

Zaak C-161/24

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

29 februari 2024

Verwijzende rechter:

Krajský soud v Brně (Tsjechië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

29 februari 2024

Verzoekende partij:

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

Verwerende partij:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Het hoofdgeding betreft de kwestie of een collectieve beheersorganisatie misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt door aan accommodatieverstrekkende inrichtingen vergoedingen in rekening te brengen voor het gebruik van televisie en radio in de door deze inrichtingen aangeboden kamers, ongeacht of deze kamers bezet waren.

Prejudiciële vragen

1. Kan artikel 102, onder a), van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat sprake is van misbruik van een machtspositie in de zin van dat artikel wanneer een collectieve beheersorganisatie met een feitelijk monopolie in een lidstaat aan accommodatieverstrekkende inrichtingen vergoedingen in rekening brengt voor de verlening van licenties voor de mededeling van auteursrechtelijk beschermde werken met behulp van televisie- en radio-ontvangers die zijn opgesteld in kamers waarin op particuliere basis

gasten kunnen worden ondergebracht, zonder dat daarbij rekening wordt gehouden met de vraag of deze kamers daadwerkelijk worden gebruikt?

2. Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: moet een dergelijke praktijk worden beoordeeld vanuit het oogpunt van (a) de toepassing van onbillijke contractuele voorwaarden of (b) het hanteren van buitensporige prijzen?

– Indien de relevante norm wordt gevormd door de toepassing van onbillijke contractuele voorwaarden: welke specifieke toets moet worden verricht om dat te beoordelen?

– Indien de relevante norm wordt gevormd door het hanteren van buitensporige prijzen: welke specifieke toets moet worden verricht om dat te beoordelen, de algemene „United Brands-toets” of een specifieke gewijzigde versie daarvan?

3. Moet ten bewijze van het feit dat in het kader van de in de eerste vraag bedoelde gedraging inbreuk is gemaakt op artikel 102, onder a), van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie worden aangetoond dat sprake is van daadwerkelijke of potentiële nadelige gevolgen voor de mededinging (met inbegrip van gevolgen voor het welzijn van de consumenten en uitbuitingseffecten van het optreden van de entiteit met een machtspositie)?

4. Moet ten bewijze van het feit dat in het kader van de in de eerste vraag bedoelde gedraging inbreuk is gemaakt op artikel 102, onder a), van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie worden aangetoond dat deze gedraging de handel tussen de lidstaten wezenlijk ongunstig beïnvloedt of volstaat de gegronde veronderstelling dat een dergelijke beïnvloeding zich kan voordoen, zonder dat de daadwerkelijke omvang daarvan hoeft te worden onderzocht?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: „VWEU”): artikel 102

Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101] en [102 VWEU]: artikelen 3 en 5

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (wet nr. 143/2001 betreffende de bescherming van de mededinging):

§ 11, lid 1, onder a):

„Misbruik van een machtspositie ten nadele van andere concurrenten of consumenten is verboden. Dergelijk misbruik bestaat met name in: a) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke voorwaarden in overeenkomsten met andere marktdeelnemers, in het bijzonder van een prestatie die ten tijde van de sluiting van de overeenkomst kennelijk onevenredig is in verhouding tot de tegenprestatie.”

§ 22a, lid 1, onder c):

„Een rechtspersoon of een natuurlijke persoon die een economische activiteit uitoefent, begaat als concurrent een inbreuk indien hij [...] c) in strijd met § 11, lid 1, misbruik maakt van zijn machtspositie.”

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 Verzoekster is een van de zes collectieve beheersorganisaties in Tsjechië en heeft op dat gebied een feitelijk monopolie.¹ In de periode van 19 mei 2008 tot en met 6 november 2014 heeft zij aan hotels en andere accommodatieverstrekkende inrichtingen in Tsjechië vergoedingen in rekening gebracht voor de mogelijkheid om gebruik te maken van televisie en radio in de door deze inrichtingen aangeboden kamers, ook al waren sommige van deze kamers niet bezet. De vergoedingen waren dezelfde, ongeacht of de kamers daadwerkelijk werden gebruikt. De Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (mededingingsautoriteit, Tsjechië; hierna: „ÚOHS” of „verweerder”) heeft bij besluit van 18 december 2019 (hierna: „besluit van de ÚOHS”) vastgesteld dat verzoekster misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie en inbreuk heeft gemaakt op het verbod van artikel 102, onder a), VWEU. Bijgevolg heeft de genoemde autoriteit aan verzoekster een geldboete ten bedrage van 10 676 000 Tsjechische kroon (CZK) (ongeveer 429 000 EUR) opgelegd en haar verboden om op de verweeten wijze op te treden.
- 2 Volgens verweerder heeft verzoekster door haar optreden onbillijke contractuele voorwaarden opgelegd op de markt voor de verlening van licenties voor het gebruik van auteursrechten op muziekwerken, literaire, dramatische, dramatisch-muzikale, choreografische, pantomimische en audiovisuele werken, alsmede beeldende kunstwerken, architectuur en het visuele deel van audiovisuele werken, met behulp van apparaten waarmee in de kamers van accommodatieverstrekkende inrichtingen in Tsjechië radio- en televisie-uitzendingen kunnen worden ontvangen. Zij heeft derhalve misbruik gemaakt van haar machtspositie ten nadele van de exploitanten van de accommodatieverstrekkende inrichtingen en heeft de handel tussen de lidstaten op het gebied van de uitoefening van auteursrechten mogelijksterwils ongunstig beïnvloed.

