Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
NILSA WAHLA,
predstavljeni 20. decembra 2017 [1]

Zadeva C-525/16

MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA
proti
Autoridade da Concorrência

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,
ki ga je vložilo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (sodišče za konkurenco, regulacijo in nadzor, Portugalska))

„Predhodno odločanje – Prevladujoči položaj – Konkurenca – Zloraba prevladujočega položaja – Člen 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU – Pojem ‚podrejen konkurenčni položaj' – Diskriminatorne cene na trgu nižje v verigi – Upravljanje pravic, sorodnih avtorskim pravicam – Plačljiva televizija"

1. Ali lahko organi, pristojni za konkurenco, različne cene, ki jih zaračunava dani subjekt, obravnavajo z vidika člena 102 PDEU in – če je odgovor pritrdilen – pod katerimi pogoji? Ali je v takih okoliščinah za zlorabo prevladujočega položaja v smislu tega člena potreben minimalni prag?

2. To je bistvena tema vprašanj, postavljenih v tem predlogu za sprejetje predhodne odločbe, ki se natančneje nanaša na razlago člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU, na podlagi katerega je mogoče kot zlorabo prevladujočega položaja obravnavati zlasti „uporabo neenakih pogojev za primerljive posle z drugimi trgovinskimi partnerji, ki slednje postavlja v podrejen konkurenčni položaj".

3. Ta predlog je bil vložen v okviru spora med družbo MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia S.A. (v nadaljevanju: družba MEO) in Autoridade da Concorrência (organ, pristojen za konkurenco, Portugalska, v nadaljevanju: AdC) zaradi sklepa o ustavitvi postopka, ki ga je ta organ sprejel v odgovor na pritožbo družbe MEO proti GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantes (združenje za kolektivno upravljanje pravic izvajalcev, Portugalska, v nadaljevanju: GDA) zaradi zatrjevane zlorabe prevladujočega položaja na področju pravic izvajalcev, ki so sorodne avtorski pravici.

4. Menim, da se s to zadevo ponuja priložnost, da se neodvisno od obstoja prakse določanja različnih cen, ki – obravnavana ločeno – z vidika konkurence ni sporna, pojasni, da je prav dejstvo, da tako ravnanje izkrivlja konkurenco ali vpliva na konkurenčni položaj trgovinskih partnerjev, tisto, ki pomeni zlorabo prevladujočega položaja. Torej ni mogoče domnevati, da prakse določanja različnih cen povzročijo „podrejen konkurenčni položaj", ne da bi preučili vse okoliščine primera, še zlasti v primeru t. i. diskriminacije „druge stopnje".

1 Jezik izvirnika: francoščina.

Pravni okvir

Pravo Unije

5. Člen 3(1), zadnji stavek, Uredbe (ES) št. 1/2003[2] določa, da „[k]adar organi, pristojni za konkurenco v državah članicah, ali nacionalna sodišča uporabljajo nacionalno zakonodajo o konkurenci za zlorabo, ki je prepovedana s členom [102 PDEU], uporabljajo tudi člen [102 PDEU]“.

Portugalsko pravo

6. Vsebina člena 11(1) in (2)(c) Novo Regime Juridíco da Concorrência (nova ureditev konkurence)[3] se ujema z vsebino člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU.

Spor o glavni stvari, vprašanji za predhodno odločanje in postopek pred Sodiščem

7. GDA je nepridobitno združenje za kolektivno upravljanje pravic umetnikov in izvajalcev, ki upravlja pravice, sorodne avtorskim pravicam, svojih članov in članov podobnih tujih organizacij, s katerimi je sklenilo sporazum o zastopanju in/ali vzajemnosti.

8. V tem okviru je glavna dejavnost GDA pobiranje licenčnin iz naslova uveljavljanja sorodnih pravic in razdeljevanje teh zneskov imetnikom. Čeprav to združenje nima zakonsko določenega monopola, je trenutno edina organizacija, zadolžena za kolektivno upravljanje sorodnih pravic umetnikov, ki deluje na Portugalskem.

9. Med podjetji, ki uporabljajo repertoar članov GDA ali članov podobnih tujih organizacij, s katerimi je GDA sklenila sporazume o zastopanju ali vzajemnosti, so ponudniki, ki potrošniku ponujajo storitev prenosa televizijskega signala in njegove vsebine za plačilo določenega zneska.

10. Tožeča stranka iz postopka v glavni stvari, družba MEO, je eden od teh ponudnikov in je stranka GDA.

11. Med letoma 2008 in 2014 je GDA za navedene ponudnike v okviru veleprodajne ponudbe uporabljala tri različne tarife. Med letoma 2010 in 2013 je te tarife uporabljala istočasno.

12. Iz spisa, predloženega Sodišču, izhaja, da je bila tarifa, uporabljena za družbo MEO, določena na podlagi odločbe, ki jo je 10. aprila 2012 v skladu z upoštevnim pravom izdalo arbitražno sodišče.[4]

13. Družba PT Comunicações SA, pravna predhodnica družbe MEO, je 24. junija in 22. oktobra 2014 pri AdC vložila pritožbo proti GDA zaradi morebitne zlorabe prevladujočega položaja. Družba MEO je trdila, da ta zloraba izhaja iz dejstva, da GDA zaračunava previsoke cene, kar zadeva uporabo sorodnih pravic izvajalcev, ter da poleg tega za družbo MEO in drugo stranko, družbo NOS Comunicações SA (v nadaljevanju: družba NOS), uporablja različne pogoje.

14. AdC je 19. marca 2015 začel preiskavo, ki se je 3. marca 2016 končala s sklepom o ustavitvi postopka v tej zadevi z obrazložitvijo, da dejstva v zvezi s predmetom postopka ne vsebujejo indicev, s katerimi bi bilo mogoče zadostno dokazati zlorabo prevladujočega položaja.

2 Uredba Sveta z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 205, in popravek v UL 2015, L 100, str. 81).

3 Odobrena z Lei n.º 19/2012 (zakon št. 19/2012) z dne 8. maja 2012.

4 V skladu s členom 7(3) in (9) Decreto-Lei n.º 333/97 (uredba-zakon št. 333/97) z dne 27. novembra 1997 se morajo stranke, če s pogajanji o pravicah ne dosežejo sporazuma, obrniti na arbitražno sodišče.

15. AdC je zlasti navedel, da – tudi če bi imela GDA dejansko prevladujoč položaj na zadevnem trgu in bi bilo treba zadevno ravnanje šteti za neenako obravnavanje za primerljive posle – na podlagi določitve različnih tarif za različne ponudnike maloprodajnih storitev dostopa do televizijske storitve ter razlike med povprečnimi stroški, ki sta jih nosili družbi MEO in NOS v okviru zadevne veleprodajne ponudbe, še ni mogoče sklepati o obstoju omejevanja konkurence, ki bi izhajalo zlasti iz oslabitve konkurenčnega položaja družbe MEO.

16. Po mnenju AdC ni mogoče šteti, da je bil ponudnik maloprodajnih storitev dostopa do televizijskega signala postavljen v podrejen konkurenčni položaj v primerjavi z drugimi. Razlaga, po kateri bi diskriminatorno ravnanje podjetja s prevladujočim položajem *ipso facto* povzročilo kršitev člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU, naj bi bila zlasti v nasprotju s sodno prakso Sodišča.

17. Družba MEO je vložila tožbo zoper sklep AdC o ustavitvi postopka, pri čemer je zlasti trdila, da je ta organ napačno razlagal člen 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU, ker je namesto presoje merila podrejenega konkurenčnega položaja, kot se razlaga v sodni praksi Sodišča, preučil, ali gre za bistveno in količinsko opredeljivo izkrivljanje konkurence.

