



## Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA  
NILSA WAHLA,  
predstavljeni 6. aprila 2017<sup>1</sup>

### Zadeva C-177/16

#### **Biedriba „Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība“ proti Konkurences padome**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Augstākā tiesa (vrhovno sodišče, Latvija))

„Člen 102 PDEU – Zloraba prevladujočega položaja – Vpliv na trgovino med državami članicami – Kolektivna organizacija – Nepoštene cene – Upoštevni promet za naložitev globe“

1. Ali nepoštene cene obstajajo?

2. Različna sodišča so na področju konkurenčnega prava na to vprašanje izbrala različen odgovor. Tako na primer številna od njih, med drugim v Združenih državah Amerike, ravnanja podjetij s tržno močjo, ki zgolj izkorišča stranke, načeloma ne štejejo za kršitev tega prava. Vendar so se avtorji Pogodb Unije očitno odločili drugače: v členu 102, drugi odstavek, točka (a), PDEU je kot vrsta prepovedane zlorabe prevladujočega položaja vsebovano „neposredno ali posredno določanje nepoštenih nakupnih ali prodajnih cen ali drugih nepoštenih pogojev poslovanja“.

3. Kljub temu pa je bila Komisija v praksi silno previdna, da bi to določbo uporabila zoper (domnevno) visoke cene podjetja s prevladujočim položajem. In po mojem mnenju povsem pravilno. Predvsem enostavno ni potrebe, da bi se na svobodnem in konkurenčnem trgu uporabila ta določba: če ni vstopnih ovir, bi visoke cene načeloma morale pritegniti nove tekmece. Trg bi se v skladu s tem uravnal sam.

4. Drugače pa je lahko na trgih, na katerih obstajajo pravne ovire za vstop ali širitev, in to zlasti na trgih, na katerih obstaja zakonski monopol. Dejansko lahko obstajajo trgi, ki zaradi svojih značilnosti ne delujejo učinkovito, če se odprejo konkurenci. Podobno lahko ima vlada legitimne interese politike za omejitev konkurence na določenem trgu, s čimer žrtvuje gospodarsko učinkovitost zaradi doseganja drugih javnih ciljev.

5. Prav za to gre v postopku v glavni stvari.

6. Obravnavana zadeva ponuja Sodišču priložnost, da pojasni, pod katerimi pogoji lahko naložitev visokih cen podjetja s prevladujočim položajem krši člen 102, drugi odstavek, točka (a), PDEU. Drugače povedano, obravnavana zadeva se nanaša na cene, ki jih določa podjetje s prevladujočim položajem in ki lahko pomenijo zlorabo, ker to podjetje zaradi pretirane višine cen izkorišča stranke. Ne nanaša pa se na cene, ki lahko pomenijo zlorabo, ker na konkurente delujejo izključevalno.

<sup>1</sup> Jezik izvirnika: angleščina.

## I. Pravni okvir

### A. *Latvijsko pravo*

7. Besedilo člena 13(4) Konkurences likums (zakon o konkurenci) je enako kot besedilo člena 102, drugi odstavek, točka (a), PDEU.

## II. Dejansko stanje, postopek v glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

8. Tožeča stranka v postopku v glavni stvari, Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība (v nadaljevanju: AKKA/LAA) kot kolektivna organizacija izdaja licence za javno predvajanje glasbenih del v trgovinah in storitvenih centrih. Tarife za take licence so odvisne od površine. AKKA/LAA ima v Latviji zakonski monopol.

9. Konkurences padome (urad za varstvo konkurence) je leta 2008 AKKA/LAA naložil globo zaradi zlorabe prevladujočega položaja, ker je ta za nadomestila avtorjem uporabila pretirane tarife. Znesek naložene globe je bil izračunan na podlagi prometa kolektivne organizacije, po odštetju zneskov, ki so bili kot nadomestila preneseni avtorjem.

10. Pozneje, leta 2011, je AKKA/LAA sprejela nove tarife za nadomestila avtorjem, glede katerih je urad za varstvo konkurence leta 2012 začel postopek. Za presojo, ali so tarife upravičene, jih je ta organ primerjal s tarifami, ki so se uporabljale v sosednjih Litvi in Estoniji, ki se ju šteje za relativno podobni glede potrošniških navad, gospodarstva in bruto domačega proizvoda, in – za ponazoritev – s tarifami v drugih državah članicah, pri čemer je upošteval indeks paritete kupne moči, izpeljan iz bruto domačega proizvoda (v nadaljevanju: indeks PKM). Ta organ je ugotovil, da so tarife tožeče stranke občutno višje (v nekaterih segmentih celo dvakrat tolikšne) kot tarife v obeh sosednjih državah in med najvišjimi v Uniji, saj so presegale povprečne tarife v Uniji za od 50 do 100 %. Urad za varstvo konkurence je ocenil, da navedene tarife, ker občutno presegajo tarife v sosednjih državah, niso upravičene, poleg tega pa jih AKKA/LAA ni mogla objektivno utemeljiti.

11. Zato je urad za varstvo konkurence z odločbo z dne 2. aprila 2013 ugotovil, da ravnanje AKKA/LAA pomeni kršitev prepovedi iz člena 13(4) zakona o konkurenci in člena 102, drugi odstavek, točka (a), PDEU, ter ji naložil globo. Pri izračunu globe je upošteval promet AKKA/LAA, a tokrat vključno z zneski, pobranimi iz naslova nadomestil avtorjem, ki so bila tem izplačana. Urad za varstvo konkurence je navedel, da je treba promet subjektov, kakršen je kolektivna organizacija, za namene konkurenčnega prava izračunati na podlagi enakih načel kot v primeru družb z delniškim kapitalom, tako da se zagotovi, da se globa ne določi različno glede na pravno obliko gospodarskega subjekta.

12. Administratīvā apgabaltiesa (okrožno upravno sodišče, Latvija) je s sodbo z dne 9. februarja 2015 delno ugodilo zahtevku: za pravilen je razglasilo sklep, da so bile uporabljene neupravičeno visoke tarife, ter na podlagi načel zakonitosti in enakopravnosti uradu za varstvo konkurence naložilo, naj ponovno izračuna globo, ki jo je treba naložiti AKKA/LAA, pri tem pa naj v promet ne vključi zneskov, pobranih v zvezi z nadomestili avtorjem. Obe stranki sta se zoper to sodbo pritožili pri Augstākā tiesa (vrhovno sodišče).

13. Ker predložitveno sodišče dvomi glede razlage člena 102 PDEU, je prekinilo postopek in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

- „1. Ali se člen 102, [drugi odstavek,] točka (a), [PDEU] uporabi v sporu glede tarif, ki jih je določila nacionalna organizacija za upravljanje avtorskih pravic, če navedena organizacija pobira tudi nadomestila za dela tujih avtorjev in lahko tarife, ki jih določi, v zadevni državi članici odvrtačajjo od uporabe teh del?
2. Ali je za namene določitve pojma nepoštenih cen, ki je uporabljen v členu 102, [drugi odstavek,] točka (a), [PDEU], na področju upravljanja avtorskih in sorodnih pravic primerno in zadostno – in v katerih primerih – primerjati cene (tarife) na zadevnem trgu in cene (tarife) na sosednjih trgih?
3. Ali je za namene določitve pojma nepoštenih cen, ki je uporabljen v členu 102, [drugi odstavek,] točka (a), [PDEU], na področju upravljanja avtorskih in sorodnih pravic primerno in zadostno uporabiti indeks paritete kupne moči, izpeljan iz bruto domačega proizvoda)?
4. Ali je treba primerjavo tarif opraviti za vsak posamezen segment teh tarif ali pa glede na njihovo povprečno raven?
5. Kdaj je treba šteti, da je razlika med tarifami, preučevanimi za namene pojma nepoštenih cen, ki je uporabljen v členu 102, [drugi odstavek,] točka (a), [PDEU], občutna, tako da mora gospodarski subjekt, ki ima prevladujoč položaj, dokazati, da so njegove tarife poštene?
6. Katere informacije je v okviru uporabe člena 102, [drugi odstavek,] točka (a), [PDEU] razumno pričakovati od gospodarskega subjekta za upravljanje avtorskih pravic, da bi ta dokazal poštenost tarif, ki se nanašajo na dela, zaščiteni z avtorskimi pravicami, če stroška navedenih del ni mogoče določiti kot v primeru opredmetenih proizvodov? Ali gre zgolj za administrativne stroške organizacije za upravljanje avtorskih pravic?
7. Ali je treba v primeru kršitve pravil o konkurenci iz prometa organizacije za upravljanje avtorskih pravic za določitev zneska globe izključiti nadomestila, ki jih je navedeni gospodarski subjekt izplačal avtorjem?“

14. Pisna stališča so predložili AKKA/LAA, nemška, španska, latvijska in nizozemska vlada ter Komisija. AKKA/LAA, španska in latvijska vlada ter Komisija so na obravnavi 8. februarja 2017 podale tudi ustne navedbe.

### III. Analiza

#### A. Uvod

15. Celotna zadeva je osredotočena na domnevno zlorabo, ki naj bi jo pomenila uporaba nepoštenih cen na podlagi člena 102, drugi odstavek, točka (a), PDEU. Zato je koristno na hitro preleteti sodno prakso Sodišča o tej določbi.

16. V sodbi *United Brands*<sup>2</sup> in številnih poznejših odločbah<sup>3</sup> je Sodišče štelo, da je uporaba cene, ki je pretirana, ker ni v razumnem sorazmerju z *ekonomsko vrednostjo* dobavljenega proizvoda, v nasprotju s sedanjim členom 102 PDEU. Tako bi lahko le „nesorazmerne“ ali „prekomerne“ cene kršile to določbo.<sup>4</sup> Sodišče je v ta namen določilo dvostopenjsko analizo.

