Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 12 maj 2022*

”Begäran om förhandsavgörande – Konkurrens – Dominerande ställning – Missbruk – Artikel 102 FEUF – Ett förfarandes påverkan på konsumenternas välfärd och marknadens struktur – Utestängande missbruk – Förfarandets förmåga att skapa en utestängningseffekt – Användning av andra medel än de som hör till en pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*) – Omöjligt för en hypotetisk konkurrent som är lika effektiv att efterlikna förfarandet – Förekomsten av en konkurrensbegränsande avsikt – Öppnandet för konkurrens av elförsäljningsmarknaden – Överföring av känsliga affärsuppgifter inom en bolagskoncern i syfte att bevara en dominerande ställning på en marknad vilken ställning har sitt ursprung i ett lagstadgat monopol – Huruvida moderbolaget kan tillskrivas ansvar för dotterbolagets beteende”

I mål C-377/20,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) genom beslut av den 21 maj 2020, som inkom till domstolen den 29 juli 2020, i målet

Servizio Elettrico Nazionale SpA,

ENEL SpA,

Enel Energia SpA

mot

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato m.fl.,

ytterligare deltagare i rättegången:

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,

* Rättegångsspråk: italienska.

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden på femte avdelningen E. Regan (referent), domstolens ordförande K. Lenaerts, tillika tillförordnad domare på femte avdelningen, ordföranden på fjärde avdelningen C. Lycourgos, samt domarna I. Jarukaitis och M. Ilešič,

generaladvokat: A. Rantos,

justitiesekreterare: handläggaren C. Di Bella,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 9 september 2021,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Servizio Elettrico Nazionale SpA, genom M. D'Ostuni, A. Police och M. Russo, avvocati,

– ENEL SpA, genom M. Clarich och V. Meli, avvocati,

– Enel Energia SpA, genom F. Anglani, C. Tesauro, S. Fienga och M. Contu, avvocati,

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

– Green Network SpA, genom V. Cerulli Irelli, C. Mirabile och A. Fratini, avvocati,

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

– Tysklands regering, genom J. Möller och D. Klebs, båda i egenskap av ombud,

– Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av G. Galluzzo och S. Fiorentino, avvocati dello Stato,

– Konungariket Norge, genom L. Furuholmen, K. Hallsjø Aarvik, K.S. Borge, E. W. Sandaa och P. Wennerås, samtliga i egenskap av ombud,

– Europeiska kommissionen, genom G. Conte, P. Rossi och C. Sjödin, samtliga i egenskap av ombud,

– Eftas övervakningsmyndighet, genom C. Simpsson och M. Sánchez Rydelski, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 9 december 2021 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 102 FEUF.

2 Begäran har framställts i mål mellan å ena sidan Servizio elettrico Nazionale SpA (nedan kallat SEN), dess moderbolag ENEL SpA och ett systerbolag, Enel Energia SpA (nedan kallat EE) och å andra sidan Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (konkurrens- och marknadsmyndigheten, Italien) (nedan kallad konkurrensmyndigheten), och andra parter, angående denna myndighets beslut att med stöd av artikel 102 FEUF ålägga nämnda bolag böter för missbruk av dominerande ställning (nedan kallat det omtvistade beslutet).

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

3 Förevarande mål rör den gradvisa liberaliseringen av marknaden för elförsäljning i Italien.

4 Sedan den 1 juli 2007 kan alla användare av det italienska elnätet, inklusive hushåll och små och medelstora företag, välja sin leverantör. Öppnandet av denna marknad kännetecknades dock inledningsvis av att det gjordes åtskillnad mellan, å ena sidan, de kunder som kunde välja en annan leverantör på den fria marknaden än den distributör som var verksam i det geografiska området och, å andra sidan kunder på den skyddade marknaden, som bestod av privatpersoner och små företag, vilka inte ansågs kunna förhandla om avtalen om elförsörjning med full kännedom om fakta eller utifrån en stark förhandlingsställning, och därför fortsatte att omfattas av ett reglerat system, nämligen ”servizio di maggior tutela” (tjänst med ökat skydd), det vill säga en marknad som kontrolleras av en nationell tillsynsmyndighet som ansvarar för en viss sektor vad gäller fastställandet av försäljningsvillkoren.

5 I ett andra skede tilläts kunderna på den skyddade marknaden att delta på den fria marknaden. Den italienska lagstiftaren genomförde övergången från den skyddade marknaden till den fria marknaden genom att fastställa ett datum från och med vilket det särskilda prisskyddet inte längre skulle gälla.

6 När konkurrensmyndigheten antog det omtvistade beslutet den 20 december 2018, fastställdes datumet för upphävande av det särskilda prisskyddet till den 1 juli 2020. Efter flera senareläggningar fastställdes övergångsdatumet till den 1 januari 2021 för små och medelstora företag, och till den 1 januari 2022 för hushåll.

7 I syfte att avreglera marknaden blev ENEL, ett företag som dittills varit vertikalt integrerat och hade haft monopol på elproduktion i Italien och som var verksamt inom el-distributionen, föremål för ett förfarande för att avyttra distributions- och försäljningsverksamheterna samt varumärken. Efter detta förfarande tilldelades olika bolag verksamheter avseende de olika etapperna i distributionsprocessen. På så sätt anförtroddes E-Distribuzione distributionen, EE fick i uppdrag att tillhandahålla el på den fria marknaden, och SEN fick i uppdrag att förvalta tjänsten med ökat skydd.

8 Förevarande mål har sin upprinnelse i en anmälan till konkurrensmyndigheten från Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET (den italienska organisationen för grossister på energimarknaden och energihandlare, nedan kallad AIGET) och anmälningar från enskilda konsumenter med syfte att påtala en olaglig användning av känsliga affärsuppgifter vilken leverantörer som har tillgång till dessa uppgifter på grund av att de ingår i ENEL-koncernen gjort sig skyldiga till. Konkurrensmyndigheten inledde därför den 4 maj 2017 en utredning mot ENELl, SEN och EE för att kontrollera huruvida de aktuella bolagens beteenden utgjorde en överträdelse av artikel 102 FEUF.

9 Utredningen avslutades med antagandet av det omtvistade beslutet, varigenom konkurrensmyndigheten fastställde att SEN och EE, under samordning av moderbolaget ENEL, från januari 2012 till maj 2017 och i strid med artikel 102 FEUF, hade gjort sig skyldiga till missbruk av dominerande ställning på marknaderna för försäljning av el till hushålls- och icke-hushållsanvändare anslutna till lågspänningsnätet, i de områden där ENEL-koncernen förvaltade distributionsverksamheten. Konkurrensmyndigheten ålade följaktligen de ovannämnda bolagen böter på 93 084 790,50 euro.

10 Det kritiserade beteendet bestod i att från och med januari 2012 till och med maj 2017 ha genomfört en utestängningsstrategi i syfte att överföra kundkretsen tillhörande SEN, den traditionella förvaltaren av den skyddade marknaden – som år 2017 fortfarande omfattade mellan 80 och 85 procent av hushållen, och mellan 70 och 85 procent av övriga kunder – till EE, som är verksamt på den fria marknaden. ENEL-koncernens mål påstods ha varit att på detta sätt föregripa en risk för omfattande övergång av SEN:s kunder till utomstående leverantörer, och detta i väntan på att den skyddade marknaden helt skulle avvecklas, vilket emellertid ursprungligen var planerat att ske först år 2017.

11 Enligt det omtvistade beslutet hade SEN i detta syfte från och med år 2012 inhämtat samtycke från sina kunder på den skyddade marknaden till att ta emot kommersiella erbjudanden på den fria marknaden på ett diskriminerande sätt, som bestod i att man separat inhämtade ett sådant samtycke för bolagen i Enel-koncernen, å ena sidan, och för tredje parter, å andra sidan. Därigenom lämnade de kontaktade kunderna i regel sitt samtycke vad gällde bolagen i ENEL-koncernen, eftersom de getts uppfattningen att ett sådant samtycke var nödvändigt för att elleveranserna till dem inte skulle upphöra. Däremot lämnade de i regel inte sitt samtycke vad gällde övriga leverantörer. Härigenom begränsade SEN det antal samtycken som kunderna på den skyddade marknaden lämnade till att ta emot kommersiella erbjudanden från konkurrerande operatörer. Av alla kunder på den skyddade marknaden som gick med på att ta emot kommersiella erbjudanden från ENEL-koncernen, vilket under perioden 2012–2015 motsvarade i genomsnitt cirka 500 000 kunder per år, vilket är mer än dubbelt så mycket som den genomsnittliga kundbasen hos de tre största konkurrenterna, uppges 70 procent ha gått med på att ta emot endast ett erbjudande från ENEL-koncernen, jämfört med 30 procent som också gått med på att ta emot erbjudanden från konkurrenter.

