Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. WAHL
fremsat den 20. december 2017 [1]

Sag C-525/16

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

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (ret i første instans i sager om konkurrence, regulering og tilsyn, Portugal))

»Præjudiciel forelæggelse – dominerende stilling – konkurrence – misbrug af dominerende stilling – artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF – begrebet »konkurrencemæssig ulempe« – diskriminerende priser på det efterfølgende marked – forvaltning af ophavsretsbeslægtede rettigheder – betalings-tv«

1. Kan konkurrencemyndighederne undersøge differentierede priser, der anvendes af et bestemt organ, i lyset af artikel 102 TEUF, og i bekræftende fald på hvilke betingelser kan de gøre det? Hvis det i denne sammenhæng konstateres, at der er tale om et misbrug af en dominerende stilling i denne artikels forstand, omfatter en sådan konstatering da en de minimis-tærskel?

2. Dette er i det væsentlige de spørgsmål, der stilles med den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, som nærmere bestemt vedrører fortolkningen af artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF, hvorefter misbrug af en dominerende stilling bl.a. kan bestå i »anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen«.

3. Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia S.A. (herefter »MEO«) og Autoridade da Concorrência (konkurrencemyndighed, Portugal, herefter »AdC«) vedrørende sidstnævntes afgørelse om at henlægge en klage indgivet af MEO mod GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistos Intérpretes Ou Executantes (kooperativ for forvaltning af udøvende kunstneres rettigheder, Portugal, herefter »GDA«) om et hævdet misbrug af dominerende stilling inden for ophavsretsbeslægtede rettigheder for udøvende kunstnere.

4. Sagen giver efter min opfattelse Domstolen lejlighed til at præcisere, om en sådan adfærd, uanset om der er tale om en praksis i form af en prisdifferentiering, som isoleret set ikke er problematisk i forhold til konkurrencen, reelt fordrejer konkurrencen eller påvirker handelspartnernes konkurrencemæssige stilling på en sådan måde, at der foreligger et misbrug af dominerende stilling. Det kan således ikke formodes, at praksis i form af en prisdifferentiering medfører en »konkurrencemæssig ulempe«, uden undersøgelse af samtlige omstændigheder i sagen, især når der er tale om »secondary-line«-forskelsbehandling.

1 – Originalsprog: fransk.

Retsforskrifter

EU-retten

5. Artikel 3, stk. 1, sidste punktum, i forordning (EF) nr. 1/2003 [2] bestemmer, at »[n]år medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller domstole anvender national konkurrenceret på misbrug, der er forbudt i henhold til […] artikel [102 TEUF], skal de også anvende […] artikel [102 TEUF]«.

Portugisisk ret

6. Artikel 11, stk. 1, og stk. 2, litra c), i Novo Regime Juridíco da Concorrência (de nye konkurrenceregler) [3] svarer indholdsmæssigt til artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF.

Tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

7. GDA er et kooperativ for kollektiv forvaltning af kunstneres rettigheder, som ikke arbejder med gevinst for øje, og som administrerer ophavsretsbeslægtede rettigheder for sine medlemmer og for medlemmerne af tilsvarende udenlandske selskaber, med hvilke GDA har indgået en repræsentations- og/eller gensidighedskontrakt.

8. GDA's vigtigste funktion er i denne forbindelse at opkræve vederlag for udnyttelse af beslægtede rettigheder og at udbetale disse beløb til rettighedshaverne. GDA har ganske vist ikke noget lovfæstet monopol, men er i øjeblikket det eneste organ for kollektiv forvaltning af beslægtede rettigheder for udøvende kunstnere i Portugal.

9. De virksomheder, der anvender repertoirerne for medlemmerne af GDA eller medlemmerne af de tilsvarende udenlandske organer, med hvilke GDA har indgået repræsentations- eller gensidighedskontrakter, omfatter udbydere af en tjeneste til forbrugerne i form af transmission af tv-signaler og -indhold mod betaling af et bestemt beløb.

10. Sagsøgeren i hovedsagen, MEO, er en af disse udbydere og kunde hos GDA.

11. Mellem 2008 og 2014 anvendte GDA tre forskellige priser for engrostjenesten over for de nævnte udbydere. Mellem 2010 og 2013 anvendte GDA disse priser på samme tid.

12. Det fremgår af de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, at den pris, der blev anvendt over for MEO, blev fastsat ved en afgørelse af 10. april 2012, som blev truffet af en voldgiftsret i overensstemmelse med gældende ret [4].

13. Den 24. juni og den 22. oktober 2014 indgav PT Comunicações S.A., der var MEO's retlige forgænger, en klage til AdC over GDA om et eventuelt misbrug af dominerende stilling. MEO gjorde gældende, at dette misbrug skyldtes, at GDA anvendte uforholdsmæssige priser for udnyttelse af udøvende kunstneres ophavsretsbeslægtede rettigheder, og at GDA desuden anvendte ulige vilkår mellem MEO og en anden kunde, NOS Comunicações S.A. (herefter »NOS«).

2 – Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003, L 1, s. 1).

3 – Godkendt ved Lei n.º 19/2012 (lov nr. 19/2012) af 8.5.2012.

4 – I henhold til artikel 7, stk. 3 og 9, i Decreto-Lei n.º 333/97 (lovdekret nr. 333/97) af 27.11.1997 skal parterne anvende voldgift, hvis de ikke når til enighed i forbindelse med forhandlingerne om rettigheder.

14. Den 19. marts 2015 indledte AdC en undersøgelse, som blev afsluttet ved en afgørelse af 3. marts 2016 om henlæggelse af sagen, fordi de faktiske omstændigheder i forbindelse med procedurens genstand ikke udgjorde tilstrækkelige indicier for et misbrug af dominerende stilling.

15. AdC oplyste bl.a., at selv om det antages, at GDA reelt havde en dominerende stilling på det pågældende marked, og at den pågældende adfærd blev betragtet som ulige behandling for ydelser af samme værdi, kan det ikke ud fra de differentierede priser, der anvendes over for de forskellige udbydere af detailtjenester vedrørende adgang til tv-tjenesten, og de gennemsnitlige udgifter, der er afholdt af MEO og NOS i forbindelse med den pågældende engrostjeneste, konkluderes, at der foreligger en konkurrencebegrænsende virkning, som navnlig skyldes en svækkelse af MEO's konkurrencemæssige stilling.

16. Ifølge AdC kan det ikke lægges til grund, at en udbyder af detailtjenester vedrørende adgang til tv-signaler stilles ringere i konkurrencen end andre udbydere. Fortolkningen, hvorefter en dominerende virksomheds diskriminerende adfærd i sig selv kan udgøre en tilsidesættelse af artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF, strider bl.a. mod Domstolens praksis.

17. MEO har anlagt sag til prøvelse af AdC's afgørelse om henlæggelse og har i denne forbindelse bl.a. gjort gældende, at AdC fortolkede artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF forkert, eftersom myndigheden i stedet for at vurdere kriteriet om en konkurrencemæssig ulempe som fortolket i Domstolens praksis undersøgte, om der forelå en væsentlig og kvantificerbar fordrejning af konkurrencen.

18. AdC's afgørelse om henlæggelse var ifølge den forelæggende ret baseret på den lille forskel mellem priserne og de gennemsnitlige udgifter, som betød, at disse priser ikke var egnet til at skade MEO's konkurrencemæssige stilling, og på MEO's evne til at bære forskellen. MEO's markedsandel for detailtjenesten abonnementsbaseret adgang til tv-signaler var i øvrigt steget i den samme periode [5].

19. Den forelæggende ret har bemærket, at MEO i hovedsagen har fremlagt tal om de udgifter, der er afholdt af henholdsvis MEO og NOS. Disse tabeller viser for det første de samlede udgifter og de gennemsnitlige udgifter pr. forbruger, der er afholdt af henholdsvis MEO og NOS, og for det andet MEO's indtægter og afkast i den omhandlede periode, dvs. fra 2010 til 2013 [6].

