



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. WAHL
fremsat den 6. april 2017¹

Sag C-177/16

**Biedriba »Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība«
mod
Konkurences padome**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Augstākā tiesa (øverste domstol, Letland))

»Artikel 102 TEUF – misbrug af en dominerende stilling – påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater – kollektiv forvaltningsorganisation – urimelige priser – spørgsmålet om, hvilken omsætning der er relevant i forbindelse med pålæggelsen af en bøde«

1. Findes der urimelige priser?
2. Forskellige jurisdiktioner har truffet forskellige valg for så vidt angår dette spørgsmål inden for det konkurrenceretlige område. I en række jurisdiktioner, heriblandt De Forenede Stater, anses adfærden hos virksomheder med en stærk markedsposition, der blot udnytter kunder, som regel ikke for at overtræde konkurrenceretten. Forfatterne af EU's traktater har tydeligvis truffet et andet valg: Artikel 102, stk. 2, litra a), TEUF omfatter, som en form for forbudt misbrug af en dominerende stilling, adfærd, der består i »direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser«.
3. Kommissionen har imidlertid i sin praksis været ekstremt tilbageholdende med at anvende denne bestemmelse på (angiveligt) høje priser hos dominerende virksomheder. Efter min opfattelse er denne tilbageholdenhed berettiget. Der er ganske enkelt intet behov for at anvende denne bestemmelse i et frit og konkurrencepræget marked: Hvis der ikke er nogen adgangsbarrierer, bør høje priser normalt tiltrække nye markedsdeltagere. Markedet vil således korrigere sig selv.
4. Situationen kan dog være en anden i markeder med retlige barrierer for adgang eller ekspansion og navnlig i markeder med lovbestemt monopol. Der kan netop være markeder, som på grund af deres særlige kendetegn ikke fungerer effektivt, når de er åbne for konkurrence. En regering kan ligeledes have legitime politiske grunde til at begrænse konkurrencen på et konkret marked og dermed ofre den økonomiske effektivitet for at forfølge andre offentlige mål.
5. Dette er netop tilfældet i hovedsagen.

¹ – Originalsprog: engelsk.

6. Den foreliggende sag giver Domstolen lejlighed til at præcisere, under hvilke betingelser en dominerende virksomheds pålæggelse af høje priser kan være i strid med artikel 102, stk. 2, litra a), TEUF. Sagen vedrører med andre ord priser, som er fastsat af dominerende virksomheder, og som kan anses for at udgøre misbrug, idet de er for høje og dermed udnytter forbrugere. Den vedrører derimod ikke priser, som kan udgøre misbrug på grund af deres udelukkelsesvirkninger på konkurrenter.

I. Retsforskrifter

A. *Lettisk ret*

7. Artikel 13, stk. 4, i Konkurences likums (konkurrenceloven) har samme ordlyd som artikel 102, stk. 2, litra a), TEUF.

II. De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

8. Sagsøgeren i hovedsagen, Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība (herefter »AKKA/LAA«), udsteder i sin egenskab af kollektiv forvaltningsorganisation licenser til offentlig fremførelse af musikværker i forretninger og servicecentre. De takster, der er fastsat for disse licenser, tager udgangspunkt i lokaliteternes areal. AKKA/LAA har et lovbestemt monopol i Letland.

9. I 2008 pålagde Konkurences padome (konkurrencerådet) AKKA/LAA en bøde for misbrug af en dominerende stilling, fordi sidstnævnte havde anvendt for høje takster i forbindelse med vederlag til ophavsmænd. Størrelsen af den pålagte bøde blev beregnet på grundlag af den kollektive forvaltningsorganisations omsætning efter fratrækning af de beløb, som var blevet overført til ophavsmænd som vederlag.

10. Efterfølgende indførte AKKA/LAA i 2011 nye takster for vederlag til ophavsmænd, og i 2012 indledte Konkurrencerådet en procedure desangående. For at vurdere, om taksterne var rimelige, sammenlignede denne myndighed dem med de gældende takster i nabolandene Litauen og Estland, som mindede relativt meget om Letland for så vidt angår forbrugsvaner, økonomi og bruttonationalprodukt, og – som illustrativt eksempel – med taksterne i andre medlemsstater, idet der blev taget højde for det af bruttonationalproduktet afledte indeks for købekraftsparitet (»KKP-indekset«). Denne myndighed konstaterede, at sagsøgerens takster var væsentligt højere end de gældende takster i begge nabolande (tilmed dobbelt så høje inden for visse segmenter), og at de var blandt de højeste i EU, idet de lå mellem 50% og 100% over de gennemsnitlige takster i EU. Konkurrencerådet fandt, at de pågældende takster var urimelige, eftersom de var væsentligt højere end taksterne i nabolandene, og AKKA/LAA i øvrigt ikke formåede at give en objektiv begrundelse herfor.

11. Som følge deraf fastslog Konkurrencerådet ved afgørelse af 2. april 2013 (»den anfægtede afgørelse«), at AKKA/LAA's adfærd var i strid med forbuddet i Konkurences likums' (konkurrencelovens) artikel 13, stk. 4, og i artikel 102, stk. 2, litra a), TEUF, og pålagde AKKA/LAA en bøde. Beregningen af bøden skete på grundlag af AKKA/LAA's omsætning, men denne gang blev de beløb, der var blevet opkrævet som vederlag til ophavsmændene, og som var blevet udbetalt til sidstnævnte, medregnet. Konkurrencerådet bemærkede, at omsætningen hos enheder såsom kollektive forvaltningsorganisationer i henhold til konkurrenceretten skal beregnes efter de samme principper, som gælder for selskaber med aktiekapital, således at det sikres, at fastsættelsen af bødens størrelse ikke foretages på forskelligvis alt afhængig af den økonomiske aktørs retlige form.

12. Administratīvā apgabaltiesa (appeldomstol i forvaltningsretlige sager, Letland) gav ved dom af 9. februar 2015 sagsøgeren delvist medhold i søgsmålet, idet den fastslog, at konklusionen om, at der var anvendt urimeligt høje takster, var korrekt, men annullerede den anfægtede afgørelse for så vidt angik den pålagte bøde, idet Konkurrencerådet under henvisning til legalitetsprincippet og princippet om ligebehandling blev pålagt at foretage en ny beregning af den bøde, som AKKA/LAA skulle pålægges, uden at de opkrævede beløb i form af vederlag til ophavsmændene denne gang blev medregnet i omsætningen. De to parter har iværksat appel mod dommen for Augstākā tiesa (øverste domstol, Letland).

13. Den forelæggende ret er i tvivl om fortolkningen af artikel 102 TEUF og har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

- »1) Finder artikel 102, [stk. 2,] litra a), [TEUF] anvendelse i en tvist vedrørende de takster, som er fastsat af en national forvaltningsorganisation for ophavsrettigheder, hvis den pågældende organisation ligeledes opkræver vederlag for udenlandske ophavsmænds værker, og hvis de af organisationen fastsatte takster kan modvirke anvendelsen af disse værker i den omhandlede medlemsstat?
- 2) Med henblik på fastlæggelse af begrebet urimelige priser i artikel 102, [stk. 2,] litra a), [TEUF] på området for forvaltning af ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder, er det da formålstjenligt og tilstrækkeligt at foretage en sammenligning mellem priserne (taksterne) på det pågældende marked og priserne (taksterne) på beslægtede markeder, og i så fald i hvilke tilfælde?
- 3) Med henblik på fastlæggelse af begrebet urimelige priser i artikel 102, [stk. 2,] litra a), [TEUF] på området for forvaltning af ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder, er det da formålstjenligt og tilstrækkeligt at anvende det af bruttonationalproduktet afledte [KKP-]indeks for købekraftsparitet?
- 4) Skal sammenligningen af taksterne foretages for hvert af de forskellige segmenter heraf eller ud fra et gennemsnit af taksterne?
- 5) Hvornår skal forskellen i de takster, der undersøges med henblik på at vurdere, om de udgør urimelige priser i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 102, [stk. 2,] litra a), [TEUF], anses for at være væsentlig, således at det påhviler den økonomiske aktør, som har en dominerende stilling, at godtgøre, at vedkommendes takster er rimelige?
- 6) Hvilke oplysninger kan det med rimelighed forventes, at den økonomiske aktør tilvejebringer for at godtgøre rimeligheden af taksterne vedrørende de værker, der er omfattet af ophavsret inden for rammerne af artikel 102, [stk. 2,] litra a), [TEUF], hvis omkostningerne forbundet med disse værker ikke kan fastslås på samme måde som ved materielle produkter? Er der alene tale om de administrationsomkostninger, som forvaltningsorganisationen for ophavsrettigheder har afholdt?
- 7) I tilfælde af overtrædelse af konkurrenceretten, skal de vederlag, som en forvaltningsorganisation for ophavsrettigheder har udbetalt til ophavsmændene, da ikke medregnes i den pågældende økonomiske aktørs omsætning i forbindelse med fastsættelsen af en bøde?«

14. AKKA/LAA, den tyske, den spanske, den lettiske og den nederlandske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. AKKA/LAA, den spanske og den lettiske regering samt Kommissionen afgav ligeledes mundtlige indlæg i retsmødet den 8. februar 2017.

III. Bedømmelse

A. Indledning

15. Hele denne sag drejer sig om et angiveligt misbrug bestående i anvendelsen af urimelige priser som omhandlet i artikel 102, stk. 2, litra a), TEUF. Det forekommer derfor relevant i korte træk at minde om Domstolens praksis vedrørende denne bestemmelse.

16. I *United Brands-dommen*² såvel som i adskillige efterfølgende afgørelser³ anså Domstolen anvendelsen af en for høj pris, som ikke stod i rimeligt forhold til den *økonomiske værdi* af den leverede ydelse, for at være i strid med den nuværende artikel 102 TEUF. Dermed kunne kun »uforholdsmæssigt store« eller »eksorbitante« priser være i strid med denne bestemmelse⁴. Domstolen etablerede en totrinsanalyse i denne henseende.

17. Det første trin i analysen er at afgøre, hvorvidt den pris, som den dominerende virksomhed faktisk har opkrævet i det pågældende marked, er – væsentligt – højere end den pris, som denne virksomhed hypotetisk ville have opkrævet, hvis der havde været effektiv konkurrence i markedet (»benchmarkprisen«)⁵.