17. V prvem koraku te analize je treba ugotoviti, ali obstaja pretirana razlika – torej znatna razlika – med ceno, ki jo običajno zaračuna podjetje s prevladujočim položajem na upoštevem trgu, in ceno, ki bi jo to podjetje hipotetično zaračunalo, če bi na trgu obstajala učinkovita konkurenca (v nadaljevanju: referenčna cena).<sup>5</sup>

18. Sodišče je priznalo, da so lahko metode za ugotovitev, ali je cena pretirana, različne.<sup>6</sup> Na primer, če je mogoče in primerno, je možna primerjava med prodajno ceno in proizvodnimi stroški.<sup>7</sup> Ta metoda očitno temelji na razmišljanju, da obstaja cenovni prag, ki zagotavlja zadovoljivo maržo<sup>8</sup> glede na stroške, in da je cena, ki jo nad tem pragom zaračuna podjetje s prevladujočim položajem, pretirana.<sup>9</sup> Analiza je torej osredotočena na marže (ali na donosnost), ki jih podjetje s prevladujočim položajem doseže pri prodaji zadevnih proizvodov ali storitev.

19. V drugih zadevah je Sodišče po eni strani primerjalo ceno, ki jo je za zadevni proizvod zaračunalo podjetje s prevladujočim položajem, in po drugi ceno, ki so jih na istem trgu zaračunavala podjetja brez prevladujočega položaja (primerjava s konkurenti)<sup>10</sup> oziroma isto podjetje s prevladujočim položajem v različnih časovnih obdobjih (primerjava v času),<sup>11</sup> ali ceno, ki jih je na drugih geografskih trgih zaračunalo isto podjetje s prevladujočim položajem<sup>12</sup> oziroma so jih zaračunala druga podjetja (geografska primerjava).<sup>13</sup> Temeljno vodilo je, da če so izbrani proizvodi ali geografski trgi dovolj homogeni, je primerjava cen lahko smiselna.<sup>14</sup> Podobno lahko tudi vzorci določanja cen nekega podjetja v času dajo koristne indice.

20. Ko se enkrat z eno ali več metodami ugotovi, da obstaja znatna razlika med ceno, ki jo dejansko zaračunava podjetje s prevladujočim položajem, in referenčno ceno, je treba ugotoviti, v kolikšni meri ta dejanska cena ni poštena – bodisi sama po sebi bodisi v primerjavi s konkurenčnimi proizvodi.<sup>15</sup>

21. Ta drugi korak v analizi je namenjen raziskavi tega, ali je razlika v ceni zgolj rezultat zlorabe tržne moči podjetja s prevladujočim položajem ali posledica drugih legitimnih razlogov.

22. Le če ne obstaja ustrezna utemeljitev za razliko med referenčno ceno in dejansko ceno, ki jo zaračuna podjetje s prevladujočim položajem svojim strankam, je ceno mogoče šteti za „nepošteno“ v smislu člena 102, drugi odstavek, točka (a), PDEU.

2 Sodba z dne 14. februarja 1978, *United Brands in United Brands* (Continentaal/Komisija) (27/76, EU:C:1978:22, v nadaljevanju: *United Brands*).

3 Glej na primer sodbo z dne 17. julija 1997, *GT-Link* (C-242/95, EU:C:1997:376, točka 39).

4 Glej na primer sodbo z dne 5. oktobra 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle* (C-323/93, EU:C:1994:368, točki 19 in 21).

5 Glej v tem smislu sodbo *United Brands* (točka 249).

6 Sodba *United Brands* (točka 253).

7 Glej zlasti sodbo *United Brands* (točka 251).

8 Glej v tem smislu sodbo z dne 11. aprila 1989, *Saeed Flugreisen in Silver Line Reisebüro* (66/86, EU:C:1989:140, točka 43).

9 Glej na primer *Motta, M., de Streel, A., „Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?“ The Pros and Cons of High Prices*, Konkurrensverket (švedski organ, pristojen za konkurenco), Kalmar, 2007, str. 33.

10 Glej med drugim sodbi z dne 29. februarja 1968, *Parke, Davis and Co.* (24/67, EU:C:1968:11), in z dne 5. oktobra 1988, *CIRCA in Maxicar* (53/87, EU:C:1988:472).

11 Glej sodbi z dne 13. novembra 1975, *General Motors Continental*/Komisija (26/75, EU:C:1975:150), in z dne 11. novembra 1986, *British Leyland*/Komisija (226/84, EU:C:1986:421).

12 Prav tam.

13 Glej sodbi z dne 8. junija 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft* (78/70, EU:C:1971:59), in z dne 4. maja 1988, *Bodson* (30/87, EU:C:1988:225).

14 Glej v tem smislu Organizacija za gospodarsko sodelovanje in razvoj, *okrogle mize o politiki konkurence, „Excessive Prices“ (Pretirane cene)*, 2012, (DAF/COMP(2011)18) (v nadaljevanju: Poročilo OECD), str. 70.

15 Sodba *United Brands* (točke od 249 do 253). Glej tudi sklep z dne 25. marca 2009, *Scippacercola in Terezakis*/Komisija (C-159/08 P, neobjavljen, EU:C:2009:188, točka 47).

23. Sodišče je uporabilo ta dvostopenjski test za ugotovitev, kdaj je cena pretirana in s tem nepoštena za namene člena 102 PDEU, in to tudi v zadevah, ki so se – tako kot ta iz postopka v glavni stvari – nanašale na ravnanje kolektivnih organizacij. V teh zadevah je Sodišče razsodilo, da „kadar podjetje s prevladujočim položajem za storitve, ki jih opravlja, naloži tarife, ki so občutno višje od tistih, ki se zaračunavajo v drugih državah članicah, in če je bila primerjava stopenj tarif opravljena na enotni podlagi, je treba razliko šteti za pokazatelj zlorabe prevladujočega položaja. V takem primeru mora zadevno podjetje utemeljiti razliko s sklicevanjem na objektivne razlike med položajem v državi članici“.<sup>16</sup>

24. Ob upoštevanju navedenega bom zdaj analiziral pravna vprašanja, ki jih je izpostavilo predložitveno sodišče.

### **B. Prvo vprašanje**

25. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem Sodišče sprašuje, ali lahko ravnanje kolektivne organizacije, katere naloga je pobiranje nadomestil tudi za dela tujih avtorjev, vpliva na trgovino med državami članicami za namene člena 102 PDEU.

26. Na začetku bi spomnil, da mora v skladu z ustaljeno sodno prakso razlaga pogoja v zvezi z učinki na trgovino med državami članicami iz členov 101 in 102 PDEU izhajati iz namena tega pogoja, ki je na področju konkurenčnega prava opredelitev področja veljave prava Unije v razmerju do prava držav članic. Na področje prava Unije spadajo tako vsi omejevalni sporazumi in vsa ravnanja, ki lahko ogrozijo svobodo trgovine med državami članicami na način, ki lahko škoduje uresničitvi ciljev enotnega trga med državami članicami, zlasti z ločitvijo domačih trgov ali s spreminjanjem konkurenčnih struktur na enotnem trgu. Da bi odločitev, sporazum ali usklajeno ravnanje lahko vplivali na trgovanje med državami članicami, mora biti mogoče na podlagi več objektivnih dejanskih ali pravnih dejavnikov z zadostno verjetnostjo predvideti, da lahko neposredno ali posredno, dejansko ali potencialno vplivajo na tržne tokove med državami članicami, in to tako, da bi lahko ovirali uresničitev enotnega trga med državami članicami.<sup>17</sup>

27. Ob tem pa zgolj dejstvo, da je edini namen ravnanja podjetja v prevladujočem položaju trženje proizvodov ali storitev v samo eni državi članici, ne izključuje možnosti, da je lahko trgovina med državami članicami prizadeta. Tako ravnanje namreč lahko krepí drobljenje trgov na nacionalni ravni, s čimer ovira gospodarsko prepletanje, za katero si prizadeva Pogodba.<sup>18</sup>

28. V obravnavani zadevi se, kot ugotavlja tudi predložitveno sodišče, cenovna politika AKKA/LAA nanaša tudi na dela tujih avtorjev in zato vpliva na razširjanje teh del v Latviji. Ker ima ta organ zakonski monopol, njegove odločitve o tem, ali, kako in po kateri ceni dovoli reproduciranje zavarovanih del, nujno vplivajo tako na vedenjske vzorce potrošnikov v Latviji in na odločitve imetnikov avtorskih pravic v zvezi s trgovino v tej državi.

29. Sodišče je namreč večkrat razsodilo, da se pravila Unije o konkurenci uporabljajo za dejavnosti kolektivnih organizacij, ki zajemajo izdajanje licenc za glasbena dela, čeprav so te dejavnosti omejene le na eno državo članico.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Glej sodbi z dne 13. julija 1989, Tournier (395/87, EU:C:1989:319, točka 38, v nadaljevanju: Tournier), in z dne 13. julija 1989, Lucazeau in drugi (110/88, 241/88 in 242/88, EU:C:1989:326, točka 25, v nadaljevanju: Lucazeau).

<sup>17</sup> Glej sodbo z dne 25. januarja 2007, Dalmine/Komisija (C-407/04 P, EU:C:2007:53, točki 89 in 90 ter navedena sodna praksa).

<sup>18</sup> Glej sodbo z dne 1. julija 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, točka 42).

<sup>19</sup> Glej na primer sodbi Tournier in Lucazeau. Glej tudi sodbe z dne 25. oktobra 1979, Greenwich film production (22/79, EU:C:1979:245, točke od 11 do 13), in z dne 2. marca 1983, GVL/Komisija (7/82, EU:C:1983:52, točke od 37 do 39).

30. Dejstvo, ki je bilo omenjeno v predložitveni odločbi, da je Splošno sodišče<sup>20</sup> leta 2013 razglasilo delno ničnost odločbe Komisije (v nadaljevanju: odločba CISAC),<sup>21</sup> sprejete v okviru postopka na podlagi člena 101 PDEU, ki je bila naslovljena na 24 kolektivnih organizacij (vključno z AKKA/LAA), nima na to nobenega vpliva. Splošno sodišče je odločbo CISAC razglasilo za nično zato, ker Komisija ni pravno zadostno dokazala obstoja usklajenega ravnanja med kolektivnimi organizacijami. Nič v sodbah Splošnega sodišča se ne nanaša na vprašanje, ali bi lahko ravnanje kolektivnih organizacij vplivalo na trgovino med državami članicami.

31. Zato je treba skleniti, da lahko ravnanje kolektivne organizacije, katere naloga je pobiranje nadomestil tudi za dela tujih avtorjev, čeprav se opravlja samo v eni državi članici, vpliva na trgovino med državami članicami za namene člena 102 PDEU.

