

**Sag C-161/24****Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

29. februar 2024

**Forelæggende ret:**

Krajský soud v Brně (Tjekkiet)

**Afgørelse af:**

29. februar 2024

**Sagsøger:**

OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním, z.s.

**Sagsøgt:**

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

**Hovedsagens genstand**

Hovedsagens genstand er et spørgsmål om, hvorvidt en organisation for kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder har misbrugt sin dominerende stilling ved hos indkvarteringssteder at opkræve afgifter for adgang til tv- og radioudsendelser i værelser, uanset om disse værelser var optaget eller ej.

**Præjudicielle spørgsmål**

1. Skal artikel 102, litra a), [TEUF] fortolkes således, at det udgør misbrug af dominerende stilling som omhandlet i denne artikel, at en kollektiv forvaltningsorganisation, der i en medlemsstat har et faktisk monopol, over for enheder, der driver indkvarteringssteder, anvender afgifter for licensudstedelse for overføring af værker, der er beskyttet af ophavsretten, ved hjælp af tv- eller radioapparater, der er stillet i værelser til privat indkvartering af gæster, uden at der ved fastsættelsen af disse afgifter er taget hensyn til, i hvilken grad de enkelte værelser på de respektive indkvarteringssteder faktisk er optaget?

2. Såfremt det første præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende, skal denne praksis vurderes i forhold til (a) anvendelse af urimelige forretningsbetingelser, eller (b) anvendelse af for høje priser?

– Såfremt vurderingen skal foretages i forhold til anvendelse af urimelige forretningsbetingelser, hvilken konkret test skal der anvendes?

– Såfremt vurderingen skal foretages i forhold til anvendelse af for høje priser, hvilken konkret test skal der anvendes – den almindelige »United Brands-test«, eller en nærmere modificeret udgave af denne test?

3. Er det med henblik på at bevise, at praksis som omhandlet i det første spørgsmål udgør en krænkelse af artikel 102, litra a), TEUF, nødvendigt at godtgøre en faktisk eller potentiel skadevirkning på konkurrencen (herunder på forbrugervelfærden samt hvorvidt en dominerende virksomheds praksis har ført til udnyttelse af dens konkurrenter)?

4. Er det med henblik på at bevise, at praksis som omhandlet i det første spørgsmål udgør en krænkelse af artikel 102, litra a), TEUF, nødvendigt at godtgøre en mærkbar virkning af praksis på samhandelen mellem Den Europæiske Unions medlemsstater, eller er en begrundet forudsætning om, at denne praksis kan have en sådan virkning tilstrækkelig, uden at det er nødvendigt at undersøge denne påvirknings reelle niveau?

#### **Anførte EU-retlige forskrifter**

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter »TEUF«): artikel 102

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel [101 og 102 TEUF]: artikel 3 og 5

#### **Anførte nationale forskrifter**

Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (lov nr. 143/2001 om beskyttelse af konkurrencen):

§ 11, stk. 1, litra a):

»Det er forbudt at misbruge en dominerende stilling til skade for andre konkurrenter eller forbrugere. Misbrug af en dominerende stilling består navnlig af: a) direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige forretningsbetingelser i aftaler, der indgås med andre markedsdeltagere, herunder navnlig påtvingelse af en ydelse, der på tidspunktet for aftalens indgåelse tydeligt ikke står i et rimeligt forhold til den leverede modydelse.«

§ 22a, stk. 1, litra c):

»En juridisk eller fysisk person, der driver økonomisk virksomhed, begår en krænkelse som konkurrent, hvis den [udelades] c) misbruger sin dominerende stilling i strid med § 11, stk. 1.«

### **Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i sagen samt parternes anbringender**

- 1 Sagsøgeren er en ud af seks kollektive forvaltningsorganisationer i Tjekkiet, der har et faktisk monopol på dette område <sup>1</sup>. I perioden fra den 19. maj 2008 til den 6. november 2014 opkrævede sagsøgeren hos hoteller og øvrige indkvarteringssteder i Tjekkiet afgifter for adgang til tv- og radioudsendelser i værelser, også selv om visse af disse værelser ikke var optaget. Afgifter havde samme størrelse uanset, om værelserne i virkeligheden var optaget. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (den tjekkiske myndighed for konkurrencebeskyttelse, herefter »konkurrencemyndigheden«) fandt i afgørelse af 18. december 2019 (herefter »konkurrencemyndighedens afgørelse«), at sagsøgeren havde misbrugt sin dominerende stilling og overtrådt forbuddet som omhandlet i artikel 102, litra a), TEUF. Som følge heraf pålagde konkurrencemyndigheden sagsøgeren en bøde på 10 676 000 CZK (der svarer til omtrent 429 000 EUR) og påbødte sagsøgeren at bringe adfærden til ophør.
- 2 Ifølge konkurrencemyndigheden havde sagsøgerens adfærd påtvunget urimelige forretningsbetingelser på markedet for udstedelse af licenser på ophavsrettigheder til musikalske, litterære, dramatiske, dramatisk-musikalske, koreografiske, pantomimiske, audiovisuelle værker, billedkunstværker, arkitekturværker og den visuelle del af audiovisuelle værker, der sendes ved hjælp af tv- eller radioapparater og anlæg i værelser på indkvarteringssteder i Tjekkiet. Sagsøgeren havde derved misbrugt sin dominerende stilling til skade for virksomheder, der drev indkvarteringssteder og potentielt påvirkede samhandelen mellem medlemsstater på området for udøvelsen af ophavsrettigheder.
- 3 Sagsøgeren klagede over denne afgørelse til formanden for konkurrencemyndigheden, der forkastede klagen ved afgørelse af 23. november 2020 (herefter »formandens afgørelse«). Sagsøgeren har anlagt et søgsmål ved den forelæggende ret til prøvelse af den sidstnævnte afgørelse.