18. Domstolen har anerkendt, at der kan være andre metoder til at bestemme, hvornår prisen er for høj⁶. Når det er muligt og formålstjenligt, kan der f.eks. foretages en sammenligning mellem salgsprisen og produktionsprisen⁷. Denne metode forekommer at være baseret på idéen om, at der er en tærskelpris, som sikrer en tilfredsstillende fortjeneste⁸ i forhold til omkostningerne, og at en dominerende virksomheds priser, som ligger over denne tærskel, er for høje⁹. Analysen lægger dermed vægt på den fortjeneste (eller den rentabilitet), som den dominerende virksomhed opnår i forbindelse med salget af de pågældende varer eller ydelser.

19. I andre sager har Domstolen foretaget en sammenligning mellem på den ene side den pris, som den dominerende virksomhed opkræver for den pågældende vare, og på den anden side de priser, som ikke-dominerende virksomheder opkræver på det samme marked (sammenligning mellem konkurrenter)¹⁰, eller som den samme dominerende virksomhed opkræver på forskellige tidspunkter (sammenligning over tid)¹¹, eller priser, som den samme dominerende virksomhed opkræver i andre geografiske markeder¹², eller som andre virksomheder opkræver (geografisk sammenligning)¹³. Den bagvedliggende tanke er, at det kan være relevant at sammenligne priserne, hvis de udvalgte varer eller geografiske markeder er tilstrækkeligt ensartede¹⁴. På samme måde kan en virksomheds fastsættelse af priser over tid også give nyttige fingerpeg.

2 – Dom af 14.2.1978, *United Brands Company og United Brands Contintental BV mod Kommissionen* (27/76, EU:C:1978:22) (»dom United Brands-dommen«).

3 – Jf. f.eks. dom af 17.7.1997, *GT-Link* (C-242/95, EU:C:1997:376, præmis 39).

4 – Jf. f.eks. dom af 5.10.1994, *Centre d'insémination de la Crespelle* (C-323/93, EU:C:1994:368, præmis 19 og 21).

5 – Jf. i denne retning *United Brands-dommen*, præmis 249.

6 – *Ibidem*, præmis 253.

7 – Jf. navnlig *ibidem*, præmis 251.

8 – Jf. i den forbindelse dom af 11.4.1989, *Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro* (66/86, EU:C:1989:140, præmis 43).

9 – Jf. f.eks. M. Motta, A. de Streel, »Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?«, *The Pros and Cons of High Prices*, Konkurrenceverket (den svenske konkurrencemyndighed), Kalmar, 2007, s. 33.

10 – Jf. bl.a. dom af 29.2.1968, *Parke, Davis & Co.* (24/67, EU:C:1968:11), og af 5.10.1988, *CICRA og Maxicar* (C-53/87, EU:C:1988:472).

11 – Jf. dom af 13.11.1975, *General Motors Continental mod Kommissionen* (26/75, EU:C:1975:150), og af 11.11.1986, *British Leyland mod Kommissionen* (226/84, EU:C:1986:421).

12 – *Ibidem*.

13 – Jf. dom af 8.6.1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft* (78/70, EU:C:1971:59), og af 4.5.1988, *Bodson* (30/87, EU:C:1988:225).

14 – Jf. i denne forbindelse *Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling, rundbordsmøder om konkurrencepolitik, »Excessive Prices«*, 2012, (DAF/COMP(2011)18) (»OECD-rapporten«), s. 70.

20. Når det ved hjælp af en eller flere af disse metoder er blevet konstateret, at der er en væsentlig forskel mellem den pris, som den dominerende virksomhed faktisk opkræver, og benchmarkprisen, skal det afgøres, hvorvidt prisen enten i sig selv eller i forhold til prisen for konkurrerende varer er urimelig¹⁵.

21. Det andet trin i analysen består i at undersøge, om prisforskellen blot udspringer af den dominerende virksomheds misbrug af sin markedsposition eller er en konsekvens af andre legitime grunde.

22. Kun såfremt der ikke foreligger en gyldig begrundelse for forskellen mellem benchmarkprisen og den pris, som den dominerende virksomhed faktisk opkræver sine kunder, kan en pris anses for at være »urimelig« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 102, stk. 2, litra a), TEUF.

23. Domstolen har også anvendt denne tottrinsanalyse til at afgøre, hvornår en pris er for høj og dermed urimelig med henblik på artikel 102 TEUF, i sager, der ligesom hovedsagen omhandlede adfærden hos kollektive forvaltningsorganisationer. I disse tilfælde har Domstolen fastslået, at »såfremt en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, påtvinger priser for de ydelser, den leverer, som er betydelig højere end dem, der anvendes i andre medlemsstater, og sammenligningen af prisniveauerne er foretaget på ensartet grundlag, må forskellen antages at være et indicium for, at der foreligger misbrug af den dominerende stilling. Det tilkommer i så fald den pågældende virksomhed at godtgøre, at forskellen skyldes objektive afvigelser mellem forholdene i den pågældende medlemsstat og i alle øvrige medlemsstater«¹⁶.

24. På dette grundlag vil jeg undersøge de af den forelæggende ret rejste retlige spørgsmål.

B. Det første spørgsmål

25. Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål oplyst, om adfærden hos en kollektiv forvaltningsorganisation, som også har til opgave at opkræve vederlag for udenlandske ophavsmænds værker, kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater med henblik på artikel 102 TEUF.

26. For det første vil jeg minde om, at det følger af fast retspraksis, at fortolkningen af den i artikel 101 TEUF og 102 TEUF indeholdte betingelse vedrørende påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater må tage sit udgangspunkt i formålet med denne betingelse, som er at afgrænse EU-rettens gyldighedsområde i forhold til medlemsstaternes rets for konkurrencerettens vedkommende. EU-retten omfatter således alle aftaler og alle former for samordnet praksis, der er egnet til at bringe den frie handel mellem medlemsstaterne i fare på en måde, der kan skade gennemførelsen af formålene med et indre marked i medlemsstaterne, især gennem en afskærmning af de nationale markeder eller gennem en ændring af konkurrencestrukturen i et enhedsmarked. En vedtagelse, aftale eller samordnet praksis kan kun påvirke handelen mellem medlemsstater, såfremt det på grundlag af en flerhed af objektive, retlige eller faktiske omstændigheder med tilstrækkelig sandsynlighed kan forudses, at den kan udøve en direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse på handelen mellem medlemsstater på en måde, der kan være til skade for virkeliggørelsen af målene for et mellemstatsligt enhedsmarked¹⁷.

15 – United Brands-dommen, præmis 249-253. Jf. desuden kendelse af 25.3.2009, Scippacercola og Terezakis mod Kommissionen (C-159/08 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2009:188, præmis 47).

16 – Jf. dom af 13.7.1989, Tournier (395/87, EU:C:1989:319, præmis 38) (»Tournier-dommen«) og af 13.7.1989, Lucazeau m.fl. (110/88, 241/88 og 242/88, EU:C:1989:326 (»Lucazeau-dommen«), præmis 25).

17 – Jf. dom af 25.1.2007, Dalmine mod Kommissionen (C-407/04 P, EU:C:2007:53, præmis 89 og 90 og den deri nævnte retspraksis).

27. Den omstændighed, at en dominerende virksomheds adfærd kun vedrører markedsføringen af varer eller ydelser i en enkelt medlemsstat, er imidlertid ikke tilstrækkelig til at udelukke, at samhandelen mellem medlemsstater kan være påvirket. En sådan adfærd kan nemlig have til følge at styrke opdelingen i nationale markeder, hvorved den hæmmer den med traktaten tilstræbte økonomiske sammenvoksning¹⁸.

28. I den foreliggende sag har den forelæggende ret selv gjort opmærksom på, at den af AKKA/LAA anvendte prispolitik også vedrører udenlandske ophavsmænds værker og således påvirker udbredelsen af disse værker i Letland. Eftersom dette organ har et lovbestemt monopol, har dets beslutninger om, hvorvidt, hvordan og til hvilken pris den tillader reproduktion af beskyttede værker, uundgåeligt indvirkning på både forbrugsmønstrene i Letland og på rettighedshavernes beslutninger for så vidt angår dette lands marked.

29. Domstolen har konsekvent konstateret, at EU-konkurrencereglerne finder anvendelse på kollektive forvaltningsorganisationers aktiviteter vedrørende licenser til musikværker, på trods af at disse aktiviteter var begrænset til én enkelt medlemsstat¹⁹.

30. Den omstændighed, som der henvises til i forelæggelseskendelsen, at Retten i 2013²⁰ delvis annullerede en beslutning fra Kommissionen («CISAC-beslutningen»)²¹, som blev vedtaget i forbindelse med en sag efter artikel 101 TEUF, som var rettet mod 24 kollektive forvaltningsorganisationer (herunder AKKA/LAA), er ikke relevant i denne henseende. Retten annullerede CISAC-beslutningen, idet Kommissionen ikke havde ført tilstrækkeligt bevis for, at der forelå en samordnet praksis mellem de kollektive forvaltningsorganisationer. Der er intet i Rettens kendelser, der berører spørgsmålet om, hvorvidt de kollektive forvaltningsorganisationers adfærd kunne påvirke handelen mellem medlemsstater.

31. Det må derfor konkluderes, at adfærden hos en kollektiv forvaltningsorganisation, som også har til opgave at opkræve vederlag for udenlandske ophavsmænds værker, påvirker samhandelen mellem medlemsstater med henblik på artikel 102 TEUF, selv om den kun finder sted i én enkelt medlemsstat.

C. Det andet spørgsmål

32. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om det i den i hovedsagen omhandlede situation var formålstjenligt og tilstrækkeligt for den nationale konkurrencemyndighed at foretage en sammenligning mellem taksterne på det pågældende nationale marked og taksterne på beslægtede markeder.

33. Ligesom det tredje, fjerde og femte spørgsmål vedrører det andet spørgsmål det første trin i den i punkt 17-19 nævnte analyse: bedømmelsen af, hvorvidt der er en uforholdsmæssig afvigelse mellem den pris, som den dominerende virksomhed faktisk opkræver i det relevante marked, og benchmarkprisen. Jeg minder om, at sidstnævnte er den pris, som denne virksomhed hypotetisk ville have opkrævet, hvis der havde været konkurrence på markedet.

