Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
N. WAHL
представено на 20 декември 2017 година[1]

Дело C-525/16

MEO — Serviços de Comunicações e Multimédia SA
срещу
Autoridade da Concorrência

(Преюдициално запитване, отправено от Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Съд по конкуренцията, регулацията и надзора, Португалия)

„Преюдициално запитване — Господстващо положение — Конкуренция — Злоупотреба с господстващо положение — Член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС — Понятието „сравнително по-неблагоприятно положение“ — Дискриминационни цени на пазара надолу по веригата — Управление на сродни на авторското право права — Платена телевизия“

1. Могат ли органите по конкуренцията да възприемат от гледната точка на член 102 ДФЕС прилагането от дадено образувание на различни цени и ако могат, при какви условия? Има ли минимален праг, за да се установи в такъв контекст злоупотреба с господстващо положение по смисъла на този член?

2. Такива са по същество поставените въпроси в настоящото преюдициално запитване, което се отнася по-точно до тълкуването на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС, по силата на който злоупотребата с господстващо положение може да се изразява по-специално в „прилагане на различни условия по отношение на еквивалентни сделки с други търговски партньори, като по този начин ги поставя в сравнително по-неблагоприятно положение“.

3. Запитването е отправено в рамките на спор между MEO — Serviços de Comunicações e Multimédia SA (наричано по-нататък „MEO“) и Autoridade da Concorrência (орган по конкуренцията, Португалия) (наричан по-нататък „AdC“) относно постановеното от същия решение за прекратяване на производството в отговор на подадената от MEO жалба срещу GD — Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantes (дружество за управление на правата на артистите изпълнители, Португалия) (наричано по-нататък „GDA“) поради твърдяна злоупотреба с господстващо положение в областта на правата на артистите изпълнители, сродни на авторското право.

4. Според мен делото дава възможност да се уточни, че независимо от наличието на диференцирана ценова практика, която сама по себе си не е проблемна от гледна точка на конкуренцията, именно фактът, че такова поведение нарушава конкуренцията или засяга конкурентното положение на търговските партньори, представлява злоупотреба с господстващо

1 Език на оригиналния текст: френски.

положение. Поради това не може да се презумира, че диференцираните ценови практики водят до „сравнително по-неблагоприятно положение“, без да се разгледат всички обстоятелства в конкретния случай, особено когато става въпрос за така наречената дискриминация от „втора степен“.

Правна уредба

Правото на Съюза

5. Член 3, параграф 1, последно изречение от Регламент (ЕО) № 1/2003[2] гласи, че „[к]огато органите по конкуренция на държавите членки или националните съдилища прилагат националното право на конкуренция по отношение на всякакви злоупотреби, забранени от член [102 ДФЕС], те прилагат също и член [102 ДФЕС]“.

Португалското право

6. Текстът на член 11, параграф 1 и параграф 2, буква c) от Novo Regime Juridíco da Concorrência (Нов правен режим на конкуренцията)[3] съвпада с този на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС.

Спорът в главното производство, преюдициалните въпроси и производството пред Съда

7. GDA е кооперативно дружество с нестопанска цел за колективно управление на правата на артистите и изпълнителите, което управлява свързаните с авторското право права на членовете си и на тези на чуждестранни дружества от същия вид, с които е сключило договори за представителство и/или договори за предоставяне на взаимни права и задължения.

8. В този контекст основната дейност на GDA е събирането на такси за упражняването на свързаните права и разпределянето на тези суми между притежателите. Въпреки че не притежава законен монопол, понастоящем то е единствената действаща в Португалия организация за колективно управление на сродни на авторското право права.

9. Сред предприятията, които използват репертоара на членовете на GDA и дори на членовете на чуждестранни организации от същия вид, с които GDA е сключило договори за представителство или договори за предоставяне на взаимни права и задължения, са доставчиците на дребно на услугата по предаване на телевизионен сигнал и на съответното му съдържание срещу заплащане на определена сума.

10. Жалбоподателят в главното производство, MEO, е един от тези доставчици, клиент на GDA.

11. В периода между 2008 г. и 2014 г. GDA прилага три различни ценови таблици по отношение на доставчиците в рамките на услугата на едро. В периода между 2010 г. и 2013 г. GDA прилага едновременно и трите таблици.

2 Регламент на Съвета от 16 декември 2002 година относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в членове 81 и 82 от Договора (ОВ L 1, 2003 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 167).

3 Одобрен със Lei n.º 19/2012 (Закон № 19/2012) от 8 май 2012 г.

12. От предоставената на Съда преписка е видно, че прилаганата по отношение на MEO ценова таблица произтича от решение от 10 април 2012 г., взето в съответствие с приложимото право от арбитражен съд [4].

13. На 24 юни и на 22 октомври 2014 г. PT Comunicações S.A., праводател на MEO, подава пред AdC жалба срещу GDA за евентуална злоупотреба с господстващо положение. MEO твърди, че тази злоупотреба произтича от прилагането от страна на GDA на прекомерно високи цени за упражняването на сродните права на артистите изпълнители, както и от прилагането от страна на същото на неравнопоставени условия по отношение на него и на друг клиент, NOS Comunicações SA (наричано по-нататък „NOS“).

14. На 19 март 2015 г. AdC образува разследване, в резултат на което делото е прекратено с решение от 3 март 2016 г., поради това че разглежданите факти не са достатъчно доказани, за да се установи наличието на злоупотреба с господстващо положение.

15. AdC посочва по-специално, че дори да се предположи, че GDA има в действителност господстващо положение на разглеждания пазар и че разглежданото поведение е приемано за различно третиране за еквивалентни услуги, прилаганите различни цени спрямо различните доставчици на услугата на дребно за достъп до телевизионен сигнал и понесените от MEO и от NOS средни разходи по разглежданото предлагане на едро не позволяват да се направи извод за наличието на ограничаваща конкуренцията последица, която произтича по-специално от отслабване на конкурентното положение на MEO.

16. Според AdC не може да се приеме, че даден доставчик на услугата на дребно за достъп до телевизионен сигнал е поставен в сравнително по-неблагоприятно конкурентно положение спрямо останалите. Тълкуването, че обикновеното дискриминационно поведение от страна на предприятие в господстващо положение води ipso facto до нарушение на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС, би било по-специално в противоречие с практиката на Съда.

17. MEO обжалва решението на AdC за прекратяване, като твърди в частност, че същият е тълкувал неправилно член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС, тъй като вместо да прецени критерия за по-неблагоприятното конкурентно положение съгласно тълкуването му в практиката на Съда, той е разгледал дали става въпрос за значително и количествено измеримо нарушаване на конкуренцията.

18. Според запитващата юрисдикция решението на AdC за прекратяване на производството се основава на незначителната разлика в цената спрямо средния разход, така че тези цени не са били от естество да влошат конкурентното положение на MEO и че същото е било в състояние да понесе разликата. Впрочем така се бил увеличил пазарният дял на MEO от услугата на дребно за предоставяне на абонатен достъп до телевизионен сигнал през същия период [5].

19. Запитващата юрисдикция отбелязва, че в рамките на главното производство MEO е предоставило данни за понесените разходи съответно от MEO и от NOS. Тези таблици се отнасят, от една страна, до общия разход и до средния разход на потребител, понесени съответно от MEO и от NOS, и от друга страна, до печалбата и рентабилността на MEO през разглеждания период, а именно 2010—2013 г. [6].

