Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
NILSA WAHLA
od 20. prosinca 2017.[1]

Predmet C-525/16

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

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Sud za tržišno natjecanje, regulaciju i nadzor, Portugal))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Vladajući položaj – Tržišno natjecanje – Zloporaba vladajućeg položaja – Članak 102. drugi stavak točka (c) UFEU-a – Pojam ‚nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju' – Diskriminirajuće cijene na silaznom tržištu – Upravljanje pravima srodnima autorskim pravima – Naplatna televizija"

1. Mogu li tijela nadležna za tržišno natjecanje ispitivati primjenu diferenciranih cijena od strane određenog subjekta s obzirom na članak 102. UFEU-a i, ako mogu, pod kojim uvjetima? Obuhvaća li utvrđivanje u takvim okolnostima zloporabe vladajućeg položaja u smislu tog članka prag *de minimis*?

2. Takva su pitanja u bitnome postavljena u ovom zahtjevu za prethodnu odluku, koji se, točnije, odnosi na tumačenje članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a, u skladu s kojim zloporaba vladajućeg položaja može, među ostalim, uključivati „primjen[u] nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s ostalim trgovinskim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju".

3. Taj je zahtjev podnesen u okviru spora između društva MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA (u daljnjem tekstu: MEO) i Autoridade da Concorrência (Tijelo za tržišno natjecanje, Portugal, u daljnjem tekstu: AdC) u pogledu odluke o obustavi postupka koju je to tijelo donijelo u odgovoru na MEO-ovu pritužbu protiv GDA-Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantes (Udruga za ostvarivanje prava umjetnika izvođača, Portugal, u daljnjem tekstu: GDA) zbog navodne zloporabe vladajućeg položaja u području prava srodnih autorskom pravu umjetnika izvođača.

4. Prema mojem mišljenju, u ovom se predmetu pruža prilika za pojašnjavanje da, neovisno o postojanju prakse diferencijacije cijena, koja sama po sebi nije problematična sa stajališta tržišnog natjecanja, činjenica da se takvim ponašanjem narušava tržišno natjecanje ili utječe na konkurentski položaj trgovinskih partnera jest zloporaba vladajućeg položaja. Stoga se ne može pretpostaviti da prakse diferencijacije cijena uzrokuju „nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju" bez ispitivanja svih okolnosti predmetnog slučaja, osobito kada se radi o takozvanoj diskriminaciji „drugog stupnja".

1 Izvorni jezik: francuski

Pravni okvir

Pravo Unije

5. Zadnjom rečenicom članka 3. stavka 1. Uredbe (EZ) br. 1/2003[2] određuje se da, „[k]ada tijela država članica za tržišno natjecanje ili nacionalni sudovi primjenjuju nacionalno pravo tržišnog natjecanja na zlouporabe koje su zabranjene člankom [102. UFEU-a], također će primjenjivati članak [102. UFEU-a]".

Portugalsko pravo

6. Sadržaj članka 11. stavka 1. i stavka 2. točke (c) Novo Regime Juridíco da Concorrência (Novi pravni sustav tržišnog natjecanja)[3] isti je kao i onaj članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a.

Glavni postupak, prethodna pitanja i postupak pred Sudom

7. GDA je neprofitna udruga za kolektivno upravljanje pravima umjetnika i izvođača koja upravlja pravima srodnima autorskim pravima svojih članova i članova sličnih inozemnih udruga s kojima je sklopila ugovor o zastupanju i/ili uzajamnosti.

8. U tim okolnostima glavna je djelatnost GDA-a ubiranje naknada koje proizlaze iz ostvarivanja srodnih prava i raspodjele tih iznosa nositeljima tih prava. Iako nema zakonski monopol, trenutačno je jedino tijelo zaduženo za kolektivno upravljanje srodnim pravima umjetnika koje posluje u Portugalu.

9. Među poduzetnicima koji se koriste repertoarom članova GDA-a ili članova sličnih inozemnih tijela s kojima je GDA sklopio ugovore o zastupanju ili uzajamnosti jesu pružatelji usluge koji, u zamjenu za plaćanje određenog iznosa, potrošaču nude uslugu prijenosa televizijskog signala i njegova sadržaja.

10. Tužitelj u glavnom postupku, MEO, jedan je od tih pružatelja usluga i GDA-ov klijent.

11. Između 2008. i 2014. GDA je primijenio tri različite tarife na navedene pružatelje usluga u okviru veleprodaje. Između 2010. i 2013. GDA je te tarife primijenio istodobno.

12. Iz spisa podnesenog Sudu proizlazi da je tarifa primijenjena na MEO bila posljedica odluke od 10. travnja 2012. koju je, u skladu s mjerodavnim pravom, donio arbitražni sud[4].

13. PT Comunicações SA, MEO-ov pravni prednik, podnio je 24. lipnja i 22. listopada 2014. pred AdC-om pritužbu protiv GDA-a zbog moguće zloporabe vladajućeg položaja. MEO je tvrdio da je ta zloporaba proizišla iz činjenice da je GDA primjenjivao previsoke cijene na korištenje srodnih prava umjetnika izvođača i da je usto primjenjivao nejednake uvjete na MEO i drugog klijenta, NOS Comunicações SA (u daljnjem tekstu: NOS).

14. AdC je 19. ožujka 2015. pokrenuo istragu uslijed koje je odlukom od 3. ožujka 2016. obustavljen postupak jer činjenice o predmetu postupka nisu sadržavale dokaze s dovoljnom dokaznom vrijednosti o zloporabi vladajućeg položaja.

2 Uredba Vijeća od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora o EZ-u (SL 2003., L 1, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 165., ispravak SL 2016., L 173, str. 108.)

3 Odobren u skladu s Lei n.º 19/2012 (Zakon 19/2012) od 8. svibnja 2012.

4 U skladu s člankom 7. stavcima 3. i 9. Decreto-Lei n.º 333/97 (Uredba sa zakonskom snagom br. 333/97) od 27. studenoga 1997. jer su se stranke, s obzirom na to da tijekom pregovora o pravima nisu postigle dogovor, morale obratiti arbitražnom sudu.

15. AdC je naveo, među ostalim, da – pod pretpostavkom da je GDA stvarno bio u vladajućem položaju na predmetnom tržištu i da se predmetno ponašanje stvarno smatralo nejednakim postupanjem za istovrsne poslove – na temelju diferencijacije tarifa primijenjenih na različite pružatelje maloprodajnih usluga pristupa televizijskoj usluzi i prosječnih troškova koje snose MEO i NOS u okviru predmetne veleprodaje nije moguće zaključiti da postoji ograničavajući učinak na tržišno natjecanje koji osobito proizlazi iz slabljenja MEO-ova konkurentskog položaja.

16. Prema AdC-ovu mišljenju, nije moguće smatrati da je pružatelj maloprodajnih usluga pristupa televizijskom signalu stavljen u nepovoljniji konkurentski položaj u odnosu na ostale pružatelje usluga. Tumačenje prema kojem bi sâmo diskriminirajuće ponašanje poduzetnika u vladajućem položaju dovelo *ipso facto* do povrede članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a osobito je protivno sudskoj praksi Suda.

17. MEO je podnio tužbu protiv AdC-ove odluke o obustavi postupka, pri čemu je tvrdio da je to tijelo pogrešno tumačilo članak 102. drugi stavak točku (c) UFEU-a jer je – umjesto da je ocijenilo kriterij nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju, kako je protumačen u sudskoj praksi Suda – ispitalo je li se radilo o znatnom i mjerljivom narušavanju tržišnog natjecanja.

18. Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, AdC-ova odluka o obustavi postupka temeljila se na činjenici da je razlika u tarifi u odnosu na prosječnu cijenu bila mala, tako da se tim tarifama nije mogao ugroziti MEO-ov konkurentski položaj i da je MEO mogao pokriti razliku. Uostalom, MEO-ov se tržišni udio u pogledu maloprodajnih usluga pristupa televizijskom signalu uz pretplatu povećao tijekom tog istog razdoblja [5].