18 – Jf. dom af 1.7.2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, præmis 42).

19 – Jf. f.eks. Tournier-dommen og Lucazeau-dommen. Jf. også dom af 25.10.1979, Greenwich film production (22/79, EU:C:1979:245, præmis 11-13), og af 2.3.1983, GVL mod Kommissionen (7/82, EU:C:1983:52, præmis 37-39).

20 – Jf. især Rettens dom af 12.4.2013, Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība mod Kommissionen (T-414/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:174).

21 – Kommissionens beslutning K(2008) 3435 endelig udg. af 16.7.2008 om en procedure i henhold til [...] artikel 81[EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/C2/38.698 – CISAC).

34. Det er åbenlyst, at det andet spørgsmål berører kernen i de i den foreliggende sag rejste spørgsmål, eftersom det kræver, at Domstolen præciserer, hvilke metoder og kriterier der skal anvendes af konkurrencemyndigheden for at fastsætte benchmarkprisen. Før jeg undersøger dette punkt nærmere, vil jeg atter minde om, at hovedsagen vedrører en angiveligt urimelig prissætning i en situation, hvor der foreligger et lovbestemt monopol.

1. Generelle bemærkninger

35. Således som jeg har forklaret ovenfor i punkt 18 og 19, har Domstolen indrømmet EU's og de nationale konkurrencemyndigheder et vist råderum for så vidt angår den metode, de kan anvende til at afgøre, hvornår en pris er for høj. Dette er efter min opfattelse en meget fornuftig tilgang af følgende årsager.

a) Der findes ikke kun én enkelt metode eller prøve

36. Det kan siges med sikkerhed, at der i den nuværende juridiske og økonomiske tænkning ikke findes én enkelt metode, prøve eller række af kriterier, som er generelt accepteret i den økonomiske litteratur eller i jurisdiktionerne med dette formål. Forskellige myndigheder, jurister og økonomer har foreslået en række metoder til analyse (samt en række kriterier, prøver eller »screeninger«) i denne henseende. Alle disse metoder er imidlertid i praktisk henseende behæftet med indbyggede svagheder.

37. For det første kan ingen af metoderne anvendes under alle omstændigheder, eftersom deres egnethed (og nogle gange selve muligheden for at anvende dem) i høj grad afhænger af de nærmere omstændigheder ved den enkelte sag. Som et enkelt eksempel kan det nævnes, at der ikke er megen mening i at foretage en sammenligning mellem omkostninger og pris i forbindelse med levering af visse immaterielle varer såsom – således som det er tilfældet i hovedsagen – ophavsretligt beskyttede musikværker.

38. For det andet kan det forekomme, at de oplysninger, der kræves for at udføre de aktiviteter, der er nødvendige for beregningen af benchmarkprisen, mangler eller er ufuldstændige, eller værdien heraf er kontroversiel. Det er f.eks. en yderst kompliceret øvelse i de fleste erhverv og for mange virksomheder at identificere omkostninger og forbinde dem med en konkret vare²². Dermed er beregningen af fortjenstmargener en noget usikker øvelse. Det bør fremhæves, at regnskabsstandarder og takster kan variere i forskellige industrier og lande på grund af forskellige retlige bestemmelser eller forskellig regnskabspraksis, og de afspejler ikke nødvendigvis altid de relevante økonomiske begreber²³.

39. For det tredje er der også risici forbundet med at sammenligne priser på tværs af forskellige geografiske markeder, konkurrenter og/eller tidsperioder. Markeder er sjældent så ensartede, at det uden videre og automatisk er muligt at foretage en relevant sammenligning. Der kan være behov for at foretage en række »tilpasninger« af de data, som stammer fra det eller de markeder, der anvendes som sammenligningsgrundlag, før disse data kan anvendes til at fastsætte benchmarkprisen.

40. For så vidt angår geografiske sammenligninger kan elementer såsom – for blot at nævne nogle få – nationale afgifter, de særlige kendetegn ved det nationale arbejdsmarked og lokale forbrugerpræferencer for det første have en væsentlig indvirkning på de endelige priser på den pågældende vare eller ydelse²⁴. For så vidt angår sammenligninger mellem konkurrenter bør det fremhæves, at forskellige priser ganske enkelt blot kan afspejle kvalitetsmæssige forskelle: En dyrere vare kan objektivt være (eller blot opfattes som værende) af en bedre kvalitet.

22 – Jeg har opridset et par af disse problemstillinger i N. Wahl, »Exploitative high prices and European competition law – a personal reflection«, Konkurrensverket, jf. fodnote 9 ovenfor, s. 71 og 72.

23 – Jf. J. Edwards, J. Kay, C. Mayer, *The Economic Analysis of Accounting Profitability*, Clarendon Press, 1987.

24 – Jf. f.eks. R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, 2. udg., Hart Publishing, 2013, s. 617.

41. For så vidt angår sammenligninger over tid må der endelig også tages højde for den omstændighed, at ændringer i faktorer, som kan påvirke den endelige pris på en vare eller en ydelse, kan opstå ret hurtigt i markedet. Disse faktorer kan vedrøre legitime forretningsstrategier (f.eks. kan en virksomhed vælge at forsøge at trænge ind på et nyt marked og i en periode opkræve en meget lav pris og acceptere en minimal fortjeneste), stigende omkostninger (på grund af eksterne faktorer såsom ændringer i lokal beskatning eller låneomkostninger eller virksomhedens egne forretningsmæssige beslutninger såsom beslutninger vedrørende reklamefremstød eller forskning og udvikling) eller endda forbrugerpræferencer (f.eks. ændringer i forbrugernes opfattelse af varen som følge af nye markedsføringsstrategier). Alle disse faktorer kan føre til (som regel legitime) pludselige og væsentlige ændringer i priserne.

42. På grund af disse begrænsninger er konkurrencemyndigheder og økonomer generelt enige om, at fastsættelsen af benchmarkprisen i et tilfælde, hvor der muligvis foreligger for høje priser, medfører en stor risiko for både type I-fejl (eller falske positive, hvor en pris fejlagtigt anses for at være højere end den konkurrencedygtige pris) og type II-fejl (eller falske negative, hvor en pris fejlagtigt anses for ikke at være højere end den konkurrencedygtige pris)²⁵.

b) En kombination af forskellige metoder

43. Eftersom der ikke findes en allestedsnærværende prøve, og på grund af de begrænsninger, som alle eksisterende metoder omfatter, er det efter min opfattelse altafgørende, at konkurrencemyndighederne – for at undgå (eller rettere minimere) risikoen for fejl – bør bestræbe sig på at undersøge en sag ved at kombinere flere metoder, heriblandt metoder, der er accepteret i konventionel økonomisk tænkning, og som forekommer egnede og tilgængelige i den konkrete situation. Efter min opfattelse kan de metoder, som fremgår af Domstolens praksis (og som er beskrevet ovenfor i punkt 18 og 19), tjene dette formål²⁶.

44. Beslutningen om at kombinere flere metoder er faktisk den tilgang, som en række konkurrencemyndigheder over hele verden har valgt: Dette gjorde sig bl.a. gældende for Det Forenede Kongeriges Office of Fair Trading (OFT) i Napp-sagen²⁷. Den er ligeledes i overensstemmelse med forslag, som er blevet fremsat i disse myndigheders internationale diskussionsfora²⁸ samt i den nutidige økonomiske samtidslitteratur²⁹.

45. Det er korrekt, at denne tilgang er blevet kritiseret med den begrundelse, at en kombineret anvendelse af flere upræcise metoder ikke nødvendigvis fører til mere pålidelige konklusioner, selv ikke når de fører til indbyrdes overensstemmende resultater³⁰. Det skal medgives, at en metodes svaghed ikke nødvendigvis afhjælpes af, at en anden tilsvarende svag metode anvendes. Hvis metoderne anvendes uafhængigt af hinanden, vil en given begrænsning, som er indbygget i en af dem, imidlertid ikke påvirke resultaterne af anvendelsen af andre metoder. Såfremt de anvendte metoder i sig selv ikke er fejlbehæftede, og de alle anvendes konsekvent og objektivt, kan sammenfaldet mellem resultaterne tilsvarende anvendes som en indikator for den mulige benchmarkpris i en konkret sag.

25 – Jf. OECD-rapporten, s. 10 og 26-28.

26 – Naturligvis kan der være flere, men de er ikke blevet diskuteret i den foreliggende sag og vil derfor ikke blive behandlet i dette forslag til afgørelse.

27 – I appellsagen blev denne tilgang ligeledes godkendt af Det Forenede Kongeriges Competition Appeal Tribunal (appeldomstol i konkurrencesager), jf. dom af 15.1.2002, Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries mod Director General of Fair Trading [2002] CAT 1, præmis 56-69 og 390-405.

28 – Jf. OECD-rapporten, s. 12.

29 – Jf. L.H. Röller, »Exploitative Abuses«, i Ehlermann, Marquis (red.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed approach to Article 82*, Hart Publishing, Oxford, 2008, s. 525-532; og M. Motta, A. de Streel, jf. fodnote 9 ovenfor, s. 367 ff.

30 – Jf. f.eks. D.S. Evans, A.J. Padilla, »Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules«, *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, s. 109.

c) *Yderligere indikatorer*

46. Når dette er sagt, kan der være sager, hvor blot én af disse metoder til fastsættelse af benchmarkprisen er tilgængelig eller egnet. I disse sager er det efter min opfattelse yderst vigtigt, at myndigheden overvejer andre indikatorer, som kan underbygge eller omvendt rejse tvivl om denne metodes resultater.

47. Følgende forekommer mig at være relevante indikatorer.

48. For det første er det ikke let at fastsætte en pris, der ligger væsentligt over det konkurrencedygtige niveau, hvis markedet ikke er beskyttet af høje barrierer for adgang eller ekspansion. I modsat fald bør markedet som nævnt ovenfor i princippet være i stand til at korrigere sig selv på kort eller mellemlang sigt: Høje priser vil normalt tiltrække nye markedsdeltagere eller tilskynde eksisterende konkurrenter til at ekspandere. Som nævnt i begyndelsen af dette forslag til afgørelse er jeg derfor af den opfattelse, at urimelige priser som omhandlet i artikel 102 TEUF kun kan forekomme på regulerede markeder, hvor de offentlige myndigheder udøver en eller anden form for kontrol over udbudssiden, og hvor muligheden for fri og åben konkurrence følgelig er begrænset. Det giver sig selv, at jo højere og længerevarende de af lovgiver etablerede barrierer er, desto mere kan en dominerende virksomhed udnytte sin markedsposition.

