsjø Aarvik, K. S. Borge, E. W. Sandaa en P. Wennerås als gemachtigden,

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Conte, P. Rossi en C. Sjödin als gemachtigden,

– de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, vertegenwoordigd door C. Simpson en M. Sánchez Rydelski als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 9 december 2021,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 102 VWEU.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van gedingen tussen Servizio Elettrico Nazionale SpA (hierna: „SEN”), haar moedermaatschappij ENEL SpA en haar zusteronderneming Enel Energia SpA (hierna: „EE”) enerzijds, en de Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (mededingings- en marktautoriteit, Italië; hierna: „AGCM”) en andere partijen anderzijds, over het besluit van deze autoriteit om deze vennootschappen op grond van artikel 102 VWEU een geldboete op te leggen wegens misbruik van een machtspositie (hierna: „bestreden besluit”).

Hoofdgedingen en prejudiciële vragen

3 De onderhavige zaak speelt in het kader van de geleidelijke liberalisering van de markt voor de verkoop van elektrische energie in Italië.

4 Sinds 1 juli 2007 kunnen alle gebruikers van het Italiaanse elektriciteitsnet, met inbegrip van huishoudens en kleine en middelgrote ondernemingen, hun leverancier kiezen. De openstelling van deze markt werd in eerste instantie echter gekenmerkt door een onderscheid tussen enerzijds de afnemers die in aanmerking kwamen om op de vrije markt een andere leverancier te kiezen dan hun territoriaal bevoegde distributeur, en anderzijds de afnemers op de beschermde markt, bestaande uit particulieren en kleine ondernemingen die niet in staat werden geacht om met volledige kennis van zaken of in een sterke positie over hun leveringscontracten te onderhandelen, en die derhalve bleven vallen onder een gereguleerd stelsel, te weten de *servizio di maggior tutela* (versterkt beschermde dienst). Met dit stelsel werd een markt gecreëerd waarin de vaststelling van de verkoopvoorwaarden werd gecontroleerd door een nationale sectorale toezichthouder.

5 In tweede instantie werd het de afnemers op de beschermde markt toegestaan om deel te nemen aan de vrije markt. De Italiaanse wetgever heeft de overgang van de beschermde markt naar de vrije markt gemaakt en een datum vastgesteld vanaf welke speciale prijsbeschermingen niet langer zouden gelden.

6 Toen AGCM op 20 december 2018 het bestreden besluit vaststelde, was de datum voor de afschaffing van de speciale prijsbeschermingen vastgesteld op 1 juli 2020. Na verschillende keren te zijn uitgesteld werd deze datum uiteindelijk vastgesteld op 1 januari 2021 voor kleine en middelgrote ondernemingen en op 1 januari 2022 voor huishoudens.

7 Met het oog op de liberalisering van de markt is ENEL, een tot dan toe verticaal geïntegreerde onderneming die in Italië een monopolie had op de opwekking van elektriciteit en actief was in de distributie ervan, onderworpen aan een procedure om haar distributie- en verkoopactiviteiten alsmede haar merken te splitsen. Aan het einde van deze procedure zijn de verschillende stadia van het distributieproces aan afzonderlijke ondernemingen toegewezen. Zo werd E-Distribuzione belast met de distributiedienst, EE met de levering van elektriciteit op de vrije markt, en SEN met het beheer van de versterkt beschermde dienst.

8 De onderhavige gedingen vloeien voort uit een bij de AGCM ingediende klacht van de Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader [Italiaanse vereniging van groothandelaren en handelaren in energie (hierna: „AIGET”)] en uit meldingen van individuele consumenten

waarmee zij protesteerden tegen het onrechtmatige gebruik van commercieel gevoelige informatie door exploitanten die over deze gegevens beschikten omdat zij tot de ENEL-groep behoorden. AGCM heeft daarom op 4 mei 2017 een onderzoek ingesteld tegen ENEL, SEN, en EE teneinde na te gaan of deze vennootschappen met hun gedrag artikel 102 VWEU hadden geschonden.

9 Dit onderzoek is afgesloten met het bestreden besluit, waarin AGCM heeft vastgesteld dat SEN en EE zich, onder coördinatie van hun moedermaatschappij ENEL, van januari 2012 tot en met mei 2017, in strijd met artikel 102 VWEU, schuldig hadden gemaakt aan misbruik van een machtspositie op de markten voor de verkoop van elektrische energie aan huishoudelijke en niet-huishoudelijke gebruikers die zijn aangesloten op het laagspanningsnet, in de gebieden waar de ENEL-groep de distributieactiviteit beheerde. AGCM heeft de voornoemde vennootschappen dientengevolge een hoofdelijke geldboete van 93 084 790,50 EUR opgelegd.

10 De verweten gedraging bestond in de uitvoering, van januari 2012 tot mei 2017, van een uitsluitingsstrategie met het doel de klanten van SEN – de historische beheerder van de beschermde markt, die in 2017 nog tussen 80 en 85 % van de huishoudens en tussen 70 en 85 % van de andere klanten vertegenwoordigde – over te brengen naar EE, die actief is op de vrije markt. De doelstelling van de ENEL-groep zou er met name in hebben bestaan om, vooruitlopend op de volledige afschaffing van de beschermde markt, die aanvankelijk evenwel pas voor 2017 was gepland, te voorkomen dat de klanten van SEN massaal naar derde leveranciers zouden overstappen.

11 Volgens het bestreden besluit heeft SEN daartoe vanaf 2012 haar klanten op de beschermde markt gevraagd ermee in te stemmen dat zij commerciële aanbiedingen voor de vrije markt zouden ontvangen. Dit gebeurde onder discriminerende voorwaarden omdat deze instemming „afzonderlijk” werd gevraagd voor de ondernemingen van de ENEL-groep enerzijds, en voor derde ondernemingen anderzijds. Op die manier hadden de bevraagde klanten de neiging om enerzijds hun instemming te geven aan de ondernemingen van de ENEL-groep – aangezien zij in de waan werden gelaten dat een dergelijke instemming noodzakelijk was voor hun verdere elektriciteitsvoorziening – en anderzijds geen instemming te geven aan andere marktdeelnemers. Zodoende zou SEN het aantal door de afnemers op de beschermde markt gegeven instemmingen met de ontvangst van commerciële aanbiedingen van concurrerende exploitanten hebben beperkt. Van alle klanten op de beschermde markt die ermee hadden ingestemd om commerciële aanbiedingen van de ENEL-groep te ontvangen – wat in de periode tussen 2012 en 2015 neerkwam op gemiddeld zo'n 500 000 klanten per jaar, meer dan het dubbele van het gemiddelde klantenbestand van de eerste drie belangrijkste concurrenten – had 70 % er namelijk mee ingestemd uitsluitend een voorstel van de ENEL-groep te ontvangen, tegenover 30 % die er ook mee had ingestemd om aanbiedingen van concurrenten te ontvangen.

12 De informatie over de klanten op de beschermde markt die commerciële aanbiedingen van de ENEL-groep hadden willen ontvangen werd vervolgens op speciale lijsten gezet (hierna: „SEN-lijsten”), die via huurovereenkomsten onder bezwarende titel aan EE zijn overgedragen. Doordat deze SEN-lijsten elders onvindbare informatie bevatten, namelijk dat gebruikers tot de versterkt beschermde dienst behoorden, waren zij volgens AGCM van onvervangbare strategische waarde omdat zij gerichte commerciële acties mogelijk maakten.

13 Deze SEN-lijsten zijn gebruikt door EE, die met een commercieel aanbod is gekomen dat uitsluitend voor dit soort klanten bestemd was, zoals het commerciële aanbod „Sempre Con Te” („Altijd Bij Jou”), dat liep van 20 maart tot 1 juni 2017 en waarmee de strategie van uitsluiting

gestalte kreeg. Volgens AGCM had het gebruik van de SEN-lijsten EE in staat gesteld een aanzienlijk deel – namelijk meer dan 40 % – van de „vraag die openstond" van klanten die van de beschermde markt naar de vrije markt overstapten, aan haar concurrenten te onttrekken.

14 Volgens het bestreden besluit had slechts één concurrent van EE contact opgenomen met SEN voor de verwerving van de SEN-lijsten waarin de gegevens waren opgenomen van de klanten die ermee hadden ingestemd om aanbiedingen van andere ondernemingen te ontvangen. Deze vennootschap, die aangaf slechts van de verkoop van deze lijsten op de hoogte te zijn geraakt door de SEN-website te raadplegen, heeft uiteindelijk toch van de verwerving van deze lijsten afgezien. Andere ondernemingen, die al vele jaren op de betrokken markt actief waren, hebben verklaard nooit op de hoogte te zijn gebracht van deze commerciële opportuniteit.

15 ENEL, SEN en EE hebben tegen het bestreden besluit afzonderlijk beroep ingesteld bij de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië), de rechter in eerste aanleg.

16 Bij vonnissen van 17 oktober 2019 heeft deze rechterlijke instantie vastgesteld dat er sprake was van misbruik van een machtspositie, en de door EE en SEN ingestelde beroepen gedeeltelijk toegewezen wat de duur van het gestelde misbruik en de criteria voor de berekening van de geldboete betreft. Ter uitvoering van deze vonnissen heeft AGCM de geldboete verlaagd tot 27 529 786,46 EUR. Deze rechterlijke instantie heeft daarentegen het door ENEL ingestelde beroep in zijn geheel verworpen.

