



# Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

A. RANTOS

fremSAT den 9. december 2021<sup>1</sup>

**Sag C-377/20**

**Servizio Elettrico Nazionale SpA,**

**ENEL SpA,**

**Enel Energia SpA**

**mod**

**Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,**

**procesdeltagere:**

**Eni Gas e Luce SpA,**

**Eni SpA,**

**Axpo Italia SpA,**

**Gala SpA,**

**E.Ja SpA,**

**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**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien))

»Præjudiciel forelæggelse – konkurrence – dominerende stilling – misbrug – artikel 102 TEUF – åbning af elektricitetsmarkedet for konkurrence – udnyttelse af følsomme forretningsoplysninger inden for en dominerende koncern – tilregning til moderselskabet af datterselskabets adfærd«

## I. Indledning

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse rejser et betydeligt antal spørgsmål om fortolkningen og anvendelsen af artikel 102 TEUF vedrørende virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd.

<sup>1</sup> – Originalsprog: fransk.

2. I den foreliggende sag er den i hovedsagen omtvistede adfærd, som er blevet undersøgt af Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (herefter »AGCM«)<sup>2</sup>, foregået i forbindelse med åbningen af energiforsyningsmarkedet i Italien i form af en formodet strategi iværksat af tre selskaber i koncernen ENEL SpA (den etablerede operatør) med det primære formål at gøre det vanskeligt for konkurrenterne at træde ind på det liberaliserede marked. Denne strategi skal mere præcist have bestået i diskriminerende udnyttelse af oplysninger om det beskyttede markedes kundekreds, som før liberaliseringen var til rådighed for Servizio Elettrico Nazionale SpA (herefter »SEN«), et af selskaberne i ENEL-koncernen, i dets egenskab af forvaltningsorgan for dette marked. Det forfulgte mål var at udnytte disse oplysninger til at give kundekredsen på det nævnte marked et forretningstilbud, der kunne formå denne kundekreds til at skifte selskab inden for ENEL-koncernen, nemlig fra SEN til datterselskabet i den koncern, der var aktiv på det frie marked, dvs. Enel Energia SpA (herefter »EE«). Dette skulle gøre det muligt i forbindelse med tabet af det beskyttede marked at undgå tillige at lide et massivt tab kunder i denne kundekreds til tredjepartsleverandører.

3. Det er på denne baggrund, at den forelæggende ret ønsker visse aspekter af begrebet »misbrug«, jf. artikel 102 TEUF, præciseret, nemlig:

- de elementer, der udgør en ulovlig adfærd, for at gøre det muligt at trække en grænse mellem adfærd, der henhører under »normal« konkurrence, og adfærd, der henregnes til »fordrejet« konkurrence
- de interesser på et mere filosofisk plan, der beskyttes ved artikel 102 TEUF, for at afgøre, hvilke beviser der skal tages i betragtning ved vurderingen af, om der foreligger en ulovlig adfærd
- lovligheden og relevansen af de beviser, som de dominerende virksomheder efterfølgende fremlægger til godtgørelse af, at en angiveligt ulovlig adfærd ikke har fået reelle virkninger, med det formål at bestride, at denne adfærd kan have konkurrencebegrænsende virkninger, og
- relevansen af den konkurrencebegrænsende hensigt ved vurderingen af en adfærds karakter af misbrug.

4. Selv om eksisterende retspraksis giver en række holdepunkter med henblik på en hensigtsmæssig besvarelse af disse spørgsmål, udviser den foreliggende sag træk, der gør den særligt interessant.

5. Indledningsvis er den i hovedsagen omtvistede adfærd med rette blevet beskrevet som »atypisk« af den forelæggende ret, for så vidt som den ikke henhører under de adfærdstyper, der er opregnet i artikel 102 TEUF, og ikke udgør en adfærd, der systematisk analyseres i hverken national eller Europa-Kommissionens afgørelsespraksis. I denne henseende bemærker jeg, at Unionens retsinstanter har haft lejlighed til at anvende artikel 102 TEUF i forbindelse med markedsliberalisering for at sikre nye virksomheder retfærdig adgang til det liberaliserede marked. Disse sager omhandlede imidlertid for størstedelens vedkommende den etablerede operatørs adfærd i form af prisbaseret ekskluderende adfærd inden for

<sup>2</sup> – Italiens nationale konkurrencemyndighed.

netværksindustriene<sup>3</sup>. Den foreliggende sag giver således Domstolen lejlighed til at se nærmere på en bredere problemstilling i forbindelse med anvendelsen af artikel 102 TEUF på de liberaliserede markeder, nemlig når den ulovlige adfærd støttes på en konkurrencefordel, som en etableret operatør lovligt har fået i »arv« fra sit tidligere, lovlige monopol, såsom sit omdømme og mærkegenkendelsen eller kundekredsen<sup>4</sup>.

6. Dernæst giver den foreliggende sag Domstolen mulighed for at udkrystallisere sin nylige praksis fra dommene i sagerne TeliaSonera<sup>5</sup>, Post Danmark I og II<sup>6</sup>, Intel<sup>7</sup>, Generics (UK)<sup>8</sup> og Deutsche Telekom II, hvori den åbnede for en mindre formel tilgang til vurderingen af en adfærds karakter af misbrug på grundlag af en undersøgelse af virkningerne og under hensyntagen til såvel den omhandlede adfærds juridiske karakteristika som den økonomiske sammenhæng, hvori den indgår. Mere præcist giver denne sag Domstolen lejlighed til at præcisere, om visse principper, der udspringer af denne nylige praksis vedrørende prisbaseret ekskluderende adfærd, og navnlig kriteriet om den »lige så effektive konkurrent«, kan finde anvendelse i forbindelse med andre typer ekskluderende adfærd end prisbaserede, såsom den i hovedsagen omtvistede adfærd.

7. Endelig er den foreliggende sag særlig interessant, for så vidt som den falder inden for rammerne af en type adfærd, der knytter sig til misbrug af databaser, hvilket er blevet en meget vigtig indikator for styrke på visse markeder, endda uden for den digitale økonomi. De tilførte oplysninger vil derfor kunne vise sig at være nyttige ved fremtidige vurderinger af adfærd knyttet til udnyttelse af oplysninger i henseende til artikel 102 TEUF.

## **II. Tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen**

8. Den foreliggende sag er anlagt i forbindelse med den gradvise liberalisering af detailmarkedet for elektricitet i Italien.

9. I første omgang var åbningen af dette marked kendetegnet ved en sondring mellem på den ene side de såkaldt privilegerede kunder, der kunne vælge en anden leverandør på det frie marked end deres stedligt kompetente distributør, og på den anden side de såkaldt tvungne kunder, der udgjordes af privatpersoner og små virksomheder, som ikke ansås for at være i stand til at forhandle energiprodukter på et kvalificeret grundlag eller med tilstrækkelig vægt og derfor var omfattet af en reguleret ordning, nemlig »servizio di maggior tutela« (tjenesten med øget beskyttelse), dvs. et beskyttet marked, der er underlagt den nationale sektorspecifikke tilsynsmyndigheds kontrol for så vidt angår fastlæggelsen af salgsbetingelserne.

<sup>3</sup> – Jf. Domstolens dom af 2.4.2009, France Télécom mod Kommissionen (C-202/07 P, herefter »France Télécom-dommen«, EU:C:2009:214), af 14.10.2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-280/08 P, herefter »Deutsche Telekom I-dommen«, EU:C:2010:603), af 27.3.2012, Post Danmark (C-209/10, herefter »Post Danmark I-dommen«, EU:C:2012:172), og af 25.3.2021, Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-152/19 P, herefter »Deutsche Telekom II-dommen«, EU:C:2021:238), samt Rettens dom af 29.3.2012, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen (T-336/07, EU:T:2012:172), og af 17.12.2015, Orange Polska mod Kommissionen (T-486/11, EU:T:2015:1002). Disse sager er ofte også forbundet med overtrædelse af artikel 106, stk. 1, TEUF, sammenholdt med artikel 102 TEUF (jf. dom af 25.3.2015, Slovenská pošta mod Kommissionen, T-556/08, EU:T:2015:189, og af 15.12.2016, DEI mod Kommissionen, T-169/08 RENV, EU:T:2016:733).

<sup>4</sup> – Jf. som eksempel på national beslutningspraksis den franske konkurrencemyndigheds afgørelse nr. 13-D-20 af 17.12.2013 om EDF's adfærd i sektoren for produktion af solcellestrøm (punkt 286-293 og 294-296).

<sup>5</sup> – Dom af 17.2.2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, herefter »TeliaSonera-dommen«, EU:C:2011:83).

<sup>6</sup> – Dom af 6.10.2015, Post Danmark (C-23/14, herefter »Post Danmark II-dommen«, EU:C:2015:651).

<sup>7</sup> – Dom af 6.9.2017, Intel mod Kommissionen (C-413/14 P, herefter »Intel-dommen«, EU:C:2017:632).

<sup>8</sup> – Dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, herefter »Generics (UK)-dommen«, EU:C:2020:52).

10. I næste omgang fik også de tvungne kunder gradvist lov til at deltage i det frie marked. Den italienske lovgiver fastlagde den endelige overgang fra det beskyttede marked til det frie marked – hvor de tvungne kunder frit kan vælge det tilbud, som de finder bedst egnet, uden nogen beskyttelse – ved at fastsætte en dato for, hvornår den særlige prisbeskyttelse skulle ophøre. Efter flere udsættelser blev datoen for overgangen fastsat til den 1. januar 2021 for små og mellemstore virksomheder og den 1. januar 2022 for husholdningerne.

11. Det er i denne sammenhæng, at ENEL, den vertikalt integrerede virksomhed, der havde monopol på elektricitetsproduktionen i Italien og også varetog en del af distributionen heraf, blev underkastet en opsplittingsproces (»unbundling«) for at tilvejebringe gennemsigtige og ikke-diskriminerende betingelser for adgang til væsentlige produktions- og distributionsinfrastrukturer. Efter denne proces blev de forskellige faser af distributionsprocessen tildelt forskellige, adskilte virksomheder, nemlig E-Distribuzione, koncessionshaver for distribution af elektricitet, EE, leverandør af elektricitet på det frie marked, og SEN, forvalter af »tjenesten med øget beskyttelse«, hvori E-Distribuzione er koncessionshaver for distributionstjenesten.

12. Den foreliggende tvist er affødt af en klage indgivet til AGCM af Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader (den italienske forening af energigrossister og -forhandlere (herefter »AIGET«)) og de indberetninger, som er kommet fra individuelle forbrugere, der ønsker at klage over den ulovlige udnyttelse af følsomme forretningsoplysninger, som udøves af operatører, der har adgang til disse oplysninger i kraft af deres tilhørsforhold til ENEL-koncernen. AGCM indledte derfor den 4. maj 2017 en undersøgelse af ENEL, SEN og EE for at kontrollere, om de omhandlede selskabers fælles adfærd udgjorde en overtrædelse af artikel 102 TEUF.

13. Denne undersøgelse mundede ud i vedtagelsen af afgørelsen af 20. december 2018 (herefter »den omtvistede afgørelse«), hvorved AGCM fastslog, at SEN og EE koordineret af moderselskabet, ENEL, havde gjort sig skyldige i fra januar 2012 til maj 2017 i strid med artikel 102 TEUF at misbruge deres dominerende stilling på markedet for salg af elektricitet til henholdsvis private husholdninger og andre forbrugere, der var tilsluttet lavspændingsnettet i de områder, hvor ENEL-koncernen forvaltede distributionen (herefter »det omtvistede marked«). Følgelig pålagde AGCM de fornævnte selskaber in solidum en bøde på 93 084 790,50 EUR.

14. Den anfægtede adfærd bestod i iværksættelsen af en ekskluderende strategi på det omtvistede marked med det formål at »formå« kunderne hos SEN (forvalter af det beskyttede marked) til at »skifte selskab« til EE (aktiv på det frie marked). ENEL-koncernens mål var navnlig at undgå at lide et massivt tab af kunder fra SEN's kundekreds til tredjepartsleverandører ved udsigten til, at det beskyttede marked blev afskaffet (endnu ikke sket på daværende tidspunkt), hvilket ifølge de nærmere betingelser, der var blevet drøftet siden 2015 i forbindelse med lovforslagene, kunne medføre en reallokering af disse forbrugere gennem »bortauktionering«.

15. Ifølge AGCM havde SEN med henblik herpå for det første indhentet samtykke fra sine kunder på det beskyttede marked til at få tilsendt forretningstilbud på det frie marked på »ulige vilkår«, idet selskabet indhentede dette samtykke på én måde for ENEL-koncernens selskabers vedkommende og på en anden måde for tredjepartsleverandørernes vedkommende. Når kunderne blev kontaktet på denne måde, havde de tendens til dels at give samtykke til ENEL-koncernens selskaber, idet de faktisk blev forledt til at tro, at et sådant samtykke var nødvendigt og hensigtsmæssigt af hensyn til aftaleforholdet til deres leverandør, dels at afslå samtykke til andre operatører. SEN lagde således en kvantitativ begrænsning på det antal personoplysninger, som var tilgængelige for EE's konkurrenter på det frie marked, idet det antal

samtykker, der blev givet til ligeledes at modtage de konkurrerende operatørers forretningstilbud, kun udgjorde 30% af samtlige indhentede samtykker. Navnene på de kunder på det beskyttede marked, der accepterede at modtage forretningstilbud, blev opført på bestemte lister (herefter »SEN-listerne«).

16. For det andet blev den ekskluderende strategi gennemført ved, at EE brugte SEN-lister til udsendelse af forretningstilbud til den beskyttede kundekreds (nemlig »Sempre con Te-tilbuddet«) med henblik på at formå disse kunder til at skifte fra det beskyttede marked til et selskab på det frie marked. ENEL overførte således SEN-listerne til sit datterselskab EE gennem SEN på vilkår, som ikke var tilgængelige for konkurrenterne. Ifølge AGCM har disse SEN-lister en »uerstattelig strategisk værdi« i kraft af de indeholdte oplysninger, som ikke kan findes andetsteds, nemlig forbrugernes tilhørsforhold til »tjenesten med øget beskyttelse«, og som sætter EE i stand til at udsende tilbud, der alene er målrettet mod denne kundekategori. Anvendelsen af de nævnte SEN-lister har i øvrigt haft et »simpelt konkurrencebegrænsende potentiale«, for så vidt som EE derved har kunnet unddrage sine konkurrenter en betydelig del (over 40%) af den »konkurrenceudsatte efterspørgsel« fra de kunder, der skifter fra det beskyttede til det frie marked.

17. Selskaberne i ENEL-koncernen anlagde hver for sig sag ved Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio, Italien), dvs. i første instans, til prøvelse af den omtvistede afgørelse.

18. Ved dom af 17. oktober 2019 gav denne ret, samtidig med at den fastslog, at der forelå misbrug af en dominerende stilling, EE og SEN delvist medhold i deres søgsmål for så vidt angik varigheden af det angivelige misbrug og kriterierne for beregning af bøden. Til fuldbyrdelse af disse domme nedsatte AGCM bødens beløb til 27 529 786,46 EUR. Derimod forkastede den nævnte ret ENEL's søgsmål og frifandt AGCM i det hele og stadfæstede ligeledes den pålagte bøde.

19. Disse tre selskaber appellerede hver sin dom til Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien), dvs. den forelæggende ret, med påstand om annullation af bødeafgørelserne eller subsidiært endnu en nedsættelse af bødens størrelse.

20. For det første har appellanterne til støtte for deres appel navnlig gjort gældende, at der mangler bevis for, at deres adfærd udgjorde misbrug, herunder bevis for denne adfærds (potentielle) egnethed til at medføre konkurrenceskadelig afskærmning.

21. Den omstændighed alene, at der opføres et kundenavn på en telemarketingliste med det formål af fremme salget af en række datterselskabers tjenesteydelser, udgør først og fremmest ikke ulovlig adfærd, for den indebærer ingen forsyningsforpligtelser og hindrer ikke kunden i at fremgå af andre lister, modtage kommercielle henvendelser eller vælge eller skifte leverandør når som helst, herunder flere gange.

22. Ifølge appellanterne ville anvendelsen af SEN-listerne dernæst ikke kunne muliggøre en hurtig og massiv kundeflugt fra SEN til EE. Mellem marts og maj 2017, dvs. de blot to måneder, der gik fra lanceringen af »Sempre con Te-tilbuddet« til indstillingen af telefonsalget (»teleselling outbound«), erhvervede EE ved hjælp af SEN-listerne nemlig kun knap 478 kunder svarende til 0,002% af brugerne af »tjenesten med øget beskyttelse« og 0,001% af samtlige elektricitetskunder. AGCM undersøgte endvidere ikke den økonomiske dokumentation, som appellanterne havde fremlagt til godtgørelse af, at den konstaterede adfærd ikke kunne fremkalde konkurrencebegrænsende virkninger og ej heller havde gjort det. I denne henseende skyldtes EE's

held til at skaffe kunder fra »tjenesten med øget beskyttelse« to fuldt lovlige faktorer, der kan udgøre en alternativ eller mere overbevisende forklaring end den, som AGCM anbefalede, nemlig dels det forhold, at selskaberne i ENEL-koncernen, heriblandt kundernes stedligt kompetente distributør, havde bedre resultater på det frie marked, dels ENEL-mærkets tiltrækningskraft.

23. Endelig var SEN-listerne hverken strategiske eller uerstattelige, idet der fandtes tilgængelige, lignende lister på markedet over kunder med »tjenesten med øget beskyttelse«, som var mere udtømmende og mindre bekostelige end SEN-listerne.

24. ENEL har for det andet anfægtet AGCM's anvendelse af en simpel formodning til at lægge ENEL's ansvar som moderselskab til grund. I denne henseende har selskabet gjort gældende, at der fra 2014 fandt en gennemgribende omstrukturering af ENEL-koncernens organisation sted med efterfølgende decentralisering af beslutningsprocesserne. Efter denne organisationsændring havde moderselskabet ikke længere en besluttende rolle, men alene den funktion at fremme synergierne og bedste praksis mellem de forskellige driftsselskaber.

25. Ifølge den forelæggende ret, som har forenet de tre sager, er der ingen tvivl om, at ENEL-koncernen har en dominerende stilling på det omtvistede marked. Derimod giver begrebet »misbrug«, navnlig for så vidt angår »atypisk« misbrug som det i hovedsagen omhandlede med henblik på at hindre konkurrenterne i at øge eller diversificere deres udbud, anledning til fortolkningsmæssige problemer, idet artikel 102 TEUF for det første ikke giver udtømmende definitionsparametre, og fordi den traditionelle sondring mellem misbrug ved udnyttelse og misbrug ved fortrængning for det andet ikke er relevant.