49. For det andet er det mere usandsynligt, at en pris, der er væsentlig højere end en konkurrencedygtig pris, forekommer i markeder, hvor der er en sektormyndighed, som f.eks. har til opgave at fastsætte eller kontrollere de priser, som opkræves af virksomheder, der er aktive i den pågældende sektor. Sektormyndigheder er entydigt bedre i stand til at overvåge priser og, om nødvendigt, gribe ind for at afhjælpe muligt misbrug end konkurrencemyndigheder³¹. Det forekommer mig derfor, at overtrædelser af konkurrencereglerne i disse situationer hovedsageligt bør være begrænset til fejlbehæftede sager eller mere generelt til lovgivningsmæssige fejl: sager, hvor sektormyndigheden burde have grebet ind og ved en fejl ikke gjorde det.

50. For det tredje er en virksomhed med en stærk markedsposition indlysende i mindre omfang i stand til at udnytte sin position, når den forhandler med stærke købere. For så vidt angår licenser til brug af ophavsretligt beskyttede musikværker er f.eks. små butikkers forhandlingsposition anderledes fra internationale platformes position (som f.eks. Spotify) eller grupper af store og sofistikerede virksomheder (som f.eks. store amerikanske filmselskaber). En virksomheds (eller en koncern af virksomheders) størrelse og finansielle styrke kan ganske vist have en stor betydning i forhandlingerne. I det omfang de licenserede varer udgør et vigtigt (eller endda uundværligt) input til kundens forretning, kan dette imidlertid også være af stor betydning i den sammenhæng.

51. Afhængig af de enkelte sagers nærmere omstændigheder kan der naturligvis være andre faktorer, som kan være relevante.

31 – Jf. f.eks. D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 270 og deri nævnte henvisninger.

d) Forbehold

52. I forbindelse med konklusionen på dette punkt forekommer det vigtigt at fremsætte de to følgende bemærkninger. Først og fremmest vil jeg minde om, at det påhviler en konkurrencemyndighed at føre bevis for en overtrædelse af EU-konkurrencereglerne³². For det andet følger det af fast retspraksis, at et princip som uskyldsformodningen finder anvendelse på virksomheder, der er genstand for en undersøgelse om mulige overtrædelser af EU-konkurrencelovgivningen³³.

53. Heraf følger det efter min opfattelse, at den mulige mangel på pålidelige data eller kompleksiteten af de aktiviteter, der indgår i beregningen af benchmarkprisen (eller i bekræftelsen heraf), ikke kan retfærdiggøre, at en konkurrencemyndighed foretager en ufuldstændig, overfladisk eller tvivlsom analyse. Potentielle vanskeligheder, som en myndighed står over for i forbindelse med dens bedømmelse, kan med andre ord ikke være til skade for den virksomhed, som er genstand for undersøgelsen.

54. Uanset den nærmere situation i en konkret sag skal den eller de anvendte metoder og den eller de undersøgte indikatorer give myndigheden et tilstrækkeligt fuldstændigt og pålideligt sæt af elementer, som peger i én og samme retning: at der foreligger en forskel³⁴ mellem den (hypotetiske) benchmarkpris og den (faktiske) pris, som den pågældende dominerende virksomhed opkræver.

55. På dette grundlag vil jeg behandle de specifikke aspekter af den omhandlede sag i hovedsagen.

2. Den foreliggende sag

56. I den anfægtede afgørelse valgte Konkurrencerådet at sammenligne de af AKKA/LAA anvendte takster med takster, som anvendes af lignende organer i andre geografiske markeder. Den forelæggende ret har stillet spørgsmål ved, om denne metode i den foreliggende sag var formålstjenlig og tilstrækkelig.

a) Spørgsmålet om, hvorvidt metoden var formålstjenlig

57. Som nævnt i punkt 19 og 23 ovenfor, er metoden bestående i geografisk sammenligning – i princippet – blevet anerkendt som værende gyldig af Domstolen. Den er desuden blevet godkendt i sager, som netop vedrørte kollektive forvaltningsorganisationers adfærd.

58. Således tilslutter jeg mig den tyske, den spanske, den lettiske og den nederlandske regering samt Kommissionens opfattelse af, at en geografisk sammenligning af priserne for den samme ydelse hos forskellige organer i forskellige medlemsstater – i en situation som den i hovedsagen omhandlede³⁵ – kan være en formålstjenlig metode til at fastsætte benchmarkprisen med henblik på artikel 102 TEUF.

59. Dette gør sig naturligvis kun gældende, hvis myndigheden har anvendt metoden korrekt.

32 – Jf. artikel 2 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003, L 1, s. 1) og United Brands-dommen, præmis 264. Jeg vender tilbage til dette spørgsmål nedenfor i punkt 132-139 i dette forslag til afgørelse.

33 – Jf. i denne retning dom af 21.1.2016, Eturas m.fl. (C-74/14, EU:C:2016:42, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

34 – Nærmere betegnet: at der foreligger en *væsentlig og vedvarende* forskel, hvilket vil blive forklaret i forbindelse med behandlingen af det femte præjudicielle spørgsmål (punkt 101-113).

35 – Jeg går ud fra, at de repertoireir, som licenshaverne i de forskellige lande får adgang til, minder om hinanden. Det tilkommer den nationale ret at efterprøve dette.

b) Spørgsmålet om, hvorvidt metoden blev anvendt korrekt

60. Det tilkommer principielt de kompetente nationale retter at afgøre, om en given metode er blevet anvendt korrekt i en konkret sag. Domstolen kan dog, hvor dette er muligt, vejlede disse retter, således at de kan fortolke og anvende artikel 102 TEUF korrekt og konsekvent.

61. I denne forbindelse er jeg af den opfattelse, at en myndighed først skal udvælge referencemedlemsstaten på grundlag af objektive, passende og verificerbare kriterier.

62. Ifølge den forelæggende ret valgte Konkurrencerådet nabolandene Litauen og Estland, fordi de minder relativt meget om Letland for så vidt angår forbrugsvaner, økonomi og borgernes velfærd (bruttonationalprodukt), og idet de ligeledes deler den samme historiske og kulturelle arv.

63. Modsat det af AKKA/LAA anførte synspunkt anser jeg disse kriterier for at være objektive og verificerbare. De forekommer desuden at være relevante, for så vidt som de har til hensigt at sikre, at markederne er ensartede på både udbuds- og efterspørgselsiden. I denne henseende er det især afgørende at tage hensyn til de to følgende faktorer, som efter min opfattelse kan påvirke den økonomiske værdi af den af AKKA/LAA udbudte ydelse: i) evnen og viljen hos AKKA/LAA's kunder til at betale for de modtagne ydelser og ii) den økonomiske fordel, som AKKA/LAA's kunder kan opnå ved denne ydelse, når de til gengæld leverer varer eller ydelser til deres egne kunder.

64. Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at efterprøve, at de angivelige ligheder mellem Letland på den ene side og Litauen og Estland på den anden side er reelle og relevante for Konkurrencerådets analyse.

65. Hvad der er nok så vigtigt, er, at retten ligeledes skal sikre, at ingen andre medlemsstater opfylder de af Konkurrencerådet vedtagne kriterier, selv om de ikke er et naboland³⁶. Således som den tyske regering har anført, skal Augstākā tiesa (øverste domstol) også efterprøve, at Konkurrencerådet ikke har udelukket lande vilkårligt eller, hvad der er endnu værre, fordi de fremlagde data, som ikke »passede til« dens sag.

66. I denne henseende har den forelæggende ret i sin afgørelse anført, at Konkurrencerådet også som illustrativt eksempel har taget taksterne i andre medlemsstater (både individuelt og med henblik på at beregne EU-gennemsnittet) i betragtning, idet den har taget hensyn til det af bruttonationalproduktet afledte KKP-indeks. Resultaterne af denne analyse forekommer at bekræfte konklusionerne på undersøgelsen af Litauens og Estlands markeder.

67. Denne »udvidelse« af gruppen af lande, som det lettiske marked er blevet sammenlignet med, er af afgørende betydning. En sammenligning med blot to lande – uanset hvor meget de end måtte ligne Letland – vil muligvis ikke give pålidelige resultater. Således som AKKA/LAA har påpeget, vil en eventuel atypisk faktor på et af disse to markeder have en særlig stor indvirkning på konkurrencemyndighedens beregninger. Efter min opfattelse skal det udsnit af lande, der anvendes til sammenligningen, være så bredt som muligt³⁷.

36 – Den korte geografiske afstand forekommer mig ikke at have en særlig værdi i sig selv. Denne faktor har kun værdi, for så vidt som den påvirker elementer, der er relevante i analysen, som f.eks. forbrugernes vaner eller præferencer eller markedernes struktur.

37 – Hvis jeg har forstået det rigtigt, er der i alle (eller i næsten alle) de lande, der blev udvalgt til sammenligningen i den anfægtede afgørelse, et lovbestemt monopol, der minder om det lovbestemte monopol i Letland. Således kan det ikke udelukkes, at de takster, der anvendes af de kollektive forvaltningsorganisationer, også er højere end den konkurrencedygtige pris i disse lande. Dette ville selvsagt have en indvirkning på den benchmarkpris, som myndigheden har beregnet. Denne fejl i de data, som myndigheden anvender, ville om noget imidlertid gavne den virksomhed, der er genstand for undersøgelsen: Benchmarkprisen ville være højere end den konkurrencedygtige pris.

68. Når dette er sagt, skal der gøres rede for enhver betydelig forskel mellem den relevante medlemsstat og de andre medlemsstater, der er udvalgt til sammenligning. Som nævnt ovenfor har Domstolen netop præciseret, at det er muligt at foretage en sammenligning mellem lande, hvis dette gøres på et ensartet grundlag. Den forelæggende ret skal dermed kontrollere, at alle de nødvendige tilpasninger er blevet foretaget, således at der er blevet taget hensyn til forskellene mellem de forskellige lande.

c) Spørgsmålet om, hvorvidt metoden var tilstrækkelig

69. Det sidste spørgsmål, der skal behandles for at kunne give den forelæggende ret et svar, er, om den af Konkurrencerådet anvendte metode bestående i geografisk sammenligning var *tilstrækkelig* med henblik på at fastsætte benchmarkprisen.

