



Datum van inontvangstneming : 17/11/2016

Zaak C-525/16**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie****Datum van indiening:**

13 oktober 2016

Verwijzende rechter:

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Portugal)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

13 juli 2016

Verzoekende partij:

MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia S.A.

Verwerende partij:

Autoridade da Concorrência

Voorwerp van het hoofdgeding

In het hoofdgeding is aan de orde een gedraging van een derde (GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes; hierna: „GDA”) die door verzoekster (MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia S.A.; hierna: „MEO”) als mededingingsbeperkend werd beschouwd en is aangemeld bij verweerster (Autoridade da Concorrência; hierna: „Mededingingsautoriteit”), die de klacht ongegrond heeft geacht en heeft besloten niet tot vervolging over te gaan. Verzoekster vecht die beslissing aan en vordert een ruime uitlegging van artikel 102, onder c), VWEU om te kunnen vaststellen of de aan de orde zijnde gedraging inderdaad een beperkende gedraging, meer bepaald een „nadeel bij de mededinging” oplevert.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)

Uitlegging van artikel 102, onder c), VWEU

Prejudiciële vragen

- (i) Indien in een inbreukprocedure feiten bewezen zijn – of aanwijzingen bestaan voor feiten – betreffende de gevolgen van eventuele discriminerende tarieven van een onderneming met een machtspositie ten aanzien van een retailer, waardoor deze wordt benadeeld ten opzichte van zijn concurrenten, kan de gedraging dan slechts als „nadeel berokkenend bij de mededinging” in de zin van artikel 102, onder c), VWEU worden aangemerkt op basis van een nadere beoordeling van de ernst, de relevantie of het belang van die gevolgen voor de concurrentiepositie van de benadeelde onderneming, meer in het bijzonder voor wat betreft haar capaciteit om het verschil in kosten in het kader van de wholesaledienst te dragen?
- (ii) Wanneer er in een inbreukprocedure bewijzen of aanwijzingen zijn dat de door een onderneming met een machtspositie toegepaste discriminerende tarieven een zeer geringe invloed hebben op de gemaakte kosten, de behaalde winst en de winstgevendheid van de benadeelde retailer, is dan het oordeel dat geen sprake is van aanwijzingen voor misbruik van een machtspositie en verboden gedragingen verenigbaar met een uitlegging overeenkomstig met artikel 102, onder c), VWEU en de uit de arresten *British Airways* en *Clearstream* voortvloeiende rechtspraak?
- (iii) Of is die omstandigheid ontoereikend om uit te sluiten dat de betrokken gedraging misbruik van een machtspositie en een verboden gedraging in de zin van artikel 102, onder c), VWEU oplevert, en is zij enkel relevant voor de bepaling van de mate van aansprakelijkheid van de inbreukmakende onderneming of de aan die onderneming op te leggen boete?
- (iv) Moet het zinsdeel „hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging” in artikel 102, onder c), VWEU aldus worden uitgelegd dat daarmee wordt vereist dat het uit de discriminatie voortvloeiende voordeel op zijn beurt een minimumpercentage van de kostenstructuur van de betrokken onderneming moet vertegenwoordigen?
- (v) Moet het zinsdeel „hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging” in artikel 102, onder c), VWEU aldus worden uitgelegd dat daarmee wordt vereist dat het uit de discriminatie voortvloeiende voordeel op zijn beurt overeenstemt met een minimumverschil tussen de gemiddelde kosten die de concurrerende ondernemingen in de betrokken wholesaledienst hebben te dragen?
- (vi) Moet het zinsdeel „hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging” in artikel 102, onder c), VWEU aldus worden uitgelegd dat daarmee wordt vereist dat het uit de discriminatie voortvloeiende voordeel in het kader van de betrokken markt en dienst moet overeenstemmen met waarden die hoger zijn dan de

verschillen aangegeven in [...] tabellen 5, 6 en 7, om de betrokken gedraging als verboden praktijk aan te merken?