### **De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter**

- 4 Sagens parter er ikke uenige om de faktiske omstændigheder, der har givet anledning til sagen, men om den retlige kvalifikation i lyset af artikel 102, litra a), TEUF. Sagens parter er navnlig uenige om, hvilken retspraksis fra Domstolen, der skal lægges til grund for prøvelse af realiteten.

<sup>1</sup> Jf. Domstolens dom af 27.2.2014, OSA, (C-351/12).

- 5 Sagens parter er uenige om i alt fem omtvistede spørgsmål angående EU-retten, navnlig: i) om SABAM-dommen<sup>2</sup> skal finde anvendelse i sagen, ii) hvorvidt den gennemførte test for urimelige forretningsbetingelser var anvendt korrekt, iii) hvorvidt dommen i United Brands-sagen<sup>3</sup>, SABAM-sagen, og AKKA-sagen<sup>4</sup>, finder anvendelse i sagen, såfremt det lægges til grund, at sagsøgerens adfærd skal vurderes i forhold til anvendelse af for høje priser, iv) hvorvidt den materielretlige betingelse om fordrejning af konkurrencen er opfyldt og det hermed forbundne spørgsmål om bevisbyrden, og v) godtgørelse af en mærkbar påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater.

*i) Relevansen af SABAM-dommen*

- 6 I modsætning til formanden for konkurrencemyndigheden har sagsøgeren gjort gældende, at SABAM-dommen er relevant for nærværende sag. Dommens faktiske omstændigheder og retlige forhold ligner de foreliggende i nærværende sag. Selv om SABAM-dommen handlede om et fast tarif, der tog udgangspunkt i mængden af de udførte musikværker, hvorimod det i nærværende sag handler om et fast tarif under hensyntagen til modtagernes størrelse, således at hensynet med andre ord ikke tages til værelsebelægningen, kan det ifølge sagsøgeren ikke føre til et andet resultat og i tvisten i nærværende sag i princippet angår den samme problemstilling – prøvelse af en adfærd, der består i anvendelse af *en bestemt metode til beregningen af afgifter*<sup>5</sup>.
- 7 I SABAM-sagen foretog Domstolen vurdering af, hvorvidt misbrug af en dominerende stilling fandt sted, ikke i forhold til kriteriet om *urimelige forretningsbetingelser* men til gengæld i forhold til kriteriet om *anvendelse af for høje priser*. Ifølge sagsøgeren burde det samme kriterium være anvendt af konkurrencemyndigheden. Sagsøgeren har gjort gældende, at konkurrencemyndigheden begik en grov fejl ved ikke at have anvendt det samme kriterium.
- 8 Sagsøgeren har i øvrigt gjort gældende, at genstanden for vurderingen skal omfatte hele tariffen. Som det fremgår af SABAM-dommen bør kollektive forvaltningsorganisationer ikke pålægges en forpligtelse til under alle omstændigheder at tage hensyn til nærmere bestemte faktorer, der er karakteristiske for forskelligartede områder for reproduktion af musikværker. Disse organisationer bør ikke undergives begrænsninger for så vidt angår valg af

<sup>2</sup> Domstolens dom af 25.11.2020, SABAM (C-372/19, herefter »SABAM-dommen«).

<sup>3</sup> Domstolens dom af 14.2.1978, United Brands (C-27/76, herefter »United Brands-dommen«).

<sup>4</sup> Domstolens dom af 14.9.2017, AKKA (C-177/16, herefter »AKKA-dommen«).

<sup>5</sup> Jf. generaladvokat Pitruzzellas forslag til afgørelse SABAM (C-372/19, punkt 17).

en metode til at fastsætte størrelsen af afgifter, forudsat at metoden ikke fører til for høje afgiftstakster<sup>6</sup>.