4 Съгласно член 7, параграфи 3 и 9 от Decreto-Lei n.º 333/97 (Декрет-закон № 333/97) от 27 ноември 1997 г., ако не постигнат съгласие при договарянето на правата, страните са длъжни да прибягнат до арбитраж.

5 Според Autoridade Nacional de Comunicações (Anacom) (национален орган по комуникациите (Anacom), Португалия) за разглеждания период, по-специално между 1 януари 2010 г. и 31 март 2015 г., пазарният дял на MEO се е увеличил от равнище под 25 % на равнище над 40 %, докато пазарният дял на групата NOS е намалял за същия период от равнище над 60 % до равнище под 45 %.

6 Поради тяхната поверителност тези данни не са включени в преюдициалното запитване.

20. Според запитващата юрисдикция не е изключено тази ценова диференциация да е засегнала конкурентоспособността на MEO. От практиката на Съда произтичало, че някои дискриминационни поведения по отношение на търговски партньори могат по своята същност да доведат до конкурентно по-неблагоприятно положение. Запитващата юрисдикция обаче счита, че Съдът не се е произнесъл категорично относно понятието за „сравнително по-неблагоприятно положение“ за целите на прилагането на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС.

21. При тези обстоятелства Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Съд по конкуренцията, регулацията и надзора, Португалия) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Ако в рамките на производство за налагане на санкция са налице данни или доказателства за факти относно последиците от евентуална дискриминационна ценова практика на предприятие с господстващо положение по отношение на предприятие за търговия на дребно, което търпи вреди спрямо своите конкуренти, зависи ли квалифицирането на посоченото поведение като *поставящо в сравнително по-неблагоприятно положение* по смисъла на член 102, [втора алинея,] буква в) ДФЕС от допълнителна преценка на тежестта, релевантността или значимостта на тези последици за конкурентното положение и/или за конкурентоспособността на засегнатото предприятие, по-специално що се отнася до възможността то да преодолее разликата в разходите, направени в рамките на услугата на едро?

2) Ако в рамките на производство за налагане на санкция са налице данни или доказателства *за значително по-малка важност* на дискриминационната ценова практика на предприятие с господстващо положение, що се отнася до направените разходи, получените приходи и достигнатата рентабилност от страна на засегнатото предприятие за търговия на дребно, в съответствие ли е преценката за липса на данни за злоупотреба с господстващо положение и забранени практики с тълкуване, при което се вземат предвид член 102, [втора алинея,] буква в) ДФЕС и установената в решения [от 15 март 2007 г., British Airways/Комисия (C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 146—148) и от 9 септември 2009 г., Clearstream/Комисия (T-301/04, EU:T:2009:317)] съдебна практика?

3) Или обратно, подобно обстоятелство не е достатъчно, за да се изключи възможността разглежданото поведение да се квалифицира като злоупотреба с господстващо положение и забранена практика за целите на член 102, [втора алинея,] буква в) ДФЕС, и посоченото обстоятелство е релевантно само за определяне на отговорността или санкцията на предприятието нарушител?

4) Трябва ли съдържащият се в член 102, [втора алинея,] буква в) ДФЕС израз *„като по този начин ги поставя в сравнително по-неблагоприятно положение“* да се тълкува в смисъл, че отговаря на изискването предимството, което произтича от дискриминацията, да съответства на свой ред на минимален процент от структурата на разходите на засегнатото предприятие?

5) Трябва ли съдържащият се в член 102, [втора алинея,] буква в) ДФЕС израз *„като по този начин ги поставя в сравнително по-неблагоприятно положение“* да се тълкува в смисъл, че отговаря на изискването предимството, което произтича от дискриминацията, да съответства на свой ред на минимална разлика между средните разходи на предприятията, които се конкурират при предоставянето на въпросната услуга на едро?

6) Може ли съдържащият се в член 102, [втора алинея,] буква в) ДФЕС израз *„като по този начин ги поставя в сравнително по-неблагоприятно положение“* да се тълкува в смисъл, че отговаря на изискването предимството, което произтича от дискриминацията, да

съответства — в областта на разглеждания пазар и разглежданата услуга — на по-високи стойности от разликите, посочени в таблици 5, 6 и 7, за да може разглежданото поведение да се счита за забранена практика?

7) При утвърдителен отговор на четвърти, пети или шести въпрос, как следва да се дефинира посоченият минимален праг на релевантност на неблагоприятното положение във връзка със структурата на разходите или със средните разходи на предприятията, които се конкурират при предоставянето на разглежданата услуга на дребно?

8) В случай на определяне на този минимален праг позволява ли обстоятелството, че той не се достига всяка година, да се обори произтичащата от решението [от 9 септември 2009 г., Clearstream/Комисия (T-301/04, EU:T:2009:317)] презумпция, че *прилагането по отношение на един от търговските партньори на различни цени за еквивалентни услуги, и то непрекъснато в продължение на пет години и от предприятие, което има фактически монопол на пазара, който е нагоре по веригата, не може да не [създаде] конкурентно неблагоприятно положение за същия този партньор*"?.

22. MEO, GDA, португалското и испанското правителство, както и Европейската комисия са представили писмени становища.

23. На 5 октомври 2017 г. е проведено съдебно заседание, на което се явяват MEO, GDA, Кралство Испания и Комисията.

Резюме на становищата, представени пред Съда

24. Като цяло заинтересованите страни считат, че преюдициалните въпроси трябва да се разгледат заедно. Страните се съсредоточават върху въпроса дали, за да се установи наличието на „сравнително по-неблагоприятно положение" по смисъла на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС, може да се презумира, че ценовата диференциация би могла да наруши конкуренцията или, обратно, че органът по конкуренцията трябва да докаже, че вследствие на незаконосъобразното поведение е ограничена конкурентоспособността на поставеното в по-неблагоприятно положение предприятие. В рамките на този анализ са обсъждани, от една страна, обстоятелствата, които трябва да се вземат предвид, и от друга страна, необходимостта последицата (потенциална или реална според съответните гледни точки на страните) за конкуренцията да бъде значима.

25. Що се отнася до понятието „сравнително по-неблагоприятно положение", заинтересованите страни са съгласни, че според практиката на Съда наличието на евентуално засягане на конкуренцията трябва поначало да се преценява във всеки конкретен случай и че няма праг или определено правило, за да се установи такова засягане.

26. Въпреки това гледните точки се различават по въпроса дали и до каква степен трябва да бъде доказана конкретна антиконкурентна последица или, обратно, наличието на такова сравнително по-неблагоприятно положение трябва да бъде вероятно, в случай че предприятие с господстващо положение прилага различни цени по отношение на търговските си партньори на пазара надолу по веригата.

27. От една страна, *GDA и португалското правителство* считат, че следва да се вземе предвид конкретната последица от диференцираните цени върху конкурентоспособността на MEO.

28. Видно е както от подхода на Комисията, изразен в редица нейни доклади и известия от 2003 г. насам, така и от практиката на Съда и на Общия съд на Европейския съюз, че следва да се отчитат антиконкурентните последици за пазара от твърдените злоупотреби. За да бъде квалифицирана като злоупотреба дадена ценова практика, е необходимо действително да има изкривяване на конкуренцията между разглежданите доставчици на услуги и вследствие на това нарушение някои доставчици да са поставени в по-неблагоприятно конкурентно положение. Поради това „обикновената“ дискриминационната ценова практика сама по себе си не би била достатъчна, за да съставлява злоупотреба по смисъла на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС.