70. Dette er atter et spørgsmål, det i princippet tilkommer den nationale ret at afgøre. For at give den forelæggende ret retningslinjer vil jeg imidlertid bemærke følgende.

71. Den forelæggende ret bør først efterprøve, om der kunne have været anvendt alternative metoder til fastsættelse af benchmarkprisen ud over den geografiske sammenligning. Med forbehold af den nationale rets efterprøvelse er jeg af den opfattelse, at visse andre metoder formodentligt ikke har været tilgængelige eller egnede.

72. For det første forekommer det umuligt at foretage en sammenligning mellem omkostninger og pris i den situation, som var genstand for den anfægtede afgørelse (hvad koster det at komponere et musikværk?)³⁸.

73. I denne forbindelse bemærker jeg, at den nederlandske regering har foreslået en anden form for analyse, som i stedet fokuserer på de vederlag, som indehaverne af rettighederne til de licenserede værker rent faktisk modtager som følge af de af AKKA/LAA anvendte tariffer. Der er faktisk bestemmelser i en række EU-direktiver, som netop vedrører de vederlag, som rettighedshaverne skal modtage for brugen af deres værker.

74. Artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100/EØF³⁹ bestemmer f.eks., at brugeren betaler et »rimeligt [...] vederlag«, hvis et fonogram, der er udgivet i kommercielt øjemed, eller en reproduktion af et sådant fonogram, anvendes til udsendelse ved hjælp af radiobølger eller til kommunikation til offentligheden. Domstolen har fortolket begrebet »rimeligt vederlag« som et vederlag, der er egnet til, at der opnås »en passende ligevægt mellem de udøvende kunstneres og fonogramfremstillernes interesse i at modtage et vederlag for radio- og fjernsynsudsendelse af et bestemt fonogram og tredjemandes interesse i at kunne udsende dette fonogram under rimelige betingelser«. Domstolen har ligeledes bemærket, at vederlagets rimelige karakter »skal fortolkes under hensyn til værdien af denne anvendelse i den økonomiske omsætning«⁴⁰.

38 – Jf. punkt 37. Jf. også generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse Tournier (395/87, EU:C:1989:215, punkt 53).

39 – Rådets direktiv af 19.11.1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (EFT 1992, L 346, s. 61).

40 – Dom af 6.2.2003, SENA (C-245/00, EU:C:2003:68, præmis 36 og 37).

75. Desuden følger det af artikel 16, stk. 2, i direktiv 2014/26/EU⁴¹, som vedrører kollektive forvaltningsorganisationers licensering, at »[r]ettighedshavere skal modtage et passende vederlag for anvendelsen af rettighederne«⁴². Selv om direktiv 2014/26 ikke finder anvendelse i hovedsagen ratione temporis, kan det ikke desto mindre være relevant, eftersom begrebet »passende vederlag« forekommer at være beslægtet med begrebet »rimeligt vederlag« i direktiv 92/100. Efter den nederlandske regerings opfattelse kan tariffer, som udmønter sig i et vederlag, som er rimeligt eller passende, ikke anses for at udgøre misbrug⁴³ efter artikel 102 TEUF.

76. Den nederlandske regerings tilgang forekommer indbydende: hvis urimelige priser er priser, der uforholdsmæssigt udnytter kunder til fordel for de dominerende virksomheder, kan det være logisk at anse tariffer, som ikke medfører en rimelig balance mellem rettighedshavernes og kundernes interesser, for at være i strid med artikel 102 TEUF. Den holdning, Domstolen har indtaget i sag Kanal 5, forekommer netop at understøtte denne opfattelse til en vis grad⁴³.

77. Når dette er sagt, er jeg i tvivl om, hvorvidt de retlige rammer, der blev fastlagt med direktiv 92/100 og direktiv 2014/26 på den ene side og artikel 102 TEUF på den anden side, er i fuld overensstemmelse: De forfølger forskellige formål og er indrettet på forskelligt. Direktiverne sigter bl.a. mod, at ophavsmænd og udøvende kunstnere sikres et rimeligt vederlag for vedvarende at kunne hellige sig deres skabende og kunstneriske virksomhed⁴⁴. Artikel 102 TEUF har derimod til formål at sikre, at virksomheder med en dominerende stilling (herunder kollektive forvaltningsorganisationer) ikke misbruger deres markedsposition.

78. Under alle omstændigheder er jeg ikke sikker på, at begreber såsom »rimeligt« eller »passende« vederlag er til stor hjælp for en konkurrencemyndighed. De forekommer mig at være lige så upræcise som begreberne »for høje« eller »urimelige« priser.

79. Eftersom AKKA/LAA har en lovbestemt monopolstilling, er der ingen lignende ydelser, der udbydes af konkurrerende virksomheder i Letland, som kan anvendes til en sammenligning. AKKA/LAA driver desuden ikke virksomhed uden for Letland. For så vidt angår sammenligninger af de af AKKA/LAA anvendte tariffer i forskellige perioder fremgår det ikke klart, om dette kunne have resulteret i nyttige referencepunkter, idet Konkurrencerådet allerede havde konstateret, at tidligere tariffer var for høje.

80. Når dette er sagt, tilkommer det den nationale ret at kontrollere, om der var tilgængelige og egnede alternative metoder til fastsættelse af benchmarkprisen, som i teorien kunne kombineres med sammenligningen mellem forskellige medlemsstater. Det tilkommer ligeledes den forelæggende ret at efterprøve, om de resultater, som Konkurrencerådet nåede til for så vidt angår benchmarktaksterne, er blevet underbygget af yderligere indikatorer.

41 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om kollektiv forvaltning af ophavsret og beslægtede rettigheder samt multiterritoriale licenser for rettigheder til musikværker med henblik på onlineanvendelse i det indre marked (EUT 2014, L 84, s. 72).

42 – Denne bestemmelse afspejler desuden Domstolens praksis vedrørende artikel 102 TEUF, idet den tilføjer, at »[t]ariffer for enerettigheder og retten til vederlag skal stå i et rimeligt forhold til bl.a. den økonomiske værdi af disse rettigheders anvendelse i handelen under hensyntagen til arten og omfanget af anvendelsen af værkerne og andre frembringelser og den økonomiske værdi af den tjenesteydelse, som den kollektive organisation leverer. Kollektive forvaltningsorganisationer skal oplyse den berørte bruger om kriterierne for fastsættelsen af disse tariffer« (min fremhævelse).

43 – Dom af 11.12.2008, Kanal 5 og TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

44 – Jf. 7. betragtning til direktiv 92/100 og 1. og 31. betragtning til direktiv 2014/26.

3. *Besvarelse af det andet spørgsmål*

81. På grundlag af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer det andet spørgsmål som følger: I en situation som den i hovedsagen omhandlede er det i princippet formålstjenligt at foretage en sammenligning mellem taksterne på det pågældende marked og taksterne på andre markeder. Det tilkommer imidlertid den nationale ret i betragtning af alle relevante omstændigheder at efterprøve, om denne sammenligning på den ene side blev gennemført korrekt, og om den på den anden side var tilstrækkelig.

D. Det tredje spørgsmål

82. Den forelæggende ret ønsker med det tredje spørgsmål oplyst, om det er formålstjenligt og tilstrækkeligt at anvende KKP-indekset i forbindelse med sammenligningen af de takster, som forskellige kollektive forvaltningsorganisationer opkræver.

83. Den forelæggende ret har forklaret, at Konkurrencerådet i forbindelse med sammenligningen af de af AKKA/LAA i Letland anvendte takster med taksterne fra 19 andre medlemsstater (dvs. medlemsstaterne bortset fra nabolandene) anvendte KKP-indekset for at »korrigere« disse takster.

84. Først og fremmest vil jeg atter minde om, at Domstolen i Tournier-dommen og Lucazeau-dommen bemærkede, at det kan være muligt at foretage en geografisk sammenligning af taksterne, såfremt den foretages »på ensartet grundlag«⁴⁵. Efter min opfattelse kræver en ensartet sammenligning ikke alene, at de pågældende varer og ydelser skal være ens eller minde meget om hinanden, men også, at de økonomiske forhold, hvorunder disse varer og ydelser leveres, er stort set ens.

85. Det kan imidlertid ikke anfægtes, at der i EU forekommer væsentlige forskelle i prisniveauer, hvilket indebærer, at borgerne betaler forskellige priser for den samme vare eller ydelse i forskellige lande. Selv når landene benytter den samme valuta, kan der være forskelle i forbrugernes købekraft.

86. Dette er årsagen til, at jeg – i tråd med de af den tyske, den spanske, den lettiske og den nederlandske regering fremførte argumenter – også er af den opfattelse, at KKP-indekset kan være et nyttigt instrument, der kan sikre, at der foretages en sammenligning af taksterne for den samme ydelse i forskellige lande på et ensartet grundlag.

87. Der anvendes faktisk ofte et KKP-indeks i økonomiske undersøgelser, herunder af organer såsom Eurostat, OECD eller Verdensbanken, når der skal foretages en sammenligning af f.eks. levestandarden på tværs af lande. I denne henseende anvendes der købekraftsvalutakurser til at konvertere økonomiske indikatorer fra den nationale valuta til en kunstig fælles valuta, købekraftsstandard (PPS), som svarer til forskellige nationale valutaers købekraft og gør det muligt at foretage relevante sammenligninger mellem lande. Dette gør det således muligt at tilpasse de data, der skal sammenlignes, efter de forskellige landes varierende prisniveauer.

88. AKKA/LAA og Kommissionen har ikke desto mindre advaret om, at et sådant instrument kun kan være nyttigt for den del af taksterne, som den kollektive forvaltningsorganisation beholder, og ikke for den del, der udgør vederlaget til rettighedshaverne.

89. Jeg er uenig.

45 – jf. Tournier-dommens præmis 38 og Lucazeau-dommens præmis 25.

