KONKLUŻJONIJIET TAL-AVUKAT ĠENERALI
WAHL
ippreżentati fl-20 ta' Diċembru 2017 [1]

Kawża C-525/16

MEO-Serviços de Comunicações e Multimédia SA
vs
Autoridade da Concorrência

(talba għal deċiżjoni preliminari mressqa mit-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll, il-Portugall))

"Rinviju għal deċiżjoni preliminari – Pożizzjoni dominanti – Kompetizzjoni – Abbuż minn pożizzjoni dominanti – Il-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE – Kunċett ta' 'żvantaġġ kompetittiv' – Prezzijiet diskriminatorji fuq is-suq downstream – Ġestjoni tad-drittijiet relatati mad-drittijiet tal-awtur – Televiżjoni bi ħlas"

1. L-awtoritajiet responsabbli mill-kompetizzjoni jistgħu skont l-Artikolu 102 TFUE jwaqqfu entità partikolari milli tapplika prezzijiet differenzjati, u fl-affermattiva, f'liema kundizzjonijiet? Il-konstatazzjoni f'tali kuntest ta' abbuż minn pożizzjoni dominanti fis-sens ta' dan l-artikolu tinkludi limitu *de minimis*?

2. Dawn huma essenzjalment, id-domandi magħmula permezz ta' din it-talba għal deċiżjoni preliminari, li tirrigwarda preċiżament l-interpretezzjoni tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE, li jipprovdi li "l-applikazzjoni ta' kondizzjonijiet differenti għal transazzjonijiet ekwivalenti ma partijiet oħra, li b'hekk jiġu mqiegħda fi żvantaġġ kompetittiv" tista', b'mod partikolari, tikkostitwixxi prattika abbużiva ta' pożizzjoni dominanti.

3. Din it-talba tressqet fil-kuntest ta' kawża, bejn MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia S.A. (iktar 'il quddiem "MEO") u l-Autoridade da Concorrência (l-Awtorità tal-Kompetizzjoni, il-Portugall), (iktar 'il quddiem l-"AdC"), dwar deċiżjoni li l-każ jitwaqqaf meħuda minn din tal-aħħar b'risposta għal ilment ta' MEO kontra GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantes (il-Kooperattiva ta' Amministrazzjoni tad-Drittijiet tal-Artisti Interpretattivi jew Eżekuttivi, il-Portugall), (iktar 'il quddiem "GDA") minħabba allegat abbuż minn pożizzjoni dominanti fil-qasam tad-drittijiet relatati mad-dritt tal-awtur tal-artisti interpretattivi jew eżekuttivi.

4. Fil-fehma tiegħi, il-kawża tagħti l-opportunità li jiġi ppreċiżat, li irrispettivament mill-eżistenza ta' prattika ta' differenzazzjoni tal-prezzijiet, li waħedha ma hijiex problema mill-perspettiva tal-kompetizzjoni, huwa l-fatt li tali aġir joħloq distorsjoni tal-kompetizzjoni jew jaffettwa l-pożizzjoni kompetittiva tas-sieħba kummerċjali li jikkostitwixxi abbuż minn pożizzjoni dominanti. Għalhekk ma jistax jiġi preżunt li prattiki ta' differenzazzjoni ta' prezz jipproduċu "żvantaġġ kompetittiv" mingħajr eżami taċ-ċirkustanzi kollha ta' dan il-każ, b'mod partikolari meta hemm inkwistjoni diskriminazzjoni msejħa tat-"tieni livell".

1 Lingwa oriġinali: il-Franċiż.

Il-kuntest ġuridiku

Id-dritt tal-Unjoni

5. L-aħħar sentenza tal-Artikolu 3(1) tar-Regolament (KE) Nru 1/2003 [2] tipprovdi li "[f]ejn l-awtoritajiet tal-kompetizzjoni ta'l-Istati Membri jew qrati nazzjonali japplikaw liġijiet nazzjonali tal-kompetizzjoni għal xi kwalunkwe abbuż projbit mil-Artikolu [102 TFUE], dawn ħa japplikaw ukoll l-Artikolu [102 TFUE]".

Id-dritt Portugiż

6. L-Artikolu 11(1) u (2)(c) tan-Novo Regime Juridíco da Concorrência (is-Sistema l-Ġdida tal-Kompetizzjoni) [3] għandu l-istess kontenut tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE.

Il-kawża prinċipali, id-domandi preliminari u l-proċedura quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja

7. GDA hija kooperattiva għall-amministrazzjoni kollettiva tad-drittijiet tal-artisti u atturi, b'għan mhux lukrattiv, li tamministra d-drittijiet relatati mad-drittijiet tal-awtur tal-membri tagħha u ta' dawk il-kumpanniji analogi barranin li magħhom hija kkonkludiet kuntratt ta' rappreżentazzjoni u/jew ta' reċiproċità.

8. F'dan il-kuntest, GDA għandha bħala attività prinċipali l-ġbir tar-royalties mill-eżerċizzju ta' drittijiet relatati u mid-distribuzzjoni ta' dawn l-ammonti lid-detenturi. Minkejja li hija ma għandhiex monopolju legali, madankollu hija l-unika korp responsabbli mill-amministrazzjoni kollettiva tad-drittijiet relatati tal-artisti attivi fil-Portugall.

9. Fost l-impriżi li jużaw ir-repertorju tal-membri ta' GDA, u anki tal-membri ta' korpi analogi barranin li magħhom GDA kkonkludiet kuntratti ta' rappreżentazzjoni jew ta' reċiproċità, hemm il-forniturі li joffru lill-konsumatur servizz ta' trażmissjoni tas-sinjal tat-televiżjoni u tal-kontenut tiegħu bi ħlas ta' ammont partikolari.

10. Ir-rikorrenti fil-kawża prinċipali, MEO, hija waħda minn dawn il-forniturі, klijenta ta' GDA.

11. Bejn is-sena 2008 u s-sena 2014, GDA applikat tliet tariffi differenti għall-imsemmija forniturі fil-kuntest tas-servizz bl-ingrossa. Bejn is-sena 2010 u s-sena 2013, GDA applikat dawn it-tariffi b'mod simultanju.

12. Mill-proċess ippreżentat lill-Qorti tal-Ġustizzja jirriżulta li t-tariffa applikata għal MEO kienet ir-riżultat ta' deċiżjoni, datata l-10 ta' April 2012, meħuda b'konformità mad-dritt applikabbli, minn tribunal ta' arbitraġġ [4].

2 Regolament tal-Kunsill tas-16 ta' Diċembru 2002 fuq l-implimentazzjoni tar-regoli tal-kompetizzjoni mniżżlin fl-Artikoli 81 u 82 tat-Trattat (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti, Kapitolu 8, Vol. 2, p. 205).

3 Approvata bil-Lei n.°19/2012, (Liġi Nru 19/2012) tat-8 ta' Mejju 2012.

4 Skont l-Artikolu 7(3) u (9) tad-Decreto-Lei n.° 333/97 (id-Digriet-Liġi Nru 333/97), tat-27 ta' Novembru 1997, fin-nuqqas ta' ftehim waqt l-innegozjar tad-drittijiet, il-partijiet għandhom jirrikorru għall-arbitraġġ.

13. Fl-24 ta' Ġunju u fit-22 ta' Ottubru 2014, PT Comunicações S.A., predeċessur fit-titolu ta' MEO, ippreżentat quddiem l-AdC ilment kontra GDA minħabba allegat abbuż minn pożizzjoni dominanti. MEO argumentat li dan l-abbuż jirriżulta mill-fatt li GDA tipprattika prezzijiet eċċessivi għal dak li jirrigwarda l-applikazzjoni tad-drittijiet relatati tal-artisti interpretattivi u eżekuttivi u li barra minn hekk, din tal-aħħar tapplika kundizzjonijiet mhux ugwali għaliha u għal klijenta oħra, NOS Comunicações S.A. (iktar 'il quddiem "NOS").

14. Fid-19 ta' Marzu 2015, l-AdC fetħet investigazzjoni, li waslet għat-twaqqif tal-każ b'deċiżjoni tat-3 ta' Marzu 2016, għar-raġuni li l-fatti relatati mas-suġġett tal-proċedura ma kinux jinkludu indizji probatorji suffiċjenti ta' abbuż minn pożizzjoni dominanti.

15. B'mod partikolari l-AdC indikat li anki jekk jiġi preżunt li GDA għandha effettivament pożizzjoni dominanti fis-suq inkwistjoni u li l-aġir inkwistjoni jkun ikkunsidrat bħala trattament mhux ugwali għal provvisti ekwivalenti, id-differenzazzjoni tat-tariffi applikati għall-forniturі differenti ta' servizzi bl-imnut ta' aċċess għas-servizz tat-televiżjoni u tal-ispejjeż medji sostnuti minn MEO u NOS fil-kuntest tal-offerta bl-ingrossa inkwistjoni ma tippermettix li jiġi konkluż li jeżisti effett restrittiv tal-kompetizzjoni li jirriżulta b'mod partikolari mid-dgħufija tal-pożizzjoni kompetittiva ta' MEO.

16. Skont l-AdC, ma jistax jiġi kkunsidrat li fornitur ta' servizzi bl-imnut ta' aċċess għas-sinjal tat-televiżjoni soffra żvantaġġ kompetittiv meta mqabbel mal-oħrajn. L-interpretazzjoni li sempliċi aġir diskriminatorju min-naħa ta' impriża f'pożizzjoni dominanti jwassal *ipso facto* għal ksur tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE jmur b'mod partikolari kontra l-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja.

17. MEO ppreżentat rikors kontra d-deċiżjoni tal-AdC li l-każ jitwaqqaf billi argumentat, b'mod partikolari, li din tal-aħħar interpretat b'mod żbaljat il-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE, peress li minflok evalwat il-kriterju ta' żvantaġġ kompetittiv, kif interpretat fil-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja, hija eżaminat jekk kinitx kwistjoni ta' distorsjoni sinjifikattiva u kwantifikabbli tal-kompetizzjoni.

18. Skont il-qorti tar-rinviju, id-deċiżjoni tal-AdC li l-każ jitwaqqaf hija bbażata fuq il-fatt li d-differenza fit-tariffi meta mqabbla mal-ispejjeż medji hija żgħira, b'tali mod li dawn it-tariffi ma humiex tan-natura li jikkompromettu l-pożizzjoni kompetittiva ta' MEO u li din kienet kapaċi tassimila d-differenza. Barra minn hekk, f'dan l-istess perijodu, is-sehem tas-suq ta' MEO fir-rigward tal-offerta bl-imnut tal-aċċess għas-sinjal tat-televiżjoni b'abbonament kiber [5].