19. Sud koji je uputio zahtjev napominje da je MEO u okviru glavnog postupka dostavio brojke o troškovima koje je snosio MEO odnosno NOS. Te se tablice odnose, s jedne strane, na ukupan trošak kao i na prosječan trošak po potrošaču koji je snosio MEO odnosno NOS te, s druge strane, na MEO-ov profit i rentabilnost tijekom predmetnog razdoblja, odnosno od 2010. do 2013. [6].

20. Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, nije isključeno da je ta diferencijacija cijena utjecala na MEO-ovu konkurentsku sposobnost. Iz sudske prakse Suda proizlazi da određena diskriminirajuća ponašanja prema trgovinskim partnerima mogu sama po sebi dovesti do nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju. Ipak, sud koji je uputio zahtjev smatra da se Sud nije nedvosmisleno izjasnio o pojmu „nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju" u svrhu primjene članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a.

21. U tim je okolnostima Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Sud za tržišno natjecanje, regulaciju i nadzor) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Pod pretpostavkom da postoje dokazi ili indicije da poduzetnik u vladajućem položaju primjenjuje diskriminatorne tarife u pogledu jednog od maloprodajnih poduzetnika, što ga stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na njegove konkurente, treba li u okviru postupka za izricanje sankcija, radi kvalificiranja tog ponašanja kao *stavljanja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju* u smislu članka 102. [drugog stavka] točke (c) UFEU-a, također ocjenjivati ozbiljnost, relevantnost ili važnost tog učinka na konkurentski položaj i/ili konkurentsku sposobnost obuhvaćenog poduzetnika, osobito u pogledu njegove sposobnosti pokrivanja razlike u odnosu na troškove plaćene na veleprodajnoj razini?

5 Prema mišljenju Autoridade Nacional de Comunicações (Anacom) (Nacionalno tijelo za komunikacije (Anacom), Portugal), MEO-ov tržišni udio u referentnom razdoblju, odnosno između 1. siječnja 2010. i 31. ožujka 2015., povećao se s manje od 25 % na više od 40 %, dok se tržišni udio grupe NOS tijekom istog razdoblja smanjio s više od 60 % na manje od 45 %.

6 Te brojke nisu navedene u odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku jer su to povjerljivi podaci.

2. Pod pretpostavkom da postoje dokazi ili indicije o tome da primjena diskriminatornih tarifa poduzetnika u vladajućem položaju *vrlo malo utječe* na troškove, profit i rentabilnost predmetnog maloprodajnog poduzetnika prema pravilnom tumačenju članka 102. [drugog stavka] točke (c) UFEU-a i sudske prakse iz presuda [od 15. ožujka 2007., British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 146. do 148.) i od 9. rujna 2009., Clearstream/Komisija (T-301/04, EU:T:2009:317)], treba li u okviru postupka za izricanje sankcija smatrati da ne postoje indicije o zloporabi vladajućeg položaja i zabranjenim praksama?

3. Ili pak, ne omogućava li sama ta okolnost odbacivanje kvalifikacije tog postupanja kao zloporabe vladajućeg položaja i zabranjene prakse u smislu članka 102. [drugog stavka] točke (c) UFEU-a te nije li relevantna samo za utvrđivanje dosega odgovornosti odnosno sankcije poduzetnika koji je počinio povredu?

4. Treba li izričaj *‚stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju'* iz članka 102. [drugog stavka] točke (c) UFEU-a tumačiti na način da sama prednost koja proizlazi iz diskriminacije mora odgovarati minimalnom postotku strukture troškova predmetnog poduzetnika?

5. Treba li izričaj *‚stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju'* iz članka 102. [drugog stavka] točke (c) UFEU-a tumačiti na način da sama prednost koja proizlazi iz diskriminacije mora odgovarati minimalnom iznosu razlike između prosječnih troškova koje plaćaju konkurentski poduzetnici u predmetnoj veleprodaji?

6. Može li se izričaj *‚stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju'* iz članka 102. [drugog stavka] točke (c) UFEU-a tumačiti na način da sama prednost koja proizlazi iz diskriminacije mora u okviru predmetnog tržišta i usluge biti viša od razlika iz gore navedenih tablica 5, 6 i 7 kako bi se postupanje kvalificiralo kao zabranjena praksa?

7. U slučaju pozitivnog odgovora na jedno od četvrtog, petog ili šestog pitanja, na koji način valja odrediti taj prag relevantnosti nepovoljnog položaja u odnosu na strukturu troškova odnosno prosječnih troškova koje plaćaju konkurentski poduzetnici na predmetnom maloprodajnom tržištu?

8. U slučaju određivanja tog praga, može li se odbaciti presumpcija iz presude [od 9. rujna 2009., Clearstream/Komisija (T-301/04, EU:T:2009:317)], prema kojoj valja smatrati da *‚poduzetnik koji ima faktični monopol na uzlaznom tržištu, koji neprekidno tijekom pet godina primjenjuje prema poslovnom partneru različite cijene za istovrsne usluge, neizbježno stavlja tog partnera u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju'*, zbog toga što taj prag nije ostvaren svake godine?"

22. Pisana očitovanja podnijeli su MEO, GDA, portugalska i španjolska vlada te Europska komisija.

23. Na raspravi održanoj 5. listopada 2017. sudjelovali su MEO, GDA, Kraljevina Španjolska i Komisija.

Sažetak očitovanja podnesenih Sudu

24. Općenito, zainteresirane stranke smatrale su da prethodna pitanja treba razmotriti zajedno. Te su se stranke usredotočile na pitanje može li se za utvrđivanje postojanja „nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju" u smislu članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a pretpostaviti da diferencijacija cijena može narušiti tržišno natjecanje ili, suprotno tomu, da je na tijelu za tržišno natjecanje da dokaže da je konkurentska sposobnost poduzetnika stavljenog u nepovoljan položaj smanjena nakon spornog postupanja. U okviru te analize raspravljalo se, s jedne strane, o elementima koje treba uzeti u obzir i, s druge strane, o tome da učinak (potencijalni ili stvarni, ovisno o pojedinom stajalištu stranaka) na tržišno natjecanje mora biti znatan.

25. Što se tiče pojma „nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju”, zainteresirane stranke slažu se u pogledu činjenice da, u skladu sa sudskom praksom Suda, postojanje mogućeg utjecaja na tržišno natjecanje općenito treba ocijeniti u svakom slučaju zasebno te da ne postoji fiksni prag ili norma za utvrđivanje takvog utjecaja.

26. Ipak, stajališta se razilaze u pogledu pitanja treba li i u kojoj mjeri dokazati konkretan protutržišni učinak ili, suprotno tomu, treba li postojanje takvog nepovoljnog položaja biti vjerojatno u slučaju kada poduzetnik u vladajućem položaju primjenjuje diferencirane tarife na svoje trgovinske partnere na silaznom tržištu.

27. S jedne strane, *GDA i portugalska vlada* smatraju da valja uzeti u obzir konkretan učinak diferenciranih cijena na MEO-ovu konkurentsku sposobnost.

28. Iz pristupa koji zagovara Komisija i koji je izrazila u više izvješća i obavijesti od 2003. te iz sudske prakse Suda i Općeg suda Europske unije proizlazi da valja uzeti u obzir protutržišne učinke navodnih zloporaba na tržište. Da bi se praksa određivanja cijena kvalificirala kao zloporaba, potrebno je da stvarno postoji narušavanje tržišnog natjecanja između predmetnih pružatelja usluga i da zbog tog narušavanja određeni pružatelji budu stavljeni u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju. Stoga „sama” praksa diskriminirajućih cijena nije dovoljna za kvalifikaciju zloporabe u smislu članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a.

29. S druge strane, *španjolska vlada*[7] *i MEO* zagovaraju tumačenje članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a prema kojem, ugrubo, kada organizacija za upravljanje pravima u monopolističkom položaju, kao što je to GDA, primjenom povoljnijih uvjeta pogoduje jednom korisniku u odnosu na njegove konkurente na silaznom istom tržištu, postoji opasnost od stavljanja u nepovoljan položaj ili od narušavanja tržišnog natjecanja.

