



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NILS WAHL
föredraget den 20 december 2017¹¹

Mål C-525/16

**MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA
mot
Autoridade da Concorrência**

(begäran om förhandsavgörande från Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Domstolen för konkurrens-, reglerings- och tillsynsfrågor, Portugal))

”Begäran om förhandsavgörande – Dominerande ställning – Konkurrens – Missbruk av dominerande ställning – Artikel 102 andra stycket c FEUF – Begreppet konkurrensnackdel – Diskriminerande priser på marknaden i efterföljande led – Förvaltning av upphovsrätten närstående rättigheter – Betal-tv”

1. Får konkurrensmyndigheterna vidta sanktionsåtgärder enligt artikel 102 FEUF mot en viss enhet som tillämpar differentierade priser och, om svaret är jakande, under vilka omständigheter? Krävs, för att det i ett sådant sammanhang ska kunna konstateras att det är fråga om missbruk av dominerande ställning, i den mening som avses i artikeln, att en minimitröskel överskridits?

2. Dessa är i huvudsak de frågor som har ställts i förevarande begäran om förhandsavgörande. Den avser närmare bestämt tolkningen av artikel 102 andra stycket c FEUF, i vilken det föreskrivs att missbruk särskilt kan bestå i att ”tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel”.

3. Begäran har framställts i ett mål mellan MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA (nedan kallat MEO) och Autoridade da Concorrência (konkurrensmyndigheten, Portugal) (nedan kallad AdC). Målet avser ett avskrivningsbeslut från AdC som svar på en anmälan från MEO som var riktad mot GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantes (Organisationen för förvaltning av utövande konstnärers rättigheter, Portugal) (nedan kallad GDA) med anledning av ett påstått missbruk av dominerande ställning inom området för upphovsrätten närstående rättigheter som innehas av utövande konstnärer.

4. Enligt min mening ger målet tillfälle att precisera att oavsett om det är fråga om prisdifferentiering, som i sig inte är problematisk ur konkurrenssynpunkt är det faktum att ett sådant beteende snedvrider konkurrensen eller påverkar handelspartnerns konkurrensställning som utgör missbruk av dominerande ställning. Det kan således inte antas att prisdifferentiering medför en konkurrensnackdel utan att pröva samtliga omständigheter i det enskilda fallet, i synnerhet när det är fråga om en så kallad diskriminering i andra ledet.

¹¹ Originalspråk: franska.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

5. I artikel 3.1 sista meningen i förordning (EG) nr 1/2003² föreskrivs att "[o]m medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller de nationella domstolarna tillämpar den nationella konkurrensrätten på ett sådant missbruk som är förbjudet enligt artikel [102 FEUF], skall de även tillämpa artikel [102 FEUF]".

Portugisisk rätt

6. Artikel 11.1 och 11.2 c i Novo Regime Jurídico da Concorrência (de nya konkurrensbestämmelserna)³ har samma innehåll som artikel 102 andra stycket c FEUF.

Målet vid den nationella domstolen, tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

7. GDA är en organisation för kollektiv förvaltning av konstnärers och artisters rättigheter. Den drivs utan vinstsyfte och förvaltar upphovsrätten närstående rättigheter som tillhör dess medlemmar och sådana rättigheter som tillhör medlemmar i liknande, utländska organisationer med vilka GDA har ingått ett representationsavtal och/eller ett avtal om ömsesidighet.

8. GDA:s huvudsakliga verksamhet är att uppbära royalty från utövandet av de närstående rättigheterna och betala ut beloppen till rättsinnehavarna. Trots att GDA inte har något lagenligt monopol är GDA den enda organisationen som ägnar sig åt att kollektivt förvalta närstående rättigheter tillhörande konstnärer som är verksamma i Portugal.

9. Bland de företag som använder de framföranden som gjorts av GDA:s medlemmar, eller av medlemmarna i liknande, utländska organisationer med vilka GDA har ingått representationsavtal eller avtal om ömsesidighet, ingår leverantörer av tjänster i form av överföring av televisionssignaler i återförsäljningsledet och tillhörande innehåll mot betalning av ett visst belopp.

10. Klaganden i det nationella målet, MEO, är en av dessa leverantörer och kund till GDA.

11. Mellan åren 2008 och 2014, tillämpade GDA tre olika ersättningsnivåer på den aktuella grossistmarknaden. Mellan åren 2010 och 2013 tillämpade GDA dessa ersättningsnivåer samtidigt.

12. Det framgår av de handlingar som inkommit till domstolen att den ersättningsnivå som tillämpades avseende MEO var följden av ett avgörande, av den 10 april 2012, som hade meddelats, i enlighet med tillämplig lag, av en skiljedomstol.⁴

13. Den 24 juni och den 22 oktober 2014 lämnade PT Comunicações SA, föregångaren till MEO, in en anmälan till AdC mot GDA om ett eventuellt missbruk av dominerande ställning. MEO gjorde gällande att missbruket bestod i att GDA tillämpade orimliga priser på användningen av utövande konstnärers närstående rättigheter, och att GDA dessutom tillämpade olika villkor mellan MEO och en annan kund, NOS Comunicações SA (nedan kallad NOS).

² Rådets förordning av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EUT L 1, 2003, s. 1).

³ Godkänd genom Lei n.º 19/2012 (lag nr 19/2012) av den 8 maj 2012.

⁴ Enligt artikel 7.3 och 7.9 i Decreto-Lei n.º 333/97 (lagdekret nr 333/97) av den 27 november 1997 är parterna skyldiga att inleda ett skiljeförfarande om inte en överenskommelse nås vid förhandlingen om rättigheter.

14. Den 19 mars 2015 påbörjade AdC en utredning som ledde till att ärendet avskrevs genom beslut av den 3 mars 2016, på grund av att det inte fanns något i de omständigheter som var föremål för förfarandet som styrkte att det var fråga om missbruk av dominerande ställning.

15. AdC angav bland annat att även om det antogs att GDA faktiskt hade en dominerande ställning på den aktuella marknaden och att det aktuella beteendet ansågs utgöra en ojämlig behandling av likvärdiga transaktioner, tillät inte den prisdifferentiering som tillämpades avseende olika leverantörer av televisionstjänster i återförsäljningsledet och de genomsnittliga kostnader som MEO och NOS hade burit på grossistmarknaden, att slå fast att det förelåg en konkurrensbegränsande verkan som särskilt berodde på att MEO:s konkurrensställning hade försvagats.

16. Enligt AdC kunde inte en leverantör av televisionssignaltjänster i återförsäljningsledet anses få en konkurrensnackdel i förhållande till övriga. Tolkningen att enbart det faktum att ett företag i dominerande ställning hade ett diskriminerande beteende medförde, i kraft av själva sakförhållandet (*ipso facto*), ett åsidosättande av artikel 102 andra stycket c FEUF, stred mot bland annat EU-domstolens praxis.

17. MEO överklagade avskrivningsbeslutet från AdC och gjorde bland annat gällande att AdC hade tolkat artikel 102 andra stycket c FEUF felaktigt, eftersom AdC prövade om det var fråga om en betydande och kvantifierbar snedvridning av konkurrensen i stället för att pröva kriteriet konkurrensnackdel, såsom det tolkats av EU-domstolen.