26. Med henblik på at fastslå, om der foreligger misbrug af dominerende stilling, ønsker den forelæggende ret nemlig bl.a. oplyst, i hvilket omfang der bør tages hensyn til ENEL-koncernens strategi, der, således som den fremgår af de af AGCM indhentede dokumenter, havde til formål at hindre SEN's kunder i at skifte til konkurrenterne, eller til det forhold, at denne concerns adfærd er lovlig i sig selv, for så vidt som SEN-listerne er blevet lovligt erhvervet. Den forelæggende ret ønsker ligeledes oplyst, om det er tilstrækkeligt, at den omtvistede adfærd vil kunne udelukke konkurrenterne fra det relevante marked, når den nævnte koncern i løbet af undersøgelsen har fremlagt økonomiske analyser til godtgørelse af, at dens adfærd ikke konkret havde medført afskærmning. Endelig rejser en concerns misbrug af sin dominerende stilling spørgsmålet om, hvorvidt der skal føres bevis for en aktiv samordning mellem de forskellige selskaber i koncernen, eller om tilhørsforholdet til denne koncern er tilstrækkeligt til at fastslå, at der er tale om medvirken til misbruget, selv fra en virksomhed i koncernen, som ikke har udøvet den ulovlige adfærd.

27. Under disse omstændigheder og på grund af sin tvivl med hensyn til fortolkningen af artikel 102 TEUF har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende fem præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan adfærd, som er udtryk for misbrug af en dominerende stilling, i sig selv være fuldt lovlig og kun kvalificeres som »misbrug« på grund af den (potentielle) konkurrencebegrænsende virkning på referencemarkedet, eller skal den også kendetegnes ved et specifikt element af ulovlighed bestående i brug af »andre konkurrencemetoder (eller -midler)« end de »normale«, og på grundlag af hvilke kriterier kan grænsen mellem »normal« og »fordrejet« konkurrence fastlægges i det sidstnævnte tilfælde?

- 2) Sigtet lovgivningen om sanktionering af misbrug mod at maksimere forbrugernes velfærd, hvorfor retsinstansen skal fastlægge, om den er (eller er i risiko for at blive) reduceret, eller har lovgivningen om sanktionering af overtrædelser af konkurrencelovgivningen til opgave i sig selv at opretholde markedets konkurrencestruktur med henblik på at undgå, at der skabes økonomiske magtkoncentrationer, som under alle omstændigheder skal anses for at være skadelige for samfundet?
- 3) I tilfælde af misbrug af en dominerende stilling, som består i, at den dominerende virksomhed forsøger at hindre konkurrenterne i at bevare eller forøge deres markedsandele, skal den pågældende virksomhed da alligevel gives mulighed for at godtgøre, at dens adfærd – selv om den på et abstrakt plan kan have en konkurrencebegrænsende virkning – konkret ikke har været konkurrenceskadelig, og skal artikel 102 TEUF, såfremt spørgsmålet besvares bekræftende, inden for rammerne af undersøgelsen af, hvorvidt der foreligger atypisk misbrug gennem ekskluderende adfærd, fortolkes således, at myndighederne har pligt til at foretage en grundig vurdering af de af virksomheden indgivne økonomiske analyser vedrørende den undersøgte adfærds reelle evne til at udelukke konkurrenterne fra markedet?
- 4) Skal misbrug af en dominerende stilling alene vurderes på grundlag af dets (selv blot potentielle) virkninger på markedet, uden at der tages højde for den handlende enheds subjektive motiv, eller kan fastlæggelsen af et konkurrencebegrænsende formål udgøre et kriterium, der (selv som det eneste) kan anvendes til at vurdere, om den dominerende virksomheds adfærd udgør misbrug, eller kan fastlæggelsen af det subjektive element alene anvendes til at flytte bevisbyrden til den dominerende virksomhed (således at virksomheden skal løfte beviset for, at den ekskluderende virkning er udeblevet)?
- 5) Såfremt flere virksomheder i samme koncern har misbrugt en dominerende stilling, kan det da antages, at også de øvrige koncernmedlemmer har medvirket til overtrædelser, selv om de ikke har udøvet misbrug, således at tilsynsmyndighederne blot skal godtgøre, at virksomhederne i den koncern, som samlet set har en dominerende stilling, har udvist en bevidst parallel adfærd, om end den ikke udgør ulovlig samordning, eller skal myndighederne (ligesom ved forbud mod karteller) under alle omstændigheder føre bevis, selv indirekte bevis, for en konkret situation med samordning og funktionel forbindelse mellem de forskellige virksomheder i koncernen med en dominerende stilling, især med henblik på at godtgøre moderselskabets involvering?«

28. Der er indgivet skriftlige indlæg til Domstolen fra SEN, EE, ENEL på den ene side og AGCM på den anden side, henholdsvis sagsøgere og sagsøgt i hovedsagen, fra AIGET og Green Network SpA, intervenienter i hovedsagen, fra den italienske og den norske regering samt fra Europa-Kommissionen. I deres indlæg har SEN, EE og den norske regering koncentreret sig om det første til det fjerde spørgsmål, mens ENEL kun har berørt det femte spørgsmål.

29. Med undtagelse af ENEL har alle parterne endvidere afgivet mundtlige indlæg i retsmødet, der blev afholdt den 9. september 2021. Den tyske regering og Tilsynsmyndigheden for Den Europæiske Frihandelsorganisation (EFTA), som ikke havde indgivet skriftlige indlæg, har ligeledes afgivet en mundtlig redegørelse for deres argumenter i dette retsmøde.

### III. Bedømmelse

#### A. Om det første præjudicielle spørgsmål

30. Med det første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om en angiveligt »fuldt lovlig« praksis uden for konkurrenceretten iværksat af en virksomhed i en dominerende stilling kan betegnes som misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF alene begrundet i dens (potentielt) begrænsende virkning, eller om denne adfærd også skal kendetegnes ved et specifikt element af »objektiv ulovlighed« bestående i brug af andre konkurrencemidler end de midler, der gælder inden for »normal konkurrence«. Hvis det sidste er tilfældet, ønskes det oplyst, efter hvilke kriterier grænsen konkret skal trækkes mellem »normal« og »fordrejet« konkurrence<sup>9</sup>.

31. Dette præjudicielle spørgsmål indeholder reelt fire led, som er indbyrdes forbundne, men som jeg af forenklingshensyn vil undersøge enkeltvis i den rækkefølge, hvori de er blevet stillet:

- det første led, hvormed det ønskes fastslået, om det forhold, at en adfærd er lovlig inden for andre retsområder end konkurrenceretten, er relevant for kvalificeringen af den som misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF
- det andet led, hvormed det ønskes verificeret, om en adfærd kan kvalificeres som misbrug, alene fordi den har potentielt begrænsende virkninger
- det tredje led, hvormed det ønskes fastlagt, om denne adfærd for at blive kvalificeret som sådan endvidere skal være kendetegnet ved et yderligere element af ulovlighed, nemlig brugen af andre konkurrencemetoder eller -midler end dem, der hører til inden for »normal konkurrence«, og
- det fjerde led, hvormed der ønskes sondret mellem praksis, der udgør misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF, for så vidt som dette består i brug af andre konkurrencemidler end dem, der hører til inden for »normal konkurrence«, og praksis, som ikke giver anledning til et sådant misbrug.

#### 1. Det første led

32. Med det første led ønsker den forelæggende ret oplyst, om der kan lægges et misbrug af dominerende stilling, jf. artikel 102 TEUF, til grund, når der foreligger handlinger, der er lovlige inden for andre retsområder end konkurrenceretten.

33. Dette spørgsmål har sit grundlag i den forelæggende rets konstatering af, at måden at indhente samtykke til SEN-listerne på ubestrideligt var civilretligt lovlig, idet der ikke er indbragt klager over en angivelig tilsidesættelse af specifikke regler for behandling af personoplysninger, og idet disse lister er erhvervet af EE til markedsprisen.

34. Indledningsvis gør jeg opmærksom på, at det af fast retspraksis følger, at begrebet »misbrug« som omhandlet i artikel 102 TEUF er et »objektivt begreb, som omfatter en adfærd fra en virksomhed i en dominerende stilling, der på et marked, hvor konkurrencegraden allerede er svækket netop som følge af tilstedeværelsen af den pågældende virksomhed, idet der anvendes

<sup>9</sup> – Med hensyn til en terminologisk klarlægning af begrebet »normal« konkurrence, jf. punkt 53 i dette forslag til afgørelse.



metoder, der adskiller sig fra dem, der regulerer en normal konkurrence med hensyn til varer eller tjenesteydelser på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser, har til følge at skabe hindringer for opretholdelsen af den grad af konkurrence, der stadig findes på markedet, eller for udviklingen af denne konkurrence«<sup>10</sup>.

35. Det følger heraf, at begrebet »misbrug« hviler på den objektive vurdering, at en adfærd kan begrænse konkurrencen, uden at den juridiske kvalificering af denne adfærd inden for andre retsområder er afgørende.

36. Domstolen har således fastslået, at »den omstændighed, at et misbrug er ulovligt i henhold til artikel [102 TEUF], ikke har sammenhæng med, om misbruget er i overensstemmelse med andre retsregler eller ej, og misbrug af en dominerende stilling består i hovedparten af tilfældene i adfærd, som i øvrigt er lovlig inden for andre retsområder end konkurrenceretten«<sup>11</sup>.

37. Hvis adfærd, der både er objektivt konkurrencebegrænsende og retligt ulovlig, blev betragtet som misbrug i denne bestemmelses forstand, ville det nemlig indebære, at en given adfærd, alene fordi den er lovlig om end potentielt skadelig for konkurrencen, ikke ville kunne sanktioneres i medfør af artikel 102 TEUF. Et sådant resultat ville betyde, at der var risiko for, at der i praksis aldrig ville blive konstateret misbrug af dominerende stilling, hvilket ville undergrave formålet med denne bestemmelse, som er at indføre en ordning, der sikrer, at konkurrencen på det indre marked ikke fordrejes. Omvendt udgør en adfærd, der ikke er i overensstemmelse med en given sektors retlige regler, ikke nødvendigvis misbrug fra den dominerende virksomheds side, når den ikke, end ikke potentielt, vil kunne forvolde skade på den frie konkurrence<sup>12</sup>.

38. Det følger heraf, at den omstændighed, at det var civilretligt lovligt at indhente samtykket til SEN-listerne, i den foreliggende sag ikke kan udelukke kvalificeringen af adfærden som misbrug, jf. i artikel 102 TEUF. Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at undersøge, om der navnlig i henseende til den retlige ramme for behandling af personoplysninger kunne være tale om, at indhentningen af samtykket var sket på »ulige vilkår« som hævdet af AGCM<sup>13</sup>. Den specifikke, gældende retlige ramme (og overholdelsen heraf) kan i denne henseende udgøre en faktisk omstændighed, der er relevant for udfaldet af den overordnede vurdering af, om adfærden udgør misbrug<sup>14</sup>.

## 2. Det andet led

39. Med det andet led ønsker den forelæggende ret oplyst, om en adfærd kan kvalificeres som »misbrug« alene på grund af sin (potentielt) begrænsende virkning for referencemarkedet.

<sup>10</sup> – Generics (UK)-dommen, præmis 148, og Deutsche Telekom II-dommen, præmis 41. Jf. også dom af 13.2.1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen (85/76, herefter »Hoffmann-La Roche-dommen«, EU:C:1979:36, præmis 91), af 3.7.1991, AKZO mod Kommissionen (C-62/86, herefter »AKZO-dommen«, EU:C:1991:286, præmis 69), og af 6.12.2012, AstraZeneca mod Kommissionen (C-457/10 P, herefter »AstraZeneca-dommen«, EU:C:2012:770, præmis 74), samt Post Danmark II-dommen (præmis 26).

<sup>11</sup> – AstraZeneca-dommen, præmis 132. Jf. ligeledes generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse AstraZeneca mod Kommissionen (C-457/10 P, EU:C:2012:293, punkt 78).

<sup>12</sup> – Jf. i denne forbindelse afgørelse B6-22/15 af 6.2.2019 truffet af Bundeskartellamt (den tyske forbundskonkurrencemyndighed), som konstaterede, at en adfærd, der ikke er i overensstemmelse med de retlige bestemmelser om beskyttelse af personoplysninger, ligeledes udgør en tilsidesættelse af konkurrenceretten (den sag, der gav anledning til anmodning af 22.4.2021 om præjudiciel afgørelse indgivet af Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf, Tyskland) i sag C-252/21, Facebook Inc. m.fl. mod Bundeskartellamt).

<sup>13</sup> – Jf. punkt 15 i dette forslag til afgørelse.

<sup>14</sup> – Jf. i denne henseende punkt 115 i dette forslag til afgørelse.

40. I denne forbindelse fremhæver jeg, at begrebet »misbrug« som beskrevet ovenfor indebærer, at den adfærd, der sanktioneres ved artikel 102 TEUF, er den, der lægger hindringer i vejen for opretholdelsen af konkurrencen på markedet eller udviklingen af denne konkurrence<sup>15</sup>. Det følger nemlig af fast retspraksis, at en dominerende virksomhed i medfør af artikel 102 TEUF er særligt forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på det indre marked<sup>16</sup>.

41. Mere præcist i forbindelse med ekskluderende adfærd som den i hovedsagen omtvistede<sup>17</sup> har Domstolen gentagne gange fastslået, dels at en adfærds karakter af misbrug forudsætter, at den er egnet til at begrænse konkurrencen og navnlig have de foreholdte udelukkelsesvirkninger<sup>18</sup>, hvilket skal vurderes under hensyntagen til alle relevante faktiske omstændigheder vedrørende denne adfærd<sup>19</sup>. Dels må den konkurrencebegrænsende virkning for markedet af en sådan adfærd, for at det kan fastslås, at den har karakter af misbrug, ikke være af rent hypotetisk karakter<sup>20</sup> og skal derfor foreligge, men ikke nødvendigvis være konkret, idet det er tilstrækkeligt at godtgøre, at der kan foreligge konkurrencebegrænsende virkninger, som kan fortrænge den dominerende virksomheds mindst lige så effektive konkurrenter<sup>21</sup>.

42. Det følger heraf, at egnetheden til at medføre en (potentielt) begrænsende virkning for det relevante marked, såsom en konkurrenceskadelig afskærmning, er det centrale element i kvalificeringen af en adfærd som misbrug.

43. I denne henseende er det imidlertid vigtigt at påpege, at en fortrængende virkning ikke nødvendigvis skader den frie konkurrence og derfor heller ikke altid er »begrænsende for referencemarkedet« for at benytte den formulering, der er anvendt i spørgsmålets ordlyd. Det forhold alene, at bestemte typer adfærd er egnede til at fortrænge en konkurrent, mindsker nemlig ikke konkurrencen på markedet og gør dem så meget desto mindre til misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF. Der bør derfor sondres mellem risikoen for fortrængning og risikoen for konkurrenceskadelig afskærmning, idet alene sidstnævnte kan sanktioneres i henhold til artikel 102 TEUF<sup>22</sup>.

44. Som Domstolen har forklaret i Intel-dommen, forholder det sig nemlig således, »at artikel 102 TEUF på ingen måde har til formål at forhindre, at en virksomhed ved egen fortjeneste opnår den dominerende stilling på et marked. Denne bestemmelse tilsigter heller ikke at sikre, at konkurrenter, der er mindre effektive end den dominerende virksomhed, kan forblive på markedet [...] Det er således *ikke enhver eliminering, som nødvendigvis skader den frie konkurrence. Konkurrence på ydelser* kan pr. definition føre til, *at de mindre effektive konkurrenter, som således er mindre interessante for forbrugerne i forhold til bl.a. pris, udvalg,*

<sup>15</sup> – Jf. punkt 34 i dette forslag til afgørelse.

<sup>16</sup> – Jf. navnlig dom af 9.11.1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen*, 322/81 (herefter »Michelin I-dommen«, EU:C:1983:313, præmis 57), *Post Danmark I-dommen*, præmis 23, og *Intel-dommen*, præmis 135.

<sup>17</sup> – Traditionelt sondres der mellem »misbrug ved fortrængning« (dvs. ulovlige forsøg på at afskærme markedet for de konkurrerende virksomheder) og »misbrug ved udnyttelse« (dvs. direkte udnyttelse af forbrugerne f.eks. ved hjælp af urimeligt høje priser). Jf. med hensyn til denne sondring generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse *Sot. Lélos kai Sia m.fl.* (C-468/06 – C-478/06, EU:C:2008:180, punkt 74).

<sup>18</sup> – Jf. *TeliaSonera-dommen*, præmis 64, *Intel-dommen*, præmis 138, og *Generics (UK)-dommen*, præmis 154.

<sup>19</sup> – Jf. *TeliaSonera-dommen*, præmis 68, og *Generics (UK)-dommen*, præmis 154.

<sup>20</sup> – *Post Danmark II-dommen*, præmis 65.

<sup>21</sup> – *TeliaSonera-dommen*, præmis 64 og 66.

<sup>22</sup> – Jf. i denne retning punkt 19 i Kommissionens meddelelse – Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af [artikel 82 EF] på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd (EUT 2009, C 45, s. 7, herefter »Vejledningen«).

*kvalitet eller innovation*, forsvinder fra markedet eller *marginaliseres*»<sup>23</sup>. Det står således fortsat en virksomhed frit for at godtgøre, at dens politik, selv om den har fortrængende virkning, stadig er objektivt (økonomisk) begrundet på baggrund af samtlige faktiske omstændigheder i den pågældende sag<sup>24</sup>, eller at virkningerne opvejes, endog overvindes, af effektivitetsfordele, som ligeledes er til gavn for forbrugeren<sup>25</sup>. En sådan afvejning af den omtvistede praksis' gunstige og ugunstige virkninger for konkurrencen kan kun foretages, efter at der er foretaget en undersøgelse af udelukkelsesevnen hos konkurrenter, der er mindst lige så effektive, hvilket er knyttet til den pågældende praksis<sup>26</sup>.

45. Domstolens ræsonnement hviler således på den antagelse, at hvis enhver adfærd, som har en (aktuel eller potentiel) fortrængende virkning, automatisk blev kvalificeret som konkurrencebegrænsende og derfor som misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF, ville denne bestemmelse være et middel til at beskytte de mindre dygtige og mindre effektive virksomheder og på ingen måde de dygtigste, der er i stand til at stimulere konkurrencen på markedet.

46. Det kan på baggrund af ovenstående analyse konkluderes, at for at en adfærd som f.eks. fortrængning skal kunne kvalificeres som misbrug, jf. artikel 102 TEUF, skal den være konkurrencebegrænsende på den måde, at den kan få en (aktuelt eller potentielt) begrænsende virkning for referencemarkedet. For at vurdere denne adfærds konkurrencestridige karakter bør det imidlertid fastslås, om den dominerende virksomhed har anvendt andre midler end dem, der hører til inden for »normal« konkurrence. Det er netop denne vurdering, der er genstand for det tredje og det fjerde led.