30. Što se tiče elemenata koje treba uzeti u obzir pri utvrđivanju može li ponašanje kao što je GDA-ovo u glavnom predmetu proizvesti protutržišni učinak, MEO tvrdi da je GDA u monopolističkom položaju i da su pružatelji televizijskih usluga obvezni od GDA-a tražiti odobrenja za distribuciju zaštićenih djela. Stoga je GDA-ov pregovarački položaj snažan. Prema MEO-ovu mišljenju, poduzetnik u faktičnom monopolističkom položaju ima posebnu odgovornost osigurati da se isti uvjeti primjenjuju na njegove trgovinske partnere. MEO smatra da je zbog te odgovornosti GDA obvezan opravdati svoje ponašanje, što nije učinio. Naposljetku, prema MEO-ovu mišljenju, važno je uzeti u obzir trajanje diskriminacije.

31. U tom pogledu španjolska vlada ističe da u slučaju kao što je onaj u ovom predmetu nepovoljan položaj proizlazi osobito iz činjenice da su odobrenja koja dodjeljuju društva za upravljanje ključna za pružanje konačnih usluga od strane predmetnih korisnika.

Analiza

32. Smatram da na prethodna pitanja, kako ih je sastavio sud koji je uputio zahtjev, treba odgovoriti zajedno jer se uglavnom odnose na pitanje podrazumijeva li pojam „nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju” iz članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a ispitivanje učinaka ponašanja i/ili ozbiljnosti diferencirane primjene cijena na konkurentski položaj obuhvaćenog poduzetnika.

7 Španjolska vlada navodi da je Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Nacionalno povjerenstvo za tržišta i tržišno natjecanje, Španjolska) sustavno smatrao da je primjena diskriminirajućih cijena povreda kada ih tijelo za ostvarivanje autorskih i srodnih prava nije moglo opravdati.

33. Prije nego što se posvetim toj problematici, želio bih *najprije* iznijeti određena pitanja koja se, iako upućuju na aspekte koje nije konkretno istaknuo sud koji je uputio zahtjev, odnose na primjenjivost odredbi članka 102. UFEU-a u ovom slučaju.

34. *Zatim* ću uvodno izložiti ključna razmatranja kojima se, prema mojem mišljenju, treba voditi pri analizi prakse diferencijacije cijena za koju se tvrdi da je zloporaba vladajućeg položaja. U tim okolnostima navest ću može li se i pod kojim uvjetima članak 102. drugi stavak točka (c) UFEU-a primjenjivati na praksu cjenovne diskriminacije „drugog stupnja". Pojasnit ću razloge zbog kojih se ne može pretpostaviti da je takva praksa po svojoj naravi zloporaba položaja ili da, suprotno tomu, valja konkretno dokazati konkurentske učinke takvog ponašanja.

35. S obzirom na sva ta razmatranja, *naposljetku* ću razmotriti pitanje u kojoj mjeri primjena nejednakih uvjeta na istovrsne poslove poduzetnika koji je navodno u vladajućem položaju može dovesti do nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju.

Opća očitovanja o primjenjivosti članka 102. UFEU-a u predmetnom slučaju

36. Valja istaknuti da se ovaj predmet odnosi na posebne činjenice koje se mogu opisati na sljedeći način.

37. MEO, pružatelj televizijskih usluga na portugalskom tržištu, pobijao je pred sudom koji je uputio zahtjev AdC-ovu odluku o obustavi postupka pokrenutog povodom njegove pritužbe. Ta je pritužba bila usmjerena protiv ponašanja GDA-a, udruge za upravljanje pravima srodnim autorskim pravima, koje navodno predstavlja zloporabu i koje se sastojalo od primjene između 2010. i 2013. diferenciranih tarifa za dobivanje odobrenja.

38. Prema MEO-ovu mišljenju, na NOS, poduzetnika koji izravno konkurira MEO-u, u tom su se razdoblju primjenjivale povoljnije tarife. Pritužba koju je MEO podnio AdC-u tako se odnosila na navodnu zloporabu vladajućeg položaja koja proizlazi iz diskriminirajućih tarifa što ih je GDA primjenjivao na silaznom tržištu povezanom s uslugama kolektivnog stavljanja na tržište srodnih prava umjetnika izvođača.

39. Ipak, kao što je to istaknuo sud koji je uputio zahtjev oslanjajući se na brojčane podatke, očito je da navodni nepovoljan položaj u koji je stavljen MEO kad je riječ o iznosima plaćenima za korištenje djelima zaštićenima autorskim i srodnim pravima nije doveo do smanjenja njegova tržišnog udjela. Upravo naprotiv, udio koji je držao MEO povećao se između 2010. i 2013. s oko 25 % na više od 40 %. NOS-ov udio u istom se razdoblju smanjio s više od 60 % na manje od 45 %.

40. Također je važno istaknuti da se to utvrđivanje cijene, u skladu s primjenjivim nacionalnim pravom, provelo arbitražnom odlukom jer GDA nije uspio postići dogovor s MEO-om.

41. U ovom slučaju čini se da je sud koji je uputio zahtjev pretpostavio da se postavlja samo pitanje treba li, kako bi se zaključilo da postoji zloporaba vladajućeg položaja koja proizlazi iz primjene različitih cijena za istovrsne usluge, konkretno odlučiti o konkurentskim učincima sporne prakse ili se, naprotiv, može pretpostaviti da se ta praksa protivi članku 102. drugom stavku točki (c) UFEU-a.

42. U tom smislu, čini se da je sud koji je uputio zahtjev smatrao da su ispunjeni ostali uvjeti za primjenu članka 102. UFEU-a. Konkretno, smatra nespornim da je GDA, kao prvo, poduzetnik u vladajućem položaju i da je, kao drugo, s ostalim trgovinskim partnerima primijenio nejednake uvjete „na istovrsne poslove".

43. Međutim, nakon čitanja spisa podnesenog Sudu, čini mi se da treba oprezno pristupiti postojanju u ovom slučaju GDA-ova vladajućeg položaja na stvarno mjerodavnom tržištu i primjeni nejednakih cijena „na istovrsne poslove”.

44. Zbog sumnji koje postoje u tom pogledu mogu postati hipotetskima prethodna pitanja koja se odnose samo na utvrđivanje „nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju” u smislu članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a.

45. Kao prvo, smatram da je dopušteno ispitati je li *GDA stvarno u vladajućem položaju* na mjerodavnom veleprodajnom tržištu iz ovog predmeta.

46. Što se tiče tog pitanja, navodi se da je GDA upravo osporavao pretpostavku prema kojoj je on u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu, iako je *de facto* jedina organizacija u Portugalu koja upravlja pravima srodnima autorskom pravu.

47. U tom pogledu GDA je tvrdio da ne može izvršavati poslovni pritisak na svoje glavne partnere MEO i NOS. Najprije, ti poduzetnici čine snažan „duopol”. Zatim, utvrđivanje tarifa podliježe nacionalnom zakonu kojim se stranke koje ne postignu dogovor obvezuje na arbitražu. Naposljetku, budući da GDA nije vertikalno integriran, nema nikakav interes na uzlaznom ili silaznom tržištu. Naprotiv, njemu ne bi pogodovalo isključivanje MEO-a s tržišta ili slabljenje njegova konkurentskog položaja u odnosu na NOS. U tim okolnostima nije bilo vladajućeg položaja, a još manje njegove zloporabe.

48. Podsjećam na to da je GDA neprofitna organizacija za upravljanje kolektivnim pravima umjetnika, čija je svrha korištenje i upravljanje pravima srodnima autorskom pravu osoba koje zastupa i članova sličnih inozemnih organizacija. Jedni od njezinih glavnih klijenata jesu pružatelji maloprodajnih usluga pristupa televizijskom signalu uz pretplatu u Portugalu, među kojima su MEO i NOS, koji su tijekom relevantnog razdoblja činili duopol.

