

Causa C-161/24**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

29 febbraio 2024

Giudice del rinvio:

Krajský soud v Brně (Repubblica ceca)

Data della decisione di rinvio:

29 febbraio 2024

Ricorrente:

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

Convenuto:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Oggetto del procedimento principale

La controversia principale ha ad oggetto la questione se la società di gestione collettiva abbia abusato della sua posizione dominante addebitando alle strutture ricettive royalties per la possibilità di utilizzare la televisione e la radio nelle loro camere indipendentemente dal fatto che tali camere fossero occupate o meno.

Questioni pregiudiziali

1. Se l'articolo 102, secondo comma, lettera a), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea possa essere interpretato nel senso che costituisce abuso di posizione dominante, ai sensi di tale articolo, la pratica di un organismo di gestione collettiva che detiene un monopolio di fatto in uno Stato membro e applica, nei confronti dei gestori di strutture ricettive, royalties per la concessione di una licenza di messa a disposizione di opere d'autore mediante ricevitori televisivi e radiofonici installati in camere destinate all'alloggiamento privato di

clienti senza tener conto dell'effettiva occupazione delle singole camere delle strutture ricettive.

2. In caso di risposta affermativa alla prima questione pregiudiziale, se tale pratica debba essere valutata in termini di (a) applicazione di condizioni di transazione non eque o di (b) applicazione di prezzi eccessivi:

– nell'ipotesi in cui lo standard corretto sia l'applicazione di condizioni di transazione non eque, quale test specifico debba essere impiegato per valutarle;

– nell'ipotesi in cui lo standard corretto sia l'applicazione di prezzi eccessivi, quale test specifico debba essere impiegato per valutarli, se il test «United Brands» generale o una sua versione modificata.

3. Se, ai fini della dimostrazione di una violazione dell'articolo 102, secondo comma, lettera a), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in relazione alla pratica di cui alla prima questione, sia necessario provare gli effetti negativi reali o potenziali sulla concorrenza (compreso l'impatto sul benessere dei consumatori e gli effetti di sfruttamento del comportamento dominante).

4. Se, ai fini della dimostrazione di una violazione dell'articolo 102, secondo comma, lettera a), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in relazione alla pratica di cui alla prima questione, sia necessario provare un'incidenza sostanziale di tale comportamento sul commercio tra gli Stati membri dell'Unione o se sia sufficiente presumere ragionevolmente la possibilità di una tale incidenza, senza dover esaminare la sua portata effettiva.

Disposizioni del diritto dell'Unione fatte valere

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in prosieguo: il «TFUE»):
articolo 102

Regolamento del Consiglio (CE) 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli [101 e 102 del TFUE]; articoli 3 e 5

Disposizioni del diritto nazionale fatte valere

Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (legge n. 143/2001 sulla tutela della concorrenza):

Articolo 11, paragrafo 1, lettera a):

«È vietato l'abuso di posizione dominante a danno dei concorrenti o dei consumatori. L'abuso di posizione dominante consiste, inter alia: a) nell'imporre direttamente od indirettamente condizioni non eque nei contratti stipulati con altri operatori del mercato, in particolare nell'imporre una prestazione che, al momento

della conclusione del contratto, è manifestamente sproporzionata rispetto alla controprestazione fornita».

Articolo 22a, paragrafo 1, lettera c):

«Una persona giuridica o una persona fisica che esercita un'attività economica commette un'infrazione come concorrente se (...) c) in violazione dell'articolo 11, paragrafo 1, abusa della sua posizione dominante».