¹ Zie ook arrest van 27 februari 2014, OSA, C-351/12, EU:C:2014:110.

- 3 Verzoekster heeft bezwaar gemaakt tegen verweerders besluit, dat door de voorzitter van de ÚOHS is afgewezen bij besluit van 23 november 2020 (hierna: „besluit van de voorzitter van de ÚOHS”). Verzoekster heeft dit besluit aangevochten bij de verwijzende rechter.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 4 Tussen partijen bij de procedure bestaat geen geschil over de aan de zaak ten grondslag liggende feiten maar over de juridische kwalificatie van deze situatie in het licht van artikel 102, onder a), VWEU. Partijen zijn het met name oneens over de vraag welke rechtspraak van het Hof moet worden gehanteerd om deze zaak ten gronde te beoordelen.
- 5 Partijen zijn het met elkaar oneens over in totaal vijf Unierechtelijke kwesties, namelijk over i) de toepasselijkheid van het arrest SABAM², ii) de regelmatigheid van de verrichte toets inzake onbillijke contractuele voorwaarden; iii) de toepasselijkheid van de arresten United Brands³, SABAM en AKKA⁴, in het geval dat verzoeksters optreden moet worden beoordeeld vanuit het oogpunt van het hanteren van buitensporige prijzen, iv) het materiële aspect van de verstoring van de mededinging en het daarmee samenhangende bewijsvereiste en v) de wijze waarop de merkbare beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten moet worden aangetoond.

i) Toepasselijkheid van het arrest SABAM

- 6 Anders dan de voorzitter van de ÚOHS betoogt verzoekster dat de onderhavige zaak kan worden onderzocht in het licht van het arrest SABAM. Dit komt feitelijk en rechtens het dichtst in de buurt. Hoewel de zaak SABAM betrekking had op de forfaitaire inaanmerkingneming van het aantal uitgevoerde werken, terwijl de onderhavige zaak betrekking heeft op de forfaitaire inaanmerkingneming van de omvang van het betreffende publiek, dat wil zeggen op de niet-inaanmerkingneming van de vraag of de bedoelde kamers al dan niet bezet waren, verandert dit volgens verzoekster niets aan de grond van de zaak en gaat het in beginsel om dezelfde kwestie, namelijk om de aard van het betreffende optreden, dat wil zeggen om de *wijze van vaststelling* van de opgelegde royalty's.⁵

² Arrest van 25 november 2020, SABAM, C-372/19, EU:C:2020:959 (hierna: „arrest SABAM”).

³ Arrest van 14 februari 1978, United Brands/Commissie, C-27/76, EU:C:1978:22 (hierna: „arrest United Brands”).

⁴ Arrest van 14 september 2017, Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība, C-177/16, EU:C:2017:689 (hierna: „arrest AKKA”).

⁵ Onder verwijzing naar punt 17 van de conclusie van advocaat-generaal G. Pitruzzella in de zaak SABAM, C-372/19, EU:C:2020:598.