90. Det er ikke kun den kollektive forvaltningsorganisations omkostninger, der påvirkes af den økonomiske situation i det land, hvor den driver virksomhed. Evnen, og til en vis grad viljen, til at betale hos den kollektive forvaltningsorganisations kunder (butikkerne i den foreliggende sag) og sidstnævntes kunder (butikkernes kunder i den foreliggende sag) påvirkes ligeledes af borgernes levestandard og købekraft. Det forholder sig ganske enkelt således, at hvis 1 EUR i et land ikke svarer til 1 EUR i et andet, gør dette sig gældende, uanset om dette beløb går til at finansiere den kollektive forvaltningsorganisations omkostninger eller til vederlag til ophavsmændene. Hvis det centrale mål med analysen er at fastsætte den økonomiske værdi af en konkret transaktion, kan denne vurdering, når alt kommer til alt, ikke foretages *in abstracto*, men må nødvendigvis tage højde for de økonomiske og finansielle forhold, hvorunder transaktionen finder sted.

91. Anvendelsen af et KKP-indeks kan dermed være et nyttigt instrument i forbindelse med en fuldstændig analyse af de takster, som en kollektiv forvaltningsorganisation anvender. Der er ikke grund til at sondre mellem de forskellige elementer i disse takster.

92. Jeg konkluderer således, at for så vidt som en myndighed foretager en geografisk sammenligning af de takster, som forskellige kollektive forvaltningsorganisationer anvender, må der tages højde for de forskellige økonomiske situationer i de lande, hvor disse kollektive forvaltningsorganisationer driver virksomhed. Anvendelsen af et KKP-indeks forekommer mig at være et *formålstjenligt* instrument i denne henseende.

93. Spørgsmålet om, hvorvidt dette instrument er *tilstrækkeligt*, afhænger imidlertid af, om de andre faktorer, som kan påvirke den endelige pris på en vare eller en ydelse i et bestemt land, også tages i betragtning. Der kan være andre faktorer – som ikke nødvendigvis er af makroøkonomisk karakter – som kan påvirke et lands efterspørgselsstruktur. I en sag som den i hovedsagen omhandlede forekommer det mig især, at spørgsmålet om, hvorvidt og i hvilket omfang den kollektive forvaltningsorganisations kunder (f.eks. butikker) i et bestemt land kan øge deres forretningsaktiviteter på grund af den offentlige reproduktion af musik i deres lokaler, er afgørende i denne sammenhæng.

94. Der er under alle omstændigheder tale om faktorer, der også kan undersøges i det andet trin af den juridiske analyse, som er fastlagt i Domstolens praksis. Jeg behandler dette punkt i forbindelse med behandlingen af det sjette præjudicielle spørgsmål.

95. På baggrund af det ovenstående bør det tredje præjudicielle spørgsmål besvares således, at det kan være formålstjenligt at anvende et KKP-indeks i forbindelse med sammenligningen af de takster, som forskellige kollektive forvaltningsorganisationer opkræver. Spørgsmålet om, hvorvidt dette instrument er *tilstrækkeligt*, afhænger af, om de andre faktorer, som kan påvirke den endelige pris på en vare eller en ydelse i et bestemt land, også tages i betragtning.

E. Det fjerde spørgsmål

96. Med det fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om der i en situation som den i hovedsagen omhandlede skal foretages en sammenligning af de takster, som forskellige kollektive forvaltningsorganisationer opkræver, for hvert af de forskellige markedssegmenter eller ud fra et gennemsnit af taksterne.

97. Svaret på dette spørgsmål er efter min opfattelse ganske indlysende.

98. Spørgsmålet om, hvorvidt en eller flere virksomheders adfærd er i strid med artikel 101 TEUF eller 102 TEUF, afgøres ved at se på det relevante marked.

99. Under forudsætning af, at hvert af de forskellige markedssegmenter (forstået som en kategori af brugere fastlagt ud fra det kommercielt udnyttede areal) er et relevant produktmarked med henblik på artikel 102 TEUF – hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve – bør der foretages en sammenligning af de takster, som forskellige kollektive forvaltningsorganisationer opkræver, for hvert af de forskellige markedssegmenter.

F. Det femte spørgsmål

100. Den forelæggende ret søger med det femte spørgsmål vejledning om de omstændigheder, hvorunder en prisforskel kan ases for at være *for høj* i henhold til artikel 102, stk. 2, litra a), TEUF.

101. Lad os begynde med at huske på det økonomiske rationale bag misbrug i form af urimelige priser: Når en dominerende virksomhed opkræver priser, der ligger over det konkurrencedygtige niveau, sker der en ineffektiv fordeling af ressourcer, og forbrugervelfærden mindskes (en del af velfærden overføres til den dominerende virksomhed, mens resten ganske enkelt går tabt). Set ud fra et teoretisk synspunkt kan enhver afvigelse fra den konkurrencedygtige pris i et reguleret marked derfor begrunde, at konkurrencemyndighederne griber ind. Enhver forskel mellem benchmarkprisen og den faktiske pris indebærer et vist tab i forbrugervelfærd, som ikke ville være opstået, hvis markedet havde været konkurrencedygtigt.

102. Denne tilgang er dog hverken realistisk eller tilrådelig for en konkurrencemyndighed.

103. Som forklaret i punkt 36-42 ovenfor, er beregningen af en benchmarkpris for det første en noget kompliceret og usikker øvelse. Såfremt en konkurrencemyndighed griber ind i tilfælde af en forskel – uanset hvor stor denne måtte være – mellem disse to priser, er der ganske enkelt en for stor risiko for falske positive. Dette er ikke blot et problem, fordi det kan medføre en stor bøde for den ansvarlige virksomhed, men også fordi en neutral – eller muligvis konkurrencefremmende – adfærd kunne blive forbudt. I denne forbindelse er der med rette blevet argumenteret for, at type I-fejl i konkurrenceafgørelser om ensidig adfærd medfører langt større omkostninger for samfundet end type II-fejl: »Det økonomiske system er mere villigt til at korrigere monopoler end fejl begået af domstolene [...] En praksis, der én gang er blevet forkastet, vil sandsynligvis forblive forkastet uanset dens fordele. En monopolistisk praksis, der ved en fejl tillades, vil imidlertid føre til konkurrence i sidste ende, eftersom monopolhaverens høje priser vil tiltrække konkurrence«⁴⁶.

104. For det andet må det på grund af disse vanskeligheder og usikkerheder også anerkendes, at det ofte kan være svært for en dominerende virksomhed på forhånd at estimere med tilstrækkelig sandsynlighed, hvor grænsen mellem en legitim konkurrencedygtig pris og en ulovlig for høj pris går. Af hensyn til retssikkerheden kan denne tærskel ikke fastsættes for tæt på benchmarkprisen.

105. For det tredje kræver en restriktiv tilgang, at konkurrencemyndighederne i praksis regulerer priser og løbende overvåger og griber ind i (potentielt alle) regulerede markeder. I modsætning til sektormyndigheder har konkurrencemyndigheder indlysende hverken ressourcerne eller ekspertisen til at gøre dette⁴⁷. Desuden kan der undertiden være tale om et mindre tab af forbrugervelfærd, som ikke

46 – F.H. Easterbrook, »The limits of antitrust«, *Texas Law Review*, 1984, s. 15.

47 – Der argumenteres ofte for, at oprettelse af en sektormyndighed eller vedtagelse af prisregulering kan være mere effektive metoder til at undgå for høje priser på et marked. Den mere generelle opfattelse er, at det mest effektive middel mod for høje priser kan være, at lovgiver griber ind på forhånd for at fjerne de juridiske barrierer, der forhindrer normal konkurrence, i stedet for at handle efterfølgende for at sikre overholdelse.

kan berettige en kompliceret, tidskrævende og omkostningstung indgriben fra de offentlige myndigheder. Forbrugernes reaktion på en prisstigning varierer fra marked til marked, og end ikke en aktør med monopolstilling kan fastsætte priser uafhængigt af sine kunder⁴⁸. Dermed kan omfanget af den skade, som de høje priser forårsager på forbrugervelfærden, variere.

106. Dette er årsagen til, at jeg – i overensstemmelse med den tilgang, som de relevante myndigheder og retsinstanser både på EU-niveau og medlemsstatsniveau har anlagt, og som den økonomiske litteratur har foreslået – er af den opfattelse, at en pris kun kan kvalificeres som værende for høj i henhold til artikel 102 TEUF, såfremt to betingelser er opfyldt: Den skal være *væsentligt* og *vedvarende* højere end benchmarkprisen.

107. For så vidt angår det første aspekt vil jeg fremhæve, at det ikke er enhver prisforskel, der skal anses for at være relevant i henhold til artikel 102 TEUF, men derimod kun betydelige afvigelser. Domstolen har udtrykkeligt godkendt denne tilgang: F.eks. henviste Domstolen i Tournier-dommen og Lucazeau-dommen til priser, som er »betydeligt højere« end dem, de sammenlignes med. Denne opfattelse nyder desuden bred opbakning i den økonomiske litteratur⁴⁹.

108. For så vidt angår det andet aspekt er den omstændighed, at prisen på en bestemt vare eller ydelse lejlighedsvis er højere end benchmarkprisen, mindre relevant efter min opfattelse. Den omstændighed, at der forekommer perioder med høje priser sammen med perioder med lave priser, anses i den økonomiske litteratur for at være »i overensstemmelse med et velfungerende konkurrencedygtigt marked«⁵⁰. Dermed er det efter min opfattelse usandsynligt, at en pris, som løbende ændrer sig og kun lejlighedsvis ligger over det konkurrencedygtige niveau, giver anledning til alvorlige konkurrencemæssige problemer. Kun når en pris forbliver (eller regelmæssigt er) højere end benchmarkprisen i en længere periode, kan denne pris udgøre misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF. Denne tilgang underbygges af General Motors-dommen⁵¹.

109. Ovenstående fører til følgende spørgsmål: Hvor væsentlig og vedvarende skal den forskel være for at berettige en indgriben i henhold til artikel 102 TEUF?

110. Dette er på ingen måde et let spørgsmål at besvare. Domstolens hidtidige praksis indeholder ikke særlig præcise retningslinjer desangående. Der foreligger heller ikke tydelige mønstre i de nationale myndigheders praksis eller i den økonomiske litteratur⁵².

