CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. WAHL
van 20 december 2017 [1]

Zaak C-525/16

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

[verzoek van de Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (rechter voor mededinging, regulering en toezicht, Portugal) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Machtspositie – Mededinging – Misbruik van een machtspositie – Artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU – Begrip ‚nadeel bij de mededinging' – Discriminerende prijzen op de stroomafwaartse markt – Beheer van naburige rechten van de auteursrechten – Betaaltelevisie"

1. Kunnen de mededingingsautoriteiten het feit dat een bepaalde entiteit gedifferentieerde prijzen toepast, beoordelen in het licht van artikel 102 VWEU, en zo ja, onder welke voorwaarden? Bevat de vaststelling in een dergelijke context van misbruik van een machtspositie in de zin van dat artikel een de-minimisdrempel?

2. Dat zijn in wezen de vragen die met het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing worden gesteld, dat meer precies betrekking heeft op de uitlegging van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU, volgens hetwelk met name „het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging" misbruik van een machtspositie kan vormen.

3. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA (hierna: „MEO") en de Autoridade da Concorrência (mededingingsautoriteit, Portugal) (hierna: „AdC") met betrekking tot een besluit van deze laatste om een klacht te seponeren van MEO tegen GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantes (coöperatie voor het beheer van de rechten van vertolkende of uitvoerende kunstenaars, Portugal) (hierna „GDA") wegens vermeend misbruik van een machtspositie op het gebied van de naburige rechten van het auteursrecht van vertolkende of uitvoerende kunstenaars.

4. Dit geding biedt naar mijn mening de gelegenheid om te preciseren dat prijsdifferentiatie, die vanuit het oogpunt van de mededinging op zich niet problematisch is, misbruik van een machtspositie vormt wanneer dergelijk gedrag de mededinging vervalst of de concurrentiepositie van de handelspartners aantast. Bijgevolg kan niet worden vermoed dat prijsdifferentiaties een „concurrentienadeel" meebrengen, zonder een onderzoek van alle omstandigheden van het concrete geval, in het bijzonder bij zogenaamde „tweedelijns"-discriminatie.

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

5. Artikel 3, lid 1, laatste zin, van verordening (EG) nr. 1/2003 [2] bepaalt dat „[w]anneer de mededingingsautoriteiten van de lidstaten of de nationale rechterlijke instanties het nationale mededingingsrecht toepassen op door artikel [102 VWEU] verboden misbruiken, […] zij ook artikel [102 VWEU] toe[passen]".

Portugees recht

6. Artikel 11, lid 1 en lid 2, onder c), van de Novo Regime Juridíco da Concorrência (nieuwe mededingingsregels) [3] heeft dezelfde strekking als artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU.

Hoofdgeding, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

7. GDA is een coöperatieve vennootschap voor het collectief beheer van rechten van kunstenaars en vertolkers, zonder winstoogmerk, die de naburige rechten van de auteursrechten van haar leden en de leden van soortgelijke buitenlandse vennootschappen waarmee zij een vertegenwoordigings- en/of wederkerigheidsovereenkomst heeft gesloten, beheert.

8. In dat verband heeft GDA als hoofdactiviteit het innen van uit de uitoefening van de naburige rechten voortvloeiende royalty's en het verdelen van die bedragen onder de rechthebbenden. Hoewel zij geen wettelijk monopolie heeft, is zij inmiddels de enige organisatie die belast is met het collectieve beheer van de naburige rechten van de in Portugal actieve kunstenaars.

9. Tot de ondernemingen die gebruikmaken van de lijst van de leden van GDA, of van de leden van soortgelijke buitenlandse organisaties waarmee GDA vertegenwoordigings- of wederkerigheidsovereenkomsten heeft gesloten, behoren de leveranciers die tegen betaling van een bepaald bedrag aan consumenten diensten aanbieden die bestaan in het uitzenden van televisiesignalen en televisie-inhoud.

10. Verzoekster in het hoofdgeding, MEO, is een van die leveranciers en klant van GDA.

11. Tussen 2008 en 2014 heeft GDA drie verschillende tarieven toegepast op die leveranciers in het kader van de wholesaledienst. Tussen 2010 en 2013 heeft GDA die tarieven gelijktijdig toegepast.

12. Uit de aan het Hof overgelegde stukken blijkt dat het op MEO toegepaste tarief voortvloeide uit een beslissing die op 10 april 2012 in overeenstemming met het toepasselijke recht door een scheidsgerecht was genomen. [4]

2 Verordening van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1).

3 Goedgekeurd bij Lei n.° 19/2012 (wet nr. 19/2012) van 8 mei 2012.

4 In overeenstemming met artikel 7, leden 3 en 9, van Decreto-Lei n.° 333/97 (wetsbesluit nr. 333/97) van 27 november 1997 moeten de partijen bij ontstentenis van een akkoord tijdens de onderhandeling over de rechten gebruikmaken van arbitrage.

13. Op 24 juni en 22 oktober 2014 heeft PT Comunicações SA, rechtsvoorganger van MEO, bij de AdC een klacht ingediend tegen GDA wegens eventueel misbruik van een machtspositie. MEO stelde dat dit misbruik het gevolg was van het feit dat GDA buitensporig hoge prijzen hanteerde voor het gebruik van de naburige rechten van de vertolkende en uitvoerende kunstenaars en dat GDA bovendien ongelijke voorwaarden toepaste op haar in vergelijking met een andere klant, NOS Comunicações SA (hierna: „NOS").

14. Op 19 maart 2015 heeft de AdC een onderzoek ingeleid, dat is uitgemond in de seponering van de zaak bij besluit van 3 maart 2016, op grond dat de feiten met betrekking tot het voorwerp van de procedure niet voldoende bewijskrachtige aanwijzingen bevatten van misbruik van een machtspositie.

15. De AdC heeft erop gewezen dat, zelfs gesteld dat GDA inderdaad een machtspositie op de betrokken markt had en het gedrag in kwestie als een ongelijke behandeling voor gelijke prestaties was beschouwd, de differentiatie in de tarieven die waren toegepast op de verschillende leveranciers van retaildiensten met betrekking tot de toegang tot televisiediensten en in de gemiddelde door MEO en NOS gedragen kosten in het kader van de betrokken wholesaledienst, niet tot de conclusie kon leiden dat er sprake was van een mededingingsbeperkend effect dat in het bijzonder voortvloeide uit een verzwakking van de concurrentiepositie van MEO.

16. Volgens de AdC kan niet worden aangenomen dat aan een leverancier van retaildiensten met betrekking tot de toegang tot televisiesignalen een nadeel wordt berokkend bij de mededinging ten opzichte van de anderen. De uitlegging volgens welke eenvoudig discriminerend gedrag van een onderneming met een machtspositie ipso facto schending meebrengt van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU zou met name in strijd zijn met de rechtspraak van het Hof.

17. MEO heeft beroep ingesteld tegen de beslissing tot seponering van de AdC, met name op grond dat deze laatste artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU verkeerd zou hebben uitgelegd, aangezien de AdC in de plaats van te beoordelen of voldaan was aan het criterium van het nadeel bij de mededinging, zoals het in de rechtspraak van het Hof wordt uitgelegd, heeft onderzocht of er sprake was van een aanzienlijke en kwantificeerbare mededingingsverstoring.

18. Volgens de verwijzende rechter is het besluit tot seponering van de AdC gebaseerd op het feit dat het tariefverschil ten opzichte van de gemiddelde kosten klein was, zodat die tarieven de concurrentiepositie van MEO niet in gevaar brachten en dat deze laatste in staat was het verschil op te vangen. Bovendien zou het marktaandeel van MEO wat betreft de retaildienst met betrekking tot de toegang tot televisiesignalen via abonnement in diezelfde periode zijn toegenomen. [5]

19. De verwijzende rechter merkt op dat MEO in het kader van het hoofdgeding cijfergegevens heeft verstrekt met betrekking tot de respectievelijk door MEO en NOS gedragen kosten. Die tabellen hebben betrekking op de totale kosten, alsook op de gemiddelde door MEO respectievelijk NOS gedragen kosten per consument, en voorts op de winst en de winstgevendheid van MEO tijdens de betrokken periode, namelijk van 2010 tot en met 2013. [6]

20. Volgens de verwijzende rechter is het niet uitgesloten dat het concurrentievermogen van MEO is aangetast wegens die prijsdifferentiatie. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat bepaalde discriminerende gedragingen ten aanzien van de handelspartners intrinsiek een concurrentienadeel kunnen meebrengen. De verwijzende rechter meent echter dat het Hof zich niet duidelijk heeft uitgesproken over het begrip „nadeel bij de mededinging" met het oog op de toepassing van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU.

