



Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ

NILS WAHL

της 20ής Δεκεμβρίου 2017¹

Υπόθεση C-525/16

MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA

κατά

Autoridade da Concorrência

[αίτηση του Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (δικαστηρίου υποθέσεων ανταγωνισμού, ρυθμιστικού πλαισίου και εποπτείας, Πορτογαλία)
για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Προδικαστική παραπομπή – Δεσπόζουσα θέση – Ανταγωνισμός – Κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως – Άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ – Έννοια της “μειονεκτικής θέσεως στον ανταγωνισμό” – Τιμές που εισάγουν διάκριση στη δευτερογενή αγορά – Διαχείριση συγγενικών με τα δικαιώματα δημιουργού δικαιωμάτων – Συνδρομητική τηλεόραση»

- Μπορούν οι αρχές ανταγωνισμού να εκτιμήσουν, υπό το πρίσμα του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, την εφαρμογή από συγκεκριμένη οντότητα διαφοροποιημένων τιμών και, σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως, υπό ποιες προϋποθέσεις; Η διαπίστωση, σε ένα τέτοιο πλαίσιο, καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσεως, κατά το άρθρο αυτό, περιλαμβάνει όριο de minimis;
- Αυτά είναι, κατ' ουσίαν, τα ερωτήματα που τίθενται με την υπό κρίση αίτηση προδικαστικής αποφάσεως, η οποία αφορά, ειδικότερα, την ερμηνεία του άρθρου 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ, σύμφωνα με το οποίο μπορεί να αποτελέσει πρακτική καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσεως το γεγονός «[της] εφαρμογή[ς] ανίσων όρων επί ισοδυνάμων παροχών έναντι των εμπορικών συναλλασσομένων, με αποτέλεσμα να περιέρχονται αυτοί σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό».
- Η αίτηση αυτή υποβλήθηκε στο πλαίσιο ένδικης διαφοράς μεταξύ, αφενός, της MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA (στο εξή: MEO) και, αφετέρου, της Autoridade da Concorrência (αρχής ανταγωνισμού, Πορτογαλία, στο εξής: AdC), σχετικά με απόφαση της αρχής αυτής να θέσει στο αρχείο καταγγελία της MEO κατά της GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantes (συνεταιριστικής εταιρίας διαχείρισεως δικαιωμάτων ερμηνευτών ή εκτελεστών καλλιτεχνών, Πορτογαλία) (στο εξής: GDA) λόγω προβληθείσας καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσεως στον τομέα των συγγενικών με τα δικαιώματα δημιουργού δικαιωμάτων ερμηνευτών ή εκτελεστών.
- Κατά την άποψή μου, η υπόθεση παρέχει την ευκαιρία να διευκρινιστεί εάν, ανεξαρτήτως υφιστάμενης πρακτικής διαφοροποίησης των τιμών, η οποία, καθεαυτήν, δεν είναι προβληματική από πλευράς ανταγωνισμού, το γεγονός ακριβώς ότι μια τέτοια συμπεριφορά στρεβλώνει τον ανταγωνισμό ή επηρεάζει την ανταγωνιστική θέση των εμπορικών συναλλασσομένων στοιχειοθετεί

¹ Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.

κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως. Δεν μπορεί, ως εκ τούτου, να τεκμαρθεί ότι πρακτικές διαφοροποιήσεως τιμών προκαλούν «ανταγωνιστικό μειονέκτημα» χωρίς να εξεταστεί το σύνολο των περιστάσεων της συγκεκριμένης υποθέσεως, ιδίως όταν η επίμαχη διάκριση είναι μια λεγόμενη διάκριση «δευτέρου επιπέδου».

Το νομικό πλαίσιο

Το δίκαιο της Ένωσης

5. Το άρθρο 3, παράγραφος 1, τελευταία περίοδος, του κανονισμού (ΕΚ) 1/2003² ορίζει ότι «[ό]ταν οι αρχές ανταγωνισμού των κρατών μελών ή τα εθνικά δικαστήρια εφαρμόζουν την εθνική νομοθεσία ανταγωνισμού σε τυχόν καταχρηστική πρακτική που απαγορεύεται από το άρθρο [102 ΣΛΕΕ], εφαρμόζουν επίσης το άρθρο [102 ΣΛΕΕ]».

Το πορτογαλικό δίκαιο

6. Το άρθρο 11, παράγραφοι 1 και 2, στοιχείο c, του Novo Regime Jurídico da Concorrência (νέου καθεστώτος περί ανταγωνισμού)³ έχει το ίδιο περιεχόμενο με το άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ.

Η διαφορά της κύριας δίκης, τα προδικαστικά ερωτήματα και η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

7. Η GDA είναι συνεταιριστική εταιρία συλλογικής διαχείρισεως δικαιωμάτων καλλιτεχνών και ερμηνευτών, μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα, η οποία διαχειρίζεται τα συγγενικά με τα δικαιώματα δημιουργού δικαιώματα των μελών της και των μελών ομολόγων αλλοδαπών εταιριών με τις οποίες έχει συνάψει σύμβαση εκπροσωπήσεως και/ή αμοιβαιότητας.

8. Στο πλαίσιο αυτό, η GDA έχει ως κύρια δραστηριότητα την είσπραξη δικαιωμάτων χρήσεως που προέρχονται από την άσκηση των συγγενικών δικαιωμάτων και τη διανομή των ποσών αυτών στους δικαιούχους. Μολονότι δεν διαθέτει μονοπώλιο εκ του νόμου, είναι πλέον ο μόνος οργανισμός που είναι υπεύθυνος για τη συλλογική διαχείριση των συγγενικών δικαιωμάτων των καλλιτεχνών ο οποίος δραστηριοποιείται στην Πορτογαλία.

9. Μεταξύ των επιχειρήσεων που χρησιμοποιούν το ρεπερτόριο των μελών της GDA, αλλά και των μελών των ομολόγων αλλοδαπών οργανισμών με τους οποίους η GDA έχει συνάψει συμβάσεις εκπροσωπήσεως ή αμοιβαιότητας, συγκαταλέγονται οι πάροχοι που προσφέρουν στους καταναλωτές υπηρεσίες μεταδόσεως τηλεοπτικού σήματος και του περιεχομένου του έναντι καταβολής συγκεκριμένου ποσού.

10. Η προσφεύγουσα της κύριας δίκης, MEO, είναι μία από αυτούς τους παρόχους, πελάτισσα της GDA.

11. Μεταξύ των ετών 2008 και 2014, η GDA εφάρμοσε τρεις διαφορετικούς τιμολογιακούς πίνακες στους εν λόγω παρόχους στο πλαίσιο της προσφοράς χονδρικής. Μεταξύ των ετών 2010 και 2013, η GDA εφάρμοσε τους πίνακες αυτούς ταυτοχρόνως.

² Κανονισμός του Συμβουλίου, της 16ης Δεκεμβρίου 2002, για την εφαρμογή των κανόνων του ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της Συνθήκης (ΕΕ 2003, L 1, σ. 1).

³ Εγκριθέν από τον Lei n.º 19/2012 (νόμο αριθ. 19/2012), της 8ης Μαΐου 2012.

12. Από τη δικογραφία που υποβλήθηκε στο Δικαστήριο προκύπτει ότι ο τιμολογιακός πίνακας που εφαρμόστηκε στη ΜΕΟ ήταν αποτέλεσμα αποφάσεως της 10ης Απριλίου 2012, η οποία ελήφθη, σε συμμόρφωση με το εφαρμοστέο δίκαιο, από διαιτητικό δικαστήριο⁴.

13. Στις 24 Ιουνίου και στις 22 Οκτωβρίου 2014, η PT Comunicações SA, προκάτοχος της ΜΕΟ, κατέθεσε ενώπιον της AdC καταγγελία κατά της GDA λόγω ενδεχόμενης καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσεως. Η ΜΕΟ υποστήριξε ότι η κατάχρηση αυτή προέκυπτε από το γεγονός ότι η GDA επέβαλε υπερβολικές τιμές όσον αφορά την άσκηση των συγγενικών με τα δικαιώματα δημιουργού δικαιωμάτων ερμηνευτών και εκτελεστών καλλιτεχνών και ότι, επιπλέον, η GDA εφάρμοζε άνισους όρους μεταξύ της ΜΕΟ και μιας άλλης πελάτισσας, της NOS Comunicações SA (στο εξής: NOS).

14. Στις 19 Μαρτίου 2015, η AdC κίνησε έρευνα η οποία κατέληξε στη θέση της υποθέσεως στο αρχείο με απόφαση της 3ης Μαρτίου 2016, επειδή τα πραγματικά περιστατικά σχετικά με το αντικείμενο της διαδικασίας δεν περιείχαν επαρκείς ενδείξεις που να θεμελιώναν κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως.

15. Η AdC επισήμανε ιδίως ότι, ακόμη και εάν υποτεθεί ότι η GDA κατείχε πράγματι δεσπόζουσα θέση στην οικεία αγορά και ότι η επίμαχη συμπεριφορά θεωρούνταν άνιση μεταχείριση για ισοδύναμες παροχές, η διαφοροποίηση των τιμολογιακών πινάκων που εφαρμόζονταν στους διαφόρους παρόχους λιανικών υπηρεσιών προσβάσεως σε τηλεοπτικές υπηρεσίες και του μέσου κόστους με το οποίο επιβαρύνονταν η ΜΕΟ και η NOS στο πλαίσιο της επίμαχης προσφοράς χονδρικής δεν επιτρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι υφίσταται αποτέλεσμα που περιορίζει τον ανταγωνισμό το οποίο απορρέει, συγκεκριμένα, από αποδυνάμωση της ανταγωνιστικής θέσεως της ΜΕΟ.

16. Κατά την AdC, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι ένας πάροχος λιανικών υπηρεσιών προσβάσεως σε τηλεοπτικό σήμα μπορεί να περιέλθει σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό σε σχέση με άλλους. Η ερμηνεία βάσει της οποίας απλή συμπεριφορά που εισάγει διακρίσεις εκ μέρους επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση συνεπάγεται *ipso facto* παράβαση του άρθρου 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ είναι αντίθετη προς τη νομολογία του Δικαστηρίου.

17. Η ΜΕΟ προσέφυγε κατά της αποφάσεως της AdC περί θέσεως της υποθέσεως στο αρχείο, επικαλούμενη ιδίως ότι η AdC ερμήνευσε εσφαλμένα το άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ, καθώς, αντί να αξιολογήσει το κριτήριο της μειονεκτικής θέσεως στον ανταγωνισμό, όπως ερμηνεύεται στη νομολογία του Δικαστηρίου, εξέτασε εάν υφίστατο ζήτημα σημαντικής και ποσοτικοποιήσιμης στρεβλώσεως του ανταγωνισμού.

18. Κατά το αιτούν δικαστήριο, η απόφαση της AdC περί θέσεως της υποθέσεως στο αρχείο θεμελιωνόταν στο γεγονός ότι η διαφορά των τιμών σε σχέση με το μέσο κόστος ήταν μικρή, με αποτέλεσμα αυτοί οι πίνακες τιμών να μην είναι σε θέση να επηρεάσουν την ανταγωνιστική θέση της ΜΕΟ και να μπορεί η εταιρία αυτή να απορροφήσει τη διαφορά. Το μερίδιο εξάλλου της ΜΕΟ στην αγορά, όσον αφορά τη λιανική παροχή προσβάσεως στο τηλεοπτικό σήμα με συνδρομή, αυξήθηκε κατά τη διάρκεια της ίδιας περιόδου⁵.

⁴ Σύμφωνα με το άρθρο 7, παράγραφοι 3 και 9, του Decreto-Lei n.º 333/97 (νομοθετικού διατάγματος 333/97), της 27ης Νοεμβρίου 1997, ελλείπει συμφωνίας κατά τη διαπραγμάτευση των δικαιωμάτων, τα μέρη υποχρεούνται να προσφύγουν σε διαιτησία.

⁵ Κατά την Autoridade Nacional de Comunicações (Anacom) [Εθνική αρχή επικοινωνιών (Anacom), Πορτογαλία], το μερίδιο αγοράς της ΜΕΟ αυξήθηκε, κατά την περίοδο αναφοράς, ήτοι μεταξύ 1ης Ιανουαρίου 2010 και 31ης Μαρτίου 2015, από ποσοστό κατώτερο του 25 % σε ποσοστό ανώτερο του 40 %, ενώ το μερίδιο αγοράς του ομίλου NOS μειώθηκε, κατά τη διάρκεια της ίδιας περιόδου, από ποσοστό ανώτερο του 60 % σε ποσοστό κατώτερο του 45 %.

