



Repertoriul jurisprudenței

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
NILS WAHL
prezentate la 20 decembrie 2017¹

Cauza C-525/16

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

[cerere de decizie preliminară formulată de
Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunalul din domeniul Concurenței,
Reglementării și Supravegherii, Portugalia)]

„Trimitere preliminară – Poziție dominantă – Concurență – Abuz de poziție dominantă –
Articolul 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE – Noțiunea «dezavantaj concurențial» –
Prețuri discriminatorii pe piața în aval – Gestiunea drepturilor conexe drepturilor de autor –
Televiziune cu plată”

1. Autoritățile din domeniul concurenței pot interpreta, în raport cu articolul 102 TFUE, aplicarea de către o anumită entitate a unor prețuri diferențiate și, în cazul unui răspuns afirmativ, în ce condiții? Constatarea într-un astfel de context a unui abuz de poziție dominantă în sensul acestui articol implică un prag *de minimis*?
2. Acestea sunt în esență întrebările adresate prin prezenta cerere de decizie preliminară, care privește mai precis interpretarea articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE, potrivit căruia poate constitui printre altele o practică abuzivă cu privire la o poziție dominantă „aplicarea în raporturile cu partenerii comerciali a unor condiții inegale la prestații echivalente, creând astfel acestora un dezavantaj concurențial”.
3. Această cerere a fost formulată în cadrul unui litigiu între MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA (denumită în continuare „MEO”) și Autoridade da Concorrência (Autoritatea de Concurență, Portugalia) (denumită în continuare „AdC”), cu privire la o decizie de clasare adoptată de aceasta din urmă ca răspuns la o plângere formulată de MEO împotriva GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantes (Cooperativa de Gestiune a Drepturilor Artiștilor Interpreți sau Executanți, Portugalia) (denumită în continuare „GDA”) ca urmare a unui pretins abuz de poziție dominantă în domeniul drepturilor conexe dreptului de autor al artiștilor interpreți sau executanți.

¹ Limba originală: franceza.

4. În opinia noastră, cauza oferă ocazia de a se preciza că, independent de existența unei practici de diferențiere a prețurilor, care, privită izolat, nu este problematică din punctul de vedere al concurenței, tocmai faptul că un asemenea comportament denaturează concurența sau afectează poziția concurențială a partenerilor comerciali constituie un abuz de poziție dominantă. Prin urmare, nu se poate prezuma că practicile de diferențiere a prețurilor produc un „dezavantaj concurențial” fără o examinare a ansamblului circumstanțelor speței, în special atunci când se pune în discuție o discriminare denumită „secundară”.

Cadrul juridic

Dreptul Uniunii

5. Articolul 3 alineatul (1) ultima teză din Regulamentul (CE) nr. 1/2003² prevede că, „[a]tunci când autoritățile de concurență ale statelor membre sau instanțele naționale aplică legislația națională de concurență oricărui abuz interzis de articolul [102 TFUE], acestea aplică de asemenea articolul [102 TFUE]”.

Dreptul portughez

6. Articolul 11 alineatul 1 și alineatul 2 litera c) din Novo Regime Jurídico da Concorrência (Noul regim juridic al concurenței)³ are același conținut ca și articolul 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE.

Litigiul principal, întrebările preliminare și procedura în fața Curții

7. GDA este o societate cooperativă de gestiune colectivă a drepturilor artiștilor și interpreților, fără scop lucrativ, al cărei obiect de activitate este gestionarea drepturilor conexe drepturilor de autor ale membrilor săi și ale membrilor organismelor omoloage străine, cu care GDA a încheiat un contract de reprezentare și/sau de reciprocitate.

8. În acest context, GDA are ca activitate principală perceperea de redevențe provenite din exercitarea drepturilor conexe și din distribuirea acestor sume titularilor. Deși nu dispune de un monopol legal, aceasta este în prezent singurul organism care își desfășoară activitatea în Portugalia însărcinat cu gestionarea colectivă a drepturilor conexe ale artiștilor.

9. Printre întreprinderile care utilizează repertoriul membrilor GDA sau chiar al membrilor organismelor analoage străine cu care GDA a încheiat contracte de reprezentare sau de reciprocitate se numără persoanele care furnizează oferte consumatorului serviciului de transmitere a semnalului de televiziune și a conținutului său, în schimbul plății unei anumite sume.

10. Reclamanta din litigiul principal, MEO, este unul dintre acești furnizori, client al GDA.

11. Între anul 2008 și anul 2014, GDA a aplicat trei tarife diferite furnizorilor respectivi în cadrul ofertei de servicii cu ridicata. Între anul 2010 și anul 2013, GDA a aplicat aceste tarife în mod simultan.

² Regulamentul Consiliului din 16 decembrie 2002 privind punerea în aplicare a normelor de concurență prevăzute la articolele 81 și 82 din tratat (JO 2003, L 1, p. 1, Ediție specială, 08/vol. 1, p. 167).

³ Aprobata prin Lei n.º 19/2012 (Legea nr. 19/2012) din 8 mai 2012.

12. Reiese din dosarul prezentat Curții că tariful aplicat MEO a fost rezultatul unei decizii, din data de 10 aprilie 2012, pronunțată, în conformitate cu dreptul aplicabil, de un tribunal arbitral⁴.

13. La 24 iunie și la 22 octombrie 2014, PT Comunicações SA, predecesor în drept al MEO, a depus la AdC o plângere împotriva GDA ca urmare a unui eventual abuz de poziție dominantă. MEO sublinia că acest abuz rezulta din faptul că GDA practica prețuri excesive în ceea ce privește aplicarea drepturilor conexe ale artiștilor interpreți și executanți și că, în plus, aceasta din urmă aplica condiții inegale între ea și un alt client, NOS Comunicações SA (denumită în continuare „NOS”).

14. La 19 martie 2015, AdC a inițiat o anchetă, care a condus la clasarea cauzei prin decizia din 3 martie 2016, pentru motivul că faptele referitoare la obiectul procedurii nu conțineau indicii suficient de probante cu privire la un abuz de poziție dominantă.

15. AdC a indicat în special că, chiar presupunând că GDA ar deține efectiv o poziție dominantă pe piața în cauză și că comportamentul în discuție era considerat un tratament inegal pentru prestații echivalente, diferențierea tarifelor aplicate diferitor prestatori ai serviciilor cu amănuntul de acces la serviciul de televiziune și a costurilor medii suportate de MEO și de NOS în cadrul ofertei cu ridicata în discuție nu permite să se concluzioneze în sensul existenței unui efect restrictiv al concurenței rezultat în special dintr-o fragilizare a poziției concurențiale a MEO.

16. Conform AdC, nu se poate considera că unui prestator de servicii cu amănuntul de acces la semnalul de televiziune i s-a aplicat un dezavantaj concurențial în raport cu ceilalți. Interpretarea potrivit căreia un simplu comportament discriminatoriu din partea unei întreprinderi aflate în poziție dominantă ar conduce *ipso facto* la o încălcare a articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE ar fi printre altele contrară jurisprudenței Curții.

17. MEO a introdus o acțiune împotriva deciziei de clasare a AdC, susținând în special că aceasta din urmă a interpretat articolul 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE în mod eronat, întrucât, în loc să aprecieze criteriul dezavantajului concurențial, astfel cum a fost interpretat în jurisprudența Curții, aceasta a examinat dacă era vorba despre o denaturare semnificativă și cuantificabilă a concurenței.

18. Potrivit instanței de trimitere, decizia de clasare a AdC s-ar întemeia pe faptul că diferența de tarife în raport cu costul mediu era redusă, astfel încât aceste tarife nu erau de natură să afecteze poziția concurențială a MEO, iar aceasta era capabilă să suporte diferența. De altfel, MEO ar fi cunoscut o creștere a cotei sale de piață cu privire la oferta cu amănuntul de acces la semnalul de televiziune prin abonament în aceeași perioadă⁵.

19. Instanța de trimitere subliniază că, în cadrul procedurii principale, MEO a furnizat cifre cu privire la costurile suportate de MEO și, respectiv, de NOS. Aceste tabele privesc, pe de o parte, costurile totale, precum și costurile medii pentru fiecare consumator suportate de MEO și, respectiv, de NOS și, pe de altă parte, profitul și rentabilitatea MEO în perioada relevantă, și anume din anul 2010 până în anul 2013⁶.