### 3. Det tredje led

47. Med det tredje led ønsker den forelæggende ret et metodologisk spørgsmål besvaret, nemlig om der med kravet om bevis for, at en dominerende virksomhed har anvendt andre midler end dem, der hører til inden for »normal« konkurrence, henvises til et »yderligere element af ulovlighed« i forhold til godtgørelsen af en konkurrenceskadelig afskærmning, således at »den konkurrencebegrænsende evne« og »anvendelsen af andre midler end dem, der hører til inden for normal konkurrence« er to adskilte krav, der skal være opfyldt, for at det kan fastslås, at der foreligger misbrug.

48. I denne forbindelse konstaterer jeg, at parterne i hovedsagen, regeringerne og Kommissionen er uenige<sup>27</sup>. Efter min opfattelse udgør godtgørelsen af, at en dominerende virksomhed har anvendt andre midler end dem, der hører til inden for »normal« konkurrence, ikke et krav, hvis opfyldelse skal bedømmes adskilt fra kravet om adfærdens konkurrencebegrænsende virkning.

<sup>23</sup> – Intel-dommen, præmis 133 og 134, min fremhævelse. Jf. ligeledes Post Danmark I-dommen, præmis 21-23 og den deri nævnte retspraksis.

<sup>24</sup> – Jf. TeliaSonera-dommen, præmis 75 og 76, og Intel-dommen, præmis 140.

<sup>25</sup> – Jf. dom af 15.3.2007, British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, herefter »British Airways-dommen«, EU:C:2007:166, præmis 86), Post Danmark I-dommen, præmis 40 og 41, og Intel-dommen, præmis 140.

<sup>26</sup> – Intel-dommen, præmis 140.

<sup>27</sup> – SEN, EE og Kommissionen har i deres indlæg foreslået, at dette spørgsmål besvares således, at den (potentielt) konkurrencebegrænsende virkning ikke i sig selv er tilstrækkelig til at kvalificere en praksis som misbrug, jf. artikel 102 TEUF, og at der bør foreligge et yderligere element af ulovlighed i form af anvendelsen af andre midler end en konkurrence på fortjenester. Omvendt er AGCM, AIGET, Green Network samt den italienske og den norske regering af den opfattelse, at begrebet misbrug af en dominerende stilling ikke fordrer bevis for et specifikt element af ulovlighed ud over den reelt eller potentielt begrænsende virkning af den pågældende virksomheds adfærd.

49. Som det fremgår af punkt 44 i dette forslag til afgørelse, spiller analysen af virksomhedens adfærd nemlig en afgørende rolle i kvalificeringen af virkningerne som konkurrenceskadelige. Disse to elementer indgår således i én og samme analyse. Nærmere bestemt skal det med henblik på at vurdere, om den fortrængende virkning er (aktuelt eller potentielt) begrænsende for konkurrencen, ligeledes undersøges, om midlerne hører til inden for »normal konkurrence«. Ligeledes skal det med henblik på at afgøre, om midlerne hører til inden for denne konkurrence, undersøges, om den pågældende praksis er egnet til fortrængning, dvs. kan få (aktuelle eller potentielle) fortrængende virkninger på dette marked. Kvalificeringen af en adfærd som »konkurrencestridig« kan nemlig ikke undersøges adskilt fra denne adfærds virkninger. De to krav er derfor uløseligt forbundet og skal vurderes under hensyntagen til alle relevante faktiske omstændigheder vedrørende denne adfærd<sup>28</sup>.

50. Det kan konkluderes, at en adfærds egnethed til at få konkurrenceskadelig virkning og anvendelsen af midler, der ikke hører til inden for normal konkurrence, er krav, hvis opfyldelse er genstand for den samme undersøgelse, der består i at fastslå, om den nævnte praksis udgør misbrug.

51. I den foreliggende sag fremgår det af oplysningerne i forelæggelsesafgørelsen, at AGCM er af den opfattelse, at ENEL's omtvistede adfærd har haft en konkurrencebegrænsende virkning, for så vidt som appellanternes strategi i det væsentlige var at hæmme eller hindre EE's konkurrenter i at træde ind på det frie marked. Henset til ovenstående analyse tilkommer det den forelæggende ret at efterprøve, om den adfærd, der hævdes at være udmøntningen af denne strategi, i det mindste potentielt kunne have en fortrængende virkning for EE's konkurrenter, og at vurdere, om denne fortrængende virkning kunne skade den frie konkurrence, ved at fastslå, hvorvidt denne adfærd hører til inden for »normal« konkurrence.

#### 4. Det fjerde led

52. Med det fjerde led ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt Domstolens hjælp til at trække en grænse mellem adfærd, der hører til inden for »normal« konkurrence, og adfærd, der ikke gør. Dette spørgsmål rammer således selve centrum af begrebet misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF og skal tjene til at fastslå, om den i hovedsagen omtvistede adfærd udgør et sådant misbrug.

53. Indledningsvis præciserer jeg, at når den forelæggende ret henviser til »normal konkurrence«, anvender den samme term, som Domstolen har gjort gentagne gange<sup>29</sup>. Jeg gør dog opmærksom på, at der bør tillægges adjektivet »normal« samme betydning som de andre udtryk, der er blevet anvendt til at beskrive denne konkurrence, bl.a. »redelig konkurrence«<sup>30</sup>, »konkurrence på

<sup>28</sup> – Jf. i denne retning Post Danmark II-dommen, præmis 29, og Generics (UK)-dommen, præmis 151 og 154.

<sup>29</sup> – Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 91, og Deutsche Telekom II-dommen, præmis 41.

<sup>30</sup> – Jf. dom af 14.2.1978, United Brands og United Brands Continenteal mod Kommissionen (27/76, herefter »United Brands-dommen«, EU:C:1978:22, præmis 189), og af 1.4.1993, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen (T-65/89, EU:T:1993:31, præmis 94).

effektivitet«<sup>31</sup> og »konkurrence på ydelser«<sup>32</sup>, som jeg foreslår at benytte i det følgende<sup>33</sup>. Denne mangfoldighed af udtryk er et tydeligt tegn på, at det er vanskeligt objektivt at bestemme, hvori et misbrug består. Det er nemlig hverken let eller ligetil at fastlægge normer, der gør det muligt at foretage en klar afgrænsning af adfærd, der er konkurrencestridig og derfor udgør misbrug. Denne kompleksitet er uvægerligt forbundet med det objektivt vanskelige i på forhånd at skelne en knivskarp, men lovlig konkurrenceadfærd fra en konkurrencestridig adfærd<sup>34</sup>.

54. EU-lovgiver, der uden tvivl var bevidst om denne vanskelighed, har i artikel 102 TEUF indarbejdet en vejledende liste over misbrug, som ikke udtømmende angiver de former for udnyttelse af en dominerende stilling, der er forbudt i henhold til EU-retten<sup>35</sup>, hvorved det gøres muligt med tiden at tilpasse anvendelsen af denne bestemmelse til skiftende forretningspraksis. En adfærd, der beskrives af den forelæggende ret som »atypisk« som den i hovedsagen omtvistede, der ikke knytter sig til en praksis, der er opregnet i artikel 102 TEUF, kan derfor også udgøre misbrug. For så vidt som analysen er baseret på de konkurrencemæssige virkninger og ikke adfærdens form, skal en konkurrencemyndighed nemlig foretage en nøje efterprøvelse af samtlige relevante faktiske omstændigheder uden at ty til den ringeste formodning<sup>36</sup>, hvorfor den »typiske« eller »atypiske« karakter ikke er afgørende.

55. Da begrebet »konkurrence på ydelser« ikke knytter sig til en præcis form for adfærd, er det abstrakt og kan ikke defineres således, at det kan anvendes til at fastslå på forhånd, om en adfærd hører til den ene eller den anden form for konkurrence. Domstolen har nemlig udelukket begrebet »misbrug i sig selv«, dvs. at en praksis er et misbrug i sig selv uafhængigt af dens konkurrencebegrænsende virkninger<sup>37</sup>. Begrebet »konkurrence på ydelser« er følgelig udtryk for et økonomisk ideal på baggrund af den herskende tendens inden for EU-konkurrenceretten til at foretrække en analyse af en adfærds konkurrencebegrænsende virkninger (»effects-based approach«) frem for en analyse, der er baseret på form (»form-based approach«)<sup>38</sup>.

<sup>31</sup> – Dom af 1.4.1993, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen (T-65/89, EU:T:1993:31, præmis 113), og af 7.10.1999, Irish Sugar mod Kommissionen (T-228/97, EU:T:1999:246, præmis 111).

<sup>32</sup> – Termer, som Domstolen oprindeligt brugte i AKZO-dommen, præmis 70. Jf. senest Deutsche Telekom I-dommen, præmis 83, 176 og 177, og Intel-dommen, præmis 135 og 136.

<sup>33</sup> – »Normal« konkurrence er en term, der kan give anledning til forvirring, for så vidt som en sædvanligvis lovlig og almindelig adfærd, der er i overensstemmelse med god moral på et givet marked og derfor kan beskrives som »normal«, ikke desto mindre kan være en overtrædelse af artikel 102 TEUF, hvis den udøves af en dominerende virksomhed, på grund af dennes »særlige forpligtelse« (jf. punkt 58 og 59 i dette forslag til afgørelse).

<sup>34</sup> – F.eks. kan anvendelsen af en lav pris, hvis den er tilstrækkeligt lav, fortrænge en konkurrent, men den vil ikke være konkurrencestridig, da den er til gavn for forbrugeren. Prisen kan dog være så lav (dumping), at den på længere sigt, efter at konkurrenten er blevet fortrængt, er til skade for forbrugerne.

<sup>35</sup> – Dom af 21.2.1973, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen (6/72, herefter »Continental Can-dommen«, EU:C:1973:22, præmis 26), Deutsche Telekom I-dommen, præmis 173, og TeliaSonera-dommen, præmis 26.

<sup>36</sup> – Den eneste type adfærd, for hvilken der findes en simpel formodning om konkurrencebegrænsning, som giver anledning til at vende bevisbyrden om, er så vidt mig bekendt ekskluderende loyalitetsrabatter, dvs. prisnedslag, som ydes på betingelse af, at kunden – uanset beløbet for disse indkøb – udelukkende foretager alle eller en betydelig del af indkøbene til dækning af sine behov hos den markedsdominerende virksomhed (jf. Intel-dommen, præmis 137).

<sup>37</sup> – Jf. i denne retning AstraZeneca-dommen, præmis 106.

<sup>38</sup> – Med hensyn til en generel oversigt over anvendelsen af »effects-based approach« inden for konkurrenceretten, jf. J. Bourgeois og D. Waelbroeck, *Ten years of effects-based approach in EU competition law: state of play and perspectives*, Bruylant, 2013, samt P. Ibáñez Colomo, *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, Journal of Competition Law & Economics, bind 17, nr. 2, 2021, s. 309-363.

56. Det følger heraf, at spørgsmålet om, hvorvidt en ekskluderende adfærd er et middel til at konkurrere på ydelser, hænger nøje sammen med den faktiske, retlige og økonomiske sammenhæng, hvori denne adfærd udøves. Det materielle anvendelsesområde for de særlige forpligtelser, der påhviler en virksomhed i en dominerende stilling, skal nemlig vurderes under hensyn til de særlige omstændigheder i den enkelte sag<sup>39</sup>.

57. Trods den abstrakte karakter af begrebet »konkurrence på ydelser« kan der af Domstolens praksis udledes fælles elementer. Med forbehold af bedømmelsen af den i hovedsagen omtvistede adfærd, som det påhviler den forelæggende ret at foretage, er det min opfattelse, at følgende elementer kan være hensigtsmæssige.

58. For det første anfører jeg, at »konkurrence på ydelser« skal fortolkes i snæver sammenhæng med det ligeledes i Domstolens praksis fastlagte princip om, at den dominerende virksomhed er særlig forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på det indre marked<sup>40</sup>. Denne »særlige forpligtelse« kan imidlertid ikke kan fratage en virksomhed, der befinder sig i en dominerende stilling, retten til at beskytte sine egne handelsinteresser<sup>41</sup>. Henvisningen til »andre midler end en konkurrence på ydelser« tjener i denne henseende til at præcisere indholdet af denne »særlige forpligtelse«, der påhviler den dominerende virksomhed, og afgrænse det tilladte spillerum.

59. Den logiske konsekvens af denne »særlige forpligtelse« er, at en adfærd, der er acceptabel for en virksomhed, der ikke befinder sig i en dominerende stilling, kunne kvalificeres som misbrug, når den udøves af en virksomhed i en dominerende stilling, på grund af virkningen af dennes adfærd for det pågældende marked. Almindeligt benyttede forretningsmetoder eller forretningsmæssige aktiviteter, som normalt bidrager til at forbedre produktionen eller distributionen af produkter og har en gavnlig virkning på konkurrencen, kan nemlig begrænse denne konkurrence, når de udøves af en virksomhed, som har en dominerende stilling<sup>42</sup>.

60. I denne henseende påpeger jeg, at den »særlige forpligtelse« i den foreliggende sag finder anvendelse på alle de dominerende virksomheder, herunder de historiske operatører, der tidligere havde et monopol, f.eks. ENEL, eller var pålagt en forpligtelse til offentlig tjeneste, f.eks. SEN. Som Domstolen har fastslået, er det forhold »at det fastslås, at der foreligger en dominerende stilling, [således] ikke i sig selv ensbetydende med en kritik af vedkommende virksomhed, men betyder blot, at denne *uafhængigt af årsagerne til denne stilling*, den har, er særlig forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet«<sup>43</sup>. I forbindelse med liberaliseringen af markedet er ENEL-koncernen følgelig omfattet af artikel 102 TEUF og navnlig kravet om den »særlige forpligtelse« i lighed med de øvrige virksomheder.

61. For det andet, og som det fremgår af punkt 55 i dette forslag til afgørelse, er det ikke afgørende i sig selv, hvilken form for eller type af adfærd som den dominerende virksomhed udøver. Det springende punkt er, om adfærden har til formål at begrænse konkurrencen eller kan have denne

<sup>39</sup> – Dom af 14.11.1996, Tetra Pak mod Kommissionen (C-333/94 P, EU:C:1996:436, præmis 24), og af 16.3.2000, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen (C-395/96 P og C-396/96 P, EU:C:2000:132, præmis 114).

<sup>40</sup> – Michelin I-dommen, præmis 57, Post Danmark I-dommen, præmis 21-23, og Intel-dommen, præmis 135.

<sup>41</sup> – United Brands-dommen, præmis 189.

<sup>42</sup> – Jf. dom af 30.9.2003, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen (T-191/98 og T-212/98 – T-214/98, EU:T:2003:245, præmis 1124 og 1460), og af 23.10.2003, Van den Bergh Foods mod Kommissionen (T-65/98, EU:T:2003:281, præmis 159).

<sup>43</sup> – Michelin I-dommen, præmis 57, min fremhævelse.

virkning<sup>44</sup>. En adfærd, der adskiller sig åbenbart fra sædvanlig praksis på markedet, kunne betragtes som en faktisk omstændighed, der er relevant for vurderingen af, om en adfærd er et misbrug (f.eks. i lighed med et bevis for hensigt<sup>45</sup>).

62. For det tredje påpeger jeg, uden at bilde mig ind at kunne gøre det udtømmende, at de typer adfærd, som falder uden for begrebet »konkurrence på ydelser«, generelt er kendetegnet ved det forhold, at der ikke foreligger indlysende<sup>46</sup> eller objektive<sup>47</sup> økonomiske begrundelser. Den type adfærd, der kan reducere den dominerende virksomheds omkostninger i kraft af effektivisering på anden vis, og som giver forbrugerne et større udvalg, idet der markedsføres nye varer, eller de eksisterende varer udbydes i større mængder eller en højere kvalitet, betragtes derfor som et eksempel på konkurrence på ydelser. Hvis der ikke foreligger anden begrundelse for adfærden, end at den har til formål at tilføje konkurrenterne skade, hører den derimod ikke nødvendigvis til inden for en konkurrence på ydelser<sup>48</sup>.

63. For det fjerde anfører jeg, at »konkurrence på ydelser« i forbindelse med anvendelsen af artikel 102 TEUF på ekskluderende adfærd generelt henviser til en situation, hvor konkurrencen kommer forbrugerne til gode gennem lavere priser, højere kvalitet og et større udvalg af nye og bedre varer og tjenester<sup>49</sup>.

64. I den foreliggende sag er selve formålet med liberaliseringen af energimarkedet at åbne dette marked for konkurrence netop med henblik på dennes gavnlige virkninger for forbrugerne, uanset om det gælder prisen, kvaliteten eller udvalget af tjenester. I forbindelse med en sådan proces må den historiske operatørs handlinger følgelig ikke kunne hindre eller hæmme konkurrenternes indtræden på markedet, idet disse skal kunne drive virksomhed på lige vilkår på det frie marked. Domstolen har nemlig fastslået, at en ordning med ufordrejet konkurrence kun kan garanteres, hvis de forskellige erhvervsdrivende sikres lige muligheder<sup>50</sup>.

65. På denne baggrund opstår spørgsmålet om, hvorvidt ENEL-koncernen, som havde monopol på det beskyttede markeds kundekreds, lovligt kan ønske at fastholde denne kundekreds i koncernen trods liberaliseringen af dette marked. Efter min opfattelse skal dette spørgsmål besvares bekræftende.

66. Som det er anført i punkt 44 i dette forslag til afgørelse, har artikel 102 TEUF på ingen måde til formål at forhindre, at en virksomhed ved egen fortjeneste opnår eller opretholder den dominerende stilling på markedet. Det følger heraf, at de historiske operatører, eftersom de er underlagt fri konkurrence, skal tilstræbe at optimere deres indtjening ved bl.a. at fastholde deres kundekreds. Erhvervsførelsen af kundekredsen er nemlig et væsentligt element i den normale konkurrence. ENEL-koncernen er således bestemt i sin fulde ret til og forventes endog at iværksætte en forretningspraksis, der har til formål at forbedre dens varer og tjenesteydelser for navnlig at holde sig konkurrencedygtig og fastholde sin kundekreds. Jeg finder det derfor helt i overensstemmelse med normal konkurrence, at en dominerende virksomhed som ENEL ønsker

<sup>44</sup> – Dom af 19.4.2012, Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, herefter »Tomra-dommen«, EU:C:2012:221, præmis 68).

<sup>45</sup> – Jf. punkt 128 i dette forslag til afgørelse.

<sup>46</sup> – TeliaSonera-dommen, præmis 88, og AKZO-dommen, præmis 71.

<sup>47</sup> – Jf. i denne retning AstraZeneca-dommen, præmis 130.