19. Il-qorti tar-rinviju tosserva li, fil-kuntest tal-kawża prinċipali, MEO provdiet ċifri dwar l-ispejjeż sostnuti minn MEO u NOS rispettivament. Dawn it-tabelli jirrigwardaw, minn naħa, l-ispejjeż totali kif ukoll l-ispejjeż medji għal kull konsumatur, sostnuti minn MEO u NOS rispettivament, u min-naħa l-oħra l-profitt u l-vijabbiltà ta' MEO matul il-perijodu kkonċernat, jiġifieri mis-sena 2010 sas-sena 2013 [6].

20. Skont il-qorti tar-rinviju ma huwiex eskluż li l-kapaċità kompetittiva ta' MEO kien affettwata minħabba din id-differenzazzjoni tal-prezzijiet. Mill-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja jirriżulta li ċertu aġir diskriminatorju lejn is-sieħba kummerċjali jista' jwassal intrinsikament għal żvantaġġ kompetittiv. Il-qorti tar-rinviju tikkunsidra madankollu li l-Qorti tal-Ġustizzja ma ddeċidietx b'mod sod dwar il-kunċett ta' "żvantaġġ kompetittiv" għall-finijiet tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE.

5 Skont l-Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) (l-Awtorità Nazzjonali tal-Komunikazzjonijiet (Anacom), il-Portugall), is-sehem tas-suq ta' MEO qabeż, għall-perijodu ta' referenza, jiġifieri bejn l-1 ta' Jannar 2010 u l-31 ta' Marzu 2015, minn livell inferjuri għal 25 % għal livell superjuri għal 40 %, filwaqt li s-sehem tas-suq tal-grupp NOS naqas, matul l-istess perijodu, mill-livell superjuri għal 60 % għal livell inferjuri għal 45 %.

6 Dawn iċ-ċifri ma humiex riprodotti fid-deċiżjoni tar-rinviju peress li jikkostitwixxu informazzjoni kunfidenzjali.

21. Huwa f'dan il-kuntest li t-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll, il-Portugall) iddeċidiet li tissospendi l-proċeduri quddiemha u li tagħmel lill-Qorti tal-Ġustizzja d-domandi preliminari li ġejjin:

"1) Fil-każ li jiġu pprovati jew ikun hemm indikazzjonijiet, f'kawża li tinvolvi sanzjoni, ta' fatti relatati mal-effetti ta' prattika ta' tariffi diskriminatorji min-naħa ta' impriża f'pożizzjoni dominanti fir-rigward ta' waħda mill-impriżi li jbigħu bl-imnut u li jippreġudikawha meta mqabbla mal-kompetituri tagħha, il-kwalifika tal-aġir bħala li *jiġu mqiegħda fi żvantaġġ kompetittiv* skont [il-punt (c) tat-tieni paragrafu] tal-Artikolu 102 TFUE hija suġġetta għal evalwazzjoni ulterjuri tal-gravità, rilevanza jew importanza ta' dawn l-effetti fil-pożizzjoni kompetittiva u/jew fil-kapaċità kompetittiva tal-impriża kkonċernata, b'mod partikolari fir-rigward tal-kapaċità li tiġi assimilata d-differenza tal-ispejjeż sostnuti fl-ambitu tas-servizz bl-ingrossa?

2) Fil-każ li jiġi ppruvat jew ikun hemm indikazzjoni, f'kawża li tinvolvi sanzjoni, ta' *piż sinjifikattivament imnaqqas* fl-ispejjeż sostnuti, il-profitti magħmula u l-vijabbiltà miksuba mill-impriża li tbigħ bl-imnut ikkonċernata, li jirriżulta minn prattika ta' tariffi diskriminatorji min-naħa ta' impriża f'pożizzjoni dominanti, l-interpretazzjoni skont [il-punt (c) tat-tieni paragrafu] tal-Artikolu 102 TFUE u l-ġurisprudenza tas-sentenzi [tal-15 ta' Marzu 2007, British Airways vs Il-Kummissjoni (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punti 146 sa 148, u tad-9 ta' Settembru 2009, Clearstream vs Il-Kummissjoni (T-301/04, EU:T:2009:317)] hija kompatibbli ma' deċiżjoni li tikkonkludi li ma jeżistux indikazzjonijiet ta' abbuż minn pożizzjoni dominanti u ta' prattiki pprojbiti?

3) Jew, għall-kuntrarju, dan ma huwiex suffiċjenti sabiex tiġi eskluża l-kwalifika tal-aġir bħala abbuż minn pożizzjoni dominanti u bħala prattika pprojbita skont [il-punt (c) tat-tieni paragrafu] tal-Artikolu 102 TFUE, fejn huwa rilevanti biss għall-konstatazzjoni tal-ammont ta' responsabbiltà jew tas-sanzjoni tal-impriża li twettaq il-ksur?

4) Il-frażi *li jiġu mqiegħda fi żvantaġġ kompetittiv* [tal-punt (c) tat-tieni paragrafu] tal-Artikolu 102 TFUE għandha tiġi interpretata fis-sens li tikkorrispondi mar-rekwiżit li l-vantaġġ li jirriżulta skont id-diskriminazzjoni għandu jikkorrispondi, min-naħa tiegħu, għal perċentwali minima tal-istruttura tal-ispejjeż tal-impriża kkonċernata?

5) Il-frażi *li jiġu mqiegħda fi żvantaġġ kompetittiv* [tal-punt (c) tat-tieni paragrafu] tal-Artikolu 102 TFUE għandha tiġi interpretata fis-sens li tikkorrispondi mar-rekwiżit li l-vantaġġ li jirriżulta skont id-diskriminazzjoni għandu jikkorrispondi, min-naħa tiegħu, għal differenza minima bejn l-ispejjeż medji sostnuti mill-impriżi kompetituri fis-servizz bl-ingrossa inkwistjoni?

6) Il-frażi *li jiġu mqiegħda fi żvantaġġ kompetittiv* [tal-punt (c) tat-tieni paragrafu] tal-Artikolu 102 TFUE tista' tiġi interpretata fis-sens li tikkorrispondi mar-rekwiżit li l-vantaġġ li jirriżulta skont id-diskriminazzjoni għandu jikkorrispondi, fil-kuntest tas-suq u tas-servizzi inkwistjoni, ma valuri superjuri għad-differenzi indikati fit-tabelli 5, 6 u 7 imsemmija u għall-finijiet tal-kwalifika tal-aġir bħala prattika pprojbita?

7) Fil-każ ta' risposta fl-affermattiv għal waħda mid-domandi (iv) sa (vi), kif għandu jiġi ddefinit dan il-limitu minimu ta' rilevanza tal-iżvantaġġ fir-rigward tal-istruttura ta' spejjeż jew tal-ispejjeż medji sostnuti mill-impriżi kompetituri fis-servizz bl-imnut inkwistjoni?

8) Fil-mument li dan il-limitu minimu jiġi ddefinit, il-fatt li dan ta' kull sena ma jintlaħaqx jippermetti li tiġi eskluża l-preżunzjoni tas-sentenza [tad-9 ta' Settembru 2009, Clearstream vs Il-Kummissjoni (T-301/04, EU:T:2009:317),] li għandu jitqies li *'l-applikazzjoni fir-rigward ta' parti oħra ta' prezzijiet differenti għal servizzi ekwivalenti, u dan b'mod kontinwu matul ħames snin u minn impriża li għandha monopolju fis-suq upstream, ma tistax ma tipproduċix żvantaġġ kompetittiv għal din l-istess parti*'?"

22. Ġew ippreżentati osservazzjonijiet bil-miktub minn MEO, GDA, il-Gvern Portugiż u dak Spanjol, kif ukoll mill-Kummissjoni Ewropea.

23. Inżammet seduta fil-5 ta' Ottubru 2017, li fiha pparteċipaw MEO, GDA, ir-Renju ta' Spanja kif ukoll il-Kummissjoni.

Sunt tal-osservazzjonijiet ippreżentati lill-Qorti tal-Ġustizzja

24. B'mod ġenerali, il-partijiet interessati kkunsidraw li d-domandi preliminari għandhom jiġu trattati flimkien. Dawn il-partijiet iffokaw fuq il-kwistjoni dwar jekk, sabiex tiġi kkonstatata l-eżistenza ta' "żvantaġġ kompetittiv" fis-sens tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE, jistax jiġi preżunt li differenzazzjoni fil-prezz tista' toħloq distorsjoni tal-kompetizzjoni, jew mill-banda l-oħra, jekk hijiex l-awtorità tal-kompetizzjoni li għandha turi li l-kapaċità kompetittiva tal-impriża żfavorita tnaqqset wara l-aġir allegat. Fil-kuntest ta' din l-analiżi, huma diskussi, minn naħa, l-elementi li għandhom jittieħdu inkunsiderazzjoni u min-naħa l-oħra, in-neċessità li l-effett (potenzjali jew reali, skont il-perspettivi rispettivi tal-partijiet) fuq il-kompetizzjoni jkun sinjifikattiv.

25. Għal dak li jirrigwarda l-kunċett ta' "żvantaġġ kompetittiv", il-partijiet interessati qablu dwar il-fatt li skont il-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja, l-eżistenza ta' eventwali effett fuq il-kompetizzjoni, għandha b'mod ġenerali, tkun evalwata każ b'każ u li ma hemmx limitu jew standard fiss sabiex jiġi stabbilit tali effett.

26. Madankollu, hemm perspettivi diverġenti dwar jekk, u sa fejn, effett antikompetittiv konkret għandu jkun ipprovat jew jekk, mill-banda l-oħra, l-eżistenza ta' tali żvantaġġ għandux ikun probabbli fil-każ fejn impriża f'pożizzjoni dominanti tapplika tariffi ddifferenzjati għas-sieħba kummerċjali tagħha fis-suq downstream.

27. Minn naħa, *GDA u l-Gvern Portugiż* jikkunsidraw li hemm lok li jittieħed inkunsiderazzjoni l-effett konkret tal-prezzijiet iddifferenzjati fuq il-kapaċità kompetittiva ta' MEO.

28. Kemm mill-approċċ meħud mill-Kummissjoni, kif espress f'diversi rapporti u komunikazzjonijiet tagħha sa mis-sena 2003, kif ukoll mill-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja u tal-Qorti Ġenerali tal-Unjoni Ewropea jirriżulta li għandhom jittieħdu inkunsiderazzjoni l-effetti antikompetittivi fuq is-suq ta' aġir allegatament abbużiv. Sabiex prattika tariffarja tkun ikklassifikata bħala abbużiva, huwa neċessarju li jkun hemm, effettivament, distorsjoni tal-kompetizzjoni bejn il-forniturі tas-servizzi inkwistjoni u li minħabba din id-distorsjoni, uħud mill-forniturі jsoffru żvantaġġ kompetittiv. B'hekk "sempliċi" prattika ta' prezzijiet diskriminatorji waħedha ma hijiex suffiċjenti sabiex tikkostitwixxi abbuż fis-sens tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE.