5 Volgens de Autoridade Nacional de Comunicações (Anacom) [nationale communicatieautoriteit (Anacom), Portugal] is het marktaandeel van MEO voor de referentieperiode, namelijk tussen 1 januari 2010 en 31 maart 2015, van minder dan 25 % naar meer dan 40 % gestegen, terwijl het marktaandeel van de groep NOS tijdens dezelfde periode is gedaald, namelijk van meer dan 60 % naar minder dan 45 %.

6 Die cijfergegevens zijn niet opgenomen in de verwijzingsbeslissing aangezien zij vertrouwelijk zijn.

21. In deze context heeft de Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (rechter voor mededinging, regulering en toezicht, Portugal) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Indien in een inbreukprocedure feiten bewezen zijn – of aanwijzingen bestaan voor feiten – betreffende de gevolgen van eventuele discriminerende tarieven van een onderneming met een machtspositie ten aanzien van een retailer, waardoor deze wordt benadeeld ten opzichte van zijn concurrenten, kan de gedraging dan slechts als *nadeel berokkenend bij de mededinging* in de zin van artikel 102, [tweede alinea,] onder c), VWEU worden aangemerkt op basis van een nadere beoordeling van de ernst, de relevantie of het belang van die gevolgen voor de concurrentiepositie van de benadeelde onderneming, meer in het bijzonder voor wat betreft haar capaciteit om het verschil in kosten in het kader van de wholesaledienst te dragen?

2) Wanneer er in een inbreukprocedure bewijzen of aanwijzingen zijn dat de door een onderneming met een machtspositie toegepaste discriminerende tarieven een *zeer geringe invloed* hebben op de gemaakte kosten, de behaalde winst en de winstgevendheid van de benadeelde retailer, is dan het oordeel dat geen sprake is van aanwijzingen voor misbruik van een machtspositie en verboden gedragingen verenigbaar met een uitlegging overeenkomstig met artikel 102, [tweede alinea,] onder c), VWEU en de uit de arresten [van 15 maart 2007, British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punten 146-148), en 9 september 2009, Clearstream/Commissie (T-301/04, EU:T:2009:317),] voortvloeiende rechtspraak?

3) Of is die omstandigheid ontoereikend om uit te sluiten dat de betrokken gedraging misbruik van een machtspositie en een verboden gedraging in de zin van artikel 102, [tweede alinea,] onder c), VWEU oplevert, en is zij enkel relevant voor de bepaling van de mate van aansprakelijkheid van de inbreukmakende onderneming of de aan die onderneming op te leggen boete?

4) Moet het zinsdeel *hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging* in artikel 102, [tweede alinea,] onder c), VWEU aldus worden uitgelegd dat daarmee wordt vereist dat het uit de discriminatie voortvloeiende voordeel op zijn beurt een minimumpercentage van de kostenstructuur van de betrokken onderneming moet vertegenwoordigen?

5) Moet het zinsdeel *hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging* in artikel 102, [tweede alinea,] onder c), VWEU aldus worden uitgelegd dat daarmee wordt vereist dat het uit de discriminatie voortvloeiende voordeel op zijn beurt overeenstemt met een minimumverschil tussen de gemiddelde kosten die de concurrerende ondernemingen in de betrokken wholesaledienst hebben te dragen?

6) Moet het zinsdeel *hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging* in artikel 102, [tweede alinea,] onder c), VWEU aldus worden uitgelegd dat daarmee wordt vereist dat het uit de discriminatie voortvloeiende voordeel in het kader van de betrokken markt en dienst moet overeenstemmen met waarden die hoger zijn dan de verschillen aangegeven in […] tabellen 5, 6 en 7, om de betrokken gedraging als verboden praktijk aan te merken?

7) Bij een bevestigend antwoord op een van de vragen vier tot en met zes, hoe moet die minimumdrempel van de betekenis van het nadeel in verhouding tot de kostenstructuur of de gemiddelde kosten die de concurrerende ondernemingen in de betrokken retaildienst dragen worden bepaald?

8) Wanneer die minimumdrempel is bepaald, kan dan de omstandigheid dat hij niet ieder jaar wordt bereikt het vermoeden als bedoeld in het arrest [van 9 september 2009, Clearstream/Commissie (T-301/04, EU:T:2009:317)], waarin is vastgesteld dat *de toepassing van verschillende prijzen voor*

gelijkwaardige diensten ten aanzien van een handelspartner door een onderneming met een feitelijk monopolie op de upstream-markt, en dit onafgebroken gedurende vijf jaar, niet anders dan tot een concurrentienadeel voor die partner kon leiden, weerleggen?"

22. MEO, GDA, de Portugese en de Spaanse regering, alsook de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

23. Op 5 oktober 2017 vond een terechtzitting plaats, waaraan MEO, GDA, het Koninkrijk Spanje en de Commissie hebben deelgenomen.

Samenvatting van de bij het Hof ingediende opmerkingen

24. In het algemeen waren de belanghebbende partijen van mening dat de prejudiciële vragen samen moesten worden behandeld. Die partijen hebben hun aandacht gericht op de vraag of, om vast te stellen of er sprake is van een „nadeel bij de mededinging" in de zin van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU, kan worden vermoed dat prijsdifferentiatie de mededinging kan vervalsen, dan wel of het aan de mededingingsautoriteit staat om aan te tonen dat het concurrentievermogen van de benadeelde onderneming ten gevolge van het gelaakte gedrag is afgenomen. In het kader van deze analyse werden de in aanmerking te nemen gegevens besproken en voorts de noodzaak dat het (potentiële of werkelijke, naargelang van de respectieve opvattingen van de partijen) effect op de mededinging aanzienlijk is.

25. Wat het begrip „nadeel bij de mededinging" betreft, zijn de belanghebbende partijen het eens over het feit dat het bestaan van een eventuele aantasting van de mededinging in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof in het algemeen per geval moet worden beoordeeld en dat er geen vaste drempel of norm bestaat om een dergelijke aantasting vast te stellen.

26. De opvattingen verschillen echter over de kwestie of en in hoeverre een concreet mededingingsverstorend effect moet worden aangetoond, dan wel of het bestaan van een dergelijk nadeel waarschijnlijk moet zijn in het geval waarin een onderneming met een machtspositie gedifferentieerde tarieven toepast op zijn handelspartners op de stroomafwaartse markt.

27. Enerzijds zijn GDA en de Portugese regering van mening dat rekening moet worden gehouden met het concrete effect van de gedifferentieerde prijzen op het concurrentievermogen van MEO.

28. Zowel uit de door de Commissie bepleite aanpak, die zij in verschillende rapporten en bekendmakingen vanaf het jaar 2003 tot uiting heeft gebracht, als uit de rechtspraak van het Hof en van het Gerecht van de Europese Unie blijkt dat rekening moet worden gehouden met de mededingingsverstorende effecten van vermeend misbruik op de markt. Om een tariefpraktijk als misbruik aan te merken, moet er werkelijk sprake zijn van een verstoring van de mededinging tussen de betrokken dienstverleners en is vereist dat bepaalde dienstverleners door die verstoring een concurrentienadeel lijden. Aldus zou een „eenvoudige" praktijk van discriminerende prijzen op zich niet volstaan om misbruik in de zin van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU te vormen.

29. Anderzijds staan de Spaanse regering[7] en MEO een uitlegging van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU voor, volgens welke het feit dat een beheersvennootschap in een monopoliesituatie, zoals GDA, door gunstigere voorwaarden toe te passen een gebruiker begunstigt ten aanzien van diens concurrenten op dezelfde stroomafwaartse markt, behoudens enkele nuanceringen, tot een nadeel bij of verstoring van de mededinging kan leiden.