4 Conform articolului 7 alineatele 3 și 9 din Decreto-Lei n.º 333/97 (Decretul-lege nr. 333/97) din 27 noiembrie 1997, în lipsa unui acord cu ocazia negocierii drepturilor, părțile sunt obligate să recurgă la arbitraj.

5 Potrivit Autoridade Nacional de Comunicações (Anacom) [Autoritatea Națională pentru Comunicații (Anacom), Portugalia], cota de piață a MEO s-a majorat în perioada de referință, și anume între 1 ianuarie 2010 și 31 martie 2015, de la o valoare mai mică de 25 % la o valoare mai mare de 40 %, în timp ce cota de piață a grupului NOS s-a redus, în aceeași perioadă, de la o valoare mai mare de 60 % la o valoare mai mică de 45 %.

6 Aceste cifre nu sunt reluate în decizia de trimitere întrucât constituie date confidențiale.

20. Potrivit instanței de trimitere, nu este exclus ca capacitatea concurențială a MEO să fi fost afectată ca urmare a acestei diferențe de prețuri. Din jurisprudența Curții ar reieși că anumite comportamente discriminatorii față de partenerii comerciali pot determina în mod intrinsec un dezavantaj concurențial. Cu toate acestea, în opinia instanței de trimitere, Curtea nu s-a pronunțat în mod ferm cu privire la noțiunea „dezavantaj concurențial” în sensul articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE.

21. În acest context, Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunalul Concurenței, Reglementării și Supravegherii, Portugalia) a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarele întrebări preliminare:

- „1) În cazul în care, în cadrul unei proceduri de sancționare, există indicii sau probe referitoare la efectele unei eventuale practici tarifare discriminatorii urmate de o întreprindere care deține o poziție dominantă față de una dintre întreprinderile de comerț cu amănuntul, care este prejudiciată în raport cu concurenții săi, pentru a se considera că acest comportament *crează un dezavantaj concurențial*, în sensul articolului 102 [al doilea paragraf] litera (c) TFUE, este necesară și efectuarea unei analize a gravității, a relevanței sau a importanței acestor efecte asupra poziției concurențiale sau asupra capacității concurențiale a întreprinderii afectate, în special în ceea ce privește capacitatea sa de a asimila diferența dintre costurile suportate în legătură cu serviciul cu ridicata?
- 2) În cazul în care, în cadrul unei proceduri de sancționare, există indicii sau probe privind *importanța semnificativ redusă* a practicii tarifare discriminatorii urmate de o întreprindere aflată în poziție dominantă asupra costurilor suportate, a veniturilor obținute și a profitabilității întreprinderii de comerț cu amănuntul afectate, potrivit interpretării corecte a articolului 102 [al doilea paragraf] litera (c) TFUE și a jurisprudenței stabilite prin [Hotărârea din 15 martie 2007, British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctele 146-148, și Hotărârea din 9 septembrie 2009, Clearstream/Comisia (T-301/04, EU:T:2009:317)], trebuie să se considere că nu există indicii referitoare la un abuz de poziție dominantă și la practici interzise?
- 3) Sau, dimpotrivă, această împrejurare nu este suficientă pentru a exclude faptul că comportamentul în cauză poate fi considerat drept abuz de poziție dominantă și practică interzisă, în sensul articolului 102 [al doilea paragraf] litera (c) TFUE, fiind relevantă doar în contextul stabilirii răspunderii întreprinderii care a săvârșit abuzul sau a sancțiunii aplicabile acesteia?
- 4) Expresia «creând astfel acestora un dezavantaj concurențial», prevăzută la articolul 102 [al doilea paragraf] litera (c) TFUE, trebuie interpretată în sensul că respectă cerința ca avantajul care rezultă din discriminare să corespundă, la rândul său, unui procent minim din structura costurilor întreprinderii afectate?
- 5) Expresia «creând astfel acestora un dezavantaj concurențial», prevăzută la articolul 102 [al doilea paragraf] litera (c) TFUE, trebuie interpretată în sensul că respectă cerința ca avantajul care rezultă din discriminare să corespundă, la rândul său, unei diferențe minime între costurile medii suportate de întreprinderile concurente în ceea ce privește serviciul cu ridicata în cauză?
- 6) Expresia «creând astfel acestora un dezavantaj concurențial», prevăzută la articolul 102 [al doilea paragraf] litera (c) TFUE, poate fi interpretată, în vederea calificării comportamentului în litigiu ca practică interzisă, în sensul că respectă cerința ca avantajul care rezultă din discriminare să corespundă, în contextul pieței și al serviciului în cauză, unor valori mai mari decât diferențele indicate în tabelele 5, 6 și 7 menționate mai sus?
- 7) În cazul unui răspuns afirmativ la una dintre întrebările a patra-a șasea, cum trebuie stabilit respectivul prag minim al relevanței dezavantajului în raport cu structura costurilor sau cu costurile medii suportate de întreprinderile concurente în ceea ce privește serviciul cu amănuntul în cauză?

8) În cazul în care se stabilește acest prag minim, faptul că el nu este atins în fiecare an permite răsturnarea prezumției care rezultă din Hotărârea [din 9 septembrie 2009, Clearstream/Comisia (T-301/04, EU:T:2009:317)], conform căreia trebuie să se considere că *aplicarea de către o întreprindere care deține un monopol de fapt pe piața situată în amonte, față de un partener comercial, a unor prețuri diferite pentru servicii echivalente, fără întrerupere timp de cinci ani, poate determina un dezavantaj concurențial pentru acest partener?*”

22. MEO, GDA, guvernele portughez și spaniol, precum și Comisia Europeană au depus observații scrise.

23. La 5 octombrie 2017 a avut loc o ședință la care au participat MEO, GDA, Regatul Spaniei, precum și Comisia.

Rezumatul observațiilor prezentate Curții

24. În general, părțile interesate au considerat că întrebările preliminare trebuie să fie examinate împreună. Aceste părți s-au concentrat pe problema dacă, pentru a constata existența unui „dezavantaj concurențial”, în sensul articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE, se poate prezuma că o diferență de preț poate denatura concurența sau, în schimb, dacă revine autorității de concurență sarcina de a dovedi că capacitatea concurențială a întreprinderii defavorizate a fost redusă în urma comportamentului incriminat. În cadrul acestei analize, s-au discutat, pe de o parte, elementele de care trebuie să se țină seama și, pe de altă parte, necesitatea ca efectul (potențial sau real, conform punctelor de vedere respective ale părților) asupra concurenței să fie semnificativ.

25. În ceea ce privește noțiunea „dezavantaj concurențial”, părțile interesate sunt de acord cu privire la faptul că, potrivit jurisprudenței Curții, existența unei eventuale afectări a concurenței trebuie, în general, să fie apreciată de la caz la caz și că nu există un prag sau o normă fixă pentru a stabili o asemenea afectare.

26. Există însă puncte de vedere divergente cu privire la aspectul dacă și în ce măsură trebuie dovedit un efect anticoncurențial concret sau dacă, în schimb, existența unui asemenea dezavantaj trebuie să fie probabilă în cazul în care o întreprindere aflată în poziție dominantă aplică tarife diferențiate partenerilor săi comerciali pe piața în aval.

27. Pe de o parte, *GDA și guvernul portughez* consideră că este necesar să se țină seama de efectul concret al prețurilor diferențiate asupra capacității concurențiale a MEO.

28. Ar rezulta atât din abordarea adoptată de Comisie, astfel cum a fost exprimată în mai multe rapoarte și comunicări ale acesteia începând cu anul 2003, cât și din jurisprudența Curții și a Tribunalului Uniunii Europene că trebuie să se țină seama de efectele anticoncurențiale asupra pieței ale unor comportamente pretins abuzive. Pentru ca o practică tarifară să fie calificată drept abuzivă, este necesar să existe efectiv o denaturare a concurenței între prestatorii de servicii în cauză și ca, data fiind această denaturare, anumiți prestatori să fie supuși unui dezavantaj concurențial. Astfel, o „simplă” practică de prețuri discriminatorii nu ar fi suficientă în sine pentru a constitui un abuz în sensul articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE.