(vii) Bij een bevestigend antwoord op een van de vragen (iv) tot en met (vi), hoe moet die minimumdrempel van de betekenis van het nadeel in verhouding tot de kostenstructuur of de gemiddelde kosten die de concurrerende ondernemingen in de betrokken retaildienst dragen worden bepaald?

(viii) Wanneer die minimumdrempel is bepaald, kan dan de omstandigheid dat hij niet ieder jaar wordt bereikt het vermoeden als bedoeld in het arrest Clearstream, waarin is vastgesteld dat „de toepassing van verschillende prijzen voor gelijkwaardige diensten ten aanzien van een handelspartner door een onderneming met een feitelijk monopolie op de upstream-markt, en dit onafgebroken gedurende vijf jaar, niet anders dan tot een concurrentienadeel voor die partner [kon] leiden”, weerleggen?

Aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht

Artikel 102 VWEU, inzonderheid het bepaalde onder c)

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Lei 19/2012 de 8 de maio, que aprova o Novo Regime Jurídico da Concorrência (wet 19/2012 van 8 mei houdende goedkeuring van de nieuwe mededingingsregels)

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 In 2014 heeft MEO bij de Portugese mededingingsautoriteit een klacht tegen GDA ingediend wegens mogelijk misbruik van een machtspositie op het gebied van naburige rechten van uitvoerende kunstenaars.
- 2 Volgens MEO was sprake van misbruik van machtspositie doordat GDA naar haar oordeel excessieve prijzen bij de exploitatie van de naburige rechten hanteert en ongelijke voorwaarden toepast op het gebied van de vergoeding van die naburige rechten.
- 3 De mededingingsautoriteit heeft op 3 maart 2016 besloten om niet te vervolgen op grond dat de betrokken feiten onvoldoende aanwijzingen vormden voor verboden gedragingen, inzonderheid voor toepassing van artikel 11 van wet 19/2012, waarvan de inhoud gelijk is aan die van artikel 102, onder c), VWEU.
- 4 GDA is een organisatie zonder winstoogmerk voor collectief beheer van naburige rechten van artiesten. Zij heeft tot doel de uitoefening en het beheer van die rechten alsook het beheer van de (aan het auteursrecht aanverwante) rechten van

de door haar beheerde personen en van de leden van overeenkomstige eenheden in het buitenland waarmee zij een vertegenwoordigings- of wederkerigheidsovereenkomst heeft gesloten.

- 5 GDA houdt zich in het bijzonder bezig met het sluiten van contracten, akkoorden en/of protocollen met de eenheden die gebruik wensen te maken van werken van het repertoire van hun leden, van de door hen beheerde personen en van de leden van overeenkomstige eenheden in het buitenland waarmee zij een vertegenwoordigings- of wederkerigheidsovereenkomst heeft gesloten, nadat daartoe onderhandelingen hebben plaatsgevonden.
- 6 Kort gezegd zijn in de onderhavige zaak de volgende diensten van belang:
 - (i) de „wholesale”dienst voor de collectieve exploitatie van naburige rechten van artiesten;
 - (ii) de „retail”dienst voor het aanbieden van toegang tot het televisiesignaal op basis van een abonnement, en
 - (iii) de „retail”dienst bestaande in het aanbieden van pakketten van (twee, drie, vier of vijf) elektronischecommunicatiediensten.
- 7 Voor wat betreft de collectieve exploitatie van naburige rechten van artiesten is GDA de enige organisatie voor collectief beheer van naburige rechten van artiesten die actief is in Portugal.
- 8 Op dit moment telt GDA meer dan 4 000 leden, terwijl zij daarnaast de rechten beheert die betrekking hebben op de artistieke werken van meer dan 500 000 artiesten wereldwijd, die in Portugal zijn vervaardigd, in de handel zijn gebracht of zijn gebruikt.
- 9 Thans is een van de eenheden die belangstelling heeft in het gebruik van werken van het repertoire van leden van GDA, van de door hen beheerde personen en van de leden van overeenkomstige eenheden in het buitenland waarmee zij een vertegenwoordigings- of wederkerigheidsovereenkomst heeft gesloten, de dienstverrichter op retailniveau die toegang tot het televisiesignaal aanbiedt aan abonnees.
- 10 De dienst op retailniveau bestaande in het aanbieden van toegang tot het televisiesignaal aan abonnees houdt in dat de consument toegang tot het televisiesignaal en tot de betrokken content wordt verschaft, dat wil zeggen tot een pakket televisieprogrammadiensten, tegen betaling van een bepaald bedrag.
- 11 Op 31 maart 2015 had Grupo NOS het grootste marktaandeel op het gebied van de toegang van de consument tot het televisiesignaal als abonnee (ongeveer 43,8 %), gevolgd door MEO, door Vodafone en door Cabovisão (met marktaandelen van respectievelijk ongeveer 41,9 %, 8,3 % en 6,0 %).