- 7 Het Hof heeft de zaak SABAM onderzocht vanuit het oogpunt van het criterium van misbruik van een machtspositie, waarbij dit misbruik geen verband hield met de oplegging van *onbillijke contractuele voorwaarden* maar met het *hanteren van buitensporige prijzen*. Volgens verzoekster moet dit criterium ook door de ÚOHS worden toegepast. Zij brengt dit in verband met een kennelijke fout van de zijde van verweerder.
- 8 Daarnaast is verzoekster van mening dat het tarief van de opgelegde royalty's in zijn geheel moet worden beoordeeld. Overeenkomstig het arrest SABAM mogen collectieve beheersorganisaties niet worden verplicht om in alle gevallen rekening te houden met de specifieke aspecten van de diverse gebieden waarop muziekwerken worden gereproduceerd. Deze organisaties mogen niet worden onderworpen aan beperkingen met betrekking tot de wijze waarop het bedrag van royalty's wordt vastgesteld, op voorwaarde dat deze wijze van vaststelling geen aanleiding geeft tot het hanteren van een buitensporig hoog tarief.⁶
- 9 Volgens verzoekster is in de zaak SABAM steeds een vergoeding in rekening gebracht, althans gedeeltelijk, en was dit ook het geval ten aanzien van werken die niet tijdens een muziekfestival werden uitgevoerd. Ook in de onderhavige zaak zijn gedeeltelijk vergoedingen in rekening gebracht voor de periode waarin bepaalde kamers niet bezet waren. Verzoekster betoogt dat de voorzitter van de ÚOHS geen rekening houdt met de feitelijke verschillen tussen de betaling van royaltytarieven voor, enerzijds, het meedelen van muziekwerken op festivals (zoals het geval was in de zaak SABAM) en, anderzijds, het beschikbaar stellen van dergelijke werken in de kamers van accommodatieverstrekkende inrichtingen. Een festival houdt naar zijn aard in dat werken aan het publiek worden meegedeeld. Het kan evenwel voorkomen dat op een specifiek muziekfestival ook maar één werk uit het repertoire van de collectieve beheersorganisatie niet wordt meegedeeld. In een dergelijke situatie kan een vordering tot betaling van royalty's ongerechtvaardigd zijn.
- 10 De royalty's voor het beschikbaar stellen van werken in de kamers van accommodatieverstrekkende inrichtingen worden eenmaal per jaar achteraf aan de collectieve beheersorganisatie betaald. Met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal gedurende een dergelijke periode van een jaar in elke kamer ten minste één gast worden ondergebracht. In de jaarlijkse periode waarvoor verzoekster royalty's in rekening brengt, zijn in nagenoeg 100 % van de kamers auteursrechtelijk beschermde werken meegedeeld.
- 11 De voorzitter van de ÚOHS is daarentegen van mening dat het arrest SABAM in dit geval niet van toepassing is. Het bedrag van de vergoedingen die in de zaak SABAM door de collectieve beheersorganisatie zijn gevorderd was gebaseerd op een tarief dat beweerdelijk niet overeenstemde met de economische waarde van de door deze organisatie verleende diensten. De prejudiciële vraag die tot het arrest SABAM heeft geleid was onder meer bedoeld om vast te stellen met welke

⁶ Punt 46 van het arrest SABAM.

nauwkeurigheid een collectieve beheersorganisatie met een machtspositie een tarief kan toepassen zonder daarbij misbruik te maken van haar positie.

- 12 Het verschil tussen beide gevallen houdt verband met het aspect van de mededeling van een werk aan het publiek en met het bestaan van een prestatie en een tegenprestatie. In de onderhavige zaak was geen sprake van de openbare mededeling van een werk (althans niet in de kamers die niet bezet waren). In de zaak die tot het arrest SABAM heeft geleid is evenwel op aantoonbare wijze een werk aan het publiek meegedeeld. Indien geen sprake was van de mededeling van een werk aan het publiek, is geen vergoeding verschuldigd.⁷ Overeenkomstig het arrest SABAM moet in het geval van een door een collectieve beheersorganisatie opgelegde vergoeding rekening worden gehouden met het aantal werkelijk gebruikte auteursrechtelijk beschermde muziekwerken.⁸
- 13 Volgens de voorzitter van de ÚOHS is in het kader van het arrest SABAM in feite alleen onderzocht a) hoeveel van het door SABAM beheerde repertoire is meegedeeld en b) aan welk deel van het publiek dit deel van dat repertoire is meegedeeld en of het vervolgens toegepaste royaltytarief verenigbaar was met artikel 102 VWEU. In ruil voor de verleende dienst (het mededelen van een werk aan het publiek) kon de collectieve beheersorganisatie royalty's vorderen. Dat is evenwel niet zo in het geval van verzoekster. In de niet-bezette kamers van de accommodatieverstrekkende inrichtingen was in het geheel geen sprake van de mededeling van een werk aan het publiek, en de accommodatieverstrekkende inrichtingen betaalden voor diensten die zij in werkelijkheid niet hebben ontvangen. Derhalve betoogt verweerder dat het arrest SABAM geen richtsnoeren biedt voor de beoordeling van verzoeksters praktijken, die niet konden worden beoordeeld vanuit het oogpunt van het opleggen van onbillijke prijzen.
- 14 Volgens de voorzitter van de ÚOHS had de zaak SABAM weliswaar betrekking op de rechtmatigheid van de toepassing van een bepaald royaltytarief, maar alleen wanneer op aantoonbare wijze een werk aan het publiek was meegedeeld. In punt 41 van het arrest SABAM is vastgesteld dat de op grond van dat model betaalde vergoedingen de tegenprestatie voor de mededeling van die muziekwerken aan het publiek vormden.
- ii) Regelmatigheid van de verrichte toets inzake onbillijke contractuele voorwaarden*
- 15 Verzoekster is het met de ÚOHS oneens dat de methode voor de vaststelling van de prijs moet worden beoordeeld vanuit het oogpunt van de toepassing van onbillijke voorwaarden. Bovendien heeft verweerder zich gebaseerd op een

⁷ Punt 80 van de conclusie van advocaat-generaal G. Pitruzzella in de zaak SABAM, C-372/19, EU:C:2020:598.