18. Po navedbah predložitvenega sodišča je sklep AdC o ustavitvi postopka temeljil na dejstvu, da je bila razlika v tarifah glede na povprečne stroške majhna, zato te tarife niso mogle poslabšati konkurenčnega položaja družbe MEO in je ta lahko razliko prenesla. Poleg tega naj bi se tržni delež družbe MEO, kar zadeva maloprodajno ponudbo za dostop do televizijskega signala s sklenitvijo naročniškega razmerja, v istem obdobju povečal. [5]

19. Predložitveno sodišče navaja, da je družba MEO v okviru postopka v glavni stvari predložila številčne podatke v zvezi s stroški, ki sta jih nosili družbi MEO oziroma NOS. V teh razpredelnicah so prikazani skupni stroški in povprečni stroški na potrošnika, ki jih je nosila družba MEO oziroma NOS, ter dobiček in donosnost družbe MEO v zadevnem obdobju, to je med letoma 2010 in 2013. [6]

20. Predložitveno sodišče meni, da ni izključeno, da so navedene razlike v cenah vplivale na konkurenčnost družbe MEO. Iz sodne prakse Sodišča naj bi izhajalo, da lahko nekatera diskriminatorna ravnanja v odnosu do trgovinskih partnerjev že po naravi povzročijo podrejen konkurenčni položaj. Vendar to sodišče kljub temu meni, da se Sodišče ni nedvoumno izreklo o pojmu „podrejen konkurenčni položaj“ za namene uporabe člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU.

21. V teh okoliščinah je Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (sodišče za konkurenco, regulacijo in nadzor, Portugalska) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Če v prekrškovnem postopku obstajajo indici ali dokazi o dejstvih v zvezi z učinki morebitne diskriminatorne prakse oblikovanja cen, ki jo podjetje s prevladujočim položajem uporablja za eno od maloprodajnih podjetij, zaradi česar je zadnjenavedeno podjetje v slabšem položaju v primerjavi s svojimi konkurenti, ali je za to, da se šteje, da to ravnanje *povzroči podrejen konkurenčni položaj* v smislu člena 102, [drugi odstavek], točka (c), PDEU, treba presojati tudi težo, upoštevnost ali pomembnost teh učinkov na konkurenčni položaj ali konkurenčnost zadevnega podjetja, zlasti glede zmožnosti prenesti razliko v stroških, ki jih podjetje nosi v okviru veleprodajne storitve?

5 Po podatkih Autoridade Nacional de Comunicações (Anacom) (nacionalni organ za komunikacije (Anacom), Portugalska) se je v upoštevnem obdobju, torej od 1. januarja 2010 do 31. marca 2015, tržni delež družbe MEO z ravni, nižje od 25 %, povečal na raven, višjo od 40 %, medtem ko se je tržni delež skupine NOS v istem obdobju zmanjšal z ravni, višje od 60 %, na raven, nižjo od 45 %.

6 Ti številčni podatki v predložitveni odločbi niso navedeni, saj so zaupni.

2. Če v prekrškovnem postopku obstajajo indici ali dokazi o *precej zmanjšanem pomenu*, ki ga ima diskriminatorna praksa oblikovanja cen, ki jo izvaja podjetje s prevladujočim položajem, za nastale stroške, ustvarjene prihodke in dobiček zadevnega maloprodajnega podjetja, ali je treba s v skladu s pravilno razlago člena 102, [drugi odstavek], točka (c), PDEU, in sodne prakse, vzpostavljene s sodbama [z dne 15. marca 2007, British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, točke od 146 do 148), in z dne 9. septembra 2009, Clearstream/Komisija (T-301/04, EU:T:2009:317)], šteti, da ni indicev o zlorabi prevladujočega položaja in prepovedanih ravnanjih?

3. Ali pa nasprotno taka okoliščina ne zadostuje za to, da se sporno ravnanje ne bi obravnavalo kot zloraba prevladujočega položaja in prepovedano ravnanje v smislu člena 102, [drugi odstavek], točka (c), PDEU, in je pomembna samo, ko se ugotavlja odgovornost podjetja, ki je ravnalo kaznivo, ali določa sankcija zanj?

4. Ali je treba izraz ‚*ki slednje postavlja v podrejen konkurenčni položaj*' iz člena 102, [drugi odstavek], točka (c), PDEU, razlagati tako, da se nanaša na zahtevo, da prednost, ki je posledica diskriminacije, pomeni nek minimalni odstotek v strukturi stroškov zadevnega podjetja?

5. Ali je treba izraz ‚ki slednje *postavlja v podrejen konkurenčni položaj*' iz člena 102, [drugi odstavek], točka (c), PDEU, razlagati tako, da se nanaša na zahtevo, da prednost, ki je posledica diskriminacije, pomeni neko minimalno razliko med povprečnimi stroški, ki jih nosijo konkurenčna podjetja na področju obravnavane veleprodajne storitve?

6. Ali je mogoče izraz ‚ki slednje *postavlja v podrejen konkurenčni položaj*' iz člena 102, [drugi odstavek], točka (c), PDEU razlagati tako, da se nanaša na zahtevo, da gre pri prednosti, ki je posledica diskriminacije, na zadevnem trgu in na področju zadevne storitve za vrednosti, ki so višje od razlik, navedenih v […] razpredelnicah 5, 6 in 7, da bi se sporno ravnanje štelo za prepovedano ravnanje?

7. Če je odgovor na katero od vprašanj od (4) do (6) pritrdilen, kako je treba opredeliti navedeni minimalni prag upoštevnosti podrejenega položaja v zvezi s strukturo stroškov ali povprečnih stroškov, ki jih nosijo podjetja, ki konkurirajo na področju zadevne maloprodajne storitve?

8. Če se ta minimalni prag določi, ali to, da ta prag ni dosežen vsako leto, dopušča izključitev domneve, ki izhaja iz sodbe [z dne 9. septembra 2009, Clearstream/Komisija (T-301/04, EU:T:2009:317)], v skladu s katero je treba šteti, da je ‚*uporaba drugačnih cen za enega od poslovnih [trgovinskih] partnerjev za enake storitve, in to neprekinjeno pet let in s strani podjetja, ki ima na začetku verige na trgu dejanski monopol, tega partnerja nedvomno [lahko] postavila v konkurenčno manj ugoden položaj*'?"

22. Družba MEO, GDA, portugalska in španska vlada ter Komisija so predložile pisna stališča.

23. Obravnava, ki so se je udeležile družba MEO, GDA, Kraljevina Španija in Komisija, je potekala 5. oktobra 2017.

Povzetek stališč, predloženih Sodišču

24. Zadevne stranke so večinoma menile, da je treba vprašanja za predhodno odločanje obravnavati skupaj. Te stranke so se osredotočile na vprašanje, ali je mogoče za ugotovitev obstoja „podrejenega konkurenčnega položaja" v smislu člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU domnevati, da je mogoče z določitvijo različnih cen izkriviti konkurenco, ali pa mora, nasprotno, organ, pristojen za konkurenco,

dokazati, da je bila konkurenčnost podjetja, postavljenega v slabši položaj, zaradi spornega ravnanja oslabljena. V okviru te analize se razpravlja, prvič, o dejavnikih, ki jih je treba upoštevati, in drugič, o tem, ali mora biti učinek (potencialni ali dejanski, odvisno od stališča posameznih strank) na konkurenco bistven.

25. Kar zadeva pojem „podrejen konkurenčni položaj“, se zadevne stranke strinjajo o tem, da je treba v skladu s sodno prakso Sodišča obstoj morebitnega vpliva na konkurenco na splošno presojati za vsak primer posebej in da ni točno določenega praga ali standarda, na podlagi katerega je mogoče dokazati tak vpliv.

26. Vendar pa se stališča razhajajo glede vprašanja, ali (in v kakšnem obsegu) je treba dokazati konkreten protikonkurenčni učinek ali pa je treba, nasprotno, obstoj takega podrejenega položaja šteti za verjeten, če podjetje s prevladujočim položajem uporablja različne tarife za svoje trgovinske partnerje na trgu nižje v verigi.

27. Na eni strani *GDA in portugalska vlada* menita, da je treba upoštevati konkretni učinek določitve različnih cen na konkurenčnost družbe MEO.

28. Iz pristopa, ki ga zagovarja Komisija in kot ga je izrazila v več poročilih in obvestilih od leta 2003, ter iz sodne prakse Sodišča in Splošnega sodišča Evropske unije naj bi izhajalo, da je treba upoštevati protikonkurenčne učinke domnevnih zlorab na trg. Da se praksa v zvezi s tarifami šteje za zlorabo, mora dejansko obstajati izkrivljanje konkurence med ponudniki zadevnih storitev, nekateri ponudniki pa morajo biti zaradi tega izkrivljanja postavljeni v podrejen konkurenčni položaj. Tako naj „preprosta“ praksa diskriminatornih cen kot taka še ne bi mogla pomeniti zlorabe v smislu člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU.

