Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
GIOVANNI PITRUZZELLA
föredraget den 7 maj 2020[1]

Mål C-132/19 P

Groupe Canal +
mot

Europeiska kommissionen

”Överklagande – Konkurrens – Konkurrensbegränsande samverkan – Tv-distribution – Geografisk ensamrätt – Förordning nr 1/2003 – Artikel 9 – Beslut genom vilket åtaganden gjorts bindande – Maktmissbruk – Preliminär bedömning – Rättsligt och ekonomiskt sammanhang – Proportionalitet – Kommissionens skyldighet att beakta överväganden rörande tillämpningen av artikel 101.3 FEUF – Tredje mans avtalsenliga rättigheter – Skydd”

I. Inledning

1. Bakgrunden till det nu aktuella målet är ett beslut från Europeiska kommissionen – vilket senare angreps vid tribunalen – genom vilket de åtaganden gjordes bindande som en multinationell producent av audiovisuellt innehåll hade åtagit sig för att undanröja de konkurrensmässiga betänkligheter som kommissionen hade gett uttryck för i samband med att en förundersökning hade inletts.

2. Dessa betänkligheter gällde en påstådd vertikal kartell som syftade till att avskärma den inre marknaden vid nationsgränserna genom avtalsklausuler som säkerställde att nämnda multinationella företag och ett programföretag på marknaden i Förenade Kungariket och Irland fick en absolut territoriell exklusiv licens.

3. Kommissionens beslut att godta och göra de föreslagna åtagandena bindande överklagades av ett franskt programföretag som var tredje part i samband med förfarandet och som deltog först vid en senare tidpunkt. Det multinationella företaget hade nämligen informerat det franska företaget om ovannämnda åtaganden för att upplysa om att det inte längre hade för avsikt att tillse efterlevnaden av avtalsklausulerna som gav det en absolut geografisk ensamrätt på den franska marknaden.

4. Bland de olika grunderna för överklagande kommer jag enligt domstolens anvisningar att fokusera mina slutsatser på den tredje och den fjärde grunden, som innehåller följande tre rättsliga huvudfrågor: 1) huruvida det beteende som är föremål för konkurrensmässiga betänkligheter måste sättas in i sitt rättsliga och ekonomiska sammanhang, 2) huruvida kommissionen när den antar ett beslut i den mening som avses i artikel 9 i förordning nr 1/2003 ska ta hänsyn till överväganden angående tillämpningen av artikel 101.3 FEUF, 3) huruvida kommissionen iakttog proportionalitetsprincipen när de åtaganden som hade föreslagits av företaget gjordes bindande, särskilt med avseende på effekter för tredje part av ett beslut som antas med stöd av artikel 9 i

1 Originalspråk: italienska.

förordning nr 1/2003, i synnerhet när det företag som var föremål för detta beslut föreslog åtaganden, som sedan gjordes bindande av kommissionen, vilka består i företagets ensidiga försäkran att inte längre infria vissa klausuler i ett avtal som ingåtts med ett annat företag, och när det sistnämnda företaget vare sig har erbjudit eller godtagit några åtaganden, eftersom det inte har omfattats av kommissionens undersökning.

II. Tillämpliga bestämmelser

5. I skäl 13 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget [nu artiklarna 101 och 102] [2] anges följande:

”Om företag i samband med ett förfarande som kan leda till att ett avtal eller förfarande förbjuds erbjuder kommissionen att göra sådana åtaganden att dess betänkligheter undanröjs, bör kommissionen kunna fatta beslut som gör dessa åtaganden bindande för de berörda företagen. I besluten om åtaganden bör det fastställas att det inte längre finns något skäl att ingripa från kommissionens sida utan att det dras någon slutsats om huruvida en överträdelse har skett eller fortfarande sker. Beslut om åtaganden påverkar inte medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar när det gäller deras befogenheter att konstatera detta och besluta i fallet. …”

6. I skäl 22 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 anges följande:

”För att garantera att principerna om rättslig säkerhet och enhetlig tillämpning av gemenskapens konkurrensregler iakttas, måste man i ett system med parallell behörighet undvika motstridiga beslut. Det är därför nödvändigt att i enlighet med EG-domstolens rättspraxis förtydliga vilka konsekvenser kommissionens beslut och förfaranden har på medlemsstaternas domstolar och konkurrensmyndigheter. Beslut om åtaganden som kommissionen antar påverkar inte domstolarnas och medlemsstaternas konkurrensmyndigheters befogenhet att tillämpa artiklarna 81 och 82 i fördraget.”

7. Vidare stadgas det i artikel 9 i förordning nr 1/2003 följande:

”1. När kommissionen avser att fatta ett beslut om att en överträdelse skall upphöra och de berörda företagen erbjuder åtaganden för att undanröja de betänkligheter som kommissionen har delgivit dem i sin preliminära bedömning, får kommissionen genom beslut göra dessa åtaganden bindande för företagen. Ett sådant beslut får fattas för en bestämd period och skall fastställa att det inte längre finns skäl för kommissionen att ingripa.

…”

III. Faktiska omständigheter, förfarandet och den överklagade domen

A. Bakgrunden till tvisten

8. Den 13 januari 2014 inledde kommissionen en undersökning avseende eventuella begränsningar för tillhandahållandet av betal-tv-tjänster enligt licensavtal mellan sex stora amerikanska filmbolag och de största europeiska betal-tv-företagen.

2 EGT L 1, 2003, s. 1.

9. Den 23 juli 2015 riktade kommissionen, inom ramen för denna undersökning, ett meddelande om invändningar till Paramount Pictures International Ltd, London (Förenade kungariket), och till detta bolags moderbolag Viacom Inc., New York (Förenta staterna) (nedan tillsammans kallade Paramount).

10. I detta meddelande redovisade kommissionen sin preliminära slutsats i frågan huruvida vissa klausuler i Paramounts licensavtal med Sky UK Ltd och Sky plc (nedan tillsammans kallade Sky) var oförenliga med artikel 101 FEUF och artikel 53 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (nedan kallat EES).

11. Närmare bestämt koncentrerade kommissionen sin undersökning till två med varandra sammanhängande klausuler i de licensavtal som Paramount hade ingått med Sky.

12. Den första klausulen hade införts för att förbjuda eller begränsa möjligheterna för Sky att tillgodose spontana förfrågningar om köp av tv-distributionstjänster från konsumenter med hemvist i EES men utanför Förenade kungariket och Irland. Enligt den andra klausulen förband sig Paramount att inom ramen för avtal som Paramount slöt med programföretag inom EES men utanför Förenade kungariket, förbjuda eller begränsa möjligheterna för dessa programföretag att tillgodose spontana förfrågningar om köp av tv-distributionstjänster från konsumenter med hemvist i Förenade kungariket eller Irland.

13. Genom beslut av den 24 november 2015 tilläts Groupe Canal + (nedan kallat GCP) att delta i förfarandet i egenskap av berörd tredje part, i den mening som avses i artikel 13.1 i kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004.[3]

14. I skrivelse av den 4 december 2015, med rubriken ”Underrättelse om arten av och föremålet för förfarandet i enlighet med artikel 13.1 i förordning (EG) nr 773/2004”, informerade kommissionen GCP om, bland annat, sin rättsliga bedömning beträffande tillämpligheten av artikel 101 FEUF på omständigheterna i det aktuella fallet och redovisade sin preliminära slutsats härvidlag. Enligt denna preliminära slutsats hade kommissionen för avsikt att anta ett beslut riktat till Sky och till vart och ett av de filmbolag som kommissionens undersökning omfattade, i vilket det skulle komma att konstateras att dessa företag hade överträtt artikel 101 FEUF och artikel 53 i EES-avtalet, och genom vilket de skulle påföras böter samt förpliktas att upphöra med överträdelsen och avhålla sig från alla åtgärder med motsvarande syfte eller resultat.

15. Till följd av inledandet av förfarandet och kommissionens preliminära bedömning erbjöd Paramount, den 15 april 2016, kommissionen åtaganden i enlighet med artikel 9 i förordning nr 1/2003 för att undanröja kommissionens betänkligheter med avseende på konkurrensen.

16. Efter att ha mottagit synpunkter från andra berörda tredje parter, däribland GCP, antog kommissionen det beslut som senare angreps vid tribunalen (nedan kallat det angripna beslutet).[4] Det framgår av artikel 1 i det angripna beslutet att de åtaganden som anges i bilagan till beslutet är bindande för Paramount, och för detta bolags rättsliga efterträdare och dotterbolag, i fem år räknat från dagen för delgivningen av beslutet.

17. I punkt 1 nionde stycket i bilagan till det angripna beslutet anges olika typer av avtalsklausuler som omfattas av förfarandet (nedan kallade de relevanta klausulerna) angående både sändning via satellit av audiovisuellt innehåll och överföring av sådant innehåll via internet.

3 EUT L 123, 2004, s. 18.

4 Ärende AT.40023 – Gränsöverskridande tillgång till betal-tv, beslut av den 26 juli 2016.

18. Vad gäller sändning via satellit rör det sig dels om den klausul enligt vilken mottagning utanför licensområdet (overspill) inte utgör något avtalsbrott från programföretagets sida under förutsättning att programföretaget inte medvetet tillåter sådan mottagning, dels om den klausul enligt vilken mottagning inom licensområdet inte utgör något avtalsbrott från Paramounts sida under förutsättning att Paramount inte har tillåtit förekomsten av en tredje parts avkodningsutrustning på licensområdet.

19. När det gäller överföring via internet rör det sig för det första om den klausul som inför en skyldighet för programföretagen att förhindra nedladdning eller strömning av tv-innehåll (streaming) utanför licensområdet, för det andra om den klausul enligt vilken överföring via internet (internet overspill) inom licensområdet inte utgör något avtalsbrott från Paramounts sida under förutsättning att Paramount har krävt att programföretagen ska använda sig av teknik som förhindrar sådan överföring, och för det tredje om den klausul enligt vilken överföring via internet av tv-innehåll utanför licensområdet inte utgör något avtalsbrott från programföretagets sida under förutsättning att detta programföretag använder sig av teknik som förhindrar sådan överföring.

20. Det framgår vidare av punkt 1 tredje stycket i bilagan till det angripna beslutet att uttrycket ”programföretagets förpliktelser” avser de klausuler som förbjuder ett programföretag att tillgodose spontana beställningar från konsumenter med hemvist inom EES men utanför det område för vilket programföretaget har sändningsrättigheter, eller jämförbara klausuler. På motsvarande sätt avses med uttrycket ”Paramounts förpliktelser” de klausuler enligt vilka Paramount har en skyldighet att förbjuda programföretag belägna inom EES, men utanför de områden för vilka ett programföretag har exklusiva sändningsrättigheter, att tillgodose spontana förfrågningar från konsumenter med hemvist inom dessa områden, eller jämförbara klausuler.

21. Enligt punkt 2 i bilagan till det angripna beslutet har Paramount från och med dagen för delgivning av detta beslut åtagit sig att göra följande. Först och främst förbinder sig Paramount att inte ingå, förnya eller förlänga tillämpningen av de relevanta klausulerna inom ramen för licensavtal, såsom dessa definieras i samma bilaga (punkt 2.1). Vad därefter gäller befintliga licensavtal för produktion av betal-tv (existing Pay-TV Output Licence Agreements) ska Paramount avstå från att vidta rättsliga åtgärder för att förmå programföretagen att iaktta sina skyldigheter enligt dessa avtal (punkt 2.2 a). Inte heller ska Paramount direkt eller indirekt infria eller genomdriva fullgörande av ”Paramounts förpliktelser” enligt ovannämnda avtal (punkt 2.2 b). Paramount förbinder sig slutligen att inom tio dagar från dagen för delgivningen av det angripna beslutet underrätta Sky om att Paramount inte kommer att vidta rättsliga åtgärder för att förmå programföretagen att iaktta de relevanta klausulerna, och att inom en månad från dagen för denna delgivning skicka samma underrättelse till alla övriga programföretag inom EES (punkt 2.3).