<sup>48</sup> – Dom af 18.11.2020, Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen (T-814/17, EU:T:2020:545, præmis 292-299).

<sup>49</sup> – Jf. i denne retning Vejledningen, punkt 5.

<sup>50</sup> – Deutsche Telekom I-dommen, præmis 230 og den deri nævnte retspraksis. Det er derfor, at det i forbindelse med en opsplitningsproces hos den historiske operatør er afgørende at foretage en fuldstændig adskillelse af de aktiviteter, der er knyttet til monopolet, fra dem, der er knyttet til det frie marked, idet en sådan adskillelse både skal være juridisk, materiel, regnskabsmæssig, økonomisk og forretningsmæssig.

at fastholde sin kundekreds, også i forbindelse med en liberalisering. En »strategi«, der lægges for at fastholde kundekredsen, kan følgelig ikke i sig selv udgøre misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF.

67. I denne sammenhæng er det min opfattelse, at indsamlingen af oplysninger inden for rammerne af kunderelationen principielt stadig er en fuldstændig »normal« udnyttelse heraf i en sædvanlig konkurrenceproces. I forbindelse med en sådan udnyttelse har ENEL imidlertid netop på grund af sin dominerende stilling en »særlig forpligtelse« til konkurrere på ydelser gennem en adfærd, som ikke medfører en afskærmning af markedet. ENEL må således ikke iværksætte former for praksis, der i kraft af udnyttelsen af fordelene ved det lovlige monopol kan have en fortrængende virkning for virksomhedens nye konkurrenter, der betragtes som værende lige så effektive som den<sup>51</sup>.

68. For det femte er det efter min opfattelse i denne henseende, at konkurrenternes evne til at imitere den dominerende virksomheds adfærd skal vurderes. Denne vurdering er relevant for at fastslå, om den omtvistede praksis hører til inden for konkurrence på ydelser, og følgelig, om den har konkurrencebegrænsende karakter.

69. Domstolens praksis bekræfter nemlig efter min opfattelse, at en dominerende virksomheds ekskluderende adfærd, der kan forklares ved lige så effektive konkurrenter, principielt ikke udgør adfærd, der kan udløse konkurrenceskadelig afskærmning, hvorfor den hører til inden for konkurrence på ydelser<sup>52</sup>.

70. Inden for prisbaseret ekskluderende adfærd – f.eks. loyalitetsrabatter, lave priser i form af selektive priser eller predatory pricing<sup>53</sup> samt avancepres – foretages på den ene side vurderingen af en sådan reproducerbarhed generelt, men ikke nødvendigvis, på grundlag af den såkaldte »as efficient competitor«-test<sup>54</sup>. Denne test foretages på varierende parametre alt efter den omhandlede adfærdstype, men fælles for alle test er undersøgelsen af, om en prispolitik er økonomisk rentabel for en dominerende virksomheds konkurrent, idet det benchmark, der principielt og primært benyttes, er den dominerende virksomheds forhold mellem pris og omkostninger<sup>55</sup>. Den nævnte test består med andre ord i at identificere, om denne adfærd kan gentages af en lige så effektiv konkurrent, ved at sætte den dominerende virksomhed i den lige så effektive konkurrents sted for at kontrollere, om den bliver ramt af den omhandlede adfærds fortrængende virkning. Denne test er i overensstemmelse med det almindelige retssikkerhedsprincip, for så vidt som den gør det muligt for en dominerende virksomhed på forhånd at vurdere en adfærds lovlighed på grundlag af sine egne omkostninger<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> – Intel-dommen, præmis 136.

<sup>52</sup> – Denne regel er dog ikke absolut, idet der for det første findes situationer, hvor en adfærd, der ikke kan udøves af en lige så effektiv konkurrent, alligevel falder ind under begrebet konkurrence på ydelser (jf. f.eks. nægtelse af levering af et essentielt input til en kunde, der ikke vil være i stand til at betale tilstrækkeligt, eller forsknings- og udviklingsaktiviteter, der gør det muligt for en virksomhed at tage patent på og udnytte en unik og ikke-reproducerbar opfindelse). For det andet findes der særlige tilfælde, hvor en adfærd, der kan gentages af en lige så effektiv konkurrent, ikke nødvendigvis udgør konkurrence på ydelser (jf. f.eks. afgivelse af vildledende oplysninger til de offentlige myndigheder (AstraZeneca-dommen, præmis 18)).

<sup>53</sup> – Post Danmark II-dommen, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis.

<sup>54</sup> – Jf. i denne retning Vejledningen, punkt 23-27. Domstolen har fastslået, at der ikke er en retlig forpligtelse til systematisk at anvende as efficient competitor-testen til at bestemme en adfærds karakter af misbrug, idet denne test anses for at være et instrument blandt andre. Denne test er nemlig ikke relevant, når markedsstrukturen gør det praktisk umuligt at have en konkurrent, der er lige så effektiv, f.eks. på et marked, der dels er kendetegnet ved, at indehaveren af et lovligt monopol har en meget høj markedsandel, dels ved høje adgangsbarrierer (Post Danmark II-dommen, præmis 57-61).

<sup>55</sup> – Post Danmark II-dommen, præmis 53. Konkurrenternes omkostninger og priser på dette marked kan imidlertid være relevante, når det under hensyn til omstændighederne ikke er muligt at henvise til den dominerende virksomheds priser, navnlig når den dominerende virksomheds omkostningsstruktur af objektive grunde ikke kan fastlægges præcist (TeliaSonera-dommen, præmis 45).

<sup>56</sup> – TeliaSonera-dommen, præmis 42-44.



71. Inden for andre typer ekskluderende adfærd end prisbaserede – f.eks. nægtelse af levering – synes retspraksis på den anden side at bekræfte relevansen af kriteriet om reproducerbarhed, for så vidt som en dominerende virksomheds beslutning om at forbeholde sig selv sit eget distributionsnet ikke udgør nægtelse af levering i strid med artikel 102 TEUF, når det er muligt for en konkurrent at oprette endnu et distributionsnet af en sammenlignelig størrelse. Der foreligger med andre ord ikke misbrug, hvis de input, som den dominerende virksomhed nægter at levere, kan kopieres af de lige så effektive konkurrenter, ved at disse køber dem hos andre leverandører eller selv udvikler dem<sup>57</sup>. I forbindelse med kombinationssalg (»tying and mixed bundling«) har elementet produktkopiering en særlig betydning ved fastlæggelsen af, om der foreligger potentiel eller reel konkurrenceskadelig afskærmning<sup>58</sup>.

72. I den foreliggende sag vedrører den i hovedsagen omtvistede adfærd ifølge AGCM ikke en prispolitik, men en kompleks, ulovlig strategi, der er kendetegnet ved udnyttelse af oplysninger, som ENEL-koncernen har haft adgang til takket være sit tidligere, lovlige monopol. Denne adfærd synes således ikke at knytte sig til en teori om prisbaseret ekskluderende adfærd, og konkurrenterne var på grund af det lovlige monopol ikke objektivt i stand til inden liberaliseringen af markedet at kopiere den strategi, som appellanterne foreholdes. Det følger heraf, at as efficient competitor-testen bestemt ikke er det bedst egnede kriterium til vurderingen af de lige så effektive konkurrenters evne til at imitere den dominerende virksomheds adfærd.

73. Den underliggende logik i as efficient competitor-testen, der i det væsentlige skal vurdere, om en dominerende virksomhed var i stand til på grundlag af kendte data at forudse, om en konkurrent trods den omhandlede adfærd havde kunnet operere økonomisk rentabelt på markedet og fortsat være konkurrencedygtig, er imidlertid stadig relevant efter min mening. En test, der er baseret på logikken i denne test, ville således bestå i at kontrollere, om konkurrenterne på grundlag af de oplysninger, som den dominerende virksomhed formodes at kende, havde kunnet opnå adgang på økonomisk rentabel vis til lister, der med hensyn til brugbarhed er sammenlignelige med SEN-listerne. Denne fremgangsmåde falder ligeledes sammen med den betydning, der tillægges kriteriet om reproducerbarhed i forbindelse med andre typer ekskluderende adfærd end prisbaserede.

74. Det er således min vurdering, at det forhold, at konkurrenterne ikke objektivt er i stand til præcist at reproducere ENEL's strategi, ikke er til hinder for undersøgelsen af de lige så effektive konkurrenters reelle evne til på økonomisk rimelige vilkår og inden for et acceptabelt tidsrum at reproducere den dominerende virksomheds adfærd, f.eks. ved at benytte de lister, der ubestrideligt fandtes på markedet, og som indeholder oplysninger svarende til dem, der var opført på SEN-listerne. Denne undersøgelse kan efter min opfattelse afdække, om ENEL-koncernens adfærd potentielt er egnet til at medføre konkurrenceskadelig afskærmning eller ej, og følgelig, om den hører til inden for en konkurrence på ydelser.

75. I forbindelse med en sådan undersøgelse, som det påhviler den forelæggende ret at foretage, er følgende elementer særlig relevante.

76. For det første bør den forelæggende ret træde et skridt tilbage og vurdere, hvilken betydning SEN-listerne har for konkurrencen. I denne henseende anfører jeg, at adgangen til oplysningerne om kundekredsen er klart interessant i forbindelse med en liberaliseringsproces såvel på det abstrakte plan, idet den muliggør et nærmere kendskab til markedet, som på det konkrete plan, idet den muliggør »fangst« af denne kundekreds i kraft af udsendelse af målrettede tilbud før de

<sup>57</sup> – Dom af 26.11.1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, præmis 44 og 45).

<sup>58</sup> – Jf. Vejledningen, punkt 54 og 61.

øvrige leverandører. Disse oplysningers betydning skal dog ligeledes nuanceres, idet det er nødvendigt at holde sig for øje, at muligheden for at kontakte en kunde for i givet fald at tilsende vedkommende et tilbud ikke nødvendigvis indebærer en »fangst« af denne kundekreds, for så vidt som den nævnte kundekreds dels ikke nødvendigvis takker ja til sådanne tilbud<sup>59</sup>, dels på ingen måde hindres i senere at skifte til andre leverandører, navnlig når den første aftale ikke binder kunden i en bestemt periode. Jeg gør dog opmærksom på, at de konkurrencebegrænsende virkninger skal have en årsagssammenhæng med den omhandlede adfærd, for så vidt som de skal kunne tilregnes den dominerende virksomhed og ikke må være af rent hypotetisk karakter<sup>60</sup>.

77. For det andet kommer den forelæggende ret uvægerligt til at klarlægge, om SEN-listerne faktisk blev stillet til konkurrenternes rådighed på en diskriminerende måde såvel praktisk som prismæssigt, hvilket nærmere bestemt ville udgøre favorisering af EE. I den samme sammenhæng forekommer det mig relevant at undersøge, om anmodningen om samtykke blev fremsat af SEN på ikke-diskriminerende og gennemsigtig vis med hensyn til de konkrete konsekvenser, bl.a. opretholdelsen af den eksisterende forsyningsrelation og muligheden for at modtage forsyningsstilbud fra EE's konkurrenter. Hvis en sådan forskelsbehandling fastslås, kunne det underbygge AGCM's holdning om, at ENEL's adfærd ikke hørte til inden for en konkurrence på ydelser, for så vidt som de forskellige erhvervsdrivende ikke blev sikret lige muligheder<sup>61</sup>.

78. For det tredje er det min vurdering, at den forelæggende ret uafhængigt af analysen af adfærdens diskriminerende karakter ligeledes bliver nødt til at bedømme SEN-listernes reproducerbarhed. Selv om det præcise indhold af disse lister ganske vist ikke kan reproducere af EE's konkurrenter, idet disse lister er opstillet i forbindelse med SEN's levering af en offentlig tjenesteydelse, fremgår det af sagens akter, at der fandtes andre lister med et lignende indhold på det italienske marked, idet et stort antal virksomheder leverer professionelt udarbejdede telemarketinglister. Hvis sådanne alternative lister godtgøres at foreligge, ville de faktisk have sat EE's konkurrenter i stand til at sende målrettede energiforsyningsstilbud til kundekredsen på det beskyttede marked. I et sådant tilfælde er det min opfattelse, at den forelæggende ret skal sammenligne de alternative lister med SEN-listerne med hensyn til tilgængelighed, pris, indhold og geografisk rækkevidde for at kunne vurdere, om en konkurrent, selv hvis denne er økonomisk meget mindre end ENEL-koncernen, faktisk ved hjælp af sådanne lister havde været i stand til på økonomisk rentabel vis at konkurrere effektivt med EE om samme del af den åbne kundekreds på det beskyttede marked.

79. Hvis den forelæggende ret finder, at disse alternative lister kunne give de samme muligheder som SEN-listerne, idet det antages, at ENEL havde kendskab såvel til eksistensen som indholdet af disse alternative lister, kan det efter min opfattelse konkluderes, at en eventuel risiko for fortrængning fra det relevante marked ikke skyldtes ENEL's handlinger, men forsømmelighed hos koncernens konkurrenter, idet disse ikke havde konkurreret efter evne med henblik på at erhverve kundekredsen på det beskyttede marked. SEN-listerne egnede sig med andre ord på grund af deres reproducerbarhed ikke til at sikre ENEL-koncernen den betydelige konkurrencefordel, som AGCM har gjort gældende. I en sådan situation kan den pågældende adfærds egnethed til at begrænse konkurrencen ikke godtgøres, hvorfor den i hovedsagen omtvistede adfærd hører til inden for konkurrence på ydelser.

<sup>59</sup> – I den foreliggende sag opnåede EE nemlig ved brug af SEN-listerne kun at erhverve knap 0,002% af forbrugerne på det beskyttede marked (jf. punkt 22 i dette forslag til afgørelse).

<sup>60</sup> – Post Danmark II-dommen, præmis 47 og 65, og punkt 41 i dette forslag til afgørelse.

<sup>61</sup> – Jf. punkt 64 i dette forslag til afgørelse.

80. Selv om det af den nationale rets bedømmelse fremgår, at disse alternative listers kommercielle potentiale var mindre godt, og at kun SEN-listerne gjorde det muligt f.eks. umiddelbart at identificere en kundes tilhørsforhold på det beskyttede marked, vil den (potentielle) fortrængende virkning derimod primært blive tillagt ENEL, som, hvis det fastslås, at koncernen har handlet diskriminerende og ikke gennemsigtigt, faktisk har udøvet en adfærd, der ikke hører til inden for konkurrence på ydelser. Jeg gør i øvrigt opmærksom på, at det forhold, at konkurrenterne kan begrænse eller undvige virkningerne af ENEL's adfærd ved at benytte de alternative lister, ikke udelukker, at den omtvistede adfærd, henset til ENEL's markedsstyrke, alligevel kunne have konkurrencebegrænsende virkninger. Med andre ord er den omstændighed, at der findes alternativer, bestemt relevant, men ikke i sig selv afgørende.

81. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at det første præjudicielle spørgsmål besvares således, at en dominerende virksomheds adfærd, som i øvrigt er lovlig inden for andre retsområder end konkurrenceretten, ikke kan kvalificeres som misbrug, jf. artikel 102 TEUF, alene med den begrundelse, at den kan have en fortrængende virkning på det relevante marked, idet denne adfærd ikke må sidestilles med en konkurrencebegrænsende virkning, medmindre det godtgøres, at denne virksomhed har benyttet andre midler end konkurrence på ydelser. En ekskluderende adfærd, som økonomisk rentabelt kan reproduceres af konkurrenterne, udgør principielt ikke adfærd, der kan udløse konkurrenceskadelig afskærmning, hvorfor den hører til inden for konkurrence på ydelser.

## ***B. Om det andet præjudicielle spørgsmål***

82. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt at få præciseret, om artikel 102 TEUF har til formål at beskytte forbrugerne eller markedets konkurrencestruktur, og, alt efter svaret herpå, at få fastslået, hvilket bevis der kræves for at kvalificere en ekskluderende adfærd som misbrug.

### *1. Formaliteten*

83. AIGET har gjort gældende, at dette spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling, og har anført to begrundelser. Dels fremgår svaret tydeligt af Domstolens faste praksis. Dels vil det samme spørgsmål ikke være relevant for løsningen af tvisten, for så vidt som den omtvistede adfærd påvirkede såvel markedsstrukturen, nemlig de konkurrerende leverandører, som forbrugerne, nemlig kunderne på det beskyttede marked, som ville blive hindret i at vælge mellem de tjenesteydelser, der udbydes på det frie marked.

84. Disse indvendinger – såfremt Domstolen skulle beslutte at undersøge dem udtrykkeligt i mangel af en officiel anmodning om at fastslå, at det andet præjudicielle spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling – skal efter min opfattelse forkastes.

85. Jeg gør nemlig for det første opmærksom på, at selv om det pågældende retsspørgsmål er afgjort i tidligere retspraksis, står det de nationale retter helt frit for at forelægge en sag for Domstolen, hvis de finder det påkrævet<sup>62</sup>. Den omstændighed, at Domstolen allerede tidligere har fortolket artikel 102 TEUF, kan derfor ikke i sig selv føre til, at de spørgsmål, der er blevet forelagt inden for rammerne af den foreliggende sag, skal afvises. Den forelæggende ret har endvidere gjort gældende, at svaret ikke er indlysende, for så vidt som der findes forskellige

<sup>62</sup> – Dom af 3.3.2020, Vodafone Magyarorszá (C-75/18, EU:C:2020:139, præmis 34).

fortolkninger udtrykt af henholdsvis Kommissionen, der mener, at artikel 102 TEUF har til formål at maksimere forbrugernes velfærd<sup>63</sup>, og Domstolen, der tillægger denne artikel det formål at opretholde konkurrencestrukturen, uagtet den skade, der påføres forbrugerne<sup>64</sup>.

86. For så vidt angår spørgsmålets relevans gør jeg for det andet opmærksom på, at det udelukkende tilkommer den nationale ret at vurdere såvel, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de forelagte spørgsmål<sup>65</sup>. I den foreliggende sag begrundes den forelæggende rets nødvendighed af det andet spørgsmål med den omstændighed, at svaret på dette spørgsmål bestemmer genstanden for det bevis, der kræves<sup>66</sup>. Det nævnte spørgsmål står følgelig efter min opfattelse i direkte forbindelse med genstanden for tvisten i hovedsagen og er ikke af hypotetisk karakter.

## 2. Realiteten

87. Det andet præjudicielle spørgsmål indeholder to led, nemlig

- det første, hvormed det ønskes fastslået, hvilken interesse artikel 102 TEUF beskytter, idet der er anført to mulige løsninger, der præsenteres som alternative formål, nemlig »maksimering af forbrugerbeskyttelsen« og »opretholdelsen af markedets konkurrencestruktur«, og
- det andet, hvormed det ønskes udledt, hvilke bevismæssige konsekvenser der følger af forholdet mellem disse to formål med artikel 102 TEUF.