29. Na drugi strani se *španska vlada*[7] *in družba MEO* nagibata k razlagi člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU, ki jo je mogoče v grobem povzeti tako, da dejstvo, da daje organizacija za upravljanje pravic, ki je v monopolnem položaju, kot je GDA, z uporabo ugodnejših pogojev prednost enemu od uporabnikov v primerjavi z njegovimi konkurenti na istem trgu, ki je nižje v verigi, povzroči tveganje nastanka podrejenega položaja ali izkrivljanja konkurence.

30. Kar zadeva dejavnike, ki jih je treba upoštevati pri opredelitvi, ali ravnanje, kot je ravnanje GDA iz zadeve v glavni stvari, lahko povzroči protikonkurenčni učinek, družba MEO trdi, da je GDA v monopolnem položaju in da so ponudniki televizijskih storitev prisiljeni v njeno posredovanje, če želijo pridobiti licence za distribucijo varovanih del. Zato je GDA v ugodnem pogajalskem položaju. Družba MEO meni, da podjetje, ki je v dejanskem monopolnem položaju, nosi še posebno odgovornost za to, da si prizadeva za uporabo enakih pogojev za svoje trgovinske partnerje. Ta odgovornost po mnenju družbe MEO pomeni, da mora GDA utemeljiti svoje ravnanje, česar pa naj ta ne bi storila. Nazadnje, po mnenju družbe MEO je treba upoštevati trajanje diskriminacije.

31. V zvezi s tem španska vlada poudarja, da v primerih, kot je tisti iz postopka v glavni stvari, podrejen položaj izhaja zlasti iz dejstva, da so licence, ki jih podeljujejo organizacije za upravljanje pravic, bistvene za to, da lahko zadevni uporabniki zagotavljajo končne storitve.

7 Španska vlada je navedla, da je Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (nacionalna komisija za trge in konkurenco) uporabo diskriminatornih tarif sistematično štela za kršitev, če je organizacija za upravljanje avtorskih in sorodnih pravic ni mogla utemeljiti.

Analiza

32. Menim, da je treba na vprašanja za predhodno odločanje, kot jih je postavilo predložitveno sodišče, odgovoriti skupaj, saj se večinoma nanašajo na vprašanje, ali pojem „podrejen konkurenčni položaj“ iz člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU pomeni, da je treba preučiti učinke ravnanja in/ali težo uporabe različnih cen na konkurenčni položaj zadevnega podjetja.

33. Preden se lotim te problematike, bi želel *najprej* opozoriti na nekaj vprašanj, ki se – čeprav zadevajo vidike, ki jih predložitveno sodišče izrecno ne obravnava – nanašajo na upoštevnost določb člena 102 PDEU v obravnavani zadevi.

34. *Nato* bom uvodoma navedel nekaj bistvenih vidikov, ki jih je treba po mojem mnenju upoštevati pri analizi prakse določanja različnih cen, za katero se trdi, da pomeni zlorabo prevladujočega položaja. V tem okviru bom navedel, ali in pod katerimi pogoji se lahko za tarifno diskriminacijo „druge stopnje“ uporablja člen 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU. Pojasnil bom, zakaj ni mogoče domnevati, da je taka praksa že po naravi zloraba položaja, ampak je treba, nasprotno, konkretno dokazati učinke takega ravnanja na konkurenco.

35. Ob upoštevanju vsega tega bom *nazadnje* še preučil, ali in v kakšnem obsegu lahko to, da podjetje, za katero se trdi, da je v prevladujočem položaju, uporablja neenake pogoje za primerljive posle, povzroči podrejen konkurenčni položaj.

Splošne ugotovitve glede upoštevnosti člena 102 PDEU v obravnavani zadevi

36. Treba je poudariti, da se obravnavana zadeva navezuje na posebno konfiguracijo dejstev, ki jo je mogoče opisati takole.

37. Družba MEO, ponudnica televizijskih storitev na portugalskem trgu, je pred predložitvenim sodiščem izpodbijala sklep AdC o ustavitvi postopka s pritožbo, ki jo je vložila. Ta pritožba se je nanašala na domnevno zlorabo GDA, organizacije za upravljanje pravic, sorodnih avtorskim pravicam, ki naj bi zajemala uporabo različnih tarif za pridobitev licenc med letoma 2010 in 2013.

38. Po mnenju družbe MEO so se za družbo NOS, to je podjetje, ki je neposredni konkurent družbe MEO, v tem obdobju uporabljale ugodnejše tarife. Pritožba, ki jo je vložila družba MEO pri AdC, se je torej nanašala na domnevno zlorabo prevladujočega položaja, ki naj bi izhajala iz diskriminatornih tarif, ki jih je uporabljala GDA na trgu nižje v verigi v povezavi s storitvami kolektivnega trženja sorodnih pravic izvajalcev.

39. Kljub navedenemu in kot je opozorilo predložitveno sodišče, ki se je ob tem oprlo na številčne podatke, je treba ugotoviti, da podrejeni položaj, v katerem naj bi bila družba MEO, kar zadeva zneske, plačane za uporabo del, varovanih z avtorskimi in sorodnimi pravicami, ni privedel do zmanjšanja njenega tržnega deleža. Ravno nasprotno, delež, ki ga je obvladovala družba MEO, naj bi se povečal in naj bi med letoma 2010 in 2013 s približno 25 % narasel na raven, višjo od 40 %. Kar zadeva delež, ki ga je obvladovala družba NOS, naj bi se ta v istem obdobju z ravni, višje od 60 %, znižal na raven, nižjo od 45 %.

40. Prav tako je pomembna ugotovitev, da so bile te cene v skladu z upoštevnim nacionalnim pravom določene z arbitražno odločbo, saj GDA ni uspelo doseči dogovora z družbo MEO.

41. V obravnavani zadevi se zdi, da je predložitveno sodišče kot izhodišče predpostavilo, da se postavlja zgolj vprašanje, ali se je treba za ugotovitev obstoja zlorabe prevladujočega položaja, ki je posledica uporabe različnih cen za primerljive storitve, izreči konkretno o učinkih sporne prakse na konkurenco, ali pa je po drugi strani mogoče domnevati, da je taka praksa v nasprotju s členom 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU.

42. V tem smislu se zdi, da je predložitveno sodišče štelo, da so preostali pogoji za uporabo člena 102 PDEU izpolnjeni. Zlasti kot nesporno obravnava dejstvo, prvič, da je GDA podjetje s prevladujočim položajem in, drugič, da je ta organizacija za druge trgovinske partnerje uporabljala neenake pogoje „za primerljive posle“.

43. Vendar je po mojem razumevanju spisa, predloženega Sodišču, potrebna previdnost tako v zvezi z obstojem prevladujočega položaja GDA na resnično upoštevnem trgu v obravnavani zadevi kot tudi v zvezi z dejansko določitvijo neenakih cen za „primerljive posle“.

44. Dvomi, ki se mi porajajo v zvezi s tem, bi lahko povzročili hipotetičnost postavljenih vprašanj za predhodno odločanje, ki se nanašajo zgolj na opredelitev „podrejenega konkurenčnega položaja“ v smislu člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU.

45. Na prvem mestu menim, da se je mogoče vprašati o tem, ali je *GDA dejansko v prevladujočem položaju* na upoštevnem trgu veleprodajne ponudbe iz obravnavane zadeve.

46. V zvezi s tem je navedeno, da je GDA izpodbijala prav predpostavko, da je v prevladujočem položaju na upoštevnem trgu, čeprav je *de facto* edina družba na Portugalskem, ki upravlja pravice, sorodne avtorski pravici.

47. Glede tega je GDA trdila, da ne more izvajati poslovnega pritiska na svoja glavna partnerja, družbi MEO in NOS. Najprej, ti podjetji naj bi tvorili močan „duopol“. Dalje, pogoji izoblikovanja tarif naj bi bili določeni z nacionalno zakonodajo, s katero je strankam naloženo, da se morajo, če ni dosežen sporazum, obrniti na arbitražno sodišče. Nazadnje, ker ta organizacija ni vertikalno integrirana, naj ne bi imela nobenega interesa na trgih, ki so nižje ali višje v verigi. Nasprotno, izključitev družbe MEO s trga ali oslabitev njenega konkurenčnega položaja v primerjavi z družbo NOS naj bi bila zanjo neugodna. V takih okoliščinah naj ne bi bilo prevladujočega položaja in še manj njegove zlorabe.