22. GCP slöt ett licensavtal med Paramount för betal-tv-sändning (Pay Television Agreement), vilket trädde i kraft den 1 januari 2014 (nedan kallat avtalet av den 1 januari 2014). I artikel 12 i detta avtal föreskrivs att det område som avtalet gäller är uppdelat i områden med ensamrätt, i första hand Frankrike, och ett område utan ensamrätt, vilket utgörs av Mauritius. Enligt artikel 3 i avtalet av den 1 januari 2014 får Paramount bland annat inte självt utöva eller låta en tredje part utöva sändningsrättigheter på områdena med ensamrätt. Bilaga A.IV till detta avtal anger i sin tur vilka skyldigheter som åvilar klaganden i form av användning av teknik för geografisk filtrering för att förhindra vidaresändning utanför de områden för vilka licensen beviljats.

23. I skrivelse av den 25 augusti 2016 underrättade Paramount klaganden om de åtaganden som anges i punkt 2.2 a i bilagan till det angripna beslutet. Vidare förklarade Paramount att det inte skulle vidta rättsliga åtgärder för att se till att de relevanta klausulerna iakttogs av programföretaget samt att varje skyldighet som åvilade detta företag enligt de relevanta klausulerna undanröjdes. Paramount betonade i samma skrivelse att uttrycket ”programföretagets förpliktelse” skulle förstås på samma sätt som

motsvarande uttryck i bilagan till det angripna beslutet. Genom skrivelse av den 14 oktober 2016 svarade klaganden på denna underrättelse och gjorde gällande att åtaganden som hade gjorts inom ramen för ett förfarande där endast kommissionen och Paramount varit inblandade inte kunde åberopas gentemot klaganden.

B. Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen

24. Genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 8 december 2016 väckte GCP med stöd av artikel 263 FEUF talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.

25. Bureau européen des unions de consommateurs (nedan kallad BEUC) tilläts att intervenera till stöd för kommissionens yrkanden genom beslut av den 13 juli 2017, Groupe Canal +/kommissionen.[5] Union des producteurs de cinéma (nedan kallad UPC), European Film Agency Directors (nedan kallade EFADs) och C More Entertainment AB tilläts genom samma beslut att intervenera till stöd för GCP:s yrkanden. Vidare meddelade ordföranden på tribunalens femte avdelning i beslut av den 13 juli 2017 att Republiken Frankrike tilläts att intervenera till stöd för GCP:s yrkanden.

26. GCP åberopade fyra grunder till stöd för sin talan: (i) som första grund gjordes det gällande att kommissionen hade gjort en uppenbart oriktig bedömning när det gäller de relevanta klausulernas förenlighet med artikel 101 FEUF, (ii) den andra grunden avsåg åsidosättande av artikel 9 i förordning nr 1/2003 vad beträffar identifieringen av de betänkligheter som de föreskrivna åtagandena avsåg att undanröja, (iii) såvitt avser den tredje grunden anförde klaganden att proportionalitetsprincipen hade åsidosatts, (iv) klaganden gjorde som fjärde grund gällande att kommissionen hade gjort sig skyldig till maktmissbruk.

27. Genom dom av den 12 december 2018 i målet Groupe Canal +/kommissionen[6] ogillade tribunalen GCP:s talan.

C. Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

28. Genom skrivelse som inkom den 15 februari 2019 överklagade GCP tribunalens dom (nedan kallad den överklagade domen) med stöd av artikel 56 i domstolens stadga.

29. I sitt överklagande har GCP yrkat att domstolen ska upphäva den överklagade domen, i den del tribunalen ogillade koncernens talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet och förpliktade den att ersätta rättegångskostnaderna. GCP har dessutom yrkat att domstolen ska ogiltigförklara det angripna beslutet och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

30. Kommissionen har yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta GCP att ersätta rättegångskostnaderna.

31. Republiken Frankrike, som har intervenerat i förfarandet till stöd för GCP:s yrkanden, har yrkat att domstolen ska upphäva den överklagade domen i sin helhet och bedöma vilka följder detta ska få.

32. UPC, som har intervenerat till stöd för GCP:s yrkanden, har yrkat att domstolen ska upphäva den överklagade domen, i den del tribunalen ogillade GCP:s talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet och förpliktade GCP att ersätta rättegångskostnaderna. UPC har dessutom yrkat att domstolen ska ogiltigförklara det angripna beslutet och förplikta kommissionen att ersätta UPC:s rättegångskostnader.

5 Beslut av den 13 juli 2017, Groupe Canal +/kommissionen (T-873/16, ej publicerat, EU:T:2017:556).

6 Dom av den 12 december 2018, Groupe Canal +/kommissionen (T-873/16, EU:T:2018:904).

33. EFADs, som har intervenerat till stöd för GCP:s yrkanden, har yrkat att domstolen ska bifalla överklagandet i dess helhet och upphäva den överklagade domen, i den del tribunalen ogillade GCP:s talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet och förpliktade GCP att ersätta rättegångskostnaderna. EFADs har dessutom yrkat att domstolen ska ogiltigförklara det angripna beslutet och förplikta kommissionen att under alla omständigheter ersätta EFADs rättegångskostnader.

34. BEUC, som har intervenerat till stöd för kommissionens yrkanden, har yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet i dess helhet och förplikta GCP att ersätta BEUC:s rättegångskostnader.

IV. Prövning av överklagandet

35. Till stöd för sitt överklagande har GCP åberopat fyra grunder: 1) Den första grunden rör den omständigheten att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att anta att det inte förekom maktmissbruk från kommissionens sida i det angripna beslutet. 2) Den andra grunden avser tribunalens åsidosättande av den kontradiktoriska principen. 3) Den tredje grunden gäller den omständigheten att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att ge en bristande motivering och inte bedöma de faktiska omständigheterna på ett fullständigt sätt. 4) Den fjärde grunden rör tribunalens felaktiga tolkning av artikel 9 i förordning nr 1/2003 och av punkt 128 i kommissionens tillkännagivande om bästa praxis för förfaranden som rör artiklarna 101 och 102 i EUF-fördraget[7] (nedan kallad bästa praxis).

36. I överensstämmelse med domstolens anvisningar kommer min prövning att fokusera på den tredje grunden (i synnerhet den första delen, där frågan aktualiseras huruvida kommissionen, när den antar ett beslut med stöd av artikel 9 i förordning nr 1/2003, ska ta hänsyn till överväganden rörande tillämpningen av artikel 101.3 FEUF) och den fjärde grunden.

A. Den tredje grunden, genom vilken klaganden har gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att ge en bristande motivering och inte bedöma de faktiska omständigheterna på ett fullständigt sätt

1. Parternas argument

37. För det första har GCP, med stöd av EFADs och Republiken Frankrike, gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den slog fast (punkt 39 i den överklagade domen) att laglighetsprövningen av det angripna beslutet endast kan avse följande tre frågor: a) huruvida de omständigheter som det hänvisades till i detta beslut ger upphov till konkurrensmässiga betänkligheter, b) om så är fallet, huruvida de åtaganden som gjordes bindande undanröjer dessa betänkligheter, c) huruvida Paramount erbjöd mindre betungande åtaganden som på ett lika effektivt sätt hade kunnat undanröja dessa betänkligheter.

38. För det andra är de ovannämnda parterna av den uppfattningen att tribunalen gjorde fel när den fann (punkterna 62–66 i den överklagade domen) att frågan huruvida det beteende som gav upphov till betänkligheter hos kommissionen uppfyller de kumulativa villkoren i artikel 101.3 FEUF inte var relevant, med hänsyn till själva karaktären av ett beslut som det angripna beslutet.

39. Till stöd för sina argument har de ovannämnda parterna erinrat om att det framgår av dom av den 11 september 2014, CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 53), att frågan huruvida ett avtal mellan företag är tillräckligt skadligt för konkurrensen för att anses utgöra en konkurrensbegränsning ”genom syfte” i den mening som avses i artikel 101 FEUF ska prövas i

7 EUT C 308, 2011, s. 6.

förhållande till det rättsliga och ekonomiska sammanhang som avtalet ingår i. Vid bedömningen av detta sammanhang ska hänsyn även tas till de aktuella produkternas eller tjänsternas beskaffenhet samt till strukturen och de faktiska villkoren på de relevanta marknaderna. Således ankom det på tribunalen att kontrollera huruvida samtliga relevanta uppgifter som skulle beaktas för att bedöma en komplex situation verkligen beaktades.

40. Av detta följer att tribunalen åsidosatte sin motiveringsskyldighet genom att underlåta att bemöta den grund genom vilken det gjorts gällande att kommissionen inte hade beaktat det franska rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket de omtvistade klausulerna ingår.

41. Vad gäller bristande motivering har Republiken Frankrike även påpekat att tribunalen inte klart definierade de konkurrensmässiga betänkligheter som kunde motivera att det antogs ett beslut med stöd av artikel 9 i förordning nr 1/2003. Tribunalen underlät att pröva om de relevanta klausulerna var tillräckliga för att vid första påseende betraktas som klausuler som innebär en konkurrensbegränsning genom syfte. I detta avseende räcker det inte att allmänt hänvisa till domstolens praxis om de geografiska begränsningarna för sändning via satellit. Vidare är målet att skydda den kulturella mångfalden oskiljaktigt från det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket de relevanta klausulerna ingår och kan inte vara avgränsat till den prövning som avses i artikel 101.3 FEUF.

42. GCP hävdar dessutom att tribunalen åsidosatte sin skyldighet att beakta det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket de relevanta klausulerna ingår när den enbart påpekade (punkterna 40–42 i den överklagade domen) att de relevanta klausulerna, som leder till absolut geografisk ensamrätt, med hänsyn till deras innehåll, mål och ekonomiska och rättsliga sammanhang har till syfte att omöjliggöra konkurrens över gränserna och att detta räcker för att motivera kommissionens betänkligheter.

43. I detta sammanhang har UPC även gjort gällande att tribunalen inte beaktade särdragen i upphovsrätten. Tribunalen beaktade nämligen inte att godtagande av förfrågningar om passiv försäljning utanför licensområdet utgör en överträdelse av upphovsrätten. Vidare är det i fråga om upphovsrätten meningslöst att skilja mellan ensamrätt att ge tillstånd för ett ”relativt” område och ensamrätt att ge tillstånd för ett ”absolut” område, eftersom det skulle vara juridiskt omöjligt och även stå i strid med internationell, europeisk och nationell upphovsrättslagstiftning att å ena sidan erkänna att rättighetsinnehavare har rätt att tillåta transaktioner med en aktör inom ett visst territorium och å andra sidan hindra dem från att se till att denna aktör uppfyller villkoren enligt tillståndet.

44. Enligt EFADs underlät tribunalen att beakta att avskaffande av geoblockeringar skulle leda till en situation där de båda avtalsparterna i sina avtal inte skulle kunna inkludera det som upphovsrätten under alla omständigheter garanterar dem. Således skulle passiv försäljning förbli förbjuden även vid avsaknad av dessa klausuler, eftersom licenstagaren inte skulle råda över de rättigheter som är nödvändiga för att kunna distribuera verken utanför licensområdet.

45. Republiken Frankrike har preciserat att upphovsrätten inte enbart syftar till att garantera rätten till ersättning, utan även rätten för upphovsmännen att definiera villkoren för utnyttjandet av deras verk samt till att skapa förutsättningar för intellektuellt skapande och kulturell mångfald.