17 Deze drie vennootschappen hebben tegen deze vonnissen afzonderlijk hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter en hem om nietigverklaring en, subsidiair, verlaging van deze geldboete verzocht.

18 Ter ondersteuning van hun hoger beroep hebben ENEL, SEN en EE in de eerste plaats betoogd dat niet is bewezen dat hun gedrag misbruik oplevert en met name, al was het theoretisch, mededingingsverstorende uitsluitingseffecten kan teweegbrengen.

19 Zij stellen allereerst dat het louter plaatsen van de naam van een klant op een telemarketinglijst voor promotiedoeleinden van diensten van dochterondernemingen geen misbruik oplevert, aangezien dit geen enkele afnameverplichting met zich meebrengt en niet belet dat de klant op andere lijsten staat, commerciële berichten ontvangt en op elk ogenblik, ook meerdere malen, een leverancier kiest of van leverancier verandert.

20 Vervolgens kon het gebruik van de SEN-lijsten er naar hun opvatting niet voor zorgen dat klanten snel en massaal van SEN naar EE zouden overstappen. Het gebruik van de SEN-lijsten tussen maart en mei 2017, de enige twee maanden tussen de lancering van het aanbod „Sempre Con Te" en de stopzetting van de verkoop per telefoon (*teleselling outbound*), zou EE immers amper 478 klanten hebben opgeleverd, ofwel 0,002 % van de gebruikers van de versterkt beschermde dienst en 0,001 % van het totaalaantal elektriciteitsgebruikers.

21 Voorts heeft de AGCM het door ENEL, SEN en EE aangevoerde economische bewijsmateriaal niet onderzocht waaruit blijkt dat de vastgestelde gedragingen de mededinging niet konden beperken en dat dus ook niet hebben gedaan. De positieve resultaten die EE in dit verband heeft behaald bij het verwerven van klanten die onder de versterkt beschermde dienst vielen, zijn te danken aan twee volstrekt legitieme factoren waarmee een alternatieve uitleg kan worden gegeven die

overtuigender is dan de uitleg van de AGCM, namelijk, ten eerste, dat de vennootschappen van de ENEL-groep beter hebben gepresteerd op de vrije markt, en, ten tweede, dat het merk ENEL aantrekkingskracht heeft.

22 Ten slotte zijn de SEN-lijsten noch strategisch van aard noch onvervangbaar, omdat er op de markt soortgelijke lijsten van klanten van de versterkt beschermde dienst beschikbaar zijn, die volledige en goedkoper zijn dan de SEN-lijsten.

23 In de tweede plaats betwist ENEL dat de AGCM zich op een weerlegbaar vermoeden heeft gebaseerd om haar als moedermaatschappij aansprakelijk te houden. In dit verband voert zij aan dat de ENEL-groep sinds 2014 is geherstructureerd en dat haar besluitvormingsprocessen zijn gedecentraliseerd. In dit organisatorisch gewijzigde kader heeft ENEL, de moedermaatschappij die aan het hoofd staat van de groep, als enige taak om synergieën en goede praktijken tussen de verschillende operationele vennootschappen te bevorderen en heeft zij geen beslissende rol meer.

24 Volgens de verwijzende rechter, die de drie beroepen in het hoofdgeding heeft gevoegd, lijdt het geen enkele twijfel dat de ENEL-groep een machtspositie heeft op de betrokken markt. Daarentegen levert het begrip „misbruik", in het bijzonder bij „atypisch" misbruik, waarmee bijvoorbeeld wordt gepoogd de groei of de diversifiëring van het aanbod van concurrenten te verhinderen, uitleggingsproblemen op, aangezien, ten eerste, artikel 102 VWEU geen uitputtend toepassingscriterium biedt en, ten tweede, het traditionele onderscheid tussen misbruik door exploitatie en misbruik door uitsluiting niet relevant is. In het bijzonder rijst de vraag of rekening moet worden gehouden met de strategie van de onderneming met een machtspositie wanneer deze strategie, zoals hier, beoogde de overstap van klanten naar concurrenten te voorkomen, en met het feit dat de gedragingen van deze onderneming op zich rechtmatig waren, daar in casu de SEN-lijsten volgens de verwijzende rechter op rechtmatige wijze zijn verkregen.

25 De verwijzende rechter vraagt zich eveneens af of het volstaat dat het betrokken gedrag concurrenten van de relevante markt kan uitsluiten, wanneer die groep in de loop van het onderzoek economische studies heeft overgelegd om aan te tonen dat haar gedrag in concreto geen uitsluitingseffecten heeft gesorteerd.

26 Ten slotte doet het misbruik van een machtspositie door een groep ondernemingen de vraag rijzen of bewijs moet worden geleverd dat de verschillende binnen een groep opererende vennootschappen zich op elkaar hebben afgestemd, dan wel of het feit dat een onderneming tot deze groep behoort, volstaat voor de vaststelling dat een onderneming van de groep heeft bijgedragen aan het misbruik, zelfs wanneer zij geen onrechtmatige gedragingen heeft verricht.

27 In die omstandigheden heeft de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Kunnen gedragingen die misbruik van een machtspositie vormen als zodanig volstrekt rechtmatig zijn, en louter wegens het (potentieel) mededingingsbeperkende effect op de referentiemarkt als ‚misbruik' worden gekwalificeerd, of moeten zij tevens worden gekenmerkt door een specifiek aspect van onrechtmatigheid, bestaande in het gebruik van ‚andere dan de „normale" wijzen (of middelen) van mededinging'? En zo ja, op basis van welke criteria kan de grens tussen ‚normale' en ‚vervalste' mededinging worden vastgesteld?

2) Dient de regeling die het misbruik bestraft een zo groot mogelijk consumentenwelzijn te bewerkstelligen – waarbij de rechter dient te beoordelen of dat welzijn is verminderd (of dreigt te verminderen) – of heeft de regeling ter bestraffing van mededingingsverstorende gedragingen tot doel de mededingingsstructuur van de markt als zodanig te handhaven, teneinde te voorkomen dat er economische machtsblokken worden gecreëerd die worden geacht hoe dan ook schadelijk voor de gemeenschap te zijn?

3) Indien het misbruik van een machtspositie bestaat in het pogen te verhinderen dat het bestaande niveau van mededinging wordt gehandhaafd of verhoogd, is het de onderneming met een machtspositie dan niettemin toegestaan te bewijzen dat haar gedraging in abstracte zin weliswaar een mededingingsbeperkend effect kan hebben, doch in concrete zin geen schadelijke gevolgen heeft teweeggebracht? En zo ja, moet artikel 102 VWEU voor de beoordeling of er sprake is van een atypisch uitsluitingsmisbruik, aldus worden uitgelegd dat de mededingingsautoriteit verplicht is de door de partij verstrekte economische analysen betreffende de mate waarin de onderzochte gedraging concurrenten daadwerkelijk van de markt kan uitsluiten, grondig te beoordelen?

4) Moet het misbruik van een machtspositie uitsluitend worden beoordeeld op de (ook slechts potentiële) gevolgen daarvan voor de markt, geheel los van de subjectieve beweegreden van de handelende entiteit, of vormt het bewijs van de mededingingsbeperkende bedoeling een parameter die (ook als enige) kan worden gebruikt voor de beoordeling of de gedraging van de onderneming met een machtspositie misbruik oplevert, of dient dit bewijs van het subjectieve element uitsluitend om de bewijslast te leggen bij de onderneming met een machtspositie (die dus moet bewijzen dat er geen sprake is van een uitsluitend effect)?

5) Indien de machtspositie betrekking heeft op meerdere ondernemingen die deel uitmaken van dezelfde groep ondernemingen, volstaat de deelname aan deze groep om aan te nemen dat zelfs de ondernemingen die de misbruik opleverende gedraging niet hebben verricht, aan de oneerlijke mededinging hebben deelgenomen – zodat de mededingingsautoriteit louter hoeft aan te tonen dat er sprake is van weliswaar niet afgestemd, doch bewust gelijklopend functioneren van de ondernemingen die binnen de groep met een collectieve machtspositie actief zijn? Of moet hoe dan ook (net als in geval van een kartelverbod) – zelfs indirect – bewijs worden geleverd van een concrete situatie van coördinatie en functionele verbondenheid tussen de verschillende ondernemingen van de groep met een machtspositie, met name om betrokkenheid van de moederonderneming aan te tonen?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Ontvankelijkheid

28 Verschillende partijen hebben in hun bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen verklaard dat bepaalde vragen niet-ontvankelijk zijn.

29 Volgens AIGET moet de tweede vraag niet-ontvankelijk worden verklaard omdat zij in algemene bewoordingen is geformuleerd en niet relevant is. Het wordt namelijk niet betwist dat, indien het aan de ENEL-groep verweten misbruik zou worden aangetoond, dit zowel concurrenten van de markt zou uitsluiten als de consumenten schade zou berokkenen.

30 Green Network SpA vraagt zich af of de eerste vier vragen ontvankelijk zijn, aangezien zij haars inziens niet noodzakelijk zijn voor de beslechting van de hoofdgedingen, en het Hof deze vragen hoe dan ook reeds heeft beantwoord.

