

Affaire C-161/24**Demande de décision préjudicielle****Date de dépôt :**

29 février 2024

Jurisdiction de renvoi :

Krajský soud v Brně (cour régionale de Brno, République tchèque)

Date de la décision de renvoi :

29 février 2024

Partie requérante :

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

Partie défenderesse :

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

ORDONNANCE

Le Krajský soud v Brně [OMISSIS] (cour régionale de Brno, République tchèque ; ci-après la « juridiction de céans »), dans l'affaire opposant

la partie requérante : **OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním, z.s.** (Union pour la protection du droit d'auteur dans les œuvres musicales ; ci-après l'« OSA »)
[OMISSIS] Prague,

à la partie défenderesse : **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže** (Bureau de protection de la concurrence, République tchèque ; ci-après l'« Úřad »)
[OMISSIS] Brno

ayant pour objet le recours introduit contre la décision du président de l'Úřad du 23 novembre 2020, portant la référence ÚOHS-37341/2020/310/AŠi,

a rendu la décision suivante :

I. Les questions préjudicielles suivantes sont déférées à la Cour :

1. *L'article 102, [second alinéa], sous a), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) peut-il être interprété en ce sens que constitue un abus de position dominante au sens de cet article, la pratique d'un organisme de gestion collective qui dispose dans un État membre d'un monopole de fait et qui applique à l'égard des exploitants d'établissements d'hébergement des prix qui ne prennent pas en compte le taux d'occupation réel des différentes chambres desdits établissements d'hébergement, en contrepartie de l'octroi d'une licence pour la mise à disposition d'œuvres d'auteur au moyen de récepteurs de télévision et de radio installés dans des chambres destinées à l'hébergement privé de clients ?*

2. *En cas de réponse affirmative à la première question préjudicielle, y-a-t-il lieu d'apprécier une telle pratique sous l'angle a) de l'application de conditions de transaction non équitables, ou (b) de l'application de prix excessifs ?*

– *Si la règle pertinente est l'application de conditions de transaction non équitables, quel critère spécifique doit être utilisé pour l'apprécier ?*

– *Si la règle pertinente est l'application de prix excessifs, quel critère spécifique doit être utilisé pour l'apprécier : le critère « United Brands » usuel ou une version adaptée de celui-ci ?*

3. *Afin d'établir une violation de l'article 102, [second alinéa], sous a), TFUE résultant de la pratique visée à la première question posée, faut-il démontrer l'existence d'effets négatifs réels ou potentiels sur la concurrence (y compris les incidences sur le bien-être des consommateurs et les effets d'exploitation de la pratique de l'entité dominante) ?*

4. *Afin d'établir une violation de l'article 102, [second alinéa], sous a), TFUE résultant de la pratique visée à la première question posée, faut-il démontrer que ladite pratique affecte sensiblement le commerce entre États membres de l'Union, ou suffit-il que l'on puisse raisonnablement présumer la possibilité d'une telle incidence sans qu'il soit nécessaire d'en examiner l'étendue réelle ?*

II. [OMISSIS] [procédure nationale]

Motivation :

I. Faits pertinents

- 1 L'OSA est l'un des six organismes de gestion collective d'œuvres d'auteur en République tchèque (<https://bit.ly/3SJz88U>). L'Úřad a jugé que l'OSA avait abusé de sa position dominante et violé l'interdiction posée à l'article 102,

[second alinéa], sous a), TFUE. Il l'a condamné à ce titre à une amende d'un montant de 10 676 000 couronnes tchèques (CZK) (soit environ 429 000 euros). Il lui a également interdit d'avoir recours à la pratique reprochée (voir en annexe la décision de l'Úřad du 18 décembre 2019, portant la référence ÚOHS-S0249/2018/DP-35137/2019/830/DK1 ; ci-après la « décision de l'Úřad »).

- 2 En termes plus simples, l'affaire porte sur le fait qu'entre 2008 et 2014, l'OSA a facturé aux hôtels et autres établissements d'hébergement en République tchèque des redevances en contrepartie de la possibilité d'utiliser la télévision et la radio dans leurs chambres, même lorsque certaines d'entre elles n'étaient pas occupées. Les redevances étaient identiques, que les chambres soient effectivement utilisées ou non. Par conséquent, les établissements d'hébergement devaient payer le même montant également pour les chambres restées vides et pour celles dans lesquelles les clients n'utilisaient nullement les services en cause.
- 3 Il ressort du résumé des faits dans la décision de l'Úřad que l'OSA a abusé de sa position dominante spécifiquement en ce qu'*« en contrepartie de l'octroi de licences aux prestataires de services d'hébergement sur le territoire de la République tchèque pour la mise à disposition d'œuvres au moyen d'appareils techniquement capables de recevoir des émissions de radio et de télévision et pour la mise à disposition d'œuvres à partir d'enregistrements audio ou audiovisuels au moyen d'un dispositif technique, pour les personnes hébergées dans des espaces destinés à une utilisation privée par ces personnes, dans le cadre de la fourniture de services liés à l'hébergement, l'OSA a appliqué entre le 19 mai 2008 et le 6 novembre 2014, sans justification objective, les tarifs de redevance fixés dans son barème de redevances au titre des droits d'auteur pour la représentation et l'exécution d'œuvres musicales, littéraires, dramatiques, dramatico-musicales, chorégraphiques, de pantomimes, d'œuvres audiovisuelles, plastiques, d'architecture et les éléments visuels des œuvres audiovisuelles, sans tenir compte, dans ces tarifs, de la fréquence d'utilisation des lieux d'hébergement (taux d'occupation des établissements d'hébergement), et il a ainsi exigé de la part des prestataires de services d'hébergement le paiement de redevances au titre des droits d'auteur y compris pour les chambres inoccupées dans lesquelles il n'y a pas eu utilisation d'œuvres mises à disposition »* (c'est la juridiction de céans qui souligne).
- 4 Selon l'Úřad, ce faisant l'OSA a imposé des conditions de transaction non équitables :
 - sur le marché de l'octroi de licences pour l'utilisation des droits d'auteur *sur les œuvres musicales* au moyen d'appareils audio et audiovisuels, y compris d'appareils permettant la diffusion d'émissions de radio ou de télévision dans les chambres des établissements d'hébergement en République tchèque,

- sur le marché de l’octroi de licences pour l’utilisation des droits d’auteur *sur les œuvres littéraires, dramatiques, dramatico-musicales, chorégraphiques, audiovisuelles et les pantomimes* au moyen d’appareils permettant la diffusion d’émissions de radio ou de télévision dans les chambres des établissements d’hébergement en République tchèque, et
- sur le marché de l’octroi de licences pour l’utilisation des droits d’auteur *sur les œuvres plastiques, d’architecture et la composante visuelle des œuvres audiovisuelles* au moyen d’appareils permettant la diffusion d’émissions de télévision dans les chambres des établissements d’hébergement en République tchèque.

Par conséquent, il a abusé de sa position dominante au détriment des fournisseurs de services d’hébergement. Il a aussi potentiellement affecté le commerce entre États membres dans le domaine de l’exercice des droits d’auteur.

- 5 L’OSA a introduit un recours hiérarchique contre la décision de l’Úřad. Le président de l’Úřad a rejeté ce recours (voir en annexe la décision du président de l’Úřad du 23 novembre 2020, portant la référence ÚOHS-37341/2020/310/AŠi ; ci-après la « décision du président de l’Úřad »). C’est précisément cette décision que l’OSA attaque dans le cadre du présent recours devant la juridiction de céans.

II. Cadre juridique

II. a) Le droit de l’Union

- 6 L’article 102 TFUE dispose :
- « Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d’en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d’exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.
- Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :
- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d’achat ou de vente ou d’autres conditions de transaction non équitables, [...]. »
- 7 L’article 3 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101 et 102 TFUE], intitulé « Rapport entre les articles [101 et 102 TFUE] et les droits nationaux de la concurrence », dispose :
- « [...] Lorsque les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à une pratique abusive interdite par l’article [102 TFUE], elles appliquent également l’article [102 TFUE]. »

- 8 L'article 5 de ce même règlement, intitulé « Compétence des autorités de concurrence des États membres », dispose en son premier alinéa :

« Les autorités de concurrence des États membres sont compétentes pour appliquer les articles [101 et 102 TFUE] dans des cas individuels. À cette fin, elles peuvent, agissant d'office ou saisies d'une plainte, adopter les décisions suivantes :

[...]

- infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national.

[...]. »

II. c) Le droit national pertinent*

- 9 L'article 11 du zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (loi n° 143/2001 Sb. relative à la protection de la concurrence ; ci-après la « loi sur la protection de la concurrence ») dispose :

« L'abus de position dominante aux dépens d'autres concurrents ou des consommateurs est interdit. Par "abus de position dominante" on entend en particulier

- a) le fait d'imposer de façon directe ou indirecte des conditions non équitables dans les contrats avec d'autres acteurs du marché, notamment celui d'imposer une prestation qui, au moment de la conclusion du contrat, est manifestement disproportionnée par rapport à la contrepartie fournie,

[...]. »

- 10 L'article 22a, paragraphe 1, sous c), de la loi sur la protection de la concurrence dispose :

« Une personne morale ou une personne physique commet une infraction en tant que concurrent si [...]

- c) elle abuse de sa position dominante, en violation de l'article 11, paragraphe 1,

[...]. »

* [Ndt : erreur de numérotation dans l'original, il n'y a pas de *II. b)*]

III. Analyse des questions préjudicielles déferées

- 11 La juridiction de céans a considéré qu'il y avait lieu de déferer des questions préjudicielles à la Cour. La question des critères du droit de l'Union à appliquer en l'espèce pour répondre à la question qui est au cœur de l'affaire, à savoir si l'OSA a abusé de sa position dominante, ne constitue pas un acte *clair*, ni *éclairé*.
- 12 Les faits de l'affaire ne sont pas contestés entre les parties à la procédure. L'OSA dispose en République tchèque d'un monopole de fait dans le domaine de la gestion collective des œuvres d'auteur (voir aussi arrêt du 27 février 2014, OSA, C-351/12, EU:C:2014:110 ; ci-après l'« arrêt OSA »). Il a facturé aux établissements d'hébergement des redevances en contrepartie de la possibilité d'utiliser la télévision et la radio dans leurs chambres, indépendamment du fait que les chambres en question soient ou non occupées (voir résumé des faits figurant dans la décision de l'Úřad visé au point 3 de la présente ordonnance). Le litige porte sur la manière dont cette situation doit être appréciée juridiquement au regard de l'article 102, [second alinéa], sous a), TFUE.
- 13 Les parties à la procédure s'opposent en particulier sur la jurisprudence de la Cour sur laquelle il convient de s'appuyer pour apprécier le cœur de l'affaire. Elles considèrent réciproquement comme non pertinents les différents arrêts sur lesquelles elles se fondent. L'OSA a soumis au juge une argumentation qui repose sur une jurisprudence de la Cour dont il estime qu'elle doit clairement s'appliquer en l'espèce. Il a cependant proposé de déferer des questions préjudicielles à la Cour pour le cas où la juridiction de céans ne partagerait pas cet avis. C'est ce que la juridiction de céans a finalement décidé de faire.
- 14 Comme le montre l'argumentation des deux parties résumée ci-après, l'application des différentes décisions de la Cour, et en particulier les orientations que la juridiction de céans pourrait suivre, ne font pas l'unanimité. *De plus, la Cour n'a encore jamais répondu à la question de savoir si le fait de ne pas tenir compte du taux d'occupation des chambres des établissements d'hébergement dans la détermination du montant de la redevance au titre des droits d'auteur pouvait ou non constituer un abus de position dominante.*
- 15 Les parties à la procédure s'opposent sur cinq points liés au droit de l'Union :
 - l'applicabilité de l'arrêt du 25 novembre 2020, SABAM (C-372/19, EU:C:2020:959 ; ci-après l'« arrêt SABAM »),
 - la question de savoir si l'Úřad aurait dû apprécier la pratique de l'OSA sous l'angle (a) de l'application de condition de transaction non équitables, ou (b) de l'application de prix excessifs,
 - l'applicabilité de l'arrêt du 14 février 1978, United Brands et United Brands Continentaal/Commission (27/76, EU:C:1978:22 ; ci-après l'« arrêt United Brands »), de l'arrêt SABAM et de l'arrêt du 14 septembre 2017, Autortiesību un komunicēšanās konsultāciju

aģentūra – Latvijas Autoru apvienība (C-177/16, EU:C:2017:689 ; ci-après l'« arrêt AKKA »), s'il y avait effectivement lieu d'apprécier la pratique de l'OSA sous l'angle de l'application de prix excessifs,

- la question de savoir si l'élément matériel de l'infraction de distorsion de la concurrence est constitué dès lors qu'il existe un simple risque de distorsion de la concurrence ou si l'Úřad aurait dû démontrer que la pratique de l'OSA a produit le moindre effet anticoncurrentiel réel, et
- la question de savoir s'il est nécessaire de démontrer que la pratique de l'OSA a sensiblement affecté le commerce entre États membres, ou s'il suffit que l'on puisse raisonnablement présumer la possibilité d'une telle incidence sans qu'il soit nécessaire d'en examiner l'étendue réelle.

La juridiction de céans résume ci-après le cœur de l'argumentation des deux parties à la procédure afférente au droit de l'Union pour chacun de ces points. Elle explique brièvement en conclusion la raison pour laquelle elle a déféré les questions préjudicielles. Et pourquoi elle les a formulées ainsi.

III. a. Applicabilité de l'arrêt SABAM

- 16 L'OSA soutient que la présente affaire peut être appréciée à la lumière de l'arrêt SABAM. Cet arrêt a été rendu dans un affaire qui est celle qui se rapproche le plus, en fait et en droit, de la présente affaire. Outre l'arrêt SABAM, l'OSA renvoie également aux conclusions présentées par l'avocat général Giovanni Pitruzzella dans cette même affaire le 16 juillet 2020 (ci-après les « conclusions de l'AG dans l'affaire SABAM »).
- 17 L'affaire en cause dans l'arrêt SABAM portait sur les recours introduits par deux sociétés belges organisatrices de festivals de musique. Ces sociétés avaient introduit des recours en raison des redevances dues au titre du droit d'auteur qu'exigeait la société de gestion collective SABAM. Cette dernière appliquait un barème dans lequel les redevances étaient calculées sur la base d'un tarif appliqué aux recettes brutes tirées de la vente de billets d'entrée. Elle appliquait en outre un système forfaitaire par tranches afin de déterminer, parmi les œuvres exécutées pendant les festivals, la part de celles-ci qui était tirée du répertoire géré par cette société de gestion (arrêt SABAM, point 24).
- 18 L'OSA reconnaît lui-même qu'il existe une différence entre l'affaire SABAM et la présente affaire. Dans l'affaire SABAM, la prise en compte forfaitaire concernait la quantité d'œuvres exécutées. En l'espèce, c'est la taille du public (et non le taux d'occupation des chambres) qui est prise en compte de manière forfaitaire. L'OSA estime cependant que cela ne change rien au fond de l'affaire. En effet, selon lui, le cœur du problème est fondamentalement le même : la nature de la pratique liée au *mode de fixation* des redevances au titre des droits d'auteur.