7 De Spaanse regering wijst erop dat de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (nationale commissie voor markten en mededinging, Spanje) de toepassing van discriminerende tarieven systematisch als een inbreuk heeft beschouwd wanneer de organisatie voor het beheer van auteurs- en naburige rechten die tarieven niet kon rechtvaardigen.

30. Wat de gegevens betreft die in aanmerking moeten worden genomen om te bepalen of uit een gedraging als die van GDA in het hoofdgeding een mededingingsverstorend effect kan voortvloeien, voert MEO aan dat GDA een monopoliepositie heeft en dat de leveranciers van televisiediensten verplicht zijn een beroep te doen op GDA om licenties te verkrijgen op basis waarvan zij beschermde werken mogen verspreiden. Dientengevolge heeft GDA een sterke onderhandelingspositie. Volgens MEO heeft een onderneming met een feitelijke monopoliepositie de bijzondere verantwoordelijkheid om ervoor te zorgen dat ten opzichte van zijn handelspartners gelijke voorwaarden worden toegepast. Die verantwoordelijkheid brengt volgens MEO de verplichting mee voor GDA om haar gedrag te rechtvaardigen, wat GDA niet heeft gedaan. Ten slotte is het volgens MEO belangrijk rekening te houden met de duur van de discriminatie.

31. In dat verband wijst de Spaanse regering erop dat het nadeel in gevallen als het onderhavige met name voortvloeit uit het feit dat de door de beheersvennootschappen toegekende licenties een essentieel onderdeel vormen voor de levering van de einddiensten door de betrokken gebruikers.

Analyse

32. De prejudiciële vragen, zoals geformuleerd door de verwijzende rechter, vereisen volgens mij een globaal antwoord, aangezien zij in hoofdzaak betrekking hebben op de vraag of het in artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU vermelde begrip „nadeel bij de mededinging" betekent dat de effecten van een gedifferentieerde toepassing van prijzen en/of de omvang van de effecten daarvan op de concurrentiepositie van de betrokken onderneming moeten worden onderzocht.

33. Vooraleer ik deze problematiek behandel, wil ik *eerst* een aantal kwesties onder de aandacht brengen die, hoewel zij op aspecten zien die niet met zoveel woorden door de verwijzende rechter aan de orde zijn gesteld, betrekking hebben op de vraag of de bepalingen van artikel 102 VWEU in casu van toepassing zijn.

34. *Vervolgens* zal ik een inleidende uiteenzetting geven over de essentiële overwegingen die volgens mij als leidraad moeten dienen bij de analyse van een prijsdifferentiatie waarvan wordt beweerd dat zij misbruik van een machtspositie vormt. In die context zal ik vermelden of en onder welke voorwaarden „tweedelijns"-tariefdiscriminatie binnen de werkingssfeer van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU kan vallen. Ik zal uiteenzetten waarom niet kan worden vermoed dat een dergelijke praktijk uit haar aard misbruik van een machtspositie vormt, of waarom integendeel de mededingingseffecten van dergelijk gedrag in concreto moeten worden aangetoond.

35. *Ten slotte* zal ik in het licht van al die overwegingen onderzoeken in hoeverre de toepassing van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties door een onderneming die beweerdelijk een machtspositie heeft, een nadeel bij de mededinging kan opleveren.

Algemene opmerkingen over de toepasselijkheid van artikel 102 VWEU op het onderhavige geval

36. Ik wijs erop dat de onderhavige zaak betrekking heeft op een bijzondere feitelijke constellatie, die als volgt kan worden beschreven.

37. MEO, een leverancier van televisiediensten op de Portugese markt, heeft bij de verwijzende rechter beroep ingesteld tegen het besluit van de AdC tot seponering van haar klacht. Die klacht was gericht tegen het vermeende misbruik van GDA, een coöperatieve vennootschap voor het beheer van de naburige rechten van het auteursrecht, dat zou hebben bestaan in de toepassing van gedifferentieerde tarieven voor het verkrijgen van licenties tussen 2010 en 2013.

38. Volgens MEO zou NOS, een directe concurrent van MEO, tijdens die periode het voordeel van gunstigere tarieven hebben genoten. De klacht van MEO bij de AdC had aldus betrekking op het vermeende misbruik van een machtspositie dat voortvloeide uit de discriminerende tarieven die GDA toepaste op de markt die zich stroomafwaarts bevond ten opzichte van de diensten inzake het collectief op de markt brengen van de naburige rechten van vertolkende en uitvoerende kunstenaars.

39. Toch blijkt, zoals de verwijzende rechter op basis van cijfergegevens heeft opgemerkt, dat het beweerdelijk door MEO geleden nadeel inzake de bedragen die zijn betaald voor het gebruik van de door het auteursrecht en de naburige rechten beschermde werken, er niet toe heeft geleid dat haar marktaandeel kleiner is geworden. Integendeel, het aandeel van MEO zou zijn toegenomen en zou tussen 2010 en 2013 van ongeveer 25 % tot meer dan 40 % zijn gestegen. Het aandeel van NOS zou in dezelfde periode gedaald zijn, namelijk van meer dan 60 % naar minder dan 45 %.

40. Het is ook belangrijk erop te wijzen dat deze prijzen in overeenstemming met het toepasselijke nationale recht via een scheidsrechtelijke beslissing zijn vastgesteld, aangezien GDA geen akkoord met MEO had kunnen bereiken.

41. In casu lijkt de verwijzende rechter ervan te zijn uitgegaan dat enkel de vraag aan de orde was of, om tot de conclusie te kunnen komen dat sprake is van misbruik van een machtspositie ten gevolge van de toepassing van verschillende prijzen voor gelijkwaardige diensten, in concreto een uitspraak moest worden gedaan over de mededingingseffecten van de litigieuze praktijk, dan wel of daarentegen kon worden vermoed dat een dergelijke praktijk artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU schendt.

42. In die zin lijkt de verwijzende rechter te hebben aangenomen dat aan de andere toepassingsvoorwaarden van artikel 102 VWEU was voldaan. In het bijzonder beschouwt hij het als een vaststaand feit dat GDA in de eerste plaats een onderneming met een machtspositie is en dat zij in de tweede plaats ten opzichte van handelspartners ongelijke voorwaarden „bij gelijkwaardige prestaties” heeft toegepast.

43. Na lezing van de bij het Hof ingediende stukken heb ik echter de indruk dat er niet zonder meer van kan worden uitgegaan dat GDA op de werkelijk relevante markt een machtspositie heeft of dat er inderdaad ongelijke prijzen bij „gelijkwaardige prestaties” zijn opgelegd.

44. De twijfels die daarover bestaan, zouden ertoe kunnen leiden dat de gestelde prejudiciële vragen, die enkel betrekking hebben op de identificatie van een „nadeel bij de mededinging” in de zin van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU hypothetisch worden.

45. In de eerste plaats ben ik van mening dat de vraag kan worden gesteld of *GDA werkelijk een machtspositie heeft* op de relevante markt van de betrokken wholesaledienst die in casu aan de orde is.

46. Over dat punt wordt opgemerkt dat GDA de premisse dat zij een machtspositie op de relevante markt bezit, juist heeft betwist, hoewel zij de facto de enige vennootschap in Portugal is die de naburige rechten van het auteursrecht beheert.

47. In dit verband heeft GDA aangevoerd dat zij geen commerciële druk kan uitoefenen op haar belangrijkste partners, MEO en NOS. Om te beginnen zouden die ondernemingen een sterk „duopolie” vormen. Vervolgens worden er bij de nationale wet randvoorwaarden gesteld aan de totstandkoming van de tarieven, die de partijen verplicht tot het gebruik van arbitrage wanner zij niet tot een akkoord kunnen komen. Ten slotte heeft GDA, aangezien zij niet verticaal geïntegreerd is, geen enkel belang op de stroomopwaartse of stroomafwaartse markten. Integendeel, het zou voor GDA nadelig zijn als MEO van de markt werd verdrongen of als de positie van MEO ten aanzien van NOS verzwakte. Gelet op die omstandigheden, zou er geen sprake zijn van een machtspositie en nog minder van misbruik daarvan.