31 Ten slotte betogen de AGCM en AIGET dat de vijfde vraag hypothetisch en dus niet-ontvankelijk is, nu uit het onderzoek van de AGCM is gebleken dat er sprake was van een groepsstrategie die tot doel had de klanten van SEN naar EE over te brengen en aldus te voorkomen dat deze naar concurrerende groepen zouden overstappen.

32 Er zij in dat verband aan herinnerd dat het volgens vaste rechtspraak van het Hof uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt, te beoordelen. Wanneer de gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van het Unierecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden (arrest van 15 juli 2021, The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33 Bijgevolg worden vragen die het Unierecht betreffen, vermoed relevant te zijn. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een prejudiciële vraag van een nationale rechterlijke instantie wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, het vraagstuk van hypothetische aard is, of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen (arrest van 15 juli 2021, The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34 In casu moet met betrekking tot de tweede vraag allereerst worden vastgesteld dat de algemene formulering ervan niet uitsluit dat zij van belang kan zijn voor de beslechting van de hoofdgedingen.

35 Overigens staat het niet aan het Hof, maar aan de nationale rechter, de aan het geding ten gronde liggende feiten vast te stellen en daaruit de nodige conclusies te trekken voor de door hem te geven beslissing (arrest van 10 maart 2016, Safe Interenvíos, C-235/14, EU:C:2016:154, punt 119). Voor zover een nationale rechter in zijn verzoek de gegevens, feitelijk en rechtens, uiteenzet die het Hof nodig heeft om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen, kunnen deze vragen dus niet niet-ontvankelijk worden verklaard op de enkele grond dat zij in algemene bewoordingen zijn geformuleerd.

36 Wat betreft de bewering dat niet wordt betwist dat het gestelde misbruik de concurrenten van de ENEL-groep van de markt kan uitsluiten en de consumenten schade kan berokkenen, zo dit misbruik al vaststaat, kan de uitlegging van de doelstellingen van artikel 102 VWEU voor de verwijzende rechter niettemin nuttig zijn om te bepalen onder welke voorwaarden kan worden vastgesteld dat er sprake is van misbruik van een machtspositie.

37 Wat vervolgens de relevantie van de eerste, de derde en de vierde vraag betreft, volstaat de vaststelling dat niet duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van de hoofdgedingen. Integendeel, gelet op de omstandigheden van de hoofdgedingen lijkt elk van deze vragen de verwijzende rechter duidelijkheid te kunnen verschaffen, zodat hij de gedingen kan beslechten. Wat de

omstandigheid betreft dat het Hof zich over die vragen reeds heeft uitgesproken, zij eraan herinnerd dat het een nationale rechterlijke instantie geenszins verboden is het Hof prejudiciële vragen te stellen waarvan de beantwoording in de opvatting van sommige partijen in het hoofdgeding geen ruimte laat voor redelijke twijfel (arrest van 14 oktober 2021, Viesgo Infraestructuras Energéticas, C-683/19, EU:C:2021:847, punt 26).

38 Wat ten slotte de vijfde vraag betreft, kan niet worden uitgesloten dat het oordeel van de verwijzende rechter anders zal luiden dan het bestreden besluit. Derhalve kan niet worden aangenomen dat deze vraag, zoals de AGCM en AIGET stellen, kennelijk geen verband houdt met een reëel geschil dan wel met het voorwerp van de hoofdgedingen of van hypothetische aard is.

39 Derhalve zijn de door de Consiglio di Stato gestelde vragen ontvankelijk.

Ten gronde

Tweede vraag

40 Met zijn tweede vraag, die als eerste moet worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 102 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het voor de vaststelling of een praktijk misbruik van een machtspositie oplevert, volstaat dat de mededingingsautoriteit aantoont dat deze praktijk mogelijk ingrijpt in een structuur van daadwerkelijke mededinging op de relevante markt, dan wel of tevens – of subsidiair – moet worden bewezen dat deze praktijk een weerslag heeft op het consumentenwelzijn.

41 In dit verband zij eraan herinnerd dat artikel 102 VWEU deel uitmaakt van een geheel van regels die beogen te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst ten nadele van het algemeen belang, de individuele ondernemingen en de verbruikers, en daardoor bijdragen tot het welzijn in de Europese Unie (zie in die zin arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punten 21 en 22).

42 Artikel 102 VWEU vormt dan ook een nadere uitwerking van de algemene doelstelling van de activiteit van de Unie, die in artikel 3 lid 1, onder b), VWEU is omschreven als de vaststelling van mededingingsregels die nodig zijn voor de werking van de interne markt (zie in die zin arresten van 2 april 2009, France Télécom/Commissie, C-202/07 P, EU:C:2009:214, punt 103, en 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 170).

43 De centrale plaats die de bepalingen van het VWEU op het gebied van mededinging innemen blijkt ook uit Protocol nr. 27 betreffende de interne markt en de mededinging, dat overeenkomstig artikel 51 VEU een integrerend deel uitmaakt van de Verdragen en volgens hetwelk de interne markt een regime omvat dat verzekert dat de mededinging niet wordt vervalst (arrest van 17 november 2011, Commissie/Italië, C-496/09, EU:C:2011:740, punt 60).

44 Van deze regels heeft artikel 102 VWEU volgens vaste rechtspraak meer bepaald tot doel om te voorkomen dat de gedragingen van een onderneming met een machtspositie het voor de consument nadelige gevolg hebben dat de instandhouding of de ontwikkeling van de op deze markt aanwezige mededinging wordt verhinderd door het gebruik van andere middelen dan die welke bij een normale mededinging gebruikelijk zijn [zie in die zin arresten van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, EU:C:1979:36, punt 91; 27 maart 2012, Post Danmark,

C-209/10, EU:C:2012:172, punt 24, en 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 148 en aldaar aangehaalde rechtspraak]. In die zin ziet deze bepaling, zoals het Hof heeft vastgesteld, niet alleen op het bestraffen van praktijken die de verbruikers rechtstreeks kunnen benadelen, maar ook van praktijken die hen indirect benadelen doordat wordt ingegrepen in een structuur van daadwerkelijke mededinging (zie in die zin met name arresten van 15 maart 2007, British Airways/Commissie, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punten 106 en 107, en 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punt 24).

45 Zoals het Hof reeds heeft benadrukt, staat deze bepaling er daarentegen niet aan in de weg dat onder invloed van een op verdienste gebaseerde mededinging minder efficiënte concurrenten, die dus op het punt van de prijs, de keuze, de kwaliteit of de innovatie voor de consument minder interessant zijn, van de betrokken markt verdwijnen of daarop een marginale plaats krijgen (arrest van 6 september 2017, Intel/Commissie, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punt 134 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

46 Zoals de advocaat-generaal in punt 100 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, volgt hieruit dat het welzijn van zowel de tussen- als de eindverbruiker moet worden beschouwd als het uiteindelijke doel dat de tussenkomst van het mededingingsrecht rechtvaardigt om misbruik van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan te bestraffen. Om die reden kan, zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, een onderneming die zich in een dergelijke positie bevindt, aantonen dat een uitsluitingspraktijk niet onder het verbod van artikel 102 VWEU valt, onder meer door aan te tonen dat de mogelijke gevolgen van deze praktijk worden gecompenseerd of zelfs geneutraliseerd door voordelen op het vlak van efficiëntie die ook de verbruiker ten goede komen, in het bijzonder op het gebied van prijs, keuze, kwaliteit of innovatie [zie in die zin arresten van 6 september 2017, Intel/Commissie, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punten 134 en 140, en 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 165 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

47 Een mededingingsautoriteit voldoet dus aan de op haar rustende bewijslast wanneer zij aantoont dat een door een onderneming met een machtspositie gebezigde praktijk, door het gebruik van andere middelen dan die welke bij een normale mededinging gebruikelijk zijn, kan ingrijpen in een structuur van daadwerkelijke mededinging, zonder dat de autoriteit hoeft aan te tonen dat die praktijk de consument ook rechtstreeks kan schaden. De betrokken onderneming met een machtspositie kan echter aan het verbod van artikel 102 VWEU ontkomen door aan te tonen dat het uitsluitingseffect dat uit de praktijk in kwestie kan voortvloeien, wordt gecompenseerd of zelfs wordt geneutraliseerd door positieve gevolgen voor de consument.

48 Gelet op een en ander moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 102 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het voor de vaststelling of een praktijk misbruik van een machtspositie oplevert, volstaat dat de mededingingsautoriteit aantoont dat deze praktijk mogelijk ingrijpt in een structuur van daadwerkelijke mededinging op de relevante markt, tenzij de betrokken onderneming met een machtspositie aantoont dat de mogelijk uit die praktijk voortvloeiende mededingingsverstorende effecten worden gecompenseerd of zelfs geneutraliseerd door positieve gevolgen voor de consument, met name op het punt van prijs, keuze, kwaliteit en innovatie.

Derde vraag

49 Met zijn derde vraag, die als tweede moet worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 102 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat voor de vaststelling dat een gedraging van een onderneming met een machtspositie misbruik oplevert, de elementen

die deze onderneming heeft aangedragen om aan te tonen dat deze gedraging in abstracte zin weliswaar de mededinging kan beperken, doch deze in concreto niet heeft beperkt, als relevant moeten worden beschouwd en, zo ja, of de mededingingsautoriteit deze elementen grondig moet onderzoeken.