29. Pe de altă parte, *guvernul spaniol*⁷ și MEO înclină spre o interpretare a articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE potrivit căreia, cu unele nuanțări, faptul că o societate de gestiune aflată într-o situație de monopol, precum GDA, favorizează, prin aplicarea unor condiții mai avantajoase, un utilizator în raport cu concurenții săi pe aceeași piață în aval riscă să creeze un dezavantaj sau o denaturare a concurenței.

30. În ceea ce privește elementele care trebuie luate în considerare pentru a determina dacă un comportament precum cel al GDA în cauza principală este susceptibil să producă un efect anticoncurențial, MEO arată că GDA deține o poziție de monopol și că prestatorii de servicii de televiziune sunt constrânși să încheie contracte cu GDA pentru a obține licențe care să permită distribuirea unor opere protejate. Pentru acest motiv, poziția de negociere a GDA este puternică. Potrivit MEO, o întreprindere aflată în poziție de monopol de fapt are o răspundere specială pentru a asigura aplicarea unor condiții egale partenerilor săi comerciali. Această răspundere dă naștere, în opinia MEO, obligației GDA de a-și justifica comportamentul, ceea ce GDA nu ar fi făcut. În sfârșit, potrivit MEO, trebuie să se ia în considerare durata discriminării.

31. În această privință, guvernul spaniol subliniază că, în situații precum cea din speță, dezavantajul ar decurge în special din faptul că licențele acordate de societățile de gestiune constituie un element esențial pentru prestarea serviciilor finale de către utilizatorii în discuție.

Analiză

32. Întrebările preliminare, astfel cum au fost formulate de instanța de trimitere, necesită, în opinia noastră, un răspuns global în măsura în care se raportează în principal la problema dacă noțiunea „dezavantaj concurențial”, prevăzută la articolul 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE, implică o examinare a efectelor unui comportament și/sau a gravității unei aplicări diferențiate a prețurilor asupra poziției concurențiale a întreprinderii afectate.

33. Înainte de a aborda această problemă, am dori *mai întâi* să semnalăm anumite întrebări care, deși au în vedere aspecte care nu au fost abordate cu precizie de instanța de trimitere, privesc aplicabilitatea în speță a dispozițiilor articolului 102 TFUE.

34. Vom proceda *în continuare* la o prezentare introductivă a considerațiilor esențiale care, în opinia noastră, trebuie să orienteze analiza unei practici de diferențiere a prețurilor despre care se pretinde că ar constitui un abuz de poziție dominantă. În acest context, vom indica dacă și în ce condiții o practică de discriminare tarifară „secundară” poate intra sub incidența articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE. Vom preciza motivele pentru care nu se poate prezuma că o asemenea practică constituie, prin natura sa, un abuz de poziție sau că, dimpotrivă, trebuie să se dovedească în mod concret efectele concurențiale ale unui asemenea comportament.

35. În lumina ansamblului acestor considerații, vom examina, *în sfârșit*, problema privind măsura în care aplicarea unor condiții inegale la prestații echivalente de către o întreprindere despre care se pretinde că deține o poziție dominantă este de natură să genereze un dezavantaj concurențial.

Observații generale cu privire la aplicabilitatea în speță a articolului 102 TFUE

36. Trebuie subliniat că prezenta cauză privește o situație de fapt specială, care poate fi descrisă după cum urmează.

⁷ Guvernul spaniol arată că Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Comisia Națională a Piețelor și a Concurenței, Spania) a considerat în mod sistematic aplicarea unor tarife discriminatorii ca fiind o încălcare în cazul în care organismul de gestiune a drepturilor de autor și a drepturilor conexe nu era în măsură să le justifice.

37. MEO, un prestator de servicii de televiziune pe piața portugheză, a atacat în fața instanței de trimitere decizia AdC privind clasarea plângerii sale. Această plângere era îndreptată împotriva comportamentului pretins abuziv al GDA, societate cooperativă de gestiune a drepturilor conexe drepturilor de autor, care ar fi constat în aplicarea, între anul 2010 și anul 2013, a unor tarife diferențiate pentru obținerea de licențe.

38. În opinia MEO, NOS, întreprindere aflată în concurență directă cu MEO, ar fi beneficiat de tarife mai avantajoase în această perioadă. Plângerea depusă de MEO la AdC privea astfel un pretins abuz de poziție dominantă care decurgea din tarifele discriminatorii practicate de GDA pe piața în aval în legătură cu serviciile de comercializare colectivă a drepturilor conexe ale artiștilor interpreți și executanți.

39. În aceste condiții și astfel cum a arătat instanța de trimitere, întemeindu-se pe cifre, s-ar părea că dezavantajul pretins suferit de MEO în privința sumelor plătite pentru utilizarea operelor protejate prin dreptul de autor și drepturile conexe nu a condus la o diminuare a cotei sale de piață. Dimpotrivă, cota deținută de MEO ar fi crescut și s-ar fi mărit, între anul 2010 și anul 2013, de la aproximativ 25 % la o valoare mai mare de 40 %. În ceea ce privește cota deținută de NOS, aceasta s-ar fi diminuat, în aceeași perioadă, scăzând de la o valoare mai mare de 60 % la o valoare mai mică de 45 %.

40. Este de asemenea important să se arate că această stabilire a prețurilor a fost efectuată, în conformitate cu dreptul național aplicabil, printr-o hotărâre arbitrală, întrucât GDA nu reușise să ajungă la un acord cu MEO.

41. În speță, instanța de trimitere pare să fi pornit de la premisa că se ridică doar problema dacă, pentru a concluziona în sensul existenței unui abuz de poziție dominantă rezultat din aplicarea de prețuri diferite pentru servicii echivalente, trebuia să se pronunțe în mod concret cu privire la efectele concurențiale ale practicii în litigiu sau dacă, în schimb, se putea prezuma că o asemenea practică este contrară articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE.

42. În acest sens, instanța de trimitere pare să fi considerat că celelalte condiții de aplicare a articolului 102 TFUE erau îndeplinite. În special, ea consideră evident faptul că, în primul rând, GDA este o întreprindere aflată în poziție dominantă și că, în al doilea rând, aceasta a aplicat față de partenerii comerciali condiții inegale „la prestații echivalente”.

43. Or, la lectura dosarului înaintat Curții, ne pare că atât existența în speță a unei poziții dominante a GDA pe piața efectiv relevantă, cât și realitatea impunerii unor prețuri inegale la „prestații echivalente” sunt discutabile.

44. Îndoielile exprimate în această privință ar putea face ipotetice întrebările preliminare adresate, care privesc doar identificarea unui „dezavantaj concurențial” în sensul articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE.

45. În primul rând, considerăm că se poate pune întrebarea dacă *GDA se află efectiv în poziție dominantă* pe piața relevantă a serviciilor cu ridicata în discuție în speță.

46. Cu privire la acest aspect, se observă că GDA a contestat tocmai premisa potrivit căreia ar deține o poziție dominantă pe piața relevantă, deși este *de facto* singura societate din Portugalia care gestionează drepturile conexe dreptului de autor.

47. În această privință, GDA a arătat că nu este în măsură să exercite o presiune comercială asupra partenerilor săi principali, MEO și NOS. Mai întâi, aceste întreprinderi ar constitui un „duopol” solid. În continuare, stabilirea tarifelor ar fi condiționată de legea națională, care obligă părțile să recurgă la arbitraj în lipsa unui acord. În sfârșit, nefiind integrată vertical, GDA nu ar avea niciun interes pe piețele în amonte sau în aval. Dimpotrivă, eliminarea de pe piață a MEO sau o slăbire a poziției sale concurențiale în raport cu NOS i-ar fi dezavantajoasă. În aceste împrejurări, nu ar exista o poziție dominantă și cu atât mai puțin un abuz de aceasta.