29. От друга страна, *испанското правителство*[7] *и MEO* възприемат тълкуване на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС, според което, с малки разлики, фактът, че дружество за управление в монополно положение като GDA облагоприятства чрез прилагане на по-благоприятни условия един потребител спрямо неговите конкуренти на същия пазар надолу по веригата, създава риск да доведе до по-неблагоприятно положение или до нарушение на конкуренцията.

30. Що се отнася до обстоятелствата, които трябва да бъдат взети предвид, за да се определи дали поведение като това на GDA по делото в главното производство може да породи антиконкурентна последица, MEO твърди, че GDA има монополно положение и че доставчиците на телевизионни услуги са длъжни да минат през GDA, за да получат лицензи за разпространение на защитени от авторско право произведения. Поради това GDA е в силно положение при преговори. MEO счита, че предприятие, което има фактически монопол, носи особената отговорност да следи за прилагането на еднакви условия по отношение на търговските си партньори. Тази отговорност според MEO води след себе си задължението на GDA да обосновава поведението си, което GDA не е направило. Накрая, MEO счита за важно да се вземе предвид продължителността на дискриминацията.

31. В това отношение испанското правителство подчертава, че в случаи като този по настоящото дело по-неблагоприятното положение произтича в частност от факта, че предоставените от дружествата за управление лицензи представляват съществен елемент за доставката на крайните услуги от разглежданите ползватели.

Анализ

32. Според мен така формулираните от запитващата юрисдикция преюдициални въпроси изискват цялостен отговор, тъй като се отнасят основно до въпроса дали понятието за „сравнително по-неблагоприятно положение“ по член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС изисква да се разгледат последиците от поведение и/или от тежестта на диференцирано прилагане на цени за конкурентното положение на засегнатото предприятие.

33. Преди да разгледам тази проблематика, бих желал *най-напред* да изложа някои въпроси, които макар да засягат аспекти, на които запитващата юрисдикция не се спира конкретно, се отнасят до приложимостта в случая на разпоредбите на член 102 ДФЕС.

34. *След това* ще направя предварителен преглед на основните съображения, които според мен трябва да направляват анализа на диференцирана ценова практика, за която се твърди, че представлява злоупотреба с господстващо положение. В този контекст ще посоча дали и при какви условия дискриминационна ценова практика от „втора степен“ може да попадне в

7 Испанското правителство посочва, че Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Национална комисия за пазари и конкуренция, Испания) системно е разглеждала прилагането на дискриминационни цени като нарушение, в случай че организацията за управление на авторските и сродните права не е била в състояние да ги обоснове.

приложното поле на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС. Ще уточня причините, поради които не може да се презумира, че такава практика представлява по своето естество злоупотреба с положение или че обратно, следва да се докажат конкретно последиците върху конкуренцията от такова поведение.

35. С оглед именно на всички тези съображения ще разгледам *накрая* до каква степен прилагането на различни условия за еквивалентни услуги от предприятие, за което се твърди, че има господстващо положение, може да доведе до сравнително по-неблагоприятно конкурентно положение.

Общи бележки относно приложимостта в конкретния случай на член 102 ДФЕС

36. Следва да се подчертае, че настоящото дело се отнася до особена фактическа обстановка, която може да бъде описана по следния начин.

37. MEO, който е доставчик на телевизионни услуги на португалския пазар, обжалва пред запитващата юрисдикция решението на AdC, с което се прекратява производството по жалбата му. Тази жалба е насочена срещу твърдяна злоупотреба от страна на GDA, кооперативно дружество за управление на сродни на авторското право права, която се изразява в прилагането през периода 2010—2013 г. на различни цени за получаване на лицензи.

38. Според MEO предприятието NOS, което е пряк конкурент на MEO, се е ползвало с по-изгодни цени през този период. Затова подадената от MEO жалба пред AdC се отнася до твърдяна злоупотреба с господстващо положение, което произтича от практикувани от GDA дискриминационни цени на пазара надолу по веригата за колективно предлагане на сродни права на артистите изпълнители.

39. При това положение и както отбелязва запитваща юрисдикция, представяйки подкрепящи цифрово изразени данни, твърдяното поставяне в по-неблагоприятно положение на MEO, що се отнася до сумите, платени за използването на защитени от авторско право и сродните му права произведения, не е довело до намаляване на пазарния му дял. Обратно, притежаваният от MEO пазарен дял се е увеличил в периода 2010—2013 г. от около 25 % на над 40 %. Що се отнася до пазарния дял на NOS, за същия период той е намалял от равнище над 60 % на равнище под 45 %.

40. Важно е да се отбележи също, че това определяне на цените е направено в съответствие с приложимото национално право, с арбитражно решение, доколкото GDA не е успяло да постигне съгласие с MEO.

41. В случая запитващата юрисдикция изглежда е изходила от постулата, че единственият въпрос, който се поставя, е дали, за да направи извод за наличието на злоупотреба с господстващо положение, произтичаща от прилагането на различни цени за еквивалентни услуги, тя следва да се произнесе конкретно относно последиците за конкуренцията от спорната практика, или, обратно, може да се презумира, че такава практика противоречи на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС.

42. В този смисъл запитващата юрисдикция изглежда приема, че останалите условия за прилагане на член 102 ДФЕС са изпълнени. По-специално тя приема, първо, че GDA е предприятие в господстващо положение, и второ, че то е прилагало по отношение на търговските си партньори различни условия „за еквивалентни услуги“.

43. При прочита обаче на предоставената на Съда преписка ми се струва, че както наличието в случая на господстващо положение на GDA на действително релевантния пазар, така и реалното налагане на различни цени за „еквивалентни услуги“ са съмнителни.

44. Съществуващите съмнения в това отношение биха могли да направят хипотетични поставените преюдициални въпроси, които се отнасят единствено до установяването на „сравнително по-неблагоприятно положение“ по смисъла на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС.

45. На първо място, мисля, че е позволено да се зададе въпросът дали *действително GDA има господстващо положение* на релевантния пазар на разглежданото в случая предлагане на едро.

46. По този въпрос трябва да се отбележи, че GDA е оспорило точно предпоставката, че то има господстващо положение на релевантния пазар, въпреки че de facto е единственото дружество в Португалия, което управлява сродни на авторското право права.

47. В това отношение GDA посочва, че не е в състояние да упражнява търговски натиск върху основните си партньори, MEO и NOS. Най-напред, тези предприятия представляват мощен „дуопол“. На следващо място, ценообразуването е обусловено от националното право, което задължава страните да прибягнат до арбитраж при липса на съгласие. Накрая, доколкото GDA не е вертикално интегрирано предприятие, то няма никакъв интерес на пазарите нагоре и надолу по веригата. Напротив, отстраняването от пазара на MEO или евентуалното отслабване на конкурентното му положение спрямо NOS би го поставило в по-неблагоприятно положение. При тези обстоятелства не е налице господстващо положение и още по-малко злоупотреба с него.

48. Припомням, че GDA е образувание с нестопанска цел за управление на колективни права на артистите, чийто предмет е упражняването и управлението на сродните на авторското право права на лицата, които представлява, и на членовете на чуждестранни образувания от същия вид. Сред основните му клиенти са доставчиците на дребно на услугата за абонатен достъп до телевизионен сигнал в Португалия, каквито са MEO и NOS, които през релевантния период са съставлявали заедно дуопол.

49. В този контекст изглежда, че GDA зависи в голяма степен от заплащането на услугите, които то предоставя на тези две предприятия.