49. U tim okolnostima očito je da GDA uvelike ovisi o naknadama za usluge koje pruža tim dvama poduzetnicima.

50. Nadalje, kao što to proizlazi iz spisa i kao što je to AdC istaknuo u svojoj odluci, postoje indicije da pružatelji usluga pristupa televizijskom signalu uz pretplatu imaju određenu pregovaračku moć koja može biti protuteža GDA-ovoj. Te indicije, koje, prema mojem tumačenju spisa, MEO nije osporavao [8], obuhvaćaju osobito priopćenja između GDA-a i pružatelja maloprodajnih usluga pristupa televizijskom signalu uz pretplatu u svrhu utvrđivanja tarife koju je GDA na njih primjenjivao od 1. siječnja 2014. u okviru predmetne veleprodaje.

51. Također, iako je GDA za sada jedina organizacija u Portugalu koja upravlja kolektivnim pravima umjetnika izvođača, ta okolnost ne znači da je on stvarno u vladajućem položaju jer ne raspolaže tržišnom moći na temelju koje bi mogao djelovati neovisno o svojim trgovinskim partnerima.

52. Međutim, očito je da se članak 102. UFEU-a odnosi na tržišnu moć koju ima određeni poduzetnik. Kako bi se poduzetnikov položaj kvalificirao kao vladajući, nije dovoljno pozvati se na udio koji taj poduzetnik drži na točno određenom tržištu, nego se treba također pozvati na gospodarsku moć koju on ima zbog svojeg položaja.

8 Vidjeti dokumente uložene u nacionalni spis koji se navode u AdC-ovoj odluci.

53. Vladajući položaj tako se definira kao položaj u kojem jedan poduzetnik ili više njih imaju gospodarsku snagu zbog koje mogu djelovati u značajnoj mjeri neovisno o svojim konkurentima, kupcima i konačno potrošačima [9]. Takav bi položaj obično nastao kada bi na nekog poduzetnika ili skupinu njih otpao velik dio ponude na bilo kojem danom tržištu, pod uvjetom da u istom smjeru upućuju i ostali čimbenici analizirani u ocjeni (kao što su prepreke ulasku na tržište, sposobnost kupaca da reagiraju itd.) [10].

54. Osim toga, postavlja se pitanje koji bi bio GDA-ov interes s konkurentskog stajališta da primijeni diskriminirajuće cijene kako bi isključio ili oslabio konkurentski položaj jednog od svojih klijenata. Budući da nema nikakav interes da se brani na silaznom tržištu na kojem su djelovali MEO i NOS, čini mi se da njegov jedini interes može biti da poveća dinamičnost svojih prihoda tako da utvrdi cijene koje pojedinačno i dvostrano pregovara s tim pružateljima usluga.

55. Ako neki subjekt u predmetnom slučaju ima s konkurentskog stajališta korist od moguće diskriminacije koja se provodi na silaznom tržištu, to eventualno može biti subjekt na kojeg su primijenjene navodno niže cijene, u ovom slučaju NOS. Suprotno tomu, teško mogu razumjeti kako bi od takve diferencijacije GDA mogao imati izravne ili neizravne koristi. U daljnjim razmatranjima pobliže ću razmotriti potonji aspekt.

56. Kao drugo, u nastavku na prethodna razmatranja, pitam se radi li se u ovom slučaju stvarno o „istovrsnim poslovima" u „nejednakim uvjetima" u smislu članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a, a stoga i o „diskriminaciji", prije nego o objektivnoj „diferencijaciji" u okviru pružanja srodnih prava MEO-u i NOS-u.

57. Kao što to proizlazi iz sudske prakse, usporedivost transakcija treba utvrditi s obzirom na sve prevladavajuće tržišne uvjete [11]. Ti uvjeti osobito uključuju vremenski aspekt jer se cijena utvrđena za pružanje određene usluge može mijenjati s vremenom, s obzirom na *uvjete na tržištu i kriterije upotrijebljene za njezino utvrđivanje*. Drugim riječima, ako su usluge pružene u različitim trenucima, transakcije mogu biti neusporedive [12].

58. Osim toga, iz elemenata podnesenih Sudu proizlazi da određivanje cijena i drugih ugovornih obveza o srodnim pravima koja GDA stavlja na tržište podliježe zakonu kojim se stranke, ako ne postignu dogovor, obvezuje na arbitražu. U takvom slučaju i kao što se to dogodilo u pogledu cijena obračunanih MEO-u, GDA samo primjenjuje cijene utvrđene arbitražnom odlukom. Prema mojem mišljenju, cijene koje GDA primjenjuje na MEO odnosno NOS stoga su utvrđene u *a priori* različitim uvjetima.

59. Konačno, očito je da je glavni predmet obilježen određenim nesigurnostima u pogledu primjenjivosti članka 102. UFEU-a koje prelaze samo pitanje utvrđivanja „nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju". Očito je vrlo osjetljivo pitanje sankcioniranja poduzetnika za zloporabu njegova navodnog vladajućeg položaja zbog diferencijacije cijena koje je primijenio na svoje partnere koji se nalaze na silaznom tržištu, iako ne djeluje na tom tržištu i ima izravne koristi od konkurencije među tim partnerima. Tim je nesigurnostima to više opravdan oprez pri ispitivanju spornih praksi diferencijacije cijena.

9 Sud je tu definiciju utvrdio vrlo rano (vidjeti presude od 14. veljače 1978., United Brands i United Brands Continentaal/Komisija, 27/76, EU:C:1978:22, t. 65. i od 13. veljače 1979., Hoffmann-La Roche/Komisija, 85/76, EU:C:1979:36, t. 38.). Na nju se često pozivalo u sudskoj praksi, osobito onoj novijoj (vidjeti osobito presude od 14. listopada 2010., Deutsche Telekom/Komisija, C-280/08 P, EU:C:2010:603, t. 170. i od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, t. 23. i 79.).

10 Vidjeti Obavijest Komisije 97/C 372/03 o utvrđivanju mjerodavnog tržišta za potrebe prava tržišnog natjecanja Zajednice (SL 1997., C 372, str. 5.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 3., str. 18.).

11 Vidjeti osobito presude od 9. rujna 2009., Clearstream/Komisija (T-301/04, EU:T:2009:317, t. 169. do 190.) i od 7. listopada 1999., Irish Sugar/Komisija (T-228/97, EU:T:1999:246, t. 64.).

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

Praksa diferencijacije cijena je zloporaba vladajućeg položaja samo ako dovodi do nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju, što podrazumijeva konkretno ispitivanje učinaka prakse s obzirom na sve relevantne okolnosti

60. Čak i pod pretpostavkom, što je na sudu koji je uputio zahtjev da provjeri, da se iz činjenica u ovom slučaju može zaključiti, s jedne strane, da je GDA u vladajućem položaju na predmetnom veleprodajnom tržištu i, s druge strane, da sporno ponašanje treba smatrati nejednakim postupanjem prema istovrsnim poslovima, čini se nužnim da tijelo zaduženo za tržišno natjecanje utvrdi da su određeni trgovinski partneri zbog tog narušavanja stavljeni u *nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju*. Postojanje takvog nepovoljnog položaja ne može se ni u kojem slučaju pretpostaviti, nego ono u svakom slučaju, a osobito ako postoji cjenovna diskriminacija „drugog stupnja", podrazumijeva ispitivanje učinaka spornih praksi s obzirom na sve okolnosti predmetnog slučaja.

Praksa cjenovne diskriminacije nije sama po sebi problematična sa stajališta prava tržišnog natjecanja

61. Općenito, važno je podsjetiti na to da diskriminacija, uključujući diskriminaciju u primjeni cijena, sama po sebi nije problematična sa stajališta prava tržišnog natjecanja. To je zato što cjenovna diskriminacija nije uvijek štetna za tržišno natjecanje. Upravo naprotiv, kao što tomu osobito svjedoče (neuspješni) službeni pokušaji izmjene odredbe o zabrani takve diskriminacije sadržane u Robinson-Patman Actu iz 1936. u SAD-u [13], sama zabrana cjenovnih diskriminacija može se pokazati štetnom sa stajališta gospodarske učinkovitosti i dobrobiti potrošača.