19. Το αιτούν δικαστήριο σημειώνει ότι, στο πλαίσιο της διαδικασίας της κύριας δίκης, η ΜΕΟ παρέσχε αριθμητικά στοιχεία σχετικά με το κόστος με το οποίο επιβαρύνονταν αντιστοίχως η ΜΕΟ και η ΝΟΣ. Οι πίνακες αυτοί αφορούν, αφενός, το συνολικό κόστος καθώς και το μέσο κόστος ανά καταναλωτή που επιβάρυνε τη ΜΕΟ και τη ΝΟΣ και, αφετέρου, το κέρδος και την αποδοτικότητα της ΜΕΟ κατά τη διάρκεια της σχετικής περιόδου, ήτοι από το έτος 2010 έως το έτος 2013⁶.

20. Κατά το αιτούν δικαστήριο, δεν αποκλείεται να επηρεάστηκε η ανταγωνιστική ικανότητα της ΜΕΟ λόγω αυτής της διαφοροποίησης των τιμών. Από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι ορισμένες συμπεριφορές που εισάγουν διάκριση έναντι των εμπορικώς συναλλασσομένων μπορούν εγγενώς να προκαλέσουν ανταγωνιστικό μειονέκτημα. Το αιτούν δικαστήριο κρίνει εντούτοις ότι το Δικαστήριο δεν έχει αποφανθεί οριστικά επί της έννοιας της «μειονεκτικής θέσεως στον ανταγωνισμό» για τον σκοπό της εφαρμογής του άρθρου 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ.

21. Στο πλαίσιο αυτό το Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (δικαστήριο υποθέσεων ανταγωνισμού, ρυθμιστικού πλαισίου και εποπτείας, Πορτογαλία) αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

- «1) Εάν, σε διαδικασία επιβολής κυρώσεων, υπάρχουν ενδείξεις ή αποδείξεις πραγματικών περιστατικών σχετικά με τα αποτελέσματα ενδεχόμενης εισάγουσας διακρίσεις τιμολογιακής πρακτικής εφαρμοζόμενης από επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση εις βάρος επιχειρήσεως λιανικής, η οποία τίγεται σε σχέση με τους ανταγωνιστές της, απαιτείται, για να μπορεί να θεωρηθεί ότι, εξαιτίας της εν λόγω συμπεριφοράς, η θιγόμενη επιχείρηση *περιέρχεται σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό*, κατά το άρθρο 102, [δεύτερο εδάφιο,] στοιχείο γ', ΣΛΕΕ, πρόσθετη εκτίμηση της βαρύτητας, της συνάφειας ή της σπουδαιότητας των εν λόγω αποτελεσμάτων στην ανταγωνιστική θέση ή στην ανταγωνιστική ικανότητα της θιγόμενης επιχειρήσεως, ιδίως όσον αφορά την ικανότητα της θιγόμενης επιχειρήσεως να απορροφήσει τη διαφορά του κόστους με το οποίο επιβαρύνεται όσον αφορά την υπηρεσία χονδρικής;
- 2) Εάν, σε διαδικασία επιβολής κυρώσεων, υπάρχουν ενδείξεις ή αποδείξεις της *σημαντικά μειωμένης σημασίας* που έχει στα πραγματοποιηθέντα έξοδα, στα επιτευχθέντα έσοδα και στην κερδοφορία της θιγόμενης επιχειρήσεως λιανικής η εισάγουσα διακρίσεις τιμολογιακή πρακτική που εφαρμόζει επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση, συνάδει η σύμφωνη προς το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης ερμηνεία του άρθρου 102, [δεύτερο εδάφιο,] στοιχείο γ', ΣΛΕΕ και της νομολογίας στις αποφάσεις [της 15ης Μαρτίου 2007, British Airways κατά Επιτροπής (C-95/04 P, EU:C:2007:166, σκέψεις 146 έως 148), και της 9ης Σεπτεμβρίου 2009, Clearstream κατά Επιτροπής (T-301/04, EU:T:2009:317),] με την εκτίμηση ότι δεν υπάρχουν ενδείξεις περί καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσεως και περί απαγορευμένων πρακτικών;
- 3) Ή, αντιθέτως, η περίπτωση αυτή δεν αρκεί για να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο να μπορεί να θεωρηθεί ότι η επίμαχη συμπεριφορά συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως και απαγορευμένη πρακτική κατά την έννοια του άρθρου 102, [δεύτερο εδάφιο,] στοιχείο γ', ΣΛΕΕ, και ασκεί επιρροή μόνον όταν πρόκειται να καθορισθεί η ευθύνη ή η κύρωση της επιχειρήσεως που τέλεσε την παράβαση;
- 4) Έχει η περιεχόμενη στο άρθρο 102, [δεύτερο εδάφιο,] στοιχείο γ', ΣΛΕΕ φράση *με αποτέλεσμα να περιέρχονται αυτοί σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό* την έννοια ότι το πλεονέκτημα που αντλείται από τη διακριτική μεταχείριση πρέπει να αντιστοιχεί σε ελάχιστο ποσοστό της διαθρώσεως του κόστους της θιγόμενης επιχειρήσεως;

⁶ Τα αριθμητικά αυτά στοιχεία δεν επαναλαμβάνονται στην απόφαση περί παραπομπής καθόσον αποτελούν εμπιστευτικά δεδομένα.

- 5) Έχει η περιεχόμενη στο άρθρο 102, [δεύτερο εδάφιο,] στοιχείο γ', ΣΛΕΕ φράση *με αποτέλεσμα να περιέρχονται αυτοί σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό* την έννοια ότι το πλεονέκτημα που αντλείται από τη διακριτική μεταχείριση πρέπει να αντιστοιχεί σε ελάχιστη διαφορά του μέσου κόστους με το οποίο επιβαρύνονται οι ανταγωνιστικές επιχειρήσεις στην επίμαχη υπηρεσία χονδρικής;
- 6) Έχει η περιεχόμενη στο άρθρο 102, [δεύτερο εδάφιο,] στοιχείο γ', ΣΛΕΕ φράση *με αποτέλεσμα να περιέρχονται αυτοί σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό* την έννοια ότι το πλεονέκτημα που αντλείται από τη διακριτική μεταχείριση πρέπει να αντιστοιχεί, στο πλαίσιο της συγκεκριμένης αγοράς και υπηρεσίας, σε τιμές υψηλότερες από τις διαφορές που παρατίθενται στους πίνακες 5, 6 και 7, ούτως ώστε να χαρακτηριστεί η επίμαχη συμπεριφορά απαγορευμένη πρακτική;
- 7) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως σε οποιοδήποτε από το τέταρτο έως το έκτο ερώτημα, πώς πρέπει να καθορισθεί το ελάχιστο κατώτατο όριο συνάφειας της μειονεκτικής θέσεως σε σχέση με τη διάρθρωση του κόστους ή με το μέσο κόστος με το οποίο επιβαρύνονται οι ανταγωνιστικές επιχειρήσεις στην επίμαχη υπηρεσία χονδρικής;
- 8) Εάν καθορισθεί το ελάχιστο αυτό κατώτατο όριο, μπορεί η παράβαση αυτού σε κάθε ετήσια περίοδο να αποδυναμώσει το τεκμήριο που απορρέει από την απόφαση [της 9ης Σεπτεμβρίου 2009, Clearstream κατά Επιτροπής (T-301/04, EU:T:2009:317),] βάσει της οποίας πρέπει να γίνεται δεκτό ότι «*η εφαρμογή έναντι εμπορικού εταίρου διαφορετικών τιμών για ισοδύναμες υπηρεσίες, για αδιάλειπτο διάστημα πέντε ετών, εκ μέρους μίας επιχειρήσεως κατέχουσας εκ των πραγμάτων το μονοπώλιο στην πρωτογενή αγορά, δεν [μπορεί] παρά να προκαλέσει ανταγωνιστικό μειονέκτημα για τον εταίρο αυτόν*»;
22. Η MEO, η GDA, η Πορτογαλική και η Ισπανική Κυβέρνηση, καθώς και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατέθεσαν έγγραφες παρατηρήσεις.
23. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 5ης Οκτωβρίου 2017, έλαβαν μέρος η MEO, η GDA, το Βασίλειο της Ισπανίας, καθώς και η Επιτροπή.

Σύνοψη των παρατηρήσεων που υποβλήθηκαν στο Δικαστήριο

24. Γενικώς, τα ενδιαφερόμενα μέρη εκτίμησαν ότι τα προδικαστικά ερωτήματα έπρεπε να εξεταστούν από κοινού. Τα μέρη αυτά επικεντρώθηκαν στο ζήτημα κατά πόσον, προκειμένου να διαπιστωθεί εάν υφίσταται «μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό», κατά το άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ, μπορεί να τεκμαρθεί ότι η διαφοροποίηση των τιμών ενδέχεται να νοθεύσει τον ανταγωνισμό ή εάν, αντιθέτως, εναπόκειται στην αρχή ανταγωνισμού να αποδείξει ότι μειώθηκε η ανταγωνιστική ικανότητα της επιχειρήσεως που περιήλθε σε δυσμενέστερη θέση ως συνέπεια της καταγγεληθείσας συμπεριφοράς. Στο πλαίσιο της αναλύσεως αυτής, αναπτύσσονται, αφενός, τα στοιχεία που πρέπει να ληφθούν υπόψη και, αφετέρου, το κατά πόσον απαιτείται να είναι σημαντικό το αποτέλεσμα (πραγματικό ή δυνητικό, αναλόγως των αντιστοίχων απόψεων των μερών) στον ανταγωνισμό.
25. Όσον αφορά την έννοια της «μειονεκτικής θέσεως στον ανταγωνισμό», τα ενδιαφερόμενα μέρη συμφωνούν ως προς το γεγονός ότι, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου, ενδεχόμενη υφιστάμενη επίδραση στον ανταγωνισμό πρέπει γενικώς να εκτιμάται κατά περίπτωση και ότι δεν υπάρχει κάποιο όριο ή πάγιος κανόνας προκειμένου να αποδειχθεί μια τέτοια επίδραση.

26. Εντούτοις, οι απόψεις δίστανται ως προς το εάν και σε ποιο μέτρο πρέπει να αποδειχθεί συγκεκριμένο αποτέλεσμα που πλήττει τον ανταγωνισμό ή εάν, αντιθέτως, είναι πιθανή υφιστάμενη μειονεκτική θέση στην περίπτωση που μια επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση εφαρμόσει διαφοροποιημένους πίνακες τιμών στους εμπορικά συναλλασσόμενους με αυτήν στη δευτερογενή αγορά.

27. Αφενός, η GDA και η Πορτογαλική Κυβέρνηση θεωρούν ότι πρέπει να ληφθεί υπόψη το συγκεκριμένο αποτέλεσμα των διαφοροποιημένων τιμών στην ανταγωνιστική ικανότητα της MEO.

28. Τόσο από την προσέγγιση που υιοθέτησε η Επιτροπή, όπως διατυπώθηκε σε πολλές εκθέσεις και ανακοινώσεις της από το έτος 2003, όσο και από τη νομολογία του Δικαστηρίου και του Γενικού Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης προκύπτει ότι πρέπει να ληφθούν υπόψη τα αποτελέσματα φερομένων ως καταχρηστικών συμπεριφορών τα οποία πλήττουν τον ανταγωνισμό στην αγορά. Για να χαρακτηριστεί καταχρηστική μια τιμολογιακή πρακτική είναι αναγκαίο να υπάρχει πράγματι στρέβλωση του ανταγωνισμού μεταξύ των παρόχων των επίμαχων υπηρεσιών και, λόγω της στρεβλώσεως αυτής, να περιέρχονται ορισμένοι πάροχοι σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό. Ως εκ τούτου, μια «απλή» πρακτική τιμών που εισάγουν διάκριση δεν αρκεί καθεαυτήν για να στοιχειοθετηθεί κατάχρηση κατά το άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ.