- 19 Dans l'affaire SABAM, la Cour (de même que l'avocat général Pitruzzella) a apprécié la pratique constituant l'abus de position dominante sous l'angle de l'*application de prix excessifs*. Elle n'a pas retenu l'angle de l'application de *conditions de transaction non équitables*. Selon l'OSA, l'Úřad aurait dû faire de même (pour des détails complémentaires voir aussi partie *III. b* ci-après). L'OSA y voit une erreur majeure de l'Úřad. C'est précisément la question de savoir laquelle de ces deux approches doit être retenue en l'espèce qui fait l'objet de l'argumentation des deux parties autour de l'arrêt SABAM.
- 20 De plus, selon l'OSA, le tarif des redevances au titre des droits d'auteur doit être considéré dans son ensemble. Il découle de l'arrêt SABAM que les organismes de gestion collective ne devraient pas être obligés de prendre en compte dans tous les cas les éléments concrets spécifiques aux différents aspects de l'exécution des œuvres musicales. Ils ne devraient pas être soumis à des restrictions concernant le mode de fixation du montant des redevances au titre des droits d'auteur dès lors que ledit mode de fixation ne mène pas à des tarifs excessifs (arrêt SABAM, point 46).
- 21 **Le président de l'Úřad** estime cependant que l'arrêt SABAM ne saurait être appliqué en l'espèce. Le montant des redevances exigées par l'organisme de gestion collective SABAM était calculé sur la base d'un tarif qui, selon les organisateurs de festivals de musique, ne correspondait pas à la valeur économique des services fournis par l'organisme de gestion collective. La question préjudicielle qui fait l'objet de l'arrêt SABAM visait notamment à déterminer la précision avec laquelle l'organisme de gestion collective occupant une position dominante peut appliquer une tarification pour ne pas abuser de sa position dominante.
- 22 La différence entre les deux affaires réside dans la communication d'œuvres au public et l'existence d'une prestation et d'une contrepartie. En l'espèce, il n'y a pas (dans les chambres qui ne sont pas occupées) communication d'œuvres au public. À l'inverse, dans l'affaire SABAM, la communication d'œuvres au public est établie. En l'absence de communication d'œuvres au public, aucune redevance n'est due (conclusions de l'AG dans l'affaire SABAM, point 80). Il ressort de l'arrêt SABAM que « la redevance appliquée par un organisme de gestion collective doit tenir compte de la quantité d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur réellement utilisée » (arrêt SABAM, point 50).
- 23 Le président de l'Úřad estime que l'arrêt SABAM porte de fait uniquement sur (a) la quantité d'œuvres du répertoire géré par la SABAM qui a été communiquée (b) à un public de quelle taille. Et sur la question de savoir si le tarif de redevances au titre des droits d'auteur appliqué ensuite est conforme à l'article 102 TFUE. Pour le service fourni (la communication d'œuvres au public), l'organisme de gestion collective avait le droit d'exiger de la part des organisateurs des festivals de musique une redevance au titre des droits d'auteur. Toutefois, tel n'est pas le cas pour l'OSA. *Dans les chambres non occupées des établissements d'hébergement, il n'y a pas eu communication d'œuvres au public. Et les*

exploitants des établissements d'hébergement ont payé l'OSA pour des services qu'ils n'ont pas effectivement reçus. C'est pourquoi l'Úřad maintient que l'arrêt SABAM ne fournit pas d'indications pour apprécier les pratiques de l'OSA, qu'il n'y avait pas lieu d'apprécier sous l'angle de l'imposition de prix excessifs.

- 24 **Dans le mémoire en réplique, l'OSA indique en réponse à cette argumentation du président de l'Úřad** qu'il découle clairement des conclusions de l'AG dans l'affaire SABAM (point 17) que l'affaire en cause portait, comme en l'espèce, sur la question de l'application d'une certaine *méthode de calcul* des tarifs des redevances au titre des droits d'auteur. Le président de l'Úřad oublie que dans l'affaire SABAM les redevances étaient toujours facturées au moins en partie également pour des œuvres qui n'étaient pas exécutées lors du festival. En l'espèce, les redevances étaient facturées en partie également pour la durée pendant laquelle des chambres spécifiques n'étaient pas occupées.
- 25 Pour l'OSA, le président de l'Úřad schématise la situation pour tenter de réfuter l'applicabilité de l'arrêt SABAM. Son argumentation ne prend pas en considération les différences de fait entre le paiement des tarifs des redevances au titre des droits d'auteur pour la mise à disposition des œuvres lors des festivals d'une part, et dans les chambres des établissements d'hébergement d'autre part. Il est clair, de par la nature même des festivals, qu'il y a mise à disposition d'œuvres au public lors de ces événements. Il peut néanmoins se produire que, lors d'un festival spécifique, pas même une seule œuvre du répertoire de l'organisme de gestion collective ne soit mise à disposition. Dans un tel cas, il pourrait être déraisonnable d'exiger une redevance au titre des droits d'auteur.
- 26 Les redevances au titre des droits d'auteur versées en contrepartie de la mise à disposition d'œuvres dans les chambres des établissements d'hébergement sont payées rétroactivement aux organismes de gestion collective sur une base annuelle. Il est presque certain que chaque chambre accueillera au moins un client au cours de l'année. Pendant la période annuelle pour laquelle l'OSA facture les redevances au titre des droits d'auteur, des œuvres d'auteur ont été mises à disposition dans près de 100 % des chambres. Par conséquent, les exploitants des établissements d'hébergement ont fait usage de la licence annuelle. La présomption du président de l'Úřad ne pourrait être avérée que si une chambre spécifique n'était absolument pas occupée pendant une année entière. Or, dans un tel cas l'OSA ne facture pas la redevance au titre des droits d'auteur. Il procède donc de la même manière que la SABAM. L'OSA n'a pas connaissance d'un cas dont les faits seraient similaires à ceux de la présente affaire.
- 27 **Dans le mémoire en duplique, le président de l'Úřad a indiqué** que l'OSA avait partiellement raison sur le fait que l'affaire SABAM portait sur la question de la légalité de l'application d'un certain tarif de redevance au titre des droits d'auteur. Mais dans le cas uniquement où la communication d'œuvres au public était établie. Au point 41 de l'arrêt SABAM, la Cour indique ce qui suit : « (...) les redevances issues d'un tel barème représentent la contrepartie due pour la communication au public de ces œuvres musicales ». Le président de l'Úřad

adhère également à l’avis de l’OSA selon lequel la mise à disposition d’œuvres dans les chambres des établissements d’hébergement est un sujet spécifique. On ne saurait cependant, pour cette raison, appliquer par analogie la jurisprudence de l’Union relative à la mise à disposition d’œuvres lors de festivals de musique.

III. b. Bien-fondé de l’application du critère relatif aux conditions de transaction non équitables

- 28 Selon l’OSA, l’Úřad a intentionnellement fait une interprétation biaisée de la pratique décisionnelle de l’Union sur la base de laquelle il a élaboré son propre critère (insuffisant) qu’il a ensuite appliqué à la pratique examinée. Les principes de la jurisprudence auxquels renvoie l’Úřad ne sont pas pertinents. En effet, (i) la décision de la Commission, du 2 juin 1971, relative à une procédure d’application de l’article 86 du traité (IV/26 760 – GEMA) (71/224/CEE) (ci-après la « décision GEMA »), (ii) l’arrêt du [21] mars 1974, BRT et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (127/73, EU:C:1974:25 ; ci-après l’« arrêt BRT »), (iii) la décision de la Commission, du 20 avril 2001, relative à une procédure d’application de l’article 82 du traité CE (Affaire COMP D3/34493 – DSD) (2001/463/CE) (ci-après la « décision de la Commission dans l’affaire DSD »), et (iv) l’arrêt du Tribunal du 24 mai 2007, Duales System Deutschland/Commission (T-151/01, EU:T:2007:154 ; ci-après l’« arrêt du Tribunal dans l’affaire DSD »), portaient sur la pratique d’une entreprise dominante qui avait des effets négatifs graves sur la concurrence. Quant à (v) l’arrêt du 11 décembre 2008, Kanal 5 et TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703 ; ci-après l’« arrêt STIM »), il avait pour objet une pratique de facturation de prix excessifs, qu’il y a toutefois lieu d’apprécier en appliquant le critère United Brands en deux étapes (voir partie III. c ci-après). Ce que l’Úřad a refusé de faire.
- 29 Si l’OSA était lui aussi d’avis que la méthode de fixation du prix doit être appréciée sous l’angle de l’application de conditions non équitables (ce qui n’est pas le cas), il n’en demeurerait pas moins que l’Úřad n’a pas correctement appliqué le critère découlant de la pratique décisionnelle de l’Union et de la doctrine pertinente (Robert O’Donoghue, Jorge Padilla. *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. 3^e édition. Oxford : Hart Publishing, 2020, p. 1043). L’abus de position dominante sous la forme de l’application de conditions de transaction non équitables requiert la preuve que les critères suivants sont réunis : (i) la condition de transaction est sans lien avec la finalité du contrat ou n’est pas nécessaire pour permettre la réalisation de l’effet escompté dudit contrat ; (ii) la condition de transaction cause un préjudice à l’autre partie au contrat ; (iii) la condition de transaction n’est ni appropriée ni équitable. C’est dans ce contexte que sont appréciées la finalité du contrat, les autres conditions qu’il contient et la justification éventuelle de l’existence de la condition de transaction.
- 30 L’Úřad n’a pas suivi les deux premières étapes du critère. Il ne s’est intéressé, de manière isolée, qu’à une pseudo « équité » abstraite de la condition de transaction. De plus, il ne l’a pas prouvée, mais seulement affirmée. Il est parvenu à des

conclusions erronées, car la prestation de l'OSA est équitable par rapport à la valeur des tarifs des redevances au titre des droits d'auteur.