20. Det kan ifølge den forelæggende ret ikke udelukkes, at MEO's konkurrenceevne er blevet påvirket af denne prisdifferentiering. Det følger af Domstolens praksis, at visse former for diskriminerende adfærd over for handelspartnere efter deres karakter kan medføre en konkurrencemæssig ulempe. Den forelæggende ret finder imidlertid, at Domstolen ikke har taget klar stilling til begrebet »stilles ringere i konkurrencen« ved anvendelsen af artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF.

21. Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (ret i første instans i sager om konkurrence, regulering og tilsyn, Portugal) har på denne baggrund besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Såfremt der i en sanktionsprocedure foreligger indicier eller beviser for faktiske omstændigheder vedrørende virkningerne af en virksomhed med en dominerende stillings eventuelle diskriminerende prispolitik med hensyn til en af dens detailhandelsvirksomheder, som skader denne detailhandelsvirksomhed i forhold til konkurrenterne, er en antagelse om, at denne adfærd » *stiller* [sidstnævnte virksomhed] *ringere i konkurrencen*« som omhandlet i artikel 102, [stk. 2,] litra c), TEUF, [da] bestemt af en yderligere vurdering af grovheden, relevansen eller betydningen

5 – Ifølge Autoridade Nacional de Comunicações (Anacom) (den nationale kommunikationsmyndighed (Anacom), Portugal) blev MEO's markedsandel i referenceperioden, dvs. fra den 1.1. 2010 til den 31.3. 2015, forøget fra under 25% til over 40%, mens NOS-koncernens markedsandel i den samme periode faldt fra over 60% til under 45%.

6 – Disse tal er ikke angivet i forelæggelsesafgørelsen, da der er tale om fortrolige oplysninger.

af disse virkninger for den berørte virksomheds konkurrencemæssige situation eller konkurrenceevne, navnlig hvad angår virksomhedens evne til at bære forskellen i udgifter [med hensyn til] engrostjenesten?

2) Såfremt der i en sanktionsprocedure foreligger indicier eller beviser for, at en virksomhed med en dominerende stillings diskriminerende prispolitik *har en væsentlig reduceret betydning* for de udgifter, der er afholdt, de indtægter, der er opnået, og det afkast, der er opnået af den berørte detailhandelsvirksomhed, er en fortolkning om, at der ikke foreligger indicier for misbrug af en dominerende stilling og ulovlig praksis, da forenelig med artikel 102, [stk. 2,] litra c), TEUF og med den retspraksis, der følger af [dom af 15. marts 2007, British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 146-148, og af 9.9.2009, Clearstream mod Kommissionen (T-301/04, EU:T:2009:317)]?

3) . Eller er dette tværtimod ikke tilstrækkeligt til at udelukke, at den pågældende adfærd kan betragtes som […] et misbrug af en dominerende stilling og ulovlig praksis som omhandlet i artikel 102, [stk. 2,] litra c), TEUF og kun relevant i forbindelse med graden af ansvaret eller sanktionen for den overtrædende virksomhed?

4) Skal udtrykket »*som derved stilles ringere i konkurrencen*« i artikel 102, [stk. 2,] litra c), TEUF fortolkes således, at det svarer til et krav om, at den fordel, der opstår som følge af forskelsbehandlingen, herefter svarer til en minimumsprocentdel af den berørte virksomheds udgiftsstruktur?

5) Skal udtrykket »*som derved stilles ringere i konkurrencen*« i artikel 102, [stk. 2,] litra c), TEUF fortolkes således, at det svarer til et krav om, at den fordel, der opstår som følge af forskelsbehandlingen, herefter svarer til en minimumsforskel mellem de gennemsnitlige udgifter, der er afholdt af de konkurrerende virksomheder i forbindelse med den pågældende engrostjeneste?

6) Kan udtrykket »*som derved stilles ringere i konkurrencen*« i artikel 102, [stk. 2,] litra c), TEUF fortolkes således, at det svarer til et krav om, at den fordel, der opstår som følge af forskelsbehandlingen, i forbindelse med det pågældende marked og den pågældende tjeneste skal svare til værdier, som er højere end de forskelle, som er angivet i […] tabel 5, 6 og 7, med henblik på at kvalificere den omtvistede adfærd som en ulovlig praksis?

7) Såfremt [fjerde til sjette spørgsmål] besvares bekræftende, hvorledes skal en sådan minimumsgrænse for ulempens betydning i forhold til udgiftsstrukturen eller de gennemsnitlige udgifter, der er afholdt af de konkurrerende virksomheder i forbindelse med den pågældende detailtjeneste, [da] defineres?

8) Såfremt en sådan minimumsgrænse defineres, bevirker en manglende opfyldelse af denne grænse hvert år [da], at formodningen i [dom af 9. september 2009, Clearstream mod Kommissionen (T-301/04, EU:T:2009:317)], hvorefter det må fastslås, at »*når en virksomhed, der har et faktisk monopol på markedet i de foregående led, anvender ulige priser for sammenlignelige tjenesteydelser over for en handelspartner, og det uafbrudt igennem en periode på fem år, kan dette kun give anledning til en konkurrencemæssig ulempe for denne handelspartner*«, afkræftes?«

22. MEO, GDA, den portugisiske og den spanske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

23. Der blev afholdt retsmøde den 5. oktober 2017 med deltagelse af MEO, GDA, Kongeriget Spanien og Kommissionen.

Sammenfatning af indlæggene for Domstolen

24. De berørte parter er generelt af den opfattelse, at de præjudicielle spørgsmål bør behandles under ét. Parterne har fokuseret på spørgsmålet om, hvorvidt det ved afgørelsen af, om der foreligger en konkurrencemæssig ulempe som omhandlet i artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF, kan formodes, at en prisdifferentiering kan fordreje konkurrencen, eller om det omvendt tilkommer konkurrencemyndigheden at påvise, at den ringere stillede virksomheds konkurrenceevne er blevet begrænset som følge af den påtalte adfærd. I forbindelse med denne bedømmelse vil dels de aspekter, som der skal tages hensyn til, dels spørgsmålet om, hvorvidt indvirkningen (som efter parternes respektive opfattelser er potentiel eller reel) på konkurrencen skal være væsentlig, blive drøftet.

25. Hvad angår begrebet »stilles ringere i konkurrencen« er de berørte parter enige om, at det i overensstemmelse med Domstolens praksis som hovedregel skal vurderes fra sag til sag, om der foreligger en eventuel påvirkning af konkurrencen, og at der ikke findes nogen fast tærskel eller regel for, hvornår der er tale om en sådan påvirkning.

26. Holdningerne er ikke desto mindre mere delte, når man ser på, om og i hvilket omfang der skal påvises en konkret konkurrencebegrænsende virkning, eller om det i stedet skal være sandsynligt, at der foreligger en sådan ulempe, såfremt en virksomhed, der har en dominerende stilling, anvender differentierede priser over for sine handelspartnere på det efterfølgende marked.

27. På den ene side har *GDA og den portugisiske regering* anført, at der skal tages hensyn til de differentierede prisers konkrete indvirkning på MEO's konkurrenceevne.

28. Det fremgår både af den tilgang, som Kommissionen går ind for, og som er kommet til udtryk i flere af dens rapporter og meddelelser siden 2003, og af Domstolens og Rettens praksis, at der skal tages hensyn til det hævdede misbrugs konkurrencebegrænsende virkninger på markedet. For at en praksis med hensyn til priser anses for at udgøre misbrug, er det nødvendigt, at der reelt er sket en fordrejning af konkurrencen mellem udbyderne af de pågældende tjenester, og at nogle af udbyderne er blevet stillet ringere i konkurrencen på grund af denne fordrejning. En »simpel« praksis i form af diskriminerende priser er således ikke i sig selv tilstrækkelig til at udgøre et misbrug som omhandlet i artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF.