48. Ik herinner eraan dat GDA een entiteit is voor het beheer van collectieve rechten van kunstenaars, zonder winstoogmerk, met als voorwerp de uitoefening en het beheer van de naburige rechten van de auteursrechten van de personen die zij vertegenwoordigt en van de leden van soortgelijke buitenlandse entiteiten. Tot haar voornaamste klanten behoren de leveranciers van retaildiensten met betrekking tot de toegang tot televisiesignalen via abonnement in Portugal, waaronder MEO en NOS, die in de relevante periode samen een duopolie vormden.

49. In die context blijkt dat GDA grotendeels afhankelijk is van de vergoedingen voor de diensten die zij aan die twee ondernemingen verstrekt.

50. Zoals uit het dossier blijkt en zoals de AdC in haar besluit heeft vastgesteld, zouden er bovendien aanwijzingen bestaan dat de leveranciers die toegang tot televisiesignalen via abonnement verlenen, een zekere onderhandelingsmacht hebben die een tegengewicht kan vormen voor die van GDA. Die aanwijzingen, die volgens mijn begrip van de stukken niet door MEO zijn betwist[8], bestaan met name in contacten tussen GDA, enerzijds, en de leveranciers van de retaildiensten met betrekking tot de toegang tot televisiesignalen via abonnement, anderzijds, om het tarief te bepalen dat GDA vanaf 1 januari 2014 in het kader van de betrokken wholesaledienst op hen zou toepassen.

51. Hoewel GDA thans de enige maatschappij in Portugal is die de collectieve rechten van vertolkende of uitvoerende kunstenaars beheert, betekent die omstandigheid dus niet dat zij werkelijk een machtspositie heeft, aangezien zij niet over een marktmacht beschikt die haar in staat stelt onafhankelijk van haar handelspartners op te treden.

52. Het staat evenwel vast dat artikel 102 VWEU als doel heeft de marktmacht van een onderneming te controleren. Om de positie van een onderneming aan te merken als een machtspositie volstaat het niet om af te gaan op haar aandeel op een welbepaalde markt, maar moet ook worden afgegaan op de economische macht die zij ten gevolge van haar positie heeft.

53. De machtspositie wordt aldus gedefinieerd als de situatie van economische macht die het een of meer ondernemingen mogelijk maakt zich jegens haar of hun concurrenten, afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.[9] Een dergelijke positie ontstaat gewoonlijk wanneer een onderneming of een groep ondernemingen een groot deel van het aanbod op een bepaalde markt voor haar rekening neemt, op voorwaarde dat andere factoren uit het onderzoek (zoals belemmeringen voor het betreden van de markt, reactievermogen van afnemers enz.) in dezelfde richting wijzen.[10]

54. Bovendien kan de vraag worden gesteld wat vanuit mededingingsoogpunt het belang is voor GDA om discriminerende prijzen op te leggen om de concurrentiepositie van een van haar klanten uit te sluiten of te verzwakken. Aangezien zij er zelf geen enkel belang bij heeft om zich te beschermen op de stroomafwaartse markt waarop MEO en NOS actief waren, lijkt haar enige belang erin te bestaan haar inkomsten te verhogen door prijzen vast te stellen waarover individueel en bilateraal met deze dienstverleners is onderhandeld.

8 Zie stukken die zijn opgenomen in het nationale dossier en zijn vermeld in het besluit van de AdC.

9 Het Hof heeft deze definitie zeer vroeg vastgesteld [zie arresten van 14 februari 1978, United Brands en United Brands Continentaal/Commissie (27/76, EU:C:1978:22, punt 65), en 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, EU:C:1979:36, punt 38)]. Zij is voortdurend in herinnering gebracht in de rechtspraak, met name in de recentste [zie met name arresten van 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 170), en 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, punten 23 en 79)].

10 Zie bekendmaking 97/C 372/03 van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB 1997, C 372, blz. 5).

55. De enige entiteit die in casu vanuit mededingingsoogpunt voordeel kan trekken uit een eventuele discriminatie op de stroomafwaartse markt, is eventueel de marktdeelnemer die vermeend het voordeel van lagere prijzen heeft genoten, in casu NOS. Ik kan daarentegen moeilijk begrijpen hoe GDA direct of indirect voordeel kan trekken uit een dergelijke differentiatie. Ik zal dat laatste aspect hierna nog nader toelichten.

56. In de tweede plaats vraag ik mij in het verlengde van de voorgaande overwegingen af of er in casu werkelijk sprake is van de levering van „gelijkwaardige prestaties" tegen „ongelijke voorwaarden" in de zin van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU – en bijgevolg van „discriminatie" veeleer dan van een objectieve „differentiatie" – in het kader van de aanbieding van de naburige rechten aan MEO en NOS.

57. Zoals uit de rechtspraak blijkt, moet rekening worden gehouden met alle op de markt geldende voorwaarden om te beoordelen of transacties gelijkwaardig zijn.[11] Die voorwaarden omvatten met name een tijdsaspect, aangezien de voor een bepaalde dienst vastgestelde prijs in de loop der tijd kan variëren op basis van de *marktvoorwaarden en de voor de totstandkoming van die prijs gebruikte criteria*. Met andere woorden kan het feit dat de prestaties op verschillende tijdstippen worden uitgevoerd, de transacties ongelijkwaardig maken.[12]

58. Bovendien blijkt uit de aan het Hof overgelegde gegevens dat bij wet randvoorwaarden worden gesteld aan de totstandkoming van de prijzen en de andere contractuele voorwaarden met betrekking tot de naburige rechten die GDA op de markt brengt, die de partijen verplicht tot het gebruik van arbitrage wanneer zij niet tot een akkoord kunnen komen. In een dergelijke situatie en zoals dat het geval is geweest voor de aan MEO gefactureerde prijzen, past GDA alleen maar de door de scheidsrechtelijke beslissing vastgestelde prijzen toe. Naar mijn mening zijn de door GDA op MEO respectievelijk NOS toegepaste prijzen vastgesteld onder voorwaarden die a priori verschillen.

59. Ten slotte blijkt dat het hoofdgeding wordt gekenmerkt door een aantal onzekerheden wat de toepasselijkheid van artikel 102 VWEU betreft, die verder gaan dan de loutere kwestie van de identificatie van een „nadeel bij de mededinging". Met name blijkt het netelig te zijn om een onderneming te straffen omdat zij haar vermeende machtspositie heeft misbruikt wegens een differentiatie in de door haar op haar partners op de stroomafwaartse markt toegepaste prijzen, terwijl zij zelf niet actief is op die markt en rechtstreeks voordeel trekt uit de concurrentie tussen die partners. Die onzekerheden noodzaken nog meer tot voorzichtigheid bij het onderzoek van de litigieuze prijsdifferentiaties.

Prijsdifferentiatie vormt enkel misbruik van een machtspositie wanneer zij een concurrentienadeel teweegbrengt, wat een onderzoek in concreto impliceert van de effecten van die praktijk in het licht van alle relevante omstandigheden

60. Zelfs gesteld dat uit de feiten van de onderhavige zaak kan worden afgeleid – het staat aan de verwijzende rechter om dat na te gaan – dat GDA een machtspositie op de betrokken wholesalemarkt heeft en verder dat het litigieuze gedrag als een ongelijke behandeling van gelijkwaardige prestaties moet worden aangemerkt, lijkt het voor de mededingingsautoriteit een dwingend vereiste te zijn dat zij bewijst dat bepaalde handelspartners door die verstoring een *nadeel bij de mededinging* lijden. Het bestaan van een dergelijk nadeel kan onder geen beding worden vermoed, maar impliceert steeds, en met name wanneer er sprake is van „tweedelijns"-tariefdiscriminatie, een onderzoek van de gevolgen van de litigieuze praktijken in het licht van alle omstandigheden van het concrete geval.

11 Zie met name arresten van 9 september 2009, Clearstream/Commissie (T-301/04, EU:T:2009:317, punten 169-190), en 7 oktober 1999, Irish Sugar/Commissie (T-228/97, EU:T:1999:246, punt 64).

12 Zie met name in die zin O'Donoghue, R., en Padilla, J., *The Law and Economics of article 102 TFEU*, 2e uitgave, Hart Publishing, Oxford, 2013, blz. 795; Geradin, D., en Petit, N., „Price discrimination under EC competition law", *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket, 2005, blz. 23 (www.konkurrensverket.se/en/research/seminars/the-pros-and-cons/price-discrimination).