- 31 **Le président de l'Úřad** considère que les décisions susmentionnées sont applicables. La Commission et les juridictions de l'Union ont examiné la même pratique, qui consiste à imposer des conditions de transaction non équitables (sauf dans l'arrêt STIM). À ce jour, les principes découlant de leurs décisions n'ont pas été infirmés. L'OSA ne cite pas non plus lui-même de décision plus récente de l'Union.
- 32 La décision GEMA est l'une des premières affaires dans lesquelles la Commission a constaté un abus de position dominante de la part d'un organisme de gestion collective de droits d'auteur. Dans l'arrêt BRT, la Cour s'est exprimée sur la problématique de l'imposition de conditions de transaction non équitables. Elle a clairement indiqué qu'il était impératif de vérifier si l'organisme de gestion collective prenait en considération tous les intérêts en présence, dans l'équilibre à assurer entre le maximum de liberté pour les auteurs de disposer de leur œuvre et la gestion efficace de leurs droits. Pour apprécier une pratique, il est crucial de se demander si elle est absolument indispensable à la réalisation de l'objet social de l'entreprise. L'arrêt BRT a posé les conditions des décisions futures de la Commission et de la Cour en matière de gestion collective des droits d'auteur.
- 33 L'arrêt STIM se distingue des autres décisions. L'affaire portait sur des prix excessifs. Cependant, cela ne le rend pas inapplicable. Dans cet arrêt, la Cour a répondu à une question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 102 TFUE. Il est opportun de s'y référer en particulier parce qu'il n'existe que peu de décisions en lien avec l'imposition de conditions non équitables. L'arrêt STIM est également pertinent en matière de violation de l'article 102 TFUE et en ce qui concerne l'exigence d'une interprétation conforme au droit de l'Union. C'est précisément dans cette décision que la Cour a développé le principe de proportionnalité qui, de l'avis du président de l'Úřad, est transposable tant aux conditions de transaction non équitables qu'aux prix excessifs.
- 34 La nécessité de chercher un équilibre entre les intérêts contradictoires de l'entreprise en position dominante et ses partenaires commerciaux a également été confirmée par la décision DSD. Le président de l'Úřad estime que l'applicabilité de cette décision ne fait absolument aucun doute. De nombreux parallèles peuvent être établis avec l'affaire de l'OSA. La Commission y renvoie aussi au principe de proportionnalité.
- 35 En réponse à l'allégation de l'OSA selon laquelle le président de l'Úřad n'a pas démontré qu'il avait correctement appliqué le critère relatif aux conditions non équitables qui découle de la pratique décisionnelle de l'Union et de la jurisprudence pertinente, le président de l'Úřad indique ne pas avoir connaissance d'une seule décision concrète de la Commission ou des juridictions de l'Union où le critère en trois étapes aurait été appliqué. L'OSA n'a lui aussi renvoyé qu'à la

doctrine. Or, une autre doctrine étrangère que celle citée par l'OSA ne mentionne aucun test de cette nature en lien avec les conditions de transaction non équitables. À l'inverse, elle indique qu'en raison du faible nombre de cas d'abus de position dominante sous la forme d'une imposition de conditions non équitables, il est difficile de définir les critères utilisables. De plus, ceux appliqués par la Commission et la Cour examinent les effets anticoncurrentiels d'une condition et sa justification (F. E. González-Díaz, R. Snelders. *EU Competition Law. Volume V. Abuse of Dominance under Article 102 TFEU*. Claeys & Casteels Law Publishers nv, 2013, p. 692). C'est pourquoi il n'était pas nécessaire en l'espèce d'appliquer le critère en trois étapes. Il était suffisant que l'Úřad s'intéresse à la proportionnalité de la condition de transaction par rapport à la contrepartie et à l'existence de justifications possibles à la pratique de l'OSA.

- 36 Selon l'OSA, le président de l'Úřad indique à tort que la jurisprudence qu'il a appliquée porte sur la même pratique, à savoir l'imposition de conditions de transaction non équitables. La pratique examinée en l'espèce consiste à ne pas prendre en compte le taux d'occupation des chambres des établissements d'hébergement dans la fixation des tarifs des redevances au titre des droits d'auteur, [et non] à imposer des conditions de transaction non équitables. Cela correspond déjà à une appréciation juridique de la pratique.
- 37 S'agissant de l'arrêt STIM, l'OSA ne comprend pas pourquoi le président de l'Úřad adopte une approche différente par rapport à l'arrêt SABAM qu'il refuse d'appliquer en arguant que les éléments constitutifs de l'infraction consistaient en des conditions de transaction non équitables, et non des prix excessifs. À l'inverse, l'arrêt STIM portait sur des prix excessifs, mais le président de l'Úřad estime que cela n'empêche pas son application. Pour le président de l'Úřad, l'affaire déterminante est l'affaire DSD. Il y voit des similitudes avec la présente affaire. L'OSA n'est toutefois pas de cet avis, car il ressort du contexte de l'affaire DSD que ses circonstances étaient différentes.
- 38 **Le président de l'Úřad** a répondu à cet argument que, certes, l'arrêt STIM portait, dans les faits, sur des prix excessifs, mais que la Cour s'était aussi intéressée aux questions conceptuelles liées à l'interprétation de l'article 102 TFUE. Dans cet arrêt, la Cour a en particulier développé le principe de proportionnalité, qui peut être appliqué aux conditions de transaction non équitables mais aussi aux prix excessifs. Le président de l'Úřad a expliqué pourquoi, au contraire, l'arrêt SABAM ne pouvait pas être appliqué. À la différence de l'arrêt STIM, il ne comporte pas de conclusions conceptuelles transposables au cas de l'OSA.

III. c. Applicabilité des arrêts United Brands, AKKA et SABAM si la pratique de l'OSA est appréciée sous l'angle de l'application de prix excessifs

- 39 L'OSA explique que si l'Úřad avait apprécié sa pratique comme il le devait – c'est-à-dire sous l'angle de l'application de prix excessifs, – il en aurait conclu que les redevances au titre des droits d'auteur que l'OSA a facturées n'étaient pas

excessives. Les critères applicables découlent des arrêts United Brands, SABAM et AKKA. En assimilant la pratique de l'OSA à l'imposition de conditions de transaction non équitables, l'Úřad cherche à contourner la nécessité d'appliquer ces arrêts.

- 40 Dans l'arrêt United Brands, la Cour a élaboré le critère de base pour l'appréciation des prix excessifs, qui est composé des deux étapes suivantes : (i) apprécier s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé et, dans l'affirmative, (ii) examiner s'il y a imposition d'un prix inéquitable, soit au niveau absolu, soit par comparaison avec les produits concurrents (point 252 de l'arrêt United Brands). La Cour a complété le critère général United Brands applicable en matière de gestion collective avec l'arrêt AKKA, qui portait sur la sanction imposée au seul organisme de gestion collective des droits d'auteur letton par l'autorité de concurrence lettone en raison d'une violation de l'article 102 TFUE du fait de l'application d'un barème prévoyant des tarifs globalement excessifs.
- 41 Dans l'arrêt AKKA, la Cour a indiqué ce qui suit à propos de la seconde étape du critère United Brands : « Aux fins d'examiner si un organisme de gestion des droits d'auteur applique des prix non équitables au sens de l'article 102, second alinéa, sous a), TFUE, *il est adéquat de comparer ses tarifs à ceux applicables dans les États voisins ainsi qu'à ceux applicables dans d'autres États membres, corrigés au moyen de l'indice de la parité du pouvoir d'achat*, pourvu que les États de référence aient été sélectionnés selon des critères objectifs, appropriés et vérifiables et que la base des comparaisons effectuées soit homogène. Il est loisible de comparer les tarifs pratiqués dans un ou plusieurs segments d'utilisateurs spécifiques s'il existe des indices que le caractère excessif des redevances porte sur ces segments » (point 2 du dispositif de l'arrêt AKKA ; c'est la juridiction de céans qui souligne).
- 42 L'arrêt SABAM renvoie lui-même aux arrêts United Brands et AKKA. Cependant, dans cet arrêt la Cour n'a pas considéré que soit remplie ne serait-ce que la première étape du critère découlant de l'arrêt United Brands. C'est pourquoi elle n'a pas poursuivi avec la seconde étape. L'OSA reproche à l'Úřad de ne pas avoir appliqué ce critère des prix excessifs. Et il a exposé dans la requête ses propres arguments expliquant pourquoi, au regard du critère United Brands, il n'a pas violé l'article 102 TFUE.
- 43 Concernant la première étape du critère United Brands, l'OSA soutient qu'il n'existe pas d'autre méthode pour quantifier précisément le taux d'occupation des chambres des établissements d'hébergement permettant simultanément d'atteindre l'objectif légitime de protection des intérêts des auteurs et de ne pas accroître excessivement les coûts de gestion des contrats et de surveillance de l'utilisation des œuvres musicales protégées par l'OSA. Ce dernier n'a pas les moyens de vérifier en permanence le taux d'occupation de chaque établissement d'hébergement.