### *C. Drugo vprašanje*

32. Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je bilo v položaju iz postopka v glavni stvari primerno in zadostno, da je nacionalni organ, pristojen za konkurenco, primerjal tarife na zadevnem nacionalnem trgu in tarife na sosednjih trgih.

33. To drugo vprašanje se – tako kot tretje, četrto in peto vprašanje – nanaša na prvi korak analize, navedene zgoraj v točkah od 17 do 19: na presojo, ali obstaja pretirana razlika med ceno, ki jo je dejansko zaračunalo podjetje s prevladujočim položajem na upoštevem trgu, in referenčno ceno. Naj spomnim, slednja je cena, ki bi jo to podjetje hipotetično zaračunalo, če bi na trgu obstajala konkurenca.

34. Jasno je, da se drugo vprašanje nanaša na srž problema tega postopka, saj se z njim od Sodišča zahteva, da pojasni, katere metode in merila morajo uporabiti organi, pristojni za konkurenco, za določitev referenčne cene. Pred natančno preučitvijo tega vidika bi rad še enkrat opozoril, da se zadeva iz postopka v glavni stvari nanaša na zatrjevano nepošteno zaračunavanje cen v položaju, ko gre za zakonski monopol.

#### *1. Splošne pripombe*

35. Kot sem pojasnil zgoraj v točkah 18 in 19, je Sodišče Uniji in nacionalnim organom, pristojnim za konkurenco, pustilo nekaj diskrecijske pravice glede metodologije za določitev pretirane cene. Iz razlogov, ki sledijo, je to po mojem mnenju zelo razumen pristop.

#### *a) Neobstoj samo ene metode ali testa*

36. Mirno je mogoče reči, da ob trenutnem stanju pravne in ekonomske stroke ne obstaja ena sama metoda, test ali zbir meril, ki je v ta namen splošno sprejet v ekonomski strokovni literaturi ali pravosodnih sistemih. Različni organi pa tudi pravniki in ekonomisti so v ta namen predlagali več analitičnih metod (pa tudi številna merila, teste ali „preizkuse“). Vendar ima dejansko vsaka od teh metod nekaj temeljnih slabosti.

<sup>20</sup> Glej zlasti sodbo Splošnega sodišča z dne 12. aprila 2013, Autortiesību un komunicēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība/Komisija (T-414/08, neobjavljena, EU:T:2013:174).

<sup>21</sup> Odločba Komisije C(2008) 3435 final z dne 16. julija 2008 v zvezi s postopkom na podlagi člena 81 [ES] in člena 53 Sporazuma EGP (Zadeva COMP/C2/38.698 – CISAC).

37. Prvič, nobene od teh metod ni mogoče uporabiti v vseh okoliščinah, saj je njihova primernost (in včasih že zgolj možnost uporabe) močno odvisna od konkretnih značilnosti vsakega posameznega primera. Če navedem samo en primer, primerjava stroškov in cen ni smiselna glede dobave nekaterih nematerialnih dobrin, kakršne so – tako kot v zadevi iz postopka v glavni stvari – glasbena dela, zavarovana z avtorsko pravico.

38. Drugič, informacije, potrebne za operacije, potrebne za izračun referenčne cene, lahko manjkajo ali niso popolne ali pa je njihova vrednost protislovna. Na primer, ugotovitev stroškov in njihova povezava z določenim proizvodom je izjemno kompleksna v večini vrst dejavnosti in za številna podjetja.<sup>22</sup> Izračun profitne marže je zato precej negotovo početje. Ne bi se smelo spregledati, da se lahko računovodski standardi in tarife v različnih industrijah ali državah razlikujejo zaradi različnih pravnih določb o računovodskih dogovorih, poleg tega pa ni nujno, da vedno odražajo upoštevne gospodarske koncepte.<sup>23</sup>

39. Tretjič, primerjava cen na različnih geografskih trgih med konkurenti in/ali v različnih časovnih obdobjih je prav tako tvegana. Trgi so redko tako homogeni, da bi omogočali takojšnjo in avtomatično smiselno primerjavo. Potrebne so lahko številne „prilagoditve“ podatkov, ki izhajajo iz trga/trgov, ki se uporablja(jo) za primerjavo, preden je mogoče te podatke uporabiti za določitev referenčne cene.

40. Najprej, kar zadeva geografske primerjave, lahko elementi, kot so – če se našteje le nekatere – domači davki, posebne značilnosti nacionalnega trga dela in želje lokalnih potrošnikov, znatno vplivajo na končne cene zadevnega proizvoda ali storitve.<sup>24</sup> Pri primerjavi s konkurenti se ne bi smelo spregledati, da lahko razlike v ceni preprosto odražajo različno kakovost: dražji proizvod je lahko objektivno kakovostnejši (ali pa se kot tak zgolj dojema).

41. Nazadnje, glede primerjave v času se ne sme pozabiti na dejstvo, da se lahko na trgu precej hitro spremenijo dejavniki, ki lahko vplivajo na končno ceno proizvoda ali storitve. Ti dejavniki se lahko nanašajo na legitimne poslovne strategije (podjetje se lahko na primer odloči za vstop na nov trg in za nekaj časa zaračunava zelo nizko ceno, s čimer pristane na minimalne marže), zvišanje stroškov (zaradi zunanjih dejavnikov, kot so spremembe lokalne obdavčitve ali stroškov izposojanja, ali poslovnih odločitev podjetja, kot so izbire, povezane z oglaševalskimi kampanjami ali raziskavami in razvojem) ali celo želja potrošnikov (na primer, sprememb v tem, kako potrošniki zaradi novih tržnih strategij dojemajo proizvod). Vsi ti dejavniki lahko povzročijo (običajno legitimne) nenadne in znatne spremembe cen.

42. Zaradi teh omejitev se organi, pristojni za konkurenco, in ekonomisti načeloma strinjajo, da se pri določanju referenčnih cen v primeru morebitnega zaračunavanja pretiranih cen pojavlja visoko tveganje za nastanek napak tipa I (ali lažno pozitivnega izida: napačno se šteje, da je cena nad konkurenčno ceno) in napak tipa II (ali lažno negativnega izida: napačno se šteje, da cena ni nad konkurenčno ceno).<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Nekaj teh težav sem orisal v Wahl, N., „Exploitative high prices and European competition law – a personal reflection“, Konkurrensverket, opomba 9 zgoraj, str. 71 in 72.

<sup>23</sup> Glej Edwards, J., Kay, J., Mayer, C., *The Economic Analysis of Accounting Profitability*, Clarendon Press, 1987.

<sup>24</sup> Glej na primer O'Donoghue, R., Padilla, A.J., *The Law and Economics of Article 82 EC*, 2. izdaja, Hart Publishing, 2013, str. 617.

<sup>25</sup> Glej poročilo OECD, str. 10 in od 26 do 28.

*b) Kombinacija različnih metod*

43. Ker ne obstaja univerzalni test in glede na omejitve vseh obstoječih metod, je tako po mojem mnenju, da bi se izognilo tveganju za napake (ali, pravilneje, da bi se zmanjšalo), nujno, da si organi, pristojni za konkurenco, prizadevajo preučiti zadevo s kombiniranjem več metod med tistimi, ki jih sprejema standardna ekonomska teorija in ki se zdijo primerne in na voljo v danem položaju. Zdi se mi, da se lahko v ta namen uporabijo tiste, ki jih je mogoče najti v sodni praksi Sodišča (in ki so bile prikazane zgoraj v točkah 18 in 19).<sup>26</sup>

44. Odločitev za kombinacijo več metod je dejansko pristop, ki so mu sledili mnogi organi, pristojni za konkurenco, po vsem svetu: tako je na primer ravnal urad za pošteno trgovino (Office of Fair Trading (OFT)) Združenega kraljestva v zadevi Napp.<sup>27</sup> To je tudi v skladu s predlogi na mednarodnih razpravnih forumih teh organov<sup>28</sup> in sodobno strokovno literaturo s področja ekonomije.<sup>29</sup>

45. Res je, da so tak pristop grajali, ker kombinirana uporaba več nenatančnih metodologij – tudi če privede do skupno skladnih rezultatov – morda ne vodi do zanesljivejšega sklepa.<sup>30</sup> Res je, da slabost ene metode ni nujno odpravljena, če se uporabi druga enako šibka metoda. Vendar če se metode uporabljajo neodvisno ena od druge, omejitev ene od njih ne bi vplivala na rezultate, dosežene z uporabo drugih metod. V skladu s tem – če uporabljene metodologije niso napačne in če se uporabljajo natančno in objektivno – je mogoče konvergenco rezultatov upoštevati kot pokazatelj morebitne referenčne cene v dani zadevi.

*c) Dodatni kazalniki*

46. Ob tem pa lahko obstajajo zadeve, v katerih je lahko na voljo ali primerna samo ena od teh metod za določitev referenčne cene. V teh primerih se mi zdi še posebej pomembno, da organ upošteva druge kazalnike, ki lahko rezultat te metode podprejo ali pa, nasprotno, omajajo.

47. Upoštevni kazalniki se mi zdijo naslednji.

48. Prvič, cene ni mogoče določiti znatno nad konkurenčno ravno, če trg ni zavarovan z visokimi ovirami za vstop ali širitev. Sicer bi, kot je bilo omenjeno zgoraj, trg načeloma moral biti na srednji rok sposoben samokorekcije: visoke cene naj bi običajno privabile nove tekmece ali vzpodbudile širitev obstoječih konkurentov. Zato sem prepričan – kot sem omenil na začetku teh sklepnih predlogov – da lahko nepošteno cene na podlagi člena 102 PDEU obstajajo le na reguliranih trgih, na katerih javni organi izvajajo neke vrste nadzora nad močjo dobave, posledično pa se zmanjša obseg svobodne in odprte konkurence. Očitno je, da višje kot so zakonske ovire in dlje ko trajajo, bolj bo lahko podjetje s prevladujočim položajem izvajalo svojo tržno moč.

<sup>26</sup> Obstajajo lahko tudi druge, vendar se v tem postopku o njih ni razpravljalo in jih zato v teh sklepnih predlogih ne bom preučil.

<sup>27</sup> Tak pristop je ob obravnavanju pritožbe sprejelo tudi Competition Appeal Tribunal (pritožbeno sodišče, pristojno za konkurenco) Združenega kraljestva; glej sodbo z dne 15. januarja 2002, Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries/Director General of Fair Trading [2002] CAT 1 (točke od 56 do 69 in od 390 do 405).