Tariefdiscriminatie is op zich niet problematisch vanuit het oogpunt van het mededingingsrecht

61. In het algemeen is het belangrijk eraan te herinneren dat discriminatie, met inbegrip van discriminatie bij het opleggen van prijzen, op zich niet problematisch is vanuit het oogpunt van het mededingingsrecht. De reden daarvoor is dat prijsdiscriminatie niet altijd nadelig is voor de mededinging. Integendeel, zoals met name blijkt uit de (vergeefse) officiële pogingen in de Verenigde Staten om terug te komen van de in de *Robinson-Patman Act* van 1936[13] opgenomen bepaling die dergelijke discriminatie verbiedt, kan het vlakweg verbieden van tariefdiscriminatie nefast blijken vanuit het oogpunt van de economische efficiëntie en het welzijn van de consument.

62. Immers wordt algemeen aanvaard dat een discriminerende praktijk, en met name prijsdifferentiatie, vanuit mededingingsoogpunt ambivalente gevolgen heeft. Een dergelijke praktijk kan de economische efficiëntie en dus het welzijn van de consumenten doen toenemen. Dit zijn volgens mij doelstellingen die bij de toepassing van de mededingingsregels niet uit het oog mogen worden verloren en in elk geval te onderscheiden van billijkheidsoverwegingen. Zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, beogen de mededingingsregels de mededinging te beschermen en niet de concurrenten.[14]

63. Of het nu vanuit het oogpunt van het mededingingsrecht of vanuit dat van het misbruik van een machtspositie is, tariefdiscriminaties mogen enkel worden bestraft indien zij daadwerkelijk of potentieel een mededingingsverstorend effect hebben. De identificatie van een dergelijk effect mag niet worden verward met het onmiddellijke nadeel dat marktdeelnemers die de hoogste prijzen voor de aankoop van een goed of dienst in rekening zijn gebracht, voelen of zelfs lijden. Bijgevolg kan het feit dat een onderneming voor de aankoop van een goed of een dienst een hogere prijs moet betalen dan die welke op een of op meer concurrerende ondernemingen wordt toegepast, als nadeel worden aangemerkt, maar dit leidt niet noodzakelijk tot een „concurrentienadeel".

64. Zelfs in de veronderstelling dat een onderneming hogere tarieven in rekening worden gebracht dan andere ondernemingen en dat zij daardoor wordt (of meent te worden) gediscrimineerd, kan dat gedrag dus enkel onder die bepaling vallen wanneer bewezen is dat het de mededinging kan beperken en het welzijn van de consumenten kan schaden.

65. In het recht inzake misbruik van een machtspositie stelt tariefdiscriminatie een onderneming met een dergelijke positie met name in staat haar producten en diensten aan een groter aantal consumenten aan te bieden, zoals die welke over een lagere koopkracht beschikken. In dezelfde zin zal de klant van een onderneming, zelfs wanneer deze laatste een machtspositie heeft, in beginsel worden gestimuleerd om meer te verkopen teneinde een „getrouwheidskorting" te verkrijgen en met het oog daarop op zijn beurt worden aangemoedigd om zijn prijzen te verlagen en dus zijn winstmarge te verkleinen, wat uiteindelijk ten goede komt aan de consument. In dat verband moet worden opgemerkt dat het vermogen van de marktdeelnemers om hun onderhandelingsmacht te gebruiken teneinde de beste tariefvoorwaarden te verkrijgen en hun kosten te verminderen, een belangrijke mededingingsparameter is.[15] Uiteindelijk kan prijsdifferentiatie een belangrijk middel zijn om de mededinging te stimuleren.

13 Zie met name US Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007, hoofdstuk IV.a: „The Robinson-Patman Act", beschikbaar op http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. In 2007 heeft de US Antitrust Modernization Commission (Amerikaanse commissie voor antitrust-modernisering, Verenigde Staten) ook voorgesteld, echter zonder succes, om van die bepaling terug te komen. Zie voor een recentere analyse ook Kirkwood, J.B., „Reforming the Robinson-Patman Act to Serve Consumers and Control Powerful Buyers", *The Antitrust Bulletin*, deel 60, nr. 4, 2015, blz. 358-383.

14 Zie in die zin wat kortingsregelingen betreft mijn conclusie in de zaak Intel/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punt 41).

15 Bijgevolg kan de eventuele verplichting voor een entiteit om alle handelspartners gelijk te behandelen tot mededingingsverstorende resultaten leiden (zie Bulmash, H., „An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations", *Journal of Competition Law & Economics*, deel 8, nr. 2, 2012, blz. 361-397).

66. Wat meer in het bijzonder de vraag betreft of discriminatie met betrekking tot de prijzen die een onderneming op haar „handelspartners" toepast, die meestal klanten zijn op de stroomafwaartse markt, misbruik van een machtspositie kan vormen, herinner ik eraan dat artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU ondernemingen met een machtspositie uitdrukkelijk verbiedt ten opzichte van dergelijke partners ongelijke voorwaarden toe te passen bij gelijkwaardige prestaties „hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging".

67. Anders dan wat een oppervlakkige analyse zou kunnen doen vermoeden, schrijft artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU niet voor dat houders van een monopolie of een machtspositie hun handelspartners uniforme tarieven in rekening moeten brengen.

68. Aldus blijkt uit de tekst zelf van die bepaling dat de tariefdiscriminatie die een onderneming met een machtspositie ten opzichte van haar handelspartners toepast, *alleen* onder het verbod van het misbruik van een machtspositie kan vallen *indien de mededinging tussen die partners wordt vervalst* als gevolg van die discriminatie.

69. Uiteindelijk vereist een strikte toepassing van die bepaling dat wordt vastgesteld of er tussen de handelspartners van de onderneming met een machtspositie een concurrentieverhouding bestaat en voorts dat wordt aangetoond dat het gedrag van die onderneming de mededinging tussen de betrokken ondernemingen in concreto kan vervalsen.[16] Ik zal dat hierna meer in detail behandelen.

Tweedelijnstariefdiscriminatie kan alleen binnen de werkingssfeer van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU vallen na een onderzoek ervan in het licht van alle omstandigheden van het concrete geval

70. Geleidelijk aan is in de besluitvormingspraktijk van de mededingingsautoriteiten en in de recentste rechtspraak van het Hof[17] erkend dat wanneer ondernemingsgedrag in het licht van artikel 102 VWEU moet worden onderzocht, de aanwezigheid van een mededingingsbeperking niet kan worden vermoed. Voor de conclusie dat van een dergelijke beperking sprake is, moeten steeds de daadwerkelijke of potentiële gevolgen van het gelaakte gedrag in het licht van alle omstandigheden van het concrete geval worden onderzocht.

71. Wanneer tariefdiscriminatie aan de orde is, verschilt de uit te voeren analyse wezenlijk naargelang er sprake is van „eerstelijns"- of „tweedelijns"-discriminatie.

72. *Eerstelijnsdiscriminatie* wordt schematisch opgevat als de discriminatie van de concurrenten van de onderneming met een machtspositie. Zij heeft meestal betrekking op vormen van tariefdiscriminatie die bedoeld zijn om bepaalde klanten van concurrerende marktdeelnemers aan te trekken, zoals afbraakprijzen, gedifferentieerde kortingstarieven of margin squeeze. Zij betreft meer in het algemeen alle prijspraktijken die als doel hebben de concurrentie van marktdeelnemers die aanwezig zijn op dezelfde markt als die waarop de onderneming met een machtspositie actief is en op hetzelfde (verticale) niveau, uit te sluiten of hun concurrentiepositie te verzwakken.

73. Eerstelijnstariefdiscriminatie is wegens de onmiddellijke gevolgen van uitsluiting waartoe zij kan leiden, discriminatie waarvan de mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties in het algemeen kennis moeten nemen.

16 Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2006:133, punten 104 en 105).
17 Zie met name arrest van 6 september 2017, Intel/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punten 133-147).