48. Naj spomnim, da je GDA nepridobitna organizacija za upravljanje kolektivnih pravic umetnikov, katere namen je izvajanje in upravljanje pravic, sorodnih avtorskim pravicam, oseb, ki jih zastopa, in članov podobnih tujih organizacij. Med njenimi glavnimi strankami so ponudniki maloprodajne storitve dostopa do televizijskega signala s sklenitvijo naročniškega razmerja na Portugalskem, med njimi družbi MEO in NOS, ki sta v upoštevnem obdobju skupaj tvorili duopol.

49. V tem okviru je očitno, da je GDA v veliki meri odvisna od plačil storitev, ki jih zagotavlja tema podjetjema.

50. Poleg tega – kot izhaja iz spisa in kot je navedel AdC v svojem sklepu – naj bi obstajali indici o tem, da imajo ponudniki dostopa do televizijskega signala s sklenitvijo naročniškega razmerja določeno pogajalsko moč, s katero lahko uravnotežijo moč GDA. Ti indici – ki jih po mojem razumevanju spisa družba MEO ni izpodbijala [8] – so zlasti pogovori med GDA in ponudniki maloprodajnih storitev dostopa do televizijskega signala s sklenitvijo naročniškega razmerja, katerih namen je bil določiti tarifo, ki naj bi jo GDA uporabljala zanje od 1. januarja 2014 v okviru zadevne veleprodajne ponudbe.

8 Glej listine, vložene v nacionalni spis in navedene v sklepu AdC.

51. Torej je treba ugotoviti, da je GDA trenutno sicer res edina organizacija na Portugalskem, ki upravlja kolektivne pravice izvajalcev, vendar to še ne pomeni, da je dejansko v prevladujočem položaju, saj nima tržne moči, ki bi ji omogočala, da deluje neodvisno od trgovinskih partnerjev.

52. Ni sporno, da je namen člena 102 PDEU nadzirati tržno moč, ki jo ima neko podjetje. Da se lahko položaj podjetja opredeli kot prevladujoč, ne zadostuje sklicevanje na delež, ki ga to obvladuje na točno določenem trgu, ampak se je treba sklicevati tudi na gospodarsko moč, ki jo ima to podjetje zaradi svojega položaja.

53. Prevladujoči položaj je tako opredeljen kot položaj, v katerem ima eno ali več podjetij gospodarsko moč, ki jim omogoča, da v veliki meri ravnajo neodvisno od konkurentov, strank in končno tudi potrošnikov.[9] Tak položaj običajno nastane, ko podjetje ali skupina podjetij zagotavlja velik delež ponudbe na določenem trgu, če drugi dejavniki, preučevani v presoji (kot so vstopne ovire, odzivnost potrošnikov itd.) kažejo v isto smer.[10]

54. Poleg tega se lahko vprašamo, kakšen interes s konkurenčnega vidika ima GDA za določanje diskriminatornih cen, da bi z njimi izločila ali oslabila konkurenčni položaj ene od svojih strank. Ker nima nobenega interesa za to, da bi se branila na trgu nižje v verigi, na katerem sta delovali družbi MEO in NOS, se zdi, da je njen edini interes v tem, da poveča dinamičnost svojih prihodkov z določitvijo cen, o katerih se s tema ponudnika pogaja individualno in dvostransko.

55. Če ima v obravnavani zadevi kateri od subjektov s konkurenčnega vidika že korist od morebitne diskriminacije na trgu nižje v verigi, je to kvečjemu gospodarski subjekt, za katerega so se uporabljale domnevno nižje cene, v obravnavani zadevi družba NOS. Nasprotno pa imam težave z opredelitvijo, kako bi lahko tako razlikovanje neposredno ali posredno koristilo GDA. Ta vidik bom natančneje preučil v nadaljevanju.

56. Na drugem mestu se kot nadaljevanje zgoraj navedenega sprašujem, ali se v obravnavani zadevi dejansko za „primerljive posle“ uporabljajo „neenaki pogoji“ v smislu člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU – in gre torej za „diskriminacijo“, ne pa za objektivno „razlikovanje“ – v okviru zagotavljanja sorodnih pravic družbama MEO in NOS.

57. Kot izhaja iz sodne prakse, je treba primerljivost transakcij opredeliti ob upoštevanju vseh razmer, ki prevladujejo na trgu.[11] Te razmere vključujejo zlasti časovni vidik, saj se lahko cena, določena za opravljanje neke storitve, sčasoma spreminja ob upoštevanju *razmer na trgu in meril, uporabljenih za njeno izoblikovanje*. Povedano drugače, to, da so bili posli izvedeni v različnih časovnih obdobjih, lahko povzroči neprimerljivost transakcij.[12]

58. Poleg tega iz elementov, predloženih Sodišču, izhaja, da se za izoblikovanje cen in preostalih pogodbenih pogojev v zvezi s sorodnimi pravicami, ki jih GDA trži, uporabljajo zakonsko določeni pogoji, v skladu s katerimi se morajo stranke, če ne dosežejo sporazuma, obrniti na arbitražno sodišče. V takem primeru – in kot se je to zgodilo v zvezi s cenami, obračunanimi družbi MEO – GDA zgolj uporabi cene, določene z arbitražno odločbo. Torej menim, da so bile cene, ki jih GDA uporablja za družbo MEO oziroma NOS, določene v razmerah, ki se med seboj *a priori* razlikujejo.

9 Sodišče je to opredelitev izoblikovalo že zelo zgodaj (glej sodbi z dne 14. februarja 1978, United Brands in United Brands Continentaal/Komisija, 27/76, EU:C:1978:22, točka 65, in z dne 13. februarja 1979, Hoffmann-La Roche/Komisija, 85/76, EU:C:1979:36, točka 38). Nato se je vedno znova pojavljala v sodni praksi, zlasti najnovejši (glej zlasti sodbi z dne 14. oktobra 2010, Deutsche Telekom/Komisija, C-280/08 P, EU:C:2010:603, točka 170, in z dne 17. februarja 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, točki 23 in 79).

10 Glej Obvestilo Komisije 97/C 372/03 o opredelitvi upoštevnega trga za namene konkurenčnega prava Skupnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 1, str. 155).

11 Glej zlasti sodbi z dne 9. septembra 2009, Clearstream/Komisija (T-301/04, EU:T:2009:317, točke od 169 do 190), in z dne 7. oktobra 1999, Irish Sugar/Komisija (T-228/97, EU:T:1999:246, točka 64).

12 Glej v tem smislu zlasti O'Donoghue, R., in Padilla, J., *The Law and Economics of article 102 TFEU*, 2. izdaja, Hart Publishing, Oxford, 2013, str. 795; Geradin, D., in Petit, N., „Price discrimination under EC competition law “, *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket 2005, str. 23 (www.konkurrensverket.se/en/research/seminars/the-pros-and-cons/price-discrimination).

59. Naj sklenem, da zadeva v glavni stvari vključuje nekaj negotovosti v zvezi z upoštevnostjo člena 102 PDEU, ki presegajo zgolj vprašanje opredelitve „podrejenega konkurenčnega položaja“. Zlasti se zdi zelo občutljivo sankcionirati podjetje, ker naj bi zlorabilo svoj domnevno prevladujoči položaj s tem, da je za svoje partnerje, ki delujejo na trgu, ki je nižje v verigi, uporabilo različne cene, čeprav samo ne deluje na tem trgu in ima neposredne koristi od konkurence med temi partnerji. Zaradi teh negotovosti je še toliko bolj upravičena previdnost pri preučitvi spornih praks določanja različnih cen.

Praksa določanja različnih cen pomeni zlorabo položaja le, če povzroči podrejen konkurenčni položaj, kar pomeni, da je treba konkretno preučiti učinke prakse glede na vse upoštevne okoliščine

60. Tudi če bi se izkazalo – kar mora preveriti predložitveno sodišče – da je treba iz dejstev iz obravnavane zadeve izpeljati, prvič, da je GDA v prevladujočem položaju na zadevnem veleprodajnem trgu in, drugič, da je treba sporno ravnanje šteti za neenako obravnavanje primerljivih poslov, mora po mojem mnenju organ, pristojen za konkurenco, nujno dokazati, da so nekateri trgovinski partnerji zaradi tega izkrivljanja v *podrejenem konkurenčnem položaju*. Obstoja takega podrejenega položaja ni mogoče nikakor domnevati, ampak je vedno – in še zlasti v primeru tarifne diskriminacije „druge stopnje“ – potrebna preučitev učinkov spornih praks glede na vse okoliščine primera.

