

Asunto C-161/24**Resumen de la petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

29 de febrero de 2024

Órgano jurisdiccional remitente:

Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno, República Checa)

Fecha de la resolución de remisión:

29 de febrero de 2024

Parte demandante:

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

Parte demandada:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Objeto del procedimiento principal

El procedimiento principal versa sobre la controversia de si una sociedad de gestión colectiva ha abusado de su posición dominante, cobrando a los establecimientos de alojamiento por el uso de televisión y radio en las habitaciones, independientemente de si esas habitaciones estaban ocupadas.

Cuestiones prejudiciales

1. ¿Debe interpretarse el artículo 102, letra a), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el sentido de que constituye abuso de posición dominante a efectos de ese artículo la práctica de una sociedad de gestión colectiva, que detenta un monopolio de hecho en un Estado miembro, consistente en cobrar tarifas a establecimientos de alojamiento por la concesión de licencias para poner a disposición obras protegidas por derechos de autor mediante aparatos de televisión y de radio, instalados en habitaciones destinadas al hospedaje privado de huéspedes, sin que esas tarifas tengan en cuenta el uso efectivo de las diferentes habitaciones de los referidos establecimientos de alojamiento?

2. En caso de que se responda afirmativamente a la primera cuestión prejudicial, ¿debe examinarse esta práctica desde el punto de vista (a) de la imposición de condiciones de transacción no equitativas o (b) de la imposición de precios excesivos?

– Cuando el estándar pertinente sea el de la imposición de condiciones de transacción no equitativas, ¿qué test concreto debe practicarse para su evaluación?

– Cuando el estándar pertinente sea el de la imposición de precios excesivos, ¿qué test concreto debe practicarse para su evaluación: el «test United Brands» general o una determinada versión modificada de este?

3. Para probar una infracción del artículo 102, letra a), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ¿es necesario acreditar, en relación con la práctica mencionada en la primera cuestión prejudicial, un efecto negativo real o potencial sobre la competencia (incluidos la repercusión sobre el bienestar de los consumidores y los efectos de la explotación de la práctica de la entidad dominante)?

4. Para probar una infracción del artículo 102, letra a), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ¿es necesario acreditar, en relación con la práctica mencionada en la primera cuestión prejudicial, un efecto sensible sobre el comercio entre los Estados miembros o es suficiente que pueda presumirse fundadamente que dicho efecto podría darse, sin que sea necesario examinar su alcance real?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TFUE»): artículo 102.

Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas [en los artículos 101 y 102 TFUE]: artículos 3 y 5.

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (Ley n.º 143/2001, de defensa de la competencia):

Artículo 11, apartado 1, letra a):

«Está prohibido el abuso de la posición dominante en perjuicio de los demás competidores o consumidores. Constituye un abuso de la posición dominante especialmente: a) imponer directa o indirectamente cláusulas no equitativas en los contratos celebrados con otros operadores del mercado, especialmente imponer

una prestación que, en el momento de la celebración del contrato, resulte claramente desproporcionada a la contraprestación ejecutada».

Artículo 22a, apartado 1, letra c):

«Una persona jurídica o una persona física que ejerza una actividad económica cometerá una infracción como competidor cuando [...] c) abuse de su posición dominante infringiendo el artículo 11, apartado 1».