18. Enligt den hänskjutande domstolen grundade sig avskrivningsbeslutet från AdC på att det var en liten skillnad mellan ersättningsnivåerna i förhållande till den genomsnittliga kostnaden. Ersättningsnivåerna kunde därmed inte påverka MEO:s konkurrensställning och MEO kunde bära den ökade kostnaden. MEO:s marknadsandel gällande televisionssignaltjänster via abonnemang i återförsäljningsledet hade för övrigt ökat under samma period.⁵

19. Den hänskjutande domstolen påpekade att i det nationella målet hade MEO inkommit med sifferuppgifter om kostnader för MEO respektive NOS. Dessa tabeller avsåg dels den totala kostnaden och den genomsnittskostnad per kund som MEO och NOS hade haft, dels MEO:s vinst och lönsamhet under den berörda perioden, nämligen åren 2010–2013.⁶

20. Enligt den hänskjutande domstolen är det inte uteslutet att MEO:s konkurrensförmåga inte påverkades med anledning av prisdifferentieringen. Det framgår av domstolens praxis att vissa diskriminerande beteenden mot handelspartner i sig kan medföra en konkurrensnackdel. Den hänskjutande domstolen anser dock att domstolen inte har gjort ett bestämt uttalande om begreppet konkurrensnackdel vid tillämpningen av artikel 102 andra stycket c FEUF.

21. Mot denna bakgrund beslutade Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Konkurrens- och tillsynsdomstolen, Portugal) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1) Om det i ett påföljdsförfarande föreligger bevis eller indicier för att ett företag med en dominerande ställning har tillämpat diskriminerande priser gentemot ett av företagen i återförsäljningsledet till skada för detta företag jämfört med dess konkurrenter, krävs då, för att detta beteende ska kunna anses ge upphov till en *konkurrensnackdel* i den mening som avses i artikel 102 [andra stycket] c FEUF, att det görs en ytterligare bedömning av allvaret, relevansen

5 Enligt Autoridade Nacional de Comunicações (Anacom) (Nationella kommunikationsmyndigheten, Anacom, Portugal) ökade MEO:s marknadsandel under referensperioden, nämligen mellan den 1 januari 2010 och den 31 mars 2015, från under 25 procent till över 40 procent, medan NOS-koncernens marknadsandel minskade från över 60 procent till under 45 procent under samma period.

6 Dessa sifferuppgifter återgavs inte i beslutet om hänskjutande, eftersom de är konfidentiella.

eller betydelsen av dessa effekter på det berörda företags konkurrensställning och/eller konkurrensförmåga, särskilt vad gäller dess förmåga att bära den ökade kostnaden för licenser i grossistledet?

- 2) Om det i ett påföljdsförfarande föreligger bevis eller indicier för att en diskriminerande prissättning som tillämpats av ett företag med dominerande ställning har haft en mycket liten betydelse för den berörda återförsäljarens kostnader, vinst och lönsamhet, är det då förenligt med artikel 102 [andra stycket] c FEUF och med dom av den 15 mars 2007, *British Airways/kommissionen* (C-95/04 P, EU:C:2007:166), punkterna 146–148, och dom av den 9 september 2009, *Clearstream/kommissionen* (T-301/04, EU:T:2009:317) att anse att det inte finns några indicier på missbruk av en dominerande ställning eller för ett förbjudet beteende?
- 3) Eller är det tvärtom så, att denna omständighet inte är tillräcklig för att det ska vara uteslutet att kvalificera beteendet som missbruk av en dominerande ställning och som ett förbjudet beteende enligt artikel 102 [andra stycket] c FEUF, utan endast har betydelse för bedömningen av ansvarets omfattning eller för bestämmandet av vilken påföljd det företag som gjort sig skyldigt till missbruket ska åläggas?
- 4) Ska uttrycket '*varigenom dessa får en konkurrensnackdel*' i artikel 102 [andra stycket] c FEUF tolkas så, att det innebär ett krav på att den fördel som diskrimineringen ger upphov till i sin tur ska motsvara en viss lägsta procentandel i det berörda företags kostnadsstruktur?
- 5) Ska uttrycket '*varigenom dessa får en konkurrensnackdel*' i artikel 102 [andra stycket] c FEUF tolkas så, att det innebär ett krav på att den fördel som diskrimineringen ger upphov till i sin tur ska motsvara en viss minsta skillnad mellan de genomsnittliga kostnader som konkurrenterna har haft för de aktuella licenserna i grossistledet?
- 6) Kan uttrycket '*varigenom dessa får en konkurrensnackdel*' i artikel 102 [andra stycket] c FEUF tolkas så, att det innebär ett krav på att den fördel som diskrimineringen ger upphov till i sin tur ska motsvara, med avseende på den aktuella marknaden och tjänsten, högre värden än de som angetts i de ovannämnda tabellerna 5, 6 och 7, vid bedömningen av huruvida beteendet är förbjudet?
- 7) För det fall att någon av frågorna 4–6 ska besvaras jakande, hur ska då den nedre gränsen för nackdelen i fråga om kostnadsstrukturen eller i fråga om de genomsnittliga kostnaderna för de konkurrerande företagen i återförsäljningsledet bestämmas?
- 8) När den nedre gränsen har bestämts, innebär den omständigheten att denna inte är uppnådd för vart och ett av de aktuella åren att man kan underlåta att tillämpa den i domen av den 9 september 2009, *Clearstream/kommissionen* (T-301/04, EU:T:2009:317) fastslagna presumtionen att '*när ett företag som har ett faktiskt monopol på marknaden i föregående led tillämpar olika priser för likvärdiga tjänster gentemot en handelspartner och detta pågår utan avbrott under fem år, måste detta ha gett upphov till en konkurrensnackdel för nämnda handelspartner*'?"

22. MEO, GDA, den portugisiska och den spanska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

23. Vid förhandlingen, som hölls den 5 oktober 2017, närvarade MEO, GDA, Konungariket Spanien och kommissionen.

Sammanfattning av de yttranden som har inkommit till domstolen

24. Parterna har generellt ansett att tolkningsfrågorna ska behandlas tillsammans. Parterna har fokuserat på frågan om det, för att konstatera att det föreligger en konkurrensnackdel i den mening som avses i artikel 102 andra stycket c FEUF, kan antas att en prisdifferentiering kan snedvrider konkurrensen eller om det däremot ankommer på konkurrensmyndigheten att visa att det missgynnade företagets konkurrensförmåga har försämrats med anledning av det påtalade beteendet. I samband med förevarande analys diskuterades dels vilka omständigheter som skulle beaktas, dels om det var nödvändigt att effekten (potentiell eller reell enligt parternas respektive synpunkter) på konkurrensen var utmärkande.

25. Vad gäller begreppet konkurrensnackdel, är parterna överens om att enligt domstolens praxis ska en eventuell påverkan på konkurrensen generellt sett bedömas från fall till fall och att det inte finns någon tröskel eller någon fast norm för att fastställa en sådan påverkan.

26. Synpunkterna skiljer sig dock åt i frågan om, och i vilken mån, en konkret konkurrensbegränsande effekt ska styrkas eller om det ska anses vara troligt att en sådan nackdel föreligger för det fall ett företag i dominerande ställning tillämpar differentierade priser på sina handelspartner på marknaden i efterföljande led.

27. *GDA och den portugisiska regeringen* anser att prisdifferentieringens konkreta effekt på MEO:s konkurrensförmåga ska beaktas.

28. De anser att det framgår såväl av det synsätt som kommissionen förespråkar, som har kommit till uttryck i flera rapporter och meddelanden från kommissionen från och med år 2003, som av domstolens och tribunalens praxis, att det är de påstådda missbrukens konkurrensbegränsande effekt på marknaden som ska beaktas. För att en prissättning ska betraktas som missbruk är det nödvändigt att konkurrensen mellan de aktuella tjänsteleverantörerna faktiskt har snedvridits och att vissa leverantörer fått en konkurrensnackdel på grund av snedvridningen. "Enbart" prisdiskriminering i sig är således inte tillräcklig för att utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 102 andra stycket c FEUF.