50. От друга страна, както е видно от преписката и както отбелязва в решението си AdC, съществуват индиции, че доставчиците на абонатен достъп до телевизионен сигнал имат определена мощ при преговори, която може да бъде в противотежест на тази на GDA. Тези индиции, които според моя прочит на преписката не са били оспорени от MEO[8], се изразяват по-специално в съобщения между GDA и доставчиците на дребно на услугата за абонатен достъп до телевизионен сигнал с цел определяне на цените, които GDA ще прилага по отношение на тях, считано от 1 януари 2014 г. в рамките на разглежданото предлагане на едро.

51. Също така обстоятелството, че GDA за момента е единственото дружество в Португалия, което управлява колективните права на артистите изпълнители, не означава, че то има в действителност господстващо положение, тъй като същото не разполага с пазарна мощ, която да му позволява да действа независимо от търговските си партньори.

8 Вж. документите, приложени към националното дело и посочени в решението на AdC.

52. Установено е по-нататък, че член 102 ДФЕС има за цел да се контролира притежаваната от дадено предприятие пазарна мощ. За да бъде квалифицирано като господстващо положението на едно предприятие, не е достатъчно отпращане към притежавания от него пазарен дял на точно определен пазар, а освен това и към икономическата мощ, притежавана от същото поради положението му.

53. Поради това господстващото положение се определя като състояние на икономическа мощ, което дава възможност на едно или повече предприятия да действат в значителна степен независимо спрямо своите конкуренти, своите клиенти и накрая спрямо потребителите[9]. Това положение възниква обикновено когато дадено предприятие или група предприятия осигуряват голяма част от предлагането на определен пазар, при условие че други фактори, анализирани при оценката (бариери при навлизане на пазара, възможности на клиентите да реагират и др.), потвърждават този извод[10].

54. Освен това може да се запитаме какъв интерес от конкурентна гледна точка има GDA да наложи дискриминационни цени, за да отстрани или за да отслаби конкурентното положение на един от своите клиенти. След като няма никакъв личен интерес да се защитава на пазара надолу по веригата, на който са били активни MEO и NOS, единственият му интерес изглежда е в оживление на приходите чрез определяне на цени, които се договарят индивидуално и двустранно с тези доставчици на услуги.

55. Ако в случая има образувание, което е извлякло полза от гледна точка на конкуренцията от евентуална дискриминация, извършена на пазара надолу по веригата, то това евентуално е операторът — в случая NOS — който се е възползвал от предполагаемите по-ниски цени. Трудно ми е обаче да разбера в какво би се изразявала пряката или косвена полза за GDA от такава диференциация. По-нататък ще се спра по-конкретно на този аспект.

56. На второ място, като продължение на изложените по-горе съображения се питам дали в случая действително става въпрос за предоставяне на „еквивалентни услуги“ при „различни условия“ по смисъла на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС — и следователно за „дискриминация“, а не за обективна „диференциация“ — в рамките на предоставянето на сродните права на MEO и на NOS.

57. Както е видно от съдебната практика, еквивалентността на сделките трябва да се определи, като се отчитат всички преобладаващи пазарни условия[11]. Тези условия включват по-специално времеви аспект, тъй като определената цена за предоставянето на дадена услуга може да се промени във времето с оглед на *пазарните условия и на използваните за определянето ѝ критерии*. С други думи фактът, че услуги са извършени в различни моменти, може да превърне сделките в нееквивалентни[12].

9 Това определение е възприето от Съда много рано (вж. решения от 14 февруари 1978 г., United Brands и United Brands Continentaal/Комисия, 27/76, EU:C:1978:22, т. 65 и от 13 февруари 1979 г., Hoffmann-La Roche/Комисия, 85/76, EU:C:1979:36, т. 38). То е припомняно постоянно в съдебната практика, особено в най-новата (вж. по-специално решения от 14 октомври 2010 г., Deutsche Telekom/Комисия, C-280/08 P, EU:C:2010:603, т. 170 и от 17 февруари 2011 г., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, т. 23 и 79).

10 Вж. Известие 97/C 372/03 на Комисията относно определянето на съответния пазар по смисъла на общностното право на конкуренция (ОВ C 372, 1997 г., стр. 5; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 3, стр. 60).

11 Вж. по-конкретно решения от 9 септември 2009 г., Clearstream/Комисия (T-301/04, EU:T:2009:317, т. 169—190) и от 7 октомври 1999 г., Irish Sugar/Комисия (T-228/97, EU:T:1999:246, т. 64).

12 Вж. по-специално в този смисъл *O'Donoghue*, R. et *Padilla*, J. The Law and Economics of article 102 TFEU. 2. ed., Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 795; *Geradin*, D. et *Petit*, N. Price discrimination under EC competition law. — The Pros and Cons of Price Discrimination, Konkurrensverket, 2005, p. 23 (www.konkurrensverket.se/en/research/seminars/the-pros-and-cons/price-discrimination).

58. Освен това от предоставените на Съда данни е видно, че определянето на цените и на другите договорни условия, свързани със сродните права, които GDA предлага, е обусловено от закона, който задължава страните да прибягнат до арбитраж, в случай че не постигнат съгласие. При такава хипотеза и както в случая с фактурираните на MEO цени, GDA се ограничава до това да приложи определените с арбитражното решение цени. Според мен прилаганите от GDA цени съответно по отношение на MEO и на NOS следователно са били определени при a priori различни условия.

59. В крайна сметка делото в главното производство явно се характеризира с определен брой съмнения относно приложимостта на член 102 ДФЕС, които надхвърлят самия въпрос за установяването на „сравнително по-неблагоприятно положение“. В частност се оказва много деликатно да се санкционира предприятие за злоупотреба с неговото твърдяно господстващо положение поради прилагана ценова диференциация по отношение на партньорите му на пазара надолу по веригата, въпреки че то не е активно на този пазар и че се възползва пряко от конкуренцията между тези партньори. Тези съмнения оправдават още повече предпазливостта при разглеждането на спорните практики на ценова диференциация.

Практиката на ценова диференциация представлява злоупотреба с положение само когато води до сравнително по-неблагоприятно конкурентно положение, което предполага конкретна преценка на последиците от практиката в светлината на всички релевантни обстоятелства

60. Дори да се предположи — което запитващата юрисдикция следва да провери — че от фактите по делото може да се изведе, от една страна, че GDA има господстващо положение на разглеждания пазар на едро и че от друга страна, спорното поведение трябва да бъде разглеждано като неравно третиране на еквивалентни услуги, изглежда задължително органът по конкуренцията да установи, че вследствие на това нарушение някои търговски партньори са поставени в *сравнително по-неблагоприятно положение*. Наличието на такова сравнително по-неблагоприятно положение не може в никакъв случай да се презумира, но то предполага във всички случаи, и по-специално при наличието на дискриминационна ценова практика от „втора степен“, последиците от спорните практики да се разгледат с оглед на всички обстоятелства в конкретния случай.

Дискриминационна ценова практика сама по себе си не е проблем от гледна точка на правото на конкуренцията

61. Като цяло е важно да се припомни, че дискриминацията, включително дискриминацията при налагането на цени, сама по себе си не е проблем от гледна точка на конкурентното право. Причината за това е, че ценовата дискриминация не винаги вреди на конкуренцията. Напротив, както свидетелстват например (напразните) официални опити в Съединените американски щати да се преразгледа съдържащата се в *Robinson-Patman Act* от 1936 г.[13] разпоредба, която има за цел да се забрани такава дискриминация, да се забранят чисто и просто ценовите дискриминации може да се окаже вредно от гледна точка на икономическата ефективност и на благосъстоянието на потребителя.