50 Om te beginnen moet er met betrekking tot uitsluitingspraktijken – waartoe de in de hoofdgedingen aangevoerde gedragingen behoren – op worden gewezen dat een uitsluitingspraktijk volgens de rechtspraak van het Hof slechts misbruik oplevert indien die praktijk de mededinging kan beperken en in het bijzonder de verweten uitsluitingseffecten kan teweegbrengen [arrest van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 154 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

51 Wanneer een onderneming met een machtspositie in de loop van de administratieve procedure betoogt, onder overlegging van bewijs, dat haar gedrag de mededinging niet kon beperken, moet de betrokken mededingingsautoriteit dan ook nagaan of het gedrag in kwestie in de omstandigheden van het concrete geval wel degelijk de mededinging kon beperken (zie in die zin arrest van 6 september 2017, Intel/Commissie, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punten 138 en 140).

52 In deze context zijn de mededingingsautoriteiten overeenkomstig het recht om te worden gehoord – dat volgens vaste rechtspraak een algemeen beginsel van het Unierecht vormt dat van toepassing is wanneer een overheidsorgaan voornemens is bezwarend besluit ten opzichte van een bepaalde persoon te stellen – met name verplicht de betrokken onderneming te horen, hetgeen inhoudt dat zij met de nodige aandacht kennisnemen van de opmerkingen van de betrokken onderneming en alle relevante gegevens van het geval, en met name de door deze onderneming overgelegde bewijsstukken, zorgvuldig en onpartijdig onderzoeken (zie naar analogie arrest van 16 oktober 2019, Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, EU:C:2019:861, punten 39-42).

53 Niettemin zij eraan herinnerd dat het om een praktijk van een onderneming met een machtspositie als misbruik te kunnen kwalificeren, in het geval van een praktijk van een dergelijke onderneming die erop is gericht concurrenten van de betrokken markt te verdrijven, niet is vereist dat wordt bewezen dat het verhoopte resultaat is bereikt en, bijgevolg, dat een concreet uitsluitingseffect op de markt wordt aangetoond. Artikel 102 VWEU beoogt namelijk het feit te bestraffen dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan, ongeacht of het misbruik al dan niet succesvol is gebleken (zie in die zin arrest van 30 januari 2020, České dráhy/Commissie, C-538/18 P en C-539/18 P, niet gepubliceerd, EU:C:2020:53, punt 70 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

54 Zoals wordt benadrukt in punt 20 van de mededeling van de Commissie („Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Europese Commissie bij de toepassing van artikel [102 VWEU] op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie") (PB 2009, C 45, blz. 7), kan, indien de gedragingen over een voldoende lange periode plaatsvinden, de marktprestatie van de onderneming met een machtspositie en van haar concurrenten op de markt weliswaar rechtstreekse bewijzen opleveren wat betreft mededingingsverstorende afscherming door de betrokken praktijk, maar kan in de omgekeerde omstandigheid dat een bepaalde gedraging in concreto de mededinging niet verstoorde, zelfs wanneer die gedraging ver teruggaat in de tijd, niet worden uitgesloten dat deze gedraging, toen zij werd gesteld, wel degelijk de mededinging kon verstoren. Dat de mededinging niet werd verstoord kan namelijk het gevolg zijn van andere oorzaken en onder meer te danken zijn aan

wijzigingen die zich sinds het begin van die gedraging op de relevante markt hebben voorgedaan of aan het onvermogen van de onderneming met een machtspositie om de aan die gedraging ten grondslag liggende strategie tot een goed einde te brengen.

55 Bijgevolg kan het door een onderneming met een machtspositie overgelegde bewijs dat er geen concrete uitsluitingseffecten zijn, op zich niet volstaan om artikel 102 VWEU buiten toepassing te laten.

56 Deze omstandigheid kan er daarentegen op wijzen dat de betrokken gedraging niet de gestelde uitsluitingseffecten kon teweegbrengen. De betrokken onderneming moet dit begin van bewijs echter aanvullen met gegevens waaruit blijkt dat het ontbreken van concrete effecten inderdaad het gevolg was van het feit dat de betrokken gedraging niet tot dergelijke effecten kon leiden.

57 Hieruit volgt dat in de onderhavige zaak de omstandigheid, waarop de betrokken vennootschappen zich ter betwisting van het bestaan van misbruik van een machtspositie baseren, dat EE door het gebruik van de SEN-lijsten nauwelijks 478 klanten, oftewel 0,002 % van de klanten op de beschermde markt heeft verkregen, op zich niet volstaat om aan te tonen dat de betrokken praktijk geen uitsluitingseffect kon hebben.

58 Gelet op een en ander moet op de derde vraag worden geantwoord dat artikel 102 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het, om uit te sluiten dat een gedraging van een onderneming met een machtspositie misbruik oplevert, op zich niet volstaat dat de betrokken onderneming heeft aangetoond dat deze gedraging de mededinging in concreto niet heeft beperkt. Dit kan een aanwijzing zijn dat de betrokken gedraging de mededinging niet kon verstoren, hetgeen evenwel zal moeten worden aangevuld met andere bewijzen waaruit blijkt dat de gedraging de mededinging niet kon verstoren.

Vierde vraag

59 Met zijn vierde vraag, die als derde moet worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 102 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het bestaan van uitsluitingsmisbruik door een onderneming met een machtspositie enkel moet worden beoordeeld op basis van het vermogen van die praktijk om de mededinging te verstoren, dan wel of rekening moet worden gehouden met het oogmerk van de betrokken onderneming om de mededinging te beperken.

60 In dit verband zij eraan herinnerd dat het door artikel 102 VWEU verboden misbruik van een machtspositie een objectief begrip is [zie met name arresten van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 148, en 25 maart 2021, Deutsche Telekom/Commissie, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punt 41].

61 Zoals in punt 50 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, kan een uitsluitingspraktijk slechts als misbruik worden aangemerkt als die praktijk uitsluitingseffecten kan of kon teweegbrengen. Om aan te tonen dat een uitsluitingspraktijk misbruik oplevert moet een mededingingsautoriteit dan ook ten eerste bewijzen dat deze praktijk, toen zij werd verricht, een dergelijk uitsluitingseffect kon hebben, in die zin dat zij het voor concurrenten moeilijker kon maken om tot de betrokken markt toe te treden of om zich daarop te handhaven, en aldus de structuur van de markt kon beïnvloeden, en ten tweede dat die praktijk berustte op het gebruik van andere middelen dan die welke onder mededinging op basis van verdienste vallen. Geen van deze voorwaarden vereist evenwel in beginsel het bewijs van opzet.

62 Om vast te stellen of er sprake is van misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU, hoeft een mededingingsautoriteit bijgevolg geenszins aan te tonen dat de onderneming met een machtspositie de bedoeling had de mededinging te beperken (arrest van 19 april 2012, Tomra Systems e.a./Commissie, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 21).

63 Voor de toepassing van artikel 102 VWEU hoeft weliswaar niet te worden aangetoond dat de onderneming met een machtspositie de bedoeling had om de mededinging te beperken, maar het bewijs van een dergelijke bedoeling vormt, ook al kan het op zichzelf niet volstaan, een feitelijke omstandigheid waarmee rekening kan worden gehouden bij de vaststelling van misbruik van een machtspositie [arrest van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 162 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

64 Gelet op een en ander moet op de vierde vraag worden geantwoord dat artikel 102 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het bestaan van uitsluitingsmisbruik door een onderneming met een machtspositie moet worden beoordeeld op basis van het vermogen van die praktijk om de mededinging te verstoren. Een mededingingsautoriteit hoeft niet aan te tonen dat de betrokken onderneming de bedoeling heeft haar concurrenten te verdrijven met andere middelen dan die welke gelden voor een mededinging op basis van verdienste. Het bewijs van een dergelijke bedoeling is niettemin een feitelijke omstandigheid die in aanmerking kan worden genomen voor de vaststelling van misbruik van een machtspositie.

Eerste vraag

65 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 102 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een verder buiten het mededingingsrecht vallende rechtmatige praktijk die wordt uitgevoerd door een onderneming met een machtspositie, als „misbruik” in de zin van die bepaling kan worden gekwalificeerd op de enkele grond dat zij de mededinging kan beperken, dan wel of een dergelijke kwalificatie bovendien vereist dat deze praktijk wordt uitgevoerd met andere middelen dan die welke gelden bij een normale mededinging. In dit laatste geval vraagt de verwijzende rechter zich af aan de hand van welke criteria een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de middelen die gebruikelijk zijn bij een normale mededinging en anderzijds de middelen die gebruikelijk zijn bij een vervalste mededinging.

66 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat misbruik door een of meer ondernemingen van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, op grond van artikel 102 VWEU onverenigbaar is met de interne markt en verboden is.

67 Volgens vaste rechtspraak berust het begrip „misbruik” in de zin van artikel 102 VWEU op een objectieve beoordeling van de betrokken gedraging. De vraag of er middels deze gedraging in strijd met die bepaling misbruik is gepleegd staat los van de vraag hoe die gedraging in andere rechtstakken wordt gekwalificeerd (zie in die zin arrest van 6 december 2012, AstraZeneca/Commissie, C-457/10 P, EU:C:2012:770, punten 74 en 132).