29. Αφετέρου, η Ισπανική Κυβέρνηση⁷ και η MEO προκρίνουν μια ερμηνεία του άρθρου 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ, βάσει της οποίας, με ελάχιστες διαφοροποιήσεις, το γεγονός ότι μια διαχειριστική εταιρία που βρίσκεται σε μονοπωλιακή κατάσταση, όπως η GDA, ευνοεί, εφαρμόζοντας ευνοϊκότερους όρους, έναν χρήστη σε σχέση με τους ανταγωνιστές του στην ίδια δευτερογενή αγορά μπορεί να προκαλέσει ανταγωνιστικό μειονέκτημα ή στρέβλωση του ανταγωνισμού.

30. Όσον αφορά τα στοιχεία που πρέπει να ληφθούν υπόψη προκειμένου να προσδιοριστεί εάν μια συμπεριφορά όπως αυτή της GDA στην υπόθεση της κύριας δίκης δύναται να προκαλέσει αποτέλεσμα επιζήμιο για τον ανταγωνισμό, η MEO επισημαίνει ότι η GDA κατέχει μονοπωλιακή θέση και ότι οι πάροχοι τηλεοπτικών υπηρεσιών υποχρεούνται να συμβάλλονται με την GDA για να λάβουν άδειες χρήσεως που τους επιτρέπουν τη διανομή προστατευμένων έργων. Λόγω αυτού, η διαπραγματευτική θέση της GDA είναι ισχυρή. Κατά τη MEO, επιχείρηση που κατέχει εκ των πραγμάτων μονοπωλιακή θέση έχει ιδιαίτερη ευθύνη προκειμένου να εφαρμόζονται ίσοι όροι στους εμπορικά συναλλασσόμενους μαζί της. Η ευθύνη αυτή δημιουργεί, κατά τη MEO, την υποχρέωση στην GDA να δικαιολογήσει τη συμπεριφορά της, πράγμα που δεν έκανε η GDA. Τέλος, κατά τη MEO, πρέπει να ληφθεί υπόψη η διάρκεια της διακρίσεως αυτής.

31. Συναφώς, η Ισπανική Κυβέρνηση υπογραμμίζει ότι, σε περίπτωση όπως αυτή της υπό κρίση υποθέσεως, η μειονεκτική θέση προκύπτει ιδίως από το γεγονός ότι οι άδειες χρήσεως που χορηγούνται από τις εταιρίες διαχείρισεως αποτελούν ουσιώδες στοιχείο για την παροχή των τελικών υπηρεσιών από τους επίμαχους χρήστες.

Ανάλυση

32. Τα προδικαστικά ερωτήματα, όπως διατυπώθηκαν από το αιτούν δικαστήριο, απαιτούν, κατά την κρίση μου, σφαιρική απάντηση καθόσον συνδέονται κυρίως με το ζήτημα κατά πόσον η έννοια της «μειονεκτικής θέσεως στον ανταγωνισμό», που αναφέρεται στο άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ, συνεπάγεται εξέταση των αποτελεσμάτων μιας συμπεριφοράς και/ή της βαρύτητας της εφαρμογής διαφοροποιημένων τιμών στην ανταγωνιστική θέση της θιγόμενης επιχείρησης.

⁷ Η Ισπανική Κυβέρνηση παραθέτει ότι η Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Εθνική επιτροπή αγορών και ανταγωνισμού, Ισπανία) έκρινε συστηματικώς ως παράβαση την εφαρμογή τιμολογιακών πινάκων που εισάγουν διάκριση, στην περίπτωση που ο οργανισμός διαχείρισεως των δικαιωμάτων δημιουργού και των συγγενικών δικαιωμάτων δεν ήταν σε θέση να τους δικαιολογήσει.

33. Πριν την εξέταση της προβληματικής αυτής, θα επιθυμούσα, *κατ' αρχάς*, να θίξω ορισμένα ερωτήματα τα οποία, μολονότι σχετίζονται με ζητήματα που δεν έθεσε επακριβώς το αιτούν δικαστήριο, αφορούν τη δυνατότητα εφαρμογής εν προκειμένω των διατάξεων του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

34. Θα προχωρήσω, *εν συνεχεία*, σε προκαταρκτική έκθεση των βασικών εκτιμήσεων που πρέπει, κατά τη γνώμη μου, να κατευθύνουν την ανάλυση μιας πρακτικής διαφοροποίησης των τιμών για την οποία προβλήθηκε ο ισχυρισμός ότι αποτελεί κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως. Στο πλαίσιο αυτό, θα παραθέσω εάν και υπό ποιες προϋποθέσεις μια πρακτική που εισάγει τιμολογιακή διάκριση «δευτέρου επιπέδου» μπορεί να εμπίπτει στο άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ. Θα διευκρινίσω τους λόγους για τους οποίους δεν μπορεί να υποτεθεί ότι μια τέτοια πρακτική αποτελεί, από τη φύση της, κατάχρηση θέσεως ή ότι πρέπει, αντιθέτως, να αποδειχθούν συγκεκριμένα τα αποτελέσματα μιας τέτοιας συμπεριφοράς στον ανταγωνισμό.

35. Υπό το πρίσμα όλων αυτών των εκτιμήσεων θα εξετάσω, *τέλος*, κατά πόσον η εφαρμογή άνισων όρων σε ισοδύναμες παροχές από μία επιχείρηση η οποία φέρεται ότι κατέχει δεσπόζουσα θέση είναι σε θέση να προκαλέσει μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό.

Γενικές παρατηρήσεις για τη δυνατότητα εφαρμογής στη συγκεκριμένη περίπτωση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ

36. Πρέπει να επισημανθεί ότι η υπό κρίση υπόθεση αφορά έναν ιδιαίτερο συνδυασμό πραγματικών περιστατικών που μπορεί να περιγραφεί ως ακολούθως.

37. Η ΜΕΟ, πάροχος τηλεοπτικών υπηρεσιών στην πορτογαλική αγορά, προσέφυγε ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου κατά της αποφάσεως της AdC περί θέσεως της καταγγελίας της στο αρχείο. Η καταγγελία αυτή στρεφόταν κατά της φερόμενης ως καταχρηστικής συμπεριφοράς της GDA, εταιρίας διαχείρισεως συγγενικών με τα δικαιώματα του δημιουργού δικαιωμάτων, η οποία συνίστατο στην εφαρμογή, μεταξύ των ετών 2010 και 2013, διαφοροποιημένων πινάκων τιμών για τη λήψη αδειών χρήσεως.

38. Κατά την άποψη της ΜΕΟ, στη NOS, επιχείρηση που ανταγωνιζόταν ευθέως τη ΜΕΟ, προσφέρθηκαν ευνοϊκότερα τιμολόγια κατά την περίοδο αυτή. Η καταγγελία που υποβλήθηκε από τη ΜΕΟ ενώπιον της AdC αφορούσε συγκεκριμένα φερόμενη κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως η οποία προέκυπτε από τους εισάγοντες διάκριση πίνακες τιμών οι οποίοι εφαρμόζονταν από την GDA στη δευτερογενή αγορά σε σχέση με τις υπηρεσίες συλλογικής εμπορίας συγγενικών δικαιωμάτων ερμηνευτών και εκτελεστών καλλιτεχνών.

39. Εντούτοις, και όπως επισήμανε το αιτούν δικαστήριο με την επίκληση αριθμητικών στοιχείων, φαίνεται ότι η μειονεκτική θέση στην οποία φέρεται ότι περιήλθε η ΜΕΟ όσον αφορά τα ποσά που κατέβαλε για τη χρήση έργων προστατευμένων από το δικαίωμα του δημιουργού και τα συγγενικά δικαιώματα δεν είχε ως αποτέλεσμα μείωση του μεριδίου αγοράς της. Όπως αντιθέτως, το μερίδιο που κατείχε η ΜΕΟ αυξήθηκε, μεταξύ των ετών 2010 και 2013, από ποσοστό περίπου 25 % σε ποσοστό ανώτερο του 40 %. Όσον αφορά το μερίδιο που κατείχε η NOS, μειώθηκε, κατά την ίδια περίοδο, από ποσοστό ανώτερο του 60 % σε ποσοστό κατώτερο του 45 %.

40. Είναι σημαντικό να αναφερθεί ότι αυτός ο καθορισμός τιμών έγινε σε συμμόρφωση προς το εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο, κατόπιν διαιτητικής αποφάσεως, καθότι η GDA δεν μπόρεσε να καταλήξει σε συμφωνία με τη ΜΕΟ.

41. Εν προκειμένω, το αιτούν δικαστήριο βασίζεται στην παραδοχή ότι το μόνο ερώτημα που τίθεται είναι εάν, για να συναχθεί υφιστάμενη κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως που προκύπτει από την εφαρμογή διαφορετικών τιμών για ισοδύναμες υπηρεσίες, θα πρέπει να αποφανθεί συγκεκριμένα για τα αποτελέσματα της επίμαχης πρακτικής στον ανταγωνισμό ή εάν, αντιθέτως, μπορεί να τεκμαρθεί ότι μια τέτοια πρακτική αντιτίθεται στο άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ.
42. Στην κατεύθυνση αυτή, το αιτούν δικαστήριο φαίνεται να έκρινε ότι πληρούνταν οι λοιπές προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Ειδικότερα, θεωρεί ως δεδομένο το γεγονός ότι, πρώτον, η GDA είναι επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση και ότι, δεύτερον, εφάρμοσε ως προς τους εμπορικώς συναλλασσόμενους άνισους όρους «επί ισοδυνάμων παροχών».
43. Πάντως, από την ανάγνωση της δικογραφίας που κατατέθηκε στο Δικαστήριο, έχω τη γνώμη ότι τόσο η ύπαρξη εν προκειμένω δεσπόζουσας θέσεως της GDA στην πράγματι σχετική αγορά όσο και το γεγονός της επιβολής διαφορετικών τιμών επί «ισοδυνάμων παροχών» είναι ζητήματα που επιδέχονται αμφισβήτηση.
44. Οι αμφιβολίες που δημιουργούνται συναφώς θα μπορούσαν να καταστήσουν υποθετικά τα υποβληθέντα προδικαστικά ερωτήματα, τα οποία αφορούν αποκλειστικά τον προσδιορισμό «μειονεκτικής θέσεως στον ανταγωνισμό», κατά το άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ.
45. Πρώτον, κατά την άποψή μου, μπορεί κανείς να διερωτηθεί εάν η GDA *κατέχει πράγματι δεσπόζουσα θέση* στη σχετική αγορά της προσφοράς χονδρικής εν προκειμένω.
46. Επί του σημείου αυτού, σημειώνεται ότι η GDA αμφισβήτησε συγκεκριμένα την παραδοχή ότι κατέχει δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά, μολονότι είναι *de facto* η μόνη εταιρία διαχειρίσεως συγγενικών με τα δικαιώματα δημιουργού δικαιωμάτων στην Πορτογαλία.
47. Συναφώς, η GDA επισήμανε ότι δεν είναι σε θέση να ασκήσει εμπορική πίεση στους βασικούς συναλλασσόμενους με αυτήν, τη MEO και τη NOS. Κατ' αρχάς, οι επιχειρήσεις αυτές αποτελούν ένα ισχυρό «δυοπώλιο». Εν συνεχεία, η διαμόρφωση των τιμών διέπεται από το εθνικό δίκαιο, το οποίο, ελλείψει συμφωνίας, υποχρεώνει τα μέρη να προσφύγουν σε διαιτησία. Τέλος, καθόσον δεν πρόκειται για καθετοποιημένη επιχείρηση, η GDA ουδόλως ενδιαφέρεται για την πρωτογενή ή τη δευτερογενή αγορά. Αντιθέτως, θα ήταν ζημιογόνοι γι' αυτήν ο αποκλεισμός της MEO από την αγορά ή η αποδυνάμωση της ανταγωνιστικής της θέσεως σε σχέση με τη NOS. Υπό τις περιστάσεις αυτές, δεν υφίσταται δεσπόζουσα θέση, πολλώ δε μάλλον κατάχρηση αυτής.
48. Υπενθυμίζω ότι η GDA είναι οντότητα διαχειρίσεως συλλογικών δικαιωμάτων καλλιτεχνών, μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα, σκοπός της οποίας είναι η άσκηση και η διαχείριση συγγενικών με τα δικαιώματα δημιουργού δικαιωμάτων των προσώπων που εκπροσωπεί και των μελών αλλοδαπών ομολόγων οντοτήτων. Στους κύριους πελάτες της συγκαταλέγονται οι πάροχοι λιανικών υπηρεσιών προσβάσεως σε τηλεοπτικό σήμα με συνδρομή στην Πορτογαλία, μεταξύ των οποίων η MEO και η NOS, οι οποίες αποτελούσαν από κοινού, κατά τη διάρκεια της οικείας περιόδου, δυοπώλιο.
49. Στο πλαίσιο αυτό, φαίνεται ότι η GDA εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από τις αμοιβές που εισπράττει για τις υπηρεσίες που παρέχει σε αυτές τις δύο επιχειρήσεις.