13 Вж. по-специално US Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007, Chapter IV.A: „The Robinson-Patman Act“, публикуван на http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. През 2007 г. US Antitrust Modernization Commission (Комисия за осъвременяване на антитръста, САЩ) също така предлага, безуспешно, да се преразгледа тази разпоредба. За по-нов анализ вж. и *Kirkwood*, J. B. Reforming the Robinson-Patman Act to Serve Consumers and Control Powerful Buyers. — The Antitrust Bulletin, vol 60, 4/2015, p. 358—383.

62. Всъщност безспорно е, че дадена дискриминационна практика, и по-специално тази на ценова диференциация, има двойствено въздействие от гледна точка на конкуренцията. Такава практика може да доведе до укрепване на икономическата ефективност и по този начин на благосъстоянието на потребителите, цели, които според мен трябва да бъдат отчитани, когато става въпрос за прилагане на правилата за конкуренция, и които се различават във всички случаи от свързани със справедливостта съображения. Както Съдът многократно е постановявал, защита съгласно правилата за конкуренция се предоставя на конкуренцията, а не на конкурентите [14].

63. Независимо дали с оглед на правото относно картелите или на това относно злоупотребите с господстващо положение ценовите дискриминации би следвало да могат да бъдат санкционирани само при условие че пораждат настояща или потенциална антиконкурентна последица. Идентифицирането на такава последица не се смесва с по-неблагоприятното положение, непосредствено почувствано и дори понесено от операторите, на които са наложени най-високите цени за придобиването на вещ или услуга. Освен това фактът, че на дадено предприятие за придобиването на вещ или услуга е наложена цена, по-висока от прилаганата за едно или за повече конкурентни предприятия, може да бъде квалифициран като по-неблагоприятно положение, но това не води непременно до „по-неблагоприятно конкурентно положение“.

64. Следователно, дори да се предположи, че на предприятие са наложени цени, по-високи от прилаганите към други предприятия, и че поради това то е (или се счита за) дискриминирано, това поведение може да се подведе под тази разпоредба само ако е установено, че то е от естество да ограничи конкуренцията и да накърни благосъстоянието на потребителите.

65. В правото относно злоупотребите с господстващо положение дискриминационна ценова практика позволява по-конкретно на предприятие, което има такова положение, да предлага стоките и услугите си на по-голям брой потребители като тези, които разполагат с по-малка покупателна способност. В същия смисъл клиентът на предприятие, дори в господстващо положение, по принцип ще бъде насърчен да продава повече, за да се ползва от отстъпка за „вярност“, като за тази цел ще бъде поощрен на свой ред да намали цените си и следователно да намали маржа си на печалба, което в крайна сметка се отразява положително на потребителя. В този контекст следва да се подчертае, че способността на операторите да използват мощта си при договаряне, за да получат най-добрите ценови условия и да намалят разходите си, е важен конкурентен параметър [15]. В крайна сметка ценовата диференциация може да бъде важен вектор за насърчаване на конкуренцията.

66. Що се отнася по-специално до това дали прилаганата от предприятие дискриминационна ценова практика по отношение на неговите „търговски партньори“, които най-често са негови клиенти на пазара надолу по веригата, може да представлява злоупотреба с господстващо положение, припомням, че член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС забранява изрично на предприятията с господстващо положение да прилагат по отношение на такива партньори различни условия по отношение на еквивалентни сделки, „като по този начин ги поставя[т] в сравнително по-неблагоприятно положение“.

67. Обратно на това, което би могло да се приеме при повърхностен анализ, член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС не задължава притежателите на монопол или на господстващо положение да прилагат към търговските си партньори еднакви цени.

14 Вж. в този смисъл по отношение на практиките на отстъпки представеното от мен заключение по дело Intel Corporation/Комисия (C-413/14 P, EU:C:2016:788, т. 41).

15 При това положение евентуално наложеното на дадено образувание задължение да третира по един и същ начин всички свои търговски партньори може да доведе до антиконкурентни резултати (вж. *Bulmash*, H. An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations. — Journal of Competition Law & Economics, vol. 8, 2/2012, p. 361—397).

68. Така от буквалния прочит на тази разпоредба следва, че наложената от предприятие с господстващо положение ценова дискриминация по отношение на търговските му партньори може да попадне в приложното поле на забраната на злоупотребите с господстващо положение, *ако и само ако* поради тази дискриминация *се нарушава конкуренцията, която се упражнява между тези партньори*.

69. В крайна сметка строгото прилагане на тази разпоредба изисква, от една страна, да се установи, че съществува конкурентно отношение между търговските партньори и предприятието с господстващо положение, и от друга страна, да се докаже, че поведението на това предприятие може непосредствено да наруши конкуренцията между съответните предприятия[16]. По-нататък ще се върна подробно този аспект.

Дискриминационна ценова практика от „втора степен“ може да попадне в приложното поле на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС едва след разглеждане на същата с оглед на всички обстоятелства по случая

70. Постепенно се налага както в практиката на органите по конкуренцията, така и в най-новата практика на Съда[17], че когато става въпрос за преценка на поведение на предприятие от гледна точка на член 102 ДФЕС, не може да се презумира наличието на ограничаване на конкуренцията. За да се направи извод за наличието на такова ограничаване във всички случаи трябва да се извърши преглед на реалните или потенциалните последици от незаконосъобразната мярка с оглед на всички обстоятелства по случая.

71. Когато се разглежда дискриминационна ценова практика, анализът, който следва да бъде извършен, се различава съществено според това дали става въпрос за дискриминация от „първа степен“ или от „втора степен“.

72. Схематично обяснена, *дискриминацията от първа степен* е тази, която се осъществява по отношение на конкурентите на предприятието с господстващо положение. Тя е насочена най-често към дискриминационни ценови практики, предназначени да привлекат някои клиенти на оператори конкуренти, като хищнически цени, диференцирани отстъпки или свиване на маржовете. Отнася се по-общо за всички ценови практики, с които се цели отстраняване или отслабване на конкурентното положение на оператори, присъстващи на същия пазар и на същото равнище (във вертикален план) като това, на което действа предприятието с господстващо положение.

73. Поради незабавните последици на отстраняване от пазара, които могат да породят тези дискриминационни ценови практики от първа степен, те са тези, по които се произнасят поначало органите по конкуренцията и юрисдикциите.

74. *Дискриминацията от втора степен*, която се има предвид главно в член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС, е тази, която засяга „търговските партньори“ на това предприятие на пазара надолу или нагоре по веригата. Тя визира по-конкретно случаите, в които предприятие с господстващо положение решава да прилага различни цени по отношение на клиентите си, т.е. към образувания, които нямат пряко конкурентно отношение с него. Целта на тази разпоредба е да забрани търговското поведение на предприятието с господстващо положение да нарушава

16 Вж. в този смисъл заключението на генералния адвокат Kokott по дело British Airways/Комисия (C-95/04 P, EU:C:2006:133, т. 104 и 105).
17 Вж. по-конкретно решение от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия (C-413/14 P, EU:C:2017:632, т. 133—147).