62. Naime, opće je poznato da praksa diskriminacije i osobito diferencijacije cijena proizvodi dvojake učinke sa stajališta tržišnog natjecanja. Posljedica takve prakse može biti jačanje gospodarske učinkovitosti kao i dobrobit potrošača, što su ciljevi koje, prema mojem mišljenju, ne treba izgubiti iz vida kada se radi o primjeni pravila tržišnog natjecanja i koji se u svakom slučaju razlikuju od aspekta pravičnosti. Kao što je to Sud više puta presudio, pravila tržišnog natjecanja namijenjena su zaštiti tržišnog natjecanja, a ne gospodarskih subjekata [14].

63. Bilo sa stajališta prava zabranjenih sporazuma ili zloporabe vladajućeg položaja, mogućnost sankcioniranja cjenovnih diskriminacija treba postojati samo ako one proizvode stvaran ili mogući protutržišni učinak. Utvrđivanje takvog učinka ne treba miješati s neposrednim stavljanjem u nepovoljan položaj koji su osjetili ili čak pretrpjeli subjekti na koje su primijenjene najviše cijene za stjecanje robe ili usluge. Također, činjenica da je za stjecanje robe ili usluge na poduzetnika primijenjena viša cijena od one primijenjene na jednog ili više konkurentnih poduzetnika može se kvalificirati kao nepovoljan položaj, ali to ne dovodi nužno do „nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju".

64. Stoga, čak i ako su na poduzetnika primijenjene više tarife od onih primijenjenih na druge poduzetnike i ako je on zato diskriminiran (ili smatra da jest), to se ponašanje može razmotriti s obzirom na tu odredbu samo ako se utvrdi da se njime može ograničiti tržišno natjecanje i narušiti dobrobit potrošača.

65. U pravu zloporabe vladajućeg položaja praksom cjenovne diskriminacije poduzetnik u takvom položaju osobito može svoje proizvode i usluge nuditi većem broju potrošača, kao što su oni manje kupovne moći. U istom smislu klijent poduzetnika, čak i onog u vladajućem položaju, u načelu će imati poticaj prodati više kako bi ostvario popust „za vjernost" i za to će u zamjenu biti potaknut da

13 Vidjeti osobito US Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007., poglavlje IV.a: „The Robinson-Patman Act", dostupno na http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. US Antitrust Modernization Commission (Američko povjerenstvo za osuvremenjivanje zaštite tržišnog natjecanja, Sjedinjene Američke Države) također je 2007. neuspješno predložio izmjenu te odredbe. Za noviju analizu vidjeti također Kirkwood, J. B., „Reforming the Robinson-Patman Act to Serve Consumers and Control Powerful Buyers", *The Antitrust Bulletin*, sv. 60., br. 4, 2015., str. 358. do 383.

14 Vidjeti u tom smislu što se tiče rabata moje mišljenje u predmetu Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2016:788, t. 41.).

smanji svoje cijene, a tako i svoju maržu, što se konačno pozitivno odražava na potrošača. U tim okolnostima valja istaknuti da je sposobnost subjekata da se služe svojom pregovaračkom moći kako bi ostvarili najbolje cjenovne uvjete i smanjili svoje troškove važan parametar tržišnog natjecanja [15]. Konačno, diferencijacija cijena može biti važan pokretač tržišnog natjecanja.

66. Konkretnije, što se tiče pitanja može li praksa cjenovne diskriminacije koju poduzetnik primjenjuje na svoje „trgovinske partnere", koji su najčešće njegovi klijenti na silaznom tržištu, biti zloporaba vladajućeg položaja, podsjećam na to da je člankom 102. drugim stavkom točkom (c) UFEU-a poduzetnicima u vladajućem položaju izričito zabranjeno da s takvim partnerima primjenjuju nejednake uvjete na istovrsne poslove, „čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju".

67. Suprotno onomu što bi se iz površne analize moglo zaključiti, člankom 102. drugim stavkom točkom (c) UFEU-a subjektu u monopolističkom ili vladajućem položaju ne nalaže se da na svoje trgovinske partnere primijeni jednake tarife.

68. Tako iz samog teksta te odredbe proizlazi da cjenovna diskriminacija koju poduzetnik u vladajućem položaju provodi u pogledu svojih trgovinskih partnera može biti obuhvaćena zabranom zloporabe vladajućeg položaja *ako i samo ako je tržišno natjecanje među tim partnerima narušeno* tom diskriminacijom.

69. Konačno, za strogu primjenu te odredbe potrebno je, s jedne strane, utvrditi da postoji konkurentski odnos među trgovinskim partnerima poduzetnika u vladajućem položaju i, s druge strane, dokazati da se ponašanjem tog poduzetnika konkretno može narušiti tržišno natjecanje među predmetnim poduzetnicima [16]. Na to ću se detaljnije vratiti u daljnjem tekstu.

Praksa cjenovne diskriminacije drugog stupnja može biti obuhvaćena člankom 102. drugim stavkom točkom (c) UFEU-a tek nakon što se ispita s obzirom na sve okolnosti predmetnog slučaja

70. Postupno se u praksi odlučivanja tijela zaduženih za tržišno natjecanje kao i najnovijoj sudskoj praksi Suda [17] utvrdilo da, u slučaju kada se ispituje ponašanje poduzetnika s obzirom na članak 102. UFEU-a, nije moguće pretpostaviti ograničenje tržišnog natjecanja. Da bi se zaključilo da postoji takvo ograničenje, u svakom slučaju valja ispitati stvarne ili potencijalne učinke sporne mjere s obzirom na sve okolnosti predmetnog slučaja.

71. Kada se radi o praksi cjenovne diskriminacije, analiza koju valja provesti znatno se razlikuje ovisno o tome je li riječ o diskriminaciji „prvog stupnja" ili „drugog stupnja".

72. *Diskriminacija prvog stupnja* shematski odgovara diskriminaciji prema konkurentima poduzetnika u vladajućem položaju. Najčešće se odnosi na prakse cjenovne diskriminacije koje su namijenjene privlačenju određenih klijenata konkurentnih subjekata, kao što su predatorske cijene, diferencirani popusti ili pak ponašanja istiskivanja marže. Općenitije, obuhvaća sve cjenovne prakse čiji je cilj isključiti ili oslabiti konkurentski položaj subjekata prisutnih na istom tržištu ili na istoj razini (vertikalno) na kojoj djeluje poduzetnik u vladajućem položaju.

73. O tim praksama cjenovne diskriminacije prvog stupnja, zbog neposrednih učinaka isključivanja koje mogu proizvesti, većinom odlučuju tijela zadužena za tržišno natjecanje i sudovi.

15 Stoga obveza subjekta da prema svim trgovinskim partnerima postupa jednako može dovesti do protutržišnih rezultata (vidjeti Bulmash, H., „An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations", *Journal of Competition Law & Economics*, sv. 8., br. 2, 2012., str. 361. do 397.).

16 Vidjeti u tom smislu mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2006:133, t. 104. i 105.).

17 Vidjeti osobito presudu od 6. rujna 2017., Intel/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632, t. 133. do 147.).

74. *Diskriminacija drugog stupnja*, na koju se uglavnom odnosi članak 102. drugi stavak točka (c) UFEU-a, obuhvaća diskriminaciju koja utječe na „trgovinske partnere" tog poduzetnika na silaznom ili uzlaznom tržištu. Osobito uključuje slučaj kada poduzetnik u vladajućem položaju odluči na svoje klijente, odnosno na subjekte s kojima nije u izravnom konkurentskom odnosu, primijeniti različite cijene. Tom se odredbom zabranjuje da se poslovnim ponašanjem poduzetnika u vladajućem položaju naruši tržišno natjecanje na uzlaznom ili silaznom tržištu, odnosno tržišno natjecanje među pružateljima usluga ili klijentima tog poduzetnika. Suugovaratelji navedenog poduzetnika u međusobnoj konkurenciji ne smiju biti ni u povoljnijem ni u nepovoljnijem položaju [18].