- 12 Op dezelfde datum had MEO het grootste marktaandeel op het gebied van door de consument gesloten contracten voor pakketten elektronischecommunicatiediensten (ongeveer de 43,7 %), gevolgd door Grupo NOS, door Vodafone en door Cabovisão (met marktaandelen van respectievelijk rond 38,5 %, 10,9 % en 6,9 %), waarbij Grupo NOS marktleider was bij de consumenten die contracten hadden gesloten voor double-play (twee diensten), triple-play (die diensten) of quadruple-play (vier diensten).
- 13 Tussen 2008 en 2014 bood GDA drie tarieven aan voor de betrokken dienst op wholesaleniveau. Tussen 2010 en 2013 paste GDA elk van die tarieven daadwerkelijk en gelijktijdig toe en waren er aldus verschillen tussen de tarieven die in rekening werden gebracht aan de diverse dienstverrichters die de consument als abonnee toegang tot het televisiesignaal boden.
- 14 Het feit dat GDA een monopoliepositie inneemt op de relevante markt in verband met de aan de orde zijnde wholesaledienst, wettigt in beginsel de conclusie dat zij op de betrokken markt een machtspositie inneemt.
- 15 Het grootste deel van de inkomsten van GDA is afkomstig van de dienstverrichters die als retailer toegang tot het televisiesignaal aanbieden aan abonnees.
- 16 De door GDA toegepaste prijzen voor de aan de orde zijnde diensten op wholesaleniveau zijn in het algemeen lager dan de prijzen die gelden voor de wholesalediensten voor het auteursrecht en aanverwante rechten van producenten en uitgevers in Portugal, en dan de prijzen voor dezelfde diensten in Europa. Op 23 juni 2015 was MEO van oordeel dat dat verschil tussen 1 januari 2010 en 31 december 2013 waarden bereikte die waren gelegen tussen [VERTROUWELIJK], zoals weergegeven in tabel 5:

	2010	2011	2012	2013
MEO	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]
NOS Comunicações	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]
Vershil	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]

- 17 In het betrokken tijdvak (vier jaar) heeft MEO volgens de schattingen op basis van door die onderneming op 24 juni 2014, 23 juni 2015 en 21 oktober 2015 verstrekte informatie kosten in verband met de betrokken wholesaledienst gedragen die rond [VERTROUWELIJK] hoger waren dan de kosten die zij zou hebben gedragen indien GDA op haar de door NOS Comunicações betaalde gemiddelde prijs had toegepast, overeenkomstig tabel 6:

	2010	2011	2012	2013	Total
Aanvullende kosten wholesale op basis van gemiddelde prijs per abonnee gedragen door NOS Comunicações	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]
Aanvullende kosten wholesale op basis van door GDA op NOS Comunicações toegepast wholesaletarief	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]