12 Uppgifterna om de kunder på den skyddade marknaden som hade accepterat att motta kommersiella erbjudanden från ENEL-koncernen upptogs därefter i förteckningar (nedan kallade SEN-förteckningarna), vilka överfördes till EE genom avtal om hyra, mot ersättning. Eftersom de innehöll information som inte kunde återfinnas någon annanstans, närmare bestämt om att användarna tillhörde ”tjänsten med ökat skydd”, ansåg konkurrensmyndigheten att dessa SEN-förteckningar hade ett strategiskt och oersättligt värde, eftersom de möjliggjorde riktade kommersiella åtgärder.

13 Dessa SEN-förteckningar användes av EE som lanserade kommersiella erbjudanden som uteslutande riktade sig till denna typ av kunder, såsom erbjudandet ”Sempre Con Te” (”Alltid med dig”) som erbjöds under perioden den 20 mars–1 juni 2017, varigenom utestängningsstrategin konkretiserades. Enligt konkurrensmyndigheten gjorde användningen av SEN-förteckningarna det möjligt för EE att utestänga sina konkurrenter från en betydande del – närmare bestämt mer än 40 procent – av den ”konkurrensutsatta efterfrågan” från de kunder som gick från den skyddade marknaden till den fria marknaden.

14 Enligt det omtvistade beslutet tog endast en av EE:s konkurrenter kontakt med SEN för att förvärva SEN-förteckningar innehållande kontaktuppgifter till kunder som hade samtyckt till att erhålla anbud från andra företag. Detta bolag, som angav att det endast hade erhållit kännedom om att förteckningarna hade bjudits ut till försäljning genom att konsultera SEN:s webbplats, avstod slutligen från att förvärva dem. Andra bolag, som har varit verksamma på den berörda marknaden i många år, har uppgett att de aldrig informerades om denna affärsmöjlighet.

15 ENEL, SEN och EE överklagade var för sig det omtvistade beslutet till Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien), som är domstol i första instans.

16 Genom domar av den 17 oktober 2019 fastställde nämnda domstol att det förelåg ett missbruk av dominerande ställning och biföll delvis EE:s och SEN:s respektive talan, såvitt avsåg hur länge det påstådda missbruket pågått och de kriterier som skulle användas vid beräkningen av bötesbeloppet. För att följa dessa domar satte konkurrensmyndigheten ned bötesbeloppet till 27 529 786,46 euro. Nämnda domstol ogillade däremot ENEL:s talan i dess helhet.

17 Dessa tre bolag överklagade var för sig dessa domar till den hänskjutande domstolen och yrkade att böterna skulle upphävas eller, i andra hand, att bötesbeloppet skulle sättas ned.

18 Till stöd för sitt överklagande har ENEL, SEN och EE gjort gällande, för det första, att det saknas bevis för att deras beteende utgör missbruk och särskilt för att detta beteende kan, om så ens potentiellt, skapa konkurrensbegränsande utestängningseffekter.

19 De tre klagandebolagen har först och främst gjort gällande att blotta uppförandet av en kunds namn på en telefonförsäljningslista i syfte att marknadsföra dotterbolagens tjänster inte utgör något missbruk, eftersom det inte medför något åtagande vad gäller leverans och inte utgör något hinder för att kunden förekommer i andra listor, tar emot marknadsföring och väljer eller när som helst, även flera gånger, byter, leverantör.

20 Vidare kunde användningen av SEN:s förteckningar, enligt klagandebolagen, inte medföra att många kunder snabbt skulle flytta över från SEN till EE. Mellan mars och maj 2017, det vill säga under de två månaderna mellan lanseringen av erbjudandet ”Sempre Con Te” och beslutet att upphöra med telefonförsäljningen (”teleselling outbound”), hade EE, med hjälp av SEN:s förteckningar, värvat knappt 478 kunder, det vill säga 0,002 procent av användarna av ”tjänsten med ökat skydd” och 0,001 procent av det totala antalet elanvändare.

21 Vidare prövade konkurrensmyndigheten inte den ekonomiska bevisning som ENEL, SEN och EE hade ingett för att styrka att de fastställda beteendena inte kunde ha och inte hade haft konkurrensbegränsande effekter. De positiva resultat som EE redovisade för värvning av kunder som omfattades av ”tjänsten med ökat skydd” beror enligt klagandebolagen på två fullt lagliga faktorer som kan ge en alternativ och mer övertygande förklaring än den som konkurrensmyndigheten förespråkar, nämligen dels att bolagen i ENEL-koncernen hade bättre resultat på den fria marknaden, dels att varumärket ENEL kunde locka kunder.

22 Slutligen är SEN:s förteckningar varken strategiska eller oersättliga, med hänsyn till att liknande förteckningar över kunder som omfattas av ”tjänsten med ökat skydd” finns på marknaden, och dessa förteckningar är mer omfattande och billigare.

23 ENEL har, för det andra, bestritt konkurrensmyndighetens tillämpning av en motbevisbar presumtion som grund för att tillskriva ENEL ansvar, i egenskap av moderbolag. ENEL har i detta avseende gjort gällande att det från och med år 2014 har genomförts en omfattande organisatorisk omstrukturering av Enel-koncernen, vilket lett till att beslutsförfarandena decentraliserats. Inom ramen för denna nya organisation har koncernens moderbolag ENEL endast fått till uppgift att främja synergieffekter och bästa praxis bland de olika operativa bolagen, och har inte längre någon beslutsfattande roll.

24 Enligt den hänskjutande domstolen, som förenat de tre nationella målen, råder det inga tvivel om att ENEL-koncernen har en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Begreppet missbruk, särskilt ”atypiska” sådana, såsom det som syftar till att förhindra utökning eller diversifiering av konkurrenternas utbud, ger däremot upphov till tolkningsproblem, dels eftersom artikel 102 FEUF inte innehåller några uttömmande tillämpningskriterier, dels eftersom den traditionella åtskillnaden mellan exploaterande missbruk och utestängande missbruk inte är relevant. I synnerhet uppkommer frågan huruvida det dominerande företagets strategi ska beaktas när den, såsom i förevarande fall, syftade till att förhindra att kunderna gick över till konkurrenter, och om man ska beakta omständigheten att detta företags beteende i sig var tillåtet, eftersom SEN-förteckningarna, enligt den hänskjutande domstolen, hade erhållits på laglig väg.

25 Den hänskjutande domstolen vill även få klarhet i huruvida det räcker att det aktuella beteendet kan utestänga konkurrenter från den relevanta marknaden, när nämnda koncern under förfarandets förlopp ingett ekonomiska undersökningar för att styrka att dess beteende i praktiken inte hade någon utestängande verkan.

26 Slutligen uppkommer frågan huruvida det faktum att en bolagskoncern har missbrukat sin dominerande ställning ska styrkas genom bevisning för att det föreligger en aktivs samordning mellan de olika bolagen i koncernen eller om det räcker att ett bolag ingår i denna koncern för att konstatera att bolaget har medverkat till missbruket, även i fråga om ett koncernbolag som inte har genomfört missbruket.

27 Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Kan beteenden som ger uttryck för missbruk av dominerande ställning i sig vara fullt lagliga och då kvalificeras som ’missbruk’ med hänsyn tagen till enbart deras (potentiella) konkurrensbegränsande effekter på referensmarknaden, eller måste de aktuella beteendena för att utgöra missbruk även tillskrivas ett specifikt inslag av olaglighet som består i att ’andra konkurrensmetoder (eller -medel)’ tillämpas i stället för de ’normala’, och på grundval av vilka kriterier kan gränsen mellan ’normal’ och ’snedvriden’ konkurrens fastställas i det sistnämnda fallet?

2) Har regelverket om påföljder för missbruk till syfte att maximera konsumenternas välfärd, med den följden att domstolarna ska fastställa den sänkning av välfärden som har skett eller riskerar att ske, eller har regelverket om påföljder för överträdelser av konkurrensreglerna i sig som målsättning att bevara marknadens konkurrensstruktur för att undvika att det uppstår koncentrationer av ekonomisk makt som under alla omständigheter ska anses vara skadliga för samhället?

3) I fall av missbruk av dominerande ställning som består i att det dominerande företaget har försökt att förhindra att konkurrenterna behåller eller utökar sina marknadsandelar, ska då det dominerande företaget ändå beredas tillfälle att styrka att dess beteende – även om det på ett teoretiskt plan kan ha en konkurrensbegränsande effekt – i praktiken inte har varit konkurrensskadligt, och ska artikel 102 FEUF, om frågan besvaras jakande, inom ramen för prövning av huruvida det är fråga om atypiskt missbruk genom utestängande åtgärder, tolkas på så sätt att myndigheten är skyldig att noga bedöma de ekonomiska analyser som har ingetts av företaget angående det undersökta beteendets faktiska förmåga att utestänga konkurrenterna från marknaden?

4) Ska missbruk av dominerande ställning enbart prövas med utgångspunkt i dess effekter (inbegripet potentiella effekter) på marknaden utan att alls beakta aktörens subjektiva motiv eller kan fastställandet av att det finns ett konkurrensbegränsande syfte utgöra en parameter som (även ensam) kan användas för att pröva om det dominerande företagets beteende utgör missbruk, eller kan fastställandet av det subjektiva rekvisitet enbart användas för att ålägga det dominerande företaget bevisbördan (företaget måste således styrka att dess beteende inte har haft någon utestängande verkan)?