<sup>28</sup> Glej poročilo OECD, str. 12.

<sup>29</sup> Glej Röller, L.H., „Exploitative Abuses“, v Ehlermann, Marquis (ur.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed approach to Article 82*, Hart Publishing, Oxford, 2008, str. od 525 do 532; in Motta, M., de Streel, A., opomba 9 zgoraj, str. 367 in naslednje.

<sup>30</sup> Glej na primer Evans, D.S., Padilla, J.A., „Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules“, *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, str. 109.

49. Drugič, cena, ki je znatno višja od konkurenčne cene, se bo verjetneje pojavila na trgih, na katerih je sektorski regulator, ki ima med drugim nalogo, da določi ali nadzira cene, ki jih zaračunavajo podjetja, ki delujejo v tem sektorju. Sektorski organi so gotovo boljše kot organi, pristojni za konkurenco, opremljeni za nadzor nad cenami in po potrebi za ravnanje zaradi poprave možnih zlorab.<sup>31</sup> Zato se zdi, da bi morale biti kršitve protimonopolnih pravil v teh položajih omejene predvsem na primere napak ali, splošneje, na regulativne pomanjkljivosti: na zadeve, v kateri bi sektorski organ moral posredovati, pa tega – napačno – ni storil.

50. Tretjič, podjetje s tržno močjo je očitno manj sposobno uveljaviti svoj položaj, kadar se pogaja z močnimi kupci. Če navedem primer, ki se nanaša na licence glasbenih del, zavarovanih z avtorsko pravico, bo pogajalski položaj majhnih trgovin verjetno drugačen kot položaj na mednarodnih platformah (kot je Spotify) ali položaj skupin velikih in sofisticiranih podjetij (kot so velika filmska podjetja v Hollywoodu). Velikost in finančna moč podjetja (ali skupine podjetij) imata lahko znatno težo v pogajanjih. Vendar je lahko v tem pogledu zelo pomemben tudi obseg, v katerem licenčni proizvodi pomenijo pomemben (ali celo nepogrešljiv) vložek za dejavnost strank.

51. Seveda lahko obstajajo drugi dejavniki, ki so upoštevni glede na posebne okoliščine vsakega primera.

#### *d) Opozorilo*

52. Ob koncu tega sklopa se mi zdi pomembno pripomniti dvoje. Prvič, opozarjam, da morajo organi, pristojni za konkurenco, dokazati kršitev pravil Unije o konkurenci.<sup>32</sup> Drugič, v skladu z ustaljeno sodno prakso se za podjetja, ki se preiskujejo zaradi morebitnih kršitev konkurenčnega prava Unije, uporablja načelo, kakršno je domneva nedolžnosti.<sup>33</sup>

53. Po mojem mnenju zato morebitni neobstoj zanesljivih podatkov ali kompleksnost postopkov pri izračunu referenčne cene (ali njeni potrditvi) ne more upravičiti nepopolne, površne ali dvomljive analize organa, pristojnega za konkurenco. Povedano drugače, težave, ki jih ima organ pri oceni, ne smejo škodovati podjetju, ki se preiskuje.

54. Ne glede na posebni položaj v dani zadevi morajo uporabljena metoda/uporabljene metode in drugi preučeni kazalniki/i nuditi organu dovolj celovit in zanesljiv zbir elementov, ki kažejo v samo eno smer: na obstoj razlike<sup>34</sup> med (hipotetično) referenčno ceno in (dejansko) ceno, ki jo zaračunava zadevno podjetje s prevladujočim položajem.

55. Ob upoštevanju navedenega bom preučil posebne vidike zadeve, ki je sporna v postopku v glavni stvari.

## *2. Obravnavana zadeva*

56. Urad za varstvo konkurence se je v izpodbijani odločbi odločil, da bo primerjal cene, ki jih je zaračunavala AKKA/LAA, s cenami podobnih subjektov na drugih geografskih trgih. Predložitveno sodišče sprašuje, ali je bila ta metoda v obravnavani zadevi primerna in zadostna.

31 Glej na primer Geradin, D., Layne-Farrar, A., Petit, N., *EU Competition Law and Economics*, Oxford University Press, Oxford, 2012, str. 270 in nadaljnji viri.

32 Glej člen 2 Uredbe Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 205) in sodbo United Brands (točka 264). K temu vprašanju se bom vrnil v točkah od 132 do 139 teh sklepnih predlogov.

33 Glej v ta namen sodbo z dne 21. januarja 2016, Eturas in drugi (C-74/14, EU:C:2016:42, točka 38 in navedena sodna praksa).

34 Natančneje: obstoj *znatne in vztrajne* razlike, kot bo pojasnjeno v analizi petega predloženega vprašanja (točke od 101 do 113).

*a) Primernost metode*

57. Kot je bilo omenjeno zgoraj v točkah 19 in 23, je Sodišče načeloma priznalo metodo geografske primerjave za veljavno. Poleg tega je bila potrjena v zadevah, ki so se nanašale prav na ravnanje kolektivnih organizacij.

58. Tako se strinjam z nemško, špansko, latvijsko in nizozemsko vlado ter Komisijo, da lahko geografska primerjava cen, ki jih zaračunavajo različni subjekti v različnih državah članicah za isto storitev, v položaju, kot je ta iz postopka v glavni stvari,<sup>35</sup> pomeni primerno metodo za določitev referenčne cene za namene člena 102 PDEU.

59. Seveda pa to velja, samo če je organ metodo pravilno uporabil.

*b) Pravilnost metode*

60. Ali je bila dana metoda v konkretni zadevi pravilno uporabljena, je seveda nekaj, kar morajo načeloma ugotoviti pristojna nacionalna sodišča. Vendar lahko Sodišče, kadar je to možno, ponudi tem sodiščem napotke, tako da lahko pravilno in skladno razlagajo in uporabijo člen 102 PDEU.

61. V tem smislu menim, da bi moral organ najprej izbrati referenčne države članice v skladu z objektivnimi, primernimi in preverljivimi merili.

62. Po navedbah predložitvenega sodišča je urad za varstvo konkurence izbral sosednji državi – Litvo in Estonijo – ker sta relativno podobni Latviji glede potrošniških navad, gospodarstva in blaginje državljanov (bruto domači proizvod) ter ker imata isto zgodovinsko in kulturno dediščino.

63. V nasprotju s stališčem AKKA/LAA menim, da so ta merila objektivna in preverljiva. Poleg tega se mi zdijo upoštevna, dokler so namenjena zagotovitvi tega, da so trgi homogeni tako na strani povpraševanja kot na strani ponudbe. V zvezi s tem je resnično ključno upoštevati naslednja dejavnika, ki bi lahko po mojem mnenju vplivala na *ekonomsko vrednost* storitev, ki jih opravlja AKKA/LAA: (i) zmožnost in pripravljenost strank AKKA/LAA, da plačajo za prejeto storitev, in (ii) ekonomsko korist, ki jo lahko imajo stranke AKKA/LAA od te storitve, ko nato dobavljajo proizvode ali storitve lastnim strankam.

64. Vendar mora predložitveno sodišče preveriti, ali so zatrjevane podobnosti med Latvijo na eni ter Litvo in Estonijo na drugi strani resnično in zares upoštevne za analizo urada za varstvo konkurence.

65. Pomembno je, da mora to sodišče tudi zagotoviti, da nobena druga država članica – čeprav ni sosednja država –<sup>36</sup> ne izpolnjuje meril, ki jih je sprejel urad za varstvo konkurence. Drugače povedano, kot je trdila nemška vlada, mora Augstākā tiesa (vrhovno sodišče) preveriti tudi, ali urad za varstvo konkurence ni držav izključil arbitrarno ali, še huje, zato, ker so iz njih izhajali podatki, ki niso bili „skladni“ z njegovim primerom.

66. V zvezi s tem predložitveno sodišče navaja, da je urad za varstvo konkurence v svoji odločbi za ponazoritev preučil tudi tarife, ki se uporabljajo v drugih državah članicah (posamično in za izračun povprečja v Uniji), pri čemer je upošteval indeks paritete kupne moči, izpeljan iz bruto domačega proizvoda. Zdi se, da rezultat te analize podpira sklepe, dosežene s preučitvijo litovskega in estonskega trga.

<sup>35</sup> Domnevam, da so repertoarji, do katerih se v različnih državah imetnikom licence dovoli dostop, podobni. To mora preveriti nacionalno sodišče.

<sup>36</sup> Geografska bližina države se mi sama po sebi ne zdi posebej pomembna. Ta dejavnik je pomemben, le če vpliva na elemente, upoštevne za analizo, kot so na primer navade ali želje strank ali struktura trgov.

67. Ta „razširitev“ skupine držav, s katerimi se je primerjal latvijski trg, je izjemno pomembna. Ni nujno, da bo primerjava, ki je omejena na samo dve državi – pa naj bosta še tako podobni Latviji – dala zanesljive rezultate. Kot poudarja AKKA/LAA, bi kateri koli neznačilen dejavnik, ki obstaja na enem od teh trgov, lahko še posebej močno vplival na izračune organa, pristojnega za konkurenco. Menim, da mora biti nabor držav za primerjavo kolikor se le da širok.<sup>37</sup>

68. Glede na navedeno bi bilo treba pojasniti vse pomembne razlike med upošteveno državo članico in drugimi državami članicami, izbranimi za primerjavo. Kot je bilo navedeno zgoraj, je Sodišče pojasnilo, da je primerjava med državami mogoča, če je opravljena na enotni podlagi. Predložitveno sodišče mora torej preveriti, ali so bile opravljene potrebne prilagoditve, tako da so upoštevane razlike med različnimi državami.

### c) Zadostnost metode

69. Zadnje vprašanje, ki ga je treba preučiti za odgovor predložitvenemu sodišču, je, ali je bila metoda geografske primerjave, ki jo je uporabil urad za varstvo konkurence, za namene določitve referenčne cene *zadostna*.

70. Tudi to je vprašanje, o katerem mora načeloma odločiti predložitveno sodišče. Za zagotovitev napotkov predložitvenemu sodišču pa bi navedel to.

71. Predložitveno sodišče bi moralo najprej preveriti, ali so bile pri določitvi referenčne cene poleg geografske primerjave uporabljene alternativne metode. Vtis imam, da nekatere druge metode verjetno niso bile na voljo ali primerne – vendar mora to preveriti predložitveno sodišče.