- 9 Ifølge sagsøgeren var afgiften i SABAM-sagen altid opkrævet, i hvert fald delvis, også for disse værker, der ikke var blevet udført under festivalen. I nærværende sag var afgifter opkrævet delvist også for de perioder, hvor enkelte værelser ikke var optaget. Sagsøgeren har gjort gældende, at formanden for konkurrencemyndigheden ikke tog hensynet til de faktiske forskelle mellem opkrævningen af afgifter for overføring af musikværker til almenheden under festivaler (således som det var tilfældet i SABAM-sagen) og overføring af musikværker til almenheden i værelser på indkvarteringssteder. Det hører til en festivals natur, at musikværker overføres til almenheden. Det kan ikke udelukkes, at der under en festival ikke overføres et eneste musikværk fra en bestemt kollektiv forvaltningsorganisations repertoire. I så fald ville en opkrævning af afgifter være ugrundet.
- 10 Afgifter for overføring af musikværker til almenheden i værelser på indkvarteringssteder opkræves en gang om året og betales bagud til den kollektive forvaltningsorganisation. Med en til visshed grænsende sandsynlighed vil mindst én gæst indkvarteres på hvert sådant værelse i løbet af året. I løbet af et år, som er sagsøgerens afregningsperiode for opkrævning af afgifter, blev ophavsretsbeskyttede musikværker overført til almenheden i næsten 100% af værelserne.
- 11 Formanden for konkurrencemyndigheden er til gengæld af den opfattelse, at SABAM-dommen ikke finder anvendelse i nærværende sag. Størrelsen af afgifter, der var opkrævet af det kollektive forvaltningsselskab i SABAM-sagen, var fastsat med udgangspunkt i en tarif, der angiveligt ikke stod i et rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den tjenesteydelse, som den kollektive organisation leverede. Med det præjudicielle spørgsmål, der gav anledning til SABAM-dommen, ønskedes det nærmere oplyst bl.a., hvor detaljeret den tarif, som anvendes af en kollektiv forvaltningsorganisation med dominerende stilling, skal være for at undgå at dennes dominerende stilling misbruges.
- 12 Forskellen mellem disse to situationer består i, hvorvidt et musikværk overføres til almenheden, og hvorvidt der består en ydelse og en modydelse. I nærværende sag fandt en overføring af et musikværk til almenheden ikke sted (i de ledige værelser). I den sag, der gav anledning til afsigelse af dom i SABAM-sagen, var der tale om – beviselige – tilfælde af overføring af et musikværk til almenheden. Såfremt intet værk var overført til almenheden, ville der ikke opstå et berettiget krav om betaling af afgiften<sup>7</sup>. I henhold til SABAM-dommen »skal den afgift, der

<sup>6</sup> Jf. SABAM-dommen, præmis 46

<sup>7</sup> Jf. generaladvokat Pitruzzellas forslag til afgørelse SABAM, punkt 80.

anvendes af et kollektivt forvaltningsselskab, tage antallet af de musikværker, der faktisk bruges, i betragtning«<sup>8</sup>.

- 13 Ifølge formanden for konkurrencemyndigheden var det alene følgende spørgsmål, der reelt var genstanden for Domstolens vurdering i SABAM-sagen: a) hvor stor andel af SABAM's repertoire, der blev overført til b) hvor mange modtagere og hvorvidt den tarif, der efterfølgende var anvendt, var i overensstemmelse med artikel 102, litra a), TEUF. I modydelse for den leverede ydelse (overføring af musikværker til almenheden) var det kollektive forvaltningsselskab berettiget til at opkræve ophavsretlige afgifter. Det er dog ikke sagsøgerens tilfælde. I de ledige værelser på indkvarteringssteder fandt overføring af musikværker til almenheden overhovedet ikke sted, men virksomhederne, der drev disse indkvarteringssteder, ikke desto mindre betalte for ydelser, som de reelt ikke havde modtaget. Derfor holder konkurrencemyndigheden fast ved, at der ikke af SABAM-dommen kan udledes nogle anvisninger, der er relevante for bedømmelsen af sagsøgerens adfærd, der ikke skulle vurderes ud fra kriteriet om påtvingelse af urimelige priser.
- 14 Ifølge formanden for konkurrencemyndigheden vedrørte SABAM-dommen ganske vist spørgsmålet om lovligheden af anvendelsen af en bestemt tarif, men kun under den forudsætning, at det var muligt at bevise, at et musikværk overhovedet var overført til almenheden. Følgende er anført i præmis 41 i SABAM-dommen: »[udelades] afgifterne fra en sådan ordning [udgør] modydelsen for overføring af disse musikværker til almenheden«.