74. *Tweedelijnsdiscriminatie*, waar hoofdzakelijk artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU op ziet, heeft betrekking op de discriminatie die de „handelspartners" op de stroomafwaartse of stroomopwaartse markt van die onderneming ondervinden. Zij heeft met name betrekking op de gevallen waarin een onderneming met een machtspositie beslist op haar klanten, dit wil zeggen entiteiten waarmee zij geen rechtstreekse concurrentieverhouding heeft, verschillende prijzen toe te passen. Met die bepaling moet een einde worden gemaakt aan commercieel gedrag van de onderneming met een machtspositie dat de mededinging op een stroomopwaartse of stroomafwaartse markt vervalst, dit wil zeggen de concurrentie tussen leveranciers of tussen klanten van die onderneming. De medecontractanten van die onderneming mogen geen voordeel of nadeel ondervinden bij de mededinging die zij onderling voeren. [18]

75. Wat deze laatste soort discriminatie betreft, is het gevolg van de uitsluiting en de beperking van het mededingingsproces niet altijd duidelijk. Integendeel, een onderneming die stroomopwaarts activiteiten uitoefent, heeft in beginsel ten volle voordeel bij de concurrentie op de stroomafwaartse markt.

76. Naar mijn mening en zoals uit een groot aantal studies in de rechtsleer is gebleken, moet bij het onderzoek van tariefdiscriminatie met het oog op de toepassing van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU, zoals de discriminatie die in casu aan de orde is, meteen al een onderscheid worden gemaakt tussen verticaal geïntegreerde ondernemingen, die er dus belang bij hebben de concurrenten op de stroomafwaartse markt te verdringen, en ondernemingen die geen dergelijk belang hebben.

77. In het geval van een verticaal geïntegreerde onderneming is de toepassing van discriminerende prijzen op de stroomopwaartse of stroomafwaartse markt door de onderneming met een machtspositie in werkelijkheid vergelijkbaar met eerstelijnsdiscriminatie die de concurrenten van die onderneming indirect raakt. Dergelijke discriminatie kan ertoe leiden dat de concurrenten van de onderneming met een machtspositie op de stroomafwaartse markt worden verzwakt.

78. De zaak die heeft geleid tot het arrest Deutsche Bahn/Commissie [19] biedt een goede illustratie van het mededingingsbeperkende effect van tariefdiscriminatie door een verticaal geïntegreerde onderneming die tegelijkertijd in de eerste en in de tweede lijn plaatsvindt. Door verschillende tarieven te hanteren voor de op de zogenaamde westelijke trajecten opererende containervervoerders voor gelijkwaardige prestaties met betrekking tot het gebruik van spoorweginfrastructuur, had Deutsche Bahn AG haar handelspartners daarmee onmiskenbaar een *nadeel berokkend bij de mededinging met haarzelf en haar dochtermaatschappij*. [20]

79. Wanneer de onderneming met een machtspositie niet verticaal geïntegreerd is en buiten het geval van gedragingen van publieke entiteiten die min of meer rechtstreeks het effect van een geografische opdeling of van discriminatie op grond van nationaliteit meebrengen [21], kan daarentegen de vraag worden gesteld welk voordeel die onderneming wil trekken uit discriminatie die bedoeld is om een van haar handelspartners op de stroomafwaartse markt te benadelen. Een dergelijke onderneming heeft er immers alle belang bij dat die laatste markt zeer concurrentieel is om haar onderhandelingsmacht als verkoper van de betrokken producten of diensten te behouden. Wanneer, zoals in het hoofdgeding, een onderneming met een machtspositie niet met haar klanten op de stroomafwaartse markt concurreert, is het niet gemakkelijk andere redenen vast te stellen waarom die onderneming discriminerende prijzen zou toepassen dan de directe exploitatie van haar klanten. Het lijkt dus weinig rationeel voor laatstgenoemde om de concurrentiedruk die haar handelspartners op de stroomafwaartse markt op elkaar uitoefenen, te verminderen.

18 Zie arrest van 15 maart 2007, British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 143).

19 Arrest van 21 oktober 1997 (T-229/94, EU:T:1997:155), bevestigd bij beschikking van 27 april 1999, Deutsche Bahn/Commissie (C-436/97 P, EU:C:1999:205).

20 Arrest van 21 oktober 1997, Deutsche Bahn/Commissie (T-229/94, EU:T:1997:155, punt 93).

21 Zie in die zin arresten van 29 maart 2001, Portugal/Commissie (C-163/99, EU:C:2001:189, punten 46 en 66), en 17 mei 1994, Corsica Ferries (C-18/93, EU:C:1994:195, punten 43-45).

80. Dat verklaart zeker waarom zaken die betrekking hebben op „zuivere" vormen van *tweedelijnsdiscriminatie*, namelijk situaties waarin de (niet-verticaal-geïntegreerde) onderneming met een machtspositie er op het eerste gezicht geen enkel belang bij heeft haar partners op de stroomafwaartse markt uit te sluiten, zoals het hoofdgeding, zeer zelden voorkomen. [22]

81. Bovendien moet erop worden gewezen dat de overwegingen met betrekking tot de toepasselijkheid van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU in het kader van het onderzoek van de zaken waarvan het Hof kennis heeft moeten nemen, bijzonder beknopt zijn en het in ieder geval niet mogelijk maken er duidelijke uitleggingsrichtsnoeren uit af te leiden met betrekking tot de identificatie van een „nadeel bij de mededinging" in de zin van die bepaling.

82. Het arrest Kanal 5 en TV 4 [23], dat betrekking heeft op een geval dat, alles in aanmerking genomen, vergelijkbaar is met het onderhavige geval, is in dat verband vermeldenswaard. Die zaak betrof een geding tussen Kanal 5 Ltd en TV 4 AB, enerzijds, en Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa (organisatie voor het collectief beheer van het auteursrecht voor muziek, Zweden), anderzijds, betreffende het door deze laatste toegepaste vergoedingsmodel voor de uitzending op televisie van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken.

83. Naar aanleiding van een vraag of de omstandigheid dat een auteursrechtenbureau royalty's die worden geheven als vergoeding voor de uitzending op televisie van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken, op verschillende manieren berekent naargelang het commerciële of publieke televisiezenders betreft, schending van artikel 82, tweede alinea, onder c), EG [thans artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU] oplevert, heeft het Hof zich strikt genomen niet uitgesproken over het verband tussen deze tariefdiscriminatie en het eventueel op de stroomafwaartse markt waargenomen concurrentienadeel. Het heeft er overigens aan herinnerd dat het aan de verwijzende rechter stond om een bepaald aantal controles uit te voeren met het oog op de toepassing van die bepaling.

84. In dit verband moet ook worden opgemerkt dat de door de Commissie en de Unierechters gekozen aanpak er dikwijls op neerkomt dat die bepaling wordt toegepast op eerstelijnsdiscriminatie, dit wil zeggen op een situatie waarin niet is bewezen dat er een „concurrentienadeel" bestaat, wat heeft geleid tot bepaalde kritieken in de rechtsleer die een strengere toepassing van de uitdrukkelijk uit de bewoordingen van die bepalingen voortvloeiende voorwaarden voorstaan. [24] Sommige commentatoren pleiten daarom voor een striktere benadering van de in artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU bedoelde vormen van tariefdiscriminatie of dringen in deze context aan op een casuïstisch onderzoek van alle relevante omstandigheden. [25]

85. Bovendien heeft het Hof in de zaak British Airways/Commissie [26], dat het referentiearrest is op het gebied van het onderzoek van tariefdiscriminatie in het licht van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU, naar aanleiding van een verzoek om de draagwijdte van de vereisten met betrekking tot een nadeel bij de mededinging in de zin van die bepaling te preciseren, het volgende benadrukt, namelijk dat „[…] slechts [is] voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel [102], tweede alinea, onder c), [VWEU] wanneer vaststaat dat het gedrag van de onderneming met een machtspositie op een gegeven markt niet alleen discriminerend is, maar ook tot doel heeft, deze concurrentieverhouding scheef te trekken, dat wil zeggen, afbreuk te doen aan de mededingingspositie van een deel van de handelspartners van deze onderneming jegens de anderen".

22 Zie de in voetnoot 21 aangehaalde zaken. Zie ook arrest van 11 december 2008, Kanal 5 en TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

23 Arrest van 11 december 2008 (C-52/07, EU:C:2008:703).

24 Zie met name Perrot, A., „Towards an effects-based approach of price discrimination", *The Pros and Cons of Price Discrimination*, op. cit., met name blz. 166 e.v.