⁸ Punt 50 van het arrest SABAM.

ongeschikte beschikkings- en beslissingspraktijk⁹, deze praktijk verkeerd uitgelegd en in het kader daarvan een onjuiste beoordeling verricht. Een deel van de ingeroepen beschikkings- en beslissingspraktijk had namelijk betrekking op gedragingen van een onderneming met een machtspositie die ernstige negatieve gevolgen voor de mededinging hebben gehad. Bovendien heeft de ÚOHS zich gebaseerd op het arrest STIM, dat evenwel betrekking had op de praktijk van het aanrekenen van buitensporige prijzen, terwijl deze autoriteit heeft geweigerd om het arrest SABAM toe te passen, hoewel dit eveneens betrekking had op buitensporige prijzen.

- 16 Verzoekster betoogt dat de beschikkings- en beslissingspraktijk van de Unie en de relevante rechtsleer¹⁰ laten zien dat in het geval van misbruik van een machtspositie door middel van de toepassing van onbillijke contractuele voorwaarden een driefasentoets wordt verricht, waarbij wordt beoordeeld i) of de betreffende contractuele voorwaarde geen verband houdt met het doel van de overeenkomst of niet noodzakelijk is om het verwachte effect ervan te waarborgen, ii) of deze voorwaarde schade berokkent aan de wederpartij bij de overeenkomst en iii) of deze voorwaarde niet passend of billijk is. De ÚOHS heeft de eerste twee fasen van de toets achterwege gelaten en, in weerwil van deze toets, uitsluitend verwezen naar een zekere abstracte „billijkheid” van de betreffende contractuele voorwaarden.
- 17 De voorzitter van de ÚOHS is van mening dat de hierboven genoemde beschikkingen en arresten van toepassing zijn. De Commissie en de rechterlijke instanties van de Unie hebben zich in hun handelingen, met uitzondering van het arrest STIM, gebogen over dezelfde praktijk, namelijk over de oplegging van onbillijke contractuele voorwaarden. De voorzitter van de ÚOHS is van mening dat deze beschikkings- en beslissingspraktijk nog niet is gewijzigd. De vraag of die praktijk absoluut noodzakelijk is om het nagestreefde doel te verwezenlijken is van wezenlijk belang voor de beoordeling van de betreffende praktijk, waarbij moet worden nagegaan of de collectieve beheersorganisatie rekening houdt met alle op het spel staande belangen teneinde een evenwicht te verzekeren tussen de maximale vrijheid van auteurs om over hun rechten te beschikken en het doeltreffende beheer van hun rechten.¹¹
- 18 Wat betreft de bewering dat de driefasentoets niet naar behoren is toegepast is de voorzitter van de ÚOHS niet op de hoogte van specifieke beschikkingen van de

⁹ Beschikking 71/224/EEG van de Commissie van 2 juni 1971 (IV/26.760 - G.E.M.A.); arrest van het Hof van 27 maart 1974, BRT/SABAM en FONIOR, C-127/73, EU:C:1974:25 (hierna: „arrest BRT”); beschikking 2001/463/EG van de Commissie van 20 april 2001 (Zaak COMP D3/34493 – DSD); arrest van het Gerecht van 24 mei 2007, Duales System Deutschland/Commissie, T-151/01, EU:T:2007:154, en arrest van het Hof van 11 december 2008, Kanal 5 en TV 4, C-52/07, EU:C:2008:703 (hierna: „arrest STIM”).

¹⁰ O’Donoghue, Robert, Padilla, Jorge. *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. 3E ed., Oxford: Hart Publishing, 2020, blz. 1043.

¹¹ Onder verwijzing naar het arrest BRT.

Commissie of arresten van de rechterlijke instanties van de Unie waarin een dergelijke toets is verricht. Verzoekster heeft uitsluitend verwezen naar de rechtsleer. In andere buitenlandse rechtsleer wordt een dergelijke toets niet vermeld in het kader van onbillijke contractuele voorwaarden. Integendeel, gelet op het geringe aantal gevallen van misbruik van een machtspositie door middel van de oplegging van onbillijke voorwaarden, is het moeilijk om de toepasselijke toetsen te specificeren. De door de Commissie en het Hof verrichte toetsen houden rekening met de mededingingsversturende gevolgen van de betreffende voorwaarde en met de rechtvaardiging ervan.¹² Een driefasentoets hoefde in dit geval derhalve niet te worden verricht. Het volstond dat de ÚOHS de evenredigheid van de betreffende contractuele voorwaarde in verhouding tot de tegenprestatie en het bestaan van mogelijke legitieme redenen voor verzoeksters optreden heeft onderzocht.