- 44 Concernant la deuxième étape du critère United Brands, l'OSA ajoute que même s'il existait une autre méthode de quantification du taux d'occupation des chambres, le montant des redevances au titre des droits d'auteur serait proportionné par rapport aux redevances des organismes de gestion collective étrangers. L'Úřad lui-même a indiqué dans le cadre de la procédure administrative que le tarif de l'OSA pendant la période examinée se plaçait, parmi les huit pays comparés, entre les 4^e à 6^e places. Par conséquent, les tarifs litigieux des redevances au titre des droits d'auteur qui sont appliqués par l'OSA n'étaient pas excessifs au sens de la ligne jurisprudentielle pertinente qui découle de l'arrêt United Brands et qui a été confirmée dans l'arrêt SABAM. Cependant, dans le but de contourner les critères établis par la Cour, l'Úřad a assimilé la pratique de l'OSA à l'application de conditions de transaction non équitables.
- 45 **Le président de l'Úřad** a indiqué en réponse à ces griefs qu'il n'avait tout simplement pas examiné la pratique de l'OSA sous l'angle des prix excessifs, mais sous celui des conditions de transaction non équitables. Il n'a pas intentionnellement contourné les critères mentionnés par l'OSA. L'élément constitutif des conditions non équitables visées à l'article 102 TFUE est l'abus d'exploitation par l'entreprise en position dominante. Sa substance réside dans le fait que l'entreprise en position dominante impose des conditions non équitables dans les contrats avec d'autres acteurs du marché. En particulier, elle impose des conditions qui, au moment de la conclusion du contrat, sont manifestement disproportionnées par rapport à la contrepartie.

III. d. L'élément matériel de la distorsion de la concurrence et le niveau de preuve afférent

- 46 La partie suivante de l'argumentation de l'OSA concerne le niveau de preuve de la distorsion de la concurrence. Selon l'OSA, l'Úřad n'a pas examiné la question de savoir si l'absence de prise en compte du taux d'occupation des chambres dans la fixation des tarifs des redevances au titre des droits d'auteur avait conduit précisément à une distorsion de la concurrence.
- 47 L'OSA reconnaît que la concurrence potentielle doit elle aussi être protégée. Cependant, il n'adhère pas à la manière dont l'Úřad a interprété et utilisé ce concept en l'espèce. En effet, il découle de la jurisprudence de la Cour que la pratique d'une entreprise en position dominante ne saurait être qualifiée d'abusives en l'absence du moindre effet anticoncurrentiel sur le marché. Un tel effet ne doit pas nécessairement être concret, étant suffisante la démonstration d'un effet anticoncurrentiel potentiel (voir arrêts du 6 décembre 2012, AstraZeneca/Commission, C-457/10 P, EU:C:2012:770, point 112, et du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83 ; ci-après l'« arrêt TeliaSonera »). L'effet anticoncurrentiel d'une pratique déterminée ne doit pas avoir un caractère purement hypothétique (voir arrêt du 6 octobre 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, point 65).

- 48 Le concept d'effets potentiels ne doit pas être confondu avec le critère d'appréciation des pratiques qui n'ont d'autre objectif que de fausser la concurrence (les pratiques « *par objet* »). Ces pratiques ne s'expliquent véritablement que par la volonté d'entraîner une restriction de la concurrence [voir arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, point 155]. Ce n'est que dans les cas de pratiques « *par objet* » que les autorités de concurrence peuvent invoquer la nature anticoncurrentielle de la pratique en tant que telle et ainsi être dispensées de l'obligation de démontrer les effets anticoncurrentiels (qu'ils soient réels ou potentiels). Toutefois, pour qu'une pratique puisse être « *par objet* », il doit exister une expérience suffisamment solide et fiable démontrant son caractère anticoncurrentiel (arrêt du 2 avril 2020, Budapest Bank e.a., C-228/18, EU:C:2020:265, points 76 et 79). Les décisions de l'Úřad ne comportent pas un seul renvoi à des décisions d'une juridiction ou d'une autorité de concurrence ni à de la doctrine dont il découlerait, expérience à l'appui, que l'absence de prise en considération du taux d'occupation des chambres des établissements d'hébergement par les organismes de gestion collective a, par nature, des effets anticoncurrentiels.
- 49 L'Úřad aurait donc dû chercher à savoir si la pratique de l'OSA générerait le moindre effet anticoncurrentiel (réel ou potentiel) factuel sur les marchés concernés. L'absence de prise en considération du taux d'occupation des chambres des établissements d'hébergement par les organismes de gestion collective n'est pas une pratique « *par objet* ». L'argument du président de l'Úřad, selon lequel l'essence même de la pratique de l'OSA est interdite, ne saurait prospérer.
- 50 L'OSA n'adhère pas non plus à l'avis du président de l'Úřad selon lequel l'élément constitutif de l'imposition de conditions non équitables est constitué dès lors qu'il existe un simple risque de distorsion de la concurrence, et qu'il n'est pas nécessaire, par conséquent, que l'autorité de concurrence démontre les effets réels sur les caractéristiques essentielles de la concurrence. En effet, il y a lieu d'appliquer le principe dégagé par la jurisprudence de la Cour en vertu duquel, après l'introduction de la pratique examinée, l'autorité de concurrence doit démontrer que « le jeu de la concurrence a été, "en fait", empêché, restreint ou faussé » (voir arrêts du 12 décembre 2018, Servier e.a./Commission, T-691/14, EU:T:2018:922, point 1129, du 30 juin 1966, LTM, 56/65, EU:C:1966:38, pages 359 et 360, ou encore du 12 décembre 2018, Krka/Commission, T-684/14, non publié, EU:T:2018:918, point 361).
- 51 Dans sa décision, l'Úřad n'indique pas explicitement ce qui lui a permis de déduire l'existence d'une distorsion de la concurrence. L'élément probablement décisif est le fait que « (...) les fournisseurs de services d'hébergement payaient des redevances au titre des droits d'auteur (...) y compris pour les chambres inoccupées, sans pour autant recevoir de contrepartie, ce qui leur a causé un préjudice matériel, car ils auraient pu utiliser autrement les fonds indument perçus [par l'OSA]. De plus, les exploitants des établissements d'hébergement n'ont tiré aucun bénéfice des chambres inoccupées, mais ils ont dû payer [à l'OSA] des

redevances qui ont donc réduit le bénéfice dégagé par les chambres occupées, et ce de façon d'autant plus significative que le taux d'occupation total des capacités d'hébergement était plus bas. Ce faisant, la pratique de [l'OSA] a eu une incidence sur les coûts et les bénéfices des exploitants des établissements d'hébergement, et elle a donc affaibli leur position concurrentielle » (point 198 de la décision du président de l'Úřad).