68 Zoals uit punt 44 van dit arrest blijkt, doelt dit begrip concreet op elke praktijk die met andere middelen dan die welke bij een normale mededinging gebruikelijk zijn, een structuur van daadwerkelijke mededinging kan ondermijnen. Het begrip ziet dus op de bestraffing van gedragingen van een onderneming met een machtspositie die, op een markt waar de mededinging juist door de aanwezigheid van deze onderneming reeds is verzwakt, de instandhouding of de ontwikkeling van de nog op deze markt aanwezige mededinging

verhinderen door het gebruik van andere middelen dan die welke bij een normale, op ondernemersprestaties berustende mededinging van goederen of diensten gebruikelijk zijn [arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, EU:C:1979:36, punt 91, en 25 maart 2021, Deutsche Telekom/Commissie, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punt 41].

69 Zoals in punt 50 van het onderhavige arrest is opgemerkt, kunnen de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde praktijken slechts misbruik opleveren indien zij in staat zijn geweest de uitsluitingseffecten teweeg te brengen die aan het bestreden besluit ten grondslag liggen.

70 Deze effecten mogen inderdaad niet louter hypothetisch zijn (arrest van 6 oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punt 65). Bijgevolg kan een praktijk niet als misbruik worden aangemerkt indien zij wel gepland was maar nooit is uitgevoerd. Voorts kan een mededingingsautoriteit zich niet baseren op de gevolgen die deze praktijk zou kunnen hebben of had kunnen hebben indien bepaalde bijzondere omstandigheden – die verschillen van die welke op de markt bestonden ten tijde van de uitvoering van die praktijk en waarvan de verwezenlijking op dat moment dus onwaarschijnlijk leek – zich hadden voorgedaan of zich voordoen.

71 Voor een dergelijke kwalificatie volstaat het daarentegen dat deze praktijk in de periode waarin zij werd toegepast, concurrenten die minstens even efficiënt zijn als de onderneming met een machtspositie, van de betreffende markt kan uitsluiten (zie in die zin arrest van 6 oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

72 Aangezien de vraag of een praktijk misbruik oplevert niet afhangt van de vorm die zij aanneemt of aannam, maar veronderstelt dat die praktijk de mededinging kan of kon beperken en in het bijzonder op het moment dat zij werd toegepast de verweten uitsluitingseffecten teweeg heeft kunnen brengen, moet deze voorwaarde worden beoordeeld in het licht van alle relevante feitelijke omstandigheden [zie in die zin arresten van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 154, en 25 maart 2021, Slovak Telekom/Commissie, C-165/19 P, EU:C:2021:239, punt 42].

73 Zoals in punt 45 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, heeft artikel 102 VWEU niettemin geenszins tot doel te beletten dat een onderneming op basis van haar eigen verdiensten, met name wegens haar bekwaamheden en capaciteiten, een machtspositie op een markt inneemt, noch om ervoor te zorgen dat minder efficiënte concurrenten dan een onderneming met een dergelijke positie op de markt aanwezig blijven. Niet elk uitsluitingseffect tast dus noodzakelijkerwijs de mededinging aan, want op verdienste gebaseerde mededinging kan er per definitie toe leiden dat minder efficiënte concurrenten, die dus op het punt van de prijs, de keuze, de kwaliteit of de innovatie voor de consument minder interessant zijn, van de markt verdwijnen of daarop een marginale plaats krijgen (arrest van 6 september 2017, Intel/Commissie, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punten 133 en 134).

74 Op de ondernemingen met een machtspositie, wat ook aan de basis mag liggen van die positie, rust echter een bijzondere verantwoordelijkheid om door hun gedrag geen afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt (zie met name arresten van 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie, 322/81, EU:C:1983:313, punt 57, en 6 september 2017, Intel/Commissie, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punt 135).

75 Derhalve mogen ondernemingen met een machtspositie zich weliswaar tegen hun concurrenten verdedigen, maar zij moeten zich daarbij bedienen van middelen die bij een „normale" mededinging gebruikelijk zijn, dat wil zeggen een mededinging op basis van verdienste.

76 Daartegenover staat dat dergelijke ondernemingen het voor even efficiënte concurrenten niet moeilijker mogen maken om de relevante markt te betreden of zich daarop te handhaven, met behulp van andere middelen dan die welke berusten op een mededinging op basis van verdienste. Met name mogen zij hun machtspositie niet aanwenden om zich uit te breiden naar een andere markt, tenzij door middel van mededinging op basis van verdienste (zie in die zin arresten van 3 oktober 1985, CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, punt 25; 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, C-333/94 P, EU:C:1996:436, punt 25, en 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punt 87).

77 Elke praktijk waarbij een onderneming met een machtspositie geen ander economisch belang heeft dan de uitschakeling van haar concurrenten om vervolgens haar prijzen te kunnen verhogen door te profiteren van haar monopoliepositie, moet worden beschouwd als een ander middel dan de middelen die berusten op mededinging op basis van verdienste (zie in die zin arrest van 3 juli 1991, AKZO/Commissie, C-62/86, EU:C:1991:286, punt 71).

78 Hetzelfde geldt, zoals de advocaat-generaal in de punten 69 tot en met 71 van zijn conclusie heeft opgemerkt, voor een praktijk die niet kan worden gereproduceerd door een hypothetische concurrent die weliswaar even efficiënt is maar geen machtspositie op de betrokken markt inneemt, omdat die praktijk berust op het gebruik van middelen waarover alleen de in een machtspositie verkerende onderneming beschikt.

79 De vraag wat de relevantie is van de materiële of rationele onmogelijkheid tot reproductie van de betrokken praktijk door een hypothetische concurrent die even efficiënt is maar geen machtspositie heeft, teneinde te bepalen of deze praktijk berust op middelen die gebruikelijk zijn bij mededinging op basis van verdienste, komt naar voren uit de rechtspraak betreffende tarifaire en niet-tarifaire praktijken.

80 Met betrekking tot de eerste van deze beide categorieën praktijken, zoals getrouwheidskortingen, lage prijsstellingen in de vorm van selectieve prijzen of afbraakprijzen en uitholling van de marges, komt uit de rechtspraak naar voren dat deze in het algemeen worden beoordeeld aan de hand van de zogenoemde test van de „even efficiënte concurrent", die juist tot doel heeft na te gaan in hoeverre die concurrent in abstracto in staat is om het gedrag van de onderneming met een machtspositie te reproduceren (zie met name arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punten 41-43).

81 Het klopt dat deze test slechts een van de manieren is om vast te stellen dat een onderneming met een machtspositie zich heeft bediend van andere middelen dan die welke bij een „normale" mededinging gebruikelijk zijn, zodat de mededingingsautoriteiten niet verplicht zijn om zich stelselmatig op een dergelijke test te baseren om vast te stellen dat een tariefpraktijk misbruik oplevert (zie in die zin arrest van 6 oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punt 57).

82 Het belang dat in het algemeen wordt gehecht aan deze test, wanneer deze kan worden toegepast, doet echter niets af aan het feit dat het onvermogen van een hypothetische even efficiënte concurrent om de gedraging van de onderneming met een machtspositie te reproduceren, ter zake van uitsluitingspraktijken een van de criteria is om uit te maken of die gedraging al dan niet berust op het gebruik van middelen die onder normale mededinging gebruikelijk zijn.

83 Met betrekking tot de tweede categorie van de in punt 79 van het onderhavige arrest genoemde praktijken, namelijk de niet-tarifaire praktijken, zoals de weigering om goederen te leveren of diensten te verrichten, heeft het Hof benadrukt dat de keuze van een onderneming met een machtspositie om haar eigen distributienetwerk aan zichzelf voor te behouden, geen met artikel 102 VWEU strijdige weigering om te leveren vormt, juist omdat het voor een concurrent mogelijk is een vergelijkbaar netwerk op te zetten voor de distributie van zijn eigen producten (zie in die zin arrest van 26 november 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, punten 44 en 45).

84 Wanneer een mededingingsautoriteit vaststelt dat een door een onderneming met een machtspositie geïnitieerde praktijk een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt kan aantasten, blijft het voor deze onderneming mogelijk om, teneinde te voorkomen dat de betrokken praktijk als misbruik van een machtspositie wordt beschouwd, aan te tonen dat die praktijk objectief gerechtvaardigd is of was, hetzij door bepaalde omstandigheden van het concrete geval, die met name extern aan de betrokken onderneming moeten zijn (zie in die zin arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punten 31 en 75), hetzij door het welzijn van de consumenten, wat in fine namelijk de doelstelling is van artikel 102 VWEU [zie in die zin met name arrest van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 165].

85 Wat dit tweede geval betreft, moet worden benadrukt dat het begrip „mededinging op basis van verdienste” in beginsel verwijst naar een mededingingssituatie die de consument ten goede komt via lagere prijzen, betere kwaliteit en een ruimere keuze van nieuwe of efficiëntere goederen en diensten. Zoals de advocaat-generaal in punt 62 van zijn conclusie heeft opgemerkt, moeten met name gedragingen die tot gevolg hebben dat de consument een ruimere keuze krijgt doordat nieuwe producten op de markt komen of doordat de kwantiteit of de kwaliteit van de reeds aangeboden producten toeneemt, worden beschouwd als gebruikelijk voor de mededinging op basis van verdienste.

86 In een dergelijk geval kan de onderneming met een machtspositie rechtvaardigingen aandragen voor praktijken die onder het verbod van artikel 102 VWEU kunnen vallen, door aan te tonen dat de uitsluiting die daarvan het mogelijke gevolg is, kan worden gecompenseerd of zelfs geneutraliseerd door voordelen op het vlak van efficiëntie die ook de verbruiker ten goede komen [zie in die zin arresten van 15 maart 2007, British Airways/Commissie, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 86; 6 september 2017, Intel/Commissie, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punt 140, en 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 165].