- 19 Met betrekking tot het arrest STIM betoogt de voorzitter van de ÚOHS dat dit weliswaar betrekking had op buitensporige prijzen, maar dat het niettemin was gewijd aan conceptuele vraagstukken in verband met de uitlegging van artikel 102 VWEU en dat het Hof daarin een evenredigheidsbeginsel heeft ontwikkeld dat naar de mening van de voorzitter van de ÚOHS ook kan worden uitgebreid tot onbillijke contractuele voorwaarden. Daarentegen bevat het arrest SABAM volgens hem geen conceptuele conclusies die op verzoeksters geval van toepassing zijn.

iii) Toepasselijkheid van de arresten United Brands, AKKA en SABAM wanneer verzoeksters optreden moet worden beoordeeld vanuit het oogpunt van het hanteren van buitensporige prijzen

- 20 Verzoekster betoogt dat indien de ÚOHS haar optreden correct had beoordeeld, namelijk vanuit het oogpunt van het hanteren van buitensporige prijzen, de door haar in rekening gebrachte royalty's niet buitensporig zouden zijn [geacht]. De toepasselijke toetsen volgen uit de arresten United Brands, AKKA en SABAM. Door verzoeksters optreden te kwalificeren als een vorm van het toepassen van onbillijke contractuele voorwaarden probeert verweerder de noodzaak om deze arresten toe te passen te omzeilen.
- 21 Daarnaast voert verzoekster aan dat uit deze rechtspraak volgt dat de toets voor de beoordeling van buitensporige prijzen bestaat uit twee fasen, namelijk i) een beoordeling of sprake is van een al te grote disproportie tussen de werkelijk gemaakte kosten en de werkelijk gevraagde prijs en, zo ja, ii) een onderzoek of er sprake is van het opleggen van een onbillijke prijs, zowel absoluut gezien als in vergelijking met de concurrerende producten¹³ dan wel in vergelijking met de

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, blz. 692.

¹³ Punt 252 van het arrest United Brands.

tarieven in andere lidstaten, waarbij in voorkomend geval met name rekening wordt gehouden met specifieke gebruikerssegmenten¹⁴.

- 22 Verzoekster betoogt dat zij geen inbreuk heeft gemaakt op artikel 102 VWEU. Ten aanzien van de eerste fase van de hierboven genoemde toets wijst zij erop dat er geen andere methode bestaat om de bezetting van kamers in accommodatieverstrekkende inrichtingen op nauwkeurige wijze vast te stellen en om tegelijkertijd het legitieme doel van de bescherming van de belangen van auteurs te verwezenlijken en een onevenredige verhoging van de kosten in verband met het beheer van overeenkomsten en het toezicht op het gebruik van de door verzoekster beschermde muziekwerken te voorkomen. Het is voor verzoekster niet mogelijk om voortdurend de bezetting van elke accommodatieverstrekkende inrichting te controleren. Ten aanzien van de tweede fase van de toets voegt verzoekster hieraan toe dat, zelfs indien de bezettingsgraad van de kamers op een andere wijze kan worden vastgesteld, het bedrag van de opgelegde royalty's passend zou zijn in vergelijking met de royalty's van buitenlandse collectieve beheersorganisaties, wat tevens wordt bevestigd door de in de bestuurlijke procedure gehanteerde gegevens van de zijde van de ÚOHS.
- 23 De voorzitter van de ÚOHS heeft aangegeven dat hij verzoeksters praktijk niet in termen van buitensporige prijzen maar in termen van onbillijke contractuele voorwaarden heeft beoordeeld omdat van de toepassing van onbillijke contractuele voorwaarden in de zin van artikel 102 VWEU sprake is wanneer een praktijk van misbruik van een machtspositie wordt toegepast die erin bestaat dat een onderneming met een machtspositie onbillijke contractuele voorwaarden oplegt, in het bijzonder voorwaarden die ten tijde van de sluiting van de overeenkomst kennelijk onevenredig zijn in verhouding tot de geleverde tegenprestatie.
- iv) Materieel aspect van de verstoring van de mededinging en het daarmee samenhangende bewijsvereiste*
- 24 Volgens verzoekster is de verweerder niet ingegaan op de vraag of de niet-inaanmerkingneming van de bezetting van de kamers bij de vaststelling van de royaltytarieven tot een verstoring van de mededinging heeft geleid. Zij betoogt dat uit de rechtspraak volgt dat het optreden van een onderneming met een machtspositie niet als misbruik kan worden opgevat wanneer op de markt niet eens een verwaarloosbaar mededingingsversturend effect is ingetreden. Het volstaat om een potentieel mededingingsversturend effect aan te tonen, maar dit mag geen louter hypothetisch effect zijn.¹⁵ Het intreden van een mededingingsversturend effect hoeft niet te worden aangetoond in het geval van

¹⁴ Arrest AKKA, punt 2 van het dictum.