50. Εξάλλου, όπως προκύπτει από τη δικογραφία και όπως ανέφερε η AdC στην απόφασή της, υπάρχουν ενδείξεις ότι οι πάροχοι προσβάσεως σε τηλεοπτικό σήμα με συνδρομή διαθέτουν ορισμένη διαπραγματευτική ισχύ η οποία μπορεί να αντισταθμίσει την ισχύ της GDA. Οι ενδείξεις αυτές, οι οποίες, όπως αντιλαμβάνομαι από τη δικογραφία, δεν αμφισβητήθηκαν από τη MEO⁸, συνίστανται ιδίως στην επικοινωνία μεταξύ της GDA και των παρόχων λιανικής προσφοράς προσβάσεως σε τηλεοπτικό σήμα με συνδρομή προκειμένου να καθοριστούν οι τιμολογιακοί πίνακες που θα τους εφάρμοζε η GDA από την 1η Ιανουαρίου 2014 στο επίμαχο πλαίσιο προσφοράς χονδρικής.

51. Συνεπώς, μολονότι η GDA είναι, προς το παρόν, η μόνη εταιρία διαχείρισεως συλλογικών δικαιωμάτων ερμηνευτών και εκτελεστών καλλιτεχνών στην Πορτογαλία, το γεγονός αυτό δεν σημαίνει ότι κατέχει πράγματι δεσπόζουσα θέση, διότι δεν διαθέτει ισχύ στην αγορά που να της επιτρέπει να ενεργεί ανεξάρτητα από τους εμπορικά συναλλασσόμενους με αυτήν.

52. Πάντως, ουδόλως αμφισβητείται ότι το άρθρο 102 ΣΛΕΕ αποσκοπεί στον έλεγχο της ισχύος μιας επιχειρήσεως στην αγορά. Για να χαρακτηριστεί η θέση μιας επιχειρήσεως δεσπόζουσα, δεν αρκεί η αναφορά στο μερίδιο που κατέχει σε σαφώς καθορισμένη αγορά, αλλά πρέπει να αναφερθεί επίσης η οικονομική ισχύ που διαθέτει λόγω της θέσεώς της.

53. Η δεσπόζουσα θέση, συνεπώς, μπορεί να οριστεί ως η θέση οικονομικής ισχύος που προσφέρει, σε μία ή περισσότερες επιχειρήσεις, σε σημαντικό βαθμό, τη δυνατότητα ανεξάρτητης συμπεριφοράς έναντι των ανταγωνιστών της, των πελατών της και, εν τέλει, έναντι των καταναλωτών⁹. Η κατάσταση αυτή δημιουργείται γενικά όταν μια επιχείρηση ή όμιλος επιχειρήσεων εξασφαλίζει σημαντικό τμήμα της προσφοράς σε συγκεκριμένη αγορά, υπό την προϋπόθεση ότι και οι άλλοι παράγοντες που εξετάζονται στο πλαίσιο της αξιολογήσεως (όπως η ύπαρξη φραγμών στην είσοδο, η ικανότητα αντιδράσεως των καταναλωτών κ.λπ.) οδηγούν προς την ίδια κατεύθυνση¹⁰.

54. Επιπλέον, μπορεί κανείς να αναρωτηθεί ποιο συμφέρον, όσον αφορά τον ανταγωνισμό, έχει η GDA να επιβάλει τιμές που εισάγουν διάκριση προκειμένου να αποκλείσει ή να αποδυναμώσει την ανταγωνιστική θέση ενός εκ των πελατών της. Αφ' ης στιγμής δεν έχει κανένα δικό της συμφέρον να υπερασπιστεί στη δευτερογενή αγορά στην οποία δραστηριοποιούνταν η MEO και η NOS, το μοναδικό της συμφέρον φαίνεται να εδράζεται στο γεγονός της ενισχύσεως των εισπράξεών της με τον καθορισμό τιμών που αποτελούν αντικείμενο ατομικής και διμερούς διαπραγματεύσεως με τους παρόχους αυτούς.

55. Εάν μια οντότητα αντλεί εν προκειμένω κέρδος, όσον αφορά τον ανταγωνισμό, από ενδεχόμενη διάκριση στη δευτερογενή αγορά, αυτή είναι προφανώς η επιχείρηση που ωφελήθηκε από τις φερόμενες χαμηλότερες τιμές, εν προκειμένω η NOS. Δύσκολα αντιλαμβάνομαι, αντιθέτως, με ποιον τρόπο μια τέτοια διαφοροποίηση μπορεί να ωφελήσει άμεσα ή έμμεσα την GDA. Θα αναφερθώ ειδικότερα στο θέμα αυτό στην ανάλυση που θα ακολουθήσει.

56. Δεύτερον, διερωτώμαι, σε επέκταση των προηγούμενων σκέψεων, εάν πράγματι τίθεται εν προκειμένω ζήτημα «ισοδυνάμων παροχών» υπό «άνισους όρους», κατά το άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ –και, επομένως, ζήτημα «διακρίσεως» ή μάλλον ζήτημα αντικειμενικής «διαφοροποιήσεως»– στο πλαίσιο της διαθέσεως των συγγενικών δικαιωμάτων στη MEO και τη NOS.

8 Βλ. έγγραφα που υποβλήθηκαν στη δικογραφία σε εθνικό επίπεδο και αναφέρονται στην απόφαση της AdC.

9 Ο ορισμός αυτός είχε γίνει παλαιόθεν δεκτός από το Δικαστήριο (βλ. αποφάσεις της 14ης Φεβρουαρίου 1978, United Brands και United Brands Continental κατά Επιτροπής, 27/76, EU:C:1978:22, σκέψη 65, και της 13ης Φεβρουαρίου 1979, Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής, 85/76, EU:C:1979:36, σκέψη 38). Τον υπενθυμίζει παγίως η νομολογία, ιδίως η πλέον πρόσφατη (βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 14ης Οκτωβρίου 2010, Deutsche Telekom κατά Επιτροπής, C-280/08 P, EU:C:2010:603, σκέψη 170, και της 17ης Φεβρουαρίου 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, σκέψεις 23 και 79).

10 Βλ. ανακοίνωση 97/C 372/03 της Επιτροπής όσον αφορά τον ορισμό της σχετικής αγοράς για τους σκοπούς του κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού (ΕΕ 1997, C 372, σ. 5).

57. Όπως προκύπτει από τη νομολογία, η ισοδυναμία των συναλλαγών πρέπει να προσδιορίζεται λαμβανομένων υπόψη όλων των συνθηκών που ισχύουν στην αγορά¹¹. Οι συνθήκες αυτές περιλαμβάνουν ιδίως μια πτυχή χρονικής φύσεως, καθόσον η τιμή που καθορίζεται εν όψει της παροχής ορισμένης υπηρεσίας ενδέχεται να ποικίλλει με την πάροδο του χρόνου, λαμβανομένων υπόψη των *συνθηκών της αγοράς και των κριτηρίων που χρησιμοποιούνται για τη διαμόρφωση της τιμής*. Με άλλα λόγια, το γεγονός ότι οι παροχές εκτελούνται σε διαφορετικό χρόνο μπορεί να καταστήσει τις συναλλαγές μη ισοδύναμες¹².

58. Επιπλέον, από τα στοιχεία που υποβλήθηκαν στο Δικαστήριο προκύπτει ότι η διαμόρφωση των τιμών και των λοιπών συμβατικών όρων σχετικά με τα συγγενικά δικαιώματα που διαθέτει στο εμπόριο η GDA διέπεται από τον νόμο που υποχρεώνει τα μέρη, ελλείψει συμφωνίας, να προσφύγουν σε διαιτησία. Σε μια τέτοια περίπτωση και όπως συνέβη όσον αφορά τις τιμές που χρεώθηκαν στη MEO, η GDA περιορίζεται στην εφαρμογή των τιμών που καθορίστηκαν από τη διαιτητική απόφαση. Επομένως, κατά τη γνώμη μου, οι τιμές που εφάρμοσε η GDA αντιστοίχως στη MEO και τη NOS καθορίστηκαν υπό συνθήκες εκ των προτέρων διαφορετικές.

59. Σε τελική ανάλυση, φαίνεται ότι η υπόθεση της κύριας δίκης χαρακτηρίζεται από ορισμένες αβεβαιότητες όσον αφορά τη δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, αβεβαιότητες που υπερβαίνουν το απλό ζήτημα του προσδιορισμού της «μειονεκτικής θέσεως στον ανταγωνισμό». Φαίνεται εξαιρετικά δυσχερές να επιβληθούν κυρώσεις σε επιχείρηση για κατάχρηση της φερόμενης δεσπόζουσας θέσεως της λόγω διαφοροποίησης των τιμών που εφάρμοζε στους συναλλασσόμενους μαζί της που δραστηριοποιούνται στη δευτερογενή αγορά, ενώ η ίδια δεν δραστηριοποιείται στην αγορά αυτή και αντλεί άμεσο κέρδος από τον ανταγωνισμό μεταξύ των συναλλασσόμενων αυτών. Οι αβεβαιότητες αυτές απαιτούν έτι περαιτέρω σύνεση κατά την εξέταση των επίμαχων πρακτικών τιμολογιακής διαφοροποιήσεως.

Πρακτική τιμολογιακής διαφοροποίησης συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως μόνον εάν προκαλεί ανταγωνιστικό μειονέκτημα, γεγονός που συνεπάγεται συγκεκριμένη εξέταση των αποτελεσμάτων της πρακτικής υπό το πρίσμα όλων των σχετικών περιστάσεων

60. Ακόμη και εάν υποτεθεί, γεγονός που εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να διακριβώσει, ότι συνάγεται από τα περιστατικά της υπό κρίση υποθέσεως, αφενός, ότι η GDA κατέχει δεσπόζουσα θέση στην επίμαχη αγορά χονδρικής και, αφετέρου, ότι η επίδικη συμπεριφορά πρέπει να θεωρηθεί άνιση μεταχείριση ισοδυνάμων παροχών, φαίνεται ότι η αρχή ανταγωνισμού υποχρεούται να αποδείξει ότι ορισμένοι εμπορικά συναλλασσόμενοι περιέρχονται εξαιτίας της στρεβλώσεως αυτής σε *μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό*. Η ύπαρξη τέτοιας μειονεκτικής θέσεως δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να τεκμαρθεί, αλλά συνεπάγεται πάντοτε, και ιδίως εάν υφίσταται τιμολογιακή διάκριση «δευτέρου επιπέδου», εξέταση των αποτελεσμάτων των επιδίκων πρακτικών, λαμβανομένων υπόψη όλων των περιστάσεων της συγκεκριμένης υποθέσεως.

11 Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 9ης Σεπτεμβρίου 2009, Clearstream κατά Επιτροπής (T-301/04, EU:T:2009:317, σκέψεις 169 έως 190), και της 7ης Οκτωβρίου 1999, Irish Sugar κατά Επιτροπής (T-228/97, EU:T:1999:246, σκέψη 64).

12 Βλ. συναφώς, μεταξύ άλλων, O'Donoghue, R., και Padilla, J., *The Law and Economics of article 102 TFEU*, 2η έκδ., Hart Publishing, Οξφόρδη, 2013, σ. 795· Geradin, D., και Petit, N., «Price discrimination under EC competition law», *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket, 2005, σ. 23 (www.konkurrensverket.se/en/research/seminars/the-pros-and-cons/price-discrimination).

Πρακτική τιμολογιακής διακρίσεως δεν είναι καθεαυτήν προβληματική από πλευράς δικαίου του ανταγωνισμού

61. Γενικώς, πρέπει να υπομνησθεί ότι η διάκριση, περιλαμβανομένης της διακρίσεως στην επιβολή τιμών, δεν είναι καθεαυτήν προβληματική από πλευράς δικαίου του ανταγωνισμού. Ο λόγος είναι ότι η τιμολογιακή διάκριση δεν είναι πάντα επιζήμια για τον ανταγωνισμό. Αντιθέτως, όπως μαρτυρούν, μεταξύ άλλων, οι (μάταιες) θεσμικές απόπειρες αναθεώρησης στις Ηνωμένες Πολιτείες της διατάξεως που αφορά την απαγόρευση μιας τέτοιας διακρίσεως που περιέχεται στη *Robinson-Patman Act* του 1936¹³, η απλή και άνευ ετέρου απαγόρευση των τιμολογιακών διακρίσεων μπορεί να αποδειχθεί καταστροφική από πλευράς οικονομικής αποδοτικότητας και ευημερίας των καταναλωτών.