72. Prvič, zdi se, da v položaju, za kakršnega je šlo v izpodbijani odločbi, ni mogoče opraviti analize stroškov in cene (kolikšen je strošek stvaritve glasbenega dela?).<sup>38</sup>

73. Vendar pri tem ugotavljam, da nizozemska vlada predlaga drugačno analizo, ki je namesto tega osredotočena na nadomestilo, ki ga na podlagi tarif <sup>AKKA/LAA</sup> dejansko prejmejo avtorji licenčnih del. Dejansko v več direktivah Unije obstajajo določbe, ki se nanašajo prav na nadomestilo, ki ga morajo imetniki avtorske pravice prejeti za izkoriščanje svojih del.

74. Člen 8(2) Direktive 92/100/EGS<sup>39</sup> na primer določa, da morajo uporabniki plačati imetnikom avtorske pravice „pravično nadomestilo“, če se fonogram, objavljen v komercialne namene, ali reprodukcija takšnega fonograma uporablja za brezžično oddajanje ali za kakršno koli priobčitev javnosti. Sodišče je pojem „pravično nadomestilo“ razlagalo kot nadomestilo, ki omogoča, „ustrezno ravnovesje med interesi izvajalcev in proizvajalcev fonogramov, da prejmejo nadomestilo iz naslova radiodifuznega oddajanja določenega fonograma, in interesom tretjih, da lahko ta fonogram radiodifuzno oddajajo pod razumnimi pogoji“. Sodišče je prav tako navedlo, da je treba to, ali je nadomestilo pravično, „oceniti zlasti glede na vrednost te uporabe v gospodarskem prometu“.<sup>40</sup>

37 Če pravilno razumem, v vseh (ali skoraj vseh) državah, izbranih za primerjavo v izpodbijani odločbi, obstaja zakonski monopol, ki je podoben tistemu v Latviji. Zato ni mogoče izključiti, da tudi v tistih državah tarife, ki jih zaračunavajo kolektivne organizacije, presegajo konkurenčno ceno. To bi očitno vplivalo na referenčno ceno, ki jo izračuna organ. Vendar bi to, da so podatki, ki jih uporabi organ, nepopolni, prej koristilo nadziranemu podjetju: referenčna cena bi bila višja od konkurenčne cene.

38 Glej točko 37 zgoraj. Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca F. G. Jacobsa v zadevi Tournier (395/87, neobjavljeni, EU:C:1989:215, točka 53).

39 Direktiva Sveta z dne 19. novembra 1992 o pravici dajanja v najem in pravici posojanja ter o določenih pravicah, sorodnih avtorski, na področju intelektualne lastnine (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 17, zvezek 1, str. 120).

40 Sodba z dne 6. februarja 2003, SENA (C-245/00, EU:C:2003:68, točki 36 in 37).

75. Poleg tega člen 16(2) Direktive 2014/26/EU,<sup>41</sup> ki se nanaša na to, da kolektivne organizacije izdajajo licence, določa, da „[i]metniki pravic za uporabo njihovih pravic prejmejo ustrezno plačilo“.<sup>42</sup> Čeprav se Direktiva 2014/26 v postopku v glavni stvari *ratione temporis* ne uporablja, pa je lahko kljub temu upoštevana, saj je pojem „ustrezno plačilo“ očitno podoben pojmu „pravično nadomestilo“ iz Direktive 92/100. Po mnenju nizozemske vlade tarif, ki vodijo do nadomestila, ki je pravično ali ustrezno, ni mogoče šteti za zlorabo na podlagi člena 102 PDEU.

76. Pristop nizozemske vlade se zdi privlačen: če so nepošteno cene tiste, s katerimi podjetja s prevladujočim položajem pretirano izkoriščajo stranke, je logično šteti, da so lahko tarife, ki ne vzpostavljajo pravičnega ravnovesja med interesi imetnikov avtorske pravice in interesi potrošnikov, v nasprotju s členom 102 PDEU. Dejansko se zdi, da je to stališče delno podprto s pristopom Sodišča v zadevi Kanal 5.<sup>43</sup>

77. Ob navedenem dvomim, ali se pravna okvira, vzpostavljena z Direktivo 92/100 in Direktivo 2014/26 na eni ter členom 102 PDEU na drugi strani, popolnoma prekrivata: sledita različnih ciljem in se odzivata na različno logiko. Z direktivama se med drugim poskuša zagotoviti, da avtorji in izvajalci prejmejo primeren dohodek kot podlago za nadaljnje ustvarjalno in umetniško delo.<sup>44</sup> S členom 102 PDEU pa se poskuša zagotoviti, da podjetja s prevladujočim položajem (vključno s kolektivnimi organizacijami) ne zlorabijo svoje tržne moči.

78. Nikakor pa nisem prepričan, da bi lahko pojmi, kot so „pravično“ ali „ustrezno“ nadomestilo organu, pristojnemu za konkurenco, kaj dosti pomagali. Zdi se mi prav tako nedoločni kot pojem „pretirane“ ali „nepošteno“ cene.

79. Drugič, ker ima AKKA/LAA zakonski monopol, konkurenčna podjetja v Latviji ne ponujajo podobnih storitev, ki bi jih bilo mogoče uporabiti za primerjavo. Poleg tega AKKA/LAA ne opravlja dejavnosti zunaj Latvije. Pri primerjavi tarif, ki jih je uporabljala AKKA/LAA v različnih obdobjih, ni jasno, ali bi lahko pomenile uporabne referenčne točke, ker je urad za varstvo konkurence že ugotovil, da so bile pretekle tarife pretirano visoke.

80. Ob upoštevanju navedenega mora predložitveno sodišče preveriti, ali so bile na voljo in primerne druge metode za določitev referenčne cene, ki bi jih bilo teoretično mogoče uporabiti skupaj s primerjavo med različnimi državami članicami. Prav tako bo moralo predložitveno sodišče preveriti, ali so rezultati, do katerih je prišel urad za varstvo konkurence glede referenčnih tarif, podprti z dodatnimi kazalniki.

### 3. Odgovor na drugo vprašanje

81. Na podlagi zgoraj navedenega Sodišču predlagam, naj na drugo vprašanje odgovori: v položaju, kot je ta v postopku v glavni stvari, je načeloma mogoče primerjati tarife na zadevnem trgu in tarife na drugih trgih. Vendar mora nacionalno sodišče ob upoštevanju vseh upoštevanih okoliščin preveriti, ali je bila ta primerjava, prvič, pravilno opravljena, in drugič, ali je zadostna.

41 Direktiva Evropskega parlamenta in sveta z dne 26. februarja 2014 o kolektivnem upravljanju avtorske in sorodnih pravic ter izdajanju več ozemeljskih licenc za pravice za glasbena dela za spletno uporabo na notranjem trgu (UL 2014, L 84, str. 72).

42 Ta določba tudi odseva sodno prakso Sodišča o členu 102 PDEU, s tem ko je v njej dodano, da so „[t]arife za izključne pravice in pravice do plačila [...] zmerne med drugim glede na ekonomsko vrednost uporabe pravic, s katerimi se trguje, ob upoštevanju narave in obsega uporabe dela in druge vsebine ter v zvezi z ekonomsko vrednostjo storitev, ki jih zagotavlja organizacija za kolektivno upravljanje pravic. Organizacije za kolektivno upravljanje pravic zadevne uporabnike seznanijo z merili, uporabljenimi za določitev teh tarif“ (moj poudarek).

43 Sodba z dne 11. decembra 2008, Kanal 5 in TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

44 Glej sedmo uvodno izjavo Direktive 92/100 ter uvodni izjavi 1 in 31 Direktive 2014/26.

#### **D. Tretje vprašanje**

82. Predložitveno sodišče s tretjim vprašanjem sprašuje, ali je primerno in zadostno, če se pri primerjavi tarif, ki jih zaračunavajo različne kolektivne organizacije, uporabi indeks PKM.

83. Predložitveno sodišče pojasnjuje, da je urad za varstvo konkurence pri primerjavi tarif, ki jih je v Latviji zaračunavala AKKA/LAA, s cenami, ki se uporabljajo v 19 drugih državah članicah (torej državah članicah, ki niso sosednje države), uporabil indeks PKM za „popravek“ teh tarif.

84. Na začetku bi še enkrat opozoril, da je Sodišče v zadevah Tournier in Lucazeau navedlo, da je geografska primerjava tarif možna, če je opravljena na „na enotni podlagi“.<sup>45</sup> Menim, da se z enotnostjo primerjave zahteva ne samo, da so zadevni proizvodi in storitve enaki, ampak tudi, da je ekonomski okvir, v katerem so dobavljeni ti proizvodi in storitve, na splošno podoben.

85. Vendar ni mogoče zanikati, da v Uniji obstajajo znatne razlike med ravnmi cen, kar pomeni, da državljani v različnih državah za isto blago ali storitev plačujejo različne cene. Tudi ko se v državah uporablja ista valuta, je lahko kupna moč potrošnikov različna.

86. Zato tudi sam menim, v skladu s trditvami nemške, španske, latvijske in nizozemske vlade, da je lahko indeks PKM uporaben instrument za zagotovitev, da je primerjava tarif, ki se zaračunajo za popolnoma enako storitev v različnih državah, opravljena na enotni podlagi.

87. Indeks PKM dejansko pogosto uporabljajo v ekonomskih študijah – tudi organi, kot so Eurostat, OECD ali Svetovna banka – kadar je treba opraviti primerjavo, na primer, življenjskega standarda med državami. V ta namen se uporabijo pretvorbeni količniki valut PKM za pretvorbo ekonomskih kazalnikov iz nacionalne valute v umetno skupno valuto, imenovano standard kupne moči (SKM), ki izenači kupno moč različnih nacionalnih valut ter omogoča smiselne primerjave med državami. Te operacije tako omogočajo prilagoditev podatkov, ki jih je treba primerjati, glede na različne ravni cen v različnih državah.

88. Vendar AKKA/LAA in Komisija oporekata temu, da bi bilo mogoče tak instrument učinkovito uporabiti samo za tisti del tarif, ki ga zadržijo kolektivne organizacije, ne pa tudi za del tarif, ki pomeni nadomestilo imetnikov avtorskih pravic.