конкуренцията на пазара, който е нагоре или надолу по веригата, т.е. конкуренцията между доставчиците или между клиентите на това предприятие. Съдоговорителите на посоченото предприятие не трябва да бъдат поставяни в по-благоприятно или по-неблагоприятно положение при конкуренцията помежду им [18].

75. При последния вид дискриминация последици като отстраняване от пазара или ограничаване на конкурентния процес не винаги се проявяват по очевиден начин. Обратно, предприятието, действащо на пазара нагоре по веригата, по принцип се възползва изцяло от конкуренцията на пазара надолу по веригата.

76. Според мен и както се посочва в многобройни изследвания в доктрината, при преценката на ценовата дискриминация за целите на прилагането на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС, като разглежданата в конкретния случай, още в началото следва да се направи разграничение между вертикално интегрираните предприятия, които следователно имат интерес да изместят конкурентите на пазара надолу по веригата, и тези, които нямат такъв интерес.

77. Когато предприятието е вертикално интегрирано, прилагането от предприятие с господстващо положение на дискриминационни цени на пазара нагоре или надолу по веригата в действителност е сравнимо с дискриминация от първа степен, която засяга косвено конкурентите на това предприятие. Такава дискриминация може да има за последица да отслаби конкурентите на предприятието с господстващо положение на пазара надолу по веригата.

78. Делото, по което е постановено решение Deutsche Bahn/Комисия [19], е добър пример за ограничаваща конкуренцията последица, до която може да доведе ценова дискриминация и от първа, и от втора степен, налагана от вертикално интегрирано предприятие. Като е приложила различни цени по отношение на превозвачи на контейнери по така наречените западни маршрути за еквивалентни услуги, свързани с използването на железопътни инфраструктури, Deutsche Bahn AG по този начин неминуемо е поставило търговските си партньори в *по-неблагоприятно положение по отношение на самото него и на дъщерното му дружество* [20].

79. Обратно, когато предприятието с господстващо положение не е вертикално интегрирано и извън хипотезата, при която се разглеждат поведения на публични образувания, които пораждат повече или по-малко пряко географско разделяне или дискриминация, основана на гражданство [21], може да се зададе въпросът каква полза извлича това предприятие от дискриминация, с която цели да постави в по-неблагоприятно положение един от търговските си партньори на пазара надолу по веригата. Всъщност изцяло в интерес на такова предприятие е последният пазар да бъде много конкурентен, за да запази мощта си при договаряне в качеството си на продавач на разглежданите продукти или услуги. Когато, както по делото в главното производство, предприятие с господстващо положение не е в конкурентни отношения с клиентите си на пазара надолу по веригата, не е лесно да се определят мотивите, поради които това предприятие би приложило дискриминационни цени, различни от пряката експлоатация на клиентите си. Следователно не изглежда особено разумно същото да намали съществуващия между търговските му партньори на пазара надолу по веригата конкурентен натиск.

18 Вж. решение от 15 март 2007 г., British Airways/Комисия (C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 143).

19 Решение от 21 октомври 1997 г. (T-229/94, EU:T:1997:155), потвърдено с определение 27 април 1999 г., Deutsche Bahn/Комисия (C-436/97 P, EU:C:1999:205).

20 Решение от 21 октомври 1997 г., Deutsche Bahn/Комисия (T-229/94, EU:T:1997:155, т. 93).

21 Вж. в този смисъл решения от 29 март 2001 г., Португалия/Комисия (C-163/99, EU:C:2001:189, т. 46 и 66) и от 17 май 1994 г., Corsica Ferries (C-18/93, EU:C:1994:195, т. 43—45).

80. Това със сигурност обяснява защо делата, които се отнасят до „чисти“ *дискриминации от втора степен*, а именно ситуации, в които предприятието с господстващо положение (което не е вертикално интегрирано) на пръв поглед няма никакъв интерес да отстранява свои партньори на пазара надолу по веригата, като делото по главното производство, са изключително редки[22].

81. Освен това следва да се отбележи, че при разглеждането на делата, по които Съдът се е произнасял, съображенията във връзка с приложимостта на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС са особено лаконични и във всички случаи не позволяват да се изведат ясни тълкувателни насоки относно установяването на „сравнително по-неблагоприятно положение“ по смисъла на тази разпоредба.

82. В тази връзка заслужава да бъде споменато решение Kanal 5 и TV 4[23], което се отнася до хипотеза, подобна като цяло на настоящия случай. В основата на това дело е спор между Kanal 5 Ltd и TV 4 AB и Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa (Организация за колективно управление на авторски права в областта на музиката, Швеция) относно прилаганата от нея тарифа за таксите за телевизионно излъчване на защитени с авторско право музикални произведения.

83. Съдът, приканен да определи дали обстоятелството, че организация за колективно управление на авторски права изчислява по различен начин таксите, събирани във връзка с дължимото авторско възнаграждение за телевизионното излъчване на защитени с авторско право музикални произведения, в зависимост от това дали става дума за търговски или за обществени телевизионни оператори, представлява нарушение на член 82, втора алинея, буква в) ЕО [понастоящем член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС], не се произнася в стриктния смисъл на думата относно връзката между тази ценова дискриминация и евентуално наблюдаваното сравнително по-неблагоприятно положение на пазара надолу по веригата. Впрочем той припомня, че запитващата юрисдикция трябва да извърши редица проверки, за да приложи тази разпоредба.

84. В това отношение следва да се отбележи, че съгласно възприетия от Комисията и от юрисдикциите на Европейския съюз подход тази разпоредба често се прилага по отношение на дискриминация от първа степен или на положение, в което не е доказано, че съществува „сравнително по-неблагоприятно положение“, което неминуемо предизвиква някои критики в доктрината с цел по-строго прилагане на условията, които произтичат пряко от формулировката на тази разпоредба[24]. Така в някои от коментарите се съдържа призив за по-строг подход към ценовите дискриминации, предвидени в член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС, или се препоръчва в този контекст да се разглеждат във всеки конкретен случай всички релевантни обстоятелства[25].

85. От друга страна, Съдът, приканен да уточни обхвата на изискванията към констатациите на сравнително по-неблагоприятно положение по смисъла на тази разпоредба, по дело British Airways/Комисия[26], което представлява референтното решение за целите на преценката на дискриминационната ценова практика с оглед на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС, подчертава следното: „за удовлетворяването на всички условия за прилагането на член [102],,

22 Вж. решенията, посочени в бележка под линия 21. Вж. и решение от 11 декември 2008 г., Kanal 5 и TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

23 Решение от 11 декември 2008 г. (C-52/07, EU:C:2008:703).

24 Вж. по-специално *Perrot*, A. Towards an effects-based approach of price discrimination. — The Pros and Cons of Price Discrimination, op.cit., p. 166 sq.

25 Вж. статията, посочена в предходната бележка под линия. Вж. и *Geradin*, D. et *Petit*, N. Price Discrimination under EC competition law: The Need for a case-by-case approach. Global Competition Law Centre Working Paper 07/05, p. 45 et 46.

26 Решение от 15 март 2007 г., British Airways/Комисия (C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 144).

втора алинея, буква в) [ДФЕС] е важно да се установи, че поведението на пазара на едно предприятие с господстващо положение е не само дискриминационно, но и с тенденция да нарушава конкурентните отношения, с други думи да накърнява конкурентното положение на част от търговските партньори на това предприятие спрямо други“.