48. Amintim că GDA este o entitate de gestiune a drepturilor colective ale artiștilor, fără scop lucrativ, al cărei obiect constă în exercitarea și gestiunea drepturilor conexe drepturilor de autor ale persoanelor pe care le reprezintă și ale membrilor unor organisme omologe străine. Printre clienții săi principali se numără prestatorii de servicii cu amănuntul de acces la semnalul de televiziune prin abonament în Portugalia, inclusiv MEO și NOS, care constituiau împreună, în perioada relevantă, un duopol.

49. În acest context, rezultă că GDA depinde în mare parte de remunerațiile aferente serviciilor pe care le furnizează acestor două întreprinderi.

50. Pe de altă parte, astfel cum reiese din dosar și după cum a arătat AdC în decizia sa, ar exista indicii potrivit cărora furnizorii de acces la semnalul de televiziune prin abonament au o anumită putere de negociere care o poate contrabalansa pe cea a GDA. Aceste indicii care, conform înțelegerii noastre a dosarului, nu au fost contestate de MEO⁸, constau în special în comunicări între GDA și furnizorii de servicii cu amănuntul de acces la semnalul de televiziune prin abonament în vederea stabilirii tarifului pe care GDA l-ar aplica acestora începând cu 1 ianuarie 2014 în cadrul ofertei de servicii cu ridicata în discuție.

51. De asemenea, deși GDA este în prezent singura societate din Portugalia care gestionează drepturile colective ale artiștilor interpreți sau executanți, această împrejurare nu înseamnă că ea se află efectiv în poziție dominantă, din moment ce aceasta din urmă nu dispune de o putere de piață care să îi permită să acționeze independent de partenerii săi comerciali.

52. Or, este cert că articolul 102 TFUE urmărește să controleze puterea de piață deținută de o întreprindere. Pentru ca poziția unei întreprinderi să fie calificată drept dominantă, nu este suficient să ne referim la cota deținută de aceasta pe o piață bine definită, ci trebuie să ne referim și la puterea economică deținută de ea ca urmare a poziției sale.

53. Poziția dominantă este definită astfel ca o situație de putere economică care oferă unei întreprinderi sau mai multor întreprinderi posibilitatea de a avea, într-o măsură apreciabilă, comportamente independente față de concurenții lor, de clienții lor și, în sfârșit, de consumatori⁹. Această situație se produce în general atunci când o întreprindere sau un grup de întreprinderi asigură o parte importantă a ofertei pe o piață determinată, cu condiția ca ceilalți factori analizați în cursul evaluării (cum ar fi barierele la intrare, capacitatea de reacție a clienților etc.) să indice același lucru¹⁰.

⁸ A se vedea elementele scriptice depuse la dosarul național și menționate în decizia AdC.

⁹ Această definiție a fost reținută foarte devreme de Curte (a se vedea Hotărârea din 14 februarie 1978, United Brands și United Brands Continental/Comisia, 27/76, EU:C:1978:22, punctul 65, și Hotărârea din 13 februarie 1979, Hoffmann-La Roche/Comisia, 85/76, EU:C:1979:36, punctul 38). Aceasta a fost amintită în mod constant în jurisprudență, în special cea mai recentă (a se vedea printre altele Hotărârea din 14 octombrie 2010, Deutsche Telekom/Comisia, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punctul 170, și Hotărârea din 17 februarie 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punctele 23 și 79).

¹⁰ A se vedea Comunicarea 97/C 372/03 a Comisiei privind definiția pieței relevante în sensul dreptului comunitar al concurenței (JO 1997, C 372, p. 5).

54. În plus, ne putem întreba care este interesul din punct de vedere concurențial pentru GDA de a impune prețuri discriminatorii în vederea eliminării sau a slăbirii poziției concurențiale a unuia dintre clienții săi. Întrucât aceasta nu are niciun interes propriu de apărare pe piața în aval pe care își desfășoară activitatea MEO și NOS, singurul său interes pare să constea în dinamizarea propriilor venituri prin stabilirea unor prețuri care se negociază în mod individual și bilateral cu acești prestatori.

55. Dacă o entitate trebuie în speță să obțină un profit din punct de vedere concurențial dintr-o eventuală discriminare efectuată pe piața în aval, acesta este eventual operatorul care a beneficiat de presupusele prețuri mai mici, în speță NOS. În schimb, ne este dificil să percepem în ce măsură o asemenea diferențiere este de natură să avantajeze în mod direct sau indirect GDA. Vom aborda mai precis acest din urmă aspect în considerațiile ulterioare.

56. În al doilea rând, ne întrebăm, în prelungirea considerațiilor care precedă, dacă este vorba efectiv în speță despre furnizarea unor „prestații echivalente” în „condiții inegale”, în sensul articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE – și, prin urmare, mai degrabă despre o „discriminare” decât despre o „diferențiere” obiectivă –, în cadrul furnizării drepturilor conexe către MEO și către NOS.

57. Astfel cum reiese din jurisprudență, echivalența tranzacțiilor trebuie stabilită ținând seama de ansamblul condițiilor care prevalează pe piață¹¹. Aceste condiții includ în special un aspect de ordin temporal, în măsura în care prețul fixat în vederea prestării unui anumit serviciu este susceptibil să varieze în timp, având în vedere *condițiile pieței și criteriile utilizate pentru constituirea sa*. Cu alte cuvinte, faptul că prestațiile sunt efectuate în momente diferite poate face tranzacțiile neechivalente¹².

58. În plus, din elementele prezentate Curții reiese că stabilirea prețurilor și a celorlalte condiții contractuale cu privire la drepturile conexe pe care le comercializează GDA este condiționată de legea care obligă părțile, în lipsa unui acord, să recurgă la arbitraj. Într-o asemenea ipoteză și astfel cum a fost cazul în ceea ce privește prețurile facturate societății MEO, GDA se limitează să aplice prețurile stabilite prin hotărârea arbitrală. Prin urmare, în opinia noastră, prețurile aplicate de GDA societăților MEO și, respectiv, NOS au fost stabilite în condiții *a priori* diferite.

59. În definitiv, considerăm că litigiul principal se caracterizează printr-un anumit număr de incertitudini în ceea ce privește aplicabilitatea articolului 102 TFUE, incertitudini care depășesc simpla problemă a identificării unui „dezavantaj concurențial”. Pare în special foarte delicată sancționarea unei întreprinderi pentru faptul că a abuzat de pretinsa sa poziție dominantă ca urmare a unei diferențieri a prețurilor aplicate partenerilor săi situați pe piața în aval, chiar dacă ea nu operează pe piața respectivă și profită în mod direct de concurența existentă între partenerii în cauză. Aceste incertitudini justifică cu atât mai mult prudența în examinarea practicilor litigioase de diferențiere a prețurilor.

O practică de diferențiere a prețurilor constituie un abuz de poziție numai în cazul în care aceasta produce un dezavantaj concurențial, ceea ce implică o examinare concretă a efectelor practicii în lumina ansamblului circumstanțelor pertinente

60. Chiar presupunând, aspect a cărui verificare revine instanței de trimitere, că se deduce din faptele speței, pe de o parte, că GDA deține o poziție dominantă pe piața cu ridicata în discuție și, pe de altă parte, că comportamentul în litigiu trebuie considerat un tratament inegal pentru prestații echivalente, pare imperativ, pentru autoritatea competentă în domeniul concurenței, să stabilească dacă anumiți

¹¹ A se vedea în special Hotărârea din 9 septembrie 2009, Clearstream/Comisia (T-301/04, EU:T:2009:317, punctele 169-190), și Hotărârea din 7 octombrie 1999, Irish Sugar/Comisia (T-228/97, EU:T:1999:246, punctul 64).

¹² A se vedea în special în acest sens O'Donoghue, R., și Padilla, J., *The Law and Economics of article 102 TFEU*, a doua ediție, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 795, Geradin, D., și Petit, N., „Price discrimination under EC competition law”, *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrentsverket, 2005, p. 23 (www.konkurrentsverket.se/en/research/seminars/the-pros-and-cons/price-discrimination).

parteneri comerciali sunt supuși ca urmare a acestei denaturări unui *dezavantaj concurențial*. Existența unui asemenea dezavantaj nu poate fi în niciun caz prezumată, ci implică în toate cazurile și în special în prezența unei discriminări tarifare „secundare” o examinare a efectelor practicilor în litigiu având în vedere ansamblul circumstanțelor speței.