89. S tem se ne strinjam.

90. Niso samo stroški kolektivne organizacije tisti, na katere vpliva gospodarski položaj države, v kateri deluje. Življenjski standard in kupna moč državljanov vplivata tudi na zmožnost in v neki meri na pripravljenost, da stranke kolektivne organizacije (v obravnavani zadevi trgovine) in posledično stranke slednjih (v obravnavani zadevi stranke v trgovinah) plačajo. Če povem zelo preprosto: če 1 EUR v neki državi ni enak 1 EUR v drugi državi, to velja ne glede na to, ali se s tem denarjem financirajo stroški kolektivne organizacije ali nadomestila avtorjem. Ne nazadnje, če je temeljni namen analize odkriti ekonomsko vrednost dane transakcije, te presoje ni mogoče opraviti abstraktno, ampak mora biti pri njej nujno upoštevan gospodarski in finančni okvir, v katerem je transakcija opravljena.

91. Uporaba indeksa PKM je tako lahko koristen instrument za analizo tarif, ki jih zaračunava kolektivna organizacija, v celoti. Ni potrebno razlikovanje med različnimi sestavnimi deli teh tarif.

92. Torej sklepam, da če organ opravi geografsko primerjavo tarif, ki jih zaračunavajo različne kolektivne organizacije, je treba upoštevati različen gospodarski položaj držav, v katerih te kolektivne organizacije delujejo. Uporaba indeksa PKM se mi za to zdi *primeren* instrument.

<sup>45</sup> Glej sodbi Tournier (točka 38) in Lucazeau (točka 25.)

93. To, ali je ta instrument *zadosten*, pa je odvisno od tega, ali se upoštevajo tudi drugi dejavniki, ki lahko vplivajo na končno ceno proizvoda ali storitve v dani državi. Obstajajo lahko namreč drugi dejavniki – vključno s tistimi, ki niso makroekonomski – ki lahko vplivajo na strukturo povpraševanja v državi. Zlasti v primeru, kot je ta v postopku v glavni stvari, se mi zdi, da je v tem pogledu bistveno, ali in v kolikšni meri so stranke kolektivnih organizacij (na primer trgovine) v dani državi sposobne povečati svoje poslovanje zaradi javnega reproduciranja glasbe v svojih prostorih.

94. Vsekakor pa so to dejavniki, ki jih je prav tako mogoče preučiti v drugem koraku pravne analize, določene v sodni praksi Sodišča. Tako bom to vprašanje obravnaval pri preučitvi šestega predloženega vprašanja.

95. Glede na navedeno bi moral biti odgovor na tretje predloženo vprašanje, da je lahko pri primerjavi tarif, ki jih zaračunavajo različne kolektivne organizacije, primerno uporabiti indeks PKM. Ali je ta instrument *zadosten*, je odvisno od tega, ali so upoštevani tudi drugi dejavniki, ki lahko vplivajo na končno ceno proizvoda ali storitve v dani državi.

#### **E. Četrto vprašanje**

96. Predložitveno sodišče s četrnim vprašanjem sprašuje, ali bi bilo treba v položaju, kot je ta iz postopka v glavni stvari, primerjavo tarif, ki jih zaračunavajo različne kolektivne organizacije, opraviti za vsak ločeni segment trga ali glede na povprečno raven tarif.

97. Menim, da je odgovor na to vprašanje precej enostaven.

98. Ali dano ravnanje enega ali več podjetij krši člen 101 ali člen 102 PDEU, je treba ugotoviti s preučitvijo upoštevnega trga.

99. Tako bi bilo treba primerjavo tarif, ki jih zaračunavajo različne kolektivne organizacije – če se domneva, da je vsak ločeni segment trga (kar pomeni kategorijo uporabnikov, določenih na podlagi komercialno izkoriščane površine) upoštevni trg proizvodov za namene člena 102 PDEU, kar pa mora preveriti predložitveno sodišče – opraviti za vsak ločeni segment trga.

#### **F. Peto vprašanje**

100. Predložitveno sodišče želi s petim vprašanjem pridobiti usmeritve o okoliščinah, v katerih je mogoče razliko v ceni na podlagi člena 102, drugi odstavek, točka (a), PDEU šteti za *pretirano*.

101. Na začetku naj spomnim na gospodarski smisel zlorabe prek nepoštenega določanja cen: kadar podjetje s prevladujočim položajem zaračunava cene nad konkurenčnimi ravnmi, obstaja neučinkovita porazdelitev virov in se blaginja potrošnika zmanjša (del blaginje se prenese na družbo s prevladujočim položajem, del pa se enostavno izgubi). Zato lahko kakršno koli odstopanje od konkurenčne cene na reguliranem trgu teoretično upraviči poseg organov, pristojnih za konkurenco. Vsaka razlika med referenčno ceno in dejansko ceno namreč pomeni določeno izgubo blaginje potrošnika, do katere ne bi prišlo, če bi bil trg konkurenčen.

102. Vendar tak pristop za organ, pristojen za konkurenco, ne bi bil ne realen ne priporočljiv.

103. Prvič, kot je bilo pojasnjeno zgoraj v točkah od 36 do 42, je izračun referenčne cene precej zapletena in negotova naloga. Če bi organ, pristojen za konkurenco, posegal zaradi vsake – še tako majhne – razlike med tema cenama, bi bilo tveganje za lažno pozitiven rezultat enostavno preveliko. To ni težavno le zato, ker je odgovornemu podjetju mogoče naložiti visoko globo, ampak tudi zato, ker je nevtralnno – ali eventualno prokonkurenčno – ravnanje lahko prepovedano. V zvezi s tem se je

pravilno trdilo, da napake tipa I v odločbah s področja konkurence v zvezi z enostranskim ravnanjem vsebujejo precej višje stroške za družbo kot napake tipa II: „gospodarski sistem lažje popravi monopole kot sodne napake. [...] Ko je neka praksa enkrat obsojena, bo taka ostala, ne glede na njene prednosti. Monopolistična praksa, ki je bila – napačno – oproščena, pa bo sčasoma vodila do konkurence, saj monopolistove visoke cene privabljajo tekmece.“<sup>46</sup>

104. Drugič, zaradi teh težav in negotovosti je treba tudi priznati, da lahko podjetje s prevladujočim položajem pogosto težko z zadostno stopnjo verjetnosti vnaprej oceni, kje je treba potegniti ločnico med legitimno konkurenčno ceno in prepovedano pretirano ceno. Iz razlogov pravne varnosti se tako ta prag ne sme postaviti preblizu referenčni ceni.

105. Tretjič, strog pristop bi od organov, pristojnih za konkurenco, zahteval, da v bistvu postanejo regulatorji cen, ki bi morali neprestano spremljati (potencialno vse) regulirane trge in na njih posredovati. Jasno je, da organi, pristojni za konkurenco, v nasprotju s sektorskimi organi nimajo ne sredstev ne znanja za tako ravnanje.<sup>47</sup> Poleg tega je lahko izguba blaginje potrošnika včasih majhna in ne upravičuje zapletenega, dolgotrajnega in dragega poseganja javnih organov. Reakcija potrošnikov na povišanje cene se od trga do trga močno razlikuje, in celo monopolist ne more cen določiti neodvisno od svojih strank.<sup>48</sup> Tako je lahko stopnja škode za blaginjo potrošnikov zaradi visokih cen različna.

106. Zato v skladu s pristopom, ki so ga sprejeli upoštevni organi in sodišča na ravni Unije in na ravni držav članic in ki ga zastopa tudi ekonomska strokovna literatura, menim, da je mogoče šteti, da je cena na podlagi člena 102 PDEU pretirana, le če sta izpolnjena dva pogoja: morala bi biti hkrati *znatno* in *stalno* nad referenčno ceno.

107. V zvezi s prvim vidikom bi poudaril, da se vsaka razlika v ceni na podlagi člena 102 PDEU ne bi smela šteti za upoštevno, ampak le pomembna odstopanja. Ta pristop je Sodišče izrecno sprejelo: v sodbah *Tournier* in *Lucazeau* se je Sodišče na primer sklicevalo na tarife, ki so „občutno višje“ od tistih, s katerimi se primerjajo. To stališče ima široko podporo tudi v ekonomski strokovni literaturi.<sup>49</sup>

108. V zvezi z drugim vidikom je po mojem mnenju dejstvo, da je cena danega proizvoda ali storitve občasno nad referenčno ceno, le malo upoštevno. Obdobja visokih cen in obdobja nizkih cen se v ekonomski strokovni literaturi štejejo za „skladna z dobro utečenim konkurenčnim trgom“.<sup>50</sup> Tako cena, ki se stalno spreminja in je le občasno nad konkurenčnimi ravnmi, po mojem mnenju ne vzbuja resnih konkurenčnih pomislekov. Le če cena ostane nad referenčno ceno (ali je ponavljajoče nad njo) v daljšem obdobju, lahko ta cena pomeni zlorabo na podlagi člena 102 PDEU. Podlago za tak pristop je mogoče najti v sodbi *General Motors*.<sup>51</sup>

109. Vse zgoraj navedeno poraja vprašanje: kako znatna in kako vztrajna mora biti ta razlika, da upravičuje poseg na podlagi člena 102 PDEU?

110. Odgovor na to vprašanje nikakor ni lahek. Obstoječa sodna praksa Sodišča o tem vprašanju ne ponuja zelo natančnih napotkov. Prav tako ni mogoče zaznati jasnega vzorca v praksi nacionalnih organov ali ekonomski strokovni literaturi.<sup>52</sup>

46 Easterbrook, F.H., „The limits of antitrust“, *Texas Law Review*, 1984, str. 15.

47 Dejansko se pogosto trdi, da je lahko ustanovitev sektorskega organa ali prilagoditev cen učinkovitejši način za preprečevanje pretiranih cen na trgu. Na splošno se šteje, da je lahko najučinkovitejše sredstvo zoper pretirane cene zakonodajna *ex ante* poseg zaradi odprave pravnih ovir, ki preprečujejo normalno konkurenco, ne pa *ex post* ravnanje za zagotavljanje skladnosti.

48 Glej Fletcher A., Jardine, A., „Toward an Appropriate Policy for Excessive Pricing“, v Ehlermann, C.D., Marquis, M. (ur.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82*, Hart Publishing, 2007, str. 536.