75. Što se tiče potonje vrste diskriminacije, učinak isključivanja i ograničavanja tržišnog natjecanja nije uvijek očit. Upravo naprotiv, poduzetnik koji djeluje na uzlaznom tržištu načelno u potpunosti ostvaruje dobit iz tržišnog natjecanja na silaznom tržištu.

76. Prema mojem mišljenju, kao što je to istaknuto u mnogim teorijskim studijama, tijekom ispitivanja cjenovne diskriminacije u svrhu primjene članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a, kao što je ona dovedena u pitanje u ovom slučaju, od početka treba razlikovati vertikalno integrirane poduzetnike, koji stoga imaju interes istisnuti konkurente na silaznom tržištu, od onih koji nemaju takav interes.

77. U slučaju vertikalno integriranog poduzetnika činjenica da poduzetnik u vladajućem položaju primjenjuje diskriminirajuće cijene na uzlaznom ili silaznom tržištu zapravo je usporediva s diskriminacijom prvog stupnja koja neizravno utječe na konkurente tog poduzetnika. Takva integracija može za učinak imati slabljenje konkurenata poduzetnika u vladajućem položaju na silaznom tržištu.

78. Predmet u kojem je donesena presuda Deutsche Bahn/Komisija [19] dobar je primjer ograničavajućeg učinka na tržišno natjecanje koji može dovesti do cjenovne diskriminacije istodobno prvog i drugog stupnja, a koju provodi vertikalno integriran poduzetnik. Budući da je s prijevoznicima kontejnera koji su poslovali na zapadnim linijama primjenjivao različite tarife na istovrsne poslove povezane s upotrebom željezničke infrastrukture, Deutsche Bahn AG neupitno je tako svoje trgovinske partnere stavio u *nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju s obzirom na sebe i svoje društvo kćer* [20].

79. Naprotiv, kada poduzetnik u vladajućem položaju nije vertikalno integriran i kada se ne radi o ponašanjima javnih subjekata koja proizvode manje ili više izravne učinke zemljopisne podjele ili diskriminacije na temelju državljanstva [21], dopušteno je pitati se o koristi koju taj poduzetnik namjerava ostvariti od diskriminacije kako bi stavio u nepovoljniji položaj jednog od svojih trgovinskih partnera na silaznom tržištu. Naime, takvom je poduzetniku svakako u interesu da potonje tržište bude vrlo konkurentno kako bi zadržao svoju pregovaračku moć u svojstvu prodavatelja predmetnih proizvoda ili usluga. U slučaju da, kao u glavnom predmetu, poduzetnik u vladajućem položaju ne konkurira svojim klijentima na silaznom tržištu, nije jednostavno utvrditi razloge kojima bi se taj poduzetnik vodio u primjeni diskriminirajućih cijena, osim toga da svoje klijente izravno iskorištava. Stoga ne bi bilo razumno za tog poduzetnika da smanji konkurentski pritisak koji postoji među njegovim trgovinskim partnerima na silaznom tržištu.

80. Tim je moguće zasigurno objasniti da su predmeti koji se odnose na „čiste" *diskriminacije drugog stupnja* – odnosno na situacije u kojima poduzetnik u vladajućem položaju (koji nije vertikalno integriran) na prvi pogled nema nikakav interes da isključi svoje partnere na silaznom tržištu, kao što je poduzetnik u glavnom predmetu – iznimno rijetki [22].

18 Vidjeti presudu od 15. ožujka 2007., British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 143.).

19 Presuda od 21. listopada 1997. (T-229/94, EU:T:1997:155), koja je potvrđena rješenjem od 27. travnja 1999., Deutsche Bahn/Komisija (C-436/97 P, EU:C:1999:205)

20 Presuda od 21. listopada 1997., Deutsche Bahn/Komisija (T-229/94, EU:T:1997:155, t. 93.)

21 Vidjeti u tom smislu presude od 29. ožujka 2001., Portugal/Komisija (C-163/99, EU:C:2001:189, t. 46. i 66.) i od 17. svibnja 1994., Corsica Ferries (C-18/93, EU:C:1994:195, t. 43. do 45.).

22 Vidjeti predmete navedene u bilješci 21. Vidjeti također presudu od 11. prosinca 2008., Kanal 5 i TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

81. Osim toga, treba istaknuti da su u okviru ispitivanja predmeta o kojima je odlučivao Sud razmatranja o primjenjivosti članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a osobito oskudna i iz njih ni u kojem slučaju nije moguće izvesti jasne smjernice o utvrđivanju „nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju" u smislu te odredbe.

82. U tom pogledu valja navesti presudu Kanal 5 i TV 4[23], koja se odnosi na slučaj koji uvelike sliči ovom predmetu. Taj se predmet odnosio na spor između, s jedne strane, društava Kanal 5 Ltd i TV 4 AB te, s druge strane, Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa (Tijelo za kolektivno upravljanje autorskim glazbenim pravima, Švedska) u pogledu cjenika naknada za televizijsko emitiranje glazbenih djela zaštićenih autorskim pravom kojim se koristilo to tijelo.

83. Budući da je bio pozvan utvrditi je li okolnost da tijelo za kolektivno upravljanje autorskim pravima drukčije izračunava naknade koje se ubiru za televizijsko emitiranje glazbenih djela zaštićenih autorskim pravom ovisno o tome radi li se o privatnim društvima za televizijsko emitiranje ili o društvima koja obavljaju djelatnost javne usluge povreda članka 82. drugog stavka točke (c) UEZ-a (koji je postao članak 102. drugi stavak točka (c) UFEU-a), Sud nije stvarno odlučio o vezi između te cjenovne diskriminacije i nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju koji je moguće utvrditi na silaznom tržištu. Uostalom, podsjetio je na to da je sud koji je uputio zahtjev dužan provesti određene provjere kako bi primijenio tu odredbu.

84. U tom pogledu treba također istaknuti da je pristup koji su primijenili Komisija i sudovi Europske unije česta primjena te odredbe u situaciji diskriminacije prvog stupnja, odnosno u situaciji u kojoj se ne pokaže da postoji „nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju", što je u pravnoj teoriji itekako izazvalo određene kritike kojima se zahtijevala stroža primjena uvjeta koji izričito proizlaze iz teksta te odredbe[24]. Određenim se komentarima tako izražava želja za strožim pristupom cjenovnim diskriminacijama iz članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a ili se u tim okolnostima zagovara ispitivanje u svakom slučaju zasebno svih relevantnih okolnosti[25].

85. Nadalje, budući da je bio pozvan pojasniti doseg zahtjeva u pogledu utvrđivanja nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju u smislu te odredbe, Sud je u predmetu British Airways/Komisija[26], u kojem je donesena referentna presuda za ispitivanje cjenovne diskriminacije sa stajališta članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a, istaknuo da je „za ispunjenje uvjeta za primjenu članka [102.] drugog stavka točke (c) [UFEU-a] važno utvrditi da ponašanje poduzetnika u vladajućem položaju na tržištu nije samo diskriminirajuće, nego se njime također nastoji narušiti taj konkurentski odnos, odnosno ugroziti konkurentski položaj jednog dijela trgovinskih partnera tog poduzetnika u odnosu na ostale".

86. Iako se, kao što je to pojasnio Sud, ništa ne protivi tomu da se diskriminacija trgovinskih partnera koji se ne nalaze u konkurentskom odnosu može smatrati zloporabom, još treba utvrditi da se ponašanjem poduzetnika u vladajućem položaju nastoji, „s obzirom na sve okolnosti slučaja", dovesti do narušavanja tržišnog natjecanja među tim trgovinskim partnerima[27].

87. Drugim riječima, članak 102. drugi stavak točka (c) UFEU-a ne može se tumačiti kao da se njime poduzetniku u vladajućem položaju na određenom tržištu nalaže da u svim okolnostima i neovisno o analizi učinaka spornog ponašanja na tržišno natjecanje primjenjuje jednake cijene u odnosu na sve trgovinske partnere.