111. Dette kommer bestemt ikke som en overraskelse. Således som den tyske regering og Kommissionen har anført, er det umuligt på forhånd og in abstracto at fastsætte præcise tærskler, som kan gøre sig gældende for alle omstændigheder. En given prisforskel kan være mere eller mindre væsentlig i henhold til artikel 102 TEUF afhængig af den pågældende vare eller ydelse samt markedsforholdene.

48 – Jf. A. Fletcher, A. Jardine, »Toward an Appropriate Policy for Excessive Pricing«, i C.D. Ehlermann, M. Marquis, (red.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82*, Hart Publishing, 2007, s. 536.

49 – Jf. f.eks. E. Paulis, »Article 82 EC and Exploitative Conduct«, i C.D. Ehlermann, M. Marquis, (red.), jf. fodnote 48 ovenfor.

50 – Jf. B. Lyons, »The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse«, i Konkurrenceverket, jf. fodnote 9 ovenfor, s. 74.

51 – Dom af 13.11.1975, General Motors Continental mod Kommissionen (26/75, EU:C:1975:150, præmis 16-20).

52 – Jf. M. Williams, »Excessive Pricing«, i Konkurrenceverket, jf. fodnote 9 ovenfor, s. 152 og 153, og R. O'Donoghue, A.J. Padilla, jf. fodnote 24 ovenfor, s. 619-621, vedrørende henvisninger til sager i EU-medlemsstaterne.

112. Jeg vil blot tilføje to bemærkninger til dette punkt. På den ene side bør en myndighed kun gribe ind i henhold til artikel 102 TEUF, hvis den uanset begrænsningerne og usikkerhederne i forbindelse med beregningen af benchmarkprisen er overbevist om, at forskellen mellem denne pris og den faktiske pris er så stor, at der næppe er tvivl om sidstnævntes karakter af misbrug. På den anden side bør det, jo mere væsentlig forskellen er mellem benchmarkprisen og den faktiske pris, og jo længere en periode den høje pris anvendes i, være tilsvarende lettere for en myndighed at løfte sin bevisbyrde⁵³.

113. Det femte spørgsmål bør således besvares som følger: Kun priser, som er væsentligt og vedvarende højere end benchmarkprisen, kan anses for at være i strid med artikel 102 TEUF.

G. Det sjette spørgsmål

114. Den forelæggende ret ønsker med det sjette spørgsmål oplyst, på hvilket grundlag en kollektiv forvaltningsorganisation kan godtgøre rimeligheden af de takster, den opkræver.

115. Dette spørgsmål giver i det væsentlige Domstolen lejlighed til at uddybe det andet trin i den juridiske analyse, som er påkrævet i henhold til artikel 102, stk. 2, litra a), TEUF.

116. Som nævnt ovenfor er den omstændighed, at den faktiske pris er højere – endda væsentligt højere – end benchmarkprisen, ikke tilstrækkelig til, at denne pris automatisk kan anses for at være urimelig efter artikel 102 TEUF eller under alle omstændigheder berettige en indgriben efter denne bestemmelse.

117. Høje priser udgør normalt ikke i sig selv misbrug. De opfylder derimod en vigtig funktion i konkurrenceprocessen. Således som US Supreme Court (USA's højesteret) bemærkede i *Trinko-dommen*: »Den blotte omstændighed [...] at der opkræves monopolpriser, er ikke alene ikke ulovlig; den er et vigtigt element i det frie markedssystem. Muligheden for at opkræve monopolpriser – i det mindste i en kort periode – er det, der tiltrækker »forretningssans« i første omgang. Den tilskynder til risikotagning, som skaber innovation og økonomisk vækst. For at beskytte incitamentet til innovation anses en monopolstilling ikke for at være ulovlig, medmindre den er ledsaget af et element af konkurrencebegrænsende *adfærd*«⁵⁴.

118. Fokus for dette andet trin i analysen må være den dominerende virksomheds adfærd og dens økonomiske motiver. Navnlig de objektive grunde til dens prispolitik er særligt relevante.

119. Domstolen har i *United Brands-dommen* samt i sin efterfølgende praksis præciseret, at en pris kan være urimelig »i sig selv eller i forhold til prisen for konkurrerende varer«⁵⁵.

120. Hvad er begrundelserne for disse alternative betingelser⁵⁶?

53 – Jf. E. Paulis, fodnote 49 ovenfor.

54 – US Supreme Courts (USA's højeste ret) dom i sagen *Verizon Communications Inc. mod Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* (02-682) 540 U.S. 398 (2004) (fremhævet i originalen). Selv om disse bemærkninger blev fremsat i en anden sammenhæng end den i hovedsagen omhandlede, er de efter min opfattelse fortsat gyldige i det væsentlige.

55 – Jf. punkt 20 ovenfor.

56 – Jf. kendelse af 25.3.2009, *Scippacercola og Terezakis mod Kommissionen* (C-159/08 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2009:188, præmis 47), for så vidt angår den alternative karakter af disse betingelser.

1. Prisen er urimelig i sig selv

121. Den første af disse to betingelser (en pris, der er urimelig i sig selv) har til formål at omfatte tilfælde, hvor det er muligt at fastslå, at en pris har en urimelig karakter, uden at foretage en sammenligning med lignende eller konkurrerende varer. Den særligt høje pris afslører i sig selv misbruget.

122. Dette kan f.eks. være tilfældet ved priser, som afkræves af kunder, der imidlertid ikke modtager en vare eller en ydelse til gengæld. Domstolen fandt f.eks. i dommen i sagen *Merci Convenzionali Porto di Genova*, at national lovgivning, som foranledigede en virksomhed, som var indrømmet eksklusive rettigheder, til bl.a. at kræve betaling for ikke ønskede tjenesteydelser, var uforenelig med (den nuværende) artikel 102 TEUF⁵⁷. I *Grüne Punkt*-sagen tiltrådte Domstolen tilsvarende en beslutning fra Kommissionen, som havde fastslået, at en dominerende virksomheds magt til at kræve betaling fra sine medkontrahenter for ydelser, som den ikke havde leveret, var i strid med (den nuværende) artikel 102 TEUF⁵⁸.

123. Det kan også være tilfældet i situationer, hvor en dominerende virksomhed fastsætter en særlig høj pris, fordi den reelt set ikke er interesseret i at sælge den pågældende vare eller ydelse, men derimod har til hensigt at forfølge et andet konkurrencebegrænsende mål. Denne situation forekommer i *General Motors*-sagen og i *British Leyland*-sagen⁵⁹. I disse sager havde virksomhederne, der havde en dominerende stilling (bilfabrikanter), fastsat yderst høje priser for udførelse af teknisk kontrol og udstedelse af typeattester. Årsagen var, således som Domstolen forklarede i sine domme, at bilfabrikanterne ønskede at begrænse parallelimporten til Det Forenede Kongerige ved at neutralisere de mere gunstige prisniveauer, som gjorde sig gældende i andre områder af det daværende Fællesskab. Der var tydeligvis intet rimeligt forhold mellem de priser, som bilfabrikanterne opkrævede, og kvantiteten og kvaliteten af de ydelser, de leverede til importørerne.

2. Prisen er urimelig i forhold til prisen for konkurrerende varer

124. Den anden af disse betingelser (prisen er urimelig i forhold til prisen for konkurrerende varer) er ofte et »sundhedstjek« af vurderingen i forhold til benchmarkprisen: Der kan være relevante faktorer, som enten er blevet overset i denne sammenhæng, eller som bevidst ikke er blevet taget i betragtning, fordi de ikke var lette at opgøre i finansielle termer.

125. Der kan netop være en række – eventuelt legitime – årsager til, at en virksomhed vælger at prissætte en vare eller en ydelse højere end den pris, som myndigheden beregnede som den (hypotetiske) konkurrencedygtige pris. Dette betyder, at selv om markedet var konkurrencedygtigt, ville den af den dominerende virksomhed anvendte pris muligvis stadig ikke svare til benchmarkprisen, hvis dens varer eller ydelser har en højere økonomisk værdi.

126. Disse årsager til en højere pris kan navnlig vedrøre produktionen og markedsføringen af den pågældende vare eller ydelse, men de kan også vedrøre forbrugernes efterspørgsel efter varen eller ydelsen.

127. For så vidt angår det første aspekt vil jeg fremhæve, at en dominerende virksomheds omkostninger i forbindelse med fremstillingen og markedsføringen af en vare eller ydelse kan være højere end de tilsvarende omkostninger for andre virksomheder, som ikke er dominerende, eller som driver virksomhed på andre produkt- eller geografiske markeder. En myndighed bør ikke blot tage

57 – Dom af 10.12.1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova* (C-179/90, EU:C:1991:464, præmis 19).

58 – Dom af 16.7.2009, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland mod Kommissionen*(C-385/07 P, EU:C:2009:456, præmis 141-147).

59 – Dom af 13.11.1975, *General Motors Continental mod Kommissionen* (26/75, EU:C:1975:150), og af 11.11.1986, *British Leyland mod Kommissionen* (226/84, EU:C:1986:421).

hensyn til direkte og indirekte produktionsomkostninger i forbindelse med den pågældende vare eller ydelse samt kapitalomkostninger, men også alle former for indirekte omkostninger (f.eks. markedsføring, forskning og udvikling osv.)⁶⁰. Selv hvis en dominerende virksomhed ikke blot kan begrunde sine højere priser med en eventuelt ineffektiv eller uøkonomisk omkostningsstruktur⁶¹, er denne virksomheds faktiske omkostninger naturligvis af afgørende betydning i denne forbindelse. Det er muligt, at visse typer omkostninger, som en virksomhed måtte have pådraget sig, ikke umiddelbart fremgår eller er lette at tilskrive leveringen af en bestemt vare eller ydelse (f.eks. resultatløs forskning og udvikling)⁶², men de skal ikke desto mindre tages i betragtning. En anden tilgang ville medføre en alvorlig risiko for, at investeringer og innovation hæmmes.