- 52 Cette affirmation ne permet pas elle non plus de comprendre clairement comment les exploitants des établissements d'hébergement ont pu subir un désavantage dans la concurrence (arrêt du 19 avril 2018, MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, C-525/16, EU:C:2018:270 ; ci-après l'« arrêt MEO »). En effet, l'Úřad reproche à l'OSA le mode de fixation des redevances au titre des droits d'auteur, non pas leur montant. Ce dernier pourrait être plus élevé sans être sanctionné dès lors que l'OSA respecterait le mode de création des prix privilégié par l'Úřad. Les exploitants des établissements d'hébergement paieraient alors un prix plus élevé sans que l'Úřad ne considère cela comme problématique. *Ad absurdum*, l'Úřad pourrait donc considérer un mode de fixation des prix conduisant à facturer les redevances au titre des droits d'auteur à hauteur d'1 CZK symbolique comme une condition de transaction non équitable, tandis qu'il jugerait conforme à la concurrence une redevance de 100 CZK fixée autrement.
- 53 Le mode de fixation des tarifs des redevances au titre des droits d'auteur n'a pas pu procurer à l'OSA un avantage concurrentiel. Même s'il y avait plusieurs organismes de gestion collective opérant sur le marché, en concurrence les uns avec les autres, ils ne se concurrenceraient certainement pas pour savoir lequel d'entre eux prend en compte le taux d'occupation des établissements d'hébergement. La concurrence se ferait sur les prix et l'étendue du répertoire. Le mode de fixation du prix n'est pas un élément de la concurrence.
- 54 L'objectif de l'interdiction de l'abus de position dominante est d'empêcher les pratiques qui auraient une incidence directe ou indirecte sur le bien-être des consommateurs. C'est qui ce découle notamment de la jurisprudence constante de la Cour, en particulier de son arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark I (C-209/10, EU:C:2012:172 ; ci-après l'« arrêt Post Danmark I »). L'Úřad n'a pas démontré l'effet négatif sur le bien-être des consommateurs. En lieu et place de ce critère dégagé par la jurisprudence, il s'est contenté de reprendre la vague notion d'« équité », qu'il a appliquée à la présente affaire au moyen d'une interprétation subjective, qui n'est étayée par aucune théorie juridique et économique pertinente.
- 55 L'Úřad n'a pas non plus démontré les effets d'exploitation de la pratique de l'OSA, même s'il a jugé qu'elle en produisait. L'arrêt United Brands a fondé une ligne jurisprudentielle qui comprend également les arrêts AKKA et SABAM. Cette jurisprudence constante montre ce qu'est l'objectif de l'interdiction de l'abus d'exploitation par une entreprise en position dominante dans le droit de la concurrence de l'Union. Ce ne pas d'établir un juste équilibre dans toutes les relations contractuelles de l'entreprise dominante. En effet, un tel objectif serait très vague et permettrait aux autorités de concurrence d'intervenir

dans presque tous les domaines d'activité et d'y imposer leurs idées subjectives. À l'inverse, l'autorité de concurrence qui applique le concept de l'abus d'exploitation doit démontrer que la condition de transaction entraîne (i) une distorsion de la structure du marché ayant une incidence sur le bien-être des consommateurs ou (ii) une atteinte aux valeurs essentielles de la société humaine, parmi lesquelles figurent notamment les activités culturelles des consommateurs (voir point 22 des conclusions de l'AG dans l'affaire SABAM).

- 56 Le **président de l'Úřad** indique que l'élément matériel de l'infraction de distorsion de la concurrence est constitué dès lors qu'il existe un simple risque de distorsion. En tout état de cause, l'Úřad n'a pas abordé les pratiques de l'OSA comme des pratiques « *par objet* », pour lesquelles il n'est pas nécessaire de démontrer des effets anticoncurrentiels. Il découle de la décision de l'Úřad que l'OSA a faussé la concurrence. Concrètement, il a commis un abus d'exploitation à l'encontre de ses partenaires commerciaux (les exploitants des établissements d'hébergement). Il leur a imposé des conditions de transaction non équitables sans raisons objectives de le faire. Ses partenaires commerciaux ont subi un préjudice matériel de ce fait. Le contexte est lui aussi important : tout s'est produit alors que les partenaires commerciaux n'avaient pratiquement pas d'autre choix que d'accepter ces conditions (voir points 111 à 115 de la décision de la Commission dans l'affaire DSD).
- 57 Sur le préjudice et l'argumentation fondée sur l'arrêt MEO, le président de l'Úřad ajoute que la jurisprudence de l'Union définit le préjudice de manière très large (point 64 de l'arrêt *TeliaSonera*). L'Úřad est véritablement parvenu à la conclusion mentionnée au point 51 de la présente ordonnance. Il est établi que la pratique de l'OSA a eu une incidence sur les coûts et les bénéfices des exploitants des établissements d'hébergement. Elle a affaibli leur position concurrentielle. Dans sa décision, l'Úřad a également procédé à un calcul approximatif du préjudice. L'absence de prise en compte du taux d'occupation des capacités d'hébergement a eu une incidence certaine sur le montant final des redevances au titre des droits d'auteur perçus par l'OSA.
- 58 En réponse à l'OSA qui soutient que l'Úřad n'a pas démontré les effets négatifs de la pratique de l'OSA sur le bien-être des consommateurs, le président de l'Úřad répète que l'élément matériel de l'infraction fondée sur l'article 102, [second alinéa], sous a), TFUE est constitué dès lors qu'il existe un simple risque [de distorsion de la concurrence]. C'est pourquoi l'Úřad n'était pas tenu de démontrer des incidences sur les caractéristiques essentielles de la concurrence, dont fait partie le bien-être des consommateurs.
- 59 D'un point de vue général, le président de l'Úřad approuve le renvoi fait par l'OSA à l'arrêt *Post Danmark I*. Cependant, la Cour avait déjà indiqué antérieurement que l'interdiction de l'abus de position dominante ne visait pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective (arrêt du 21 février 1973,

Europemballage et Continental Can/Commission, 6/72, EU:C:1973:22, point [26]). Pour se prononcer sur le caractère abusif d'un comportement d'un concurrent, il n'est pas nécessaire d'examiner si ledit comportement a causé un préjudice aux consommateurs. Il suffit de vérifier s'il a eu un effet restrictif sur la concurrence (voir arrêt du 15 mars 2007, *British Airways/Commission*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, points 106 et 107). Certes, l'Úřad n'a pas démontré si la pratique de l'OSA avait ou non eu une incidence sur les consommateurs (et il n'avait pas à le faire). Il a en revanche démontré qu'elle avait eu une incidence sur les autres concurrents qui étaient les partenaires contractuels de l'OSA, à savoir les exploitants des établissements d'hébergement.

- 60 Concernant les effets d'exploitation de la pratique de l'OSA, le président de l'Úřad s'est appuyé sur l'arrêt *United Brands*. Dans cet arrêt, la Cour a formulé des conclusions générales sur l'abus de position dominante et les pratiques d'exploitation, qui peuvent être appliquées à un abus de position dominante quelle qu'en soit la forme. Cela ne signifie pas qu'il procéderait à une appréciation de l'affaire sous l'angle des prix excessifs. L'argumentation polémique de l'OSA sur la signification philosophique des pratiques d'exploitation n'est pas pertinente. L'OSA a eu un comportement anticoncurrentiel consistant en l'imposition de conditions non équitables. Il a de fait commis un abus d'exploitation à l'égard de ses partenaires contractuels (les exploitants des établissements d'hébergement). La finalité [de l'interdiction] de l'abus d'exploitation est d'empêcher l'entreprise dominante de tirer profit, au-delà d'un niveau raisonnable et au détriment de ses partenaires commerciaux, d'une concurrence affaiblie, et ce faisant de la fausser encore davantage. Or, c'est précisément ce que l'OSA a fait.
- 61 Malgré les explications du président de l'Úřad, l'OSA n'a toujours pas compris comment et par rapport à qui les exploitants des établissements d'hébergement seraient désavantagés. Même s'ils tenaient compte, dans leur tarification, du préjudice matériel allégué, cela aurait une incidence négligeable sur les prix des services d'hébergement et la position concurrentielle des exploitants des établissements d'hébergement. L'OSA renvoie une nouvelle fois à l'arrêt *MEO* (à son point 37).
- 62 Selon l'OSA, le président de l'Úřad considère à tort qu'il n'a pas à démontrer l'effet négatif de la pratique examinée sur le bien-être des consommateurs. En effet, comme la Cour l'a indiqué dans l'arrêt *Post Danmark I*, « [l']article [102 TFUE] vise non seulement les pratiques qui causent un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte au jeu de la concurrence ». Dans le dispositif de l'arrêt *Post Danmark I*, la Cour indique expressément qu'« [a]fin d'apprécier l'existence d'effets anticoncurrentiels [...], il y a lieu d'examiner si cette politique de prix, sans justification objective, a pour résultat l'éviction effective ou probable de ce concurrent, au détriment du jeu de la concurrence et, de ce fait, des intérêts des consommateurs ». Le président de l'Úřad conteste ces conclusions en renvoyant à des arrêts de l'Union plus anciens, mais l'OSA signale que ceux-ci sont depuis

longtemps dépassés par l'arrêt *Post Danmark I* précisément. Le président de l'Úřad ne cite aucun arrêt plus récent au soutien de son argumentation.