23 Presuda od 11. prosinca 2008. (C-52/07, EU:C:2008:703)

24 Vidjeti osobito Perrot, A., „Towards an effects-based approach of price discrimination", *The Pros and Cons of Price Discrimination*, *op. cit.*, među ostalim, str. 166. i sljedeće.

25 Vidjeti članak naveden u prethodnoj bilješci. Vidjeti također Geradin, D. i Petit, N., „Price Discrimination under EC competition law: The Need for a case-by-case approach", *Global Competition Law Centre Working Paper* 07/05, str. 45. i 46.

26 Presuda od 15. ožujka 2007., British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 144.)

27 Presuda od 15. ožujka 2007., British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 145.)

88. Stoga je u okviru ocjene diskriminirajuće cjenovne prakse očito potrebno uzeti u obzir „sve okolnosti predmetnog slučaja". Iz članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a nikako se ne može zaključiti da takva praksa u svakom slučaju dovodi do situacije „nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju".

89. Što se tiče presude Clearstream/Komisija [28], na koju se sud koji je uputio zahtjev izričito poziva u svojim pitanjima, ističem da je Opći sud u toj presudi želio svoje ispitivanje ograničiti na konkretan predmet koji mu je bio navodno podnesen. Kao što to proizlazi iz točke 192. te presude, Opći sud je podsjetio na načelo prema kojem je „za ispunjenje uvjeta za primjenu članka [102.] drugog stavka točke (c) [UFEU-a] važno utvrditi da ponašanje poduzetnika u vladajućem položaju na tržištu nije samo diskriminirajuće, *nego se njime također nastoji narušiti taj konkurentski odnos*" (moje isticanje).

90. U svakom slučaju, čak i da se iz te presude Općeg suda može zaključiti da je taj sud u njoj utvrdio pretpostavku da se cjenovnom diskriminacijom može uzrokovati takav nepovoljan položaj, treba napomenuti da je navedena presuda Općeg suda, koju, uostalom, Sud nije potvrdio jer protiv nje nije podnesena žalba, malo zastarjela.

91. Prema mojem mišljenju, ista se presuda odnosi na razdoblje u kojem se još moglo raspravljati o naravi pristupa, odnosno o (formalnom) pristupu po predmetu ili po učincima, koji je trebalo primijeniti pri ispitivanju ponašanja poduzetnika za koja se tvrdilo da su zloporaba vladajućeg položaja.

92. Naposljetku, čini mi se važnim pojasniti da se dokazivanje postojanja nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju razlikuje od procjenjivanja vjerojatnosti da će ponašanje poduzetnika koje samo po sebi može prouzročiti učinke isključivanja dovesti do ograničenja tržišnog natjecanja i osobito proizvesti učinke isključivanja koji se stavljaju na teret [29]. Tim se zahtjevom, u svrhu primjene članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a, nastoji konkretno uvjeriti da praksa cjenovne diskriminacije koju poduzetnik provodi prema svojim trgovinskim partnerima i koja sama po sebi ne može biti problematična sa stajališta tržišnog natjecanja dovodi do nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju.

93. Kao što sam to već imao priliku istaknuti [30], općenito, pri ispitivanju praksi cjenovne diskriminacije s obzirom na članak 102. UFEU-a teško je pridržavati se formalnosti i sustavnosti. Osobito, analiza pitanja može li cjenovna diskriminacija koju provodi poduzetnik u vladajućem položaju na određenom tržištu imati konkretan utjecaj na tržišno natjecanje koje se odvija na uzlaznom ili silaznom tržištu jest i mora ostati prije svega kazuistička.

Za utvrđivanje postojanja nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju potrebno je, osim eventualno pretrpljene diskriminacije, konkretno utvrditi postojanje nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju

94. Suprotno onomu što se može zaključiti iz stajališta koje je MEO zastupao u okviru ovog postupka, smatram da cjenovna diskriminacija nije nužno popraćena „nepovoljnim položajem u odnosu na konkurenciju" u smislu članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a.

28 Presuda od 9. rujna 2009. (T-301/04, EU:T:2009:317, t. 194.). Opći sud presudio je da, „[u] predmetnom slučaju poduzetnik koji ima faktični monopol na uzlaznom tržištu, koji neprekidno tijekom pet godina primjenjuje u odnosu na trgovinskog partnera različite cijene za istovrsne usluge, neizbježno stavlja tog partnera u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju".

29 Vidjeti u tom pogledu presudu od 6. rujna 2017., Intel/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2017:632, t. 138. do 141.).

30 Vidjeti osobito moje mišljenje u predmetu Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2016:788, t. 73. i sljedeće).

95. Prema mojem mišljenju, takva ocjena proizlazi iz zamjene između ocjene postojanja „nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju” i postojanja „nepovoljnog položaja među konkurentima” ili pak, skraćeno, samo nepovoljnog položaja.

96. Da bi se utvrdio „nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju” u smislu članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a, predmetna praksa mora, osim nepovoljnog položaja prouzročenog samom cjenovnom diskriminacijom, imati poseban učinak na konkurentski položaj navodno diskriminiranog poduzetnika.

97. Drugim riječima, prouzročeni nepovoljan položaj treba biti dovoljno znatan da bi imao posljedice na konkurentski položaj diskriminiranog poduzetnika. Stoga je potrebno utvrditi da se diskriminirajućim cijenama nastoji narušiti konkurentski odnos među trgovinskim partnerima na silaznom tržištu.

98. Pri takvoj analizi tijelo nadležno za tržišno natjecanje treba uzeti u obzir sve okolnosti predmetnog slučaja koji mu je podnesen. Praksom diskriminirajućih cijena klijenti društva u vladajućem položaju stavljaju se u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju kada ta praksa konkretno može negativno utjecati na tržišno natjecanje na tržištu na kojem njegovi klijenti djeluju. U svrhu utvrđivanja narušavanja tržišnog natjecanja u tim okolnostima nije moguće samo procijeniti utjecaj diskriminirajuće prakse na razini određenog trgovinskog partnera.

99. Konkretno, valja ispitati može li sporna cjenovna diskriminacija negativno utjecati na sposobnost trgovinskih partnera u nepovoljnom položaju da izvršavaju stvaran konkurentski pritisak na trgovinske partnere koji su u povoljnom položaju.

100. U skladu sa sudskom praksom Suda, točno je da se ne zahtijeva podnošenje dokaza da je ponašanje poduzetnika u vladajućem položaju dovelo do stvarnog mjerljivog pogoršanja konkurentskog položaja jednog ili više trgovinskih partnera [31] ili pak utvrđivanje da je protutržišni učinak na tržište na kojem trgovinski partneri konkuriraju „znatan” te stoga nije opravdano određivanje praga znatnosti (*de minimis*) za utvrđivanje zloporabe vladajućeg položaja [32].

101. To ne mijenja činjenicu da, osim zamjene uvjeta jasno navedenih u članku 102. drugom stavku točki (c) UFEU-a, sam „nepovoljan položaj” koji proizlazi iz same diskriminacije ne smije se miješati s „nepovoljnim položajem u odnosu na konkurenciju” do kojeg mora doći na tržištu na kojem djeluju trgovinski partneri poduzetnika u vladajućem položaju, u ovom slučaju na silaznom tržištu prava srodnih autorskom pravu.

102. U tom pogledu čini mi se da treba razlikovati protutržišna ponašanja, koja su sama po sebi štetna i zato podrazumijevaju ograničenje tržišnog natjecanja, od ponašanja kao što su prakse cjenovne diferencijacije drugog stupnja koje provodi poduzetnik u vladajućem položaju koji nije vertikalno integriran, za koja treba temeljitije ispitati njihove konkretne posljedice kako bi se moglo zaključiti da takvo ograničenje postoji.

103. Ovdje nije riječ o razlikovanju između ograničenja tržišnog natjecanja ovisno o tome jesu li manja ili ne, čime bi se opravdalo određivanje praga *de minimis*, koji je načelno isključen u okviru članka 102. UFEU-a. Prije se radi o utvrđivanju postojanja stvarnog ograničenja tržišnog natjecanja, koje se znatno razlikuje od cjenovne diskriminacije i koje mora dopunjavati tu diskriminaciju.