Breve illustrazione dei fatti e del procedimento

- 1 Il ricorrente è uno dei sei organismi di gestione collettiva di opere protette dal diritto d'autore nella Repubblica ceca e detiene, in tale settore, un monopolio di fatto¹. Tra il 19 maggio 2008 e il 6 novembre 2014 esso ha addebitato agli alberghi e alle altre strutture ricettive della Repubblica ceca royalties per la possibilità di utilizzare la televisione e la radio nelle loro camere, quand'anche non occupate. Le royalties erano identiche, che le camere fossero effettivamente utilizzate o meno. Con decisione del 18 dicembre 2019, l'Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Ufficio per la tutela della concorrenza, Repubblica ceca; in prosieguo: l'«Ufficio») ha constatato che il ricorrente aveva abusato della sua posizione dominante e aveva violato il divieto derivante dall'articolo 102, secondo comma, lettera a), TFUE. Per questo motivo, gli ha inflitto un'ammenda di CZK 10 676 000 (circa EUR 429 000) e gli ha vietato il comportamento contestato (in prosieguo: la «decisione dell'Ufficio»).
- 2 Secondo l'Ufficio, con il suo comportamento il ricorrente ha imposto condizioni di transazione non eque nel mercato della concessione delle licenze sui diritti d'autore per l'uso delle opere musicali, letterarie, drammatiche, drammatico-musicali, coreografiche, pantomimiche, audiovisive, delle opere di arte figurativa e di architettura e della componente visiva di opere audiovisive mediante apparecchi che consentono la radiodiffusione o la telediffusione nelle camere delle strutture ricettive della Repubblica ceca. Esso avrebbe quindi abusato della propria posizione dominante a danno dei fornitori di servizi di alloggio e avrebbe potenzialmente inciso sul commercio tra gli Stati membri nell'ambito dell'esercizio dei diritti d'autore.
- 3 Il ricorrente ha presentato un reclamo contro la decisione dell'Ufficio, che il presidente dell'Ufficio con decisione del 23 novembre 2020 (in prosieguo: la «decisione del presidente dell'Ufficio») ha respinto. Il ricorrente ha proposto ricorso avverso tale decisione dinanzi al giudice del rinvio.

¹ V. anche sentenza della Corte del 27 febbraio 2014, OSA (C-351/12).

Argomenti delle parti nel procedimento principale

- 4 Le parti non contestano i fatti all'origine della controversia, bensì la qualificazione giuridica della situazione con riferimento all'articolo 102, secondo comma, lettera a), TFUE. In particolare, le parti sono in disaccordo su quale sia la giurisprudenza della Corte di giustizia da prendere in considerazione per valutare il merito della causa.
- 5 Le parti controvertono, nell'ambito del diritto dell'Unione, su un totale di cinque sotto-argomenti: i) l'applicabilità della sentenza SABAM ², ii) la correttezza dell'applicazione del test di condizioni di transazione non eque; iii) l'applicabilità delle sentenze United Brands ³, SABAM e AKKA ⁴ se il comportamento del ricorrente fosse valutato in termini di applicazione di prezzi eccessivi, iv) l'elemento oggettivo della distorsione della concorrenza e il relativo standard probatorio e v) la dimostrazione di un'incidenza sostanziale sul commercio tra Stati membri.

i) Applicabilità della sentenza SABAM

- 6 Contrariamente al presidente dell'Ufficio, il ricorrente sostiene che la presente causa può essere decisa alla luce della sentenza SABAM. Essa è la più vicina alla causa per quanto riguarda i fatti e il diritto. Anche se nella causa SABAM si trattava di una presa in considerazione forfettaria della quantità di opere eseguite, mentre nel caso di specie si tratta di una presa in considerazione forfettaria dell'ampiezza del pubblico, vale a dire di una mancata presa in considerazione dell'occupazione delle camere, il nocciolo della controversia sarebbe lo stesso e, in linea di principio, si tratterebbe della stessa questione - quella relativa alla natura della pratica attinente al *metodo di calcolo* dei compensi a titolo dei diritti d'autore⁵.
- 7 Nella causa SABAM la Corte di giustizia ha valutato l'abuso di posizione dominante in termini non di *condizioni di transazioni non eque*, bensì di *applicazione di prezzi eccessivi*. Secondo il ricorrente, lo stesso standard avrebbe dovuto essere applicato anche dall'Ufficio. [Nel suo mancato impiego] il ricorrente ravvisa un errore fondamentale dell'Ufficio.
- 8 Inoltre, secondo il ricorrente, la tariffa dei compensi a titolo dei diritti d'autore deve essere considerata nel suo complesso. Secondo la sentenza SABAM, gli

² Sentenza della Corte del 25 novembre 2020, SABAM (C-372/19) (in prosieguo: la «sentenza SABAM»).

³ Sentenza della Corte del 14 febbraio 1978, United Brands (C-27/76) (in prosieguo: la «sentenza United Brands»).

⁴ Sentenza della Corte del 14 settembre 2017, AKKA (C-177/16) (in prosieguo: la «sentenza AKKA»).