29. På den anden side foretrækker *den spanske regering*[7] *og MEO* en fortolkning af artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF, hvorefter det i langt de fleste tilfælde risikerer at skabe en ulempe eller en konkurrencefordrejning, når et forvaltningsselskab som GDA, der har monopolstatus, begunstiger en bruger i forhold til dennes konkurrenter på det samme efterfølgende marked ved at anvende mere fordelagtige vilkår.

30. Med hensyn til de faktorer, der skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om en adfærd som den, som GDA har udvist i hovedsagen, kan have en konkurrencebegrænsende virkning, har MEO gjort gældende, at GDA indtager en monopolstilling, og at udbyderne af tv-tjenester er tvunget til at gå igennem GDA for at opnå licenser til distribution af beskyttede værker. GDA har derfor en stærk forhandlingsposition. MEO har anført, at en virksomhed, der reelt indtager en monopolstilling, har et særligt ansvar for at sikre, at der gælder lige vilkår for dens handelspartnere. Dette ansvar indebærer ifølge MEO, at GDA har pligt til at begrunde sin adfærd, hvilket GDA ikke har gjort. MEO har endelig anført, at det er vigtigt at tage hensyn til, hvor længe forskelsbehandlingen har varet.

7 – Den spanske regering har anført, at Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (myndighed for markeder og konkurrence, Spanien) systematisk har betragtet anvendelsen af diskriminerende priser som en overtrædelse, såfremt det organ, der forvalter ophavsretten og de beslægtede rettigheder, ikke var i stand til at begrunde disse.

31. Den spanske regering har i denne forbindelse fremhævet, at ulempen i en sag som den foreliggende især skyldes, at de licenser, der udstedes af forvaltningsselskaberne, udgør en væsentlig forudsætning for, at de pågældende brugere kan udbyde de endelige tjenester.

Bedømmelse

32. De præjudicielle spørgsmål, som den forelæggende ret har formuleret, bør efter min opfattelse besvares samlet, da de først og fremmest vedrører spørgsmålet om, hvorvidt begrebet »stilles ringere i konkurrencen« i artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF kræver en undersøgelse af, hvilke virkninger en adfærd har, og/eller hvor alvorlige konsekvenser det har for den berørte virksomheds konkurrencemæssige stilling, at der anvendes differentierede priser.

33. Før jeg tager fat på denne problematik, vil jeg *indledningsvis* behandle visse spørgsmål, der selv om de omhandler aspekter, som den forelæggende ret ikke har nævnt direkte, vedrører anvendelsen af bestemmelserne i artikel 102 TEUF på det foreliggende tilfælde.

34. Jeg vil *dernæst* komme med en indledende redegørelse om de væsentlige betragtninger, der efter min opfattelse bør lægges til grund ved bedømmelsen af en praksis i form af differentierede priser, der hævdes at udgøre et misbrug af en dominerende stilling. I denne sammenhæng vil jeg angive, om og på hvilke betingelser en praksis i form af »secondary-line«-prisdiskrimination kan falde ind under artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF. Jeg vil forklare, hvorfor det ikke kan formodes, at en sådan praksis efter sin karakter udgør et misbrug af en stilling, og at det tværtimod skal påvises konkret, hvilke konkurrencevirkninger en sådan adfærd har.

35. I lyset af alle disse betragtninger vil jeg *endelig* undersøge, i hvilket omfang det kan medføre en konkurrencemæssig ulempe, at en virksomhed, der angiveligt har en dominerende stilling, anvender ulige vilkår for ydelser af samme værdi.

Generelle bemærkninger om anvendelsen af artikel 102 TEUF på det foreliggende tilfælde

36. Det bør fremhæves, at den foreliggende sag vedrører særlige faktiske omstændigheder, der kan beskrives på følgende måde.

37. MEO, der udbyder tv-tjenester på det portugisiske marked, har indbragt AdC's afgørelse om henlæggelse af MEO's klage for den forelæggende ret. Klagen var rettet mod det angivelige misbrug, som GDA, et kooperativ for forvaltning af ophavsretsbeslægtede rettigheder, havde gjort sig skyldig i, og som bestod i, at dette i perioden 2010-2013 anvendte differentierede priser for udstedelse af licenser.

38. Efter MEO's opfattelse opnåede virksomheden NOS, der konkurrerer direkte med MEO, mere fordelagtige priser i denne periode. Den klage, som MEO indgav til AdC, vedrørte således et hævdet misbrug af dominerende stilling som følge af de diskriminerende priser, som GDA anvendte på det efterfølgende marked i forbindelse med tjenester for kollektiv markedsføring af udøvende kunstneres beslægtede rettigheder.

39. Som den forelæggende ret har bemærket med støtte i taloplysninger, fremgår det ikke desto mindre, at den ulempe, som MEO angiveligt blev udsat for hvad angår de beløb, der blev betalt for anvendelse af værker, der var beskyttet af ophavsret og beslægtede rettigheder, ikke resulterede i nogen formindskelse af MEO's markedsandel. MEO's markedsandel blev tværtimod forøget i perioden fra 2010 til 2013 fra ca. 25% til over 40%. I den samme periode faldt NOS' markedsandel fra over 60% til under 45%.

40. Det er også værd at fremhæve, at priserne i overensstemmelse med gældende national ret blev fastsat ved en voldgiftsafgørelse, eftersom det ikke var lykkedes for GDA at få en aftale i stand med MEO.

41. I det foreliggende tilfælde synes den forelæggende ret at have baseret sig på postulatet om, at det udelukkende skal afklares, om der ved fastslåelsen af, om der forelå et misbrug af dominerende stilling som følge af anvendelsen af forskellige priser for ydelser af samme værdi, skulle tages konkret stilling til den omtvistede praksis' konkurrencemæssige virkninger, eller om det tværtimod kunne formodes, at en sådan praksis strider mod artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF.

42. Den forelæggende ret synes således at have lagt til grund, at de øvrige betingelser for anvendelsen af artikel 102 TEUF var opfyldt. Den tager det navnlig for givet, for det første, at GDA er en virksomhed med en dominerende stilling, og for det andet, at den har anvendt ulige vilkår »for ydelser af samme værdi« over for handelspartnere.

43. Efter min opfattelse fremgår det imidlertid ikke klart af de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, at GDA i det foreliggende tilfælde har en dominerende stilling på det marked, der reelt er relevant, og at der rent faktisk er fastsat ulige priser for »ydelser af samme værdi«.

44. Usikkerheden om disse forhold kan gøre de præjudicielle spørgsmål, der kun sigter mod at identificere en konkurrencemæssig ulempe som omhandlet i artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF, hypotetiske.

45. Jeg mener for det første, at man med rette kan stille spørgsmålstegn ved, om *GDA reelt har en dominerende stilling* på det relevante marked for den engrostjeneste, der er omhandlet i sagen.

46. Det skal herved bemærkes, at GDA netop har bestridt antagelsen om, at selskabet har en dominerende stilling på det relevante marked, selv om det reelt er det eneste selskab i Portugal, der administrerer ophavsretsbeslægtede rettigheder.

47. GDA har i denne forbindelse gjort gældende, at selskabet ikke har mulighed for at lægge kommercielt pres på sine vigtigste partnere, dvs. MEO og NOS. Disse virksomheder udgør således et magtfuldt »duopol«. Prisdannelsen er desuden underlagt national ret, hvorefter parterne er forpligtet til at anvende voldgift, hvis de ikke kan nå til enighed. GDA er endelig ikke vertikalt integreret og har derfor ingen interesser på det forudgående eller efterfølgende marked. Det vil tværtimod være til ulempe for GDA, hvis MEO udkonkurreres eller stilles ringere i konkurrencen i forhold til NOS. Der foreligger under disse omstændigheder ikke nogen dominerende stilling og slet ikke noget misbrug af en sådan stilling.

48. GDA er som tidligere nævnt et organ for forvaltning af kunstneres kollektive rettigheder, som ikke arbejder med gevinst for øje, og som har til formål at udøve og administrere ophavsretsbeslægtede rettigheder for de personer, som det repræsenterer, og for medlemmerne af tilsvarende udenlandske organer. Nogle af dets største kunder er udbydere af detailtjenesterne i form af abonnementsbaseret adgang til tv-signaler i Portugal, heriblandt MEO og NOS, der tilsammen udgjorde et duopol i den relevante periode.