*ii) Korrekt gennemførelse af testen for urimelige forretningsbetingelser*

- 15 Sagsøgeren er ikke enig med konkurrencemyndigheden i, at metoden for at fastsætte en pris skal bedømmes i lyset af kriteriet om anvendelse af urimelige forretningsbetingelser. Desuden har sagsøgeren gjort gældende, at konkurrencemyndigheden lagde forkert beslutningspraksis<sup>9</sup> til grund, foretog en forkert fortolkning af denne praksis og drog forkerte konklusioner. Del af den anførte beslutningspraksis vedrørte en dominerende virksomheds adfærd med alvorlige skadevirkninger for konkurrenterne til følge. Endvidere støttede konkurrencemyndigheden sig på STIM-dommen, der handlede om praksis for opkrævning af for høje priser, samtidig med at have afvist at anvende SABAM-dommen, der også angik for høje priser.

<sup>8</sup> Jf. SABAM-dommen, præmis 50.

<sup>9</sup> Kommissionens afgørelse af 2.6.1971, GEMA (71/224), Domstolens dom af 27.3.1974, BRT (C-127/73, herefter »dommen i sagen BRT«) Kommissionens afgørelse af 20.4.2001, DSD (2001/463/EC, COMP D3/344493, herefter »Kommissionens afgørelse i sagen DSD«), Rettens dom af 24.5.2007, DSD (T-151/01) og Domstolens dom af 11.12.2008, STIM (C-52/07, herefter »STIM-dommen«).



- 16 Sagsøgeren har gjort gældende, at der i henhold til Unionens beslutnings- og retspraksis samt den relevante litteratur<sup>10</sup>, i tilfælde af misbrug af en dominerende stilling ved anvendelse af urimelige forretningsbetingelser, skal gennemføres en tre-trins test, hvis formål er at vurdere: i) hvorvidt en bestemt forretningsbetingelse er uden tilknytning til aftalens formål eller ikke er nødvendig for, at aftalens tilsigtede virkninger kan opnås, ii) hvorvidt en bestemt forretningsbetingelse er til skade for aftalens anden part, og iii) hvorvidt en bestemt forretningsbetingelse er upassende eller urimelig. Imidlertid gennemførte konkurrencemyndigheden ikke de to første trin af testen og foretog blot vurderingen af forretningsbetingelserne ud fra et abstrakt kriterium af »rimelighed«.
- 17 Ifølge formanden for konkurrencemyndigheden finder disse beslutninger og afgørelser anvendelse i nærværende sag. Kommissionen og Domstolen har allerede beskæftiget sig med samme adfærd, dvs. påtvingelse af urimelige forretningsbetingelser (med undtagelse af STIM-dommen). Ifølge formanden er denne beslutningspraksis ikke blevet ændret endnu. Den afgørende betydning for vurderingen af en given adfærd er, hvorvidt denne er absolut nødvendig for at opnå det tilsigtede mål, idet det er nødvendigt at undersøge, hvorvidt en kollektiv forvaltningsorganisation tager alle tilstedeværende interesser i betragtning for at sikre en afvejning af den optimale frihed for forfattere til at disponere over deres værk over for den effektive udøvelse af deres rettigheder<sup>11</sup>.
- 18 Angående anbringendet om, at der ikke er gennemført en tre-trins test på en korrekt måde, har formanden for konkurrencemyndigheden anført, at ham bekendt findes der ikke nogen beslutninger fra Kommissionen eller afgørelser fra Unionens retsinstanser, hvori en sådan test blev gennemført, og sagsøgeren i den henseende alene har henvist til litteraturen. En sådan test med hensyn til urimelige forretningsbetingelser nævnes imidlertid ikke i øvrig udenlandsk litteratur. Tværtimod, det angives, at det på grund af et fåtal tilfælde af misbrug af en dominerende stilling ved påtvingelse af urimelige forretningsbetingelser er vanskeligt at opfinde en test, der kunne finde anvendelse. De tester, som Kommissionen og Domstolen har benyttet sig af, tager imidlertid hensynet til de konkurrencebegrænsende virkninger af en bestemt forretningsbetingelse og dens begrundelse<sup>12</sup>. Det var dermed ikke nødvendigt at gennemføre en tre-trins test i nærværende tilfælde. Det var tilstrækkeligt, at konkurrencemyndigheden undersøgte proportionaliteten af betingelsen i forhold til modydelsen, samt hvorvidt der eventuelt forelå nogle legitime grunde for sagsøgerens adfærd.

<sup>10</sup> O'Donoghue, Robert, Padilla, Jorge i: *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. 3. udg. Oxford: Hart Publishing, 2020, side 1043.

<sup>11</sup> Jf. dommen i sagen BRT.

<sup>12</sup> González-Díaz F.E., Snelders R i: *EU Competition Law. Volume V. Abuse of Dominance under Article 102 TFEU*. Claeys & Casteels Law Publishers nv, 2013, side 692.