86. Следователно, ако, както уточнява Съдът, няма пречка дискриминацията на търговските партньори, които не се намират в отношения на конкуренция помежду си, да се смята за злоупотреба, то следва и да се установи, че поведението на предприятието с господстващо положение има тенденция, „с оглед на всички обстоятелства по случая“, да доведе до изкривяване на конкуренцията между тези търговски партньори [27].

87. С други думи, член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС не може да се тълкува като налагащ на предприятие с господстващо положение на даден пазар да прилага, при всякакви обстоятелства и независимо от анализа на последиците от незаконосъобразното поведение върху конкуренцията, еднакви цени по отношение на търговските си партньори.

88. Следователно необходимостта да се отчитат „всички обстоятелства по случая“, изглежда съществена в рамките на преценката на дискриминационна ценова практика. В никакъв случай не може да се изведе от член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС, че такава практика води във всички случаи до ситуация на „сравнително по-неблагоприятно положение в конкуренцията“.

89. Що се отнася до решението Clearstream/Комисия [28], на което се позовава изрично запитващата юрисдикция във формулировката на въпросите си, отбелязвам, че в това решение Общият съд е ограничил анализа си до случая, с който твърди, че е бил сезиран. Както е видно от точка 192 от това решение, Общият съд е припомнил принципа, че „за удовлетворяването на всички условия за прилагането на член [102], втора алинея, буква в) [ДФЕС] е важно да се установи, че поведението на пазара на едно предприятие с господстващо положение е не само дискриминационно, *но и с тенденция да нарушава конкурентните отношения*“ (курсивът мой).

90. Във всеки случай, дори да се предположи, че от това решение на Общия съд може да се изведе, че същият е утвърдил презумпцията, че ценова дискриминация е от естество да породи такова конкурентно неблагоприятно положение, трябва да се отбележи, че посоченото решение на Общия съд, което впрочем не е потвърдено от Съда поради липса на обжалване, е до известна степен неактуално.

91. Според мен същото решение се отнася до период, в който естеството на подхода — а именно в зависимост от предмета (формален) или от последиците — който трябва да бъде следван при разглеждането на поведението на предприятията, за което се твърди, че представлява злоупотреба с господстващо положение, все още подлежи на обсъждане.

92. Накрая, струва ми се важно да се уточни, че доказването на наличието на конкурентно неблагоприятно положение се различава от преценката на вероятността поведението на предприятие с вътрешно присъщ отстраняващ ефект да доведе до ограничаване на конкуренцията и по-конкретно да породи сочения отстраняващ ефект [29]. Това изискване цели, с

27 Решение от 15 март 2007 г., British Airways/Комисия (C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 145).

28 Решение от 9 септември 2009 г. (T-301/04, EU:T:2009:317, т. 194). Общият съд приема, че „[в] дадения случай прилагането по отношение на един от търговските партньори на различни цени за еквивалентни услуги, и то непрекъснато в продължение на пет години и от предприятие, което има фактически монопол на пазара, който е нагоре по веригата, не може да не е създало конкурентно неблагоприятно положение за същия този партньор“.

29 Вж. в това отношение решение от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия (C-413/14 P, EU:C:2017:632, т 138—141).

оглед на прилагането на член 102, втора алинея, буква в), ДФЕС, да се постигне по-конкретно уверение, че дискриминационна ценова практика, следвана от дадено предприятие по отношение на търговските му партньори и която сама по себе си не е проблемна от гледна точка на конкуренцията, води до поставяне в конкурентно неблагоприятно положение.

93. Както вече имах повод да подчертая [30], по принцип обсъждането на дискриминационните ценови практики от гледна точка на член 102 ДФЕС трудно може да се формализира и систематизира. В частност, анализът на въпроса дали ценова дискриминация от предприятие с господстващо положение на даден пазар може да има конкретни последици за конкуренцията на пазара нагоре или надолу по веригата, е и трябва да остане изключително казуистично упражнение.

Констатирането на наличието на конкурентно неблагоприятно положение изисква, освен евентуално претърпяната дискриминация, да се установи конкретно, че съществува конкурентно неблагоприятно положение

94. Обратно на това, което препоръчва MEO в защитаваната от него позиция в рамките на настоящото производство, считам, че ценовата дискриминация не е непременно съпътствана от „сравнително по-неблагоприятно положение“ по смисъла на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС.

95. Според мен такава преценка произтича от смесване между преценката за наличието на „сравнително по-неблагоприятно [конкурентно] положение“ и на наличието на „по-неблагоприятни положения между конкурентите“ и дори на по-неблагоприятно положение накратко.

96. За да се установи „сравнително по-неблагоприятно [конкурентно] положение“ по смисъла на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС, въпросната практика трябва да води, освен до неблагоприятното положение, дължащо се на ценова дискриминация, разглеждана изолирано, и до специфичен ефект върху конкурентното положение на предприятието, за което се твърди, че е дискриминирано.

97. С други думи, понесеното неблагоприятно положение трябва да бъде достатъчно значимо, за има последици върху конкурентното положение на дискриминираното предприятие. Следователно е необходимо да се установи, че дискриминационните цени са с тенденция да нарушават конкурентните отношения между търговските партньори на пазара надолу по веригата.

98. Такъв анализ изисква органът по конкуренцията да вземе предвид всички обстоятелства по случая, с който е сезиран. Дискриминационна ценова практика поставя клиентите на дружество с господстващо положение в сравнително по-неблагоприятно конкурентно положение, когато тя конкретно може да засегне отрицателно конкуренцията на пазара, на който са активни клиентите му. Следователно, за да идентифицираме изкривяване на конкуренцията в този контекст, не можем да се ограничим до преценка на влиянието на дискриминационната практика върху един специфичен търговски партньор.

99. По-специално, следва да се разгледа дали спорната ценова дискриминация е от естество да засегне отрицателно способността на поставените в неблагоприятно положение търговски партньори да упражняват ефективен конкурентен натиск върху поставените в благоприятно положение търговски партньори.

30 Вж. по-специално представеното от мен заключение по дело Intel Corporation/Комисия (C-413/14 P, EU:C:2016:788, т. 73 и сл.).

100. Вярно е, че според практиката на Съда не се изисква да се предостави доказателство, че поведението на предприятието с господстващо поведение е довело до действително и количествено измеримо влошаване на конкурентното положение на един или повече търговските партньори [31], или пък да се установи, че антиконкурентният ефект на пазара, на който се конкурират търговските партньори, е „осезаем“ — тъй като определянето на (минимален) праг на осезаемост, за да се установи злоупотреба с господстващо положение, не е обосновано [32].

101. Това не променя факта, че — освен ако се нарушат ясно установените в член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС условия — обикновеното „неблагоприятно положение“, произтичащо от самата дискриминация, не може да се смесва със „сравнително по-неблагоприятното [конкурентно] положение“, което трябва да се материализира на пазара, на който са активни търговските партньори на предприятието с господстващо положение — в случая пазара надолу по веригата на сродните на авторското право права.

102. В това отношение ми се струва, че трябва да бъде направено разграничение между антиконкурентните поведения, които предвид вътрешноприсъщото им вредно влияние предполагат ограничаване на конкуренцията, и тези като следваните от предприятие с господстващо положение, което не е вертикално интегрирано, практики на ценова диференциация от втора степен, които изискват по-задълбочен анализ на конкретното им отражение, за да може да се направи извод за наличието на такова ограничаване.