5) Om flera bolag i samma koncern har missbrukat sin dominerande ställning kan det då antas att även övriga koncernbolag har medverkat till överträdelsen, även om de inte har gjort sig skyldiga till något missbruk – med den följden att tillsynsmyndigheten endast behöver styrka ett medvetet parallellt beteende, om än utan inslag av samordnat förfarande, som har uppvisats av bolagen i den koncern som sammantaget har en dominerande ställning – eller måste myndigheten (på samma sätt som när det gäller förbud mot konkurrensbegränsande samverkan) under alla omständigheter styrka, även genom indirekt bevisning, att det föreligger en konkret situation med samordning och medverkan mellan de olika bolagen i koncernen med dominerande ställning, i synnerhet för att styrka att moderbolaget är involverat?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till prövning

28 Flera parter har i sina skriftliga yttranden till domstolen ifrågasatt huruvida vissa tolkningsfrågor kan tas upp till prövning.

29 AIGET anser att den andra frågan inte kan tas upp till prövning, eftersom den är formulerad i allmänna ordalag och inte är relevant. Det har nämligen inte bestritts att om det missbruk som ENEL-koncernen påstås ha gjort sig skyldig till styrktes, är detta missbruk av sådan natur att det kan såväl utestänga konkurrenterna från marknaden som orsaka skada för konsumenterna.

30 Green Network SpA har ifrågasatt huruvida de fyra första frågorna kan tas upp till prövning, eftersom de inte är nödvändiga för att avgöra de nationella målen och, under alla omständigheter, eftersom EU-domstolen redan har besvarat frågorna.

31 Konkurrensmyndigheten och AIGET har slutligen hävdat att den femte frågan inte kan tas upp till sakprövning, eftersom den är hypotetisk, eftersom konkurrensmyndighetens undersökning ledde till slutsatsen att det förelåg en gruppstrategi för att överföra SEN:s kunder till EE och således förhindra att kunderna gick till konkurrerande koncerner.

32 Det ska härvidlag erinras om att det enligt fast rättspraxis ankommer uteslutande på den nationella domstolen, vid vilken målet anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen. EU-domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts avser tolkningen av unionsrätten (dom av den 15 juli 2021, The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, punkt 54 och där angiven rättspraxis).

33 Av detta följer att frågor som rör unionsrätten ska presumeras vara relevanta. En tolkningsfråga från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (dom av den 15 juli 2021, The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, punkt 55 och där angiven rättspraxis).

34 Vad för det första gäller den andra frågan konstaterar domstolen att den omständigheten att den är formulerad i allmänna ordalag inte utesluter att den kan vara relevant för att avgöra de nationella målen.

35 För övrigt ankommer det inte på EU-domstolen utan på den nationella domstolen att fastställa de faktiska omständigheter som gett upphov till det nationella målet och att bedöma vilka följder detta får för det avgörande som den har att meddela (dom av den 10 mars 2016, Safe Interenvíos, C-235/14, EU:C:2016:154, punkt 119). I den mån en nationell domstol i sin begäran har redogjort för de faktiska och rättsliga omständigheter som är nödvändiga för att EU-domstolen ska kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den, kan dessa frågor följaktligen inte avvisas enbart av det skälet att de är formulerade i allmänna ordalag.

36 När det gäller påståendet att det inte har bestritts att det påstådda missbruket kan medföra att ENEL-koncernens konkurrenter utestängs från marknaden och att konsumenterna orsakas skada, kan detta påstående, även om det antas att det styrks, inte påverka det faktum att en tolkning av de syften som eftersträvas med artikel 102 FEUF kan visa sig vara användbar för den hänskjutande domstolen för att fastställa vilka villkor som ska vara uppfyllda för att det ska kunna konstateras att missbruk av dominerande ställning föreligger.

37 Vad därefter gäller relevansen av den första, den tredje och den fjärde frågan räcker det att påpeka att det inte är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i de nationella målen. Mot bakgrund av omständigheterna i de nationella målen framstår det tvärtom som om var och en av dessa frågor kan ge den hänskjutande domstolen vägledning för att den ska kunna avgöra dessa mål. Vad gäller den omständigheten att EU-domstolen redan har uttalat sig om dessa frågor, ska det erinras om att det på intet sätt är förbjudet för en nationell domstol att ställa tolkningsfrågor till EU-domstolen, vilka enligt vissa av parterna i det nationella målet inte ger upphov till något rimligt tvivel (dom av den 14 oktober 2021, Viesgo Infraestructuras Energéticas, C-683/19, EU:C:2021:847, punkt 26).

38 Vad slutligen gäller den femte frågan kan det inte uteslutas att den hänskjutande domstolen kommer till en annan slutsats än den som dragits i det omtvistade beslutet. Det kan således inte anses, såsom konkurrensmyndigheten och AIGET har hävdat, att det är uppenbart att denna fråga saknar samband med de verkliga omständigheterna eller saken i de nationella målen eller att den är hypotetisk.

39 De frågor som ställts av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) kan följaktligen tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

Den andra frågan

40 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan, som ska prövas först, för att få klarhet i huruvida artikel 102 FEUF ska tolkas så, att det, för att fastställa huruvida ett förfarande utgör missbruk av en dominerande ställning, räcker att en konkurrensmyndighet visar att detta förfarande kan skada strukturen för en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, eller om det även krävs, eller alternativt krävs, att det visas att nämnda förfarande kan påverka konsumenternas välfärd.

41 Det ska härvidlag erinras om att artikel 102 FEUF ingår i en samling regler som, genom att de syftar till att förhindra att konkurrensen snedvrids till nackdel för allmänintresset, de enskilda företagen och konsumenterna, bidrar till att trygga välståndet i Europeiska unionen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punkterna 21 och 22).

42 Artikel 102 FEUF ger uttryck för det allmänna mål för unionens verksamhet som anges i artikel 3.1 b FEUF, nämligen fastställandet av de konkurrensregler som är nödvändiga för den inre marknadens funktion (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 april 2009, France Télécom/kommissionen, C-202/07 P, EU:C:2009:214, punkt 103, och dom av den 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/kommissionen, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkt 170).

43 Att EUF-fördragets konkurrensregler är av grundläggande betydelse framgår även av protokoll nr 27 om den inre marknaden och konkurrens, vilket i enlighet med artikel 51 FEU utgör en integrerad del av fördragen och enligt vilket den inre marknaden omfattar en ordning som säkerställer att konkurrensen inte snedvrids (dom av den 17 november 2011, kommissionen/Italien, C-496/09, EU:C:2011:740, punkt 60).

44 Bland dessa regler är det mål som särskilt avses i artikel 102 FEUF, enligt fast rättspraxis, att förhindra att beteenden hos ett företag i dominerande ställning, som, genom användning av andra metoder eller resurser än sådana som räknas till normal konkurrens, till skada för konsumenterna hindrar att den konkurrens som föreligger på marknaden upprätthålls eller utvecklas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/kommissionen, 85/76, EU:C:1979:36, punkt 91, dom av den 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 24, och dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 148 och där angiven rättspraxis). Såsom domstolen har konstaterat syftar denna bestämmelse inte endast till att bestraffa förfaranden som kan leda till direkt skada för konsumenterna, utan även missbruk som indirekt skadar konsumenterna genom

att det påverkar strukturen för effektiv konkurrens (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 mars 2007, British Airways/kommissionen, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkterna 106 och 107, och dom av den 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punkt 24).

45 Såsom domstolen redan har understrukit utgör nämnda bestämmelse däremot inte hinder för att, till följd av pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*), konkurrenter som är mindre effektiva, och således mindre intressanta för konsumenterna, vad beträffar bland annat pris, urval, kvalitet och nyskapande, försvinner från eller får mindre betydelse på den relevanta marknaden (dom av den 6 september 2017, Intel/kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punkt 134 och där angiven rättspraxis).

46 Av detta följer, såsom generaladvokaten påpekade i punkt 100 i sitt förslag till avgörande, att konsumenternas välfärd, såväl vad gäller konsumenter i mellanledet som konsumenter i slutledet, ska anses utgöra det yttersta mål som motiverar att konkurrensrätten ingriper för att förhindra missbruk av en dominerande ställning på den inre marknaden eller inom en väsentlig del av denna. Domstolen har av detta skäl redan slagit fast att ett företag som har en sådan ställning kan visa att ett utestängande förfarande inte omfattas av förbudet i artikel 102 FEUF, bland annat genom att visa att de effekter som ett sådant förfarande kan få uppvägs, eller rent av överträffas, av fördelar i effektivitetshänseende som även gynnar konsumenterna, särskilt i fråga om pris, urval, kvalitet eller nyskapande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 september 2017, Intel/kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punkterna 134 och 140, och dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 165 och där angiven rättspraxis).