49 Glej na primer Paulis, E., „Article 82 EC and Exploitative Conduct“, v Ehlermann, C.D., Marquis, M. (ur.), opomba 48 zgoraj.

50 Glej Lyons B., „The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse“, v Konkurrensverket, opomba 9 zgoraj, str. 74.

51 Sodba z dne 13. novembra 1975, *General Motors Continental/Komisija* (26/75, EU:C:1975:150, točke od 16 do 20).

52 Za napotitev na zadeve v državah članicah Unije glej Williams, M., „Excessive Pricing“, v Konkurrensverket, opomba 9 zgoraj, str. 152 in 153; ter O'Donoghue, R., Padilla, A.J. opomba 24 zgoraj, str. od 619 do 621.

111. To sploh ni presenetljivo. Kot trdita nemška vlada in Komisija, je namreč nemogoče *a priori* in abstraktno določiti natančne pragove, ki bi jih bilo mogoče uporabiti v vseh okoliščinah. Dana razlika v ceni bi lahko bila na podlagi člena 102 PDEU bolj ali manj znatna, odvisno od zadevnega proizvoda ali storitve in značilnosti trga.

112. Tu bi rad dodal le dva premisleka. Po eni strani bi moral organ na podlagi člena 102 PDEU posredovati, le kadar je prepričan, da je kljub omejitvam in negotovostim glede izračunov referenčne cene razlika med to ceno in dejansko ceno tako velika, da ni praktično nobenega dvoma o tem, da slednja pomeni zlorabo. Po drugi strani, večja kot je razlika med referenčno in dejansko ceno ter daljše kot je obdobje, ko se zaračunava ta višja cena, lažje bo organ izpolnil svoje dokazno breme.<sup>53</sup>

113. Odgovor na peto vprašanje bi zato moral biti: le za cene, ki so znatno in stalno nad referenčno ceno, je mogoče šteti, da kršijo člen 102 PDEU.

### G. Šesto vprašanje

114. Predložitveno sodišče s šestim vprašanjem sprašuje, kako lahko kolektivne organizacije dokažejo, da so zaračunane tarife poštene.

115. V bistvu je Sodišče s tem vprašanjem pozvano, naj podrobneje pojasni drugi korak pravne analize, ki se zahteva s členom 102, drugi odstavek, točka (a), PDEU.

116. Kot je bilo zgoraj omenjeno, dejstvo, da obstaja pretirana razlika – četudi znatna – med referenčno in dejansko ceno, ne zadostuje, da bi se ta cena avtomatično štela za nepošteno na podlagi člena 102 PDEU oziroma da bi bil upravičen poseg na podlagi te določbe.

117. Visoke cene običajno same po sebi ne pomenijo zlorabe. Nasprotno, v konkurenčnem postopku imajo pomembno vlogo. Kot je navedlo vrhovno sodišče ZDA v zadevi *Trinko*: „zgolj [...] zaračunavanje monopolnih cen ne le, da ni nezakonito; je pomemben element sistema svobodnega trga. Prav možnost zaračunavanja monopolnih cen je tista, ki – vsaj za kratek čas – pritegne ‚poslovno pronicljivost‘; spodbuja tveganje, ki vodi do inovacij in gospodarske rasti. Za zagotovitev spodbude za inovacije se monopolna moč ne bo štela za nezakonito, razen če jo spremlja element protikonkurenčnega *ravnanja*“.<sup>54</sup>

118. Ta drugi korak v analizi se mora torej osredotočiti na ravnanje podjetja s prevladujočim položajem in na njegove gospodarske motive. Zlasti so zelo upoštevni objektivni razlogi njegove cenovne politike.

119. Sodišče je v sodbi *United Brands* in poznejši sodni praksi pojasnilo, da je lahko cena nepoštena „bodisi sama po sebi bodisi v primerjavi s konkurenčnimi proizvodi“.<sup>55</sup>

120. Kateri razlogi stojijo za tema alternativnima pogojevama?<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Glej Paulis, E., opomba 49 zgoraj.

<sup>54</sup> Sodba vrhovnega sodišča ZDA, *Verizon Communications Inc./Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* (02-682) 540 U.S. 398 (2004) (poudarek v izvorniku). Čeprav je okvir, v katerem so bile podane te navedbe, drugačen od tega v postopku v glavni stvari, je njihova vrednost po mojem mnenju splošno veljavna.

<sup>55</sup> Točka 20 zgoraj.

<sup>56</sup> Glede možnosti izbire v zvezi s tema pogojevama glej sklep z dne 25. marca 2009, *Scippacercola in Terezakis/Komisija* (C-159/08 P, neobjavljen, EU:C:2009:188, točka 47).

### *1. Cena, ki je nepoštena sama po sebi*

121. Prvi od teh dveh pogojev (cena, ki sama po sebi ni poštena) naj bi zajemal primere, v katerih je mogoče nepošteno ceno opredeliti, ne da bi bila potrebna primerjava s podobnimi ali konkurenčnimi proizvodi. Posebej visoka cena sama po sebi kaže na zlorabo.

122. Za tak primer gre lahko na primer pri cenah, ki se zaračunavajo strankam, ki pa v zameno ne prejmejo proizvoda ali storitve. Sodišče je na primer v zadevi *Merci Convenzionali Porto di Genova* štelo, da s (sedanjim) členom 102 PDEU ni združljiva nacionalna zakonodaja, ki je spodbujala podjetje, ki so mu bile podeljene posebne pravice, da med drugim zahteva plačilo za storitve, ki niso bile naročene.<sup>57</sup> Podobno je Sodišče v sodbi *Grüne Punkt* potrdilo odločbo Komisije, v kateri je bilo ugotovljeno, da je z možnostjo podjetja s prevladujočim položajem, da zahteva plačilo od svojih sopogodbениkov za storitve, ki jih ni opravilo, kršen (sedanji) člen 102 PDEU.<sup>58</sup>

123. Lahko gre tudi za primere, v katerih podjetje s prevladujočim položajem določi še posebej visoko ceno, ker dejansko nima interesa za prodajo zadevnega proizvoda ali storitve, ampak sledi drugačnemu protikonkurenčnemu cilju. Tak položaj je mogoče prepoznati v zadevah *General Motors* in *British Leyland*.<sup>59</sup> V teh zadevah sta podjetji s prevladujočim položajem (proizvajalca avtomobilov) določili zelo visoke cene za opravljanje tehničnih pregledov in izdajo potrdil o skladnosti. Razlog za to je bil – kot je Sodišče pojasnilo v sodbah – da sta proizvajalca avtomobilov želela omejiti vzporedni uvoz v Združeno kraljestvo, tako da bi se nevtralizirala ugodnejša stopnja cen na drugih območjih takratne Skupnosti. Med cenami, ki sta jih zaračunavala proizvajalca avtomobilov, ter količino in kakovostjo storitev, ki sta jih opravila uvoznikom, ni bilo razumnega razmerja.

### *2. Cena, ki glede na konkurenčne proizvode ni poštena*

124. Drugi od teh pogojev (cena, ki glede na konkurenčne proizvode ni poštena) je pogosto „preverjanje verjetnosti“ presoje, opravljene glede na referenčno ceno: obstajajo lahko upoštevni dejavniki, ki so bili v tem okviru spregledani ali pa zavestno niso bili upoštevani, ker jih v finančnem smislu ni bilo mogoče enostavno kvantificirati.

125. Dejansko lahko obstajajo različni – verjetno legitimni – razlogi, zakaj lahko podjetje ceno za dani proizvod ali storitev nastavi nad ceno, ki jo je izračunal organ kot (hipotetično) konkurenčno ceno. To pomeni, da tudi če naj bi bil trg konkurenčen, cena, ki jo zaračuna podjetje s prevladujočim položajem, morda še vedno ne bi ustrezala referenčni ceni, če bi imeli njegovi proizvodi ali storitve višjo ekonomsko vrednost.

126. Ti razlogi za višjo ceno se lahko med drugim nanašajo na proizvodnjo in trženje zadevnega proizvoda ali storitve, prav tako pa so lahko povezani s povpraševanjem potrošnikov za tem proizvodom ali storitvijo.

127. V zvezi s prvim vidikom poudarjam, da so lahko stroški, ki jih ima podjetje s prevladujočim položajem s proizvodnjo ali trženjem zadevnega proizvoda ali storitve, višji od stroškov drugih podjetij, ki nimajo prevladujočega položaja ali delujejo na drugih trgih proizvodov ali geografskih trgih. Organ bi moral upoštevati ne le neposredne in posredne stroške proizvodnje zadevnega proizvoda ali storitve in stroške kapitala, ampak tudi vse vrste skupnih stroškov (vključno z, na primer, oglaševanjem, raziskavami in razvojem itd.).<sup>60</sup> Tudi če podjetje s prevladujočim položajem ne more

<sup>57</sup> Sodba z dne 10. decembra 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova* (C-179/90, EU:C:1991:464, točka 19).

<sup>58</sup> Sodba z dne 16. julija 2009, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Komisija* (C-385/07 P, EU:C:2009:456, točke od 141 do 147).

<sup>59</sup> Sodbi z dne 13. novembra 1975, *General Motors Continental/Komisija* (26/75, EU:C:1975:150), in z dne 11. novembra 1986, *British Leyland/Komisija* (226/84, EU:C:1986:421).

<sup>60</sup> Glej v ta namen sodbo z dne 11. aprila 1989, *Saeed Flugreisen in Silver Line Reisebüro* (66/86, EU:C:1989:140, točka 43), in sklepne predloge generalnega pravobranilca J. Mischoja v zadevi *CIRCA in Maxicar* (53/87, neobjavljeni, EU:C:1988:330, točka 62).

enostavno upravičiti svojih višjih cen z morebitno neučinkovito ali neekonomsko strukturo stroškov,<sup>61</sup> so dejanski stroški, ki nastanejo temu podjetju, v tem pogledu bistvenega pomena. Nekatere vrste stroškov, ki so lahko nastali danemu podjetju, morda niso takoj očitne ali jih ni mogoče z lahkoto obračunati na dobavo danega proizvoda ali storitve (na primer neuspešne raziskave in razvoj),<sup>62</sup> a se jih vendarle ne sme zanemariti. Drugačen pristop bi pomenil resno tveganje za odvracanje od naložb in inovacij.