31 Vidjeti presudu od 15. ožujka 2007., British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 145.).

32 Vidjeti presudu od 6. listopada 2015., Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, t. 73.).

104. Stoga činjenica da je na jednog od tih trgovinskih partnera primijenjena viša cijena može najviše utjecati na troškove koje snosi taj poduzetnik i vrlo hipotetski na rentabilnost i dobiti koje taj poduzetnik očekuje. To ipak ne podrazumijeva da sporna cjenovna diskriminacija utječe na razinu tržišnog natjecanja na silaznom tržištu. Kao što je to GDA vrlo pravilno istaknuo u svojim pisanim očitovanjima, rentabilnost i kompetitivnost dva su vrlo različita elementa.

105. Prema mojem mišljenju, iz toga proizlazi da eventualne razlike u postupanju koje nemaju utjecaj ili pak imaju vrlo male učinke na tržišno natjecanje ne mogu biti zloporaba vladajućeg položaja u smislu članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a [33].

106. Postojanje nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju treba utvrditi ispitivanjem stvarnih ili potencijalnih učinaka sporne prakse s obzirom na *sve relevantne okolnosti* u pogledu predmetnih transakcija kao i obilježja tržišta na kojem djeluju trgovinski partneri poduzetnika u vladajućem položaju.

107. U svrhu ispitivanja učinka narušavanja ili isključivanja koje bi mogle imati prakse cjenovne diskriminacije, najprije treba posvetiti određenu pažnju postojanju i relativnoj važnosti sporne cjenovne diferencijacije.

108. Zatim, također treba pridati važnost ispitivanju količine troškova za proizvode i usluge koje pruža poduzetnik u vladajućem položaju u odnosu na ukupne troškove koje snosi jedan partner ili više njih koji su navodno stavljeni u nepovoljan položaj.

109. U slučaju kada cijena koju primjenjuje poduzetnik u vladajućem položaju čini znatan dio ukupnih troškova koje snosi klijent koji je stavljen u nepovoljan položaj, cjenovna diskriminacija mogla bi utjecati ne samo na rentabilnost djelatnosti tog klijenta nego i na njegov konkurentski položaj [34].

110. Suprotno tomu, kada je relativni značaj cijena koje primjenjuje poduzetnik u vladajućem položaju neznatan, te cijene ne mogu utjecati na konkurentski položaj klijenta stavljenog u nepovoljan položaj.

111. Da se vratim na ovaj slučaj, AdC je utvrdio da ti troškovi nisu bili znatni. Naime, u točki 67. odluke tog tijela navodi se da, na temelju informacija koje je 23. lipnja 2015. dostavio MEO, valja zaključiti da su između 1. siječnja 2010. i 31. prosinca 2013. iznosi koje je MEO godišnje plaćao GDA-u u okviru predmetne veleprodajne usluge činili mali postotak troškova što ih je MEO snosio u okviru pružanja maloprodajne usluge pristupa televizijskom signalu uz pretplatu i nezamjetan dio MEO-ove dobiti u okviru pružanja te maloprodajne usluge. Budući da je relativan značaj cijena srodnih prava koje je primijenio GDA, prema AdC-ovu mišljenju, neznatan, očito je teško utvrditi kako je diferencijacija cijena koje je primjenjivao GDA, zbog svoje važnosti, mogla utjecati na MEO-ov konkurentski položaj i stoga prouzročiti nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju.

Konačne napomene o ulozi tijela za tržišno natjecanje kad mu je podnesena pritužba

112. U ovom slučaju – iako je konačno na sudu koji je uputio zahtjev da provjeri, s obzirom na sve okolnosti predmetnog slučaja, kako je sporna cjenovna diferencijacija prouzročila nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju – čini mi se stoga da AdC nije počinio pogrešku kada je analizirao je li s gospodarskog stajališta diferencijacija cijena koje su primijenjene na MEO i NOS utjecala na MEO-ovu konkurentsku sposobnost u odnosu na NOS.

33 Vidjeti u tom smislu, radi usklađivanja različitih pristupa koji su suprotstavljeni u tom području, O'Donoghue, R. i Padilla J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, *op. cit.*, str. 802. i 803.

34 Vidjeti osobito analizu koju je Komisija provela u Odluci Soda-Ash/Solvay (Odluka Komisije 91/299/EEZ od 19. prosinca 1990. o postupku primjene članka 86. UEEZ-a (IV/33.133-C: Natrijev karbonat – Solvay, SL 1991., L 152, str. 21., t. 64.), kojom je utvrđeno da je sporna cjenovna diskriminacija imala znatan učinak na konkurentski položaj obuhvaćenih poduzetnika jer je predmetni proizvod mogao predstavljati do 70 % troška smjese sirovina za proizvodnju stakla. Cijena plaćena za kupnju te sirovine stoga je utjecala na rentabilnost i kompetitivnost staklara.

113. Nadalje, u okviru konačnih napomena čini mi se važnim podsjetiti na to da, kada se tijelu zaduženom za tržišno natjecanje podnese pritužba kojom se tvrdi da postoji zloporaba vladajućeg položaja koja proizlazi osobito iz cjenovne diskriminacije drugog stupnja, kao što je ona u ovom slučaju, njegova je uloga oprezno ispitati *činjenične i pravne elemente koje mu je priopćio podnositelj pritužbe* kako bi odlučio, načelno u razumnom roku, treba li pokrenuti postupak za utvrđivanje povrede ili odbiti pritužbu bez pokretanja postupka ili obustaviti pritužbeni postupak [35].

114. U tim okolnostima odluku o obustavi pritužbenog postupka treba obrazložiti odbijanjem elemenata koji su posebno podneseni tijelu. Suprotno tomu, tom se tijelu ne može prigovoriti da je apsolutno i bez konkretnih dokaza, osobito o postojanju ograničenja tržišnog natjecanja, utvrdilo razloge zbog kojih sporno ponašanje eventualno može biti zloporaba.

Zaključak

115. S obzirom na sva ta razmatranja, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je postavio Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Sud za tržišno natjecanje, regulaciju i nadzor) odgovori na sljedeći način:

Ako ne postoji nikakvo objektivno opravdanje, činjenica da poduzetnik u vladajućem položaju na neke od svojih imatelja odobrenja primjenjuje više cijene u odnosu na cijene koje primjenjuje na druge imatelje predstavlja zloporabu u smislu članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a ako i samo ako se tom praksom te prvonavedene imatelje stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na druge imatelje s kojima ti prvonavedeni imatelji konkuriraju.

Poduzetnik u vladajućem položaju stavlja trgovinske partnere u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju u smislu članka 102. drugog stavka točke (c) UFEU-a kada se primjenom nejednakih uvjeta na istovrsne poslove šteti konkurentskom položaju nekih od tih trgovinskih partnera u odnosu na druge partnere i kada se, prema tome, tom primjenom narušava tržišno natjecanje između trgovinskih partnera u povoljnom položaju i onih u nepovoljnom položaju.

Utvrđivanje postojanja nepovoljnog položaja u odnosu na konkurenciju podrazumijeva utvrđivanje narušavanja tržišnog natjecanja među predmetnim strankama na mjerodavnom tržištu različitog od obične razlike u postupanju koja je eventualno utvrđena. Preporučena analiza ne smije se ograničiti samo na formalnu primjenu automatske dedukcije koja se temelji na činjeničnim ili pravnim pretpostavkama, nego mora obuhvatiti i konkretno ispitivanje svih okolnosti pojedinog slučaja. Također je moguće osobito, ali ne i isključivo, uzeti u obzir narav i značaj sporne cjenovne diferencijacije kao i strukturu troškova predmetnih poduzetnika.

35 Vidjeti po analogiji, što se tiče uloge koju ima Komisija, presudu od 19. svibnja 2011., Ryanair/Komisija (T-423/07, EU:T:2011:226, t. 53.).