46. UPC har gjort gällande att tribunalen inte beaktade att det i Frankrike har införts specifika bestämmelser, som grundar sig på unionsrätten, riktade till programföretag, distributionsföretag, sändningsplattformar och media som med nödvändighet innebär geografiska begränsningar. Det rör sig närmare bestämt om skyldigheter att investera i lokal produktion och sändning som främjar mångfald i fråga om produktion och distribution av europeiska verk och franskspråkiga originalverk.

Tribunalen underlät vidare att beakta att det i fråga om immateriellt innehåll som tillhandahålls via internet inte går att göra någon distinktion mellan ”aktiv” och ”passiv” försäljning. I och med att slutanvändare lätt kan få åtkomst till webbplatser finns det ett tydligt tidsmässigt samband mellan konsumentens förfrågan och tillhandahållandet av det begärda innehållet.

47. Vad gäller dom av den 4 oktober 2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631), har GCP, med stöd av UPC och Republiken Frankrike, gjort gällande att det ur denna dom kan härledas att det, när det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket de aktuella klausulerna ingår väl har beaktats, kan uteslutas att det är fråga om en begränsning av konkurrensen eller konstateras att en analys av avtalets effekter behövs (punkt 140). Tribunalen gjorde sig således skyldig till en felaktig rättstillämpning när den huvudsakligen baserade sig på domen Football Association Premier League, som inte gällde filmbranschen (punkterna 43–50 i den överklagade domen), och underlät att bedöma det specifika ekonomiska och rättsliga sammanhanget för filmbranschen, vars betydelse däremot bekräftades i domstolens dom av den 6 oktober 1982, Coditel m.fl. (262/81, EU:C:1982:334, punkterna 15 och 16) (nedan kallad domen Coditel II). I denna dom slog domstolen fast att det framgår av de särdrag som kännetecknar filmbranschen i Europa (särskilt sådana som hänför sig till dubbning eller textning för andra språkgrupper, tv-sändningsmöjligheterna och till finansieringen) att en ensamrätt till visning i sig inte kan hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen.

48. EFADs har, med stöd av UPC och Republiken Frankrike, preciserat att ett oberoende europeiskt audiovisuellt verk – i motsats till amerikanska verk som finansieras med filmbolagens egna resurser – i huvudsak finansieras genom försäljning av ensamrätter, för ett territorium åt gången, till internationella säljagenter, distributionsföretag samt programföretag, vilka som motprestation för rättigheterna till exklusivt utnyttjande åtar sig att bidra till förhandsfinansieringen av verket. Dessa aktörer beviljar finansiering, innan verket produceras, på grundval av den uppskattade möjligheten att det framtida verket når framgång inom deras territorium och garanterar en potentiell minimipublik. Denna förhandsfinansieringsmetod är grundläggande för att erhålla de resurser som är nödvändiga för produktion av högkvalitativt innehåll eller för att generera intäkter som kan investeras i nya produktioner. Betal-tv-företag samt onlineprogramföretag medfinansierar således en film enbart som motprestation för en ensamrätt till utnyttjande av denna film inom vissa territorier i EES. På en högriskmarknad syftar tillämpningen av den geografiska ensamrätten till att minska osäkerheten och dämpa investeringsrisken. Finansieringen av en film skiljer sig därför från finansieringen av ett idrottsevenemang, såsom de som var aktuella i domen Football Association Premier League. Tillämpningen av exklusiva territoriella licenser för sändning av idrottsevenemang syftar till att maximera intäkterna och inte enbart till att erhålla lämplig finansiering. EFADs har även påpekat att tribunalen underlät att beakta att avskaffandet av de klausuler som förbjuder passiv försäljning och de därav följande geoblockeringarna skulle leda till en situation där de båda avtalsparterna i sina avtal inte skulle kunna inkludera det som upphovsrätten under alla omständigheter garanterar dem. Således skulle passiv försäljning förbli förbjuden även vid avsaknad av dessa klausuler, eftersom licenstagaren inte skulle råda över de rättigheter som är nödvändiga för överföring av verken utanför licensområdet. UPC har även anfört att avsaknaden av en avtalsenlig garanti om efterlevnad av den geografiska ensamrätten i praktiken motsvarar avsaknad av licensens ensamrätt. Utan de avtalsenliga garantier som säkerställer efterlevnaden av licensens ensamrätt skulle denna ensamrätt som sådan faktiskt inte längre varken ges något värde eller leda till ersättning. Förhandlingarna mellan rättighetsinnehavaren och programföretaget skulle med andra ord baseras på den geografiska ensamrätt som tilldelas företaget och på garantin om att ingen konkurrent under ensamrättsperioden överför verken till licensområdet.

49. Vidare åsidosatte tribunalen enligt GCP sin motiveringsskyldighet när den underlät att förklara varför det fanns fog för kommissionens konkurrensmässiga betänkligheter trots de anförda övervägandena i domen Coditel II.

50. GCP har, med stöd av EFADs, dessutom gjort gällande att tribunalen, genom att slå fast (punkterna 57 och 69 i den överklagade domen) att den omständigheten att koncernens intäkter från kunder i Frankrike kan komma att minska kan kompenseras av att koncernen är fri att vända sig till kunder i hela EES, inte tog hänsyn till särdragen i branschen och underlät att bedöma alla relevanta omständigheter. I synnerhet beaktade tribunalen inte Oxera-rapporten,[8] av vilken det framgår att geografiska ensamrätter är nödvändiga för att finansiera europeisk film till följd av att det råder olika kulturella synsätt i unionen, att värdet på dessa filmer varierar från en medlemsstat till en annan eller från ett språkområde till ett annat, samt att produktion av europeiska filmer och därmed den kulturella mångfalden på ett europeiskt plan i huvudsak finansieras av programföretag på grundval av systemet med absolut territoriellt skydd. Minskningen av intäkter skulle således inte kunna kompenseras av att den absoluta ensamrätten upphävs, eftersom konsumenter i Frankrike huvudsakligen skulle välja att teckna abonnemang hos företag som överför innehåll som till största delen är på engelska.

51. EFADs har även anfört att kostnaden för en licens för flera territorier skulle vara mycket högre och i praktiken oöverkomlig. Kostnaden för att förvärva nya abonnenter utanför distributionsföretagets eller programföretagets traditionella territorium skulle leda till en ansenlig minskning av programföretagets produktionsmässiga valfrihet. Programföretagen skulle nämligen känna sig manade att koncentrera sig på produktioner med den största möjliga sändningspotentialen, med andra ord produktioner för en ”stor publik” och företrädesvis på engelska. De relevanta klausulerna utgör således en viktig faktor för att främja den europeiska kulturella mångfald som eftersträvas av unionen. Republiken Frankrike har även anfört att målet att skydda denna mångfald är oskiljaktigt från det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket de relevanta klausulerna ingår och inte kan vara avgränsat till den undersökning som avses i artikel 101.3 FEUF. Enligt EFADs har GCP vidare i Frankrike skyldighet att producera europeiska verk. Mot bakgrund av konkurrensen från större engelskspråkiga företag och innehåll riktat till en stor publik kan GCP:s intäkter och abonnentantal minska, om bolaget inte får förvärva licenser till utnyttjande i flera europeiska länder. De ringa intäkterna från passiv försäljning av den europeiska repertoaren skulle på intet sätt kunna kompensera de lokala programföretagen för minskningen av intäkter och abonnenter. Avsaknad av ensamrätt skulle gynna plattformar som redan har abonnenter på ett globalt plan, till nackdel för europeiska aktörer vars förmåga att dra till sig nya kunder är mer begränsad. UPC har preciserat att detta skulle förstärka de internationella produktionskoncernernas förhandlingsläge i förhållande till oberoende franska producenter samt koncentrera utbudet till de starkaste programföretagen. Vad gäller passiv försäljning av betal-tv-kanaler rör förhandlingen om ersättning för användning av upphovsrätten dessutom inte något enstaka verk, utan ett flertal verk, vilket innebär ytterligare komplikationer. Andra komplikationer följer av tillämpningen av mervärdesskatten, där skattesatsen varierar från en medlemsstat till en annan. Republiken Frankrike har även betonat att en skälig ersättning för användning av upphovsrätten inte motsvarar den som rimligtvis har samband endast med det faktiska och potentiella antalet personer som åtnjuter eller önskar åtnjuta den tillhandahållna tjänsten, utan även inbegriper kostnaderna för att överföringen av verken ska anpassas efter de specifika behoven på varje enskild nationell marknad. Dessutom kan det göras intrång i den teknik som krävs för mottagning av audiovisuella verk med den följden att det inte är möjligt att fastställa den faktiska och potentiella publiken genom att dela upp förfrågningar om köp efter ursprungsland. Under alla omständigheter medför de geografiska begränsningar som har samband med de licenser som GCP har tilldelats att sistnämnda bolag inte fritt kan vända sig till kunder i alla medlemsstater.

52. Enligt GCP gav tribunalen således inte en lämplig motivering angående grunden avseende kulturell mångfald och behovet av att marknadsföra verk på konsumentens språk.

8 ”The impact of cross border to audiovisual content of EU consumers”, ingett av GCP.

53. Kommissionen har, med stöd av BEUC, för det första gjort gällande att det framgår av uppgifterna i punkterna 49–58 och 118 i den överklagade domen att tribunalen, efter att ha gjort en djupgående analys av det rättsliga och ekonomiska sammanhang som de relevanta klausulerna ingår i, fann att det mot bakgrund av detta sammanhang inte kunde konstateras att dessa klausuler inte kan begränsa konkurrensen. Tribunalen besvarade med andra ord GCP:s argument.

54. Enligt kommissionen kan det vidare härledas ur domen Football Association Premier League (punkt 140) att principen att ett avtal som syftar till att avskärma de nationella marknaderna vid de nationella gränserna ska anses utgöra ett avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen är fullt överförbar på området för gränsöverskridande tillhandahållande av sändningstjänster. Filmbranschen omfattas därför inte av något speciellt regelverk.

55. I den ovan nämnda domen Coditel II slås det endast fast att ett avtal enligt vilket en enda rättighetsinnehavare ges ensamrätt att överföra ett verk från en medlemsstat och andra därmed förbjuds att sända verket under en bestämd tidsperiod inte i sig har något konkurrensbegränsande syfte. Om ett avtal av detta slag innehåller ytterligare skyldigheter för att säkerställa iakttagandet av de territoriella begränsningarna av användningen av licensen tjänar sådana skyldigheter däremot i princip till att begränsa konkurrensen. Vidare gällde domen Coditel II ett sammanhang där distributionsföretagen hade överfört ett verk till allmänheten utan att i den medlemsstat i vilken denna överföring hade sitt ursprung råda över de nödvändiga rättigheterna och utan att ha betalat någon ersättning. Detta sammanhang skiljer sig från det förevarande, där Sky till följd av de åtaganden som kommissionen har gjort bindande kan tillhandahålla sina tv-distributionstjänster via satellit till konsumenter med hemvist i EES men utanför Förenade kungariket och Irland, i enlighet med gällande bestämmelser, med de rättigheter som krävs för de berörda territorierna och genom att betala en skälig ersättning som tar hänsyn till den faktiska och potentiella publiken i de andra medlemsstaterna.

56. För övrigt gjorde tribunalen åtskillnad mellan sammanhanget för domen Coditel II och sammanhanget för domen Football Association Premier League, i och med att tribunalen i det aktuella målet med rätta hänvisade till den sistnämnda.