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 La parte demandante es una de las seis entidades de gestión colectiva en Chequia, que ostenta un monopolio efectivo a este respecto.¹ Durante el período del 19 de mayo de 2008 al 6 de noviembre de 2014 cobró a hoteles y a otros establecimientos de alojamiento en Chequia unas tarifas por la posibilidad de utilizar televisión y radio en las habitaciones, incluso si algunas de estas habitaciones no habían sido ocupadas. Las tarifas eran las mismas, con independencia de si, en realidad, las habitaciones habían sido utilizadas. El Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Oficina de defensa de la competencia; en lo sucesivo, «Oficina»), mediante resolución de 18 de diciembre de 2019 (en lo sucesivo, «resolución de la Oficina») declaró que la parte demandante había abusado de la posición dominante y que había vulnerado la prohibición resultante del artículo 102 TFUE, letra a). En consecuencia, le impuso una sanción por importe de 10 676 000 CZK (es decir, cerca de 429 000 euros), prohibiéndole el comportamiento imputado.
- 2 En opinión de la Oficina, mediante su actuación la parte demandante había impuesto condiciones de transacción no equitativas en el mercado de concesión de licencias para el goce de los derechos de autor a las obras musicales, literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas, audiovisuales, a las obras de obras visuales, de arquitectura y de la parte visual de las obras audiovisuales mediante aparatos que permiten la transmisión por radio y televisión en las habitaciones de los establecimientos de alojamiento en Chequia. Por tanto, había abusado de la posición dominante en perjuicio de los operadores de los establecimientos de alojamiento, afectando potencialmente el comercio entre los Estados miembros en lo relativo al ejercicio de los derechos de autor.
- 3 La parte demandante interpuso un recurso contra la resolución de la Oficina, que fue desestimado por el Presidente de la Oficina mediante resolución de 23 de noviembre de 2020 (en lo sucesivo, «resolución del Presidente de la Oficina»). La parte demandante recurrió dicha resolución ante el órgano jurisdiccional remitente.

¹ Véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2014, OSA (C-351/12).

Alegaciones de las partes en el procedimiento principal

- 4 Las partes del procedimiento no debaten sobre los hechos subyacentes en el litigio, sino sobre la calificación jurídica de esta situación a la luz del artículo 102 TFUE, letra a). En particular, las partes del procedimiento están disconformes respecto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la que hay que basarse para apreciar el fondo del asunto.
- 5 Las partes del procedimiento no están conformes sobre un total de cinco cuestiones relativas al Derecho de la Unión, que son: i) la posibilidad de aplicar la sentencia SABAM;² ii) la corrección del test practicado respecto de las condiciones de transacción no equitativas; iii) la posibilidad de aplicar las sentencias United Brands,³ SABAM y AKKA,⁴ cuando la actuación de la parte demandante estuviera sometida al examen desde un punto de vista de la imposición de precios excesivos; iv) el elemento material de la distorsión de la competencia y el requisito probatorio inherente a este; así como v) la acreditación de un efecto sensible sobre el comercio entre los Estados miembros.

i) Posibilidad de aplicar la sentencia SABAM

- 6 A diferencia del Presidente de la Oficina, la parte demandante considera que el presente litigio puede dirimirse a la luz de la sentencia SABAM. Este se le asemeja lo más posible desde el aspecto de los hechos y del Derecho. Pese a que en el asunto SABAM se trataba de una estimación a tanto alzado del número de las obras realizadas, mientras que en el presente litigio se trata de una estimación a tanto alzado del volumen de los destinatarios, es decir, la no consideración de la ocupación de las habitaciones, en opinión de la parte demandante no cambia la esencia del litigio y, por regla general, se trata de la misma cuestión: la naturaleza de la actuación consistente en la *forma de determinación* del canon.⁵
- 7 El Tribunal de Justicia examinó el asunto SABAM desde el punto de vista del criterio de un abuso de la posición dominante que no consiste *en las condiciones de transacción no equitativas*, sino *en la imposición de precios excesivos*. En opinión de la parte demandante, debería haberse aplicado ese criterio por la Oficina. La parte demandante entiende que ello ha supuesto un vicio manifiesto de la Oficina.

² Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre de 2020, SABAM (C-372/19) (en lo sucesivo, «sentencia SABAM»).

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, United Brands (C-27/76) (en lo sucesivo, «sentencia United Brands»).

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, AKKA (C-177/16) (en lo sucesivo, «sentencia AKKA»).

⁵ Con remisión a las conclusiones del Abogado General presentadas en el asunto SABAM (punto 17).