128. V zvezi z drugim vidikom želim opozoriti, da je lahko ekonomska vrednost blaga ali storitve, ki jo dobavi podjetje s prevladujočim položajem, v očeh potrošnika višja od referenčne cene. Za to lahko spet obstajajo različni razlogi: zadevno blago ali storitev je lahko (ali pa se zgolj dojema, morda iz razlogov, povezanih z oglaševanjem ali s stroški investiranja v znamko) bolj kakovostno. Nekatere značilnosti proizvoda ali storitve lahko potrošniki (ali nekatere skupine potrošnikov) štejejo za posebej pomembne, čeprav se ne odražajo na cenovni strani. V teh primerih dodatne koristi ali prednosti za potrošnike upravičujejo višji pribitek na stroške.<sup>63</sup> V zvezi s tem ugotavljam, da praksa Komisije očitno sledi temu pristopu.<sup>64</sup>

129. Ob navedenem bi glede položaja iz postopka v glavni stvari dodal, da je ključno vprašanje očitno to: povpraševanje strank AKKA/LAA, kot so trgovine in podobna podjetja, po licencah je neposredno odvisno od gospodarskih koristi, ki jih lahko imajo od teh licenc. Zato bi bilo mogoče upravičiti višje tarife v Latviji, če bi bilo treba dokazati, da so koristi, ki jih imajo zaradi reproduciranja glasbe stranke AKKA/LAA, višje od tistih, ki jih imajo iste vrste strank v drugih državah. Ni mogoče na primer izključiti, da lahko zaradi različnih nakupovalnih navad in kulturne tradicije trgovine in druge trgovinske dejavnosti zaradi javnega predvajanja glasbe v svojih prostorih v nekaterih državah povečajo svoje poslovanje bolj kot v drugih. V takih okoliščinah bi bila ekonomska vrednost licenc, ki jih podeljujejo kolektivne organizacije, v prvih državah seveda višja kot v drugih.

130. Priznam, da takega vidika morda ni enostavno preveriti. Zato se pogosto uporabljajo drugi kazalniki (kot je kupna moč državljanov in bruto domači proizvod držav) za določitev, ali in v kolikšni meri sta primerljivi dve ali več držav z vidika gospodarskega položaja.

131. Če povzamem: le če ni mogoče najti racionalne gospodarske razlage – razen zgolj zmožnosti in pripravljenosti, da se uporabi tržna moč, tudi če pomeni zlorabo – za visoke cene, ki jih zaračunava podjetje s prevladujočim položajem, je mogoče to ceno opredeliti kot zlorabo na podlagi člena 102 PDEU.

### 3. Dokazno breme

132. Preden podam sklepne ugotovitve o tej zadevi, je treba pozornost nameniti še zadnji stvari. Dvostopenjska analiza, ki je v zvezi s kršitvami člena 102, drugi odstavek, točka (a), PDEU določena v sodni praksi Sodišča, ima tudi procesni vidik.

133. Kot je bilo omenjeno zgoraj v točki 23, je Sodišče večkrat navedlo, da ko se ugotovi, da je cena pretirano višja od referenčne cene, „mora zadevno podjetje upravičiti razliko s sklicevanjem na objektivne razlike“ med primerjanimi proizvodi ali storitvami.<sup>65</sup>

61 Glej v ta namen sodbo Lucazeau (točki 28 in 29).

62 Glej Korah, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 6. izdaja., Hart Publishing, 1999, str. 114, in Bishop, S., Walker, M., *The Economics of EC Competition Law*, 3. izdaja, Sweet & Maxwell, 2010, str. 238.

63 Glej poročilo OECD, str. 57.

64 Glej med drugim odločbo Komisije v zadevi COMP/A.36.568/D3, Scandlines Sverige AB/Port of Helsingborg.

65 Točka 23 zgoraj.

134. To navedbo Sodišča bi bilo treba po mojem mnenju razumeti ob upoštevanju ustaljene sodne prakse, v skladu s katero mora biti – čeprav je organ tisti, ki mora dokazati, da so izpolnjeni vsi zahtevani pogoji za ugotovitev kršitve člena 102 PDEU –<sup>66</sup> podjetjem s prevladujočim položajem dana možnost, da dokažejo objektivno upravičenje za svoje ravnanje.<sup>67</sup>

135. Ko tako organ zazna pretirano razliko med dejansko ceno in referenčno ceno, mora zadevno podjetje s prevladujočim položajem organu predstaviti morebitne utemeljitve za (dejansko ali domnevno) višjo ceno.

136. To je razumljivo: preiskovalni organ pogosto nima dovolj informacij, ki so potrebne za presojo, ali cena, ki se zdi višja od konkurenčne cene, ne odraža v resnici zgolj višje vrednosti z njo povezane transakcije. Take informacije so lahko med drugim povezane s strukturo stroškov podjetja s prevladujočim položajem, z njegovimi cenovnimi politikami, strukturo povpraševanja na upoštevnem trgu itd.

137. Organ mora tudi natančno in nepristransko pregledati dejavnike, ki jih navede zadevno podjetje, preden odloči o tem, ali cena morda ni pravična.

138. V obravnavani zadevi to pomeni, da je moral urad za varstvo konkurence pravno zadostno dokazati, prvič, da so tarife, ki jih je določila AKKA/LAA, znatno višje od konkurenčne cene. V ta namen se je od tega organa zahtevalo, da pri objektivni in temeljiti preiskavi upošteva vsa upoštevana dejstva, da bi določil pravilno referenčno ceno.

139. Nato je morala AKKA/LAA dokazati, da so bile zaračunane tarife poštene, čeprav so bile višje od referenčne cene, ki jo je ugotovil urad za varstvo konkurence. AKKA/LAA bi lahko na primer opozorila na upoštevene dejavnike, ki jih je urad za varstvo konkurence spregledal pri izračunu referenčne cene, ali vsekakor dokazala, da je bila ekonomska vrednost storitve, opravljene njenim strankam, višja od tiste, ki so jo opravila podobna telesa v drugih državah članicah.

140. Tako predlagam, naj se na šesto vprašanje odgovori, da lahko podjetje s prevladujočim položajem dokaže, da so zaračunane cene poštene, zlasti na podlagi višjih stroškov proizvodnje in trženja ali, splošneje, višje ekonomske vrednosti dobavljenega proizvoda ali storitve.

#### ***H. Sedmo vprašanje***

141. Predložitveno sodišče s sedmim vprašanjem sprašuje, ali je treba za namene določitve globe, ki jo je treba naložiti kolektivni organizaciji za kršitev pravil Unije o konkurenci, iz prometa tega organa izključiti nadomestilo, izplačano avtorjem.

142. Glede tega se strinjam s špansko vlado in Komisijo: ne vidim nobenega razloga, zakaj bi bilo treba nadomestilo, izplačano avtorjem, izključiti iz prometa, ki se upošteva kot podlaga za izračun globe, naložene kolektivni organizaciji.

<sup>66</sup> Točka 52 zgoraj.

<sup>67</sup> Glej med drugim sodbe United Brands (točka 184); z dne 3. oktobra 1985, CBEM (311/84, EU:C:1985:394, točka 27), in z dne 15. marca 2007, British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, točki 69 in 86).

143. Sodišče je v številnih sodbah navedlo, nazadnje ponovno v sodbi OSA,<sup>68</sup> da je treba kolektivne organizacije za namene pravil Unije o konkurenci šteti za podjetja. Za ta podjetja „skupni promet“ – ki je med drugim omenjen v členu 23(2) Uredbe št. 1/2003 in Smernicah Komisije –<sup>69</sup> obsega del tarif, ki ustreza nadomestilu avtorjem. Ni pomembno, ali se nato ta del plača avtorjem. V tem smislu bi bilo mogoče nadomestilo avtorjem šteti za „stroškovno“ postavko kolektivne organizacije.

144. Če bi se na koncu štelo, da je upoštevni promet omejen le z delom prihodkov, ki jih kolektivna organizacija sme zadržati, bi bila globa relativno nizka. To lahko povzroči dvome o tem, ali bi bila ta globa dovolj odvračilna, sorazmerna v smislu škode, ki je nastala potrošnikom, in poštena v primerjavi z globami, naloženimi drugim podjetjem, ki so na podoben način kršila pravila Unije o konkurenci.

#### IV. Predlog

145. Sodišču tako predlagam, naj na vprašanja, ki jih je predložilo Augstākā tiesa (vrhovno sodišče, Latvija), odgovori:

- ravnanje kolektivne organizacije, katere naloga je pobiranje nadomestil tudi za dela tujih avtorjev, lahko vpliva na trgovino med državami članicami za namene člena 102 PDEU;
- v položaju, kot je ta v postopku v glavni stvari, je načeloma mogoče primerjati tarife na zadevnem trgu in tarife na drugih trgih. Vendar mora nacionalno sodišče ob upoštevanju vseh upoštevnihih okoliščin preveriti, ali je bila primerjava, prvič, pravilno opravljena, in drugič, ali je zadostna;
- pri primerjavi tarif, ki jih zaračunavajo različne kolektivne organizacije, se lahko uporabi indeks paritete kupne moči, izpeljan iz bruto domačega proizvoda; ali je ta instrument *zadosten*, je odvisno od tega, ali so upoštevani tudi drugi dejavniki, ki lahko vplivajo na končno ceno proizvoda ali storitve v dani državi;
- primerjavo tarif, ki jih zaračunavajo različne kolektivne organizacije, bi bilo treba opraviti za upoštevni trg;
- le za cene, ki so znatno in stalno nad referenčno ceno, je mogoče šteti, da so pretirane;
- podjetje s prevladujočim položajem lahko dokaže, da so zaračunane cene poštene, zlasti na podlagi višjih stroškov proizvodnje in trženja ali, splošneje, višje ekonomske vrednosti dobavljenega proizvoda ali storitve;
- za namene določitve globe, ki jo je treba naložiti kolektivni organizaciji za kršitev pravil Unije o konkurenci, se iz prometa tega organa ne bi smelo izključiti nadomestilo, izplačano avtorjem.

68 Glej sodbo z dne 27. februarja 2014, OSA (C-351/12, EU:C:2014:110, točka 80 in navedena sodna praksa).

69 Smernice o načinu določanja glob, naloženih v skladu s členom 23(2)(a) Uredbe št. 1/2003 (UL 2006, C 210, str. 2).