103. В случая не става въпрос за арбитраж между конкурентните ограничения в зависимост от това дали са маловажни, което би оправдало определянето на минимален праг, по принцип изключен в рамките на член 102 ДФЕС. Става въпрос по-скоро за установяване на наличието на действително конкурентно ограничение, което се различава от ценовата дискриминация и което трябва да се добави към същата.

104. Поради това фактът, че на един от тези търговски партньори е наложена по-висока цена, може най-много да има отражение върху понесените от това предприятие разходи и много хипотетично — върху рентабилността му и очакваната от него печалба. Това обаче не предполага спорната ценова дискриминация да засяга равнището на конкуренцията на пазара надолу по веригата. Както правилно подчертава GDA в писменото си становище, рентабилността и конкурентоспособността са две различни неща.

105. Според мен от това следва, че евентуалните разлики в третирането, които не се отразяват на конкуренцията, както и незначителни последици, не биха могли да представляват злоупотреба с господстващо положение по смисъла на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС [33].

106. Наличието на сравнително по-неблагоприятно [конкурентно] положение трябва да бъде установено, като се преценят реалните и потенциалните последици на незаконосъобразната практика с оглед на *всички релевантни обстоятелства*, свързани както със съответните сделки, така и с характерните особености на пазара, на който са активни търговските партньори на предприятието с господстващо положение.

107. При преценката на последицата изкривяване на конкуренцията или отстраняване на конкурентите, които имат дискриминационните ценови практики, най-напред несъмнено трябва да се обърне внимание на действителността и на относителната важност на спорната ценова диференциация.

31 Вж. решение от 15 март 2007 г., British Airways/Комисия (C-95/04 P, EU:C:2007:166, т. 145).

32 Вж. решение от 6 октомври 2015 г., Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, т. 73).

33 Вж. в този смисъл и с оглед на съгласуване на различните подходи, които се противопоставят в тази област, *O'Donohue*, R. et *Padilla*, J. The Law and Economics of Article 102 TFEU, op.cit. p. 802 и 803.

108. По-нататък трябва да се отдаде значение и на разглеждането на значимостта на разходите за предоставените от предприятието с господстващо положение продукти или услуги спрямо общите разходи, понесени от партньора или партньорите, за които се твърди, че са поставени в по-неблагоприятно положение.

109. В случай че наложената от предприятието с господстващо положение цена представлява значима част от общите разходи, понесени от поставения в неблагоприятно положение клиент, ценовата дискриминация може да има отражение не само върху рентабилността на дейността на този клиент, но и върху конкурентното му положение [34].

110. Обратно, в хипотезата, при която относителната тежест на наложените от предприятието с господстващо положение цени е незначителна, последните не могат да засегнат конкурентното положение на поставения в неблагоприятно положение клиент.

111. Ако се върнем към настоящия случай, виждаме, че AdC е установил, че тези разходи не са значими. В точка 67 от решението на този орган се посочва всъщност, че въз основа на предоставената от MEO на 23 юни 2015 г. информация следва да се заключи, че между 1 януари 2010 г. и 31 декември 2013 г. сумите, които MEO е плащала годишно на GDA в рамките на разглежданата услуга на едро са представлявали малък процент от понесените от MEO разходи в рамките на предоставянето на услугата на дребно за абонатен достъп до телевизионен сигнал и незначителна част от печалбата на MEO в рамките на предоставянето на тази услуга на дребно. Тъй като относителната тежест на прилаганата от GDA цена на сродните права според AdC е незначителна, изглежда трудно да се разбере с какво прилаганите от GDA различни цени са били поради размера си от естество да засегнат конкурентното положение на MEO и следователно да доведат до сравнително по-неблагоприятно конкурентно положение.

Заключителни забележки относно ролята на органа по конкуренцията, когато е сезиран с жалба

112. Следователно в случая и въпреки че само запитващата юрисдикция е компетентна в крайна сметка да провери с оглед на всички обстоятелства по делото с какво спорната ценова диференциация е довела до по-неблагоприятно конкурентно положение, ми се струва, че AdC правилно е анализирал дали от икономическа гледна точка прилаганата по отношение на MEO и на NOS ценова диференциация е била в състояние да повлияе на конкурентоспособността на MEO спрямо NOS.

113. От друга страна и вместо заключителни бележки ми се струва важно да припомня, че когато органът по конкуренцията е сезиран с жалба, в която се твърди наличието на злоупотреба с господстващо положение, произтичащо именно от ценова дискриминация от втора степен като разглежданата в конкретния случай, неговата роля се състои в това да разгледа внимателно *правните и фактическите обстоятелства, които са му предоставени от жалбоподателя*, за да реши в разумен срок дали да започне процедура за установяване на нарушение или да отхвърли жалбата, без да започне такава процедура, или да прекрати производството по жалбата [35].

34 Вж. в частност възприетия от Комисията анализ в решението ѝ Soda-Ash/Solvay (Решение 91/299/ЕИО на Комисията от 19 декември 1990 г. относно процедура по прилагане на член 86 от договора ЕИО (IV/33.133 — B: Натриев карбонат — Solvay, ОВ L 152, 1991 г., стр. 21, т. 64), в което е установено, че спорната ценова дискриминация е имала важно отражение върху конкурентното положение на засегнатите предприятия, доколкото разглежданият продукт е можел да представлява до 70 % от разходите за сместа от суровини за производството на стъкло. Следователно платената цена за придобиването на тази суровина е засягала рентабилността и конкурентоспособността на стъкларите.

35 Вж. по аналогия относно ролята на Комисията решение от 19 май 2011 г., Ryanair/Комисия (T-423/07, EU:T:2011:226, т. 53).

114. В такъв контекст решението да се прекрати производството, трябва да бъде мотивирано с отхвърлянето на специално представените на органа доказателства. Същият обаче не може да бъде упрекван, че е идентифицирал по абсолютен начин и при липса на конкретни доказателства, установяващи по-специално наличието на конкурентно ограничение, причините, поради които незаконосъобразното поведение може евентуално да представлява злоупотреба.

Заключение

115. Предвид всички изложени по-горе съображения предлагам на зададените от Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Съд по конкуренцията, регулацията и надзора, Португалия) преюдициални въпроси да се отговори по следния начин:

„При липса на каквато и да е обективна обосновка прилагането на по-високи цени от предприятие с господстващо положение по отношение на притежателите на издаден от него лиценз в сравнение с цените, прилагани за другите притежатели на лиценз, представлява злоупотреба по смисъла на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС само ако тази практика поставя първите в сравнително по-неблагоприятно положение спрямо останалите притежатели, с които първите притежатели се конкурират.

Търговските партньори на предприятие с господстващо положение са поставени в сравнително по-неблагоприятно положение по смисъла на член 102, втора алинея, буква в) ДФЕС, когато прилагането на различни условия за еквивалентни услуги вреди на конкурентното положение на някои от тези търговски партньори спрямо други и когато поради това то нарушава конкуренцията между поставените в по-благоприятно положение търговски партньори и поставените в по-неблагоприятно положение търговски партньори.

Установяването на наличие на сравнително по-неблагоприятно положение предполага да се установи изкривяване на конкуренцията между съответните страни на релевантния пазар, което се различава от евентуално установена обикновена разлика в третирането. Препоръчваният анализ не трябва да се свежда до просто формално упражнение по автоматична дедукция, основано на фактически или правни презумпции, а предполага конкретно разглеждане на всички обстоятелства по конкретния случай. Могат по-специално, но не само, да бъдат взети предвид естеството и важността на спорната ценова диференциация, както и структурата на разходите на съответните предприятия“.