### a) Det første led

88. Inden undersøgelsen af det første led med hensyn til realiteten følger her et sæt indledende bemærkninger.

89. Først og fremmest må det fastslås, at spørgsmålet i den foreliggende sag rejses i forbindelse med misbrug ved fortrængning, der har til formål bl.a. at afskærme det relevante marked for konkurrenterne, og ikke i forbindelse med misbrug ved udnyttelse som bl.a. påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser, jf. artikel 102, litra a), TEUF<sup>67</sup>. Selv om sidstnævnte misbrug indebærer direkte udnyttelse af forbrugerne og dermed er til skade for deres velfærd (f.eks. gennem urimeligt høje priser), ændrer den nemlig generelt ikke markedets struktur<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> – Den forelæggende ret henviser i denne henseende til Vejledningen, punkt 19.

<sup>64</sup> – Den forelæggende ret henviser i denne henseende til British Airways-dommen (præmis 66 og 106), og France Télécom-dommen (præmis 104-107), samt dom af 6.10.2009, GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, herefter »GSK-dommen«, EU:C:2009:610, præmis 63).

<sup>65</sup> – Jf. i denne retning dom af 23.1.2018, F. Hoffmann-La Roche m.fl. (C-179/16, EU:C:2018:25, præmis 44 og 45 samt den deri nævnte retspraksis).

<sup>66</sup> – Jf. mere præcist punkt 102 i dette forslag til afgørelse.

<sup>67</sup> – Jf. Vejledningen, punkt 7, og fodnote 17 i dette forslag til afgørelse.

<sup>68</sup> – Jf. i denne retning Continental Can-dommen, præmis 26. Der kan dog forekomme overlapning mellem fortrængning og udnyttelse, idet enhver ekskluderende strategi i sidste ende kan medføre udnyttelse (jf. i denne henseende N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, 3. udg., LGD), 2020, punkt 1000-1002).

90. Jeg minder dernæst om, at artikel 102 TEUF er et udtryk for det almindelige mål for Den Europæiske Unions virksomhed i henhold til artikel 3, stk. 1, litra b), TEUF, nemlig at der fastlægges de konkurrenceregler, der er nødvendige for det indre markeds funktion<sup>69</sup>. Dette mål gentages i protokol nr. 27 om det indre marked og konkurrencen, der er optaget som bilag til EU-traktaten og EUF-traktaten, og som i medfør af artikel 51 TEU udgør en integrerende del heraf.

91. Det er i denne sammenhæng, at de to formål, som den forelæggende ret har henvist til, nemlig forbrugerbeskyttelse og markedets konkurrencestruktur, skal placeres.

92. Med hensyn til det første formål har Domstolen fastslået, at artikel 102 TEUF hører blandt de konkurrenceregler, der netop har til formål at forhindre, at konkurrencen fordrejes til skade for almenheden, de enkelte virksomheder og forbrugerne, og dermed at bidrage til at sikre Unionens økonomiske velfærd<sup>70</sup>. Forbrugernes velfærd er derfor ubestrideligt en del af denne bestemmelses formål. Domstolen har således udtrykkeligt anerkendt traktatens målsætning om forbrugerbeskyttelse ved hjælp af en ufordrejet konkurrence<sup>71</sup>. Konkret er forbrugernes interesser endvidere udtrykkeligt omfattet af artikel 102, litra b), TEUF i forbindelse med de typer adfærd, hvortil hører misbrug gennem ekskluderende adfærd, nemlig »begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling *til skade for forbrugerne*« (min fremhævelse).

93. For så vidt angår det andet formål påpeger jeg, at Domstolens første domme vedrørende misbrug af dominerende stilling tydeligt viste, at virkningerne for »markedsstrukturen« stod centralt i artikel 102 TEUF. F.eks. i Hoffmann-La Roche-dommen har Domstolen fastslået, at misbrug »omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, *som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked*, hvor konkurrencen [...] allerede er afsvækket«<sup>72</sup>. Henvisningen til »strukturen på markedet«, der utvivlsomt var inspireret af datidens ordoliberal tankegang, blev oprindeligt opfattet således, at den skulle sikre »økonomisk frihed«. I så henseende kunne denne målsætning om beskyttelse af strukturen på markedet omfatte »beskyttelse af de konkurrenter«, der fandtes på dette marked. Det fremgår imidlertid af efterhånden fast retspraksis, at artikel 102 TEUF ikke omfatter eller snarere ikke længere i absolut forstand omfatter beskyttelse af konkurrenterne mod en virksomhed, der har en dominerende stilling. Efter Kommissionens revision i 2005 af konkurrencepolitikken vedrørende misbrug<sup>73</sup> anerkender Domstolen nu, at artikel 102 TEUF ikke er til hinder for, at en virksomhed ved egen fortjeneste opnår den dominerende stilling på et marked, og at den derfor heller ikke har til formål at sikre, at konkurrenter, der er mindre effektive end den dominerende virksomhed, kan forblive på markedet<sup>74</sup>. Denne tilgang blev godkendt i Intel-dommen, hvori Domstolen præciserede, at »[k]onkurrence på ydelser kan [...] føre til, at de mindre effektive konkurrenter [...]

<sup>69</sup> – Jf. i denne retning Continental Can-dommen, præmis 26, Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 38, France Télécom-dommen, præmis 103, og Deutsche Telekom I-dommen, præmis 170.

<sup>70</sup> – Jf. i denne retning TeliaSonera-dommen, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis.

<sup>71</sup> – Dom af 16.9.2008, Sot. Lélou kai Sia m.fl. (C-468/06 – C-478/06, EU:C:2008:504, præmis 68), samt Deutsche Telekom I-dommen, præmis 180.

<sup>72</sup> – Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 91, min fremhævelse, gentaget gentagne gange i retspraksis (jf. navnlig fodnote 10).

<sup>73</sup> – Jf. »DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses« fra december 2005 (<https://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>).

<sup>74</sup> – Jf. i denne retning Deutsche Telekom I-dommen, præmis 177, TeliaSonera-dommen, præmis 31-33, 39, 40, 43, 63, 64, 70 og 73, og Post Danmark I-dommen, præmis 21.

*forsvinder fra markedet eller marginaliseres*»<sup>75</sup>. Den opfattelse, at artikel 102 TEUF ikke tilsigter primært at beskytte konkurrenter (som ikke er lige så effektive), som Kommissionen i øvrigt deler<sup>76</sup>, synes nu at være en del af EU's konkurrenceretlige regelværk.

94. Det er i lyset af disse konstateringer, at forholdet mellem disse to formål skal bedømmes, herunder om beskyttelsen af en konkurrencestruktur kan udgøre et selvstændigt formål og dermed et alternativ til beskyttelsen af forbrugernes velfærd som anført af den forelæggende ret.

95. Dette spørgsmål skal efter min mening besvares benægtende.

96. For det første konstaterer jeg, at artikel 102 TEUF i lighed med artikel 101 TEUF<sup>77</sup> ifølge Domstolens faste praksis ikke blot omhandler adfærd, der kan medføre umiddelbar skade for forbrugerne, men også adfærd, som medfører skade for dem ved at ramme en effektiv konkurrencestruktur<sup>78</sup>. Domstolen har derved efter min opfattelse skabt en uadskillelig forbindelse mellem de to formål. Beskyttelsen af en effektiv konkurrencestruktur er nemlig uløseligt forbundet med et endeligt formål, nemlig forbrugerbeskyttelsen<sup>79</sup>. I denne forbindelse har disse regler, som skal sikre, at konkurrencen ikke fordrejes på det indre marked, som endeligt formål at styrke forbrugerens velfærd. Logisk set er der derfor ikke grund til at beskytte konkurrencen på markedet i abstrakt forstand, hvis der ikke findes en (reel eller potentiel) risiko for, at forbrugerne lider skade.

97. For det andet gør jeg opmærksom på, at det ifølge Domstolens nyere praksis er et nødvendigt element i gennemførelsen af artikel 102 TEUF, at den pågældende adfærd er til skade for forbrugerne. I Post Danmark I-dommen mindede Domstolens Store Afdeling således om, at denne artikel omhandler en af en dominerende virksomhed udvist adfærd, »som, idet der anvendes metoder, der adskiller sig fra dem, der regulerer en normal konkurrence [...], har til virkning *til skade for forbrugerne* at skabe hindringer for opretholdelsen af den grad af konkurrence, der stadig findes på markedet [...]«<sup>80</sup>. Ligeledes accepterede Domstolens Store Afdeling i Intel-dommen denne tilgang, idet den lagde vægt på nødvendigheden af forbrugerbeskyttelsen ved anvendelsen af reglerne om misbrug af en dominerende stilling. Den påpegede nemlig, at »[k]onkurrence på ydelser kan [...] føre til, at de mindre effektive konkurrenter, som *således er mindre interessante for forbrugerne i forhold til bl.a. pris, udvalg, kvalitet eller innovation*, forsvinder fra markedet eller marginaliseres«<sup>81</sup>. Jeg udleder heraf, at forbrugernes velfærd udgør det endelige formål, der begrundet konkurrencerettens indgreb i ekskluderende adfærd.

98. For det tredje fremgår forbrugerbeskyttelsens centrale rolle ligeledes af det forhold, at Domstolen, for så vidt som artikel 102 TEUF ikke fastsætter en undtagelse, der svarer til den, der er bestemt i artikel 101, stk. 3, TEUF, har fastslået, at effektivitetsgevinster ligeledes kan opveje

<sup>75</sup> – Intel-dommen, præmis 134, min fremhævelse.

<sup>76</sup> – Jf. Vejledningen, punkt 6 og 23.

<sup>77</sup> – Jf. i denne retning Continental Can-dommen, præmis 25, og GSK-dommen, præmis 63.

<sup>78</sup> – Jf. i denne retning Continental Can-dommen, præmis 26, Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 125, British Airways-dommen, præmis 106 og 107, France Télécom-dommen, præmis 105, Deutsche Telekom I-dommen, præmis 176, TeliaSonera-dommen, præmis 24, og Post Danmark I-dommen, præmis 20.

<sup>79</sup> – Jf. i denne retning generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:110, punkt 71) og dom af 7.6.2006, Österreichische Postsparkasse und Bank für Arbeit und Wirtschaft mod Kommissionen (T-213/01 og T-214/01, EU:T:2006:151, præmis 115). Jf. ligeledes i denne retning dom af 14.12.2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mod Kommissionen (T-259/02 – T-264/02 og T-271/02, EU:T:2006:396, præmis 99), hvorefter dette endelige formål i forbindelse med artikel 101 TEUF navnlig fremgår af ordlyden af artikel 101, stk. 3, TEUF.

<sup>80</sup> – Post Danmark I-dommen, præmis 24, min fremhævelse.

<sup>81</sup> – Intel-dommen, præmis 134, min fremhævelse.

skadevirkningen af et misbrug, idet fordelene kommer forbrugerne til gode. En virksomhed, der indtager en dominerende stilling, kan nemlig begrunde en adfærd, der kan falde ind under forbuddet i artikel 102 TEUF, ved navnlig at godtgøre, at »den eliminerende virkning, som følger af en sådan adfærd, kan opvejes, endog overvindes, af effektivitetsfordele, som ligeledes er til gavn for forbrugerne«<sup>82</sup>.

99. For det fjerde forekommer den fremherskende beskyttelse, nemlig af »forbrugernes velfærd«, at være i overensstemmelse med Kommissionens afgørelsespraksis, hvorefter forbrugerbeskyttelsen er ledemotivet i ethvert indgreb i henhold til artikel 102 TEUF<sup>83</sup> og i konkurrenceretten i almindelighed<sup>84</sup>.

100. På grundlag af denne analyse af forholdet mellem de to formål er det min opfattelse, at det må konkluderes, at artikel 102 TEUF i forbindelse med misbrug gennem ekskluderende adfærd har det endelige formål at maksimere forbrugernes velfærd, navnlig gennem beskyttelse af konkurrencestrukturen på markedet. Følgelig kan sidstnævnte beskyttelse faktisk udgøre et formål med artikel 102 TEUF, men ikke i sig selv, og alene når det i et konkret tilfælde falder sammen med det endelige formål, som er at beskytte forbrugerne (direkte eller indirekte). De to formål, som den forelæggende ret synes at anse for at være indbyrdes modstridende, er det således ikke i virkeligheden.

#### *b) Det andet led*

101. Med det andet spørgsmåls andet led ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvordan forholdet mellem de to førnævnte formål kommer bevismæssigt til udtryk.

102. Hvis den af artikel 102 TEUF beskyttede interesse er at maksimere forbrugernes velfærd, vil retten ifølge den forelæggende rets ræsonnement (og så meget desto mere konkurrencemyndighederne) på en eller anden måde skulle måle faldet (eller risikoen for et fald) i velfærden som følge af den omtvistede adfærd (ved f.eks. at sammenligne forbrugernes velfærd før og efter iværksættelsen af denne adfærd). Hvis den beskyttede interesse er at bevare konkurrencestrukturen på markedet, skal retten afholde sig fra at undersøge, om den dominerende virksomheds adfærd har været skadelig for forbrugerne, og i stedet nøjes med at undersøge, om adfærden vil kunne påvirke strukturen, mangfoldigheden, kvaliteten eller innovationen.

103. Jeg kan ikke erklære mig enig i dette ræsonnement fra den forelæggende rets side, for så vidt som de to formål, som hævdet ovenfor, ikke er indbyrdes modstridende.

104. I denne henseende fremgår det af Domstolens praksis, at eftersom artikel 102 TEUF ikke blot omfatter praksis, der kan påføre forbrugerne direkte skade, men ligeledes praksis, som forvolder dem skade ved at skade en effektiv konkurrencestruktur, behøver en konkurrencemyndighed eller i givet fald en ret ikke at undersøge, om den pågældende adfærd faktisk har været »til skade for forbrugerne« som omhandlet i artikel 102, litra b), TEUF, men skal undersøge, om den

<sup>82</sup> – Post Danmark I-dommen, præmis 40 og 41, min fremhævelse, og Intel-dommen, præmis 140.

<sup>83</sup> – Jf. Vejledningen, punkt 5 og 6.

<sup>84</sup> – Jf. Kommissionens meddelelse »Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel [101, stk. 3, TEUF]«, (EUT 2004, C 101, s. 97), punkt 13, og »Retningslinjer for vurdering af ikke-horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser« (EUT 2008, C 265, s. 6), punkt 16. Jf. ligeledes kommissær Neelie Kroes' tale af 15.9.2005 med overskriften »European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices« i forbindelse med »European Consumer and Competition Day«.

omhandlede adfærd har haft en konkurrencebegrænsende virkning<sup>85</sup>. For at fastslå et misbrug af en dominerende stilling tages en adfærds potentielt skadelige karakter normalt i betragtning, uden at det er nødvendigt at godtgøre en konkret virkning, især for forbrugerne<sup>86</sup>.

105. Selv om det tilkommer konkurrencemyndigheden og i den foreliggende sag den nationale ret at vurdere skadevirkningen af en ekskluderende adfærd og navnlig, hvorvidt denne adfærd kan skade strukturen på markedet og derved ligeledes forbrugerne, finder jeg det hensigtsmæssigt at tilføje følgende præciseringer.

106. Eftersom det er forbrugernes velfærd og ikke en bestemt struktur på markedet som sådan, der i sidste ende skal beskyttes, vil beviset for en begrænsende virkning for markedsstrukturen med henblik på kvalificeringen af et misbrug for det første kun være tilstrækkeligt, såfremt denne begrænsning, direkte eller indirekte, kan påvirke forbrugerne. Selv om påvirkningen af konkurrencestrukturen på markedet er en god (proxy-)indikator for de konsekvenser, som en ekskluderende adfærd kan have for forbrugerne<sup>87</sup>, er det dog ikke altid tilfældet. En adfærd udvist af en dominerende virksomhed bør nemlig ikke betragtes som misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF, når den uanset skadevirkningen heraf for strukturen på markedet ikke tillige, aktuelt eller potentielt, kan være til skade for de berørte forbrugere. Jeg finder det følgerlig mangelfuldt at fortolke Domstolens eksisterende praksis således, at den blot angiver, at det med henblik på at bevise et ekskluderende misbrug er tilstrækkeligt at konstatere, at den omhandlede praksis er egnet til at påvirke markedsstrukturen. En skadelig virkning for markedets konkurrencestruktur giver sig nemlig hverken nødvendigvis eller automatisk udslag i et potentielt fald i forbrugernes velfærd. Selv om det formodes, at kartelovertrædelser forvolder skade, er dette ikke tilfældet for misbrug af en dominerende stilling<sup>88</sup>. Som nævnt i punkt 44 i dette forslag til afgørelse indebærer det forhold, at markedsstrukturen ændrer sig som følge af fortrængningen af en konkurrent, f.eks. ikke nødvendigvis, at denne adfærd er konkurrencestridig og dermed vil kunne være til skade for forbrugerne.

107. For det andet må det konstateres, at der foreligger en objektiv vanskelighed med hensyn til at kvantificere de ændringer, der påvirker forbrugernes velfærd. I denne henseende skal det indledningsvis fremhæves, at definitionen af »forbrugere« i konkurrenceretten omfatter såvel brugerne i mellemløbet som de endelige forbrugere. Hvis brugerne i mellemløbet er den dominerende virksomheds aktuelle eller potentielle konkurrenter, vil vurderingen blive koncentreret om den pågældende adfærds virkninger for brugerne i de efterfølgende omsætningsled<sup>89</sup>. Dernæst påpeger jeg, at selve begrebet »forbrugernes velfærd« indeholder en iboende subjektivitet, for så vidt som denne velfærd ikke alene kan vurderes i henseende til prisen, men også, alt efter den omhandlede vare eller tjenesteydelse, med hensyn til

<sup>85</sup> – British Airways-dommen, præmis 106 og 107. For visse typer misbrug indgår beviset for en direkte skade for forbrugerne imidlertid i vurderingen af den urimelige karakter. Domstolen har således fundet, at »det, for at der foreligger misbrug, når en virksomhed, der er indehaver af en ophavsret, nægter at give adgang til et produkt eller en tjenesteydelse, der er nødvendig for at udøve en given aktivitet, er tilstrækkeligt, at tre kumulative betingelser er opfyldt, nemlig at nægtelsen er til hinder for fremkomsten af et nyt produkt, som der er en potentiel efterspørgsel på fra forbrugernes side, at den er ubegrundet, og at den vil udelukke enhver konkurrence på et afledt marked« (jf. dom af 6.4.1995, RTE og ITP mod Kommissionen, »Magill-dommen«, C-241/91 P og C-242/91 P, EU:C:1995:98, som er sammenfattet i præmis 32-38 i dom af 29.4.2004, IMS Health, C-418/01, EU:C:2004:257, min fremhævelse).