29. Min-naħa l-oħra, *il-Gvern Spanjol*[7] *u MEO* jmorru għal interpretazzjoni tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE, li tipprovdi, bla ħsara għal varjazzjonijiet minuri, li l-fatt li kumpannija ta' amministrazzjoni f'sitwazzjoni ta' monopolju, bħal GDA, tiffavorixxi, billi tapplika kundizzjonijiet iktar vantaġġjużi, utent meta mqabbel mal-kompetituri tiegħu fuq l-istess suq downstream tirriskja li toħloq żvantaġġ jew distorsjoni tal-kompetizzjoni.

30. Għal dak li jirrigwarda l-elementi li għandhom jittieħdu inkunsiderazzjoni sabiex jiġi ddeterminat jekk aġir bħal dak ta' GDA fil-kawża prinċipali jistax jkollu effetti antikompetittivi, MEO targumenta li GDA għandha pożizzjoni ta' monopolju u li l-forniturі ta' servizzi tat-televiżjoni huma marbuta li jużaw lil GDA sabiex jiksbu liċenzji li jawtorizzawhom jiddistribwixxu xogħlijiet protetti. Minħabba dan,

7 Il-Gvern Spanjol jindika li l-Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (il-Kummissjoni Nazzjonali tas-Swieq u tal-Kompetizzjoni, Spanja) ikkunsidrat b'mod sistematiku l-applikazzjoni ta' tariffi diskriminatorji bħala ksur, fil-każ fejn il-korp ta' amministrazzjoni tad-drittijiet tal-awtur u tad-drittijiet relatati ma kienx kapaċi jiġġustifikahom.

il-pożizzjoni ta' negozjar ta' GDA hija b'saħħitha. Skont MEO, impriża f'pożizzjoni ta' monopolju għandha fil-fatt responsabbiltà partikolari li tiżgura li jiġu applikati kundizzjonijiet ugwali għas-sieħba kummerċjali tagħha. Din ir-responsabbiltà twassal, skont MEO, għall-obbligu ta' GDA li tiġġustifika l-aġir tagħha, dak li GDA ma għamlitx. Fl-aħħar nett, skont MEO, għandu jittieħed inkunsiderazzjoni t-tul tad-diskriminazzjoni.

31. F'dan ir-rigward, il-Gvern Spanjol jenfasizza li, f'każijiet bħal dak f'din il-kawża, l-iżvantaġġ jirriżulta b'mod partikolari mill-fatt li l-liċenzji mogħtija mill-kumpanniji ta' amministrazzjoni jikkostitwixxu element essenzjali għall-provvista tas-servizzi finali mill-utenti inkwistjoni.

Analiżi

32. Id-domandi preliminari, kif magħmula mill-qorti tar-rinviju, jitolbu, fil-fehma tiegħi, risposta globali peress li jirrigwardaw prinċiparjament il-kwistjoni dwar jekk il-kunċett ta' "żvantaġġ kompetittiv", imsemmi fil-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE, jinvolvix eżami tal-effetti ta' aġir u/jew tal-gravità ta' applikazzjoni ddifferenzjata tal-prezz fuq il-pożizzjoni kompetittiva tal-impriża affettwata.

33. Qabel nindirizza din il-kwistjoni, nixtieq, *qabel xejn*, nindirizza xi mistoqsijiet li minkejja li jirrigwardaw aspetti li ma humiex indirizzati b'mod preċiż mill-qorti tar-rinviju, jirrigwardaw l-applikabbiltà f'dan il-każ tad-dispożizzjonijiet tal-Artikolu 102 TFUE.

34. *Imbagħad* nipproċedi għal espożizzjoni preliminari tal-kunsiderazzjonijiet essenzjali li, fil-fehma tiegħi, għandhom jiggwidaw l-analiżi ta' prattika ta' differenzazzjoni tal-prezzijiet li allegatament tikkostitwixxi abbuż minn pożizzjoni dominanti. F'dan il-kuntest, ser nindika jekk u f'liema kundizzjonijiet prattika ta' diskriminazzjoni tariffarja tat-"tieni livell" tista' taqa' taħt il-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE. Ser nippreċiża r-raġunijiet li għalihom ma jistax ikun preżunt li tali prattika tikkostitwixxi, min-natura tagħha, abbuż ta' pożizzjoni jew li għall-kuntrarju għandhom jiġu pprovati b'mod konkret l-effetti kompetittivi ta' tali aġir.

35. Huwa fid-dawl ta' dawn il-kunsiderazzjonijiet kollha li ser neżamina, *fl-aħħar*, il-kwistjoni dwar sa fejn l-applikazzjoni ta' kundizzjonijiet mhux ugwali għal provvisti ekwivalenti minn impriża li allegatament għandha pożizzjoni dominanti għandha natura li tiġġenera żvantaġġ kompetittiv.

Osservazzjonijiet ġenerali dwar l-applikabbiltà tal-Artikolu 102 TFUE għal dan il-każ

36. Għandu jiġi enfasizzat li din il-kawża tirrigwarda sitwazzjoni fattwali partikolari, li tista' tiġi deskritta bil-mod segwenti.

37. MEO, fornitur ta' servizzi tat-televiżjoni fis-suq Portugiż, ikkontestat quddiem il-qorti tar-rinviju d-deċiżjoni tal-AdC li ma tittiħidx azzjoni dwar l-ilment tagħha. Dan l-ilment sar kontra l-aġir allegatament abbużiv ta' GDA, kooperattiva għall-amministrazzjoni tad-drittijiet relatati għad-drittijiet tal-awtur, u li kien jikkonsisti fl-applikazzjoni, bejn is-sena 2010 u s-sena 2013, ta' tariffi ddifferenzjati għall-kisba ta' liċenzji.

38. Fil-fehma ta' MEO, NOS, impriża f'kompetizzjoni diretta ma' MEO, kienet ibbenefikat minn tariffi iktar vantaġġjużi matul dan il-perijodu. L-ilment magħmul minn MEO quddiem l-AdC kien jirrigwarda għalhekk allegat abbuż minn pożizzjoni dominanti li jirriżulta minn tariffi diskriminatorji pprattikati minn GDA fis-suq downstream marbuta mas-servizzi ta' kummerċjalizzazzjoni kollettiva tad-drittijiet relatati mal-artisti interpretattivi u eżekuttivi.

39. B'hekk u kif irrilevat il-qorti tar-rinviju, bis-sostenn ta' ċifri, jidher li l-iżvantaġġ allegatament subit minn MEO fir-rigward tal-ammonti mħallsa għall-użu tax-xogħlijiet protetti mid-dritt tal-awtur u mid-drittijiet relatati ma wassalx għal tnaqqis tas-sehem tagħha tas-suq. Għall-kuntrarju, is-sehem ta' MEO kiber u bejn is-sena 2010 u s-sena 2013 għadda minn madwar 25 % għal livell ta' iktar minn 40 %. Fir-rigward tas-sehem miżmum minn NOS, matul l-istess perijodu, dan naqas minn livell ta' iktar minn 60 % għal livell ta' inqas minn 45 %.

40. Huwa importanti wkoll li jiġi rrilevat li dan l-iffissar tal-prezzijiet sar, b'konformità mad-dritt nazzjonali applikabbli, permezz ta' deċiżjoni ta' arbitraġġ peress li GDA ma kinitx waslet għal ftehim ma' MEO.

41. F'dan il-każ, il-qorti tar-rinviju donnha telqet mill-premessa li tqajjem biss il-kwistjoni dwar jekk, sabiex jiġi konkluż li jeżisti abbuż minn pożizzjoni dominanti li jirriżulta mill-applikazzjoni ta' prezzijiet differenti għal servizzi ekwivalenti, għandux ikun hemm deċiżjoni konkreta dwar l-effetti kompetittivi tal-prattika kontenzjuża jew jekk, mill-banda l-oħra, jistax jiġi preżunt li tali prattika tmur kontra l-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE.

42. F'dan is-sens, il-qorti tar-rinviju donnha kkunsidrat li l-kundizzjonijiet l-oħra ta' applikazzjoni tal-Artikolu 102 TFUE kienu ssodisfatti. B'mod partikolari, hija kkunsidrat issodisfatt il-fatt li, l-ewwel nett, GDA hija impriża ta' pożizzjoni dominanti, u li, t-tieni nett, hija applikat fir-rigward tas-sieħba kummerċjali kundizzjonijiet mhux ugwali "għal provvisti ekwivalenti".

43. Madankollu, minn qari tal-proċess ippreżentat lill-Qorti tal-Ġustizzja, jidhirli li f'dan il-każ kemm l-eżistenza ta' pożizzjoni dominanti ta' GDA fis-suq realment rilevanti kif ukoll ir-realtà ta' impożizzjoni ta' prezzijiet mhux ugwali għal "provvisti ekwivalenti" għandhom jingħataw attenzjoni.

44. Id-dubji f'dan ir-rigward jistgħu jirrendu ipotetiċi d-domandi preliminari magħmula, li jirrigwardaw biss l-identifikazzjoni ta' "żvantaġġ kompetittiv", fis-sens tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE.

45. Fl-ewwel lok, jiena tal-fehma li huwa aċċettat li ssir mistoqsija dwar jekk *GDA hijiex effettivament f'pożizzjoni dominanti* fis-suq rilevanti għall-offerta bl-ingrossa inkwistjoni f'din il-kawża.

46. Dwar dan il-punt, ġie osservat li GDA kkontestat preċiżament il-premessa li hija għandha pożizzjoni dominanti fis-suq rilevanti, minkejja li *de facto* hija l-unika kumpannija fil-Portugall li tamministra d-drittijiet relatati mad-drittijiet tal-awtur.

47. F'dan ir-rigward, GDA argumentat li ma hijiex f'pożizzjoni li teżerċita pressjoni kummerċjali fuq is-sieħba prinċipali tagħha, MEO u NOS. Qabel xejn, dawn l-impriżi jikkostitwixxu "duopolju" b'saħħtu. Imbagħad l-istabbiliment tat-tariffi huwa kkundizzjonat mil-liġi nazzjonali, li tobbliga lill-partijiet jirrikorru għall-arbitraġġ fin-nuqqas ta' ftehim. Fl-aħħar nett, peress li ma hijiex integrata b'mod vertikali, GDA ma għandha ebda interess fuq is-swieq upstream jew downstream. Għall-kuntrarju, it-tkeċċija mis-suq ta' MEO jew id-dgħufija tal-pożizzjoni kompetittiva tagħha meta mqabbla ma' NOS ikunu ta' żvantaġġ għaliha. F'dawn iċ-ċirkustanzi, ma hemmx pożizzjoni dominanti u inqas u inqas abbuż tagħha.