- 18 Die waarde zou met ongeveer [VERTROUWELIJK] zijn gedaald indien GDA op MEO het op NOS Comunicações toegepaste tarief had toegepast, zoals eveneens blijkt uit tabel 6.
- 19 Op basis van door MEO op 23 juni 2015 verstrekte informatie kan worden geconstateerd dat tussen 1 oktober 2010 en 31 december 2013 het jaarlijkse gemiddelde verschil tussen de door MEO en de door NOS Comunicações gedragen gemiddelde kosten in verband met de wholesale de volgende bedragen vertegenwoordigde:
- (i) tussen ongeveer [VERTROUWELIJK] en ongeveer [VERTROUWELIJK] van de kosten die MEO heeft gedragen in verband met de beschikbaarstelling van de retaildienst voor de toegang tot het televisiesignaal van abonnees;
 - (ii) tussen ongeveer [VERTROUWELIJK] en ongeveer [VERTROUWELIJK] van de inkomsten van MEO uit de beschikbaarstelling van de retaildienst voor de toegang tot het televisiesignaal van abonnees;
 - (iii) tussen ongeveer [VERTROUWELIJK] en ongeveer [VERTROUWELIJK] van de winst van MEO uit de beschikbaarstelling van de retaildienst voor de toegang tot het televisiesignaal van abonnees, volgens tabel 7:

Gewicht aanvullende kosten wholesale	2010	2011	2012	2013
In de totale kosten	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]
In inkomsten uit retail	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]
In de winst	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]

- 20 Volgens de ANACOM [Autoridade Nacional de Comunicações], is het marktaandeel van MEO op het gebied van de detailhandeldienst voor toegang tot het televisiesignaal voor de consument als abonnee in de betrokken periode toegenomen, te weten tussen 1 oktober 2010 en 31 maart 2015 van minder dan 25 % tot meer dan 40 %, terwijl het betrokken marktaandeel van Grupo NOS in dezelfde periode is gedaald van meer dan 60 % tot minder dan 45 %, welke cijfers contrasteren met de bewering van MEO dat zij een concurrentienadeel heeft ondervonden.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 21 Het verzoek om een prejudiciële beslissing, dat ertoe strekt vast te stellen of de uitlegging en de strekking van het begrip nadeel of mededingingsverstoring zoals door de mededingingsautoriteit gehanteerd in het besluit om niet tot vervolging over te gaan, strookt met artikel 102, onder c), VWEU, berust gelet op het voorgaande op de volgende uitgangspunten:
- de bewoordingen van artikel 11, leden 1 en 2, onder c), van wet 19/2012 zijn gelijk aan die van artikel 102, onder c), VWEU;
 - de aangemelde gedragingen hebben betrekking op de toepassing door GDA, tussen 2010 en 2013, van verschillende tarieven aan verschillende aanbieders van retaildiensten voor toegang tot het televisiesignaal als abonnee;
 - de mededingingsautoriteit heeft geconcludeerd dat MEO in het betrokken tijdvak ongeveer [VERTROUWELIJK] meer kosten in verband met de betrokken wholesaledienst heeft gedragen dan zij zou hebben gedragen indien GDA op haar de door concurrent Nos Comunicações, S.A. betaalde gemiddelde prijs had toegepast;

