Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
NILSA WAHLA
przedstawiona w dniu 20 grudnia 2017 r.[1]

Sprawa C-525/16

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

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (sąd ds. konkurencji, regulacji i nadzoru, Portugalia)]

Odesłanie prejudycjalne – Pozycja dominująca – Konkurencja – Nadużycie pozycji dominującej – Artykuł 102 akapit drugi lit. c) TFUE – Pojęcie „niekorzystnych warunków konkurencji" – Ceny dyskryminujące na rynku niższego szczebla – Zarządzanie prawami pokrewnymi prawom autorskim – Płatna telewizja

1. Czy organy ochrony konkurencji mogą rozpatrywać pod kątem art. 102 TFUE stosowanie przez dany podmiot zróżnicowanych cen, a jeśli tak, to pod jakimi warunkami? Czy stwierdzenie w takim kontekście nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu tego przepisu implikuje próg de minimis?

2. Takie są zasadniczo pytania postawione w niniejszym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, który dotyczy właśnie wykładni art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE, zgodnie z którym nadużyciem pozycji dominującej może być w szczególności „stosowanie wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzanie im przez to niekorzystnych warunków konkurencji".

3. Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA (zwaną dalej „MEO") a Autoridade da Concorrência (organem ochrony konkurencji, Portugalia, zwanym dalej „AdC") w przedmiocie decyzji o umorzeniu postępowania wydanej przez ten organ w odpowiedzi na skargę MEO przeciwko GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantes (stowarzyszeniu zbiorowego zarządzania prawami artystów wykonawców, Portugalia) (zwanemu dalej „GDA") wniesioną z powodu domniemywanego nadużycia pozycji dominującej w dziedzinie praw pokrewnych prawom autorskim artystów wykonawców.

4. Moim zdaniem niniejsza sprawa stwarza okazję, by wyjaśnić, że – niezależnie od istnienia praktyki polegającej na zróżnicowaniu cen, która nie jest problematyczna z punktu widzenia konkurencji, gdy jest rozpatrywana oddzielnie – nadużyciem pozycji dominującej jest właśnie fakt, iż takie zachowanie zakłóca konkurencję lub wpływa na pozycję konkurencyjną partnerów handlowych. Nie można zatem domniemywać, że praktyki polegające na zróżnicowaniu cen stwarzają „niekorzystne warunki konkurencji" bez zbadania wszystkich okoliczności danego przypadku, w szczególności jeżeli chodzi o tak zwaną „dyskryminację drugiej linii".

1 Język oryginału: francuski.

Ramy prawne

Prawo Unii

5. Artykuł 3 ust. 1 zdanie ostatnie rozporządzenia (WE) nr 1/2003[2] stanowi, że „[w] przypadkach, gdy organy ochrony konkurencji państw członkowskich lub krajowe sądy stosują krajowe prawo konkurencji do praktyk zakazanych art. [102 TFUE], stosują również art. [102 TFUE]".

Prawo portugalskie

6. Artykuł 11 ust. 1 i art. 11 ust. 2 lit. c) Novo Regime Juridíco da Concorrência (nowego systemu konkurencji)[3] mają taką samą treść jak art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE.

Postępowanie główne, pytania prejudycjalne oraz postępowanie przed Trybunałem

7. GDA jest stowarzyszeniem o celach niezarobkowych zajmującym się zbiorowym zarządzaniem prawami artystów i wykonawców, które zarządza prawami pokrewnymi prawom autorskim jego członków i podobnych stowarzyszeń zagranicznych, z którymi zawarło ono umowy o reprezentacji lub wzajemności.

8. W tym kontekście podstawowa działalność GDA polega na pobieraniu opłat z tytułu wykonywania praw pokrewnych i rozdzielaniu owych kwot między podmioty uprawnione z tych praw. Wprawdzie stowarzyszenie to nie dysponuje monopolem prawnym, jest ono jednak obecnie jedynym działającym w Portugalii podmiotem odpowiedzialnym za zbiorowe zarządzanie prawami pokrewnymi artystów.

9. Wśród przedsiębiorstw, które korzystają z repertuaru członków GDA, a nawet członków podobnych podmiotów zagranicznych, z którymi GDA zawarła umowy o reprezentacji lub wzajemności, znajdują się dostawcy adresowanych do konsumentów usług transmisji sygnału telewizyjnego i jego treści w zamian za zapłatę w określonej kwocie.

10. Skarżąca w postępowaniu głównym, MEO, jest jednym z takich dostawców i klientem GDA.

11. W latach 2008–2014 GDA stosowała w ramach oferty hurtowej wobec rzeczonych dostawców trzy różne taryfy. W latach 2010–2013 GDA stosowała te taryfy jednocześnie.

12. Z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi wynika, że taryfa stosowana wobec MEO była wynikiem orzeczenia z dnia 10 kwietnia 2012 r. wydanego zgodnie z obowiązującym prawem przez sąd arbitrażowy[4].

13. W dniu 24 czerwca 2014 r. i w dniu 22 października 2014 r. PT Comunicações SA, poprzedniczka prawna MEO, wniosła do AdC skargę na GDA dotyczącą ewentualnego nadużycia pozycji dominującej. MEO podniosło, że nadużycie to wynikało z faktu, iż GDA ustalała zbyt wysokie ceny za korzystanie z praw pokrewnych artystów wykonawców, a ponadto stosowało nierówne warunki w stosunkach między nią a innym klientem, NOS Comunicações SA (zwaną dalej „NOS").

2 Rozporządzenie Rady z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 traktatu (Dz.U. 2003, L 1, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 8, t. 2, s. 205).

3 Zatwierdzony przez Lei n.º 19/2012 (ustawę nr 19/2012) z dnia 8 maja 2012 r.

4 Zgodnie z art. 7 ust. 3 i 9 Decreto-Lei n.º 333/97 (rozporządzenia z mocą ustawy nr 333/97) z dnia 27 listopada 1997 r. w razie braku porozumienia podczas negocjacji dotyczących opłat strony są zobowiązane do przekazania sporu sądowi arbitrażowemu.

14. W dniu 19 marca 2015 r. AdC wszczął dochodzenie, które zakończyło się decyzją z dnia 3 marca 2016 r. w sprawie umorzenia sprawy ze względu na to, że w ramach stanu faktycznego dotyczącego przedmiotu postępowania nie dopatrzono się elementów wystarczających do wykazania nadużycia pozycji dominującej.

15. AdC stwierdził między innymi, że nawet przy założeniu, iż GDA rzeczywiście zajmowała pozycję dominującą na rynku właściwym i że rozpatrywane zachowanie należało uznać za nierówne traktowanie przy równoważnych świadczeniach, to jednak zróżnicowanie taryf stosowanych wobec różnych dostawców detalicznych usług dostępu do sygnału telewizyjnego i średnich kosztów ponoszonych przez MEO i NOS w ramach omawianej oferty hurtowej nie pozwala stwierdzić istnienia skutku w postaci ograniczenia konkurencji wynikającego w szczególności z osłabienia pozycji konkurencyjnej MEO.

16. Zdaniem AdC nie można uznać, że dostawca detalicznych usług dostępu do sygnału telewizyjnego znalazł się w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej w porównaniu z pozostałymi dostawcami. Wykładnia, zgodnie z którą zwykłe zachowanie dyskryminujące ze strony przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą pociąga za sobą ipso facto naruszenie art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE, jest sprzeczna w szczególności z orzecznictwem Trybunału.

17. MEO wniosło skargę na decyzję AdC o umorzeniu postępowania, wskazując w szczególności, że organ ten zinterpretował art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE w błędny sposób, ponieważ zamiast ocenić kryterium niekorzystnych warunków konkurencji, tak jak jest ono interpretowane w orzecznictwie Trybunału, zbadał, czy wystąpiło istotne i dające się określić pod względem natężenia zakłócenie konkurencji.

18. Zdaniem sądu odsyłającego decyzja AdC o umorzeniu postępowania opiera się na okoliczności, że różnica taryf w porównaniu ze średnim kosztem była niska, w związku z czym taryfy te nie były w stanie pogorszyć pozycji konkurencyjnej MEO, a spółka ta była zdolna zasymilować tę różnicę. MEO zwiększyło zresztą w tym samym okresie swój udział rynkowy w odniesieniu do abonamentowej oferty detalicznej dostępu do sygnału telewizyjnego [5].

19. Sąd odsyłający zauważa, że w ramach postępowania głównego MEO przedstawiło dane liczbowe dotyczące kosztów ponoszonych odpowiednio przez MEO i przez NOS. Tabele te dotyczą po pierwsze całkowitego kosztu oraz średniego kosztu w przeliczeniu na konsumenta ponoszonego odpowiednio przez MEO i przez NOS, a po drugie zysku i rentowności MEO w odnośnym okresie, to jest w latach 2010–2013 [6].