48. Infakkar li GDA hija entità ta' amministrazzjoni tad-drittijiet kollettivi tal-artisti mingħajr skop ta' lukru, li l-għan tagħha huwa l-eżerċizzju u l-amministrazzjoni tad-drittijiet relatati mad-drittijiet tal-awtur ta' persuni li hija tirrappreżenta u tal-membri ta' entitajiet simili barranin. Fost il-klijenti prinċipali tagħha hemm il-fornituri tas-servizz bl-imnut ta' aċċess għas-sinjal tat-televiżjoni b'abbonament fil-Portugall, li tagħhom MEO u NOS flimkien kienu jikkostitwixxu, matul il-perijodu rilevanti, duopolju.

49. F'dan il-kuntest, jidher li GDA tiddependi fil-parti l-kbira mill-ħlas għas-servizzi li hija tipprovdi lil dawn iż-żewġ impriżi.

50. Barra minn hekk, kif jirriżulta mill-proċess u kif irrilevat l-AdC fid-deċiżjoni tagħha, jeżistu indizji li l-forniturі ta' aċċess għas-sinjal tat-televiżjoni b'abbonament għandhom ċerta setgħa ta' negozjar li tista' toħloq bilanċ ma' dik ta' GDA. Dawn l-indizji, li, skont kif fhimt mill-proċess, ma humiex ikkontestati minn MEO [8], jikkonsistu b'mod partikolari f'komunikazzjonijiet bejn GDA u l-forniturі tal-offerti bl-imnut ta' aċċess għas-sinjal tat-televiżjoni b'abbonament sabiex tiġi ddeterminata t-tariffa li GDA kienet ser tapplikalhom b'effett mill-1 ta' Jannar 2014 fil-kuntest tal-offerta bl-ingrossa inkwistjoni.

51. Barra minn hekk, minkejja li sal-lum GDA hija l-unika kumpannija fil-Portugall li tamministra d-drittijiet kollettivi tal-artisti interpretattivi jew eżekuttivi, dan il-fatt ma jfissirx li hija effettivament f'pożizzjoni dominanti, peress li din tal-aħħar ma għandhiex setgħa fis-suq li tippermettilha taġixxi indipendentement mis-sieħba kummerċjali tagħha.

52. Madankollu, huwa ben stabbilit li l-Artikolu 102 TFUE huwa intiż sabiex jikkontrolla s-setgħa ta' impriża fis-suq. Sabiex il-pożizzjoni ta' impriża tkun ikklassifikata bħala li hija waħda dominanti, ma huwiex biżżejjed li ssir referenza għas-sehem li hija għandha fuq suq ben stabbilit, għandha ssir referenza għas-saħħa ekonomika li hija għandha minħabba l-pożizzjoni tagħha.

53. Il-pożizzjoni dominanti hija għalhekk iddefinita bħala s-sitwazzjoni ta' saħħa ekonomika li toffri lil impriża waħda jew lil diversi impriżi l-possibbiltà ta' aġir indipendenti u b'mod sinjifikattiv fil-konfront tal-kompetituri tagħha, tal-klijenti tagħha u, fl-aħħar nett, tal-konsumaturi tagħha [9]. Ġeneralment, din is-sitwazzjoni tkun preżenti meta impriża jew grupp ta' impriżi jkollhom sehem kbir mill-provvista f'suq partikolari, bil-kundizzjoni li l-fatturi l-oħra analizzati matul l-evalwazzjoni (bħal restrizzjonijiet ta' dħul, il-kapaċità tal-klijenti illi jaġixxu, eċċ.) jħarsu fl-istess direzzjoni [10].

54. Barra minn hekk, wieħed jista' jistaqsi x'inhu l-interess ta' GDA mill-perspettiva ta' kompetizzjoni li timponi prezzijiet diskriminatorji sabiex teskludi jew iddgħajjef il-pożizzjoni kompetittiva ta' waħda mill-klijenti tagħha. Ladarba ma għandha ebda interess proprju x'tiddefendi fis-suq downstream li fih huma attivi MEO u NOS, l-uniku interess tagħha donnu jinsab fil-fatt li tkabbar id-dħul tagħha billi tistabbilixxi prezzijiet innegozjati individwalment u bilaterlament ma' dawn il-forniturі tagħha.

55. F'dan il-każ jekk entità għandha tieħu vantaġġ mill-perspettiva ta' kompetizzjoni minn diskriminazzjoni eventwali mwettqa fis-suq downstream, dan huwa eventwalment l-operatur li jibbenefika minn prezzijiet allegatament inferjuri, f'dan il-każ NOS. Mill-banda l-oħra, jien diffiċilment nipperċepixxi kif tali differenzazzjoni hija ta' vantaġġ ukoll direttament jew indirettament għal GDA. Ser nindirizza b'mod iktar preċiż dan l-aħħar aspett fl-argumenti sussegwenti.

56. Fit-tieni lok, nistaqsi, fl-estensjoni tal-kunsiderazzjonijiet preċedenti, jekk f'dan il-każ hijiex realment kwistjoni tal-provvista ta' "transazzjonijiet ekwivalenti" b'"kondizzjonijiet differenti" fis-sens tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE – u għalhekk, ta' "diskriminazzjoni" pjuttost milli "differenzazzjoni" oġġettiva – fil-kuntest tal-provvista ta' drittijiet relatati lil MEO u lil NOS.

8 Ara provi dokumentarji ppreżentati fil-proċess nazzjonali u msemmija fid-deċiżjoni tal-AdC.

9 Din it-tifsira ngħatat kmieni ħafna mill-Qorti tal-Ġustizzja (ara s-sentenzi tal-14 ta' Frar 1978, United Brands u United Brands Continentaal vs Il-Kummissjoni, 27/76, EU:C:1978:22, punt 65, u tat-13 ta' Frar 1979, Hoffmann-La Roche vs Il-Kummissjoni, 85/76, EU:C:1979:36, punt 38). Din tfakkret b'mod kostanti fil-ġurisprudenza, b'mod partikolari l-iktar reċenti (ara b'mod partikolari, is-sentenzi tal-14 ta' Ottubru 2010, Deutsche Telekom vs Il-Kummissjoni, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 170, u tas-17 ta' Frar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punti 23 u 79).

10 Ara l-Avviż tal-Kummissjoni 97/C 372/03 dwar id-definizzjoni tas-suq rilevanti għall-għanijiet tal-liġi dwar il-kompetizzjoni tal-Komunità (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti, Kapitolu 8, Vol. 1, p. 155).

57. Kif jirriżulta mill-ġurisprudenza, l-ekwivalenza tat-tranżazzjonijiet għandha tkun iddeterminata bit-teħid inkunsiderazzjoni tal-kundizzjonijiet kollha prevalenti fis-suq [11]. Dawn il-kundizzjonijiet jinkludu b'mod partikolari aspett ta' żmien peress li l-prezz stabbilit fid-dawl tal-provvista ta' ċertu servizz jista' jvarja matul iż-żmien, fid-dawl tal-*kundizzjonijiet tas-suq u tal-kriterji użati għall-istabbiliment tagħhom*. Fi kliem ieħor, il-fatt li provvisti jitwettqu f'mumenti differenti jista' jirrendi t-tranżazzjonijiet mhux ekwivalenti [12].

58. Barra minn hekk, mill-punti sottomessi lill-Qorti tal-Ġustizzja jirriżulta li l-iffissar tal-prezzijiet u tal-kundizzjonijiet kuntrattwali l-oħra marbuta mad-drittijiet relatati li GDA tikkummerċjalizza huwa kkundizzjonat mil-liġi li tobbliga lill-partijiet, fin-nuqqas ta' ftehim, jirrikorru għall-arbitraġġ. F'tali ipoteżi u kif kien il-każ fir-rigward tal-prezzijiet mitluba lil MEO, GDA applikat biss il-prezzijiet iffissati mid-deċiżjoni tal-arbitraġġ. Fil-fehma tiegħi, il-prezzijiet applikati minn GDA għal MEO u NOS rispettivament kienu għalhekk iffissati f'kundizzjonijiet differenti *a priori*.

59. Fl-aħħar nett, jidher li l-kawża prinċipali hija kkaratterizzata minn numru ta' inċertezzi dwar l-applikabbiltà tal-Artikolu 102 TFUE, inċertezzi li jmorru lil hinn mill-unika kwistjoni tal-identifikazzjoni ta' "żvantaġġ kompetittiv". B'mod partikolari tidher delikata ħafna s-sanzjoni ta' impriża minħabba abbuż tal-allegata pożizzjoni dominanti tagħha minħabba differenzazzjoni tal-prezzijiet applikati għas-sieħba tagħha li jinsabu f'suq downstream, anki jekk hija ma toperax fuq dan is-suq u ma tibbenefikax direttament mill-kompetizzjoni bejn dawn is-sieħba. Dawn l-inċertezzi jiġġustifikaw iktar u iktar il-prudenza fl-eżami tal-prattiki kontenzjużi ta' differenzazzjoni tal-prezz.

Prattika ta' differenzazzjoni tal-prezz tikkostitwixxi biss abbuż ta' pożizzjoni jekk toħloq żvantaġġ kompetittiv, li jinvolvi eżami konkret tal-effetti tal-prattika fid-dawl taċ-ċirkustanzi rilevanti kollha

60. Anki jekk jiġi preżunt, li hija l-qorti tar-rinviju li għandha tivverifika, li mill-fatti tal-każ jista' jiġi dedott, minn naħa, li GDA għandha pożizzjoni dominanti fis-suq bl-ingrossa inkwistjoni, u min-naħa l-oħra, li l-aġir kontenzjuż għandu jkun ikkunsidrat bħala trattament mhux ugwali ta' provvisti ekwivalenti, jidher li huwa imperattiv, li l-awtorità responsabbli mill-kompetizzjoni, tistabbilixxi li ċerti sieħba kummerċjali jsofru *żvantaġġ kompetittiv* minħabba din id-distorsjoni. L-eżistenza ta' tali żvantaġġ fl-ebda każ ma tista' tiġi preżunta, iżda fi kwalunkwe każ hija tinvolvi, u b'mod partikolari fil-preżenza ta' diskriminazzjoni tariffarja tat-"tieni livell", eżami tal-effetti tal-prattiki kontenzjużi fid-dawl tal-fatti kollha tal-każ.

11 Ara b'mod partikolari, is-sentenzi tad-9 ta' Settembru 2009, Clearstream vs Il-Kummissjoni (T-301/04, EU:T:2009:317, punti 169 sa 190), u tas-7 ta' Ottubru 1999, Irish Sugar vs Il-Kummissjoni (T-228/97, EU:T:1999:246, punt 64).

12 Ara b'mod partikolari, f'dan is-sens, O'Donoghue, R., u Padilla, J., *The Law and Economics of article 102 TFEU*, it-tieni edizzjoni, Hart Publishing, Oxford, 2013 p. 795; Geradin, D., u 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).