- 8 Además, en opinión de la parte demandante, la tarifa del canon debería examinarse como un todo. Con arreglo a la sentencia SABAM, no debe imponerse a la sociedad de gestión colectiva la obligación de tener en cuenta todos los supuestos de los elementos concretos pertinentes para los diferentes campos de reproducción de las obras musicales. Estos no deberían estar sujetos a los límites relativos a la forma de determinación del canon, siempre que esta forma no dé lugar a un importe excesivo de la tarifa.⁶
- 9 En opinión de la parte demandante, en el asunto SABAM se devengaba siempre la remuneración, al menos parcialmente, también por obras que no habían sido ejecutadas durante el festival. En el presente litigio, las remuneraciones también se habían devengado por el período por el que las habitaciones concretas no habían sido ocupadas. La parte demandante alega que el Presidente de la Oficina no toma en consideración las diferencias fácticas entre el pago de las tarifas por el canon por la comunicación de obras en festivales (como sucedía en el asunto SABAM) y en las habitaciones de los establecimientos de alojamiento. Por la misma naturaleza de los festivales se deduce que tiene lugar en ellos la comunicación al público de las obras. Sin embargo, puede ocurrir que en un festival concreto no tenga lugar la comunicación al público de, siquiera, una obra del repertorio de la sociedad de gestión colectiva. En esa situación, la reclamación de que se pague el canon podría no estar justificada.
- 10 El canon por la comunicación al público de obras en las habitaciones de los establecimientos de alojamiento se paga a la sociedad de gestión colectiva una vez por año vencido. Con una certidumbre rayana a la seguridad, durante ese período del año en cada habitación se hospedarán como mínimo un huésped. En el período del año por el que la parte demandante aplica el canon, prácticamente en el 100 % de las habitaciones ha tenido lugar la comunicación de una obra protegida por derechos de autor.
- 11 El Presidente de la Oficina considera, en cambio, que en este caso no resulta aplicable la sentencia SABAM. El importe del canon reclamado por la sociedad de gestión colectiva en el asunto SABAM resultaba de una tarifa que supuestamente no se correspondía con el valor económico de los servicios prestados por la sociedad de gestión colectiva. La cuestión prejudicial en el asunto en el que se dictó la sentencia SABAM pretendía, entre otros, determinar con qué exactitud la sociedad de gestión colectiva que ostenta una posición dominante puede aplicar una tarifa de modo que no abuse de la posición dominante.
- 12 La diferencia entre estos dos supuestos estriba en el aspecto de la comunicación al público de la obra y en el de la existencia de una prestación y de una contraprestación. En el presente litigio, no ha tenido lugar la comunicación al público de la obra (en las habitaciones que no habían estado ocupadas). Sin embargo, en el asunto resuelto mediante la sentencia SABAM se daba —en una forma demostrable— la comunicación al público de la obra. Si no hubiese tenido

⁶ Apartado 46 de la sentencia SABAM.

lugar la comunicación al público de la obra, la remuneración no se hubiese devengado.⁷ Con arreglo a la sentencia SABAM «la remuneración aplicada por una sociedad de gestión colectiva debe tener en cuenta la cantidad de obras musicales protegidas por los derechos de autor realmente utilizada».⁸

- 13 En opinión del Presidente de la Oficina, en la sentencia SABAM se dilucidaba exclusivamente: a) qué volumen del repertorio gestionado por SABAM había sido comunicado; b) a qué número de destinatarios y si el canon aplicado seguidamente se correspondía con el artículo 102 TFUE. En contraprestación del servicio prestado (la comunicación al público de la obra) la sociedad de gestión colectiva tenía derecho a reclamar el canon. Sin embargo, ello no ocurre en el caso de la parte demandante. En las habitaciones de los establecimientos de alojamiento que no estuvieron ocupadas, no tuvo lugar en absoluto la comunicación al público de la obra y los operadores de los establecimientos de alojamiento pagaban por unos servicios que, en realidad, no habían recibido. Por ello, la parte demandada sostiene que la sentencia SABAM no proporciona directrices para valorar las prácticas de la parte demandante, que no deberían examinarse desde el punto de vista de la imposición de precios indebidos.
- 14 En opinión del Presidente de la Oficina, el objeto del asunto SABAM versaba ciertamente sobre la legalidad de la aplicación de una tarifa determinada del canon, pero sólo cuando hubiese tenido lugar una comunicación al público demostrable de la obra. En el apartado 41 de la sentencia SABAM se declaró: «[...] las remuneraciones resultantes de tal baremo constituyen la contrapartida debida por la comunicación al público de las mencionadas obras musicales».