57. Kommissionen har för det andra gjort gällande att tribunalen inte hade skyldighet att basera sitt beslut på innehållet i Oxera-rapporten, eftersom det finns andra metoder för att säkerställa en skälig ersättning för användning av upphovsrätten än att avskärma marknaderna vid nationsgränserna, exempelvis beaktandet av den faktiska och potentiella publiken i både sändningsmedlemsstaten och varje annan medlemsstat, vilken kan beräknas utifrån innehavet av en avkodningsutrustning eller datorns IP-adress, eller möjligheten att omförhandla ersättningen om värdet av det licensierade innehållet påverkas av ett betydligt antal spontana förfrågningar från konsumenter utanför sändningsmedlemsstaten. Dessutom innehåller Oxera-rapporten ingen specifik analys av hur konsekvenserna av åtagandena inverkar på den kulturella mångfalden.

58. För det tredje har kommissionen anfört att GCP:s argument om konsekvenserna av åtagandena för den kulturella mångfalden är baserat på förutsättningen att det angripna beslutet resulterar i att publiken i huvudsak väljer att teckna abonnemang hos företag som överför innehåll som till största delen är på engelska. Emellertid kan många tv-tittare av språkliga eller kulturella skäl välja att inte abonnera på tv-distributionstjänster från programföretag med hemvist utanför deras medlemsstat. BEUC har även påpekat att endast 20 procent av den franska befolkningen har den kunskapsnivå som krävs för att följa och förstå ett audiovisuellt verk på ett främmande språk utan undertexter. Enligt kommissionen och BEUC slog tribunalen med rätta fast (punkterna 57 och 69 i den överklagade domen) att det angripna beslutet snarare bidrar till att främja den kulturella mångfalden än att äventyra den, eftersom de aktuella åtagandena öppnar nya möjligheter för konsumenterna att komma åt innehåll från Paramount.

59. Slutligen är BEUC av den uppfattningen att överklagandet uppenbart ska avvisas såvitt avser den tredje grunden, eftersom GCP:s argument skulle ifrågasätta tribunalens bedömning av viss bevisning även om grunden hänvisar till rättsliga fel som den överklagade domen påstås vara behäftad med. GCP har således begränsat sig till att upprepa samma argument som anfördes i första instans om det påstådda behovet av geografisk ensamrätt i syfte att finansiera filmbranschen.

2. Bedömning

60. Enligt min uppfattning är det ändamålsenligt att göra en preliminär bedömning av föremålet för och räckvidden av förevarande mål i syfte att klargöra att den allmänna (rättspolitiska) frågan om förbudet mot geoblockering [9] inte rör den aktuella specifika situationen. [10] Domstolen ska genomföra laglighetsprövningen av en dom varigenom tribunalen fastställde att ett beslut av kommissionen var rättsenligt. Genom detta beslut, som antogs inom ramen för ett förfarande enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003, godtogs och gjordes ett antal åtaganden från Paramount bindande av kommissionen. Enligt dessa åtaganden skulle Paramount ändra vissa avtalsklausuler som gav några europeiska programföretag en absolut geografisk ensamrätt över de produkter som omfattades av överlåtelsen. Dessa åtaganden, som således rör specifika avtalsklausuler och är tidsbegränsade (från juli 2016 till juli 2021), kan just mot bakgrund av sin begränsning såvitt avser föremål och tid inte påverka den allmänna frågan om förbudet mot geoblockering i den audiovisuella sektorn, som inte omfattas av tillämpningsområdet för förordning 2018/302, som nyligen antogs, men som kommer att bli föremål för en översyn två år efter ikraftträdandet.

61. Genom sin tredje grund har klaganden i huvudsak gjort gällande att tribunalen underlät att konstatera att kommissionen inte i tillräckligt hög grad hade beaktat det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket de uttryckta konkurrensmässiga betänkligheterna ingår och att kommissionen – trots att GCP, som hade deltagit i förfarandet uttryckligen hade begärt det – inte hade ansett att de omständigheter som avses i artikel 101.3 FEUF var tillämpliga, vilka skulle ha kompenserat för den påstådda konkurrensbegränsning som följde av det omtvistade beteendet.

62. Enligt domstolens praxis kan kommissionen anta ett beslut om åtaganden när tre villkor är uppfyllda: [11] 1) kommissionen ska uttrycka konkurrensmässiga betänkligheter utan att det är nödvändigt att fastställa att det aktuella beteendet utgör en överträdelse, 2) företaget erbjuder åtaganden som på ett effektivt sätt undanröjer kommissionens betänkligheter, 3) beslutet att godta åtaganden ska under alla omständigheter iaktta proportionalitetsprincipen, som är en av unionsrättens allmänna principer och är avgörande vid prövningen av huruvida ett agerande av unionens institutioner är rättsenligt, inklusive de beslut som kommissionen fattar i egenskap av konkurrensmyndighet.

63. Det är viktigt att understryka, såsom framgår av artikel 9 i förordning nr 1/2003, först och främst om denna artikel jämförs med skäl 13 i förordningen, att kommissionen ”[inte behöver] avgöra huruvida det föreligger en överträdelse utan dess uppgift är begränsad till att mot bakgrund av de problem som kommissionen har konstaterat i sin preliminära bedömning och mot bakgrund av de mål som eftersträvas pröva och eventuellt godta åtaganden som de berörda företagen föreslår”. [12]

9 Se, om ämnet, senast, Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2018/302 av den 28 februari 2018 om åtgärder mot omotiverad geoblockering och andra former av diskriminering på grund av kunders nationalitet, bosättningsort eller etableringsort på den inre marknaden och om ändring av förordningarna (EG) nr 2006/2004 och (EU) 2017/2394 samt direktiv 2009/22/EG (EUT L 60I, 2018, s. 1).

10 Se kommissionens svarsskrivelse, där det i punkt 11 står att ”det angripna beslutet inte rör ’upphävandet’ av ’geoblockeringen’ vad gäller ’audiovisuella tjänster’ eller ’audiovisuellt innehåll’ (punkterna 19, 20 och 23 i överklagandet), utan enbart avtalsenliga begränsningar för passiv försäljning utanför det område som omfattas av den licens som Paramount har tilldelat Sky”.

11 Se, senast, dom av den 29 juni 2010, kommissionen/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377, punkt 40 och följande punkter).

12 Dom av den 29 juni 2010, kommissionen/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377, punkt 40).

64. I detta sammanhang är kommissionens tillämpning av proportionalitetsprincipen ”begränsad till att kontrollera huruvida åtagandena i fråga är ägnade att undanröja de betänkligheter som den har informerat de berörda företagen om och om de sistnämnda inte har föreslagit mindre betungande åtaganden som på ett lika effektivt sätt undanröjer dessa betänkligheter. Kommissionen är dock skyldig att i sin bedömning ta hänsyn till tredje parters intressen”. [13]

65. Varje fas av de tre som mot bakgrund av domstolens praxis utgör kommissionens beslutsprocess om åtaganden aktualiserar viktiga frågor som kräver vägledning från domstolens sida. Jag vill för övrigt betona att behovet av sådan vägledning gör sig i än högre grad gällande i ett system med parallell behörighet för tillämpning av konkurrensreglerna.

66. Först och främst ska det klargöras vad som menas med ”konkurrensmässiga betänkligheter”. Mot denna bakgrund ska sedan omfattningen av domstolens laglighetsprövning fastställas. I detta sammanhang ska det beaktas att kommissionen, i och med att beslutet att godta åtaganden inte kräver att en överträdelse konstateras, inte behöver uppvisa den fördjupningsnivå vad gäller undersökning och motivering som i vanliga fall ankommer på kommissionen i ett konkurrensförfarande. Således kan behovet enligt ovannämnda artikel 9 i förordning nr 1/2003 uppfyllas, det vill säga att uppnå ett processekonomiskt syfte och säkerställa en effektiv tillämpning av konkurrensreglerna i EUF-fördraget på ett snabbt sätt och med begränsad användning av resurser (som uttryckligen erkänts av tribunalen, i synnerhet i punkt 99). Tillämpningen av detta instrument gör det möjligt för kommissionen att frigöra resurser som kommissionen kan använda för att bedöma andra fall där det behöver avgöras om det föreligger en överträdelse i den mening som avses i artikel 7 i förordning nr 1/2003. [14] De företag som frivilligt föreslår åtaganden är på motsvarande sätt ”medvetna om att deras eftergifter kan gå utöver dem som kommissionen efter en noggrann prövning skulle kunna ålägga dem i ett beslut enligt artikel 7 i denna förordning. När ett överträdelseförfarande som inletts mot dessa företag avslutas kan de däremot undgå att en överträdelse av konkurrensreglerna konstateras och att böter utfärdas”. [15]

67. Till följd av detta kan kommissionen anta beslutet att godta åtaganden utan att utveckla någon tydlig skadeteori avseende konkurrensskadan, vilken däremot i regel behövs. Att medge att en tydlig skadeteori inte behövs betyder dock inte att en trovärdig rekonstruktion av konkurrensskadan inte behövs. Upphävandet av den undersöknings- och motiveringsskyldighet, som kommissionen normalt har, kan inte motivera att kommissionens betänkligheter görs om till ett renodlat cirkelargument eller under alla omständigheter till ett uttalande som inte stöds av någon undersökning och någon motivering, vilka visserligen kan vara förenklade, men under alla omständigheter måste vara trovärdiga och kunna besvara de frågor som har aktualiserats under förfarandet. Det som är avgörande enligt min uppfattning är att de processekonomiska skäl som fastställs i artikel 9 i förordning nr 1/2003 ska uppvägas mot andra skäl som uttrycks i unionens konkurrensrätt. Frågan rör nämligen respekten för rätten till försvar för det undersökta företaget, som visserligen frivilligt väljer att föreslå åtaganden, men detta val ska växa fram i ett sammanhang där det är säkert att kommissionens beslut att godta åtagandena dels antas som ett led i ett förfarande där företagets försvarsargument faktiskt beaktas, dels baseras på en korrekt definierad ”överträdelsebenägenhet”. I annat fall skulle konkurrensrätten vara utsatt för allvarliga negativa följder vad gäller förutsebarhet och legitimitet.

13 Dom av den 29 juni 2010, kommissionen/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377, punkt 41).

14 Beträffande ståndpunkten, som det finns fog för, att kommissionen – till skillnad från förfarandet i enlighet med artikel 9 i förordning nr 1/2003, där kommissionen stödjer sig på parternas frivilliga åtaganden – ”[i]nom ramen för ett beslut enligt artikel 7 [däremot måste] eventuellt själv identifiera de korrigerande åtgärderna, vilket innebär att den är tvungen att göra en betydligt mer omfattande och längre undersökning och även en mer omfattande bedömning av de faktiska omständigheterna”, se förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet kommissionen/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2009:555, punkt 51).

15 Dom av den 29 juni 2010, kommissionen/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377, punkt 48).

68. Närmare bestämt finns det en effektivitetsparadox som inte får försummas. Som anförts har förfarandena om godtagande av åtaganden införts i syfte att stärka konkurrensrättens effektivitet. Praxis vid kommissionen och konkurrensmyndigheterna har bekräftat deras betydelse i detta avseende. Emellertid kan en utbredd och i praktiken obegränsad tillämpning av detta instrument leda till en hög grad av osäkerhet i konkurrensrätten: Vilka är ramarna för konkurrensbegränsande beteenden mot bakgrund av beslut om åtaganden? Vad är förenligt med konkurrensrätten och vad är däremot förbjudet? Vidare ska det undvikas att kommissionen och konkurrensmyndigheterna faller för frestelsen att bli regleringsinstanser och således använder sig av beslut om åtaganden inte bara för att ålägga företag att upphöra med konkurrensbegränsande beteenden, utan även för att ge ekonomiska förhållanden på marknaden en viss form.