⁵ Con riferimento alle conclusioni dell'avvocato generale nella causa SABAM (paragrafo 17).

organismi di gestione collettiva non dovrebbero essere tenuti, in ogni caso, a prendere in considerazione gli elementi concreti specifici per i diversi settori di riproduzione delle opere musicali. Essi non dovrebbero essere soggetti a restrizioni per quanto riguarda la modalità di fissazione dell'ammontare dei compensi per i diritti d'autore, purché tale modalità non comporti un eccessivo importo della tariffa⁶.

- 9 Secondo il ricorrente, nella causa SABAM i compensi sono sempre stati addebitati, almeno in parte, anche per le opere non eseguite al festival. Nel caso in esame, i compensi sono stati in parte addebitati anche per periodi in cui determinate camere non erano occupate. Il ricorrente rileva che il presidente dell'Ufficio non tiene conto delle differenze di fatto nel pagamento delle tariffe dei compensi dovuti a titolo dei diritti d'autore tra la messa a disposizione delle opere nel corso dei festival (come accaduto nella causa SABAM) e quella nelle stanze delle strutture ricettive. Per loro stessa natura i festival comportano la messa a disposizione delle opere al pubblico. Tuttavia, può accadere che in un determinato festival neanche una sola opera del repertorio dell'organismo di gestione collettiva venga messa a disposizione. In una situazione del genere potrebbe essere sproporzionato chiedere il compenso per il diritto d'autore.
- 10 I compensi a titolo dei diritti d'autore per la messa a disposizione di opere nelle camere delle strutture ricettive vengono pagati agli organismi di gestione collettiva su base annuale. Con quasi assoluta certezza, in questo periodo di un anno almeno un ospite alloggia in ogni camera. Nel periodo di un anno per il quale il ricorrente addebita i compensi per i diritti d'autore, quasi nel 100 % delle camere è stata messa a disposizione un'opera protetta dal diritto d'autore.
- 11 Il presidente dell'Ufficio ritiene, per contro, che la sentenza SABAM non sia applicabile alla fattispecie. L'importo delle royalties richieste dall'organismo di gestione collettiva nella causa SABAM derivava da una tariffa asseritamente non corrispondente al valore economico dei servizi forniti dall'organismo di gestione collettiva. La questione pregiudiziale affrontata dalla sentenza SABAM mirava, tra l'altro, a determinare in quale precisa misura l'organismo di gestione collettiva in posizione dominante potesse applicare una tariffazione senza abusare di tale sua posizione.
- 12 La differenza tra i due casi riguarda l'elemento della comunicazione dell'opera al pubblico e l'esistenza di una prestazione e di una controprestazione. Nel caso di specie non vi è stata comunicazione (nelle camere non occupate) dell'opera al pubblico. Per contro, nella controversia oggetto della sentenza SABAM, vi era stata una comunicazione dimostrabile dell'opera al pubblico. Se la comunicazione dell'opera al pubblico non avesse avuto luogo, il compenso non avrebbe dovuto essere pagato⁷. Secondo la sentenza SABAM, «il compenso applicato da un

⁶ Punto 46 della sentenza SABAM.

⁷ Paragrafo 80 delle conclusioni dell'avvocato generale nella causa SABAM.

organismo di gestione collettiva deve tenere conto della quantità di opere musicali protette dal diritto d'autore realmente utilizzate».⁸

- 13 Secondo il presidente dell'Ufficio, la sentenza SABAM, di fatto, ha affrontato soltanto la questione a) di quanto repertorio gestito dalla SABAM era stato comunicato e b) a quanto pubblico, e se la tariffa per i compensi d'autore applicata successivamente corrispondesse all'articolo 102 TFUE. In cambio del servizio fornito (la comunicazione al pubblico dell'opera), l'organismo di gestione collettiva aveva il diritto di chiedere un compenso a titolo dei diritti d'autore. Orbene, non è questo il caso del ricorrente. La comunicazione al pubblico dell'opera non avrebbe avuto affatto luogo nelle camere rimaste libere delle strutture ricettive e i gestori delle strutture ricettive hanno pagato al ricorrente per servizi che essi, di fatto, non hanno ricevuto. Di conseguenza, il convenuto ribadisce che la sentenza SABAM non offre indicazioni per valutare le pratiche del ricorrente, che sarebbe quindi errato esaminare sotto il profilo dell'imposizione di prezzi non equi.
- 14 Secondo il presidente dell'Ufficio, la causa SABAM aveva ad oggetto la questione della legittimità dell'applicazione di una determinata tariffa di compenso per i diritti d'autore, ma soltanto nel caso in cui vi era stata una comunicazione dimostrabile dell'opera al pubblico. Secondo il punto 41 della sentenza SABAM: «(...) i compensi risultanti da un siffatto tariffario rappresentano il corrispettivo dovuto per la comunicazione al pubblico di tali opere musicali».