87 Wat de hoofdgedingen betreft, staat het aan de verwijzende rechter om te beoordelen of de AGCM rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat de strategie van de onderneming ENEL tussen 2012 en 2017 een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt kon ondermijnen. Om hem bij deze beoordeling te leiden kan het Hof hem echter alle uitleggingsgegevens met betrekking tot het Unierecht verschaffen die voor hem van nut kunnen zijn [zie met name arresten van 16 juli 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, punt 62, en 6 oktober 2021, A (Grensoverschrijding met een pleziervaartuig), C-35/20, 2021:813, punt 85].

88 In casu blijkt uit het dossier waarover het Hof beschikt om te beginnen dat SEN – na de scheiding van de verschillende activiteiten van de onderneming ENEL, die tot dan toe verticaal geïntegreerd was en een monopoliepositie innam op de markten voor de productie, de transmissie en de distributie van elektriciteit in Italië – was belast met het beheer van de afnemers die uitsluitend tot de beschermde markt in deze lidstaat behoorden. Het stond echter vast dat de beschermde markt niet zou blijven bestaan en dat de betrokken afnemers bij de afschaffing van die markt op een later tijdstip zouden moeten kiezen voor een nieuwe leverancier. Om te voorkomen dat er een concurrentievoordeel zou worden overgedragen, konden vennootschappen die elektriciteit op de beschermde markt verkochten volgens de sectorspecifieke regeling bovendien slechts commercieel gevoelige informatie overdragen aan vennootschappen die op de vrije markt actief waren indien de verstrekking van die informatie niet-discriminerend was.

89 Verder volgt uit de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens dat de in het bestreden besluit bedoelde gedraging in wezen geen verband houdt met de weigering van SEN om concurrenten van EE toegang te verlenen tot een essentiële faciliteit, namelijk de contactgegevens van klanten op de beschermde markt, maar met de door SEN genomen beslissing om tegen betaling bepaalde in haar bezit zijnde commerciële informatie over haar klanten, waaronder met name hun contactgegevens, over te dragen aan EE, op een wijze die de concurrenten van EE op de vrije markt zou benadelen en dus zou discrimineren, terwijl SEN een machtspositie op de beschermde markt had.

90 Tot slot lijkt de verwijzende rechter ervan uit te gaan dat ten minste SEN en EE een en dezelfde onderneming vormden in de zin van artikel 102 VWEU.

91 Gelet op deze elementen, die de verwijzende rechter moet verifiëren, is het dienstig eraan te herinneren dat het feit dat een onderneming die over uitsluitende rechten beschikt, zoals een wettelijk monopolie, deze rechten gebruikt om de machtspositie die zij op grond van die rechten op een markt inneemt uit te breiden tot een andere markt, moet worden aangemerkt als het gebruik van andere middelen dan die welke berusten op een mededinging op basis van verdienste, omdat daartoe bronnen worden aangeboord die in beginsel ontoegankelijk zijn voor een hypothetische concurrent die even efficiënt is maar geen machtspositie inneemt (zie in die zin arrest van 17 juli 2014, Commissie/DEI, C-553/12 P, EU:C:2014:2083, punten 45-47 en 66-68).

92 Hieruit volgt a fortiori dat wanneer een onderneming haar eerdere wettelijke monopolie op een markt verliest, zij tijdens de gehele fase van liberalisering van die markt geen gebruik mag maken van de middelen waarover zij op grond van haar oude monopolie beschikte en die als zodanig niet ter beschikking staan van haar concurrenten teneinde, anders dan op basis van haar eigen verdiensten, een machtspositie op de betrokken pas geliberaliseerde markt te behouden.

93 In de hoofdgedingen brengen deze overwegingen mee dat de onderneming bestaande uit ten minste SEN en EE, een bijzondere verantwoordelijkheid droeg om zich op de beschermde markt te onthouden van gedragingen die mogelijk ingrijpen in een structuur van daadwerkelijke mededinging op de vrije markt, en met name om de machtspositie waarover zij voorheen op de beschermde markt beschikte niet tot die vrije markt uit te breiden op een andere wijze dan door middelen die berusten op een mededinging op basis van verdienste (zie naar analogie arrest van 3 oktober 1985, CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, punt 27).

94 Het staat vast dat de mogelijkheid om contact op te nemen met klanten op de beschermde markt van onmiskenbaar economisch belang was voor elke onderneming die zich op de vrije markt wilde ontwikkelen. Aangezien de onderneming die SEN en EE samen zouden hebben gevormd

voornemens was om bepaalde commerciële informatie van SEN over haar klanten tegen betaling aan EE over te dragen, was deze onderneming derhalve verplicht – wilde zij niet ingrijpen in een structuur van daadwerkelijke mededinging – om ook de concurrenten van EE de mogelijkheid te bieden om onder gelijke voorwaarden voor gelijkwaardige prestaties toegang tot die informatie te krijgen.

95 Gelet op het recht op bescherming van persoonsgegevens, dat als fundamenteel recht wordt gewaarborgd door artikel 8, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest"), kan een vennootschap in de situatie van SEN niet worden verweten dat zij vooraf om toestemming van haar klanten heeft verzocht voor de overdracht van een deel van hun persoonsgegevens. Evenmin kan die vennootschap aansprakelijk worden gesteld voor de beslissing van sommige van haar klanten om de overdracht van hun persoonsgegevens aan slechts bepaalde ondernemingen toe te staan.

96 Om te voldoen aan haar bijzondere verantwoordelijkheid die het gevolg is van haar machtspositie op de beschermde markt, moest SEN echter, om vooruit te lopen op de wens van een derde vennootschap die zich op de vrije markt zou willen ontwikkelen om eveneens toegang tot die informatie te krijgen, haar klanten op niet-discriminerende wijze voorstellen om aanbiedingen te ontvangen van vennootschappen die niet tot de ENEL-groep behoorden, met name door bij het verzamelen van de toestemmingen geen distorsie te creëren die ertoe zou kunnen leiden dat de voor verkoop aan EE bestemde lijsten aanzienlijk uitgebreider zijn dan de lijsten die bestemd waren voor verkoop aan concurrenten van die vennootschap.

97 In casu kan uit de aan het Hof verstrekte informatie niet worden opgemaakt wat de precieze aard is van de door AGCM vastgestelde discriminatie. Want hoewel uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat SEN haar klanten op de beschermde markt „afzonderlijk" heeft verzocht om instemming met de ontvangst van commerciële aanbiedingen van de vennootschappen van de ENEL-groep enerzijds en van derden anderzijds, kan uit de beschrijving van die beslissing niet met voldoende duidelijkheid worden opgemaakt of dit begrip betekent dat de verzoeken op verschillende tijdstippen zijn verzonden, dan wel dat zij in verschillende delen van hetzelfde document waren opgenomen en evenmin of hetzelfde verzoek om instemming betrekking had op alle derde vennootschappen zonder onderscheid, of het mogelijk was in te stemmen met de ontvangst van aanbiedingen van derde vennootschappen zonder ook toestemming te hoeven geven voor de ontvangst van aanbiedingen van de ENEL-groep, dan wel of de klanten van SEN op individuele basis konden kiezen welke derde ondernemingen hun commerciële aanbiedingen mochten toezenden, net als blijkbaar het geval was voor de ENEL-groep.

98 Niettemin moet eraan worden herinnerd dat de bewijslast inzake het vermogen van de gedraging van SEN om daadwerkelijke of potentiële uitsluitingseffecten teweeg te brengen, bij de AGCM ligt. Aangezien dit vermogen niet louter hypothetisch mag zijn, moest de AGCM in het bestreden besluit, om aan deze bewijslast te voldoen, op basis van bewijselementen zoals gedragsonderzoeken aantonen dat de door SEN gebruikte methode om de toestemming van haar klanten voor de overdracht van hun gegevens te verzamelen, wel degelijk gunstiger was ten aanzien van de voor overdracht aan EE bestemde lijsten.

99 Mocht de verwijzende rechter vaststellen dat de AGCM in het bestreden besluit rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat de wijze waarop SEN haar klanten heeft verzocht om instemming met de ontvangst van aanbiedingen, een distorsie creëerde om de vennootschappen van de ENEL-groep te bevoordelen ten nadele van haar concurrenten, sluit het bestaan van een dergelijke distorsie uit dat het verschil in de hoeveelheid informatie in de voor EE bestemde

lijsten en in de voor de concurrenten bestemde lijsten te danken was aan het feit dat de vennootschappen van de ENEL-groep op de vrije markt beter hadden gepresteerd, of aan de aantrekkingskracht van het merk ENEL. Het bestaan zelf van deze distorsie maakt het immers per definitie onmogelijk om vast te stellen of er objectieve oorzaken zijn voor het verschil in het aantal verkregen instemmingen. Aangezien in dat geval de genoemde distorsie het gevolg zou zijn van het gedrag van SEN, moet het verschil tussen het aantal klanten waarop de voor EE bestemde lijsten en de voor de concurrenten van EE bestemde lijsten betrekking hebben, dan ook worden toegeschreven aan SEN.