20. Zdaniem sądu odsyłającego nie można wykluczyć, że w efekcie tego zróżnicowania cen zdolność konkurencyjna MEO została naruszona. Z orzecznictwa Trybunału wynika, że niektóre zachowania dyskryminujące partnerów handlowych mogą z samej swej natury stwarzać niekorzystne warunki konkurencji. Sąd odsyłający uważa jednak, że Trybunał nie wypowiedział się definitywnie w przedmiocie pojęcia „niekorzystnych warunków konkurencji" do celów stosowania art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE.

5 Według Autoridade Nacional de Comunicações (Anacom) [krajowego organu telekomunikacji (Anacom), Portugalia] udział rynkowy MEO wzrósł w okresie referencyjnym, czyli od dnia 1 stycznia 2010 r. do dnia 31 marca 2015 r., z poziomu poniżej 25% do poziomu przekraczającego 40%, podczas gdy udział w rynku grupy NOS zmniejszył się w tym samym okresie z poziomu powyżej 60% do poziomu poniżej 45%.

6 Dane te nie zostały ujęte w postanowieniu odsyłającym, gdyż stanowią dane poufne.

21. W tych okolicznościach Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (sąd ds. konkurencji, regulacji i nadzoru, Portugalia) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy w przypadku gdy w postępowaniu o ukaranie zostaną udowodnione lub wskazane okoliczności dotyczące ewentualnej praktyki polegającej na dyskryminującym stosowaniu taryf przez przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą wobec jednego z przedsiębiorstw detalicznych, które to praktyki stawiają to przedsiębiorstwo w mniej korzystnej pozycji konkurencyjnej w porównaniu z jego konkurentami, kwalifikacja jako *stwarzanie niekorzystnych warunków konkurencji* w rozumieniu art. 102 [akapit drugi] lit. c) TFUE zależy od dodatkowej oceny powagi, istotności lub znaczenia tych skutków dla pozycji konkurencyjnej lub zdolności konkurencyjnej dotkniętego tą praktyką przedsiębiorstwa, w szczególności w odniesieniu do zdolności wyrównania różnicy kosztów poniesionych w ramach usługi hurtowej?

2) Czy w przypadku gdy w postępowaniu o ukaranie zostanie udowodnione lub wskazane *znacznie zmniejszone znaczenie*, jakie ma dyskryminująca praktyka taryfowa stosowana przez przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą dla poniesionych kosztów, osiągniętych przychodów i rentowności przedsiębiorstwa detalicznego dotkniętego tą praktyką, zgodna z jednolitą wykładnią art. 102 [akapit drugi] lit. c) TFUE oraz z wyrokami [z dnia 15 marca 2007 r., British Airways/Komisja (C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 146–148; z dnia 9 września 2009 r., Clearstream/Komisja (T-301/04, EU:T:2009:317)] jest ocena o braku istnienia przesłanek nadużycia pozycji dominującej i zakazanych praktyk?

3) Czy, przeciwnie, nie jest to wystarczające do wykluczenia zaklasyfikowania tego zachowania jako nadużycia pozycji dominującej i jako zakazanej praktyki w rozumieniu art. 102 [akapit drugi] lit. c) TFUE i ma to znaczenie jedynie przy ustalaniu odpowiedzialności lub sankcji wobec przedsiębiorstwa dopuszczającego się naruszenia?

4) Czy wyrażenie *stwarzanie im przez to niekorzystnych warunków konkurencji* z art. 102 [akapit drugi] lit. c) TFUE należy interpretować w ten sposób, iż odpowiada ono wymogowi, aby korzyść wynikająca z dyskryminacji odpowiadała z kolei minimalnej części struktury kosztów przedsiębiorstwa dotkniętego praktyką?

5) Czy wyrażenie *stwarzanie im przez to niekorzystnych warunków konkurencji* z art. 102 [akapit drugi] lit. c) TFUE należy interpretować w ten sposób, iż odpowiada ono wymogowi, aby korzyść wynikająca z dyskryminacji odpowiadała z kolei minimalnej różnicy średnich kosztów poniesionych przez przedsiębiorstwa konkurujące w sektorze danych usług hurtowych?

6) Czy wyrażenie *stwarzanie im przez to niekorzystnych warunków konkurencji* z art. 102 [akapit drugi] lit. c) TFUE można interpretować w ten sposób, iż odpowiada ono wymogowi, aby korzyść wynikająca z dyskryminacji odpowiadała w zakresie rynku i usługi będących przedmiotem oceny wyższym wartościom niż różnice wskazane w tabelach 5, 6 i 7 dla celów uznania zachowania za zakazaną praktykę?

7) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na jedno z pytań od czwartego do szóstego, jak należy określić wspomniany minimalny próg znaczenia niekorzystnego warunku w stosunku do struktury kosztów lub średnich kosztów poniesionych przez przedsiębiorstwa konkurujące w sektorze danych usług detalicznych?

8) Po określeniu takiego minimalnego progu, czy brak jego osiągnięcia każdego roku pozwala na oddalenie domniemania z wyroku [z dnia 9 września 2009 r., Clearstream/Komisja (T-301/04, EU:T:2009:317)], zgodnie z którym należy stwierdzić, że *stosowanie względem partnera handlowego*

różnych cen za równoważne usługi i to w sposób nieprzerwany przez pięć lat przez przedsiębiorstwo posiadające faktyczny monopol na rynku na poprzednim poziomie, nie mogło nie spowodować niekorzystnych warunków konkurencji dla tego partnera?".

22. Uwagi na piśmie przedstawiły MEO, GDA, rządy portugalski i hiszpański oraz Komisja Europejska.

23. W rozprawie, która odbyła się w dniu 5 października 2017 r., uczestniczyły MEO, GDA, Królestwo Hiszpanii oraz Komisja.

Podsumowanie uwag przedłożonych Trybunałowi

24. Ogólnie rzecz biorąc, zainteresowane strony stwierdziły, że pytania prejudycjalne należy rozpatrzyć łącznie. Strony te skupiły się na kwestii, czy w celu stwierdzenia istnienia „niekorzystnych warunków konkurencji" w rozumieniu art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE można domniemywać, że zróżnicowanie cen może zakłócić konkurencję, czy też to do organu ochrony konkurencji należy wykazanie, że zdolność konkurencyjna dyskryminowanego przedsiębiorstwa została ograniczona w następstwie zarzucanego zachowania. W ramach tej analizy są omawiane, po pierwsze, okoliczności, które należy wziąć pod uwagę, a po drugie, wymóg, aby wpływ na konkurencję (potencjalny lub rzeczywisty, w zależności od odpowiednich stanowisk stron) był istotny.

25. Co się tyczy pojęcia „niekorzystnych warunków konkurencji", zainteresowane strony są zgodne co do tego, że stosownie do orzecznictwa Trybunału ocena, czy doszło ewentualnie do wywarcia wpływu na konkurencję, powinna zasadniczo być dokonywana w każdym konkretnym przypadku z osobna, oraz że nie istnieje ustalony próg ani norma, które pozwalałyby określić taki wpływ.

26. Tymczasem opinie są rozbieżne w kwestii, czy i w jakim zakresie należy wykazać rzeczywisty skutek antykonkurencyjny, czy też, wprost przeciwnie, istnienie takiej niekorzystnej sytuacji musi być prawdopodobne, w przypadku gdy przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą stosuje zróżnicowane taryfy w stosunku do swych partnerów handlowych na rynku niższego szczebla.

27. Z jednej strony, *GDA i rząd portugalski* uważają, że należy uwzględnić konkretny wpływ zróżnicowanych cen na zdolność konkurencyjną MEO.

28. Zarówno z bronionego przez Komisję podejścia, które instytucja ta zaprezentowała w szeregu raportów i komunikatów począwszy od 2003 r., jak i z orzecznictwa Trybunału i Sądu Unii Europejskiej wynika, iż należy wziąć pod uwagę antykonkurencyjny wpływ na rynek zachowań stanowiących podobno nadużycie. Aby praktyka cenowa została uznana za stanowiącą nadużycie, konieczne jest, aby rzeczywiście doszło do zakłócenia konkurencji między dostawcami omawianych usług oraz aby z powodu takiego zakłócenia niektórzy dostawcy usług doświadczyli niekorzystnych warunków konkurencji. Tak więc „zwykła" praktyka polegająca na stosowaniu dyskryminujących cen nie wystarczy sama w sobie do tego, aby doszło do nadużycia w rozumieniu art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE.

29. Z drugiej strony, *rząd hiszpański*[7] *i MEO* opowiadają się za wykładnią art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE, zgodnie z którą poza pewnymi drobnymi różnicami fakt, iż organizacja zbiorowego zarządzania posiadająca monopol, taka jak GDA, faworyzuje poprzez stosowanie korzystniejszych warunków jednego użytkownika w porównaniu z jego konkurentami na tym samym rynku znajdującym się na niższym szczeblu, grozi powstaniem niekorzystnych warunków lub zakłócenia konkurencji.