47 En konkurrensmyndighet har således uppfyllt sin bevisbörda om den visar att ett förfarande som tillämpas av ett företag i dominerande ställning kan skada en effektiv konkurrensstruktur genom att använda andra resurser eller medel än sådana som räknas till normal konkurrens, utan att det är nödvändigt för myndigheten att visa att nämnda förfarande dessutom direkt kan skada konsumenterna. Det berörda dominerande företaget kan emellertid undgå förbudet i artikel 102 FEUF genom att visa att den utestängningseffekt som kan följa av det aktuella förfarandet uppvägs av positiva effekter för konsumenterna.

48 Av vad som anförts följer att den andra frågan ska besvaras enligt följande. Artikel 102 FEUF ska tolkas så, att det, för att fastställa att ett förfarande utgör missbruk av en dominerande ställning, räcker att en konkurrensmyndighet visar att detta förfarande kan skada strukturen för effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, såvida inte det berörda dominerande företaget visar att de konkurrensbegränsande effekterna av nämnda förfarande uppvägs, eller rent av överträffas, av positiva effekter för konsumenterna.

Den tredje frågan

49 Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan, som ska prövas härnäst, för att få klarhet i huruvida artikel 102 FEUF ska tolkas så, att vid bedömningen av huruvida ett företag i dominerande ställning har gjort sig skyldigt till ett beteende som utgör missbruk ska de omständigheter som detta företag har åberopat i syfte att visa att detta beteende, trots den abstrakta möjligheten att beteendet får konkurrensbegränsande effekter, inte har medfört sådana verkningar i praktiken, anses vara relevanta och, om så är fallet, huruvida konkurrensmyndigheten är skyldig att göra en fördjupad prövning av dessa omständigheter.

50 Det ska inledningsvis påpekas att när det gäller utestängande åtgärder, den kategori som de påstådda beteendena i de nationella målen tillhör, framgår det av domstolens praxis att sådana förfaranden bland annat måste ha en konkurrensbegränsande förmåga och i synnerhet har haft de utestängningseffekter som företaget lagts till last för att de ska anses utgöra missbruk (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 154 och där angiven rättspraxis).

51 För det fall ett dominerande företag under det administrativa förfarandet gör gällande att dess beteende inte har haft någon konkurrensbegränsande förmåga, och inger bevisning till stöd för detta, ska den berörda konkurrensmyndigheten följaktligen undersöka huruvida beteendet i fråga, under de omständigheter som föreligger i det enskilda fallet, verkligen hade en sådan förmåga (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 september 2017, Intel/kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punkterna 138 och 140).

52 I enlighet med rätten att yttra sig, vilken enligt fast rättspraxis utgör en allmän unionsrättslig princip som är tillämplig så snart en myndighet avser att vidta en åtgärd gentemot en person som går denne emot, är konkurrensmyndigheterna bland annat skyldiga att höra det berörda företaget, vilket innebär att de ska ägna företagets synpunkter all den uppmärksamhet som krävs, och omsorgsfullt och opartiskt pröva alla omständigheter som är relevanta i det aktuella fallet, och särskilt sådan bevisning som företaget lägger fram (se, analogt, dom av den 16 oktober 2019, Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, EU:C:2019:861, punkterna 39–42).

53 Det ska emellertid erinras om att kvalificeringen av ett dominerande företags förfarande som missbruk, för det fall ett sådant företag agerar på ett sätt som syftar till att utestänga sina konkurrenter från den berörda marknaden, inte kräver att det visas att detta förfarande erhållit det eftersträvade resultatet, och följaktligen inte heller att det visas att det föreligger en konkret utestängningseffekt på marknaden. Artikel 102 FEUF syftar nämligen till att beivra ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den inre marknaden eller inom en väsentlig del av denna, oberoende av om ett sådant missbruk har visat sig vara framgångsrikt eller inte (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, České dráhy/kommissionen, C-538/18 P och C-539/18 P, ej publicerad, EU:C:2020:53, punkt 70 och där angiven rättspraxis).

54 Förvisso kan, såsom understryks i punkt 20 i kommissionens meddelande med titeln ”Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel [102 FEUF] på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder” (EUT C 45, 2009, s. 7), när beteendet har pågått under tillräckligt lång tid, det dominerande företagets och konkurrenternas resultat på marknaden utgöra direkt bevis på konkurrenshämmande avskärmning. Däremot kan den motsatta omständigheten att ett visst beteende inte har haft några konkurrensbegränsande effekter emellertid, inte ens när det gått lång tid sedan detta beteende ägde rum, medföra att det är uteslutet att detta beteende hade en konkurrensbegränsande förmåga när det genomfördes. En sådan avsaknad av verkningar skulle nämligen kunna följa av andra orsaker och bland annat bero på förändringar som inträffat på den relevanta marknaden efter det att nämnda beteende inleddes eller på att företaget i dominerande ställning inte kunde genomföra den strategi som låg till grund för ett sådant beteende.

55 Den bevisning som ett företag i dominerande ställning har lagt fram för att det inte föreligger några konkreta utestängningseffekter räcker således inte i sig för att artikel 102 FEUF inte ska vara tillämplig.

56 Denna omständighet kan däremot utgöra ett indicium på att det aktuella beteendet inte kunde medföra de påstådda utestängningseffekterna. Det berörda företaget måste emellertid komplettera denna bevisning med uppgifter som visar att avsaknaden av konkreta effekter faktiskt var en följd av att beteendet inte kunde få sådana effekter.

57 Av detta följer att den omständigheten, som de berörda bolagen har åberopat till stöd för sitt bestridande av att det föreligger missbruk av dominerande ställning, att EE genom att använda SEN-förteckningarna erhållit knappt 478 kunder, det vill säga 0,002 procent av kunderna på den skyddade marknaden, inte i sig kan anses vara tillräcklig för att visa att det aktuella förfarandet inte hade förmåga att medföra en utestängningseffekt.

58 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den tredje frågan besvaras enligt följande. Artikel 102 FEUF ska tolkas så, att för att utesluta att ett beteende från ett företag i dominerande ställning utgör missbruk, ska bevis för att beteendet i fråga inte har medfört några konkreta begränsande effekter, som ingetts av företaget i fråga, inte i sig anses vara tillräckligt. Denna omständighet kan utgöra ett indicium på att det aktuella beteendet inte kan ge upphov till konkurrensbegränsande verkningar, vilket emellertid ska kompletteras med annan bevisning för att styrka denna oförmåga.

Den fjärde frågan

59 Den hänskjutande domstolen har ställt den fjärde frågan, som ska prövas nu, för att få klarhet i huruvida artikel 102 FEUF ska tolkas så, att bedömningen av om ett företag i dominerande ställning har gjort sig skyldigt till ett utestängande förfarande som utgör missbruk endast ska göras på grundval av detta förfarandes förmåga att få konkurrensbegränsande verkningar eller om det berörda företagets avsikt att begränsa konkurrensen ska beaktas.

60 Det ska i detta hänseende erinras om att missbruk av en dominerande ställning, vilket är förbjudet enligt artikel 102 FEUF, är ett objektivt begrepp (se, bland annat, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 148, och dom av den 25 mars 2021, Deutsche Telekom/kommissionen, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punkt 41).

61 Såsom det har erinrats om i punkt 50 i förevarande dom beror kvalificeringen av ett utestängande förfarande som missbruk på de utestängningseffekter som förfarandet har eller hade. För att fastställa att en utestängningsmetod utgör missbruk måste således en konkurrensmyndighet visa dels att detta förfarande, när det genomfördes, hade förmåga att medföra en sådan utestängningseffekt, i den meningen att det kunde försvåra för konkurrenterna att ta sig in på den relevanta marknaden, eller att hålla sig kvar på denna, och att nämnda förfarande därmed kunde påverka marknadsstrukturen, dels att detta förfarande grundar sig på användning av andra medel än sådana som räknas till pris- och prestationskonkurrens *(competition on the merits)*. Inget av dessa villkor kräver i princip att uppsåt visas.

62 Följaktligen är en konkurrensmyndighet, för att konstatera missbruk av en dominerande ställning vid tillämpningen av artikel 102 FEUF, inte på något sätt skyldig att visa att det dominerande företaget har en konkurrensbegränsande avsikt (dom av den 19 april 2012, Tomra Systems m.fl./kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 21).

63 Vid tillämpningen av artikel 102 FEUF finns visserligen inte någon som helst skyldighet att visa att det dominerande företaget har haft för avsikt att begränsa konkurrensen. Förekomsten av en sådan avsikt, för det fall avsikten inte är tillräcklig i sig, är emellertid endast en av många faktiska

omständigheter som skulle kunna beaktas för att bedöma om det rör sig om missbruk av dominerande ställning (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 162 och där angiven rättspraxis).

64 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den fjärde frågan besvaras enligt följande. Artikel 102 FEUF ska tolkas så, att frågan huruvida ett företag i dominerande ställning har gjort sig skyldig till ett utestängande missbruk ska bedömas på grundval av detta förfarandes förmåga att få konkurrensbegränsande effekter. En konkurrensmyndighet är inte skyldig att visa att det berörda företaget har för avsikt att utestänga sina konkurrenter med hjälp av andra medel eller resurser än sådana som räknas till pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*). Bevis för en sådan avsikt utgör emellertid en faktisk omständighet som kan beaktas vid bedömningen av huruvida det föreligger missbruk av dominerande ställning.