ii) Correttezza dell'applicazione del test di condizioni di transazione non eque

- 15 Il ricorrente non concorda con l'Ufficio sul fatto che la modalità di fissazione delle tariffe debba essere valutata in termini di applicazione di condizioni non eque. L'Ufficio avrebbe poi applicato una prassi decisionale che non è pertinente⁹, l'avrebbe mal interpretata e avrebbe commesso un errore di valutazione. Infatti, una parte della prassi decisionale invocata riguarderebbe il comportamento di un'impresa dominante con gravi effetti negativi sulla concorrenza. Inoltre, esso si è basato sulla sentenza STIM, che riguardava una pratica di addebito di prezzi eccessivi, mentre ha rifiutato di applicare la sentenza SABAM, anch'essa riguardante prezzi eccessivi.

⁸ Punto 50 della sentenza SABAM.

⁹ Decisione della Commissione del 2 giugno 1971, GEMA (71/224), sentenza della Corte del 27 marzo 1974, BRT (C-127/73) (in prosieguo: la «sentenza BRT»), decisione della Commissione del 20 aprile 2001, DSD (2001/463/EC, COMP D3/344493) (in prosieguo: la «decisione DSD»), sentenza del Tribunale del 24 maggio 2007, DSD (T-151/01), e sentenza della Corte dell'11 dicembre 2008, STIM (C-52/07) (in prosieguo: la «sentenza STIM»).

- 16 Il ricorrente fa valere che, secondo la prassi decisionale dell'Unione e la dottrina pertinente¹⁰, in caso di abuso di posizione dominante sotto forma di applicazione di condizioni di transazione non eque, viene effettuato un test in tre fasi, nell'ambito del quale si valuta i) se la condizione di transazione non sia collegata alla finalità del contratto o non sia necessaria per garantirne l'effetto atteso, ii) se la condizione di transazione arrechi pregiudizio all'altra parte contrattuale e iii) se la condizione di transazione non sia né appropriata né proporzionata. Orbene, l'Ufficio non avrebbe effettuato le prime due fasi del test e, isolatamente, avrebbe esaminato solo la «proporzionalità» astratta delle condizioni di transazione.
- 17 Il presidente dell'Ufficio ritiene che la succitata prassi sia applicabile. La Commissione e i giudici dell'Unione hanno esaminato la medesima pratica, ossia l'imposizione di condizioni di transazione non eque (tranne che nella sentenza STIM). A suo avviso, tale prassi decisionale non è stata ancora superata. La questione della necessità assoluta di una determinata pratica per conseguire l'obiettivo prefissato è cruciale per la valutazione di tale pratica ed è necessario verificare se l'organismo di gestione collettiva tenga conto di tutti gli interessi in gioco al fine di garantire un equilibrio tra la massima libertà degli autori di disporre dei loro diritti e la gestione effettiva dei loro diritti¹¹.
- 18 Per quanto riguarda l'affermazione secondo cui il test a tre fasi non sarebbe stato eseguito correttamente, il presidente dell'Ufficio rileva di non essere a conoscenza di alcuna decisione concreta della Commissione, o dei giudici dell'Unione, in cui sia stato applicato tale test, e che il ricorrente ha fatto riferimento solo a letteratura. Orbene, altra letteratura straniera non menziona un siffatto test per quanto riguarda le condizioni di transazione non eque. Al contrario, a causa dell'esiguità dei casi di abuso di posizione dominante nella forma di imposizione di condizioni inique, viene considerato difficile definire i test utilizzabili. Inoltre, i test applicati dalla Commissione e dalla Corte di giustizia prendono in considerazione gli effetti anticoncorrenziali della condizione imposta e la sua giustificazione¹². L'applicazione del test in tre fasi non era quindi necessaria in questa sede. È stato sufficiente che l'Ufficio si occupasse della proporzionalità della condizione di transazione rispetto alla controprestazione e dell'esistenza di possibili ragioni giustificative per il comportamento del ricorrente.
- 19 Per quanto riguarda la sentenza STIM, il presidente dell'Ufficio afferma che, pur trattando di prezzi eccessivi, essa affrontava tuttavia questioni concettuali relative all'interpretazione dell'articolo 102 TFUE. In particolare, la Corte di giustizia vi ha elaborato il principio di proporzionalità che, secondo il presidente dell'Ufficio, può essere applicato anche alle condizioni di transazione non eque. Per contro, la

¹⁰ O'Donoghue, R., Padilla, J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 3 ed., Oxford: Hart Publishing, 2020, pag. 1043.