ii) Corrección del test practicado de las condiciones de transacción no equitativas

- 15 La parte demandante disiente de la Oficina acerca de si debe examinarse el método de determinación del precio desde el punto de vista de la aplicación de las cláusulas ilícitas. Además, la Oficina invocó una práctica decisoria inadecuada,⁹ la interpretó erróneamente y realizó una valoración incorrecta. Una parte de la práctica decisoria se refería, de hecho, a un comportamiento de la empresa dominante que tuviera unos efectos negativos graves sobre la competencia. Asimismo, se basó en la sentencia STIM, la cual, sin embargo, versaba sobre la práctica del devengo de precios excesivos, negándose a aplicar la sentencia SABAM, que también versaba sobre precios excesivos.

⁷ Punto 80 de las conclusiones del Abogado General presentadas en el asunto SABAM.

⁸ Apartado 50 de la sentencia SABAM.

⁹ Decisión de la Comisión de 2 de junio de 1971, GEMA (71/224); sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 1974, BRT (C-127/73, en lo sucesivo, «sentencia BRT»); Decisión de la Comisión de 20 de abril de 2001, DSD (2001/463/EC, COMP D3/344493; en lo sucesivo, «Decisión de la Comisión dictada en el asunto DSD»); sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2007, DSD, T-151/01; así como sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2008, STIM (C-52/07, en lo sucesivo, «sentencia STIM»).

- 16 La parte demandante alega que, conforme a la práctica decisoria de la Unión y a la doctrina pertinente,¹⁰ en caso de un abuso de la posición dominante consistente en la imposición de condiciones de transacción no equitativas, se practica un test compuesto por tres fases, en el marco del cual se evalúa: i) si la condición de transacción no guarda relación con el fin del contrato o no se necesita para garantizar su efecto esperado; ii) si la condición de transacción causa daños a la otra parte del contrato; así como iii) si la condición de transacción no es pertinente, ni equitativa. No obstante, la Oficina no ha practicado las dos primeras fases del test y, al margen de este test, se ha referido únicamente a un cierto tipo de «equidad» abstracta de las condiciones de transacción.
- 17 El Presidente de la Oficina considera que son aplicables estas decisiones. La Comisión y los tribunales de la Unión se han ocupado de esta misma práctica, es decir, de la imposición de condiciones de transacción no equitativas (con la excepción de la sentencia STIM). En su opinión, esta práctica decisoria no ha variado. Reviste una importancia fundamental para valorar una práctica dada la cuestión de su necesidad absoluta para alcanzar la intención pretendida, si bien es necesario comprobar que la sociedad de gestión colectiva haya tomado en consideración todos los intereses en juego, para asegurar el equilibrio entre la máxima libertad de disposición de los derechos por los autores y la gestión eficaz de sus derechos.¹¹
- 18 Por cuanto se refiere a la alegación de que no se ha practicado debidamente el test en tres fases, el Presidente de la Oficina no conoce ninguna decisión concreta de la Comisión, ni de los tribunales de la Unión, en la que se hubiese aplicado ese test, habiendo invocado la parte demandante exclusivamente la doctrina jurídica. Sin embargo, en otra literatura jurídica extranjera no se menciona ese test respecto de las condiciones de transacción no equitativas. Al contrario, se alega que, debido al pequeño número de casos de abuso de la posición dominante, consistentes en la imposición de cláusulas ilícitas, resulta difícil determinar los test que deberían practicarse. Con todo, los test practicados por la Comisión y el Tribunal de Justicia tienen en cuenta los efectos contrarios a la competencia de una condición dada y su motivación.¹² Por tanto, en este supuesto no era necesario practicar el test de tres fases. Era suficiente que la Oficina examinara la proporcionalidad de la condición de transacción respecto a la contraprestación y a la existencia de posibles motivos justificados para el comportamiento de la parte demandante.
- 19 Respecto a la sentencia STIM, el Presidente de la Oficina considera que, aunque en ella se trataba de precios excesivos, estaba dedicada a cuestiones conceptuales

¹⁰ O'Donoghue, Robert; Padilla, Jorge, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. 3ª edición. Oxford: Hart Publishing, 2020, p. 1043.