Prattika ta' diskriminazzjoni tariffarja ma hijiex fiha nnifisha problematika mill-persepttiva tal-dritt tal-kompetizzjoni

61. B'mod ġenerali, għandu jitfakkar li d-diskriminazzjoni, inkluż id-diskriminazzjoni fl-impożizzjoni tal-prezz, ma hijiex fiha nnifisha, problematika mill-perspettiva tad-dritt tal-kompetizzjoni. Ir-raġuni hija li d-diskriminazzjoni tal-prezzijiet mhux dejjem tippreġudika l-kompetizzjoni. Għall-kuntrarju, kif jirriżulta b'mod partikolari mit-tentattivi uffiċjali (inutili) li fl-Istati Uniti tiġi emendata d-dispożizzjoni intiża sabiex tipprojibixxi tali diskriminazzjoni li tinsab fir-*Robinson-Patman Act* tal-1936[13], il-projbizzjoni pura u sempliċi tad-diskriminazzjoni tariffarja tista' tirriżulta fi preġudizzju mill-perspettiva tal-effiċjenza ekonomika u tal-benesseri tal-konsumatur.

62. Fil-fatt huwa ben stabbilit li prattika ta' diskriminazzjoni, u b'mod partikolari ta' differenzazzjoni tal-prezzijiet, tipproduċi effetti ambivalenti mill-perspettiva tal-kompetizzjoni. Tali prattika jista' jkollha l-konsegwenza li ssaħħaħ l-effiċjenza ekonomika u b'hekk il-benesseri tal-konsumaturi, għanijiet li, fil-fehma tiegħi, ma għandhomx jintesew fir-rigward tal-applikazzjoni tar-regoli ta' kompetizzjoni u li fi kwalunkwe każ huma distinti mill-kunsiderazzjonijiet marbuta mal-ekwità. Kif iddeċidiet diversi drabi l-Qorti tal-Ġustizzja, ir-regoli ta' kompetizzjoni huma intiżi sabiex jipproteġu l-kompetizzjoni u mhux il-kompetituri[14].

63. Kemm mill-perspettiva tad-dritt tal-akkordji kif ukoll minn dak tal-abbuż minn pożizzjoni dominanti, id-diskriminazzjoni tariffarja tista' tkun issanzjonata biss jekk tipproduċi effett antikompetittiv attwali jew potenzjali. L-identifikazzjoni ta' tali effett ma għandux ikun konfuż mal-iżvantaġġ immedjat li jħossu, jew anki jsoffru, l-operaturi li ġew imposti l-ogħla prezzijiet għall-akkwist ta' oġġett jew ta' servizz. Barra minn hekk, il-fatt li jiġi impost prezz fuq impriża għall-akkwist ta' oġġett jew servizz ogħla minn dak applikat għal impriża jew impriżi kompetituri jista' jkun ikklassifikat bħala żvantaġġ, iżda dan ma jwassalx neċessarjament għal "żvantaġġ kompetittiv".

64. Għalhekk, anki jekk jiġi preżunt li fuq impriża ġew imposti tariffi ogħla minn dawk applikati għal impriżi oħra u li, minħabba f'hekk, hija (jew hija titqies) iddiskriminata, dan l-aġir jista' jaqa' taħt din id-dispożizzjoni biss jekk jiġi stabbilit li huwa ta' natura li jirrestrinġi l-kompetizzjoni u jippreġudika l-benesseri tal-konsumaturi.

65. Fid-dritt tal-abbuż minn pożizzjoni dominanti, prattika ta' diskriminazzjoni tariffarja tippermetti b'mod partikolari lil impriża li għandha tali pożizzjoni li toffri l-prodotti tagħha u s-servizzi tagħha lil numru ikbar ta' konsumaturi, bħal dawk li għandhom is-setgħa li jixtru bi prezz inqas. Fl-istess sens, il-klijent ta' impriża, anki dominanti, ser ikun, fil-prinċipju, inċentivat ibiegħ iktar sabiex jibbenefika minn tnaqqis "ta' lealtà" u sabiex jagħmel dan ser ikun, min-naħa tiegħu, inkorraġġut inaqqas il-prezzijiet tiegħu u għalhekk inaqqas id-dħul tiegħu li, finalment, iwassal għal riżultat pożittiv għall-konsumatur. F'dan il-kuntest, hemm lok li jiġi enfasizzat li l-kapaċità tal-operaturi li jużaw is-setgħa ta' negozjar tagħhom sabiex jiksbu l-aħjar kundizzjonijiet tariffarji u jnaqqsu l-ispejjeż tagħhom hija parametru importanti tal-kompetizzjoni[15]. Fl-aħħar mill-aħħar, id-differenzazzjoni tal-prezzijiet tista' tkun fattur importanti ta' stimulazzjoni tal-kompetizzjoni.

13 Ara b'mod partikolari, US Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007, Kapitolu IV.a: "The Robinson-Patman Act", disponibbli fuq http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. Fl-2007, l-US Antitrust Modernization Commission (il-Kummissjoni Amerikana għall-Modernizzazzjoni tal-Antitrust, l-Istati Uniti) ipproponiet ukoll, mingħajr suċċess li din id-dispożizzjoni tiġi emendata. Għal analiżi iktar reċenti, ara wkoll, Kirkwood, J. B.; "Reforming the Robinson-Patman Act to Serve Consumers and Control Powerful Buyers", *The Antitrust Bulletin*, Vol. 60, 2015,, Nru 4, p. 358 sa 383.

14 Ara f'dan is-sens, fir-rigward tal-prattiki ta' tnaqqis, il-konklużjonijiet li jiena ppreżentajt fil-kawża Intel Corporation vs Il-Kummissjoni (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punt 41).

15 Għalhekk, l-obbligu li entità titratta s-sieħba kummerċjali tagħha kollha b'mod ugwali huwa ta' natura li jwassal għal riżultati antikompetittivi (ara Bulmash, H., "An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations", *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 8, Nru 2, 2012, p. 361 sa 397).

66. B'mod iktar speċifiku fir-rigward tal-punt dwar jekk prattika ta' diskriminazzjoni tal-prezzijiet applikata minn impriża lis-"sieħba kummerċjali" tagħha, li ħafna drabi jkunu l-klijenti tagħha li jinsabu fis-suq downstream, tistax tikkostitwixxi abbuż minn pożizzjoni dominanti, infakkar li l-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE jipprojbixxi espressament lill-impriżi f'pożizzjoni dominanti milli japplikaw fir-rigward ta' tali sieħba kundizzjonijiet mhux ugwali għal provvisti ekwivalenti "li b'hekk jiġu mqiegħda fi żvantaġġ kompetittiv".

67. Għall-kuntrarju ta' dak li tista' tissuġġerixxi analiżi superfiċjali, il-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE ma jorbotx lid-detenturi ta' monopolju jew ta' pożizzjoni dominanti japplikaw tariffi uniformi għas-sieħba kummerċjali tagħhom.

68. Mill-formulazzjoni tal-istess dispożizzjoni jirriżulta wkoll li din id-diskriminazzjoni tariffarja imposta minn impriża dominanti fir-rigward tas-sieħba kummerċjali tagħha tista' taqa' taħt il-projbizzjoni ta' abbuż minn pożizzjoni dominanti *jekk u jekk biss il-kompetizzjoni eżerċitata bejn dawn is-sieħba tkun distorta* minn din id-diskriminazzjoni.

69. Fl-aħħar mill-aħħar, applikazzjoni rigoruża ta' din id-dispożizzjoni teżiġi, minn naħa, il-konstatazzjoni li teżisti relazzjoni ta' kompetizzjoni bejn is-sieħba kummerċjali tal-impriża dominanti, u min-naħa l-oħra, l-espożizzjoni li l-aġir ta' din l-impriża huwa b'mod konkret ta' natura li joħloq distorsjoni tal-kompetizzjoni bejn l-impriżi kkonċernati [16]. Nerġa' niġi għal dan il-punt fid-dettall fl-argumenti li ġejjin.

Prattika ta' diskriminazzjoni tariffarja tat-tieni livell tista' taqa' taħt il-punt (c)tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE biss wara eżami tagħha fid-dawl tal-fatti kollha tal-każ inkwistjoni

70. Ġie impost b'mod progressiv, kemm fil-prassi deċiżjonali tal-awtoritajiet responsabbli mill-kompetizzjoni kif ukoll fil-ġurisprudenza l-iktar reċenti tal-Qorti tal-Ġustizzja [17], li meta hija kwistjoni tal-eżami ta' aġir ta' impriża mill-angolu tal-Artikolu 102 TFUE, il-preżenza ta' restrizzjoni tal-kompetizzjoni ma tistax tkun preżunta. Sabiex ikun konkluż li teżisti tali restrizzjoni, għandu, f'kull każ, isir eżami tal-effetti reali jew potenzjali tal-miżura kkontestata fid-dawl tal-fatti kollha tal-każ inkwistjoni.

71. Meta tkun ikkontestata prattika ta' diskriminazzjoni tariffarja, l-analiżi li għandha ssir hija essenzjalment differenti skont jekk hemmx inkwistjoni diskriminazzjoni tal-"ewwel livell" jew tat-"tieni livell".

72. Id-*diskriminazzjoni tal-ewwel livell* tfisser b'mod skematiku dik li topera fir-rigward tal-kompetituri tal-impriża dominanti. Ħafna drabi din tirrigwarda prattiki ta' diskriminazzjoni tariffarja intiżi sabiex jattiraw ċerti klijenti ta' operaturi kompetituri, bħal prezzijiet predaturi, tnaqqis iddeferenzjat jew anki aġir ta' tnaqqis tad-dħul. Hija tirrigwarda b'mod iktar ġenerali l-prattiki tal-prezz kollha intiżi sabiex jeskludu jew idgħajfu l-pożizzjoni kompetittiva tal-operaturi preżenti fuq l-istess suq u fuq l-istess livell (fuq pjan vertikali) li fih hija attiva l-impriża dominanti.

73. Minħabba l-effetti immedjati ta' esklużjoni li jistgħu jipproduċu, dawn il-prattiki ta' diskriminazzjoni tariffarja tal-ewwel livell huma dawk li b'mod ġenerali l-awtoritajiet responsabbli mill-kompetizzjoni u l-qrati jkollhom jieħdu konjizzjoni tagħhom.

16 Ara f'dan is-sens, il-konklużjonijiet tal-Avukat Ġenerali Kokott fil-kawża British Airways vs Il-Kummissjoni (C-95/04 P, EU:C:2006:133, punti 104 u 105).

17 Ara, b'mod partikolari, is-sentenza tas-6 ta' Settembru 2017, Intel vs Il-Kummissjoni (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punti 133 sa 147).