Den första frågan

65 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 102 FEUF ska tolkas så, att ett förfarande, som för övrigt är tillåtet utanför konkurrensrätten, när det tillämpas av ett företag i dominerande ställning, kan kvalificeras som ”missbruk”, i den mening som avses i denna bestämmelse, enbart på grund av dess potentiellt konkurrensbegränsande verkningar eller om en sådan kvalificering dessutom kräver att förfarandet genomförs med andra medel eller resurser än sådana som räknas till en normal konkurrens. I det senare fallet vill den hänskjutande domstolen få klarhet i vilka kriterier som gör det möjligt att skilja mellan de medel och resurser som räknas till en normal konkurrens och sådana som räknas till en snedvriden konkurrens.

66 Det ska härvidlag påpekas att ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den inre marknaden eller inom en väsentlig del av denna, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, är oförenligt med den inre marknaden och förbjudet enligt artikel 102 FEUF.

67 Enligt fast rättspraxis grundar sig begreppet missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF på en objektiv bedömning av det aktuella beteendet. Den omständigheten att ett beteende som utgör missbruk är rättsstridigt enligt denna bestämmelse är oberoende av hur beteendet kvalificeras i andra delar av lagstiftningen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 december 2012, AstraZeneca/kommissionen, C-457/10 P, EU:C:2012:770, punkterna 74 och 132).

68 Såsom framgår av punkt 44 ovan avser detta begrepp i praktiken alla förfaranden som med hjälp av andra resurser än sådana som räknas till en normal konkurrens kan skada en effektiv konkurrensstruktur. Det syftar således till att bestraffa beteenden av ett företag i dominerande ställning som på en marknad där konkurrensen redan är försvagad, genom att använda andra medel än sådana som räknas till en normal konkurrens om varor eller tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas prestationer, hindrar att den konkurrens som fortfarande föreligger på marknaden upprätthålls eller utvecklas (dom av den 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/kommissionen, 85/76, EU:C:1979:36, punkt 91, och dom av den 25 mars 2021, Deutsche Telekom/kommissionen, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punkt 41).

69 När det gäller de förfaranden som är föremål för tvisterna vid den nationella domstolen krävs det, såsom påpekats i punkt 50 ovan, för att de ska anses utgöra missbruk, att de har haft förmåga att medföra de utestängningseffekter som ligger till grund för det omtvistade beslutet.

70 Sådana verkningar får förvisso inte vara rent hypotetiska (dom av den 6 oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punkt 65). Följaktligen kan ett förfarande inte anses utgöra missbruk om det fortfarande befann sig på planeringsstadiet utan att ha genomförts. Vidare kan en konkurrensmyndighet inte grunda sig på de verkningar som denna praxis skulle kunna eller skulle ha kunnat få om vissa särskilda omständigheter, som inte var sådana som rådde på marknaden vid tidpunkten för förfarandets genomförande och det vid denna tidpunkt föreföll föga sannolikt att de skulle uppstå, hade uppkommit eller uppkommer.

71 För att en sådan kvalificering ska kunna göras räcker det däremot att denna praxis, under den period då den genomfördes, hade förmåga att ge upphov till en utestängningseffekt för konkurrenter som är åtminstone lika effektiva som det dominerande företaget (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punkt 66 och där angiven rättspraxis).

72 Frågan huruvida ett förfarande utgör missbruk beror inte på den form det har eller har haft, utan förutsätter att förfarandet, har eller har haft en konkurrensbegränsande förmåga och särskilt att det, vid genomförandet, har haft de utestängningseffekter som det lagts till last. Denna prövning ska därför göras med beaktande av samtliga omständigheter i målet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 154, och dom av den 25 mars 2021, Slovak Telekom/kommissionen, C-165/19 P, EU:C:2021:239, punkt 42).

73 Såsom det har erinrats om i punkt 45 ovan syftar artikel 102 FEUF inte på något sätt till att hindra ett företag från att, av egen förtjänst, bland annat på grund av sin kompetens och kapacitet, skapa en dominerande ställning på en marknad, och inte heller till att säkerställa att konkurrenter som är mindre effektiva än ett företag som har en sådan ställning blir kvar på marknaden. Alla utestängningseffekter är nämligen inte nödvändigtvis skadliga för konkurrensen, eftersom pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*) per definition kan leda till att konkurrenter som är mindre effektiva, och således mindre intressanta för konsumenterna, vad beträffar bland annat pris, urval, kvalitet och nyskapande, försvinner från marknaden, eller får mindre betydelse på denna (dom av den 6 september 2017, Intel/kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punkterna 133 och 134).

74 Företag som har en dominerande ställning, oberoende av orsakerna till att de har en sådan ställning, har emellertid ett särskilt ansvar för att inte genom sitt beteende inverka skadligt på en reell och icke snedvriden konkurrens inom den inre marknaden (se, bland annat, dom av den 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen, 322/81, EU:C:1983:313, punkt 57, och dom av den 6 september 2017, Intel/kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punkt 135).

75 Även om företag i dominerande ställning kan försvara sig mot sina konkurrenter måste de följaktligen använda medel som räknas till en ”normal” konkurrens, det vill säga en pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*).

76 Däremot får sådana företag inte på genom användning av andra medel än sådana som räknas till en pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*) göra det svårare för lika effektiva konkurrenter att komma in på eller stanna kvar på den relevanta marknaden. Bland annat måste företagen avhålla sig från att utnyttja sin dominerande ställning för att utvidga sin verksamhet till en annan marknad på annat sätt än genom en pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*) (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 oktober 1985, CBEM, 311/84,

EU:C:1985:394, punkt 25, dom av den 14 november 1996, Tetra Pak/kommissionen, C-333/94 P, EU:C:1996:436, punkt 25, och dom av den 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punkt 87).

77 Varje förfarande för genomförande som ett dominerande företag inte har något ekonomiskt intresse av annat än för att sätta sina konkurrenter ur spel för att sedan kunna höja sina priser genom att dra fördel av sin monopolsituation, ska anses utgöra andra medel än sådana som räknas till en pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*) (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 juli 1991, AKZO/kommissionen, C-62/86, EU:C:1991:286, punkt 71).

78 Detsamma gäller, såsom generaladvokaten påpekade i punkterna 69–71 i sitt förslag till avgörande, ett förfarande som inte kan tillämpas av en hypotetisk konkurrent som, även om den är lika effektiv, inte har en dominerande ställning på den relevanta marknaden, eftersom detta förfarande bland annat bygger på utnyttjande av resurser eller medel som hänger samman med innehavet av en sådan ställning.

79 Av rättspraxis avseende såväl prissättningsbeteenden som beteenden som inte rör prissättning framgår att det för att avgöra huruvida ett förfarande bygger på medel som räknas till en pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*) är relevant huruvida det är omöjligt, materiellt eller rationellt, för en hypotetisk konkurrent, som är lika effektiv men som inte har en dominerande ställning, att efterlikna det aktuella förfarandet.

80 När det gäller den första av dessa två kategorier av förfaranden, som omfattar lojalitetsrabatter, låga priser i form av selektiva priser eller underprissättning samt marginalpress, framgår det av rättspraxis att dessa i allmänhet ska bedömas med hjälp av det så kallade lika effektiv konkurrent-testet, vilket just syftar till att bedöma en sådan konkurrents abstrakta förmåga att reproducera det dominerande företagets beteende (se, bland annat, dom av den 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punkterna 41–43).

81 Detta test är visserligen endast ett av de sätt på vilket det kan fastställas att ett företag i dominerande ställning har använt sig av andra medel än sådana som räknas till en ”normal” konkurrens, vilket innebär att konkurrensmyndigheterna inte är skyldiga att systematiskt grunda sig på ett sådant test för att konstatera att ett prissättningsbeteende utgör missbruk (se, före ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punkt 57).

82 Den betydelse som detta test i allmänhet tillmäts, när det är genomförbart, visar emellertid icke desto mindre att omständigheten att en hypotetisk lika effektiv konkurrent inte kan efterlikna det dominerande företagets beteende, när det gäller utestängningsåtgärder, utgör ett av kriterierna för att avgöra huruvida detta beteende ska anses vara grundat på användning av medel som hör till normal konkurrens.

83 Vad gäller den andra kategorin av förfaranden som avses i punkt 79 ovan, det vill säga förfaranden som inte rör prissättning, såsom vägran att tillhandahålla varor eller tjänster, har domstolen understrukit att ett dominerande företags val att förbehålla sig självt sitt eget distributionsnät inte utgör en leveransvägran som strider mot artikel 102 FEUF, just eftersom det är möjligt för en konkurrent att skapa ett motsvarande nät för distribution av sina egna produkter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 november 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, punkterna 44 och 45).

84 När det av en konkurrensmyndighet fastställs att ett förfarande som initierats av ett företag i dominerande ställning kan skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens på den inre marknaden, är det fortfarande möjligt för detta företag att, för att det aktuella förfarandet inte ska anses utgöra missbruk av en dominerande ställning, visa att förfarandet är eller var objektivt motiverat, antingen av vissa omständigheter i det enskilda fallet, vilka bland annat måste vara externa för det berörda företaget (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punkterna 31 och 75), eller med hänsyn till det slutliga mål som eftersträvas med artikel 102 FEUF, av konsumenternas intresse (se, bland annat, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 165).