¹¹ Con remisión a la sentencia BRT.

¹² González-Díaz F.E., Snelders, *EU Competition Law. Volume V. Abuse of Dominance under Article 102 TFEU*. Claeys & Casteels Law Publishers n.º 2013, p. 692).

relacionadas con la interpretación del artículo 102 TFUE y el Tribunal de Justicia desarrolló en aquella sentencia el principio de proporcionalidad, el cual, en opinión del Presidente de la Oficina, puede extenderse también a las condiciones de transacción no equitativas. Por el contrario, la sentencia SABAM no incluye, en su opinión, conclusiones conceptuales que resulten aplicables al supuesto de la parte demandante.

iii) Posibilidad de aplicar las sentencias United Brands, AKKA y SABAM, cuando la actuación de la parte demandante estuviera sometida al examen desde un punto de vista de la imposición de precios excesivos

- 20 La parte demandante considera que si la Oficina hubiese calificado el comportamiento de la parte demandante como debía, es decir, desde el punto de vista de la imposición de los precios excesivos, el canon aplicado por este concepto no resultaba excesivo. Los test aplicables resultan de las sentencias United Brands, AKKA y SABAM. La Oficina, al calificar el comportamiento de la parte demandante en el sentido de que supone la imposición de condiciones de transacción no equitativas, intenta eludir la necesidad de aplicar estas sentencias.
- 21 Adicionalmente, la parte demandante alega que, con arreglo a esa jurisprudencia, el test para valorar los precios excesivos se compone de las siguientes dos fases: i) la apreciación de si existe una desproporción excesiva entre el coste efectivamente soportado y el precio exigido; y en caso afirmativo, ii) el examen de si se ha impuesto un precio no equitativo en términos absolutos o en comparación con los productos competidores,¹³ o bien en comparación con las tarifas aplicables en otros Estados miembros en el supuesto correspondiente, con especial consideración de los segmentos concretos de los usuarios.¹⁴
- 22 La parte demandante considera que no ha infringido el artículo 102 TFUE. Respecto de la primera fase del test citado anteriormente señala que no existe otro método que permita identificar exactamente la ocupación de las habitaciones en los establecimientos de alojamiento para lograr al mismo tiempo el fin legal de la protección de los intereses de los autores y evitar un incremento desmesurado de los gastos inherentes a la gestión de los contratos, así como de la supervisión del disfrute de las obras musicales protegidas, que tutela la parte demandante. La parte demandante no tiene capacidad de comprobar constantemente la ocupación de cada establecimiento de alojamiento. Respecto de la segunda fase del test, la parte demandante añade que, aunque existiese otro método para identificar la ocupación de las habitaciones, el nivel del canon sería adecuado en comparación con los cánones de las entidades extranjeras de gestión colectiva, lo que también lo corroboran los datos de la Oficina utilizados en el procedimiento administrativo.

¹³ Apartado 252 de la sentencia United Brands.

¹⁴ Sentencia AKKA, punto 2 del fallo.

23 El Presidente de la Oficina señaló que no ha calificado las prácticas de la parte demandante desde la perspectiva de los precios excesivos, sino la de las cláusulas ilícitas, puesto que constituye un indicio de estas en el sentido del artículo 102 TFUE una práctica de abuso de la posición dominante consistente en la imposición de cláusulas ilícitas por una empresa que ostenta una posición dominante, especialmente unas cláusulas que, en el momento de celebración del contrato resultan claramente desproporcionadas respecto a la contraprestación.

iv) Elemento material de la distorsión de la competencia y requisito probatorio inherente a este

24 Según la parte demandante, la Oficina no ha abordado la cuestión de si se ha producido una distorsión de la competencia por la falta de consideración de la ocupación de las habitaciones al fijar las tarifas del canon. Aduce que, con arreglo a la jurisprudencia, el comportamiento de la empresa que ostenta una posición dominante no puede considerarse abusivo si en el mercado no se ha dado siquiera un efecto insignificante contrario a la competencia. Es suficiente acreditar un efecto potencial contrario a la competencia, si bien no puede serlo un efecto de naturaleza meramente hipotética.¹⁵ No es necesario acreditar el efecto contrario a la competencia en caso de prácticas contrarias a la competencia por el objeto (*by object*),¹⁶ en cuyo caso sin embargo debe existir una experiencia adecuada y demostrable que apunte a su naturaleza contraria a la competencia.¹⁷ No obstante, la Oficina no lo ha invocado y, en opinión de la parte demandante, no constituye una práctica de este tipo la falta de consideración por la sociedad de gestión colectiva de la ocupación de las habitaciones de los establecimientos de alojamiento.