O practică de discriminare tarifară nu este problematică în sine din punctul de vedere al dreptului concurenței

61. În mod general, trebuie amintit că discriminarea, inclusiv discriminarea la impunerea prețurilor, nu este problematică în sine din punctul de vedere al dreptului concurenței. Acest lucru se datorează faptului că discriminarea privind prețurile nu afectează întotdeauna concurența. Dimpotrivă, astfel cum demonstrează în special încercările oficiale (inutile) în Statele Unite de a se reveni asupra dispoziției prin care se urmărește să se interzică o asemenea discriminare cuprinse în *Robinson-Patman Act* din 1936¹³, interzicerea pur și simplu a discriminărilor tarifare se poate dovedi nefastă din punctul de vedere al eficienței economice și al bunăstării consumatorului.

62. Astfel, este cert că o practică de discriminare și în special de diferențiere a prețurilor produce efecte ambivalente din punctul de vedere al concurenței. O asemenea practică poate avea drept consecință consolidarea eficienței economice și astfel bunăstarea consumatorilor, obiective care, în opinia noastră, nu trebuie pierdute din vedere atunci când este vorba despre aplicarea normelor de concurență și care se disting, în orice caz, de considerațiile legate de echitate. După cum a statuat Curtea în mod repetat, normele de concurență urmăresc să protejeze concurența, iar nu concurenții¹⁴.

63. Atât din perspectiva dreptului înțelegerilor, cât și din cea a dreptului abuzurilor de poziție dominantă, discriminările tarifare nu ar trebui să poată fi sancționate decât cu condiția să producă un efect anticoncurențial actual sau potențial. Identificarea unui asemenea efect nu se confundă cu dezavantajul imediat resimțit sau chiar suportat de operatorii cărora li s-au aplicat prețurile cele mai ridicate pentru achiziția unui bun sau a unui serviciu. De asemenea, faptul că unei întreprinderi i s-a impus un preț pentru achiziția unui bun sau a unui serviciu mai mare decât cel aplicat uneia sau mai multor întreprinderi concurente poate fi calificat drept dezavantaj, însă aceasta nu conduce în mod necesar la un „dezavantaj concurențial”.

64. În consecință, chiar presupunând că unei întreprinderi i s-au impus tarife superioare celor aplicate altor întreprinderi și că, pentru acest motiv, întreprinderea respectivă este (sau se consideră) discriminată, acest comportament nu intră sub incidența acestei dispoziții decât dacă se stabilește că el este de natură să restrângă concurența și să aducă atingere bunăstării consumatorilor.

65. În dreptul abuzurilor de poziție dominantă, o practică de discriminare tarifară permite printre altele unei întreprinderi care deține o asemenea poziție să își ofere produsele și serviciile unui număr mai mare de consumatori, precum cei care ar dispune de o putere de cumpărare mai redusă. În același sens, clientul unei întreprinderi, chiar dominantă, va fi în principiu încurajat să vândă mai mult pentru a beneficia de o reducere „de fidelizare” și, în aceste condiții, va fi la rândul său încurajat să își diminueze prețurile și, prin urmare, să își reducă marja, ceea ce, în final, se repercutează în mod

¹³ A se vedea în special US Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007, capitolul IV.a: „The Robinson-Patman Act”, disponibil pe http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. În 2007, US Antitrust Modernization Commission (Comisia Americană privind Modernizarea Antitrustului) a propus de asemenea, fără succes, să se revină asupra acestei dispoziții. Pentru o analiză mai recentă, a se vedea de asemenea Kirkwood, J. B., „Reforming the Robinson-Patman Act to Serve Consumers and Control Powerful Buyers”, în *The Antitrust Bulletin*, vol. 60, nr. 4, 2015, p. 358-383.

¹⁴ A se vedea în acest sens, în ceea ce privește practicile de reduceri, Concluziile noastre prezentate în cauza Intel Corporation/Comisia (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punctul 41).

pozitiv asupra consumatorului. În acest context, este necesar să se sublinieze că capacitatea operatorilor de a-și utiliza puterea de negociere pentru a obține cele mai bune condiții tarifare și pentru a-și reduce costurile este un parametru important de concurență¹⁵. În definitiv, diferențierea prețurilor poate fi un vector important de stimulare a concurenței.

66. În ceea ce privește în special problema dacă o practică de discriminare privind prețurile aplicate de o întreprindere „partenerilor săi comerciali”, care sunt cel mai adesea clienții săi situați pe piața în aval, este susceptibilă să constituie un abuz de poziție dominantă, amintim că articolul 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE interzice în mod expres întreprinderilor aflate în poziție dominantă să aplice față de asemenea parteneri condiții inegale la prestații echivalente, „creând astfel acestora un dezavantaj concurențial”.

67. Contrar a ceea ce ar putea sugera o analiză superficială, articolul 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE nu impune deținătorilor unui monopol sau ai unei poziții dominante să aplice partenerilor lor comerciali tarife uniforme.

68. Reiese astfel din însuși textul acestei dispoziții că discriminarea tarifară impusă de o întreprindere dominantă față de partenerii săi comerciali poate intra sub incidența interdicției abuzurilor de poziție dominantă *în cazul în care și numai în cazul în care concurența care se exercită între acești parteneri este denaturată* de această discriminare.

69. În definitiv, o aplicare strictă a acestei dispoziții impune, pe de o parte, să se determine dacă există un raport de concurență între partenerii comerciali ai întreprinderii dominante și, pe de altă parte, să se arate că comportamentul acestei întreprinderi este în mod concret de natură să denatureze concurența între întreprinderile în cauză¹⁶. Vom clarifica în mod mai detaliat acest aspect în următoarele considerații.

O practică de discriminare tarifară secundară nu poate intra sub incidența articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE decât în urma unei examinări a acesteia în raport cu ansamblul circumstanțelor speței

70. S-a impus în mod progresiv, atât în practica decizională a autorităților competente în domeniul concurenței, cât și în jurisprudența cea mai recentă a Curții¹⁷, că, atunci când este vorba de examinarea comportamentului unei întreprinderi în lumina articolului 102 TFUE, prezența unei restrângeri a concurenței nu se poate prezuma. Pentru a concluziona în sensul existenței unei asemenea restrângeri, trebuie să se efectueze, în toate cazurile, o examinare a efectelor reale sau potențiale ale măsurii incriminate având în vedere ansamblul circumstanțelor speței.

71. Atunci când se pune în discuție o practică de discriminare tarifară, analiza care trebuie efectuată diferă în mod substanțial după cum este vorba despre o discriminare „primară” sau „secundară”.

¹⁵ În consecință, obligația care ar fi stabilită în sarcina unei entități de a trata toți partenerii săi comerciali în mod egal este de natură să conducă la rezultate anticoncurențiale (a se vedea Bulmash, H., „An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations”, *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 8, nr. 2, 2012, p. 361-397).

¹⁶ A se vedea în acest sens Concluziile avocatului general Kokott prezentate în cauza British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2006:133, punctele 104 și 105).

¹⁷ A se vedea în special Hotărârea din 6 septembrie 2017, Intel/Comisia (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punctele 133-147).

72. Prin *discriminare primară* se înțelege, în mod schematic, cea care se aplică față de concurenții întreprinderii dominante. Ea are în vedere cel mai adesea practici de discriminare tarifară care sunt destinate să atragă anumiți clienți ai unor operatori concurenți, precum prețuri de ruinare, reduceri diferențiate sau chiar comportamente de comprimare a marjei. Aceasta privește în general toate practicile de prețuri prin care se urmărește eliminarea sau slăbirea poziției concurențiale a unor operatori prezenți pe aceeași piață și la același nivel (pe plan vertical) ca și cel în care își desfășoară activitatea întreprinderea aflată în poziție dominantă.

73. Aceste practici de discriminare tarifară primară sunt, date fiind efectele imediate de excludere pe care le pot produce, cele pe care autoritățile competente în domeniul concurenței și instanțele trebuie în general să le soluționeze.