85 Vad gäller det andra fallet ska det understrykas att begreppet pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*) i princip hänför sig till en konkurrenssituation som gynnar konsumenterna genom lägre priser, bättre kvalitet och ett bredare utbud av nya eller förbättrade varor och tjänster. Såsom generaladvokaten påpekade i punkt 62 i sitt förslag till avgörande ska således pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*) anses omfatta bland annat beteenden som främjar konsumenternas valmöjligheter genom att nya produkter släpps ut på marknaden eller att mängden eller kvaliteten hos de varor som redan erbjuds förbättras.

86 I ett sådant fall kan företaget i dominerande ställning motivera sådana ageranden som kan omfattas av förbudet i artikel 102 FEUF, genom att visa att den utestängningseffekt som nämnda beteende kunde ge upphov till uppvägdes eller rentav överträffades av fördelar i effektivitetshänseende som även gynnar konsumenterna (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 mars 2007, British Airways/kommissionen, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 86, dom av den 6 september 2017, Intel/kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632 punkt 140, och dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 165).

87 Vad gäller de nationella målen ankommer det på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida konkurrensmyndigheten har visat att den strategi som företaget ENEL genomförde under åren 2012–2017 kunde skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens på den inre marknaden. EU-domstolen kan emellertid, för att vägleda den hänskjutande domstolen vid denna bedömning, tillhandahålla den hänskjutande domstolen alla uppgifter om unionsrättens tolkning som kan vara till nytta för denna (se, bland annat, dom av den 16 juli 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, punkt 62, och dom av den 6 oktober 2021, A (Passage av gränser med fritidsbåt), C-35/20, EU:C:2021:813, punkt 85).

88 I förevarande fall framgår det av handlingarna i målet, för det första, att efter att bolaget ENEL:s olika verksamheter, som dittills varit vertikalt integrerade och hade en monopolställning på marknaderna för produktion, överföring och distribution av el i Italien, skiljts åt, hade SEN anförtrotts att förvalta kunder som enbart omfattades av den skyddade marknaden i denna medlemsstat. Det stod emellertid klart att den skyddade marknaden inte var tänkt att bestå och att de berörda kunderna, när denna marknad vid en framtida tidpunkt avvecklades, skulle bli tvungna att välja en ny leverantör. För att undvika en överföring av en konkurrensfördel var det enligt den sektorsspecifika lagstiftningen endast tillåtet att överföra känsliga affärsuppgifter mellan de bolag som sålde el på den skyddade marknaden och de bolag som var verksamma på den fria marknaden i den mån tillhandahållandet av dessa uppgifter inte var diskriminerande.

89 Vidare framgår det av de uppgifter som lämnats av den hänskjutande domstolen att det beteende som avses i det omtvistade beslutet i huvudsak inte beror på SEN:s vägran att tillåta EE:s konkurrenter att få tillgång till det viktiga hjälpmedel som uppgifterna om kontakter med kunder

på den skyddade marknaden skulle utgöra, utan rör SEN:s beslut att mot betalning överföra vissa kommersiella uppgifter som bolaget förfogade över avseende sina kunder, bland annat deras kontaktuppgifter, till EE, på ett sätt som var ogynnsamt, och således diskriminerande, i förhållande till EE:s konkurrenter på den fria marknaden, trots att SEN hade en dominerande ställning på den skyddade marknaden.

90 Slutligen förefaller den hänskjutande domstolen utgå från premissen att i vart fall SEN och EE utgjorde ett och samma företag i den mening som avses i artikel 102 FEUF.

91 Mot bakgrund av dessa omständigheter, vilka det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera, är det lämpligt att erinra om att den omständigheten att ett företag som har exklusiva rättigheter, såsom ett lagstadgat monopol, använder dessa resurser för att utvidga sin dominerande ställning på en marknad till en annan marknad ska anses utgöra utnyttjande av andra medel än sådana som räknas till en pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*), eftersom dessa medel i princip inte är tillgängliga för en hypotetisk konkurrent som är lika effektiv men som inte har en dominerande ställning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 juli 2014, kommissionen/DEI, C-553/12 P, EU:C:2014:2083, punkterna 45–47 och 66–68).

92 Detta innebär i än högre grad att när ett företag förlorar det lagstadgade monopol som det tidigare hade på en marknad, måste företaget under hela liberaliseringsfasen avseende denna marknad avhålla sig från att använda medel som det förfogade över inom ramen för sitt tidigare monopol och som därför inte är tillgängliga för konkurrenterna, för att på annat sätt än genom sina egna prestationer behålla en dominerande ställning på den nya liberaliserade marknaden.

93 I de nationella målen innebär dessa överväganden att det företag som bildats av, åtminstone, SEN och EE tillsammans, hade ett särskilt ansvar för att avhålla sig från varje beteende på den skyddade marknaden som kan skada en effektiv konkurrensstruktur på den fria marknaden och, i synnerhet, från att utvidga sin dominerande ställning på den skyddade marknaden till denna fria marknad på annat sätt än genom medel som räknas till en pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*) (se, analogt, dom av den 3 oktober 1985, CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, punkt 27).

94 Det är emellertid ostridigt att möjligheten att kontakta kunder på den skyddade marknaden hade ett klart ekonomiskt intresse för alla företag som ville stärka sin position på den fria marknaden. Eftersom det företag som utgjordes av SEN och EE tillsammans hade för avsikt att mot betalning överföra viss kommersiell information som innehades av SEN angående dess kundkrets, till EE, borde detta företag, för att inte skada en effektiv konkurrensstruktur, även ge EE:s konkurrenter tillgång till denna information på lika villkor för likvärdiga transaktioner.

95 Med hänsyn till rätten till skydd av personuppgifter, vilken utgör en grundläggande rättighet som garanteras i artikel 8.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, kan ett bolag i SEN:s situation visserligen inte klandras för att i förväg ha inhämtat samtycke från sina kunder för att vissa av deras personuppgifter skulle överföras på detta sätt. Ett sådant bolag kan inte heller hållas ansvarigt för att en del av dess kunder beslutade att endast tillåta överföring av deras personuppgifter till vissa bolag.

96 För att uppfylla det särskilda ansvar som ålåg SEN på grund av dess dominerande ställning på den skyddade marknaden måste SEN, för att kunna förutse en önskan från ett utomstående bolag som önskar stärka sin position på den fria marknaden att även få tillgång till nämnda information, emellertid erbjuda sina kunder att erhålla erbjudanden från bolag som inte ingår i ENEL-koncernen på ett sätt som inte är diskriminerande, bland annat genom att se till att det

inte skapas någon snedvridning vid insamlingen av medgivanden som kan leda till att de förteckningar som är avsedda att överlämnas till EE är betydligt mer omfattande än de som är avsedda att säljas till detta bolags konkurrenter.

97 I förevarande fall är det inte möjligt att på grundval av de uppgifter som lämnats till domstolen förstå exakt vilken typ av diskriminerande behandling som konkurrensmyndigheten har identifierat. Även om det framgår av beslutet om hänskjutande att SEN begärde samtycke från sina kunder på den skyddade marknaden för att motta kommersiella erbjudanden från bolagen i ENEL-koncernen och från tredje man ”separat”, är det nämligen inte möjligt att utifrån denna beskrivning med tillräcklig klarhet avgöra huruvida detta begrepp hänför sig till den omständigheten att förfrågningarna skickades vida olika tidpunkter eller till den omständigheten att de återfanns i olika delar av en och samma handling, och för övrigt inte heller om det var möjligt att utan åtskillnad ta emot anbud från utomstående företag genom ett och samma medgivande, om det var möjligt att samtycka till att ta emot erbjudanden från tredje företag utan att också samtycka till att ta emot erbjudanden från ENEL-koncernen, eller om SEN:s kunder kunde välja på individuell basis vilka tredje företag som hade rätt att skicka kommersiella erbjudanden till dem, på samma sätt som det förefaller ha varit fallet för ENEL-koncernen.

98 Det ska emellertid erinras om att bevisbördan för att SEN:s beteende kan ge upphov till faktiska eller potentiella utestängningseffekter åvilar konkurrensmyndigheten. Eftersom denna förmåga inte ska vara rent hypotetisk, måste konkurrensmyndigheten således, för att uppfylla denna bevisbörda, på grundval av bevisning, såsom beteendeundersökningar, i det omtvistade beslutet visa att den metod som SEN använde för att samla in sina kunders samtycke till överföringen av deras uppgifter faktiskt var ägnad att gynna de förteckningar som skulle överlåtas till EE.