29. *Den spanska regeringen*⁷ och MEO förordar en tolkning av artikel 102 andra stycket c FEUF enligt vilken, så när som på vissa nyansskillnader, det finns en risk för att det skapas en nackdel eller en snedvridning av konkurrensen om en förvaltningsorganisation i en monopolsituation, såsom GDA, gynnar en användare framför dess konkurrenter på samma marknad i efterföljande led genom att tillämpa mer fördelaktiga villkor.

30. Vad gäller de omständigheter som ska beaktas för att avgöra om ett beteende, såsom GDA:s beteende i det nationella målet, kan få en konkurrensbegränsande effekt, har MEO gjort gällande att GDA har en monopolställning och att leverantörerna av televisionstjänster är tvungna att gå via GDA för att erhålla licenser för att kunna sprida skyddade verk. GDA har därmed en stark förhandlingsposition. Enligt MEO har ett företag med en faktisk monopolställning ett särskilt ansvar för att se till att lika villkor tillämpas gentemot sina handelspartner. Enligt MEO medför ansvaret en skyldighet för GDA att motivera sitt beteende, vilket GDA inte har gjort. Slutligen anser MEO att det ska beaktas hur länge diskrimineringen har pågått.

31. Den spanska regeringen har i detta avseende framhållit att i ett fall som det nu aktuella är nackdelen en följd av att de licenser som förvaltningsorganisationer beviljar utgör en väsentlig faktor för att de aktuella användarna ska kunna tillhandahålla de slutliga tjänsterna.

⁷ Den spanska regeringen har angett att Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Nationella marknads- och konkurrensmyndigheten, Spanien) systematiskt har ansett att i de fall organisationen för förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter inte kan motivera tillämpningen av diskriminerande prissättning, skulle denna anses utgöra en överträdelse.

Bedömning

32. Jag anser att tolkningsfrågorna, såsom de har formulerats av den hänskjutande domstolen, ska ges ett gemensamt svar, eftersom de huvudsakligen rör frågan huruvida begreppet konkurrensnackdel, som avses i artikel 102 andra stycket c FEUF, innebär en prövning av effekterna av ett beteende och/eller en bedömning av hur allvarlig tillämpningen av en prisdifferentiering är för det påverkade företags konkurrensställning.

33. Innan jag går in på den här problematiken vill jag *först* ta upp vissa frågeställningar om huruvida artikel 102 FEUF är tillämplig i förevarande fall, trots att dessa frågeställningar avser aspekter som den hänskjutande domstolen inte direkt har tagit upp.

34. Jag kommer *därefter* att göra en inledande redogörelse för de huvudsakliga skäl som enligt min mening ska vara vägledande vid analysen av en prisdifferentiering som påstås utgöra missbruk av dominerande ställning. I detta sammanhang kommer jag att ange om och under vilka förutsättningar en diskriminerande prissättning i andra ledet kan omfattas av artikel 102 andra stycket c FEUF. Jag kommer att ange skälen till varför det inte kan antas att ett sådant förfarande i sig utgör ett missbruk och varför de konkurrensbegränsande effekterna av ett sådant beteende tvärtom konkret ska styrkas.

35. Det är mot bakgrund av det ovan anförda som jag *slutligen* kommer att undersöka i vilken mån ett företag, som påstås ha en dominerande ställning, skapar en konkurrensnackdel genom att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner.

Allmänna synpunkter om tillämpligheten av artikel 102 FEUF i förevarande fall

36. Det ska framhållas att förevarande mål avser en särskild faktisk situation vilken kan beskrivas på följande sätt.

37. MEO, en leverantör av televisionstjänster på den portugisiska marknaden, överklagade AdC:s beslut om att avskrika MEO:s anmälan till den hänskjutande domstolen. Anmälan avsåg det missbruk som GDA, en kooperativ organisation som förvaltar upphovsrätten närstående rättigheter, påstods ha gjort sig skyldig till och som bestod i att mellan åren 2010 och 2013 ha tillämpat differentierade priser för licenser.

38. Enligt MEO erhöll NOS, ett företag i direkt konkurrens med MEO, fördelaktigare priser under perioden. MEO:s anmälan till AdC avsåg således ett påstått missbruk av dominerande ställning som berodde på att GDA, på marknaden i efterföljande led för kollektiv saluföring av utövande konstnärers närstående rättigheter, tillämpade diskriminerande prissättning.

39. Såsom den hänskjutande domstolen angett, med stöd av sifferuppgifter, framgår det att den påstådda nackdelen för MEO, när det gäller de belopp som betalats för användningen av de verk som skyddades genom upphovsrätten eller närstående rättigheter, inte ledde till att MEO:s marknadsandel minskade. Tvärtom ökade MEO:s marknadsandel mellan åren 2010–2013 från cirka 25 procent till över 40 procent. När det gäller NOS:s andel sjönk den från över 60 procent till under 45 procent under samma period.

40. Det är även viktigt att påpeka att priserna, i enlighet med tillämplig nationell rätt, fastställdes genom en skiljedom, eftersom GDA och MEO inte träffade någon överenskommelse.

41. I förevarande fall tycks den hänskjutande domstolen utgå från att den enda fråga som är aktuell är huruvida de konkreta konkurrensbegränsande effekterna av det omtvistade förfarandet ska prövas för att slå fast att det förekommit missbruk av dominerande ställning till följd av att olika priser har tillämpats för likvärdiga tjänster, eller om det tvärtom kan antas att ett sådant förfarande strider mot artikel 102 andra stycket c FEUF.

42. Den hänskjutande domstolen tycks därmed anse att övriga tillämpningsvillkor i artikel 102 FEUF är uppfyllda. Den anser i synnerhet att det för det första är fastställt att GDA är ett företag i dominerande ställning och för det andra att GDA har tillämpat olika villkor ”för likvärdiga transaktioner” med sina handelspartner.

43. Av handlingarna i målet vid domstolen framgår emellertid att det både är tveksamt om GDA har en dominerande ställning på den verkligt relevanta marknaden och om det är fråga om olika priser för likvärdiga transaktioner.

44. Tvivlen i detta avseende skulle kunna innebära att tolkningsfrågorna, som endast gäller identifieringen av en konkurrensnackdel i den mening som avses i artikel 102 andra stycket c FEUF, är hypotetiska.

45. För det första anser jag att det är befogat att fråga sig om *GDA faktiskt har en dominerande ställning* på den relevanta grossistmarknaden i förevarande fall.

46. Det ska i detta avseende preciseras att GDA har bestridit antagandet att den skulle ha en dominerande ställning på den relevanta marknaden, trots att den de facto är den enda föreningen i Portugal som förvaltar upphovsrätten närstående rättigheter.

47. GDA har gjort gällande att den inte kan utöva något kommersiellt tryck på sina huvudsakliga partner, MEO och NOS. För det första utgör dessa företag ett mäktigt duopol. Vidare regleras prissättningen i den nationella lagstiftningen, vilken ålägger parterna att inleda ett skiljeförfarande om en överenskommelse inte nås. Eftersom GDA inte är ett vertikalt integrerat företag saknar den intresse av marknaderna i föregående och i efterföljande led. Tvärtom är det ofördelaktigt för GDA om MEO utestängs från marknaden eller om MEO:s konkurrensställning försvagas i förhållande till NOS. Under dessa omständigheter är det inte fråga om en dominerande ställning och ännu mindre om ett missbruk av dominerande ställning.