74. *Discriminarea secundară*, care este prevăzută în principal de articolul 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE, este cea care afectează „partenerii comerciali” pe piața în aval sau în amonte aferentă respectivei întreprinderi. Ea are în vedere în special situația în care o întreprindere dominantă decide să aplice clienților săi, cu alte cuvinte entităților cu care nu se află în mod direct într-un raport de concurență, prețuri diferite. Această dispoziție urmărește să proscrie ca un comportament comercial al întreprinderii dominante să denatureze concurența pe o piață situată în amonte sau în aval, cu alte cuvinte concurența între furnizorii sau între clienții acestei întreprinderi. Cocontractanții întreprinderii menționate nu trebuie să fie favorizați sau defavorizați în raporturile de concurență dintre ei¹⁸.

75. În ceea ce privește acest ultim tip de discriminare, efectul eliminării și al restrângerii procesului concurențial nu apare întotdeauna în mod evident. Dimpotrivă, o întreprindere care operează în amonte beneficiază în principiu pe deplin de concurența care se exercită pe piața în aval.

76. În opinia noastră și astfel cum s-a arătat într-un număr semnificativ de studii din doctrină, cu ocazia examinării discriminării tarifare în vederea aplicării articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE, precum cea pusă în discuție în speță, trebuie efectuată de la bun început o distincție între întreprinderile integrate vertical, care au, prin urmare, interesul de a înlocui concurenții pe piața în aval, și cele care nu au un asemenea interes.

77. În cazul în care întreprinderea este integrată vertical, aplicarea de către întreprinderea dominantă a unor prețuri discriminatorii pe piața în amonte sau în aval se aseamănă, în realitate, cu o discriminare primară care afectează în mod indirect concurenții acestei întreprinderi. O asemenea discriminare poate avea drept efect fragilizarea concurenților întreprinderii dominante pe piața în aval.

78. Cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Deutsche Bahn/Comisia¹⁹ oferă o bună ilustrare a efectului restrictiv al concurenței pe care îl poate genera o discriminare tarifară, atât primară, cât și secundară, efectuată de o întreprindere integrată vertical. Prin aplicarea unor tarife diferite transportatorilor de containere care operează pe traseele denumite din vest pentru prestații echivalente aferente utilizării infrastructurilor feroviare, Deutsche Bahn AG aplicase astfel în mod inevitabil partenerilor săi comerciali un *dezavantaj concurențial față de ea însăși și de filiala sa*²⁰.

79. În schimb, atunci când întreprinderea aflată în poziție dominantă nu este integrată vertical și în afara ipotezei în care era vorba despre comportamentele unor entități publice care produc mai mult sau mai puțin în mod direct un efect de împărțire geografică sau de discriminare pe motiv de cetățenie sau naționalitate²¹, se poate pune problema beneficiului pe care această întreprindere

18 A se vedea Hotărârea din 15 martie 2007, British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctul 143).

19 Hotărârea din 21 octombrie 1997 (T-229/94, EU:T:1997:155), confirmată prin Ordonanța din 27 aprilie 1999, Deutsche Bahn/Comisia (C-436/97 P, EU:C:1999:205).

20 Hotărârea din 21 octombrie 1997, Deutsche Bahn/Comisia (T-229/94, EU:T:1997:155, punctul 93).

21 A se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2001, Portugalia/Comisia (C-163/99, EU:C:2001:189, punctele 46 și 66), și Hotărârea din 17 mai 1994, Corsica Ferries (C-18/93, EU:C:1994:195, punctele 43-45).

urmărește să îl obțină dintr-o discriminare în vederea dezavantajării unuia dintre partenerii săi comerciali pe piața în aval. O asemenea întreprindere are astfel tot interesul ca această din urmă piață să fie foarte concurențială în vederea menținerii puterii sale de negociere în calitatea sa de vânzător al produselor sau al serviciilor în discuție. În situația în care, precum în cauza principală, o întreprindere aflată în poziție dominantă nu se află în raporturi de concurență cu clienții săi pe piața în aval, nu este ușor să se stabilească motivele care ar determina această întreprindere să aplice prețuri discriminatorii, altele decât exploatarea directă a clienților săi. Prin urmare, pare puțin rațional pentru aceasta să reducă presiunea concurențială existentă între partenerii săi comerciali pe piața în aval.

80. Acesta este, cu siguranță, motivul pentru care cauzele care privesc *discriminările secundare* „pure”, și anume situațiile în care întreprinderea dominantă (neintegrată vertical) nu are, la prima vedere, niciun interes în eliminarea partenerilor săi, pe piața în aval, precum cauza principală, sunt extrem de rare²².

81. În plus, trebuie să se arate că, în cadrul examinării cauzelor pe care Curtea a trebuit să le soluționeze, considerațiile referitoare la aplicabilitatea articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE sunt deosebit de laconice și nu permit, în orice caz, să se stabilească linii de interpretare clare în ceea ce privește identificarea unui „dezavantaj concurențial”, în sensul acestei dispoziții.

82. Hotărârea Kanal 5 și TV 4²³, care are în vedere o ipoteză care se aseamănă cu prezenta speță, necesită în această privință să fie menționată. Această cauză avea drept obiect un litigiu între Kanal 5 Ltd și TV 4 AB, pe de o parte, și Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa (Organismul de Gestiuire Colectivă a Drepturilor de Autor în domeniul Muzical, Suedia), pe de altă parte, în legătură cu sistemul de redevențe privind difuzarea prin televiziune a operelor muzicale protejate prin dreptul de autor aplicat de acesta.

83. Invitată să stabilească dacă împrejurarea că un organism de gestiune colectivă a drepturilor de autor calculează redevențele percepute ca remunerație datorată pentru difuzarea prin televiziune a unor opere muzicale protejate prin dreptul de autor în mod diferit după cum este vorba despre societăți private de televiziune sau despre societăți de servicii publice constituie o încălcare a articolului 82 al doilea paragraf litera (c) CE [devenit articolul 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE], Curtea nu s-a pronunțat propriu-zis cu privire la legătura dintre această discriminare tarifară și dezavantajul concurențial eventual observat pe piața în aval. De altfel, aceasta a amintit că revine instanței de trimitere sarcina de a efectua un anumit număr de verificări în vederea aplicării acestei dispoziții.

84. În această privință, trebuie să se arate de asemenea că abordarea reținută de Comisie și de instanțele Uniunii Europene implică adeseori aplicarea acestei dispoziții unei situații de discriminare primară, respectiv unei situații în care nu este cert că există un „dezavantaj concurențial”, ceea ce a suscitat anumite critici doctrinare în vederea unei aplicări mai stricte a condițiilor care reies în mod expres din modul de redactare a acestei dispoziții²⁴. Unii comentatori solicită astfel o abordare mai strictă a discriminărilor tarifare prevăzute la articolul 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE sau preconizează, în acest context, o examinare de la caz la caz a tuturor circumstanțelor pertinente²⁵.

22 A se vedea cauzele citate la nota de subsol 21. A se vedea de asemenea Hotărârea din 11 decembrie 2008, Kanal 5 și TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

23 Hotărârea din 11 decembrie 2008 (C-52/07, EU:C:2008:703).

24 A se vedea în special Perrot, A., „Towards an effects-based approach of price discrimination”, *The Pros and Cons of Price Discrimination*, op. cit., în special p. 166 și următoarele.

25 A se vedea articolul citat la nota de subsol anterioară. A se vedea de asemenea Geradin, D., și Petit, N., „Price Discrimination under EC competition law: The Need for a case-by-case approach”, *Global Competition Law Centre Working Paper* 07/05, p. 45 și 46.

85. Pe de altă parte, chemată să precizeze întinderea cerințelor cu privire la constatările unui dezavantaj concurențial în sensul acestei dispoziții, în cauza *British Airways/Comisia*²⁶, care constituie hotărârea de referință pentru examinarea practicilor de discriminare tarifară în lumina articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE, Curtea a subliniat următoarele, și anume că, „pentru ca toate condițiile de aplicare a articolului [102] al doilea paragraf litera (c) [TFUE] să fie întrunite, este necesar să se constate nu numai faptul că întreprinderea aflată în poziție dominantă pe o piață are un comportament discriminatoriu, ci și că respectivul comportament urmărește să denatureze acest raport concurențial, cu alte cuvinte să aducă atingere poziției concurențiale a unei părți dintre partenerii comerciali ai acestei întreprinderi în raport cu alții”.