19 Med hensyn til STIM-dommen har formanden for konkurrencemyndigheden gjort gældende, at selv om dommen ganske vist angik for høje priser, beskæftigede den sig primær med nogle konceptuelle problemstillinger i forbindelse med fortolkningen af artikel 102 TEUF, og at Domstolen i dommen formulerede et proportionalitetsprincip, hvis anvendelse ifølge formanden for konkurrencemyndigheden kan udvides til urimelige forretningsbetingelser. Af SABAM-dommen fremgår ifølge formanden for konkurrencemyndigheden ikke nogen konceptuelle anvisninger, der kunne finde anvendelse i sagsøgerens tilfælde.

*iii) Relevansen af dommen i United Brands-sagen, AKKA-sagen og SABAM-sagen, hvis sagsøgerens adfærd skal bedømmes ud fra kriteriet om anvendelse af for høje priser*

20 Sagsøgeren har gjort gældende, at hvis konkurrencemyndigheden havde foretaget vurderingen af sagsøgerens adfærd på den korrekte måde, dvs. ud fra kriteriet om anvendelse af for høje priser, ville de af sagsøgeren anvendte afgifter ikke være blevet vurderet som for høje. De tester, der finder anvendelse, fremgår af domme i sager United Brands, AKKA og SABAM. Ved at have bedømt sagsøgerens adfærd som påtvingelse af urimelige forretningsbetingelser forsøgte konkurrencemyndigheden at gå uden om nødvendigheden af inddragelse af disse domme.

21 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at testen til vurdering af for høje priser i henhold til den anførte praksis består af følgende to trin: i) vurderingen af, om der består et urimeligt forhold mellem de faktisk afholdte omkostninger og den faktisk opkrævede pris og i bekræftende fald ii) vurderingen af, om der er tale om påtvingelse af en pris, som enten i sig selv eller i forhold til prisen for konkurrerende varer er urimelig<sup>13</sup>, eller om den er urimelig i sammenligning med de takster, der finder anvendelse i andre medlemsstater, hvor det findes passende under hensyntagen til specifikke brugersegmenter<sup>14</sup>.

22 Sagsøgeren har gjort gældende, at den ikke overtrådte artikel 102 TEUF. Med hensyn til det første trin i den ovenfor anførte test har sagsøgeren understreget, at der ikke findes en anden metode til nøjagtig at fastslå værelsesbelægning på indkvarteringssteder, således at det lovlige formål, nemlig at sikre forfatternes interesser, opfyldes samtidig med at undgå en uforholdsmæssig forhøjelse af udgifterne til forvaltning af kontrakterne og kontrollen med anvendelsen af de ophavsretligt beskyttede musikværker i sagsøgers varetægt. Sagsøgeren har ikke mulighed for konstant at føre kontrol med værelsesbelægning på hvert indkvarteringssted. Med hensyn til det andet trin af testen har sagsøgeren endvidere tilføjet, at selv hvis der fandtes en anden metode til at fastslå værelsesbelægningen, ville niveauet for ophavsretlige afgifter være passende i

<sup>13</sup> Jf. United Brands-dommen, præmis 252.

<sup>14</sup> Jf. AKKA-dommen, domskonklusionens punkt 2.



sammenligning med de afgifter, der anvendes af udenlandske kollektive forvaltningsorganisationer, hvilket bekræftes af data, som konkurrencemyndigheden brugte i den administrative procedure.

- 23 Formanden for konkurrencemyndigheden har anført, at genstanden for bedømmelsen ikke var sagsøgerens adfærd ud fra kriteriet om for høje priser, men ud fra kriteriet om urimelige forretningsbetingelser, idet urimelige forretningsbetingelser som omhandlet i artikel 102 TEUF udgør misbrug af en dominerende stilling, der består i, at en virksomhed med dominerende stilling påtvinger urimelige forretningsbetingelser, især betingelser, der på tidspunktet for aftaleindgåelse ikke står i et rimeligt forhold til modydelsen.

*iv) Det materielretlige element af konkurrencefordrejning og det hermed forbundne beviskrav*

- 24 Ifølge sagsøgeren tog konkurrencemyndigheden ikke stilling til, hvorvidt den manglende hensyntagen til værelsebelægningen havde ført til konkurrencefordrejning. Sagsøgeren har gjort gældende, at en dominerende virksomheds adfærd ikke i henhold til retspraksis kan kvalificeres som misbrug, hvis der som følge af denne adfærd ikke opstår selv en beskeden konkurrencebegrænsende virkning. Det er tilstrækkeligt at godtgøre, at denne adfærd kan have en konkurrencebegrænsende virkning, dog må den konkurrencebegrænsende virkning ikke være af rent hypotetisk karakter<sup>15</sup>. En godtgørelse af en konkurrencebegrænsende virkning er ikke nødvendigt, når en adfærd har denne virkning til formål (*by object*)<sup>16</sup>, således dog, at der må foreligge pålidelige og solide erfaringer for, at det kan fastslås, at denne praksis er skadelig for konkurrencen<sup>17</sup>. Konkurrencemyndigheden henviste imidlertid ikke til omstændigheder af denne art, og sagsøgeren gjorde gældende, at manglende hensyntagen til værelsebelægningen på indkvarteringssteder ikke kan anses for en sådan adfærd fra de kollektive forvaltningsorganisationer.