49. Det fremgår i denne forbindelse, at GDA er meget afhængigt af vederlagene for de ydelser, som selskabet leverer til de to virksomheder.

50. Som det fremgår af sagsakterne, og som AdC påpegede i sin afgørelse, foreligger der i øvrigt indicier for, at udbyderne af abonnementsbaseret adgang til tv-signaler har en vis forhandlingsposition, der kan stå mål med GDA's. Disse indicier, som MEO, så vidt jeg kan udlede af sagsakterne, ikke har anfægtet [8], består bl.a. i en korrespondance mellem GDA og udbyderne af detailtjenesten abonnementsbaseret adgang til tv-signaler, der havde til formål at fastsætte den pris, som GDA skulle anvende over for dem fra den 1. januar 2014 i forbindelse med den omhandlede engrostjeneste.

51. Selv om GDA i øjeblikket er det eneste portugisiske selskab, der administrerer udøvende kunstneres kollektive rettigheder, betyder det således ikke, at selskabet reelt har en dominerende stilling, da det ikke har en markedsstyrke, der gør det muligt for det at handle uafhængigt af sine handelspartnere.

52. Det står imidlertid fast, at formålet med artikel 102 TEUF er at kontrollere virksomheders markedsstyrke. Det er for, at en virksomheds stilling kvalificeres som dominerende, ikke tilstrækkeligt at henvise til dens andel af et veldefineret marked, idet der også skal henvises til den økonomiske styrke, som virksomheden har som følge af sin stilling.

53. Begrebet dominerende stilling defineres således som en økonomisk magtposition, som gør det muligt for en eller flere virksomheder at udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for deres konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne [9]. Der er normalt tale om dominans, når en virksomhed eller en gruppe af virksomheder tegner sig for en stor del af udbuddet på et givet marked, forudsat at andre faktorer i vurderingen (såsom hindringer for adgangen til markedet, forbrugernes reaktionsmuligheder osv.) peger i samme retning [10].

54. Det er desuden uklart, hvilken konkurrencemæssig interesse GDA skulle have i at fastsætte diskriminerende priser for at udkonkurrere en af sine kunder eller stille denne ringere i konkurrencen. Når GDA ikke har nogen egentlig interesse i at forsvare sin position på det foregående marked, hvor MEO og NOS opererer, ligger selskabets eneste interesse i at optimere sin indtjening ved at fastsætte priser, som forhandles individuelt og bilateralt med disse tjenesteydere.

55. Hvis der i det foreliggende tilfælde skal peges på et organ, som opnår en konkurrencefordel som følge af en eventuel forskelsbehandling på det foregående marked, må det være den erhvervsdrivende, der opnåede de angiveligt laveste priser, dvs. NOS. Jeg har imidlertid vanskeligt ved at se, hvordan en sådan differentiering skulle kunne gavne GDA direkte eller indirekte. Jeg vil undersøge dette aspekt nærmere i det følgende.

56. For det andet må der i forlængelse af det ovenfor anførte stilles spørgsmålstegn ved, om der i det foreliggende tilfælde reelt er tale om levering af »ydelser af samme værdi« på »ulige vilkår« som omhandlet i artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF – og dermed om »forskelsbehandling« frem for objektiv »differentiering« – når der tilvejebringes beslægtede rettigheder til MEO og NOS.

8 – Jf. de dokumenter i de nationale sagsakter, der er nævnt i AdC's afgørelse.

9 – Denne definition har Domstolen fastsat for længe siden (jf. dom af 14.2.1978, United Brands og United Brands Continentaal mod Kommissionen, 27/76, EU:C:1978:22, præmis 65, og af 13.2.1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, 85/76, EU:C:1979:36, præmis 38). Der er henvist til den mange gange i retspraksis og også for nylig (jf. bl.a. dom af 14.10.2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen, C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 170, og af 17.2.2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 23 og 79).

10 – Jf. Kommissionens meddelelse 97/C 372/03 om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT 1997, C 372, s. 5).

57. Som det fremgår af retspraksis, skal det afgøres, om transaktioner er af samme værdi, under hensyntagen til samtlige markedsvilkår [11]. Disse vilkår omfatter bl.a. et tidsmæssigt aspekt, da prisen for levering af en bestemt ydelse kan variere løbende afhængig af *markedsvilkårene og de kriterier, der gælder for prisdannelsen*. Når ydelser leveres på forskellige tidspunkter, kan det med andre ord medføre, at transaktioner ikke længere er af samme værdi [12].

58. Det fremgår desuden af de oplysninger, der er fremlagt for Domstolen, at prisdannelsen og de øvrige kontraktvilkår vedrørende de beslægtede rettigheder, der markedsføres af GDA, er underlagt national ret, hvorefter parterne er forpligtet til at anvende voldgift, hvis de ikke kan nå til enighed. I en sådan situation, som også gjorde sig gældende for de priser, der blev faktureret over for MEO, nøjes GDA med at anvende de priser, der er fastsat ved voldgiftsafgørelsen. Jeg mener derfor, at de priser, som GDA anvendte over for henholdsvis MEO og NOS, umiddelbart blev fastsat på forskellige vilkår.

59. Det er samlet set min opfattelse, at der i hovedsagen hersker en vis usikkerhed om, hvorvidt artikel 102 TEUF finder anvendelse, og at denne usikkerhed ligger uden for de mere snævre rammer for spørgsmålet om at identificere en »konkurrencemæssig ulempe«. Det vil især være vanskeligt at straffe en virksomhed for at have misbrugt sin angiveligt dominerende stilling, fordi den har anvendt forskellige priser over for sine partnere på det efterfølgende marked, når den ikke opererer på dette marked og har direkte gavn af den konkurrence, der foregår mellem disse partnere. Denne usikkerhed gør det særlig vigtigt at udvise forsigtighed ved undersøgelsen af den omtvistede praksis i form af prisdifferentiering.

En praksis i form af prisdifferentiering udgør kun et misbrug af en stilling, hvis den medfører en konkurrencemæssig ulempe, hvilket indebærer en konkret undersøgelse af virkningerne af denne praksis set i lyset af samtlige relevante omstændigheder

60. Selv hvis antages – hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve – at det kan udledes af de faktiske omstændigheder, dels at GDA har en dominerende stilling på det pågældende engrosmarked, dels at den omtvistede adfærd må betragtes som ulige behandling af ydelser af samme værdi, er det vigtigt, at konkurrencemyndigheden fastslår, at denne fordrejning medfører en *konkurrencemæssig ulempe* for visse handelspartnere. Det kan under ingen omstændigheder formodes, at der foreligger en sådan ulempe, og der skal altid foretages en undersøgelse af virkningerne af den omtvistede praksis under hensyntagen til samtlige omstændigheder i den konkrete sag, navnlig når der er tale om »secondary-line«-prisdiskrimination.

11 – Jf. bl.a. dom af 9.9.2009, Clearstream mod Kommissionen (T-301/04, EU:T:2009:317, præmis 169-190), og af 7.10.1999, Irish Sugar mod Kommissionen (T-228/97, EU:T:1999:246, præmis 64).

12 – Jf. i denne retning navnlig R. O'Donoghue og J. Padilla, *The Law and Economics of article 102 TFEU*, 2. oplag, Hart Publishing, Oxford, 2013, s. 795, samt D. Geradin og N. Petit, »Price discrimination under EC competition law«, *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket 2005, s. 23 (www.konkurrensverket.se/en/research/seminars/the-pros-and-cons/price-discrimination).