99 Om den hänskjutande domstolen skulle finna att konkurrensmyndigheten i det omtvistade beslutet har visat att det sätt på vilket SEN begärde samtycke från sina kunder för att ta emot anbud var snedvridet för att gynna bolagen i ENEL-koncernen till nackdel för dess konkurrenter, utesluter förekomsten av en sådan snedvridning att det kan anses att skillnaden i mängden information i förteckningarna avsedda för EE och i förteckningar avsedda för konkurrenterna beror på att ENEL-bolagens prestationer på den fria marknaden var bättre eller att märket ENEL hade en större attraktionskraft. Själva förekomsten av denna snedvridning skulle nämligen per definition göra det omöjligt att fastställa om det finns objektiva grunder för skillnaden mellan de samtycken som lämnats. Eftersom den nämnda snedvridningen i det fallet skulle vara en följd av SEN:s beteende, ska följaktligen SEN hållas ansvarigt för skillnaden vad gäller antalet kunder som berörs av de förteckningar som är avsedda för EE och av de förteckningar som är avsedda för nämnda bolags konkurrenter.

100 Härav följer att SEN därigenom överförde en resurs till EE som kunde ge en komparativ fördel på den fria marknaden till det företag vilket, enligt det antagande som nämnts i punkt 90 ovan, åtminstone bestod av dessa båda bolag tillsammans, trots att det framgår av handlingarna i målet att syftet med att skilja ENEL:s verksamheter åt var just att undvika en sådan överföring. Den senare användningen av denna resurs ska således anses konkretisera genomförandet av ett förfarande som åtminstone ursprungligen haft förmåga att medföra utestängningseffekter på den fria marknaden.

101 Ett sådant beteende skulle dock med nödvändighet inte kunna genomföras av en hypotetisk konkurrent som är lika effektiv, eftersom inget konkurrerande företag, med tanke på den ställning som SEN intog på den skyddade marknaden efter avskaffandet av det lagstadgade monopol som ENEL tidigare innehade, kunde ha haft en struktur som kunde tillhandahålla kontaktuppgifter till kunder på den skyddade marknaden i så stort antal.

102 Härav följer att, i den mån missbruket av en dominerande ställning ska bedömas mot bakgrund av det aktuella beteendets förmåga att medföra utestängningseffekter, och inte med hänsyn till dess konkreta verkningar, och om det visas att SEN har begärt samtycke från sina kunder för att få anbud från bolagen i ENEL-koncernen respektive dess konkurrenter på ett diskriminerande sätt, räcker denna omständighet i sig för att slå fast att beteendet hos det företag som åtminstone SEN och EE bildade kunde skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens på den inre marknaden. Denna slutsats påverkas inte av vare sig skälen till att ingen av konkurrenterna beslutade att köpa de uppgifter som de erbjöds, EE:s förmåga att omvandla denna komparativa fördel till en kommersiell framgång eller försiktighetsåtgärder som konkurrerande företag kunde eller skulle ha kunnat vidtaga, såsom köp från utomstående av filer innehållande uppgifter om kunder på den skyddade marknaden, för att begränsa de skadliga följderna av detta förfarande.

103 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den första frågan besvaras enligt följande. Artikel 102 FEUF ska tolkas så, att ett förfarande, som är tillåtet utanför konkurrensrätten, när det tillämpas av ett företag i dominerande ställning, kan kvalificeras som ”missbruk”, i den mening som avses i denna bestämmelse, om det kan ge upphov till en utestängningseffekt och om det grundar sig på användning av andra medel än sådana som räknas till en pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*). När dessa två villkor är uppfyllda kan det berörda företaget i dominerande ställning emellertid undgå att omfattas av förbudet i artikel 102 FEUF genom att visa att det aktuella förfarandet antingen var objektivt motiverat och proportionerligt i förhållande till denna motivering eller uppvägdes, eller rentav överträffades, av fördelar i effektivitetshänseende som även gynnar konsumenterna.

Den femte frågan

104 Den hänskjutande domstolen har ställt den femte frågan för att få klarhet i huruvida artikel 102 FEUF ska tolkas så, att när en dominerande ställning missbrukas av ett eller flera dotterbolag som tillhör en ekonomisk enhet, är förekomsten av denna enhet tillräcklig för att även moderbolaget ska anses ansvarigt för missbruket, även om moderbolaget inte har deltagit i missbruket, eller om det är nödvändigt att bevisa, om än indirekt, en samordning mellan dessa olika bolag och, i synnerhet, att visa att moderbolaget varit inblandat.

105 Domstolen erinrar inledningsvis om att fördragets upphovsmän har valt att använda begreppet företag, som i detta sammanhang betecknar en ekonomisk enhet, även om enheten i juridisk mening består av flera fysiska eller juridiska personer (dom av den 27 april 2017, Akzo Nobel m.fl./kommissionen, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punkt 48).

106 Av detta val följer att när en sådan enhet har överträtt unionens konkurrensregler ska den, enligt principen om personligt ansvar, ansvara för överträdelsen (dom av den 25 mars 2021, Deutsche Telekom/kommissionen, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punkt 73).

107 Eftersom en sådan överträdelse emellertid ska tillskrivas en juridisk person som kan åläggas böter, medför tillämpningen av begreppet företag och därigenom begreppet ”ekonomisk enhet” automatiskt ett solidariskt ansvar mellan de enheter som utgjorde den ekonomiska enheten i fråga vid tidpunkten för överträdelsen (se, i detta avseende, dom av den 6 oktober 2021, Sumal, C-882/19, EU:C:2021:800, punkt 44).

108 När personer som i juridisk mening är fristående organiseras i form av en koncern, följer det av fast rättspraxis att dessa personer utgör ett och samma företag när de inte självständigt bestämmer sitt beteende på den relevanta marknaden, utan, särskilt med hänsyn till de ekonomiska, organisatoriska och juridiska banden mellan dem och ett moderbolag, drabbas av effekterna av att denna ledningsenhet faktiskt utövar ett avgörande inflytande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 mars 2021, Deutsche Telekom/kommissionen, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punkterna 74 och 75).

109 Det följer även av fast rättspraxis att i det särskilda fall då moderbolaget direkt eller indirekt äger hela eller nästan hela aktiekapitalet i det dotterbolag som har överträtt unionens konkurrensregler, kan det presumeras att moderbolaget faktiskt utövar ett avgörande inflytande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 april 2021, Italmobiliare m.fl./kommissionen, C-694/19 P, ej publicerad, EU:C:2021:286, punkt 55).

110 En sådan presumtion kan emellertid motbevisas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 maj 2013, Eni/kommissionen, C-508/11 P, EU:C:2013:289, punkt 47). Såsom domstolen har understrukit är det nämligen inte innehavet av en sådan procentandel av kapitalet i dotterbolaget som ligger till grund för denna presumtion, utan den grad av kontroll som detta innehav innebär (dom av den 27 januari 2021, The Goldman Sachs Group/kommissionen, C-595/18 P, EU:C:2021:73, punkt 35). Även om den omständigheten att ett bolag innehar nästan hela aktiekapitalet i ett annat bolag utgör ett mycket starkt indicium för en sådan kontroll, gör denna omständighet det dock inte möjligt att med säkerhet utesluta att en eller flera andra personer ensamt eller tillsammans kan ha beslutanderätt, eftersom bland annat äganderätten till aktiekapitalet kan ha separerats från rösträtten.

111 Det framgår för övrigt av ovan nämnd rättspraxis att ett moderbolag, för att bilda ett och samma företag tillsammans med sitt dotterbolag, måste utöva kontroll över sitt dotterbolags beteende, vilket kan styrkas antingen genom att visa att moderbolaget har möjlighet att utöva ett avgörande inflytande över dotterbolagets beteende och att det dessutom faktiskt har utövat detta inflytande, eller att dotterbolaget inte självständigt bestämmer sitt beteende på marknaden, utan i huvudsak tillämpar instruktioner som det får av moderbolaget, särskilt med hänsyn till de ekonomiska, organisatoriska och juridiska banden mellan dessa båda juridiska enheter (se, bland annat, dom av den 25 mars 2021, Deutsche Telekom/kommissionen, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punkterna 94 och 95).

112 Följaktligen måste ett moderbolag även kunna bryta den presumtion som anges i punkt 109 ovan genom att visa att det, trots att det innehade hela eller nästan hela kapitalet i ett annat bolag när förfarandet pågick, inte gav dotterbolaget instruktioner och inte heller deltog vare sig direkt eller indirekt, bland annat genom utsedda styrelseledamöter, vid antagandet av det andra bolagets beslut avseende den berörda ekonomiska verksamheten.

113 I förevarande fall har ENEL gjort gällande att de svårigheter som uppkommit inom ramen för de nationella målen inte är kopplade till tillämpningen av denna presumtion, utan till fördelningen av bevisbördan för att de olika bolagen i ENEL-koncernen utgjorde ett och samma företag, samt till konkurrensmyndighetens motiveringsskyldighet, när den har för avsikt att bortse från de omständigheter som åberopats av ett moderbolag för att bryta nämnda presumtion.