74. Id-*diskriminazzjoni tat-tieni livell*, li hija prinċiparjament prevista fil-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE, tirrigwarda dik li taffettwa s-"sieħba kummerċjali" fis-suq downstream jew upstream ta' din l-impriża. Hija tirrigwarda b'mod partikolari l-każ fejn impriża dominanti tiddeċiedi li tapplika għal klijenti tagħha, jiġifieri għal entitajiet li ma għandhomx direttament relazzjoni ta' kompetizzjoni magħha, prezzijiet differenti. Din id-dispożizzjoni hija intiża sabiex tipprojbixxi li l-aġir kummerċjali tal-impriża f'pożizzjoni dominanti joħloq distorsjoni tal-kompetizzjoni f'suq li jinsab upstream jew downstream, jiġifieri l-kompetizzjoni bejn fornituri jew bejn klijenti ta' din l-impriża. Il-kontraenti tal-imsemmija impriża ma għandhomx jiġu vvantaġġjati jew żvantaġġjati fil-kuntest tal-kompetizzjoni bejniethom [18].

75. Fir-rigward ta' dan l-aħħar tip ta' diskriminazzjoni, l-effett ta' esklużjoni u ta' restrizzjoni tal-proċess kompetittiv qatt ma jidher b'mod evidenti. Għall-kuntrarju, impriża li topera upstream, fil-prinċipju, tibbenefika mill-kompetizzjoni eżerċitata fis-suq downstream.

76. Fl-opinjoni tiegħi, u kif ġie rrilevat minn numru ta' studji dottrinali, waqt l-eżami tad-diskriminazzjoni tariffarja għall-finijiet tal-applikazzjoni tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE, bħal dik inkwistjoni f'dan il-każ, għandha qabel xejn issir distinzjoni bejn l-impriżi vertikalment integrati, li għandhom għalhekk interess li jissostitwixxu l-kompetituri fis-suq downstream, u dawk li ma għandhomx dan l-interess.

77. Fil-każ fejn l-impriża hija vertikalment integrata, l-applikazzjoni mill-impriża dominanti ta' prezzijiet diskriminatorji fis-suq upstream jew downstream hija simili fir-realtà, għal diskriminazzjoni tal-ewwel livell li taffettwa indirettament il-kompetituri ta' din l-impriża. Tali diskriminazzjoni jista' jkollha l-effett li ddgħajjef lill-kompetituri tal-impriża dominanti fis-suq downstream.

78. Il-kawża li wasslet għas-sentenza Deutsche Bahn vs Il-Kummissjoni [19] toffri eżempju tajjeb tal-effett restrittiv tal-kompetizzjoni li tista' toħloq diskriminazzjoni tariffarja, kemm tal-ewwel kif ukoll tat-tieni livell, imwettqa minn impriża vertikalment integrata. Billi applikat tariffi differenti għat-trasportaturi ta' kontejners li joperaw fuq ir-rotot imsejħa tal-punent għal provvisti ekwivalenti relatati mal-użu tal-infrastrutturi tal-ferrovija, id-Deutsche Bahn AG kienet mingħajr dubju imponiet anki fuq is-sieħba kummerċjali attivi tagħha *żvantaġġ kompetittiv fil-konfront tagħha stess u s-sussidjarja tagħha* [20].

79. Mill-banda l-oħra meta l-impriża f'pożizzjoni dominanti ma tkunx integrata vertikalment u lil hinn mill-ipoteżi fejn hemm inkwistjoni l-aġir ta' entitajiet pubbliċi li jipproduċi ftit jew wisq direttament effett ta' qsim ġeografiku jew diskriminazzjoni minħabba n-nazzjonalità [21], huwa aċċettat li jiġi mistoqsi l-benefiċċju li din l-impriża tieħu minn diskriminazzjoni intiża sabiex toħloq żvantaġġ lil waħda mis-sieħba kummerċjali tagħha fis-suq downstream. Fil-fatt, tali impriża għandha kull interess li dan l-aħħar suq ikun kompetittiv ħafna sabiex iżżomm is-setgħa ta' negozjar tagħha fil-kwalità tagħha ta' bejjiegħa tal-prodotti jew tas-servizzi inkwistjoni. Fil-każ fejn, bħal fil-kawża prinċipali, impriża f'pożizzjoni dominanti ma hijiex f'kompetizzjoni mal-klijenti tagħha fis-suq downstream, ma huwiex faċli li jiġu ddeterminati l-motivi li jwasslu lil din l-impriża tapplika prezzijiet diskriminatorji minbarra li tisfrutta b'mod dirett tal-klijenti tagħha. Għalhekk ma tantx jidher razzjonali li hija tnaqqas il-pressjoni kompetittiva li teżisti bejn is-sieħba kummerċjali tagħha fis-suq downstream.

18 Ara s-sentenza tal-15 ta' Marzu 2007, British Airways vs Il-Kummissjoni (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 143).

19 Sentenza tal-21 ta' Ottubru 1997, (T-229/94, EU:T:1997:155), ikkonfermata bid-digriet tas-27 ta' April 1999, Deutsche Bahn vs Il-Kummissjoni (C-436/97 P, EU:C:1999:205).

20 Sentenza tal-21 ta' Ottubru 1997, Deutsche Bahn vs Il-Kummissjoni (T-229/94, EU:T:1997:155, punt 93).

21 Ara f'dan is-sens, is-sentenzi tad-29 ta' Marzu 2001, Il-Portugall vs Il-Kummissjoni (C-163/99, EU:C:2001:189, punti 46 u 66), u tas-17 ta' Mejju 1994, Corsica Ferries (C-18/93, EU:C:1994:195, punti 43 sa 45).

80. Dan huwa dak li jispjega b'mod ċert għaliex il-kawżi li jirrigwardaw *diskriminazzjoni tat-tieni livell* "pura", jiġifieri sitwazzjonijiet fejn *prima facie* l-impriża dominanti (mhux vertikalment integrata) ma għandha ebda interess li teskludi lis-sieħba tagħha, mis-suq downstream, bħal fil-kawża prinċipali, huma rari ħafna [22].

81. Barra minn hekk, għandu jiġi rrilevat li, fil-kuntest tal-eżami tal-kawżi li l-Qorti tal-Ġustizzja kellha tieħu konjizzjoni tagħhom, il-kunsiderazzjonijiet dwar l-applikabbiltà tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE huma partikolarment lakunarji u fi kwalunkwe każ ma jagħtux linji interpretattivi ċari dwar l-identifikazzjoni ta' "żvantaġġ kompetittiv", fis-sena ta' din id-dispożizzjoni.

82. Is-sentenza Kanal 5 u TV 4 [23], li tirrigwarda każ li jixbah lil dan il-każ, timmerita li tissemma f'dan ir-rigward. Is-suġġett ta' din il-kawża kienet tilwima bejn Kanal 5 Ltd u TV 4 AB minn naħa u Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa (Soċjetà għall-Amministrazzjoni Kollettiva tad-Drittijiet tal-Awtur għax-Xogħlijiet Mużikali, L-Isvezja) min-naħa l-oħra dwar l-iskala ta' tariffi li din is-soċjetà tapplika għax-xandir televiżiv ta' xogħlijiet mużikali protetti mid-drittijiet tal-awtur.

83. Mistiedna tiddetermina jekk il-fatt li soċjetà għall-amministrazzjoni kollettiva tad-dritt tal-awtur tikkalkola r-royalties miġbura bħala remunerazzjoni dovut għax-xandir televiżiv ta' xogħlijiet mużikali protetti mid-dritt tal-awtur b'mod differenti skont jekk humiex kumpanniji ta' xandir televiżiv privati jew kumpanniji ta' servizz pubbliku jikkostitwixxix ksur tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 82 KE (li sar il-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE), il-Qorti tal-Ġustizzja ma ddeċidietx, proprjament, dwar ir-rabta bejn din id-diskriminazzjoni tariffarja u l-iżvantaġġ kompetittiv eventwalment osservat fis-suq downstream. Madankollu, hija fakkret li hija l-qorti tar-rinviju li għandha tagħmel numru ta' verifiki għall-finijiet tal-applikazzjoni ta' din id-dispożizzjoni.

84. F'dan ir-rigward, għandu jiġi rrilevat ukoll li l-approċċ tal-Kummissjoni u tal-qrati tal-Unjoni Ewropea ħafna drabi japplika din id-dispożizzjoni għal sitwazzjoni ta' diskriminazzjoni tal-ewwel livell, jew għal sitwazzjoni fejn ma jkunx ġie pprovat li jeżisti "żvantaġġ kompetittiv", li ma naqasx milli jqajjem ċerta kritika dottrinali fid-dawl ta' applikazzjoni iktar rigoruża tal-kundizzjonijiet li jirriżultaw espressament mill-formulazzjoni ta' din id-dispożizzjoni [24]. Ċerti kummentaturi jappellaw ukoll għal approċċ iktar strett tad-diskriminazzjoni tariffarja msemmija fi-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE jew jinkoraġġixxu, f'dan il-kuntest, eżami każ b'każ taċ-ċirkustanzi rilevanti kollha [25].

85. Barra minn hekk, mitluba tippreċiża l-portata tar-rekwiżiti li jirrigwardaw il-konstatazzjonijiet ta' żvantaġġ kompetittiv fis-sens ta' din id-dispożizzjoni, il-Qorti tal-Ġustizzja, fil-kawża British Airways vs Il-Kummissjoni [26], li tikkostitwixxi s-sentenza ta' referenza għall-finijiet tal-eżami tal-prattiki ta' diskriminazzjoni tariffarji mill-angolu tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE, enfasizzat dan li ġej: jiġifieri "sabiex il-kundizzjonijiet ta' applikazzjoni ta' l-inċiż (ċ) tat-tieni paragrafu ta' l-Artikolu [102 TFUE] ikunu sodisfatti, għandu jiġi kkonstatat li l-aġir ta' l-impriża f'pożizzjoni dominanti fis-suq mhux biss hu diskriminatorju, iżda anki li għandu tendenza li jiddeforma l-kompetizzjoni bejniethom, jiġifieri li jostakola l-pożizzjoni kompetittiva ta' uħud mill-kompetituri ta' din l-impriża b'relazzjoni ma' l-oħrajn".

22 Ara l-kawżi ċċitati fin-nota ta' qiegħ il-paġna 21. Ara wkoll, is-sentenza tal-11 ta' Diċembru 2008, Kanal 5 u TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

23 Sentenza tal-11 ta' Diċembru 2008 (C-52/07, EU:C:2008:703).

24 Ara b'mod partikolari, Perrot, A., "Towards an effects-based approach of price discrimination", *The Pros and Cons of Price Discrimination*, op. cit., b'mod partikolari p. 166 *et seq*.

25 Ara l-artikolu ċċitat fin-nota ta' qiegħ il-paġna preċedenti. Ara wkoll, Geradin, D., u 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 u 46..