- 25 Sagsøgeren er endvidere uenig med en udtalelse fra formanden for konkurrencemyndigheden, hvorefter det ikke er nødvendigt at godtgøre den faktiske virkning for konkurrencen, idet [ifølge formanden for konkurrencemyndigheden] betingelserne for at kunne fastslå, at der anvendes urimelige forretningsbetingelser, allerede er opfyldt, når disse forretningsbetingelser blot medfører en risiko for konkurrencebegrænsende virkninger. [Sagsøgeren har hertil anført, at] det i henhold til retspraksis er

<sup>15</sup> Jf. Domstolens dom af 6.12.2012, AstraZeneca (C-457/10 P, præmis 112), af 17.12.2011, TeliaSonera (C-52/09, herefter »TeliaSonera-dommen«), af 6.10.2015, Post Danmark (C-23/14, præmis 65).

<sup>16</sup> Jf. Domstolens dom af 30.1.2020, Paroxetine (C-307/18, præmis 155).

<sup>17</sup> Domstolens dom af 2.4.2020, Budapest Bank (C-228/18, præmis 76 og 79).

konkurrencemyndigheden, der skal godtgøre, at »konkurrencen »faktisk« er blevet hindret, indskrænket eller fordrejet»<sup>18</sup>.

- 26 Det er ifølge sagsøgeren uklart, hvorledes virksomheder, der driver indkvarteringssteder, kunne påføres en skade med hensyn til deres konkurrencemæssige stilling<sup>19</sup>. Konkurrencemyndigheden kritiserede ganske vist sagsøgerens metode for at fastsætte størrelsen af afgifter men ikke deres størrelse. Afgifternes størrelse kunne – uden risiko for en sanktion – være højere, hvis sagsøgeren anvendte den af konkurrencemyndigheden anbefalede metode for at fastsætte priser. Som følge af den anvendte metode kunne sagsøgeren ikke opnå en såkaldt »monopolgevinst«. For selv hvis flere kollektive organisationer for forvaltning af ophavsrettigheder konkurrerede med hinanden på markedet, ville de med sikkerhed ikke konkurrere på, hvilken af disse organisationer der tager hensyn til værelsebelægningen. Konkurrencen ville være baseret på prisen og deres respektive repertoire. En metode for at fastsætte priser er ikke en konkurrenceparameter.
- 27 Sagsøgeren har gjort gældende, at forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling har til formål at forhindre praksis, der har direkte eller indirekte virkning for forbrugernes velfærd<sup>20</sup>. Sagsøgte godtgjorde ikke en skadelig virkning på forbrugervelfærden<sup>21</sup>. I stedet for at bruge den i retspraksis anerkendte standard anvendte sagsøgte blot et uklart begreb af »rimelighed«. Sagsøgte godtgjorde ej heller, at sagsøgerens adfærd havde ført til udnyttelse, selv om sagsøgerens adfærd blev af sagsøgte således kvalificeret – idet sagsøgte burde have godtgjort, at den pågældende forretningsbetingelse fører til: i) en fordrejning af markedsstrukturen, der påvirker forbrugervelfærden, eller ii) en krænkelse af det menneskelige samfunds grundlæggende værdier, som forbrugernes deltagelse i kulturliv utvivlsomt hører under.<sup>22</sup>
- 28 Formanden for myndigheden har anført, at det er tilstrækkeligt for den konkurrencefordrejning, der udgør den materielretlige betingelse for en overtrædelse, at den blot er af truende karakter. Myndigheden anså i hvert fald ikke sagsøgerens praksis som konkurrencebegrænsende på grund af formålet med denne praksis (*by object*), idet det i så tilfælde ikke er nødvendigt at bevise, at den pågældende praksis havde konkurrencebegrænsende virkninger. Af myndighedens

<sup>18</sup> Jf. Rettens dom af 12.12.2018, Servier (T-691/14, præmis 1129), Domstolens dom af 30.6.1966, C-56/65 (LTM, præmis 359 og 360) eller Rettens dom af 12.12.2018, Krka (T-684/14, præmis 361).

<sup>19</sup> Domstolens dom af 19.4.2018, MEO (C-525/16, især præmis 37, herefter »dommen i sagen MEO).

<sup>20</sup> Domstolens dom af 27.3.2012, Post Danmark I (C-209/10, herefter »dommen i sagen Post Danmark I«).

<sup>21</sup> Domstolens dom af 12.5.2022, SEN (C-377/20).

<sup>22</sup> Jf. generaladvokat Pitruzzellas forslag til afgørelse SABAM, punkt 22.

afgørelse fremgår, at sagsøgeren fordrejede konkurrencen, fordi sagsøgeren udnyttede sine handelspartnere ved at påtvinge dem urimelige forretningsbetingelser uden en objektiv begrundelse, og derved påførte dem en materiel skade, idet handelspartnerne reelt set ikke havde andre muligheder<sup>23</sup>.