114 Vad gäller bevisbördan framgår det, såsom generaladvokaten påpekade i punkt 155 i sitt förslag till avgörande, av domstolens praxis att den presumtion som följer av att ett moderbolag innehar hela eller nästan hela aktiekapitalet i sitt dotterbolag innebär att det faktiska utövandet av ett avgörande inflytande från moderbolagets sida i förhållande till dotterbolaget, och således förekomsten av ett enda företag, ska anses styrkt utan att konkurrensmyndigheten behöver framlägga någon som helst ytterligare bevisning (se, bland annat, dom av den 16 juni 2016, Evonik Degussa och AlzChem/kommissionen, C-155/14 P, EU:C:2016:446, punkterna 29 och 30).

115 Såvitt gäller motiveringsskyldigheten erinrar domstolen om att motiveringsskyldigheten utgör en allmän unionsrättslig princip som kommer till uttryck i artikel 41 i stadgan, som är tillämplig på medlemsstaterna när dessa genomför unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 november 2020, Minister van Buitenlandse Zaken, C-225/19 och C-226/19, EU:C:2020:951, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

116 I enlighet med rätten till ett effektivt rättsmedel, som garanteras i artikel 47 i stadgan, ska den lämnade motiveringen dels göra det möjligt för de berörda att bedöma om det antagna beslutet eventuellt är behäftat med ett fel som gör att dess giltighet kan ifrågasättas, dels göra det möjligt för den behöriga domstolen att pröva beslutets lagenlighet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 maj 2017, Berlioz Investment Fund, C-682/15, EU:C:2017:373, punkt 84).

117 När det i ett beslut konstateras att ett bolag vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna tillsammans med ett eller flera av sina dotterbolag utgjorde ett och samma företag i syfte att bedriva en ekonomisk verksamhet, ska beslutet, för att anses vara vederbörligen motiverat, innehålla en redogörelse för skälen till ett sådant konstaterande (se dom av den 2 oktober 2003, Aristrain/kommissionen, C-196/99 P, EU:C:2003:529, punkt 100, och dom av den 29 september 2011, Elf Aquitaine mot kommissionen, C-521/09 P, EU:C:2011:620, punkt 152).

118 Av detta följer, såsom generaladvokaten påpekade i punkt 160 i sitt förslag till avgörande, att när en konkurrensmyndighet, för att ålägga ett moderbolag böter för det beteende hänförligt till det företag som detta moderbolag vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna utgjorde tillsammans med ett annat bolag som då var dess dotterbolag, grundade sig på presumtionen om avgörande inflytande som följer av att moderbolaget vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna innehade hela eller nästan hela aktiekapitalet i detta andra bolag, trots att nämnda bolag under det administrativa förfarandet åberopat konkreta omständigheter för att bryta denna presumtion, så är konkurrensmyndighet skyldig att på ett ändamålsenligt sätt ange skälen till varför de omständigheter som åberopats inte är tillräckliga för att bryta denna presumtion (dom av den 29 september 2011, Elf Aquitaine mot kommissionen, C-521/09 P, EU:C:2011:620, punkt 153).

119 En sådan motiveringsskyldighet innebär emellertid inte att konkurrensmyndigheten är skyldig att ta ställning till var och en av de omständigheter som moderbolaget har anfört för att bryta presumtionen (dom av den 5 december 2013, kommissionen/Edison, C-446/11 P, ej publicerad, EU:C:2013:798, punkt 23).

120 Frågan huruvida en rättsakt är tillräckligt motiverad ska nämligen bedömas mot bakgrund av dess sammanhang och tillämpliga bestämmelser (se, analogt, dom av den 19 november 2013, kommissionen/rådet, C-63/12, EU:C:2013:752, punkt 99). Eftersom motiveringen är ett formellt krav, räcker det vidare, för att detta krav ska vara uppfyllt, att det i det angripna beslutet anges ett skäl som kan styrka att det, trots de olika omständigheter som anförts, inte fanns anledning att bryta presumtionen. Det ankommer sedan på de företag som beslutet riktar sig till att bestrida att ett sådant skäl är välgrundat.

121 Härav följer att konkurrensmyndigheten i de nationella målen, med hänsyn till att det inte har bestritts att ENEL innehade hela eller nästan hela kapitalet i SEN, kunde presumera att detta moderbolag tillsammans med sitt dotterbolag utgjorde ett enda företag vad gällde verksamheten bestående i eldistribution på marknaden i fråga. ENEL kunde emellertid försöka bryta denna presumtion genom att lägga fram bevisning för att antingen innehavet av en sådan andel av kapitalet inte gjorde det möjligt för bolaget att kontrollera SEN eller att det inte, direkt eller indirekt, utnyttjade den möjlighet som det hade, på grund av innehavet av hela eller nästan hela aktiekapitalet i SEN, att utöva ett avgörande inflytande över SEN. Om så var fallet var konkurrensmyndigheten skyldig att ta ställning till den bevisning som förebringats genom att anföra åtminstone ett skäl som kunde styrka att det trots dessa olika omständigheter inte fanns anledning att bryta presumtionen.

122 I de nationella målen kan det emellertid påpekas att påståendet att de decentraliserade beslutsförfarandena inom koncernen innebar att den kvarstående funktionen för ENEL endast var att främja synergieffekter och bästa praxis mellan koncernens olika bolag, under alla omständigheter inte är tillräckligt för att bryta denna presumtion, bland annat eftersom det inte utesluter att ENEL:s representanter ingick i SEN:s beslutande organ eller ens garanterar att dessa bolagsorgan var funktionellt oberoende av moderbolaget

123 Mot bakgrund av ovanstående ska den femte frågan besvaras enligt följande. Artikel 102 FEUF ska tolkas så, att när ett eller flera dotterbolag som tillhör en ekonomisk enhet missbrukar en dominerande ställning är förekomsten av en sådan enhet tillräcklig för att också moderbolaget ska anses vara ansvarigt för detta missbruk. En sådan enhet ska presumeras föreligga om åtminstone nästan hela kapitalet i dessa dotterbolag vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna direkt eller indirekt innehades av moderbolaget. Konkurrensmyndigheten är inte skyldig att framlägga någon som helst ytterligare bevisning, såvida inte moderbolaget visar att det inte hade makt att bestämma sina dotterbolags beteenden, eftersom dessa agerar självständigt.

Rättegångskostnader

124 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

1) **Artikel 102 FEUF ska tolkas så, att det, för att fastställa att ett förfarande utgör missbruk av en dominerande ställning, räcker att en konkurrensmyndighet visar att detta förfarande kan skada strukturen för effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, såvida inte det berörda dominerande företaget visar att de konkurrensbegränsande effekterna av nämnda förfarande uppvägs, eller rent av överträffas, av positiva effekter för konsumenterna.**

2) **Artikel 102 FEUF ska tolkas så, att för att utesluta att ett beteende från ett företag i dominerande ställning utgör missbruk, ska bevis för att beteendet i fråga inte har medfört några konkreta begränsande effekter, som ingetts av företaget i fråga, inte i sig anses vara tillräckligt. Denna omständighet kan utgöra ett indicium på att det aktuella beteendet inte kan ge upphov till konkurrensbegränsande verkningar, vilket emellertid ska kompletteras med annan bevisning för att styrka denna oförmåga.**

3) **Artikel 102 FEUF ska tolkas så, att frågan huruvida ett företag i dominerande ställning har gjort sig skyldig till ett utestängande missbruk ska bedömas på grundval av detta förfarandes förmåga att få konkurrensbegränsande effekter. En konkurrensmyndighet är inte skyldig att visa att det berörda företaget har för avsikt att utestänga sina konkurrenter med hjälp av andra medel eller resurser än sådana som räknas till en pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*). Bevis för en sådan avsikt utgör emellertid en faktisk omständighet som kan beaktas vid bedömningen av huruvida det föreligger missbruk av dominerande ställning.**

4) **Artikel 102 FEUF ska tolkas så, att ett förfarande, som är tillåtet utanför konkurrensrätten, när det tillämpas av ett företag i dominerande ställning, kan kvalificeras som ”missbruk”, i den mening som avses i denna bestämmelse, om det kan ge upphov till en utestängningseffekt och om det grundar sig på användning av andra medel än sådana som räknas till en pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*). När dessa två villkor är uppfyllda kan det berörda företaget i dominerande ställning emellertid undgå att omfattas av förbudet i artikel 102 FEUF genom att visa att det aktuella förfarandet antingen var objektivt motiverat och proportionerligt i förhållande till denna motivering eller uppvägdes, eller rentav överträffades, av fördelar i effektivitetshänseende som även gynnar konsumenterna.**

5) **Artikel 102 FEUF ska tolkas så, att när ett eller flera dotterbolag som tillhör en ekonomisk enhet missbrukar en dominerande ställning är förekomsten av en sådan enhet tillräcklig för att också moderbolaget ska anses vara ansvarigt för detta missbruk. En sådan enhet ska presumeras föreligga om åtminstone nästan hela kapitalet i dessa dotterbolag vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna direkt eller indirekt innehades av moderbolaget. Konkurrensmyndigheten är inte skyldig att framlägga någon som helst ytterligare bevisning, såvida inte moderbolaget visar att det inte hade makt att bestämma sina dotterbolags beteenden, eftersom dessa agerar självständigt.**

Underskrifter