Praksa tarifne diskriminacije kot taka z vidika konkurenčnega prava ni sporna

61. Na splošno je treba opozoriti, da diskriminacija, tudi diskriminacija pri določanju cen, kot taka z vidika konkurenčnega prava ni sporna. Tako je, ker cenovna diskriminacija ni vedno škodljiva za konkurenco. Ravno nasprotno, kot kažejo med drugim (spodleteli) uradni poskusi v ZDA, da bi spremenili določbo o prepovedi take diskriminacije, vključeno v ameriški zakon iz leta 1936, znan pod imenom *Robinson-Patman Act*,[13] se lahko preprosta prepoved tarifne diskriminacije izkaže za škodljivo z vidika gospodarske učinkovitosti in blaginje potrošnikov.

62. Niti najmanj ni namreč sporno, da praksa diskriminacije – in še zlasti določanje različnih cen – z vidika konkurence povzroči ambivalentne učinke. Posledica take prakse je lahko krepitev gospodarske učinkovitosti in blaginje potrošnikov, to pa sta cilja, ki ju ob uporabi pravil o konkurenci po mojem mnenju ne smemo zanemariti in ki se vsekakor razlikujeta od vidikov, povezanih s pravičnostjo. Kot je že večkrat odločilo Sodišče, je namen pravil o konkurenci zavarovati konkurenco, ne pa konkurente.[14]

63. Tako z vidika kartelnega prava kot tudi z vidika zlorabe prevladujočega položaja bi morala v zvezi s tarifno diskriminacijo obstajati možnost sankcioniranja le, če ta povzroči dejanski ali potencialni protikonkurenčni učinek. Opredelitve takega učinka ne smemo mešati z neposredno postavitvijo v podrejen položaj, ki jo občutijo – ali celo utrpijo – gospodarski subjekti, ki se jim za pridobitev blaga ali storitve zaračunajo višje cene. Tako je okoliščino, da je bila podjetju za pridobitev blaga ali storitve zaračunana višja cena kot drugemu konkurenčnemu podjetju ali drugim konkurenčnim podjetjem, mogoče šteti za podrejen položaj, ni pa nujno, da to povzroči „podrejen konkurenčni položaj“.

13 Glej zlasti US Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007, poglavje IV.a: „The Robinson-Patman Act“, ki je na voljo na spletnem mestu http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. Leta 2007 je tudi US Antitrust Modernization Commission (ameriška komisija za posodobitev varstva konkurence, Združene države) neuspešno predlagala spremembo te določbe. Za bolj nedavno analizo glej tudi Kirkwood, J. B.; „Reforming the Robinson-Patman Act to Serve Consumers and Control Powerful Buyers“, *The Antitrust Bulletin*, zvezek 60, št. 4, 2015, str. 358–383.

14 Glej v tem smislu glede praks rabatov sklepne predloge, ki sem jih predstavil v zadevi Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2016:788, točka 41).

64. Čeprav se torej enemu od podjetij zaračunavajo tarife, višje od tistih, ki se uporabljajo za druga podjetja, in je (ali meni, da je) zato diskriminirano, je mogoče to ravnanje obravnavati z vidika navedene določbe le, če je dokazano, da se lahko z njim omejuje konkurenca in da lahko vpliva na blaginjo potrošnikov.

65. V pravu, ki ureja zlorabe prevladujočega položaja, praksa tarifne diskriminacije podjetju, ki je v takem položaju, zlasti omogoča, da svoje izdelke in storitve ponudi več potrošnikom, na primer tistim z manjšo kupno močjo. V istem smislu bo stranka podjetja, tudi tistega s prevladujočim položajem, načeloma težila k temu, da bi prodala več in tako izkoristila popust „za zvestobo“, to pa bo tudi zanjo spodbuda, da zniža cene in torej zmanjša svojo maržo, kar je konec koncev za potrošnika pozitivno. V tem okviru je treba poudariti, da je zmožnost gospodarskih subjektov, da uporabijo svojo pogajalsko moč za to, da si zagotovijo najboljše tarifne pogoje in zmanjšajo svoje stroške, pomemben dejavnik konkurence.[15] Navsezadnje je določanje različnih cen lahko pomemben pospeševalec konkurence.

66. Natančneje, naj v zvezi z vprašanjem, ali praksa cenovne diskriminacije, ki jo uporablja podjetje za svoje „trgovinske partnerje“, ki so najpogosteje njegove stranke na trgu nižje v verigi, lahko pomeni zlorabo prevladujočega položaja, opozorim, da člen 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU podjetjem s prevladujočim položajem izrecno prepoveduje, da bi za take partnerje uporabljali neenake pogoje za primerljive posle, s čimer bi bili ti „postavljeni v podrejen konkurenčni položaj“.

67. V nasprotju s tem, kar bi lahko sklenili na podlagi površne analize, s členom 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU imetnikom monopola ali prevladujočega položaja ni naloženo, da za svoje trgovinske partnerje uporabljajo enotne tarife.

68. Torej iz samega besedila te določbe izhaja, da se za tarifno diskriminacijo, ki jo za svoje trgovinske partnerje uporablja prevladujoče podjetje, lahko uporablja prepoved zlorabe prevladujočega položaja, *če in samo če je konkurenca, ki se izvaja med temi partnerji*, zaradi te diskriminacije *izkrivljena*.

69. Konec koncev dosledna uporaba te določbe zahteva, da se po eni strani ugotovi obstoj konkurenčnega odnosa med trgovinskimi partnerji prevladujočega podjetja, po drugi strani pa se dokaže, da je mogoče z ravnanjem tega podjetja v konkretnem primeru izkriviti konkurenco med zadevnimi podjetji.[16] To bom podrobneje preučil v nadaljevanju.

Za prakso tarifne diskriminacije druge stopnje se lahko člen 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU uporablja šele po preučitvi te diskriminacije glede na vse okoliščine primera

70. Postopoma se je v praksi odločanja organov, pristojnih za konkurenco, in najnovejši sodni praksi Sodišča[17] izoblikovalo stališče, da v primeru, ko se ravnanje podjetja preučuje z vidika člena 102 PDEU, obstoja omejitve konkurence ni mogoče domnevati. Da se ugotovi obstoj take omejitve, je treba v vseh primerih preučiti dejanske ali potencialne učinke spornega ukrepa glede na vse okoliščine primera.

71. V primeru prakse tarifne diskriminacije se analiza, ki jo je treba opraviti, bistveno razlikuje glede na to, ali se obravnava diskriminacija „prve stopnje“ ali „druge stopnje“.

15 Torej bi lahko obveznost, da mora subjekt vse svoje trgovinske partnerje obravnavati enako, privedla do protikonkurenčnih posledic (glej Bulmash, H., „An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations“, *Journal of Competition Law & Economics*, zvezek 8, št. 2, 2012, str. 361–397).

16 Glej v tem smislu sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2006:133, točki 104 in 105).

17 Glej zlasti sodbo z dne 6. septembra 2017, Intel/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632, točke od 133 do 147).

72. Poenostavljeno povedano je *diskriminacija prve stopnje* tista, ki se izvaja v odnosu do konkurentov prevladujočega podjetja. Najpogosteje se nanaša na prakse tarifne diskriminacije, katerih namen je privabiti nekatere stranke konkurenčnih gospodarskih subjektov, kot so plenilske cene, različno visoki rabati ali prakse cenovnih škarij. Splošneje, ta diskriminacija zadeva vse cenovne prakse, katerih namen je izločiti gospodarske subjekte, navzoče na istem trgu in na isti ravni (vertikalno), kot je tista, na kateri deluje prevladujoče podjetje, ali oslabiti njihov konkurenčni položaj.

73. Te prakse tarifne diskriminacije prve stopnje so zaradi neposrednih učinkov izločitve, ki jih lahko povzročijo, tiste, ki jih običajno obravnavajo organi, pristojni za konkurenco.