25 La parte demandante tampoco está de acuerdo con la opinión del Presidente de la Oficina, con arreglo a la cual no es necesario acreditar la repercusión efectiva sobre la competencia, puesto que los indicios de la imposición de cláusulas ilícitas consisten exclusivamente en la creación del riesgo. En efecto, conforme a la jurisprudencia, la autoridad competente en materia de competencia debe acreditar que «“de hecho” ha tenido lugar la evitación, la restricción o el falseamiento de la competencia».¹⁸

¹⁵ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia: de 6 de diciembre de 2012, AstraZeneca (C-457/10 P, apartado 112); de 17 de diciembre de 2011, TeliaSonera (C-52/09; en lo sucesivo, «sentencia TeliaSonera»); de 6 de octubre de 2015, Post Danmark (C-23/14, apartado 65).

¹⁶ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020, Paroxetine (C-307/18, apartado 155).

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2020, Budapest Bank (C-228/18, apartados 76 y 79).

¹⁸ Véanse la sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2018, Servier (T-691/14, apartado 1129); la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, C-56/65 (LTM, apartados 359 y 360) o la sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2018, Krka (T-684/14, apartado 361).

- 26 En opinión de la parte demandante no resulta claro cómo los operadores de los establecimientos de alojamiento pueden haber sufrido un daño en materia de competencia.¹⁹ En efecto, la Oficina imputa a la parte demandante el método de fijación del canon, no su importe. El importe del canon podría ser mayor —sin riesgo de ser sancionado— si la parte demandante hubiese respetado el método preferido por la Oficina de determinación de los precios. A raíz del método de fijación de las tarifas del canon, la parte demandante no pudo obtener la llamada ventaja monopolística. Aun cuando en el mercado operasen numerosas entidades de gestión colectiva concurrentes entre sí, seguramente no competirían entre sí por el hecho de cuál de ellas tiene en cuenta la ocupación de los establecimientos de alojamiento. La competencia se fundaría en el precio y en la extensión del repertorio. El método de determinación de los precios no constituye un elemento de competencia.
- 27 La parte demandante alega que la prohibición del abuso de la posición dominante tiene por fin impedir prácticas que afecten directa o indirectamente el bienestar de los consumidores.²⁰ La parte demandada no ha acreditado la repercusión negativa en el bienestar de los consumidores.²¹ En lugar de este estándar, aceptado en la jurisprudencia, ha utilizado el término impreciso de «equidad». La parte demandada tampoco ha acreditado los efectos, que dan lugar al abuso, del comportamiento de la parte demandante, aunque así los ha calificado —debiendo haber acreditado a este respecto que la condición de transacción provoca: i) una distorsión de la estructura del mercado que afecta el bienestar de los consumidores o ii) la vulneración de los valores fundamentales de la sociedad humana, entre los cuales se incluye con seguridad también la vida cultural de los consumidores.²²
- 28 El Presidente de la Oficina señala que la distorsión de la competencia exigida como requisito material de la infracción sólo tiene carácter de creación del riesgo. En todo caso, la parte demandada no ha tratado las prácticas de la parte demandante como contrarias a la competencia por el objeto (*by object*), respecto de las cuales no sea necesario acreditar los efectos contrarios a la competencia. De la resolución de la Oficina resulta que la parte demandante ha distorsionado la competencia, puesto que se ha aprovechado de sus socios comerciales, imponiéndoles condiciones de transacción no equitativas sin motivos objetivos, causando un daño material a sus socios comerciales en una situación en la que estos prácticamente no tenían otras posibilidades.²³

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2018, MEO (C-525/16, en particular, el apartado 37; en lo sucesivo, «sentencia MEO»).