26 Sentenza tal-15 ta' Marzu 2007, British Airways vs Il-Kummissjoni (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 144).

86. Minkejja li, kif ippreċiżat il-Qorti tal-Ġustizzja, xejn ma jipprekludi għalhekk li d-diskriminazzjoni tas-sieħba kummerċjali li ma humiex f'kompetizzjoni tista' tkun ikkunsidrata bħala abbużiva, xorta għandu jiġi stabbilit li l-aġir tal-impriża f'pożizzjoni dominanti jista', "fid-dawl tal-fatti kollha tal-każ", iwassal għal distorsjoni kompetittiva bejn dawn is-sieħba kummerċjali [27].

87. Fi kliem ieħor, il-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE ma jistax ikun interpretat bħala li jimponi fuq impriża li għandha pożizzjoni dominanti f'suq partikolari li tipprattika, fiċ-ċirkustanzi kollha u indipendentement minn analiżi tal-effetti tal-aġir implikat fuq il-kompetizzjoni, prezzijiet uniformi fir-rigward tas-sieħba kummerċjali tagħha.

88. In-neċessità li jittieħdu inkunsiderazzjoni l-"fatti kollha tal-każ" tidher għalhekk fundamentali fil-kuntest tal-evalwazzjoni ta' prattika tariffarja diskriminatorja. Fl-ebda każ ma jista' jiġi dedott mill-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE li tali prattika twassal f'kull każ għal sitwazzjoni ta' "żvantaġġ kompetittiv".

89. Fir-rigward tas-sentenza Clearstream vs Il-Kummissjoni [28], li għaliha tirreferi b'mod espliċitu l-qorti tar-rinviju fil-formulazzjoni tad-domandi tagħha, nirrileva li f'dik is-sentenza, il-Qorti Ġenerali riedet tillimita l-eżami tagħha għal każ li kien sottomess lilha. Kif jirriżulta mill-punt 192 ta' dik is-sentenza, il-Qorti Ġenerali fakkret il-prinċipju li "sabiex il-kundizzjonijiet ta' applikazzjoni tas-subparagrafu (ċ) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu [102 TFUE] ikunu sodisfatti, għandu jiġi kkonstatat li l-aġir ta' l-impriża f'pożizzjoni dominanti fis-suq mhux biss huwa diskriminatorju, *iżda anki li għandu tendenza li jiddeforma l-kompetizzjoni bejniethom*" (enfasi miżjuda minni).

90. Fi kwalunkwe każ, anki jekk jiġi preżunt li minn din is-sentenza tal-Qorti Ġenerali jista' jiġi dedott li din tistabbilixxi preżunzjoni li diskriminazzjoni tariffarja għandha natura li toħloq tali żvantaġġ, għandu jiġi osservat li l-imsemmija sentenza tal-Qorti Ġenerali, li fl-aħħar mill-aħħar, lanqas ma kienet ikkonfermata mill-Qorti tal-Ġustizzja fin-nuqqas ta' appell kontra tagħha, hija kemxejn misbuqa.

91. Fil-fehma tiegħi, din is-sentenza tirrigwarda perijodu li fih in-natura tal-approċċ – jiġifieri skont l-għan (formali) jew l-effetti – li għandu jkun segwit fl-eżami tal-aġir tal-impriżi fejn jiġi allegat li dawn jikkostitwixxu abbuż minn pożizzjoni dominanti kien għadu jista' joħloq dibattitu.

92. Finalment, jidhirli li huwa importanti li jiġi ppreċiżat li d-dimostrazzjoni tal-eżistenza ta' żvantaġġ kompetittiv hija distinta mill-eżerċizzju ta' evalwazzjoni tal-probabbiltà li aġir ta' impriża, li intrinsikament jista' jiġġenera effetti ta' esklużjoni, iwassal għal restrizzjoni tal-kompetizzjoni u b'mod partikolari, jipproduċi l-effetti ta' esklużjoni allegati [29]. Dan ir-rekwiżit huwa intiż, għall-finijiet tal-applikazzjoni tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE, sabiex jiżgura b'mod konkret li prattika ta' diskriminazzjoni tariffarja segwita minn impriża fir-rigward tas-sieħba kummerċjali tagħha, li waħedha ma tistax tkun problematika mill-perspettiva tal-kompetizzjoni, twassal sabiex toħloq żvantaġġ kompetittiv.

93. Kif diġà kelli l-opportunità nenfasizza [30], b'mod ġenerali, l-eżami tal-prattiki ta' diskriminazzjoni tariffarja mill-perspettiva tal-Artikolu 102 TFUE diffiċilment jaqa' taħt il-formaliżmu u s-sistematizzazzjoni. B'mod partikolari, l-analiżi tal-kwistjoni dwar jekk diskriminazzjoni tariffarja minn impriża f'pożizzjoni dominanti f'suq partikolari jistax ikollha effett konkret fuq il-kompetizzjoni eżerċitata f'suq upstream jew downstream hija u għandha tibqa' eżerċizzju prinċiparjament razzjonali.

27 Sentenza tal-15 ta' Marzu 2007, British Airways vs Il-Kummissjoni (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 145).

28 Sentenza tad-9 ta' Settembru 2009 (T-301/04, EU:T:2009:317, punt 194). Il-Qorti Ġenerali ddeċidiet li "[f]'dan il-każ, l-applikazzjoni fir-rigward ta' parti oħra ta' prezzijiet differenti għal servizzi ekwivalenti, u dan b'mod kontinwu matul ħames snin u minn impriża li għandha monopolju fis-suq upstream, ma tistax ma tipproduċix żvantaġġ kompetittiv għal din l-istess parti".

29 Ara b'mod partikolari, is-sentenza tas-6 ta' Settembru 2017, Intel Corporation vs Il-Kummissjoni (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punti 138 sa 141).

30 Ara b'mod partikolari l-konklużjonijiet li ppreżentajt fil-kawża Intel Corporation vs Il-Kummissjoni (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punti 73 *et seq*).

Il-konstatazzjoni tal-eżistenza ta' żvantaġġ kompetittiv teħtieġ li, lil hinn mid-diskriminazzjoni possibbilment subita, tiġi stabbilita b'mod konkret l-eżistenza ta' żvantaġġ kompetittiv

94. Għall-kuntrarju ta' dak li tissuġġerixxi l-pożizzjoni mressqa minn MEO fil-kuntest ta' din il-proċedura, jiena tal-opinjoni li diskriminazzjoni tariffarja ma hijiex neċessarjament akkumpanjata minn "żvantaġġ kompetittiv" fis-sens tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE.

95. Fil-fehma tiegħi, tali evalwazzjoni tirriżulta minn konfużjoni bejn l-evalwazzjoni tal-eżistenza ta' "żvantaġġ kompetittiv" u l-eżistenza ta' "żvantaġġi bejn il-kompetituri", jew saħansitra minn żvantaġġ innifsu.

96. Sabiex ikun ikkonstatat "żvantaġġ kompetittiv" fis-sens tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE, il-prattika inkwistjoni għandu jkollha, minbarra żvantaġġ li jirriżulta mid-diskriminazzjoni tariffarja meħuda waħedha, effett speċifiku fuq il-pożizzjoni kompetittiva tal-impriża allegatament iddiskriminata.

97. Fi kliem ieħor, l-iżvantaġġ subit għandu jkun sinjifikattiv biżżejjed sabiex ikollu konsegwenzi fuq il-pożizzjoni kompetittiva tal-impriża ddiskriminata. Għalhekk huwa neċessarju li jiġi stabbilit li l-prezzijiet diskriminatorji jistgħu joħolqu distorsjoni tal-kompetizzjoni bejn is-sieħba kummerċjali fis-suq downstream.

98. Tali analiżi teħtieġ it-teħid inkunsiderazzjoni mill-awtorità responsabbli mill-kompetizzjoni tal-fatti kollha tal-każ sottomess lilha. Prattika ta' prezzijiet diskriminatorji tqiegħed il-klijenti ta' kumpannija f'pożizzjoni dominanti f'sitwazzjoni ta' żvantaġġ kompetittiv meta din tista' b'mod konkret taffettwa b'mod negattiv il-kompetizzjoni fis-suq li fih dawn il-klijenti joperaw. Għalhekk, għall-finijiet ta' identifikazzjoni ta' distorsjoni ta' kompetizzjoni f'dan il-kuntest, wieħed ma jistax jillimita ruħu għall-evalwazzjoni tal-impatt tal-prattika diskriminatorja fuq livell ta' sieħba kummerċjali partikolari.

99. B'mod partikolari, hemm lok li jiġi eżaminat jekk id-diskriminazzjoni tariffarja kontenzjuża hijiex ta' natura li taffettwa b'mod negattiv il-kapaċità tas-sieħba kummerċjali żvantaġġjati li jeżerċitaw pressjoni kompetittiva effettiva fuq l-imsieħba kummerċjali vantaġġjati.

100. Ċertament, skont il-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja, ma huwiex meħtieġ li tiġi prodotta l-prova li l-aġir tal-impriża dominanti wassal għal deterjorament effettiv kwantifikabbli tal-pożizzjoni kompetittiva ta' sieħba kummerċjali waħda jew iktar [31], jew anki li jiġi stabbilit li l-effett antikompetittiv fis-suq li fih is-sieħba kummerċjali jinsabu f'kompetizzjoni huwa "sensittiv" – l-istabbiliment ta' kriterju tal-apprezzabbiltà (*de minimis*) sabiex jiġi determinat sfruttament abbużiv tal-pożizzjoni dominanti ma huwiex iġġustifikat [32].

101. Xorta jibqa' l-fatt li huwa biss bi ksur tal-kundizzjonijiet stabbiliti b'mod ċar fil-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE, li s-sempliċi "żvantaġġ" li jirriżulta mid-diskriminazzjoni nnifisha jiġi konfuż mal-"iżvantaġġ kompetittiv" li għandu jseħħ fis-suq li fih joperaw is-sieħba kummerċjali tal-impriża dominanti li f'dan il-każ huwa s-suq downstream tad-drittijiet relatati mad-dritt tal-awtur.

102. F'dan ir-rigward, jidhirli li għandha ssir distinzjoni bejn l-aġir antikompetittiv li fid-dawl tal-preġudizzju intrinsiku tiegħu jinvolvi restrizzjoni tal-kompetizzjoni u dak, bħall-prattiki ta' differenzazzjoni tariffarja tat-tieni livell segwita minn impriża dominanti mhux vertikalment integrata, li jeħtieġ eżami iktar dettaljat tal-konsegwenzi konkreti tiegħu sabiex ikun jista' jiġi konkluż li teżisti tali restrizzjoni.

31 Ara s-sentenza tal-15 ta' Marzu 2007, British Airways vs Il-Kummissjoni (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 145).