7 Rząd hiszpański wskazuje, że Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (krajowa komisja ds. rynków i konkurencji, Hiszpania) systematycznie uznawała stosowanie dyskryminujących taryf za naruszenie, w przypadku gdy organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi nie była w stanie ich uzasadnić.

30. Co się tyczy elementów, które należy wziąć pod uwagę w celu ustalenia, czy zachowanie takie jak zachowanie GDA w postępowaniu głównym może wywoływać skutek antykonkurencyjny, MEO podnosi, że GDA zajmuje pozycję monopolistyczną oraz że dostawcy usług telewizyjnych są zobowiązani do zwrócenia się do GDA w celu uzyskania licencji pozwalających na dystrybucję chronionych utworów. W związku z tym pozycja negocjacyjna GDA jest silna. Według MEO przedsiębiorstwo zajmujące faktyczną pozycję monopolistyczną ponosi szczególną odpowiedzialność za zapewnienie, by w stosunku do jego partnerów handlowych były stosowane równe warunki. Zdaniem MEO odpowiedzialność ta skutkuje powstaniem po stronie GDA obowiązku uzasadnienia jego zachowania, czego GDA nie uczyniła. Wreszcie zdaniem MEO ważne jest, aby wziąć pod uwagę czas trwania dyskryminacji.

31. W tym względzie rząd hiszpański podkreśla, że w przypadkach takich jak w niniejszej sprawie niekorzystne warunki wynikają w szczególności z faktu, że licencje udzielane przez organizacje zbiorowego zarządzania są istotnym elementem przy świadczeniu usług końcowych przez odnośnych użytkowników.

Analiza

32. Pytania prejudycjalne, takie jak przedstawione przez sąd odsyłający, wymagają moim zdaniem całościowej odpowiedzi, ponieważ odnoszą się one głównie do kwestii, czy pojęcie „niekorzystnych warunków konkurencji", o którym mowa w art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE, wymaga zbadania wpływu zachowania lub wagi zróżnicowanego stosowania cen na pozycję konkurencyjną dotkniętego tym przedsiębiorstwa.

33. Zanim zajmę się tą problematyką, chciałbym *przede wszystkim* podzielić się pewnymi wątpliwościami, które wprawdzie odnoszą się do aspektów, jakie nie zostały objęte szczegółowo pytaniami zadanymi przez sąd odsyłający, dotyczą jednak możliwości stosowania przepisów art. 102 TFUE w niniejszej sprawie.

34. *Następnie* przystąpię do wstępnego omówienia istotnych względów, którymi moim zdaniem należy kierować się w ramach badania praktyki polegającej na zróżnicowaniu cen, której zarzuca się, iż stanowi nadużycie pozycji dominującej. W tym kontekście wskażę, czy i na jakich warunkach praktyka dyskryminacji taryfowej „drugiej linii" może zostać objęta zakresem art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE. Wyjaśnię powody, dla których nie można domniemywać, że taka praktyka stanowi ze względu na swój charakter nadużycie pozycji, a wręcz przeciwnie, że należy wykazać w sposób konkretny konkurencyjne skutki takiego zachowania.

35. W świetle tych wszystkich rozważań zajmę się *wreszcie* kwestią, w jakim stopniu stosowanie nierównych warunków do świadczeń równoważnych przez przedsiębiorstwo, któremu jest zarzucane zajmowanie pozycji dominującej, może doprowadzić do powstania niekorzystnych warunków konkurencji.

Uwagi ogólne w przedmiocie możliwości stosowania w niniejszej sprawie art. 102 TFUE

36. Należy podkreślić, że niniejsza sprawa dotyczy szczególnego układu okoliczności faktycznych, który może zostać opisany w następujący sposób.

37. MEO, będące dostawcą usług telewizyjnych na rynku portugalskim, zaskarżyło przed sądem odsyłającym decyzję AdC dotyczącą umorzenia postępowania w sprawie jej skargi złożonej do tego organu. Skarga ta była skierowana przeciwko zachowaniu GDA, stowarzyszenia zarządzającego prawami pokrewnymi prawom autorskim, które miało podobno znamiona nadużycia i które polegało jakoby na stosowaniu w latach 2010–2013 zróżnicowanych taryf uzyskania licencji.

38. MEO uważa, że NOS, przedsiębiorstwo będące bezpośrednim konkurentem MEO, płaciło w tym okresie korzystniejsze ceny. Skarga wniesiona przez MEO do AdC dotyczyła zatem rzekomego nadużycia pozycji dominującej wynikającego ze stosowania przez GDA dyskryminujących taryf na rynku niższego szczebla w związku z usługami zbiorowej sprzedaży praw pokrewnych artystów wykonawców.

39. Jak zauważył jednak sąd odsyłający w oparciu o dane liczbowe, niekorzystne warunki, które rzekomo powstały po stronie MEO w zakresie kwot płaconych z tytułu korzystania z utworów chronionych prawem autorskim i prawami pokrewnymi, nie doprowadziły do zmniejszenia jej udziału rynkowego. Wręcz przeciwnie, udział rynkowy posiadany przez MEO zwiększył się i w latach 2010–2013 wzrósł z około 25% do poziomu przekraczającego 40%. Co się tyczy udziału posiadanego przez NOS, zmniejszył się on w tym samym okresie z poziomu ponad 60% do poziomu poniżej 45%.

40. Należy również wskazać, że ceny zostały ustalone zgodnie z obowiązującym prawem krajowym w drodze orzeczenia wydanego w postępowaniu arbitrażowym, ponieważ GDA nie zdołała osiągnąć porozumienia z MEO.

41. W niniejszej sprawie sąd odsyłający wydaje się wychodzić z założenia, że nasuwa się tu jedynie pytanie, czy w celu stwierdzenia istnienia nadużycia pozycji dominującej wynikającego ze stosowania różnych cen za równoważne usługi należy orzec konkretnie w przedmiocie konkurencyjnych skutków spornej praktyki, czy też można domniemywać, że taka praktyka jest sprzeczna z art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE.

42. W tym względzie sąd odsyłający wydaje się uważać, że pozostałe przesłanki stosowania art. 102 TFUE zostały spełnione. W szczególności sąd ten uznaje za ustalony fakt, że po pierwsze GDA jest przedsiębiorstwem zajmującym pozycję dominującą, a po drugie stosowało ono wobec partnerów handlowych nierówne warunki „do świadczeń równoważnych".

43. Tymczasem w świetle akt sprawy przedstawionych Trybunałowi wydaje mi się, że zarówno kwestia istnienia w niniejszym przypadku pozycji dominującej GDA na rynku rzeczywiście właściwym, jak i kwestia, czy faktycznie doszło do narzucenia nierównych cen za „świadczenia równoważne", powinny być traktowane z ostrożnością.

44. Wątpliwości żywione w tym względzie mogą doprowadzić do tego, że zadane pytania prejudycjalne, które dotyczą wyłącznie identyfikacji „niekorzystnych warunków konkurencji" w rozumieniu art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE, staną się hipotetyczne.

45. W pierwszej kolejności jestem zdania, że można zastanawiać się nad tym, czy *GDA faktycznie zajmuje pozycję dominującą* na rynku właściwym oferty hurtowej, rozpatrywanym w niniejszej sprawie.

46. W tym względzie należy zauważyć, że GDA zakwestionowała właśnie założenie, zgodnie z którym zajmuje ono pozycję dominującą na rynku właściwym, mimo że jest de facto jedyną organizacją w Portugalii zarządzającą prawami pokrewnymi prawom autorskim.

47. W tym względzie GDA podniosła, że nie jest w stanie wywierać presji handlowej na swych głównych partnerów, MEO i NOS. Przede wszystkim przedsiębiorstwa te stanowią silny „duopol". Następnie układanie taryf jest regulowane przez prawo krajowe, które w razie braku porozumienia zobowiązuje strony do wszczęcia postępowania arbitrażowego. Wreszcie GDA, która nie jest zintegrowana pionowo, nie miała żadnego interesu na rynkach na wyższym lub niższym szczeblu. Przeciwnie, wykluczenie z rynku MEO lub osłabienie pozycji konkurencyjnej tej spółki w porównaniu z NOS byłoby dla GDA niekorzystne. W związku z tym nie ma mowy o istnieniu pozycji dominującej, a tym bardziej o jej nadużyciu.

48. Przypominam, że GDA jest działającą w celach niezarobkowych organizacją zbiorowego zarządzania prawami artystów, której misja polega na wykonywaniu praw pokrewnych prawom autorskim osób, które reprezentuje, i członków analogicznych podmiotów zagranicznych oraz na zarządzaniu tymi prawami. Wśród jej głównych klientów znajdują się podmioty świadczące abonamentową usługę detaliczną dostępu do sygnału telewizyjnego w Portugalii, w tym MEO i NOS, które w istotnym okresie stanowiły wspólnie duopol.