100 Hieruit volgt dat SEN aldus aan EE een middel heeft overgedragen dat mogelijk een concurrentievoordeel op de vrije markt verschafte aan de onderneming die volgens de in punt 90 van dit arrest vermelde premisse bestond uit minstens deze twee vennootschappen samen, terwijl uit de gegevens van het dossier blijkt dat het proces van splitsing van de activiteiten van ENEL juist tot doel had om een dergelijke overdracht te voorkomen. Bijgevolg moet het latere gebruik van dit middel worden beschouwd als de concrete uitvoering van een praktijk die, althans aanvankelijk, uitsluitingseffecten op de vrije markt kon teweegbrengen.

101 Dergelijk gedrag zou echter noodzakelijkerwijs niet kunnen worden gereproduceerd door een hypothetische concurrent die even efficiënt is, aangezien geen enkele concurrerende onderneming – gelet op de positie van SEN op de beschermde markt na de afschaffing van het wettelijke monopolie die voorheen in handen was van de onderneming ENEL – over een structuur zou kunnen beschikken die in staat was om de contactgegevens van de klanten op de beschermde markt in zulke grote aantallen te verstrekken.

102 Hieruit volgt dat, voor zover het misbruik van een machtspositie moet worden beoordeeld aan de hand van het vermogen van het betrokken gedrag om uitsluitingseffecten teweeg te brengen, en niet aan de hand van de concrete gevolgen ervan, indien zou komen vast te staan dat SEN haar klanten heeft gevraagd om instemming met de ontvangst van aanbiedingen van vennootschappen van de ENEL-groep enerzijds en haar concurrenten anderzijds op een wijze die discriminerend is, deze omstandigheid op zich volstaat om aan te tonen dat het gedrag van de onderneming bestaande uit ten minste SEN en EE kon ingrijpen in een daadwerkelijke en onvervalste mededinging. Een dergelijke vaststelling kan niet ter discussie worden gesteld in het licht van de redenen waarom geen enkele van de genoemde concurrenten de hun aangeboden informatie heeft gekocht, het vermogen van EE om dit concurrentievoordeel om te zetten in een commercieel succes of de zorgvuldigheid die de concurrerende ondernemingen konden of hadden kunnen betrachten, zoals het aankopen bij derden van bestanden met gegevens over klanten op de beschermde markt, om de schadelijke gevolgen van deze praktijk te beperken.

103 Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 102 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een buiten het mededingingsrecht vallende rechtmatige praktijk, wanneer zij wordt uitgevoerd door een onderneming met een machtspositie, als „misbruik” in de zin van die bepaling kan worden gekwalificeerd indien zij een uitsluitingseffect kan teweegbrengen en berust op het gebruik van andere middelen dan die welke gebruikelijk zijn bij een mededinging op basis van verdienste. Wanneer aan deze twee voorwaarden is voldaan, kan de betrokken onderneming met een machtspositie niettemin aan het verbod van artikel 102 VWEU ontkomen door aan te tonen dat de betrokken praktijk objectief gerechtvaardigd was en evenredig was aan die rechtvaardiging, dan wel werd gecompenseerd of zelfs werd geneutraliseerd door voordelen op het vlak van efficiëntie die ook de consument ten goede komen.

Vijfde vraag

104 Met zijn vijfde vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 102 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat wanneer misbruik wordt gemaakt van een machtspositie door een of meer dochterondernemingen die tot een economische eenheid behoren, het bestaan van deze eenheid volstaat om de moedermaatschappij mede verantwoordelijk te achten voor dit misbruik, zelfs wanneer zij niet aan het misbruik heeft deelgenomen, dan wel of het noodzakelijk is om het, zelfs indirecte, bewijs te leveren van coördinatie tussen deze verschillende vennootschappen en in het bijzonder om betrokkenheid van de moedermaatschappij aan te tonen.

105 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat de auteurs van het VWEU ervoor gekozen hebben het begrip „onderneming" te gebruiken ter aanduiding van de pleger van een inbreuk op het mededingingsrecht, dat in deze context duidt op een economische eenheid, ook al wordt deze uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen (arrest van 27 april 2017, Akzo Nobel e.a./Commissie, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punt 48).

106 Uit die keuze vloeit voort dat, wanneer een dergelijke eenheid de mededingingsregels van de Unie overtreedt, zij in overeenstemming met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid daarvoor moet dragen (arrest van 25 maart 2021, Deutsche Telekom/Commissie, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punt 73).

107 Aangezien een dergelijke inbreuk echter moet worden toegerekend aan een rechtspersoon waaraan geldboeten kunnen worden opgelegd, leidt de toepassing van het begrip „onderneming" en dus het begrip „economische eenheid" van rechtswege tot de hoofdelijke aansprakelijkheid van de entiteiten waaruit de betrokken economische eenheid op het moment van de inbreuk bestond (zie in die zin arrest van 6 oktober 2021, Sumal, C-882/19, EU:C:2021:800, punt 44).

108 Wanneer juridisch verschillende personen in de vorm van een groep zijn georganiseerd, vormen zij volgens vaste rechtspraak een en dezelfde onderneming wanneer zij niet zelfstandig hun gedrag op de betrokken markt bepalen, maar zij, met name gelet op de economische, organisatorische en juridische banden tussen hen en een moedermaatschappij, de gevolgen ondergaan van de daadwerkelijke uitoefening door deze leidinggevende eenheid van een beslissende invloed te dien einde (zie in die zin arrest van 25 maart 2021, Deutsche Telekom/Commissie, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punten 74 en 75).

109 Het is eveneens vaste rechtspraak dat in het bijzondere geval waarin de moedermaatschappij direct of indirect het gehele of nagenoeg het gehele kapitaal bezit van de dochteronderneming die een inbreuk op de mededingingsregels van de Unie heeft gemaakt, er een vermoeden bestaat dat de moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed heeft uitgeoefend (zie in die zin arrest van 15 april 2021, Italmobiliare e.a./Commissie, C-694/19 P, niet gepubliceerd, EU:C:2021:286, punt 55).

110 Dat vermoeden is evenwel weerlegbaar (zie in die zin arrest van 8 mei 2013, Eni/Commissie, C-508/11 P, EU:C:2013:289, punt 47). Zoals het Hof heeft benadrukt, is het namelijk niet de omvang van het bezit van het maatschappelijk kapitaal van de dochteronderneming dat ten grondslag ligt aan genoemd vermoeden, maar wel de mate van zeggenschap die het gevolg is van dat bezit (arrest van 27 januari 2021, The Goldman Sachs Group/Commissie, C-595/18 P, EU:C:2021:73, punt 35). Het bezit door een vennootschap van nagenoeg het gehele maatschappelijk kapitaal van een andere vennootschap is weliswaar een zeer sterke aanwijzing

dat zij deze zeggenschap heeft, maar sluit niet met zekerheid uit dat een of meer andere personen alleen of gezamenlijk de beslissingsbevoegdheid bezitten, aangezien met name de eigendom van het maatschappelijk kapitaal kan zijn gescheiden van de stemrechten.

111 Overigens volgt uit de hierboven aangehaalde rechtspraak dat een moedermaatschappij slechts een en dezelfde onderneming vormt met haar dochteronderneming wanneer zij toezicht uitoefent op het gedrag van haar dochteronderneming, hetgeen kan worden bewezen door aan te tonen dat de moedermaatschappij de mogelijkheid heeft om een beslissende invloed op het gedrag van de dochteronderneming uit te oefenen en dat zij die invloed bovendien daadwerkelijk heeft uitgeoefend, dan wel dat die dochteronderneming niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar hoofdzakelijk de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt, met name gelet op de economische, organisatorische en juridische banden tussen deze twee juridische entiteiten (zie met name arrest van 25 maart 2021, Deutsche Telekom/Commissie, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punten 94 en 95).

112 Bijgevolg moet een moedermaatschappij het in punt 109 van het onderhavige arrest genoemde vermoeden ook kunnen weerleggen door aan te tonen dat zij in weerwil van het feit dat zij het gehele of nagenoeg het gehele kapitaal van een andere vennootschap in handen had toen de praktijk gaande was, geen instructies heeft gegeven aan die vennootschap, en evenmin direct of indirect, met name via benoemde bestuurders, betrokken was bij de besluitvorming van die andere vennootschap in verband met de betrokken economische activiteit.

113 In casu betoogt ENEL dat de moeilijkheden die zich in het kader van de hoofdgedingen hebben voorgedaan, geen verband houden met de toepassing van dit vermoeden, maar met de vraag wie moet bewijzen dat de verschillende betrokken vennootschappen van de ENEL-groep een en dezelfde onderneming vormden, en met de motiveringsplicht van de mededingingsautoriteit wanneer deze voornemens is de door een moedermaatschappij ter weerlegging van dit vermoeden aangevoerde bewijzen terzijde te leggen.

114 Wat de bewijslast betreft, volgt uit de rechtspraak van het Hof – zoals de advocaat-generaal in punt 155 van zijn conclusie heeft opgemerkt – dat het vermoeden dat voortvloeit uit het feit dat een moedermaatschappij het gehele of nagenoeg het gehele maatschappelijk kapitaal van haar dochteronderneming in handen heeft, impliceert dat geacht wordt vast te staan dat de moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed op haar dochteronderneming uitoefende en dat zij dus een en dezelfde onderneming vormden, zonder dat de mededingingsautoriteit nog aanvullend bewijs hoeft aan te dragen (zie met name arrest van 16 juni 2016, Evonik Degussa en AlzChem/Commissie, C-155/14 P, EU:C:2016:446, punten 29 en 30).