- 29 Med hensyn til skadevirkningen og argumentationen, der er baseret på MEO-dommen, har formanden for konkurrencemyndigheden tilføjet, at skadebegrebet i Unionens beslutnings- og retspraksis defineres meget bredt<sup>24</sup>. Sagsøgerens adfærd havde en tydelig indvirkning på omkostningerne og indtægterne af virksomheder, der drev indkvarteringssteder, og på deres konkurrencemæssige stilling, der blev forringet.
- 30 Ifølge konkurrencemyndighedens formand fremgår det af retspraksis, at forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling ikke alene tager sigte på handlemåder, der kan være umiddelbar skadelige for forbrugerne, men ligeledes praksis, som er skadelige for dem ved at påvirke en effektiv konkurrencestruktur<sup>25</sup>. Med henblik på at træffe afgørelse om, hvorvidt konkurrentens adfærd udgør misbrug, er det ikke nødvendigt at efterprøve, om denne adfærd havde påført forbrugerne en skade. Det er tilstrækkeligt at efterprøve, om den pågældende adfærd havde haft en konkurrencebegrænsende virkning på konkurrenterne<sup>26</sup>. Konkurrencemyndigheden har ganske vist ikke godtgjort, at sagsøgerens adfærd påvirkede forbrugerne (og det var konkurrencemyndigheden ikke forpligtet til at gøre), men har bevist, at denne adfærd påvirkede andre konkurrenter, der var sagsøgerens aftalepartnere – dvs. virksomheder, der drev indkvarteringssteder.
- 31 Ifølge formanden for konkurrencemyndigheden, der har støttet sig på dommen i sagen United Brands, begik sagsøgeren en konkurrencebegrænsende adfærd, der bestod i påtvingelsen af urimelige forretningsbetingelser, og udnyttede faktisk aftalepartnere (virksomheder der drev indkvarteringssteder). Kernen i den adfærd, der fører til udnyttelsen, er, at en dominerende virksomhed drager en uforholdsmæssig fordel, på bekostning af virksomhedens aftalepartnere, af den i forvejen svækkede konkurrence, og dermed yderligere bidrager til konkurrencens forvriddning. Det er netop det, hvad sagsøgeren gjorde.
- 32 Ej heller dommen i sagen Post Danmark I kan føre til et andet resultat med hensyn til formandens opfattelse, hvorefter myndigheden ikke behøver at bevise en skadelig virkning af den omhandlede adfærd på forbrugervelfærden. Sagsøgerens adfærd udgør en praksis, der ikke påvirker forbrugerne direkte, men indirekte – ved at påvirke sagsøgerens handelspartnere. Dommen i sagen Post Danmark I handlede primær om et ekskluderende misbrug af en dominerende stilling,

<sup>23</sup> Jf. Kommissionens afgørelse i sagen DSD, punkt 111–115.

<sup>24</sup> Jf. TeliaSonera-dommen, præmis 64.

<sup>25</sup> Jf. Domstolens dom af 21.2.1973, Continental Can (6/72, præmis 36).

<sup>26</sup> Jf. Domstolens dom af 15.3.2007, British Airways (C-95/04 P, præmis 106 og 107).

hvorimod sagsøgerens adfærd bestod af udnyttelsen af handelspartnerne – virksomheder der drev indkvarteringssteder, og ikke af elimineringen af disse fra konkurrencen.

v) *Godtgørelse af en mærkbar påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater*

- 33 Sagsøgeren har gjort gældende, at to betingelser skal være opfyldt for at artikel 102 TEUF kan bringes i anvendelse, navnlig: i) at en virksomhed har en dominerende stilling på det indre marked eller en væsentlig del heraf, og ii) at samhandelen mellem medlemsstater mærkbart påvirkes af virksomhedens adfærd.
- 34 Sagsøgeren har indrømmet, at den indtager en dominerende stilling på en betydelig del af det indre marked. Sagsøgeren har dog bestridt, at dens adfærd (dvs. metoden for at fastsætte en pris) i sig selv kunne føre til en forhøjelse af vederlag, der skal udbetales til udenlandske rettighedshavere<sup>27</sup>. Selv om det ifølge konkurrencemyndighedens formand var tilstrækkeligt, at denne adfærd blot kunne have en mærkbar virkning på samhandelen mellem medlemsstater, ville der ikke desto mindre være tale om et ubetydeligt beløb, når de samlede indtægter af de repræsenterede ophavsmænd er taget i betragtning. Sagsøgte godtgjorde dermed ikke, at den omhandlede adfærd have en *mærkbar virkning* på samhandelen mellem medlemsstater.
- 35 Formanden for konkurrencemyndigheden har understreget, at myndigheden har støttet sig på Domstolens praksis samt Kommissionens meddelelse – Retningslinjer vedrørende begrebet *påvirkning af handelen mellem medlemsstater*<sup>28</sup>. Det er tilstrækkeligt, at en virksomheds adfærd kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, og det er ikke nødvendigt at efterprøve indgribens reelle omfang<sup>29</sup>. Domstolen fandt, at afgifter, der opkræves af en kollektiv organisation for forvaltning af ophavsrettigheder, der indtager en monopolstilling, kan have virkning på den grænseoverskridende handel, og at artikel 102 TEUF derfor finder anvendelse i en sådan situation<sup>30</sup>. I domme i sagen STIM og i sagen AKKA<sup>31</sup> fandt Domstolen, at en kollektiv forvaltningsorganisations afgiftsordning kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, hvis den pågældende organisation forvalter såvel indenlandske som udenlandske ophavsmænds rettigheder. Selv sagsøgeren har indrømmet også