- het besluit om niet te vervolgen berust op het geringe verschil tussen de gedragen gemiddelde kosten en de resultaten van aanvullende wholesalekosten (totale kosten, detailhandelinkomsten en winstgevendheid), de overweging dat die waarden de concurrentiepositie van MEO niet konden aantasten en de overweging dat deze laatste het verschil kon verwerken doordat haar marktaandeel op het gebied van de retaildienst voor de toegang tot het televisiesignaal als abonnee gedurende hetzelfde tijdvak is toegenomen;
- het besluit om niet te vervolgen verwijst naar de conclusies van advocaat-generaal Kokott in zaak C-95/04 P (British Airways) en in zaak C-109/10 P (Solvay);
- in die conclusies is enkel sprake van het vereiste van het bewijs dat de betrokken gedraging de mededinging kan vervalsen of de concurrentiepositie van handelspartners kan aantasten en van de mogelijkheid dat in het concrete geval de mededinging wordt verstoord;
- in het besluit om niet te vervolgen wordt vermeld dat het Hof van justitie die uitlegging heeft bevestigd in het arrest British Airways;
- in dat arrest heeft het Hof van Justitie bepaalde concrete discriminerende gevolgen niet rechtens beoordeeld;
- het heeft zich evenmin uitgesproken over het aanvullende vereiste dat concreet moet worden aangetoond dat een concurrentienadeel kan worden berokkend om de gedraging te kunnen aanmerken als misbruik in de zin van artikel 102, onder c), VWEU;
- de feitelijke omstandigheden in de onderhavige zaak verschillen ten dele van die in de zaak waarin het arrest British Airways is geweest, voor zover in de onderhavige zaak is vastgesteld dat er aanwijzingen bestaan voor discriminerende gedragingen die voor MEO tot een concrete beperking van de mededinging hebben geleid;
- de in het arrest British Airways neergelegde communautaire rechtspraak bespreekt de vraag of er sprake kan zijn van een concurrentienadeel doordat bepaalde gedragingen naar hun aard discriminerend zijn voor handelspartners, zonder dat uitspraak is gedaan over de concrete gevolgen voor de mededinging;
- in het onderhavige geval is bewezen dat de concurrentiepositie van MEO op de wholesalemarkt is aangetast door de concrete gevolgen van het discriminerende gedrag van GDA;
- de motivering van de niet-vervolging is een verdere ontwikkeling van de uitlegging van de in het arrest British Airways neergelegde rechtspraak over

- het begrip benadeling van de concurrentiepositie of verstoring van de mededinging voor de toepassing van artikel 102, onder c), VWEU;
- het wegnemen van de twijfel rond de uitlegging van het begrip benadeling van de concurrentiepositie of verstoring van de mededinging voor de toepassing van artikel 102, onder c), VWEU is absoluut noodzakelijk, nuttig en pertinent voor de eindbeslissing in de onderhavige zaak, meer in het bijzonder wat betreft het bestaan van aanwijzingen voor beperkende gedragingen door misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 11, leden 1 en 2, onder c), van wet 19/2012 (zie in die zin arresten van 6 oktober 1982, Cilfit, 283/81, en van 2 oktober 1987, Foto-Frost, 314/85);
 - het Hof van Justitie heeft zich niet ferm uitgesproken over het begrip benadeling van de concurrentiepositie of mededingingsverstoring ten behoeve van de toepassing van artikel 102, onder c), VWEU wanneer er aanwijzingen bestaan voor concrete nadelige gevolgen voor de mededinging, voor zover het mogelijk is dat zij de concurrentiepositie van de betrokken onderneming niet beïnvloeden (zie arrest Cilfit);
 - er is geen vaste rechtspraak over het begrip benadeling of verstoring van de mededinging die relevant is voor de toepassing van artikel 102, onder c), VWEU (zie arrest Cilfit);
 - de feitelijke omstandigheden van de zaak kunnen twijfel doen ontstaan over de betekenis van het begrip benadeling of verstoring van de mededinging voor de toepassing van artikel 102, onder c), VWEU (zie arrest Cilfit);
 - gelet op de diverse soorten misbruik afhankelijk van de aard van de discriminatie, behandelt de rechtsleer een begrip tweedegraadsdiscriminatie voor de toepassing van artikel 102, onder c), VWEU, volgens welke de discriminatie geschiedt in de vorm van handelingen van een onderneming met een machtspositie ten aanzien van haar cliënten, die niet aanwezig is op de relevante markt waar de gevolgen intreden, en die bijgevolg geen concurrentievoordeel ten opzichte van een concurrent behaalt door de discriminatie, maar waarbij sprake is van verstoring van de mededinging tussen cliënten van de onderneming met een machtspositie, dat wil zeggen tussen ondernemingen op de betrokken markt, niet zijnde de onderneming die de inbreuk maakt;
 - artikel 102, onder c), VWEU maakt voor de definitie van beperkende gedraging geen onderscheid op basis van de mate van ernst, de context of de praktische gevolgen van de benadeling of de mededingingsverstoring om een gedraging te kwalificeren als misbruik van machtspositie;
 - in geval van eerstegraadsdiscriminatie (discriminatie door een onderneming met een machtspositie die gevolgen heeft voor rechtstreekse concurrenten die op dezelfde relevante markt aanwezig zijn), heeft het Hof van Justitie