25 Zie het in de vorige voetnoot aangehaalde artikel. Zie ook Geradin, D., en Petit, N., „Price Discrimination under EC competition law: The Need for a case-by-case approach", *Global Competition Law Centre Working Paper* 07/05, blz. 45 en 46.

26 Arrest van 15 maart 2007, British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 144).

86. Hoewel dus, zoals het Hof heeft gepreciseerd, niets zich ertegen verzet dat discriminatie van niet onderling in een concurrentieverhouding staande handelspartners als misbruik wordt beschouwd, moet wel nog worden vastgesteld dat het gedrag van de onderneming met een machtspositie, „gelet op alle omstandigheden van het concrete geval", tot doel heeft de mededinging tussen deze handelspartners te verstoren. [27]

87. Met andere woorden kan artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU niet aldus worden uitgelegd dat het een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt verplicht om in alle omstandigheden en los van een analyse van de effecten van het gelaakte gedrag op de mededinging, ten aanzien van haar handelspartners uniforme prijzen toe te passen.

88. De noodzaak om rekening te houden met „alle omstandigheden van het concrete geval" blijkt dus fundamenteel in het kader van de beoordeling van tariefdiscriminatie. In geen geval kan uit artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU worden afgeleid dat een dergelijke praktijk steeds tot een situatie van „nadeel bij de mededinging" leidt.

89. Wat het arrest Clearstream/Commissie [28] betreft, waarnaar de verwijzende rechter in de bewoordingen van zijn vragen uitdrukkelijk verwijst, merk ik op dat het Gerecht in dat geval zijn onderzoek wilde beperken tot het concrete geval dat hem beweerdelijk was voorgelegd. Zoals uit punt 192 van dat arrest blijkt, heeft het Gerecht het beginsel in herinnering gebracht volgens hetwelk „[…] slechts [is] voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel [102], tweede alinea, onder c), [VWEU] wanneer vaststaat dat het gedrag van de onderneming met een machtspositie op een gegeven markt niet alleen discriminerend is, *maar ook tot doel heeft, deze concurrentieverhouding scheef te trekken*" (cursivering van mij).

90. Zelfs indien uit dat arrest van het Gerecht kan worden afgeleid dat het een vermoeden heeft vastgesteld volgens hetwelk tariefdiscriminatie een dergelijk nadeel kan meebrengen, moet in ieder geval worden opgemerkt dat dat arrest van het Gerecht, dat overigens niet door het Hof is bekrachtigd omdat geen hogere voorziening was ingesteld, enigszins achterhaald is.

91. Dat arrest heeft volgens mij betrekking op een periode waarin over de aard van de te volgen aanpak – namelijk via het (formele) doel of via de gevolgen – bij het onderzoek van de gedragingen van de ondernemingen die beweerdelijk misbruik van een machtspositie vormen, nog onenigheid kon bestaan.

92. Ten slotte is het volgens mij belangrijk erop te wijzen dat het bewijs van het bestaan van een concurrentienadeel verschilt van de beoordeling of het waarschijnlijk is dat ondernemersgedrag dat intrinsiek uitsluitingseffecten kan meebrengen, tot een mededingingsbeperking leidt en in het bijzonder de verweten uitsluitingseffecten kan hebben. [29] Dit vereiste is met het oog op de toepassing van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU bedoeld om zich in het concrete geval ervan te vergewissen dat door een onderneming ten aanzien van haar handelspartners toegepaste tariefdiscriminatie, die vanuit concurrentieoogpunt niet op zich problematisch kan zijn, een concurrentienadeel doet ontstaan.

27 Arrest van 15 maart 2007, British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 145).

28 Arrest van 9 september 2009 (T-301/04, EU:T:2009:317, punt 194). Het Gerecht heeft geoordeeld dat „[i]n casu […] de toepassing van verschillende prijzen voor gelijkwaardige diensten ten aanzien van een handelspartner door een onderneming met een feitelijk monopolie op de upstream-markt, en dit onafgebroken gedurende vijf jaar, niet anders dan tot een concurrentienadeel voor die partner [kon] leiden".

29 Zie in dat verband arrest van 6 september 2017, Intel/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punten 138-141).

93. Zoals ik er reeds eerder op heb gewezen [30], kan het onderzoek van tariefdiscriminatie in het licht van artikel 102 VWEU in het algemeen moeilijk op formalistische of systematische wijze worden gevoerd. In het bijzonder is de analyse van de vraag of tariefdiscriminatie door een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt een concreet effect op de mededinging op een stroomopwaartse of een stroomafwaartse markt kan hebben, zeer casuïstisch en moet zij dat ook blijven.

Voor de vaststelling van het bestaan van een concurrentienadeel is vereist dat naast de eventueel ondervonden discriminatie, het bestaan van een concurrentienadeel in concreto wordt vastgesteld

94. Anders dan wat het door MEO in het kader van de onderhavige procedure verdedigde standpunt doet vermoeden, ben ik van mening dat tariefdiscriminatie niet noodzakelijk gepaard gaat met een „nadeel bij de mededinging" in de zin van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU.

95. Volgens mij vloeit een dergelijk standpunt voort uit een verwarring tussen de beoordeling van het bestaan van een „nadeel bij de mededinging" en het bestaan van „nadelen tussen concurrenten", of zelfs van een nadeel zonder meer.

96. Voor de vaststelling van een „nadeel bij de mededinging" in de zin van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU, moet de betrokken praktijk, naast het nadeel ten gevolge van de tariefdiscriminatie op zich, een specifiek effect hebben op de concurrentiepositie van de vermeend gediscrimineerde onderneming.

97. Met andere woorden moet het geleden nadeel voldoende beduidend zijn om gevolgen te hebben voor de concurrentiepositie van de gediscrimineerde onderneming. Bijgevolg dient te worden aangetoond dat de discriminerende prijzen de neiging hebben de concurrentieverhouding tussen de handelspartners op de stroomafwaartse markt scheef te trekken.

98. Een dergelijke analyse vereist dat de mededingingsautoriteit alle omstandigheden van het haar voorgelegde geval in aanmerking neemt. Prijsdiscriminatie brengt de klanten van een onderneming met een machtspositie in een situatie van nadeel bij de mededinging wanneer zij de mededinging op de markt waarop haar klanten actief zijn, in concreto kan aantasten. Om in dat verband een verstoring van de mededinging te identificeren, volstaat het dus niet om de gevolgen van de discriminerende praktijk voor een specifieke handelspartner te beoordelen.

99. In het bijzonder moet worden onderzocht of de litigieuze tariefdiscriminatie het vermogen van de benadeelde handelspartners om een effectieve concurrentiedruk op de bevoordeelde handelspartners uit te oefenen, kan aantasten.

100. Het is inderdaad zo dat volgens de rechtspraak van het Hof niet hoeft te worden bewezen dat het gedrag van de onderneming met een machtspositie een kwantificeerbare daadwerkelijke verslechtering van de mededingingspositie van een of meer handelspartners heeft meegebracht [31], noch hoeft te worden aangetoond dat het mededingingsverstorende effect op de markt waarop de handelspartners onderling in een concurrentieverhouding staan, „merkbaar" is – aangezien er geen reden is om een merkbaarheidsdrempel (de-minimisdrempel) vast te stellen met het oog op de constatering van misbruik van een machtspositie [32].

30 Zie met name mijn conclusie in de zaak Intel/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punten 73 e.v.).

31 Zie arrest van 15 maart 2007, British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 145).

32 Zie arrest van 6 oktober 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, punt 73).

101. Niettemin mag, op het gevaar af de in artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU duidelijk vermelde voorwaarden te schenden, het gewone „nadeel" dat uit de discriminatie zelf voortvloeit, niet worden verward met het „nadeel bij de mededinging", dat zich moet voordoen op de markt waarop de handelspartners van de onderneming met een machtspositie actief zijn, in casu de markt die zich stroomafwaarts van de markt van de naburige rechten van het auteursrecht bevindt.

102. In dat verband moet naar mijn mening een onderscheid worden gemaakt tussen de mededingingsverstorende gedragingen die, gelet op hun intrinsieke schadelijke karakter, een mededingingsbeperking inhouden, en die, zoals de tweedelijnstariefdifferentiatie die door een niet-verticaal-geïntegreerde onderneming met een machtspositie wordt toegepast, welke een grondiger onderzoek van de concrete gevolgen ervan vereisen om tot de conclusie te kunnen komen dat een dergelijke beperking bestaat.