49. W tym kontekście wydaje się, iż GDA zależy w dużej mierze od wynagrodzeń za usługi świadczone przez nią na rzecz tych dwóch przedsiębiorstw.

50. Ponadto, jak wynika z akt sprawy i jak AdC wskazał w swojej decyzji, istnieją wskazówki pozwalające stwierdzić, że dostawcy abonamentowego dostępu do sygnału telewizyjnego posiadają pewną siłę negocjacyjną, która może zrównoważyć siłę GDA. Wskazówki te, które w moim rozumieniu akt sprawy nie zostały zakwestionowane przez MEO [8], wynikają w szczególności z korespondencji między GDA i dostawcami oferty detalicznej abonamentowego dostępu do sygnału telewizyjnego w przedmiocie ustalenia ceny, którą GDA zastosuje w stosunku do nich od dnia 1 stycznia 2014 r. w ramach omawianej oferty hurtowej.

51. Dlatego też, chociaż GDA jest w chwili obecnej jedyną w Portugalii organizacją zbiorowego zarządzania prawami artystów wykonawców, okoliczność ta nie oznacza, że zajmuje ona rzeczywiście pozycję dominującą, ponieważ nie posiada siły rynkowej pozwalającej na działanie niezależnie od jej partnerów handlowych.

52. Tymczasem bezsporne jest, że art. 102 TFUE służy kontrolowaniu siły rynkowej posiadanej przez przedsiębiorstwo. Aby pozycję przedsiębiorstwa można było uznać za dominującą, nie wystarczy odwołać się do posiadanego przez to przedsiębiorstwo udziału w wyraźnie określonym rynku, lecz należy również odnieść się do siły gospodarczej posiadanej przez nie w związku z jego pozycją.

53. Pozycja dominująca jest więc definiowana jako sytuacja, w której jedno przedsiębiorstwo lub większa liczba przedsiębiorstw posiada taką siłę ekonomiczną, która zapewnia im możliwość zachowywania się w sposób w znacznej mierze niezależny od ich konkurentów, klientów i wreszcie konsumentów [9]. Taka sytuacja występuje zazwyczaj, gdy przedsiębiorstwo lub grupa przedsiębiorstw stanowi duży udział w podaży na określonym rynku, pod warunkiem że inne czynniki analizowane w trakcie oceny (takie jak bariery wejścia na rynek, zdolność klientów do reagowania itd.) zmierzają w tym samym kierunku [10].

54. Ponadto można by zastanowić się nad tym, jaki interes z punktu widzenia konkurencji GDA miałaby w stosowaniu dyskryminujących cen w celu wyeliminowania jednego z klientów lub osłabienia jego pozycji konkurencyjnej. Zważywszy, że GDA nie ma żadnego własnego interesu podlegającego obronie na rynku niższego szczebla, na którym działały MEO i NOS, jej jedyny interes polega, jak się wydaje, na zdynamizowaniu jego przychodów poprzez ustalenie cen, które są negocjowane indywidualnie i dwustronnie z tymi usługodawcami.

8 Zobacz dowody z dokumentów włączone do akt sprawy w postępowaniu przed sądem krajowym i wspomniane w decyzji AdC.

9 Definicja ta została przyjęta bardzo wcześnie przez Trybunał [zob. wyroki: z dnia 14 lutego 1978 r., United Brands i United Brands Continentaal/Komisja (27/76, EU:C:1978:22, pkt 65); z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, EU:C:1979:36, pkt 38)]. Była ona niezmiennie przypominana w orzecznictwie, w szczególności w tym najnowszym (zob. w szczególności wyroki: z dnia 14 października 2010 r., Deutsche Telekom/Komisja, C-280/08 P, EU:C:2010:603, pkt 170; z dnia 17 lutego 2011 r., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 23, 79).

10 Zobacz obwieszczenie Komisji 97/C 372/03 w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz.U. 1997, C 372, s. 5).

55. Jeśli już jakiś podmiot ma w niniejszym przypadku czerpać korzyści, z punktu widzenia konkurencji, z ewentualnej dyskryminacji istniejącej na rynku niższego szczebla, to jest to ewentualnie podmiot, który skorzystał z podobno niższych cen, a zatem w niniejszej sprawie NOS. Nie rozumiem natomiast, w jaki sposób GDA była w stanie korzystać bezpośrednio lub pośrednio z takiego zróżnicowania. Zbadam dokładnie ten ostatni aspekt w dalszych rozważaniach.

56. W drugiej kolejności, w uzupełnieniu powyższych rozważań, zastanawiam się również, czy w niniejszym przypadku rzeczywiście ma miejsce spełnianie „świadczeń równoważnych" na „nierównych warunkach" w rozumieniu art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE – a zatem „dyskryminacja", a nie „zróżnicowanie" obiektywne – w związku z udostępnianiem praw pokrewnych na rzecz MEO i NOS.

57. Jak wynika z orzecznictwa, równoważność transakcji powinna zostać określona z uwzględnieniem wszystkich warunków panujących na rynku [11]. Warunki te obejmują w szczególności aspekt czasowy ze względu na to, że cena ustalona w odniesieniu do świadczenia określonych usług może się zmieniać z biegiem czasu z uwagi na *warunki rynkowe i kryteria użyte do jej określenia*. Innymi słowy, okoliczność, że świadczenia są spełniane w różnych okresach, może powodować, że transakcje nie są równoważne [12].

58. Ponadto z informacji przekazanych Trybunałowi wynika, iż określanie cen i innych warunków umownych dotyczących praw pokrewnych, które GDA sprzedaje, jest oparte na ustawie, która zobowiązuje strony do wszczęcia postępowania arbitrażowego w razie braku porozumienia. W takiej sytuacji, jak ma to miejsce w odniesieniu do cen pobieranych od MEO, GDA ogranicza się do stosowania cen ustalonych w orzeczeniu wydanym w postępowaniu arbitrażowym. Moim zdaniem ceny stosowane przez GDA odpowiednio do MEO i NOS zostały zatem ustalone w warunkach a priori różnych.

59. Podsumowując, wydaje się, że sprawę w postępowaniu głównym charakteryzują pewne wątpliwości dotyczące stosowania art. 102 TFUE, które to wątpliwości wykraczają poza samą kwestię ustalenia istnienia „niekorzystnych warunków konkurencji". Wydaje się w szczególności, że należy być bardzo ostrożnym, jeśli chodzi o ukaranie przedsiębiorstwa za zarzucane mu nadużycie pozycji dominującej z powodu zróżnicowania cen stosowanych w stosunku do jego partnerów znajdujących się na rynku niższego szczebla, gdy przedsiębiorstwo to nie działa nawet na tym rynku i odnosi bezpośrednie korzyści z konkurencji między tymi partnerami. Wątpliwości te tym bardziej uzasadniają ostrożność przy badaniu spornych praktyk polegających na zróżnicowaniu cen.

Praktyka polegająca na zróżnicowaniu cen stanowi nadużycie pozycji tylko wtedy, gdy tworzy niekorzystne warunki konkurencji, co wymaga konkretnej analizy skutków praktyki w świetle wszystkich istotnych okoliczności sprawy

60. Zakładając nawet, iż z okoliczności faktycznych niniejszej sprawy można wywnioskować, że – co powinien sprawdzić sąd odsyłający – po pierwsze GDA zajmuje pozycję dominującą na rozpatrywanym rynku hurtowym, a po drugie sporne zachowanie należy uznać za nierówne traktowanie równoważnych świadczeń, wydaje się konieczne, by organ ochrony konkurencji ustalił, czy z uwagi na takie zakłócenie niektórym partnerom handlowym stwarza się *niekorzystne warunki konkurencji*. Istnienie takich niekorzystnych warunków nie może w żadnym razie być domniemywane, lecz wymaga we wszystkich przypadkach, a w szczególności w razie dyskryminacji taryfowej „drugiej linii", zbadania skutków spornych praktyk w świetle ogółu okoliczności danego przypadku.

11 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 9 września 2009 r., Clearstream/Komisja (T-301/04, EU:T:2009:317, pkt 169–190); z dnia 7 października 1999 r., Irish Sugar/Komisja (T-228/97, EU:T:1999:246, pkt 64).

12 Zobacz podobnie w szczególności, R. O'Donoghue i J. Padilla, *The Law and Economics of article 102 TFEU*, 2nd edition, Oxford, Hart Publishing, 2013, s. 795; D. Geradin i N. Petit, Price discrimination under EC competition law, *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket, 2005, s. 23 (www.konkurrensverket.se/en/research/seminars/the-pros-and-cons/price-discrimination).