128. For så vidt angår det andet aspekt vil jeg fremhæve, at den økonomiske værdi af en vare eller en ydelse, som en dominerende virksomhed leverer, kan være højere end benchmarkprisen i forbrugernes optik. Dette kan igen skyldes flere årsager: F.eks. kan den pågældende vare eller ydelse være (eller måske på grund af årsager, der er knyttet til omkostninger vedrørende markedsføring eller investeringer i brandet, blot opfattes som værende) af en bedre kvalitet. Forbrugerne (eller visse forbrugergrupper) kan anse visse detaljer ved en vare eller ydelse for at være særlig værdifulde, selv om de ikke afspejles på omkostningssiden. I disse tilfælde berettiger de yderligere goder eller fordele, som forbrugerne opnår, et højere avancetillæg⁶³. I denne forbindelse bemærker jeg, at Kommissionens praksis forekommer at følge denne tilgang⁶⁴.

129. Når dette er sagt, vil jeg for så vidt angår situationen i hovedsagen tilføje, at det centrale punkt forekommer at være dette: Efterspørgslen efter licenser hos AKKA/LAA's kunder som f.eks. butikker eller lignende forretninger er direkte afledt af de økonomiske fordele, som de kan opnå fra disse licenser. Dermed kunne højere takster i Letland berettiges, hvis det kunne godtgøres, at de fordele, som AKKA/LAA's kunder opnår ved reproduktion af musik, er større end de fordele, som den samme type kunder i andre lande opnår. Det kan f.eks. ikke udelukkes, at butikker og anden handelsvirksomhed i nogle lande på grund af forskellige købevaner og kulturelle traditioner kan øge deres forretningsaktiviteter mere end i andre lande på grund af den offentlige fremførelse af musik i deres lokaler. Under disse omstændigheder er den økonomiske værdi af de af den kollektive forvaltningsorganisation tildelte licenser i sagens natur højere i førstnævnte lande end i sidstnævnte.

130. Jeg anerkender, at det formentlig ikke er let at undersøge dette aspekt. Dette er årsagen til, at andre indikatorer (såsom borgernes købekraft og landenes bruttonationalprodukt) ofte anvendes til at afgøre, hvorvidt og i hvilken grad to eller flere lande kan sammenlignes ud fra deres økonomiske situation.

131. Det kan konkluderes, at det kun er, når der ikke kan findes en rationel økonomisk begrundelse – bortset fra den blotte evne og vilje til at udnytte markedspositionen, selv når der er tale om misbrug – for den høje pris, som den dominerende virksomhed har anvendt, at denne pris kan karakteriseres som misbrug efter artikel 102 TEUF.

3. *Bevisbyrde*

132. Før konklusionen i denne sag er der et sidste punkt, som bør behandles. Totrinsanalysen, som er fastlagt i Domstolens praksis i forbindelse med overtrædelser af artikel 102, stk. 2, litra a), TEUF, har også et proceduremæssigt aspekt.

60 – Jf. i denne retning dom af 11.4.1989, Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140, præmis 43), og generaladvokat Mischos forslag til afgørelse CICRA og Maxicar (53/87, EU:C:1988:330, punkt 62).

61 – Jf. i denne retning Lucazeau-dommen, præmis 28 og 29.

62 – Jf. V. Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 6. udg., Hart Publishing, 1999, s. 114, og S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law*, 3. udg., Sweet & Maxwell, 2010, s. 238.

63 – Jf. OECD-rapporten, s. 57.

64 – Jf. især Kommissionens beslutning i sag COMP/A.36 568/D3, Scandlines Sverige AB mod Port of Helsingborg.

133. Som nævnt ovenfor i punkt 23, har Domstolen gentagne gange fastslået, at så snart det fastslås, at en pris er for høj i forhold til benchmarkprisen, tilkommer det »den pågældende virksomhed at godtgøre, at forskellen skyldes objektive afvigelser« mellem de sammenlignede varer eller ydelser⁶⁵.

134. Denne udtalelse fra Domstolen skal efter min opfattelse fortolkes i lyset af veletableret retspraksis, hvorefter – selv om det påhviler myndigheden at føre bevis for, at alle de betingelser, der kræves for at fastslå en overtrædelse af artikel 102 TEUF, er opfyldt⁶⁶ – dominerende virksomheder skal have muligheden for at påvise en objektiv begrundelse for deres adfærd⁶⁷.

135. Når en myndighed har registreret, at den faktiske pris er højere end benchmarkprisen, påhviler det den berørte dominerende virksomhed at forelægge myndigheden mulige begrundelser for den (reelle eller tilsyneladende) højere pris.

136. Dette er rimeligt: Undersøgelsesmyndigheden mangler ofte oplysninger, som kan være nødvendige for at vurdere, hvorvidt en pris, der forekommer at være højere end den konkurrencedygtige pris, i realiteten ikke blot afspejler den højere værdi af den underliggende transaktion. Disse oplysninger kan bl.a. vedrøre den dominerende virksomheds omkostningsstruktur og prispolitikker, det relevante markeds efterspørgselsstruktur osv.

137. Myndigheden skal omhyggeligt og upartisk undersøge de af den pågældende virksomhed forelagte faktorer, inden den træffer afgørelse om prisens eventuelle urimelige karakter.

138. I den foreliggende sag betyder det, at det først påhvilede Konkurrencerådet at føre tilstrækkeligt bevis for, at de af AKKA/LAA anvendte takster var væsentlig højere end den konkurrencedygtige pris. I denne henseende skulle myndigheden i forbindelse med sin objektive og grundige undersøgelse tage hensyn til alle relevante forhold for at fastsætte den korrekte benchmarkpris.

139. Dernæst skulle AKKA/LAA godtgøre, at de anvendte takster var rimelige, på trods af at de var højere end den af Konkurrencerådet fastsatte benchmarkpris. AKKA/LAA kunne f.eks. fremhæve faktorer, som Konkurrencerådet fejlagtigt havde overset i forbindelse med beregningen af benchmarkprisen, eller under alle omstændigheder påvise, at den økonomiske værdi af den ydelse, som den leverede til sine kunder, var højere end den ydelse, som leveres af lignende organer i andre medlemsstater.

140. Som konklusion foreslår jeg, at det sjette spørgsmål besvares således, at en dominerende virksomhed kan godtgøre rimeligheden af de anvendte priser med hensynet til navnlig højere produktions- og markedsføringsomkostninger eller, mere generelt, en højere økonomisk værdi af den leverede vare eller ydelse.

H. Det syvende spørgsmål

141. Med det syvende spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om de vederlag, som udbetales til ophavsmænd, ikke skal medregnes i en kollektiv forvaltningsorganisations omsætning i forbindelse med fastsættelsen af den bøde, der pålægges denne aktør for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne.

142. På dette punkt er jeg enig med den spanske regering og Kommissionen: Jeg ser ingen grund til, at de vederlag, som udbetales til ophavsmændene, ikke skal medregnes i den omsætning, der danner grundlag for beregningen af den bøde, der pålægges en kollektiv forvaltningsorganisation.

65 – Jf. punkt 23 ovenfor.

66 – Jf. punkt 52 ovenfor.

67 – Jf. bl.a. dom United Brands, præmis 184, dom af 3.10.1985, CBEM (311/84, EU:C:1985:394, præmis 27), og af 15.3.2007, British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 69 og 86).

143. I en række domme, senest i OSA-dommen⁶⁸, har Domstolen konstateret, at forvaltningsselskaber skal anses for at være virksomheder med henblik på EU- konkurrencereglerne. For disse virksomheder omfatter »den samlede omsætning« – som bl.a. er nævnt i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 og i Kommissionens retningslinjer⁶⁹ – den del af taksterne, som udgøres af vederlag til ophavsmænd. Det er irrelevant, at denne del derefter udbetales til ophavsmændene. I denne henseende kan de vederlag, der udbetales til ophavsmændene, anses for at være et »omkostningselement« for den kollektive forvaltningsorganisation.

144. Hvis den relevante omsætning blev anset for at være begrænset til blot den del af indtægterne, som den kollektive forvaltningsorganisation kan beholde, ville bøden, når alt kommer til alt, være relativt beskeden. Dette kan give anledning til tvivl om, hvorvidt denne bøde ville have en tilstrækkelig afskrækkende virkning, stå i et rimeligt forhold til den skade, som forbrugerne har lidt, og være rimelig i forhold til de bøder, der er blevet pålagt andre selskaber, der har begået lignende overtrædelser af EU-konkurrencereglerne.

IV. Forslag til afgørelse

145. Jeg foreslår, at Domstolen besvarer de af Augstākā tiesa (øverste domstol, Letland) forelagte præjudicielle spørgsmål:

- Adfærden hos en kollektiv forvaltningsorganisation, som også har til opgave at opkræve vederlag for udenlandske ophavsmænds værker, kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater med henblik på artikel 102 TEUF.
- I en situation som den i hovedsagen omhandlede er det i princippet formålstjenligt at foretage en sammenligning mellem taksterne på det pågældende marked og taksterne på andre markeder. Det tilkommer imidlertid den nationale ret i betragtning af alle relevante omstændigheder at efterprøve, om denne sammenligning på den ene side blev gennemført korrekt, og om den på den anden side var tilstrækkelig.
- I forbindelse med sammenligningen af de takster, som forskellige kollektive forvaltningsorganisationer opkræver, kan det være formålstjenligt at anvende et af bruttonationalproduktet afledt indeks for købekraftsparitet. Spørgsmålet om, hvorvidt dette instrument er tilstrækkeligt, afhænger af, om de andre faktorer, som kan påvirke den endelige pris på en vare eller en ydelse i et bestemt land, også tages i betragtning.
- Der bør foretages en sammenligning af de takster, som forskellige kollektive forvaltningsorganisationer opkræver, for hvert relevant marked.
- Kun priser, som er væsentligt og vedvarende højere end benchmarkprisen, kan anses for at være for høje.
- En dominerende virksomhed kan godtgøre rimeligheden af de anvendte priser med hensyn til navnlig højere produktions- og markedsføringsomkostninger eller, mere generelt, en højere økonomisk værdi af den leverede vare eller ydelse.
- De vederlag, som udbetales til ophavsmænd, skal medregnes i en kollektiv forvaltningsorganisations omsætning i forbindelse med fastsættelsen af den bøde, der pålægges denne aktør for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne.

68 – Jf. dom af 27.2.2014, OSA (C-351/12, EU:C:2014:110, præmis 80 og den deri nævnte retspraksis).

69 – Retningslinjer for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a) i forordning nr. 1/2003 (EUT 2006, C 210, s. 2).