¹⁵ Zie arresten van 6 december 2012, AstraZeneca/Commissie, C-457/10 P, EU:C:2012:770, punt 112, 17 december 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83 en 6 oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punt 65.

praktijken die mededingingsbeperkend zijn naar strekking (*by object*)¹⁶, waarvoor evenwel sprake moet zijn van relevante en voldoende onderbouwde ervaring die wijst op het mededingingsversturende karakter ervan¹⁷. Verweerder heeft evenwel niet naar iets dergelijks verwezen, en volgens verzoekster vormt het feit dat de collectieve beheersorganisaties de bezetting van de kamers van de inrichtingen niet in aanmerking nemen geen dergelijke praktijk.

- 25 Verzoekster betwist ook het standpunt van de voorzitter van de ÚOHS, als zou niet hoeven te worden aangetoond dat de mededinging daadwerkelijk is beïnvloed omdat het kenmerkende van de toepassing van onbillijke voorwaarden uitsluitend bestaat in het teweegbrengen van een bedreiging. Overeenkomstig de rechtspraak moet de mededingingsautoriteit namelijk aantonen dat de mededinging „inderdaad’ is verhinderd dan wel beperkt of vervalst”¹⁸.
- 26 Volgens verzoekster is niet duidelijk hoe de exploitanten van accommodatieverstrekkende inrichtingen een concurrentienadeel hebben kunnen lijden.¹⁹ Verweerder verwijt namelijk aan verzoekster dat zij de opgelegde royalty’s op onbehoorlijke wijze heeft vastgesteld en niet dat het bedrag ervan onevenredig hoog is. Het bedrag van de royalty’s had zonder risico op sancties hoger kunnen zijn indien verzoekster de door verweerder voorgestane vaststellingsmethode had gevolgd. Als gevolg van de gehanteerde methode voor de vaststelling van de royaltytarieven kan verzoekster geen zogeheten monopolievoordeel hebben verkregen. Zelfs indien er een aantal concurrerende collectieve beheersorganisaties op de markt zouden zijn, zouden zij met zekerheid niet met elkaar concurreren ten aanzien van de vraag wie van hen de bezetting van de accommodatieverstrekkende inrichtingen in aanmerking neemt. De mededinging zou gebaseerd zijn op de prijs en de omvang van het repertoire. De methode voor de vaststelling van prijzen is geen aspect van de mededinging.
- 27 Verzoekster voert aan dat het verbod van misbruik van een machtspositie tot doel heeft om praktijken tegen te gaan die rechtstreeks of indirect het welzijn van de consumenten aantasten.²⁰ Verweerder heeft niet aangetoond dat negatieve gevolgen voor het welzijn van de consumenten zijn ingetreden.²¹ In plaats van

¹⁶ Zie arrest van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 155.

¹⁷ Arrest van 2 april 2020, Budapest Bank e.a., C-228/18, EU:C:2020:265, punten 76 en 79.

¹⁸ Zie arrest van het Gerecht van 12 december 2018, Servier e.a./Commissie, T-691/14, EU:T:2018:922, punt 1129, arrest van het Hof van 30 juni 1966, C-56/65, EU:C:1966:38, LTM, punten 359 en 360, en arrest van het Gerecht van 12 december 2018, Krka, T-684/14, EU:T:2018:918, punt 361.

¹⁹ Arrest van 19 april 2018, MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, C-525/16, EU:C:2018:270, met name punt 37.

²⁰ Arrest van 27 maart 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172 (hierna: „arrest Post Danmark I”).

²¹ Arrest van 12 mei 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379.

deze in de rechtspraak gevolgde norm heeft hij uitsluitend de vage term „billijkheid” gehanteerd. Evenmin heeft verweerder de uitbuitingseffecten van verzoeksters optreden aangetoond, ook al heeft hij deze wel als zodanig beoordeeld. Hij had moeten aantonen dat de betreffende contractuele voorwaarde tot gevolg heeft gehad dat i) de structuur van de markt is verstoord, met gevolgen voor het welzijn van de consumenten, of ii) inbreuk is gemaakt op de fundamentele waarden van de menselijke samenleving, waartoe met zekerheid ook het culturele leven van de consumenten behoort.²²