Praktyka polegająca na dyskryminacji taryfowej nie jest sama w sobie problematyczna z punktu widzenia prawa konkurencji

61. Ogólnie rzecz biorąc, należy przypomnieć, że dyskryminacja, w tym dyskryminacja w zakresie ustalanych cen, nie jest sama w sobie problematyczna z punktu widzenia prawa konkurencji. Wynika to stąd, że dyskryminacja cenowa nie zawsze jest szkodliwa dla konkurencji. Wręcz przeciwnie, jak wynika w szczególności z podejmowanych oficjalnie w Stanach Zjednoczonych (bezowocnych) prób zmiany przepisu zakazującego takiej dyskryminacji, zawartego w Robinson-Patman Act z 1936 r.[13], zakazanie po prostu dyskryminacji taryfowej może okazać się szkodliwe pod kątem wydajności gospodarczej i dobra konsumentów.

62. Jest bowiem powszechnie wiadome, że praktyka polegająca na dyskryminacji, a w szczególności praktyka polegająca na zróżnicowaniu cen, wywołuje z punktu widzenia konkurencji ambiwalentne skutki. Taka praktyka może pociągać za sobą zwiększenie wydajności gospodarczej oraz dobra konsumentów, których to celów nie należy moim zdaniem tracić z pola widzenia przy stosowaniu reguł konkurencji i które są w każdym razie odrębne od względów dotyczących słuszności. Jak Trybunał orzekł wielokrotnie, reguły konkurencji mają na celu ochronę konkurencji, a nie konkurentów[14].

63. Czy to pod kątem przepisów dotyczących karteli, czy to pod kątem przepisów dotyczących nadużycia pozycji dominującej, możliwość wymierzenia kary za stosowanie dyskryminacji taryfowej powinna istnieć jedynie pod warunkiem, że taka dyskryminacja wywołuje faktyczny lub potencjalny skutek antykonkurencyjny. Nie należy mylić ustalenia istnienia takiego skutku z niekorzystnym oddziaływaniem bezpośrednio postrzeganym, a nawet odczuwanym przez podmioty gospodarcze, wobec których zastosowano najwyższe ceny za nabycie towarów lub usług. Również fakt, że od danego przedsiębiorstwa jest pobierana za nabycie towaru lub usługi cena wyższa od ceny stosowanej wobec jednego lub kilku konkurencyjnych przedsiębiorstw, może zostać uznany za niekorzystny warunek, lecz nie implikuje to automatycznie „niekorzystnych warunków konkurencji".

64. Dlatego też, zakładając nawet, że od danego przedsiębiorstwa są pobierane ceny wyższe od tych stosowanych w odniesieniu do innych przedsiębiorstw oraz że z tego powodu jest ono (lub uważa, że jest) dyskryminowane, owo zachowanie może być rozpatrywane na gruncie tego przepisu tylko wtedy, gdy zostanie wykazane, że jest ono w stanie ograniczać konkurencję i szkodzić dobru konsumentów.

65. Na gruncie przepisów dotyczących nadużywania pozycji dominującej praktyka polegająca na dyskryminacji taryfowej pozwala w szczególności przedsiębiorstwu posiadającemu taką pozycję oferować swe produkty i usługi większej liczbie konsumentów, takim jak konsumenci posiadający mniejszą siłę nabywczą. Podobnie klient przedsiębiorstwa, choćby zajmowało ono pozycję dominującą, jest co do zasady zachęcany do większej sprzedaży w celu uzyskania rabatu „lojalnościowego", i w tym celu jest następnie nakłaniany do obniżenia swych cen, a zatem do zmniejszenia swojej marży, co w ostateczności ma pozytywne skutki dla konsumenta. W tym kontekście należy podkreślić, że zdolność podmiotów gospodarczych do używania ich siły negocjacyjnej po to, by uzyskać najlepsze warunki cenowe i zmniejszyć ich koszty, jest istotnym parametrem konkurencji[15]. Ostatecznie zróżnicowanie cen może być ważnym czynnikiem stymulującym konkurencję.

13 Zobacz w szczególności US Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007, rozdział IV.a: The Robinson-Patman Act na stronie http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. W 2007 r. US Antitrust Modernization Commission (amerykańska komisja ds. zmiany prawa antymonopolowego) również wniosła, aczkolwiek bezskutecznie, o ponowne rozważenie owego przepisu. Jeśli chodzi o bardziej aktualną analizę, zob. także J.B. Kirkwood, Reforming the Robinson-Patman Act to Serve Consumers and Control Powerful Buyers, *The Antitrust Bulletin*, vol. 60, No 4, 2015, s. 358–383.

14 Zobacz podobnie, jeśli chodzi o praktyki w zakresie rabatów, moja opinia w sprawie Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2016:788, pkt 41).

15 W związku z tym spoczywający na podmiocie obowiązek traktowania wszystkich partnerów handlowych jednakowo może prowadzić do wystąpienia antykonkurencyjnych skutków (zob. H. Bulmash, An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 8, No 2, 2012, s. 361–397).

66. Jeśli chodzi w szczególności o kwestię, czy praktyka polegająca na stosowaniu dyskryminacji cenowej przez przedsiębiorstwo w stosunku do jego „partnerów handlowych", którymi są najczęściej jego klienci znajdujący się na rynku niższego szczebla, może stanowić nadużycie pozycji dominującej, przypominam, że art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE wyraźnie zakazuje przedsiębiorstwom zajmującym pozycję dominującą stosowania wobec takich partnerów nierównych warunków do świadczeń równoważnych i „stwarzani[a] im przez to niekorzystnych warunków konkurencji".

67. Wbrew temu, co mogłyby sugerować pobieżne analizy, art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE nie nakazuje podmiotom posiadającym monopol lub pozycję dominującą stosowania wobec ich partnerów handlowych jednolitych taryf.

68. Jak wynika z samego brzmienia tego przepisu, stosowanie dyskryminacji cenowej przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą wobec jego partnerów handlowych może zostać objęte zakazem nadużywania pozycji dominującej *wtedy i tylko wtedy, gdy konkurencja między tymi partnerami została zakłócona* przez tę dyskryminację.

69. Ostatecznie, ścisłe stosowanie tego przepisu wymaga po pierwsze stwierdzenia, że istnieje stosunek konkurencji między partnerami handlowymi przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, a po drugie wykazania, że zachowanie tego przedsiębiorstwa może w konkretny sposób zakłócić konkurencję między odnośnymi przedsiębiorstwami [16]. Wrócę do tego zagadnienia szczegółowo w dalszej części mych rozważań.

Praktyka polegająca na dyskryminacji taryfowej drugiej linii może zostać objęta zakresem art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE tylko w wyniku zbadania jej w świetle wszystkich istotnych okoliczności danej sprawy

70. Zarówno w praktyce decyzyjnej organów ochrony konkurencji, jak i w najnowszym orzecznictwie Trybunału [17] zaczęto stopniowo przyjmować, że jeśli chodzi o badanie zachowania przedsiębiorstwa w świetle art. 102 TFUE, istnienie ograniczenia konkurencji nie może być domniemywane. W celu stwierdzenia istnienia takiego ograniczenia należy w każdym przypadku zbadać rzeczywiste lub potencjalne skutki kwestionowanego środka w świetle ogółu okoliczności sprawy.

71. Co się tyczy istnienia dyskryminacji taryfowej, analiza, której należy dokonać, różni się znacząco w zależności od tego, czy chodzi o dyskryminację „pierwszej linii", czy „drugiej linii".

72. *Dyskryminacja pierwszej linii* wynika zasadniczo z dyskryminacji konkurentów przedsiębiorstwa dominującego. Dotyczy ona najczęściej praktyk polegających na dyskryminacji taryfowej, które mają na celu przyciągnięcie niektórych klientów podmiotów konkurencyjnych, takich jak praktyki drapieżnych cen, zróżnicowanych rabatów lub też zachowania polegające na zaniżaniu marży. Ogólnie rzecz biorąc, odnosi się ona do wszelkich praktyk cenowych mających na celu wykluczenie podmiotów gospodarczych prowadzących działalność na tym samym rynku i na tym samym poziomie (w sensie wertykalnym), na którym przedsiębiorstwo dominujące prowadzi działalność, lub osłabienie pozycji konkurencyjnej tych podmiotów.

73. Praktyki dyskryminacji taryfowej pierwszej linii są – ze względu na bezpośredni skutek w postaci wykluczenia, który mogą wywoływać – praktykami, z którymi organy ochrony konkurencji oraz sądy na ogół mają do czynienia.

16 Zobacz podobnie opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie British Airways/Komisja (C-95/04 P, EU:C:2006:133, pkt 104, 105).

17 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 133–147).