En praksis i form af prisdiskrimination er ikke i sig selv problematisk i forhold til konkurrenceretten

61. Det bør generelt påpeges, at forskelsbehandling, herunder forskelsbehandling i forbindelse med prisfastsættelse, ikke i sig selv er problematisk i forhold til konkurrenceretten. Det hænger sammen med, at prisdiskrimination ikke altid er skadelig for konkurrencen. Det fremgår bl.a. af de officielle (forgæves) forsøg på at genindføre den bestemmelse, som havde til formål at forbyde en sådan forskelsbehandling, og som var indeholdt i *Robinson-Patman Act* fra 1936[13], at et fuldstændigt forbud mod prisdiskrimination tværtimod kan være ødelæggende for den økonomiske effektivitet og forbrugernes velfærd.

62. Det står således fast, at en praksis i form af prisdiskrimination og navnlig en prisdifferentiering har ambivalente virkninger i konkurrencemæssig henseende. En sådan praksis kan medføre en forbedring af den økonomiske effektivitet og dermed af forbrugernes velfærd, dvs. målsætninger, som efter min opfattelse ikke må glemmes i forbindelse med anvendelsen af konkurrencereglerne, og som under alle omstændigheder adskiller sig fra rimelighedsbetragtninger. Som Domstolen flere gange har fastslået, har konkurrencereglerne til formål at beskytte konkurrencen og ikke konkurrenterne[14].

63. Uanset om det er bestemmelserne om konkurrencebegrænsende aftaler eller bestemmelserne om misbrug af dominerende stilling, der lægges til grund, bør det kun være muligt at iværksætte sanktioner for prisdiskrimination, der har en aktuel eller potentiel konkurrencebegrænsende virkning. En sådan virkning kan ikke sidestilles med den umiddelbare ulempe, som erhvervsdrivende, der afkræves højere priser ved køb af en vare eller en tjenesteydelse, oplever eller udsættes for. Når en virksomhed pålægges en pris ved køb af en vare eller en tjenesteydelse, som er højere end den, der gælder for en eller flere konkurrerende virksomheder, kan det således betragtes som en ulempe, men der er ikke nødvendigvis tale om en »konkurrencemæssig ulempe«.

64. Såfremt en virksomhed pålægges højere priser end andre virksomheder og derfor er (eller mener at være) udsat for forskelsbehandling, kan denne adfærd således kun henføres til denne bestemmelse, hvis det er fastslået, at den kan begrænse konkurrencen og være til skade for forbrugernes velfærd.

65. Ifølge bestemmelserne om misbrug af dominerende stilling kan en praksis i form af prisdiskrimination bl.a. gøre det muligt for en virksomhed, som indtager en sådan stilling, at udbyde sine varer og tjenesteydelser til et større antal forbrugere, herunder forbrugere, der har en lavere købekraft. Tilsvarende vil en kunde hos en virksomhed, uanset om den er dominerende eller ej, i princippet være tilbøjelig til at sælge mere for at opnå en »loyalitetsskabende« rabat og dermed også være tilbøjelig til at sænke sine priser og dermed sin margen, hvilket i sidste ende kommer forbrugeren til gode. Det skal herved fremhæves, at de erhvervsdrivendes evne til at udnytte deres forhandlingsposition til at sikre sig de bedste prisvilkår og mindske deres omkostninger er et vigtigt konkurrenceparameter[15]. Prisdifferentiering kan i sidste ende være en vigtig konkurrencefremmende vektor.

13 – Jf. navnlig US Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations (2007), kapitel IV.a: »The Robinson-Patman Act«, der er tilgængelig på http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. I 2007 foreslog US Antitrust Modernization Commission (den amerikanske kommission for modernisering af antitrust-reglerne, De Forenede Stater), at denne bestemmelse blev genindført, hvilket der ikke var opbakning til. Jf. vedrørende en nyere analyse ligeledes J.B. Kirkwood: »Reforming the Robinson-Patman Act to Serve Consumers and Control Powerful Buyers«, *The Antitrust Bulletin*, bind 60, nr. 4, 2015, s. 358-383.

14 – Jf. i denne retning vedrørende rabatordninger mit forslag til afgørelse Intel Corporation mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punkt 41).

15 – Når en virksomhed forpligtes til at behandle alle sine handelspartnere ens, kan det derfor have konkurrencebegrænsende resultater (jf. H. Bulmash, »An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations«, *Journal of Competition Law & Economics*, bind 8, nr. 2, 2012, s. 361-397).

66. Hvad nærmere angår spørgsmålet om, hvorvidt en praksis i form af prisdiskrimination, som en virksomhed anvender over for sine »handelspartnere«, der som regel er kunder på det efterfølgende marked, kan udgøre et misbrug af dominerende stilling, bemærkes, at artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF udtrykkeligt forbyder virksomheder med en dominerende stilling at anvende ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for sådanne partnere, »som derved stilles ringere i konkurrencen«.

67. Selv om man ud fra en overfladisk betragtning kunne tro det, forpligter artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF ikke indehavere af et monopol eller en dominerende stilling til at anvende ensartede priser over for deres handelspartnere.

68. Det følger således af denne bestemmelses ordlyd, at en dominerende virksomheds prisdiskrimination over for sine handelspartnere, *kun* kan falde ind under forbuddet mod misbrug af dominerende stilling, *hvis konkurrencen mellem disse partnere fordrejes* som følge af denne forskelsbehandling.

69. Ved en streng anvendelse af denne bestemmelse må det for det første fastslås, at der eksisterer et konkurrenceforhold mellem den dominerende virksomheds handelspartnere, og for det andet godtgøres, at denne virksomheds adfærd konkret kan fordreje konkurrencen mellem de berørte virksomheder [16]. Det vil jeg komme nærmere ind på i det følgende.

En praksis i form af secondary-line-prisdiskrimination kan kun falde ind under artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF efter en undersøgelse af denne diskrimination, hvor der tages hensyn til samtlige omstændigheder i den konkrete sag

70. Der er efterhånden blevet fastslået både i konkurrencemyndighedernes beslutningspraksis og i Domstolens nyeste praksis [17], at det ikke kan formodes, at der foreligger en konkurrencebegrænsning, ved undersøgelsen af en virksomheds adfærd i forhold til artikel 102 TEUF. For at kunne fastslå, at der foreligger en sådan begrænsning, skal der i alle tilfælde foretages en undersøgelse af den omtvistede foranstaltnings reelle eller potentielle virkninger under hensyntagen til samtlige omstændigheder i sagen.

71. Når der er tale om en praksis i form af prisdiskrimination, skal der foretages vidt forskellige analyser, afhængig af om der er tale om »primary-line«-forskelsbehandling eller »secondary-line«-forskelsbehandling.

72. *Primary-line-forskelsbehandling* er kort fortalt forskelsbehandling, der finder sted over for den dominerende virksomheds konkurrenter. Der er som oftest tale om praksis i form af prisdiskrimination, der har til formål at tiltrække visse kunder fra konkurrerende erhvervsdrivende, bl.a. ved hjælp af underbudspriser, differentierede rabatter eller avancepres. Der er også mere generelt tale om alle former for praksis med hensyn til priser, som har til formål at fortrænge de erhvervsdrivende, der findes på det marked og det niveau (på det vertikale plan), hvor den dominerende virksomhed opererer, eller at svække deres konkurrencemæssige stilling.

73. Da denne praksis i form af primary-line-prisdiskrimination kan have umiddelbare fortrængende virkninger, er det den, som konkurrencemyndighederne og retsinstanserne hyppigst skal tage stilling til.

16 – Jf. i denne retning generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2006:133, punkt 104 og 105).

17 – Jf. bl.a. dom af 6.9.2017, Intel mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 133-147).

74. *Secondary-line-forskelsbehandling*, der først og fremmest er omfattet af artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF, er forskelsbehandling, der påvirker denne virksomheds »handelspartnere« på det foregående eller efterfølgende marked. Der er navnlig tale om tilfælde, hvor en dominerende virksomhed beslutter at anvende forskellige priser over for sine kunder, dvs. over for virksomheder, som ikke befinder sig i et direkte konkurrenceforhold med denne. Formålet med denne bestemmelse er at forbyde, at den dominerende virksomheds forretningsadfærd fordrejer konkurrencen på et marked i et tidligere eller efterfølgende led, dvs. konkurrencen mellem leverandører eller mellem denne virksomheds kunder. Den nævnte virksomheds medkontrahenter må ikke favoriseres eller stilles ringere i den konkurrence, som de fører indbyrdes [18].