86. Deși, astfel cum a precizat Curtea, nimic nu se opune, așadar, ca discriminarea partenerilor comerciali care nu se află într-un raport de concurență să poată fi considerată abuzivă, trebuie să se mai stabilească că comportamentul întreprinderii aflate în poziție dominantă urmărește, „având în vedere toate împrejurările speței”, să determine o denaturare a concurenței între acești parteneri comerciali²⁷.

87. Cu alte cuvinte, articolul 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE nu poate fi interpretat în sensul că impune unei întreprinderi care se află în poziție dominantă pe o anumită piață să practice, în orice împrejurări și independent de o analiză a efectelor comportamentului incriminat asupra concurenței, prețuri uniforme față de partenerii săi comerciali.

88. Necesitatea de a ține seama de „toate împrejurările speței” este, așadar, fundamentală în cadrul aprecierii unei practici tarifare discriminatorii. Nu se poate deduce în niciun caz din articolul 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE că o asemenea practică conduce în toate cazurile la o situație de „dezavantaj concurențial”.

89. În ceea ce privește Hotărârea *Clearstream/Comisia*²⁸, la care se referă în mod explicit instanța de trimitere în textul întrebărilor sale, subliniem că, în această hotărâre, Tribunalul a înțeles să își limiteze examinarea la speța cu care se presupune că a fost sesizat. Astfel cum reiese din cuprinsul punctului 192 din această hotărâre, Tribunalul a amintit principiul potrivit căruia, „pentru ca toate condițiile de aplicare a articolului [102] al doilea paragraf litera (c) [TFUE] să fie întrunite, este necesar să se constate nu numai faptul că întreprinderea în poziție dominantă pe o piață are un comportament discriminatoriu, ci și că respectivul comportament urmărește să denatureze acest raport concurențial” (sublinierea noastră).

90. În orice caz, chiar presupunând că din această hotărâre a Tribunalului se poate deduce că ea a consacrat o prezumție potrivit căreia o discriminare tarifară este de natură să genereze un asemenea dezavantaj, se observă că respectiva hotărâre a Tribunalului, care de altfel nu a fost confirmată de Curte în lipsa unui recurs îndreptat împotriva sa, este oarecum depășită.

91. În opinia noastră, aceeași hotărâre a privit o perioadă în care natura abordării – cu alte cuvinte prin obiect (formală) sau prin efecte – care trebuie urmată în examinarea comportamentelor întreprinderilor despre care se susține că ar constitui un abuz de poziție dominantă era încă supusă dezbaterii.

²⁶ Hotărârea din 15 martie 2007, *British Airways/Comisia* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctul 144).

²⁷ Hotărârea din 15 martie 2007, *British Airways/Comisia* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctul 145).

²⁸ Hotărârea din 9 septembrie 2009 (T-301/04, EU:T:2009:317, punctul 194). Tribunalul a statuat că, „[i]n speță, aplicarea de către o întreprindere care deține un monopol de fapt pe piața situată în amonte, față de un partener comercial, a unor prețuri diferite pentru servicii echivalente, fără întrerupere timp de cinci ani, a putut determina un dezavantaj concurențial pentru acest partener”.

92. În sfârșit, ne pare important să precizăm că dovedirea existenței unui dezavantaj concurențial este distinctă de exercitarea evaluării probabilității ca un comportament al unei întreprinderi, susceptibil în mod intrinsec să genereze efecte de excludere, să inducă o restrângere a concurenței și în special să producă efectele de excludere reproșate²⁹. Această cerință urmărește, în vederea aplicării articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE, să asigure în mod concret că o practică de discriminare tarifară urmată de o întreprindere față de partenerii săi comerciali, care nu poate fi problematică în sine din punctul de vedere al concurenței, conduce la crearea unui dezavantaj concurențial.

93. Astfel cum am avut deja ocazia să subliniem³⁰, în general, examinarea practicilor de discriminare tarifară din perspectiva articolului 102 TFUE se pretează cu dificultate la formalism și la sistematizare. În special, analiza problemei dacă o discriminare tarifară efectuată de o întreprindere aflată în poziție dominantă pe o anumită piață poate să aibă o incidență concretă asupra concurenței care se exercită pe o piață situată în amonte sau în aval este și trebuie să rămână un exercițiu eminamente cazuistic.

Constatarea existenței unui dezavantaj concurențial impune ca, dincolo de discriminarea eventual suportată, să fie stabilită în mod concret existența unui dezavantaj concurențial

94. Contrar a ceea ce lasă să sugereze poziția susținută de MEO în cadrul prezentei proceduri, considerăm că o discriminare tarifară nu este însoțită în mod necesar de un „dezavantaj concurențial” în sensul articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE.

95. În opinia noastră, o asemenea apreciere rezultă dintr-o confuzie între aprecierea existenței unui „dezavantaj concurențial” și existența unor „dezavantaje între concurenți”, respectiv a unui dezavantaj pur și simplu.

96. Pentru ca un „dezavantaj concurențial”, în sensul articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE, să fie constatat, practica în discuție trebuie, pe lângă dezavantajul indus de discriminarea tarifară privită izolat, să aibă un efect specific asupra poziției concurențiale a întreprinderii pretins discriminate.

97. Cu alte cuvinte, este necesar ca dezavantajul suferit să fie suficient de semnificativ pentru a avea consecințe asupra poziției concurențiale a întreprinderii discriminate. Prin urmare, este necesar să se stabilească faptul că prețurile discriminatorii au tendința să denatureze raportul concurențial dintre partenerii comerciali pe piața în aval.

98. O asemenea analiză impune luarea în considerare de către autoritatea competentă în domeniul concurenței a tuturor circumstanțelor cazului cu care este sesizată. O practică de prețuri discriminatorii plasează clienții unei societăți aflate în poziție dominantă într-o situație de dezavantaj concurențial atunci când poate în mod concret să afecteze în sens negativ concurența pe piața pe care operează clienții săi. În vederea identificării unei denaturări a concurenței în acest context nu este suficient, așadar, să se evalueze doar impactul practicii discriminatorii asupra unui partener comercial specific.

99. În special, este necesar să se examineze dacă discriminarea tarifară în litigiu este de natură să afecteze în sens negativ capacitatea partenerilor comerciali defavorizați de a exercita o presiune concurențială efectivă asupra partenerilor comerciali favorizați.

²⁹ A se vedea în această privință Hotărârea din 6 septembrie 2017, Intel/Comisia (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punctele 138-141).

³⁰ A se vedea în special Concluziile noastre prezentate în cauza Intel Corporation/Comisia (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punctul 73 și următoarele).

100. Desigur, potrivit jurisprudenței Curții, nu se impune să se facă proba faptului că comportamentul întreprinderii dominante a condus la o deteriorare efectivă cuantificabilă a poziției concurențiale a unuia sau mai multor parteneri comerciali³¹ sau chiar să se stabilească că efectul anticoncurențial pe piața pe care partenerii comerciali se află în raporturi concurențiale este „sensibil” – dat fiind că stabilirea unui prag de sensibilitate (*de minimis*) în vederea determinării unei exploatare abuzive a unei poziții dominante nu se justifică³².

101. Nu este mai puțin adevărat că, cu excepția situației în care se încalcă condițiile enunțate în mod clar la articolul 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE, simplul „dezavantaj” care decurge din discriminarea însăși nu se poate confunda cu „dezavantajul concurențial”, care trebuie să se materializeze pe piața pe care operează partenerii comerciali ai întreprinderii dominante, în speță piața în aval a drepturilor conexe dreptului de autor.

102. În această privință, ni se pare că trebuie să fie efectuată o distincție între comportamentele anticoncurențiale care implică, având în vedere nocivitatea lor intrinsecă, o restrângere a concurenței și cele care necesită o examinare mai atentă a repercusiunilor lor concrete pentru a se putea concluziona în sensul existenței unei asemenea restrângeri, precum practicile de diferențiere tarifară secundare urmate de o întreprindere dominantă neintegrată vertical.