74. *Dyskryminacja drugiej linii*, do której przede wszystkim odnosi się art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE, oznacza dyskryminację, która wpływa na „partnerów handlowych" na rynku niższego lub wyższego szczebla w porównaniu z rynkiem tego przedsiębiorstwa. Zachodzi ona w szczególności w przypadku, gdy przedsiębiorstwo dominujące postanawia stosować wobec swoich klientów, to znaczy podmiotów niepozostających z nim bezpośrednio w stosunku konkurencji, różne ceny. Przepis ten zmierza do wyeliminowania sytuacji, w których zachowanie handlowe przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą zakłóca konkurencję na rynku wyższego lub niższego szczebla, to znaczy konkurencję między dostawcami lub klientami tego przedsiębiorstwa. Nie należy stawiać w lepszej ani w gorszej sytuacji kontrahentów wspomnianego przedsiębiorstwa, którzy konkurują między sobą [18].

75. Co się tyczy tego ostatniego rodzaju dyskryminacji, skutek w postaci wykluczenia i ograniczenia procesu konkurencyjnego nie zawsze wydaje się oczywisty. Wręcz przeciwnie, przedsiębiorstwo działające na rynku wyższego szczebla zasadniczo w pełni odnosi korzyść z konkurencji istniejącej na rynku niższego szczebla.

76. Moim zdaniem, i jak wskazano w wielu badaniach naukowych, przy badaniu dyskryminacji taryfowej do celów stosowania art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE, takiej jak dyskryminacja zakwestionowana w niniejszej sprawie, należy przede wszystkim dokonać rozróżnienia pomiędzy przedsiębiorstwami zintegrowanymi pionowo, które mają z tej racji interes w wyeliminowaniu konkurentów na rynku niższego szczebla, i przedsiębiorstwami, które nie mają takiego interesu.

77. W przypadku gdy przedsiębiorstwo jest zintegrowane pionowo, stosowanie dyskryminujących cen przez przedsiębiorstwo dominujące na rynku wyższego lub niższego szczebla upodabnia się w rzeczywistości do dyskryminacji pierwszej linii, która dotyczy pośrednio konkurentów tego przedsiębiorstwa. Taka dyskryminacja może prowadzić do osłabienia konkurentów przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą na rynku niższego szczebla.

78. Sprawa, w której wydano wyrok Deutsche Bahn/Komisja [19], jest dobrym przykładem skutku ograniczającego konkurencję, jaki może zostać spowodowany przez dyskryminację taryfową, jednocześnie pierwszej i drugiej linii, praktykowaną przez przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo. Stosując różne taryfy wobec przewoźników kontenerów działających na tak zwanych trasach zachodnich za świadczenia równoważne w zakresie korzystania z infrastruktury kolejowej, Deutsche Bahn AG nieuchronnie doprowadziła tym samym do powstania po stronie swych aktywnych partnerów handlowych *niekorzystnych warunków konkurencji w porównaniu z nią samą i jej spółką zależną* [20].

79. Natomiast, jeżeli przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą nie jest zintegrowane pionowo i poza przypadkami, w których rozpatrywane były zachowania podmiotów publicznych, które mniej lub bardziej bezpośrednio wywoływały skutek w postaci podziału geograficznego lub dyskryminacji ze względu na przynależność państwową [21], można zastanawiać się nad korzyściami, jakie przedsiębiorstwo to zamierza czerpać z dyskryminacji zmierzającej do narażenia jednego z jej partnerów handlowych na niekorzystne warunki na rynku niższego szczebla. Aby utrzymać swoją siłę negocjacyjną w charakterze sprzedawcy odnośnych towarów lub usług, takie przedsiębiorstwo ma bowiem interes w tym, aby rynek ten był bardzo konkurencyjny. W przypadku gdy – tak jak w postępowaniu głównym – przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą nie konkuruje ze swoimi

18 Zobacz wyrok z dnia 15 marca 2007 r., British Airways/Komisja (C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 143).

19 Wyrok z dnia 21 października 1997 r. (T-229/94, EU:T:1997:155), utrzymany w mocy postanowieniem z dnia 27 kwietnia 1999 r., Deutsche Bahn/Komisja (C-436/97 P, EU:C:1999:205).

20 Wyrok z dnia 21 października 1997 r., Deutsche Bahn/Komisja (T-229/94, EU:T:1997:155, pkt 93).

21 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 29 marca 2001 r., Portugalia/Komisja (C-163/99, EU:C:2001:189, pkt 46, 66); z dnia 17 maja 1994 r., Corsica Ferries (C-18/93, EU:C:1994:195, pkt 43–45).

klientami na rynku niższego szczebla, niełatwo jest ustalić powody, które skłaniałyby to przedsiębiorstwo do stosowania dyskryminujących cen, inne niż bezpośrednie wykorzystanie swoich klientów. Zmniejszenie przez nie presji konkurencyjnej istniejącej między jego partnerami handlowymi na rynku niższego szczebla wydaje się zatem mało rozsądne.

80. To właśnie stwierdzenie z pewnością wyjaśnia okoliczność, że sprawy, które odnoszą się do przypadków „czystej" *dyskryminacji drugiej linii*, czyli do sytuacji, w których przedsiębiorstwo dominujące (niezintegrowane pionowo) nie ma na pierwszy rzut oka żadnego interesu w wykluczeniu swoich partnerów na rynku niższego szczebla, takie jak przypadek w sprawie w postępowaniu głównym, są niezwykle rzadkie [22].

81. Należy ponadto zauważyć, że w ramach badania spraw, w których Trybunał rozstrzygał, rozważania dotyczące możliwości stosowania art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE są szczególnie lakoniczne i nie pozwalają w żadnym razie wyprowadzić jasnych wskazówek interpretacyjnych dotyczących ustalenia istnienia „niekorzystnych warunków konkurencji" w rozumieniu tego przepisu.

82. Warto w tym względzie zwrócić uwagę na wyrok Kanal 5 i TV 4 [23], który dotyczy sytuacji bardzo podobnej do niniejszego przypadku. Sprawa ta dotyczyła sporu między Kanal 5 Ltd i TV 4 AB a Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa (organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi w dziedzinie muzyki, Szwecja) modelu ustalania wynagrodzenia za emisję telewizyjną utworów muzycznych chronionych prawem autorskim, stosowanego przez tę organizację.

83. Poproszony o ustalenie, czy okoliczność, że organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi oblicza opłaty pobierane z tytułu wynagrodzenia należnego za emisję telewizyjną utworów muzycznych chronionych prawem autorskim w różny sposób w zależności od tego, czy chodzi o prywatne spółki zajmujące się emisją telewizyjną, czy też o nadawców publicznych, stanowi naruszenie art. 82 akapit drugi lit. c) WE [obecnie art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE], Trybunał nie zajął, ściśle rzecz biorąc, stanowiska na temat związku między tą dyskryminacją taryfową a ewentualnymi niekorzystnymi warunkami konkurencji zaobserwowanymi na rynku niższego szczebla. Ponadto Trybunał przypomniał, że aby móc stosować ów przepis, sąd odsyłający powinien zweryfikować szereg elementów.

84. W tym względzie należy także wskazać, że podejście przyjęte przez Komisję i sądy Unii Europejskiej sprowadza się często do stosowania tego przepisu do przypadku dyskryminacji pierwszej linii, czyli do sytuacji, w której nie zostało wykazane, że zachodzą „niekorzystne warunki konkurencji", co dało asumpt do pojawienia się w doktrynie pewnych głosów krytycznych zmierzających do ściślejszego stosowania przesłanek wynikających wyraźnie z brzmienia tego przepisu [24]. Niektórzy komentatorzy wzywają zatem do przyjęcia bardziej rygorystycznego podejścia w odniesieniu do przypadków dyskryminacji taryfowej, których dotyczy art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE, lub zalecają w tym kontekście ocenę wszystkich istotnych okoliczności sprawy w każdym przypadku z osobna [25].

85. Ponadto poproszony o sprecyzowanie zakresu wymogów dotyczących stwierdzenia niekorzystnych warunków konkurencji w rozumieniu tego postanowienia Trybunał wskazał w wyroku British Airways/Komisja [26], który stanowi punkt odniesienia przy badaniu praktyk polegających na dyskryminacji taryfowej pod kątem art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE, co następuje: „w celu spełnienia

22 Zobacz sprawy przytoczone w przypisie 21. Zobacz także wyrok z dnia 11 grudnia 2008 r., Kanal 5 i TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

23 Wyrok z dnia 11 grudnia 2008 r. (C-52/07, EU:C:2008:703).

24 Zobacz w szczególności A. Perrot, Towards an effects-based approach of price discrimination, *The Pros and Cons of Price Discrimination*, op.cit., w szczególności s. 166 i nast.

25 Zobacz artykuł przytoczony w poprzednim przypisie. Zobacz również D. Geradin i N. Petit, Price Discrimination under EC competition law: The Need for a case-by-case approach, *Global Competition Law Centre Working Paper* 07/05, s. 45, 46.