75. I forbindelse med den sidstnævnte forskelsbehandling kan det undertiden være vanskeligt at få øje på fortrængningen og begrænsningen af konkurrencen. Til gengæld får en virksomhed, der opererer i et tidligere led, i princippet det fulde udbytte af den konkurrence, der finder sted på det efterfølgende marked.

76. Efter min opfattelse bør der – hvilket er blevet påpeget i en lang række retsteoretiske studier – ved undersøgelsen af en prisdiskrimination som den, der er omhandlet i den foreliggende sag, i forhold til artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF, indledningsvis sondres mellem vertikalt integrerede virksomheder, som har en interesse i at fortrænge konkurrenter på det efterfølgende marked, og virksomheder, som ikke har en sådan interesse.

77. Når virksomheden er vertikalt integreret, og den dominerende virksomhed anvender diskriminerende priser på det foregående eller efterfølgende marked, svarer det i virkeligheden til en primary-line-forskelsbehandling, som påvirker denne virksomheds konkurrenter indirekte. En sådan forskelsbehandling kan føre til svækkelse af den dominerende virksomheds konkurrenter på det efterfølgende marked.

78. Den sag, der gav anledning til dommen i sagen Deutsche Bahn mod Kommissionen [19], giver et godt eksempel på den konkurrencebegrænsende virkning, som en primary-line- og secondary-line-prisdiskrimination, der foretages af en vertikalt integreret virksomhed, kan have. Deutsche Bahn havde påtvunget virksomheder, der transporterede containere på de såkaldte vestlige strækninger, andre takster for ydelser af samme værdi i tilknytning til jernbanenettet og dermed uvægerligt stillet sine handelspartnere *ringere i konkurrencen i forhold til den selv og dens datterselskab* [20].

79. Når en virksomhed, som har en dominerende stilling, ikke er vertikalt integreret, og der ikke er tale om offentlige virksomheders handlinger, som mere eller mindre direkte indebærer en geografisk opdeling eller forskelsbehandling på grund af nationalitet [21], kan der med rette rejses tvivl om, hvilken fordel denne virksomhed agter at opnå med en forskelsbehandling, som stiller en af dens handelspartnere på det efterfølgende marked ringere. En sådan virksomhed har faktisk en klar interesse i, at dette marked er meget konkurrencepræget, således at den kan bevare sin forhandlingsposition som sælger af de pågældende varer eller ydelser. Når en virksomhed med en dominerende stilling ikke konkurrerer med sine kunder på det efterfølgende marked, hvilket er tilfældet i hovedsagen, er det vanskeligt at få øje på andre grunde til, at denne virksomhed anvender diskriminerende priser, end ønsket om direkte udnyttelse af kunderne. Det vil derfor ikke give nogen mening for den at mindske det konkurrencemæssige pres, der er mellem dens handelspartnere på det efterfølgende marked.

18 – Jf. dom af 15.3.2007, British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 143).

19 – Dom af 21.10.1997 (T-229/94, EU:T:1997:155), der blev stadfæstet ved kendelse af 27.4.1999, Deutsche Bahn mod Kommissionen (C-436/97 P, EU:C:1999:205).

20 – Dom af 21.10.1997, Deutsche Bahn mod Kommissionen (T-229/94, EU:T:1997:155, præmis 93).

21 – Jf. i denne retning dom af 29.3.2001, Portugal mod Kommissionen (C-163/99, EU:C:2001:189, præmis 46 og 66), og af 17.5.1994, Corsica Ferries (C-18/93, EU:C:1994:195, præmis 43-45).

80. Dette er uden tvivl forklaringen på, at der meget sjældent forekommer sager om »egentlig« *secondary-line-forskelsbehandling*, dvs. situationer som den i hovedsagen omhandlede, hvor den (ikke vertikalt integrerede) dominerende virksomhed ikke umiddelbart har nogen interesse i at fortrænge sine partnere på det efterfølgende marked [22].

81. Det skal desuden påpeges, at de betragtninger, som Domstolen har anlagt i de sager om anvendelsen af artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF, der er blevet indbragt for den, er meget kortfattede og under alle omstændigheder ikke gør det muligt at udlede klare fortolkende retningslinjer for identificeringen af en konkurrencemæssig ulempe i denne bestemmelses forstand.

82. Jeg vil i denne forbindelse nævne dommen i sagen Kanal 5 og TV 4 [23], som omhandlede et tilfælde, der mindede meget om det foreliggende. Denne sag vedrørte en tvist mellem Kanal 5 Ltd og TV 4 AB på den ene side og Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa (den svenske organisation for kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder til musik) på den anden side om den af dette organ anvendte vederlagsordning for tv-udsendelse af ophavsretligt beskyttede musikværker.

83. I forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt den omstændighed, at et organ for kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder beregner de vederlag, der oppebæres som betaling for tv-udsendelse af ophavsretligt beskyttede musikværker, på forskellig vis, alt efter om det drejer sig om private tv-selskaber eller offentlige tv-selskaber, udgør en overtrædelse af artikel 82, stk. 2, litra c), EF [nu artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF], fastslog Domstolen ret beset ikke, hvilken forbindelse der var mellem denne prisdiskrimination og den eventuelle konkurrencemæssige ulempe på det efterfølgende marked. Domstolen bemærkede i øvrigt, at det påhvilede den forelæggende ret at kontrollere visse forhold for så vidt angik anvendelsen af denne bestemmelse.

84. Det skal i denne forbindelse påpeges, at den tilgang, som Kommissionen og Unionens retsinstanser har valgt, ofte har sigtet mod at anvende denne bestemmelse på primary-line-forskelsbehandling, dvs. en situation, hvor der ikke er påvist nogen »konkurrencemæssig ulempe«, hvilket har vakt en vis kritik i retslitteraturen, hvor der efterlyses en strengere anvendelse af de betingelser, der udtrykkeligt fremgår af denne bestemmelse [24]. Visse kommentatorer har således udtrykt ønske om en mere snæver tilgang til den prisdiskrimination, der er omhandlet i artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF, eller i denne sammenhæng anbefalet, at man undersøger samtlige relevante omstændigheder i den enkelte sag [25].

85. Med henblik på at præcisere rækkevidden af kravene for konstatering af en konkurrencemæssig ulempe som omhandlet i denne bestemmelses forstand har Domstolen i øvrigt fremhævet følgende i dommen i sagen British Airways mod Kommissionen [26], der er den ledende dom for undersøgelse af praksis i form af prisdiskrimination i forhold til artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF: »[D]et [skal], for at betingelserne for anvendelse af artikel [102], stk. 2, litra c), [TEUF] er opfyldt, fastslås, at en dominerende virksomheds adfærd på et marked ikke blot er diskriminerende, men at den ligeledes tilsigter at fordreje dette konkurrenceforhold, dvs. hæmme en del af denne virksomheds handelspartneres konkurrencemæssige stilling i forhold til andres«.

22 – Jf. de sager, der er nævnt i fodnote 21. Jf. også dom af 11.12.2008, Kanal 5 og TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

23 – Dom af 11.12.2008 (C-52/07, EU:C:2008:703).

24 – Jf. navnlig A. Perrot, »Towards an effects-based approach of price discrimination«, *The Pros and Cons of Price Discrimination*, nævnt ovenfor, navnlig s. 166 ff.

25 – Jf. den artikel, der er nævnt i den foregående fodnote. Jf. ligeledes D. Geradin og N. Petit, »Price Discrimination under EC competition law: The Need for a case-by-case approach«, *Global Competition Law Centre Working Paper* 07/05, s. 45 og 46.

26 – Jf. dom af 15.3.2007(C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 144).