¹¹ Con riferimento alla sentenza BRT.

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

sentenza SABAM non conterrebbe conclusioni concettuali trasponibili al caso del ricorrente.

iii) Applicabilità delle sentenze United Brands, AKKA e SABAM se il comportamento del ricorrente fosse valutato in termini di applicazione di prezzi eccessivi

- 20 Il ricorrente sostiene che, se l'Ufficio avesse valutato il comportamento del ricorrente come avrebbe dovuto, vale a dire in termini di applicazione di prezzi eccessivi, i compensi a titolo dei diritti d'autore che ha addebitato non sarebbero risultati eccessivi. I test applicabili derivano dalle sentenze United Brands, AKKA e SABAM. L'Ufficio, qualificando il comportamento del ricorrente come applicazione di condizioni di transazione non eque, tenta di sottrarsi all'applicazione di tali sentenze.
- 21 Il ricorrente sostiene inoltre che, secondo tale giurisprudenza, il test per la valutazione di prezzi eccessivi consiste nei due seguenti passaggi: i) la valutazione dell'esistenza di un'eccessiva sproporzione tra le spese effettivamente sostenute ed il prezzo richiesto e, in caso affermativo e di seguito, ii) l'accertamento che il prezzo applicato non sia sproporzionato in termini assoluti o rispetto ai prodotti concorrenti¹³ oppure rispetto agli importi delle tariffe applicate in altri Stati membri concentrandosi, eventualmente, sui segmenti di utenti specifici¹⁴.
- 22 Il ricorrente esclude di aver violato l'articolo 102 TFUE. Per quanto riguarda la prima fase del suddetto test, esso rileva che non esiste un metodo alternativo che consenta di quantificare con precisione l'occupazione delle camere delle strutture ricettive e di realizzare lo stesso scopo legittimo di tutela degli interessi degli autori, senza tuttavia comportare un aumento sproporzionato dei costi connessi alla gestione dei contratti e alla sorveglianza sull'utilizzo delle opere protette da parte del ricorrente. Il ricorrente non ha la possibilità di verificare continuamente l'occupazione di ciascuna struttura ricettiva. Per quanto riguarda la seconda fase del test, il ricorrente aggiunge che, anche se esistesse un altro metodo di quantificazione dell'occupazione delle camere, l'importo dei compensi per i diritti d'autore sarebbe stato proporzionato rispetto ai compensi degli organismi stranieri di gestione collettiva, come confermato anche dai dati utilizzati dall'Ufficio nel procedimento amministrativo.
- 23 Il presidente dell'Ufficio ha indicato di non aver valutato la pratica del ricorrente in termini di prezzi eccessivi, bensì in termini di condizioni non eque, poiché costituisce «condizioni non eque» ai sensi dell'articolo 102 TFUE una pratica di abuso di posizione dominante consistente, per l'impresa in posizione dominante, nell'imporre condizioni inique, in particolare quelle che, al momento della

¹³ Punto 252 della sentenza United Brands

¹⁴ Sentenza AKKA, punto 2 del dispositivo.

conclusione del contratto, sono manifestamente sproporzionate rispetto alla controprestazione.

iv) Elemento oggettivo della distorsione della concorrenza e relativo standard probatorio