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 2012, Post Danmark I (C-209/10) (en lo sucesivo, «sentencia Post Danmark I»).

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2022, SEN (C-377/20).

²² Véase el punto 22 de las conclusiones del Abogado General presentadas en el asunto SABAM.

²³ Véanse los apartados 111 a 115 de la Decisión de la Comisión en el asunto DSD.

- 29 En relación con el daño y los razonamientos que se basan en la sentencia MEO, el Presidente de la Oficina añade que la jurisprudencia de la Unión define el daño de la forma más amplia.²⁴ El comportamiento de la parte demandante afectó claramente los gastos y los beneficios de los operadores de los establecimientos de alojamiento y ha empeorado su posición competitiva.
- 30 En opinión del Presidente de la Oficina, de la jurisprudencia se deduce que la prohibición de abuso de la posición dominante no concierne exclusivamente las prácticas que pueden generar un daño directo a los consumidores, pero también aquellas prácticas que les dañan al atentar contra la estructura de una competencia efectiva.²⁵ A fin de pronunciarse sobre el hecho de si el comportamiento del competidor es abusivo no es necesario examinar si este comportamiento ha causado un perjuicio a los consumidores. Basta verificar si ha tenido un efecto restrictivo sobre la competencia.²⁶ Ciertamente, la Oficina no ha acreditado que el comportamiento de la parte demandante haya afectado a los consumidores (y no tenía por qué hacerlo), pero ha acreditado que ha afectado a otros competidores, que eran los clientes de la parte demandante, es decir, los operadores de establecimientos de alojamiento.
- 31 En opinión del Presidente de la Oficina, que se ha basado en la sentencia *United Brands*, la parte demandante ha cometido una acción contraria a la competencia, consistente en la imposición de cláusulas ilícitas, aprovechándose efectivamente de los clientes (los operadores de los establecimientos de alojamiento). La esencia de las prácticas que dan lugar al abuso es que la empresa que ostenta una posición dominante no debería, con daño para sus clientes, obtener unas ventajas excesivas de una competencia debilitada, distorsionándola así aún más. Sin embargo, esto es lo que precisamente ha llevado a cabo la parte demandante.
- 32 En opinión del Presidente de la Oficina, su postura, conforme al cual no debe probar un efecto negativo del comportamiento en el bienestar de los consumidores, tampoco la cambia la sentencia *Post Danmark I*. En efecto, el comportamiento de la parte demandante es una práctica que no afecta directamente a los consumidores, sino indirectamente, mediante los socios comerciales de la parte demandante. En la sentencia *Post Danmark I* se trataba efectivamente ante todo de una práctica excluyente, que constituía un abuso de la posición dominante, mientras que el comportamiento de la parte demandante consistía, sin embargo, en el aprovechamiento de los socios comerciales — operadores de establecimientos de alojamiento— y no en su exclusión de la competencia.

²⁴ Apartado 64 de la sentencia *TeliaSonera*.

²⁵ Apartado 36 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, *Continental Can* (6/72).

²⁶ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2007, *British Airways* (C-95/04 P, apartados 106 y 107).