69. Konsekvensen kan vara att konkurrensrätten förlorar sin förutsebarhet och i slutändan att dess effektivitet och legitimitet försvagas. Därför ska beslut om åtaganden alltid hållas inom ramen för ett regelverk med rättsliga begränsningar som unionsdomstolen och de nationella domstolarna ska värna om och använda för att förstärka regelverket för konkurrensskydd utan att riskera onödig och överdriven användning av besluten. [16]

70. Det kan således dras den slutsatsen att beslutet att godta åtaganden ska baseras på en ”överträdelsebenägenhet”, det vill säga på en analys av företagens beteende och av det relevanta sammanhanget, där de berörda företagens konkurrensskada kan identifieras som möjlig och faktiskt trolig, även om den ännu inte har konstaterats. Det föreligger inget konstaterande, men kommissionen kan inte begränsa sig till antaganden eller allmänna hypoteser som inte har bedömts, om än summariskt, mot bakgrund av den dokumentation som under alla omständigheter har ingetts inom ramen för förfarandet.

71. Om ovanstående resonemang godtas, uppstår två konsekvenser. Den första är att, om betänkligheten rör en konkurrensbegränsning genom syfte, ska kommissionen beakta det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket det aktuella beteendet ingår. Den andra är att, om det företag som har uppvisat det undersökta beteendet eller om andra personer som av andra skäl deltar i förfarandet har inkommit med uppgifter som motiverar det beteende som vid första påseende kan uppfattas som konkurrensbegränsande, ska kommissionen, om än summariskt, ta hänsyn till dessa uppgifter i samband med sitt beslut.

a) Analys av det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket det beteende som omfattas av konkurrensmässiga betänkligheter ingår

72. Den första aspekten är knuten till domstolens praxis, där det klart har slagits fast att frågan huruvida det föreligger en konkurrensbegränsning genom syfte under alla omständigheter kräver en analys av det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket det aktuella beteendet ingår. I detta sammanhang räcker det att hänvisa till omfattande rättspraxis, vilken sträcker sig från domen CB [17] till den nyligen avkunnade domen Generics. [18]

16 Rättssäkerhetsprincipen, vilken som anförts i dom av den 24 juni 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, punkt 75), är en av unionsrättens allmänna principer och ”ur vilken principen om skydd för berättigade förväntningar följer, kräver dels att den rättsliga regleringen ska vara klar och tydlig, dels att den enskilde kan förutse hur den kommer att tillämpas”, se dom av den 11 september 2019, Călin (C-676/17, EU:C:2019:700, punkt 50 och där angiven rättspraxis). Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 december 2019, GRDF (C-236/18, EU:C:2019:1120, punkt 42).

17 Dom av den 11 september 2014, CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 55).

18 Dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 82).

73. I den aktuella situationen analyserade tribunalen, genom en utveckling av kommissionens kortfattade argument (punkterna 43 och 44 i det angripna beslutet), det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket det omtvistade beteendet ingår. I detta hänseende beaktade tribunalen särdragen i filmbranschens finansieringssystem i samband med fastställande av syftet med de aktuella avtalen om tv-distribution. Den överklagade domen ägnar nämligen punkterna 49–57 åt det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket de relevanta klausulerna ingår.

74. Hänvisningarna till domen Football Association Premier League såvitt avser denna aspekt är, såsom anförts av GCP och av de parter som har intervenerat till stöd för klaganden, varken felaktiga eller missvisande.

75. Att avskärma marknaderna vid nationsgränserna kan i själva verket vid första påseende betraktas som en överträdelse av konkurrensrätten i tv-sändningssektorn.[19] Detta gäller även i de fall där den tillgång som utgör avtalets föremål inbegriper immateriella rättigheter.[20]

76. Domen Coditel II, som även klaganden har åberopat för att understödja sina argument, bekräftar inte GCP:s ståndpunkt att förevarande situation inte utgör någon överträdelse av konkurrensrätten, eftersom domstolen i nämnda dom enbart slog fast att ”[d]en omständigheten att innehavaren av upphovsrätten till en film har gett en enda rättsinnehavare ensamrätt att visa denna film på en viss medlemsstats territorium, och därmed alltså har förbjudit andra att sända filmen under en bestämd tidsperiod, [emellertid inte är tillräcklig] för att man ska kunna konstatera att ett sådant avtal bör anses som föremålet för, medlet för eller följden av konkurrensbegränsande samverkan, vilken är förbjuden enligt fördraget”.[21]

77. Just som en bekräftelse på att de båda avgörandena inte utesluter varandra, som klaganden däremot uppenbarligen vill hävda med sin ståndpunkt, hänvisade domstolen i domen Football Association Premier League nämligen till domen Coditel II för att fastställa ovannämnda princip, det vill säga att avtal om avskärmning av den inre marknaden inte alltid ska betraktas som en konkurrensbegränsning genom syfte. Domstolen påpekade dock även att förekomsten av ”ytterligare skyldigheter” som gör ensamrätten ”absolut” kan medföra att dessa avtal blir konkurrensbegränsande.

78. Den överklagade domen innebär således inte att slutsatserna i domen Football Association Premier League automatiskt ska utvidgas till att omfatta det aktuella fallet, utan enbart att denna princip ska anpassas i linje med domstolens praxis.

79. När ett avtal mellan företag påverkar kärnan i de fördelar som eftersträvas med immateriella rättigheter kan det mycket väl uppfattas som konkurrensbegränsande.

80. Det hela förutsätter emellertid att dessa ytterligare avtal inte är giltiga, om det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket de ingår beaktas.

19 Dom av den 4 oktober 2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631), där det anförs att ”ett avtal som syftar till att återupprätta avskärmningar av nationella marknader motverkar fördragets mål att integrera dessa marknader genom upprättandet av den inre marknaden” (punkt 139). Vidare påpekas att ”[d]enna rättspraxis är fullt överförbar på området för gränsöverskridande tillhandahållande av sändningstjänster” (punkt 140).

20 Denna tolkningslinje antogs av domstolen första gången vid avgörandet i målet Consten och Grunding, där tilldelningen av ett registrerat varumärke var ett medel för att ge ett distributionsföretag ett visst territoriellt skydd, se dom av den 13 juli 1966, Consten och Grundig/kommissionen (56/64 och 58/64, EU:C:1966:41). Se, senare, dom av den 8 juni 1982, Nungesser och Eisele/kommissionen (258/78, EU:C:1982:211). Se, i fråga om läkemedelsbranschen, senast, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52), där det i punkt 79 påpekas att ”en industriell eller kommersiell äganderätt, i egenskap av rättslig status, inte uppfyller de kriterier för avtal eller samordning som avses i artikel 101.1 FEUF, men att utövandet av en sådan rättighet kan omfattas av fördragets förbud, om detta utövande framstår som en konkurrensbegränsande samverkans syfte, medel eller följd …, trots att detta kan utgöra ett uttryck för ett legitimt utövande av en industriell äganderätt, som ger rättsinnehavaren rätt att bland annat motsätta sig intrång”.

21 Dom av den 6 oktober 1982, Coditel m.fl. (262/81, EU:C:1982:334, punkt 15).

81. Tribunalens analys (vilken som sagt gjorde kommissionens analys explicit) bekräftar detta synsätt och tillämpar det i förevarande fall.

82. Tribunalen beaktade nämligen det rättsliga och ekonomiska sammanhanget, och i synnerhet särdragen i filmbranschens finansieringssystem, och föreslog en rad alternativ som i den aktuella sektorn kan säkerställa att upphovsrättsinnehavaren får en skälig ersättning. Tribunalen slog på ett övertygande sätt fast att det inte på ett absolut plan kan antas att det i den audiovisuella sektorn inte kan förekomma överträdelser av konkurrensrätten genom avtal om att avskärma marknaderna vid nationsgränserna med avseende på upphovsrättsligt skyddade verk.

83. Tribunalen erinrade faktiskt om att det särskilda föremålet för en immateriell rättighet visserligen är att säkerställa skyddet av de berörda rättighetsinnehavarnas rätt att kommersiellt utnyttja att de skyddade verken förs ut på marknaden eller tillhandahålls i form av licenser som beviljas mot betalning, men att ”ett sådant särskilt föremål emellertid inte garanterar att de berörda rättighetsinnehavarna har möjlighet att kräva högsta möjliga ersättning. Såsom framgår av skäl 10 i upphovsrättsdirektivet och skäl 5 i direktivet om närstående rättigheter, ska rättighetsinnehavarna nämligen i enlighet med detta föremål endast tillförsäkras en skälig ersättning för utnyttjandet av de skyddade alstren”. [22]

84. I huvudsak ”kan en eventuell sänkning av abonnemangspriserna på det franska territoriet – som dittills legat på en viss nivå tack vare det absoluta territoriella skydd som garanterats genom tillämpningen av de relevanta klausulerna – kompenseras av det förhållandet att Paramount, enligt de åtaganden som gjordes bindande genom det angripna beslutet, har tillkännagett att bolaget inte längre avser att tillse att dessa klausuler tillämpas. Detta tillkännagivande innebär att sökanden hädanefter är fri att vända sig till kunder i hela EES och inte enbart i Frankrike” (punkt 57 i den överklagade domen).

85. Bedömningen av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget, som kommissionen gjorde och vilken tribunalen hänvisade till, bekräftar således att ”överträdelsebenägenheten” i ovan anförda mening på ett abstrakt plan kan ge upphov till en ”konkurrensmässig betänklighet”.

b) Huruvida undantagen i artikel 101.3 FEUF är tillämpliga på ett förfarande enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003

86. Den andra aspekten är mer problematisk och utgör en av de mest relevanta aspekterna i förevarande fall. I den överklagade domen (punkt 62) [23] fann tribunalen i själva verket att bedömningen av huruvida villkoren i artikel 101.3 FEUF är uppfyllda eller ej förutsätter att ett konkurrensbegränsande beteende har konstaterats. Enligt detta synsätt ska kommissionen i händelse av en konkurrensmässig betänklighet först och främst pröva om det förekommer en överträdelse i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF och – först efter att ha konstaterat överträdelsen – bedöma om de undantag som fastställs i punkt 3 föreligger. Eftersom beslut att godta åtaganden inte omfattar konstaterandet av huruvida det förekommer en överträdelse, ska det enligt tribunalen inte göras någon bedömning med avseende på förhållandena i punkt 3.

87. Enligt min uppfattning medför tribunalens lösning paradoxala resultat som innebär att hänvisningen till förekomsten av en ”överträdelsebenägenhet” som grund för de betänkligheter som åtagandena borde undanröja blir betydelselös och strider mot logiken bakom artikel 101 FEUF, vilken i huvudsak gäller fördelningen av bevisbördan mellan kommissionen och parterna.

22 Dom av den 4 oktober 2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631, punkterna 107 och 108).

23 Men som även anförts av kommissionen vid förhandlingen den 6 februari 2020 (s. 7 och 8 i det fullständiga referatet från förhandlingen).

88. Om kommissionens ståndpunkt tillämpas kan beslutet att godta åtaganden leda till en dubbel paradox. Å ena sidan förhindras ett beteende som inte strider mot konkurrensrätten (vilket ger ett ”falskt positivt” resultat, som utgör en av de allvarligaste riskerna med konkurrensförfaranden och som lätt skulle kunna undvikas om det genomförs en bedömning, om än summarisk, av det uppvisade beteendet mot bakgrund av artikel 101.3 FEUF). Å andra sidan skulle den förändring av ovannämnda beteende som följer av åtagandena i slutändan påverka just de behov som uppställs i ovannämnda punkt 3, vilka enligt primärrätten ska uppfyllas i en sådan omfattning att de har företräde framför en första bedömning av konkurrensbegränsningen i enlighet med artikel 101.1 FEUF.