48. Jag erinrar om att GDA är en enhet som kollektivt förvaltar konstnärers rättigheter utan vinstsyfte. GDA:s syfte är utövandet och förvaltningen av upphovsrätten närstående rättigheter för de personer som GDA företräder och för medlemmar i liknande, utländska organisationer. Bland GDA:s huvudsakliga kunder förekommer leverantörer av televisionssignaltjänster via abonnemang i återförsäljningsledet i Portugal, däribland MEO och NOS som tillsammans, under den relevanta perioden, utgjorde ett duopol.

49. I detta sammanhang framgår det att GDA till stor del är beroende av ersättning för de tjänster som den tillhandahåller dessa två företag.

50. Såsom framgår av handlingarna i målet och som AdC angav i sitt beslut, finns det dessutom uppgifter som tyder på att leverantörerna av televisionssignaltjänster via abonnemang i återförsäljningsledet hade en viss förhandlingskraft som kunde vägas upp mot GDA:s förhandlingskraft. Dessa uppgifter, som enligt min tolkning av handlingarna i målet inte har bestridits

av MEO,⁸ består bland annat av meddelanden mellan GDA och leverantörerna av televisionssignaltjänster i återförsäljningsledet, som syftade till att fastställa det pris som GDA skulle tillämpa gentemot dem från och med den 1 januari 2014 på den aktuella grossistmarknaden.

51. Trots att GDA för tillfället är den enda association i Portugal som kollektivt förvaltar utövande konstnärers rättigheter, innebär det inte att GDA faktiskt har en dominerande ställning, eftersom GDA inte har ett marknadsinflytande som gör att den kan agera oberoende av sina handelspartner.

52. Det är emellertid fastställt att artikel 102 FEUF syftar till att kontrollera ett företags marknadsinflytande. För att ett företags ställning ska kvalificeras som dominerande är det inte tillräckligt att beakta ett företags andel på en viss definierad marknad, utan det ska även beaktas vilken ekonomisk makt företaget har på grund av sin ställning.

53. Dominerande ställning definieras således som en situation med en sådan ekonomisk maktställning att ett eller flera företag får möjlighet att i betydande omfattning agera oberoende, i förhållande till sina konkurrenter, sina kunder och i sista hand konsumenterna.⁹ En sådan ställning uppstår i allmänhet när ett företag eller en företagsgrupp står för en stor del av utbudet på en given marknad, under förutsättning att andra faktorer som analyserats i samband med bedömningen (till exempel inträdeshinder, kunders möjligheter att reagera etcetera) pekar i samma riktning.¹⁰

54. Man kan dessutom fråga sig vilket intresse GDA kan ha ur konkurrenssynpunkt av att tillämpa diskriminerande priser i syfte att utestänga en av sina kunder eller försvaga dennes konkurrensställning. Eftersom GDA inte behöver skydda några egna intressen på marknaden i efterföljande led, där MEO och NOS var verksamma, verkar det som om GDA:s enda intresse var att öka sina inkomster genom att fastställa priser som hade förhandlats fram individuellt och bilateralt med dessa partner.

55. Om någon i förevarande fall ur konkurrenssynpunkt eventuellt gynnas av en eventuell diskriminering på marknaden i efterföljande led, så är det den aktör som gynnades av priser som antogs vara lägre, i förevarande fall NOS. Jag har däremot svårt att se hur en sådan differentiering direkt eller indirekt kan gynna GDA. Jag kommer nedan att utveckla den sistnämnda aspekten.

56. För det andra undrar jag, i förlängningen av vad som anförts ovan, om det i förevarande fall verkligen är fråga om "likvärdiga transaktioner" på "olika villkor" i den mening som avses i artikel 102 andra stycket c FEUF – och om det därmed är fråga om en diskriminering snarare än en objektiv differentiering – vid tillhandahållandet av närstående rättigheter till MEO och till NOS.

8 Se de handlingar som tagits in i akten i det nationella målet och som angetts i AdC:s beslut.

9 Domstolen antog mycket tidigt denna tolkning (se dom av den 14 februari 1978, *United Brands och United Brands Continentaal/kommissionen*, 27/76, EU:C:1978:22, punkt 65, och dom av den 13 februari 1979, *Hoffmann-La Roche/kommissionen*, 85/76, EU:C:1979:36, punkt 38. Domstolen har hela tiden erinrat om den, bland annat i nyligen meddelade domar (se dom av den 14 oktober 2010, *Deutsche Telekom/kommissionen*, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkt 170, och dom av den 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, punkterna 23 och 79).

10 Kommissionens tillkännagivande 97/C 372/03 om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT L 372, 1997, s. 5).

57. Såsom framgår av rättspraxis ska det avgöras om transaktioner är likvärda med hänsyn till samtliga villkor som gäller på marknaden.¹¹ Dessa villkor omfattar bland annat en tidsaspekt, eftersom ett pris som är fastställt för tillhandahållandet av en viss tjänst kan variera under tiden med hänsyn till *marknadsvillkoren och de kriterier som används för att fastställa priset*. Om tjänster har tillhandahållits vid olika tidpunkter kan det med andra ord innebära att transaktionerna inte är likvärdiga.¹²

58. Det framgår dessutom av de uppgifter som ingivits till domstolen att fastställandet av priser och andra avtalsvillkor, som avser de närstående rättigheter som GDA saluför, är reglerat i lag på så sätt att parterna är skyldiga att inleda ett skiljeförfarande om en överenskommelse inte träffas. I ett sådant fall tillämpar GDA – vilket även skett i fråga om de priser som MEO fakturerades – endast de priser som fastställs i skiljedomen. Enligt min mening har således de priser som GDA tillämpade gentemot MEO respektive NOS a priori fastställts under olika förutsättningar.

59. Det framgår slutligen att det nationella målet kännetecknas av att det är osäkert huruvida artikel 102 FEUF är tillämplig. Denna osäkerhet går utöver frågan om identifieringen av en konkurrensnackdel. Det framgår särskilt att det är mycket svårt att vidta sanktionsåtgärder mot ett företag för att detta har missbrukat sin påstådda dominerande ställning med anledning av att differentierade priser har tillämpats gentemot dess partner på marknaden i efterföljande led, trots att företaget inte är verksamt på marknaden och gynnas direkt av konkurrensen mellan dessa partner. Denna osäkerhet berättigar till ännu större försiktighet vid prövningen av den omtvistade prisdifferentieringen.

Prisdifferentiering utgör endast missbruk om den medför en konkurrensnackdel vilket innebär att förfarandets effekter ska provas konkret mot bakgrund av samtliga relevanta omständigheter

60. Även om det antogs, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva, att det av omständigheterna i målet gick att sluta sig till dels att GDA hade en dominerande ställning på den aktuella grossistmarknaden, dels att det omtvistade beteendet skulle anses utgöra olika behandling av likvärdiga transaktioner, verkar det vara nödvändigt att konkurrensmyndigheten fastställer att vissa handelspartner får en *konkurrensnackdel* på grund av snedvridningen. En sådan nackdel kan inte på något sätt antas föreligga, utan innebär i samtliga fall, och särskilt när det är fråga om diskriminerande prissättning i andra ledet, en prövning av det omtvistade förfarandets effekter mot bakgrund av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.

En diskriminerande prissättning är i sig inte problematisk ur konkurrenssynpunkt

61. Generellt sett är inte diskriminering, inklusive diskriminering vid fastställandet av priser, i sig problematisk ur konkurrensrättslig synpunkt. Skälet till detta är att prisdiskriminering inte alltid är skadlig för konkurrensen. Att helt enkelt förbjuda diskriminerande prissättning kan tvärtom visa sig vara negativt för den ekonomiska effektiviteten och konsumenternas intressen, såsom exempelvis belyses av de officiella (fruktlösa) försöken att i Förenta staterna åter tillämpa den bestämmelse som syftade till att förbjuda sådan diskriminering, som ingick i *Robinson-Patman Act* från 1936.¹³

¹¹ Se, bland annat, dom av den 9 september 2009, Clearstream/kommissionen (T-301/04, EU:T:2009:317, punkterna 169–190), och dom av den 7 oktober 1999, Irish Sugar/kommissionen (T-228/97, EU:T:1999:246, punkt 64).