74. *Diskriminacija druge stopnje*, ki se večinoma obravnava v členu 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU, se nanaša na diskriminacijo, ki vpliva na „trgovinske partnerje“ na trgu, ki je v verigi nižje ali višje od trga, na katerem deluje to podjetje. Nanaša se zlasti na primer, ko se prevladujoče podjetje odloči za svoje stranke, to je subjekte, ki z njim niso v neposrednem konkurenčnem odnosu, uporabiti različne cene. Namen te določbe je preprečiti, da bi poslovno ravnanje podjetja s prevladujočim položajem izkrivilo konkurenco na trgu višje ali nižje v verigi, to je konkurenco med dobavitelji ali strankami tega podjetja. Sopogodbeniki navedenega podjetja pri medsebojnem konkuriranju ne smejo biti niti v ugodnejšem niti v slabšem položaju.[18]

75. Kar zadeva zadnjenavedeno vrsto diskriminacije, učinek izločitve in omejevanja konkurenčnega procesa ni vedno jasno razviden. Ravno nasprotno, podjetje, ki deluje na trgu višje v verigi, načeloma v celoti izkorišča konkurenco, ki deluje na trgu nižje v verigi.

76. Po mojem mnenju – in kot je bilo navedeno v številnih teoretičnih študijah – je treba med preučitvijo tarifne diskriminacije za namene uporabe člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU, kot je tista, ki se izpodbija v obravnavani zadevi, že na samem začetku ločevati med vertikalno integriranimi podjetji, ki imajo torej interes za to, da izrinejo konkurente s trga nižje v verigi, in podjetji, ki takega interesa nimajo.

77. Če je podjetje vertikalno integrirano, je to, da prevladujoče podjetje uporablja diskriminatorne cene na trgu višje ali nižje v verigi, dejansko primerljivo z diskriminacijo prve stopnje, ki neposredno vpliva na konkurente tega podjetja. Taka diskriminacija lahko učinkuje tako, da oslabi konkurente prevladujočega podjetja na trgu nižje v verigi.

78. Zadeva, v kateri je bila izrečena sodba Deutsche Bahn/Komisija,[19] je dober zgled za učinek omejevanja konkurence, ki ga lahko povzroči tarifna diskriminacija, ki je hkrati diskriminacija prve in druge stopnje ter jo izvaja vertikalno integrirano podjetje. Družba Deutsche Bahn AG je z uporabo različnih tarif za prevoznike kontejnerjev, ki so delovali na t. i. zahodnih linijah, za primerljive posle, povezane z železniškimi infrastrukturami, svoje trgovinske partnerje nedvomno postavila v *podrejen konkurenčni položaj v odnosu do nje same in njene odvisne družbe*.[20]

79. Nasprotno, če podjetje s prevladujočim položajem ni vertikalno integrirano in se ne obravnavajo ravnanja javnih subjektov, katerih bolj ali manj neposredni učinek je geografsko zapiranje ali diskriminacija na podlagi državljanstva,[21] se je dovoljeno vprašati, kakšno korist si želi zagotoviti to podjetje z diskriminacijo, katere namen je postavitev enega od njegovih trgovinskih partnerjev na trgu nižje v verigi v podrejen položaj. Tako podjetje ima namreč velik interes za to, da je zadnjenavedeni trg zelo konkurenčen, da lahko ohrani svojo pogajalsko moč kot prodajalec zadevnih izdelkov ali

18 Glej sodbo z dne 15. marca 2007, British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, točka 143).

19 Sodba z dne 21. oktobra 1997 (T-229/94, EU:T:1997:155), potrjena s sklepom z dne 27. aprila 1999, Deutsche Bahn/Komisija (C-436/97 P, EU:C:1999:205).

20 Sodba z dne 21. oktobra 1997, Deutsche Bahn/Komisija (T-229/94, EU:T:1997:155, točka 93).

21 Glej v tem smislu sodbi z dne 29. marca 2001, Portugalska/Komisija (C-163/99, EU:C:2001:189, točki 46 in 66), ter z dne 17. maja 1994, Corsica Ferries (C-18/93, EU:C:1994:195, točke od 43 do 45).

storitev. Če – kot v zadevi v glavni stvari – podjetje s prevladujočim položajem strankam na trgu nižje v verigi ne konkurira, ni preprosto opredeliti razlogov (razen tega, da te stranke neposredno izkorišča), ki bi ga privedli do uporabe diskriminatornih cen. Torej se za tako podjetje ne zdi najbolj racionalno, da bi zmanjšalo konkurenčni pritisk, ki obstaja med njegovimi trgovinskimi partnerji nižje v verigi.

80. S tem je mogoče prav gotovo pojasniti dejstvo, da so zadeve, ki se nanašajo na „čisto“ *diskriminacijo druge stopnje*, torej na položaje, kot je tisti iz zadeve v glavni stvari, ko prevladujoče podjetje (ki ni vertikalno integrirano) na prvi pogled nima nobenega interesa za to, da izloči svoje partnerje na trgu nižje v verigi, izjemno redke. [22]

81. Poleg tega je treba še ugotoviti, da so v okviru preučevanja zadev, ki jih je obravnavalo Sodišče, pojasnila v zvezi z upoštevnostjo člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU še posebej skopa in iz njih vsekakor ni mogoče razbrati jasnih smernic za opredelitev „podrejenega konkurenčnega položaja“ v smislu te določbe.

82. S tega vidika si omembo zasluži sodba Kanal 5 in TV 4, [23] ki se nanaša na primer, ki je navsezadnje podoben obravnavani zadevi. Ta zadeva se je nanašala na spor med družbama Kanal 5 Ltd in TV 4 AB na eni strani ter Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa (organizacija za kolektivno upravljanje avtorskih pravic na področju glasbenih del, Švedska) na drugi strani glede cenika licenčnin, ki ga je za televizijsko predvajanje glasbenih del, varovanih z avtorsko pravico, uporabljala ta organizacija.

83. Sodišče – ki je bilo pozvano, naj opredeli, ali okoliščina, da organizacija za kolektivno upravljanje avtorskih pravic licenčnine, pobrane kot plačilo za televizijsko predvajanje glasbenih del, varovanih z avtorsko pravico, izračuna različno glede na to, ali gre za zasebne televizijske družbe ali za družbe, ki opravljajo dejavnost javne službe, pomeni kršitev točke (c) drugega odstavka člena 82 ES (postal člen 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU) – se ni resnično izreklo o povezavi med to tarifno diskriminacijo in podrejenim konkurenčnim položajem, ki bi ga bilo morda treba ugotoviti na trgu nižje v verigi. Poleg tega je opozorilo, da mora predložitveno sodišče za namene uporabe te določbe preveriti nekaj vidikov.

84. V zvezi s tem je treba še ugotoviti, da pristop Komisije in sodišč Evropske unije pogosto vključuje uporabo te določbe za položaj diskriminacije prve stopnje, v katerem ni dokazano, da obstaja „podrejen konkurenčni položaj“, kar je v doktrini sprožilo nekaj nasprotovanj v prizadevanju za strožjo uporabo pogojev, ki izrecno izhajajo iz besedila te določbe. [24] Nekateri komentatorji si tako želijo strožji pristop k tarifni diskriminaciji, na katero se nanaša člen 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU, ali v tem okviru priporočajo preučitev vsakega primera posebej. [25]

85. Poleg tega je Sodišče, ki je bilo pozvano, naj pojasni zahteve v zvezi z ugotovitvijo podrejenega konkurenčnega položaja v smislu te določbe, v zadevi British Airways/Komisija, [26] ki je za namene preučevanja praks tarifne diskriminacije z vidika člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU referenčna sodba, poudarilo: „da bi bili izpolnjeni pogoji za uporabo člena 102, drugi odstavek, točka (c), [PDEU], [je] pomembno, da se ne ugotovi samo, da je ravnanje podjetja s prevladujočim položajem na določenem trgu diskriminatorno, ampak tudi, da se z njim poskuša izkriviti to razmerje konkurence, to je poslabšati konkurenčni položaj dela poslovnih [trgovinskih] partnerjev tega podjetja glede na preostale“.

22 Glej zadevi, navedeni v opombi 21. Glej tudi sodbo z dne 11. decembra 2008, Kanal 5 in TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

23 Sodba z dne 11. decembra 2008 (C-52/07, EU:C:2008:703).

24 Glej zlasti Perrot, A., „Towards an effects-based approach of price discrimination“, *The Pros and Cons of Price Discrimination*, navedeno zgoraj, zlasti str. 166 in naslednje.