89. Enbart för det fall att artikel 101.1 och 101.3 FEUF betraktas i sin helhet är det, om än mot bakgrund av en summarisk analys, möjligt att identifiera en ”överträdelsebenägenhet” som motiverar godtagandet av åtagandena. I annat fall skulle kommissionen utveckla en analys som saknar en del vilken enligt artikel 101 FEUF är av grundläggande betydelse för att konstatera att det förekommer en överträdelse. Det stämmer att det i händelse av förfarandet om godtagande av åtaganden, som flera gånger anförts, inte kan vara fråga om att konstatera överträdelsen, men det måste åtminstone föreligga en ”överträdelsebenägenhet”. Eftersom det i artikel 101 FEUF fastställs två faser för konstaterandet av en överträdelse av konkurrensrätten, vilka beskrivs i artikel 101.1 respektive 101.3 FEUF, även när det handlar om en ”överträdelsebenägenhet”, ska analysen omfatta båda dessa faser. Detta gäller även om, och det ska betonas, det krävs en klart lägre fördjupningsnivå och räcker med en mycket mer kortfattad motivering än vad som är fallet när det ska konstateras en överträdelse.

90. Avslutningsvis ska det påpekas att det i artikel 101.1 och 101.3 FEUF även fastställs en metod för fördelning av bevisbördan.[24] Enligt artikel 101.1 FEUF identifierar kommissionen en möjlig överträdelse och definierar en teori om konkurrensskadan. Företaget besvarar då och försöker neutralisera kommissionens antaganden genom att åberopa villkoren i artikel 101.3 FEUF. Det finns ingen anledning till att denna logik ska vändas upp och ned när kommissionen väljer att följa metoden med åtaganden. Parterna i förfarandet ska, även i dess inledande fas, kunna utöva sin rätt till försvar till fullo. Genom utövande av nämnda rätt tillvaratar parterna inte bara sina intressen. Om argumenten som har samband med artikel 101.3 FEUF är välgrundade bidrar parterna även till att undvika att ett beteende förbjuds som däremot tjänar de intressen som ligger till grund för artikel 101.3 FEUF och som enligt EUF-fördraget ska ges företräde.

91. Jag finner därför att kommissionen även i förfarandet om godtagande av de åtaganden som föreslås av ett företag ska genomföra båda faserna enligt artikel 101.1 och 101.3 FEUF. Kommissionen kan därför inte underlåta att beakta, om än summariskt med hänsyn till förfarandets karaktär, de argument som anförs av parterna, eller av tredje parter som deltar i förfarandet, vad gäller frågan huruvida villkoren i ovannämnda punkt 3 är uppfyllda.

92. Vid tillämpningen av ovannämnda principer i förevarande fall vill jag betona att tribunalens entydiga uttalande om att artikel 101.3 FEUF i allmänhet inte är tillämplig på förfarandet om åtaganden, vilket har kritiserats ovan, inte kan undergräva domens rättsenlighet i detta hänseende, eftersom både kommissionen och tribunalen i själva verket anförde kortfattade argument som är förenliga med karaktären av förfarandet om godtagande av åtaganden. Således är det inte fråga om den bristande motivering som har åberopats i en av grunderna för överklagande.

24 Enligt den normala fördelningen av bevisbördan, som fastställs i artikel 2 i förordning nr 1/2003 och bekräftas i fast rättspraxis, ”åligger det den part eller myndighet som gör gällande att konkurrensreglerna har åsidosatts att visa detta. Det åligger vidare det företag eller den sammanslutning av företag som, då en överträdelse av dessa regler kan konstateras, åberopar en grund för försvar, att visa att villkoren för att tillämpa den regel ur vilken grunden för försvar har härletts är uppfyllda, så att myndigheten då får tillgripa andra bevismedel”, se dom av den 26 januari 2017, Duravit m.fl./kommissionen (C-609/13 P, EU:C:2017:46, punkt 56 och där angiven rättspraxis). Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 juni 2010, Lafarge/kommissionen (C-413/08 P, EU:C:2010:346, punkt 29).

93. Vid en läsning av tribunalens motivering i punkterna 53–57 och 67–72 i domen tillsammans med kommissionens motivering i punkterna 40–44 och 50–53 i beslutet går det att dra den slutsatsen att ”[det således är] åtminstone ett av de kumulativa villkoren i artikel 101.3 FEUF som de relevanta klausulerna inte uppfyller, nämligen villkoret att de berörda företagen inte ska åläggas begränsningar som inte är nödvändiga för skyddet av dessa rättigheter” (immateriella rättigheter) (punkt 67 i den överklagade domen)”.

94. Enligt artikel 101.3 FEUF får bestämmelserna i punkten förklaras icke tillämpliga när avtalen mellan företag bidrar ”till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås”, förutsatt att de berörda företagen inte åläggs ”begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål”.

95. De relevanta klausulerna innebär enligt tribunalens och kommissionens uppfattning begränsningar som går ”utöver vad som är nödvändigt för produktionen och distributionen av audiovisuella verk som behöver immaterialrättsligt skydd” [25] (punkt 67 i den överklagade domen), även om syftet var att främja den kulturella mångfalden.

96. Tvärtom går ett absolut territoriellt skydd ”klart utöver vad som är nödvändigt för att förbättra produktionen eller distributionen eller för att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, vilket är de villkor som uppställs i artikel 101.3 FEUF. Detta framgår i förevarande fall av det mellan de berörda avtalsparterna överenskomna totalförbudet mot gränsöverskridande tv-sändningstjänster, trots att det rör sig om verk för vilka Paramount självt har tilldelat en licens och som sänds på en medlemsstats territorium (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 juni 1982, Nungesser och Eisele/kommissionen, 258/78, EU:C:1982:211, punkt 77)” (punkt 68 i den överklagade domen). Denna avskärmning av marknaderna vid nationsgränserna och de resulterande prisskillnaderna är inte förenliga med fördragets huvudsakliga syfte som är förverkligandet av en inre marknad (punkterna 43 och 44 i det angripna beslutet samt punkt 57 i den överklagade domen).

97. I förevarande situation gav tribunalen en tillräcklig motivering i den meningen att det finns ett annat alternativ till att finansiera filmproduktion i EES-länderna – och därmed bland annat tillvarata intresset för kulturell mångfald – än att avskärma marknaderna med absolut geografisk ensamrätt: ”den omständigheten att sökandens intäkter från kunder i Frankrike kan komma att minska, kan kompenseras av att sökanden, tack vare genomförandet av åtaganden som genom det angripna beslutet blivit bindande, är fri att vända sig till kunder i hela EES och inte endast i Frankrike” (punkt 69 i den överklagade domen).

98. Det innebär att, ”[ä]ven om sökanden avsätter en del av sina intäkter till finansiering av audiovisuella produkter som kräver särskilt stöd, har således den normala konkurrens som hädanefter råder på EES-nivå gett sökanden möjligheter som de relevanta klausulerna nekade denne så länge som Paramount hade för avsikt att tillse efterlevnaden av dessa klausuler” (punkt 57 i den överklagade domen).

c) Slutsats i denna del

99. Avslutningsvis anser jag att den invändning som har anförts i den tredje grunden, som gäller bristande motivering och ofullständig bedömning av de faktiska omständigheterna, inte kan godtas, bland annat mot bakgrund av att tribunalens skyldighet att motivera sina beslut förvisso inte kan tolkas så, att den är tvungen att i detalj bemöta varje argument som åberopats av en part. Det anses i stället

25 Immaterialrättens särskilda föremål innebär i själva verket inte att dessa rättighetshavare ska ha möjlighet att kräva högsta möjliga ersättning. Vad gäller tv-sändningar ska således en sådan ersättning stå i rimlig proportion till aspekter av de aktuella sändningarna, såsom den faktiska och potentiella publiken (punkterna 41 och 42 i kommissionens beslut samt punkterna 53 och 54 i den överklagade domen).

vara tillräckligt att det av motiveringen till en dom klart och tydligt framgår hur tribunalen har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för det fattade beslutet och så att domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt.[26] Att tribunalen vad gäller innehållet kommit fram till en annan slutsats än klaganden innebär inte i sig att den överklagade domen är bristfälligt motiverad.[27]

100. Tribunalen gav en tillräcklig motivering vad gäller hur det omtvistade beteendet sattes in i det specifika rättsliga och ekonomiska sammanhanget och drog slutsatser som skiljer sig från de slutsatser som har föreslagits av klaganden, men som inte ska uppfattas som uppenbart felaktiga.

101. Vad gäller frågan huruvida undantagen i artikel 101.3 FEUF är tillämpliga på ett förfarande enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 gjorde tribunalen visserligen fel när den fann att de i allmänhet inte är tillämpliga, men det angripna beslutet och den överklagade domen innehåller tillräckliga argument för att konstatera att det aktuella fallet ändå inte skulle omfattas av dessa undantag. På grundval av detta föreslår jag att domstolen ska ogilla överklagandet på den tredje grunden.

B. Den fjärde grunden, under vilken klaganden har gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig tolkning av artikel 9 i förordning nr 1/2003 och av punkt 128 i kommissionens tillkännagivande om bästa praxis för förfaranden som rör artiklarna 101 och 102 i EUF-fördraget[28] (nedan kallad bästa praxis)

1. Parternas argument

102. GCP har, med stöd av Republiken Frankrike, gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig tolkning av artikel 9 i förordning nr 1/2003 och av punkt 128 i bästa praxis när den slog fast (punkterna 118 och 119 i den överklagade domen) dels att de relevanta klausulerna till sin natur syftar till att avskärma de nationella marknaderna i hela EES, utan att det rättsliga och ekonomiska sammanhang som klausulerna ingår i gör det möjligt att dra slutsatsen att de inte skadar konkurrensen, dels att inget annat åtagande av dem som Paramount föreslog, med mindre betungande effekter för GCP, skulle ha varit effektivt.

103. GCP har, med stöd av Republiken Frankrike, för det första gjort gällande att kommissionen inte beaktade särdragen på andra marknader, i synnerhet den franska, där det rättsliga och finansiella systemet är utformat på så sätt att audiovisuellt skapande huvudsakligen finansieras av programföretag som GCP, i och med att kommissionen godtog Paramounts åtaganden som rörde alla avtal som hade ingåtts med programföretag inom EES medan konkurrensmässiga betänkligheter i kommissionens preliminära bedömning enbart avsåg ensamrätter i Förenade kungariket och Irland.

104. Genom att fastställa kommissionens synsätt åsidosatte tribunalen proportionalitetsprincipen och respekten för tredje mans rättigheter, såsom det erinrats om i bland annat dom av den 29 juni 2010, kommissionen/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377, punkt 41). Tribunalen gjorde sig således skyldig till en felaktig rättstillämpning när den i punkt 106 i den överklagade domen påpekade att kommissionen hade handlat inom ramen för de befogenheter som den hade tilldelats genom artikel 9 i förordning nr 1/2003 och hade beaktat de mål som eftersträvas med denna bestämmelse (hänsyn till processekonomi och effektivitet) utan att därvid påverka GCP:s avtalsenliga eller processuella rättigheter på ett sätt som gick utöver vad som var nödvändigt för att uppnå dessa mål.

26 Förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet kommissionen/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2009:555, punkt 100).

27 Förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet kommissionen/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2009:555, punkt 102).