103. Het gaat er hier niet om de mededingingsbeperkingen op basis van het al dan niet geringe karakter ervan van elkaar te onderscheiden – wat reden tot vaststelling van een de-minimisdrempel zou zijn, die in het kader van artikel 102 VWEU in beginsel is uitgesloten. Het gaat er veeleer om dat wordt vastgesteld dat sprake is van een daadwerkelijke concurrentiebeperking die duidelijk verschilt van de tariefdiscriminatie en die daarbovenop moet komen.

104. Bijgevolg kan het feit dat aan een van die handelspartners een hogere prijs in rekening wordt gebracht, hoogstens gevolgen hebben voor de door die onderneming gedragen kosten en, zeer hypothetisch, voor de door die onderneming verhoopte winstgevendheid en winst. Dat impliceert echter niet dat de litigieuze tariefdiscriminatie gevolgen heeft voor de mate waarin op de stroomafwaartse markt wordt geconcurreerd. Zoals GDA in haar schriftelijke opmerkingen volkomen terecht heeft aangevoerd, zijn winstgevendheid en concurrentievermogen twee zeer verschillende factoren.

105. Daaruit volgt naar mijn mening dat eventuele verschillen in behandeling die geen of zeer geringe gevolgen hebben voor de mededinging, geen misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU vormen.[33]

106. Het bestaan van een nadeel bij de mededinging moet worden vastgesteld door de daadwerkelijke of potentiële gevolgen van de gelaakte praktijk te onderzoeken in het licht van *alle relevante omstandigheden* die verband houden met de betrokken transacties, alsook met de kenmerken van de markt waarop de handelspartners van de onderneming met een machtspositie werkzaam zijn.

107. Met het oog op het onderzoek naar het verstorings- of uitsluitingseffect van tariefdiscriminatie, moet in de eerste plaats een zekere aandacht uitgaan naar de realiteit en het relatieve belang van de litigieuze tariefdifferentiatie.

108. Vervolgens moet ook belang worden gehecht aan het onderzoek van de omvang van de kosten van de door de onderneming met een machtspositie geleverde producten of diensten tegenover de totale door de vermeende benadeelde partner of partners gedragen kosten.

33 Zie in die zin en teneinde de verschillende tegengestelde benaderingen op dit gebied met elkaar te verzoenen, O'Donoghue, R., en Padilla J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, op. cit., blz. 802 en 803.

109. Wanneer de door de onderneming met een machtspositie opgelegde prijs een belangrijk aandeel vormt van de totale door de benadeelde klant gedragen kosten, zou de prijsdiscriminatie een effect kunnen hebben, niet alleen op de winstgevendheid van de activiteit van die klant, maar ook op diens concurrentiepositie. [34]

110. Wanneer het relatieve belang van de door de onderneming met een machtspositie opgelegde prijzen onbeduidend is, kunnen die prijzen de concurrentiepositie van de benadeelde klant daarentegen niet aantasten.

111. In casu heeft de AdC vastgesteld dat die kosten onbeduidend waren. In punt 67 van het besluit van die autoriteit wordt immers verklaard dat uit de door MEO op 23 juni 2015 verstrekte informatie moest worden opgemaakt dat de bedragen die MEO jaarlijks aan GDA heeft betaald in het kader van de betrokken wholesaledienst tussen 1 januari 2010 en 31 december 2013 een klein percentage vertegenwoordigden van de kosten die MEO had betaald in het kader van de terbeschikkingstelling van de retaildienst met betrekking tot de toegang tot televisiesignalen via abonnement en een zeer gering aandeel van de winst van MEO in het kader van de terbeschikkingstelling van deze retaildienst. Aangezien het relatieve belang van de door GDA toegepaste prijs van de naburige rechten volgens de AdC onbeduidend was, kan moeilijk worden begrepen hoe de differentiatie van de door GDA toegepaste tarieven, wegens het belang ervan, de concurrentiepositie van MEO kon aantasten en dus een nadeel bij de mededinging kon doen ontstaan.

Slotopmerkingen met betrekking tot de taak van de mededingingsautoriteit wanneer bij haar een klacht is ingediend

112. Hoewel het uiteindelijk enkel aan de verwijzende rechter staat om, gelet op alle omstandigheden van het onderhavige geval, na te gaan in hoeverre de litigieuze tariefdifferentiatie een concurrentienadeel heeft doen ontstaan, heeft de AdC naar mijn mening geen fout gemaakt door te analyseren of de op MEO en NOS toegepaste prijsdifferentiatie vanuit economisch oogpunt het concurrentievermogen van MEO ten opzichte van NOS kon beïnvloeden.

113. Als slotopmerking is het volgens mij bovendien belangrijk eraan te herinneren dat, wanneer bij de mededingingsautoriteit een klacht is ingediend waarin misbruik van een machtspositie ten gevolge van met name tweedelijnstariefdiscriminatie wordt gesteld, zoals aan de orde in het onderhavige geval, haar taak erin bestaat *de haar door de klager ter kennis gebrachte gegevens in feite en in rechte* zorgvuldig te onderzoeken teneinde, in beginsel binnen een redelijke termijn, te beslissen of zij de procedure tot vaststelling van een inbreuk moet aanvatten dan wel de klacht moet afwijzen zonder een procedure in te leiden of de klacht moet seponeren. [35]

114. In dat geval moet de beslissing om de klacht te seponeren gemotiveerd zijn door de afwijzing van de specifiek aan de autoriteit overgelegde gegevens. Daarentegen kan haar niet worden verweten dat zij in abstracto en bij ontbreken van concrete gegevens die met name het bestaan van een mededingingsbeperking bewijzen, de redenen vaststelt waarom het gelaakte gedrag eventueel misbruik kan vormen.

34 Zie met name de analyse van de Commissie in haar beschikking Soda-Ash/Solvay [beschikking 91/299/EEG van de Commissie van 19 december 1990 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/33.133-C: Natriumcarbonaat – Solvay, PB 1991, L 152, blz. 21, punt 64)], waarin was vastgesteld dat de litigieuze prijsdiscriminatie een belangrijk effect had gehad op de concurrentiepositie van de betrokken ondernemingen, aangezien het betrokken product tot 70 % van de grondstofkosten voor de glasproductie kon vertegenwoordigen. De prijs voor de aankoop van dat materiaal beïnvloedde dus de winstgevendheid en de concurrentiepositie van de glasproducenten.

35 Zie naar analogie wat de taak van de Commissie betreft arrest van 19 mei 2011, Ryanair/Commissie (T-423/07, EU:T:2011:226, punt 53).

Conclusie

115. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão als volgt te beantwoorden:

„De toepassing van hogere prijzen door een onderneming met een machtspositie op bepaalde van haar licentiehouders in vergelijking met de op andere licentiehouders toegepaste prijzen vormt, zonder objectieve rechtvaardiging, misbruik in de zin van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU wanneer en enkel wanneer die praktijk aan eerstgenoemden een nadeel bij de mededinging berokkent ten opzichte van de andere licentiehouders met wie deze eerstgenoemde licentiehouders in een concurrentieverhouding staan.

Aan handelspartners van een onderneming met een machtspositie wordt een nadeel bij de mededinging berokkend in de zin van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU wanneer het toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties de concurrentiepositie van bepaalde van die handelspartners ten opzichte van andere schaadt en wanneer dit bijgevolg de mededinging tussen de bevoordeelde handelspartners en de benadeelde handelspartners vervalst.

De vaststelling van het bestaan van een nadeel bij de mededinging impliceert de vaststelling van een verstoring van de mededinging tussen de betrokken partijen op de relevante markt die te onderscheiden is van het eventueel vastgestelde verschil in behandeling. De voorgestane analyse mag niet beperkt blijven tot een louter formele, automatische afleiding op basis van feitelijke of wettelijke vermoedens, maar zij vereist een concreet onderzoek van alle omstandigheden van het concrete geval. Kunnen in het bijzonder, maar mogen niet exclusief in aanmerking worden genomen, de aard en het belang van de litigieuze tariefdifferentiatie, alsook de kostenstructuur van de betrokken ondernemingen.”