62. Δεν αμφισβητείται πράγματι ότι πρακτική τιμολογιακής διακρίσεως, και ιδίως τιμολογιακής διαφοροποίησης, προκαλεί αμφιλεγόμενα αποτελέσματα ως προς τον ανταγωνισμό. Μια τέτοια πρακτική μπορεί να έχει ως συνέπεια την ενίσχυση της οικονομικής αποδοτικότητας και, ως εκ τούτου, την ενίσχυση της ευημερίας των καταναλωτών, στόχοι που κατά την κρίση μου δεν πρέπει να παραβλέπονται κατά την εφαρμογή των κανόνων του ανταγωνισμού και οι οποίοι δεν ταυτίζονται, σε κάθε περίπτωση, με εκτιμήσεις περί δίκαιης μεταχειρίσεως. Όπως επανειλημμένως έκρινε το Δικαστήριο, οι κανόνες ανταγωνισμού αποσκοπούν στην προστασία του ανταγωνισμού και όχι των ανταγωνιστών¹⁴.

63. Είτε υπό το πρίσμα της νομοθεσίας περί συμπράξεων είτε υπό το πρίσμα της νομοθεσίας περί καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσεως, πρέπει να επιβάλλονται κυρώσεις κατά των τιμολογιακών διακρίσεων μόνον υπό την προϋπόθεση ότι όντως προκαλούν πραγματικό ή δυνητικό επιζήμιο αποτέλεσμα για τον ανταγωνισμό. Ο προσδιορισμός ενός τέτοιου αποτελέσματος δεν πρέπει να συγχέεται με το άμεσο μειονέκτημα που αντιλαμβάνονται, ή ακόμη και υφίστανται, οι επιχειρηματίες στους οποίους επιβλήθηκαν υψηλότερες τιμές για την αγορά ενός αγαθού ή μιας υπηρεσίας. Επίσης, το γεγονός ότι σε επιχείρηση επιβλήθηκε υψηλότερη τιμή για την αγορά ενός αγαθού ή μιας υπηρεσίας σε σχέση με την τιμή που εφαρμόζεται σε μία ή περισσότερες ανταγωνιστικές επιχειρήσεις μπορεί να χαρακτηριστεί μειονέκτημα, αλλά δεν προκαλεί κατ' ανάγκην «ανταγωνιστικό μειονέκτημα».

64. Συνεπώς, ακόμη και εάν υποτεθεί ότι σε μια επιχείρηση επιβλήθηκαν υψηλότεροι πίνακες τιμών σε σχέση με αυτούς που εφαρμόζονται σε άλλες επιχειρήσεις και ότι, εξ αυτού, η επιχείρηση αυτή υφίσταται (ή εκτιμά ότι υφίσταται) διάκριση, η συμπεριφορά αυτή μπορεί να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της διατάξεως αυτής μόνον εάν αποδειχθεί ότι είναι σε θέση να περιορίσει τον ανταγωνισμό και να θίξει την ευημερία των καταναλωτών.

65. Στη νομοθεσία περί καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσεως, μια πρακτική τιμολογιακής διακρίσεως παρέχει ιδίως τη δυνατότητα σε επιχείρηση που κατέχει τέτοια θέση να προσφέρει τα προϊόντα και τις υπηρεσίες της σε μεγαλύτερο αριθμό καταναλωτών, όπως σε αυτούς που διαθέτουν μικρότερη αγοραστική δύναμη. Στην κατεύθυνση αυτή, ο πελάτης επιχειρήσεως, ακόμη και δεσπόζουσας, παρακινείται, κατ' αρχήν, να έχει υψηλότερες πωλήσεις για να απολαύει εκπτώσεως «τακτικού πελάτη» και, για να το επιτύχει αυτό, ενθαρρύνεται με τη σειρά του να μειώσει τις τιμές του και, συνεπώς, το περιθώριο κέρδους του, γεγονός που, εν τέλει, έχει θετικές συνέπειες για τον καταναλωτή. Στο πλαίσιο αυτό, πρέπει να υπογραμμιστεί ότι η δυνατότητα των επιχειρηματιών να

13 Βλ., μεταξύ άλλων, US Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007, κεφάλαιο IV.a: «The Robinson-Patman Act», διαθέσιμο σε http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. Το 2007, η US Antitrust Modernization Commission (Αμερικανική επιτροπή εκσυγχρονισμού της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας) επίσης πρότεινε, ανεπιτυχώς, την αναθεώρηση της διατάξεως αυτής. Για πιο πρόσφατη ανάλυση, βλ. επίσης Kirkwood, J. B., «Reforming the Robinson-Patman Act to Serve Consumers and Control Powerful Buyers», *The Antitrust Bulletin*, τόμος 60, αριθ. 4, 2015, σ. 358 έως 383.

14 Βλ. συναφώς, όσον αφορά πρακτικές εκπτώσεων, προτάσεις μου στην υπόθεση Intel Corporation κατά Επιτροπής (C-413/14 P, EU:C:2016:788, σημείο 41).

χρησιμοποιήσουν τη διαπραγματευτική ισχύ τους για να τους παρασχεθούν καλύτεροι τιμολογιακοί όροι και να μειώσουν το κόστος τους είναι σημαντική παράμετρος του ανταγωνισμού¹⁵. Σε τελική ανάλυση, η διαφοροποίηση των τιμών μπορεί να είναι σημαντικός μοχλός ενισχύσεως του ανταγωνισμού.

66. Όσον αφορά ειδικότερα το κατά πόσον μια πρακτική διακρίσεως ως προς τις τιμές που εφαρμόζονται από επιχείρηση στους «εμπορικά συναλλασσόμενους» με αυτήν, οι οποίοι είναι συχνότερα οι πελάτες της στη δευτερογενή αγορά, ενδέχεται να στοιχειοθετήσει κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως, υπενθυμίζω ότι το άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ απαγορεύει ρητώς στις επιχειρήσεις που κατέχουν δεσπόζουσα θέση να εφαρμόσουν ως προς αυτούς τους συναλλασσόμενους άνισους όρους για ισοδύναμες παροχές «με αποτέλεσμα να περιέρχονται αυτοί σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό».

67. Αντίθετα προς ό,τι θα μπορούσε να προκύψει από μια επιφανειακή ανάλυση, το άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ, ΣΛΕΕ δεν υπαγορεύει σε όσους κατέχουν μονοπωλιακή ή δεσπόζουσα θέση να εφαρμόζουν στους εμπορικά συναλλασσόμενους με αυτούς ομοιόμορφους πίνακες τιμών.

68. Όπως επίσης προκύπτει από το ίδιο το γράμμα της διατάξεως αυτής, η τιμολογιακή διάκριση που επιβάλλεται από δεσπόζουσα επιχείρηση στους εμπορικά συναλλασσόμενους με αυτήν μπορεί να εμπίπτει στην απαγόρευση καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσεως *εάν και μόνον εάν ο ανταγωνισμός που υφίσταται μεταξύ αυτών των συναλλασσόμενων στρεβλώνεται* από τη διάκριση αυτή.

69. Σε τελική ανάλυση, αυστηρή εφαρμογή της διατάξεως αυτής απαιτεί, αφενός, να διαπιστωθεί ότι υφίσταται ανταγωνιστική σχέση μεταξύ των εμπορικά συναλλασσόμενων με τη δεσπόζουσα επιχείρηση και, αφετέρου, να αποδειχθεί ότι η συμπεριφορά της επιχείρησής αυτής μπορεί συγκεκριμένα να στρεβλώσει τον ανταγωνισμό μεταξύ των οικείων επιχειρήσεων¹⁶. Θα επανέλθω αναλυτικότερα στο ζήτημα αυτό στην ανάπτυξη που ακολουθεί.

Πρακτική τιμολογιακής διακρίσεως δεύτερου επιπέδου μπορεί να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ μόνον κατόπιν εξετάσεώς της σε σχέση με όλες τις περιστάσεις της συγκεκριμένης υποθέσεως

70. Προοδευτικά, έχει επιβληθεί, τόσο στην πρακτική λήψεως αποφάσεων των αρχών ανταγωνισμού όσο και στην πλέον πρόσφατη νομολογία του Δικαστηρίου¹⁷, ότι, όταν εξετάζεται συμπεριφορά επιχείρησής υπό το πρίσμα του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, δεν μπορεί να τεκμαίρεται η ύπαρξη περιορισμού στον ανταγωνισμό. Για να διαπιστωθεί η ύπαρξη ενός τέτοιου περιορισμού πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να εξεταστούν τα πραγματικά ή δυνητικά αποτελέσματα του καταγγελλθέντος μέτρου σε σχέση με όλες τις περιστάσεις εκάστης υποθέσεως.

71. Όταν αμφισβητείται η νομιμότητα πρακτικής τιμολογιακής διακρίσεως, η ανάλυση η οποία πρέπει να ακολουθηθεί διαφέρει ουσιωδώς, αναλόγως του εάν η επίμαχη διάκριση είναι «πρώτου επιπέδου» ή «δευτέρου επιπέδου».

¹⁵ Ως εκ τούτου, η υποχρέωση που επιβάλλεται σε οντότητα να μεταχειρίζεται όλους τους εμπορικούς συναλλασσόμενους με αυτήν με τον ίδιο τρόπο μπορεί να καταλήξει σε επιζήμια για τον ανταγωνισμό αποτελέσματα (βλ. Bulmash, H., «An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations», *Journal of Competition Law & Economics*, τόμος 8, αριθ. 2, 2012, σ. 361 έως 397).

¹⁶ Βλ., συναφώς, προτάσεις της γενικής εισαγγελέα J. Kokott στην υπόθεση British Airways κατά Επιτροπής (C-95/04 P, EU:C:2006:133, σημεία 104 και 105).

¹⁷ Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 6ης Σεπτεμβρίου 2017, Intel κατά Επιτροπής (C-413/14 P, EU:C:2017:632, σκέψεις 133 έως 147).

72. Ως *διάκριση πρώτου επιπέδου* νοείται σχηματικά η διάκριση που υφίσταται σε σχέση με τους ανταγωνιστές της δεσπόζουσας επιχείρησης. Αφορά συνηθέστερα πρακτικές τιμολογιακής διακρίσεως που αποσκοπούν στην προσέλκυση πελατών των ανταγωνιστικών επιχειρηματιών, όπως οι διαφοροποιημένες εκπτώσεις ή ακόμη και οι συμπεριφορές που κατατείνουν στη συμπίεση του περιθωρίου κέρδους. Αφορά γενικότερα όλες τις πρακτικές επιβολής τιμών που αποσκοπούν στον αποκλεισμό ή την αποδυνάμωση της ανταγωνιστικής θέσεως των επιχειρηματιών που δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά και στο ίδιο επίπεδο (καθέτως) με τη δεσπόζουσα επιχείρηση.

73. Αυτές οι πρακτικές τιμολογιακής διακρίσεως «πρώτου επιπέδου» είναι, λόγω των άμεσων αποτελεσμάτων αποκλεισμού που μπορούν να επιφέρουν, οι πρακτικές με τις οποίες ασχολούνται γενικώς οι αρχές ανταγωνισμού και τα δικαστήρια.

74. Η *διάκριση δεύτερου επιπέδου*, η οποία αποτελεί κατά βάση αντικείμενο του άρθρου 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ, αφορά τη διάκριση που επηρεάζει τους «εμπορικώς συναλλασσόμενους» στην αγορά που εντοπίζεται σε προγενέστερο ή μεταγενέστερο στάδιο εμπορίας ως προς την επιχείρηση αυτή. Αφορά ιδίως την περίπτωση όπου δεσπόζουσα επιχείρηση αποφασίζει να εφαρμόσει στους πελάτες της, ήτοι σε οντότητες που δεν την ανταγωνίζονται ευθέως, διαφορετικές τιμές. Στόχος της διατάξεως είναι η εμπορική συμπεριφορά της κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχείρησης να μη νοθεύει τον ανταγωνισμό σε προγενέστερο ή μεταγενέστερο στάδιο εμπορίας, ήτοι τον ανταγωνισμό μεταξύ προμηθευτών ή μεταξύ πελατών της επιχείρησης αυτής. Οι αντισυμβαλλόμενοι της εν λόγω επιχείρησης δεν πρέπει να ευνοούνται ή να περιέρχονται σε δυσμενέστερη θέση στο πλαίσιο του μεταξύ τους ανταγωνισμού¹⁸.