¹² Se bland annat, för ett liknande resonemang, O'Donoghue, R., och Padilla, J., *The Law and Economics of article 102 TFEU*, andra upplagan, Hart Publishing, Oxford, 2013, s. 795, Geradin, D., och Petit, N., « Price discrimination under EC competition law », *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket 2005, s. 23 (www.konkurrensverket.se/en/research/seminars/the-pros-and-cons/price-discrimination).

¹³ Se, bland annat, US Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations 2007, kapitel IV.a: "The Robinson-Patman Act", tillgänglig på http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. År 2007 föreslog även US Antitrust Modernization Commission (Förenta staternas kommission för modernisering av antitrustlagstiftningen, Förenta staterna), utan framgång, att bestämmelsen åter skulle tillämpas. För en mer aktuell analys, se även Kirkwood, J. B., "Reforming the Robinson-Patman Act to Serve Consumers and Control Powerful Buyers", *The Antitrust Bulletin*, vol. 60, nr 4, 2015, s. 358–383.

62. Det är nämligen vedertaget att diskriminering, och däribland prisdifferentiering, medför motstridiga effekter ur konkurrenssynpunkt. Ett sådant förfarande kan få som följd att den ekonomiska effektiviteten stärks och kan därmed främja konsumenternas intressen. Dessa målsättningar ska enligt min mening inte glömmas när det är fråga om att tillämpa konkurrensreglerna och de skiljer sig under alla omständigheter från överväganden avseende skälighet. Såsom domstolen vid upprepade tillfällen har slagit fast syftar konkurrensreglerna till att skydda konkurrensen och inte konkurrenterna.¹⁴

63. Oavsett om den diskriminerande prissättningen betraktas ur ett perspektiv som rör bestämmelserna om konkurrensbegränsande samverkan eller om missbruk av dominerande ställning, kan sanktionsåtgärder vidtas endast om prissättningen medför en aktuell eller potentiell konkurrensbegränsande effekt. Identifieringen av en sådan effekt ska inte blandas ihop med den omedelbara nackdel som har upplevts av eller åsamkats de aktörer som fick betala de högsta priserna för förvärv av en vara eller en tjänst. Den omständigheten att ett företag har fått betala ett pris för att förvärva en vara eller en tjänst som är högre än det som tillämpas gentemot ett eller flera andra konkurrerande företag kan betraktas som en nackdel, men medför inte nödvändigtvis en "konkurrensnackdel".

64. Även om det antogs att ett företag fick betala högre priser än de som tillämpats avseende andra företag och att företaget därigenom diskrimineras (eller anser sig diskrimineras), kan således sanktionsåtgärder vidtas mot förevarande beteende enligt bestämmelsen endast om det är fastställt att beteendet kan begränsa konkurrensen eller skada konsumenternas intressen.

65. Inom området för bestämmelserna om missbruk av dominerande ställning, innebär diskriminerande prissättning bland annat att ett företag i en sådan ställning kan erbjuda sina varor och tjänster till ett större antal konsumenter, exempelvis konsumenter med sämre köpkraft. På samma sätt stimuleras ett företags kunder, även när företaget har en dominerande ställning, att sälja mer för att få lojalitetsrabatt och därmed uppmuntras företaget i sin tur att sänka sina priser och således minska sin vinst, vilket slutligen har positiva effekter för konsumenterna. Det ska i detta sammanhang understrykas att aktörernas förmåga att använda sin förhandlingsstyrka för att erhålla de bästa prisvillkoren och minska sina kostnader är en viktig konkurrensfaktor.¹⁵ Prisdifferentiering kan således vara ett viktigt medel för att stimulera konkurrensen.

66. När det specifikt gäller frågan huruvida diskriminerande priser som ett företag tillämpar gentemot sina handelspartner, som ofta är kunder på marknaden i efterföljande led, kan utgöra missbruk av dominerande ställning, erinrar jag om att artikel 102 andra stycket c FEUF uttryckligen förbjuder företag i dominerande ställning att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med sådana handelspartner, "varigenom dessa får en konkurrensnackdel".

67. I motsats till vad en ytlig analys skulle kunna antyda, ålägger inte artikel 102 andra stycket c FEUF företag som har ett monopol eller en dominerande ställning att tillämpa samma priser gentemot sina handelspartner.

68. Det framgår av själva lydelsen av bestämmelsen att diskriminerande prissättning som ett företag i dominerande ställning tillämpar gentemot sina handelspartner kan omfattas av förbudet mot missbruk av dominerande ställning *om och endast om konkurrensen mellan dessa partner snedvrids* av diskrimineringen.

¹⁴ Se, för ett liknande resonemang, när det gäller rabattsystem, mitt förslag till avgörande i målet Intel Corporation/kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punkt 41).

¹⁵ Om en enhet var skyldig att behandla alla handelspartner lika skulle det således kunna leda till konkurrensbegränsande resultat (se Bulmash, H., "An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations", *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 8, nr 2, 2012, s. 361–397).

69. Slutligen kräver en rigorös tillämpning av bestämmelsen dels att det konstateras att det föreligger konkurrens mellan det dominerande företags handelspartner, dels att det styrks att det dominerande företags beteende konkret kan snedvrider konkurrensen mellan de berörda företagen.¹⁶ Jag ska behandla denna aspekt närmare nedan.

En diskriminerande prissättning i andra ledet kan endast omfattas av artikel 102 andra stycket c FEUF efter det att prissättningen har prövats med hänsyn till samtliga omständigheter i det enskilda fallet

70. Det har såväl i konkurrensmyndigheternas beslutspraxis som i domstolens senaste praxis¹⁷ gradvis utvecklats ett krav på att det vid prövningen av ett företags beteende mot bakgrund av artikel 102 FEUF inte kan presumeras att en konkurrensbegränsning föreligger. För att slå fast att en sådan begränsning föreligger ska det i samtliga fall företas en prövning av de reella och potentiella effekterna av den påtalade åtgärden med hänsyn till samtliga omständigheter i det enskilda fallet.

71. När det är fråga om en diskriminerande prissättning skiljer sig bedömningen åt utifrån om det är fråga om en diskriminering i första eller i andra ledet.

72. *Diskriminering i första ledet* ska i stora drag förstås som diskriminering av det dominerande företags konkurrenter. Den avser oftast diskriminerande prissättning som är avsedd att locka till sig vissa kunder till konkurrerande aktörer, såsom underprissättning, differentierade rabattsystem eller beteenden som pressar marginalerna. Den omfattar generellt sett all prissättning som syftar till att stänga ute eller försvaga konkurrensställningen för aktörer som är verksamma på samma marknad och på samma nivå (vertikalt sett) som den marknad där det dominerande företaget är verksamt.

73. Dessa typer av diskriminerande prissättning i första ledet utgör, med anledning av att en sådan prissättning kan få en omedelbar utestängningseffekt, ett sådant beteende som konkurrensmyndigheterna och domstolarna generellt sett ska pröva.