115 Wat de motiveringsplicht betreft, zij eraan herinnerd dat dit een algemeen beginsel van Unierecht vormt, dat tot uitdrukking komt in artikel 41 van het Handvest, dat van toepassing is op de lidstaten wanneer zij dit recht ten uitvoer brengen (zie in die zin arrest van 24 november 2020, Minister van Buitenlandse Zaken, C-225/19 en C-226/19, EU:C:2020:951, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

116 Overeenkomstig het door artikel 47 van het Handvest gewaarborgde recht op een doeltreffende voorziening in rechte moet de motivering de belanghebbenden in staat stellen om na te gaan of het vastgestelde besluit eventueel een gebrek vertoont op grond waarvan de geldigheid ervan kan worden betwist, en voorts de bevoegde rechter in staat stellen de wettigheid ervan te toetsen (zie in die zin arrest van 16 mei 2017, Berlioz Investment Fund, C-682/15, EU:C:2017:373, punt 84).

117 Wanneer bij een besluit wordt vastgesteld dat een vennootschap ten tijde van de feiten samen met een of meer van haar dochterondernemingen een en dezelfde onderneming vormden voor de uitoefening van een economische activiteit, is dit besluit dus slechts naar behoren gemotiveerd wanneer daarin wordt uiteengezet op welke gronden dat besluit is genomen (zie met name arrest van 2 oktober 2003, Aristrain/Commissie, C-196/99 P, EU:C:2003:529, punt 100, en 29 september 2011, Elf Aquitaine/Commissie, C-521/09 P, EU:C:2011:620, punt 152).

118 Hieruit volgt dat, zoals de advocaat-generaal in punt 160 van zijn conclusie heeft opgemerkt, wanneer een mededingingsautoriteit zich voor het opleggen van een geldboete aan een moedermaatschappij wegens het gedrag van de onderneming die zij ten tijde van de feiten vormde samen met een andere vennootschap die destijds dochteronderneming was, heeft gebaseerd op het vermoeden van beslissende invloed dat voortvloeit uit het feit dat die moedermaatschappij ten tijde van de feiten het gehele of nagenoeg het gehele kapitaal van die andere vennootschap in handen had, ook al had die moedermaatschappij tijdens de administratieve procedure concrete bewijzen aangedragen om dat vermoeden te weerleggen, de mededingingsautoriteit slechts aan haar motiveringsplicht voldoet indien zij afdoende motiveert waarom dat vermoeden niet op grond van die bewijzen kon worden weerlegd (arrest van 29 september 2011, Elf Aquitaine/Commissie, C-521/09 P, EU:C:2011:620, punt 153).

119 Een dergelijke motiveringsplicht houdt echter niet in dat de mededingingsautoriteit verplicht is om een standpunt in te nemen over elk element dat de moedermaatschappij ter weerlegging van dat vermoeden aanvoert (arrest van 5 december 2013, Commissie/Edison, C-446/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:798, punt 23).

120 De vraag of een handeling rechtens genoegzaam is gemotiveerd, moet namelijk worden beoordeeld in het licht van de context ervan en de toepasselijke regels (zie naar analogie arrest van 19 november 2013, Commissie/Raad, C-63/12, EU:C:2013:752, punt 99). Aangezien de motivering een vormvereiste is, wordt aan dit vereiste voldaan indien in het bestreden besluit een grond wordt aangehaald waaruit blijkt dat er in weerwil van de verschillende aangevoerde elementen geen reden was om het vermoeden als weerlegd te beschouwen. Vervolgens staat het aan de adressaten van dit besluit om de geldigheid van die motivering te betwisten.

121 Aangezien in de hoofdgedingen niet wordt betwist dat ENEL het gehele of nagenoeg het gehele kapitaal van SEN bezat, mocht de AGCM er dus van uitgaan dat deze moedermaatschappij met haar dochtermaatschappij één enkele onderneming vormde voor de distributie van elektriciteit op de betrokken markt. ENEL kon evenwel pogen dit vermoeden te weerleggen door het bewijs te leveren dat zij ondanks het bezit van een dergelijk aandeel in het kapitaal geen zeggenschap kon uitoefenen over SEN, dan wel dat zij geen gebruik maakte, direct noch indirect, van de mogelijkheid die zij wegens het bezit van het gehele of nagenoeg het gehele maatschappelijk kapitaal van SEN had om een beslissende invloed op SEN uit te oefenen. Indien dat het geval was, diende de AGCM een standpunt in te nemen over het aangevoerde bewijs door op zijn minst een reden aan te geven waarom het vermoeden ondanks deze verschillende elementen niet was weerlegd.

122 Evenwel kan erop worden gewezen dat in de hoofdgedingen de stelling dat ENEL in het kader van de gedecentraliseerde besluitvorming binnen de groep als enige taak had om de synergieën en goede praktijken tussen de verschillende ondernemingen van de groep te bevorderen, hoe dan ook niet volstaat om dit vermoeden te weerleggen, aangezien het met name niet uitsluit dat

vertegenwoordigers van ENEL zitting hebben gehad in de besluitvormingsorganen van SEN, en zelfs niet waarborgt dat de leden van deze organen functioneel onafhankelijk waren van de moedermaatschappij.

123 Gelet op een en ander moet op de vijfde vraag worden geantwoord dat artikel 102 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat wanneer misbruik wordt gemaakt van een machtspositie door een of meer dochterondernemingen die tot een economische eenheid behoren, het bestaan van deze eenheid volstaat om de moedermaatschappij medeverantwoordelijk te achten voor dit misbruik. Het bestaan van een dergelijke eenheid moet worden vermoed indien ten tijde van de feiten ten minste nagenoeg het gehele kapitaal van deze dochterondernemingen direct of indirect in handen was van de moedermaatschappij. De mededingingsautoriteit hoeft geen aanvullend bewijs te leveren, tenzij de moedermaatschappij aantoont dat zij niet in staat was om het gedrag van haar dochterondernemingen te bepalen, aangezien deze zelfstandig handelen.

Kosten

124 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

1) **Artikel 102 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het voor de vaststelling of een praktijk misbruik van een machtspositie oplevert, volstaat dat de mededingingsautoriteit aantoont dat deze praktijk mogelijk ingrijpt in een structuur van daadwerkelijke mededinging op de relevante markt, tenzij de betrokken onderneming met een machtspositie aantoont dat de mogelijk uit die praktijk voortvloeiende mededingingsverstorende effecten worden gecompenseerd of zelfs geneutraliseerd door positieve gevolgen voor de consument, met name op het punt van prijs, keuze, kwaliteit en innovatie.**

2) **Artikel 102 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het, om uit te sluiten dat een gedraging van een onderneming met een machtspositie misbruik oplevert, op zich niet volstaat dat de betrokken onderneming heeft aangetoond dat deze gedraging de mededinging in concreto niet heeft beperkt. Dit kan een aanwijzing zijn dat de betrokken gedraging de mededinging niet kon verstoren, hetgeen evenwel zal moeten worden aangevuld met andere bewijzen waaruit blijkt dat de gedraging de mededinging niet kon verstoren.**

3) **Artikel 102 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het bestaan van uitsluitingsmisbruik door een onderneming met een machtspositie moet worden beoordeeld op basis van het vermogen van die praktijk om de mededinging te verstoren. Een mededingingsautoriteit hoeft niet aan te tonen dat de betrokken onderneming de bedoeling heeft haar concurrenten te verdrijven met andere middelen dan die welke gelden voor een mededinging op basis van verdienste. Het bewijs van een dergelijke bedoeling is niettemin een feitelijke omstandigheid die in aanmerking kan worden genomen voor de vaststelling van misbruik van een machtspositie.**

4) Artikel 102 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat een buiten het mededingingsrecht vallende rechtmatige praktijk, wanneer zij wordt uitgevoerd door een onderneming met een machtspositie, als „misbruik” in de zin van die bepaling kan worden gekwalificeerd indien zij een uitsluitingseffect kan teweegbrengen en berust op het gebruik van andere middelen dan die welke gebruikelijk zijn bij een mededinging op basis van verdienste. Wanneer aan deze twee voorwaarden is voldaan, kan de betrokken onderneming met een machtspositie niettemin aan het verbod van artikel 102 VWEU ontkomen door aan te tonen dat de betrokken praktijk objectief gerechtvaardigd was en evenredig was aan die rechtvaardiging, dan wel werd gecompenseerd of zelfs werd geneutraliseerd door voordelen op het vlak van efficiëntie die ook de consument ten goede komen.

5) Artikel 102 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat wanneer misbruik wordt gemaakt van een machtspositie door een of meer dochterondernemingen die tot een economische eenheid behoren, het bestaan van deze eenheid volstaat om de moedermaatschappij medeverantwoordelijk te achten voor dit misbruik. Het bestaan van een dergelijke eenheid moet worden vermoed indien ten tijde van de feiten ten minste nagenoeg het gehele kapitaal van deze dochterondernemingen direct of indirect in handen was van de moedermaatschappij. De mededingingsautoriteit hoeft geen aanvullend bewijs te leveren, tenzij de moedermaatschappij aantoont dat zij niet in staat was om het gedrag van haar dochterondernemingen te bepalen, aangezien deze zelfstandig handelen.

ondertekeningen