25 Glej članek, naveden v prejšnji opombi. Glej tudi Geradin, D., in Petit, N., „Price Discrimination under EC competition law: The Need for a case-by-case approach“, *Global Competition Law Centre Working Paper* 07/05, str. 45 in 46.

26 Sodba z dne 15. marca 2007, British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, točka 144).

86. Čeprav – kot je pojasnilo Sodišče – torej nič ne nasprotuje temu, da bi se diskriminacija trgovinskih partnerjev, ki si ne konkurirajo, štela za zlorabo, je treba kljub temu še dokazati, da skuša podjetje s prevladujočim položajem s svojim ravnanjem „glede na vse okoliščine primera“ izkriviti konkurenco med temi trgovinskimi partnerji.[27]

87. Povedano drugače, člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU ni mogoče razlagati, kot da je z njim podjetju s prevladujočim položajem na danem trgu naloženo, da v vseh okoliščinah in ne glede na analizo učinkov spornega ravnanja na konkurenco za svoje trgovinske partnerje uporablja enotne cene.

88. Torej je v okviru presoje prakse tarifne diskriminacije nujno upoštevati „vse okoliščine primera“. Iz člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU ni mogoče nikakor izpeljati, da taka praksa v vseh primerih privede do „podrejenega konkurenčnega položaja“.

89. Naj v zvezi s sodbo Clearstream/Komisija[28], na katero predložitveno sodišče izrecno napotuje v besedilu svojih vprašanj, ugotovim, da se je želelo Splošno sodišče v njej pri preučitvi omejiti na zadevo, ki mu je bila domnevno predložena. Kot izhaja iz točke 192 te sodbe, je Splošno sodišče opozorilo na načelo, da je, „da bi bili izpolnjeni pogoji za uporabo člena [102], drugi odstavek, točka (c), [PDEU], pomembno, da se ugotovi ne samo, da je ravnanje podjetja s prevladujočim položajem na določenem trgu diskriminatorno, *ampak tudi, da se z njim skuša izkriviti to razmerje konkurence*“ (moj poudarek).

90. Pa tudi če bi bilo mogoče iz te sodbe izpeljati, da je Splošno sodišče sprejelo domnevo, da lahko tarifna diskriminacija povzroči tak podrejen položaj, je treba vsekakor ugotoviti, da je navedena sodba Splošnega sodišča, ki je poleg tega ni potrdilo Sodišče, saj se ni izpodbijala s pritožbo, nekoliko zastarela.

91. Menim, da se ta sodba navezuje na obdobje, ko se je lahko še razpravljalo o naravi pristopa – torej o (formalnem) pristopu zaradi cilja ali pristopu zaradi posledic – ki ga je treba uporabiti pri preučevanju ravnanj podjetij, za katera se trdi, da pomenijo zlorabo prevladujočega položaja.

92. Nazadnje je treba po mojem mnenju še pojasniti, da je dokaz o tem, da obstaja podrejen konkurenčni položaj, ločen od ocene verjetnosti, da bo ravnanje podjetja, ki lahko po naravi povzroči učinke izločitve, privedlo do omejevanja konkurence in, natančneje, da bo povzročilo očitane učinke izločitve.[29] Cilj te zahteve se je za namene uporabe člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU konkretno prepričati, da praksa tarifne diskriminacije, ki jo uporablja podjetje v odnosu do svojih trgovinskih partnerjev in ki kot taka z vidika konkurence ne more biti sporna, privede do izoblikovanja podrejenega konkurenčnega položaja.

93. Kot sem že imel priložnost poudariti,[30] se je na splošno pri preučevanju praks tarifne diskriminacije z vidika člena 102 PDEU težko oklepati formalizma ali sistematizacije. Zlasti je analiza vprašanja, ali lahko tarifna diskriminacija, ki jo izvaja podjetje s prevladujočim položajem na danem trgu, konkretno vpliva na konkurenco, ki se izvaja na trgu višje ali nižje v verigi, predvsem kazuistična in mora taka tudi ostati.

27 Sodba z dne 15. marca 2007, British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, točka 145).

28 Sodba z dne 9. septembra 2009 (T-301/04, EU:T:2009:317, točka 194). Splošno sodišče je odločilo, da je „[v] obravnavanem primeru […] uporaba drugačnih cen za enega od poslovnih [trgovinskih] partnerjev za enake storitve, in to neprekinjeno pet let in s strani podjetja, ki ima na začetku verige na trgu dejanski monopol, tega partnerja nedvomno postavila v konkurenčno manj ugoden položaj“.

29 Glej v zvezi s tem sodbo z dne 6. septembra 2017, Intel/Komisija(C-413/14 P, EU:C:2017:632, točke od 138 do 141).

30 Glej zlasti sklepne predloge, ki sem jih predstavil v zadevi Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2016:788, točka 73 in naslednje).

Za ugotovitev obstoja podrejenega konkurenčnega položaja je treba poleg morebitne nastale diskriminacije konkretno dokazati obstoj podrejenega konkurenčnega položaja

94. V nasprotju s tem, za kar se zdi, da izhaja iz stališča, ki ga zagovarja družba MEO v okviru tega postopka, menim, da ni nujno, da tarifno diskriminacijo spremlja „podrejen konkurenčni položaj“ v smislu člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU.

95. Menim, da se s tako presojo mešata presoja obstoja „podrejenega konkurenčnega položaja“ in obstoja „podrejenih položajev med konkurenti“ ali celo podrejenega položaja na splošno.

96. Za to, da se ugotovi „podrejen konkurenčni položaj“ v smislu člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU, mora zadevna praksa poleg tega, da tarifna diskriminacija, obravnavana ločeno, povzroči podrejen položaj, imeti tudi poseben učinek na konkurenčni položaj domnevno diskriminiranega podjetja.

97. Povedano drugače, nastali podrejeni položaj mora biti dovolj izrazit, da ima posledice za konkurenčni položaj diskriminiranega podjetja. Torej je treba dokazati, da diskriminatorne cene težijo k izkrivljanju konkurenčnega razmerja med trgovinskimi partnerji na trgu nižje v verigi.

98. Za tako analizo mora organ, pristojen za konkurenco, upoštevati vse okoliščine primera, ki mu je predložen v obravnavo. Zaradi prakse diskriminatornih cen so stranke družbe s prevladujočim položajem postavljene v podrejen konkurenčni položaj, če lahko taka praksa konkretno negativno vpliva na konkurenco na trgu, na katerem stranke te družbe delujejo. Da bi v tem okviru opredelili izkrivljanje konkurence, torej ne moremo zgolj oceniti vpliva diskriminatorne prakse na ravni točno določenega trgovinskega partnerja.

99. Zlasti je treba preučiti, ali lahko sporna tarifna diskriminacija negativno vpliva na zmožnost trgovinskih partnerjev v slabšem položaju za to, da lahko izvajajo dejanski konkurenčni pritisk na trgovinske partnerje v ugodnejšem položaju.

100. Drži sicer, da se v skladu s sodno prakso Sodišča ne zahteva dokaz o tem, da je ravnanje prevladujočega podjetja dejansko količinsko opredeljivo poslabšalo konkurenčni položaj enega ali več trgovinskih partnerjev,[31] ali o tem, da je protikonkurenčni učinek na trgu, na katerem si trgovinski partnerji konkurirajo, „znaten“ – določitev praga znatnosti (minimalnega praga), da bi se opredelila zloraba prevladujočega položaja, torej ni utemeljena.[32]

101. Vendar zato nič manj ne drži, da preprostega „podrejenega položaja“, ki izhaja iz diskriminacije kot take, ne smemo mešati s „podrejenim konkurenčnim položajem“, ki se mora udejanjiti na trgu, na katerem delujejo trgovinski partnerji prevladujočega podjetja – v obravnavani zadevi na trgu pravic, sorodnih avtorski pravici, ki je nižje v verigi – saj v nasprotnem primeru ne bi bili izpolnjeni pogoji, jasno navedeni v členu 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU.

102. V zvezi s tem menim, da je treba razlikovati med protikonkurenčnimi ravnanji, ki so že po naravi škodljiva in zato pomenijo omejevanje konkurence, ter ravnanji – kot so prakse določanja različnih tarif druge stopnje, ki jih uporablja prevladujoče podjetje, ki ni vertikalno integrirano – v zvezi s katerimi je potrebna podrobnejša preučitev konkretnih posledic, da je mogoče skleniti, da obstaja tako omejevanje.