74. *Diskriminering i andra ledet*, som huvudsakligen avses i artikel 102 andra stycket c FEUF, avser diskriminering som påverkar handelsparterna på marknaden i efterföljande eller i föregående led till företaget. Diskrimineringen avser särskilt de fall där ett dominerande företag väljer att tillämpa olika priser gentemot sina kunder, det vill säga enheter som inte står i ett direkt konkurrensförhållande till företaget. Bestämmelsen syftar till att förbjuda att det dominerande företags affärsbeteende snedvrider konkurrensen på en marknad i föregående eller i efterföljande led, det vill säga konkurrensen mellan företags leverantörer eller kunder. Företags avtalspartner får inte gynnas eller missgynnas på det område där de konkurrerar inbördes.¹⁸

75. När det gäller den sistnämnda typen av diskriminering är inte alltid utestängningseffekten och den begränsande effekten på konkurrensprocessen tydlig. Tvärtom gynnas i princip ett företag i föregående led fullt ut av konkurrensen på marknaden i efterföljande led.

76. När diskriminerande prissättning, såsom den nu aktuella, prövas vid tillämpningen av artikel 102 andra stycket c FEUF, ska det, enligt min mening, och såsom har påpekats i flera analyser i doktrinen, först skiljas på vertikalt integrerade företag som har ett intresse av att tränga undan konkurrenter på marknaden i efterföljande led och de som saknar ett sådant intresse.

¹⁶ Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet British Airways/kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2006:133, punkterna 104 och 105).

¹⁷ Se, bland annat, dom av den 6 september 2017, Intel/kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punkterna 133–147).

¹⁸ Se dom av den 15 mars 2007, British Airways/kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 143).

77. För det fall ett företag är vertikalt integrerat, liknar ett dominerande företags tillämpning av diskriminerande priser på marknaden i föregående eller i efterföljande led i själva verket diskriminering i första ledet som indirekt påverkar företagets konkurrenter. En sådan diskriminering kan ha som effekt att den försvagar det dominerande företagets konkurrenter på marknaden i efterföljande led.

78. Domen i målet Deutsche Bahn/kommissionen¹⁹ belyser väl att en diskriminerande prissättning i både det första och det andra ledet, som tillämpas av ett vertikalt integrerat företag, kan medföra en konkurrensbegränsande effekt. Genom att tillämpa olika priser för containertransportörer som var verksamma på de så kallade västra sträckorna, för likvärdiga transaktioner som var hänförliga till användningen av järnvägsinfrastrukturen, hade Deutsche Bahn AG:s handelspartner oundvikligen fått en *konkurrensnackdel jämfört med Deutsche Bahn AG självt och dess dotterbolag*.²⁰

79. När ett dominerande företag inte är vertikalt integrerat och i andra fall än där ett offentligt organs beteende mer eller mindre direkt medför geografisk avskärmning eller diskriminering på grund av nationalitet,²¹ är det däremot befogat att fråga sig hur företaget gynnas av en diskriminering som syftar till att skapa en nackdel för en av sina handelspartner på marknaden i efterföljande led. Ett sådant företag har nämligen allt intresse av att det råder stor konkurrens på denna marknad för att upprätthålla sin förhandlingsstyrka i egenskap av försäljare av de aktuella varorna eller tjänsterna. I ett fall där, såsom i det nationella målet, ett dominerande företag inte direkt konkurrerar med sina kunder på marknaden i efterföljande led, är det inte enkelt att fastställa någon motivering till att företaget tillämpar diskriminerande priser annat än att direkt utnyttja sina kunder. Det framstår som föga rationellt för företaget att minska konkurrenstrycket mellan sina handelspartner på marknaden i efterföljande led.

80. Det är med all säkerhet detta som förklarar varför det är mycket ovanligt med mål som avser ”ren” *diskriminering i andra ledet*, nämligen situationer där det dominerande företaget (som inte är vertikalt integrerat), vid första anblicken saknar intresse av att tränga undan sina handelspartner på marknaden i efterföljande led, såsom i det nationella målet.²²

81. Det ska dessutom konstateras att i mål som domstolen har haft att pröva, är resonemanget om tillämpligheten av artikel 102 andra stycket c FEUF särskilt kortfattat och det ger i vart fall inte några tydliga tolkningsriktlinjer för att identifiera en konkurrensnackdel i den mening som avses i bestämmelsen.

82. Domen Kanal 5 och TV 4,²³ som avser en situation som i väsentliga delar liknar förevarande mål, ska nämnas i detta avseende. Målet avsåg en tvist mellan Kanal 5 Ltd och TV 4 AB, å ena sidan, och Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa, å andra sidan. Tvisten rörde den ersättningsmodell som Stim tillämpade för sändning i tv av upphovsrättsligt skyddade musikaliska verk.

19 Dom av den 21 oktober 1997, Deutsche Bahn/kommissionen (T-229/94, EU:T:1997:155), fastställd genom beslut av den 27 april 1999, Deutsche Bahn/kommissionen (C-436/97 P, EU:C:1999:205).

20 Dom av den 21 oktober 1997, Deutsche Bahn/kommissionen (T-229/94, EU:T:1997:155, punkt 93).

21 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 mars 2001, Portugal/kommissionen (C-163/99, EU:C:2001:189, punkterna 46 och 66), och dom av den 17 maj 1994, Corsica Ferries (C-18/93, EU:C:1994:195, punkterna 43–45).

22 Se målen i fotnot 21. Se även dom av den 11 december 2008, Kanal 5 och TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

23 Dom av den 11 december 2008, Kanal 5 och TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

83. Domstolen ombads fastställa huruvida det utgjorde ett åsidosättande av artikel 82 andra stycket c EG (nu artikel 102 andra stycket c FEUF) när en upphovsrättsorganisation beräknade ersättningen för tillgängliggörande av upphovsrättsligt skyddad musik i tv-sändningar på olika sätt beroende på om det rör sig om kommersiella tv-bolag eller public service-företag. Domstolen uttalade sig egentligen inte om sambandet mellan den diskriminerande prissättningen och den eventuella konkurrensnackdel som noterades på marknaden i efterföljande led. Domstolen erinrade för övrigt om att det ankom på den hänskjutande domstolen att utföra ett antal kontroller för att kunna tillämpa bestämmelsen.

84. Det ska även påpekas att kommissionen och domstolen ofta tillämpar bestämmelsen i en situation med diskriminering i första ledet, det vill säga en situation där det inte framgår att det föreligger en konkurrensnackdel, vilket har lett till kritik i doktrinen där man förespråkat en mer rigorös tillämpning av de villkor som uttryckligen följer av bestämmelsens lydelse.²⁴ Vissa författare efterlyser således ett strängare synsätt på den diskriminerande prissättning som avses i artikel 102 andra stycket c FEUF eller förespråkar en prövning från fall till fall av samtliga relevanta omständigheter.²⁵

85. I domen *British Airways/kommissionen*²⁶ ombads vidare domstolen att precisera innebörden av kraven gällande konstaterandet av en konkurrensnackdel i den mening som avses i bestämmelsen. I domen, som är vägledande för bedömningen av diskriminerande prissättning mot bakgrund av artikel 102 andra stycket c FEUF, framhöll domstolen följande: "För att villkoren för att tillämpa artikel [102] andra stycket c [FEUF] skall vara uppfyllda är det följaktligen nödvändigt att fastställa att det dominerande företags beteende på en marknad inte bara är diskriminerande, utan att det även syftar till att snedvrida detta konkurrensförhållande, det vill säga att hämma konkurrensställningen för en del av företags handelspartner i förhållande till andra".