- 63 Cependant, selon le **président de l'Úřad**, l'OSA confond le préjudice et l'élément matériel de l'infraction, à savoir la distorsion de la concurrence. Le président de l'Úřad ne soutient pas que l'apparition du préjudice économique causé aux établissements d'hébergement correspond automatiquement à leur exploitation d'une manière qui a entraîné la distorsion de la concurrence. L'arrêt *Post Danmark I* ne change rien non plus à l'avis du président de l'Úřad qui estime qu'il n'a pas à démontrer l'effet négatif de la pratique sur le bien-être des consommateurs. En effet, la pratique de l'OSA n'a pas une incidence directe, mais indirecte, sur les consommateurs, via les partenaires commerciaux de l'OSA. De plus, l'arrêt *Post Danmark I* porte sur l'interprétation de l'article 102 TFUE sous l'angle de la politique de prix bas consentis à certains anciens clients importants d'un concurrent. Dans cette affaire, il s'agissait donc principalement d'une pratique d'éviction abusive. Or, la pratique de l'OSA consistait en un abus d'exploitation à l'encontre de ses partenaires commerciaux, les exploitants des établissements d'hébergement, et non un abus d'éviction.
- 64 L'OSA renvoie ensuite encore, sur la question du préjudice causé au bien-être des consommateurs, à l'arrêt de la Cour du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.* (C-377/20, EU:C:2022:379 2022). Dans cet arrêt, la Cour a (une nouvelle fois) confirmé que, pour conclure à un abus de position dominante, l'autorité de concurrence doit démontrer une incidence négative sur les consommateurs. Le président de l'Úřad a toutefois ignoré cette obligation.

III. e. Démonstration d'une affectation sensible du commerce entre États membres

- 65 Le dernier sujet présentant une dimension européenne abordé en l'espèce est la question de la nécessité de démontrer que la pratique de l'OSA a sensiblement affecté le commerce entre États membres. L'OSA soutient que l'application de l'article 102 TFUE requiert la réunion de deux critères définis par la jurisprudence : (i) une position dominante de l'entreprise sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci et (ii) une affectation sensible du commerce entre États membres du fait de la pratique de l'entreprise.
- 66 L'OSA reconnaît qu'il a une position dominante sur une partie substantielle du marché intérieur. S'agissant de la condition relative à l'affectation sensible du commerce entre États membres, le président de l'Úřad a indiqué qu'en raison de la pratique de l'OSA, des auteurs étrangers avaient reçu des redevances plus élevées pour l'exercice de leurs droits. L'OSA a cependant démontré (voir points 52 et 53 de la présente ordonnance) que sa pratique (c'est-à-dire son mode de fixation des prix) ne pouvait pas, à elle seule, conduire à une hausse des tarifs des redevances au titre des droits d'auteur versées aux auteurs étrangers.
- 67 Il découle de l'arrêt *AKKA* que le commerce entre États membres peut être affecté par les pratiques tarifaires d'un organisme de gestion des droits d'auteur

qui détient un monopole dans son État membre et qui y gère, à côté des droits de titulaires dudit État membre, également ceux de titulaires étrangers (arrêt AKKA, point 29). Globalement, l'OSA ne conteste pas ce point. La Cour reconnaît que la gestion collective généralement exercée par des entreprises en position de monopole légal en application d'une réglementation nationale (sans concurrence transfrontalière), *peut*, dans certaines circonstances, affecter le commerce entre États membres. Toutefois, comme l'indique le fait qu'une telle pratique *peut* affecter le commerce entre États membres, cet effet n'est pas automatique.

- 68 Le président de l'Úřad cite ensuite l'arrêt OSA. Dans cet arrêt, la Cour a examiné le respect de la condition d'affectation dans le cas d'une pratique de facturation de prix excessifs indissociablement liée à une hausse des bénéfices de l'entreprise en position dominante. Par conséquent, cette conclusion n'est pas applicable à la présente affaire, dans laquelle l'Úřad sanctionne l'OSA pour l'application de conditions de transaction non équitables. Cependant, dans sa décision, le président de l'Úřad conclut que « tout comme dans le cas d'autres organismes de gestion collective, il suffisait également dans le cas [de l'OSA] qu'il existe une simple potentialité qu'elle affecte sensiblement le commerce entre États membres » (décision du président de l'Úřad, point 243). Par rapport à la totalité des revenus des auteurs représentés, il s'agit toutefois d'un montant négligeable. Par conséquent, l'Úřad n'a pas démontré que la pratique examinée ait *sensiblement affecté* le commerce entre États membres. L'Úřad n'aurait donc dû en aucun cas appliquer l'article 102 TFUE.
- 69 Le **président de l'Úřad** souligne que l'Úřad s'est appuyé sur la jurisprudence de la Cour et la communication de la Commission relative à l'interprétation de la notion d'*affectation du commerce entre États membres* [communication de la Commission – Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (2004/C 101/07), pouvant être consulté à l'adresse suivante : <https://bit.ly/4bMnQsc>]. L'affectation du commerce entre États membres peut aussi être potentielle. Par conséquent, il suffit que l'on puisse légitimement présumer qu'une telle affectation soit possible, et il n'est pas nécessaire d'examiner l'étendue réelle de l'atteinte (arrêts du 7 octobre 1999, Irish Sugar/Commission, T-228/97, EU:T:1999:246, point 170, ou du 1^{er} février 1978, Miller International Schallplatten/Commission, 19/77, EU:C:1978:19, point 15). La Cour a admis que les redevances facturées par une société de gestion de droits d'auteur qui détient un monopole peuvent affecter le commerce transfrontalier, et que par conséquent l'article 102 TFUE s'applique à une telle situation (voir arrêts du 13 juillet 1989, Tournier, 395/87, EU:C:1989:319, points 35 à 38, et du 13 juillet 1989, Lucazeau e.a., 110/88, 241/88 et 242/88, EU:C:1989:326, points 21 à 25).
- 70 Dans l'arrêt STIM, la Cour a estimé que le commerce entre États membres était affecté notamment parce que le barème de redevances concernait l'utilisation d'œuvres musicales dont les auteurs étaient des nationaux et des étrangers (arrêt STIM, point 23). Dans l'arrêt AKKA, elle a également déclaré que le commerce entre États membres peut être affecté par les pratiques tarifaires d'un organisme

de gestion des droits d'auteur s'il gère également les droits de titulaires étrangers (arrêt AKKA, point 29). L'OSA reconnaît lui-même qu'il gère également les œuvres d'auteurs étrangers. Sa pratique affecte donc non seulement la concurrence en République tchèque, mais aussi celle dans d'autres États membres.