<sup>86</sup> – Jf. dom af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen (C-295/12 P, herefter »Telefónica-dommen«, EU:C:2014:2062, præmis 124).

<sup>87</sup> – Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2006:133, punkt 68).

<sup>88</sup> – I denne henseende konstaterer jeg, at artikel 17, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26.11.2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret (EUT 2014, L 349, s. 1), bestemmer, at kun kartelovertrædelser formodes at forvolde skade.

<sup>89</sup> – Jf. Vejledningen, punkt 19 og fodnote 15.



valgmuligheder, kvalitet og innovation<sup>90</sup>. Endelig omfatter artikel 102 TEUF praksis, hvis virkninger for markedet ikke nødvendigvis manifesterer sig. Analysen af de konkurrencebegrænsende virkninger kan, som det bliver forklaret i forbindelse med det tredje spørgsmål, nemlig tillige være fremadrettet. Det vil derfor stride mod denne bestemmelses logik og effektivitet at kræve, således som den forelæggende ret har anført, en konkret godtgørelse af, at forbrugernes velfærd er faldet med tiden. Det niveau, der kræves for beviserne for, at forbrugerne påvirkes, varierer nemlig alt efter typen af misbruget og adfærdens placering i tid<sup>91</sup>.

108. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer det andet præjudicielle spørgsmål med, at artikel 102 TEUF skal fortolkes således, at den har til formål ikke alene at forbyde ekskluderende adfærd, der kan påføre forbrugerne direkte skade, hvilket er denne bestemmelses endelige formål, men også adfærd, der kan forvolde forbrugerne indirekte skade ved sin påvirkning af markedsstrukturen. Det påhviler konkurrencemyndighederne at godtgøre, at en sådan ekskluderende adfærd skader en effektiv konkurrencestruktur, og samtidig kontrollere, om den tillige kan være til aktuel eller potentiel skade for disse forbrugere.

### **C. Om det tredje præjudicielle spørgsmål**

109. Med det tredje præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om et bevis, som en virksomhed i en dominerende stilling fremlægger til dokumentation for, at den pågældende adfærd, selv om den på et abstrakt plan kan have en konkurrencebegrænsende virkning, ikke faktisk har haft det, skal anses for relevant med henblik på at fastslå en tilsidesættelse af artikel 102 TEUF, og om konkurrencemyndigheden i bekræftende fald har pligt til at undersøge de af denne virksomhed fremlagte beviser med hensyn til denne adfærds reelle evne til at få de pågældende virkninger.

110. For det første påpeger jeg, at det for at konstatere en tilsidesættelse af artikel 102 TEUF ikke er nødvendigt at godtgøre, at den pågældende adfærd faktisk har haft konkurrencebegrænsende virkninger i det konkrete tilfælde, idet godtgørelsen af, at den kunne have disse virkninger, er tilstrækkelig<sup>92</sup>. En konkurrencemyndighed er alene forpligtet til at godtgøre den anfægtede adfærds potentielle skadevirkning, uafhængigt af de konkrete konkurrencebegrænsende virkninger. Det er nemlig i strid med denne bestemmelses iboende logik, der både er af forebyggende og fremadskuende karakter, at afvente, at de konkurrencebegrænsende virkninger indfinder sig på markedet, for at kunne konstatere misbruget i henhold til loven.

111. Der kan i denne henseende hentes vejledning i dele af Domstolens nyere praksis.

112. I TeliaSonera-dommen har Domstolen udtrykkeligt præciseret, at »den omstændighed, at det ønskede resultat – dvs. udelukkelsen af disse konkurrenter – ikke blev opnået, i sidste ende ikke [er] tilstrækkelig til at udelukke et misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 102 TEUF«<sup>93</sup>. Ligeledes har Domstolen i Tomra-dommen fastslået, at »det i forbindelse

<sup>90</sup> – Jf. navnlig Intel-dommen, præmis 134 og den deri nævnte retspraksis, og Vejledningen, punkt 6.

<sup>91</sup> – F.eks. i forbindelse med en praksis med underbudspriser vil fastsættelsen af priser, der er lavere end omkostningerne, være en klar fordel for forbrugerne (især på kort sigt), indtil – eller medmindre – tabene genindvindes ved hjælp af højere priser på et senere tidspunkt. Anvendelse af underbudspriser kan imidlertid sanktioneres i medfør af artikel 102 TEUF uden bevis for genindvinding af tabene, idet denne praksis kan føre til eliminering eller marginalisering af en rival, hvilket vil ændre strukturen på markedet og potentielt være til skade for forbrugerne (jf. France Télécom-sagen, præmis 110-112).

<sup>92</sup> – Jf. i denne retning British Airways-dommen, præmis 106 og 107, og Telefónica-dommen, præmis 124. Jf. ligeledes punkt 41 og 104 i dette forslag til afgørelse.

<sup>93</sup> – TeliaSonera-dommen, præmis 65. Jf. i denne retning Deutsche Telekom I-dommen, præmis 254, og dom af 30.1.2020, České dráhy mod Kommissionen (C-538/18 P og C-539/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:53, præmis 70).

med beviset for, at der foreligger misbrug af dominerende stilling [...], er tilstrækkeligt at bevise, at en dominerende virksomheds misbrug *har til formål at begrænse konkurrencen*, eller at adfærden *kan* have denne virkning<sup>94</sup>. Ifølge samme logik fandt Domstolen vedrørende adfærd i forbindelse med et rabatsystem i Post Danmark II-dommen, at vurderingen af et rabatsystems evne til at begrænse konkurrencen tilsigter at »afgøre, hvorvidt den dominerende virksomheds adfærd *bevirker, at konkurrenterne faktisk eller sandsynligvis udelukkes* til skade for konkurrencen og følgelig for forbrugernes interesser«<sup>95</sup>. I den forbindelse er »fastsættelsen af en (de minimis) mærkbarhedstærskel med henblik på at fastslå et misbrug af dominerende stilling således ikke [...] begrundet. Denne konkurrencebegrænsende adfærd er således *efter sin art i sig selv egnet til at medføre ikke-ubetydelige begrænsninger*«, og »den konkurrencebegrænsende virkning af et rabatsystem, der anvendes af en dominerende virksomhed [...], *skal [følgelig] være sandsynlig, uden at det er nødvendigt at godtgøre, at den er alvorlig eller mærkbar*, for at henhøre under [anvendelsesområdet for artikel 102 TEUF]«<sup>96</sup>. Endvidere henviste Domstolen i Intel-dommen specifikt til nødvendigheden af at vurdere »[rabattens] *egnethed* til at begrænse konkurrencen«, idet den opregnede en række elementer af relevans for denne vurdering<sup>97</sup>. Endelig har Domstolen i den nylige Generics (UK)-dom mindet om, at »for at en adfærd kan have karakter af misbrug, skal den være *egnet* til at begrænse konkurrencen og navnlig have de foreholdte udelukkelsesvirkninger«<sup>98</sup>.

113. Selv om der i denne retspraksis benyttes varierende termer, der i det væsentlige har samme betydning, f.eks. »evne« og »sandsynlighed«<sup>99</sup>, gør den det muligt at bekræfte, at en konkurrencemyndighed ikke har pligt til at godtgøre, at de konkurrencebegrænsende virkninger faktisk er indtrådt, for at kvalificere en adfærd som misbrug.

114. I denne retning kan beviser, som en virksomhed efterfølgende fremlægger til godtgørelse af, at dens adfærd ikke har haft reelle virkninger, f.eks. økonomiske analyser, hverken have en ansvarsfritagende virkning eller bevirke, at bevisbyrden overgår til konkurrencemyndigheden, således at det påhviler denne at godtgøre den konkrete indtræden af den anfægtede adfærds skadevirkning<sup>100</sup>, selv om det er længe siden, at den ulovlige adfærd foregik<sup>101</sup>. En adfærds konkurrencestridige karakter skal endvidere i princippet vurderes på det tidspunkt, hvor denne adfærd udøves<sup>102</sup>, hvilket i øvrigt er i overensstemmelse med det almindelige retssikkerhedsprincip, eftersom den dominerende virksomhed skal kunne vurdere sin adfærds lovlighed på grundlag af eksisterende oplysninger<sup>103</sup>.

115. For det andet bekræfter denne retspraksis imidlertid pligten til at vurdere alle relevante omstændigheder ved sagen for at afgøre en adfærds faktiske »evne« til at fremkalde de angivelige konkurrencebegrænsende virkninger, uanset om disse virkninger faktisk siden er indtrådt eller ikke.

<sup>94</sup> – Tomra-dommen, præmis 68, min fremhævelse.

<sup>95</sup> – Post Danmark II-dommen, præmis 69, min fremhævelse.

<sup>96</sup> – Post Danmark II-dommen, præmis 73 og 74, min fremhævelse.

<sup>97</sup> – Intel-dommen, præmis 138 og 139, min fremhævelse.

<sup>98</sup> – Generics (UK)-dommen, præmis 154, min fremhævelse.

<sup>99</sup> – Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Intel Corporation mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punkt 115).

<sup>100</sup> – Jf. ligeledes generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse AstraZeneca mod Kommissionen (C-457/10 P, EU:C:2012:293, punkt 64).

<sup>101</sup> – Jf. i denne retning dom af 29.3.2012, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen (T-336/07, EU:T:2012:172, præmis 272).

<sup>102</sup> – Jf. i denne retning AstraZeneca-dommen, præmis 110.

<sup>103</sup> – Jf. i denne retning TeliaSonera-dommen, præmis 44.

116. Jeg finder det i denne henseende indledningsvis ubestrideligt rent processuelt, at de beviser, der fremlægges efterfølgende til godtgørelse af, at der ikke er indtrådt konkurrencebegrænsende virkninger, skal tages i betragtning af en konkurrencemyndighed, navnlig når disse beviser vedrører en adfærd, der er ophørt længe før vedtagelsen af den afgørelse, hvorved misbruget blev fastslået. I Intel-dommen forklarede Domstolen nemlig, at i det tilfælde, hvor den dominerende virksomhed under den administrative procedure har fremlagt beviser til støtte for, at dens adfærd ikke var *egnet* til at begrænse konkurrencen, har Kommissionen pligt til at undersøge et vist antal beviser for at vurdere den omhandlede adfærds *evne* til at udelukke de pågældende konkurrenter, der er mindst lige så effektive, fra markedet<sup>104</sup>. I øvrigt er udelukkelsesevnen også relevant for vurderingen af, om en adfærd kan være objektivt begrundet, eller om dens begrænsende virkninger kan opvejes af effektivitetsfordele<sup>105</sup>. I denne forbindelse bør et økonomisk bevis, der efter den anfægtede adfærds ophør godtgør, at denne ikke havde udelukkelsesvirkninger, accepteres, når den dominerende virksomhed søger at bevise den pågældende adfærds manglende evne til at begrænse konkurrencen. Endvidere må den konkurrencebegrænsende virkning af en bestemt adfærd ikke være af rent hypotetisk karakter<sup>106</sup>, og en sådan hypotetisk karakter kan underbygges af beviser imod den konkurrencebegrænsende evne. I processuel henseende er det følgelig min opfattelse, for så vidt som bevisbyrden for konkurrenceskadelig afskærmning ligger hos konkurrencemyndighederne, at disse myndigheder har pligt til at tage nøje hensyn til disse beviser, som den dominerende virksomhed har fremlagt, selv efterfølgende, i forbindelse med deres undersøgelse af, om der er tale om misbrug.

117. For så vidt angår bevisværdien af denne type beviser med hensyn til, om der foreligger misbrug, er det dernæst vigtigt at anføre, at der faktisk kan være flere årsager til, at en adfærds begrænsende virkninger ikke er indtrådt. Det kan dog ikke umiddelbart udelukkes, at fraværet af sådanne virkninger skyldes det forhold, at den omhandlede adfærd efter sin art slet ikke var egnet til at begrænse konkurrencen. I denne retning bør en konkurrencemyndighed alt efter den særlige sammenhæng tage denne type bevis i betragtning som et element, der potentielt kan underbygge manglen på en sådan evne.

118. Jeg bemærker i denne henseende, at Domstolen ikke i sin praksis har fastlagt, hvilken grad af sandsynlighed for konkurrencebegrænsende udelukkelse der kræves, eller med andre ord, hvori udelukkelsesevnen består<sup>107</sup>. Denne evne afhænger naturligvis af de retlige, økonomiske og faktiske omstændigheder i den enkelte sag, men det er min opfattelse, at denne evne skal kunne forbindes med konkrete elementer såsom en tilstrækkelig varighed og dækning af det relevante marked.

119. I denne forbindelse varierer det, hvor stor betydning der skal tillægges beviser fremlagt efterfølgende for fraværet af begrænsende virkninger, alt efter om den abstrakte evne til begrænsende virkninger er baseret på en risiko for fortrængning med aktuelle eller med potentielle virkninger, idet fraværet af reelle virkninger for konkurrencen er mindre relevant i sidstnævnte situation. Fraværet af reelle virkninger for markedet kan derimod være relevant, uanset om fortrængningsteorien bygger på en potentiel risiko eller ikke, når adfærden ligger langt

<sup>104</sup> – Intel-dommen, præmis 138 og 139.

<sup>105</sup> – Intel-dommen, præmis 140.

<sup>106</sup> – Post Danmark II-dommen, præmis 65, og punkt 41 i dette forslag til afgørelse.

<sup>107</sup> – Dette spørgsmål er blevet undersøgt af generaladvokat Wahl i dennes forslag til afgørelse Intel Corporation mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punkt 117 og 118). Ifølge generaladvokaten har vurderingen af evne til formål at fastslå, om den omtvistede adfærd *efter al sandsynlighed* har en konkurrencebegrænsende udelukkelsesvirkning. Dette betyder, at sandsynligheden derfor skal være *betydeligt mere end blot en mulighed* for, at en bestemt adfærd kan begrænse konkurrencen. Det forhold, at en udelukkelsesvirkning forekommer mere sandsynlig end dens fravær, er omvendt ikke tilstrækkeligt. Jf. imidlertid i denne henseende generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Post Danmark II (C-23/14, EU:C:2015:343, punkt 82).

tilbage i tiden og, som i den foreliggende sag, er ophørt, længe inden den blev undersøgt af en konkurrencemyndighed. Ifølge vejledningen forholder det sig nemlig således, at »[h]vis den pågældende adfærd har været anvendt tilstrækkelig længe, kan den dominerende virksomheds og konkurrenternes resultater på markedet være direkte bevis på en konkurrenceskadelig afskærmning«<sup>108</sup>. Omvendt kan fraværet af reelle virkninger efter min opfattelse gøre det muligt at forestille sig, at adfærden ikke, selv ikke teoretisk, kunne være til skade for konkurrenterne, hvorfor skadesteorien bliver af rent hypotetisk karakter. Dette ville navnlig være tilfældet, når det er godtgjort, at fraværet af sådanne reelle virkninger ikke kan blive påvirket af senere indtrufne faktorer, som ikke knytter sig til den omhandlede adfærd.

120. Jeg gør endelig for fuldstændighedens skyld opmærksom på, at fraværet af virkninger ligeledes er relevant for vurderingen af overtrædelsens grovhed, hvilket kan betyde en væsentlig nedsættelse af størrelsen af den bøde, der skal pålægges den virksomhed, der har begået misbruget.

121. Henset til samtlige ovenstående betragtninger foreslår jeg, at det tredje præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 102 TEUF skal fortolkes således, at en konkurrencemyndighed for at fastslå, at der foreligger misbrug af en dominerende stilling, har pligt til på grundlag af samtlige relevante omstændigheder og under hensyntagen til navnlig de beviser, som den dominerende virksomhed har gjort gældende, at godtgøre, at denne virksomheds adfærd var egnet til at begrænse konkurrencen, idet konkurrencemyndigheden i givet fald og i denne henseende ligeledes bedømmer beviserne for, at den omhandlede adfærd ikke havde konkurrencebegrænsende virkninger på det relevante marked.

#### ***D. Om det fjerde præjudicielle spørgsmål***

122. Med det fjerde præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt at blive oplyst om relevansen af den konkurrencebegrænsende hensigt for vurderingen af en adfærds karakter af misbrug.

##### *1. Formaliteten*

123. Green Network har udtrykt tvivl om, hvorvidt dette præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling. Dette selskab har konstateret, uden dog at begære spørgsmålet afvist, at eftersom AGCM faktisk har analyseret misbrugets forsætlige karakter, er det ikke nødvendigt at besvare dette spørgsmål. I øvrigt fremgår svaret ubestrideligt af Domstolens praksis.

124. Disse indvendinger bør efter min opfattelse forkastes af de samme grunde som dem, der er gjort rede for i punkt 85 og 86 i dette forslag til afgørelse. Den forelæggende ret har nemlig begrundet nødvendigheden heraf, idet den nærmere bestemt har forklaret, at retspraksis er uklar og kan give anledning til forvirring<sup>109</sup>. Endvidere fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at spørgsmålet har direkte forbindelse med genstanden for tvisten i hovedsagen og ikke har

<sup>108</sup> – Jf. Vejledningen, punkt 20. Jeg anfører dog, at dette dokument alene definerer Kommissionens holdning vedrørende valget af de sager, den først og fremmest påtænker at forfølge, og at Kommissionens forvaltningspraksis ikke er bindende for de nationale konkurrencemyndigheder og retter.

<sup>109</sup> – Den forelæggende ret har i denne henseende henvist til dom af 30.9.2003, Michelin mod Kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, præmis 241), og af 30.1.2007, France Télécom mod Kommissionen (T-340/03, EU:T:2007:22, præmis 195).

hypotetisk karakter, for så vidt som AGCM i den foreliggende sag har indhentet relevant materiale til godtgørelse af, at ENEL-koncernens bevidste strategi var at imødegå tab af kunder ved at tilskynde dem til at skifte selskab til EE på det frie marked.

## 2. Realiteten

125. Det fjerde præjudicielle spørgsmål indeholder to led, nemlig

- det første, hvormed det ønskes fastslået, om artikel 102 TEUF skal fortolkes således, at en adfærd skal kvalificeres som misbrug alene på grundlag af sine (potentielle) begrænsende virkninger, eller om den konkurrencebegrænsende hensigt kan udgøre et kriterium (herunder som det eneste), der kan anvendes til denne vurdering, og
- det andet, hvormed det ønskes oplyst, om beviset for denne hensigt skal betragtes som tilstrækkeligt til at tillægge den omtvistede adfærd de anfægtede konkurrencebegrænsende virkninger, eller alene flytter bevisbyrden til den dominerende virksomhed, som derved får pligt til at godtgøre, at den ekskluderende virkning er udeblevet.

### a) Det første led

126. Med dette første led ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om beviset for den afskærmende hensigt, som den dominerende virksomhed nærer, er nødvendigt eller tilstrækkeligt med henblik på at fastslå et misbrug.