26 Wyrok z dnia 15 marca 2007 r., British Airways/Komisja (C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 144).

przesłanek zastosowania art. [102] akapit drugi lit. c) [TFUE] należy ustalić, że zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą na rynku nie tylko jest dyskryminujące, ale także ma na celu zakłócenie stosunku konkurencji, tzn. naruszenie pozycji konkurencyjnej pewnej części partnerów handlowych tego przedsiębiorstwa względem pozostałych".

86. Jak wyjaśnił Trybunał, jeśli nic nie sprzeciwia się zatem temu, aby można było uznać za nadużycie dyskryminację partnerów handlowych, którzy nie znajdują się względem siebie w stosunku konkurencji, trzeba jeszcze ustalić, czy „w świetle wszystkich okoliczności przypadku" zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą ma na celu doprowadzić do zakłócenia konkurencji między tymi partnerami handlowymi [27].

87. Innymi słowy, art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE nie może być interpretowany w ten sposób, że nakłada na przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą na danym rynku obowiązek stosowania, w każdych okolicznościach i niezależnie od analizy wpływu zarzucanego zachowania na konkurencję, jednolitych cen w stosunku do jego partnerów handlowych.

88. Wymóg uwzględnienia „wszystkich okoliczności danego przypadku" wydaje się więc fundamentalny w ramach oceny praktyki polegającej na dyskryminacji cenowej. W żadnym razie nie można wywieść z art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE, że taka praktyka prowadzi w każdym przypadku do powstania „niekorzystnych warunków konkurencji".

89. Co się tyczy wyroku Clearstream/Komisja [28], do którego sąd odsyłający wyraźnie odwołuje się w treści swych pytań, pragnę zauważyć, że w wyroku tym Sąd zamierzał ograniczyć swoją analizę do przypadku, który został mu jakoby przedłożony. Jak wynika z pkt 192 tego wyroku Sąd przypomniał zasadę, zgodnie z którą „w celu spełnienia przesłanek zastosowania art. [102] akapit drugi lit. c) [TFUE] należy ustalić, że zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą na rynku nie tylko jest dyskryminujące, *ale także ma na celu zakłócenie stosunku konkurencji*" (wyróżnienie moje).

90. W każdym razie, nawet jeśli z tego wyroku Sądu można wyprowadzić wniosek, że Sąd uznał domniemanie, zgodnie z którym dyskryminacja taryfowa może ze swej natury powodować takie niekorzystne warunki, należy zauważyć, że ów wyrok Sądu, który ze względu na niewniesienie odwołania nie został zresztą potwierdzony przez Trybunał, jest nieco przestarzały.

91. Moim zdaniem wyrok ten odnosi się do okresu, w którym sposób podejścia – mianowicie ze względu na cel (podejście formalne) lub skutki –, który powinien zostać przyjęty w badaniu zachowań przedsiębiorstw stanowiących podobno nadużycie pozycji dominującej, był jeszcze przedmiotem dyskusji.

92. Wreszcie wydaje mi się, że trzeba wyjaśnić, iż wykazanie istnienia niekorzystnych warunków konkurencji jest czymś odrębnym od oceny prawdopodobieństwa, że dane zachowanie przedsiębiorstwa, które ze swej natury może wywołać skutki w postaci wykluczenia, wprowadza ograniczenie konkurencji, a w szczególności rodzi zarzucane skutki w postaci wykluczenia [29]. Wymóg ten ma na celu – w ramach stosowania art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE – uzyskanie w konkretny sposób pewności co do tego, że stosowana przez przedsiębiorstwo w stosunku do jego partnerów handlowych praktyka dyskryminacji cenowej, która sama w sobie nie może być problematyczna z punktu widzenia konkurencji, prowadzi do stworzenia niekorzystnych warunków konkurencji.

27 Wyrok z dnia 15 marca 2007 r., British Airways/Komisja (C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 145).

28 Wyrok z dnia 9 września 2009 r. (T-301/04, EU:T:2009:317, pkt 194). Sąd orzekł, że „[w] niniejszym przypadku stosowanie względem partnera handlowego różnych cen za równoważne usługi i to w sposób nieprzerwany przez pięć lat przez przedsiębiorstwo posiadające faktyczny monopol na rynku na poprzednim poziomie, nie mogło nie spowodować niekorzystnych warunków konkurencji dla tego partnera".

29 Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 138–141).

93. Jak miałem już okazję podkreślić [30], ogólnie rzecz biorąc, badanie praktyk polegających na dyskryminacji cenowej pod kątem art. 102 TFUE trudno poddaje się rygorom formalnym i usystematyzowaniu. W szczególności analiza kwestii, czy dyskryminacja taryfowa stosowana przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą na danym rynku może mieć konkretny wpływ na konkurencję istniejącą na rynku niższego lub wyższego szczebla, ma charakter wybitnie kazuistyczny i powinna go zachować.

Stwierdzenie istnienia niekorzystnych warunków konkurencji wymaga tego, by oprócz ewentualnej dyskryminacji wykazać w sposób konkretny istnienie niekorzystnych warunków konkurencji

94. Wbrew temu, co wydaje się sugerować MEO w swym stanowisku bronionym w ramach niniejszego postępowania, jestem zdania, że dyskryminacji taryfowej nie towarzyszą koniecznie „niekorzystne warunki konkurencji" w rozumieniu art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE.

95. Uważam, że w ramach tej oceny zostaje pomylona ocena istnienia „niekorzystnych warunków konkurencji" oraz istnienia „niekorzystnych warunków dla konkurentów", a nawet niekorzystnych warunków w ogóle.

96. Aby można było stwierdzić „niekorzystne warunki konkurencji" w rozumieniu art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE, dana praktyka musi mieć – oprócz tego, że stwarza wskutek dyskryminacji taryfowej niekorzystne warunki rozpatrywane odrębnie – konkretny wpływ na pozycję konkurencyjną rzekomo dyskryminowanego przedsiębiorstwa.

97. Innymi słowy, niekorzystne warunki powinny być wystarczająco istotne, aby mieć wpływ na pozycję konkurencyjną dyskryminowanego przedsiębiorstwa. Konieczne jest zatem ustalenie, że dyskryminujące ceny mogą zakłócić stosunek konkurencji między partnerami handlowymi na rynku niższego szczebla.

98. Taka analiza wymaga uwzględnienia przez organ ochrony konkurencji wszystkich okoliczności przypadku, który został mu przedłożony. Praktyka polegająca na stosowaniu dyskryminujących cen powoduje, że klienci spółki zajmującej pozycję dominującą działają w niekorzystnych warunkach konkurencji, jeśli praktyka ta faktycznie jest w stanie wywierać negatywny wpływ na konkurencję na rynku, na którym jej klienci prowadzą działalność. Tak więc, aby ustalić istnienie zakłócenia konkurencji w tym kontekście, nie można ograniczyć się do oceny wpływu praktyk dyskryminacyjnych na konkretnego partnera handlowego.

99. W szczególności należy zbadać, czy sporna dyskryminacja taryfowa może negatywnie wpłynąć na zdolność dyskryminowanych partnerów handlowych do wywierania skutecznej presji konkurencyjnej na uprzywilejowanych partnerów handlowych.

100. Prawdą jest, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału nie można wymagać tego, by przedstawiono dowód, iż zachowanie przedsiębiorstwa dominującego doprowadziło do rzeczywistego i dającego się określić pod względem natężenia pogorszenia pozycji konkurencyjnej jednego lub kilku partnerów handlowych [31], ani wykazania, że skutek antykonkurencyjny na rynku, na którym partnerzy handlowi pozostają w stosunku konkurencji, jest „odczuwalny", zważywszy, że określenie progu odczuwalności (de minimis) w celu ustalenia, czy doszło do nadużycia pozycji dominującej, nie jest uzasadnione [32].

30 Zobacz w szczególności moja opinia w sprawie Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2016:788, pkt 73 i nast.).

31 Zobacz wyrok z dnia 15 marca 2007 r., British Airways/Komisja (C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 145).

32 Zobacz wyrok z dnia 6 października 2015 r., Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, pkt 73).

101. Nie zmienia to faktu, że zwykłe „niekorzystne warunki" wynikające z samej tylko dyskryminacji nie powinny być mylone z „niekorzystnymi warunkami konkurencji", które winny wystąpić na rynku, na którym działają partnerzy handlowi przedsiębiorstwa dominującego, w niniejszym przypadku na rynku praw pokrewnych prawu autorskiemu istniejącym na niższym szczeblu, gdyż w przeciwnym razie naruszałoby to przesłanki wyraźnie określone w art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE.

102. W tym względzie wydaje mi się, że należy dokonać rozróżnienia pomiędzy zachowaniami antykonkurencyjnymi, które z uwagi na swą wrodzoną szkodliwość implikują ograniczenie konkurencji, i zachowaniami antykonkurencyjnymi, które – tak jak praktyki polegające na dyskryminacji taryfowej drugiej linii stosowane przez przedsiębiorstwo dominujące niezintegrowane pionowo – wymagają bardziej szczegółowego badania ich konkretnych skutków, aby można było stwierdzić istnienie takiego ograniczenia.