86. Även om det, såsom domstolen preciserade, inte finns någonting som hindrar att diskriminering av handelspartner som inte konkurrerar med varandra kan anses utgöra missbruk, krävs det ändå att det fastställs att det dominerande företags beteende, "med hänsyn till samtliga omständigheter i det enskilda fallet", syftar till en snedvridning av konkurrensen mellan dessa handelspartner.²⁷

87. Artikel 102 andra stycket c FEUF kan med andra ord inte tolkas så, att den ålägger ett företag i dominerande ställning på en viss marknad att, under alla omständigheter och oberoende av en analys av det påtalade beteendets effekt på konkurrensen, tillämpa samma priser gentemot sina handelspartner.

88. Behovet av att ta hänsyn till "samtliga omständigheter i det enskilda fallet" är dock av grundläggande betydelse i bedömningen av en diskriminerande prissättning. Det kan inte under några förhållanden utläsas av artikel 102 andra stycket c FEUF att ett sådant förfarande alltid leder till en "konkurrensnackdel".

24 Se, bland annat, Perrot, A., "Towards an effects-based approach of price discrimination", *The Pros and Cons of Price Discrimination*, nämnd ovan, bland annat s. 166 och följande sidor.

25 Se den artikel som det hänvisades till i föregående fotnot. Se, även Geradin, D., och Petit, N., "Price Discrimination under EC competition law: The Need for a case-by-case approach", *Global Competition Law Centre Working Paper* 07/05, s. 45 och 46.

26 Dom av den 15 mars 2007, *British Airways/kommissionen* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 144).

27 Dom av den 15 mars 2007, *British Airways/kommissionen* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 145).

89. När det gäller domen Clearstream/kommissionen²⁸, som den hänskjutande domstolen uttryckligen hänvisat till i sina frågor, vill jag påpeka att tribunalen hade för avsikt att begränsa prövningen i det mål som tribunalen ombetts att pröva. Såsom framgår av punkt 192 i domen erinrade tribunalen om principen att "[f]ör att villkoren för att tillämpa artikel [102] andra stycket c [FEUF] ska vara uppfyllda är det följaktligen nödvändigt att fastställa att det dominerande företags beteende på en marknad inte bara är diskriminerande, utan att det även syftar till att snedvrider detta konkurrensförhållande".

90. Under alla omständigheter, även om det antogs att det av denna dom gick att utläsa att tribunalen fastställde en presumtion för att diskriminerande prissättning kunde medföra en sådan nackdel, ska det påpekas att denna dom, som domstolen för övrigt inte fastställde i och med att den inte överklagades, är något föråldrad.

91. Jag anser att domen är hänförlig till en period då den metod – att utgå från det (formella) syftet eller att utgå från effekterna – som skulle tillämpas vid prövningen av företags beteenden som påstods utgöra missbruk av dominerande ställning, ännu var omdebatterad.

92. Jag anser slutligen att styrkandet av att det föreligger en konkurrensnackdel skiljer sig från bedömningen av om det är troligt att ett företags beteende, som i sig kan medföra utestängningseffekter, begränsar konkurrensen och i synnerhet om det har de utestängningseffekter som läggs företaget till last.²⁹ Vid tillämpningen av artikel 102 andra stycket c FEUF syftar detta krav till att konkret säkerställa att en diskriminerande prissättning som ett företag tillämpar gentemot sina handelspartner, som i sig inte är problematisk ur konkurrenssynpunkt, leder till en konkurrensnackdel.

93. Såsom jag redan haft tillfälle att understryka,³⁰ är det generellt sett svårt att anlägga ett formalistiskt och systematiskt synsätt vid prövningen av diskriminerande prissättning mot bakgrund av artikel 102 FEUF. Bedömningen av om en diskriminerande prissättning som tillämpas av ett företag i dominerande ställning på en viss marknad konkret kan påverka konkurrensen på marknaden i föregående eller i efterföljande led, är och bör förbli en i högsta grad kasuistisk prövning.

Fastställandet av en konkurrensnackdel kräver, utöver den eventuella diskrimineringen, att konkurrensnackdelen fastställs konkret

94. I motsats till vad MEO antyder i sin ståndpunkt i detta förfarande, anser jag att en diskriminerande prissättning inte nödvändigtvis får en konkurrensnackdel i den mening som avses i artikel 102 andra stycket c FEUF.

95. Jag anser att en sådan bedömning beror på att bedömningen av en konkurrensnackdel och en nackdel mellan konkurrenterna, eller helt enkelt en nackdel, förväxlas.

96. För att kunna konstatera en konkurrensnackdel i den mening som avses i artikel 102 andra stycket c FEUF, ska det aktuella förfarandet, utöver den nackdel som följer av den diskriminerande prissättningen i sig, ha en specifik effekt på det påstått diskriminerade företags konkurrensställning.

97. Nackdelen ska med andra ord vara tillräckligt stor för att få konsekvenser för det diskriminerade företags konkurrensställning. Det är således nödvändigt att fastställa att de diskriminerande priserna är ågnade att snedvrider konkurrensen mellan handelsparterna på marknaden i efterföljande led.

²⁸ Dom av den 9 september 2009, Clearstream/kommissionen (T-301/04, EU:T:2009:317, punkt 194). Tribunalen konstaterade "[i] det förevarande fallet ... att när ett företag som har ett faktiskt monopol på marknaden i föregående led tillämpar olika priser för likvärdiga tjänster gentemot en handelspartner och detta pågår utan avbrott under fem år, måste detta ha gett upphov till en konkurrensnackdel för nämnda handelspartner".

²⁹ Se dom av den 6 september 2017, Intel/kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punkterna 138–141).

³⁰ Se mitt förslag till avgörande i målet Intel Corporation/kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punkt 73 och följande punkter).

98. En sådan analys kräver att konkurrensmyndigheten beaktar samtliga omständigheter i det aktuella ärendet. När diskriminerande priser konkret kan ha en negativ påverkan på konkurrensen på den marknad där kunderna till ett bolag i dominerande ställning är verksamma, sätts dessa kunder i en ofördelaktig konkurrenssituation. För att fastställa en snedvridning av konkurrensen i detta sammanhang, går det således inte att enbart bedöma diskrimineringens inverkan på en specifik handelspartner.

99. Det ska särskilt prövas om den omtvistade prissättningen kan ha en negativ påverkan på de missgynnade handelspartnerns förmåga att utöva ett faktiskt konkurrenstryck på de gynnade handelspartnerna.

100. Enligt domstolens praxis kan det förvisso inte i en sådan situation krävas att det ska bevisas att det dominerande företags beteende medförde att en eller flera handelspartners konkurrensställning faktiskt har försämrats på ett kvantifierbart sätt³¹ eller att det fastställs att den konkurrensbegränsande effekten på marknaden där handelspartnerna konkurrerar är ”märkbar” – det är inte motiverat att fastställa ett tröskelvärde för märkbar effekt (*de minimis*) när det gäller att avgöra huruvida ett företag missbrukar sin dominerande ställning.³²

101. Eftersom de villkor som tydligt anges i artikel 102 andra stycket c FEUF annars skulle åsidosättas, kan emellertid inte enbart den nackdel som följer av själva diskrimineringen i sig förväxlas med den konkurrensnackdel som måste uppstå på den marknad där det dominerande företags kunder är verksamma, i förevarande fall på marknaden i efterföljande led för upphovsrätten närstående rättigheter.

102. Jag anser att det ska skiljas på konkurrensbegränsande beteenden som, med beaktande av att de i sig är skadliga, innebär en konkurrensbegränsning och beteenden, såsom prisdifferentieringar i andra ledet, som tillämpas av ett icke vertikalt integrerat företag i dominerande ställning, och kräver en mer grundlig undersökning av de konkreta följderna för att en sådan begränsning ska kunna slås fast.