127. I denne henseende påpeger jeg, at Domstolen gentagne gange har anført, at misbrug af en dominerende stilling, som er forbudt i henhold til artikel 102 TEUF, er et objektivi begreb<sup>110</sup>, uden at der behøver at foreligge nogen forseelse<sup>111</sup>, og at det med henblik på anvendelsen af denne bestemmelse ingeniunde er påkrævet at fastslå, at der findes en konkurrencebegrænsende hensigt hos den dominerende virksomhed<sup>112</sup>. Det følger heraf, at den dominerende virksomheds subjektive motiv ikke, undtagen i særlige tilfælde<sup>113</sup>, er et af de grundlæggende elementer i misbruget, hvorfor en konkurrencemyndighed ikke har pligt til at godtgøre dets eksistens for at fastslå et sådant misbrug.

128. Domstolen har imidlertid fundet, at beviset for en sådan hensigt, selv om det ikke er tilstrækkeligt i sig selv, udgør en faktisk omstændighed, som kan tages i betragtning med henblik på at fastslå et misbrug af dominerende stilling. Domstolen har nemlig fastslået, at Kommissionen i forbindelse med sin undersøgelse af en dominerende virksomheds adfærd og med henblik på

<sup>110</sup> – Jf. punkt 34 i dette forslag til afgørelse.

<sup>111</sup> – Jf. Continental Can-dommen, præmis 29, og dom af 9.9.2009, Clearstream mod Kommissionen (T-301/04, EU:T:2009:317, præmis 141).

<sup>112</sup> – Tomra-dommen, præmis 21.

<sup>113</sup> – Den dominerende virksomheds hensigt om at fortrænge en konkurrent kan undtagelsesvis udgøre et nødvendigt bevis for, at der foreligger en overtrædelse. Dette er tilfældet dels i visse situationer med underbudspriser, når salgsprisen er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, som omfatter de faste plus de variable omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, hvor Domstolen har medgivet, at disse priser må anses for misbrug, »når de fastsættes som led i en plan om at eliminere en konkurrent« (jf. AKZO-dommen, præmis 72, Tetra Pak-dommen, præmis 41, og France Télécom-dommen, præmis 109), dels i forbindelse med tvister, der omhandler »ond tro«, idet Kommissionen har fastlagt to kumulative kriterier for afgørelsen af de sager, hvor et søgsmål er udtryk for misbrug, mens det andet kriterium er, hvorvidt søgsmålet er »rejst som led i en plan, der har som mål at eliminere konkurrencen« (jf. dom af 17.7.1998, ITT Promedia mod Kommissionen, T-111/96, EU:T:1998:183, præmis 55). Selv i disse særlige tilfælde er det subjektive element imidlertid ikke i sig selv tilstrækkeligt til at fastslå, at adfærden er ulovlig.

identificere et eventuelt misbrug af en sådan stilling er forpligtet til at tage alle relevante faktiske omstændigheder vedrørende denne adfærd i betragtning, og at denne undersøgelse ligeledes omfatter en vurdering af den forfulgte forretningsstrategi. I forbindelse hermed forekommer det naturligt, at Kommissionen fremfører subjektive forhold, nemlig de motiver, der ligger til grund for den omhandlede forretningsstrategi. Den omstændighed, at der foreligger en eventuel konkurrencebegrænsende hensigt, udgør ifølge Domstolen således alene en ud af flere faktiske omstændigheder, som kan tages i betragtning med henblik på at fastslå et sådant misbrug<sup>114</sup>.

129. En sådan konkurrencebegrænsende hensigt kan, hvis den er klar og tydelig, faktisk vise sig at være relevant for at fastslå et misbrug af dominerende stilling. Kommissionen har nemlig anført, at »direkte bevis på en ekskluderende strategi« udgør en af de faktorer, der generelt tages i betragtning med henblik på vurderingen af ikke blot, om det formodede misbrug risikerer at medføre konkurrenceskadelig afskærmning, men også »i forbindelse med fortolkningen af den dominerende virksomheds adfærd«. Sådanne beviser kan udgøres af »interne dokumenter, som indeholder direkte beviser på en strategi, der tager sigte på at udelukke konkurrenter, såsom en udførlig plan om at udøve en bestemt adfærd for at udelukke en konkurrent, at forhindre virksomheder i at få adgang til markedet eller at forhindre, at der opstår et nyt marked, eller beviser på konkrete trusler om ekskluderende adfærd«<sup>115</sup>.

130. I de fleste tilfælde er misbrug gennem ekskluderende adfærd i virkeligheden ikke baseret på godtgørelsen af en specifik subjektiv hensigt hos den dominerende virksomhed om at begrænse konkurrencen, men på den omhandlede adfærds økonomiske logik, nemlig at den er det objektive resultat af denne adfærds karakteristika og sammenhæng. En sådan konkurrencebegrænsende logik kan f.eks. udledes af, at der »ikke foreligger nogen anden objektiv økonomisk begrundelse«<sup>116</sup> for den givne adfærd. I mangel af denne logik kan det dog vise sig særlig hensigtsmæssigt at anvende subjektive beviser. Denne type beviser er således blevet anvendt såvel i sager om prispolitik<sup>117</sup> som i sager, der ikke omhandler priser<sup>118</sup>.

131. Da der således er tale om en af flere faktiske omstændigheder, som kan tages i betragtning med henblik på at fastslå et misbrug, tilkommer det alene konkurrencemyndigheden at vurdere bevisværdien af de direkte beviser for en ekskluderende strategi. I denne henseende forekommer følgende elementer mig relevante.

132. For det første skal udelukkelsehensigten, for at disse beviser er relevante eller i det mindste vejledende i forbindelse med konstateringen af et misbrug gennem ekskluderende adfærd, også udmønte sig i en udelukkelsesevne<sup>119</sup>. Bedømmelsen af hensigten kan således ikke træde i stedet for bedømmelsen af virkningerne. I denne henseende har Domstolen udtrykkeligt anført, at når

<sup>114</sup> – Tomra-dommen, præmis 18-21, og Generics (UK)-dommen, præmis 162 og 164.

<sup>115</sup> – Jf. Vejledningen, punkt 20.

<sup>116</sup> – TeliaSonera-dommen, præmis 88. Jf. i denne henseende punkt 62 i dette forslag til afgørelse.

<sup>117</sup> – Såsom underbudspriser (AKZO-dommen, præmis 72) og loyalitetsrabatter (jf. dom af 16.3.2000, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, C-395/96 P og C-396/96 P, EU:C:2000:132) samt i forbindelse med eksklusivtetaftaler (jf. Tomra-dommen, præmis 19 og 21).

<sup>118</sup> – Navnlig når den dominerende virksomhed rejser søgsmål for de nationale retter i skadeshensigt (jf. dom af 17.7.1998, ITT Promedia mod Kommissionen, T-111/96, EU:T:1998:183, præmis 55) eller vildleder de offentlige myndigheder for at holde fabrikanter af generiske produkter ude fra markedet (jf. dom af 1.7.2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 359) samt i såkaldte »pay for delay«-sager (jf. Generics (UK)-dommen, præmis 161).

<sup>119</sup> – Jf. i denne retning generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Intel Corporation mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punkt 128).

den dominerende virksomhed bestrider, at dens adfærd har været egnet til at begrænse konkurrencen, skal Kommissionen bl.a. »ligeledes vurdere *eksistensen af en eventuel strategi*, der har til formål at udelukke de konkurrenter, der er mindst lige så effektive«<sup>120</sup>.

133. For det andet kan sådanne beviser give vigtige fingerpeg om den omhandlede adfærds art og følgelig dens tendens til at begrænse konkurrencen. Sådanne fingerpeg kan f.eks. bestå i dokumentation for, at den dominerende virksomhed på grundlag af sin analyse af eller sit kendskab til markedet tydeligvis forventede, at dens adfærd havde en konkurrencebegrænsende virkning, idet sådanne fingerpeg er relevante i betragtning af den dominerende virksomheds ekspertise i strukturen på det markedet, hvor den opererer. Hvis en sådan virksomhed bevisligt vedtager en strategi, der skal udelukke eller marginalisere dens konkurrenter fra markedet, kan det logisk udledes heraf, at denne adfærd er egnet til at udløse sådanne virkninger.

134. For det tredje afhænger det af den faktiske baggrund, hvilken bevisværdi et bevis for hensigt kan tillægges. Udtalelser om markedsafskærmning, der hidrører fra virksomhedens ledelse – som har ansvaret for at øve en betydelig indflydelse på virksomhedens adfærd – eller er fremsat som led i formelle beretninger, er mere relevante end spontane udtalelser<sup>121</sup>. I denne henseende påpeger jeg, at selve genstanden for konkurrencen er, at virksomhederne tilskyndes til at overgå hinanden. I et miljø, der er kendetegnet ved konkurrence på ydelser, er det følgelig almindeligt, at der fremsættes udtalelser, som omhandler eller nedgør konkurrenterne, hvorfor de kun bør betragtes som relevante, når de indgår i udelukkelsesstrategien. Jeg finder det endelig indlysende, at sådanne beviser skal kunne henføres til den periode, hvor den omhandlede adfærd foregik.

135. For det fjerde kan den omstændighed, at der findes oplysninger, som kan bevise, at en dominerende virksomhed ikke havde til hensigt at udelukke konkurrenterne, ligeledes være relevante for beregningen af bøden og udgøre en formildende omstændighed, særligt for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt overtrædelsen er begået forsætligt eller uagtsomt<sup>122</sup>.

#### *b) Det andet led*

136. For så vidt angår det andet led ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om beviset for udelukkeshensigten bevirker, at bevisbyrden vedrørende adfærdens konkurrenceskadelige afskærmning vendes og flyttes til den dominerende virksomhed.

137. I denne henseende finder jeg det logisk at mene, at der ikke bør knytte sig sådanne konsekvenser til en konstatering af en subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen, eftersom dette bevis, der alene udgør en simpel faktisk omstændighed, ikke er tilstrækkelig i sig selv til at godtgøre, at en sådan adfærd er i strid med artikel 102 TEUF<sup>123</sup>. Denne konstatering kan ikke underbygge en afkræftelig formodning om en sådan adfærd, idet denne tilgang ikke forekommer forenelig med den objektive karakter af begrebet misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF. En retlig formodning af denne type kunne nemlig føre til den konklusion, at der foreligger et misbrug, alene i lyset af den dominerende virksomheds hensigt, hvilket ville være i strid med Domstolens ovenfor nævnte faste praksis.

<sup>120</sup> – Intel-dommen, præmis 139 og den deri nævnte retspraksis, min fremhævelse.

<sup>121</sup> – Jf. i denne retning dom af 30.1.2007, France Télécom mod Kommissionen (T-340/03, EU:T:2007:22, præmis 202).

<sup>122</sup> – Tomra-dommen, præmis 12. Jf. ligeledes Retningslinjer for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a) i forordning nr. 1/2003 (EUT 2006, C 210, s. 2, punkt 27 og 29).

<sup>123</sup> – Jf. i denne retning generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Intel Corporation mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punkt 128).

138. Jeg finder det imidlertid logisk, at selv om konkurrencemyndighederne kan anvende denne type beviser til at underbygge forekomsten af et misbrug, skal de pågældende virksomheder også selv kunne benytte interne dokumenter til støtte for, at der ikke foreligger en udelukkelsehensigt<sup>124</sup>. Et sådant modbevis er dog åbenbart vanskeligt at fremlægge og kan, selv hvis det antages at være ført, ikke i sig selv bevise, at der ikke foreligger misbrug<sup>125</sup>.

139. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg at besvare det fjerde præjudicielle spørgsmål med, at det for at kvalificere en ekskluderende adfærd udøvet af en virksomhed i en dominerende stilling som misbrug ikke er nødvendigt at fastslå virksomhedens subjektive hensigt om at udelukke sine konkurrenter. Denne hensigt kan ikke desto mindre blive taget i betragtning som en faktisk omstændighed, navnlig med det formål at fastslå, at denne adfærd er egnet til at begrænse konkurrencen. Beviset for en angivelig udelukkelsehensigt indebærer ikke, at bevisbyrden vedrørende den nævnte adfærds karakter af misbrug vendes om.

### *E. Om det femte præjudicielle spørgsmål*

140. Med det femte spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om tilhørsforholdet til samme koncern af selskaber, som direkte har deltaget i den ulovlige adfærd, er tilstrækkeligt til, at moderselskabet, som ejer hele kapitalen i disse selskaber, tilregnes ansvaret, uden at det er nødvendigt at føre bevis for dettes medvirken til den ulovlige adfærd eller i det mindste en aktiv samordning mellem de forskellige selskaber i koncernen<sup>126</sup>.

#### *1. Formaliteten*

141. AGCM og AIGET har begge udtrykt tvivl om formaliteten med hensyn til dette præjudicielle spørgsmål, der vedrører betingelserne for at anvende formodningen om moderselskabets ansvar<sup>127</sup>, med den begrundelse, at det er irrelevant for afgørelsen af hovedsagen, eftersom AGCM ikke havde tilregnet ENEL ansvaret ud fra den formodning, som følger af, at ENEL kontrollerede SEN og EE fuldt ud, men på grundlag af ENEL's direkte medvirken til den adfærd, der anses for misbrug. AGCM's undersøgelse afdækkede nemlig, at der forelå en reel koncernstrategi – der således ligeledes kunne tilregnes ENEL – for at få så mange kunder som muligt til at skifte selskab fra SEN på det beskyttede marked til EE, selskabet på det frie marked.

142. ENEL har derimod anført, at AGCM i sin omtvistede afgørelse fastslog, at ENEL var medansvarlig for overtrædelsen, både på grund af sin aktive medvirken til den ulovlige strategi og på grundlag af formodningen om afgørende indflydelse. I denne henseende har ENEL gjort gældende, at den i kraft af en omstrukturering af koncernens organisation i tilstrækkelig grad har godtgjort ikke længere at have afgørende indflydelse på sine datterselskaber og dermed afkræftet formodningen om afgørende indflydelse.

<sup>124</sup> – Jf. i denne retning generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:55, punkt 10).

<sup>125</sup> – Jf. i denne retning Tomra-dommen, præmis 22.

<sup>126</sup> – Jeg bemærker, at spørgsmålet, således som det er stillet, vedrører ethvert selskab i samme koncern, uafhængigt af dettes kontrolforhold til de selskaber, der har deltaget i den omtvistede adfærd. For så vidt som dette spørgsmål i forbindelse med tvisten i hovedsagen alene er rejst vedrørende koncernens moderselskabs ansvar, foreslår jeg at omformulere det, så det omfatter reglerne om, at ansvaret tilregnes et moderselskab, der som i den foreliggende sag ejer hele kapitalen i de datterselskaber, der har begået overtrædelsen.

<sup>127</sup> – Ifølge denne formodning over et moderselskab, som besidder 100% af kapitalen i sine datterselskaber, der har overtrådt konkurrencereglerne, en afgørende indflydelse på datterselskabernes adfærd og kan i lighed med disse stilles til ansvar for denne overtrædelse (herefter »formodningen om afgørende indflydelse«, jf. punkt 149 i dette forslag til afgørelse).



143. Da betingelserne for at anvende denne formodning ifølge den forelæggende rets udsagn indgår i sagen for denne ret, og det under alle omstændigheder udelukkende tilkommer den nationale retsinstant på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere såvel, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen, mener jeg, at Domstolen bør afgøre dette spørgsmål<sup>128</sup>.

144. I øvrigt er det min opfattelse, at betingelserne for anvendelsen af formodningen om afgørende indflydelse kunne være relevante for afgørelsen af tvisten i hovedsagen. ENEL har nemlig for den forelæggende ret gjort gældende, at AGCM fastslog, at ENEL var aktivt involveret i den anfægtede adfærd, uden at tage hensyn til de dokumenter, som ENEL havde fremlagt til underbygning af den omstændighed, at ENEL havde givet afkald på beslutningskompetencer efter omstruktureringen af koncernen. Selv om den forelæggende ret har konstateret, at disse beviser er overbevisende, skal den dog stadig tage stilling til anvendelsen af denne formodning. Det er derfor hensigtsmæssigt at afdække, om den nævnte formodning også kan anvendes alene på grundlag af tilhørsforholdet til en koncern. Spørgsmålet er derfor ikke hypotetisk<sup>129</sup>.

## 2. Realiteten

145. Med henblik på besvarelsen af det femte spørgsmål vedrørende realiteten skal der henvises til konkurrencerettens veletablerede begreber såsom begrebet »virksomhed« og »formodningen om afgørende indflydelse«, som danner grundlag for logikken bag tilregnelsen af ansvaret for en overtrædelse af konkurrencereglerne<sup>130</sup>.

146. Indledningsvis gør jeg opmærksom på, at traktaternes ophavsmænds valgte at anvende virksomhedsbegrebet til at udpege ophavsmanden til en overtrædelse af konkurrenceretten<sup>131</sup>. Dette selvstændige EU-retlige begreb omfatter enhver enhed, som udgøres af menneskelige, materielle og immaterielle værdier, og som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde. Det nævnte begreb skal således forstås som en økonomisk enhed, i relation til genstanden for den omhandlede konkurrencebegrænsende praksis, også når denne økonomiske enhed juridisk set udgøres af flere fysiske eller juridiske personer<sup>132</sup>.

147. Det følger af dette valg dels, at når en sådan økonomisk enhed overtræder konkurrencereglerne, påhviler det den ifølge princippet om personligt ansvar at stå til regnskab for overtrædelsen, dels at en juridisk person på visse betingelser kan holdes individuelt ansvarlig og solidarisk ansvarlig med en anden juridisk person, der hører til samme økonomiske enhed<sup>133</sup>.

148. Heraf følger, at ansvaret for et datterselskabs adfærd kan tilregnes moderselskabet, når dette datterselskab ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet, navnlig under hensyn til de økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem disse to juridiske enheder<sup>134</sup>. I en sådan situation, hvor moderselskabet og

<sup>128</sup> – Jf. dom af 4.3.2020, Schenker (C-655/18, EU:C:2020:157, præmis 22).

<sup>129</sup> – Jf. i denne forbindelse punkt 260 og 261 i den omtvistede afgørelses, som findes i en offentlig version (på italiensk) på AGCM's websted.

<sup>130</sup> – Tilregningsreglerne er navnlig blevet påpeget i dom af 10.9.2009, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:536), og af 27.4.2017, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-516/15 P, EU:C:2017:314).

<sup>131</sup> – Dom af 27.4.2017, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-516/15 P, EU:C:2017:314, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).

<sup>132</sup> – Deutsche Telekom II-dommen, præmis 72 og den deri nævnte retspraksis.

<sup>133</sup> – Deutsche Telekom II-dommen, præmis 73 og den deri nævnte retspraksis.