- zich uitgesproken in die zin dat kan worden volstaan met aan te tonen dat de mededinging wordt beperkt of kan worden beperkt, waarbij de concrete gevolgen irrelevant zijn (zie arresten van 19 april 2012, Tomra Systems, C-549/10 P, EU:C:2012:221, en van 6 december 2012, AstraZeneca, C-457/10 P, EU:C:2012:770);
- aangezien er geen duidelijke lijn in de rechtspraak van de Unie bestaat met betrekking tot het vereiste van waarschijnlijke of concrete gevolgen, is het kennelijk zo dat volgens de klassieke opvatting van Unierecht voor de toepassing van artikel 102, onder c), VWEU alleen hoeft te worden aangetoond dat de gevolgen waarschijnlijk zijn of dat de betrokken gedraging concurrentiebeperkende gevolgen kan hebben;
 - de huidige wetgeving en het mededingingsrecht van de Unie vereisen niet uitdrukkelijk dat de betrokken gedraging tot doel of ten gevolge heeft dat de mededinging op de gehele nationale markt of op een deel daarvan wordt verhinderd, vervalst of beperkt, maar stellen, om te kunnen spreken van onrechtmatige discriminatie, een aanvullend vereiste, namelijk dat de handelspartners als gevolg van de discriminatie een concurrentienadeel ondervinden;
 - ofschoon voor tweedegraadsdiscriminatie het gevolg – concurrentievervalsing – relevant is, lijkt het zo te zijn dat volgens de rechtspraak van het Hof voor de kwalificatie van een gedraging als misbruik van machtspositie de gevolgen voor de mededinging voor de betrokken ondernemingen niet concreet hoeven te worden beoordeeld;
 - in dit verband is in het arrest British Airways uitdrukkelijk verklaard dat daartoe [voorwaarden voor toepassing van artikel 82, lid 2, onder c), EG] discriminatie ten aanzien van handelspartners die onderling in een concurrentieverhouding staan, als misbruik kan worden beschouwd zodra het gedrag van de onderneming met een machtspositie, gelet op alle omstandigheden van het concrete geval, tot doel heeft, de mededinging tussen deze handelspartners te verstoren. In een dergelijk geval kan niet worden geëist dat bovendien het bewijs wordt geleverd van een kwantificeerbare daadwerkelijke verslechtering van de mededingingspositie van de handelspartners individueel beschouwd (punt 145);
 - deze redenering is volledig bevestigd in het arrest van het Gerecht van 9 september 2009, Clearstream, waarin met betrekking tot het concrete geval werd geconstateerd dat de mededinging werd verstoord en punt 145 van het arrest British Airways werd herhaald, met de toevoeging dat de toepassing van verschillende prijzen voor gelijkwaardige diensten ten aanzien van een handelspartner door een onderneming met een feitelijk monopolie op de upstream-markt, en dit onafgebroken gedurende vijf jaar, niet anders dan tot een concurrentienadeel voor die partner kon leiden (punten 194 en 195);

- gelet op een en ander moet dan ook redelijkerwijs worden betwijfeld of de motivering van het besluit om niet te vervolgen een nieuwheid met betrekking tot het begrip benadeling of mededingingsverstoring bevat die relevant is voor de toepassing van artikel 102, onder c), VWEU, althans dat zij geen rechtstreekse steun vindt in de uit de arresten *British Airways* en *Clearstream* voortvloeiende rechtspraak.