- 28 De voorzitter van de ÚOHS wijst erop dat verstoring van de mededinging, die als materiële voorwaarde voor het bestaan van een overtreding vereist is, uitsluitend het karakter heeft van het teweegbrengen van een bedreiging. Hoe dan ook heeft verweerder verzoeksters praktijken niet aangemerkt als praktijken die mededingingsbeperkend zijn naar strekking (*by object*), waarvoor niet hoeft te worden aangetoond dat zij mededingingsversturende effecten hebben. Uit het besluit van de ÚOHS volgt dat verzoekster de mededinging heeft verstoord omdat zij haar handelspartners heeft uitgebuit door zonder objectieve redenen onbillijke contractuele voorwaarden aan hen op te leggen, waardoor deze handelspartners materiële schade hebben geleden, terwijl zij in de praktijk geen andere opties hadden.²³
- 29 Wat betreft de schade en de argumenten van het arrest van 19 april 2018, MEO, Serviços de Comunicações e Multimédia, C-525/16, EU:C:2018:270, voegt de voorzitter van de ÚOHS hieraan toe dat schade in de rechtspraak van de Unie zeer ruim wordt gedefinieerd.²⁴ Verzoeksters optreden heeft de kosten en winsten van de exploitanten van accommodatieverstrekkende inrichtingen duidelijk nadelig beïnvloed en heeft hun mededingingspositie verslechterd.
- 30 Volgens de voorzitter van de ÚOHS volgt uit de rechtspraak dat het verbod op misbruik van een machtspositie niet alleen geldt voor praktijken die aan de consumenten rechtstreekse schade kunnen berokkenen maar ook voor praktijken die hun schade berokkenen doordat zij afbreuk doen aan de structuur van de daadwerkelijke mededinging.²⁵ Om uitspraak te doen over de vraag of het optreden van een concurrent misbruik oplevert, hoeft niet te worden onderzocht of door dat optreden schade aan de consumenten is berokkend. Het volstaat om na te gaan of het optreden een mededingingsbeperkend effect heeft gehad.²⁶ Hoewel de

²² Zie punt[en] 22 [en 25] van de conclusie van advocaat-generaal G. Pitruzzella in de zaak SABAM, C-372/19, EU:C:2020:598.

²³ Zie punten 111-115 van beschikking 2001/463/EG van de Commissie van 20 april 2001 (Zaak COMP D3/34493 – DSD).

²⁴ Punt 64 van het arrest van 17 december 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83.

²⁵ Punt 36 van het arrest van 21 februari 1973, EuropeEmballage en Continental Can/Commissie, 6/72, EU:C:1973:22.

²⁶ Zie het arrest van 15 maart 2007, British Airways/Commissie, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punten 106 en 107.

ÚOHS niet heeft aangetoond of verzoeksters optreden gevolgen heeft gehad voor de consumenten (en dat ook niet hoefde te doen), heeft deze autoriteit wel aangetoond dat het genoemde optreden gevolgen heeft gehad voor andere concurrenten, die verzoeksters contractanten waren, namelijk voor de exploitanten van de accommodatieverstrekkende inrichtingen.

- 31 Volgens de voorzitter van de ÚOHS, die zich in het kader hiervan heeft gebaseerd op het arrest *United Brands*, heeft verzoekster zich schuldig gemaakt aan een mededingingsversturende gedraging die bestaat in het opleggen van onbillijke voorwaarden en heeft zij haar contractanten (de exploitanten van de accommodatieverstrekkende inrichtingen) in feite uitgebuit. De kern van uitbuittingspraktijken is dat een onderneming met een machtspositie als gevolg van een verzwakte mededinging geen buitensporige voordelen ten nadele van haar contractanten mag behalen op een wijze die de mededinging nog meer verstoort. Dat is precies wat verzoekster heeft gedaan.
- 32 Volgens de voorzitter van de ÚOHS wordt aan zijn standpunt, namelijk dat hij niet hoeft aan te tonen dat verzoeksters optreden negatieve gevolgen heeft voor het welzijn van de consumenten, evenmin afgedaan door het arrest *Post Danmark I*. Verzoeksters optreden is namelijk een praktijk die de consumenten niet rechtstreeks maar indirect treft, meer bepaald via haar handelspartners. Het arrest *Post Danmark I* had namelijk in de eerste plaats betrekking op een uitsluitingspraktijk die misbruik van een machtspositie opleverde, terwijl verzoeksters optreden er veeleer in bestond dat zij haar handelspartners, namelijk de exploitanten van de accommodatieverstrekkende inrichtingen, heeft uitgebuit veeleer dan dat zij hen van de mededinging heeft uitgesloten.

v) Wijze waarop de merkbare beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten moet worden aangetoond

- 33 Verzoekster betoogt dat voor de toepassing van artikel 102 VWEU aan twee criteria moet zijn voldaan, namelijk die welke verband houden met i) de machtspositie van de onderneming op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan en ii) de merkbare invloed van haar optreden op de handel tussen de lidstaten.
- 34 Verzoekster erkent dat zij een machtspositie heeft op een aanzienlijk deel van de interne markt. Zij ontkent evenwel dat haar optreden (de door haar gehanteerde methode om de prijzen vast te stellen) als zodanig heeft kunnen leiden tot een verhoging van de tarieven van de aan buitenlandse auteurs betaalde royalty's.²⁷ Hoewel de voorzitter van de ÚOHS van mening is dat ook de enkele mogelijkheid volstond dat zij de handel tussen de lidstaten merkbaar heeft beïnvloed, gaat het in de context van de totale inkomsten van de vertegenwoordigde auteurs evenwel om een verwaarloosbaar bedrag. Verweerder heeft derhalve niet aangetoond dat het

²⁷ Zie punt 29 van het arrest *AKKA*.

onderzochte optreden een *merkbare invloed* op de handel tussen de lidstaten heeft gehad.