III. f. Résumé et motifs de la demande de décision préjudicielle

- 71 Ainsi qu'il découle du résumé de l'argumentation des deux parties à la procédure, le cœur de l'ensemble de la présente affaire relève purement du droit de l'Union. Dans chacun des thèmes abordés, l'OSA et le président de l'Úřad s'opposent sur la manière d'interpréter le droit de l'Union.
- 72 L'OSA est convaincu qu'il est possible de répondre à la question de savoir s'il a violé l'article 102, [second alinéa], sous a), TFUE en commettant un abus de position dominante, en interprétant la jurisprudence de la Cour. Selon lui, l'arrêt le plus pertinent est l'arrêt SABAM. L'OSA estime que l'Úřad aurait dû apprécier l'affaire sous l'angle de l'application de prix excessifs en appliquant le critère United Brands en deux étapes, que la Cour a précisées dans le cas des organismes de gestion collective dans les arrêts AKKA et SABAM. L'OSA a proposé à la juridiction de céans de poser une question préjudicielle si elle n'admettait pas l'applicabilité de cette jurisprudence à l'affaire.
- 73 Selon la juridiction de céans, tout n'est pas aussi clair que l'OSA le présente. La juridiction de céans considère tout d'abord que *la Cour n'a vraiment encore jamais traité le sujet précis de la présente affaire, à savoir si l'absence de prise en compte, dans le barème des redevances au titre des droits d'auteur, du taux d'occupation des chambres des établissements d'hébergement peut constituer un abus de position dominante* au sens de l'article 102, [second alinéa], sous a), TFUE. De plus, il n'a pas semblé à la juridiction de céans qu'il soit si simplificateur, comme le soutient l'OSA, d'affirmer qu'il existe une différence fondamentale entre la présente affaire et l'affaire jugée dans l'arrêt SABAM. Les exploitants des établissements d'hébergement ont payé l'OSA pour des services qu'ils n'ont en réalité pas reçus (voir points 22 et 23 de la présente ordonnance). L'OSA répond certes à cette affirmation par de bons arguments (points 24 à 26 de la présente ordonnance). Cependant, la juridiction de céans n'est toujours pas certaine que l'on puisse déduire de l'arrêt SABAM des principes concrets susceptibles d'être appliqués pour apprécier la pratique de l'OSA, qui n'a pas pris en compte le taux d'occupation des chambres dans les redevances au titre des droits d'auteur facturées aux établissements d'hébergement.
- 74 La même approche est possible également pour la question de savoir si l'Úřad aurait dû apprécier la pratique de l'OSA sous l'angle (a) des prix excessifs (position de l'OSA) ou (b) des conditions de transaction non équitables (position de l'Úřad). Même s'il est moins fréquent d'apprécier l'abus de position dominante sous l'angle de l'imposition de conditions de transaction non équitables, l'Úřad a motivé sa position au moyen d'un renvoi à une certaine pratique décisionnelle (voir points 21 à 23 et 31 à 35 de la présente ordonnance). L'OSA soutient que

l'Úřad fait une interprétation biaisée de cette pratique décisionnelle. Toutefois, aucune des parties n'a présenté à la juridiction de céans d'indications claires sur la manière d'apprécier et de trancher ce litige. Il ne semble pas que la Cour ait proposé dans sa jurisprudence une formule composée de critères concrets sur le fondement desquels les autorités nationales pourraient décider de la voie à emprunter entre les deux options possibles, évaluer les problèmes potentiels en cas de mauvais choix et comment, finalement, résoudre ce problème dans le contexte d'une absence de prise en compte du taux d'occupation des chambres dans le tarif des redevances au titre des droits d'auteur.

- 75 Même si l'avis selon lequel l'Úřad a apprécié à juste titre l'affaire sous l'angle des conditions de transactions non équitables l'emporte, il reste des incertitudes. Concrètement, la question se pose de savoir quel critère doit être appliqué dans un tel cas : le critère en trois étapes invoqué par l'OSA (point 29 de la présente ordonnance) ou un « simple » critère de proportionnalité, comme l'affirme l'Úřad (point 35 de la présente ordonnance).
- 76 Du reste, il en va de même si, à l'inverse, l'avis selon lequel le litige doit être abordé sous l'angle des prix excessifs l'emporte. Une fois les questions préjudicielles posées, la Cour peut le cas échéant clarifier si, y compris dans le contexte de la présente affaire, le critère *United Brands* (voir points 40 à 44 ci-dessus) peut être appliqué, et sous quelle forme concrète.
- 77 À l'issue de l'examen de ces sujets, et en particulier si la Cour estime que l'Úřad a apprécié à juste titre la pratique de l'OSA sous l'angle des conditions de transaction non équitables, il restera nécessaire de résoudre la question de l'élément constitutif de l'infraction de distorsion de la concurrence. Les parties à la procédure s'opposent sur le point de savoir si cet élément est constitué s'il existe un simple risque de distorsion. Ou si l'Úřad aurait dû démontrer que la pratique de l'OSA a eu le moindre effet anticoncurrentiel factuel (voir points 47 à 50 de la présente ordonnance). Si l'Úřad devait le démontrer, cela soulèverait une nouvelle question, à savoir s'il est nécessaire de démontrer également l'incidence directe ou indirecte sur le bien-être des consommateurs, ou l'incidence de l'abus d'exploitation sur les partenaires commerciaux de l'OSA (points 54 et 55 de la présente ordonnance).
- 78 La question se pose aussi de savoir s'il est nécessaire de démontrer que la pratique de l'OSA a sensiblement affecté le commerce entre États membres (position de l'OSA). Ou s'il suffit que l'on puisse raisonnablement penser qu'une telle affectation serait possible, et que par conséquent il n'est pas nécessaire d'examiner son étendue réelle (position de l'Úřad). Or, il s'agit là de l'une des conditions d'application de l'article 102 TFUE.
- 79 La juridiction de céans estime qu'aucun des aspects susmentionnés ne constitue un acte *clair* ou *éclairé*. Il n'existe à ce jour aucune jurisprudence de la Cour qui offrirait une solution aux problèmes décrits dans le cas des organismes de gestion collective et des établissements d'hébergement, ou une solution concrète au

problème de la facturation des redevances au titre des droits d'auteur pour les chambres inoccupées.

80 Or, des droits fondamentaux importants de l'OSA sont en jeu : la liberté d'entreprise (article 16 de la charte des droits fondamentaux de l'UE ; ci-après la « Charte »), le droit de propriété (article 17 de la Charte) et le droit à un procès équitable proclamé à l'article 47 de la Charte.

81 C'est pourquoi la juridiction de céans a décidé de déférer les questions préjudicielles formulées au point I du dispositif de la présente ordonnance.

82 Dans un souci d'exhaustivité, la juridiction de céans ajoute que l'OSA a proposé des questions préjudicielles sous une formulation quelque peu différente. Concrètement, il a demandé à la juridiction de céans de poser les questions suivantes :

1. L'article 102, [second alinéa], sous a), TFUE peut-il être interprété en ce sens que constitue en soi un abus de position dominante au sens dudit article la pratique d'un organisme de gestion collective qui dispose dans un État membre d'un monopole de fait et qui applique à l'égard des exploitants d'établissements d'hébergement, sans tenir compte du taux d'occupation réel des différentes chambres de l'établissement d'hébergement, un mode de fixation du prix facturé en contrepartie de l'octroi d'une licence pour la mise à disposition d'œuvres d'auteur au moyen de récepteurs de télévision et de radio installés dans des chambres destinées à l'hébergement privé de clients, le prix ainsi fixé n'augmentant pas significativement et durablement le montant des redevances au titre des droits d'auteur facturées pour une prestation similaire dans des États membres comparables, en parité du pouvoir d'achat ?

2. En cas de réponse affirmative à la première question posée, est-il nécessaire, afin d'établir une violation de l'article 102, [second alinéa], sous a), TFUE résultant de la pratique visée dans la première question posée, de démontrer l'existence d'effets négatifs réels ou potentiels sur la concurrence ? Si oui, le fait que la pratique n'ait pas eu d'effet négatif sur les consommateurs sous la forme d'une augmentation des prix ou d'une réduction de la qualité des services d'hébergement, et que, du point de vue des exploitants des établissements d'hébergement, elle n'ait pas affecté sensiblement la fourniture des services d'hébergement sur le marché, fait-il obstacle à la possibilité de constater une violation de l'article 102, [second alinéa], sous a), TFUE ?

83 Cependant, la juridiction de céans a jugé préférable de reformuler les questions et de les généraliser afin qu'elles soient posées de manière plus neutre et concentrées sur les sujets importants pour apprécier la présente affaire. À cet égard, la juridiction de céans a conscience que dans le cadre de la coopération entre les juridictions nationales et la Cour, il incombe le cas échéant à cette dernière de

fournir à la juridiction nationale tous les éléments d'interprétation du droit de l'Union pouvant être utiles au jugement de l'affaire dont la juridiction nationale l'a saisie, que la juridiction de renvoi y ait fait ou non référence dans l'énoncé de sa question (arrêt du 21 septembre 2017, Aviva, C-605/15, EU:C:2017:718, point 21 et jurisprudence citée). La juridiction de céans a néanmoins jugé pertinent, dans un souci d'exhaustivité, de citer également les questions préjudicielles telles que l'OSA les avait formulées.

IV. Conclusion

84 La juridiction de céans a donc posé à la Cour les questions préjudicielles formulées au point I du dispositif de la présente ordonnance. [OMISSIS]

[OMISSIS] [procédure nationale, date, signatures]