28 EUT C 308, 2011, s. 6.

105. Republiken Frankrike har anfört att den omständigheten att det inte föreslogs några andra åtaganden som på ett effektivt sätt kunde undanröja de konkurrensmässiga betänkligheter som kommissionen hade identifierat inte är tillräcklig för att hävda att tredje parters intressen i själva verket togs i beaktande. Eftersom åtagandena är resultatet av exklusiva förhandlingar mellan kommissionen och det berörda företaget, är det i själva verket svårt att föreställa sig att tredje parters intressen kan beaktas inom ramen för ett förfarande om åtaganden enbart genom att det görs en jämförelse mellan de erbjudna åtagandena och andra åtaganden som kan komma att föreslås av det berörda företaget.

106. UPC har betonat att det angripna beslutet däremot inverkar på alla aktörers intressen i filmbranschen. UPC har faktiskt anfört att gratis- och betal-tv-kanaler år 2018 finansierade 97,8 procent av de franskproducerade filmerna med en budget på minst 4 miljoner euro och 77,2 procent av filmerna med en garanterad budget på mellan 1 och 4 miljoner euro. GCP förhandsköpte 113 franskproducerade filmer och 93,9 procent franskproducerade filmer till en kostnad på över 7 miljoner euro. Som ett led i sin analys tog tribunalen varken hänsyn till dessa uppgifter eller den omständigheten att det angripna beslutet, om det fastställs, riskerar att helt omkullkasta alla avtalsstandarder för samtliga aktörer på marknaden.

107. För det andra har GCP gjort gällande att åtaganden – i överensstämmelse med punkt 128 i bästa praxis och fotnot 76 däri – ska vara entydiga och direkt tillämpliga och att deras genomförande inte ska vara beroende av krav som ställs av en tredje part som inte är bunden av åtagandena.

108. Tribunalen åsidosatte denna princip när den i punkt 104 i den överklagade domen slog fast att kommissionens beslut inte påverkar GCP:s avtalsfrihet, eftersom klaganden har möjlighet att väcka talan vid nationell domstol i syfte att denna domstol ska förklara de relevanta klausulerna förenliga med artikel 101.1 FEUF och i förhållande till Paramount dra de slutsatser som följer av nationell rätt. När tribunalen i punkt 103 i domen påpekade att det ankommer på kommissionen att ta upp förfarandet på nytt, om avgörandet av den nationella domstolen leder till att Paramount åsidosätter de skyldigheter som följer av de egna åtagandena, erkände tribunalen uttryckligen att genomförandet av åtagandena är beroende av GCP, men drog inte alla rättsliga konsekvenser av denna slutsats.

109. GCP och Republiken Frankrike har för det tredje gjort gällande att tribunalen åsidosatte tredje mans rättigheter på ett allvarligt sätt när den i punkt 100 i den överklagade domen slog fast att det angripna beslutet påverkar den nationella domstolens bedömning endast i det avseendet att det innehåller en preliminär bedömning. Detta beslut skulle nämligen helt frånta GCP dess avtalsfrihet, eftersom GCP i själva verket inte skulle kunna få den nationella domstolen att ta avstånd från kommissionens synsätt och fastställa de omtvistade klausulernas giltighet. I detta sammanhang framgår det av dom av den 23 november 2017, Gasorba m.fl. (C-547/16, EU:C:2017:891, punkterna 28 och 29), att de nationella domstolarna inte får ignorera beslut som antas med stöd av artikel 9.1 i förordning nr 1/2003 utan ska beakta kommissionens preliminära bedömning och betrakta denna som ett indicium, alternativt som ett prima facie-bevis på att det berörda avtalet är konkurrensbegränsande.

110. Republiken Frankrike har påpekat att den inverkan som ett beslut som det angripna har på den nationella domstolens bedömning förstärks av de åtaganden som förhandlas fram med andra multinationella företag i den aktuella sektorn, vilket gör det mera sannolikt att senare åtaganden kommer att utgöra en standard som den nationella domstolen får allt svårare att avvika från. Den omständigheten att kommissionen – om den nationella domstolen i den specifika situationen finner att det aktuella avtalet inte utgör någon överträdelse av artikel 101.3 FEUF – utan tvekan kommer att ta upp ett undersökningsförfarande på nytt i enlighet med artikel 9.2 b i förordning nr 1/2003 kan avskräcka den nationella domstolen från att ta avstånd från kommissionens preliminära bedömning.

111. Kommissionen har, med stöd av BEUC, gjort gällande att tribunalen i punkterna 43–58 och 118 i den överklagade domen med rätta slog fast att Paramounts åtaganden undanröjde konkurrensmässiga betänkligheter angående hela EES. De relevanta klausulerna utgjorde i själva verket ytterligare skyldigheter i syfte att avskärma de nationella marknaderna i hela EES genom att förbjuda eller begränsa gränsöverskridande passiv försäljning av tv-distributionstjänster från Sky till konsumenter med hemvist i EES men utanför Förenade kungariket och Irland samt försäljning från programföretag inom EES men utanför Förenade kungariket och Irland till konsumenter med hemvist i Förenade kungariket och Irland. De åtaganden som erbjöds av Paramount undanröjer därför på ett effektivt sätt de konkurrensmässiga betänkligheter som uttrycktes i meddelandet om invändningar och Paramount föreslog inte mindre strikta åtaganden som på ett effektivt sätt skulle kunna undanröja dessa betänkligheter.

112. Kommissionen har, med stöd av BEUC, vidare gjort gällande att tribunalen i punkterna 83–108 i den överklagade domen med rätta slog fast att genomförandet av Paramounts åtaganden inte är beroende av tredje parter, däribland GCP. När Paramount erbjöd dessa åtaganden utövade det däremot sin avtalsfrihet om att inte vara bundet av vissa avtalsklausuler och detta beslut är inte beroende av tredje parter. Vidare påverkar kommissionens godtagande av dessa åtaganden inte GCP:s möjlighet att vända sig till nationell domstol i syfte att utöva sina rättigheter inom ramen för sitt avtalsförhållande med Paramount. Om en nationell domstol finner att de relevanta klausulerna inte utgör någon överträdelse av artikel 101.1 FEUF eller att de uppfyller villkoren i artikel 101.3 FEUF, ankommer det på denna domstol att pröva om utgången i domstolsförfarandet kan leda till att Paramount åsidosätter sina åtaganden, som har gjorts enligt det angripna beslutet. För att undvika att utgången i detta förfarande kan leda till att Paramount åsidosätter dessa åtaganden kan den nationella domstolen underlåta att slå fast att de relevanta klausulerna ska uppfyllas och samtidigt, i enlighet med de relevanta nationella bestämmelserna, ålägga Paramount att uppfylla dem i form av motsvarande ersättning för skada. Tribunalen beaktade denna lösning i punkt 103 i den överklagade domen.

113. Kommissionen hävdar, med stöd av BEUC, för det tredje att tribunalen i punkt 102 i den överklagade domen med rätta påpekade att GCP kan få en nationell domstol att meddela ett avgörande där det i strid med kommissionens beslut slås fast att de omtvistade klausulerna är giltiga. Det framgår faktiskt av punkt 29 i domen Gasorba att nationella domstolar enbart ska beakta kommissionens preliminära bedömning, på det sätt som denna bedömning uttrycks i det angripna beslutet, och betrakta denna som ett indicium, alternativt som ett prima facie-bevis på att de omtvistade klausulerna är konkurrensbegränsande.

114. BEUC har gjort gällande att överklagandet ska avvisas såvitt avser den fjärde grunden, eftersom GCP – genom att upprepa samma argument som anfördes i första instans – försöker ifrågasätta tribunalens slutsatser och bedömning av de faktiska omständigheterna i samband med prövningen av den tredje och den andra grunden.

2. Bedömning

a) Åsidosättande av proportionalitetsprincipen och inverkan på tredje mans rättigheter

115. De invändningar mot tribunalens dom som har framställts genom den fjärde grunden rör i huvudsak en påstådd felaktig rättstillämpning som tribunalen gjorde sig skyldig till när den slog fast dels att kommissionen inte hade åsidosatt proportionalitetsprincipen genom att göra de åtaganden som föreslagits av Paramount bindande i hela EES, medan de konkurrensmässiga betänkligheter som kommissionen hade uttryckt i den preliminära bedömningen enbart hade rört geografiska ensamrätter i Förenade kungariket och Irland, dels att kommissionens beslut inte inverkar på tredje mans rättigheter, eftersom dessa mycket väl kan väcka talan vid nationell domstol i syfte att uppnå domstolsskydd i relation till de relevanta klausulerna.

116. Den känsliga fråga som domstolen ska lösa är således huruvida de föreslagna åtaganden som kommissionen godtog kan inverka på tredje mans avtalsenliga rättigheter. Frågan rör den känsliga avvägningen mellan å ena sidan avtalsfriheten och å andra sidan de rättsprinciper och mål som fastställs i EU-fördragen, i synnerhet med avseende på konkurrensskydd. Som bekant är avtalsfriheten uttryck för näringsfriheten enligt artikel 16 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [29] och har sitt ursprung i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Emellertid framgår det av domstolens praxis att näringsfriheten inte är någon absolut rättighet, utan måste bedömas utifrån dess funktion i samhället. [30] Därför kan näringsfriheten bli föremål för myndighetsingrepp, som i det allmännas intresse begränsar hur näringar får bedrivas. [31]

117. Denna mycket kortfattat beskrivna ram innehåller en rad begränsningar för parternas avtalsfrihet som gör sig gällande i förevarande fall, exempelvis Paramounts skyldighet att i nya licensavtal inte införa avtalsklausuler som uppställer absoluta hinder för konkurrensen inom unionen och motverkar det syfte att skapa en inre marknad som fastställs i artikel 3.3 FEU eller principen i rättspraxis, som tribunalen hänvisade till, att upphovsrätten enbart ska garantera en ersättning som står i ”rimlig” proportion till det ekonomiska värdet av den prestation som tillhandahålls, och att eventuella klausuler som fastställer en större ersättning därför inte är tillåtna om de förutsätter avskärmning av marknaderna vid nationsgränserna som en följd av det absoluta territoriella skyddet för den nationella licenstagaren.

118. Att beslut i konkurrensförfaranden inverkar på befintliga avtalsförhållanden är givetvis ingen nyhet. Särdraget hos förevarande fall är att kommissionen – i syfte att skydda konkurrensen på den inre marknaden – godtog ett företags åtaganden som inverkar på företagets avtalsförhållanden med en aktör som är tredje part i förhållande till förfarandet enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003.

119. Får ett beslut att godta åtaganden gå så långt att företaget inte längre behöver uppfylla ett avtal som har ingåtts med en tredje part? Kan målet om konkurrensskydd motivera en så stor inskränkning av en tredje parts avtalsfrihet? Frågan rör således tillämpningen av proportionalitetsprincipen på beslut att godta åtaganden.

120. Genom att hänvisa till domen Alrosa (i synnerhet punkt 41) har kommissionen förespråkat en mycket restriktiv tolkning av proportionalitetsprincipens roll på detta område. Kommissionen ska således begränsa sig till att kontrollera huruvida åtagandena i fråga är ägnade att undanröja de betänkligheter som den har informerat de berörda företagen om och huruvida de sistnämnda inte har föreslagit mindre betungande åtaganden som på ett lika effektivt sätt undanröjer dessa betänkligheter. Detta synsätt godtogs av tribunalen, som erkände att kommissionen faktiskt hade gjort dessa bedömningar.