103. Nu este vorba să se aplice aici un arbitraj între restrângerile concurenței după cum acestea sunt sau nu sunt minore – care ar justifica stabilirea unui prag *de minimis* exclus în principiu în cadrul articolului 102 TFUE. Trebuie mai degrabă să se identifice prezența unei restrângeri efective a concurenței care este în mod clar distinctă de discriminarea tarifară și care trebuie adăugată la aceasta din urmă.

104. În consecință, faptul că unuia dintre acești parteneri comerciali i se impune un preț mai mare poate, cel mult, să aibă o incidență asupra costurilor suportate de această întreprindere și într-un mod foarte ipotetic asupra profitabilității și beneficiilor preconizate de respectiva întreprindere. Aceasta nu presupune însă ca nivelul concurenței pe piața în aval să fie afectat de discriminarea tarifară în litigiu. Astfel cum a subliniat în mod întemeiat GDA în observațiile scrise, profitabilitatea și competitivitatea sunt două elemente cu totul diferite.

105. Decurge de aici, în opinia noastră, că eventualele diferențe de tratament care nu ar avea un impact asupra concurenței sau care ar avea efecte foarte nesemnificative nu pot constitui un abuz de poziție dominantă în sensul articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE³³.

106. Existența unui dezavantaj concurențial trebuie stabilită prin examinarea efectelor reale sau potențiale ale practicii incriminate din perspectiva *tuturor circumstanțelor pertinente* în raport atât cu tranzacțiile în cauză, cât și cu caracteristicile pieței pe care operează partenerii comerciali ai întreprinderii dominante.

107. În vederea examinării efectului de denaturare sau de excludere a unor practici de discriminare tarifară, o atenție certă trebuie acordată mai întâi realității și importanței relative a diferențierii tarifare în litigiu.

108. În continuare, trebuie de asemenea să se acorde importanță examinării importanței costurilor aferente produselor sau serviciilor furnizate de întreprinderea dominantă în raport cu costurile totale suportate de partenerul sau de partenerii pretins defavorizați.

31 A se vedea Hotărârea din 15 martie 2007, British Airways/Comisia (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punctul 145).

32 A se vedea Hotărârea din 6 octombrie 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, punctul 73).

33 A se vedea în acest sens și în vederea concilierii diferitor abordări care se opun în acest domeniu, O'Donohue, R., și Padilla, J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, *op. cit.*, p. 802 și 803.

109. În cazul în care prețul impus de întreprinderea dominantă reprezintă o parte semnificativă din costurile totale suportate de clientul defavorizat, discriminarea privind prețurile ar putea avea un impact nu numai asupra rentabilității activității acestui client, ci și asupra poziției sale concurențiale³⁴.

110. În schimb, în ipoteza în care ponderea relativă a prețurilor impuse de întreprinderea dominantă este derizorie, acestea nu sunt de natură să afecteze poziția concurențială a clientului defavorizat.

111. Pentru a reveni la speță, AdC a constatat că costurile respective nu erau semnificative. Punctul 67 din decizia acestei autorități arată astfel că, pe baza informațiilor furnizate de MEO la 23 iunie 2015, trebuia să se concluzioneze că, între 1 ianuarie 2010 și 31 decembrie 2013, sumele pe care MEO le-a plătit anual GDA în cadrul serviciului cu ridicata în discuție au reprezentat un procentaj scăzut din costurile suportate de MEO în cadrul punerii la dispoziție a serviciului cu amănuntul de acces la semnalul de televiziune prin abonament și o parte infimă a profiturilor MEO în cadrul punerii la dispoziție a acestui serviciu cu amănuntul. Întrucât ponderea relativă a prețului drepturilor conexe pe care le practică GDA era, în opinia AdC, nesemnificativă, este dificil să se înțeleagă în ce măsură diferențierea tarifelor aplicate de GDA era, dată fiind importanța sa, de natură să afecteze poziția concurențială a MEO și, așadar, să creeze un dezavantaj concurențial.

Observații finale cu privire la rolul autorității de concurență atunci când este sesizată cu o plângere

112. În speță, deși revine în definitiv doar instanței de trimitere sarcina de a verifica, având în vedere toate împrejurările speței, în ce măsură diferențierea tarifară în litigiu a creat un dezavantaj concurențial, ni se pare, așadar, că AdC nu a săvârșit nicio eroare atunci când a analizat dacă, din punct de vedere economic, diferențierea tarifelor aplicate MEO și NOS era în măsură să influențeze capacitatea concurențială a MEO în raport cu NOS.

113. Pe de altă parte, ca observații finale, ne pare important să amintim că, atunci când autoritatea competentă în domeniul concurenței este sesizată cu o plângere prin care se invocă existența unui abuz de poziție dominantă care rezultă în special dintr-o discriminare tarifară secundară, precum cea în discuție în speță, rolul acesteia constă în examinarea cu atenție *a elementelor de fapt și de drept aduse la cunoștința sa de autorul plângerii* pentru a decide, în principiu într-un termen rezonabil, dacă trebuie să inițieze procedura de constatare a unei încălcări sau să respingă plângerea fără să inițieze procedura sau să procedeze la clasarea plângerii³⁵.

114. Într-un astfel de context, decizia de a clasa o plângere trebuie să fie motivată pe respingerea elementelor cu care autoritatea a fost sesizată în mod specific. În schimb, nu se poate reproșa acesteia că a identificat în mod absolut și în lipsa unor elemente concrete care să ateste în special existența unei restrângeri a concurenței motivele pentru care comportamentul incriminat poate constitui eventual un abuz.

³⁴ A se vedea printre altele analiza efectuată de Comisie în Decizia Soda-Ash/Solvay [Decizia 91/299/CEE a Comisiei din 19 decembrie 1990 privind o procedură de aplicare a articolului 86 din Tratatul CEE (IV/33.133-C: Carbonat de sodiu – Solvay, JO 1991, L 152, p. 21, punctul 64), în care a constatat că discriminarea în litigiu privind prețurile a avut un efect semnificativ asupra poziției concurențiale a întreprinderilor afectate din moment ce produsul în cauză putea reprezenta până la 70 % din costul amestecului de materii prime pentru fabricarea sticlei. Prin urmare, prețul suportat pentru achiziționarea acestei materii afecta rentabilitatea și competitivitatea sticlarilor.

³⁵ A se vedea prin analogie, în ceea ce privește rolul care revine Comisiei, Hotărârea din 19 mai 2011, Ryanair/Comisia (T-423/07, EU:T:2011:226, punctul 53).

Concluzie

115. Având în vedere ansamblul acestor considerații, se propune să se răspundă la întrebările preliminare adresate de Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunalul din domeniul Concurenței, Reglementării și Supravegherii, Portugalia) după cum urmează:

„În lipsa oricărei justificări obiective, aplicarea unor prețuri mai mari de către o întreprindere aflată în poziție dominantă unora dintre titularii de licență, în comparație cu prețurile aplicate altor titulari, constituie un abuz în sensul articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE dacă și numai dacă această practică cauzează primilor titulari un dezavantaj concurențial în raport cu ceilalți titulari cu care acești primi titulari se află în concurență.

Partenerilor comerciali ai unei întreprinderi aflate în poziție dominantă li se va cauza un dezavantaj concurențial în sensul articolului 102 al doilea paragraf litera (c) TFUE atunci când aplicarea unor condiții inegale la prestații echivalente aduce atingere poziției concurențiale a unora dintre acești parteneri comerciali în raport cu alții și atunci când, în consecință, aceasta denaturează concurența între partenerii comerciali favorizați și partenerii comerciali defavorizați.

Constatarea existenței unui dezavantaj concurențial presupune constatarea unei denaturări a concurenței între părțile în cauză pe piața relevantă distincte de simpla diferență de tratament eventual constatată. Analiza preconizată nu trebuie să se rezume la un simplu exercițiu formal de deducție automată, întemeiat pe prezumții de fapt sau de drept, ci implică o examinare concretă a tuturor circumstanțelor speței. Pot fi luate în considerare în special, dar nu exclusiv natura și importanța diferențierii tarifare în litigiu, precum și structura costurilor întreprinderilor afectate.”