75. Όσον αφορά τον εν λόγω τύπο διακρίσεως, το αποτέλεσμα αποκλεισμού και περιορισμού της ανταγωνιστικής διαδικασίας δεν είναι πάντα εμφανές. Αντιθέτως, μια επιχείρηση που δραστηριοποιείται στην πρωτογενή αγορά, κατ' αρχήν, ωφελείται πλήρως από τον ανταγωνισμό που ασκείται στη δευτερογενή αγορά.

76. Κατά τη γνώμη μου, και όπως επισημάνθηκε από πολλές θεωρητικές αναλύσεις, κατά την εξέταση της τιμολογιακής διακρίσεως για τον σκοπό εφαρμογής του άρθρου 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ, όπως στην περίπτωση της υπό κρίση υποθέσεως, πρέπει εκ προοιμίου να γίνει μια διάκριση μεταξύ των καθετοποιημένων επιχειρήσεων, που έχουν ως εκ τούτου συμφέρον να αποκτήσουν το μερίδιο των ανταγωνιστών τους στη δευτερογενή αγορά, και των επιχειρήσεων που δεν έχουν τέτοιο συμφέρον.

77. Σε περίπτωση που η επιχείρηση είναι καθετοποιημένη, η εφαρμογή από τη δεσπόζουσα επιχείρηση τιμών που εισάγουν διάκριση στην πρωτογενή ή τη δευτερογενή αγορά προσομοιάζει, στην πραγματικότητα, με διάκριση πρώτου επιπέδου που επηρεάζει εμμέσως τους ανταγωνιστές της επιχείρησης αυτής. Τέτοια διάκριση μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την αποδυνάμωση των ανταγωνιστών της δεσπόζουσας επιχείρησης στη δευτερογενή αγορά.

78. Η υπόθεση επί της οποίας εξεδόθη η απόφαση Deutsche Bahn κατά Επιτροπής¹⁹ αποτελεί χαρακτηριστικό παράδειγμα του περιοριστικού για τον ανταγωνισμό αποτελέσματος που μπορεί να προκαλέσει μια τιμολογιακή διάκριση τόσο πρώτου όσο και δεύτερου επιπέδου, η οποία εφαρμόζεται από καθετοποιημένη επιχείρηση. Εφαρμόζοντας διαφορετικούς πίνακες τιμών σε μεταφορείς εμπορευματοκιβωτίων που δραστηριοποιούνταν στα λεγόμενα δυτικά δρομολόγια για ισοδύναμες παροχές που σχετιζόνταν με τη χρήση σιδηροδρομικών υποδομών, η Deutsche Bahn AG περιήγαγε τους εμπορικώς συναλλασσόμενους με αυτήν σε *μειονεκτική θέση από απόψεως ανταγωνισμού έναντι της ίδιας και έναντι της θυγατρικής της*²⁰.

18 Βλ. απόφαση της 15ης Μαρτίου 2007, British Airways κατά Επιτροπής (C-95/04 P, EU:C:2007:166, σκέψη 143).

19 Απόφαση της 21ης Οκτωβρίου 1997 (T-229/94, EU:T:1997:155), επικυρωθείσα από τη διάταξη της 27ης Απριλίου 1999, Deutsche Bahn κατά Επιτροπής (C-436/97 P, EU:C:1999:205).

20 Απόφαση της 21ης Οκτωβρίου 1997, Deutsche Bahn κατά Επιτροπής (T-229/94, EU:T:1997:155, σκέψη 93).

79. Αντιθέτως, όταν η επιχείρηση σε δεσπόζουσα θέση δεν είναι καθετοποιημένη και εξαιρουμένης της περιπτώσεως που αμφισβητούνται συμπεριφορές δημοσίων φορέων που επιφέρουν ευθέως, κατά το μάλλον ή ήττον, αποτέλεσμα γεωγραφικής κατατμήσεως ή διακρίσεως λόγω ιθαγένειας²¹, μπορεί κανείς να διερωτηθεί επί του οφέλους που η επιχείρηση αυτή προτίθεται να αντλήσει από διάκριση που περιάγει έναν από τους εμπορικώς συναλλασσόμενους με αυτήν σε δυσμενέστερη θέση στη δευτερογενή αγορά. Μια τέτοια επιχείρηση έχει πράγματι κάθε συμφέρον να παραμένει πλήρως ανταγωνιστική η εν λόγω αγορά προκειμένου να διατηρήσει τη διαπραγματευτική της ισχύ υπό την ιδιότητά της ως πωλήτριας των επίμαχων προϊόντων ή υπηρεσιών. Σε περίπτωση που μια επιχείρηση σε δεσπόζουσα θέση, όπως στην υπόθεση της κύριας δίκης, δεν τελεί σε ανταγωνιστική σχέση με τους πελάτες της στη δευτερογενή αγορά, είναι δυσχερές να προσδιοριστούν οι λόγοι που θα ωθούσαν την επιχείρηση αυτή να εφαρμόσει τιμές που εισάγουν διάκριση πέραν της άμεσης αντλήσεως κέρδους από τους πελάτες της. Δεν φαίνεται συνεπώς λογικό για την επιχείρηση αυτή να μειώσει την ανταγωνιστική πίεση που υφίσταται μεταξύ των εμπορικώς συναλλασσόμενων με αυτήν στη δευτερογενή αγορά.

80. Το γεγονός αυτό εξηγεί σαφώς για ποιον λόγο οι υποθέσεις που αφορούν «αμιγείς» *διακρίσεις δευτέρου επιπέδου*, ήτοι καταστάσεις όπου η (μη καθετοποιημένη) δεσπόζουσα επιχείρηση δεν έχει, εκ πρώτης όψεως, κανένα συμφέρον να εκτοπίσει από τη δευτερογενή αγορά τους συναλλασσόμενους με αυτήν, όπως στην υπόθεση της κύριας δίκης, είναι εξαιρετικά σπάνιες²².

81. Πρέπει επιπλέον να επισημανθεί, στο πλαίσιο της εξετάσεως των υποθέσεων των οποίων επελήφθη το Δικαστήριο, ότι οι εκτιμήσεις σχετικά με τη δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ είναι ιδιαίτερα λακωνικές και δεν επιτρέπουν, σε κάθε περίπτωση, να συναχθούν σαφείς ερμηνευτικές γραμμές όσον αφορά τον προσδιορισμό της «μειονεκτικής θέσεως στον ανταγωνισμό» κατά τη διάταξη αυτή.

82. Συναφώς, αξίζει να αναφερθεί η απόφαση Kanal 5 και TV 4²³, η οποία αφορά υπόθεση εν τέλει παρόμοια με την υπό κρίση περίπτωση. Η υπόθεση αυτή είχε ως αντικείμενο διαφορά μεταξύ, αφενός, του Kanal 5 Ltd και του TV 4 AB και, αφετέρου, του Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) ura (Οργανισμού συλλογικής διαχειρίσεως δικαιωμάτων του δημιουργού για τη μουσική, Σουηδία), σχετικά με την κλίμακα δικαιωμάτων που ο Οργανισμός αυτός εφαρμόζει για την τηλεοπτική μετάδοση μουσικών έργων προστατευμένων από το δικαίωμα του δημιουργού.

83. Κληθέν να προσδιορίσει εάν η περίπτωση όπου οργανισμός συλλογικής διαχειρίσεως δικαιωμάτων του δημιουργού υπολογίζει τα δικαιώματα που εισπράττει δυνάμει οφειλόμενης αμοιβής για την τηλεοπτική μετάδοση μουσικών έργων που προστατεύονται από το δικαίωμα του δημιουργού με διαφορετικό τρόπο, αναλόγως του εάν πρόκειται για ιδιωτική ή δημόσια εταιρία τηλεοπτικής μεταδόσεως, στοιχειοθετεί παράβαση του άρθρου 82, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΕΚ (νυν άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ), το Δικαστήριο δεν απεφάνθη, κατ' ακριβολογία, επί του συνδέσμου μεταξύ της τιμολογιακής αυτής διακρίσεως και του ανταγωνιστικού μειονεκτήματος που ενδεχομένως σημειώνεται στη δευτερογενή αγορά. Το Δικαστήριο υπενθύμισε, κατά τα λοιπά, ότι εναπέκειτο στο αιτούν δικαστήριο να πραγματοποιήσει ορισμένους ελέγχους προκειμένου να εφαρμόσει τη διάταξη αυτή.

84. Συναφώς, πρέπει επίσης να αναφερθεί ότι η προσέγγιση που προέκρινε η Επιτροπή και τα δικαστήρια της Ευρωπαϊκής Ένωσης έχει συχνά ως αποτέλεσμα την εφαρμογή της διατάξεως αυτής σε περίπτωση διακρίσεως πρώτου επιπέδου, ήτοι σε περίπτωση όπου δεν έχει αποδειχθεί ότι υφίσταται «ανταγωνιστικό μειονέκτημα», γεγονός που ήγειρε σε κάποιον βαθμό κριτική από τη θεωρία προκειμένου να εφαρμόζονται περιοριστικότερα οι προϋποθέσεις που απορρέουν ρητώς από το

21 Βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2001, Πορτογαλία κατά Επιτροπής (C-163/99, EU:C:2001:189, σκέψεις 46 και 66), και της 17ης Μαΐου 1994, Corsica Ferries (C-18/93, EU:C:1994:195, σκέψεις 43 έως 45).

22 Βλ. υποθέσεις αναφερθείσες στην υποσημείωση 21. Βλ., επίσης, απόφαση της 11ης Δεκεμβρίου 2008, Kanal 5 και TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

23 Απόφαση της 11ης Δεκεμβρίου 2008 (C-52/07, EU:C:2008:703).

γράμμα της διατάξεως αυτής²⁴. Ορισμένοι σχολιαστές, συγκεκριμένα, επιθυμούν μια αυστηρότερη προσέγγιση των τιμολογιακών διακρίσεων που εμπίπτουν στο άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο στοιχείο γ', ΣΛΕΕ ή προτείνουν, στο πλαίσιο αυτό, κατά περίπτωση εξέταση όλων των σχετικών περιστάσεων²⁵.

85. Εξάλλου, το Δικαστήριο, κληθέν να διευκρινίσει το περιεχόμενο των απαιτήσεων σχετικά με τη διαπίστωση ανταγωνιστικού μειονεκτήματος κατά τη διάταξη αυτή, στην υπόθεση *British Airways* κατά Επιτροπής²⁶, η οποία αποτελεί την απόφαση αναφοράς για τον σκοπό της εξέτασεως των πρακτικών τιμολογιακών διακρίσεων υπό το πρίσμα του άρθρου 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ, επισήμανε ότι «για να συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου [102], δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', [ΣΛΕΕ] επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η συμπεριφορά της κατέχουσας στην αγορά δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως όχι μόνον εισάγει δυσμενείς διακρίσεις αλλά, επιπλέον, τείνει να νοθεύσει αυτή τη σχέση ανταγωνισμού, ήτοι να βλάψει την ανταγωνιστική θέση μέρους των εμπορικώς συναλλασσομένων της επιχειρήσεως αυτής σε σχέση με τους άλλους».

86. Μολονότι, όπως διευκρίνισε το Δικαστήριο, τίποτε δεν εμποδίζει να θεωρηθεί ως καταχρηστική η δυσμενής διάκριση εμπορικώς συναλλασσομένων οι οποίοι δεν τελούν σε σχέση ανταγωνισμού, πρέπει επιπλέον να αποδειχθεί ότι η συμπεριφορά της κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως τείνει, «ενόψει του συνόλου των συγκεκριμένων περιστάσεων», σε στρέβλωση του ανταγωνισμού μεταξύ αυτών των εμπορικώς συναλλασσομένων²⁷.

87. Με άλλα λόγια, το άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ δεν έχει την έννοια ότι επιβάλλει σε επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση σε συγκεκριμένη αγορά την υποχρέωση να εφαρμόζει, σε κάθε περίπτωση και ανεξαρτήτως αναλύσεως των αποτελεσμάτων της καταγγελλθείσας συμπεριφοράς στον ανταγωνισμό, ομοιόμορφες τιμές έναντι των εμπορικώς συναλλασσομένων με αυτήν.