121. Emellertid begränsade domen Alrosa i själva verket inte tillämpningen av proportionalitetsprincipen på de ovannämnda bedömningarna, eftersom domstolen, efter att ha påpekat att kommissionen ska göra dessa bedömningar, preciserade att ”[k]ommissionen [dock är] skyldig att i sin bedömning ta hänsyn till tredje parters intressen”. [32]

29 Det skydd som ges i artikel 16 i stadgan ”omfattar friheten att utöva en ekonomisk eller kommersiell verksamhet, avtalsfriheten och den fria konkurrensen. Det ska dessutom påpekas att avtalsfriheten bland annat omfattar friheten att välja affärspartner och friheten att bestämma priset för en tjänst”, dom av den 20 december 2017, Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989, punkt 50). Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 juli 2018, Spika m.fl. (C-540/16, EU:C:2018:565, punkt 34), dom av den 26 oktober 2017, BB construct (C-534/16, EU:C:2017:820, punkterna 34 och 35), och dom av den 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punkt 42).

30 Dom av den 9 september 2004, Spanien och Finland/parlamentet och rådet (C-184/02 och C-223/02, EU:C:2004:497, punkterna 51 och 52), och dom av den 6 september 2012, Deutsches Weintor (C-544/10, EU:C:2012:526, punkt 54).

31 Dom av den 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punkt 46).

32 Dom av den 29 juni 2010, kommissionen/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377, punkt 41).

122. Proportionalitetsprincipen ska med andra ord tillämpas i två riktningar. Å ena sidan rör denna princip frågan huruvida företagets åtaganden kan undanröja kommissionens betänkligheter och huruvida företaget inte har föreslagit andra mindre betungande åtaganden som likväl undanröjer kommissionens betänkligheter. Å andra sidan är principen tillämplig på tredje parters intressen som till en viss grad påverkas av att åtagandena godtas. Således har domstolen slagit fast att ett beslut om åtaganden i praktiken även kan komma att inverka på tredje parters intressen avseende andra företag än de som omfattas av kommissionens undersökning. I ett sådant fall kan beslutet dock enbart uppfattas som rättsenligt om prövningen visar att proportionalitetsprincipen har iakttagits.

123. Omfattningen av laglighetsprövningen i förhållande till proportionalitetsprincipen kan mycket väl variera beroende på det aktuella förfarandet. Som anförts ovan är proportionalitetsprincipens räckvidd begränsad när prövningen avser ett företags åtaganden i samband med ett förfarande som inte resulterar i något konstaterande av överträdelsen.[33] När åtagandena däremot inte ska prövas utifrån deras förmåga att undanröja kommissionens betänkligheter, utan vad gäller inverkan på tredje parters intressen, kräver denna princip emellertid att det inte sker en total inskränkning av deras rättigheter, som ska tillmätas betydelse enligt unionens primärrätt, eller att de på annat sätt förlorar sitt innehåll.

124. Denna slutsats följer med nödvändighet av kärnan i proportionalitetsprincipen, som är en av unionsrättens allmänna principer och innebär att ”unionsinstitutionerna [i sitt handlande inte får] gå utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå de legitima mål som eftersträvas med bestämmelserna i fråga. När det finns flera ändamålsenliga åtgärder att välja mellan ska den åtgärd väljas som är minst ingripande och de vållade olägenheterna får inte vara orimliga i förhållande till de eftersträvade målen”.[34] Nämnda princip är ”avgörande vid prövningen av huruvida ett sådant agerande av gemenskapens institutioner är rättsenligt, inklusive de beslut som kommissionen fattar i egenskap av konkurrensmyndighet”.[35]

125. För det fall att beslutet att godta åtaganden som föreslås av ett företag resulterar i att nämnda företag inte längre gentemot en tredje part behöver uppfylla sina avtalsenliga skyldigheter som är väsentliga beståndsdelar i den ekonomiska balans som parterna fastställde vid utövandet av sin avtalsfrihet, menar jag att en så stor inskränkning av nämnda tredje parts avtalsfrihet inte kan motiveras mot bakgrund av proportionalitetsprincipen.

126. För att kringgå denna slutsats har kommissionen, med samma resonemang som tribunalen, gjort gällande att den tredje parten (GCP) har rätt att väcka talan mot det företag som har föreslagit åtagandena (Paramount) och yrka att den nationella domstolen fastställer företagets avtalsrättsliga skadeståndsansvar och förplikta det att ersätta skadan. Med hänvisning till domen Alrosa påpekade tribunalen i själva verket att det faktum att åtaganden från ett företags sida har gjorts bindande inte innebär att andra företag fråntas möjligheten att skydda sina eventuella rättigheter i sina förbindelser med detta företag.[36] Vid tillämpningen av denna princip kan den nationella domstolen finna att de relevanta klausulerna strider mot artikel 101.1 FEUF eller uppfyller villkoren i artikel 101.3 FEUF. I förekommande fall kan den nationella domstolen pröva om talan är välgrundad, eftersom artikel 101 FEUF då inte utgör hinder för att tillämpa de relevanta klausulerna (punkterna 100–102 i den överklagade domen).

33 Dom av den 29 juni 2010, kommissionen/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377, punkt 47), där det anförs att ”[ä]ven om de beslut som antas med stöd av dessa två bestämmelser i båda fall måste vara förenliga med proportionalitetsprincipen, skiljer sig trots allt tillämpningen av denna princip beroende på vilken bestämmelse som avses”.

34 Dom av den 11 januari 2017, Spanien/rådet (C-128/15, EU:C:2017:3, punkt 71). Se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punkt 54), dom av den 8 april 2014, Digital Rights Ireland (C-293/12 och C-594/12, EU:C:2014:238, punkt 46), och dom av den 23 oktober 2012, Nelson m.fl. (C-581/10 och C-629/10, EU:C:2012:657, punkt 71).

35 Förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet kommissionen/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2009:555, punkt 42 och de där i fotnoterna 22 och 23 angivna domarna).

36 Dom av den 29 juni 2010, kommissionen/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377, punkt 49).

127. Den svaga punkten i detta resonemang, som har understrukits i GCP:s överklagande, är att beslutet att godta åtaganden under alla omständigheter påverkar den nationella domstol vid vilken den tredje parten har väckt talan, eftersom det uppställer en ansenlig rättslig begränsning för nämnda domstols utrymme för skönsmässig bedömning. Visserligen utesluter ett beslut angående åtaganden som antas med stöd av artikel 9.1 i förordning nr 1/2003 inte att den nationella domstolen gör en annan bedömning av den praxis som utgör föremålet för detta beslut än den som görs av kommissionen, men ”[d]e nationella domstolarna ska emellertid inte ignorera sådana beslut. Sådana akter har nämligen i vilket fall som helst beslutskaraktär. Såväl principen om lojalt samarbete i artikel 4.3 FEU som målet att säkerställa en effektiv och enhetlig tillämpning av unionens konkurrensrätt, tvingar dessutom den nationella domstolen att beakta kommissionens preliminära bedömning och betrakta denna som ett indicium, alternativt som ett prima facie-bevis på att det berörda avtalet är konkurrensbegränsande i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF”. [37]

128. Nämnda rättspraxis är särskilt i linje med behovet enligt förordning nr 1/2003 att säkerställa en enhetlig tillämpning av unionens konkurrensrätt i ett system med parallell behörighet för tillämpning av konkurrensreglerna. I detta sammanhang ska det erinras om att ”[f]ör att garantera att principerna om rättslig säkerhet och enhetlig tillämpning av gemenskapens konkurrensregler iakttas, måste man i ett system med parallell behörighet undvika motstridiga beslut. Det är därför nödvändigt att i enlighet med EG-domstolens rättspraxis förtydliga vilka konsekvenser kommissionens beslut och förfaranden har på medlemsstaternas domstolar och konkurrensmyndigheter”. [38]

129. Om kommissionens beslut som antas med stöd av den flera gånger nämnda artikel 9 inte ålade den nationella domstolen att ta hänsyn till det som ett prima facie-bevis, skulle det kunna leda till farliga och betydande avvikelser vid tillämpningen av unionens konkurrensrätt i den enskilda medlemsstaten. På så sätt skulle det system med parallell behörighet för tillämpning av konkurrensreglerna som har införts genom förordning nr 1/2003 undergrävas.

130. I detta sammanhang är möjligheten för en tredje part såsom GCP att väcka talan vid nationell domstol i syfte att få ersättning för skada från Paramount kraftigt försvagad, eftersom den förutsätter upphävandet av presumtionen att de relevanta klausulerna är ogiltiga. För det fall att målet om konkurrensskydd eftersträvas genom tillämpning av ett förfarande som är synnerligen förenklat och därmed ger lägre skyddsgarantier med avseende på rätten för dem som berörs av beslutet att delta i förfarandet, blir inskränkningen av tredje parters avtalsfrihet för stor.

131. Det förhållandet att den resulterande inskränkningen av tredje parters avtalsfrihet var nödvändig för att skydda konkurrensen och att kommissionen inte kunde ändra innehållet i åtaganden som utgör en ensidig handling från företagets sida föranleder inte någon annan bedömning. I detta avseende räcker det att påpeka att kommissionen förfogade över andra medel, som var lämpligare med hänsyn till särdragen i förevarande situation, för att tillvarata allmänintresset, som skyddas i artikel 101.1 FEUF. Kommissionen kunde i själva verket avstå från åtagandena, eftersom de stred mot proportionalitetsprincipen, och genomföra förfarandet enligt artikel 7 i förordning nr 1/2003 för att fastställa om det var fråga om en överträdelse eller ej. [39]

132. I likhet med vad GCP, på ett effektivt sätt, gjorde gällande vid förhandlingen ska det avslutningsvis påpekas att tribunalens lösning som yttersta konsekvens skulle motverka funktionen och effektiviteten av mekanismen för konkurrensskydd genom beslut att godta åtaganden. Det företag som föreslår åtaganden vilka kommissionen senare gör bindande skulle i själva verket enligt

37 Dom av den 23 november 2017, Gasorba m.fl. (C-547/16, EU:C:2017:891, punkt 29).

38 Skäl 22 i förordning nr 1/2003.

39 ”Kommissionen kan inte göra åtaganden bindande som erbjudits av ett eller flera företag och som visar sig vara oproportionerliga i förhållande till det av kommissionen eftersträvade målet att skydda konkurrensen från snedvridning. Kommissionen ska då i stället påpeka för företaget eller företagen att åtagandena är oproportionerliga och eventuellt förslå ändringar däri”, se förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet kommissionen/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2009:555, punkt 43). Under alla omständigheter behöver kommissionen såsom anförts av generaladvokaten Kokott ”inte godta åtaganden vars lämplighet först kan bedömas efter en noggrann prövning av kommissionen” (punkt 53).

tribunalens synsätt utsättas för två ”damoklessvärd” som allvarligt skulle påverka rättssäkerheten och systemets balans. För det första skulle företagets avtalsrättsliga skadeståndsansvar nämligen kunna komma att slås fast av domstolar i medlemsstater och för det andra, vilket är ännu mera negativt för systemet, skulle kommissionen kunna komma att återuppta förfarandet [40] om en nationell domstol förpliktar företaget att åsidosätta ett åtagande som gjorts bindande.

b) Slutsats i denna del

133. Mot bakgrund av ovanstående överväganden framgår det att kommissionen genom att godta Paramounts åtaganden inte på ett lämpligt sätt beaktade tredje parters intressen, som i förevarande situation var synnerligen berörda med hänsyn till de avtal som redan hade ingåtts mellan Paramount och andra tredje parter, däribland klaganden i förevarande mål, och därmed åsidosatte proportionalitetsprincipen. Tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den slog fast att kommissionens beslut inte var behäftat med något fel i det avseendet. Jag föreslår därför att domstolen ska bifalla överklagandet på den fjärde grunden vad gäller denna specifika aspekt.

V. Förslag till avgörande

134. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska slå fast att överklagandet inte kan vinna bifall på den tredje grunden, men att det ska bifallas på den fjärde grunden i den del som avser nyss nämnda aspekt.

40 Enligt artikel 9.2 b i förordning nr 1/2003.