<sup>27</sup> Jf. AKKA-dommen, præmis 29.

<sup>28</sup> *Commission Notice – Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty*, (2004/C 101/07), tilgængelig under linket: <https://bit.ly/4bMnQsc>].

<sup>29</sup> Rettens dom af 7.10.1999, Irish Sugar (T-228/97, præmis 170), eller Domstolens dom af 1.2.1978, Miller International Schallplatten GmbH (19/77, præmis 15).

<sup>30</sup> Jf. Domstolens dom af 13.7.1989, Tournier (395/87, præmisser 35–38), af 13.7.1989, Lucazeau m.fl. (110/88, 241/88 og 242/88, præmisser 21–25).

<sup>31</sup> Jf. STIM-dommen, præmis 23, og AKKA-dommen, præmis 29.

at have forvaltet udenlandske forfatters værker, sagsøgerens adfærd har således virkning på konkurrencen ikke alene i Tjekkiet, men også i andre medlemsstater.

### **Kortfattet begrundelse for forelæggelsen**

- 36 Ifølge den forelæggende ret har Domstolen ikke hidtil taget stilling til de problemstillinger, som nærværende sag har givet anledning til – hvorvidt manglende hensyntagen til værelsebelægningen på indkvarteringssteder i forbindelse med fastsættelse af størrelse af ophavsretlige afgifter kan udgøre misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 102, litra a), TEUF. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt det af SABAM-dommen kan – således som sagsøgeren har gjort gældende – udledes konkrete retningslinjer, der skal finde anvendelse i forbindelse med efterprøvelsen af sagsøgerens adfærd, der ikke ved opkrævningen af afgifter hos indkvarteringssteder tog hensyn til værelsebelægningen.
- 37 Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt konkurrencemyndigheden burde have vurderet sagsøgerens adfærd ud fra: a) urimelig høje priser (sagsøgerens standpunkt), eller b) handelspraksis uden objektiv begrundelse (konkurrencemyndighedens standpunkt), har Domstolen ikke i sin praksis foreslået en løsning i form af tydelige kriterier, som de nationale myndigheder kunne lægge til grund for valget af en af de to mulige indgangsvinkler, og hvilken test der skal gennemføres i et konkret tilfælde.
- 38 Der hersker stadig usikkerhed med hensyn til rækkevidden af den materielretlige betingelse for at kunne fastslå, at en overtrædelse er begået, navnlig en konkurrencefordrejning, det vil sige, hvorvidt denne betingelse er opfyldt, når en bestemt adfærd blot medfører en risiko for konkurrencefordrejning, eller hvorvidt myndigheden burde have godtgjort, at sagsøgerens adfærd havde medført mindst en beskeden faktisk konkurrencebegrænsende virkning. Såfremt det påhvilede myndigheden at godtgøre dette forhold, ville det føre til det næste spørgsmål, navnlig, hvorvidt det endvidere er nødvendigt at godtgøre en direkte eller indirekte påvirkning af forbrugervelfærden, eller godtgøre, at sagsøgerens adfærd førte til udnyttende misbrug til skade for sagsøgerens handelspartnere.
- 39 Det fører til et yderligere spørgsmål, navnlig, hvorvidt det er nødvendigt at godtgøre en mærkbar virkning af sagsøgerens adfærd på samhandelen mellem medlemsstater (sagsøgerens standpunkt), eller det er tilstrækkeligt med en begrundet forudsætning om, at en sådan virkning kan finde sted, således at der ikke er behov for at undersøge denne påvirknings reelle omfang (myndighedens standpunkt). Det er en af betingelserne for anvendelsen af artikel 102 TEUF.
- 40 Der er dermed tale om sagsøgerens væsentlige grundlæggende rettigheder, der fremgår af Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, navnlig frihed til at oprette og drive egen virksomhed (artikel 16), ejendomsret (artikel 17) samt adgang til effektive retsmidler og til en upartisk domstol (artikel 47).