88. Η ανάγκη να ληφθεί υπόψη «το σύνολο των περιστάσεων της συγκεκριμένης υποθέσεως» είναι, κατά τα φαινόμενα, πρωταρχικής σημασίας στο πλαίσιο της εκτιμήσεως τιμολογιακής πρακτικής που εισάγει διάκριση. Σε καμία άλλη περίπτωση δεν μπορεί να συναχθεί από το άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ ότι μια τέτοια πρακτική έχει πάντα ως αποτέλεσμα μια κατάσταση «μειονεκτικής θέσεως στον ανταγωνισμό».

89. Όσον αφορά την απόφαση *Clearstream* κατά Επιτροπής²⁸, στην οποία αναφέρεται ρητώς το αιτούν δικαστήριο στη διατύπωση των ερωτημάτων του, επισημαίνω ότι στην απόφαση αυτή το Γενικό Δικαστήριο είχε την πρόθεση να περιορίσει την εξέτασή του στη συγκεκριμένη υπόθεση που του υποβλήθηκε. Όπως προκύπτει από τη σκέψη 192 της αποφάσεως αυτής, το Γενικό Δικαστήριο υπενθύμισε την αρχή ότι «για να συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου [102], δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', [ΣΛΕΕ] επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η συμπεριφορά της κατέχουσας στην αγορά δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως όχι μόνον εισάγει δυσμενείς διακρίσεις αλλά, επιπλέον, τείνει να νοθεύσει αυτή τη σχέση ανταγωνισμού» (η υπογράμμιση δική μου).

24 Βλ., μεταξύ άλλων, Perrot, A., «Towards an effects-based approach of price discrimination», *The Pros and Cons of Price Discrimination*, όπ.π., ιδίως σ. 166 επ.

25 Βλ. άρθρο αναφερθέν στην υποσημείωση της προηγούμενης σελίδας. Βλ., επίσης, Geradin, D., και Petit, N., «Price Discrimination under EC competition law: The Need for a case-by-case approach», *Global Competition Law Centre Working Paper 07/05*, σ. 45 και 46.

26 Απόφαση της 15ης Μαρτίου 2007, *British Airways* κατά Επιτροπής (C-95/04 P, EU:C:2007:166, σκέψη 144).

27 Απόφαση της 15ης Μαρτίου 2007, *British Airways* κατά Επιτροπής (C-95/04 P, EU:C:2007:166, σκέψη 145).

28 Απόφαση της 9ης Σεπτεμβρίου 2009 (T-301/04, EU:T:2009:317, σκέψη 194). Το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ότι «[ε]ν προκειμένω, η εφαρμογή έναντι εμπορικού εταίρου διαφορετικών τιμών για ισοδύναμες υπηρεσίες, για αδιάλειπτο διάστημα πέντε ετών, εκ μέρους μίας επιχειρήσεως κατέχουσας εκ των πραγμάτων το μονοπώλιο στην αγορά προηγούμενου σταδίου, δεν θα μπορούσε παρά να προκαλέσει ανταγωνιστικό μειονέκτημα για τον εταίρο αυτόν».

90. Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και εάν υποτεθεί ότι μπορεί να συναχθεί από την απόφαση αυτή του Γενικού Δικαστηρίου ότι το δικαστήριο αυτό καθιέρωσε τεκμήριο βάσει του οποίου τιμολογιακή διάκριση είναι σε θέση να προκαλέσει τέτοιο μειονέκτημα, σημειώνεται ότι η εν λόγω απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου, η οποία, κατά τα λοιπά, δεν επικυρώθηκε από το Δικαστήριο ελλείψει αναιρέσεως κατά αυτής, είναι εν μέρει ξεπερασμένη.

91. Κατά τη γνώμη μου, η απόφαση αυτή σχετίζεται με μια περίοδο κατά την οποία η φύση της προσεγγίσεως –ήτοι κατ’ αντικείμενο (τυπική) ή κατ’ αποτέλεσμα– η οποία έπρεπε να ακολουθηθεί κατά την εξέταση των συμπεριφορών επιχειρήσεων για τις οποίες είχε προβληθεί ότι στοιχειοθετούσαν κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως μπορούσε ακόμη να αποτελέσει αντικείμενο συζητήσεως.

92. Τέλος, μου φαίνεται σημαντικό να διευκρινιστεί ότι η απόδειξη της υπάρξεως ανταγωνιστικού μειονεκτήματος διαφοροποιείται από την εκτίμηση του κατά πόσον η συμπεριφορά επιχειρήσεως, η οποία δύναται εγγενώς να προκαλέσει αποτελέσματα αποκλεισμού, είναι πιθανόν να περιορίσει τον ανταγωνισμό και, ειδικότερα, να επιφέρει τα προσαπτόμενα αποτελέσματα αποκλεισμού²⁹. Η απαίτηση αυτή, για τον σκοπό της εφαρμογής του άρθρου 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ’, ΣΛΕΕ, αποσκοπεί στο να διασφαλίσει, συγκεκριμένα, ότι μια πρακτική τιμολογιακής διακρίσεως που ακολουθείται από επιχείρηση ως προς τους εμπορικώς συναλλασσόμενους με αυτήν, η οποία δεν δύναται, καθεαυτήν, να θέτει προβλήματα από πλευράς ανταγωνισμού, έχει ως κατάληξη τη δημιουργία ανταγωνιστικού μειονεκτήματος.

93. Όπως είχα ήδη την ευκαιρία να επισημάνω³⁰, σε γενικές γραμμές, η εξέταση των πρακτικών τιμολογιακής διακρίσεως υπό το πρίσμα του άρθρου 102 ΣΛΕΕ δεν ενδείκνυται για φορμαλιστικές ή συστηματοποιητικές προσεγγίσεις. Ειδικότερα, η ανάλυση του κατά πόσον τιμολογιακή διάκριση από επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση σε δεδομένη αγορά ενδέχεται να έχει συγκεκριμένη επίπτωση στον ανταγωνισμό που ασκείται σε προγενέστερο ή μεταγενέστερο στάδιο εμπορίας ως προς την επιχείρηση αυτή είναι και πρέπει να παραμένει εξαιρετικά περιπτωσιολογική.

Η διαπίστωση της υπάρξεως ανταγωνιστικού μειονεκτήματος απαιτεί, πέραν της ενδεχόμενης διακρίσεως, να αποδειχθεί συγκεκριμένα υφιστάμενο μειονέκτημα στον ανταγωνισμό

94. Αντίθετα με ό,τι αφήνει να νοηθεί η θέση που υποστήριξε η ΜΕΟ στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας, κρίνω ότι μια τιμολογιακή διάκριση δεν συνοδεύεται κατ’ ανάγκην από «μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό», κατά το άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ’, ΣΛΕΕ.

95. Κατά την κρίση μου, μια τέτοια εκτίμηση απορρέει από σύγκριση μεταξύ της αξιολογήσεως της υπάρξεως «μειονεκτικής θέσεως στον ανταγωνισμό» και της υπάρξεως «μειονεκτικών θέσεων εντός του κύκλου των ανταγωνιστών», ή ακόμη και απλού μειονεκτήματος.

96. Για να διαπιστωθεί «μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό», κατά το άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ’, ΣΛΕΕ, η επίμαχη πρακτική πρέπει, πέραν του μειονεκτήματος που προκαλείται από την τιμολογιακή διάκριση μεμονωμένα, να έχει συγκεκριμένο αποτέλεσμα στην ανταγωνιστική θέση της επιχείρησης που φέρεται ότι υπέστη διάκριση.

97. Με άλλα λόγια, πρέπει το μειονέκτημα να είναι αρκούντως σημαντικό ώστε να επιφέρει συνέπειες στην ανταγωνιστική θέση της επιχείρησης που υφίσταται διάκριση. Ως εκ τούτου, είναι αναγκαίο να αποδειχθεί ότι οι τιμές που εισάγουν διάκριση τείνουν να νοθεύσουν την ανταγωνιστική σχέση μεταξύ των εμπορικώς συναλλασσόμενων στη δευτερογενή αγορά.

29 Βλ., συναφώς, απόφαση της 6ης Σεπτεμβρίου 2017, Intel κατά Επιτροπής (C-413/14 P, EU:C:2017:632, σκέψεις 138 έως 141).

30 Βλ., μεταξύ άλλων, προτάσεις μου στην υπόθεση Intel κατά Επιτροπής (C-413/14 P, EU:C:2016:788, σημεία 73 επ.).

98. Μια τέτοια ανάλυση απαιτεί να ληφθούν υπόψη από την αρχή ανταγωνισμού όλες οι περιστάσεις της υποθέσεως που επιλαμβάνεται. Πρακτική τιμών που εισάγουν διάκριση θέτει τους πελάτες επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση σε μειονεκτική κατάσταση ως προς τον ανταγωνισμό όταν υπάρχει συγκεκριμένα το ενδεχόμενο να επηρεαστεί αρνητικά ο ανταγωνισμός στην αγορά στην οποία δραστηριοποιούνται οι πελάτες της. Προκειμένου να προσδιοριστεί στρέβλωση του ανταγωνισμού στο πλαίσιο αυτό, η εκτίμηση των επιπτώσεων της πρακτικής που εισάγει διάκριση σε επίπεδο συγκεκριμένου εμπορικής συναλλασσομένου δεν είναι, ως εκ τούτου, επαρκής.

99. Ειδικότερα, πρέπει να εξεταστεί το κατά πόσον η επίμαχη τιμολογιακή διάκριση είναι σε θέση να επηρεάσει αρνητικά τη δυνατότητα των εμπορικών συναλλασσομένων που περιήλθαν σε δυσμενέστερη θέση να ασκήσουν αποτελεσματική ανταγωνιστική πίεση επί των ευνοηθέντων συναλλασσομένων.

100. Ασφαλώς, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, δεν απαιτείται να προσκομιστεί επιπλέον απόδειξη περί πραγματικής, ποσοτικοποιησίμης χειροτερεύσεως της ατομικής ανταγωνιστικής θέσεως ενός ή πλειόνων εκ των εμπορικών εταίρων³¹, ή ακόμη να αποδειχθεί ότι το επιζήμιο για τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα στην αγορά στην οποία ανταγωνίζονται οι εμπορικές συναλλασσόμενοι είναι «αισθητό» –καθότι δεν δικαιολογείται να τεθεί κάποιο ελάχιστο όριο (de minimis) προκειμένου να διαπιστωθεί ότι υπάρχει κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης³².

101. Εντούτοις, εκτός εάν αγνοηθούν οι προϋποθέσεις που διατυπώνονται σαφώς στο άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ, το απλό «μειονέκτημα» που προκύπτει από την ίδια τη διάκριση δεν πρέπει να συγχέεται με τη «μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό», η οποία πρέπει να εκδηλώνεται στην αγορά στην οποία δραστηριοποιούνται οι εμπορικές συναλλασσόμενοι με τη δεσπόζουσα επιχείρηση, εν προκειμένω στη δευτερογενή αγορά των συγγενικών με τα δικαιώματα δημιουργού δικαιωμάτων.

102. Συναφώς έχω τη γνώμη ότι πρέπει να γίνει μια διάκριση μεταξύ, αφενός, των επιζήμιων για τον ανταγωνισμό συμπεριφορών, που έχουν ως αποτέλεσμα, με βάση την εγγενή τους βλαπτικότητα, περιορισμό του ανταγωνισμού και, αφετέρου, των συμπεριφορών όπως οι πρακτικές τιμολογιακών διαφοροποιήσεων δεύτερου επιπέδου που εφαρμόζει μη καθετοποιημένη δεσπόζουσα επιχείρηση, που απαιτούν διεξοδικότερη εξέταση των συγκεκριμένων επιπτώσεων τους προκειμένου να συναχθεί η ύπαρξη τέτοιου περιορισμού.

103. Δεν πρόκειται εν προκειμένω για τη διενέργεια σταθμίσεως μεταξύ των περιορισμών στον ανταγωνισμό, αναλόγως του εάν οι περιορισμοί αυτοί είναι ελάσσονες ή όχι –γεγονός που θα δικαιολογούσε τον καθορισμό ενός ορίου de minimis το οποίο, κατ' αρχήν, αποκλείεται στο πλαίσιο του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Πρόκειται μάλλον για τον προσδιορισμό της παρουσίας πραγματικού περιορισμού στον ανταγωνισμό που διακρίνεται σαφώς από την τιμολογιακή διάκριση και πρέπει να λειτουργεί σωρευτικά με αυτή.