- 24 Secondo il ricorrente, l'Ufficio non ha affrontato la questione se la mancata presa in considerazione dell'occupazione delle camere nella fissazione delle tariffe dei compensi per i diritti d'autore comportasse una distorsione della concorrenza. Esso sostiene che, conformemente alla giurisprudenza, il comportamento di un'impresa in posizione dominante non può essere qualificato abusivo in assenza di un minimo effetto anticoncorrenziale sul mercato. È sufficiente la dimostrazione di un effetto anticoncorrenziale potenziale, tuttavia non deve trattarsi di un effetto di natura puramente ipotetica¹⁵. Per le pratiche che distorcono la concorrenza per oggetto (*by object*)¹⁶ non è necessario dimostrare un effetto anticoncorrenziale, deve però esistere, al loro riguardo, un'esperienza sufficientemente solida e affidabile che ne indichi un tale carattere dannoso¹⁷. Tuttavia, l'Ufficio non ha fatto riferimento ad alcuna pratica di tale tipo e, secondo il ricorrente, il fatto che gli organismi di gestione collettiva non tengano conto dell'occupazione delle camere nelle strutture ricettive non ne costituisce una.
- 25 Il ricorrente non condivide poi l'opinione del presidente dell'Ufficio secondo cui non è necessario provare gli effetti reali sulla concorrenza, poiché l'elemento costitutivo dell'imposizione di condizioni non eque sarebbe integrato già dal rischio. Infatti, secondo la giurisprudenza, l'autorità garante della concorrenza deve dimostrare che «il gioco della concorrenza è stato “in concreto” impedito, ristretto o falsato»¹⁸.
- 26 Secondo il ricorrente, non è chiaro come i gestori di strutture ricettive abbiano potuto subire un danno concorrenziale¹⁹. Infatti, l'Ufficio contesta al ricorrente la modalità di fissazione dei compensi per il diritto d'autore e non il loro importo. L'importo dei compensi per i diritti d'autore avrebbe potuto essere più elevato e non ci sarebbe stata nessuna sanzione se il ricorrente avesse rispettato la modalità di fissazione di prezzi preferita dall'Ufficio. Le modalità di fissazione delle tariffe

¹⁵ V. sentenze della Corte del 6 dicembre 2012, AstraZeneca (C-457/10 P, punto 112); del 17 dicembre 2011, TeliaSonera (C-52/09) (in prosieguo: la «sentenza TeliaSonera»), e del 6 ottobre 2015, Post Danmark (C-23/14, punto 65).

¹⁶ V. sentenza della Corte del 30 gennaio 2020, Paroxetine (C-307/18, punto 155).

¹⁷ Sentenza della Corte del 2 aprile 2020, Budapest Bank (C-228/18, punti 76 e 79).

¹⁸ V. sentenze del Tribunale del 12 dicembre 2018, Servier (T-691/14, punto 1129), della Corte del 30 giugno 1966, LTM (C-56/65, pag. 281) o del Tribunale del 12 dicembre 2018, Krka (T-684/14, punto 361).

¹⁹ Sentenza della Corte del 19 aprile 2018, MEO (C-525/16, in particolare punto 37) (in prosieguo: la «sentenza MEO»).

delle royalties non sarebbero state tali da procurare al ricorrente un cosiddetto vantaggio sovra-competitivo. Anche se ci fossero diversi organismi di gestione collettiva operanti sul mercato in concorrenza reciproca, essi non sarebbero certamente in concorrenza tra loro per il fatto di tenere o meno conto del tasso di occupazione delle strutture ricettive. La concorrenza sarebbe esercitata sulla base del prezzo e dell'ampiezza del repertorio. La modalità di fissazione del prezzo non sarebbe un elemento della concorrenza.

- 27 Il ricorrente fa valere che il divieto di abuso di posizione dominante mira a prevenire le pratiche che hanno un effetto diretto o indiretto sul benessere dei consumatori²⁰. Il convenuto non ha dimostrato l'effetto negativo sul benessere dei consumatori²¹. Invece di tale standard risultante dalla giurisprudenza, esso avrebbe utilizzato solo una nozione vaga di «proporzionalità». Il convenuto non ha neppure dimostrato gli effetti di sfruttamento del comportamento del ricorrente, sebbene l'abbia così qualificato – per farlo avrebbe dovuto dimostrare che le condizioni di transazione comportavano i) una distorsione della struttura del mercato con un impatto sul benessere dei consumatori, o ii) un attacco ai valori di fondo della società umana, che sicuramente includono le attività culturali dei consumatori²².
- 28 Il presidente dell'Ufficio rileva che l'elemento costitutivo dell'infrazione è integrato già dal rischio di distorsione della concorrenza. In ogni caso, il convenuto non avrebbe trattato le pratiche del ricorrente come pratiche anticoncorrenziali per oggetto (*by object*), per le quali non è necessario dimostrare effetti anticoncorrenziali. Dalla decisione dell'Ufficio risulta che il ricorrente ha distorto la concorrenza in quanto ha sfruttato le sue controparti commerciali imponendo condizioni di transazione non eque senza ragioni obiettive e causando così un danno materiale ai suoi partner commerciali, in un contesto in cui questi ultimi non avevano praticamente altra scelta²³.
- 29 Per quanto riguarda il danno e l'argomentazione fondata sulla sentenza MEO, il presidente dell'Ufficio aggiunge che la giurisprudenza dell'Unione definisce il danno in modo molto ampio²⁴. È evidente che il comportamento del ricorrente ha inciso sui costi e sugli utili dei gestori delle strutture ricettive e ha pregiudicato la loro posizione concorrenziale.
- 30 Secondo il presidente dell'Ufficio, dalla giurisprudenza risulta che il divieto di abuso di posizione dominante riguarda non solo le pratiche che possono arrecare