31 Glej sodbo z dne 15. marca 2007, British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, točka 145).

32 Glej sodbo z dne 6. oktobra 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, točka 73).

103. Pri tem se ne razlikuje med omejitvami konkurence glede na to, ali so manj pomembne ali ne – s čimer bi utemeljili določitev minimalnega praga, ki je v okviru člena 102 PDEU načeloma izključen. Prej kot to se opredeli obstoj dejanske omejitve konkurence, ki je jasno ločena od tarifne diskriminacije in mora dopolnjevati to diskriminacijo.

104. Torej lahko dejstvo, da se enemu od teh trgovinskih partnerjev zaračunava višja cena, vpliva kvečjemu na stroške, ki jih nosi to podjetje, ter zelo hipotetično na donosnost in dobiček, ki ju to podjetje pričakuje. Vendar to še ne pomeni, da sporna tarifna diskriminacija vpliva na raven konkurence na trgu nižje v verigi. Kot je v pisnih stališčih zelo upravičeno poudarila GDA, sta donosnost in konkurenčnost jasno ločena dejavnika.

105. Po mojem mnenju iz tega izhaja, da morebitno različno obravnavanje, ki ne bi vplivalo na konkurenco ali bi imelo zelo majhne vplive nanjo, ne more pomeniti zlorabe prevladujočega položaja v smislu člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU.[33]

106. Obstoj podrejenega konkurenčnega položaja je treba dokazati tako, da se preučijo dejanski ali potencialni učinki sporne prakse z vidika *vseh upoštevnih okoliščin*, povezanih tako z zadevnimi transakcijami kot tudi z značilnostmi trga, na katerem delujejo trgovinski partnerji prevladujočega podjetja.

107. Pri preučitvi učinka izkrivljanja ali izločitve, ki naj bi ga imele prakse tarifne diskriminacije, se je treba najprej nedvomno vprašati o resničnosti in sorazmernem pomenu sporne določitve različnih tarif.

108. Dalje, določen pomen je treba pripisati tudi preučitvi pomena stroškov za izdelke ali storitve, ki jih zagotavlja prevladujoče podjetje, v primerjavi s skupnimi stroški, ki jih nosi eden ali več partnerjev, ki so domnevno v slabšem položaju.

109. Če cena, ki jo vsili prevladujoče podjetje, predstavlja bistven delež skupnih stroškov, ki jih nosi stranka v slabšem položaju, bi lahko cenovna diskriminacija vplivala ne le na donosnost dejavnosti te stranke, ampak tudi na njen konkurenčni položaj.[34]

110. Če pa je po drugi strani sorazmerna teža cen, ki jih vsili prevladujoče podjetje, minimalna, te ne morejo vplivati na konkurenčni položaj stranke, postavljene v slabši položaj.

111. Če se vrnemo k obravnavani zadevi, je AdC ugotovil, da ti stroški niso bistveni. Ta organ je v točki 67 svojega sklepa namreč navedel, da je treba na podlagi informacij, ki jih je družba MEO predložila 23. junija 2015, skleniti, da so med 1. januarjem 2010 in 31. decembrom 2013 zneski, ki jih je ta družba vsako leto plačala GDA v okviru zadevne veleprodajne storitve, predstavljali majhen delež stroškov, ki jih je ta družba nosila v okviru dajanja na voljo maloprodajne storitve dostopa do televizijskega signala s sklenitvijo naročniškega razmerja, in neznaten delež dobička te družbe v okviru dajanja na voljo navedene maloprodajne storitve. Ker je sorazmerna teža v zvezi s ceno sorodnih pravic, ki jo zaračunava GDA, po mnenju AdC nepomembna, je težko razumeti, kako bi lahko določanje različnih tarif, ki jih uporablja GDA, zaradi svojega pomena vplivalo na konkurenčni položaj družbe MEO in bi torej ustvarilo podrejen konkurenčni položaj.

33 Glej v tem smislu in za uskladitev različnih pristopov, ki si na tem področju med seboj nasprotujejo, O'Donoghue, R., in Padilla J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, navedeno zgoraj, str. 802 in 803.

34 Glej zlasti analizo Komisije v Odločbi Soda-Ash/Solvay (Odločba Komisije 91/299/EGS z dne 19. decembra 1990 o uporabi postopka iz člena 86 Pogodbe EGS (IV/33.133-C: Natrijev karbonat – Solvay, UL 1991, L 152, str. 21, točka 64), v kateri je bilo ugotovljeno, da ima sporna cenovna diskriminacija pomemben učinek na konkurenčni položaj prizadetih podjetij, saj je lahko zadevni izdelek predstavljal do 70 % stroškov mešanice surovin za proizvodnjo stekla. Cena, ki jo je bilo treba plačati za nakup te surovine, je torej vplivala na donosnost in konkurenčnost steklarjev.

Končne pripombe glede vloge organa, pristojnega za konkurenco, pri katerem je vložena pritožba

112. V obravnavani zadevi – in čeprav je navsezadnje v izključni pristojnosti predložitvenega sodišča, da glede na vse okoliščine primera presodi, zakaj je sporno določanje različnih tarif ustvarilo podrejen konkurenčni položaj – torej menim, da AdC ni storil napake, ker je preučil, ali lahko z ekonomskega vidika različne tarife, zaračunane družbama MEO in NOS, vplivajo na konkurenčnost družbe MEO v primerjavi z družbo NOS.

113. Menim, da je treba za konec še opozoriti, da ima organ, pristojen za konkurenco, ko je pri njem vložena pritožba, s katero se zatrjuje obstoj zlorabe prevladujočega položaja, ki izhaja zlasti iz tarifne diskriminacije druge stopnje, kot je tista iz obravnavane zadeve, nalogo natančno preveriti *dejanske in pravne elemente, s katerimi ga je seznanil pritožnik*, zato da načeloma v razumnem roku odloči, ali mora uvesti postopek za ugotovitev obstoja kršitve, ali zavrniti pritožbo brez uvedbe postopka, ali postopek s pritožbo ustaviti. [35]

114. V takem okviru mora biti sklep o ustavitvi postopka s pritožbo obrazložen z zavrnitvijo elementov, posebej predloženih organu. Po drugi strani pa temu organu ni mogoče očitati, da bi moral v absolutnem smislu in brez konkretnih elementov, ki bi potrjevali zlasti obstoj omejevanja konkurence, opredeliti, zakaj bi lahko sporno ravnanje morda pomenilo zlorabo.

Predlog

115. Glede na vse navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je postavilo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (sodišče za konkurenco, regulacijo in nadzor, Portugalska), odgovori:

Če ni podana nikakršna objektivna utemeljitev, to, da podjetje s prevladujočim položajem nekaterim svojim imetnikom licence zaračunava višje cene v primerjavi s cenami, ki jih zaračunava preostalim imetnikom, pomeni zlorabo v smislu člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU, če in samo če so zaradi te prakse prvonavedeni postavljeni v podrejen konkurenčni položaj v primerjavi s preostalimi imetniki, s katerimi si konkurirajo.

Trgovinski partnerji prevladujočega podjetja so postavljeni v podrejen konkurenčni položaj v smislu člena 102, drugi odstavek, točka (c), PDEU, če uporaba neenakih pogojev za primerljive posle škoduje konkurenčnemu položaju nekaterih od njih v primerjavi z drugimi in če je zato izkrivljena konkurenca med trgovinskimi partnerji v ugodnejšem in trgovinskimi partnerji v slabšem položaju.

Za ugotovitev obstoja podrejenega konkurenčnega položaja je treba ugotoviti izkrivljanje konkurence med zadevnimi strankami na upoštevnem trgu, to izkrivljanje pa je ločeno od preprostega različnega obravnavanja, ki je bilo morda ugotovljeno. Priporočena analiza ne sme vključevati zgolj formalno izvedene samodejne izpeljave na podlagi dejanskih ali pravnih domnev, ampak mora zajemati konkretno preučitev vseh okoliščin primera. Upoštevati je mogoče zlasti – ne pa izključno – naravo in pomen spornega določanja različnih cen ter strukturo stroškov zadevnih podjetij.

35 Glej po analogiji v zvezi z vlogo, ki jo ima Komisija, sodbo z dne 19. maja 2011, Ryanair/Komisija (T-423/07, EU:T:2011:226, točka 53).