32 Ara s-sentenza tas-6 ta' Ottubru 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, punt 73).

103. Dan ma jfissirx li għandu jsir arbitraġġ bejn ir-restrizzjonijiet tal-kompetizzjoni skont jekk humiex minuri jew le – li jiġġustifika l-istabbiliment ta' limitu *de minimis* li fil-prinċipju huwa eskluż fil-kuntest tal-Artikolu 102 TFUE. Pjuttost dan jirrigwarda l-identifikazzjoni tal-preżenza ta' restrizzjoni effettiva tal-kompetizzjoni li hija ferm distinta mid-diskriminazzjoni tariffarja u li għandha tiżdied ma' dan tal-aħħar.

104. Għalhekk, il-fatt li jiġi impost prezz ogħla fuq waħda mis-sieħba kummerċjali jista', l-iktar l-iktar, ikollu effett fuq l-ispejjeż sostnuti minn din l-impriża u ferm ipotetikament fuq l-vijabbiltà u l-profitti pretiżi minn din l-impriża. Madankollu, dan ma jimplikax li l-livell ta' kompetizzjoni fis-suq downstream ikun affettwat mid-diskriminazzjoni tariffarja kontenzjuża. Kif ġie ġustament enfasizzat minn GDA fl-osservazzjonijiet bil-miktub tagħha, il-vijabbiltà u l-kompetittività huma żewġ elementi ferm differenti.

105. Fil-fehma tiegħi minn dan jirriżulta li eventwali differenzi fit-trattament li ma għandhomx effett fuq il-kompetizzjoni, jew inkella effetti żgħar ħafna, ma jistgħux jikkostitwixxu abbuż minn pożizzjoni dominanti fis-sens tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE [33].

106. L-eżistenza ta' żvantaġġ kompetittiv għandha tkun stabbilita b'eżami tal-effetti reali jew potenzjali tal-prattika kkontestata fid-dawl *tal-fatti kollha rilevanti* fir-rigward tat-tranżazzjonijiet ikkonċernati kif ukoll tal-karatteristiċi tas-suq li fih joperaw is-sieħba kummerċjali tal-impriża dominanti.

107. Għall-finijiet tal-eżami tal-effett ta' distorsjoni jew ta' esklużjoni tal-prattiki ta' diskriminazzjoni tariffarja, għandha qabel xejn tingħata attenzjoni għar-realtà u għall-importanza relattiva tad-differenzazzjoni tariffarja kontenzjuża.

108. Imbagħad, għandha tingħata importanza wkoll lill-eżami tal-importanza tal-ispejjeż tal-prodotti jew tas-servizzi pprovduti mill-impriża dominanti meta mqabbla mal-ispejjeż totali sostnuti mis-sieħba kummerċjali waħda jew iktar, allegatament żvantaġġjati.

109. Fil-każ fejn il-prezz impost mill-impriża dominanti jirrapreżenta parti sinjifikattiva mill-ispejjeż totali sostnuti mill-klijent żvantaġġjat, id-diskriminazzjoni tal-prezz jista' jkollha effett mhux biss fuq il-vijabbiltà tal-attività ta' dan il-klijent, iżda wkoll fuq il-pożizzjoni kompetittiva tiegħu [34].

110. Mill-banda l-oħra, fil-każ fejn il-piż relattiv tal-prezzijiet imposti mill-impriża dominanti huwa minimu, dan tal-aħħar ma jkunx ta' natura li jaffettwa l-pożizzjoni kompetittiva tal-klijent żvantaġġjat.

111. Sabiex nerġa' lura għal dan il-każ, l-AdC ikkonstatat li dawn l-ispejjeż ma kinux sinjifikattivi. Il-punt 67 tad-deċiżjoni ta' din l-awtorità fil-fatt jindika li abbażi tal-informazzjoni pprovduta minn MEO fit-23 ta' Ġunju 2015, għandu jiġi konkluż, li bejn l-1 ta' Jannar 2010 u l-31 ta' Diċembru 2013, l-ammonti li MEO ħallset fis-sena lil GDA fil-kuntest tas-servizz bl-ingrossa inkwistjoni jirrapreżentaw perċentwali żgħir mill-ispejjeż sostnuti minn MEO fil-kuntest tat-tqegħid għad-dispożizzjoni tas-servizz bl-imnut ta' aċċess għas-sinjal tat-televiżjoni b'abbonament u parti minima mill-profitti ta' MEO fil-kuntest tat-tqegħid għad-dispożizzjoni ta' dan is-servizz bl-imnut. Peress li, fil-fehma tal-AdC, il-piż relattiv tal-prezz tad-drittijiet relatati li tipprattika GDA huma insinjifikattiv, huwa diffiċli li jinftiehem kif id-differenzazzjoni tat-tariffi applikata minn GDA kienet, minħabba l-importanza tagħha, ta' natura li taffettwa l-pożizzjoni kompetittiva ta' MEO u għalhekk li toħloq żvantaġġ kompetittiv.

33 Ara f'dan is-sens u fid-dawl ta' rikonċiljazzjoni bejn l-approċċi differenti fir-rigward ta' dan il-qasam, O'Donohue, R., u Padilla J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, *op. cit.*, p. 802 u 803.

34 Ara, b'mod partikolari, l-analiżi magħmula mill-Kummissjoni fid-deċiżjoni tagħha Soda-Ash vs Solvay [Deċiżjoni tal-Kummissjoni 91/299/KEE tad-19 ta' Diċembru 1990 dwar proċedura applikabbli għall-Artikolu 86 tat-Trattat KEE (IV/33.133-C: Karbonat tas-sodju – Solvay, ĠU 1991, L 152, p. 21, punt 64), li fiha kien ikkonstatat li d-diskriminazzjoni kontenzjuża tal-prezzijiet kellha effett sinjifikattiv fuq il-pożizzjoni kompetittiva tal-impriżi affettwati peress li l-prodott ikkonċernat seta' jirrapreżenta sa 70 % tal-ispiża tat-taħlita tal-materja prima għall-immanifatturar tal-ħġieġ. Il-prezz għall-akkwist ta' din il-materja prima kien jaffettwa għalhekk il-vijabbiltà u l-kompetittività tal-manifatturi tal-ħġieġ.

Rimarki finali dwar l-irwol tal-awtorità tal-kompetizzjoni meta jsir ilment quddiemha

112. F'dan il-każ u minkejja li finalment hija l-qorti tar-rinviju li għandha tivverifika, fid-dawl tal-fatti kollha tal-każ, kif id-differenzazzjoni tariffarja kontenzjuża ħolqot żvantaġġ kompetittiv, jidhirli li għalhekk l-AdC ma wettqet ebda żball meta analizzat jekk, mill-perspettiva ekonomika, id-differenzazzjoni tat-tariffi applikata lil MEO u lil NOS affettwatx il-kapaċità kompetittiva ta' MEO meta mqabbla ma' NOS.

113. Barra minn hekk, u bħala rimarki finali, jidhirli li huwa importanti li nfakkar li meta jsir quddiem l-awtorità responsabbli mill-kompetizzjoni lment li jallega l-eżistenza ta' abbuż minn pożizzjoni dominanti li jirriżulta b'mod partikolari minn diskriminazzjoni tariffarja tat-tieni livell, bħal dik inkwistjoni f'din il-kawża, ir-rwol ta' din tal-aħħar jikkonsisti fl-eżami bir-reqqa tal-*punti ta' fatt u ta' liġi miġjuba a konoxxenza tagħha mil-lanjanti* sabiex tiddeċiedi, fil-prinċipju f'terminu raġonevoli, jekk għandhiex tibda l-proċedura biex jiġi kkonstatat ksur jew jekk għandhiex tiċħad l-ilment mingħajr ma tibda l-proċedura jew twaqqafx il-każ [35].

114. F'tali kuntest, id-deċiżjoni li ma tittieħidx azzjoni dwar l-ilment għandha tkun immotivata permezz taċ-ċaħda tal-provi speċifikament ipprovduti lill-awtorità. Għall-kuntrarju, ma jistax jiġi pretiż li tidentifika b'mod assolut u fin-nuqqas ta' provi konkreti li juru b'mod partikolari l-eżistenza ta' restrizzjoni tal-kompetizzjoni, ir-raġunijiet li għalihom l-aġir ikkontestat jista' eventwalment jikkostitwixxi abbuż.

Konklużjoni

115. Fid-dawl ta' dak kollu li ntqal, nipproponi li r-risposta għad-domandi preliminari magħmula mit-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll, il-Portugall) għandha tkun kif ġej:

Fin-nuqqas ta' kwalunkwe ġustifikazzjoni oġġettiva, l-applikazzjoni ta' prezzijiet ogħla minn impriża f'pożizzjoni dominanti għal uħud mid-detenturi ta' liċenzja tagħha, meta mqabbla mal-prezzijiet applikati għad-detenturi l-oħra, tikkostitwixxi abbuż fis-sens tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE jekk u biss jekk din il-prattika timponi fuq dawk tal-ewwel żvantaġġ kompetittiv meta mqabbla mad-detenturi l-oħra li dawn id-detenturi tal-ewwel jinsab f'kompetizzjoni magħhom.

Huwa impost żvantaġġ kompetittiv fuq is-sieħba kummerċjali ta' impriża dominanti fis-sens tal-punt (c) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 102 TFUE meta l-applikazzjoni ta' kundizzjonijiet mhux ugwali għal provvisti ekwivalenti tippreġudika l-pożizzjoni kompetittiva ta' wħud minn dawn is-sieħba kummerċjali meta mqabbla mal-oħrajn u meta, konsegwentement, toħloq distorsjoni tal-kompetizzjoni bejn is-sieħba kummerċjali vvantaġġjati u l-imsieħba kummerċjali żvantaġġjati.

Il-konstatazzjoni tal-eżistenza ta' żvantaġġ kompetittiv tinvolvi l-konstatazzjoni ta' distorsjoni tal-kompetizzjoni bejn il-partijiet ikkonċernati fis-suq rilevanti distinta mis-sempliċi differenza fit-trattament eventwalment ikkonstatat. L-analiżi rrakkomandata ma għandhiex tkun sempliċi eżerċizzju formali ta' tnaqqis awtomatiku, ibbażat fuq preżunzjonijiet ta' fatt u ta' liġi, iżda hija tinvolvi eżami konkret tal-fatti kollha tal-każ. B'mod partikolari jistgħu jittieħdu inkunsiderazzjoni, iżda mhux esklużivament, in-natura u l-importanza tad-differenzazzjoni tariffarja kontenzjuża kif ukoll l-istruttura tal-ispejjeż tal-impriżi kkonċernati.

35 Ara b'analoġija, fir-rigward tar-rwol li għandha l-Kummissjoni, is-sentenza tad-19 ta' Mejju 2011, Ryanair vs Il-Kummissjoni (T-423/07, EU:T:2011:226, punt 53).