²⁰ Sentenza della Corte del 27 marzo 2012, Post Danmark I (C-209/10) (in prosieguo: la «sentenza Post Danmark I»).

²¹ Sentenza della Corte del 12 maggio 2022, SEN (C-377/20).

²² V. paragrafo 22 delle conclusioni dell'avvocato generale nella causa SABAM.

²³ V. punti da 111 a 115 della decisione DSD.

²⁴ Punto 64 della sentenza TeliaSonera.

pregiudizio direttamente ai consumatori, ma anche quelle che sono loro pregiudizievoli avendo ripercussioni sulla struttura concorrenziale effettiva²⁵. Per pronunciarsi sul carattere abusivo del comportamento di un concorrente, non è necessario esaminare se tale comportamento abbia arrecato pregiudizio ai consumatori. È sufficiente verificare se esso abbia avuto un effetto restrittivo sulla concorrenza²⁶. È vero che l'Ufficio non ha dimostrato se il comportamento del ricorrente abbia avuto impatto sui consumatori (e non era tenuto a farlo), ma ha dimostrato che il comportamento ha avuto ripercussioni su altri concorrenti, che erano le controparti contrattuali del ricorrente, vale a dire i gestori di strutture ricettive.

- 31 Secondo il presidente dell'Ufficio, che si basa sulla sentenza *United Brands*, il ricorrente ha agito in maniera anticoncorrenziale imponendo condizioni non eque e sfruttando, di fatto, le controparti contrattuali (i gestori delle strutture ricettive). La *ratio* del divieto delle pratiche di sfruttamento è che un'impresa in posizione dominante non dovrebbe beneficiare, al di là di un livello ragionevole e a scapito dei suoi partner commerciali, di una concorrenza indebolita falsandola, in questo modo, ulteriormente. Orbene, ciò è esattamente quanto ha fatto il ricorrente.
- 32 Secondo il presidente dell'Ufficio, la sentenza *Post Danmark I* non toglie che non occorra dimostrare un effetto negativo del comportamento sul benessere dei consumatori. Il comportamento del ricorrente, infatti, è una pratica che non impatta sui consumatori direttamente, ma indirettamente, attraverso i partner commerciali del ricorrente. Peraltro, la sentenza *Post Danmark I* riguardava principalmente un abuso di posizione dominante nella forma di una pratica di esclusione, mentre il comportamento del ricorrente è consistito nello sfruttamento dei suoi partner commerciali – i gestori delle strutture ricettive – e non nella loro esclusione dalla concorrenza.

v) Dimostrazione di un'incidenza sostanziale sul commercio tra Stati membri

- 33 Il ricorrente sostiene che, ai fini dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE, devono essere soddisfatti due criteri: i) la posizione dominante dell'impresa sul mercato interno o su una parte sostanziale dello stesso e ii) l'incidenza sostanziale del suo comportamento sul commercio tra gli Stati membri.
- 34 Il ricorrente riconosce di detenere una posizione dominante su una parte sostanziale del mercato interno, ma contesta che il suo modo di procedere (vale a dire la sua modalità di fissazione del prezzo) abbia potuto condurre, di per sé, ad un aumento delle tariffe dei compensi per i diritti d'autore versati agli autori stranieri²⁷. Anche se secondo il presidente dell'Ufficio era sufficiente la mera potenzialità dell'incidenza sostanziale sul commercio tra gli Stati membri, nel

²⁵ Punto 36 della sentenza della Corte del 21 febbraio 1973, *Continental Can* (6/72).

²⁶ V. sentenza della Corte del 15 marzo 2007, *British Airways* (C-95/04 P, punti 106 e 107).