- 35 De voorzitter van de ÚOHS benadrukt dat de ÚOHS zich heeft gebaseerd op de rechtspraak van het Hof en op de mededeling van de Commissie over de uitlegging van het begrip *beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten*²⁸. Een effect op de handel tussen de lidstaten kan ook potentieel van aard zijn, en het is niet nodig om de werkelijke mate van inmenging te onderzoeken.²⁹ Het Hof heeft geoordeeld dat vergoedingen die door een collectieve beheersorganisatie met een monopoliepositie in rekening worden gebracht de handel tussen staten ongunstig kunnen beïnvloeden en dat in een dergelijke situatie derhalve artikel 102 VWEU van toepassing is.³⁰ In de arresten STIM en AKKA³¹ heeft het Hof geoordeeld dat het prijsbeleid van een collectieve beheersorganisatie de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden wanneer die organisatie tevens de rechten van buitenlandse rechthebbenden beheert. Verzoekster geeft zelf toe dat zij ook werken van buitenlandse auteurs beheert, zodat haar optreden niet alleen in Tsjechië maar ook in andere lidstaten invloed heeft op de mededinging.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 36 Volgens de verwijzende rechter is het Hof nog niet ingegaan op de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde kwestie, namelijk of de niet-inaanmerkingneming van de bezetting van kamers in accommodatieverstrekkende inrichtingen bij het vaststellen van een royaltytarief misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 102, onder a), VWEU kan opleveren. De verwijzende rechter vraagt zich af of aan het arrest SABAM specifieke normen kunnen worden ontleend die van toepassing zijn op de beoordeling van verzoeksters praktijk om bij de vaststelling van de royalty's die zij aan accommodatieverstrekkende inrichtingen oplegt geen rekening te houden met de vraag of de door deze inrichtingen aangeboden kamers wel bezet waren, zoals verzoekster betoogt.
- 37 Ten aanzien van de kwestie of de ÚOHS verzoeksters optreden dient te beoordelen vanuit het oogpunt van a) buitensporige prijzen (verzoeksters standpunt) of b) ongerechtvaardigde handelspraktijken (standpunt van de ÚOHS) heeft het Hof in zijn rechtspraak geen oplossing geboden die de vorm aanneemt

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

²⁹ Arrest van het Gerecht van 7 oktober 1999, *Irish Sugar/Commissie*, T-228/97, EU:T:1999:246, punt 170, of arrest van het Hof van 1 februari 1978, *Miller/Commissie*, 19/77, EU:C:1978:19, punt 15.

³⁰ Zie arresten van 13 juli 1989, *Tournier*, 395/87, EU:C:1989:319, punten 35-38, en 13 juli 1989, *Lucazeau e. a./Sacem e. a.*, 110/88, 241/88 en 242/88, EU:C:1989:326, punten 21-25.

³¹ Punt 23 van het arrest STIM en punt 29 van het arrest AKKA.

van specifieke criteria, zodat de nationale autoriteiten op basis van die criteria kunnen beoordelen welke van deze twee wegen moet worden bewandeld en welke toets in een specifiek geval moet worden verricht.

- 38 Onzekerheid bestaat nog over hoe het probleem van het materiële aspect van een mededingingsverstoring moet worden opgelost, dat wil zeggen of dit aspect slechts het karakter heeft van het teweegbrengen van een bedreiging dan wel dat de ÚOHS had moeten aantonen dat verzoeksters optreden op zijn minst tot een verwaarloosbare feitelijke mededingingsverstoring heeft geleid. Indien verweerder dit had moeten aantonen, geeft dit aanleiding tot het stellen van de verdere vraag of tevens moet worden aangetoond dat sprake is van een rechtstreekse of indirecte invloed op het welzijn van de consumenten dan wel van het bestaan van gevolgen van uitbuitingspraktijken ten nadele van verzoeksters handelspartners.
- 39 Dit doet tevens de vraag rijzen of moet worden aangetoond dat verzoeksters optreden een merkbare invloed heeft gehad op de handel tussen de lidstaten (verzoeksters standpunt) dan wel of het volstaat om uit te gaan van de redelijke veronderstelling dat een dergelijke invloed zich kan voordoen en dat de werkelijke omvang daarvan derhalve niet hoeft te worden onderzocht (standpunt van de ÚOHS). Dat is een van de voorwaarden voor de toepassing van artikel 102 VWEU.
- 40 In het geding zijn derhalve verzoeksters wezenlijke grondrechten, zoals neergelegd in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, namelijk de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16), het recht [van] eigendom (artikel 17) en het recht op een eerlijk proces (artikel 47).