<sup>134</sup> – Deutsche Telekom II-dommen, præmis 74 og den deri nævnte retspraksis.

datterselskabet er en del af samme økonomiske enhed og således udgør én virksomhed, kan der nemlig rettes en afgørelse, hvorved der pålægges en bøde, til moderselskabet, uden at der kræves en konstatering af, at sidstnævnte var direkte impliceret i overtrædelsen<sup>135</sup>.

149. I denne henseende følger det af Domstolens faste praksis, at i det konkrete tilfælde, såsom det i hovedsagen omhandlede, hvor et moderselskab (direkte eller indirekte) ejer 100% af kapitalen i det datterselskab, som har overtrådt de EU-retlige konkurrenceregler, kan det pågældende moderselskab dels øve en afgørende indflydelse på dette datterselskabs adfærd, dels foreligger der en afkræftelig (også kaldet simpel) formodning om, at det pågældende moderselskab faktisk øver en sådan indflydelse, medmindre moderselskabet modbeviser dette<sup>136</sup>.

150. En sådan formodning indebærer, medmindre den afkræftes, at det anses for godtgjort, at moderselskabet faktisk har øvet afgørende indflydelse på sit datterselskab, hvorved det er berettiget at stille førstnævnte til ansvar for sidstnævntes adfærd, uden at der skal fremlægges yderligere bevis herfor<sup>137</sup>. Det moderselskab, der tilregnes sit datterselskabs ulovlige adfærd, pålægges individuelt en sanktion for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne, som det selv anses for at have begået på grund af den afgørende indflydelse, som det øvede på datterselskabet, og som gjorde det muligt for det at bestemme sidstnævntes adfærd<sup>138</sup>.

151. Det følger heraf, at det under disse omstændigheder er tilstrækkeligt, at en konkurrencemyndighed beviser, at hele kapitalen i et datterselskab ejes af moderselskabet, for at det kan formodes, at moderselskabet faktisk øver afgørende indflydelse på dette datterselskabs handelspolitik. Denne myndighed vil derefter være i stand til at anse moderselskabet for solidarisk ansvarligt for betaling af den bøde, som er pålagt datterselskabet, medmindre dette moderselskab, som det påhviler at afkræfte den pågældende formodning, fører tilstrækkelige beviser med henblik på at godtgøre, at dets datterselskab optræder selvstændigt på markedet<sup>139</sup>. Følgelig er anvendelsen af formodningen om faktisk udøvelse af en afgørende indflydelse således ikke betinget af fremlæggelsen af yderligere indicier vedrørende moderselskabets faktiske udøvelse af indflydelse<sup>140</sup>.

152. På baggrund af det ovenstående er den omstændighed, at selskaber, der direkte har deltaget i den ulovlige adfærd, hører til samme koncern, tilstrækkeligt til at tilregne moderselskabet ansvaret, når dette ejer hele kapitalen i disse selskaber, uden at det er nødvendigt at føre yderligere bevis herfor, medmindre dette moderselskab fører tilstrækkelige beviser med henblik på at godtgøre, at disse selskaber har optrådt selvstændigt på markedet.

153. I den foreliggende sag er det ubestridt, at ENEL ejer 100% af kapitalen i sine datterselskaber SEN og EE. Følgelig har ENEL ikke bestridt, at formodningen om afgørende indflydelse kan anvendes, men alene visse aspekter heraf.

<sup>135</sup> – Dom af 15.4.2021, Italmobiliare m.fl. mod Kommissionen (C-694/19 P, ikke trykt i Sml., herefter »Italmobiliare-dommen«, EU:C:2021:286, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis). Jf. ligeledes dom af 14.7.1972, Imperial Chemical Industries mod Kommissionen (48/69, EU:C:1972:70, præmis 140), og Deutsche Telekom II-dommen, præmis 94.

<sup>136</sup> – Jf. Italmobiliare-dommen, præmis 47 og 55 samt den deri nævnte retspraksis.

<sup>137</sup> – Italmobiliare-dommen, præmis 55. Jf. i denne retning dom af 16.6.2016, Evonik Degussa og AlzChem mod Kommissionen (C-155/14 P, EU:C:2016:446, præmis 30).

<sup>138</sup> – Italmobiliare-dommen, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis.

<sup>139</sup> – Italmobiliare-dommen, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis.

<sup>140</sup> – Dom af 27.1.2021, The Goldman Sachs Group mod Kommissionen (C-595/18 P, herefter »Goldman Sachs-dommen«, EU:C:2021:73, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

154. For det første har ENEL gjort gældende, at den blotte tilstedeværelse af en kontrolrelation ikke er tilstrækkelig i sig selv til at sanktionere et moderselskab for et datterselskabs adfærd, selv ikke hvis der er tale om 100% kontrol. Ifølge ENEL er det selv i en sådan situation nødvendigt at sikre sig, at moderselskabet har beføjelserne til faktisk at øve en afgørende indflydelse på datterselskabet.

155. Denne argumentation kan efter min opfattelse ikke tiltrædes. Det fremgår nemlig klart af førnævnte retspraksis, at formodningen om afgørende indflydelse netop indebærer, at det anses for godt gjort, at der faktisk er øvet afgørende indflydelse, uden at der skal føres bevis herfor. Den modsatte fortolkning ville modvirke den effektive virkning af denne formodning, som hviler på den antagelse, at når en virksomhed har fuldstændig kontrol over et datterselskab, forudsætter det nødvendigvis, at den (økonomisk) har evnen til at øve en sådan indflydelse<sup>141</sup>. Domstolen har nemlig fastlagt, at det ikke er den blotte besiddelse af hele kapitalen i datterselskabet i sig selv, der ligger til grund for denne formodning, men den grad af kontrol, som besiddelsen indebærer<sup>142</sup>.

156. For det andet har ENEL gjort gældende, at det for så vidt angår en afkræftelig formodning påhviler konkurrencemyndigheden, hvis moderselskabet fører beviser med henblik på at godtgøre, at datterselskabet har optrådt selvstændigt på markedet, at give en tilstrækkelig begrundelse for sin divergerende holdning. I den foreliggende sag har ENEL bestridt at have øvet afgørende indflydelse, eftersom selskabet efter omstruktureringen af koncernens organisation i 2014 ikke længere havde en bestemmende eller driftsrelateret rolle, men nøjedes med at fremme synergier og bedste praksis mellem de forskellige operationelle datterselskaber. ENEL havde til det formål fremlagt dokumenter, der imidlertid ikke var blevet taget i betragtning, eller som uden tilstrækkelig begrundelse var blevet tilbagevist af AGCM.

157. Disse argumenter kræver tre sæt bemærkninger.

158. Hvad for det første angår bevisbyrden er det ubestridt, for så vidt som formodningen om afgørende indflydelse er afkræftelig, at det påhviler moderselskabet at føre bevis for, at det ikke var tilfældet<sup>143</sup>. Den omstændighed alene, at der føres sådanne beviser, er imidlertid ikke tilstrækkelig til ipso facto at vende bevisbyrden om. Det er nemlig konkurrencemyndigheden alene, der kan fastslå, om det lykkes et moderselskab at afkræfte formodningen om afgørende indflydelse ved at godtgøre datterselskabets uafhængighed. Hvis dette er tilfældet, kan ansvaret ikke tilregnes moderselskabet, udelukkende fordi det besidder hele kapitalen i datterselskabet<sup>144</sup>, og konkurrencemyndigheden skal, hvis den beslutter at retsforfølge moderselskabet, begrunde ansvarstilregnelsen i andre konkrete træk af den afgørende indflydelse. Som i den foreliggende sag vælger konkurrencemyndighederne nemlig ofte at underbygge denne formodning med andre faktiske forhold<sup>145</sup>.

159. Hvad for det andet angår konkurrencemyndighedens begrundelsespligt fremgår det af Domstolens praksis, at en beslutning om at anvende konkurrencereglerne skal omfatte en tilstrækkelig begrundelse i forhold til hver af adressaterne, navnlig i forhold til dem heriblandt, som i henhold til beslutningen skal bære byrden ved overtrædelsen. I forhold til et moderselskab, der holdes ansvarligt for sit datterselskabs ulovlige adfærd, skal en sådan beslutning således indeholde en detaljeret redegørelse for, hvorfor det pågældende selskab kan gøres ansvarligt for

<sup>141</sup> – Jf. i denne retning dom af 13.9.2013, Total Raffinage Marketing mod Kommissionen (T-566/08, EU:T:2013:423, præmis 501 og 502).

<sup>142</sup> – Goldman Sachs-dommen, præmis 35.

<sup>143</sup> – Jf. dom af 16.6.2016, Evonik Degussa og AlzChem mod Kommissionen (C-155/14 P, EU:C:2016:446, præmis 32-34).

<sup>144</sup> – Dom af 28.10.2020, Pirelli & C. mod Kommissionen (C-611/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:868, præmis 74).

<sup>145</sup> – Jf. i denne retning Goldman Sachs-dommen, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis.

overtrædelsen<sup>146</sup>. Hvis en sådan beslutning udelukkende støttes på formodningen om afgørende indflydelse, er en konkurrencemyndighed – idet denne formodning ellers de facto ville blive uafkræftelig – forpligtet til nøje at fremlægge grundene til, at de påberåbte faktiske og retlige omstændigheder ikke har været tilstrækkelige til at afkræfte nævnte formodning<sup>147</sup>.

160. Denne pligt for en konkurrencemyndighed til at begrunde sine beslutninger på dette punkt skyldes navnlig den afkræftelige karakter af formodningen om afgørende indflydelse. Jeg gør nemlig opmærksom på, at Domstolen har fastslået, at denne formodning har til formål at skabe en balance mellem vigtigheden af, på den ene side, målet om at bekæmpe konkurrencestridig adfærd og at hindre gentagelse heraf, og, på den anden side, kravene i visse EU-retlige principper, såsom bl.a. principperne om uskyldsformodning, straffens personalitet, retssikkerhedsprincippet samt princippet om retten til forsvar, herunder princippet om parternes processuelle ligestilling. Det er bl.a. af denne grund, at formodningen er afkræftelig<sup>148</sup>. Domstolen har i øvrigt fundet, at det forhold, at det er vanskeligt at fremlægge det nødvendige modbevis med henblik på at afkræfte formodningen om afgørende indflydelse, ikke i sig selv indebærer, at denne formodning de facto er uafkræftelig og følgelig i strid med princippet om uskyldsformodning<sup>149</sup>.

161. Det skal påpeges, at idet det forholder sig således, har Domstolen afgjort, at Kommissionen dog ikke er forpligtet til i en sådan sammenhæng at tage stilling til forhold, der er åbenbart uvedkommende, uden betydning eller klart af underordnet relevans<sup>150</sup>. Endvidere indebærer denne begrundelsespligt ikke nødvendigvis pligten til at foretage en udtømmende gennemgang af hvert enkelt af de argumenter, der er fremført af parterne i sagen. Begrundelsen kan således fremgå indirekte, forudsat at de berørte får kendskab til de grunde, som beslutningen hviler på, og at en judiciel myndighed råder over de til udøvelse af sin prøvelsesret nødvendige oplysninger under en appelsag<sup>151</sup>. Disse principper kunne tillige finde analog anvendelse på nationale konkurrencemyndigheder.

162. Uden at jeg vil gribe ind i den bedømmelse, som den forelæggende ret i sidste ende lægger til grund i hovedsagen, minder jeg for det tredje om, at Domstolen allerede har haft lejlighed til først og fremmest at præcisere, at det forhold, at (fuldt) kontrollerede selskaber har en vis uafhængighed for så vidt angår deres virksomhed, uanset om moderselskabet blot havde en funktion som teknisk og finansiel koordinator, eller det ydede disse selskaber økonomisk og finansiel bistand, ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at afkræfte formodningen om afgørende indflydelse<sup>152</sup>. Dernæst har Domstolen ligeledes fundet, at den omstændighed, at en enhed er et »finansielt holdingselskab« og på ingen måde en virksomhed, ikke kan påvirke denne formodnings anvendelse på enheden<sup>153</sup>. Endelig har Domstolen forkastet argumentet om, at anvendelsen af den nævnte formodning på et »andelsholdingselskab« ville være en tilsidesættelse af artikel 14 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, artikel 17 og 21 i

<sup>146</sup> – Jf. analogt dom af 2.10.2003, *Aristrain mod Kommissionen* (C-196/99 P, EU:C:2003:529, præmis 93-101).

<sup>147</sup> – Jf. i denne retning dom af 29.9.2011, *Elf Aquitaine mod Kommissionen* (C-521/09 P, EU:C:2011:620, præmis 153), af 14.9.2017, *LG Electronics og Koninklijke Philips Electronics og Kommissionen* (C-588/15 P og C-622/15 P, EU:C:2017:679, præmis 87), og af 28.10.2020, *Pirelli & C mod Kommissionen* (C-611/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:868, præmis 45).

<sup>148</sup> – Jf. dom af 8.5.2013, *Eni mod Kommissionen* (C-508/11 P, EU:C:2013:289, præmis 57-59), og *Italmobiliare-dommen*, præmis 57.

<sup>149</sup> – *Italmobiliare-dommen*, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis.

<sup>150</sup> – Jf. dom af 29.9.2011, *Elf Aquitaine mod Kommissionen* (C-521/09 P, EU:C:2011:620, præmis 154 og den deri nævnte retspraksis), og af 28.10.2020, *Pirelli & C. mod Kommissionen* (C-611/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:868, præmis 46).

<sup>151</sup> – Jf. analogt dom af 26.11.2013, *Groupe Gascogne mod Kommissionen* (C-58/12 P, EU:C:2013:770, præmis 37-39).

<sup>152</sup> – Dom af 8.5.2013, *Eni mod Kommissionen* (C-508/11 P, EU:C:2013:289, præmis 64).

<sup>153</sup> – *Italmobiliare-dommen*, præmis 41.

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder samt artikel 345 TEUF, for så vidt som den ville give anledning til vilkårlig og ubegrundet ulige behandling af forskellige ejendomsretlige ordninger<sup>154</sup>.

163. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg at besvare det femte spørgsmål med, at et moderselskabs tilhørsforhold til en selskabskoncern bestående af bl.a. 100% ejede datterselskaber, som direkte har deltaget i en ulovlig adfærd som omhandlet i artikel 102 TEUF, er tilstrækkeligt til, at det kan antages, at dette moderselskab har øvet en afgørende indflydelse på disse datterselskabers politik, således at en konkurrencemyndighed kunne tilregne moderselskabet ansvaret for denne adfærd, uden at det er nødvendigt at føre bevis for dets medvirken til den ulovlige adfærd. Det påhviler det nævnte moderselskab at gendrive denne afkræftelige formodning ved at føre bevis for, at datterselskaberne har optrådt selvstændigt på markedet. I et sådant tilfælde har denne myndighed pligt til nøje at fremlægge grundene til, at den har fundet, at disse beviser ikke er tilstrækkelige til at afkræfte den nævnte formodning, medmindre den vurderer, at disse forhold er åbenbart uvedkommende, uden betydning eller klart af underordnet relevans.

#### IV. Forslag til afgørelse

164. Henset til det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) forelagte præjudicielle spørgsmål som følger:

- »1) Artikel 102 TEUF skal fortolkes således, at en dominerende virksomheds adfærd, som i øvrigt er lovlig inden for andre retsområder end konkurrenceretten, ikke kan kvalificeres som misbrug, jf. denne bestemmelse, alene med den begrundelse, at den kan have en fortrængende virkning på det relevante marked, idet denne adfærd ikke må sidestilles med en konkurrencebegrænsende virkning, medmindre det godtgøres, at denne virksomhed har benyttet andre midler end konkurrence på ydelser. En ekskluderende adfærd, som økonomisk rentabelt kan reproduceres af konkurrenterne, udgør principielt ikke adfærd, der kan udløse konkurrenceskadelig afskærmning, hvorfor den hører til inden for konkurrence på ydelser.
- 2) Artikel 102 TEUF skal fortolkes således, at den har til formål ikke alene at forbyde ekskluderende adfærd, der kan påføre forbrugerne direkte skade, hvilket er denne bestemmelses endelige formål, men også adfærd, der kan forvolde forbrugerne indirekte skade ved sin påvirkning af markedsstrukturen og følgelig af opretholdelsen af en effektiv konkurrence. Det påhviler konkurrencemyndighederne at godtgøre, at en sådan ekskluderende adfærd skader en effektiv konkurrencestruktur, og samtidig kontrollere, om den tillige kan være til aktuel eller potentiel skade for disse forbrugere.
- 3) Artikel 102 TEUF skal fortolkes således, at en konkurrencemyndighed for at fastslå, at der foreligger misbrug af en dominerende stilling, har pligt til på grundlag af samtlige relevante omstændigheder og under hensyntagen til navnlig de beviser, som den dominerende virksomhed har gjort gældende, at godtgøre, at denne virksomheds adfærd var egnet til at begrænse konkurrencen, idet konkurrencemyndigheden i givet fald og i denne henseende ligeledes bedømmer de af den dominerende virksomhed fremlagte beviser for, at den omhandlede adfærd ikke havde konkurrencebegrænsende virkninger på det relevante marked.

<sup>154</sup> – Italmobiliare-dommen, præmis 62 og 63.

- 4) Artikel 102 TEUF skal fortolkes således, at det for at kvalificere en ekskluderende adfærd udøvet af en virksomhed i en dominerende stilling som misbrug ikke er nødvendigt at fastslå virksomhedens subjektive hensigt om at udelukke sine konkurrenter. Denne hensigt kan ikke desto mindre blive taget i betragtning som en faktisk omstændighed, navnlig med det formål at fastslå, at denne adfærd er egnet til at begrænse konkurrencen. Beviset for en angivelig udelukkelseshensigt indebærer ikke, at bevisbyrden vedrørende den nævnte adfærds karakter af misbrug vendes om.
  
- 5) Et moderselskabs tilhørsforhold til en selskabskoncern bestående af bl.a. 100% ejede datterselskaber, som direkte har deltaget i en ulovlig adfærd som omhandlet i artikel 102 TEUF, er tilstrækkeligt til, at det kan antages, at det har øvet en afgørende indflydelse på disse datterselskabers politik, således at en konkurrencemyndighed kunne tilregne moderselskabet ansvaret for denne adfærd, uden at det er nødvendigt at føre bevis for dets medvirken til den ulovlige adfærd. Det påhviler det nævnte moderselskab at gendrive denne afkræftelige formodning ved at fremlægge beviser for, at datterselskaberne har optrådt selvstændigt på markedet. I et sådant tilfælde har denne myndighed pligt til nøje at fremlægge grundene til, at den har fundet, at disse beviser ikke er tilstrækkelige til at afkræfte den nævnte formodning, medmindre den vurderer, at disse beviser er åbenbart uvedkommende, uden betydning eller klart af underordnet relevans.«