v) *Acreditación de un efecto sensible en el comercio entre Estados miembros*

- 33 La parte demandante considera que la aplicación del artículo 102 TFUE requiere del cumplimiento de dos criterios, que son: i) la posición dominante de la empresa en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, así como ii) un efecto sensible de su comportamiento sobre el comercio entre los Estados miembros.
- 34 La parte demandante reconoce que ostenta una posición dominante en una parte sustancial del mercado interior. Sin embargo, niega que su comportamiento (es decir, el método de fijación del precio) lleve por sí mismo al incremento de las tarifas del canon pagadas a los artistas extranjeros.²⁷ Aun cuando en la opinión del Presidente de la Oficina era suficiente la mera posibilidad de su efecto sensible sobre el comercio entre los Estados miembros, aun así, en el contexto de los ingresos totales de los autores representados, se trata de una cantidad insignificante. Por tanto, la parte demandada no ha acreditado que el comportamiento examinado haya afectado de *una forma sensible* al comercio entre los Estados miembros.
- 35 El Presidente de la Oficina subraya que la Oficina se ha basado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y en la Comunicación de la Comisión sobre la interpretación del concepto de *efecto sobre el comercio entre los Estados miembros*.²⁸ El efecto sobre el comercio entre los Estados miembros puede también ser potencial y no es necesario examinar el grado real de injerencia.²⁹ El Tribunal de Justicia ha considerado que las tarifas cobradas por una sociedad de gestión colectiva de los derechos de autor, que ostenta una posición de monopolio, pueden afectar el comercio transfronterizo y que por ello en esta situación resulta aplicable el artículo 102 TFUE.³⁰ En las sentencias STIM y AKKA,³¹ el Tribunal de Justicia ha declarado que el comercio entre los Estados miembros puede verse afectado por las prácticas tarifarias de una sociedad de gestión, cuando esa entidad gestiona además los derechos de titulares extranjeros. La misma parte demandante reconoce que gestiona asimismo con obras de autores extranjeros, por lo que su conducta afecta la competencia no sólo en Chequia, sino también en otros Estados miembros.

²⁷ Véase el apartado 29 de la sentencia AKKA.

²⁸ *Comunicación de la Comisión — Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado* (2004/C-101/07), disponibles en la dirección: <https://bit.ly/4bMnQsc>.

²⁹ Sentencia del Tribunal General de 7 de octubre de 1999, Irish Sugar (T-228/97, apartado 170), o sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 1978, Miller International Schallplatten GmbH (19/77, apartado 15).

³⁰ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia: de 13 de julio de 1989, Tournier (395/87, apartados 35 a 38); de 13 de julio de 1989, Lucazeau y otros (110/88, 241/88 y 242/88, apartados 21 a 25).

³¹ Apartado 23 de la sentencia STIM y apartado 29 de la sentencia AKKA.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 36 En opinión del órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia todavía no ha examinado la cuestión objeto del presente litigio, esto es, de si la no consideración de la ocupación de las habitaciones en los establecimientos de alojamiento en la tarifa del canon puede suponer un abuso de la posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE, letra a). El órgano jurisdiccional remitente se plantea si —como entiende la parte demandante— de la sentencia SABAM pueden deducirse normas concretas que resulten aplicables a la calificación de la práctica de la parte demandante, que no había tenido en cuenta la ocupación de las habitaciones en el canon cobrado a los establecimientos de alojamiento.
- 37 Respecto a la cuestión de si la Oficina debería haber valorado el comportamiento de la parte demandante desde el punto de vista: a) de los precios excesivos (postura de la parte demandante), o b) de las prácticas comerciales injustificadas (postura de la Oficina), el Tribunal de Justicia no ha propuesto en su jurisprudencia una solución consistente en criterios concretos, con arreglo a los cuales las autoridades nacionales puedan evaluar cuál de estas dos vías debe seguirse y qué test debe practicarse en un supuesto dado.
- 38 Sigue existiendo incertidumbre respecto de la resolución del problema del elemento material de la infracción consistente en la distorsión de la competencia, es decir, si ese elemento únicamente se reduce a crear un riesgo o bien si la Oficina debería haber acreditado que el comportamiento de la parte demandante ha generado siquiera unos insignificantes efectos fácticos contrarios a la competencia. Si la Oficina tuviera la obligación de acreditarlo, ello llevaría a la siguiente pregunta de si es también necesario acreditar el efecto directo o indirecto sobre el bienestar de los consumidores, o bien el efecto de las prácticas que llevan al abuso en perjuicio de los socios comerciales de la parte demandante.
- 39 Ello también es inherente a la pregunta de si es necesario acreditar un efecto sensible del comportamiento de la parte demandante sobre el comercio entre los Estados miembros (postura de la parte demandante) o bien si es suficiente una suposición fundada de que dicho efecto puede darse y, por tanto, no es necesario examinar su alcance real (postura de la Oficina). Se trata de uno de los requisitos de aplicación del artículo 102 TFUE.
- 40 Por consiguiente, entran en juego los derechos fundamentales de la parte demandante, recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a saber, la libertad de empresa (artículo 16), el derecho a la propiedad (artículo 17) y el derecho a un juicio justo (artículo 47).