103. Nie chodzi tu o dokonanie rozgraniczenia pomiędzy ograniczeniami konkurencji w zależności od tego, czy są one mniejszej, czy większej wagi, co uzasadniałoby ustalenie progu de minimis wykluczonego co do zasady w ramach art. 102 TFUE. Chodzi raczej o ustalenie istnienia faktycznego ograniczenia konkurencji, które jest czymś odmiennym od dyskryminacji taryfowej i musi tej ostatniej towarzyszyć.

104. W związku z tym okoliczność, iż jeden z tych partnerów handlowych musi płacić wyższe ceny, może co najwyżej mieć wpływ na koszty ponoszone przez to przedsiębiorstwo i bardzo hipotetycznie na rentowność oraz zyski oczekiwane przez to przedsiębiorstwo. Nie oznacza to jednak, że sporna dyskryminacja taryfowa wywarła wpływ na poziom konkurencji na rynku niższego szczebla. Jak bardzo słusznie podkreśliła GDA w swoich uwagach na piśmie, rentowność i konkurencyjność to dwie zupełnie różne rzeczy.

105. Według mnie z powyższego wynika, że ewentualne różnice w traktowaniu, które nie mają wpływu na konkurencję lub też wywołują bardzo nieznaczne skutki, nie mogą stanowić nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE [33].

106. Istnienie niekorzystnych warunków konkurencji powinno zostać wykazane w drodze badania rzeczywistych lub potencjalnych skutków inkryminowanych praktyk w świetle *wszystkich istotnych okoliczności* związanych zarówno z odnośnymi transakcjami, jak i charakterystycznymi cechami rynku, na którym działają partnerzy handlowi przedsiębiorstwa dominującego.

107. W celu analizy skutków w postaci zakłócenia lub wykluczenia konkurencji w przypadku praktyk polegających na dyskryminacji taryfowej należy przede wszystkim zwrócić pewną uwagę na faktyczne istnienie i względne znaczenie spornego zróżnicowania cen.

108. Następnie trzeba również przypisać pewną wagę analizie wielkości kosztów towarów lub usług świadczonych przez przedsiębiorstwo dominujące w porównaniu z całkowitymi kosztami ponoszonymi przez partnera lub partnerów rzekomo dyskryminowanych.

109. W przypadku gdy cena narzucona przez przedsiębiorstwo dominujące stanowi istotną część całkowitych kosztów ponoszonych przez dyskryminowanego klienta, dyskryminacja cenowa może mieć wpływ nie tylko na rentowność działalności tego klienta, ale również na jego pozycję konkurencyjną [34].

33 Zobacz podobnie, pod katem pogodzenia ze sobą różnych podejść ścierających się w tej dziedzinie, R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, s. 802, 803.

34 Zobacz w szczególności analizę dokonaną przez Komisję w jej decyzji Soda-Ash/Solvay [decyzji 91/299/EWG z dnia 19 grudnia 1990 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 86 traktatu EWG (sprawa IV/33.133-C Węglan sodu – Solvay, Dz.U. 1991, L 152, s. 21, pkt 64)], w której stwierdzono, że sporna dyskryminacja cenowa miała znaczny wpływ na pozycję konkurencyjną odnośnych przedsiębiorstw, ponieważ rozpatrywany produkt mógł stanowić do 70% kosztu mieszanki surowców wykorzystywanych do produkcji szkła. Cena płacona za zakup tego surowca miała zatem wpływ na rentowność i konkurencyjność hut szkła.

110. Natomiast w przypadku, gdy względna waga cen pobieranych przez przedsiębiorstwo dominujące jest znikoma, ceny te nie są w stanie wpłynąć na pozycję konkurencyjną dyskryminowanego klienta.

111. Wracając do rozpatrywanego przypadku, AdC stwierdził, że koszty te nie były znaczące. Ów organ wskazuje bowiem w pkt 67 swej decyzji, że na podstawie informacji dostarczonych przez MEO w dniu 23 czerwca 2015 r. należy stwierdzić, iż w okresie od dnia 1 stycznia 2010 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. kwoty płacone corocznie przez MEO na rzecz GDA w ramach rozpatrywanej usługi hurtowej stanowiły niewielki procent kosztów ponoszonych przez MEO w ramach udostępniania abonamentowej usługi detalicznej dostępu do sygnału telewizyjnego i bardzo niewielki odsetek zysków MEO osiąganych z udostępnienia tej usługi detalicznej. Ponieważ względna waga ceny praw pokrewnych pobieranej przez GDA jest zdaniem AdC nieznaczna, trudno jest zrozumieć, w jaki sposób zróżnicowanie taryf stosowanych przez GDA mogło, z uwagi na jego znaczenie, wpłynąć na pozycję konkurencyjną MEO i stworzyć przez to niekorzystne warunki konkurencji.

Uwagi końcowe w kwestii roli organu ochrony konkurencji rozpatrującego skargę

112. W niniejszym przypadku, chociaż jedynie sąd odsyłający może ustalić ostatecznie, w świetle wszystkich okoliczności sprawy, w jaki sposób sporne zróżnicowanie taryfowe stworzyło niekorzystne warunki konkurencji, wydaje mi się zatem, że AdC nie popełnił błędu, badając, czy z gospodarczego punktu widzenia zróżnicowanie taryf stosowanych w stosunku do MEO i do NOS było w stanie wpłynąć na zdolność konkurencyjną MEO w porównaniu z NOS.

113. Według mnie należy ponadto przypomnieć w ramach uwag końcowych, że kiedy do organu ochrony konkurencji wpływa skarga dotycząca zarzucanego istnienia nadużycia pozycji dominującej polegającego w szczególności na dyskryminacji taryfowej drugiej linii, taka jak skarga rozpatrywana w niniejszym przypadku, rola tego organu polega na uważnym zbadaniu *okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych mu przez składającego skargę*, aby zadecydować, zasadniczo w rozsądnym terminie, czy powinien on wszcząć postępowanie w sprawie stwierdzenia naruszenia, czy oddalić skargę bez wszczynania postępowania, czy też umorzyć sprawę [35].

114. W takim kontekście decyzja o umorzeniu sprawy musi być uzasadniona oddaleniem konkretnych informacji przedłożonych organowi. Nie można natomiast zarzucać mu, że określił in abstracto, wobec braku konkretnych dowodów potwierdzających w szczególności istnienie ograniczenia konkurencji, dlaczego zarzucane zachowanie może mieć ewentualnie charakter nadużycia.

Wnioski

115. Mając na względzie całość powyższych rozważań, proponuję, aby na pytania prejudycjalne zadane przez Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (sąd ds. konkurencji, regulacji i nadzoru, Portugalia) odpowiedzieć w następujący sposób:

Stosowanie w braku wszelkiego obiektywnego uzasadnienia przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą w stosunku do niektórych spośród jego licencjobiorców cen wyższych niż ceny praktykowane wobec pozostałych licencjobiorców stanowi nadużycie w rozumieniu art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE wtedy i tylko wtedy, gdy praktyka ta stwarza tym pierwszym niekorzystne warunki konkurencji w porównaniu z pozostałymi licencjobiorcami, z którymi ci pierwsi pozostają w stosunku konkurencji.

35 Zobacz analogicznie, jeśli chodzi o rolę Komisji, wyrok z dnia 19 maja 2011 r., Ryanair/Komisja (T-423/07, EU:T:2011:226, pkt 53).

Partnerom handlowym przedsiębiorstwa dominującego zostają stworzone niekorzystne warunki konkurencji w rozumieniu art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE, w przypadku gdy stosowanie nierównych warunków do świadczeń równoważnych szkodzi pozycji konkurencyjnej niektórych z tych partnerów handlowych w porównaniu z innymi, a w konsekwencji zakłóca ono konkurencję między uprzywilejowanymi partnerami handlowymi i dyskryminowanymi partnerami handlowymi.

Ustalenie istnienia niekorzystnych warunków konkurencji implikuje stwierdzenie zakłócenia konkurencji między odnośnymi stronami na rynku właściwym, które to zakłócenie jest odmienne od ewentualnie stwierdzonej zwykłej różnicy w traktowaniu. Zalecana analiza nie może ograniczać się tylko do przeprowadzenia w formalny sposób automatycznej dedukcji opartej na domniemaniach faktycznych lub prawnych, ale wymaga konkretnego zbadania wszystkich okoliczności danego przypadku. Można wziąć pod uwagę w szczególności, lecz nie wyłącznie, charakter i znaczenie spornego zróżnicowania taryfowego oraz strukturę kosztów odnośnych przedsiębiorstw.