103. Det är inte fråga om att göra en avvägning mellan konkurrensbegränsningarna utifrån om de är mindre omfattande eller inte – vilket skulle motivera en minimitröskel vilket i princip är uteslutet enligt artikel 102 FEUF. Det är snarare fråga om att fastställa att det förekommer en faktisk konkurrensbegränsning som skiljer sig från den diskriminerande prissättningen i sig och som tillkommer utöver prissättningen.

104. Den omständigheten att en handelspartner måste betala ett högre pris kan således på sin höjd påverka företags kostnader och högst hypotetiskt lönsamheten och den vinst som företaget räknar med. Det innebär dock inte att konkurrensen på marknaden i efterföljande led påverkas av den omtvistade diskriminerande prissättningen. Liksom GDA mycket riktigt påpekade i sina skriftliga yttranden är lönsamhet och konkurrenskraft två olika saker.

105. Av detta följer enligt min mening att eventuella skillnader i behandling som inte påverkar konkurrensen eller som har mycket små effekter, inte kan utgöra missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 102 andra stycket c FEUF.³³

106. Förekomsten av en konkurrensnackdel ska fastställas genom en prövning av de reella eller potentiella effekterna av det påtalade förfarandet med hänsyn till *samtliga relevanta omständigheter* som har ett samband med såväl de berörda transaktionerna som kännetecknen för den marknad där det dominerande företags handelspartner är verksamma.

31 Se dom av den 15 mars 2007, *British Airways/kommissionen* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 145).

32 Se dom av den 6 oktober 2015, *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:651, punkt 73).

33 Se, för ett liknande resonemang och för att förena de olika synsätten på detta område, O'Donohue, R., och Padilla J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, nämnt ovan, s. 802 och 803.

107. Vid prövningen av den diskriminerande prissättningens snedvridande eller utestängande effekt, ska det särskilt uppmärksammas om den omtvistade prissättningen är reell och dess relativa betydelse.

108. Vidare ska det fästas vikt vid prövningen av hur stor betydelse kostnaderna för de varor eller tjänster som det dominerande företaget tillhandahåller, har i förhållande till den eller de påstått missgynnade handelspartners totala kostnader.

109. För det fall det pris som det dominerande företaget tar ut utgör en betydande del av den missgynnade kundens totala kostnader, kan prisdiskrimineringen inte enbart påverka lönsamheten i kundens verksamhet utan även kundens konkurrensställning.³⁴

110. För det fall de priser som det dominerande företaget har tagit ut relativt sett är av mycket liten betydelse, kan de inte påverka den missgynnade kundens konkurrensställning.

111. Om vi ser till det aktuella målet konstaterade AdC att kostnaderna inte var betydande. Myndigheten angav nämligen i punkt 67 i sitt beslut att med stöd av de uppgifter som MEO hade lämnat den 23 juni 2015, skulle det slås fast att mellan den 1 januari 2010 och den 31 december 2013, utgjorde de belopp som MEO årligen betalade till GDA för licenser i grossistledet, en liten procentandel av de kostnader som MEO hade för att tillhandahålla televisionstjänster via abonnemang i återförsäljningsledet och en ytterst liten del av MEO:s vinst från tillhandahållandet av tjänsten i återförsäljningsledet. Eftersom den relativa vikten av de priser som GDA tillämpade för de närstående rättigheterna var obetydlig, enligt AdC, är det svårt att se hur den diskriminerande prissättning som GDA tillämpade, kunde – med anledning av sin betydelse – påverka MEO:s konkurrensställning och således skapa en konkurrensnackdel.

Slutliga anmärkningar om konkurrensmyndighetens roll när den har tagit emot ett klagomål

112. I förevarande mål och trots att det slutligen ankommer på den hänskjutande domstolen att, med hänsyn till samtliga omständigheter i målet, pröva hur den omtvistade diskriminerande prissättningen skapade en konkurrensnackdel, anser jag således att AdC korrekt bedömde om den diskriminerande prissättning som tillämpades avseende MEO och NOS, ur ekonomisk synpunkt, kunde påverka MEO:s konkurrensförmåga i förhållande till NOS.

113. Dessutom, och såsom slutliga anmärkningar, anser jag att det är viktigt att erinra om att när konkurrensmyndigheten mottar en anmälan om ett påstått missbruk av dominerande ställning som beror på en diskriminerande prissättning i andra ledet, såsom den nu aktuella, består konkurrensmyndighetens roll i att göra en detaljerad prövning av *de faktiska och rättsliga omständigheter som den har upplysts om av den klagande*, för att i princip inom en skälig tidsfrist kunna besluta huruvida den ska inleda ett förfarande för att fastställa en överträdelse eller avslå klagomålet utan att inleda förfarandet, alternativt avskriva ärendet.³⁵

114. I ett sådant sammanhang måste avskrivningsbeslutet motiveras av att de specifika uppgifter som ingetts till myndigheten behandlas och förklaras inte föranleda någon åtgärd. Myndigheten kan däremot inte kritiseras för att den, när det saknas konkreta uppgifter som visar att det förekommit en konkurrensbegränsning, på ett abstrakt sätt hänvisar till skälen till att det påtalade beteendet eventuellt kan utgöra missbruk.

³⁴ Se, exempelvis, kommissionens analys i beslutet Soda-Ash/Solvay (kommissionens beslut 91/299/EEG av den 19 december 1990 om ett förfarande enligt artikel 86 i EEG-fördraget (IV/33.133-C: Soda – Solvay, EGT L 152, 1991, s. 21, punkt 64), i vilket kommissionen konstaterade att den omtvistade prisdiskriminering fick en betydande effekt på de påverkade företagens konkurrensställning, eftersom den berörda produkten kunde utgöra upp till 70 procent av kostnaden för blandningen av råvarorna för att tillverka glas. Priset för att köpa råvaran påverkade således glastillverkarnas lönsamhet och konkurrenskraft.

³⁵ Se, analogt när det gäller kommissionens roll, dom av den 19 maj 2011, Ryanair/kommissionen (T-423/07, EU:T:2011:226, punkt 53).

Förslag till avgörande

115. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslås det att de tolkningsfrågor som ställts av Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Domstolen för konkurrens-, reglerings- och tillsynsfrågor, Portugal) ska besvaras på följande sätt:

Om ett företag i dominerande ställning tillämpar högre priser avseende vissa av sina licensinnehavare, jämfört med de priser som tillämpas avseende andra licensinnehavare, och det saknas objektiva grunder för detta, utgör det missbruk i den mening som avses i artikel 102 andra stycket c FEUF om och endast om denna prissättning medför en konkurrensnackdel för de förstnämnda i konkurrensen med övriga licensinnehavare.

Ett dominerande företags handelspartner får en konkurrensnackdel i den mening som avses i artikel 102 andra stycket c FEUF när tillämpningen av olika villkor för likvärdiga transaktioner är till men för vissa av företagets handelspartners konkurrensställning i förhållande till övriga och när konkurrensen följaktligen snedvrids mellan gynnade och missgynnade handelspartner.

Fastställandet av en konkurrensnackdel innebär att det mellan de berörda parterna på den relevanta marknaden fastställs en snedvridning av konkurrensen som är separat från den särbehandling som eventuellt kan konstateras. Den bedömning som förespråkas ska inte endast bestå i en formell bedömning där en slutsats dras automatiskt, med stöd av faktiska eller rättsliga presumtioner, utan innebär en konkret prövning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Särskilt arten eller betydelsen av den omtvistade prisdifferentieringen och kostnadsstrukturen i de berörda företagen utgör faktorer som kan beaktas, men är inte de enda som kan beaktas i detta sammanhang.

i — Fotnot 4 i denna text har varit föremål för en språklig ändring sedan texten ursprungligen tillhandahållits på nätet.