86. Som Domstolen har præciseret, er der ganske vist intet til hinder for, at forskelsbehandlingen af handelspartnere, som befinder sig i konkurrenceforhold, kan anses for misbrug, men det skal godtgøres, at den dominerende virksomheds adfærd »i betragtning af alle omstændighederne i sagen« tilsigter at medføre konkurrencefordrejning mellem disse handelspartnere [27].

87. Artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF kan med andre ord ikke fortolkes således, at en virksomhed, der har en dominerende stilling på et bestemt marked, under alle omstændigheder skal anvende ensartede priser over for sine handelspartnere, uden at det vurderes, hvilke virkninger den påtalte adfærd har for konkurrencen.

88. Kravet om, at der skal tages hensyn til »alle omstændighederne i sagen«, har derfor afgørende betydning for bedømmelsen af en praksis i form af prisdiskrimination. Det kan under ingen omstændigheder udledes af artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF, at en sådan praksis i alle tilfælde vil give sig udslag i en »konkurrencemæssig ulempe«.

89. Med hensyn til dommen i sagen Clearstream mod Kommissionen [28], som den forelæggende ret har henvist udtrykkeligt til i sine spørgsmål, skal det påpeges, at Retten i denne dom valgte at begrænse sin undersøgelse til det konkrete tilfælde, som den var blevet forelagt. Retten henviste i denne doms præmis 192 til princippet om, at »det, for at betingelserne for anvendelse af artikel [102], stk. 2, litra c), [TEUF] er opfyldt, [skal] fastslås, at en dominerende virksomheds adfærd på et marked ikke blot er diskriminerende, *men at den ligeledes tilsigter at fordreje dette konkurrenceforhold*« (min fremhævelse).

90. Under alle omstændigheder bemærkes, at selv hvis det antages, at det af den nævnte dom fra Retten kan udledes, at Retten har anvendt en formodning om, at en prisdiskrimination kan give anledning til en sådan ulempe, bør det under alle omstændigheder fremhæves, at denne dom, der i øvrigt ikke blev appelleret og derfor ikke er blevet stadfæstet af Domstolen, virker en smule forældet.

91. Den nævnte dom stammer efter min opfattelse fra en periode, hvor der stadig herskede usikkerhed om den tilgang – baseret på (det formelle) formål eller virkninger – der skulle anvendes ved undersøgelsen af virksomheders adfærd, når der angiveligt var tale om et misbrug af dominerende stilling.

92. Det er desuden vigtigt at præcisere, at påvisningen af, at der foreligger en konkurrencemæssig ulempe, adskiller sig fra vurderingen af sandsynligheden for, at en virksomheds adfærd, som efter sin karakter kan have fortrængende virkninger, resulterer i en konkurrencebegrænsning og især medfører de påtalte fortrængende virkninger [29]. Dette krav skal med hensyn til anvendelsen af artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF konkret sikre, at en praksis i form af prisdiskrimination, som en virksomhed anvender over for sine handelspartnere, og som ikke i sig selv er problematisk i forhold til konkurrencen, resulterer i, at der opstår en konkurrencemæssig ulempe.

93. Som jeg tidligere har haft lejlighed til at fremhæve [30], er det generelt vanskeligt at formalisere og systematisere undersøgelsen af praksis i form af prisdiskrimination i forhold til artikel 102 TEUF. Vurderingen af spørgsmålet om, hvorvidt en dominerende virksomheds prisdiskrimination på et bestemt marked kan få en konkret indvirkning på konkurrencen på et marked i et tidligere eller efterfølgende led, bør fortsat i vidt omfang baseres på kasuistik.

27 – Jf. dom af 15.3.2007, British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 145).

28 – Dom af 9.9.2009 (T-301/04, EU:T:2009:317, præmis 194). Retten fastslog, at det »[i] den foreliggende sag må […] konstateres, at når en virksomhed, der har et faktisk monopol på markedet i de foregående led, anvender ulige priser for sammenlignelige tjenesteydelser over for en handelspartner, og det uafbrudt igennem en periode på fem år, kan dette kun give anledning til en konkurrencemæssig ulempe for denne handelspartner«.

29 – Jf. herved dom af 6.9.2017, Intel mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 138-141).

30 – Jf. bl.a. mit forslag til afgørelse Intel Corporation mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punkt 73 ff.).

Afgørelsen af, om der foreligger en konkurrencemæssig ulempe, kræver ikke bare, at der er tale om en eventuel forskelsbehandling, men også, at det påvises konkret, at der foreligger en konkurrencemæssig ulempe

94. I modsætning til, hvad MEO har gjort gældende i den foreliggende sag, mener jeg ikke, at en prisdiskrimination nødvendigvis giver anledning til en konkurrencemæssig ulempe som omhandlet i artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF.

95. Denne anskuelse bygger efter min opfattelse på en manglende sondring mellem vurderingen af, om der foreligger en »konkurrencemæssig ulempe«, og om der foreligger »ulemper blandt konkurrenterne« eller ganske enkelt en ulempe.

96. For at det kan fastslås, at der foreligger en konkurrencemæssig ulempe som omhandlet i artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF, skal den pågældende praksis ikke bare medføre en ulempe som følge af prisdiskriminationen isoleret set, men den skal også have en særlig virkning for den angiveligt diskriminerede virksomheds konkurrencemæssige stilling.

97. Den opståede ulempe skal med andre ord være så væsentlig, at den har konsekvenser for den diskriminerede virksomheds konkurrencemæssige stilling. Det skal derfor godtgøres, at de diskriminerende priser har en tendens til at fordreje konkurrenceforholdet mellem handelspartnerne på det efterfølgende marked.

98. En sådan analyse kræver, at konkurrencemyndigheden tager hensyn til samtlige omstændigheder i den sag, der er indbragt for den. En praksis i form af diskriminerende priser stiller et dominerende selskabs kunder ringere i konkurrencen, når denne praksis konkret kan påvirke konkurrencen på det marked, hvor kunderne opererer, i negativ retning. Det er således ikke muligt at identificere en konkurrencefordrejning i denne sammenhæng blot ved at vurdere, hvordan den diskriminerende praksis indvirker på en specifik handelspartner.

99. Det skal navnlig undersøges, om den omtvistede prisdiskrimination kan påvirke ringere stillede handelspartneres evne til at konkurrere effektivt med favoriserede handelspartnere i negativ retning.

100. I henhold til Domstolens praksis kræves det ikke, at der føres bevis for, at den dominerende virksomheds adfærd har medført en faktisk kvantificerbar forringelse af en eller flere handelspartneres konkurrencestilling [31], eller at det godtgøres, at den konkurrencebegrænsende virkning på det marked, hvor handelspartnerne konkurrerer med hinanden, er »mærkbar« – da det ikke er begrundet at fastsætte en (de minimis-)mærkbarhedstærskel med henblik på at fastslå et misbrug af dominerende stilling [32].

101. For at overholde de betingelser, der udtrykkeligt fremgår af artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF, er det ikke desto mindre nødvendigt at sondre mellem den simple »ulempe«, der følger af selve forskelsbehandlingen, og den »konkurrencemæssige ulempe«, der skal gøre sig gældende på det marked, hvor den dominerende virksomheds handelspartnere opererer, hvilket i dette tilfælde er det efterfølgende marked for ophavsretsbeslægtede rettigheder.

31 – Jf. dom af 15.3.2007, British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 145).

32 – Jf. dom af 6.10.2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 73).

102. I denne forbindelse skal der efter min opfattelse foretages en sondring mellem konkurrencebegrænsende adfærd, som i sig selv er skadelig og derfor indebærer en konkurrencebegrænsning, og andre former for adfærd, herunder praksis i form af secondary-line-prisdifferentiering, som anvendes af en ikke-vertikalt integreret dominerende virksomhed, og som kræver en mere grundig undersøgelse af de konkrete følgevirkninger, for at det kan konkluderes, at der foreligger en sådan begrænsning.