104. Επομένως, το γεγονός ότι σε έναν από αυτούς τους εμπορικές συναλλασσομένους επιβάλλεται υψηλότερη τιμή μπορεί, το πολύ, να έχει επίπτωση στο κόστος με το οποίο επιβαρύνεται η επιχείρηση αυτή και, εντελώς υποθετικά, στην αποδοτικότητα και τα προσδοκώμενα κέρδη της επιχείρησης αυτής. Το γεγονός αυτό δεν συνεπάγεται, εντούτοις, ότι το επίπεδο ανταγωνισμού στη δευτερογενή αγορά επηρεάζεται από την επίμαχη τιμολογιακή διάκριση. Όπως πολύ ορθώς επισημάνθηκε από την GDA στις έγγραφες παρατηρήσεις της, η αποδοτικότητα και η ανταγωνιστικότητα είναι δύο πολύ διαφορετικά στοιχεία.

31 Βλ. απόφαση της 15ης Μαρτίου 2007, British Airways κατά Επιτροπής (C-95/04 P, EU:C:2007:166, σκέψη 145).

32 Βλ. απόφαση της 6ης Οκτωβρίου 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, σκέψη 73).

105. Προκύπτει εξ αυτού, κατά τη γνώμη μου, ότι ενδεχόμενη διαφορετική μεταχείριση που δεν έχει επίπτωση στον ανταγωνισμό ή έχει ελάχιστο αποτελεσματικό δεν μπορεί να στοιχειοθετήσει κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως κατά το άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ³³.

106. Η ύπαρξη μειονεκτικής θέσεως στον ανταγωνισμό πρέπει να αποδεικνύεται με την εξέταση των πραγματικών ή δυνητικών αποτελεσμάτων της καταγγελλθείσας πρακτικής με βάση το σύνολο των σχετικών περιστάσεων που σχετίζονται με τις οικείες συναλλαγές καθώς και με τα χαρακτηριστικά της αγοράς στην οποία δραστηριοποιούνται οι εμπορικά συναλλασσόμενοι με τη δεσπόζουσα επιχείρηση.

107. Για την εξέταση του αποτελέσματος στρεβλώσεως ή αποκλεισμού που απορρέει από πρακτικές τιμολογιακής διακρίσεως, πρέπει, κατ' αρχάς, να δίνεται ιδιαίτερη προσοχή στο πραγματικό πλαίσιο και τη σχετική σημασία της επίμαχης τιμολογιακής διαφοροποίησης.

108. Εν συνεχεία, πρέπει να αποδίδεται επίσης σημασία στην εξέταση της βαρύτητας του κόστους των προϊόντων ή των υπηρεσιών που παρέχονται από τη δεσπόζουσα επιχείρηση σε σχέση με το συνολικό κόστος με το οποίο επιβαρύνονται ένας ή πλείονες εκ των εμπορικά συναλλασσομένων που φέρεται ότι περιήλθαν σε δυσμενέστερη θέση.

109. Σε περίπτωση που η τιμή που επιβάλλεται από τη δεσπόζουσα επιχείρηση αντιπροσωπεύει σημαντικό μέρος του συνολικού κόστους με το οποίο επιβαρύνεται ο πελάτης που περιέρχεται σε δυσμενέστερη θέση, η διάκριση ως προς τις τιμές μπορεί να έχει επίπτωση όχι μόνο στην αποδοτικότητα της δραστηριότητας του πελάτη αυτού, αλλά επίσης και στην ανταγωνιστική του θέση³⁴.

110. Αντιθέτως, σε περίπτωση που η σχετική βαρύτητα των τιμών που επιβάλλει η δεσπόζουσα επιχείρηση είναι αμελητέα, οι εν λόγω τιμές δεν είναι σε θέση να επηρεάσουν την ανταγωνιστική θέση του πελάτη που περιέρχεται σε δυσμενέστερη θέση.

111. Για να επανέλθω στην υπό κρίση υπόθεση, η AdC διαπίστωσε ότι το κόστος αυτό δεν ήταν σημαντικό. Το σημείο 67 της απόφασης της αρχής αυτής αναφέρει πράγματι ότι, βάσει των πληροφοριών που παρέσχε η MEO στις 23 Ιουνίου 2015, έπρεπε να συναχθεί το συμπέρασμα ότι, μεταξύ 1ης Ιανουαρίου 2010 και 31ης Δεκεμβρίου 2013, τα ποσά που κατέβαλε ετησίως η MEO στην GDA στο πλαίσιο της επίμαχης υπηρεσίας χονδρικής αντιστοιχούσαν σε μικρό ποσοστό του κόστους με το οποίο επιβαρυνόταν η MEO στο πλαίσιο της διαθέσεως της υπηρεσίας λιανικής προσβάσεως σε τηλεοπτικό σήμα με συνδρομή και σε ελάχιστο μέρος των κερδών της MEO, στο πλαίσιο της διαθέσεως αυτής της υπηρεσίας λιανικής. Καθότι η σχετική βαρύτητα των τιμών των συγγενικών δικαιωμάτων που εφαρμόζει η GDA είναι, κατά την άποψη της AdC, άνευ σημασίας, δύσκολα μπορεί κανείς να αντιληφθεί με ποιον τρόπο η τιμολογιακή διαφοροποίηση που εφάρμοζε η GDA θα μπορούσε, λόγω της σημασίας της, να επηρεάσει την ανταγωνιστική θέση της MEO και, ως εκ τούτου, να προκαλέσει μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό.

³³ Βλ., συναφώς και με πρόθεση συνδυασμού των διαφορετικών προσεγγίσεων που αντιπαράτιθενται στον τομέα αυτόν, O'Donoghue, R., και Padilla J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, όπ.π., σ. 802 και 803.

³⁴ Βλ., μεταξύ άλλων, ανάλυση της Επιτροπής στην απόφασή της Soda-Ash κατά Solvay [απόφαση 91/299/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 19ης Δεκεμβρίου 1990, σχετικά με μια διαδικασία εφαρμογής του άρθρου 86 της Συνθήκης ΕΟΚ (IV/33.133-Γ: ανθρακικό νάτριο – Solvay, ΕΕ 1991, L 52, σ. 21, αιτιολογική σκέψη 64)], στην οποία διαπιστώθηκε ότι η επίμαχη διάκριση ως προς τις τιμές είχε σημαντική επίπτωση στην ανταγωνιστική θέση των θιγομένων επιχειρήσεων, καθόσον το σχετικό προϊόν μπορούσε να αντιστοιχεί σε ποσοστό έως 70 % του κόστους του μίγματος πρώτων υλών για την κατασκευή του γυαλιού. Η τιμή με την οποία επιβαρύνονταν οι υαλοουργοί για την αγορά της ύλης αυτής επηρέαζε, συνεπώς, την αποδοτικότητα και την ανταγωνιστικότητά τους.

Τελικές παρατηρήσεις για τον ρόλο της αρχής ανταγωνισμού όταν επιλαμβάνεται καταγγελίας

112. Εν προκειμένω και μολονότι σε τελική ανάλυση εναπόκειται αποκλειστικά στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει, λαμβανομένου υπόψη του συνόλου των υπό κρίση περιστάσεων, με ποιον τρόπο η επίδικη τιμολογιακή διαφοροποίηση προκάλεσε ανταγωνιστικό μειονέκτημα, έχω τη γνώμη ότι ορθώς η AdC ανέλυσε κατά πόσον, από οικονομικής πλευράς, η τιμολογιακή διαφοροποίηση που εφαρμόστηκε στη MEO και τη NOS ήταν σε θέση να επηρεάσει την ανταγωνιστική ικανότητα της MEO σε σχέση με τη NOS.

113. Επιπλέον, εν είδει τελικών παρατηρήσεων, θεωρώ σημαντικό να υπομνησθεί ότι, όταν η αρχή ανταγωνισμού επιλαμβάνεται καταγγελίας με την οποία προβάλλεται κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως απορρέουσα, ιδίως, από τιμολογιακή διάκριση δευτέρου επιπέδου, όπως στην υπό κρίση υπόθεση, ο ρόλος της συνίσταται στην προσεκτική εξέταση *των πραγματικών και νομικών στοιχείων που της γνωστοποιεί ο καταγγέλλων*, προκειμένου να αποφασίσει, εντός ευλόγου χρόνου, εάν πρέπει να κινήσει τη διαδικασία διαπιστώσεως παραβάσεως ή να απορρίψει την καταγγελία χωρίς να κινήσει τη σχετική διαδικασία ή να θέσει την καταγγελία στο αρχείο³⁵.

114. Σε ένα τέτοιο πλαίσιο, η απόφαση περί θέσεως της καταγγελίας στο αρχείο πρέπει να αιτιολογείται από την απόρριψη των στοιχείων που υποβλήθηκαν επί τούτω στην αρχή. Δεν μπορεί, αντιθέτως, να προσαφθεί στην αρχή αυτή ότι προσδιόρισε υπό απόλυτους όρους, και ελλείψει συγκεκριμένων στοιχείων που αποδεικνύουν ιδίως υφιστάμενο περιορισμό στον ανταγωνισμό, για ποιους λόγους η καταγγεληθείσα συμπεριφορά μπορεί ενδεχομένως να στοιχειοθετεί κατάχρηση.

Πρόταση

115. Υπό το πρίσμα όλων των ανωτέρω σκέψεων, προτείνεται να δοθεί στα υποβληθέντα από το Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (δικαστήριο υποθέσεων ανταγωνισμού, ρυθμιστικού πλαισίου και εποπτείας, Πορτογαλία) ερωτήματα η ακόλουθη απάντηση:

Ελλείψει αντικειμενικής αιτιολογήσεως, η εφαρμογή από επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση υψηλότερων τιμών σε ορισμένους από τους κατόχους άδειας χρήσεως με τους οποίους συμβάλλεται σε σύγκριση με τις τιμές που εφαρμόζει σε άλλους κατόχους άδειας χρήσεως στοιχειοθετεί κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως κατά το άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο στοιχείο γ', ΣΛΕΕ μόνον εάν η πρακτική αυτή περιάγει τους κατόχους άδειας χρήσεως στους οποίους επιβάλλονται υψηλότερες τιμές σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό σε σχέση με τους λοιπούς κατόχους άδειας τους οποίους ανταγωνίζονται.

Οι εμπορικώς συναλλασσόμενοι με δεσπόζουσα επιχείρηση περιέρχονται σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό κατά το άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο γ', ΣΛΕΕ όταν η εφαρμογή άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές είναι επιζήμια για την ανταγωνιστική θέση ορισμένων εξ αυτών των εμπορικώς συναλλασσομένων σε σχέση με τους λοιπούς και όταν, κατά συνέπεια, στρεβλώνει τον ανταγωνισμό μεταξύ των ευνοηθέντων εμπορικώς συναλλασσομένων και αυτών που περιέρχονται σε δυσμενέστερη θέση.

Η διαπίστωση της υπάρξεως μειονεκτικής θέσεως στον ανταγωνισμό συνεπάγεται τη διαπίστωση στρεβλώσεως του ανταγωνισμού μεταξύ των ενδιαφερομένων μερών στη σχετική αγορά, η οποία διαφέρει από την ενδεχομένως διαπιστωθείσα απλή διαφορετική μεταχείριση. Η συνιστώμενη ανάλυση δεν πρέπει να περιορίζεται σε απλή τυπική εφαρμογή αυτόματης συναγωγής στοιχείων που βασίζεται σε πραγματικά ή νομικά τεκμήρια, αλλά πρέπει να περιλαμβάνει συγκεκριμένη εξέταση του

³⁵ Βλ. κατ' αναλογία, όσον αφορά τον ρόλο της Επιτροπής, απόφαση της 19ης Μαΐου 2011, Ryanair κατά Επιτροπής (T-423/07, EU:T:2011:226, σκέψη 53).

συνόλου των περιστάσεων της κρινόμενης υποθέσεως. Δύνανται, μεταξύ άλλων, ενδεικτικώς, να λαμβάνονται υπόψη η φύση και η σημασία της επίμαχης τιμολογιακής διαφοροποίησης καθώς και η διάρθρωση του κόστους των οικείων επιχειρήσεων.