²⁷ V. punto 29 della sentenza *AKKA*.

contesto delle entrate complessive degli autori rappresentati si trattava, ovviamente, di un importo trascurabile. Il convenuto non ha quindi dimostrato che il comportamento in esame abbia avuto un'*incidenza sostanziale* sul commercio tra gli Stati membri.

- 35 Il presidente dell'Ufficio sottolinea che l'Ufficio si è basato sulla giurisprudenza della Corte di giustizia e sulla comunicazione della Commissione sull'interpretazione della nozione di *pregiudizio al commercio tra Stati membri*²⁸. L'incidenza sugli scambi tra gli Stati membri può essere anche potenziale e non è necessario esaminare la misura effettiva del pregiudizio²⁹. La Corte ha riconosciuto che le tariffe praticate da un organismo di gestione dei diritti d'autore che detiene un monopolio possono incidere sul commercio transfrontaliero, di modo che l'articolo 102 TFUE è applicabile a una tale situazione³⁰. Nelle sentenze STIM e AKKA³¹ la Corte ha constatato che il commercio tra gli Stati membri può essere influenzato dalle pratiche tariffarie di un organismo di gestione dei diritti d'autore, se questi gestisce anche i diritti di titolari stranieri. Lo stesso ricorrente riconosce di gestire anche le opere di autori stranieri, di modo che il suo comportamento pregiudica la concorrenza non solo nella Repubblica ceca, ma anche in altri Stati membri.

Breve illustrazione della motivazione della domanda di pronuncia pregiudiziale

- 36 Secondo il giudice del rinvio, la Corte di giustizia non ha ancora affrontato la questione in esame nel caso di specie, ossia se la mancata presa in considerazione dell'occupazione delle camere delle strutture ricettive nella tariffa dei compensi per i diritti d'autore possa costituire un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102, secondo comma, lettera a), TFUE. Il giudice del rinvio nutre dubbi se la sentenza SABAM permetta, come sostiene il ricorrente, di trarre conclusioni per la valutazione della pratica del ricorrente, che non tiene conto, nei compensi per i diritti d'autore richiesti dalle strutture ricettive, del tasso di occupazione delle camere.
- 37 Per quanto riguarda la questione se l'Ufficio avrebbe dovuto valutare la pratica del ricorrente sotto il profilo a) dei prezzi eccessivi (posizione del ricorrente) o b) delle condizioni di transazione non eque (posizione dell'Ufficio), la Corte di giustizia non ha proposto, nella sua giurisprudenza, una soluzione sotto forma di

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

²⁹ Sentenze del Tribunale del 7 ottobre 1999, Irish Sugar (T-228/97, punto 170), e della Corte del 1° febbraio 1978, Miller International Schallplatten GmbH (19/77, punto 15).

³⁰ V. sentenze della Corte del 13 luglio 1989, Tournier (395/87, punti da 35 a 38), e del 13 luglio 1989, Lucazeau e a. (110/88, 241/88 e 242/88, punti da 21 a 25).

³¹ Punto 23 della sentenza STIM e punto 29 della sentenza AKKA.

criteri concreti sulla cui base le autorità nazionali possano valutare quale di queste due strade percorrere e quale test applicare in un determinato caso.

- 38 Inoltre, sussiste incertezza su come risolvere il problema dell'elemento costitutivo dell'infrazione di distorsione della concorrenza, vale a dire se tale elemento sia integrato già dal rischio o se l'Ufficio avrebbe dovuto dimostrare che il comportamento del ricorrente aveva prodotto, di fatto, almeno minimi effetti anticoncorrenziali. Se l'Ufficio fosse tenuto a una tale dimostrazione, si porrebbe l'ulteriore questione se sia necessario dimostrare anche un impatto diretto o indiretto sul benessere dei consumatori o un impatto delle pratiche di sfruttamento a danno dei partner commerciali del ricorrente.
- 39 Ciò implica anche la questione se sia necessario dimostrare un'incidenza sostanziale del comportamento del ricorrente sul commercio tra gli Stati membri (posizione del ricorrente) o se sia sufficiente presumere ragionevolmente la possibilità di una tale incidenza, senza dover esaminare la sua portata effettiva (posizione dell'Ufficio). Si tratta di una delle condizioni di applicazione dell'articolo 102 TFUE.
- 40 Orbene, sono in gioco importanti diritti fondamentali del ricorrente sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ossia la libertà d'impresa (articolo 16), il diritto di proprietà (articolo 17) e il diritto a un processo equo (articolo 47).