103. Her drejer det sig ikke om at foretage en afvejning mellem større eller mindre konkurrencebegrænsninger – som kunne begrunde, at der fastsættes en de minimis-tærskel, hvilket i princippet er udelukket inden for rammerne af artikel 102 TEUF. Det drejer sig snarere om at fastslå, at der i tillæg til den pågældende prisdiskrimination foreligger en reel konkurrencebegrænsning, som kan adskilles fra denne prisdiskrimination.

104. Når en af disse handelspartnere pålægges en højere pris, kan det derfor højst få indvirkning på de udgifter, som denne virksomhed skal afholde, og rent hypotetisk på denne virksomheds rentabilitet og forventede indtjening. Dette indebærer imidlertid ikke, at konkurrenceniveauet på det efterfølgende marked påvirkes af den omtvistede prisdiskrimination. Som GDA med rette har fremhævet i sit skriftlige indlæg, er rentabiliteten og konkurrenceevnen to vidt forskellige faktorer.

105. Det følger efter min opfattelse heraf, at en eventuel forskellig behandling, som ikke har nogen indvirkning på konkurrencen eller har ubetydelige virkninger, ikke kan betragtes som et misbrug af dominerende stilling som omhandlet i artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF [33].

106. Det skal fastslås, om der foreligger en konkurrencemæssig ulempe, ved at undersøge den påtalte praksis' faktiske eller potentielle virkninger under hensyntagen til *samtlige relevante omstændigheder* i tilknytning til både de pågældende transaktioner og karakteristikaene ved det marked, som den dominerende virksomheds handelspartnere opererer på.

107. Ved undersøgelsen af den fordrejende eller fortrængende virkning af praksis i form af diskriminerende priser skal der først og fremmest fokuseres på, om den omtvistede prisdifferentiering reelt foreligger, og omfanget heraf.

108. Dernæst skal der ligeledes lægges vægt på at undersøge, hvor store omkostningerne er i forbindelse med de varer eller tjenesteydelser, der leveres af den dominerende virksomhed, set i forhold til de samlede omkostninger, som bæres af den eller de partnere, der angiveligt er ringere stillet.

109. Hvis den dominerende virksomheds priser udgør en væsentlig del af de samlede omkostninger, der bæres af den ringere stillede kunde, kan prisdiskriminationen påvirke rentabiliteten af denne kundes virksomhed, men også denne kundes konkurrencemæssige stilling [34].

110. Såfremt den relative betydning af de priser, der er fastsat af den dominerende virksomhed, er meget beskeden, kan de imidlertid ikke påvirke den ringere stillede kundes konkurrencemæssige stilling.

33 – Jf. i denne retning med henblik på en afstemning af de forskellige modsatrettede tilgange, der findes på området, T. O'Donohue og J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, s. 802 og 803.

34 – Jf. bl.a. den analyse, som Kommissionen foretog i sin beslutning i sagen vedrørende Soda/Solvay (Kommissionens beslutning 91/299/EØF af 19.12.1990 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/33 133-C: Soda – Solvay, EFT 1991, L 152, s. 21, 64. betragtning), hvori den konstaterede, at den omtvistede prismæssige forskelsbehandling havde haft betydelig indvirkning på de berørte virksomheders konkurrencemæssige stilling, eftersom det pågældende produkt tegnede sig for op til 70% af de samlede råmaterialeomkostninger med henblik på fremstilling af glas. Indkøbsprisen for dette materiale påvirkede således glasproducenternes rentabilitet og konkurrenceevne.

111. For at vende tilbage til den foreliggende sag, har AdC konstateret, at disse omkostninger var ubetydelige. Det fremgår således af punkt 67 i denne myndigheds afgørelse, at det på grundlag af de oplysninger, som MEO fremlagde den 23. juni 2015, måtte konkluderes, at de årlige beløb, som MEO betalte til GDA i forbindelse med den pågældende engrostjeneste i perioden fra den 1. januar 2010 til den 31. december 2013, udgjorde en mindre procentdel af de omkostninger, som MEO afholdt i forbindelse med tilvejebringelse af detailtjenesten abonnementsbaseret adgang til tv-signaler og en ubetydelig andel af MEO's indtægter i forbindelse med tilvejebringelse af denne detailtjeneste. Da GDA's pris for beslægtede rettigheder efter AdC's opfattelse ikke havde nogen nævneværdig relativ betydning, har jeg vanskelig ved at se, hvordan de differentierede priser, som GDA anvendte, efter sit omfang kunne påvirke MEO's konkurrencemæssige stilling og dermed skabe en konkurrencemæssig ulempe.

Afsluttende bemærkninger om konkurrencemyndighedens rolle, når den modtager en klage

112. Selv om det i det foreliggende tilfælde i sidste ende tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, om den omtvistede prisdifferentiering har skabt en konkurrencemæssig ulempe, under hensyntagen til samtlige omstændigheder i sagen, mener jeg således, at AdC ikke begik nogen fejl i forbindelse med dens analyse af, om de differentierede priser, der blev anvendt over for MEO og NOS, i økonomisk henseende kunne påvirke MEO's konkurrenceevne i forhold til NOS.

113. Jeg vil i øvrigt afslutningsvis bemærke, at konkurrencemyndighedens rolle, når den modtager en klage over et hævdet misbrug af dominerende stilling, navnlig som følge af en secondary-line-prisdiskrimination som den, der er omhandlet i den foreliggende sag, er at foretage en omhyggelig undersøgelse af *de faktiske og retlige omstændigheder, som klageren har bragt til dens kendskab*, med henblik på inden for en rimelig frist at beslutte, om den skal indlede proceduren for konstatering af en overtrædelse, afvise klagen uden at indlede proceduren eller henlægge klagen [35].

114. Afgørelsen om at henlægge en klage skal i denne forbindelse begrundes med, at de omstændigheder, der specifikt er fremført over for myndigheden, ikke kan lægges til grund. Det kan imidlertid ikke foreholdes konkurrencemyndigheden, at den i absolutte termer og i mangel af konkrete oplysninger, som bl.a. viser, at der foreligger en konkurrencebegrænsning, angiver årsagerne til, at den påtalte adfærd eventuelt kan betragtes som et misbrug.

Forslag til afgørelse

115. Jeg foreslår på baggrund af det ovenfor anførte, at de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (ret i første instans i sager om konkurrence, regulering og tilsyn, Portugal), besvares således:

»Hvis en virksomhed med en dominerende stilling over for visse af sine licenshavere anvender højere priser end de priser, som den anvender over for sine øvrige licenshavere, og der ikke foreligger en objektiv begrundelse herfor, udgør det kun et misbrug som omhandlet i artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF, hvis de førstnævnte licenshavere som følge af denne praksis stilles ringere i konkurrencen i forhold til de øvrige licenshavere, som disse førstnævnte licenshavere konkurrerer med.

En dominerende virksomheds handelspartnere stilles ringere i konkurrencen som omhandlet i artikel 102, stk. 2, litra c), TEUF, når anvendelsen af ulige vilkår for ydelser af samme værdi skader visse af disse handelspartneres konkurrencemæssige stilling i forhold til de øvrige, og når konkurrencen mellem de favoriserede handelspartnere og de ringere stillede handelspartnere som følge heraf fordrejes.

35 – Jf. analogt vedrørende Kommissionens rolle dom af 19.5.2011, Ryanair mod Kommissionen (T-423/07, EU:T:2011:226, præmis 53).

For at kunne konstatere, at der foreligger en konkurrencemæssig ulempe, er det nødvendigt at konstatere, at der foreligger en konkurrencefordrejning mellem de berørte parter på det relevante marked, som adskiller sig fra den simple forskellige behandling, der eventuelt måtte være fastslået. Den anbefalede analyse kræver en konkret undersøgelse af samtlige omstændigheder i sagen og må ikke udgøre en formalitet, hvor der automatisk drages en konklusion på grundlag af faktiske eller retlige formodninger. Der kan bl.a., men ikke udelukkende, tages hensyn til den omtvistede prisdifferentierings art og omfang samt til de berørte virksomheders omkostningsstruktur.«